



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 305/16

Verkündet am:
9. November 2017
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 281 Abs. 4; ZPO §§ 255, 259

- a) Beantragt ein Gläubiger, den Schuldner zur Herausgabe einer Sache zu verurteilen, diesem eine Frist zur Herausgabe der Sache zu setzen und ihn weiter zu verurteilen, nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz statt der Leistung zu zahlen, liegt in diesem Antrag ein Verlangen auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Gläubiger nicht deutlich macht, sein Wahlrecht erst künftig ausüben zu wollen.
- b) Wird ein Schuldner verurteilt, eine Sache an den Gläubiger herauszugeben und nach fruchtlosem Ablauf einer ihm zur Herausgabe gesetzten Frist Schadensersatz statt der Leistung zu zahlen, ist mit Eintritt der Bedingung des Fristablaufs der im Urteil titulierte Herausgabeanspruch ausgeschlossen und der Schuldner nur noch zur Zahlung des ausgeurteilten Schadensersatzes verpflichtet, wenn sich nicht aus dem Urteil ergibt, dass die Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz unter der weiteren aufschiebenden Bedingung eines künftigen Schadensersatzverlangens des Gläubigers steht.

BGH, Urteil vom 9. November 2017 - IX ZR 305/16 - OLG Koblenz
LG Trier

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 16. November 2016 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin wurde rechtskräftig verurteilt, an den beklagten Verein ein im Einzelnen bezeichnetes Chorarchiv herauszugeben, wobei ihr zur Herausgabe eine Frist von vier Wochen ab Rechtskraft gesetzt wurde. Weiter wurde sie für den Fall, dass die Frist fruchtlos ablaufe, verurteilt, an den Beklagten 10.000 € nebst Zinsen seit Fristablauf zu zahlen. Die Klägerin gab das Chorarchiv nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist heraus, sondern überwies an den Beklagten nach Ablauf der Frist den ausgerichteten Geldbetrag. Dieser veranlasste die Rücküberweisung und beauftragte den Gerichtsvollzieher mit der Herausgabevollstreckung.
- 2 Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Vollstreckungsgegenklage unter Hinweis auf ihre Zahlung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Vollstre-

ckung wegen des Herausgabeanspruchs für unzulässig erklärt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

3 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I.

4 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klägerin könne mit ihrer gemäß § 767 ZPO zulässigen Vollstreckungsgegenklage dem titulierten Herausgabeanspruch des Beklagten mit Erfolg entgegenhalten, dass dieser gemäß § 281 Abs. 4 BGB erloschen und deshalb dessen Vollstreckung unzulässig sei. Zwar werde der Bestand des Herausgabeanspruchs alleine durch den Fristablauf nicht berührt. Der Ausschluss des primären Leistungsanspruchs trete erst ein, wenn der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlange. Doch habe der Beklagte sein Schadensersatzverlangen bereits dadurch erklärt, dass er neben der Herausgabe und der gerichtlichen Fristsetzung die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz nach fruchtlosem Fristablauf erwirkt habe.

II.

5 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Die Vollstreckungsgegenklage der Klägerin nach § 767 Abs. 1 ZPO ist begründet. Mit Recht hat diese geltend gemacht, dass die Vollstreckung aus Nummer 1 der Urteilsformel in dem Urteil des Landgerichts Trier vom 30. Juli 2013 unzulässig ist. Denn sie ist berechtigt, Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Herausgabeanspruch zu erheben, weil diese erst nach Rechtskraft des Berufungsurteils im Vorprozess, mithin nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (§ 767 Abs. 2 ZPO; vgl. MünchKomm-BGB/Ernst, 7. Aufl., § 281 Rn. 181). Der Anspruch des Beklagten auf Herausgabe des Chorarchivs aus § 985 BGB ist nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, nachdem die der Klägerin nach § 255 Abs. 1 ZPO gesetzte Frist abgelaufen war, ohne dass sie das Archiv an den Beklagten herausgegeben hat, und der Beklagte ausweislich des Vollstreckungstitels für den Fall des erfolglosen Fristablaufs schon mit der Antragstellung von der Klägerin Schadensersatz verlangt hat. Dies ergibt sich aus dem Titel des Vorprozesses, aus dem der Beklagte vollstreckt, in Verbindung mit seiner Antragstellung im damaligen Rechtsstreit.

6 1. Zum Verständnis des Vollstreckungstitels ist die Rechtslage sowohl bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) am 1. Januar 2002 als auch danach von Bedeutung.

7 a) Bis zum 1. Januar 2002 hat der Bundesgerichtshof auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB - in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur - die Vorschrift des § 283 BGB aF angewandt. Sie gab dem Gläubiger die Möglichkeit, dem Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herausgabe der Sache eine angemessene Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen und nach Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (BGH, Urteil vom 18. März 2016 - V ZR 89/15, BGHZ 209, 270 Rn. 18 mwN). Dabei hatte der Eigentümer die Möglichkeit, die Herausgabeklage mit der Schadensersatzklage zu verbinden. Die entsprechende Klagehäufung wurde als zulässig angesehen, weil sie dem Gläubigerbedürfnis, eine doppelte Prozessführung zu vermeiden, entspreche und damit zugleich dem Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit. Die Zulässigkeit einer auf § 283 Abs. 1 BGB aF gestützten bedingten Schadensersatzklage folgte aus § 259 ZPO (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1998 - II ZR 330/97, NJW 1999, 954, 955; vom 20. Juni 2005 - II ZR 366/03, NJW-RR 2005, 1518; vom 18. März 2016, aaO Rn. 23). Dieses Vorgehen hatte vor allem den Vorteil, dass nicht nur über die Frist im Sinne von § 283 BGB aF entschieden, sondern der noch unter der Bedingung des fruchtlosen Ablaufs der Frist stehende Schadensersatzanspruch auch schon tituliert war. Damit waren bereits im Prozess um den Erfüllungsanspruch klare Verhältnisse für einen etwaigen Schadensersatzanspruch getroffen (Schur, NJW 2002, 2518, 2519).

8 Allerdings konnte der Gläubiger nach dem Ablauf der dem Schuldner gesetzten Frist nach § 283 Abs. 1 Satz 2 BGB aF nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt wurde; der Anspruch auf Erfüllung war ausgeschlossen. Der Schuldner sollte nunmehr davon ausgehen können, dass von ihm nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber mehr die ursprüngliche Leistung verlangt werden

konnte (Staudinger/Löwisch, BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 283 Rn. 22). Gleichwohl war nach Fristablauf die Vollstreckung des Erfüllungsanspruchs solange nicht gehindert, als dies vom Schuldner im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO nicht geltend gemacht wurde (Staudinger/Löwisch, aaO Rn. 34).

9 b) Nach neuem Recht kann der Eigentümer einer Sache unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2 BGB Schadensersatz verlangen, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 18. März 2016 - V ZR 89/15, BGHZ 209, 270 Rn. 16). Weiterhin muss er nicht in zwei aufeinander folgenden Prozessen zunächst den Herausgabe- und sodann den Schadensersatzanspruch geltend machen, sondern er kann im Wege der Klagehäufung nach § 260 ZPO seine Klage auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs gesetzten Frist (§ 255 Abs. 1 ZPO) unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO bereits zusammen mit der Herausgabeklage erheben (BGH, Urteil vom 18. März 2016, aaO Rn. 23).

10 aa) Im Unterschied zur alten Rechtslage ist ein auf den Primäranspruch lautendes rechtskräftiges Urteil nicht mehr nötig, um Schadensersatz statt der Leistung zu erhalten. Es genügt, dass der Gläubiger dem Schuldner - unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 BGB - erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch entfällt der Anspruch des Gläubigers/Eigentümers auf die (Primär-) Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB nicht mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist (Staudinger/Schwarze, BGB, 2014, § 281 Rn. A 14, D 1). Vielmehr erhält der Gläubiger mit dem Eintritt der Voraussetzungen gemäß § 281 Abs. 1 bis 3 BGB lediglich die

Befugnis, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Er hat nach Fristablauf die Wahl, vom Schuldner entweder die Primärleistung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 - V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 17: "sog. elektive Konkurrenz"; vgl. Gsell, JZ 2004, 110, 116; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2817). Erst mit der Erklärung des Schadensersatzverlangens ist der Anspruch auf die Primärleistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.

11 bb) Der Gläubiger kann sich das Wahlrecht erhalten, auch wenn er seine Herausgabeklage mit der Klage auf Schadensersatz statt der Leistung verbindet.

12 (1) Wenn der Gläubiger Leistungs- und Schadensersatzklage verbindet, ist der Schadensersatzantrag einmal dadurch bedingt, dass der Gläubiger mit seinem Herausgabeantrag Erfolg hat, und weiter dadurch, dass der Schuldner den Gegenstand nicht innerhalb der richterlich gesetzten Frist herausgibt (vgl. MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl., § 255 Rn. 13). In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob die Verurteilung zum Schadensersatz zusätzlich davon abhängig gemacht werden kann, dass der Gläubiger den Schadensersatzanspruch künftig erst geltend macht (für die Zulässigkeit einer solchen Verurteilung BeckOK-ZPO/Bacher, 2017, § 255 Rn. 13; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 14. Aufl., § 255 Rn. 5; Gsell, JZ 2004, 110, 116; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2819; ablehnend Schur NJW 2002, 2518, 2520).

13 (2) Diese Frage ist zu bejahen. Durch die Zulassung eines solchen prozessualen Vorgehens wird die in §§ 280, 281 BGB enthaltene materielle Rechtslage in das Vollstreckungsverfahren übertragen (vgl. BeckOK-ZPO/Bacher, aaO). Es wird gewährleistet, dass der Gläubiger auch in der Vollstre-

ckung auf seinem materiellen Recht auf Primärleistung bestehen kann, ohne deswegen den Schadensersatzprozess in eine ungewisse Zukunft verschieben zu müssen (vgl. Gsell, aaO). Es ist nicht einzusehen, dass ein Gläubiger, der nach Ablauf der dem Schuldner gesetzten Frist materiell-rechtlich die Wahl hat, ob er vom Schuldner die Erfüllung des Primäranspruchs oder Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB verlangt, sich dieser Wahlmöglichkeit begeben muss, wenn er in einem Rechtsstreit sowohl die Primärleistung als auch Schadensersatz statt der Leistung begehrt. Eine solche Beschränkung der prozessualen Möglichkeiten für den Gläubiger erscheint nicht interessengerecht. Häufig kann der Gläubiger nicht bereits bei Klageeinreichung, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt genauer beurteilen, ob das Betreiben der Herausgabevollstreckung oder umgekehrt die Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs für ihn günstiger ist (vgl. Gruber/Lösche, aaO).

14 § 259 ZPO steht einem solchen Vorgehen nicht entgegen. Mit der Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO kann der Gläubiger bei Gefährdung seines Anspruchs diesen gerichtlich geltend machen, auch wenn er mangels Eintritts einer aufschiebenden Bedingung noch nicht fällig ist (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 47/63, BGHZ 43, 28, 31; Urteil vom 12. Juli 2006 - VIII ZR 235/04, NJW-RR 2006, 1485 Rn. 11). Das künftige Schadensersatzverlangen des Gläubigers stellt eine solche aufschiebende Bedingung dar. Der Schuldner wird dadurch hinreichend geschützt, dass die Bedingung in das Urteil aufzunehmen ist (vgl. zur Notwendigkeit der Aufnahme der Bedingung in das Urteil: BGH, Urteil vom 16. Dezember 1964, aaO; vom 18. März 1992 - XII ZR 1/91, NJW 1992, 1624, 1625; OLG Stuttgart, FamRZ 2006, 1769; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 259 Rn. 1; MünchKomm-BGB/Becker-Eberhard, 5. Aufl., § 259 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 259 Rn. 2; BeckOK-ZPO/

Bacher, 2017, § 259 Rn. 4; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 14. Aufl., § 259 Rn. 2; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2819 Fn. 49; Gsell, aaO).

15 2. Unter Berücksichtigung dieser materiell-rechtlichen und prozessualen Vorgaben hat sich der Beklagte im Vorprozess das Wahlrecht nicht erhalten. Vielmehr hat der Beklagte schon durch seine Antragstellung, die Klägerin zur Herausgabe und zu Schadensersatz statt der Leistung nach fruchtlosem Ablauf einer ihr gesetzten Frist zu verurteilen, sein Schadensersatzverlangen - bedingt durch den fruchtlosen Ablauf der Frist - erklärt, so dass mit dem Eintritt der Bedingung des Fristablaufs die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ausgeschlossen ist (§ 281 Abs. 4 BGB). Der Vollstreckungstitel folgt diesen Vorgaben des jetzt verklagten Vereins und macht den Schadensersatztitel - unter Annahme eines bedingten Schadensersatzverlangens des jetzigen Beklagten - allein vom fruchtlosen Fristablauf abhängig.

16 a) In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass in dem bedingten Antrag auf Verurteilung des Schuldners zum Schadensersatz eine materiell-rechtliche Erklärung des Schadensersatzverlangens nach § 281 Abs. 4 BGB liegt, wenn die Schadensersatzklage nur davon abhängig gemacht wird, dass innerhalb der dem Schuldner durch das Gericht gesetzten Frist keine Herausgabehandlung erfolgt (Saenger, ZPO, 7. Aufl., § 255 Rn. 2; Wieser, NJW 2003, 2432, 2433; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2817; vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 141 zu § 281 Abs. 3 RE; jurisPK-BGB/Seichter, 8. Aufl., § 281 Rn. 56; Derleder/Zänker, NJW 2003, 2777, 2779). Andererseits wird darauf verwiesen, dass in einer solchen Antragstellung nur dann das den Primäranspruch ausschließende Schadensersatzverlangen liege, wenn der Gläubiger deutlich mache, dass er nach Fristende nicht mehr an der Primärleistung festhalten wolle (Gsell, JZ 2004, 110, 115 f). Der letzten Ansicht kann nicht gefolgt werden.

- 17 Wenn der Gläubiger im Fall der Klagehäufung neben Herausgabe und Fristsetzung zusätzlich Schadensersatz statt der Leistung begehrt, muss er durch die Art der Antragstellung oder durch Erklärungen im Schriftsatz deutlich machen, ob in seinem Klagebegehren bereits das bedingte Schadensersatzverlangen liegt oder ob er sich das Wahlrecht erhalten möchte. Diese Klarstellung kann dadurch erfolgen, dass er entweder im Antrag erklärt, für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist die Primärleistung abzulehnen (vgl. Geisler in Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl., § 255 Rn. 1), oder er den Schadensersatzantrag unter die weitere Bedingung eines nach Fristablauf erklärten Schadensersatzverlangens stellt. Schon aus Gründen des Schuldnerschutzes ist es erforderlich, dass im Urteil die Bedingung des künftigen Schadenersatzverlangens für den Schadensersatzausspruch aufgenommen wird (vgl. oben unter II. 1. b, bb, (2) aE). Darauf hat der Gläubiger durch entsprechende Antragstellung hinzuwirken. Unterlässt er dies, ist in dem nur unter die Bedingung des fruchtlosen Fristablaufs gestellten Schadensersatzantrag ein entsprechendes bedingtes Schadensersatzverlangen zu sehen.
- 18 Dies gilt auch hier. Der Beklagte hat im Vorprozess weder erklärt, mit fruchtlosem Fristablauf nur noch Schadensersatz verlangen zu wollen, noch hat er deutlich gemacht, sich das künftige Schadensersatzverlangen vorbehalten zu wollen. Vielmehr hat er nur den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB begründet. Zwischen den Parteien war allein im Streit, wer Eigentümer des Archivs war. Vortrag zu seinen Anträgen auf Fristsetzung und Schadensersatz hat der Beklagte nicht gehalten. Gleichwohl können Anträge und Vortrag des Beklagten nicht aufgrund einer interessengerechten Auslegung in dem Sinne ausgelegt werden, er habe seinen Antrag unter die weitere Bedingung eines künftigen Schadensersatzverlangens gestellt. Angesichts der erkennbaren immateriellen Bedeutung des Archivs für beide Seiten stellte die bedingte Schadensersatz-

klage ein weiteres Druckmittel für den Beklagten dar, um den Herausgabeanpruch gegenüber der Klägerin durchzusetzen. Dem hätte es entsprochen, wenn sich der Beklagte die künftige Geltendmachung des Schadensersatzes vorbehalten hätte, weil er nur so die Entscheidungshoheit über das Archiv behalten hätte. Einen entsprechenden Antrag hat er aber nicht nur nicht gestellt, sondern er hat zudem Prozesszinsen auf den Schadensersatz bereits ab fruchtlosem Fristablauf geltend gemacht, die auch zugesprochen worden sind. Das aber belegt, dass er Schadensersatz ab fruchtlosem Fristablauf geltend gemacht hat und in seinem Antrag ein entsprechendes bedingtes Schadensersatzverlangen lag. Denn Prozesszinsen werden nach § 291 Abs. 1 Satz 1 BGB erst fällig, wenn die Schuld fällig wird. Der durch das künftige Schadensersatzverlangen bedingte Schadensersatzanspruch aber würde erst mit der Erklärung des Schadensersatzverlangens fällig, nicht bereits durch den Fristablauf. Schon diese insoweit eindeutige Antragstellung steht einer anderen Auslegung seines Klagebegehrens entgegen.

- 19 b) Das Landgericht hat die Klägerin entsprechend den Anträgen des Beklagten verurteilt. Es hat die Klägerin ohne weitere Voraussetzungen zur Herausgabe des Chorarchivs verurteilt, ihr eine Frist zur Herausgabe gesetzt und sie sodann zur Zahlung von Schadensersatz statt der Leistung verurteilt. Dabei wurde die Verurteilung zum Schadensersatz allein unter die aufschiebende Bedingung des fruchtlosen Ablaufs der Frist gestellt (§ 158 Abs. 1 BGB). Weder ist in die Urteilsformel aufgenommen worden noch ergibt sich solches aus den Ur-

teilsgründen, dass die Schadensersatzverpflichtung von einem künftigen Schadensersatzverlangen des Beklagten abhängig sein sollte, wie es aus Schuldnerschutzgründen erforderlich gewesen wäre (vgl. oben unter II. 1. b, bb, (2) aE).

Kayser

Gehrlein

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Trier, Entscheidung vom 22.03.2016 - 11 O 324/15 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 16.11.2016 - 10 U 374/16 -