

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 137/74

URTEIL

Verkündet am
9. März 1976
W a l z ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] GmbH,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer
Ernst H [REDACTED], A [REDACTED], R [REDACTED]straße,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

den Monteur Rolf L [REDACTED], W [REDACTED], G [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Dunz, Scheffen und Dr. Steffen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 18. April 1974 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger kaufte am 5. März 1971 bei der Beklagten einen gebrauchten Pkw Opel-Admiral, Baujahr 1966, zum Preis von DM 3.300. Er zahlte DM 500 an, der Rest sollte innerhalb von 24 Monaten beglichen werden. Außer einem Betrag von DM 290,- erbrachte der Kläger keine weiteren Zahlungen, nach seiner Darstellung deshalb, weil das Fahrzeug erhebliche Mängel aufgewiesen und er für einen Motor und weitere Reparaturen etwa DM 4.000 aufgewandt hat.

Die Beklagte ließ den Pkw am 27. Dezember 1971 bei dem Kläger abholen. Eine anschließend von ihr veranlaßte

- 3 -

Schätzung ergab einen Wert von 225 DM. Der am 10. Januar 1972 eingegangenen Klage des Klägers auf Rückgabe des Fahrzeugs gab das Amtsgericht Altenkirchen durch Urteil vom 31. Mai 1972 statt, und zwar mit folgender Begründung: Der Kläger könne gemäß § 861 BGB Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, weil sich die Beklagte durch verbotene Eigenmacht in den Besitz des Fahrzeugs gesetzt habe. Der Kläger habe unstreitig dem Wegschaffen des Pkw's von seinem Grundstück widersprochen. Die Beklagte nahm ihre zunächst eingelegte Berufung durch Schriftsatz vom 28. August 1972 zurück. Am selben Tag hatte sie den Kläger aufgefordert, das Fahrzeug bei ihr abzuholen.

Nach Abschluß der ersten Instanz beantragte die jetzige Beklagte bei dem Amtsgericht Altenkirchen den Erlass einer einstweiligen Verfügung des Inhalts, dem jetzigen Kläger aufzugeben, den Pkw an den zuständigen Gerichtsvollzieher als Sequester herauszugeben. Diesen Antrag nahm sie jedoch alsbald wieder zurück.

In einem beim Landgericht Koblenz seit Januar 1972 anhängigen Verfahren (14 O 206/73) macht die Beklagte Ansprüche auf Zahlung des Restkaufpreises geltend.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Schadensersatz für die Vorenthaltung des Pkw's in der Zeit vom 27. Dezember 1971 bis 28. August 1972. Er beansprucht als entgangene Nutzung täglich DM 25,-, also für 246 Tage DM 6.150,-. Er beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nutzungsent-schädigung unfallgeschädigter Kraftfahrzeuge.



Die Beklagte hat den Klageanspruch nach Grund und Höhe bestritten. Zudem macht sie geltend, dem Kläger falle ein mitwirkendes Verschulden zur Last, da er seinen Ratenzahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen sei. Hilfsweise hat sie im Berufungsrechtszug mit der Gegenforderung von DM 3.310,96 aufgerechnet, die sie in dem erwähnten Rechtsstreit gegen den Kläger vor dem Landgericht Koblenz (14 O 206/73) geltend macht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Beklagte erstrebt mit der zugelassenen Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht legt seiner Beurteilung zugrunde, daß die Beklagte am 27. Dezember 1971 dem Kläger den unmittelbaren Besitz am Pkw gegen dessen Willen und ohne Recht und damit durch verbotene Eigenmacht entzogen und diesen Zustand bis zum 28. August 1972 aufrechterhalten habe. Damit habe sie den in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Besitz (rechtswidrig und schuldhaft) beeinträchtigt und außerdem schuldhaft den Tatbestand der §§ 823 Abs. 2, 858 BGB erfüllt. Der dem

Kläger dadurch entstandene und zu ersetzende Schaden bestehe darin, daß ihm die Möglichkeit, den Pkw während dieses Zeitraums zu nutzen, entzogen worden sei (entgangene Gebrauchsvorteile). Dabei schließt sich das Berufungsgericht in erster Linie der Auffassung an, die dem Besitzer einen Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht darauf zubilligt, ob ihm ein Nutzungsrecht zustand. Im übrigen meint es, der Kläger sei im Zeitpunkt der verbotenen Eigenmacht zum Besitz des Pkw's berechtigt gewesen, da er ihn vom Beklagten gekauft habe.

Die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung hat das Berufungsgericht nicht zugelassen (§ 529 Abs. 5 ZPO).

II.

Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hat im Ergebnis keinen Erfolg.

Die Revision wendet sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger sei durch verbotene Eigenmacht der Beklagten am 27. Dezember 1971 der unmittelbare Besitz entzogen worden. Dagegen zieht sie die Rechtsansicht des Berufungsurteils in Zweifel, dem Kläger stünde auch, wenn er Besitzer ohne Berechtigung gewesen sein sollte, gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch zu. Weiterhin greift sie die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts an, dem Kläger habe aus dem Kaufvertrag eine Besitzberechtigung zugestanden.

1. Ohne Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht davon aus, daß als Grundlage des Klagebegehrens sowohl § 823 Abs. 1 BGB - als geschütztes Rechtsgut der unmittelbare Besitz, aber auch das Anwartschaftsrecht des Klägers - wie §§ 823 Abs. 2, 858 BGB in Betracht kommen.

2. Die Frage, ob auch der nichtberechtigte - was das Berufungsgericht bejaht - oder nur der berechtigte Besitzer Schadensersatz verlangen kann, ist umstritten. Der Senat brauchte über sie abschließend nicht zu befinden (vgl. dazu Medicus AcP 165, 120; Wieser JuS 1970, 557 und NJW 1971, 597). Im Streitfall wäre jedenfalls zu beachten, daß hier nicht schlechthin die Frage ansteht, ob einem Besitzer, dessen unmittelbarer Besitz rechtswidrig und schuldhaft beeinträchtigt wird, Schadensersatz nur dann zusteht, wenn er zum Besitz berechtigt war. Vielmehr fordert der Kläger hier nur Nutzungsschaden, also den Schaden, der in der Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit, d.h. der Möglichkeit, die Sache zu gebrauchen, liegt (über die verschiedenen Schäden vgl. Wieser JuS 1970, 557). In solchem Falle spricht vieles für die Annahme, daß der Besitzbeeinträchtigte Ersatz jedenfalls dieses Schadens (Nutzungsschaden) nur dann fordern kann, wenn ihm ein Recht zur Nutzung zustand (Staudinger/Schäfer BGB 11. Aufl. § 823, 84 u. 54; Palandt/Thomas BGB 35. Aufl. § 823, 6 b). Besonders großen Zweifeln unterliegt es, ob der nichtberechtigte Besitzbeeinträchtigte vom Nutzungsberechtigten Ersatz von Nutzungsschaden verlangen kann.

3. Diese Frage kann jedoch hier dahinstehen. Denn das Berufungsgericht nimmt in seiner Hilfsbegründung ohne Rechtsfehler an, dem Kläger habe ein Recht zum Besitz mit der Berechtigung zum Gebrauch zugestanden. Hierzu führt es aus: Der Kläger sei als Käufer und Anwartschaftsberechtigter zum Besitz berechtigt gewesen. Bei dieser Berechtigung sei es auch geblieben, nachdem er die weiteren Kaufpreistraten nicht gezahlt habe. Hierbei könne es auf sich beruhen, ob er im Hinblick auf die behaupteten Mängel und seine Aufwendungen zu einer Zurückhaltung der Zahlungen berechtigt war. Denn der Kaufvertrag sei von keiner der Parteien aufgehoben worden. Auch die Beklagte sei von dem Vertrag nicht zurückgetreten. Jedenfalls sei dem Vortrag der Parteien in diesem Rechtsstreit eine Auflösung des Vertragsverhältnisses nicht zu entnehmen. Ein Recht zum Besitz sei "möglicherweise" allein dadurch begründet worden, daß der Kläger durch seine Aufwendungen für den Pkw ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB erlangt habe.

Im Ergebnis lassen diese Ausführungen entgegen den Angriffen der Revision einen Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Allerdings hat der letzte Gesichtspunkt auszuscheiden. Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht die zur Bejahung eines solchen Zurückbehaltungsrechts zugrunde zu legenden Tatsachen nicht festgestellt hat, enthielte ein solches Recht zum Besitz nicht auch schon das Recht zur Nutzung.

b) Im übrigen treffen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu. Keine der beiden Parteien, insbesondere auch nicht die Beklagte, hat sich in diesem Rechtsstreit auf ein Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag und dessen Ausübung berufen.

Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß dem Berufungsurteil als unbestritten Tatsachen zu entnehmen sind, die darauf hinweisen, daß der Kauf zwischen den Parteien dem Abzahlungsgesetz unterlag. Daß sich das Berufungsgericht, soweit die rechtsgeschäftliche Ausübung eines Rücktrittsrechts durch die Beklagte in Frage steht, mit der Feststellung begnügen durfte, keine der Parteien habe eine solche Ausübung geltend gemacht, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das wird auch von der Revision nicht beanstandet. Soweit aber eine (fiktive) Ausübung des Rücktrittsrechts aufgrund der Voraussetzungen des unabdingbaren § 5 AbzG in Frage steht, hatte das Berufungsgericht, worauf die Revision zutreffend hinweist, von sich aus diese Frage zu prüfen, auch wenn sich wie hier keine Partei - vielleicht durchaus bewußt - darauf berufen hatte. Es ist aber nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht eine solche Prüfung unterlassen hat. Jedenfalls hat sich ein solches Unterlassen nicht ausgewirkt.

aa) Einmal meint die Revision, das Berufungsgericht habe in bestimmten Verhaltensweisen der Beklagten im Hinblick auf § 5 AbzG die Ausübung eines Rücktrittsrechts erblicken müssen. Sie ist der Auffassung, daß diese Verhaltensweisen der Beklagten vom Berufungsgericht unter Verfahrensverstoß nicht

beachtet worden sind. Diese Frage kann im einzelnen dahinstehen, wie unten (s.bb) noch zu begründen ist. Immerhin sei auf folgendes hingewiesen.

Die verfahrensrechtlichen Bedenken der Revision können allenfalls für die Wegnahme des Kraftfahrzeugs durch die Beklagte am 27. Dezember 1971 und den späteren Antrag der Beklagten auf Sequestrierung im Wege einstweiliger Verfügung gelten, weil diese Umstände vom Berufungsurteil selbst als unstreitig berichtet werden. Unter diesen Umständen lag die Annahme nahe, sie daraufhin zu prüfen, ob sie an sich geeignet waren, unmittelbar oder entsprechend § 5 AbzG als Rücktritt gewertet zu werden (vgl. Mormann WM 1965, 834), allerdings nur, sofern es darauf ankam, was - wie unten zu begründen ist - nicht der Fall war.

Dagegen gilt das nicht für das Vorbringen der Beklagten in der Revision, sie habe das Kraftfahrzeug im Jahre 1973 aufgrund eines Urteils versteigern lassen, in dem der jetzige Kläger zur Zahlung von Standgeldern verurteilt worden sei. Die Revision verkennt nicht, daß in diesem Rechtsstreit ein solches Vorbringen fehlt. Sie meint aber, durch die Inbezugnahme der Akten LG Koblenz 14 O 206/73 im Tatbestand des Berufungsurteils habe das Berufungsgericht diesen Umstand als vorgetragen ansehen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden.

Abgesehen von allem anderen steht der Sicht der Revision schon entgegen, daß das landgerichtliche Urteil in jenem Verfahren, das diesen Vorgang als

unstreitig schildert und auf das die Revision verweist, erst am 5. Juni 1974 ergangen ist, während das jetzt angegriffene Berufungsurteil bereits aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. März 1974 am 18. April 1974 ergangen ist. Im Verhandlungstermin vom 9. Januar 1974 jenes Verfahrens hatte allerdings der jetzige Beklagte und sein Prozeßbevollmächtigter diesen Hergang mündlich vorgetragen, wie die Niederschrift ausweist. Es war aber durchaus offen, ob es sich um unstreitige Tatsachen handelte, auf die sich die Bezugnahme im Berufungsurteil beschränkt. Unter diesen Umständen kann eine Verletzung des § 286 ZPO nicht bejaht werden, zumal keine der beiden Parteien, insbesondere auch nicht die Beklagte in diesem Rechtsstreit darauf zurückgekommen ist. Daß bei dieser Sachlage im Anwaltsprozeß eine Verletzung des § 139 ZPO vorliege, kann der Revision nicht zugegeben werden.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß die Auffassung der Revision, dieser Vorgang sei nach § 5 AbzG als Ausübung des Rücktrittsrechts zu werten, jedenfalls nicht durch BGHZ 55, 59 gedeckt wird. Denn dort handelte es sich anders als im vorliegenden Fall um die vom Verkäufer veranlaßte Vollstreckung in die Kaufsache wegen der Kaufpreisforderung.

bb) Jedenfalls steht den Erwägungen der Revision folgendes entgegen.

Auch ein auf Grund des § 5 AbzG als Rücktritt zu wertendes Verhalten erfordert, daß die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts vorliegen. Soweit es sich um die dazu erforderlichen tatsächlichen Umstände handelt, müssen

sie in den Rechtsstreit eingeführt werden. Solche Tatsachen haben die Parteien in diesem Verfahren aber nicht vorgetragen, insbesondere die Beklagte nicht. Im Gegenteil hat sie im Rechtsstreit LG Koblenz 14 O 206/73, dessen Akten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind und auf deren nicht hinreichende Verwertung sich die Revision beruft, im Schriftsatz vom 26. Februar 1974 (dort Bl. 44) vorgetragen, ein Rücktritt sei von ihr nicht erklärt worden, hierzu sei sie auch nicht berechtigt gewesen. Wenn auch die Wertung, ob ihr Verhalten den Voraussetzungen des § 5 AbzG genüge und es damit an der (fiktiven) Ausübung eines Rücktrittsrechts fehle, der Disposition der Beklagten entzogen war und deshalb ihre Erklärung, sie habe den Rücktritt nicht ausgeübt, rechtlich ohne Belang war, hat sie damit doch darüber hinaus durch ihren Rechtsanwalt auch erklärt, daß die tatsächlichen Voraussetzungen eines (erforderlichen) Rücktrittsrechts nicht vorlagen. Im jetzigen Rechtsstreit ist die Beklagte - auf die Ausübung eines Rücktrittsrechts, aber auch - auf ihre Berechtigung zum Rücktritt nicht zurückgekommen, obgleich sie auf Nutzungsentschädigung in Anspruch genommen wurde. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen im Anwaltsprozeß keinen Anlaß gesehen hat, der Frage weiter nachzugehen, ob die Beklagte jetzt trotz ihres Schweigens geltend machen wolle, die tatsächlichen Voraussetzungen einer - von ihr auch nicht geltend gemachten - Ausübung des Rücktrittsrechts hätten vorgelegen, kann darin eine Verletzung des § 139 ZPO nicht erblickt werden. Das gilt umsomehr, als der Kläger sich wegen behaupteter erheblicher Mängel

des Kraftfahrzeugs auf ein Recht zur Minderung berufen und damit die Einstellung der Ratenzahlung gerechtfertigt hat, was das Berufungsurteil als unstreitig berichtet.

4. Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Grunde nach einen Anspruch des Klägers auf Nutzungsentschädigung bejaht. Soweit der Schaden wie hier in der Entziehung der Gebrauchsvorteile liegt, ist Voraussetzung eines Ersatzanspruchs, daß der Gebrauchsgegenstand (Pkw) beeinträchtigt ist. Das kann nicht nur durch Beschädigung des Gegenstandes, sondern auch durch seinen Entzug (z.B. durch einen Dieb vgl. BGHZ 40, 345, 351) geschehen. Diese Voraussetzung liegt hier offensichtlich vor.

5. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Nichtzulassung der hilfsweise erklärten Aufrechnung (§ 529 Abs. 5 ZPO).

a) Zu Unrecht meint die Revision, die Hilfsaufrechnung sei bereits in erster Instanz geltend gemacht und daher im Berufungsrechtszug nicht neu gewesen. Die Beklagte hat in erster Instanz in der Klagebeantwortung lediglich darauf hingewiesen, daß ihr gegen den Kläger eine Forderung über 3.310,90 DM zustehe, daß sie diesen Betrag durch Zahlungsbefehl (AG Altenkirchen Az: 59/72 = LG Koblenz 14 O 206/73) geltend gemacht habe, wogegen der Kläger Widerspruch eingelegt habe, und daß das Verfahren noch nicht abgeschlossen sei. Darin kann nicht die Geltendmachung einer Hilfsaufrechnung erblickt werden. Wird eine Gegenforderung in der ersten Instanz

nur erwähnt, ohne gegenüber der Klageforderung - wenn auch nur hilfsweise - zur Aufrechnung gestellt zu werden, so steht dieser Umstand der Zurückweisung der Aufrechnung nach § 529 Abs. 5 ZPO nicht entgegen (BGH Urt.v. 17. Mai 1965 - III ZR 257/64 = WPM 1965, 1062; Stein/Jonas/Pohle/Grunsky ZPO 19. Aufl. § 529 V 1 zu FN 69).

An dieser Beurteilung ändert auch der Hinweis der Revision nichts, mit Schreiben vom 28. August 1972 habe die Beklagte durch ihren Rechtsanwalt u.a. außergerichtlich die Aufrechnung erklärt, dieses Schreiben befinde sich in den Akten LG Koblenz 14 O 206/73 und habe deshalb vom Berufungsgericht berücksichtigt werden müssen (§§ 139, 286 ZPO). Auch eine außerhalb des Rechtsstreits erklärte Aufrechnung darf das Gericht nur beachten, wenn sie im Rechtsstreit geltend gemacht wird (RGRK BGB 12. Aufl. Bem. 14 vor § 387). Gerade daran fehlte es aber, wie bereits dargelegt ist, im ersten Rechtszug.

b) Der Nichtzulassung nach § 529 Abs. 5 ZPO stehen im übrigen keine rechtlichen Bedenken entgegen. Die Nachprüfung durch das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, ob das Berufungsgericht den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt oder die ihm eingeräumte Ermessensgrenze überschritten hat (Stein/Jonas/Pohle/Grunsky aaO § 529 IV 2 c zu FN 57 m.w.Nachw.). Das Berufungsgericht führt als Begründung an, bei Zulassung

würde sich der Rechtsstreit weiter verzögern. Damit will es ersichtlich die Sachdienlichkeit der Zulassung verneinen, weil insoweit keine Spruchreife vorliegt und daher der Prozeß verzögert würde.

Dr. Weber

Nußgens

Dunz

Scheffen

Dr. Steffen