

DR. WENDT NASSALL

Rechtsanwalt  
beim Bundesgerichtshof

Helmholtzstraße 2  
76133 Karlsruhe

Telefon 0721.893360  
Telefax 0721.8933620  
E - Mail info@ra-nassall.de  
Internet www.ra-nassall.de

Dr. Wendt Nassall, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Helmholtzstrasse 2, 76133 Karlsruhe

Karlsruhe, den 03.05.2011  
bi-1/2011-N

Deutscher Bundestag  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**Gutachterliche Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes  
zur Änderung des § 522 ZPO**

**A**

Mir liegen vor der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 01.04.2011, der Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 19.01.2011 und der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/die Grünen vom 05.04.2011, ferner die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.03.2011. Außerdem stehen mir zur Verfügung die Stellungnahmen der Sachverständigen Prof. Dr. Greger und Prof. Dr. Reinelt.

Die Gesetzentwürfe von SPD und Bündnis 90/die Grünen zielen darauf ab, das Institut der Berufungszurückweisung durch Beschluss insgesamt aufzuheben. Demgegenüber behält der Gesetzentwurf der

Bundesregierung das Institut der Berufungszurückweisung durch Beschluss grundsätzlich bei, eröffnet aber durch Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO gegen Zurückweisungsbeschlüsse den Rechtsweg der Nichtzulassungsbeschwerde wie gegen Urteile. Der Bundesrat möchte dagegen die derzeitige Gesetzeslage im Kern unangetastet lassen.

Die Motive der Änderungsvorschläge lauten im Wesentlichen gleich: Die Statistik belege, dass das Institut der Berufungszurückweisung durch Beschluss von den Berufungsgerichten signifikant und gleichbleibend unterschiedlich gehandhabt werde: Konsequenz dieser unterschiedlichen Handhabung des § 522 Abs. 2 ZPO sei eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Ungleichheit im Rechtsmittelrecht, dies insbesondere auch im Hinblick auf den Zugang zur dritten Instanz.

## **B**

In Anbetracht dessen und angesichts des Inhalts der beiden mir bereits vorliegenden gutachterlichen Stellungnahmen beschränke ich mich in meiner Stellungnahme - ausgehend von meinem persönlichen Erfahrungshorizont als Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof – auf die Erörterung der Bezüge zwischen der Regelung des § 522 Absätze 2 und 3 ZPO zum Rechtsmittelverfahren der Nichtzulassungsbeschwerde in dritter Instanz. Gerade hieran zeigt sich der Reformbedarf: Die zu beurteilende Regelung ist von einer zentralen Norm zur Bruchstelle im Rechtsmittelsystem der ZPO geworden.

## **I.**

Die zum 01.01.2002 in Kraft getretene große ZPO-Reform des Jahres 2001 zielte – soweit hier von Interesse – auf eine Neuordnung der

Aufgabenverteilung zwischen den drei Instanzen des Zivilprozesses: Die erste Instanz sollte gestärkt werden; die Konfliktregelung sollte nach Möglichkeit dort erfolgen. Der Berufungsinstanz wurde die Funktion eines Instruments vornehmlich der Fehlerkontrolle und – beseitigung zugewiesen. Die dritte Instanz sollte sich auf die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Aufgaben der Rechtsfortbildung und die Wahrung der Rechtseinheit beschränken (Allgemeine Begründung des RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 24.11.2000, BT-Drs. 14/4722, Seite 61). In diesem Konzept nahm § 522 Absätze 2 und 3 ZPO neben dem in den §§ 529, 531 ZPO geregelten grundsätzlichen Ausschluss neuen Sachvortrages in der Berufungsinstanz eine Schlüsselstellung ein: Das Konzept ging, wie die gleichlautende Formulierung der §§ 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO einerseits und 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO andererseits belegt, davon aus, die „Revisionswürdigkeit“ eines Zivilprozesses beurteile sich aus zweitinstanzlicher wie aus der Sicht des Bundesgerichtshofs gleich (vgl. die Begründung des RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, a.a.O., Seite 96 (rechts unten)), und zog daraus den von der Idee her konsequenten Schluss, dass vor dem Berufungsgericht nur die Verfahren verhandelt – und dann durch Urteil entschieden – werden müssen, die entweder revisionswürdig oder in erster Instanz falsch entschieden worden sind.

## II.

Dieses Konzept ist vor dem Bundesgerichtshof und damit in der Praxis gescheitert: Der Bundesgerichtshof nutzt das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde – in dem es nach der Gesetzeskonzeption im Grunde genommen nur um die Prüfung der Revisionswürdig-

keit eines Zivilprozesses gehen soll – mittlerweile zu einer weitgehenden Fehlerkontrolle berufungsrichterlicher Entscheidungen (dazu nachstehend 1.); außerdem ist er Versuchen der Rechtsprechung der Berufungsgerichte, die Berufungsinstanz zu einer „kleinen Revisionsinstanz“ umzugestalten, entgegengetreten (dazu nachstehend 2.).

1. Bei der Auslegung der Revisionszulassungsgründe, wie sie gleichlautend in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO – für den Übergang von der zweiten zur dritten Instanz – und in § 522 Abs. 2 ZPO – für die Verfahrenshandhabung in zweiter Instanz – definiert sind, ist der BGH in den Jahren 2004/2005 von einer ursprünglich sehr engen zu einer großzügigen Sichtweise übergegangen.
  - a) In der Begründung des Regierungsentwurfes eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses findet sich in den Erläuterungen des § 543 ZPO der Hinweis, es komme auch die Zulassung von Revisionen in Betracht, wenn eine Ergebniskorrektur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit oder wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts geboten erscheine (a.a.O., Seite 67). Daraus hatte der XI. Senat des BGH in einem Beschluss vom 01.10.2002 (XI ZR 71/02 = NJW 2003, 65, 68) geschlossen, die Revisionszulassung setze voraus, dass nicht nur die unterlegene Prozesspartei, sondern auch die Allgemeinheit ein unabweisbares Interesse an einer Korrektur des Berufungsurteils habe. Dieses unverzichtbare Interesse der Allgemeinheit an einem korrigierenden Eingreifen des Revisionsgerichts könne in der Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen bejaht werden. In aller Regel habe die Allgemeinheit an der Entscheidung eines gewöhnlichen Zivilrechtsstreits kein Interesse. Selbst Grundrechtsverletzungen recht-

fertigten die Revisionszulassung nur dann, wenn unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zweifelhaft sein könne, dass das angegriffene Urteil einer Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht standhalten würde. Das war die enge Sichtweise der Auslegung der Revisionszulassungsgründe, wie sie unmittelbar nach Inkrafttreten der großen Justizreform – mit Unterschieden im Detail – von mehreren Senaten des BGH vertreten wurde.

- b) Die Abkehr von dieser strengen Sichtweise erfolgte mit einem Beschluss des V. Zivilsenats des BGH vom 08.03.2004 (V ZR 222/03 = NJW 2004, 1960, 1961). Dort heißt es, die Notwendigkeit einer höchstrichterlichen Leitentscheidung bestehe, wenn eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Berufungsgericht oder die ernsthafte Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte zu bejahen sei; dies sei dann der Fall, wenn das Berufungsgericht seine Überlegungen einen unrichtigen Obersatz zugrundegelegt habe. Dem schloss sich der XI. Senat des BGH in seinem wenig später ergangenen Beschluss vom 11.05.2004 (XI ZB 39/03 = NJW 2004, 2222, 2223) an, wobei er seine frühere Auffassung, selbst Grundrechtsverletzungen rechtfertigten die Revisionszulassung nur dann, wenn sie offenkundig seien, aufgab. Die seither für die Revisionszulassung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO – Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung – ausreichende „Obersatzabweichung“ bei den die Entscheidung tragenden „Überlegungen“ ist aber etwas anderes als die Divergenz im klassischen Sinne, die nur dann vorliegt, wenn die angefochtene Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, mithin einen Rechtssatz

aufstellt, der sich mit einem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz nicht deckt (BGH, Beschluss vom 27.03.2003 – V ZR 291/02 = NJW 2003, 1943, 1945). Das zeigt sich daran, dass der V. Senat des BGH in einem Beschluss vom 08.05.2004 (V ZR 260/03 = NJW 2005, 154, 155) der „Obersatzabweichung“ als Revisionszulassungsgrund das „grundlegende Missverständnis des rechtlichen Ansatzpunktes der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ gleichgestellt hat.

- c) Mit dieser Interpretation der Revisionszulassungsgründe hat sich BGH die Möglichkeit einer weitreichenden Fehlerkontrolle eröffnet, von der er auch Gebrauch macht. Die Neigung dazu wurde zudem begünstigt durch die im Ersten Gesetz zur Modernisierung der Justiz neu geschaffene Regelung des § 544 Abs. 7 ZPO, nach der der BGH in den Fällen, in denen das Berufungsurteil auf einer Verletzung des Grundrechts des Nichtzulassungsbeschwerdeführers auf Gewährung rechtlichen Gehörs beruht, bereits im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde das angefochtene Urteil kassieren und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen kann. Diese Verfahrensweise hat in der Praxis des Bundesgerichtshofs zu einer erheblichen Ausweitung des Begriffs der Gehörsverletzung im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG geführt. Faktisch ist damit, soweit es um die Revisionszulassung durch den BGH selbst geht, aus der Zulassungsrevision die Zugriffsrevision geworden.
- d) Das alles lässt sich belegen:

- aa) Über die veränderte Handhabung der Zulassungsgründe im Sinne des § 543 Abs. 1 Satz 2 ZPO durch den BGH gibt zunächst einmal die Statistik Auskunft. Lag die Zulassungsquote – also der Anteil erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerden – beim BGH in der Anfangszeit nach dem Inkrafttreten der großen Justizreform zum Teil deutlich unter 10 %, bewegt sie sich seit der vorstehend geschilderten Wende in der Rechtsprechung des BGH um die 20 %. Das entspricht der „Annahmequote“ zu Zeiten der Annahmrevision nach der bis zum 31.12.2001 geltenden ZPO.
- bb) Die Zugriffspraxis des BGH zeigt sich an zahlreichen Entscheidungen, die nach Revisionszulassung durch den BGH ergangen sind und in denen es dann ausschließlich um die Auslegung individualvertraglicher Erklärungen geht; als Beispiel hierfür füge ich ein Urteil des II. Senats vom 07.03.2005 (II ZR 194/03 (veröffentlicht auch in WM 2005, 1031)) bei und verweise auf die Ausführungen unter Rz. 14 dieser Entscheidung: Das Berufungsgericht hatte bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Steuerberaterpraxis gegen wesentliche Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB verstoßen; das hat dem BGH genügt, um die Revision zuzulassen.
- cc) Ein weiteres Beispiel für die Zugriffspraxis des BGH bietet ein Urteil des XII. Zivilsenats vom 20.10.2010 (XII ZR 11/08; veröffentlicht in WM 2011, 90), das ich ebenfalls beifüge: Dort hat der BGH die Revision gegen ein Urteil eines Oberlandesgerichts zugelassen, das gemeint hatte, in Anbetracht der besonderen Umstände des von ihm zu beurteilenden Einzelfalles - also rein einzelfallbezogen - unter Rückgriff auf § 242 BGB von der Rechtsprechung des BGH abweichen zu können; auf Rz. 7 der BGH-Entscheidung (Referat der

Entscheidungsbegründung des OLG) einerseits und Rz. 15 der BGH-Entscheidung andererseits darf ich verweisen.

- dd) Einen Beleg für das mittlerweile äußerst weite Verständnis einer Gehörsverletzung im Sinne des Art. 103 Abs. 1 GG bietet ein diesem Gutachten ebenfalls beigefügter Beschluss des BGH vom 08.07.2010 (VII ZR 195/08; veröffentlicht in BauR 2010, 1792): Dort hatte das Oberlandesgericht gemeint, seine Fallbeurteilung auf eine Entscheidung des BGH stützen zu können, durch die eine frühere Rechtsprechung des BGH überholt sei. Der BGH hat darin eine Verletzung des Grundrechts der unterlegenen Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs gesehen, weil das Berufungsgericht nicht die Unterschiede zwischen den von ihm ausgewerteten BGH-Entscheidungen erkannt habe, was nur den Schluss zulasse, dass es den darauf bezogenen Sachvortrag der unterlegenen Partei nicht zur Kenntnis genommen, jedenfalls seinen Sinn nicht erfasst habe (Rz. 10 der Entscheidung); dem vorangestellt hat der BGH in jenem Beschluss die – mittlerweile häufig verwendete – Formel, ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs könne auch dann gegeben sein, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulasse, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruhe (Rz. 8).
2. Zeitgleich mit seiner Änderung der Rechtsprechung zu den Revisionszulassungsgründen im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO trat der BGH auch Versuchen entgegen, in der Berufungsinstanz nur noch eine Art kleine Revisionsinstanz zu sehen:



- a) Grundlegend war insoweit ein Urteil des V. Senats des BGH vom 12.03.2004 (V ZR 257/03 = NJW 2004, 1876). In diesem Urteil stellte der BGH klar, dass das Berufungsgericht bei seiner Prüfung nicht an die Berufungsgründe im Sinne des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO gebunden ist: Diese regelten lediglich die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels; das Berufungsgericht habe über Zweifeln an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen selbst dann nachzugehen, wenn es sie unabhängig vom Parteivortrag aufgrund lediglich bei ihm gerichtskundiger Tatsachen gewonnen habe (a.a.O., 1878). Des weiteren entschied er, dass sich die Frage, ob und inwieweit das Berufungsgericht zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme verpflichtet sei, nach denselben Grundsätzen beantworte wie aus der Zeit vor Geltung des Zivilprozessreformgesetzes (a.a.O.).
- b) Wenig später folgte in einem Urteil des VIII. Senats des BGH vom 14.07.2004 (VIII ZR 164/03 = NJW 2004, 2751) die weitere Klarstellung, für die Bindung des Berufungsgerichts an erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen genüge es – im Gegensatz zur revisionsrechtlichen Regelung – nicht, dass die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung keine Verfahrensfehler aufweise. Auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tatsachenfeststellungen seien für das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig seien. Das Berufungsgericht habe deshalb neue Tatsachenfeststellungen immer dann zu treffen, wenn die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen nicht überzeuge.

Das Berufungsgericht habe weiterhin die Aufgabe, das erstinstanzliche Urteil darauf zu überprüfen, ob es als materiell gerechte Entscheidung überzeuge.

- c) Wie eingangs erwähnt, zählt zu den Kernpunkten der Neuregelung der Verteilung der Kompetenzen zwischen den drei Instanzen durch die große ZPO-Reform des Jahres 2001 der grundsätzliche Ausschluss neuen Sachvortrages gemäß den §§ 529, 531 ZPO. Im Schrifttum ist daraus gefolgert worden, eine gegen diese Regelungen verstoßende Zulassung neuer Angriffs- oder Verteidigungsmittel könne mit der Revision gerügt werden. Dem hat der BGH bereits mit Beschluss vom 22.01.2004 (V ZR 187/03 = WM 2004, 1499, 1500) eine Absage erteilt. Lässt deshalb ein Berufungsgericht entgegen den §§ 529, 531 ZPO neuen Tatsachenvortrag zu, berücksichtigt es ihn also in seiner Entscheidung, bleibt dies für die weitere Fallbeurteilung bindend. Der von den §§ 529, 531 ZPO vorgesehene grundsätzliche Ausschluss neuen Tatsachenvortrages in der zweiten Instanz steht damit zur Disposition des einzelnen Berufungsrichters.
- 3. In Anbetracht dieser Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – die sich im übrigen durchweg auf sie durchaus stützende Passagen in den Gesetzesmaterialien der großen ZPO-Reform des Jahres 2001 berufen kann und auch beruft – drängt sich ganz unabhängig von den eingangs erwähnten jeweiligen Entwurfsbegründungen angeführten statistischen Befunden die Frage nach dem Sinn des § 522 Absätze 2 und 3 ZPO auf.
- a) Wenn der BGH die in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO normierten Revisionszulassungsgründe in einer Weise interpretiert, die ihm einen

weitgehenden Korrekturzugriff auf die ihm unterbreiteten Berufungsentscheidungen eröffnet, läuft die Regelung des § 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO, die der Normierung der Revisionszulassungsgründe in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO entspricht, darauf hinaus, dass das Berufungsgericht die mögliche Fehlerkorrektur durch den BGH antezipieren muss. Dass das nicht funktionieren kann, sollte näherer Erörterung nicht bedürfen: Die Berufungsgerichte, deren Urteile der BGH auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin (letztendlich) kassiert, entscheiden sicherlich ebenso nach bestem Wissen und Gewissen, wie die Berufungsgerichte, die eine Berufung durch Beschluss zurückweisen, weil sie meinen, Revisionszulassungsgründe im Sinne der §§ 543 Abs. 2 Satz 1 und 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ZPO lägen nicht vor.

- b) Die Regelung des § 522 Absätze 2 und 3 ZPO läuft deshalb nunmehr darauf hinaus, das einzelne Berufungsgericht darüber entscheiden zu lassen, ob es dem BGH den Zugriff auf seine Entscheidung gestattet oder nicht. So aber hatte die große ZPO-Reform des Jahres 2001 nicht gewettet: Ihr lag die – im Gleichklang der Regelung des § 522 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO einerseits und § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO andererseits zum Ausdruck gekommene – Vorstellung zugrunde, die „Revisionswürdigkeit“ eines Verfahrens lasse sich bereits zu Beginn des Berufungsrechtszugs feststellen.

### III.

Damit stellt sich die Frage nach den Konsequenzen:

1. Für § 522 Abs. 3 ZPO werden sie in allen drei Entwürfen in gleicher Weise und zutreffend gezogen: Aus der ursprünglich zentralen Norm

der großen ZPO-Reform des Jahres 2001 ist mittlerweile eine Bruchstelle im zivilprozessualen Rechtsmittelsystem geworden. Sie gehört beseitigt.

2. Alles weitere – nämlich, ob auch die Regelung des § 522 Abs. 2 ZPO fallen soll, wie dies die Entwürfe von SPD und Bündnis 90/die Grünen vorsehen – ist eine Frage politischer Zweckmäßigkeit. Dazu folgendes:
  - a) Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf auf den mit der Regelung des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO mitverfolgten Zweck der Verfahrensbeschleunigung hin. Daran ist sicherlich richtig, dass sich eine Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO je nach Arbeitsweise und Terminbelastung des Spruchkörpers unter Umständen schneller bewerkstelligen lässt als eine Berufungszurückweisung durch Urteil. Es gibt aber auch hier für den Berufungskläger, dem in erster Linie oder ausschließlich an einer Verfahrensverzögerung gelegen ist, ausreichende Möglichkeiten, dies zu erreichen. Mir sind Fälle bekannt, in denen der Berufungsführer nach dem Ankündigungshinweis (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) mit Richterablehnungen reagiert hat, über die dann ein anderer Spruchkörper zu befinden hatte. Eine Beschleunigungsgarantie gibt die derzeitige Regelung des § 522 Abs. 2 ZPO nicht.
  - b) Die unterschiedliche Handhabung des § 522 Abs. 2 ZPO in der Praxis der Berufungsgerichte lässt sich meines Erachtens nur mit unterschiedlichen Mentalitäten, möglicherweise auch mit einer von Gericht zu Gericht unterschiedlichen Ausprägung des Willens, den an-

getragenen Rechtsstreit einer dauerhaften Konfliktregelung zuzuführen, erklären. Das lässt sich an den – statistisch ebenfalls erfassten (vgl. meine Auswertung der statistischen Daten der Jahre 2004 bis 2006 in meinem Aufsatz „Verfassungsgerichtliche Lawinensprengung – Das BVerfG und die Berufungs-Beschlusszurückweisung“ in: NJW 2008, 3390) - unterschiedlichen Vergleichsquoten ablesen: So wies – beispielsweise – das OLG Stuttgart in den Jahren 2004 bis 2006 eine niedrige Beschlusszurückweisungsquote, dafür aber eine weit überdurchschnittliche Vergleichsquote auf. Eine vergleichsweise Streitbeilegung lässt sich aber erfahrungsgemäß in einer mündlichen Verhandlung weitaus besser bewerkstelligen als in einem schriftlichen Verfahren. Die Beibehaltung der Regelung des § 522 Abs. 2 ZPO – im Kern – unter Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO könnte deshalb dazu führen, dass die „beschlussfreudigen“ Berufungsgerichte weiterhin „beschließen“, statt eine vergleichsweise Regelung zu versuchen.

- c) Damit einhergehen könnte die Tendenz, sich Verfahren durch Beschluss vom Schreibtisch zu schaffen und – über die Nichtzulassungsbeschwerde – „nach Karlsruhe“ weiterzureichen.
- d) Die Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO – also die Eröffnung des Rechtswegs zum BGH – wird zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichtshofs führen. Wie hoch sie sein wird, lässt sich solide nicht prognostizieren. Nur so viel sei hierzu angemerkt:
  - aa) Auch die im Falle der Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO neu hinzukommenden Verfahren werden den Filter der Anwaltschaft beim

BGH durchlaufen müssen. Dort bleiben bereits jetzt ca. ein Drittel der Nichtzulassungsbeschwerden „hängen“, weil sie von dem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten „abvotiert“ werden.

- bb) Der Arbeitsanfall beim BGH wird auch von der Qualität der neu hinzukommenden Berufungsentscheidungen abhängen. Insoweit darf ich auf den in einer Entscheidung des BGH festgehaltenen Erfahrungssatz verweisen, wonach Berufungsentscheidungen, die nach mündlicher Verhandlung ergehen, eine größere Richtigkeitsgewähr haben (BGH, Beschluss vom 30.04.2003 – IV ZR 336/02 = NJW-RR 2003, 1221, 1222). Das spricht für die Aufhebung auch des § 522 Abs. 2 ZPO.
- cc) Die Abschaffung auch des § 522 Abs. 2 ZPO wird zu einer Mehrbelastung der Justiz der Länder führen, birgt aber die Chance einer Entlastung des Bundesgerichtshofs. Die mit der Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO verbundene Erhöhung des Arbeitsanfalles der Justiz ließe sich auf diese Weise auf mehrere Schultern verteilen.
- dd) Die im Regierungsentwurf vorgesehene Aufhebung des § 7 InsO jedenfalls taugt zur Kompensation der mit der Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO verbundenen Mehrbelastung des BGH nicht: Sie entlastet allein den mit Insolvenzrechtsbeschwerden befassten IX. Zivilsenat.
- e) Sollte sich der Gesetzgeber dazu entschließen, § 522 Abs. 2 ZPO beizubehalten, kann er sich die im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorgesehene und die vom Bundesrat angeregte Änderung dieser

Vorschrift sparen: Der Regierungsentwurf will durch den geänderten Absatz des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO den zwingenden Charakter des Beschlussverfahrens klarstellen. Dieses Ziel wird aber durch die vorgesehene Einfügung der Nr. 4 in den Katalog des § 522 Abs. 2 Satz 1 konterkariert; für den hiervon abweichenden Formulierungsvorschlag des Bundesrates gilt nichts anderes. Ob das Berufungsgericht eine mündliche Verhandlung für angemessen hält oder nicht, ist Ermessensfrage. Letztendlich soll es also nach der Neuregelung sowohl nach Maßgabe des Regierungsentwurfes als auch nach Maßgabe der Stellungnahme des Bundesrates vom Ermessen des Berufungsgerichts abhängen, ob es durch Beschluss entscheidet oder nach mündlicher Verhandlung durch Urteil. Dies läuft auf eine Festschreibung der bisherigen unterschiedlichen Praxis der Berufungsgerichte hinaus und widerspricht damit im Grunde der eigenen Zielsetzung des Regierungsentwurfs, dieser Praxis ein Ende zu bereiten.

3. Wie bereits angesprochen, wird die beabsichtigte Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO zu einer Mehrbelastung des BGH führen, über deren Umfang allerdings derzeit nur spekuliert werden kann. Das lässt es als angemessen erscheinen, die weitere Entwicklung nach der Aufhebung des § 522 Abs. 3 ZPO erst einmal im Auge zu behalten und erst dann nach Abhilfemaßnahmen zu suchen, wenn sich abzeichnet, dass die Mehrbelastung von Dauer und nicht tragbar ist. Diese Abhilfemaßnahmen müssten dann allerdings alle Geschäftsbereiche der Zivilsenate des BGH erfassen. Hierzu bieten sich zwei Möglichkeiten an:
  - a) Die eine Möglichkeit wäre die Erhöhung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde, die gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO derzeit

bei 20.000 € liegt. Vor der ZPO-Reform des Jahres 2001 lag sie – bei den zulassungsfreien Revisionen – bei 60.000 DM. Eine Erhöhung der Wertgrenze hätte eine Entlastung des BGH im Bereich der Nichtzulassungsbeschwerden über alle Geschäftsbereiche hinweg zur Folge. Es bliebe allerdings die „Gerechtigkeitsfrage“, weshalb Parteien mit einem höheren Streitwert auch ohne Rechtsmittelzulassung durch die Vorinstanz zum BGH dürfen, Parteien mit einem niedrigeren Streitwert dagegen nicht. Diese Frage treibt freilich die Justizpolitik um, seitdem es Instanzenzüge gibt. Die Zukunft wird daran nichts ändern.

- b) Die zweite Möglichkeit bestünde darin, dem BGH wieder auf seinen tradierten Aufgabenbereich zu beschränken, nämlich die Entscheidung zivilrechtlicher Klageverfahren letzter Instanz. Alle anderen Verfahren, also die Beschluss- und Beschwerdestreitigkeiten, könnten in dritter Instanz den Oberlandesgerichten übertragen werden, die im Divergenzfall dem BGH vorzulegen hätten; so war dies früher – etwa – im FGG vorgesehen. Der BGH könnte sich dann vermehrt der Rechtsfortbildung in Verfahren mit mündlicher Verhandlung widmen.

Dr. Nassall  
Rechtsanwalt  
Anlagen:

## juris - Willkommen

### Schnellnavigation

[Steuerleiste](#) | [Navigation](#) | [Suche](#) | [Inhalt](#)  
Willkommen Wendt Nassall



- [Startseite](#)



- [Kontakt](#)
- [Hilfe](#)
- [Verlauf](#) ▾
- [Favoriten](#) ▾ |
- [Weitere Portale](#) |
- [Mein juris](#) |
- [RSS](#)
- | [Logout](#)

[Aktenzeichen: \[eigenes Az: vergeben\]](#)

Rechercheauswahl	Treffer
<a href="#">Alle Dokumente</a>	4
<a href="#">Rechtsprechung</a>	1
<a href="#">Gesetze/Verordnungen</a>	0
<a href="#">Literaturnachweise</a>	0
<a href="#">Zeitschriften</a>	0
<a href="#">Kommentare</a>	3
<a href="#">Arbeitshilfen</a>	0

[Suche](#) [Erweiterte Suche](#) [Filter](#) [Tipps und Tricks zur Suche](#)

### Alle Dokumente




## Rechtsgebiete



4 | [Rechtsgebiete gesamt](#)

1 | [Bankrecht](#)

1 | [Erbrecht](#)

1 | [Familienrecht](#)

1 | [Handels- und Gesellschaftsrecht](#)

1 | [Insolvenzrecht](#)

1 | [Miet- und Wohnungseigentumsrecht](#)

1 | [Steuerrecht](#)

4 | [Zivil- und Zivilprozessrecht](#)

**Suchwort:**  II ZR 194/03 (Aktenzeichen)

**Treffer:**

4

[Suche speichern](#)

[Trefferliste](#) **Dokument** [Akte \(1/100\)](#)



Dokument 1 von 4

[Kurztext](#)

[Langtext](#)

**Gericht:**

BGH 2.  
Zivilsenat

**Quelle:**



**Entscheidungsdatum:** 07.03.2005

**Normen:** [§ 133](#)

**Aktenzeichen:**

II ZR  
194/03

[BGB, § 157 BGB, § 705](#)

**Dokumenttyp:** Urteil [BGB, § 730 BGB, §§ 730ff BGB](#)

Steuerberatersozietät: Auslegung scheinbar widersprüchlicher Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag; Behandlung einer von einem ausgeschiedenen Gesellschafter erfüllten Gesellschaftsschuld in der Auseinandersetzungsbilanz

### Leitsatz

1. Bei nach dem Wortlaut (scheinbar) widersprüchlichen Bestimmungen eines Gesellschaftsvertrages (hier: Übernahmerecht, Abfindungs- und Mandantenschutzklausel in einem Steuerberatungs-Sozietäts-Vertrag) ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, bei welcher jeder Vertragsnorm eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich die Regelungen ansonsten als ganz oder teilweise sinnlos erweisen würden.
2. Erfüllt ein Gesellschafter nach seinem Ausscheiden eine vorher entstandene Schuld der Gesellschaft (hier: Steuerschuld) ist der Erstattungsanspruch als unselbständiger Rechnungsposten in die Auseinandersetzungsbilanz aufzunehmen.

### Orientierungssatz

1. Zitierung zu Leitsatz 1: Festhaltung [BGH, 18. Mai 1998, II ZR 19/97, WM 1998, 1535](#).
2. Zitierung zu Leitsatz 2: Festhaltung [BGH, 2. Oktober 1997, II ZR 249/96, ZIP 1997, 2120](#).

**⊕ Fundstellen ...**

**⊕ Verfahrensgang ...**

**⊕ Diese Entscheidung wird zitiert ...**

**⊕ Diese Entscheidung zitiert ...**

**Tenor**

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. April 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage des Beklagten abgewiesen worden ist.

Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand**

1

Dem Rechtsstreit liegt eine Auseinandersetzung der Parteien über wechselseitige Ansprüche aus der Beendigung einer zwischen ihnen bestehenden Steuerberaterpraxis zugrunde.

2

Die Parteien haben sich mit Sozietätsvertrag vom 27. Dezember 1991 zu dem gemeinsamen Betrieb einer Steuerberaterpraxis zusammengeschlossen mit zuletzt hälftiger Gewinnbeteiligung. Im Februar/März 2001 warf der Beklagte der Klägerin eine Untreuehandlung vor. Im Hinblick auf diesen von der Klägerin bestrittenen Vorwurf hat der Beklagte der Klägerin am 13. Juli 2001 ein Schreiben übergeben, mit dem er für den 31. Juli 2001 eine Gesellschafterversammlung einberief mit dem Tagesordnungspunkt "Ausschließung der Gesellschafterin M.-H.". Dem angedrohten Ausschluß kam die Klägerin zuvor, indem sie mit Schreiben vom 27. Juli 2001 das Gesellschaftsverhältnis fristlos kündigte. Seit dem 31. Juli 2001 betreibt sie eine eigene Steuerberaterpraxis. Ebenfalls am 27. Juli 2001 schrieb sie die Mandanten der Gesellschaft an, wies auf die fristlose Kündigung und ihre neue Praxisanschrift hin und bot unter Beifügung einer Vollmacht an, weiterhin in steuerlichen Angelegenheiten zur Verfügung zu stehen.

3

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage vom Beklagten die Erstattung von Zahlungen, die sie nach ihrem Aus-

scheiden aus der Gesellschaft auf deren Steuerschulden erbracht hat. Der Beklagte begehrt widerklagend die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Klägerin für Schäden, die ihm durch die seiner Ansicht nach unberechtigte fristlose Kündigung der Klägerin sowie die Mandantenmitnahme entstanden sind.

4

Das Landgericht hat der Klage und - in eingeschränktem Umfang - der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufungen der Parteien hat das Berufungsgericht die Widerklage abgewiesen und der Klage nur in Form der Feststellung, daß die gezahlten Beträge in die zu erstellende Auseinandersetzungsbilanz einzustellen seien, stattgegeben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte das Widerklagebegehren weiter. Mit der Anschlußrevision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des ihrem Zahlungsantrag stattgebenden erstinstanzlichen Urteils.

[↑ zum Seitenanfang](#)

### **Entscheidungsgründe**

5

Die Revision des Beklagten ist begründet und führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Anschlußrevision der Klägerin hat keinen Erfolg.

6

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt: Die von der Klägerin nach ihrem Ausscheiden geleisteten Zahlungen unterlägen im Hinblick auf die zwischen den Parteien durchzuführende Auseinandersetzung ihrer gesellschaftsrechtlichen Beziehungen einer Durchsetzungssperre. Die Leistungsklage sei in ein Feststellungsbegehren, die Forderung als unselbständigen Posten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen, umzudeuten und in diesem Umfang begründet.

7

Die Widerklage sei unbegründet, da das Wettbewerbsverbot in § 7 des Sozietätsvertrages vom 27. Dezember 1991 im Hinblick auf die Regelung in § 20 Abs. 2 (d)

des Vertrages unwirksam sei.

8

II. Zur Revision des Beklagten:

9

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Abweisung der Widerklage halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

10

1. Ohne Erfolg bleibt allerdings die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den - in der Berufungsinstanz unstreitigen - Vortrag der Parteien, ihrem Vertragsverhältnis sei der Sozietätsvertrag vom 27. Dezember 1991 zugrunde zu legen und nicht der irrtümlich vom Landgericht herangezogene Vertragsentwurf, unberücksichtigt lassen müssen.

11

Da unstreitiger neuer Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen ist (BGH, Urt. v. 18. November 2004 - XI ZR 229/03, [NJW 2005, 291, 292](#) f. m.w.Nachw.), war das Berufungsgericht gemäß [§ 529 Abs. 1 ZPO](#) gehalten, seiner Entscheidung den unstreitig das vertragliche Verhältnis der Parteien regelnden Sozietätsvertrag vom 27. Dezember 1991 zugrunde zu legen.

12

2. Das Berufungsgericht durfte jedoch die Frage, ob der Beklagte die Übernahme der Gesellschaft erklärt hat, eine Möglichkeit, die ihm in § 16 Abs. 3 (d) des Sozietätsvertrages für den Fall der Kündigung einer zweigliedrigen Gesellschaft eröffnet ist, nicht unentschieden lassen. Denn nur im Fall der Übernahme kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots aus § 7 des Vertrages in Betracht. Liegt keine Übernahme vor, richtet sich die Auseinandersetzung der Parteien, bezogen auf die ehemals gemeinsamen Mandatsverhältnisse, nach § 21 des Sozietätsvertrages. Diese Regelung enthält kein Wettbewerbsverbot, sondern sieht in § 21 Abs. 3 vor, daß die Mandanten durch Rundschreiben aufzufordern sind mitzuteilen, mit welchem der Gesellschafter sie das Beratungsverhältnis fortzusetzen wünschen.

13

a) Hat der Beklagte die Übernahme erklärt, kommt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Verstoßes der Klägerin gegen das Wettbewerbsverbot in § 7 des Vertrages grundsätzlich in Betracht. § 7 des Vertrages, der ein Wettbewerbsverbot in Form einer Mandantenschutzklausel enthält, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht wegen Widersprüchlichkeit zu § 20 Abs. 2 (d) des Vertrages unwirksam. § 7 enthält ein wirksames, nämlich ein in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht das notwendige Maß nicht überschreitendes (s. allg. zu diesen Anforderungen Sen.Urt. v. 8. Mai 2000 - [II ZR 308/98](#), [ZIP 2000, 1337, 1338](#) f.) vertragliches Wettbewerbsverbot. Deshalb kann ein auf die Verletzung von § 7 des Vertrages gestützter Schadensersatzanspruch nicht mit der vom Berufungsgericht herangezogenen Begründung abgelehnt werden.

14

aa) Zwar ist die Auslegung eines Vertrages grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht prüft nur, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer acht gelassen wurde (st.Rspr., vgl. Sen.Urt. v. 8. November 2004 - [II ZR 300/02](#), [ZIP 2005, 82, 83](#)). Gemessen hieran ist die Auslegung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft, da sie gegen wesentliche Auslegungsgrundsätze ([§§ 133, 157 BGB](#)) verstößt.

15

bb) Da neuer Sachvortrag nicht zu erwarten ist und weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind, kann der Senat die Vertragsbestimmungen selbst auslegen.

16

§ 7 des Vertrages trägt die Überschrift "Wettbewerbsverbot, Mandantenschutz" und lautet wie folgt:

17

"1. (a) Den Gesellschaftern ist es untersagt, sich außerhalb der Gesellschaft in deren Tätigkeitsbereich selbständig, unselbständig oder bera-

23

tend zu betätigen, auch nicht gelegentlich oder mittelbar.

...

18

(b) Das Wettbewerbsverbot endet zwei Jahre nach dem Ausscheiden des Gesellschafters. Es ist beschränkt auf den OFD-Bezirk und die Mandanten, die von der Gesellschaft laufend betreut werden oder in den letzten zwei Jahren vor dem Ausscheiden beraten wurden.

..."

19

§ 20 trägt die Überschrift "Abfindung" und lautet in Abs. 2 (d) wie folgt:

20

"Übernimmt der ausscheidende Gesellschafter Mandate der Gesellschaft - sei es aufgrund einverständlicher Regelung, sei es daß die Mandanten eine Fortsetzung des Mandats mit der Gesellschaft ablehnen und den Ausscheidenden zu beauftragen beabsichtigen - wird der nach Buchstabe c zu ermittelnde Wert der Mandate auf das Abfindungsguthaben angerechnet. ..."

21

Bei seiner Auslegung hat das Berufungsgericht die gesetzlichen Regeln, wonach der objektive Sinn der Bestimmungen zu ermitteln ist, nur scheinbar beachtet. Es hat nicht genügend berücksichtigt, daß nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, eine vertragliche Bestimmung solle nach dem Willen der Parteien einen bestimmten, rechtserheblichen Inhalt haben. Deshalb ist einer möglichen Auslegung der Vorzug zu geben, bei welcher der Vertragsnorm eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich diese Regelung ansonsten als ganz oder teilweise sinnlos erweisen würde (Sen.Urt. v. 18. Mai 1998 - [II ZR 19/97](#), [WM 1998, 1535, 1536](#)). Ein sinnvolles Nebeneinander der beiden Regelungen ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ohne weiteres möglich. Sieht - wie hier - § 20 die Zulässigkeit von Mandatsmitnahmen unter bestimmten Voraussetzungen vor, folgt daraus bei

objektiver, beiderseits interessengerechter Auslegung zugleich, daß in diesen Fällen kein Wettbewerbsverstoß im Sinne des § 7 des Vertrages vorliegt. Erfüllt hingegen die Mandantenmitnahme die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 (d) nicht, liegt ein Wettbewerbsverstoß vor. Warum eine derart sinnerhaltende Auslegung dem Parteiwillen nicht entsprechen sollte, ist nicht ersichtlich.

22

b) Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

23

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts enthält die Regelung in § 7 keine gemäß [§ 723 Abs. 3 BGB](#) unzulässige Kündigungsbeschränkung. Es handelt sich dabei nicht um eine Regelung, die dem fristlos Kündigenden vermögensrechtliche Verpflichtungen auferlegt, die im Ergebnis dazu führen, daß er nicht mehr frei entscheiden kann, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht oder nicht (siehe hierzu [BGHZ 126, 226, 230 f.](#)). Mit der Regelung sind auch im Falle der fristlosen Kündigung keine unzumutbaren vermögensrechtlichen Verpflichtungen verbunden. Der Kündigende wird ausreichend geschützt einerseits durch den Abfindungsanspruch, in dessen Ermittlung der Wert der bei der Gesellschaft verbleibenden Mandate einfließt (§ 20 Abs. 2 (c) des Vertrages), andererseits dadurch, daß er einen darüber hinausgehenden Schaden ersetzt verlangen kann, wenn das Verhalten des oder der Mitgesellschafter ursächlich für seine fristlose Kündigung war (Sen.Urt. v. 16. Februar 1967 - II ZR 171/65, WM 1967, 419; MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 723 Rdn. 52 m.w.Nachw.).

24

bb) Angesichts der Wirksamkeit der Regelung in § 7 stünde dem auf die Verletzung des Wettbewerbsverbots gestützten Schadensersatzanspruch des Beklagten der Einwand des rechtsmißbräuchlichen Verhaltens entgegen, wenn er, wie die Klägerin behauptet, ihre Kündigung durch ein gegen die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten verstoßendes Verhalten veranlaßt ("proviziert") hätte. Diese Möglichkeit ist, wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit seinen Hilfsvermutungen angedeutet hat, nicht ausgeschlossen. Hierzu sind weitere Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich.



25

cc) Sollte nach ergänzender Sachaufklärung eine Übernahme der Gesellschaft durch den Beklagten nicht festgestellt werden können, kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen § 7 nicht in Betracht, da für diesen Fall in § 21 Abs. 3 des Vertrages eine Sonderregelung ohne Wettbewerbsverbot oder Mandantenschutzklausel zwischen den Parteien getroffen worden ist.

26

dd) Das Berufungsgericht wird weiter zu prüfen haben, ob dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch wegen unberechtigter fristloser Kündigung seitens der Klägerin zusteht, da der Beklagte, wie die Revision zu Recht rügt, sein Schadensersatzbegehren auch auf diesen Gesichtspunkt der vertraglichen Treuepflichtverletzung gestützt hat. Bei dieser Prüfung wird es ebenfalls das vorausgegangene, die Kündigung der Klägerin auslösende Verhalten des Beklagten zu würdigen haben.

27

III. Zur Anschlußrevision der Klägerin:

28

Die Anschlußrevision ist zulässig aber unbegründet. Das Berufungsgericht ist zu Recht von dem Bestehen einer Durchsetzungssperre hinsichtlich der Erstattungsansprüche der Klägerin ausgegangen. Hiergegen wendet sich die Anschlußrevision ohne Erfolg.

29

1. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung (vgl. Sen.Urt. v. 2. Oktober 1997 - [II ZR 249/96](#), [ZIP 1997, 2120](#)) - was auch die Anschlußrevision nicht verkennt - davon aus, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Durchsetzung einzelner Forderungen grundsätzlich ausgeschlossen ist, diese vielmehr lediglich unselbständige Posten in der zu erstellenden Auseinandersetzungsbilanz darstellen. Zwar gilt dieser Grundsatz nicht ausnahmslos (siehe zu möglichen Ausnahmen Sen.Urt. v. 2. Oktober 1997 aaO S. 2121 m.w.Nachw.). Ein Ausnahmefall liegt hier entgegen der Ansicht der Anschlußrevision nicht vor. Diese will die Durchbrechung der Durchsetzungssperre damit begründen, daß die

Auseinandersetzungsbilanz auf den - hier revisionsrechtlich mangels entgegenstehender Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Klägerin zu unterstellenden - Tag des Ausscheidens der Klägerin, den 31. Juli 2001, zu erstellen sei, die Zahlungen von der Klägerin jedoch erst Ende 2001 erbracht worden seien und daher in die Auseinandersetzungsbilanz nicht einzustellen seien.

30

2. Dem kann nicht gefolgt werden. Es kommt nicht auf den Zeitpunkt der Leistung der Klägerin an, sondern darauf, daß die Klägerin mit der Zahlung eine Steuerschuld der Gesellschaft aus der Zeit vor ihrem Ausscheiden beglichen hat, für die sie ebenso wie der Beklagte haftet und die daher als aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigende Schuld in der Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen ist. Ein Ausgleich der Zahlung außerhalb der Auseinandersetzungsbilanz würde möglicherweise - wenn z.B. das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreicht - dazu führen, daß die Klägerin zur Rückzahlung in Form des Verlustausgleichs verpflichtet wäre. Genau dieses Hin- und Herzahlen soll durch das Einstellen in die Bilanz vermieden werden.

31

Röhricht            Goette            Kraemer  
                         Strohn            Caliebe

[↑ zum Seitenanfang](#)

Dokument 1 von

4 

# juris - Willkommen

## Schnellnavigation

[Steuerleiste](#) | [Navigation](#) | [Suche](#) | [Inhalt](#)

Willkommen Wendt Nassall



- [Startseite](#)


- [Kontakt](#)
- [Hilfe](#)
- [Verlauf](#) ▾
- [Favoriten](#) ▾ |
- [Weitere Portale](#) |
- [Mein juris](#) |
- [RSS](#)
- | [Logout](#)

[Aktenzeichen: \[eigenes Az: vergeben\]](#)

Rechercheauswahl Treffer **Suche** [Erweiterte Suche](#) [Filter](#) [Tipps und Tricks zur Suche](#)

<a href="#">Alle Dokumente</a>	1
<a href="#">Rechtsprechung</a>	1
<a href="#">Gesetze/Verordnungen</a>	0
<a href="#">Literaturnachweise</a>	0
<a href="#">Zeitschriften</a>	0
<a href="#">Kommentare</a>	0
<a href="#">Arbeitshilfen</a>	0

**Alle Dokumente**



## Rechtsgebiete

- 1 | [Rechtsgebiete gesamt](#)
- 1 | [Bankrecht](#)
- 1 | [Familienrecht](#)
- 1 | [Kosten- und Gebührenrecht](#)
- 1 | [Miet- und Wohnungseigentumsrecht](#)
- 1 | [Zivil- und Zivilprozessrecht](#)

**Suchwort:**  XII ZR 11/08 (Aktenzeichen)

**Treffer:**

1

[Suche speichern](#)

[Trefferliste](#) **Dokument** [Akte \(1/100\)](#)

NOTIZ     

[Kurztext](#)

Langtext

**Gericht:** BGH 12. Zivilsenat

**Entscheidungsdatum:** 20.10.2010

**Aktenzeichen:** XII ZR 11/08

**Dokumenttyp:** Urteil

**Quelle:** 

**Normen:** [§ 242 BGB](#), [§ 747 S 2 BGB](#), [§ 1147 BGB](#), [§ 1152 BGB](#), [§ 1191 Abs 1 BGB](#) ... [mehr](#)

Ersteigerung des gemeinsamen Grundstücks von Ehegatten durch einen Ehegatten: Rechte des weichenden Ehegatten

### **Leitsatz**

Ersteigert ein Ehegatte das bis dahin gemeinsame Grundstück der Ehegatten, so kann der weichende Ehegatte vom Ersteher nicht Zahlung des hälftigen Betrags einer in das geringste Gebot fallenden, nicht mehr valuierten Grundschuld verlangen, welche die Ehegatten einem Kreditinstitut zur Sicherung eines gemeinsam aufgenommenen Darlehens eingeräumt hatten. Der weichende Ehegatte ist vielmehr darauf beschränkt, vom Ersteher die Mitwirkung bei der ("Rück-")Übertragung und Teilung der Grundschuld zu verlangen und sodann aus der ihm gebührenden Teilgrundschuld die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu begehren. Auch [§ 242 BGB](#) eröffnet dem weichenden Ehegatten grundsätzlich keinen weitergehenden Zugriff auf das Vermögen des Ersterhers (Fortführung des Senatsurteils vom 13. Januar 1993, [XII ZR 212/90](#), [FamRZ 1993, 676, 681](#); Abgrenzung zum Senatsurteil vom 29. November 1995, [XII ZR 140/94](#), BGHR BGB § 752 Auseinandersetzung 1) [\(Rn.12\)\(Rn.15\)\(Rn.16\)\(Rn.17\)\(Rn.18\)](#).

**⊕ Fundstellen ...**

**⊕ Verfahrensgang ...**

**⊕ Diese Entscheidung wird zitiert ...**

**⊕ Diese Entscheidung zitiert ...**

### **Tenor**

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 6. Dezember 2007 aufgehoben.

2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Aurich vom 3. Juli 2007 wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

3. Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Klägerin.

**Tatbestand**

1

Die Parteien sind aufgrund des im Januar 2003 zugestellten Antrags seit November 2003 geschieden. Sie streiten um Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit der Rückübertragung von Grundschulden, die sie der Sparkasse zur Sicherung gemeinsamer Darlehen eingeräumt hatten.

2

Die Parteien waren zu je  $\frac{1}{2}$  Miteigentümer eines Einfamilienhauses, das ihnen bis zur Trennung als Ehewohnung diente. Am 30. Juni 2005 ersteigerte der Beklagte (im Folgenden: Ehemann) in einer Teilungsversteigerung das Hausgrundstück mit einem Bargebot von 3.000 €. Bestehen blieben dabei u.a. die Sicherungs-(Buch-)grundschulden Nr. 2 und Nr. 3 zugunsten der örtlichen Sparkasse. Die Grundschuld Nr. 2 über 61.355,03 € war im Versteigerungszeitpunkt in Höhe von 43.905,63 € nicht mehr valuiert. Die Grundschuld Nr. 3 über 17.895,22 € war im Versteigerungszeitpunkt insgesamt nicht mehr valuiert. Am selben Tag erklärte die Sparkasse gegenüber der Klägerin (im Folgenden: Ehefrau) privatschriftlich die Abtretung der Grundschulden, soweit nicht mehr valuiert, an die Eheleute. Ein Vollzug im Grundbuch erfolgte nicht.

3

Den Grundschulden liegen den Parteien gemeinsam gewährte Darlehen zugrunde, die die Ehegatten in Höhe der nicht mehr valuierten Beträge zurückgeführt hatten, und zwar ganz überwiegend in der Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags.

4

Die Ehefrau verlangt vom Beklagten die Zahlung des hälftigen Betrags der "abgetretenen" Grundschulden, also  $(43.905,63 \text{ €} + 17.895,22 \text{ €} = 61.800,85 \text{ €} : 2 =) 30.900,43 \text{ €}$ . Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin diesen Betrag Zug um Zug gegen Abtretung der beiden Grundschulden zu zahlen. Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beklagte zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte der Klägerin aus den Abtretungserklärungen der Sparkasse verurteilt wird. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klagabweisungsbegehren weiter.

[↑ zum Seitenanfang](#)

## Entscheidungsgründe

5

Das Rechtsmittel ist begründet.

6

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts wurden die Parteien aufgrund der Abtretungserklärungen der Sparkasse Inhaber der Grundschulden, soweit diese nicht mehr valuiert waren. Der Umstand, dass der Ehemann an den Abtretungsverträgen nicht beteiligt gewesen sei, hindere die Wirksamkeit der Abtretung nicht. Da er mit einer ausschließlich zu seinen Gunsten erfolgten Abtretung einverstanden gewesen wäre, sei auch von seinem Einverständnis mit dem Erwerb des hälftigen Anteils an den Grundschulden auszugehen, der ihm infolge der Abtretungen zugefallen sei.

7

Aufgrund der wirksamen Abtretung sei zwischen den Parteien eine Bruchteilsgemeinschaft entstanden. Diese könne zwar grundsätzlich durch Teilung in Natur - hier durch die mögliche Zerlegung der gemeinsamen Grundschulden in Teilgrundschulden - auseinandergesetzt werden. Die Ehefrau könne sodann aus den so von ihr erworbenen (Teil-) Grundschulden die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Ehemannes betreiben; ein unmittelbar auf Zahlung gerichteter Anspruch stehe ihr gegen den Ehemann grundsätzlich nicht zu. Im vorliegenden Fall könne jedoch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben von der Ehefrau die Durchführung eines erneuten Zwangsversteigerungsverfahrens nicht verlangt werden. Das Oberlandesgericht halte es vielmehr für sachgerecht und angemessen, der Ehefrau gegen den Ehemann ausnahmsweise einen unmittelbaren Zahlungsanspruch zuzubilligen. Dafür spreche, dass der der Ehefrau zustehende Anspruch aus den Grundschulden der Höhe nach eindeutig feststellbar sei und somit bezüglich des Hausgrundstücks zu einer abschließenden Auseinandersetzung der Parteien führen könne. Zudem gebiete der Zeitablauf seit dem Eheende, die von der Ehefrau begehrte Auseinandersetzung zumindest hinsichtlich des Hausgrundstücks möglichst zügig und verfahrensvereinfachend vorzunehmen.

8

2. Die Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9

a) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts sind die Parteien nicht Gläubiger der Grundschulden. Es ist nicht dargetan, dass die Sparkasse diese wirksam an die Parteien abgetreten hat.

10

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob sich aus dem - vom Oberlandesgericht unterstellten - Einverständnis des Ehemannes mit einer Abtretung der Grundschulden allein an ihn eine Willenserklärung herleiten lässt, nach der er hilfsweise auch mit einer Übertragung dieser Grundschulden an ihn und die Ehefrau gemeinsam einverstanden sei. Zum einen ist nicht erkennbar, in welchem Handeln des Ehemannes eine rechtsgeschäftliche Erklärung liegen soll, mit der er die in den Abtretungserklärungen der Sparkasse liegenden Angebote zur Abtretung der Grundschulden an beide Ehegatten angenommen haben könnte. Zum andern stellt die Beteiligung an einer Bruchteilsgemeinschaft gegenüber dem Vollrechtserwerb nicht ohne weiteres ein Weniger dar mit der Folge, dass ein - unterstellter - Wille des Ehemannes zum alleinigen Rechtserwerb an den Grundschulden "hilfsweise" und als "minus" auch dessen Einverständnis mit einem Rechtserwerb nur zu Bruchteilen umfasst.

11

Diese Fragen können indes dahinstehen. Denn eine Abtretung der - hier vorliegenden - Buchgrundschulden bedarf der Eintragung im Grundbuch (§§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 3, 873 BGB). Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Das Oberlandesgericht geht selbst davon aus, dass die Grundschulden noch nicht zugunsten der Parteien im Grundbuch eingetragen sind. Auch ein Eintragungsantrag der Ehefrau oder eine Eintragungsbewilligung der Sparkasse ist nicht festgestellt. Die Grundschulden stehen deshalb weiterhin der Sparkasse zu.

12

b) Allerdings könnte sich aus dem der Einräumung der Grundschulden zugrundeliegenden Sicherungsvertrag ein Anspruch der Parteien gegen die Sparkasse herleiten, nach Tilgung der persönlichen Verbindlichkeiten die Rückübertragung der (Sicherungs-)Grundschulden auf sich zu verlangen (vgl. im einzelnen Senatsurteil vom 13. Januar 1993 - [XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676, 680](#) f.). Ein solcher Anspruch stünde den Parteien gemeinschaftlich zu. Jeder Ehegatte könnte vom anderen verlangen, an der Realisierung dieses - auf Übertragung der (nicht mehr valuierten) Grundschulden an die Ehegatten gemeinsam gerichteten - Anspruchs mitzuwirken (§ 747 Satz 2 BGB). Erst

bei Erfüllung dieses Anspruchs entstünde, wie vom Oberlandesgericht schon für den Jetztzeitpunkt angenommen, eine Bruchteilsgemeinschaft der Ehegatten an den ihnen gemeinsam übertragenen Grundschulden. Jeder Ehegatte könnte vom anderen verlangen, daran mitzuwirken, dass diese Gemeinschaft durch Teilung in Natur - hier durch Begründung von gleichrangigen Teilgrundschulden für jeden Ehegatten - auseinandergesetzt wird (§§ 1152, 1192 BGB; Senatsurteil vom 13. Januar 1993 - [XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676, 681](#)). Nach Erfüllung auch dieses Anspruchs könnte die Ehefrau vom Ehemann aus den von ihr in der Auseinandersetzung erworbenen Teilgrundschulden die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verlangen (§§ 1191 Abs. 1, 1147 BGB). Der Ehemann hätte die Möglichkeit, eine solche Vollstreckung durch Zahlung auf die Teilgrundschulden der Ehefrau abzuwenden.

13

c) Die unter b) aufgezeigten Ansprüche der Ehefrau lassen sich indes nicht, wie das Oberlandesgericht meint, "verfahrensvereinfachend" in eine unmittelbar auf Zahlung gerichtete Forderung gegen den Ehemann ummünzen. Eine solche Geldforderung in Höhe des hälftigen Betrags der von der Sparkasse zurück zu gewährenden Grundschulden steht der Ehefrau auch nicht, wie vom Oberlandesgericht der Sache nach zuerkannt, Zug um Zug gegen Übertragung ihrer Mitberechtigung an dem Rückgewähranspruch der Eheleute gegen die Sparkasse zu.

14

aa) Das Gesetz kennt kein Recht auf Aufhebung der unter den Eheleuten bestehenden Gemeinschaft dergestalt, dass der Ehemann die Mitberechtigung der Ehefrau an dem Anspruch gegen die Sparkasse auf Rückgewähr der Grundschulden durch eine Geldzahlung ablösen muss (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 1993 - [XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676, 681](#)). Auch eine Verpflichtung des Ehemannes zur Ablösung der Mitberechtigung der Ehefrau an den Grundschulden, wenn diese von der Sparkasse an die Eheleute gemeinsam abgetreten würden, ist im Gesetz nicht vorgesehen; ebenso nicht eine Verpflichtung zur entgeltlichen Übernahme der künftigen Teilgrundschulden, welche die Ehefrau bei einer Teilung der an die Eheleute gemeinsam abgetretenen Grundschulden erlangen würde. Eine Verpflichtung des Ehemannes als Grundstückseigentümer zur Zahlung einer solchen "Ablösesumme" würde auch dem System der Grundschuldssicherung widersprechen. Danach soll es gerade dem Grundstückseigentümer überlassen bleiben, in welcher Weise er den Anspruch des Grundschuldgläubigers befriedigt. Für die Auseinandersetzung zwischen dem Grundstückseigentümer, der zugleich Teilhaber der Grundschuld oder des Anspruchs auf Rückgewähr der Grundschuld ist, und dem



anderen Teilhaber kann nichts anderes gelten. Der Grundstückseigentümer und Teilhaber an der Grundschuld kann ein berechtigtes Interesse daran haben, es zu einer Zwangsvollstreckung des anderen Teilhabers in sein Grundstück kommen zu lassen. Ihm statt dessen zwangsweise eine Ablösung in Geld aufzuerlegen und damit zugleich dem anderen Teilhaber der Grundschuld den Vollstreckungszugriff auf das gesamte sonstige Vermögen des Grundstückseigentümers zu eröffnen, vernachlässigt dessen Interessen grundlegend und benachteiligt diesen weit über die bei der Ersteigerung mit der Übernahme der Grundschulden eingegangene Verpflichtung hinaus.

## 15

bb) Soweit das Oberlandesgericht für seine abweichende Auffassung auf [§ 242 BGB](#) abstellt, erweist sich dies schon aus den unter b) genannten Gründen als nicht tragfähig (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 1993 - [XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676, 681](#)). Im Übrigen sind die zu § 242 BGB angestellten Erwägungen auch sonst nicht frei von Rechtsfehlern. So wird bereits der Ansatzpunkt des [§ 242 BGB](#) verkannt, wenn gefragt wird, ob von der Ehefrau unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Durchführung eines erneuten Zwangsversteigerungsverfahrens verlangt werden könne. Auch wird es [§ 242 BGB](#) nicht gerecht, wenn diese Frage - ohne nähere Begründung - "ausnahmsweise" verneint wird und die Belange des Ehemannes als Grundstückseigentümer - unbeschadet der entgegenstehenden gesetzlichen Wertung - keiner weiteren Würdigung unterzogen werden. Die von [§ 242 BGB](#) gebotene Abwägung der beiderseitigen Zumutbarkeitsaspekte wird dabei nicht dadurch entbehrlich, dass das Oberlandesgericht die Zubilligung eines Zahlungsanspruchs der Klägerin "für sachgerecht und angemessen" erachtet. Damit wird rechtsfehlerhaft der Prüfungsmaßstab verschoben und auf allgemeine Gesichtspunkte - hier: die eindeutig feststellbare Höhe der Ansprüche aus den Grundschulden, die Möglichkeit einer abschließenden Auseinandersetzung bezüglich eines konkret abgrenzbaren Vermögensteils und der Zeitablauf seit Eheende - abgestellt, die für die Unzumutbarkeit des vom Gesetz vorgegebenen Auseinandersetzungsverfahrens im Einzelfall nichts hergeben.

## 16

cc) Schließlich lässt sich der von der Ehefrau geltend gemachte Zahlungsanspruch - entgegen der Auffassung der Revision - auch nicht mit den Erwägungen im Senatsurteil vom 29. November 1995 ([XII ZR 140/94](#) - BGHR BGB § 752 Auseinandersetzung 1) begründen.

## 17

In dem dort entschiedenen Fall hatte die klagende Ehefrau (= Ersteherin des Grundstücks) verlangt, dass der beklagte Ehemann bei der Abtretung von nicht mehr valuierten Sicherungsgrundschulden durch die Banken an sie allein (also nur an die Ehefrau) mitwirkt und er Löschungsbewilligungen für diese Grundschulden erteilt. Der Senat hat den Ehemann zur begehrten Mitwirkung und zur Erteilung der Löschungsbewilligungen verurteilt - dies aber nur Zug um Zug gegen eine Ausgleichszahlung in Höhe des hälftigen Betrags der nicht mehr valuierten Grundschulden. Zwar könne der Ehemann, dem wertmäßig ein hälftiger Anteil an den nicht mehr valuierten Grundschulden zustehe, an sich - nach deren Abtretung und Teilung - von der Ehefrau nur die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück, nicht dagegen Zahlung fordern. Jedoch habe das Oberlandesgericht zum Zwecke einer im beiderseitigen Interesse liegenden endgültigen Auseinandersetzung, die auch der schriftsätzlich zum Ausdruck gebrachten Intention des Ehemannes entspreche, der Ehefrau die im Gegenzug zur Mitwirkung und Löschungsbewilligung des Ehemannes zu erbringende Ausgleichszahlung aufgegeben. Dies sei aus den besonderen Gegebenheiten des Falles zu billigen.

## 18

Die dargestellte Konstellation ist mithin umgekehrt wie im vorliegenden Fall und im Fall des Senatsurteils vom 13. Januar 1993 ([XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676](#)). Während in diesen beiden Fällen der weichende Ehegatte den Ersteher auf Zahlung einer Ausgleichsforderung in Anspruch nimmt und ihn damit der Vollstreckung in sein gesamtes Vermögen aussetzen will, macht im Falle des Senatsurteils vom 29. November 1995 ([XII ZR 140/94](#) - BGHR BGB § 752 Auseinandersetzung 1) der Ersteher (Ehefrau) einen Anspruch auf Mitwirkung an der Übertragung der Grundschulden sowie auf Löschungsbewilligung gegen den weichenden Ehegatten (Ehemann) geltend. Da der weichende Ehegatte bei Erfüllung dieses Verlangens der ihm zustehenden Beteiligung an den nicht mehr valuierten Grundschulden verlustig ginge, kann er dem Verlangen einen entsprechenden Ausgleichsanspruch entgegengesetzten. Zwar wäre auch in diesem Fall eine "schulmäßige" Lösung möglich: Die Ersteherin (Ehefrau) könnte - gemeinsam mit dem Ehemann - von den Banken die Übertragung der nicht mehr valuierten Grundschulden an beide Ehegatten gemeinsam und sodann vom Ehemann die Bildung von - den Anteilen der Ehegatten entsprechenden - Teilgrundschulden verlangen. Die auf den Ehemann entfallenden Teilgrundschulden könnte die Ehefrau sodann - Zug um Zug gegen die begehrte Löschungsbewilligung - befriedigen. Das Ergebnis wäre dasselbe wie das vom Senat erzielte Resultat. Es verdeutlicht aber zugleich den entscheidenden Unterschied dieses Falles zum vorliegenden Fall und dem Fall des Senatsurteils vom 13.

Januar 1993 ([XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676](#)): Im Fall des Senatsurteils vom 29. November 1995 ([XII ZR 140/94](#) - BGHR BGB § 752 Auseinandersetzung 1) wird dem Ersteher nicht gegen seinen Willen - anstelle der Haftung nur mit dem Grundstück - eine in das gesamte Vermögen vollstreckbare Zahlungspflicht auferlegt. Vielmehr ist er dem anderen Ehegatten zur Zahlung einer entsprechenden Geldleistung nur verpflichtet, wenn er nicht den dargestellten "schulmäßigen" Weg einhalten, sondern einen Anspruch auf Übertragung der gesamten Grundschulden (also einschließlich der eigentlich dem anderen Ehegatten gebührenden Anteile) an sich allein und auf Löschungsbevollmächtigung gegen den anderen Ehegatten durchsetzen will. Er hat also ein Wahlrecht. Ganz anders im vorliegenden Fall und dem des Senatsurteils vom 13. Januar 1993 ([XII ZR 212/90](#) - [FamRZ 1993, 676](#)): Der Ersteher schuldet nach seiner Wahl Zahlung auf die (Teil-)Grundschulden des Ehegatten oder Duldung der Zwangsvollstreckung (nur) in das Grundstück. Dieses Wahlrecht würde ihm durch die ihm oktroyierte Zahlungspflicht, für die er mit seinem gesamten Vermögen haftet, genommen. Das lässt sich mit den Erwägungen im Senatsurteil vom 29. November 1995 ([XII ZR 140/94](#) - BGHR BGB § 752 Auseinandersetzung 1) nicht rechtfertigen und ist, wie dargetan, auch sonst nicht hinnehmbar.

Hahne

Wagenitz

Vézina

Schilling

Günter

[↑ zum Seitenanfang](#)

# juris - Willkommen

## Schnellnavigation

[Steuerleiste](#) | [Navigation](#) | [Suche](#) | [Inhalt](#)

Willkommen Wendt Nassall

The logo for 'juris Das Rechtsportal' features the word 'juris' in a bold, black, sans-serif font with a vertical bar in the 'i' that transitions from orange to red. To the right of 'juris' is the text 'Das Rechtsportal' in a smaller, black, sans-serif font.

- [Startseite](#)
- [Kontakt](#)
- [Hilfe](#)
  
- [Verlauf](#) ▾
- [Favoriten](#) ▾ |


- [Weitere Portale](#) |
- [Mein juris](#) |
- [RSS](#)
- | [Logout](#)

Aktenzeichen: [\[eigenes Az: vergeben\]](#)

Rechercheauswahl	Treffer
<a href="#">Alle Dokumente</a>	1
<a href="#">Rechtsprechung</a>	1
<a href="#">Gesetze/Verordnungen</a>	0
<a href="#">Literaturnachweise</a>	0
<a href="#">Zeitschriften</a>	0
<a href="#">Kommentare</a>	0
<a href="#">Arbeitshilfen</a>	0

[Suche](#) [Erweiterte Suche](#) [Filter](#) [Tipps und Tricks zur Suche](#)

**Alle Dokumente**



## Rechtsgebiete

- 1 | [Rechtsgebiete gesamt](#)
- 1 | [Bankrecht](#)
- 1 | [Baurecht](#)
- 1 | [Staats- und Verfassungsrecht](#)
- 1 | [Zivil- und Zivilprozessrecht](#)

Suchwort:  VII ZR 195/08 (Aktenzeichen)

Treffer:

1

[Suche speichern](#)

[Trefferliste](#) **Dokument** [Akte \(1/100\)](#)



[Kurztext](#)

[Langtext](#)

**Gericht:**

BGH 7.  
Zivilsenat

**Quelle:**



**Entscheidungsdatum:** 08.07.2010

**Normen:** [Art 103](#)  
[Abs 1 GG](#),  
[§ 544 Abs](#)  
[7 ZPO](#)

**Aktenzeichen:** VII ZR  
195/08

**Dokumenttyp:** Beschluss

Revisionszulassung im Werklohnprozess: Gehörsverstoß bei fehlender Sinnerfassung des Parteivortrags zur Verjährungsunterbrechung bei der stillen Sitzungssession

## Orientierungssatz

1. Ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn das Gericht entscheidungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis nimmt. Diese Voraussetzungen können auch dann erfüllt sein, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht (hier: Parteivortrag zur Verjährungsunterbrechung bzw. -hemmung bei einer stillen Sicherungszession) ([Rn.8](#))([Rn.9](#))([Rn.10](#)).

2. Bei Vereinbarung einer stillen Sicherungszession wird die Verjährung der zedierten Forderung auch dann durch gerichtliche Geltendmachung unterbrochen, wenn der Gläubiger die Sicherungszession nicht offen legt (Festhaltung [BGH, 11. November 1977, I ZR 80/75, NJW 1978, 698](#) und [BGH, 23. März 1999, VI ZR 101/98, NJW 1999, 2110](#)) ([Rn.10](#)).

⊕ **Fundstellen ...**

⊕ **Verfahrensgang ...**

⊕ **Diese Entscheidung zitiert ...**

### Tenor

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Schlussurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. September 2008 wird gemäß [§ 544 Abs. 7 ZPO](#) aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 74.125,00 Euro

### Gründe

I.

Die Klägerin verlangt restlichen Werklohn aus abgetretenem Recht der B.-GmbH, die von dem Beklagten als Generalunternehmer mit der Errichtung eines Zweifamilienhauses beauftragt war und ihrerseits der Klägerin als Subunternehmer die Gewerke Sanitär, Heizung und Lüftung übertragen hatte. Die Werkleistungen der B.-GmbH wurden am 23. Juli 2002 abgenommen. Am gleichen Tage trat die Klägerin u.a. die (später) an sie zedierten Restwerklohnforderungen der B.-GmbH gegen den Beklagten (im Voraus) zur Sicherheit an die Kreissparkasse W. mit der Maßgabe ab, dass die Zession bis auf Weiteres nicht offengelegt werden und die Klägerin weiterhin zur Einziehung der von der Sicherungsabtretung umfassten Forderungen im eigenen Namen berechtigt sein sollte.

2

Die Klägerin hat mit der Klage ursprünglich die ihr aus eigenem Recht gegen den Beklagten zustehenden Werklohnforderungen geltend gemacht und die Klage mit einem am 30. September 2003 zugestellten Schriftsatz vom 22. September 2003 auf die an sie abgetretenen Restwerklohnansprüche der B.-GmbH in Höhe von insgesamt 74.125,00 Euro erweitert.

3

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der aus abgetretenem Recht geltend gemachten Forderung in Höhe von 42.186,67 Euro, teilweise Zug-um-Zug gegen Nachbesserung, stattgegeben und die Klage in diesem Punkt im Übrigen abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Nachdem der Beklagte im Berufungsverfahren die Abtretung der streitigen Klageforderung an die Kreissparkasse W. vorgebracht hatte, hat die Klägerin sich erstmals mit einem am 7. Mai 2008 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hilfsweise darauf berufen, sie sei ermächtigt, die an die Kreissparkasse W. abgetretenen Forderungen im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Gegen diesen Anspruch hat der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt, indem es durch Schlussurteil vom 25. September 2009 der Berufung des Beklagten unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Klägerin stattgegeben und die auf Forderungen aus abgetretenem Recht gestützte Klage abgewiesen hat. Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin, mit

der sie ihr Klageziel weiterverfolgt.

## II.

4

Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat Erfolg. Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, [Art. 103 Abs. 1 GG](#). Es ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, [§ 544 Abs. 7 ZPO](#).

5

Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind unter Berücksichtigung der für die Verjährung maßgeblichen Überleitungsvorschriften in [Art. 229 § 6 EGBGB](#) die bis 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anzuwenden, [Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB](#).

6

1. Das Berufungsgericht meint, die Klageforderung, welche die Klägerin aus dem Recht der Kreissparkasse W. im eigenen Namen geltend mache, sei verjährt. Die Verjährung sei in Ansehung der am 23. Juli 2002 erfolgten Abnahme mit Ablauf des 31. Dezember 2004 gemäß [§ 196 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 BGB](#) a.F., [§§ 199 Abs. 1, 641 Abs. 1 Satz 1 BGB](#), [Art. 229 § 5 Satz 1, § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 EGBGB](#) eingetreten. Sie sei durch die am 30. September 2003 zugestellte Klageerweiterung nicht gehemmt worden, weil die Klägerin die Abtretung an die Kreissparkasse W. und die Prozessstandschaft nicht offen gelegt, sondern ihre Forderung allein auf eigenes, von der B.-GmbH erworbenes Recht gestützt habe.

7

2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Schriftsatzes vom 22. September 2003 am 30. September 2003 gemäß [§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB](#) in Verbindung mit [Art. 229, § 6 Abs. 1 Satz 1, 2 EGBGB](#) verneint hat, beruhen auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

8

Ein Verstoß gegen den Anspruch auf die Gewährung rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn das Gericht entschei-

derungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis nimmt. Diese Voraussetzungen können auch dann erfüllt sein, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht ([BGH, Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08](#), [NJW 2009, 2137](#)). So liegt der Fall hier.

## 9

a) Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 3. Juni 2008 unwidersprochen vorgetragen, dass es sich bei der zwischen ihr und der Kreissparkasse W. vereinbarten (Voraus-) Abtretung um eine stille Sicherungszession handelte und auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hingewiesen, wonach der Zedent im Sonderfall einer stillen Sicherungszession berechtigt ist, die abgetretene Forderung im eigenen Namen einzuklagen und damit die Unterbrechung/Hemmung der Verjährung auch dann herbeiführt, wenn er die Abtretung im Prozess nicht offen legt ([BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98](#), [NJW 1999, 2110](#); Urteil vom 11. November 1977 - [I ZR 80/75](#), [NJW 1978, 698](#)). Sie hat zudem den Unterschied zu den Fällen herausgearbeitet, in denen die Klage eines Zedenten, der die Forderung nicht zur Sicherung abgetreten hat, die Verjährung selbst dann nicht hemmt, wenn er zur Einziehung ermächtigt ist, jedoch die Abtretung nicht offen legt (vgl. [BGH, Urteil vom 30. Mai 1972 - I ZR 75/71](#), [NJW 1972, 1580](#)).

## 10

Das Berufungsgericht hat zwar auf dieses Vorbringen der Klägerin und die im Schriftsatz vom 3. Juni 2008 erwähnten Entscheidungen Bezug genommen, jedoch offenbar weder den Inhalt des Sachvortrags noch seinen durch Rechtsprechung untermauerten Sinn erfasst. Es sieht sich in seiner Auffassung bestätigt durch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 30. Mai 1972 ([I ZR 75/71](#), [NJW 1972, 1580](#)) und 11. November 1977 ([I ZR 80/75](#), [NJW 1978, 698](#)), wonach für eine Unterbrechung/Hemmung der Verjährung die Offenlegung von Weiterabtretung und Prozessstandschaft erforderlich sei, wenn die Klage ursprünglich auf durch Abtretung erworbenes Recht gestützt und die Wirksamkeit der Abtretung später zweifelhaft werde. Damit übergeht das Berufungsgericht den Sachvortrag der Klägerin zur Vereinbarung einer stillen Sicherungszession zwischen ihr und der Kreissparkasse W. Denn gerade für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 11. November



1977 ([I ZR 80/75](#), [NJW 1978, 698](#)) und in ausdrücklicher Abgrenzung zu der vom Berufungsgericht herangezogenen, dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. Mai 1972 ([I ZR 75/71](#), [NJW 1972, 1580](#)) zugrunde liegenden Fallkonstellation entschieden, dass die Verjährung der zedierten Forderung auch dann durch gerichtliche Geltendmachung unterbrochen wird, wenn der Gläubiger die Sicherungszession nicht offen legt. Die dies ignorierenden Erwägungen des Berufungsgerichts lassen keinen anderen Schluss zu als den, dass es den Sachvortrag der Klägerin nicht zur Kenntnis genommen, jedenfalls seinen Sinn nicht erfasst hat. Nicht nachzuvollziehen ist es im Übrigen, warum die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. November 1977 ([I ZR 80/75](#), [NJW 1978, 698](#)) überholt sein soll. Das Gegenteil ist der Fall. Der Bundesgerichtshof hat sie - worauf die Klägerin mit Recht hinweist - bestätigt ([BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98](#), [NJW 1999, 2110](#)).

11

b) Der Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör ist entscheidungserheblich. Nach der dargestellten Rechtsprechung ist die Verjährung im September 2003 gehemmt worden.

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

[↑ zum Seitenanfang](#)