



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 31/17

vom

18. Januar 2018

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

am 18. Januar 2018

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Beklagten wird der Beschluss der 2. Zivilkammer des Landgerichts Regensburg vom 5. Mai 2017 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gerichtskosten für das Rechtsbeschwerdeverfahren werden nicht erhoben.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 2.512,28 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Anwaltshonorar in Höhe von 2.512,28 € nebst Zinsen und 489,45 € nebst Zinsen in Anspruch. Der Beklagte ist dem Anspruch entgegengetreten. Er hat widerklagend beantragt festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet sei, ihm den Schaden zu ersetzen,

welcher aus der unberechtigten Weiterleitung eines Gutachtens entstanden sei. Das Amtsgericht hat den Beklagten mit Urteil vom 25. August 2016 antragsgemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

2 Mit an den Prozessbevollmächtigten des Beklagten gerichtetem Schreiben vom 1. September 2016 forderte die Klägerin den Beklagten auf, den offenen Betrag nebst Zinsen bis zum 20. September 2016 zu zahlen. In dem Schreiben heißt es, eine vollstreckbare Ausfertigung sei bereits beantragt; falls Rechtsmittel eingelegt würden, werde Sicherheit geleistet. Der Beklagte überwies 3.150 € an die Klägerin, ohne einen Vorbehalt zu erklären. Dieser Betrag wurde am 27. September 2016 gutgeschrieben. Mit Anwaltsschreiben vom selben Tag forderte der Beklagte die gezahlten 3.150 € zurück.

3 Am 26. September 2016 hat der Beklagte Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts eingelegt. Er hat beantragt, das Urteil des Amtsgerichts aufzuheben, soweit er zur Zahlung von 2.512,28 € verurteilt worden sei, und die Klage insoweit abzuweisen. Die weiter gehende Verurteilung und die Abweisung der Widerklage hat er hingenommen. Das Berufungsgericht hat die Berufung wegen fehlender Beschwer als unzulässig verworfen. Mit seiner Rechtsbeschwerde will der Beklagte die Aufhebung des Verwerfungsbeschlusses und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erreichen.

## II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist nach § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 543 Abs. 2 ZPO). Sie führt zur Aufhebung des an-

gefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 5           1. Leistungen, die der Schuldner zur Abwendung der vom Gläubiger angedrohten oder bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteil erbringt, bewirken grundsätzlich zunächst keine Erfüllung der dem Urteil zugrunde liegenden Forderung. Sie stehen unter dem Vorbehalt, dass das Bestehen der Schuld rechtskräftig festgestellt wird (BGH, Urteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, BGHZ 203, 256 Rn. 19; vom 10. September 2015 - IX ZR 220/14, WM 2015, 2062 Rn. 9; jeweils mwN; MünchKomm-BGB/Fetzer, 7. Aufl., § 362 Rn. 28; Erman/Buck-Heeb, BGB, 15. Aufl., § 362 Rn. 1; kritisch Staudinger/Olzen, BGB, 2016, § 362 Rn. 34 ff mwN). Dieser Vorbehalt lässt die Schuldtilgung bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Schwebe (BGH, Urteil vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267, 270 f; vom 22. Mai 1990 - IX ZR 229/89, NJW 1990, 2756; vom 10. September 2015, aaO). Das gilt nur dann nicht, wenn der Schuldner bei der Leistung anderes bestimmt, also für den Gläubiger erkennbar erklärt, dass diese endgültig bei ihm verbleiben soll (BGH, Urteil vom 16. November 1993 - X ZR 7/92, NJW 1994, 942, 943; vom 19. November 2014, aaO mwN).
- 6           2. Der Beklagte hat auf das Schreiben vom 20. September 2016 hin gezahlt, in welchem die Klägerin seinen Prozessbevollmächtigten darauf hingewiesen hatte, dass eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils beantragt worden sei und gegebenenfalls Sicherheit geleistet werde. Dieses Schreiben konnte der Beklagte - für die Klägerin erkennbar - als Androhung einer Zwangsvollstreckung für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung verstehen. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte das noch nicht rechtskräftige Urteil hinnehmen und auf

das ihm zustehende Rechtsmittel der Berufung verzichten wolle, gab es aus Sicht der Klägerin nicht.

III.

7

Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben; die Sache ist zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht hat die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde liegt, der erneuten Entscheidung zugrunde zu legen (§ 577 Abs. 4 ZPO). Die Entscheidung über die Nichterhebung der Kosten für das Rechtsbeschwerdeverfahren beruht auf § 21 GKG.

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

AG Straubing, Entscheidung vom 25.08.2016 - 3 C 172/16 -

LG Regensburg, Entscheidung vom 05.05.2017 - 2 S 177/16 -