

42. 1. Ist eine Leistung, die auf Grund eines für vorläufig vollstredbar erklärten Urteils vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners gemacht wird, Erfüllung, so daß § 17 K.D. auf das Vertragsverhältnis keine Anwendung findet?
2. Bedarf es, wenn unrichtigerweise ein Teilurteil erlassen ist, in der Revisionsinstanz einer Rüge nach § 554 Nr. 2b ZPO?
3. Kann mit der Revision gerügt werden, daß der Berufungsrichter von seiner Befugnis, ein Teilurteil zu erlassen, hätte Gebrauch machen müssen?

K.D. § 17.

ZPO. §§ 301, 545, 554 Nr. 2b, 559, 717 Abs. 2.

III. Zivilsenat. Urt. v. 3. Juli 1914 i. S. S. W. (Kl.) w. den Konkursverwalter P. K. (Bekl.). Rep. III. 41/14.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Auf Grund eines zwischen dem Kläger und dem ursprünglichen Beklagten, Bankier L., geschlossenen Vertrages wurde dieser vom Landgerichte verurteilt, dem Kläger 25 Rüge der Gewerkschaft R.

in  $\text{H. Zug um Zug}$  gegen Zahlung von 93750  $\text{M}$  zu liefern und ihm über die Übertragung eine schriftliche Urkunde auszustellen. Zugleich wurde dieses Urteil gegen Sicherheitsleistung von 100000  $\text{M}$  in bar oder mündelsicheren Papieren für vorläufig vollstredbar erklärt. Zur Abwendung der Zwangsvollstredung lieferte der damalige Beklagte dem Kläger die 25 Ruzge, stellte auch die Abtretungsurkunde aus und zahlte 928,50  $\text{M}$  Kosten. Der Kläger bezahlte seinerseits urteilsgemäß 93649  $\text{M}$  und rechnete mit dem Reste bis zu 93750  $\text{M}$  auf.

Nachdem der Beklagte Berufung eingelegt hatte, wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet und der jetzige Beklagte zum Konkursverwalter bestellt. Er hat den Rechtsstreit gemäß § 250  $\text{RPD.}$  aufgenommen, später die Erfüllung nach § 17  $\text{RD.}$  abgelehnt und beantragt, den Kläger mit der Klage abzuweisen und ihn ferner nach § 717  $\text{Abs. 2 RPD.}$  zu verurteilen, an die Konkursmasse die 25 Ruzge nebst Abtretungsurkunde herauszugeben und 928,50  $\text{M}$  nebst 4% Zinsen seit 12. März 1910 zu bezahlen. In zweiter Reihe hat er beantragt, den Kläger zur Zahlung von 101  $\text{M}$  nebst Zinsen zu verurteilen. Das Berufungsurteil änderte durch Teilurteil das Urteil des Landgerichtes dahin ab, daß es die Klage abwies.

Von den von beiden Teilen hiergegen eingelegten Revisionen ist die des Beklagten als unzulässig verworfen, auf die des Klägers dagegen das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

#### Gründe:

##### I. Revision des Klägers.

„Nachdem das landgerichtliche Urteil, das gegen Sicherheit von 100000  $\text{M}$  für vorläufig vollstredbar erklärt ist, erlassen war, unterhandelten die Parteien über diese Sicherheitsleistung. Da der Kläger zwar eine Sicherheit von 100000  $\text{M}$  zu leisten hatte, die Ruzge und die Abtretungserklärung aber nur gegen Zahlung von 93750  $\text{M}$  erlangen konnte, waren nur 6250  $\text{M}$  eigentlich zu hinterlegen. Darüber, daß dem so sei, einigten sich die Parteien. Zugleich einigte man sich weiter, daß diese 6250  $\text{M}$  bei dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers zu hinterlegen seien und hinterlegt seien. Dies alles ergibt sich aus dem Briefwechsel bis zum 12. Februar 1910, wie der Berufsungsrichter feststellt.

Am 14. Februar 1910 sind in Vollziehung des Urteils und dieser Einigung dem Kläger die 25 Ruxe nebst Zessionsurkunde ausgehändigt worden. Der Kläger zahlte aber nicht 93750 *M.*, sondern an den Beklagten nur 93649 *M.* Mit dem Rest von 101 *M.* rechnete er auf. Er hatte nämlich den Beklagten am 12. Februar 1910 notariell in Verzug gesetzt. Die Kosten der Verzugssetzung, die der Kläger auf 101 *M.* angibt, hat er an den 93750 *M.* gekürzt. Daraus erklärt sich der Hilfsantrag des Beklagten auf Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 101 *M.*

Durch Übertragung der Ruxe und Übergabe der schriftlichen Abtretungserklärung hat der damalige Beklagte das Eigentum an den Ruxen auf den Kläger nach § 105 des allgemeinen preussischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 übertragen. Auf diese Tatsache stützt der Kläger seinen mit der Klage verfolgten Erfüllungsanspruch. Er meint, auf die Klagebegründung im übrigen komme es nicht an, weil der Beklagte vor Eröffnung des Konkurses ebenso wie er selbst erfüllt habe; die Erfüllung eines beiderseits vollständig erfüllten Vertrags könne der Konkursverwalter nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 17 *R.D.* nicht ablehnen.

Der Klage liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Am 15. Dezember 1909 bestätigte L. dem Kläger, diesem 25 Ruxe bis zum 15. Januar 1910 in des Klägers Wahl an Hand zu lassen. Der Kläger erblickt in dieser Bestätigung einen unwiderruflichen Verkaufsantrag, den er am 18. Dezember 1910 angenommen habe. Der Beklagte L. wollte in seiner Bestätigung vom 15. Januar einen wider-ruflichen Kommissionsauftrag sehen, den er am 17. Dezember 1910 widerrufen und am 18. Dezember 1910 wegen arglistiger Täuschung angefochten habe. Das Landgericht hat sich auf die Seite des Klägers gestellt und die Einwendungen des Beklagten verworfen.

Der Berufungsrichter geht auf diese Seite der Sache nicht ein; denn die Parteien hätten ihre Vorträge allein auf die Frage beschränkt, ob § 17 *R.D.* Platz greife. Er weist die Klage ab, weil die Leistung, die ein durch vorläufig vollstreckbares Urteil verurteilter Beklagter zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung aus diesem Urteile seinem Gegner macht, nicht als Erfüllung des dem Klagenansprüche zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts angesehen werden könne; folglich sei das Geschäft im Augenblicke der Konkursöffnung

noch von keiner Seite erfüllt, der Konkursverwalter nach § 17 RD. zur Ablehnung der Erfüllung berechtigt und der Kläger auf die Anmeldung seiner vermeintlichen Ansprüche im Konkurse von L. beschränkt gewesen. Die Erfüllungsklage sei abzuweisen; auf alles Weitere komme es nicht an.

Das Revisionsgericht hat davon auszugehen, daß die Revision zulässig ist. Denn der Berufungsrichter hat ausdrücklich ein Teilurteil nach § 301 ZPO. erlassen und erlassen wollen (vgl. RGZ. Bd. 73 S. 87, Bd. 24 S. 423). Dies ergibt sich aus der Überschrift des Urteils und aus dem Schlusse der Entscheidungsgründe. In eine Untersuchung darüber, ob ein solches Teilurteil zulässig war, ob nicht etwa ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Klagantrage und dem Antrage des Konkursverwalters bestand, weil beide Anträge denselben Gegenstand betreffen, hatte das Revisionsgericht nicht einzutreten, weil es sich um eine Verletzung des Verfahrens handeln würde und ein solcher Mangel weder unmittelbar noch mittelbar gerügt ist (§ 554 Nr. 2b, § 559 ZPO.). Das Reichsgericht hat bereits erkannt, daß die prozessuale Zulässigkeit einer Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs eine das Verfahren betreffende Frage im Sinne des § 554 Nr. 2b und des § 559 ZPO. ist (RGZ. Bd. 75 S. 19 oben). Dasselbe muß von der Frage gelten, ob ein Teilurteil erlassen werden durfte.

Das Revisionsgericht hat also die angegriffene Entscheidung sachlich zu prüfen. Dieser sachlichen Prüfung hält das Berufungsurteil nicht stand; denn der Berufungsrichter verkennt die rechtliche Bedeutung der Weitreibung der Klageforderung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils. Der entscheidende Gesichtspunkt ist allerdings nicht der vom Kläger geltend gemachte, daß sowohl die Leistung auf ein rechtskräftiges Urteil wie auch die Leistung auf ein nur für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil hin die Klageforderung in gleicher Weise zum Erlöschen bringe, und daß der verurteilte Schuldner in beiden Fällen denselben erzwungenen Erfüllungswillen habe. Durch diese Gleichstellung des rechtskräftigen und des nur vorläufig vollstreckbaren Urteils, die der Kläger in § 815 Abs. 3, § 897 ZPO. bestätigt findet, vermöchte der Entscheidungsgrund des Berufungsrichters nicht beseitigt zu werden, daß der Schuldner auf Grund eines „vorläufig“ vollstreckbaren Urteils nur „vorläufig“ bis

zum Austrag des Urteils über die Klageforderung zwangsweise leisten, also nicht endgültig erfüllen will, daß er seine Leistung sogar wieder zurückfordern kann, wenn er im schwebenden Rechtsstreit obsiegt. Der Berufungsrichter führt nämlich aus, beide Teile seien bei ihren beiderseitigen Leistungen des Willens gewesen, nicht etwa den Vertrag zu erfüllen, der ja streitig blieb, sondern das Urteil auszuführen. Sei aber die Übertragung der Kuxe und der Abtretungsurkunden nicht als Vertragserfüllung anzusehen, so gelte dasselbe von der Gegenleistung des Klägers, d. h. von dessen Zahlung und von der Aufrechnung; Leistung und Gegenleistung ständen in unlösbarem rechtlichem Zusammenhange. Hieraus zieht der Berufungsrichter den Schluß, eine Leistung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteile beeinflusse den materiellen Streit nicht; der Kläger könne seine Ansprüche nur als Konkursgläubiger verfolgen.

Diese Schlußfolgerung des Berufungsrichters kann nicht als richtig anerkannt werden. Die vorläufige Vollstreckbarkeit soll den Gläubiger gegen die Gefahr späterer Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners schützen. Der Gläubiger, der durch Beitreibung der Schuldsomme vorläufige Befriedigung erhalten hat, kann nicht schlechter gestellt sein, als der Gläubiger, dem der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Sicherheit geleistet und damit ein Pfandrecht und Absonderungsrecht für den Konkurs eingeräumt hat, das den Gläubiger von der Anmeldung im Konkurse befreit (§§ 11, 48 R.D.; R.G.Z. Bd. 12 S. 222). In R.G.Z. Bd. 39 S. 108 wird hieraus gefolgert, es könne dem Gläubiger, wenn er auch nur vorläufig zum Zweck der Abwendung der Zwangsvollstreckung Zahlung erhalten habe, nicht zugemutet werden, das Empfangene zurückzuzahlen und sich auf die Konkursmasse verweisen zu lassen, wenn die beigetriebene Forderung auch in der höheren Instanz als begründet erkannt wird. Danach würde der Kläger von einem Rangvergleich nicht betroffen sein, weil er nicht Konkursgläubiger war. Er hatte folglich auch seine Forderung nicht zum Konkurs anzumelden, obgleich er nur vorläufig befriedigt war (R.G.Z. Bd. 11 S. 401 oben, Zur. Wochenschr. 1897 S. 562<sup>4</sup>). Mit dieser Auffassung steht nicht, wie der Berufungsrichter meint, R.G.Z. Bd. 63 S. 332 im Widerspruch. Dieser Entscheidung will

sich der Berufungsrichter anschließen, indem er auf deren Endsätze verweist. Sie endigt mit den Sätzen:

„Die Hingabe oder Wegnahme des Geldes auf Grund der vorläufigen Vollstreckung ist die vorläufige Regelung des Streitverhältnisses zugunsten des Klägers, aber unter voller Wahrung der Rechte des Beklagten; und der Bestand dieser vorläufigen Regelung ist abhängig gemacht von dem Bestand oder der Aufhebung des Urteils, nicht von dem Bestande der Klageforderung zur Zeit der Erlassung des Urteils oder seiner Vollstreckung. Die Entscheidung über die rechtliche Wirkung der Auslieferung des Geldes ist hiernach hinauszugeschoben bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Streitens. . . .“

Aus diesen Sätzen wurde dort hergeleitet, daß der Beklagte, der auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils geleistet hatte, doch noch eine an und für sich zulässige Ausrechnung mit Hilfe einer erst nach seiner Zahlung an den Gerichtsvollzieher erworbenen Gegenforderung vornehmen kann.

Diesen Sätzen ist beizutreten. Es ergibt sich aus ihnen aber nichts zur Stütze des Berufungsurteils. Vielmehr folgt aus ihnen, daß der Beklagte mit seiner Leistung einen Anspruch auf Rückerstattung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Geleisteten erwirbt, wenn dem Kläger ein Anspruch auf das Geleistete nicht zustand. Dieser durch § 717 Abs. 2 ZPO. noch weiter bekräftigte aufschiebend bedingte Anspruch bildete einen Teil der Aktivmasse, als über das Vermögen des Beklagten der Konkurs eröffnet wurde. Der Konkursverwalter hat diesen die Konkursmasse betreffenden Rechtsstreit nach §§ 240 flg. ZPO. aufgenommen. Dieser Rechtsstreit war für den Gemeinschuldner nach § 10 KO. anhängig, insofern nämlich der Konkursverwalter den Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten in demselben Prozesse verfolgte (RdZ. Bd. 11 S. 400). Aber der Kläger hatte, nachdem er seine Forderungen eingezogen hatte, keine Ansprüche mehr im Konkurse anzumelden.

Im Sinne des § 17 KO. ist Erfüllung auch die Leistung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils. Es kann nach dem Erörterten nicht im Sinne des § 17 KO. gelegen sein, daß eine Leistung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, mag diese Leistung auch infolge des durch das Urteil ausgeübten Zwanges

gemacht worden sein, deshalb einer Nichterfüllung gleichgestellt werde, weil zur Zeit der Leistung die Möglichkeit bestand, daß in der höheren Instanz ein anderes Urteil ergehen und auf Grund dessen die gemachte Leistung wieder zurückverlangt werden konnte.

Hieraus folgt die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Die Zurückverweisung hatte stattzufinden, weil nun erst zur Erörterung kommen muß, ob die Klageforderung begründet ist. Mit der Revision ist gerügt gewesen, ob nicht etwa der Konkursverwalter seines Rechtes der Erfüllungsablehnung aus § 17 R.O. durch sein Verhalten verlustig gegangen sei. Auf diese Frage, die übrigens in den Vorinstanzen nicht aufgeworfen war, konnte in der Revisionsinstanz schon deshalb nicht eingegangen werden, weil der Vorderrichter die erforderlichen tatsächlichen Unterlagen noch nicht zum Gegenstande seiner Erörterung gemacht hat. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß vom Beklagten das Vorliegen einer Verkaufskommission behauptet und diese Behauptung nicht geprüft worden ist.

## II. Revision des Beklagten.

Der Konkursverwalter hat selbständig Revision eingelegt. Der Revisionsantrag geht zunächst auf Aufhebung des Berufungsurteils. Dieser Antrag hat, wörtlich genommen, keinen Sinn; denn der Beklagte hat es ja erreicht, daß die Klage abgewiesen worden ist. Der Beklagte ist auch nicht mit Kosten belastet. Das Berufungsurteil sagt am Schlusse der Gründe ausdrücklich, die Entscheidung über die Kosten bleibe dem Endurteile vorbehalten. Der Antrag, das Urteil aufzuheben, ist daher als nicht geschrieben und nicht gestellt zu erachten. Der Antrag auf Aufhebung wird nur erklärlich, wenn man den zweiten Teil des Revisionsantrags damit in Verbindung bringt.

Der zweite Teil des Revisionsantrags geht auf Herausgabe der 25 Ruzg und der Abtretungsurkunde oder der Abtretungsurkunden, die der Kläger auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils erster Instanz erhalten hat, um die Vollstreckung abzuwenden. In der Berufungsinstanz hatte der Beklagte noch weiter 928,50 M nebst Zinsen begehrt. Dieses Begehren ist in der Revisionsinstanz nicht wiederholt worden. Der Revisionsantrag wird dahin zu rechtfertigen versucht, der Berufungsrichter habe von seiner Befugnis, einen entscheidungsbereiten Teil des Rechtsstreites durch Teilurteil auszuscheiden

(§ 301 Abs. 1 ZPO.), keinen Gebrauch macht; aus unzutreffenden Gründen habe er den Antrag des Beklagten auf Verurteilung des Klägers zur Rückgabe der Rüge und Abtretungsurkunden abgelehnt.

Die Revision des Beklagten ist unzulässig. Die Entscheidung über den Antrag des Beklagten, der auf § 717 Abs. 2 ZPO. gestützt ist, hat durch Urteil zu erfolgen (§ 322 ZPO.). Eine Entscheidung über diesen Antrag liegt nicht vor. Der Berufungsrichter erklärt ausdrücklich, der Antrag des Beklagten sei noch nicht entscheidungsreif, er könne deshalb nur ein Teilurteil über den Klageanspruch nach § 301 ZPO. erlassen. Der Beklagte meint, sein Antrag sei entscheidungsreif, der Berufungsrichter behandle den Antrag unzutreffenderweise als nicht entscheidungsreif. Auf diesen Angriff kommt es gar nicht an, weil eben der Berufungsrichter keine Entscheidung geben wollte und keine Entscheidung gegeben hat. Die Revision des Beklagten war also zu verwerfen, weil die Revision nur gegen Endurteile der Oberlandesgerichte stattfindet.“ . . .