

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 108, 109; BGB § 378

Verzichtet der Vollstreckungsschuldner zugunsten des Gläubigers auf Rückgabe eines zur Abwendung der Zwangsvollstreckung beim Gerichtsvollzieher hinterlegten Geldbetrages, nachdem die Veranlassung für die Sicherheitsleistung weggefallen ist, so gelten vollstreckbare Ansprüche des Gläubigers in Höhe der Sicherheitsleistung als erfüllt.

BGH, Urt. v. 19. Oktober 1983 - VIII ZR 169/82 - OLG Celle
LG Göttingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 169/82

URTEIL

Verkündet am
19. Oktober 1983
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Michael B[REDACTED], O[REDACTED]straße [REDACTED] in K[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Eheleute Kaufmann Albrecht und Gisela M[REDACTED], F[REDACTED]weg [REDACTED]
in Bo[REDACTED], Ortsteil L[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1983 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. Februar 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnis-Teilurteil des Landgerichts Göttingen vom 21. Juni 1979 - 2 O 109/79 - und aus dem Versäumnis-Schlußurteil des Landgerichts Göttingen vom 8. November 1979 - 2 O 109/79 - nicht wegen weiterer 30 349,84 DM für unzulässig erklärt worden ist.

II. Das angefochtene Urteil wird insgesamt wie folgt neu gefaßt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen vom 9. Juli 1981 geändert.
2. Die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnis-Teilurteil des Landgerichts Göttingen vom 21. Juni 1979 - 2 O 109/79 - und aus dem Versäumnis-Schlußurteil des Landgerichts Göttingen vom 8. November 1979 - 2 O 109/79 - wird in Höhe eines Betrages von 52 648,63 DM für unzulässig erklärt.
3. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

III. Von den Kosten des ersten Rechtszuges tragen der Kläger 2/3 und die Beklagten 1/3 als Gesamtschuldner.

Von den Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz haben der Kläger 1/15 und die Beklagten 14/15 als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten vermieteten dem Kläger nach Maßgabe des Vertrages vom 23. Oktober 1973 Geschäftsräume in ihrem Hause W■■■■■straße ■■ in K■■■■■ zum Betrieb eines Ladengeschäfts. Der Kläger überließ die Mieträume der Firma J■■■■ & J■■■■ GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er war, in Untermiete. In dem Mietvertrag vom 23. Oktober 1979 ist u.a. bestimmt:

"...

§ 9 Benutzung der Mieträume - Untervermietung

... Der Mieter tritt dem Vermieter schon jetzt für den Fall der Untervermietung die ihm gegen den Untermieter zustehenden Forderungen nebst Pfandrecht in Höhe der Mietforderungen des Vermieters zur Sicherheit ab.

...

§ 28 Beendigung des Mietverhältnisses

... Endet das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung des Vermieters, so haftet der Mieter bis zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit für den Mietausfall, der durch das Leerstehen der Mieträume oder dadurch entsteht, daß im Falle der Neuvermietung nicht der bisherige Mietzins erzielt werden kann...."

In einem beim Landgericht Göttingen durchgeführten Rechtsstreit haben die Beklagten den Kläger auf Zahlung rückständigen Mietzinses und Leistung von Nutzungsentschädigung in Anspruch genommen. In diesem Prozeß ergingen am 21. Juni 1979 ein Versäumnis-Teilurteil und am 8. November 1979 ein Versäumnis-Schlußurteil über insgesamt 98 853,79 DM zuzüglich Zinsen und abzüglich bereits titulierter Ansprüche. Beide Urteile sind

rechtskräftig geworden. Die Beklagten haben mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 26. Juni 1980 den Obergerichtsvollzieher Peplies beauftragt, aus beiden Titeln die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Die Parteien streiten jetzt darüber, ob und in welcher Höhe die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnis-Teil- und aus dem Versäumnis-Schlußurteil zulässig ist.

Der Kläger ist im ersten Rechtszuge davon ausgegangen, aus den Schuldtiteln vom 21. Juni und 8. November 1979 ergebe sich rechnerisch noch ein vollstreckbarer Anspruch von ca. 46 000 DM. Wegen dieses Betrages sei die Zwangsvollstreckung indessen unzulässig, weil darauf der Erlös von 47 131,62 DM aus dem Pfandverkauf von Warenbeständen der Firma J[REDACTED] & J[REDACTED] GmbH anzurechnen sei.

Die Beklagten hatten nämlich gegen die inzwischen in Konkurs geratene Firma J[REDACTED] & J[REDACTED] GmbH (Untermieterin der Geschäftsräume) und gegen den Kläger des jetzigen Rechtsstreits (Mieter der Geschäftsräume) beim Amtsgericht Kassel am 12. Juni 1979 rechtskräftig gewordene Versäumnis-Räumungsurteile erwirkt (84 C 577/79 und 84 C 666/79 Amtsgericht Kassel, daraus am 23. Juli 1979 die Zwangsäumung betrieben, im Zuge der Zwangsäumung an den Warenbeständen der Firma J[REDACTED] & J[REDACTED]

GmbH das Vermieterpfandrecht ausgeübt und im Wege des Pfandverkaufs unstreitig 47 131,62 DM erzielt.

Die Beklagten haben geltend gemacht, der Pfandverkaufserlös habe zum Ausgleich von Forderungen gegen die Firma J[REDACTED] & J[REDACTED] GmbH gedient. Im übrigen sei ihnen aus der Zwangsvollstreckung der Urteile vom 21. Juni und 8. November 1979 nur ein Betrag von 9 377,08 DM zugeflossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Berufung hat der Kläger geltend gemacht, inzwischen habe er weitere 10 000 DM geleistet, gepfändet seien 900 DM und beim Obergerichtsvollzieher P[REDACTED] seien weitere 30 000 DM hinterlegt. Daraus ergebe sich eine Überzahlung im Betrage von 26 179,72 DM. Für die nach seiner Meinung überzahlten 26 179,72 DM hat der Kläger "seit dem 4. August 1980 ... 12 % Zinsen geltend" gemacht.

Die Beklagten sind dem Vorbringen des Klägers entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnis-Teilurteil vom 21. Juni 1979 und aus dem Versäumnis-Schlußurteil vom

8. November 1979 wegen eines Betrages von 22 298,79 DM für unzulässig erklärt und die weitergehende Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger das Klagebegehren, soweit ihm das Berufungsgericht nicht entsprochen hat, weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, in welcher Höhe die im Versäumnis-Teilurteil vom 21. Juni 1979 und im Versäumnis-Schlußurteil vom 8. November 1979 titulierten Forderungen am Schluß der mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszuge rechnerisch noch bestanden haben, weil der von ihm als getilgt angesehene Betrag von 22 298,79 DM unter der vom Kläger errechneten Schuldsumme von 56 179,12 DM liege.

II. 1. Im Verlaufe der im zweiten Rechtszuge durchgeführten Vernehmung des Obergerichtsvollziehers P [REDACTED] ist unstreitig geworden, daß den Beklagten aufgrund einer von dem Zeugen am 7. Oktober 1980 durchgeführten Pfändung eines Betrages von 10 000 DM nach Abzug der Vollstreckungskosten 9 377,08 DM zugeflossen sind. In Höhe dieses Betrages ist die Zwangsvollstreck-

kung aus dem Versäumnisurteil unzulässig, wie das Oberlandesgericht - von den Beklagten unangefochten - entschieden hat.

2. a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Erlös aus der Pfandverwertung von Warenbeständen (47 131,62 DM) sei im Hinblick auf die in §§ 9, 28 Abs. 2 Mietvertrag getroffenen Absprachen nicht auf Forderungen der Beklagten gegen die Firma J■■■■ & J■■■■ GmbH, sondern auf Ansprüche gegen den Kläger zu verrechnen, und zwar auf die von den Urteilen vom 21. Juni und 8. November 1979 nicht erfaßten Mietzins- bzw. Nutzungsent- schädigungsbeträge für die Monate Juni 1979 in Höhe von 10 429 DM, Juli 1979 in Höhe von 10 429 DM, August 1979 in Höhe von 12 500 DM, ferner auf die Heizkosten für die Zeit vom 1. Juli 1978 bis zum 30. Juni 1979 in Höhe von 851,91 DM, insgesamt also auf 34 209,91 DM.

Der Betrag von 34 209,91 DM sei den Beklagten mit den Zahlungen aus dem Erlös des Pfandverkaufs wie folgt zugeflossen:

Am 30. Oktober 1979	in Höhe von 8 000,-- DM
am 26. November 1979	in Höhe von 124,17 DM
am 26. November 1979	in Höhe von 26 000,-- DM
am 7. Dezember 1979	in Höhe des Restes.

Der Kläger schulde für den Monat August 1979 - wie für die Vormonate Juni und Juli - eine Nutzungsentschädigung in Höhe der

vereinbarten Monatsmiete, weil die Räumung zwar bereits am 23. Juli 1979 stattgefunden habe, die Räume aber erst im Laufe des Monats August für die Beklagten anderweitig nutzbar geworden seien. Dafür sei der Kläger verantwortlich, weil er in Zahlungsrückstand geraten sei und damit die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts am Warenlager der Firma J[REDACTED] & J[REDACTED] GmbH ausgelöst habe. Dieses Warenlager sei im Einvernehmen der Parteien bis zum Pfandverkauf in den Geschäftsräumen verblieben. Im übrigen sei unstreitig, daß die Beklagten die Räume im August 1979 noch nicht hätten anderweitig vermieten können.

b) Den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß der Erlös aus der Pfandverwertung ihm und nicht der Firma J[REDACTED] & J[REDACTED] GmbH zugute komme, läßt der Kläger als ihm günstig gelten. Gegen die vom Berufungsgericht angenommene Tilgungsfolge für den Erlös aus der Pfandverwertung wendet sich die Revision vergeblich.

Der Erlös reichte unstreitig zur Tilgung sämtlicher Schulden des Klägers nicht aus. Deshalb hätte er die Reihenfolge der Tilgung festlegen können, § 366 Abs. 1 BGB. Das hat der Kläger unstreitig nicht getan. Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so greift die Regelung des § 366 Abs. 2 BGB ohne weiteres Platz. Das Gesetz räumt dem Gläubiger keinerlei - subsidiäre - Bestimmungsbefugnis ein.

Der Kläger hat darin recht, daß Gläubiger und Schuldner durch Vertrag die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB abbedingen können. Das ist indessen im vorliegenden Falle nicht geschehen. In dem Anwaltsschreiben vom 3. August 1979, das der Kläger in diesem Zusammenhang zitiert, haben die Beklagten teils bezifferte, teils unbezifferte Verbindlichkeiten des Klägers wegen rückständiger Miete bzw. Nutzungsentschädigung aufführen und ihn darauf hinweisen lassen, daß die sichergestellten Waren im Wege der öffentlichen Versteigerung verwertet würden, wenn die rückständigen Beträge nicht vollständig ausgeglichen würden. Das Schreiben endet mit den Worten, "der Versteigerungserlös wird auf die gegen sie bestehenden Forderungen verrechnet werden". Eine Tilgungsfolge ist in diesem Schreiben nicht festgelegt worden, insbesondere trifft nicht zu, daß die Beklagten darin ihr Vermieterpfandrecht in erster Linie für die Forderung aus dem Urteil vom 21. Juni 1979 geltend gemacht hätten. Die Beklagten hatten im übrigen auch keinen Anlaß, dem Kläger eine Regelung anzubieten, durch die sie selbst schlechter gestellt gewesen wären, als es aufgrund der Regelung des § 366 Abs. 2 BGB der Fall war. Es ist deshalb rechtlich einwandfrei, wenn das Berufungsgericht den Pfanderlös zuerst auf die nicht titulierten, weil weniger sicheren Forderungen der Beklagten anrechnete und nur den Rest von 12 921,71 DM (47 131,62 - 34 209,91) auf die Forderungen aus den im Streit befindlichen Versäumnisurteilen vom 21. Juni und 8. November 1979.

Entgegen der Meinung der Revision kann aus § 1247 BGB keine andere Tilgungsfolge hergeleitet werden. Sämtliche Schulden des Klägers wurzeln in dem Mietverhältnis. Zu ihrer aller Sicherung diene mithin das den Beklagten zustehende Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB). Reicht der Erlös aus der Verwertung der dem Pfandrecht unterworfenen Gegenstände nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so greift ebenfalls § 366 Abs. 2 BGB Platz, falls - wie hier - der Mieter keine Tilgungsfolge bestimmt hat (vgl. dazu RGZ 114, 206, 211; RG in HRR 32, 1556 zu Fällen der Sicherungsübereignung).

Haben die Beklagten keine Tilgungsfolge bestimmt, so nützt es der Revision nichts, daß sich das Vermieterpfandrecht nach der Verwertung der ihm unterworfenen Gegenstände an dem Erlös fortsetzt und zur Tilgung der durch das Vermieterpfandrecht gesicherten Forderungen führt, denn, wie bereits gesagt, wurzeln alle im vorliegenden Fall in Betracht kommenden Forderungen in dem Mietverhältnis. Künftige Entschädigungsforderungen, die gemäß § 559 Satz 2 BGB dem Vermieterpfandrecht nicht unterliegen, sind nicht Gegenstand der Auseinandersetzung der Parteien.

Schließlich läßt das zitierte Anwaltsschreiben auch keinen Raum für die Annahme, die Beklagten hätten darin im Sinne des § 396 BGB die Aufrechnung erklärt und die Forderungen bestimmt, die gegeneinander aufgerechnet werden sollten.

c) Soweit die Revision meint, der Kläger schulde keine Nutzungsentschädigung für den Monat August 1979, weil aufgrund der Beweisaufnahme feststehe, daß der Obergerichtsvollzieher P[REDACTED] den Beklagten die Mieträume am 23. Juli 1979 übergeben habe, vermag der Senat ihr auch darin nicht zu folgen.

Das Berufungsgericht hat als unstreitigen Sachverhalt festgestellt, daß die Beklagten nicht in der Lage gewesen seien, für die Geschäftsräume bereits ab August 1979 anderweit Mietzins zu erzielen. Für diesen Schaden ist der Kläger aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ersatzpflichtig, und zwar jedenfalls in Höhe des den Beklagten entgangenen Mietzinses von 12 500 DM. Dadurch, daß er mit Mietzinszahlungen in Verzug geraten ist, hat er nicht nur den Vorprozeß 2 O 109/79 beim Landgericht Göttingen verursacht, sondern auch die Beendigung des Mietverhältnisses und den Räumungsprozeß schuldhaft herbeigeführt (vgl. dazu BGH Urteil vom 28. Oktober 1981 - VIII ZR 302/80 unter IV 1 = BGHZ 82, 121 = WM 1981, 1378 = NJW 1982, 870 m.w.Nachw.).

3. a) Wegen der vom Kläger geltend gemachten Tilgungsleistungen von 900 DM und 30 000 DM hat die Vorinstanz es abgelehnt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, weil nach der Aussage des Zeugen P[REDACTED] keiner dieser Beträge an die Beklagten ausgekehrt worden sei. Der aus der Pfändung eines Betrages von 900 DM nach Abzug von Vollstreckungskosten verblie-

bene Betrag von 349,84 DM stehe ebenso noch auf dem Dienstkonto des Zeugen wie der Betrag von 30 000 DM, der als Sicherheitsleistung gedacht gewesen sei.

b) Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

aa) Der Betrag von 349,84 DM mußte auf die titulierten Forderungen angerechnet werden, denn er rührt aus der Pfändung eines Geldbetrages von 900 DM her und ist nach Abzug von Vollstreckungskosten übriggeblieben. Hat der Gerichtsvollzieher Geld gepfändet oder aus einer Pfändung Geld erlöst, so gilt damit die Schuld bereits als getilgt, und zwar auch dann, wenn der Betrag noch auf dem Dienstkonto des Gerichtsvollziehers verbucht ist, § 815 Abs. 3 ZPO.

bb) Auch der Betrag von 30 000 DM mußte auf die titulierten Forderungen angerechnet werden. Selbst wenn dieser Betrag zunächst als eine beim Gerichtsvollzieher "hinterlegte" Sicherheit gedacht gewesen ist, durch deren Leistung eine Befriedigung des Gläubigers nicht herbeigeführt werden konnte (vgl. dazu Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 754 B I b 1; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 19. Aufl., § 754 Anm. II 2 und RG in JW 1913, 101), hat der Kläger durch seine Erklärungen im vorliegenden Rechtsstreit zum Ausdruck gebracht, daß der Betrag von 30 000 DM nunmehr zur Tilgung der titulierten Forderungen zu verwenden sei, nachdem er im Hinblick auf die im Verfahren über die einstweilige Ein-

stellung der Zwangsvollstreckung ergangenen Entscheidungen als Sicherheitsleistung nicht mehr gebraucht wurde. Dadurch, daß der Kläger den Betrag von 30 000 DM auf die titulierten Forderungen angerechnet haben wollte, hat er zugunsten der Beklagten auf Rücknahme des "hinterlegten" Betrages verzichtet. Damit ist er in Höhe von 30 000 DM von titulierten Schulden befreit worden (§§ 109 ZPO, 378 BGB).

4. Die Zwangsvollstreckung war danach wegen weiterer 30 349,84 DM (349,84 DM + 30 000 DM) für unzulässig zu erklären. Dieser Betrag und die vom Berufungsgericht ermittelte Tilgungssumme von 22 298,79 DM erreichen mit insgesamt 52 648,63 DM nicht den Betrag, den der Kläger nach seiner eigenen Berechnung aus den mit der Vollstreckungsgegenklage bezifferten Urteilen - mindestens 56 178,12 DM - schuldet. Erst recht ergibt sich keine Überzahlung auf titulierte Forderungen, für die dem Kläger der geltend gemachte Zinsanspruch von 12 % ab 4. August 1980 zustehen könnte, den er "hilfsweise" in seine Berechnung der titulierten Forderungen und die darauf geleisteten bzw. anzurechnenden Zahlungen eingestellt hat. Eine hilfsweise Aufrechnung mit dem Zinsanspruch vermag der erkennende Senat in der Geltendmachung der Zinsforderung nicht zu entnehmen.

III. Da es weiterer Sachaufklärung nicht bedarf, konnte der erkennende Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO). Das angefochtene Urteil war im Kostenpunkt auf-

zuheben und in der Sache insoweit abzuändern, als die Zwangsvollstreckung nicht wegen weiterer 30 349,84 DM für unzulässig erklärt worden ist. Der Klarheit wegen hat der erkennende Senat den Urteilsausspruch insgesamt neu gefaßt.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Parteien im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu tragen (§ 92 Abs. 1 ZPO). Dabei war zu berücksichtigen, daß der Kläger die Tilgung der titulierten Forderungen im Betrage von weiteren 30 000 DM erst im zweiten Rechtszuge geltend gemacht hat.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Groß