

Verkündet am 7. Mai 1958
Symalla, Justizobersekre-
tär als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

der Eheleute Hans und Elisabeth K. [REDACTED] in H. [REDACTED],
B. [REDACTED] D. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Hans A. [REDACTED] in H. [REDACTED],
B. [REDACTED] D. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1958 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 2. August 1956 wird auf Kosten
der Kläger mit der Maßgabe zurückgewiesen,
daß das genannte Urteil in Nr. 3 der Formel
zu lauten hat: Die Entscheidung über die
Kosten der Berufungsinstantz wird dem Schluß-
urteil des Landgerichts vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind je zur Hälfte Eigentümer des Hausgrundstückes H [REDACTED], B [REDACTED] D [REDACTED], das im letzten Kriege teilweise zerstört worden ist. Am 19. Mai 1947 schlossen sie mit dem Beklagten zwei Verträge zu Protokoll des Notars E [REDACTED]. Durch den Vertrag UR 123/47 (im folgenden: "Kaufvertrag") verkauften sie ihr Grundstück an den Beklagten mit der Bestimmung, daß die Auflassung erst nach dem Tode der Kläger durch deren Erben vorgenommen werden sollte. Der Beklagte übernahm die Verpflichtung, das Haus auf eigene Kosten wieder aufzubauen und einen Kaufpreis in Gestalt einer Rente von monatlich 250 RM zu zahlen, zahlbar mit der Fertigstellung oder der Benutzung des Gebäudes, spätestens vom 1. Oktober 1947 an bis zum Tode des Längstlebenden. Für den Fall des im Verträge näher geregelten Rücktritts der Kläger sollten diese dem Beklagten 90 % der durch ein Schiedsgutachten zu ermittelnden Kosten seiner baulichen Aufwendungen erstatten (§ 6). Durch einen zweiten Vertrag - Urkundenrolle Nr. 124/47 - (im folgenden: "Nutzungsvertrag") überließen die Kläger das Grundstück dem Beklagten zur alsbaldigen Nutzung gegen eine weitere monatliche Rente von 250 RM mit demselben Anfangs- und Endzeitpunkt wie zuvor.

Der Beklagte ließ das Haus 1951 und 1952 wieder aufbauen (ob er dies in vertragsmäßiger Weise getan hat, ist streitig). Die Räume nutzte er teilweise als eigene Wohnung und für sein Textilgewerbe, teils durch Abvermietung. Am 7. März 1953 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen des Beklagten eröffnet, jedoch nach Abschluß eines Zwangsvergleiches am 31. Dezember 1954 wieder aufgehoben. Während des Konkursverfahrens haben die Kläger

- 3 -

den Konkursverwalter zur Erklärung darüber aufgefordert, ob er an den Verträgen festhalte. Der Konkursverwalter lehnte darauf in einem Schreiben vom 19. März 1954 die Erfüllung des Kaufvertrages ab. Die Kläger antworteten ihm unter dem 29. März 1954: da das Schreiben vom 19. März 1954 keinerlei Äußerung über den Nutzungsvertrag enthalte, nähmen sie an, daß der Konkursverwalter die Erfüllung des Nutzungsvertrages ablehne (§ 17 KO); sie forderten daher Herausgabe des Grundstücks.

Mit der vorliegenden - anfangs gegen den Konkursverwalter, dann gegen den Beklagten gerichteten - Klage verlangen die Kläger Herausgabe des Grundstücks, und zwar in erster Linie aus dem beendeten Nutzungsvertrag (den sie mit jenem Schreiben vom 19. März 1954 für gekündigt halten), in zweiter Linie auf Grund ihres Eigentums. Sie haben sich wegen der Beendigung des Nutzungsvertrags auch auf Zahlungsverzug des Beklagten berufen.

Die Kläger haben im ersten Rechtszug beantragt, den Beklagten zur Herausgabe des Grundstücks zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen,
2. im Wege der Widerklage: die Kläger zur Zahlung von 1 200 DM zu verurteilen.

Mit der Widerklage hat der Beklagte einen Teilbetrag seiner baulichen Aufwendungen geltend gemacht.



Er hat im ersten Rechtszug vorgetragen: Der Nutzungsvertrag bestehe noch, da er von keiner Seite gekündigt sei. Auch mit der Verpflichtung zur Zahlung aus diesem Vertrag sei er nicht im Rückstande. Außerdem rechne er vororglich mit seinen Gegenansprüchen auf Erstattung der Aufbaukosten auf. Ferner hat der Beklagte wegen dieses Erstattungsanspruchs, den er in erster Instanz mit 47 653,18 DM angegeben hat, ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, auf das er sich bereits in einer langen vorprozessualen Korrespondenz bezogen hatte.

Die Kläger haben

Abweisung der Widerklage

beantragt. Sie haben ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten bestritten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil zunächst nur über die Klage entschieden. Es hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Hiergegen hat dieser Berufung eingelegt und anfangs beantragt:

- I. ihn nur Zug um Zug gegen Zahlung eines noch zu beziffernden Betrages, mindestens 30 000 DM, zur Herausgabe zu verurteilen,
- II. ihm eine Räumungsfrist zu gewähren.

Die Kläger haben Zurückweisung der Berufung beantragt.

Der Beklagte hat seine Verpflichtung zur Herausgabe des Grundstücks kraft Kündigung des Nutzungsvertrages nicht mehr bestritten, sich aber erneut auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen.

Die Kläger haben demgegenüber auf § 556 Abs. 2 BGB verwiesen.

Nach Erlass eines Beschlusses des Oberlandesgerichts, durch den das Verfahren bis zur Vorlage eines Schiedsgutachtens gemäß § 6 des Kaufvertrages über die Höhe der Aufwendungen ausgesetzt wurde, haben die Kläger eine Zwischenfeststellungsklage mit dem noch in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht aufrecht erhaltenen Antrage erhoben,

festzustellen, daß dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an den im Grundbuch von H [REDACTED] Bl. [REDACTED] 0 eingetragenen Grundstück von H [REDACTED], B [REDACTED] D [REDACTED] nicht zusteht.

Der Beklagte hat beantragt, diese Zwischenfeststellungsklage abzuweisen.

Nach Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses haben die Kläger dem Beklagten eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von 38 700 DM auf dem streitigen Grundstück zur Sicherung der von ihm erhobenen Ansprüche wegen Verwendungen bestellt und die Eintragung bewilligt und beantragt.

Der Beklagte hat daraufhin den Klageanspruch mit der Maßgabe anerkannt, daß für die als Wohnraum benutzten Teile des Hauses eine angemessene Räumungsfrist bewilligt werde.

Die Kläger haben dann die Erlassung eines Anerkenntnisurteils beantragt.

Zu der vom Beklagten bestrittenen Zulässigkeit der Feststellungsklage haben die Kläger u.a. ausgeführt, sie sei schon deshalb zulässig, weil die Kläger an einer alsbaldigen Beseitigung der Sicherungshypothek interessiert seien.

Das Oberlandesgericht hat durch Urteil erkannt:

1. Die Berufung wird gemäß dem Anerkenntnis des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß für die als Wohnraum benutzten Teile des Hauses eine Räumungsfrist bis zum 1. Oktober 1956 bewilligt wird.
2. Die Zwischenfeststellungsklage wird angebrachtermaßen abgewiesen.
3. Die Kosten der Berufungsinstanz - einschließlich derjenigen der Zwischenfeststellungsklage - fallen den Klägern zur Last.

Mit der Revision beantragen die Kläger unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils der Zwischenfeststellungsklage stattzugeben und die gesamten Kosten der Berufungsinstanz dem Beklagten aufzuerlegen.

Dieser beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt unter anderem aus:

1. Die Berufung habe, soweit der Herausgabeanspruch in Frage gestanden habe, gemäß dem Anerkenntnis zurückgewiesen werden müssen. Für die Kostenentscheidung zu diesem Punkte sei § 93 ZPO maßgebend.

a) Das Anerkenntnis des Beklagten sei im Sinne dieser Bestimmung noch ein sofortiges, da er in der mündlichen Verhandlung den Herausgabeanspruch anerkannt habe, in welcher die Kläger die Bestellung einer Sicherungshypothek für die vom Beklagten behaupteten Ersatzansprüche angezeigt hätten. Bis dahin hätten die Kläger dem Zurückbehaltungsrecht lediglich Rechtsausführungen entgegengesetzt.

b) Der Beklagte habe auch nicht durch sein Verhalten zur Klageerhebung Anlaß gegeben. Es sei auf das vorprozessuale Verhalten des Beklagten abzustellen. Er habe schon damals auf sein Zurückbehaltungsrecht hingewiesen, die Kläger hätten jedoch noch keine Sicherung angeboten (§ 273 Abs. 3 BGB). Ob das Zurückbehaltungsrecht wirklich bestanden habe, könne dahingestellt bleiben, jedenfalls hätten für sein Bestehen so beachtliche Gründe gesprochen, daß ein verständiger Gläubiger Sicherheit geleistet hätte. Allerdings spreche der Wortlaut des § 556 Abs. 2 BGB für die Annahme, daß dem Mieter wegen aller irgendwie gearteter Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht nicht zustehe. Andererseits sei bei der Schaffung der Bestimmung erwogen

worden, daß die Ansprüche des Mieters regelmäßig in keinem Verhältnis zu der Tragweite des Zurückbehaltungsrechts stünden. An einem Fall, in dem hohe Wiederaufbaukosten in Frage stünden, habe man im Jahre 1900 nicht gedacht.

2. Ob die Zwischenfeststellungsklage bei ihrer Erhebung zulässig gewesen sei, brauche nicht entschieden zu werden. Auf jeden Fall sei infolge des später abgegebenen Anerkenntnisses nunmehr die Entscheidung des Rechtsstreits weder ganz noch teilweise von dem Zurückbehaltungsrecht abhängig. Die Hauptsacheentscheidung habe ohne Rücksicht auf das Zurückbehaltungsrecht gemäß dem Anerkenntnis ergehen müssen. Auch die Kostenentscheidung sei, wie zu 1) ausgeführt, von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Zurückbehaltungsrechts nicht abhängig, ebensowenig der mit der Widerklage verfolgte, noch beim Landgericht schwebende Zahlungsanspruch des Beklagten. Für die Feststellungsklage fehle nunmehr jedes schutzwürdige Interesse.

Demgemäß treffe die Kläger nach § 91 ZPO auch insoweit die Kostenlast.

II.

1. Nach Meinung der Revision ist für die Zulässigkeit einer Zwischenfeststellungsklage nicht der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor der Entscheidung über sie, sondern der Zeitpunkt ihrer Erhebung maßgebend. Es komme nur darauf an, daß im Laufe des Prozesses ein bedingendes Rechtsverhältnis streitig geworden sei. Der Bundesgerichtshof hat jedoch entschieden, daß das genannte

Abhängigkeitsverhältnis bis zur Entscheidung über die Zwischenfeststellungsklage fort dauern muß (Urteil vom 8. Juli 1953, II ZR 178/52, LM ZPO § 280 Nr. 2; Urteil vom 21. Dezember 1954, NJW 1955, 587). Von dieser Auffassung abzugehen, sieht der Senat keinen Anlaß.

Auch ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Wenn die Revision darauf hinweist, daß die Parteien darum stritten, ob der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht habe, so trifft das nicht zu; denn mit dem Anerkenntnis hat der Beklagte bindend erklärt, daß er kein Zurückbehaltungsrecht mehr in Anspruch nimmt. Ebenso wenig greift die Erwägung durch, daß die Kläger die Löschungsbewilligung für die Sicherungshypothek vom Beklagten fordern könnten, wenn das Zurückbehaltungsrecht nicht bestehe. Abgesehen davon, daß die Vornahme der Eintragung der Hypothek im Berufungsrechtszug nicht behauptet worden ist, sondern lediglich Eintragungsantrag und Bewilligung, es sich insoweit also um eine in der Revisionsinstanz unbeachtliche neue Tatsache handelt, würde es vom Standpunkt der Kläger aus darauf ankommen, ob zur Zeit der Eintragung oder doch der Eintragungsbewilligung ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten bestanden hat, das nach § 273 Abs. 3 EGB ausgeschlossen werden sollte. Die Kläger haben aber ihren Feststellungsantrag nicht in dieser Weise der Prozeßlage angepaßt.

Entgegen der Auffassung der Revision bestand für das Berufungsgericht keine Verpflichtung nach § 139 ZPO, die anwaltschaftlich vertretenen Kläger zu veranlassen, anstelle des Feststellungsantrags einen Antrag auf Verurteilung des

Beklagten zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu stellen. Einer solchen Klage hätte übrigens, wie erwähnt, die tatsächliche Grundlage, nämlich die Eintragung der Hypothek, gefehlt.

Das Zurückbehaltungsrecht war eben nach dem Anerkenntnis kein geeigneter Anknüpfungspunkt mehr, um die nach der Herausgabe des Grundstücks noch verbleibenden Streitigkeiten zwischen den Parteien zu entscheiden. Hierfür wird eine negative Feststellungsklage bei Fortsetzung des Rechtsstreits in der ersten Instanz in Betracht kommen, darauf gerichtet, daß dem Beklagten auch über seinen bereits eingeklagten Teilbetrag von 1 200 DM hinaus gegen die Kläger keine Zahlungsansprüche zustehen.

Die bisher erhobene Feststellungsklage ist somit vom Berufungsgericht mit Recht als unzulässig abgewiesen worden.

2. Die Revision rügt weiter, daß nach § 93 ZPO den Klägern keine Verfahrenskosten hätten überbürdet werden dürfen. Hätte das Berufungsgericht lediglich über den durch das Anerkenntnis erledigten Anspruch erkannt, so wäre Anfechtung der Kostenentscheidung nicht zulässig gewesen (§ 99 Abs. 2 und § 567 Abs. 3 ZPO). Daraus ist jedoch kein Bedenken gegen die Überprüfung der vom Berufungsgericht nach § 93 ZPO getroffenen Kostenentscheidung zu entnehmen. Vielmehr bleibt es insoweit bei der Regel des § 308 Abs. 2 ZPO, daß die Anfechtung der Hauptsache die Überprüfung der Kostenentscheidung jedenfalls dann in vollem Umfang ermöglicht, wenn über diese Kosten, wie hier, einheitlich entschieden ist (vgl. RGZ 59, 432).

Mit Recht erhebt die Revision Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es komme ohne Rücksicht auf die objektive Rechtslage darauf an, ob ein verständiger Gläubiger Sicherheit geleistet hätte. Wenn ein Schuldner, der nach der objektiven Rechtslage schlechthin zur Herausgabe verpflichtet ist, nur Zug um Zug gegen Ersatz von Aufwendungen herausgeben will, so gibt er damit Veranlassung zu einer Herausgabeklage. Trotzdem braucht hier nicht untersucht zu werden, ob ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten bis zur Sicherheitsleistung bestand. Es ist zwar richtig, daß für die Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Herausgabeklage gegeben hat, es zunächst auf sein vorprozessuales Verhalten ankam. Verhält sich der Beklagte aber im Prozeß so, daß der Kläger nunmehr, wäre die Klage noch nicht anhängig, Veranlassung hätte, sie zu erheben, so rechtfertigt solches Verhalten des Beklagten auch nach rückwärts die Klageerhebung (Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 93 III 1 bei Fußnote 30). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte im ersten Rechtszug schlechthin Klagabweisung beantragt mit der Begründung, der Nutzungsvertrag bestehe noch, und sein Zurückbehaltungsrecht nur hilfsweise geltend gemacht. Damit hat der Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß er auch bei Erfüllung seiner Gegenforderungen nicht gewillt sei, das Grundstück herauszugeben. Er hat hierdurch im Sinne des § 93 ZPO nachträglich zur Klageerhebung Anlaß gegeben (Baumbach/Lauterbach ZPO 24. Aufl. § 93 Anm. 5 unter "Zug um Zugleistung"). Damit mußte es aber hinsichtlich der Kosten bei der Regel des § 97 Abs. 1 ZPO, nämlich der Überbürdung der Kosten auf den mit seinem Rechtsmittel unterliegenden Beklagten bleiben. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob auch der Antrag des Beklagten, ihm eine Räumungsfrist zu gewähren, eine

Kostenlast für die Kläger ausschloß, wie die Revision meint.

III.

Nach alledem hat die Revision zur Hauptsache (Zwischenfeststellungsklage) keinen Erfolg. Sie war auf Kosten der Kläger zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung des Berufungsurteils (Nr. 3) war jedoch aufzuheben. Da nur ein Teil des noch im ersten Rechtszug fortzusetzenden Prozesses in die Berufungsinstantz gelangt ist und hinsichtlich dieses Teils jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt (§ 92 ZPO), ist es nicht erforderlich bereits eine Kostenentscheidung für die Berufungsinstantz zu treffen (BGHZ 20, 397). Es erschien vielmehr zweckmäßig, die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstantz dem Schlußurteil des Landgerichts vorzubehalten.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern