

118. Vorführung einer in erster Instanz nicht vorgebrachten Retentionseinrede in der Berufungsinstanz. Anwendbarkeit des §. 491 Abs. 2 C.P.O.? ¹

I. Civilsenat. Art. v. 17. Januar 1883 i. S. R. (Wefl.) w. W. (Rl.)
Rep. I. 488/82.

- I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Die Ansicht, daß die Geltendmachung eines Retentionsrechtes zu den neuen Ansprüchen gehöre, welche nach §. 491 Abs. 2 C.P.O. in der Berufungsinstanz, abgesehen von den Fällen des §. 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden dürfen, wenn mit denselben kompensiert werden soll, und daneben noch die weitere dort angegebene Voraussetzung vorliegt, verdient keine Billigung. Denn einmal darf als „Anspruch“ im Sinne der Civilprozeßordnung nur etwas gelten, worüber demnächst auch eine rechtskräftige Entscheidung ergehen kann, was nach der Fassung von §. 293 Abs. 2 daselbst zwar wohl mit einer Kompensationseinrede, nicht aber mit einer Retentionseinrede der Fall ist; sodann aber ist es auch unmöglich, in dem §. 136, dessen Bedeutung für die Feststellung des Begriffes des „Anspruches“ nicht verkannt werden kann und auch allseitig anerkannt ist, unter den „Gegenforderungen“ im Sinne des Abs. 2, in Beziehung auf welche das Gericht unter Umständen anordnen kann, daß sie in einem getrennten Prozesse verhandelt werden, außer Widerklagen und Kompensationseinreden auch Retentionseinreden zu verstehen, da nicht abzusehen wäre, worauf in dem getrennten Prozesse über eine Retention eventuell verurteilt werden sollte.

Vgl. Wach, Vorträge S. 192; Wilimowski und Levy, Civilprozeßordnung (2. Aufl.) Anm. 2 zu §. 136 S. 176 und Anm. 3 zu §. 491 S. 580; Gaupp, Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 384 und Bd. 2 S. 512.

(Der vom Oberlandesgerichte für die entgegengesetzte Meinung angeführte Seuffert hat in der 2. Aufl. seine Ansicht zu §. 136 a. a. O. bereits geändert.)“ . . .

¹ Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 8 Nr. 105 S. 364. D. C.