

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB § 647, 1257

Kraft guten Glaubens kann ein gesetzliches Unternehmerpfandrecht an dem Besteller nicht gehörenden Sachen nicht erworben werden.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1960 - VIII ZR 146/59 -
OLG Hamburg LG Hamburg

Verkündet am 21. Dezember 1960
Hoffmeister Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED] & P [REDACTED], offene Handelsgesellschaft
in H [REDACTED], G [REDACTED]platz [REDACTED], vertreten durch die persö-
nlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Herbert R [REDACTED] und
Kaufmann Friedrich P [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Walter K [REDACTED], Inhaber Kaufmann Walter K [REDACTED]
in H [REDACTED], B [REDACTED] S [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. November 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 24. Juni 1959 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin, die sich mit der Finanzierung von Kraftfahrzeugkäufen befaßt, hatte im August 1957 Peter Hü[REDACTED] und Norbert Ha[REDACTED] ein Darlehen von 2358 DM zum Erwerb eines gebrauchten Volkswagens, Baujahr 1951, gewährt und sich zur Sicherung des Darlehens das Kraftfahrzeug übereignen lassen. Den Kraftfahrzeugbrief hatten ihr die Darlehensnehmer übergeben. Sie schulden der Klägerin auf das Darlehen noch jetzt über 1000 DM.

Im Februar 1958 gab Ha[REDACTED] das Kraftfahrzeug, das durch einen Unfall schwer beschädigt worden war, der Beklagten, die eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstätte unterhält, zur Reparatur. Diese stellte den Wagen wieder her. Die Reparaturkosten betrugen nach ihrer Angabe 1530,38 DM. Ha[REDACTED] leistete hierauf keine Zahlungen. Die Beklagte erhob deshalb gegen ihn Klage und erwirkte in Höhe des angegebenen Betrages gegen ihn ein Versäumnisurteil, aus dem sie in das Kraftfahrzeug vollstreckte. Die Klägerin hat darauf unter Hinweis auf ihr Eigentum die Beklagte zur Freigabe des Kraftfahrzeugs aufgefordert. Die Beklagte hat die Freigabe abgelehnt und sich darauf berufen, daß ihr an dem reparierten Wagen ein Unternehmerpfandrecht zustehe. Die Klägerin hat nunmehr Klage erhoben und beantragt, die Zwangsvollstreckung in den Volkswagen für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Die Klägerin ist unstreitig Eigentümerin des Kraftwagens, den die Beklagte wegen ihrer Forderung gegen ihren Schuldner Ha im Wege der Zwangsvollstreckung hat pfänden lassen. Da der Eigentümer grundsätzlich zum Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung berechtigt ist, die auf Grund eines Schuldtitels gegen einen Dritten in ihm gehörige Sachen vorgenommen wird, hängt die Zulässigkeit des Widerspruchs lediglich davon ab, ob der Beklagten gegenüber dem Eigentümer ein besseres Recht zur Seite steht, das diesem gegenüber wirksam ist und die Beklagte zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung berechtigt.
2. Ein solches besseres Recht würde der Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, gegenüber der Klägerin dann zustehen, wenn die Beklagte ein gesetzliches Pfandrecht an dem Kraftwagen erworben hätte (Stein/Jonas/Schönke, aaO § 771 Anm. III 4 zu Note 95). Die Revision macht indessen mit Recht geltend, daß die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, das den Erwerb eines gesetzlichen Unternehmerpfandrechts an dem Kraftwagen durch die Beklagte kraft guten Glaubens bejaht hat, keine Billigung verdient. Die Frage des gutgläubigen Erwerbs eines gesetzlichen Pfandrechts ist vom Bundesgerichtshof bisher nicht abschließend behandelt worden. Der erkennende Senat hat sie in BGHZ 27, 317, 323 nicht zu entscheiden brauchen und sich damit begnügen können, Schrifttum und Rechtsprechung zu der erwähnten Rechtsfrage zusammenzustellen. Obwohl die Gegenüberstellung in der erwähnten Entscheidung des erkennenden Senats zeigt, daß Rechtsprechung und Schrifttum jetzt ganz überwiegend geneigt sind, den gutgläubigen Erwerb eines gesetzlichen

Pfandrechts als zulässig anzusehen (nach Erlaß des erwähnten Urteils haben sich weiter hierfür ausgesprochen: Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearb. § 154 I S. 658; Larenz, Schuldrecht 4. Aufl. Band II § 49 III e S. 198; Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. § 133 I S. 662; Esser, Schuldrecht 2. Aufl. § 134 C 1 S. 604; Augustin bei Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 1257 Nr. 3; Raiser, JZ 1958, 681, 682 Anm. 7 Seebode DAR 1958, 205; Hassinger MDR 1960, 974. Anderer Ansicht ist dagegen weiterhin Denecke in BGB RGRK 11. Aufl. § 647 Anm. 4), vermag sich der erkennende Senat der inzwischen in Schrifttum und Rechtsprechung herrschend gewordenen Auffassung nicht anzuschließen, sondern folgt der in seinem Urteil angeführten ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Gegen eine unmittelbare Anwendung des § 1207 in Verbindung mit § 1257 BGB spricht entscheidend der Wortlaut des Gesetzes, das im Gebiet des bürgerlichen Rechts für die Entstehung gesetzlicher Pfandrechte nur die im Schuldrechtsteil des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthaltenen Voraussetzungen maßgebend sein läßt. Danach entsteht in der Regel ein gesetzliches Pfandrecht nur an Sachen des Schuldners (vgl. §§ 559 BGB - Sachen des Mieters; 647 - Sachen des Bestellers; 704 - Sachen des Gastes). Demgemäß bemerken die Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch (II 404, 405) bei der Erörterung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters, daß einzig und allein die Sachen des Mieters dem Pfandrecht des Vermieters unterworfen sein sollen, nicht aber Sachen des Untermieters, der Ehefrau des Mieters und seiner Kinder, und lehnen ausdrücklich die Entstehung eines Vermieterpfandrechts an eingebrachten Sachen dritter Personen kraft guten Glaubens ab, denn, so ist Seite 405 betont, der Grundsatz "Hand wahre Hand" findet auf gesetzliche Pfandrechte überhaupt keine Anwendung. Nach dieser Begründung beziehen sich die Erwägungen nicht nur, wie zu Unrecht angenommen wird, auf das Pfandrecht des Vermieters an eingebrachten Sachen, sondern auf das gesetzliche Pfandrecht schlechthin (vgl. auch Motive III, 797).

Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch dadurch im Gesetz klar zum Ausdruck gekommen, daß nach § 1257 BGB die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht lediglich auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Diese Vorschriften sollten mithin nur auf die Gestaltung eines schon begründeten gesetzlichen Pfandrechtes, nicht auch für seine Entstehung maßgebend sein. Die Bestimmung über den gutgläubigen Erwerb eines vertraglichen Pfandrechtes ist daher auf gesetzliche Pfandrechte nicht anwendbar. Solche Pfandrechte können vielmehr nur dann entstehen, wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, die das Gesetz für den Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts aufgestellt hat.

Die Auffassung, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, im Bereich des Rechts des Bürgerlichen Gesetzbuches finde bei dem gesetzlichen Pfandrecht ein Schutz des guten Glaubens statt, läßt sich auch nicht auf die Bestimmung des § 366 HGB stützen. Die Vertreter dieser Meinung (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 2, 1905, § 170 Anm. 30 S. 977; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 163 III 2; Düringer/Hachenburg, HGB 3. Aufl. Vorbem. 48 zu §§ 366, 367 und Vorbem. 122 zu § 368; Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. § 133 II; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 3. Aufl. § 366 Anm. 30) gehen von dem Gedanken aus, die Vorschrift des § 366 HGB erweitere den Gutgläubensschutz des bürgerlichen Rechts nur insofern, als dort, wo das bürgerliche Recht den guten Glauben an das Eigentum erfordere, hier guter Glaube an die Verfügungsmacht genüge, und meinen, so, wie Absatz 1 des § 366 HGB den Schutz des guten Glaubens an das Eigentum als Rechtseinrichtung zugrundelege, setze Absatz 3 voraus, daß nach bürgerlichem Recht ein Schutz des guten Glaubens auch bei gesetzlichen Pfandrechten gegeben sei. Andernfalls, so wird gefolgert, enthielte die Vorschrift des § 366 Abs. 3 HGB nicht

nur eine Erstreckung des guten Glaubens auf die Verfügungs-
macht, sondern begründete überhaupt erst den Schutz des
guten Glaubens für das gesetzliche Pfandrecht auf dem Ge-
biet des Handelsrechts. Bei der Bestimmung des § 366
Abs. 3 HGB handelt es sich indessen um eine Sonderregelung
des Handelsrechts. Sie läßt einen Schluß auf im Bürgerlichen
Gesetzbuch geregelte Pfandrechte, wie Münzel (MDR 1952,
643, 645) unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der
Bestimmung überzeugend dargelegt hat, nicht zu.

Im übrigen stellt das Handelsgesetzbuch, wie der Wort-
laut und Sinnzusammenhang der §§ 397, 410, 421, 440 HGB
ergibt, in Abweichung von der Regelung des Bürgerlichen
Gesetzbuches für die Entstehung gesetzlicher Pfandrechte
darauf ab, daß der Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter
oder Frachtführer die Sache (Kommissionsgut, Frachtgut,
Lagergut) "im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossement,
Ladeschein oder Lagerschein darüber verfügen kann". Das
Gesetz setzt hier also nach seinem Wortlaut nicht ausdrück-
lich voraus, daß es sich um Gut des Auftraggebers oder Be-
stellers handeln müsse, sondern es läßt schlechterdings
ein gesetzliches Pfandrecht an den dem Kommissionär, Spedi-
teur, Lagerhalter oder Frachtführer übergebenen Gut ent-
stehen, und schließt diesen Erwerb nur aus, wenn der
Kommissionär usw. hinsichtlich des Eigentums oder hinsicht-
lich der Verfügungsbefugnis nicht in gutem Glauben war.
Das sind also geringere Anforderungen, als sie die Be-
stimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches vorsehen, wenn
sie für die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts
das Eigentum des Bestellers, Vermieters usw. als unabding-
bar voraussetzen. Der Gedanke, entsprechend § 366 Abs. 3 HGB
den im Handelsrecht gewährten Gutgläubensschutz für den
gutgläubigen Erwerb des Unternehmerpfandrechts fruchtbar
zu machen, muß deshalb an dieser wesensverschiedenen Re-
gelung scheitern. Der gute Glaube an die vorbehaltlose Ver-

fügnungsbefugnis des Veräußerers, der in § 366 Abs. 2 HGB geschützt wird und auf den Gierke (aaO) zur Begründung seiner Auffassung verweist, hat mit der hier zu entscheidenden Frage ob der Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht an dem Besteller nicht gehörenden Sachen kraft guten Glaubens an dessen Eigentum erwirbt, überhaupt nichts zu tun.

Eine andere Meinung will die Vorschriften des § 1207 BGB auf das gesetzliche Pfandrecht wenigstens entsprechend anwenden. Wenn zur Rechtfertigung der Ansicht, daß ein Unternehmerpfandrecht kraft guten Glaubens begründet werden könne, darauf abgestellt wird, daß das Unternehmerpfandrecht auf der Übergabe der Sache beruhe und im Gegensatz zu den gesetzlichen Pfandrechten, die durch Einbringung begründet werden, ein Besitzpfandrecht sei (insbes. Wolff/Raiser aaO; Staudinger/Kober; BGB 10. Aufl. § 1257 Nr. 5 HGB RGRK 1941 § 366 Anm. 60; Soergel/Siebert aaO), so kann dieser Gedankengang nicht überzeugen. Die Übereinstimmung der Besitzlage ist rein äußerlich. Daß der Gesetzgeber den gesetzlichen Pfandrechten des Bürgerlichen Gesetzbuches verschiedene Bedeutung beigelegt hätte, je nachdem die Sache übergeben oder nur eingebracht ist, läßt sich nicht erkennen. Wenn nach § 647 BGB der Unternehmer ein Pfandrecht nur an den in seinen Besitz gelangten Sachen erwirbt, so offenbar deshalb, weil es an einer für die Entstehung jedes Pfandrechts notwendigen nahen räumlichen Beziehung zur Sache fehlt, falls der Unternehmer die den Gegenstand des Werkvertrages bildenden Arbeiten an Sachen ausführt, die im Besitz eines anderen sind. Damit ist nicht gesagt, daß das Unternehmerpfandrecht in seinem inneren Wesen dem Vertragspfandrecht gliche. Wie wenig der bloße Besitz ein gesetzliches Pfandrecht dem Vertragspfandrecht annähert, ergibt auch der Umstand, daß das gesetzliche Pfandrecht des Pächters an Inventar, das ebenfalls ein Besitzpfandrecht ist, im Gegensatz zum Vertragspfandrecht ein Eigentum des

Verpächters an den Inventarstücken nicht voraussetzt, vielmehr bezweckt, den Pächter vor der Gefahr zu schützen, infolge von Herausgabeansprüchen oder einer gegenüber dem Verpächter erwirkten Pfändung in der Verfügung über das Pachtinventar beeinträchtigt zu werden (Staudinger 11. Aufl. § 590 Nr. 1; BGB RGRK 11. Aufl. § 590 Anm. 2). Zum Teil wird denn auch der Pfandrechtserwerb des Unternehmers kraft guten Glaubens auf den in der Besitzübergabe liegenden Rechtsschein zurückgeführt. Auch dieser Gedanke kann indes nicht zur entsprechenden Anwendung des § 1207 BGB führen. Der Rechtsschein, in dem allerdings die Rechtseinrichtung des gutgläubigen Erwerbes ihren inneren Grund findet, beruht nicht auf der Besitzübergabe und daher auf der Besitzererlangung des Erwerbers, sondern nur auf dem Besitz des Verfügenden, weil dieser dafür spricht, daß der Besitzer auch Eigentümer ist. Daß der Unternehmer ein Pfandrecht nur an übergebenen Sachen erwirbt, ist also für die Frage des Rechtsscheins bedeutungslos. Der Umstand aber, daß der Besteller Besitz hat, kann einen gutgläubigen Erwerb nicht rechtfertigen, weil, wie Münzel (aaO) mit Recht hervorhebt, auch bei dem gesetzlichen Einbringungspfandrecht der Schulöner Besitzer ist, bei diesem Einbringungspfandrecht aber zweifelsfrei kein Gutgläubensschutz stattfindet. Hinzukommt, daß der Besitz des Pfandgläubigers nur eines der notwendigen gesetzlichen Erfordernisse gutgläubigen Erwerbs ist. Ein weiteres besteht darin, daß die Parteien sich über die Begründung eines Pfandrechts rechtsgeschäftlich einigen müssen (§ 1205 BGB). In diesem Zusammenhang spielt erst der gute Glaube eine rechtsbegründende Rolle. Nur im Rahmen von Willensäußerungen kann das Vertrauen auf den Rechtsschein, also der gute Glaube an die Berechtigung des Verfügenden Einfluß gewinnen. Etwas anderes muß dagegen dann gelten, wenn das Gesetz die Entstehung von Rechten an rein tatsächliche Vorgänge und von dem Parteiwillen unabhängige Zustände oder Ereignisse knüpft. In derartigen

Fällen, in denen der rechtsgeschäftliche Wille der handelnden Personen ohne Einfluß auf die Entstehung des Rechtes ist, kann die Vorstellung eines Beteiligten über die Berechtigung des anderen, der keine rechtsbegründende Verfügung trifft, nicht bedeutsam werden. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht unabhängig davon, ob es der Pfandgläubiger erwerben will oder nicht, allein auf Grund der vom Gesetz geregelten objektiven Tatbestände. Fehlt es aber an einer gesetzlichen Voraussetzung, gehört also beispielsweise die zur Reparatur gegebene Sache nicht dem Besteller, so kann ein gesetzliches Pfandrecht auch dann nicht entstehen, wenn der Unternehmer den Besteller auf Grund seines Besitzes gutgläubig für den Eigentümer der Sache hält.

Es kann auch nicht anerkannt werden, daß eine Gesetzeslücke vorliegt, die durch entsprechende Anwendung wirtschaftlich und rechtlich ähnlich liegender Gesetzesvorschriften ausgefüllt werden müsse, um schwere Unbilligkeiten zu vermeiden, denn der Unternehmer ist in seinen berechtigten Belangen auch dann ausreichend geschützt, wenn er eine dem Besteller nicht gehörende Sache repariert hat und seinen Werklohn von dem Besteller nicht erhalten kann. Wie in dem gleichzeitig verkündeten Urteil des erkennenden Senats VIII ZR 89/59 näher dargelegt worden ist, hat nämlich der Unternehmer gegenüber dem Eigentümer, sobald sich dieser gegenüber dem Unternehmer auf sein Eigentum beruft und den Eigentumsherausgabeanspruch verfolgt, einen sachenrechtlichen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, gemäß §§ 994 ff BGB. Denn mit dem Eintritt einer Vindikationslage ist der Unternehmer unrechtmäßiger Besitzer des von ihm reparierten Gegenstandes geworden, und er kann für die von ihm geleisteten Reparaturarbeiten, soweit diese notwendige oder nützliche Verwendungen darstellen, auch dann Ersatz verlangen, wenn

er zur Zeit der Vornahme der Arbeiten noch rechtmäßiger Besitzer gewesen ist. Wegen dieses Anspruchs steht dem Unternehmer gegenüber dem Eigentumsherausgabeanspruch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB zu, das den Unternehmer wegen seiner Verwendungen auf die Sache weitgehend sichert.

Nach dem Ausgeführten kann das angefochtene Urteil daher mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung, der Beklagten stehe ein kraft guten Glaubens erworbenes gesetzliches Unternehmerpfandrecht zu, nicht aufrecht erhalten werden.

3. Das auf Klageabweisung lautende Berufungsurteil kann auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden.

Das am Ende des vorhergehenden Abschnitts bereits erwähnte Zurückbehaltungsrecht kommt für sich allein als Einwand gegenüber der Widerspruchsklage nicht in Frage, wie das Berufungsgericht unter Anführung von Belegstellen aus Schrifttum und Rechtsprechung zutreffend ausgeführt hat. Etwas anderes würde, wie das Berufungsgericht ebenfalls richtig dargelegt hat, dagegen dann gelten, wenn die Beklagte bereits nach § 1003 BGB zur Befriedigung aus dem Kraftfahrzeug berechtigt wäre. Ein solches Befriedigungsrecht kann indes, auch darin ist dem Berufungsgericht zu folgen, in einem Falle, wie er hier zu entscheiden ist, in dem die Klägerin den Anspruch der Beklagten auf Ersatz von Verwendungen ausdrücklich dem Grund und der Höhe nach bestritten hat, erst dann geltend gemacht werden, wenn der Betrag der Verwendungen der Beklagten rechtskräftig festgestellt worden ist (vgl. § 1003 Abs. 2 BGB). Das ist aber bisher nicht geschehen und kann nur auf Grund einer Würdigung erfolgen, zu der der erkennende Senat nicht befugt ist.

Die Klageabweisung kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht mit der Begründung bestehen bleiben, daß der Widerspruch der Klägerin gegen die Zwangsvollstreckung in den Kraftwagen arglistig sei. Als Eigentümerin hat die Klägerin, wie dargelegt, grundsätzlich ein Recht zum Widerspruch, und die Beklagte kann als Unternehmerin, die Verwendungen auf die Sache gemacht hat, allein wegen des ihr zustehenden Zurückbehaltungsrechts den Widerspruch nicht verhindern. Wer aber von einem ihm zustehenden Recht in zulässiger Weise Gebrauch macht, handelt grundsätzlich nicht arglistig. Das gilt hier umsomehr, als die Beklagte es in der Hand hat, sich wegen der ihr zustehenden Verwendungen aus dem Kraftwagen zu befriedigen und damit den Ersatz ihrer Verwendungen auch gegen den Willen des Eigentümers zu erzwingen. Ihr Befriedigungsrecht setzt aber voraus, daß sie den in § 1003 BGB. vorgesehenen Weg einhält. Solange sie das nicht tut und sich kein Befriedigungsrecht verschafft, kann dagegen der Eigentümer nicht gehindert werden, sich gegen die Vollstreckung in eine ihm gehörige Sache zur Wehr zu setzen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich also, daß das angefochtene Urteil weder mit der von ihm gegebenen noch mit einer anderen Begründung aufrecht erhalten werden kann, sondern aufgehoben werden muß.

4. Dennoch kann gegenwärtig auch eine Verurteilung der Beklagten entsprechend dem Klageantrag nicht erfolgen. Hätte das Berufungsgericht die Rechtslage so gesehen, wie sie sich richtig darstellt, so hätte es nach Lage der Sache der Beklagten Gelegenheit geben müssen, von den ihr nach § 1003 BGB zustehenden Rechten Gebrauch zu machen. Aus den Erklärungen der Klägerin ergab sich mit Deutlichkeit, daß sie die Verwendungen der Beklagten, die der Klägerin

der Höhe nach angegeben waren, nicht genehmigen wollte und den Anspruch der Beklagten aus §§ 994, 996 BGB bestritt. Die Beklagte hätte daher, um ein Befriedigungsrecht zu erlangen, den Betrag der Verwendungen rechtskräftig feststellen lassen müssen. Zu diesem Zweck hätte sie eine Widerklage erheben und mit dem Antrage auf Feststellung des Betrages der Verwendungen das Verlangen nach gerichtlicher Bestimmung der in § 1003 Abs. 2 BGB vorgesehenen Frist und, für den Fall ihres fruchtlosen Ablaufs, die Bitte um Verurteilung zur Duldung der Befriedigung aus der Sache verbinden können (RGZ 137, 98, 101). Es ist anzunehmen, daß die Beklagte diesen Weg beschritten hätte, wenn das Berufungsgericht die Rechtslage ebenso beurteilt hätte wie der erkennende Senat und die Beklagte entsprechend belehrt worden wäre. Da das Berufungsgericht, wenn auch mit unrichtiger rechtlicher Begründung, zugunsten der Beklagten entschieden hat, muß diese, um eine unbillige Benachteiligung zu vermeiden, verfahrensrechtlich in eine Lage versetzt werden, die ihr die Möglichkeit gibt, das Versäumnis nachzuholen.

Deshalb ist die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, ist dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über diese Kosten übertragen worden.

Dr. Pagendarm Dr. Gelhaar Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner