

58. 1. Zur Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus der Vollziehung ungerechtfertigter einseitiger Verfügungen.

2. Gilt die Verjährung auch dann als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen, wenn eine neue Klage erhoben wird, noch ehe die erste zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen worden ist?

3. Kann das Zurückbehaltungsrecht bei Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen auch wegen verjährter Ansprüche aus-
geübt werden?

ROB. § 212 Abs. 2, §§ 320, 352. ZPO. § 945.

I. Zivilsenat. Urf. v. 16. November 1935 i. S. M. & Co. (Kl.)
w. B. (Bekl.). I 59/35.

I. Landgericht Düsseldorf.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte verkaufte der Klägerin durch einen mit Schreiben vom 12. April 1928 bestätigten Vertrag einen Dampfgreifbagger zum Preise von 44000 RM., von dem 10000 RM. alsbald und der Rest in 12 gleichen Monatsraten bezahlt werden sollten; sie behielt sich dabei das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vor. Nach dem Vertrage war die Beklagte berechtigt, die Maschine zurückzunehmen, wenn die Klägerin mehr als vier Wochen mit einer Kaufpreisrate im Rückstande blieb. Zur Gewährleistung war die Beklagte in der Weise verpflichtet, daß sie innerhalb von 6 Monaten nach der Lieferung für unbrauchbare Teile Ersatz zu liefern hatte. Weitergehenden Schadenersatz hatte sie nicht zu leisten. Auch stand der Klägerin weder das Recht des Rücktritts noch das der Wertminderung zu. Der Bagger ist am 11. Juni 1928 zum Versand gekommen und am 18. Juni 1928 an die Klägerin abgeliefert worden. Die Klägerin hat auf den Kaufpreis 10000 RM. gezahlt. Weitere Zahlungen hat sie, nachdem beim Betrieb des Baggers wiederholt Schäden aufgetreten waren, mit der Begründung verweigert, daß die Maschine unbrauchbar sei.

Anfang Februar 1929 erhob die jetzige Beklagte wegen des Rückstandes der Klägerin mit der Zahlung der Kaufpreisraten Klage

auf Herausgabe des Baggers. Sie erwirkte am 27. März 1929 eine einstweilige Verfügung, auf Grund deren der Gerichtsvollzieher den Bagger am 29. April 1929 für die Beklagte in Besitz nahm. Die einstweilige Verfügung ist später mit der Begründung aufgehoben worden, daß sie verspätet vollzogen, aber auch sachlich unberechtigt gewesen sei. In dem Rechtsstreit wegen Herausgabe des Baggers erhob die jetzige Klägerin, nachdem sie durch das Urteil des Landgerichts zur Herausgabe verurteilt worden war, durch einen dem Gericht am 17. Januar 1930 eingereichten und demnächst zugestellten Schriftsatz Widerklage auf Rückzahlung der Anzahlung von 10000 RM. Gleichzeitig stellte sie den Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären mit Rücksicht auf die Wegnahme des Baggers auf Grund der einstweiligen Verfügung. Das Oberlandesgericht erklärte den Rechtsstreit am 14. Juli 1933 in der Hauptsache für erledigt. Von den Kosten des Rechtsstreits wurde die Hälfte der Kosten der Berufungsinstanz der jetzigen Klägerin mit der Begründung auferlegt, daß die von ihr in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage in Ermangelung der Einwilligung der Gegenpartei unzulässig gewesen sei. Die gesamten übrigen Kosten fielen der jetzigen Beklagten zur Last.

Mit der gegenwärtigen Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung ihrer Anzahlung von 10000 RM. Sie hat ihren Anspruch im ersten Rechtszug auf die Behauptung gestützt, daß der Bagger mit Mängeln behaftet gewesen sei, die im Wege der Nachbesserung nicht hätten beseitigt werden können und die Verwendbarkeit des Baggers für den vertragsmäßigen Gebrauch ausgeschlossen hätten. Mit dieser Begründung hat sie Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Das Landgericht wies die Klage ab. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihren Anspruch auch auf § 945 B.P.O. gestützt und zur Begründung geltend gemacht: die Anordnung der einstweiligen Verfügung sei von Anfang an ungerechtfertigt gewesen, weil ihr wegen ihres Anspruchs auf Rückzahlung der 10000 RM. ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe. Dieses Zurückbehaltungsrecht habe die Beklagte dadurch zerstört, daß sie ihr durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung den Besitz des Baggers entzogen habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Ansprüche der Klägerin verjährt seien. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die vertraglichen, auf Wandelung oder Schadenserfaz wegen Nichterfüllung gestützten Ansprüche der Klägerin wegen Verjährung abgewiesen hat, wird von der Revision nicht angegriffen und läßt einen rechtlichen Irrtum auch nicht erkennen. Das Berufungsurteil muß aber aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht für seine Auffassung, daß auch der Schadenserfazanspruch der Klägerin aus § 945 ZPO. verjährt sei, keine rechtlich haltbare Begründung gegeben hat. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Begründung des Schadenserfazanspruchs der Klägerin aus § 945 ZPO. keine Klageränderung darstellt. Es hält aber den Anspruch der Klägerin aus § 945 ZPO. für verjährt und führt hierzu aus, die Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 945 ZPO. betrage drei Jahre. Sie sei vom 29. April 1929 ab zu rechnen, weil die einstweilige Verfügung an diesem Tage vollstreckt worden sei. Bei der Erhebung der Widerklage im Januar 1930 sei der Schadenserfazanspruch der Klägerin also noch nicht verjährt gewesen. Aber der Klägerin sei das Armenrecht wegen der Unzulässigkeit der Widerklage versagt worden. Der das Armenrecht versagende Beschluß sei der Klägerin am 4. Oktober 1932 zugestellt worden. Sie habe aus dem Beschluß ersehen, daß die Widerklage auch dann hätte abgewiesen werden müssen, wenn sie den erforderlichen Prozeßkostenvorschuß eingezahlt hätte. Sie habe die Widerklage deshalb nicht weiter verfolgt, und insbesondere auch den Prozeßkostenvorschuß nicht gezahlt. Deshalb sei anzunehmen, daß die Klägerin die Widerklage schon im Oktober 1932 stillschweigend zurückgenommen habe. Nun würde gemäß § 212 BGB. allerdings die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung zu Gunsten der Klägerin fortgewirkt haben, wenn sie die neue Klage innerhalb von 6 Monaten nach der Zurücknahme der Widerklage erhoben hätte. Dies habe die Klägerin aber nicht getan. Denn die vorliegende Klage könne der Beklagten nicht vor dem 31. Mai 1933 zugestellt worden sein. In diesem Zeitpunkt sei die sechsmonatige Frist für die Erhebung der neuen Klage schon verstrichen gewesen.

Die Revision rügt mit Recht, daß diese Begründung von rechtlichen Irrtümern nicht frei ist. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Schadenserfazanspruch aus § 945 ZPO. in drei

Jahren verjährt, gibt zu rechtlichen Anständen allerdings keinen Anlaß. Denn die Rechtsprechung hat in ständiger Übung daran festgehalten, daß der Schadensersatzanspruch aus § 945 BPD., obwohl er kein Verschulden des Verpflichteten voraussetzt, als ein Anspruch aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne aufzufassen ist und deshalb der Verjährung nach § 852 BGB. unterliegt (RGZ. Bd. 74 S. 249, Bd. 78 S. 207, Bd. 106 S. 291). Nun kommt es für den Beginn der Verjährung nach § 852 BGB. allerdings nicht auf die Zeit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung, sondern auf den Zeitpunkt an, in welchem die Klägerin von dem ihr durch die Vollziehung entstandenen Schaden Kenntnis erhalten hat. Aber auch wenn man bei dem Mangel entgegenstehender Angaben der Klägerin annimmt, daß sie von der durch die Wegnahme des Wagners bewirkten Entziehung ihres Besitzes am Tage der Vollziehung der einstweiligen Verfügung oder jedenfalls innerhalb der nach §§ 936, 929 Abs. 3 BPD. für die Zustellung vorgeschriebenen Frist Kenntnis erhalten hat, fehlt es doch jedenfalls an einer ausreichenden Begründung für die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung deshalb als nicht erfolgt gelten müsse, weil die Klägerin die Widerklage stillschweigend zurückgenommen habe. Der Annahme einer stillschweigenden Rücknahme der Widerklage steht die durch die Niederschrift über die Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht am 7. Juli 1933 nachgewiesene Tatsache entgegen, daß die Klägerin den Widerklageantrag noch in der Schlußverhandlung gestellt hat. Nach dieser Niederschrift, gegen deren Anträge betreffenden Inhalt nach § 164 Satz 2 BPD. nur der von der Beklagten nicht versuchte Nachweis der Fälschung zulässig wäre, haben die Parteien in der Schlußverhandlung dieselben Anträge gestellt, wie in der Verhandlung vom 14. Februar 1930, deren Niederschrift wiederum auf die Verhandlung vom 31. Januar 1930 zurückverweist. In dieser hat die Klägerin ausweislich der Niederschrift den Widerklageantrag des Schriftsatzes vom 16. Januar 1930 vorgelesen. Danach steht altemäßig fest, daß die Klägerin den Widerklageantrag noch in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht am 7. Juli 1933 gestellt hat. Die Revision hat diesen Widerspruch zwischen der Annahme des Berufungsgerichts von der stillschweigenden Rücknahme der Widerklage und dem Inhalt der

Niederschriften des Vorprozesses nicht besonders hervorgehoben, sich vielmehr damit begnügt, auf den Inhalt des Tatbestandes des Berufungsurteils hinzuweisen. Aber der Widerspruch zwischen den tatsächlichen Annahmen des Berufungsgerichts und dem Inhalt der Vorprozessakten, die ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung des gegenwärtigen Rechtsstreits gemacht worden sind, war auch ohne Rüge der Revision von Amts wegen zu beachten, weil es sich insoweit nicht um eine unrichtige Beweiswürdigung, sondern um einen Mangel der Urteilsfindung handelt (RGZ. Bd. 139 S. 354). Nun findet sich auf der Niederschrift der Verhandlung vom 7. Juli 1933 bei der Angabe über die Anträge allerdings ein Bleistiftvermerk: „nicht Widerklage! (siehe Bl. 532)“. Aber dieser Bleistiftvermerk, dessen Urheber nicht feststeht, ist offensichtlich erst nachträglich zugefügt worden und stellt eine Berichtigung der Niederschrift jedenfalls nicht dar. Auch der Hinweis auf die Verjagung des Armenrechts durch den Beschluß vom 30. September 1932 auf Bl. 532 der Akten kann die Feststellung, daß der Widerklageantrag verlesen worden ist, ebensowenig beeinflussen, wie die Bemerkung des Berufungsurteils, daß die Klägerin im Vorprozeß einen Prozeßkostenvorschuß für die Widerklage nicht gezahlt habe. Denn dadurch war die Klägerin nicht gehindert, den Widerklageantrag zu stellen. Das Gericht durfte die Verhandlung über die Widerklage nicht von der vorherigen Zahlung der Prozeßgebühr abhängig machen. Mit dem Inhalt der Niederschriften steht auch der Tatbestand des im Vorprozeß ergangenen Berufungsurteils, der außerdem nach § 314 ZPO. zur Widerlegung der Angaben des Sitzungsprotokolls nicht ausreichen würde, nicht in Widerspruch. Denn der Tatbestand enthält die Angabe, daß der Widerklageantrag verlesen sei, und besagt über eine Zurücknahme dieses Antrages nichts. Wenn die Klägerin in dem Armenrechtsverfahren, durch das sie das Armenrecht für die Erhebung der gegenwärtigen Klage nachgesucht hat, im Schriftsatz vom 12. Dezember 1932 erklärt hat, daß sie die Widerklage nach dem letzten Termin zurückgenommen habe, so steht diese Angabe mit dem Inhalt der Vorprozessakten nicht in Einklang. Denn diese ergeben über eine Zurücknahme der Widerklage nichts. Wenn man aus der Angabe der Klägerin im Armenrechtsverfahren entnehmen wollte, daß sie damals die Absicht gehabt hätte, die Widerklage zurückzunehmen,

so würde daraus nicht ohne weiteres gefolgert werden können, daß sie diese Absicht später auch verwirklicht hat.

Muß hiernach im Gegensatz zum Berufungsurteil davon ausgegangen werden, daß die Klägerin die Widerklage im Vorprozeß nicht stillschweigend zurückgenommen, sondern den Antrag der Widerklage noch in der Schlußverhandlung gestellt hat, so fällt damit auch der Entscheidungsgrund des Berufungsgerichts, daß die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung des Schadenersatzanspruchs aus § 945 ZPO. mit der Zurücknahme der Widerklage hinfällig geworden sei. Die Unterbrechung hat vielmehr noch fortbestanden, als die Klägerin die gegenwärtige Klage erhob. Nun ist dann allerdings das Berufungsurteil vom 14. Juli 1933 ergangen, in dem die Widerklage zwar nicht abgewiesen, aber als nicht aufrechterhalten behandelt worden ist. Wenn man dieses Urteil als ein nicht in der Sache selbst entscheidendes, die Widerklage sinngemäß abweisendes Erkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 BGB. ansieht, dann muß auch der Absatz 2 dieser Bestimmung zur Anwendung kommen. Auch dessen Wortlaut trifft auf den hier vorliegenden Fall allerdings nicht genau zu. Denn die Klägerin hat die neue Klage nicht erst nach der Abweisung ihrer Widerklage, sondern schon vorher erhoben. Aber die Bestimmung muß entsprechend angewendet werden. Wenn die Klägerin sich die Vergünstigung, daß die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen galt, dadurch sichern konnte, daß sie die neue Klage innerhalb von 6 Monaten nach der Abweisung ihrer Widerklage erhob, so muß ihr die gleiche Vergünstigung erst recht dann zugute kommen, wenn sie die Abweisung ihrer unzulässigen Widerklage nicht erst abgewartet, sondern die neue Klage schon vorher erhoben hat.

Die Auffassung der Beklagten, die Widerklage habe die Unterbrechung der Verjährung deshalb nicht herbeiführen können, weil deren Erhebung in Ermangelung ihrer Einwilligung unzulässig gewesen sei, kann nicht gebilligt werden. Die Fassung der §§ 209, 212 BGB. ergibt zweifelsfrei, daß die Unterbrechung der Verjährung auch durch solche Klagen herbeigeführt wird, die aus verfahrensrechtlichen Gründen, z. B. wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozessart oder wegen fehlender Prozessfähigkeit, abgewiesen werden müssen (RGKomm.z.BGB. § 212 Erl. 1). Die Widerklage kann

nicht anders behandelt werden als die Klage. Unberechtigt ist auch der Einwand der Beklagten, daß die Widerklage die Unterbrechung der Verjährung des auf § 945 ZPO. gestützten Schadenersatzanspruchs der Klägerin deshalb nicht habe herbeiführen können, weil sie im Vorprozeß nicht auf § 945, sondern auf § 717 Abs. 2 ZPO. gestützt worden sei. In dem Schriftsatz, mit dem die Widerklage erhoben worden ist, wird sie auf die Behauptung gestützt, daß die Klägerin durch die ungerechtfertigte Vollstreckung des die Wegnahme des Baggers im Wege der einstweiligen Verfügung zu Gunsten der Beklagten anordnenden Versäumnisurteils vom 27. März 1929 einen Schaden erlitten habe. Wenn als rechtliche Stütze dieses Schadenersatzanspruchs nicht der § 945 ZPO., sondern der § 717 Abs. 2 das. angeführt worden ist, so handelt es sich lediglich um eine unrichtige rechtliche Kennzeichnung des Anspruchs, durch welche die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung nicht berührt wird. Die Klägerin brauchte Gesetzesstellen überhaupt nicht anzuführen. Sie konnte sich auf die Behauptung beschränken, daß ihr durch die Vollstreckung der sachlich unberechtigten gerichtlichen Anordnung vom 27. März 1929 ein Schaden entstanden sei. Daß sie unrichtige rechtliche Vorschriften angeführt hat, kann ihr nicht schaden, weil ihre tatsächlichen Behauptungen zur Begründung des auf § 945 ZPO. gestützten Schadenersatzanspruchs ausreichen.

Hiernach konnte die Abweisung des auf § 945 ZPO. gestützten Schadenersatzanspruchs der Klägerin mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht gerechtfertigt werden. Dies würde allerdings die Aufhebung des Berufungsurteils dann noch nicht rechtfertigen, wenn sich der Schadenersatzanspruch der Klägerin schon nach ihrem eigenen Vorbringen als sachlich unberechtigt darstellte. Das ist indessen nicht der Fall. Die Klägerin will dadurch geschädigt sein, daß ihr durch die Wegnahme des Baggers die Möglichkeit genommen wurde, ihr Zurückbehaltungsrecht an dem Bagger auszuüben und die Beklagte hierdurch zur Rückzahlung ihrer Anzahlung zu nötigen. Ein derartiger Schaden kann der Klägerin auch dann entstanden sein, wenn ihr Anspruch auf Wandelung oder Minderung und ihr Schadenersatzanspruch wegen schuldhaft schlechter Lieferung eines mangelhaften Baggers im Zeitpunkt der Vollstreckung der einstweiligen Verfügung bereits verjährt waren. Das Reichsgericht hat bereits ausgesprochen, daß bei gegenseitigen Verträgen die Geltend-

machung des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB. durch die Verjährung des Anspruchs, wegen dessen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, nicht gehindert wird (HR. 1930 Nr. 1434; f. a. RGKomm.z.BGB. § 320 Erl. 2). Um Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage, die in dem die Anwendung des § 320 BGB. rechtfertigenden Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, handelt es sich aber bei dem Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung ihrer Anzahlung von 10000 RM. und dem Anspruch der Beklagten auf Rückgabe ihres Baggers. Dies würde dann keinem Bedenken unterliegen können, wenn die Klägerin den Kaufvertrag vom 12. April 1928 wegen der Mängel des Baggers gewandelt hätte. Denn nach §§ 467, 348 BGB. sind die aus der Wandelung des Kaufvertrages sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug unter Anwendung der Regel des § 320 BGB. zu erfüllen. Es muß in gleicher Weise aber auch dann gelten, wenn die Klägerin den Kaufvertrag nicht gewandelt, sondern den Schadenserfüllungsanspruch wegen schuldhaft schlechter Lieferung einer mangelhaften Kaufsache erhoben hat. Denn auch in diesem Fall stehen der Schadenserfüllungsanspruch der Klägerin wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages und der Anspruch der Beklagten auf Rückgabe des Baggers in einem die Anwendung des § 320 BGB. rechtfertigenden Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Wenn im RGKomm.z.BGB. § 320 Erl. 3 dargelegt ist, daß für eine Erfüllungsweigerung kein Raum sei, wenn der Anspruch auf Schadenserfüllung wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages erhoben werde, so trifft dies nicht zu für den hier zu entscheidenden Fall, daß dem Schadenserfüllungsanspruch ein Anspruch des Schadenserfüllungspflichtigen auf Rückgabe der mangelhaft gelieferten Kaufsache gegenübersteht. Der Annahme eines Zurückbehaltungsrechts steht auch nicht entgegen, daß die Beklagte ihren Anspruch auf Herausgabe des Baggers auf ihr Eigentum stützen konnte. Denn auch gegenüber diesem Anspruch konnte die Klägerin ihr Recht zum Besitz des Baggers bis zur vollständigen Erfüllung der aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Verpflichtungen zur Geltung bringen.