



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 390/19

vom

18. Februar 2020

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

am 18. Februar 2020

einstimmig beschlossen:

Der Kläger wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision gemäß § 552 a ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 16.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der von der beklagten Bausparkasse ausgesprochenen Kündigung eines Bausparvertrags.
- 2 Die Parteien teilten am 19. Juli 2000 einen zwischen ihnen bestehenden Bausparvertrag in zwei Bausparverträge auf. Streitgegenständlich ist der hier nach gebildete Bausparvertrag zu Nr. ... 6 über eine Bausparsumme von 15.338,76 € und einer jährlichen Verzinsung des Bausparguthabens von 2,5%. Das Bausparguthaben betrug zu diesem Zeitpunkt 690,16 €. Bestandteil des Vertrags waren die Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge mit dem Ta-

rif "N-Plus" (im Folgenden: ABB), die unter anderem folgende Regelung enthielten:

"§ 5 Sparszahlungen

(1) Der monatliche Bausparbeitrag beträgt 3,5 vom Tausend der Bausparsumme (Regelsparbeitrag). Er ist bis zur ersten Auszahlung aus der zugeteilten Bausparsumme jeden Monat kostenfrei an die Bausparkasse zu entrichten.

(2) Sonderzahlungen sind grundsätzlich zulässig. Die Bausparkasse kann deren Annahme von ihrer Zustimmung abhängig machen.

(3) Ist der Bausparer unter Anrechnung von Sonderzahlungen mit mehr als 6 Regelsparbeiträgen rückständig und hat er der schriftlichen Aufforderung der Bausparkasse, nicht geleistete Bausparbeiträge zu entrichten, länger als 2 Monate nach Zugang der Aufforderung nicht entsprochen, so kann die Bausparkasse den Bausparvertrag kündigen. Im Fall der Kündigung gilt § 9 Abs. 2 entsprechend.

(4) ..."

3 Ab Juli 2000 zahlte der Kläger keine Regelsparbeiträge mehr. Zum 31. Dezember 2015 betrug das Kontoguthaben 1.613,70 €. Am 2. Juni 2016 zahlte der Kläger 300 €. Eine weitere Zahlung von 300 € am 4. Juli 2016 lehnte die Beklagte als unzulässige, weil über dem Regelsparbeitrag hinausgehende Sonderleistung ab und überwies den Betrag zurück. Ab August 2016 bis März 2017 zahlte der Kläger monatlich 53 €, mithin insgesamt 371 €.

4 Mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 erklärte die Beklagte die Kündigung des Bausparvertrags, was der Kläger zurückwies. Mit Schreiben vom 15. Februar 2017 forderte die Beklagte den Kläger sodann unter Androhung der Kündigung auf, einen Betrag von 13.044,19 € an rückständigen Regelsparbeiträgen zu zahlen. Nach Klagezustellung forderte die Beklagte den Kläger mit Schriftsatz vom 28. Februar 2017 auf, rückständige Regelsparbeiträge in Höhe von 10.645,30 € binnen zwei Monaten zu zahlen. Mit Schreiben vom 8. März 2017 forderte die Beklagte vom Kläger die Zahlung rückständiger Regelsparbeiträge in Höhe von 11.014,17 € binnen zweier Monate. Am 6. April 2017 zahlte

der Kläger unter Vorbehalt der Rückforderung an die Beklagte auf die Regelsparbeiträge von monatlich 53,685 € für den Zeitraum von Januar 2014 bis Februar 2017 unter Abzug der oben genannten Zahlungen in Höhe von 371 € und 300 € einen Betrag von 1.369,03 €, den die Beklagte an ihn zurücküberwies. Schließlich erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 11. Mai 2017 die nochmalige Kündigung des Bausparvertrages unter Bezugnahme auf ein Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 3 ABB, der der Kläger widersprach.

- 5 Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Bausparvertrag durch die mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 und vom 11. Mai 2017 erklärten Kündigungen der Beklagten nicht beendet worden sei und dass er nicht verpflichtet sei, einen Betrag in Höhe von 13.044,19 € als rückständige Regelsparbeiträge für den Zeitraum seit Juli 2000 bis zum 15. Februar 2017 auf den Bausparvertrag zu zahlen. Ferner begehrt er die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 747,73 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage nur teilweise stattgegeben und festgestellt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Bausparvertrag nicht durch die mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 erklärte Kündigung beendet worden sei, sowie die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 85,54 € nebst Zinsen verurteilt; die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht (OLG Köln, Urteil vom 11. Juli 2019 - 12 U 243/17, juris) zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein weitergehendes Klagebegehren weiter.

II.

6 Der Sache kommt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts keine
rechtsgrundsätzliche Bedeutung zu. Die Revision hat auch keine Aussicht auf
Erfolg.

7 1. Entgegen den Angriffen der Revision hat das Berufungsgericht eine
Verwirkung des Kündigungsrechts der Beklagten nach § 5 Abs. 3 ABB trotz jah-
relanger Hinnahme der Nichtzahlung von Regelsparbeiträgen rechtsfehlerfrei
verneint.

8 a) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung können Gegenstand der
Verwirkung auch Gestaltungsrechte, wie das Kündigungs-, Rücktritts- oder Wi-
derrufsrecht sein (vgl. nur BGH, Urteile vom 18. Oktober 2001 - I ZR 91/99, ZIP
2002, 400, 402, vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 39 und
vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, WM 2018, 2275 Rn. 12, jeweils mwN).
Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illo-
yal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt neben einem Zeitmoment
ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner
wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei
objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde
sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendma-
chung gegen Treu und Glauben verstößt. Zeit- und Umstandsmoment können
nicht voneinander unabhängig betrachtet werden, sondern stehen in einer
Wechselwirkung. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr
wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht
mehr ausgeübt werden (Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, aaO
mwN). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berech-
tigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten

rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles, ohne dass insofern auf Vermutungen zurückgegriffen werden kann (Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, aaO mwN). Die Bewertung des Tatrichters kann in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht, alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder von einem falschen Wertungsmaßstab ausgeht (vgl. nur Senatsurteil vom 16. Oktober 2018 - XI ZR 69/18, aaO mwN).

9 b) Von diesen Maßgaben ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung die maßgeblichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt und insbesondere auch keine erheblichen Gesichtspunkte zu Lasten des Klägers fehlerhaft gewichtet oder unberücksichtigt gelassen.

10 Dabei kann dahinstehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vorschriften über Verzug und Verjährung seien auf rückständige Regelsparbeiträge nicht anwendbar, zutrifft. Denn das Berufungsgericht hat eine Verwirkung des Kündigungsrechts der Beklagten auch eigenständig tragend und rechtsfehlerfrei für den Fall verneint, dass die Beklagte die bis Ende 2013 aufgelaufenen Zahlungsrückstände nicht mehr geltend machen konnte. Insoweit hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass die Kündigungserklärung vom 11. Mai 2017 nicht auf einen Rückstand mit verjährten Beiträgen gestützt worden ist. Denn zu diesem Zeitpunkt war der Kläger auch mit der Zahlung von mehr als sechs Regelsparbeiträgen aus der Zeit nach dem 1. Januar 2014 in Rückstand. Soweit der Kläger mit Schreiben vom 13. März 2017 eine Nachzahlung der für den Zeitraum von Januar 2014 bis Februar 2017 offenen Regelsparbeiträge ange-

boten und die Zahlung am 6. April 2017 auch tatsächlich geleistet hat, hat er beides - was die Revision übersieht - unter den Vorbehalt der Rückforderung gestellt, so dass die Beklagte durch die Ablehnung der (angebotenen) Zahlung nicht in Annahmeverzug geraten war. 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. 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 35/11, WM 2012, 754 Rn. 7).

11 Das Berufungsgericht hat auch tatrichterlich gewürdigt, dass die Beklagte über Jahre hinweg die Nichtzahlung der Regelsparbeiträge unbeanstandet gelassen hat, hierdurch aber nicht gehindert sei, das faktische Ruhen des Vertrags durch die Aufforderung zur Leistung der Regelsparbeiträge und gegebenenfalls die Ausübung des Kündigungsrechts nach § 5 Abs. 3 ABB zu beenden. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insoweit ist zu beachten, dass ein Kündigungssachverhalt zwar durch Zeitablauf in einem Maß an Bedeutung verlieren kann, dass eine darauf gestützte Kündigung nicht mehr gerechtfertigt ist. Dies hat aber nicht zur Folge, dass dies auch für eine weitere Kündigung gilt, die auf einen neuen Sachverhalt, nämlich - wie hier - die Nichtzahlung der Regelsparbeiträge für einen späteren Zeitraum, gestützt wird.

12 Im Übrigen hat das Berufungsgericht auf die Ausführungen des Landgerichts zur Verwirkung Bezug genommen. Danach habe der Kläger nicht darauf vertrauen können, dass die Beklagte die fehlende Regelbesparung weiterhin dulden werde. Er habe sich selbst jahrelang vertragswidrig verhalten, indem er

die Regelsparbeiträge nicht gezahlt habe. Die Beklagte habe sich auch nicht widersprüchlich verhalten, indem sie den Bausparvertrag aufgrund der Kündigung vom 10. Oktober 2016 als gekündigt betrachtet und dennoch die rückständigen Sparbeiträge eingefordert habe. Denn hiermit habe sie für den Fall der Unwirksamkeit dieser Kündigung lediglich die Möglichkeit einer Kündigung nach § 5 Abs. 3 ABB schaffen wollen. Auch diese Ausführungen lassen keinen revisionsrechtlich erheblichen Fehler erkennen.

13 Etwas anderes folgt auch nicht aus den von der Revision angeführten Urteilen des OLG Hamm vom 22. Juni 2016 (31 U 278/15, juris Rn. 36) und OLG München vom 17. Oktober 2016 (17 U 2643/16, juris Rn. 23), wonach einer Bausparkasse bei einer jahrelangen Hinnahme der Nichtzahlung von Regelsparbeiträgen nach Treu und Glauben das Verlangen nach deren Nachzahlung verwehrt sei und ihr auch kein Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 3 ABB mehr zustehe. Eine solche allgemeine Annahme trifft nicht zu, weil sich das Vorliegen einer Verwirkung - wie bereits dargelegt - nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles richtet.

14 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht den auf die Feststellung gerichteten Antrag des Klägers, nicht verpflichtet zu sein, einen Betrag in Höhe von 13.044,19 € als rückständige Regelsparbeiträge für den Zeitraum seit Juli 2000 bis zum 15. Februar 2017 auf den Bausparvertrag zu zahlen, zu Recht als unzulässig abgewiesen. Das fehlende Feststellungsinteresse des Klägers folgt bereits daraus, dass die Beklagte den Bausparvertrag durch die Kündigung vom 11. Mai 2017 wirksam beendet hat und sich damit hier keiner Zahlungsansprüche mehr gegen den Kläger berührt.

15 3. Es liegt auch kein Zulassungsgrund vor. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kommt dem Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung

(§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zu. Die von ihm aufgeworfene Frage, ob eine Beschränkung des Kündigungsrechts nach § 5 Abs. 3 ABB nach Treu und Glauben im Hinblick auf eine jahrelange Hinnahme der Nichtzahlung von Regelsparbeiträgen anzunehmen sei, lässt sich mit den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Leitlinien wie dargelegt beantworten. Da die Entscheidung des Berufungsgerichts keine revisionsrechtlich erheblichen Rechts- oder Verfahrensfehler aufweist, ist eine Entscheidung des Senats auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) erforderlich.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Das Verfahren ist durch Rücknahme der Revision am 24. März 2020 beendet.

Vorinstanzen:

LG Aachen, Entscheidung vom 18.07.2017 - 10 O 158/17 -

OLG Köln, Entscheidung vom 11.07.2019 - 12 U 243/17 -