

69. 1. Ist der Fall des § 717 Abs. 2 Z.P.D. gegeben, wenn das Berufungsgericht das auf Verurteilung des Beklagten lautende, für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil der ersten Instanz durch ein Urteil ersetzt will, das die Entscheidung des Rechtsstretkes von einem Eide abhängig macht?

2. Gegenstand und Umfang des Ersatzanspruches des Beklagten im Falle des § 717 Abs. 2 Z.P.D.

I. Zivilsenat. Ur. v. 14. November 1906 i. S. N. (Bekl.) w. R. (Kl.). Rep. I. 167/06.

I. Landgericht Braunschweig, Kammer für Handelsfachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hatte dem Landwirte S. 20 Bullen zum Preise von 227,50 *M* für's Stück käuflich geliefert und auf den Kaufpreis am 29. Juli 2000 *M* und am 15. September 1905 1000 *M* bezahlt erhalten. Der Kläger verlangte mit der Klage diese Beträge nebst 5 Prozent Zinsen seit den genannten Tagen zurück, indem er behauptete, daß der Beklagte das Geschäft in Ausführung einer Verkaufskommission für seine, des Klägers, Rechnung abgeschlossen habe. Der Beklagte bestritt das. Er gab zwar zu, die Bullen vom Kläger erhalten zu zu haben, machte aber geltend, es sei dies nicht auf Grund einer ihm aufgetragenen Verkaufskommission, sondern auf Grund eines festen Kaufs geschehen, den er mit dem Kläger abgeschlossen habe, und zwar unter Vereinbarung einer sechsmonatigen Stundung des Kaufpreises.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage.

Zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus diesem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile zahlte der Beklagte am 5. Januar 1906 3112,50 *M* an den Kläger. Gleichzeitig legte er Berufung ein, mit dem Antrage auf Abweisung der Klage und auf Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung des bezahlten Betrages nebst 5 Prozent Zinsen seit dem Zahlungstage.

Das Oberlandesgericht hob das Urteil des Landgerichts auf (I.), legte dem Kläger einen richterlichen Eid auf (II.) und normierte die Eidesfolgen wie folgt:

„III. Leistet der Kläger den Eid, so soll Beklagter mit seinem Berufungsantrage, soweit ihm nicht zu I. stattgegeben ist, zurückgewiesen und zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites verurteilt werden.

IV. Leistet Kläger diesen Eid nicht, so soll Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und verurteilt werden, die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, auch — unter Abweisung des weitergehenden Antrags — dem Beklagten 118,75 *M* nebst 4 Prozent Zinsen darauf seit dem 5. Januar 1906 zu zahlen.“

Auf die Revision des Beklagten hat das Reichsgericht die Entscheidung zu III. und IV. aufgehoben, den Kläger verurteilt, dem Beklagten den auf Grund des landgerichtlichen Urteils gezahlten Betrag von 3112,50 *M* nebst 4 Prozent Zinsen vom 5. Januar 1906 zu erstatten, und die Eidesfolgen anderweitig dahin normiert, daß entweder der Beklagte zur Zahlung von 3000 *M* nebst Zinsen und in die Kosten verurteilt, oder die Klage abgewiesen, und der Kläger in die Kosten verurteilt werden solle.

Nach Zurückweisung einer die Beweiswürdigung betreffenden Beschwerde heißt es in den

Gründen:

... „Begründet aber erscheinen die Angriffe des Beklagten, daß das angefochtene Urteil auf Verletzung der §§ 717 und 308 B.P.O. und des § 249 B.G.B. beruhe.

Wie das Reichsgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat (Entsch. in Zivils. Bd. 4 S. 421, Bd. 12 S. 358), folgt aus § 537

(früher § 499) B.P.O., daß das Berufungsgericht, wenn es die bedingungslos auf Zuspreehung oder Abweisung der Klage gerichtete Entscheidung der ersten Instanz durch ein von einem Eide bedingtes Endurteil ersetzen will, das Urteil der ersten Instanz bedingungslos aufheben und die Eidesfolgen (§ 462 Abs. 1 B.P.O.) auf die Zuspreehung oder Abweisung der Klage stellen muß, nicht aber auf den Erfolg oder Mißerfolg der Berufung. Gegen diesen Rechtsatz verstößt die Formel des angefochtenen Urteils. Zwar wird unter I. schlechthin die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils ausgesprochen, für den Schwörungsfall aber wird unter III. nicht etwa die Verurteilung des Beklagten nach dem Klagantrag — oder, was wegen der bereits erfolgten Zahlung der Urteilssumme vielleicht im Sinne des Berufungsgerichts gelegen haben könnte, der Ausspruch, daß der Klaganspruch erledigt sei — angekündigt, sondern es wird nur gesagt, daß der Beklagte mit seinem Berufungsantrage zurückgewiesen werden solle. Dies ist an sich schon eine unrichtige Formulierung. Sie wird aber doppelt fehlerhaft durch den weiteren Zusatz: „soweit ihm (nämlich dem Berufungsantrage) nicht zu I. stattgegeben ist“. Der Berufungsantrag des Beklagten enthielt dreierlei: Aufhebung des Urteils der ersten Instanz, Abweisung der Klage und Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung der Urteilssumme. Demnach ergibt sich, daß das Berufungsgericht im Schwörungsfall den Antrag des Beklagten auf Abweisung der Klage und den auf Rückzahlung ablehnen will; wie es aber über die Klage selbst erkennen will, ergibt sich aus der Formel überhaupt nicht. Das Urteil der ersten Instanz bleibt aufgehoben, und die Entscheidung über die Klage schwebt im Schwörungsfall in der Luft.

Dieser Fehler würde jedoch noch nicht zur Aufhebung des Urteils führen können, weil er in der schriftlichen Revisionsbegründung nicht gerügt ist (§ 559 B.P.O.). Trotzdem war darauf einzugehen, weil der Fehler die weiteren, von der Revision gerügten Verstöße veranlaßt hat und mit ihnen in Zusammenhang steht.

Aus dem Gesagten folgt, daß, wenn das bedingungslose Urteil der ersten Instanz, das der Berufungsrichter durch ein eidbedingtes Endurteil ersetzen will, für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, schon mit der Verkündung dieses bedingten Endurteils der Fall des § 717 (früher § 655) gegeben ist: das für vorläufig vollstreckbar erklärte

Urteil ist aufgehoben oder abgeändert. Wenn auch noch nicht endgültig über den Klageantrag erkannt wird, und es möglich bleibt, daß er schließlich wieder zuerkannt wird, so genügt doch die formale Aufhebung oder Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, um die Zwangsvollstreckung mindestens als verfrüht erscheinen zu lassen. Es ist daher, wenn ein entsprechender Antrag gestellt war, bereits mit der Erlassung des bedingten Endurteils auf Erstattung des auf Grund des aufgehobenen Urteils Beigetriebenen oder Gezahlten zu erkennen, und es darf dies nicht auf das Läuterungsurteil (§ 462 Abs. 2 Z.P.D.) verschoben werden.

Dies ist für den früheren § 655 Abs. 2 vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen worden.

Vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 12 S. 359, Bd. 25 S. 426; Wolze, Bd. 12 Nr. 761 b, Bd. 22 Nr. 817; Jurist. Wochenschr. 1896 S. 249 Nr. 15, 1898 S. 48 Nr. 15, S. 603 Nr. 24.

Der jetzt geltende, durch die Novelle von 1898 eingeführte § 717 hat den bloßen Erstattungsanspruch des § 655 ersetzt durch einen Schadensersatzanspruch, der nicht nur das beigetriebene Substrat selbst, sondern auch Zinsen davon und etwaige sonstige Schäden, die durch die Zwangsvollstreckung herbeigeführt sind, umfaßt. Damit ist aber in dem soeben erörterten Punkte nichts geändert, und es ist daher auch für das Recht der Novelle daran festzuhalten, daß schon eine bloß formale Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils genügt, um den in § 717 Abs. 2 bezeichneten Anspruch des Vollstreckungsschuldners auszulösen.

Augenscheinlich ist dies auch die Meinung des V. Zivilsenates des Reichsgerichts, wie aus dessen Urteile Jurist. Wochenschr. 1905 S. 295 Nr. 26 — wo die Frage freilich nicht näher untersucht ist — hervorgeht. Unbestritten ist es nicht. Einige Schriftsteller (Seuffert, Struckmann u. Koch, Petersen u. Unger) wollen jetzt zwischen dem Abs. 1 und dem Abs. 2 des § 717 einen Unterschied aufstellen. Die Regel des Abs. 1 vom Außerkräfttreten der vorläufigen Vollstreckbarkeit wollen sie zwar nach wie vor anwenden, wenn auch nur eine formelle Aufhebung des ersten Urteils vorliegt: also in dem hier gegebenen Falle, oder wenn etwa aufgehoben und in die Vorinstanz zurückverwiesen ist. Anders aber wollen sie die Regel des Abs. 2 beurteilt wissen: der Schadensersatzanspruch soll erst bei einem

materiell den Klagenspruch aberkennenden Urteile eintreten. Gestützt wird diese Ansicht darauf, daß in den Materialien zur Novelle von 1898, insbesondere im Berichte der Reichstagskommission, bei den Erörterungen über die Ersetzung des Erstattungsanspruchs durch den Schadensersatzanspruch einige Male Nebenwendungen gebraucht werden, die die Vermutung nahe legen, der Verfasser habe nur Entscheidungen im Auge gehabt, die eine materielle und wenigstens für die Instanz endgültige Abänderung enthielten (vgl. Hahn-Mugdan, Materialien Bd. 8 S. 393). Gegenüber dem einfachen und klaren Texte des Gesetzes im Verhalte mit der konstanten älteren Rechtsprechung kann hierauf indes kein Gewicht gelegt werden. Die aufgestellte Unterscheidung ist daher — im Einklange mit Gaupp-Stein, Falkmann und dem Oberlandesgerichte zu Marienwerder (Rechtspr. der D.L.G. Bd. 6 S. 411) — zurückzuweisen.

Da die Tatsache nicht streitig ist, daß der Beklagte die Urteils-summe am 5. Januar 1906 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bezahlt hat, ist demnach nunmehr auszusprechen, was das Oberlandesgericht bei richtiger prozessualer Behandlung der Sache schon im angefochtenen Urteile hätte aussprechen sollen: der Kläger ist unbedingt zur Rückzahlung des beigetriebenen Geldebetrages nebst Zinsen zu verurteilen.

Dabei ist aber die weitere Frage zu beantworten, ob der Ansatz des vom Kläger zu zahlenden „Schadensersatzes“ auf bloß 118,75 *M* im Urteile des Oberlandesgerichts gebilligt werden kann. Begründet ist diese Berechnung damit, daß der Beklagte insoweit nicht geschädigt sei, als er durch die Zahlung vom 5. Januar 1906 den Kaufpreis berichtigt habe, den er seinen eigenen Angaben nach dem Kläger für die 20 Bullen geschuldet habe. Allerdings sei der Kaufpreis am Tage der Zahlung noch nicht fällig gewesen, wohl aber inzwischen fällig geworden. Dies führe dahin, daß der Kläger von den beigetriebenen 3112,50 *M* den das Kapital übersteigenden Betrag und die Zwischenzinsen vom Tage der Zahlung bis zur Fälligkeit des Kaufpreises vergüten müsse, das Kapital selbst aber (3000 *M*) behalten dürfe.

Auch in diesem Punkte müssen die Angriffe der Revision als berechtigt anerkannt werden.

Das Gesetz gewährt dem Beklagten im Falle des § 717 B.P.D.

nicht etwa einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Demnach haben die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Schadenersatz (§§ 249—255) Anwendung zu finden. Es ist daher der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249). Der zum Ersatze verpflichtende Umstand ist hier die Verreibung oder Androhung der Zwangsvollstreckung vor endgültiger Erledigung des Rechtsstreites (vgl. die schon angeführte Stelle des Kommissionsberichts bei Hahn-Mugdan), also die verfrühte Zwangsvollstreckung. Der Schadenersatz besteht daher in erster Linie darin, daß die Vermögensverminderung, die durch die Zwangsvollstreckung für den Beklagten herbeigeführt ist, wieder ausgeglichen wird: also in der „Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten“, wie es das frühere Gesetz ausdrückte. Und dieser zu ersetzende Schaden wird dadurch nicht beseitigt, daß andere Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien bestehen, aus denen der Beklagte dem Kläger als Schuldner gegenübersteht, zumal wenn es sich dabei um Schulden handelt, die zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch nicht fällig waren.

Auf Grund des früheren Rechts ist angenommen worden, daß der Kläger die Verurteilung zur Erstattung dessen, was ihm der Beklagte auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gezahlt hat, sogar durch Erhebung von Aufrechnungseinreden nicht abwenden könne (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 34 S. 354). Ob dies jetzt anders zu beurteilen wäre, kann unerörtert bleiben. Jedenfalls aber darf der Richter bei der Bemessung des Schadenersatzes nach § 717 Abs. 2 nicht ein anderes, vom Kläger nicht behauptetes und nicht in den Prozeß eingeführtes Rechtsverhältnis heranziehen, um zu einer Minderung des Ersatzes des Gezahlten zu gelangen. Dies ist hier geschehen. Der Kläger hat niemals auch nur hilfsweise behauptet, daß der Beklagte ihm einen Kaufpreis für die Bullen schulde, geschweige denn, daß er dieserhalb eine Aufrechnung erklärt hätte. Mittelbar verletzt der Berufungsrichter daher auch — wie die Revision mit Recht geltend macht — den § 308 B.P.O., indem er dem Kläger etwas zuspricht, was nicht beantragt war; ebenso aber auch den

Rechtssatz, daß der Gläubiger nicht befugt ist, eine auf eine bestimmte Schuld gemachte Leistung (hier die Zahlung auf das vollstreckbare Urteil aus dem Kommissionsvertrage) ohne Zustimmung des Schuldners auf eine andere Schuld (hier die Schuld aus dem Kaufvertrage) anzurechnen.

Hiernach war die Erstattung des gezahlten Betrages uneingeschränkt auszusprechen, und im Zusammenhange damit die nicht haltbaren Teile der Urteilsformel richtig zu stellen.“