

**72. Zum Einwand gegenwärtiger Arglist gegenüber der Verjährungssekrete. Nach welchem Recht bestimmen sich seine Voraussetzungen bei altrechtlichen Schuldbverhältnissen seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs?**

BGB. §§ 222, 242. E.G.z.BGB. Art. 169, 170.

V. Zivilsenat. Ur. v. 2. Juni 1934 i. S. St. (Besl.) w. Gustav L. als Testamentvollstrecker des August L. (Nl.). V 10/34.

I. Landgericht Braunschweig.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hat durch notariellen Vertrag vom 22. März 1894 ein auf seinen Namen im Grundbuch stehendes Grundstück in B. für den durch Schulübernahme und Aufrechnung alsbald berichtigten Preis von 30100 M. dem Rentner August L. verkauft und ihm am 1. April 1894 übergeben. Die Auflassung, die nach dem Vertrag an einem der ersten Tage der nächsten Woche erfolgen sollte, ist unterblieben, auch nachdem der Beklagte am 5. Februar 1899 auf L.'s Wunsch zwei Bevollmächtigte bestellt hatte, die — jeder für

sich — ermächtigt sein sollten, das Grundstück an L. oder mit dessen Zustimmung an einen beliebigen Dritten aufzulassen. August L. ist im Januar 1928 verstorben. Als Testamentsvollstrecker hat der Kläger im Mai 1933 die Klage auf Auflassung des Grundstücks an die Erben des August L. erhoben. Gegenüber der Einrede des Beklagten, der Klagenspruch sei verjährt, hat sich der Kläger auf die erwähnte Vollmachtsurkunde berufen, deren Aushändigung als Anerkennung des Klagenspruchs die Verjährung unterbrochen und deren Entgegennahme — wie eine Stundung wirkend — den Lauf der Verjährungsfrist auf mindestens 5 Jahre gehemmt habe. Ferner hat der Kläger die Einrede der Verjährung mit dem Gegeneinwand unzulässiger Rechtsausübung (Einrede der gegenwärtigen Arglist) bekämpft.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

#### Gründe:

Das Berufungsgericht hat seiner Auffassung, daß die Verjährungseinrede zwar an sich begründet sei, aber durch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung geschlagen werde, überall das geltende Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrundegelegt. Die Rüge der Revision, daß im Rahmen der Art. 169, 170 GG.z.BGB. auch die einschlagenden Bestimmungen des vor 1900 in Braunschweig geltenden gemeinen Rechts sowie des braunschweigischen Landesrechts hätten angewendet werden müssen, ist begründet. Die Anwendung dieser Vorschriften führt aber zu keinem anderen als dem vom Berufungsgericht gefundenen, in der Frage nach Vollendung der Verjährung dem Beklagten günstigen Ergebnis. . . (Wird näher ausgeführt). Danach endete die Verjährungsfrist mit dem Ablauf des 5. Februar 1929, d. h. zu dem von dem Berufungsgericht errechneten Zeitpunkt.

Auch die Annahme, daß die Einrede der Verjährung durch den Gegeneinwand unzulässiger Rechtsausübung geschlagen werde, hat das Berufungsgericht dem § 242 BGB., mithin dem zur Zeit seiner Entscheidung geltenden Recht, in der Ausprägung entnommen, die dieses Recht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts erfahren hat. Die Revision meint, nach altem Recht bestimmten sich gemäß Art 170 GG.z.BGB. die dem Verkäufer durch den Vertragschluß über-

kommenen Pflichten; deshalb könne auch die Frage, ob in der Berufung auf Verjährung des Erfüllungsanspruchs ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege, lediglich nach dem Inhalt des bisherigen Rechts beantwortet werden. Diese Auffassung kann nur in ihrem Vordersatz gebilligt werden. Wichtig ist, daß sich bei einem vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnis auch in der Folgezeit Inhalt und Umfang der Leistung nach dem bisherigen Recht bestimmen. Aber schon für die Art, wie der Schuldner die Leistung zu bewirken hat, gilt auch bei altrechtlichen Verhältnissen für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs dessen § 242. Diese Vorschrift beansprucht wegen ihrer allgemeinen Bedeutung für das Erfüllungsgeschäft Geltung auch für solche Schuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind (RGUrt. vom 23. September 1929 VI 168/29 im Anschluß an Habicht Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., S. 189 und abweichend von den Erläuterungsbüchern zum EG.z.BGB. bei Art. 170: Staudinger, 9. Aufl., III 3 c, Bland Ann. 13a, Niedner 2. Aufl., II 3b). Wollends ist das neue Recht anzuwenden, wenn die Beurteilung von rechtserheblichen Umständen in Frage steht, die sich nicht als unmittelbare Auswirkungen des Schuldverhältnisses selbst darstellen und die nach dem 1. Januar 1900 eingetreten sind (Staudinger a. a. O. Ann. III; Niedner a. a. O. Ann. II 3b und c). Um einen solchen Umstand handelt es sich bei der Vollenbung der Verjährung und dem aus ihr erwachsenen Recht des Beklagten, die Auffassung als die zur Vertragserfüllung erforderliche Leistung zu verweigern (§ 222 BGB. in Verbindung mit Art. 169 EG.z.BGB.). Ob sich der Beklagte mit der Berufung auf ein solches Recht zu den Anforderungen in Widerspruch setzt, die Treu und Glauben an den redlichen Schuldner stellen, ist mithin nach dem Recht zu entscheiden, das zur Zeit der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts gilt. Diese Auffassung entspricht allein dem Wesen des Einwands unzulässiger Rechtsausübung als eines Rechtsbehelfs, mit dem das gegenwärtige Verhalten des Gegners deshalb bekämpft wird, weil es mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt. Es bedarf deshalb nicht der Erörterung, ob bei Zugrundelegung der Rechtsätze, die im gemeinen Recht für das Anwendungsgebiet der *exceptio doli generalis* entwickelt worden sind,

ein anderes als das aus dem geltenden Recht vom Berufungsgericht hergeleitete Ergebnis gerechtfertigt wäre.

Durfte das Berufungsgericht hiernach bei seiner Entscheidung von dem geltenden Recht ausgehen, so lassen die Gründe des angefochtenen Urteils, soweit sie dem Beklagten das beanspruchte Leistungsverweigerungsrecht versagen, keinen Rechtsirrtum hervortreten. In der vom Berufungsgericht herangezogenen, im Schrifttum vielfach gebilligten Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß der sog. Einwand der allgemeinen oder gegenwärtigen Arglist auch gegenüber der Einrede der Verjährung Platz greift (RG. Bd. 57 S. 376, Bd. 60 S. 392, Bd. 78 S. 134, Bd. 87 S. 281, Bd. 109 S. 309, Bd. 115 S. 137, Bd. 138 S. 299, Bd. 142 S. 284, Bd. 143 S. 236 u. S. 250; vgl. ferner JW. 1919 S. 102 Nr. 2 u. S. 304 Nr. 4, 1927 S. 973 Nr. 8). Zur Begründung dieses Einwands genügt die Berufung auf ein früheres Verhalten des Schuldners, durch das er — sei es auch unabsichtlich — dem Gläubiger nach verständigem Ermessen ausreichenden Anlaß gab, von einer Unterbrechung der Verjährung, insbesondere durch Klagerhebung, abzusehen, weil Befriedigung auch ohne Anrufung der Gerichte zu erwarten stand und von ihrem Aufschub die Erhebung der Verjährungseinrede nicht zu besorgen war.

Im Streitfall hatten beide Vertragsteile den Kaufvertrag vom 22. März 1894 bis auf die Auflassung alsbald vollständig erfüllt. Der Beklagte hatte den Besitz auf den Käufer übertragen, der Käufer den Kaufpreis berichtigt. Mit der Übergabe waren Nutzungen und Lasten des verkauften Grundstücks auf den Käufer übergegangen. Durch die Einräumung des Besitzes am Kaufgrundstück hatte der Beklagte, wie das Berufungsgericht hervorhebt, wirtschaftlich betrachtet die wichtigste Verkäuferpflicht erfüllt. Das ihm verbleibende Eigentumsrecht gewährte ihm zwar eine unverjährbare Klage aus diesem Recht gegen Dritte (§ 8 Abs. 2 des braunschw. Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke usw. vom 8. März 1878, GuVGS. S. 29; Art. 180, 181 GG. z. BGB.; § 902 BGB.), aber keinen Titel zur Wiedererlangung des Besitzes gegen den Käufer. Denn der Käufer konnte sowohl vermöge der gemeinrechtlichen *exceptio rei venditae et traditae* (vgl. § 9 des genannten Gesetzes vom 8. März 1878) wie auch nach § 986 BGB. dem Beklagten die Herausgabe des Grund-

stücks für immer verweigern. Das Besitzrecht des Käufers war dauernd; es unterlag weder nach gemeinem Recht noch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 194) der Verjährung (RGZ. Bd. 138 S. 296). Schon eine so weitgehende, dem Käufer eine derart starke Stellung verschaffende Vertragserfüllung deutete nach Auffassung des Berufungsgerichts darauf hin, daß der Beklagte zur Bewirkung der allein noch übrigbleibenden Auflassung sich ohne weiteres und jederzeit bereithalten lassen werde. Darüber hinaus aber bekundete der Beklagte solche Bereitschaft im Jahre 1899 nach der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellung noch besonders dadurch, daß er mit Rücksicht auf die inzwischen geschehene Aufgabe seines Wohnsitzes in B. zwei dort ansässige Bevollmächtigte bestellte, die je für sich und mit der Befugnis, Unterbevollmächtigte zu bestellen, ermächtigt sein sollten, das verkaufte Grundstück an den Käufer oder mit dessen Zustimmung an jeden beliebigen Dritten aufzulassen. Die Auflassung blieb aufgeschoben, weil der Käufer den Eigentumsübergang unmittelbar auf einen von ihm gesuchten weiteren Käufer herbeizuführen gedachte; die Bevollmächtigten wurden bestellt, damit in Vertretung des Beklagten die Auflassung jederzeit erklärt werden konnte, sobald sich für das Grundstück ein weiterer Käufer gefunden haben sollte. Darin, daß der Beklagte die Vollmachtsurkunde dem Käufer behändigte, hat das Berufungsgericht eine Bestätigung seiner Überzeugung gefunden, daß die Auflassung nicht etwa deshalb unterblieb, weil sich der Beklagte durch Zurückhaltung dieser Vertragsleistung zu sichern gedachte, sondern weil dem Käufer die Wahl des Auflassungsempfängers und des Zeitpunkts der Auflassung freigestellt sein sollte.

Bei diesem Stande der Vertragsabwicklung ist es, auch nachdem die von dem Beklagten bestellten Auflassungsbevollmächtigten in den Jahren 1922/23 verstorben waren, bis zu dem im Jahre 1928 erfolgten Ableben des Käufers und bis zur Vollenbung der Verjährung im Februar 1929 geblieben. Der Beklagte hat sich, weil ihm die Angelegenheit aus dem Gedächtnis geschwunden war, um das Schicksal des Grundstücks seit dem Jahre 1899 nicht mehr gekümmert und seitdem mehr als 30 Jahre lang weder den Käufer noch dessen Erben jemals im Eigenbesitz und damit in der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück gestört. Erst als die Erben des Käufers, nachdem sie Ende 1929 den Wohnsitz des Beklagten

ermittelt hatten, auf Vereinerung der Angelegenheit durch Vornahme der Auflassung drangen, hat der Beklagte diese verweigert. Daß er sich zur Rechtfertigung seines Verhaltens auf das angebliche Versprechen einer Beteiligung an dem beim Weiterverkauf zu erzielenden Erlös stützen könne, hat das Berufungsgericht aus tatsächlichen Erwägungen verneint.

Wenn bei umfassender Würdigung dieses Sachverhalts das Berufungsgericht zu der Rechtsauffassung gelangt ist, daß unter so bewandten Umständen der Beklagte durch seine Erfüllungsweigerung sich in einen mit Treu und Glauben nicht mehr vereinbaren Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setze, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Denn durch sein früheres Verhalten hat der Beklagte — wenn auch unabsichtlich — dem Käufer nach verständigem Ermessen ausreichenden Anlaß gegeben, zunächst die sich wegen der hohen Belastung des Grundstücks schwierig gestaltenden Versuche eines Weiterverkaufs nicht zu beschleunigen und später von einer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Maßnahme abzusehen. Es mag sein, daß der Käufer, wie die Revision geltend macht, mit fortschreitendem Zeitablauf an die immer noch ausstehende Ubereignung ebenfalls nicht mehr gedacht hat. Dadurch wurde aber — hierin irrt die Revision — der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und der Untätigkeit des Käufers nicht gelöst. Daß der Käufer über der erlangten und viele Jahre hindurch unangefochten ausgeübten, vollkommenen tatsächlichen Herrschaft über das gekaufte Grundstück den Mangel der rechtlichen Verfügungsgewalt schließlich aus den Augen verlieren konnte, ist nach der dem Berufungsurteil ersichtlich zugrundeliegenden Auffassung auch eine Folge des früheren Verhaltens des Beklagten gewesen, nicht seiner späteren Untätigkeit, die übrigens unter den obwaltenden Umständen den Käufer in dem durch sein früheres Verhalten hervorgerufenen Vertrauen nur bestärken konnte.

Nun hat allerdings der Kläger erst im Mai 1933 die Klage auf Auflassung des Grundstücks erhoben, obwohl ihm schon etwa drei Jahre früher bekannt war, daß der Beklagte die Mitwirkung bei der Auflassung nunmehr verweigerte. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, auf denen der Einwand unzulässiger Rechtsausübung beruht, ist die Frist, innerhalb deren nach Beendigung der den Einwand rechtfertigenden Verhältnisse der Anspruch durch Klage oder

in anderer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneter Weise geltend zu machen ist, gemäß den Anforderungen des anständigen Geschäftsverkehrs und den Umständen des Falls zu bestimmen (RGZ. Bd. 115 S. 135, Bd. 143 S. 250). Das Berufungsgericht hat in dieser Richtung keine Feststellung getroffen. Der Kläger hat aber vorgetragen, daß der Beklagte im Jahre 1930 das Zustandekommen eines bindenden Verkaufs bestritten und deshalb, nicht etwa wegen Verjährung, die Übereignung abgelehnt habe, ferner daß die zum Beweise dienliche Ausfertigung des Kaufvertrags erst am 21. April 1933 aufgefunden worden sei. Der Beklagte hat dies nicht bestritten. Unter diesen Umständen hat der Kläger die Klage rechtzeitig erhoben.