



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 244/19

vom

5. Oktober 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Oktober 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, den Richter V. Sander und den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 25. September 2019 in der Fassung des Beschlusses vom 15. Januar 2020 wird als unzulässig verworfen. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 2 gegen das vorbezeichnete Urteil wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 2 trägt die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten und mit Ausnahme der dem Beklagten zu 1 erwachsenen Kosten, die die Klägerin trägt.

Streitwert: bis 230.000 €

#### Gründe:

- 1 1. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist unzulässig, weil sie nicht dargelegt hat, dass die gemäß § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erforderliche Mindestbeschwer erreicht wird.

2 a) Der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer bemisst sich nach dem Interesse des Rechtsmittelklägers an der Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts. Maßgebend für den Umfang der Beschwer der Klägerin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist ihr Interesse an der Beseitigung der im angefochtenen Urteil ausgesprochenen Zug-um-Zug-Verurteilung. Dieses Interesse ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bemessen (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 - XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rn. 10; Beschluss vom 10. Februar 2021 - VII ZR 44/20, BauR 2021, 1011 Rn. 13). Der Wert der Beschwer bei einer Zug-um-Zug abzutretenden Forderung entspricht nach diesen Grundsätzen nicht stets ihrem Nennwert (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2021 - VII ZR 44/20, BauR 2021, 1011 Rn. 14).

3 b) Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat hiervon ausgehend nicht dargelegt, dass der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer den Betrag von 20.000 € übersteigt.

4 Die Nichtzulassungsbeschwerde macht geltend, die Empfängerin der vom Beklagten zu 1 veranlassten Zahlungen hafte der Klägerin neben den Beklagten gesamtschuldnerisch entweder unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe zu einer Untreuehandlung nach § 830 Abs. 2 BGB, § 27 StGB oder nach Bereicherungsrecht. Für eine Vorteilsausgleichung in Form der Abtretung etwaiger Ansprüche sei kein Raum, weil die Leistung eines Gesamtschuldners nach § 422 Abs. 1 BGB auch zu Gunsten der übrigen Schuldner wirke.

5 Das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an einer Verurteilung der Beklagten ohne die Zug-um-Zug zu erbringende Gegenleistung ist danach nicht nach dem Nennbetrag der abzutretenden Forderung zu bemessen, weil die

Klägerin diese nicht neben der Leistung der Beklagten für sich beanspruchen möchte, sondern sie selbst davon ausgeht, dass der Anspruch nach der Erfüllung der Klageforderung nur noch für mögliche Regressansprüche der Beklagten gegen die Zahlungsempfängerin relevant ist.

6            Etwaige Ansprüche der Klägerin gegen die Zahlungsempfängerin bleiben durch das angefochtene Urteil unberührt. Bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung ist bei gleichzeitiger Teilabweisung der uneingeschränkt erhobenen Klage nur die sich aus dem Bestehen des Gegenanspruchs ergebende Beschränkung des Klageanspruchs rechtskräftig, während der Anspruch auf die Gegenleistung als solcher nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Damit in Einklang steht, dass jedenfalls bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung im Falle einer Anwendung des § 255 BGB das Bestehen des Gegenanspruchs nicht festgestellt werden muss, sondern die Möglichkeit des Bestehens eines solchen Anspruchs genügt (BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 - XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rn. 9 mwN). Die Klägerin muss sich der von ihr behaupteten Ansprüche gegen die Zahlungsempfängerin auch nicht endgültig begeben, bevor sie die von den Beklagten zu bewirkende Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben kann (§ 756 Abs. 1, § 765 ZPO, § 298 BGB).

7            Das aus dem von der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebrachten Sachverhalt folgende wirtschaftliche Interesse besteht danach allein darin, dass die Klägerin für eine Vollstreckung gegen die Beklagten die Voraussetzungen des § 756 Abs. 1 ZPO bzw. § 765 ZPO herbeiführen muss. Dieses Interesse bewertet der Senat mit bis 500 €.

8            2. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 2 ist unbegründet. Selbiges würde, ihre Zulässigkeit unterstellt, auch für die Nichtzulassungsbe-

schwerde der Klägerin gelten. Es liegt keiner der im Gesetz (§ 543 Abs. 2 ZPO) vorgesehenen Gründe vor, nach denen der Senat die Revision zulassen darf. Der Rechtsstreit der Parteien hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert er eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2, Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

9                    3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 101 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.02.2013 - 97 O 138/11 -

KG, Entscheidung vom 25.09.2019 - 23 U 50/13 -