



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IX ZR 34/11

Verkündet am:  
15. März 2012  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel, Prof. Dr. Gehrlein, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 15. Februar 2011 im Umfang der Anfechtung aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 15. Dezember 2009 im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt geändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 433.947,05 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 4,77 v.H. vom 9. Januar 2009 bis zum 31. Januar 2009, in Höhe von 2 v.H. vom 1. Februar 2009 bis zum 30. April 2009, in Höhe von 1,3 v.H. vom 1. Mai 2009 bis zum 31. Juli 2009 und in Höhe von 0,75 v.H. seit dem 1. August 2009 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weiter gehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt der Kläger 8 v.H., die Beklagte 92 v.H. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 15 v.H., die Beklagte 85 v.H.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der K. GmbH & Co. KG (fortan: Schuldnerin). In einem Vorprozess erstritt er gegen die Beklagte am 4. Januar 2008 ein Berufungsurteil, nach welchem diese 9.979.906,23 € nebst Zinsen in Höhe von 5 vom Hundert vom 1. Juni 2000 bis zum 19. Mai 2002 und in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. Mai 2002 an ihn zu zahlen hatte. Mit Schreiben vom 28. Januar 2008 forderte der Kläger die Beklagte auf, den ausgeurteilten Betrag nebst von ihm bis zum 28. Januar 2008 auf 4.852.929 € berechneter Zinsen zu bezahlen. Auf Anfrage der Beklagten, die zwischenzeitlich Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil vom 4. Januar 2008 eingelegt hatte, erklärte er, dass er bis auf Weiteres nicht beabsichtige, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Dennoch bezahlte die Beklagte am 3. März 2008 auf die Hauptforderung und die Zinsen 14.909.266,88 €, nachdem sie zuvor mitgeteilt hatte, dass die Zahlung lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolge und deshalb nicht als Erfüllung der vom Kläger behaupteten Ansprüche betrachtet werden könne. Aufgrund dieses Vorbehalts verweigerte der Kläger die Annahme des überwiese-

nen Betrags und veranlasste dessen sofortige Rücküberweisung. Durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 7. Mai 2009 wurde die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zurückgewiesen. Am 5. Juni 2009 zahlte die Beklagte an den Kläger die Hauptforderung und die titulierten Zinsen bis zum 3. März 2008.

- 2 Der Kläger hatte bereits im Jahr 2008 die vorliegende Klage erhoben, mit der er von der Beklagten Ersatz des Verzugsschadens verlangt, der ihm wegen der verspäteten Zahlung der im Vorprozess ausgeurteilten Zinsen im Zeitraum zwischen dem 19. August 2005 und dem 4. Dezember 2008 entstanden sei. Das Landgericht hat der auf Zahlung von 473.711,25 € nebst Zinsen lautenden Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten auf den Betrag von 262.761,93 € reduziert. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den vom Berufungsgericht abgewiesenen Teil seiner Klage beschränkt auf den Betrag von 171.185,12 € nebst Zinsen weiter. Hierbei handelt es sich um den Betrag der Wiederanlagezinsen, die der Kläger im Zeitraum zwischen dem 3. März 2008 und dem 4. Dezember 2008 hätte erzielen können, wenn die Beklagte die bis zum 28. Januar 2008 geschuldeten Zinsen rechtzeitig gezahlt hätte.

#### Entscheidungsgründe:

- 3 Die Revision hat Erfolg. Sie führt im erstrebten Umfang zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

I.

4

Das Berufungsgericht hat, soweit dies für das Revisionsverfahren noch von Interesse ist, ausgeführt: Über den 3. März 2008 hinaus habe der Kläger keinen Anspruch auf Ersatz seines Verzugsschadens. Zwar habe die an diesem Tag erfolgte Zahlung der Beklagten nicht die Erfüllung seiner Forderung bewirkt. Nach der Zahlung habe sich die Beklagte jedoch nicht mehr im Verzug befunden. Der Kläger sei durch die Zurückweisung der Zahlung trotz des von der Beklagten erklärten Vorbehalts in Annahmeverzug geraten. Die unter Vorbehalt geleistete Zahlung entspreche in ihrer Wirkung letztlich einer Hinterlegung, zu welcher die Beklagte gemäß §§ 711, 108 ZPO ebenfalls berechtigt gewesen sei. Die Bestimmung des § 378 BGB, nach welcher die Ansprüche des Gläubigers mit dem Verzicht des Schuldners auf eine Rücknahme der hinterlegten Sache rückwirkend als erfüllt gälten, könne auf einen zur Sicherheitsleistung hinterlegten Geldbetrag entsprechend angewandt werden. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen den prozessualen Befugnissen und den materiellrechtlichen Pflichten der Beklagten sei es geboten, das unter prozessual unvermeidbaren Vorbehalten stehende Zahlungsangebot ausreichen zu lassen, um die Wirkungen des § 293 BGB herbeizuführen. Das Interesse des Klägers, die hohen Verzugszinsen zu erhalten, sei nicht höher zu bewerten als das Interesse der Beklagten, sich von der Verpflichtung zur Zahlung der Verzugszinsen zu befreien. Das Risiko einer Haftung nach § 717 Abs. 2 ZPO habe für den Kläger nicht bestanden, weil es sich bei dem Urteil vom 4. Januar 2008 um ein Berufungsurteil gehandelt habe; eine Haftung nach § 717 Abs. 3 ZPO sei nicht in Betracht gekommen, nachdem der Kläger ausdrücklich erklärt habe, nicht vollstrecken zu wollen.

II.

5            Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz des geltend gemachten Verzugsschadens (§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 289 Satz 2 BGB) über den Zeitpunkt der zurückgewiesenen Zahlung vom 3. März 2008 hinaus.

6            1. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Verzug der Beklagten mit der Zahlung der dem Kläger bis zum 28. Januar 2008 geschuldeten Fälligkeits- und Verzugszinsen nicht durch die Überweisung des geschuldeten Betrags am 3. März 2008 endete. Der Verzug des Schuldners endet, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt, insbesondere wenn der Schuldner die geschuldete Leistung erbringt. Dies war hier schon deshalb nicht der Fall, weil der Kläger die Zahlung der Beklagten zurückgewiesen hat.

7            2. Durch die Ablehnung der angebotenen Zahlung ist der Kläger nicht in Annahmeverzug geraten, der die Wirkungen des Schuldnerverzugs hätte entfalten lassen (BGH, Urteil vom 3. April 2007 - X ZR 104/04, NJW 2007, 2761 Rn. 7). Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB). Das ist hier nicht geschehen. Zahlungen aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils sind in der Regel dahin zu verstehen, dass sie nur eine vorläufige Leistung darstellen sollen und unter der aufschiebenden Bedingung der rechtskräftigen Bestätigung der zugrunde liegenden Verbindlichkeit erfolgen (BGH, Beschluss vom 25. Mai 1976 - III ZB 4/76, WM 1976, 1069; Urteil vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 315/81, BGHZ 86, 267, 269). Im Streitfall hat die Beklagte einen entsprechen-

den Vorbehalt sogar ausdrücklich erklärt. Die unter einer solchen Bedingung stehende Zahlung stellte nicht die von der Beklagten geschuldete Leistung dar. Eine Leistung unter dem Vorbehalt der Rückforderung hat keine Erfüllungswirkung (§ 362 BGB). Der Vorbehalt dient gerade dazu, diese Wirkung auszuschließen. Der Gläubiger muss also damit rechnen, dass er das Geleistete zurückgewähren muss; er kann nicht nach seinem Belieben mit dem Gegenstand der Leistung verfahren.

8           3. Die Ablehnung der angebotenen Zahlung verstieß nicht gegen das Schikaneverbot (§ 226 BGB) oder gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

9           a) Die Ausübung eines Rechts ist nach § 226 BGB unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen; jeder andere Zweck muss ausgeschlossen sein (RGZ 68, 424, 425; 98, 15, 17). Ein berechtigtes Interesse an der Zurückweisung der so nicht geschuldeten Leistung folgt hier bereits daraus, dass der Kläger den gezahlten Betrag, hätte er ihn angenommen, im Falle der Aufhebung des Urteils vom 4. Januar 2008 hätte zurückgewähren müssen. Gemäß § 717 Abs. 3 Satz 4 ZPO, § 818 Abs. 4 BGB hätte er sich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen können. Die Annahme der Leistung hätte ihm damit ein Risiko auferlegt, das er bei Ablehnung der Leistung nicht zu tragen hatte. Schon damit steht fest, dass die Ablehnung der Leistung nicht ausschließlich der Schädigung der Beklagten diene.

10           b) Eine Rechtsausübung ist unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 226 BGB missbräuchlich, wenn sie beachtliche Interessen eines anderen verletzt, ihr aber kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt (BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - IX ZR 120/93, WM 1994, 623, 625 mwN). Diese Voraussetzungen sind gleichfalls nicht erfüllt.

11

aa) Die Beklagte wollte mit der Vorbehaltsleistung erreichen, dass sie keine Verzugszinsen mehr zu zahlen hatte. Obwohl die Leistung unter Vorbehalt keine Erfüllung der titulierten Forderung bewirkt und nicht die geschuldete Leistung darstellt, hat der Bundesgerichtshof dieses Interesse in früheren Entscheidungen nicht von vornherein für unbeachtlich gehalten. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 24. Juni 1981 - IVa ZR 104/80, NJW 1981, 2244; vom 7. Oktober 1982 - VII ZR 163/81, WM 1983, 21; vom 26. Juni 1984 - VI ZR 232/82, VersR 1984, 868; vom 21. September 1989 - III ZR 15/88, BGHR GG vor Art. 1 / enteignungsgleicher Eingriff Verzögerungsschaden 1; BAGE 126, 198 Rn. 16; offen gelassen allerdings von BGH, Urteil vom 30. Januar 1987 - V ZR 220/85, ZZP 102, 366, 367 f), die in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe VersR 1992, 370) und in der Literatur (MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 286 Rn. 94, § 288 Rn. 17; Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, 2009, § 286 Rn. 120; Erman/Hager, BGB, 13. Aufl., § 286 Rn. 73; kritisch etwa Braun, AcP 184 [1984], 152, 161 ff; Krüger, NJW 1990, 1208, 1211; Kerwer, Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung [1996], S. 163 ff; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 14 Rn. 71) überwiegend Zustimmung gefunden hat, vermag eine Leistung des Schuldners, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil erfolgt, den Verzug des Schuldners zu beenden, obwohl sie keine Erfüllung bewirkt. Grund dafür ist, dass auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil begetriebene Leistung die Beendigung des Schuldnerverzuges zur Folge hat. Die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung soll die nämlichen Folgen nach sich ziehen.

12

bb) Diesem Interesse des Schuldners stehen jedoch schutzwürdige eigene Interessen des Gläubigers (des Klägers) entgegen. Der Gläubiger hat Anspruch auf die geschuldete Leistung, nicht nur auf eine Leistung unter dem Vorbehalt der Rückzahlung. Mit der Annahme der Vorbehaltsleistung verliert der Gläubiger seinen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen, obgleich nicht sicher ist, dass er die Leistung letztlich behalten darf. Bei einer Abänderung oder Aufhebung des Titels kann er nach Maßgabe des § 717 Abs. 3 ZPO zur Erstattung des Geleisteten nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe ab dem Empfang der Leistung verpflichtet sein, ohne sich auf einen Wegfall der Bereicherung berufen zu können. Ob die Voraussetzungen dieser Norm im konkreten Fall tatsächlich erfüllt gewesen wären, was die Beklagte bezweifelt, ist nicht entscheidend. Bestand auch nur das Risiko einer Inanspruchnahme, diene die Zurückweisung der Vorbehaltszahlung eigenen berechtigten Interessen des Klägers. Im Übrigen setzt der Erstattungsanspruch aus § 717 Abs. 3 ZPO nach der neueren Rechtsprechung des Senats nicht voraus, dass vor der Zahlung oder Leistung des Titelschuldners die Zwangsvollstreckung angedroht worden war (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 176/10, NJW 2011, 2518 Rn. 17 ff, zVb in BGHZ 189, 320). Unabhängig hiervon will der Titelschuldner mit der Vorbehaltszahlung regelmäßig so gestellt werden, wie er stünde, wenn die Zahlung durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erzwungen worden wäre (BGH, Urteil vom 24. Juni 1981 - IVa ZR 104/80, NJW 1981, 2244). Um diese Rechtsfolge abzuwenden, muss dem Titelgläubiger das Recht zugestanden werden, die Annahme der Vorbehaltsleistung abzulehnen. Der Gläubiger kann aus dem vorläufig vollstreckbaren Berufungsurteil vollstrecken, muss es aber nicht. Er kann es ohne Angabe von Gründen bei dem bestehenden Zustand belassen und den Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils abwarten. Das Recht, die titulierte Leistung erst dann entgegenzunehmen, wenn er diese bedingungslos behalten darf, kann man dem Gläubiger nicht entziehen.

13           4. Der vom Berufungsgericht beschriebene Widerspruch zwischen den prozessualen Befugnissen und den materiellrechtlichen Pflichten der Beklagten als Titelschuldnerin besteht nicht. Die Beklagte hätte zwar den dem Kläger angebotenen Betrag als prozessuale Sicherheit nach §§ 711, 108 ZPO hinterlegen können. Das Gesetz sieht eine Beendigung der Verzinsungspflicht jedoch nur im Falle einer Hinterlegung als Erfüllungssurrogat vor (§§ 378, 379 Abs. 2 BGB). Soweit vertreten wird, dass die Hinterlegung einer prozessualen Sicherheit in ein Hinterlegungsverhältnis nach §§ 372 ff BGB umgewandelt werden kann (RG JW 1914, 466 Nr. 6; BGH, Urteil vom 18. Oktober 1983 - VIII ZR 169/82, WM 1983, 1337, 1338), kommt dieser Umwandlung keine Rückwirkung zu. Eine Umqualifizierung der Hinterlegung bei Eintritt der Rechtskraft des Vollstreckungstitels hätte deshalb nicht nachträglich die Pflicht der Beklagten entfallen lassen, über den Zeitpunkt der zurückgewiesenen Zahlung vom 3. März 2008 hinaus Verzugszinsen zu zahlen.

### III.

14           Das Urteil des Berufungsgerichts war daher im angefochtenen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dem Kläger war über den vom Berufungsgericht titulierten Betrag von 262.761,93 € nebst Zinsen hinaus der weitere Betrag von 171.185,12 € nebst Zinsen zuzusprechen. In dieser Höhe hätte der Kläger unstreitig im Zeitraum zwischen dem 4. März 2008 und dem

4. Dezember 2008 Anlagezinsen aus dem am 28. Januar 2008 angemahnten Zinsbetrag von 4.852.929 € erzielt.

Kayser

Raebel

Gehrlein

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 15.12.2009 - 2 O 555/08 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 15.02.2011 - 17 U 153/09 -