

32. Kann das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen für ein Grundstück noch in der Berufungsinstanz wirksam geltend gemacht werden, wenn der Besitz durch Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils verloren gegangen ist?

§§ 994 ffg., 1000 BGB. § 717 ZPO.

V. Zivilsenat. Ur. v. 1. November 1924 i. S. E. (Kl.) w. L. (Bekl.).  
V 322/23.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Das Landgericht hat sowohl der in bezug auf den notariellen Grundstücksveräußerungsvertrag vom 30. September 1919 erhobenen Vollstreckungsgegenklage als auch der die Nichtigkeit des Vertrags wegen unrichtiger Beurkundung geltend machenden Widerklage auf Rückgabe des Grundstücks stattgegeben, weil der Kaufpreis, wie zwischen den Parteien feststeht, im Vertrag zu niedrig angegeben und dieser auch nicht nach § 313 Satz 2 BGB. gültig geworden ist. Der Beklagte hat durch Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils den Besitz des Grundstücks zurückerlangt. Vor dem Berufungsgericht hat der Kläger der Widerklage die Einrede der Arglist entgegengesetzt, die Rückgabe des Grundstücks auf Grund des § 717 ZPO. begehrt und wegen Verwendungen sich auf ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 994 ffg., 1000 BGB. gestützt. Er hat beantragt in erster Reihe: den Beklagten mit der Widerklage abzuweisen und gemäß § 717 ZPO. zur Rückgabe des Grundstücks an den Kläger zu verurteilen; in zweiter Reihe: den Kläger zur Herausgabe nur Zug um Zug gegen Erstattung von 132110 M nebst Zinsen zu verurteilen, bei Nichtzahlung des Betrags den Beklagten zur Rückgabe des Grundstücks an den Kläger zu verurteilen; in letzter Reihe: den Beklagten zur Zahlung der vorbezeichneten Summe zu verurteilen.

Die Berufung wurde zurückgewiesen; die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Einrede der Arglist gegenüber der Widerklage nicht durchgreift. (Wird näher dargelegt.)

Ob dem Kläger ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne der §§ 994 flg., 1000 BGB. wegen Verwendungen auf das Grundstück zustand, läßt das Berufungsgericht dahingestellt, weil die Sachlage zur Zeit der Geltendmachung ein solches Recht nicht mehr zu stützen geeignet sei und dieses auch auf dem Wege über den § 717 ZPO. nicht wieder erlangt werden könne. Die Verpflichtung zum Schadensersatz setze voraus, daß das Urteil, aus dem vollstreckt ist, aufgehoben oder abgeändert werde. Auch sei dem Kläger der Schaden nicht durch die Vollstreckung, sondern dadurch entstanden, daß er sein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtzeitig geltend gemacht habe. Die von der Revisionsbegründung gegen die Nichtberücksichtigung des Einwandes erhobenen Bedenken sind nicht gerechtfertigt.

Allerdings konnte die Einrede der Zurückbehaltung wegen Verwendungen auf das Grundstück gegenüber dem mit der Widerklage erhobenen Eigentumsanspruch nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gemäß § 529 Abs. 1 ZPO. noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden (vgl. u. a. RGZ. Bd. 73 S. 54). Sie steht jedoch gemäß § 273 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 994 flg., 1000 BGB. nur dem Besitzer der Sache zu. Zur Zeit des erstmaligen Vorbringens der Einrede war aber dem Kläger der Besitz des Grundstücks bereits dadurch entzogen worden, daß der Beklagte von der ihm durch das Urteil des Landgerichts gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte, das Urteil gegen Sicherheitsleistung zu vollstrecken (§ 710 ZPO.). Anders als in dem vom erkennenden Senat in RGZ. Bd. 68 S. 389 erörterten Fall vertraglicher Einräumung eines Besitzrechts bis zur Befriedigung der Gegenansprüche handelt es sich hier um ein Recht, dessen Geltendmachung vom Gesetz an die Tatsache des Besitzes geknüpft worden ist, ohne daß dieser dem Berechtigten vor der Geltendmachung gegenüber Vollstreckungsangriffen gewährleistet wird.

Der Ansicht des Klägers, daß er auf Grund der Bestimmung des § 717 Abs. 2 ZPO. die Rückgabe des Grundstücks als Schadensausgleich verlangen könne, weil infolge Bestehens seines Zurückbehaltungsrechts die Vollstreckung unberechtigt gewesen sei, hat das Berufungsgericht entgegengehalten, der Schaden sei dem Kläger nicht durch die Vollstreckung, sondern dadurch entstanden, daß er sein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtzeitig geltend gemacht habe. Diese

auf bloßer Abwägung des beiderseitigen Verschuldens beruhende Erwägung kann einem Rechtsbehelf gegenüber nicht ins Gewicht fallen, dessen Geltendmachung nach den für ihn in Betracht kommenden Verfahrensvorschriften noch in der Berufungsinstanz uneingeschränkt zulässig ist. Vielmehr handelt es sich hier um die Frage, ob seine Durchkreuzung mittels einer bloß vorläufigen Vollstreckungsmaßnahme des Prozeßgegners den endgültigen Verlust für den Berechtigten im Gefolge haben kann.

Während das Reichsgericht in früheren Urteilen (vgl. RGZ. Bd. 18 S. 287, Bd. 39 S. 106) die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckung in und außer dem Rechtsstreit denen der endgültigen im allgemeinen gleichgestellt hatte, hat der VI. Zivilsenat im Urteil vom 19. März 1917 VI 454/16 die zur Abwendung einer vorläufigen Vollstreckung geleistete Zahlung nicht als zur Tilgung der Klageforderung geeignet angesehen. Vorher schon hatte er (vgl. RGZ. Bd. 63 S. 331) für den Fall nachträglicher Geltendmachung einer Aufrechnungseinrede in der Berufungsinstanz der vorläufigen Vollstreckung mindere Kraft gegenüber der endgültigen beigegeben und ausgesprochen, nach dem im § 717 Abs. 2 ZPO. zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers solle aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils dem von ihr Betroffenen kein Schaden entstehen. Diese uneingeschränkte Verpflichtung des Vollstreckungsberechtigten zum Ersatz führe dahin, daß er in der Vollstreckung nicht das Mittel haben könne, dem Gegner die Geltendmachung einer nachträglich erworbenen Einrede zu nehmen, deren Verlust für ihn schadenbringend sein würde. Nach Meinung des VI. Zivilsenats, der sich der III. in seinem Urteil vom 3. Juli 1914 III 41/14 (SZ. 1914 S. 986 Nr. 11) angeschlossen hat, ist die Entscheidung über die rechtliche Wirkung der zwangsweise herbeigeführten Auslieferung des Geldes bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Streitiges hinausgeschoben.

Ob einer derartigen, mit der Ansicht von Stein, Anm. II 2 und Struckmann-Roch, Anm. 4 zu § 717 ZPO. übrigens in Widerspruch stehenden Erweiterung der Schadenersatzpflicht aus Absatz 2 jener Verfahrensvorschrift beigetreten werden könnte, mag dahinstehen. Hinsichtlich des Zurückbehaltungsseinwandes erscheint es jedenfalls nicht angängig, die materiellrechtliche Wirkung des

durch die Zwangsvollstreckung eingetretenen Besitzwechsels als aufschiebend bedingt in der Schwebe befindlich anzusehen, wenn der Einwand, wie hier, erst in der Berufungsinstanz geltend gemacht worden ist. Anders als bei der Aufrechnungseinrede könnte der Eintritt einer solchen Bedingung nur auf dem Wege der Fiktion festgestellt werden. Für eine Rückgewährung des dem Kläger bereits entzogenen Besitzes vermitteltst Aufhebung oder Abänderung des angegriffenen Urteils fehlt es an einem ausreichenden Grund, weil der Kläger, als ihm der Besitz entzogen wurde, den ihm den Besitz sichernden Rechtsbehelf noch nicht geltend gemacht hatte. Die Anwendung des § 717 Abs. 2 setzt aber stets einen Aufhebungsgrund und dessen Durchgreifen voraus. Von dem in RÖB. Bd. 63 S. 331 entschiedenen Falle unterscheidet sich der vorliegende noch dadurch, daß bei ihm der Erhebung des Einwandes in der ersten Instanz nichts entgegenstand und deshalb die Erzwingung des Besitzwechsels dem Rechte nicht widersprach. Der Kläger darf keine andere Behandlung erwarten, als wenn er freiwillig das Grundstück herausgegeben hätte, obgleich ihm ein Zurückbehaltungsrecht zustand. Ob ihm, wenn er es vor der Vollstreckung bereits geltend gemacht hätte, ein Anspruch auf Ersatz seines Schadens auf Grund des § 717 Abs. 2, sei es durch Zulassung der Forderung aus Verwendungen auf das Grundstück, sei es in anderer Weise, zugebilligt werden könnte, steht nicht zur Entscheidung. Die in seinem dritten Berufungsantrag versuchte Geltendmachung der Verwendungsforderung mittels Erweiterung des Klageanspruchs muß an der Vorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO scheitern, nachdem der Gegner seine Einwilligung versagt hat.