

KTS

ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT

Konkurs · Treuhand · Sanierung

444 - 4

Herausgegeben von

Heinz-Dieter Assmann, Tübingen Fritz Baur, Tübingen August Maria Berges, Köln

Hans Friedhelm Gaul, Bonn Walther J. Habscheid, Zürich/Genf

Ludwig Häsemeyer, Heidelberg Herbert Heidland, Köln Theodor Heinsius, Frankfurt

Meinhard Heinze, Gießen Hans-Jochem Lüer, Köln Karl Heinz Maus, Frechen

Jürgen Mohrbutter, Osnabrück Karl Heinz Schwab, Erlangen Rolf Stürner, Konstanz

Wilhelm Uhlenbrück, Köln Peter Ulmer, Heidelberg Friedrich Weber, Heidelberg

3/1989



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

ISSN 0934-6724 KTS 50 Jahrgang Heft 3 S. 477-742 September 1989

KTS ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT

Konkurs · Treuhand · Sanierung

Begründet von Leopold Levy und Ernst Jaeger

Herausgegeben von

Dr. *Heinz-Dieter Assmann*, LL. M., Professor der Rechte, Tübingen

Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. *Fritz Baur*, Professor der Rechte, Tübingen

Prof. Dr. *August Maria Berges*, Vorsitzender Richter am OLG a. D., Köln

Dr. *Hans Friedhelm Gaul*, Professor der Rechte, Bonn

Dr. Dr. h.c. *Walther J. Habscheid*, Professor der Rechte, Zürich/Genf

Dr. *Ludwig Häsemeyer*, Professor der Rechte, Heidelberg

Dr. *Herbert Heidland*, Rechtsanwalt, Köln

Prof. Dr. *Theodor Heinsius*, Rechtsanwalt, Chefsyndikus der
Dresdner Bank AG., Frankfurt

Dr. *Meinhard Heinze*, Professor der Rechte, Gießen

Dr. *Hans-Jochem Lüer*, Rechtsanwalt, Köln

Dr. *Karl Heinz Maus*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Frechen bei Köln

Dr. *Jürgen Mohrbutter*, Oberamtsrichter i. R., Osnabrück

Dr. *Karl Heinz Schwab*, Professor der Rechte, Erlangen

Dr. *Rolf Stürner*, Professor der Rechte, Konstanz

Prof. Dr. *Wilhelm Uhlenbrück*, Richter am Amtsgericht, Köln

Dr. *Peter Ulmer*, Professor der Rechte, Heidelberg

Dr. *Friedrich Weber*, Professor der Rechte, Heidelberg

Schriftleitung

Prof. Dr. *Meinhard Heinze*, Gießen

(Geschäftsführender Schriftleiter)

Rechtsanwalt *Volker Wagner*, Gießen

Inhalt

	Seite
ABHANDLUNGEN	
<i>Professor Dr. Wolfram Henckel</i>	
Deregulierung im Insolvenzverfahren?	477
<i>Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger</i>	
Über die Möglichkeit der Geschäftsfortführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung	495
<i>Privatdozent Dr. Johannes Hager</i>	
Das Erlöschen des possessorischen Anspruchs aufgrund des petitorischen Titels	515
<i>Richter am Amtsgericht Professor Dr. Wilhelm Uhlenbrück</i>	
Das Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht im Konkurs- und Vergleichsverfahren	527
ZUR DISKUSSION	
<i>Dr. Harald Baum</i>	
Von der Freiheit des Reformgesetzgebers – Verfassungskonforme Behandlung der publizitätslosen Mobiliarsicherheiten im Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung	553
<i>Dr. Edgar J. Habscheid</i>	
Internationales Konkursrecht und Einzelrechtsverfolgung	593
DOKUMENTATION	
Rechtsfolgen bei Vermögenslosigkeit und Löschung einer GmbH als Sicherungsgeberin – Schreiben des Bundesministers der Finanzen	625
Bemessungsgrundlage für den Grundstückserwerb in der Zwangsversteigerung – Verfügung der Oberfinanzdirektion Hannover	626
LITERATUR	
(Berichtszeitraum vom 1. 3. 1989 – 30. 6. 1989)	
I. Konkurs- und Vergleichswesen	629
II. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung	630
III. Treuhandwesen	630

RECHTSPRECHUNG

(Berichtszeitraum vom 1. 3. 1989 – 30. 6. 1989)

I. Konkurs- und Vergleichswesen	633
II. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung	643

ENTSCHEIDUNGEN

I. Konkurs- und Vergleichswesen

Urteil des BGH vom 26. 1. 1989 – X ZR 23/87 – Nichtigkeit eines Schiedsgerichtsvertrages	649
Urteil des BGH vom 7. 2. 1989 – 5 StR 26/89 – Strafbarkeit einer falschen Versicherung an Eides Statt	651
Urteil des BGH vom 9. 2. 1989 – IX ZR 17/88 – Pfändungs- und Überweisungsbeschluß hinsichtlich einer Briefgrundschuld	652
Urteil des BGH vom 23. 2. 1989 – IX ZR 143/88 – Aufrechnung mit vor der Konkursöffnung begründeten Forderungen	655
Urteil des BGH vom 8. 3. 1989 – VIII ZR 53/88 – Abwendung des Schuldnerkonkurses bei Pool-Vereinbarungen	657
Urteil des BGH vom 25. 4. 1989 – VI ZR 146/88 – Klage gegen den Konkursverwalter bei Entschädigungsforderung gegen Versicherer	660
Urteil des BGH vom 11. 5. 1989 – IX ZR 222/88 – Rechte des Zessionars auf Ersatzaussonderung oder Ersatzabsonderung	661
Urteil des BAG vom 19. 5. 1988 – 2 AZR 596/87 – Kündigung wegen Betriebsübergangs	664
Urteil des BAG vom 8. 11. 1988 – 3 AZR 85/87 – Betriebsnachfolge vor Konkurs	674
Urteil des BAG vom 29. 11. 1988 – 3 AZR 250/87 – Übertragung eines Betriebsteils	679
Urteil des BAG vom 29. 11. 1988 – 3 AZR 184/87 – Versicherungsmißbrauch bei Anpassung der Betriebsrenten	684
Urteil des BAG vom 24. 1. 1989 – 3 AZR 519/88 – Widerruf einer Unterstützungs-kassenversorgung	688
Urteil des BAG vom 14. 2. 1989 – 3 AZR 269/87 – Insolvenzschutz bei gerichtlich bestätigtem Vergleich	691
Urteil des BAG vom 28. 2. 1989 – 3 AZR 29/88 – Insolvenzschutz bei Sicherstellungsansprüchen gegen den Betriebsveräußerer	694
Urteil des BSG vom 22. 11. 1988 – 10 RAr 19/87 – Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens	697
Urteil des BSG vom 11. 1. 1989 – 10 RAr 7/87 – Anspruch auf Konkursausfallgeld nach erneuter Ablehnung des Konkursverfahrens	698
Urteil des BSG vom 11. 1. 1989 – 10 RAr 16/87 – Zahlung von Konkursausfallgeld und fristlose Kündigung	701
Urteil des BSG vom 22. 2. 1989 – 10 RAr 7/88 – Konkursausfallgeld und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch	702

Urteil des BSG vom 14. 3. 1989 – 10 RAr 6/87 – Urlaubsabgeltungsanspruch und Konkursausfallgeld	704
Urteil des BFH vom 21. 12. 1988 – V R 29/86 – Umsatzsteuerforderungen des Finanzamts als Konkursforderungen	708
Urteil des OLG Düsseldorf vom 3. 11. 1988 – 10 U 39/88 – Erhaltung der Mietsache und Schadensersatzansprüche	710
Beschluß des OLG Karlsruhe vom 17. 2. 1989 – 9 W 6/89 – Konkursöffnungsverfahren und Berücksichtigung von nichttitulierten Ansprüchen	711
Urteil des OLG Düsseldorf vom 2. 3. 1989 – 12 U 74/88 – Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und Ablösung von Zwischenkrediten	713
Beschluß des OLG Düsseldorf vom 28. 3. 1989 – 3 Wx 141/89 – Eintragung einer Sicherungshypothek im Konkurs	717
Beschluß des OLG Karlsruhe vom 10. 5. 1989 – 11 W 63/89 – Unterbrechung eines Rechtsstreits und Bestreiten im ersten Prüfungstermin	718
Beschluß des OLG Köln vom 18. 5. 1989 – 2 W 41/89 – Umfang der Glaubhaftmachung von Forderungen	720
Beschluß des LG Köln vom 27. 10. 1988 – 86 O 68/88 – Auslandskonkurs als Arrestgrund nach § 917 ZPO (mit Anmerkung <i>Werres</i>)	723
Beschluß des LG Itzehoe vom 21. 4. 1989 – 1 T 22/89 – Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch eine Forderung	730
II. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung	
Beschluß des BGH vom 1. 12. 1988 – V ZB 10/88 – Übertragbares und pfändbares Recht eines Auflassungsempfängers	731
Urteil des BGH vom 9. 2. 1989 – IX ZR 145/87 – Eigentumswechsel durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung	733
Urteil des BGH vom 30. 3. 1989 – IX ZR 276/88 – Aufwendungen des Verpächters auf das Pachtgrundstück	738
BUCHBESPRECHUNG	
Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht (<i>Steines</i>)	741

© 1989 Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Straße 449, 5000 Köln 41.

KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht. – Begründet 1927 mit dem Titel »Konkurs- und Treuhandwesen KuT«; fortgeführt seit 1955 mit dem Titel »Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen KTS«; umbenannt 1989 in »KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht« mit dem Unter-Titel »Konkurs · Treuhand · Sanierung«.

Schriftleitung: Prof. Dr. Meinhard Heinze, Professur für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Zivilprozeßrecht der Universität Gießen, Licher Straße 76, 6300 Gießen (Geschäftsführender Schriftleiter); Rechtsanwalt Volker Wagner, 6300 Gießen.

Beiträge: Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen.

Nachdruck und Vervielfältigung: Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten; das gilt auch für die Mikroverfilmung. Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Verlag: Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Straße 449, 5000 Köln 41, Telefon (0221) 460100, Telefax 0221-4601069, Telex 8881888, Landeszentralbank 37008173, Postscheck Köln 82020-501.

Bezugsbedingungen: Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahr. Jahrespreis 192,- DM zuzüglich Versandkosten. Einzelheftpreis 55,- DM zuzüglich Versandkosten. Aufkündigung des Bezuges jeweils bis 15.11. zum Jahresablauf.

Anzeigen: Heymanns Anzeigen-Verwaltung, Luxemburger Straße 449, 5000 Köln 41, Telefon (0221) 460156, Telefax 0221-4601069, Telex 8881888. Die Anzeigen werden nach der Preisliste vom 1.4.1983 berechnet. Landeszentralbank Köln 37008173, Postgiro Köln 82020-501.

Druckerei: Druckhaus Thiele & Schwarz GmbH, 3500 Kassel-Waldau.

Auslieferung: September 1989

1989 ISBN 3-452-21434-6

Das Erlöschen des possessorischen Anspruchs aufgrund des petitorischen Titels

Von Privatdozent Dr. Johannes Hager, München

I. Einleitung

Das BGB hat den Schutz des Besitzers gegen die verbotene Eigenmacht Dritter umfassend ausgeformt. Er darf sich gem. § 859 I BGB mit Gewalt wehren und die Sache nach § 859 II BGB dem Täter wieder abnehmen, wenn er ihn auf frischer Tat antrifft. Schließlich stellt das Gesetz in den §§ 861f. BGB – den sogenannten possessorischen Ansprüchen – ein Instrumentarium zur Verfügung, das eine möglichst rasche Durchsetzung der Rückgabeforderung gewährleisten soll, soweit die Besitzwehr und die Besitzkehr nicht möglich waren oder erfolglos geblieben sind. Dem Ziel der zügigen Realisierung des Anspruchs dient namentlich § 863 BGB, indem er die Verteidigungsmöglichkeit des Gegners drastisch beschneidet. Dieser kann lediglich darauf verweisen, es habe keine verbotene Eigenmacht vorgelegen. Dagegen nützt ihm ein sonstiges Recht – der sogenannte petitorische Anspruch – nichts. Er mag Eigentümer sein, das Recht zum Besitz mag schon lange sein Ende gefunden haben, all dies beeinträchtigt nicht den Erfolg der Klage aufgrund des possessorischen Anspruchs des früheren Besitzers. Die gerichtliche Durchsetzung des Besitzschutzanspruchs soll nicht durch eine möglicherweise langwierige Verhandlung über das Recht des Beklagten verzögert werden¹.

Das Ziel des Besitzschutzes ist die Wahrung der Kontinuität zur Sicherung des Rechtsfriedens². Man wird das Telos der §§ 858 bis 867 BGB noch schärfer zu akzentuieren haben: Die Vorschriften sollen die verbotenen Eingriffe rückgängig machen und den eigenmächtig Handelnden in die Bahnen des justizförmigen Verfahrens zur Durchsetzung seines Rechts auf Herausgabe zwingen³. Die Ratio der Vorschriften mündet damit in das

1 BGHZ 53, 166 (169); 73, 355 (358); AK/Dubischar, BGB, 1979ff., §§ 861–864 Anm. 4; *Schwab*, Sachenrecht, 22. Aufl. (1989), § 11 III 4.

2 BGH, NJW 1979, 1359 (1360); MünchKomm/Joost, BGB, 2. Aufl. (1984ff.), Vor § 854 Anm. 16; *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl. (1978ff.), Vor 854 Anm. 13; § 858 Anm. 1; *Staudinger/Bund*, BGB, 12. Aufl. (1978ff.), Vor § 854 Anm. 7; § 858 Anm. 1; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. (1957), § 19 IV; *Hagen*, JuS 1972, 125. Auf den (heute wohl weitgehend obsoleten) Streit, ob Kontinuitätsinteresse und Friedenssicherung zu trennen seien (so z. B. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, Neudruck 1960, § 3 Nr. 5 bis 7), braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

3 BGHZ 79, 232 (236); ähnlich BGH, NJW 1979, 1359 (1360) (um den Anreiz zu unerwünschtem Faustrecht zu nehmen).

allgemeine Verbot der Selbsthilfe⁴. Der Befugnis des Gläubigers, den staatlichen Vollstreckungsapparat zu Hilfe zu nehmen, korrespondiert seine Pflicht, eine eigenmächtige Durchsetzung seiner Forderung zu unterlassen. Dem Faustrecht ist damit eine eindeutige Absage erteilt. Der Vermieter einer Wohnung, der Verleiher eines Buches darf seinen Rückgabebespruch nicht selbst exekutieren; er soll sich der Gerichte und ihres Zwangs bedienen. Umgekehrt braucht der Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob er zu Recht besitzt, der Gewalt nicht zu weichen; er kann die zumindest vorübergehende Rückgabe der weggenommenen Sache mit Hilfe der Gerichte durchsetzen.

Diese Regeln werden von § 864 BGB durchbrochen, dessen dogmatisch und praktisch wichtigere Rechtsfolge sich in Absatz 2 findet: Der possessorische Anspruch erlischt, wenn durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Zwar wird die verbotene Eigenmacht damit nicht rechtmäßig, sie bleibt jedoch im Ergebnis besitzrechtlich ohne Sanktion⁵. Die Norm ist nicht nur in der Theorie ein ausgesprochener Fremdkörper im Gefüge des Besitzschutzes, sondern führt auch zu einer Reihe handfester Probleme. Zum einen droht sie das System der Zwangsvollstreckung aus den Angeln zu heben, gar mit dem Grundgesetz in Konflikt zu geraten; hier kann nur eine restriktive Interpretation helfen (dazu II). Zum anderen kommt es zu unerquicklichen Konflikten, wenn die possessorische und die petitorische Klage konkurrieren, vor allem wenn sie als Klage und Widerklage miteinander verbunden sind (dazu III). Und schließlich ist seit langem umstritten, ob eine nach der Rechtskraft des Titels verübte verbotene Eigenmacht in Analogie zu § 864 II BGB folgenlos bleiben soll (dazu IV).

II. Die Korrektur des § 864 II BGB angesichts der Regeln der Zwangsvollstreckung

1. Der Sinn des § 864 II BGB ist durchaus problematisch. Die Tatsache, daß die Vorschrift eine gemeinrechtliche Regelung übernimmt⁶, kann allein nichts zu ihrer Rechtfertigung beitragen. So verweist denn die h. M. im Anschluß an die Gesetzesmaterialien regelmäßig auf eine Praktikabilitätsüberlegung: Es sei sinnlos, dem früheren Besitzer einen possessorischen Anspruch zuzusprechen, obgleich der Gegner das Ergebnis aufgrund seines inzwischen rechtskräftig festgestellten materiellen Rechts sogleich wieder beseitigen könnte⁷. Die Einrede der Arglist – ansonsten als petitorisches Recht ohne Relevanz⁸ – gewinnt ihre Bedeutung durch das rechtskräftige Urteil zurück.

4 Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. Aufl. (1987), § 1 II 1; Brox/Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 2. Aufl. (1988), Rdnr. 1; Hagen, JuS 1972, 125.

5 MünchKomm/Joost, § 864 Anm. 1; Westermann, *Sachenrecht*, 5. Aufl. (1966), § 24 II 6.

6 Vgl. Mot. III 131 = Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1899, III, S. 73; ferner die Darstellung bei Staudinger/Bund, § 864 Anm. 6.

7 Mot. III 131 = Mugdan, III, S. 73; Soergel/Mühl, § 864 Anm. 5; Staudinger/Bund, § 864 Anm. 6; i.E. ebenso MünchKomm/Jost, § 864 Anm. 1.

8 MünchKomm/Joost, § 863 Anm. 7; Staudinger/Bund, § 864 Anm. 2, Lopau, JuS 1980, 504.

2. Doch ist dies entschieden zu kurz gedacht; § 864 II BGB ist, wollte man ihn wörtlich nehmen, verfehlt.

a) Eine ausschließlich dem materiellen Recht des beklagten Störers Rechnung tragende Sicht lässt schon außer acht, daß das Vollstreckungsrecht keineswegs nur der Durchsetzung der Ansprüche des Gläubigers dient, sondern zugleich auch dem Schuldner Rechte zu garantieren hat. Dies belegen Normen wie die §§ 765 a, 811, 813 a, 850 c ZPO – um nur einige Beispiele herauszugreifen – zur Genüge. Dieses Instrumentarium schiebt § 864 II BGB leichterhand beiseite⁹. So könnte ein Vermieter den gesamten Räumungsschutz des § 721 ZPO ins Leere laufen lassen, wenn er nur geschickt und skrupellos genug ist, kurz vor der Rechtskraft des Herausgabeurteils seinen Mieter mit Gewalt aus der Wohnung zu drängen. Ein nur anhand des Wortlauts interpretierter § 864 II BGB bietet dagegen keinerlei Sicherheit: An der Existenz und an der Rechtskraft des petitorischen Titels gibt es nichts zu rütteln.

b) Der Schutz des Vollstreckungsschuldners ist nicht nur durch einfaches Recht, sondern auch durch das Grundgesetz garantiert¹⁰. So kann gerade die Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsurteil angesichts des verfassungsrechtlichen Gebots aus Art. 2 II 1 GG und des Verhältnismäßigkeitsprinzips längerfristig, eventuell zur Gänze zu untersagen sein. Grundlage dafür ist ein verfassungskonform ausgelegter § 765 a ZPO¹¹.

Da § 864 II BGB diesen Schutz außer Kraft setzt, ist er insoweit verfassungswidrig. Man wende nicht ein, damit identifiziere man unzulässigerweise Eingriffe Privater und staatliche Zwangsmaßnahmen und gelange so zu einer – nach h. M. unzulässigen – unmittelbaren Drittewirkung der Grundrechte. Denn es geht hier um die Kontrolle eines bürgerlichrechtlichen Gesetzes, für die die unmittelbare Verfassungsbindung weithin außer Streit steht¹², und zwar zu Recht: Liefte die Gegenmeinung doch diametral Art. 1 III GG zuwider, der die Legislative verpflichtet, die Grundrechte zu achten, einerlei, ob sie bürgerlichrechtliche oder öffentlichrechtliche Normen erläßt¹³. Wie wenig sachgerecht im übrigen eine Differenzierung wäre, zeigt gerade das Beispiel des § 864 II BGB. Der Gesetzgeber könnte sich ohne weiteres aus der Grundrechtsbindung davonstehlen, wenn ihm selbst zwar der Eingriff von Verfassungs wegen verwehrt wäre, wenn er jedoch die Vollstreckung in private Hände legen könnte oder die verbotene Eigenmacht zumindest nicht zu ahnden brauchte. Die Delegation hoheitlicher Aufgaben darf die Wirkung der Grundrechte nicht aushöhlen oder relativieren.

Auch eine weitere Überlegung ändert letztendlich am Befund nichts, daß § 864 II BGB zu verfassungswidrigen Ergebnissen führen kann. Es mag zwar Fälle geben, in denen primär der Eingriff selbst, erst in zweiter Linie der durch ihn geschaffene Zustand mit der Verfassung kollidiert. So kann es etwa liegen, wenn die Aufregung über die verbotene

9 *Jurtner*, NJW 1955, 698f.

10 Vgl. etwa *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 52 I.

11 BVerfGE 52, 214 (219ff.); *Thomas/Putzo*, ZPO, 15. Aufl. (1985), § 765 a Anm. 1; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 3 II 3; *Brox/Walker*, Rdnr. 1482.

12 Vgl. etwa BVerfGE 72, 122 (138ff.); 74, 33 (38ff.); 75, 201 (217ff.); 76, 126 (128ff.); 77, 263 (270); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, 1988, S. 1563; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. (1988), Rdnr. 355; *Canaris*, AcP 184, 212f.

13 Vgl. statt aller *Stern* (Fn. 12), III/1, S. 1563; *Canaris*, AcP 184, 212.

Eigenmacht Gesundheit und Leben des Schuldners gefährdet hat, diese Beeinträchtigung sich mit dem Einzug in die neue Wohnung indes erledigt hat. Doch sind dies außergewöhnliche Umstände, die sich keineswegs verallgemeinern lassen. Ebensogut ist die Herauslösung aus dem gewohnten Umkreis imstande, die Gesundheit zu gefährden und damit gegen die Grundrechte des Schuldners zu verstößen. Zudem wird die Verletzung des Grundgesetzes nicht dadurch geheilt, daß die Gefährdung nicht zu bleibenden Folgen oder Schäden geführt hat¹⁴.

c) § 864 II BGB ist auch noch in anderer Hinsicht systemwidrig. Indem die Norm ein rechtskräftiges *Feststellungsurteil* genügen läßt, verkürzt sie die Rechte des Beklagten der petitorischen Klage. Gegen ein Feststellungsurteil kann nach ganz h. M. deswegen keine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO erhoben werden, weil der Titel keinen vollstreckbaren Inhalt hat¹⁵. Dieser an sich richtige Ansatz führt bei § 864 II BGB erneut zu Problemen, weil damit den Besonderheiten der Situation nicht Rechnung getragen wird. Ohne die verbotene Eigenmacht hätte der Täter ein Leistungsurteil erstreiten müssen, mit der selbstverständlichen Konsequenz, daß der Schuldner die Vollstreckung in den Grenzen des § 767 II ZPO aufgrund nachträglich entstandener Einwendungen hätte verhindern können. Ihm dieses Recht aufgrund der verbotenen Eigenmacht vorzuenthalten, wäre um so absurd, als dem Täter damit das Faustrecht letztendlich zum Vorteil gereichen könnte.

3. Um eine Korrektur des § 864 II BGB ist also nicht herumzukommen.

a) Damit der Schutz des früheren Besitzers nicht durch die verbotene Eigenmacht unterlaufen wird, ist die Norm in zweifacher Hinsicht zu erweitern: Zum einen reicht der rechtskräftige Titel allein nicht aus, solange er nicht sogleich realisiert werden kann. Der Wortlaut des § 864 II BGB ist also um das Tatbestandsmerkmal der sofortigen Durchsetzbarkeit¹⁶ zu ergänzen¹⁷. Zum anderen ist nicht nur der Vollstreckungsschutz zu prüfen, wie er gegen Feststellungsurteile möglich ist, sondern jede Entwicklung zu berücksichtigen, die gegen ein entsprechendes Leistungsurteil angeführt werden könnte – namentlich also alle Gründe, die eine Vollstreckungsgegenklage zu stützen imstande wären.

14 Das Ergebnis folgt wohl auch aus der Bedeutung der Grundrechte für das gerichtliche Verfahren. Soll die Verfahrensgestaltung Grundrechtsverletzungen tunlichst ausschließen (vgl. etwa BVerfGE 52, 214 [220]), so wird der Grundrechtsverstoß nicht dadurch geheilt, daß er ohne Folgen bleibt.

15 Thomas/Putzo, § 767 Anm. 3 a; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 47. Aufl. (1989), § 767 Anm. 1 A e; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl. (1977 ff.), § 767 Anm. 7; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 40 III 1; Brox/Walker, Rnrd. 1329.

16 Der Begriff ist nicht identisch mit dem der sofortigen Vollstreckbarkeit. Denn rechtskräftige Urteile sind jedenfalls sofort vollstreckbar, was aber nicht bedeutet, daß nicht die Vollstreckung etwa nach § 765 a ZPO aufzuheben, zu untersagen oder einstweilen einzustellen ist.

17 So die h. M., vgl. z. B. Palandt/Bassenge, BGB, 48. Aufl. (1989), § 864 Anm. 2; Soergel/Mühl, § 864 Anm. 7; Staudinger/Bund, § 864 Anm. 9; Furtner, NJW 1955, 698 f.; ebenso, jedoch auf die Frage der Vollstreckbarkeit des Urteils und für eine nach dem rechtskräftigen Titel begangene verbotene Eigenmacht beschränkt, LG Hannover, NdsRpfl. 1948, 155 (157); RGRK/Kregel, BGB, 12. Aufl. (1974 ff.), § 863 Anm. 5. Diese Korrektur ist im übrigen auch Voraussetzung dafür, dem possessorisch Berechtigten Schadensersatzansprüche nach § 823 I BGB zuzubilligen – etwa wenn der Mieter, der eine Räumungsfrist nach § 727 ZPO erhalten hatte, bis zur zeitweiligen Rückgabe der Wohnung ins Hotel ziehen muß.

b) Nicht gefordert werden darf dagegen, daß der Vollstreckungsschutz bei Eintritt der Rechtskraft des petitorischen Titels schon beantragt oder gewährt worden war¹⁸. So wäre etwa die Zubilligung einer Räumungsfrist nach § 721 ZPO bei einem Feststellungsurteil wenig sinnvoll; gleiches gilt für die Vollstreckungsgegenklage oder für einen Antrag auf Vollstreckungsaufschub nach § 765 a ZPO durch den früheren Besitzer, wenn der Gläubiger des petitorischen Anspruchs durch verbotene Eigenmacht vollendete Tatsachen geschaffen hat. Zu prüfen ist vielmehr, ob dem Titel des Gläubigers, wenn er als Leistungsurteil ergangen wäre, Hindernisse entgegenstünden, die seine sofortige Durchsetzung ausschließen oder wenigstens aufschöben.

c) Die naheliegende Kritik, der Wortlaut der Norm kenne diese zusätzlichen Voraussetzungen nicht, wiegt schon angesichts der Tatsache wenig, daß nur so den verfassungsrechtlichen Bedenken Rechnung getragen werden kann¹⁹. Doch auch teleologische Erwägungen stützen das Ergebnis. Wird § 864 II BGB aus der Überlegung gespeist, die possessorische Klage sei abzuweisen, weil der Beklagte ihr Ergebnis sofort wieder rückgängig machen könnte²⁰, so trifft diese Begründung in Fällen wie den hier erörterten gerade nicht zu²¹. Zumindest eine Zeit lang, bisweilen auch unbegrenzt, dürfte der ehemalige Besitzer angesichts der Normen des Zwangsvollstreckungsrechts den Besitz behalten. Dem Mieter einer Wohnung etwa wäre nach § 721 ZPO eine angemessene Räumungsfrist zu gewähren. Von einem sinnlosen Hin und Her kann in solchen Fällen also keine Rede sein.

d) Natürlich wird mit dieser Lösung zum Teil auch die funktionelle Zuständigkeit vom Vollstreckungsgericht auf das Prozeßgericht verschoben. Denn notwendigerweise hat das über die possessorische Klage entscheidende Gericht zugleich auch über Vollstreckungshindernisse, beispielsweise darüber zu befinden, ob der petitorische rechtskräftige Titel etwa deswegen nicht sofort vollziehbar ist, weil gem. § 765 a ZPO dem Schuldner auf seinen Antrag hin Aufschub gewährt werden muß. Indes folgt diese Verlagerung aus der Tatsache, daß die Selbstexekution nur für den einen Fall sanktionslos bleibt, daß sie weder der rechtskräftig festgestellten materiellen Rechtslage widerspricht noch verfahrensrechtliche Schutzzvorschriften zugunsten des Schuldners untergräbt. Verglichen mit einer Ausschaltung des ausdifferenzierten Instrumentariums des Zwangsvollstreckungsrechts ist sie allemal das geringere Übel.

18 So indes *Furtner*, NJW 1955, 698 f. im Gegensatz zu NJW 1955, 699 (vor 2); *Soergel/Mühl*, § 864 Anm. 7; *Staudinger/Bund*, § 864 Anm. 9.

19 Eine gänzliche Verwerfung der Norm ist nicht nötig, da der verfassungskonforme Gesetzesinhalt auf der Hand liegt: Kann der Schuldner des petitorischen Anspruchs die Zwangsvollstreckung im Hinblick auf seine Grundrechte zumindest eine Zeitlang verhindern, so dringt er mit der possessorischen Klage durch; vgl. zu dem Kriterium der Vorregelung für die Entscheidung zwischen Totalverwerfung einer Norm und ihrer verfassungskonformen Auslegung *J. Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 19 f.

20 Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

21 *Furtner*, NJW 1955, 699.

III. Die petitorische Widerklage

Der Eingreifende bzw. Störer wird wegen § 864 II BGB natürlich bestrebt sein, möglichst schnell einen rechtskräftigen durchsetzbaren Titel aufgrund seines petitorischen Rechts zu erlangen. Für ihn liegt es daher nahe, sich gegen die possessorische Klage mittels einer Widerklage zu wehren. Während ihm die h. M., namentlich der BGH, dies gestattet²², glaubt eine nach wie vor beachtliche Gegenansicht, § 863 BGB verbiete eine Verbindung der beiden Klagen²³.

1. Der Mindermeinung ist nicht zu folgen. Daß der Täter der verbotenen Eigenmacht sein petitorisches Recht einklagen kann, dürfte unbestritten sein²⁴ und wird auch von § 864 II BGB zumindest implizit vorausgesetzt; spricht die Vorschrift doch von einem rechtskräftigen Urteil, das nach der verbotenen Eigenmacht erwirkt wurde. Aus dem Zweck des § 863 BGB das Verbot einer Verbindung nach § 33 ZPO zu entwickeln²⁵, überfordert die Norm. Das Privileg eines zusätzlichen Gerichtsstandes hat mit der Unzulässigkeit petitorischer Einreden nach § 863 BGB nichts zu tun. Es ist denn auch nicht gesagt, daß der ehemalige Besitzer durch diese Verbindung der beiden Klagen beeinträchtigt wird. So wäre es reine Spekulation, zu glauben, daß die selbständige petitorische Klage langsamer entschieden würde als die petitorische Widerklage. Fehler der Gerichte – etwa eine Verzögerung der Entscheidung über den possessorischen Anspruch wegen der Verbindung beider Klagen²⁶ – sind unter diesem Gesichtspunkt anzuprangern und nicht durch die zweifelhafte Untersagung der Widerklage.

2. Aus der Eigenart der possessorischen Klage folgen allerdings Besonderheiten: Damit sie ihre Schneidigkeit nicht einbüßt, wird es in vielen Fällen erforderlich sein, durch ein

22 BGHZ 53, 166 (168ff.); 73, 355 (357); BGH, NJW 1979, 1359 (1360); *Palandt/Bassenge*, § 863 Anm. 2; *Erman/Werner*, BGB, 7. Aufl. (1981), § 863 Anm. 3; *AK/Dubischar*, §§ 861–864 Anm. 5; *RGRK/Kregel*, § 861 Anm. 12, § 863 Anm. 4; *MünchKomm/Joost*, § 863 Anm. 9; *Soergel/Mühl*, § 863 Anm. 4; *Baur*, Sachenrecht, 14. Aufl. (1987), § 9 III 1; *Westermann*, § 24 II 4; *Heck*, § 14 5 b; *Wolf*, Sachenrecht, 8. Aufl. (1989), Rdnr. 126; *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts, II 1, 1957, S. 258, Fn. 399; *Stein/Jonas/Schumann*, § 33 Anm. 13; *Hagen*, JuS 1972, 124; *Lopau*, JuS 1980, 504.

23 *Jauernig*, BGB, 4. Aufl. (1987), §§ 861–864 Anm. 4 b; *Staudinger/Bund*, § 863 Anm. 6 m. w. N.; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. (1986), § 99 II 2 c; *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl. (1975ff.), § 33 C III d 1; *Harms*, WuV Sachenrecht, 4. Aufl. (1983), S. 99; *Spieß*, JZ 1979, 718; *Gursky*, JZ 1984, 605.

24 BGHZ 53, 166 (169); 73, 355 (357); *Soergel/Mühl*, § 863 Anm. 4; *Hagen*, JuS 1972, 124 f. Vgl. ferner BGH, NJW 1978, 2157 (2158): Die petitorische Klage ist trotz einer auf den possessorischen Anspruch gestützten einstweiligen Verfügung zulässig.

25 So etwa *Staudinger/Bund*, § 863 Anm. 6; wohl auch *Jauernig*, §§ 861–864 Anm. 4 b.

26 So *Staudinger/Bund*, § 863 Anm. 6. Sein weiterer Hinweis, § 863 BGB bezwecke nicht allein, daß der Besitzanspruch beschleunigt entschieden werde, sondern verhindere vor allem, daß die Verübung der verbotenen Eigenmacht jedenfalls bis zum Abschluß des possessorischen Verfahrens ohne Sanktion bleibe, ist in zweifacher Weise unklar. Worin soll denn die Sanktion bestehen, wenn nicht in der, notfalls gerichtlich erzwungenen, Rückgabe? Und welchen Einfluß hat die Zulassung bzw. Nichtzulassung einer Widerklage auf eine angeblich schon vor dem possessorischen Urteil liegende Sanktion?

Teilurteil vorab zu entscheiden und so dem Opfer seinen Besitz möglichst schnell zurückzuerstatten²⁷. Selbst bei einem gleichzeitigen Urteil über beide Klagen darf jedenfalls in den unteren Instanzen nicht die possessorische Klage abgewiesen werden; ihr ist ebenso statzugeben wie der petitorischen²⁸.

a) Wer dies anders sieht und der possessorischen Klage auch bei vorläufiger Vollstreckbarkeit der Widerklage²⁹ oder gar nur bei gleichzeitiger Entscheidungsreife beider Klagen³⁰ den Erfolg versagt, setzt sich nicht nur über den Wortlaut des § 864 II BGB hinweg, der unmißverständlich von einem rechtskräftigen und nicht nur von einem vorläufig vollstreckbaren Urteil spricht, sondern mißachtet obendrein den Zweck des § 863 BGB. Die Besitzschutzansprüche wollen den verbotenen Eingriff schnellstmöglich rückgängig machen und dem ehemaligen Besitzer dabei weitgehende Hilfe gewähren. Daher haben petitorische Ansprüche außer Betracht zu bleiben, solange sie nicht rechtskräftig festgestellt sind³¹ und – wie gezeigt – solange ein Vollstreckungshindernis entgegensteht. Andernfalls würde nicht nur § 864 II BGB unnötig ausgedehnt, sondern entpuppten sich auch die Sanktion der verbotenen Eigenmacht und die mit ihr verbundene Präventionswirkung gegenüber dem Faustrecht weithin als Makulatur. Hinter dieser Zwecksetzung tritt zudem das Argument zurück, das Besitzrecht sei aufgrund des petitorischen Urteils gerichtlich autorisiert³²; damit wird weder dem Text noch dem Sinn der Norm Rechnung getragen.

b) Umgekehrt darf man die petitorische Klage aber auch nicht schlankweg abweisen – weder wenn sie mit der possessorischen verbunden ist, noch und erst recht nicht, wenn sie selbständig erhoben wurde. Ein solches Procedere hätte die merkwürdige Konsequenz, daß ein bestehender Anspruch nicht zuerkannt würde, womit die Besonderheit der possessorischen Klage denn doch überzeichnet würde. Den Problemen konkurrierender Titel ist vielmehr erst in der Zwangsvollstreckung zu begegnen.

c) Das Bild ändert sich in der letzten Instanz, wenn über beide Ansprüche zeitgleich

27 BGHZ 53, 166 (169); BGH, NJW 1979, 1359 (1360); *Palandt/Bassenge*, § 863 Anm. 2; AK/Dubischar, §§ 861–864 Anm. 5; MünchKomm/Joost, § 863 Anm. 9; *Soergel/Mühl*, § 863 Anm. 4; Stein/Jonas/Schumann, § 33 Anm. 13; ähnlich *Erman/Werner*, § 863 Anm. 3.

28 MünchKomm/Joost, § 863 Anm. 11.

29 *Staudinger/Bund*, § 864 Anm. 8; *Hagen*, JuS 1972, 125f.; für eine einstweilige Verfügung zugunsten des petitorisch Berechtigten auch OLG Dresden, DR 1901, Nr. 1020; JW 1937, 2829; Recht 1941, Nr. 2922; OLG Kiel, JW 1932, 3640; *Hagen*, JuS 1972, 125f.; ablehnend *Palandt/Bassenge*, § 864 Anm. 2 b; *Erman/Werner*, § 864 Anm. 5; RGRK/Kregel, § 864 Anm. 3; Wolff/Raiser, § 19 Fn. 19; *Eichler*, II 1, S. 257; OLG Naumburg, JW 1932, 1401 für den Normalfall der §§ 863, 864 II BGB, das aber im Rahmen eines Anspruchs aus § 1361 BGB anders entscheidet; uneinheitlich *Soergel/Mühl*, § 864 Anm. 7, und *Westermann*, § 24 II 6, die zwar ein vorläufig vollstreckbares Urteil nicht genügen lassen, dagegen eine einstweilige Verfügung.

30 BGHZ 73, 355 (359); *Palandt/Bassenge*, § 863 Anm. 2; *Hagen*, JuS 1972, 127; ablehnend *Jauernig*, §§ 861–864 Anm. 4 b; MünchKomm/Joost, § 864 Anm. 10; zumindest skeptisch *Erman/Werner*, § 864 Anm. 5.

31 So MünchKomm/Joost, § 863, Anm. 10.

32 So *Hagen*, JuS 1972, 125f. Die von *Hagen* gezogene Differenzierung zwischen § 861 BGB und § 862 BGB ist nur eine scheinbare. Sie geht nämlich (bei § 861 BGB) von einer zeitlichen Staffelung der Urteile aus, während (bei § 862 BGB) offensichtlich der Fall behandelt wird, daß beide – vorläufig vollstreckbaren – Urteile gleichzeitig ergehen.

und rechtskräftig entschieden wird und der petitorische Titel sofort vollziehbar ist. Hier erlischt der possessorische Anspruch in Analogie zu § 864 II BGB³³; jede abweichende Position bedeutete eine für beide Parteien unsinnige Förmlelei: Der nach einer juristischen Sekunde – nämlich mit der Rechtskraft der petitorischen Klage – erloschene possessorische Anspruch wäre nie realisierbar; der ehemalige Besitzer riskierte indes, seinetwegen mit einer erfolgreichen Vollstreckungsgegenklage überzogen zu werden.

3. Damit sind zwar noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt, doch ist der Grundstein gelegt, sie sachgerecht zu lösen.

a) Relativ einfach liegt noch die Frage, wer die Kosten zu tragen hat. Sie dem ehemaligen Besitzer aufzuerlegen, wenn seine Klage in letzter Instanz aufgrund des zur gleichen Zeit festgestellten petitorischen Rechts abgewiesen wird, ist nicht unbillig oder gar ein Gegenargument gegen die hier vertretene Lösung³⁴, sondern Folge der Konzeption des § 864 II BGB. Das veranschaulicht am besten ein Vergleich mit dem Fall, daß der Täter der verbotenen Eigenmacht den Herausgabeanspruch in einem selbständigen Prozeß einklagt. Gelingt es ihm, vor dem possessorischen Urteil eine rechtskräftige Entscheidung zu seinen Gunsten zu erstreiten, verliert der ehemalige Besitzer auch die possessorische Klage; bei einer Verbindung beider Prozesse anders zu entscheiden, besteht kein Anlaß. Hinreichend gesichert ist der possessorisch Berechtigte durch die Möglichkeit der einseitigen Erledigterklärung³⁵.

b) Schwierigkeiten sind dagegen in der Zwangsvollstreckung vorprogrammiert; stehen sich doch zwei Urteile gegenüber, wobei das eine ohne, das zweite scheinbar jedenfalls nach Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist³⁶.

(1) Sich damit zu beruhigen, die Konkurrenzproblematik stelle sich von vornherein nicht, da mit der petitorischen Klage eine Feststellung begehrte werde und das Urteil daher

33 BGH, NJW 1979, 1359, 1360; *Jauernig*, §§ 861 – 864 Anm. 4 b; *Palandt/Bassenge*, § 863 Anm. 2; *MünchKomm/Joost*, § 864 Anm. 11; *Wolf*, Rdnr. 126; *Hagen*, JuS 1972, 126f. BGHZ 73, 355 (359) war natürlich ebenfalls eine Revisionsentscheidung, so daß das Urteil i. E., wenn auch nicht in der Begründung, richtig ist. Uneinheitlich entscheidet AK/Dubischar, §§ 861–864 Anm. 5, der die Entscheidungsreife ausreichen läßt, BGHZ 73, 355 (359) aber (nur?) wegen der Rechtskraft eines Revisionsurteils zustimmt.

34 So indes *Spieß*, JZ 1979, 718; wohl auch *Staudinger/Bund*, § 863 Anm. 6.

35 Bei der Verbindung von possessorischer und petitorischer Klage tritt hier eine Schwierigkeit auf: Denn das erledigende Ereignis, nämlich die rechtskräftige Entscheidung über den petitorischen Anspruch, findet nach der letzten mündlichen Verhandlung statt. Doch ist dem zu steuern durch eine bedingte Erledigterklärung. Eine derartige Bedingung ist hier ausnahmsweise zulässig, da sie von innerprozessualen Ereignissen – der Stattgabe der petitorischen Klage – abhängt. Es geht dabei auch nicht um die – unzulässige (vgl. *Rosenberg/Schwab*, § 133 III 2) – Bedingung, daß das Gericht den geltend gemachten Anspruch wegen Erledigung für nicht begründet halten sollte, sondern um den bedingten Eintritt des erledigenden Ereignisses. – Zu erwägen wäre ferner eine Schadensersatzpflicht der öffentlichen Hand, wenn wegen einer unsachgemäßen Verzögerung der possessorische Anspruch nicht mehr vorab entschieden werden konnte. Doch steht insoweit das Spruchrichterprivileg des § 839 II BGB entgegen.

36 Darauf stützen *Spieß*, JZ 1979, 718 (ihm zuneigend auch *Erman/Werner*, § 864 Anm. 5) und *Harms*, S. 100, die Ablehnung der gleichzeitigen Stattgabe beider Urteile und damit letztlich der Zulässigkeit einer Widerklage.

nicht vollstreckbar sei³⁷, verkürzt das Problem unzulässigerweise. Der Gedanke greift schon bei einer Besitzstörung nicht, bei der der Kläger Unterlassung, der Widerkläger Duldung begehrten und vollstrecken könnte³⁸. Bei einer Klage auf Herausgabe könnte der petitorische Widerkläger jedenfalls dann zu einer Leistungsklage übergehen, wenn der possessorische Kläger in erster Instanz gesiegt hat und daraufhin vollstreckt. Die Klageänderung ist nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig³⁹ und müßte dazu führen, daß der Widerkläger nunmehr aus dem Urteil zweiter Instanz – das in allen Punkten die Entscheidung der ersten Instanz bestätigt – den Besitz zurückholen könnte. Solch ungereimten Folgen gilt es vorzubeugen.

(2) Eine Parallelüberlegung scheint das Ergebnis vorzuzeichnen: Der petitorische Kläger kann, läge keine verbotene Eigenmacht vor, aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gegen den Besitzer vorgehen. Es scheint nur folgerichtig, ihm dieselbe Befugnis auch aufgrund seiner Widerklage zuzubilligen. Doch führte das nicht nur zu einer sinnlosen Konkurrenz zweier gegenläufiger Vollstreckungsmöglichkeiten⁴⁰, sondern liefe aufs neue Wortlaut wie Sinn des § 863 BGB diametral zuwider. Die dort geregelte Interessenabgrenzung darf nicht auf vollstreckungsrechtlichem Weg ausgespielt werden, zumal konsequenterweise bereits ein petitorisches Urteil in der ersten Instanz genügen müßte und damit der Zweck der possessorischen Klage und ihrer schnellen Durchsetzung ab diesem Zeitpunkt gründlich verfehlt würde. Das Ergebnis spräche nicht nur dem Ziel der §§ 863, 864 II BGB Hohn. Die Absage an das Faustrecht wäre obendrein wenig wert, wenn der Täter durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil den Sanktionen seiner verbotenen Eigenmacht entrinnen könnte. Sein petitorischer Titel steht gegenüber dem possessorischen seines Gegners zurück.

Diese Regeln sind freilich nicht nur auf den Spezialfall eines mit einer Widerklage geltend gemachten petitorischen Anspruchs beschränkt. Ein vorläufig vollstreckbarer petitorischer Titel erlaubt generell nicht, den possessorischen Anspruch in der Zwangsvollstreckung zu unterlaufen⁴¹.

(3) Schwierigkeiten bereitet die dogmatische Verankerung. Ganz offensichtlich hat der Gesetzgeber die Konkurrenz der possessorischen und der petitorischen Klage in ihrer

37 MünchKomm/Joost, § 863 Anm. 11; Hagen, JuS 1972, 126.

38 Vgl. den Hinweis von Hagen, JuS 1972, 124 (126).

39 RGZ 171, 202 (203f.); RG, JW 1937, 3155 (3156); BGH, NJW 1951, 311 (312); 1985, 1784; Thomas/Putzo, § 264 Anm. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 264 Anm. 2 C jeweils für den Übergang von der Feststellungs- auf die Leistungsklage und umgekehrt; ebenso BGH, NJW 1984, 2295; OLG Celle, VersR 1975, 264; LG Nürnberg-Fürth, NJW 1981, 2586 (2587); LG Hamburg, KTS 1985, 575 (576); Rosenberg/Schwab, § 102 I 3 für den Übergang von einer Leistungs- auf eine Feststellungsklage; BGH, WM 1975, 827; OLG Frankfurt, NJW-RR 1987, 1536 für den Übergang von einer Feststellungs- auf eine Leistungsklage.

40 Vgl. Hagen, JuS 1972, 126 (unter V 2) und 126f. (unter VII), der deswegen schon die possessorische Klage als zur Zeit unbegründet abweisen will; vgl. ferner die Nachw. in Fn. 29.

41 Das gilt entgegen der wohl h. M. auch, wenn der petitorische Anspruch auf eine einstweilige Verfügung gestützt wird (vgl. die Nachw. zur h. M. in Fn. 29). Eine derartige Wertentscheidung hat für den Spezialfall des Streits um die Räumung von Wohnraum ihren Niederschlag schon in § 940 a ZPO gefunden. Aber auch in den übrigen Fällen hat die possessorische Klage den Vorrang (vgl. Matthiessen, JW 1932, 1402).

Auswirkung auf die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht bedacht⁴². Die Lücke ist durch den Rechtsgedanken des § 717 I ZPO zu schließen. Zwar hebt das possessorische Urteil das petitorische gerade nicht auf, doch ähnelt die Problemlage dem zweiten der in § 717 I ZPO geregelten Fälle, nämlich der Aufhebung der Vollstreckbarkeitserklärung. Des Zwecks des § 863 BGB wegen geht die sofortige Vollstreckbarkeit des possessorischen Urteils vor – mit der Folge, daß das petitorische jetzt nicht mehr zwangswise durchgesetzt werden kann. Das entspricht seinem verminderten Stellenwert nach Verübung der verbotenen Eigenmacht. Die Restitution des früheren Zustands genießt den Vorrang. Bei einer Verbindung von Klage und Widerklage hat dem bereits das Prozeßgericht Rechnung zu tragen; folgerichtig darf es nur den possessorischen Titel für vorläufig vollstreckbar erklären. Wird das possessorische Urteil erst später erlassen, so hindert es ab diesem Zeitpunkt die Vollstreckung aus dem vorab ergangenen petitorischen Titel.

c) § 717 II ZPO billigt dem Gegner Schadensersatz zu, wenn die zunächst obsiegende Partei aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung betrieben hat, das Urteil später jedoch aufgehoben wird⁴³. Die Vorschrift scheint auf den ersten Blick dem Täter der verbotenen Eigenmacht nicht nur einen Anspruch auf Rückgabe der Sache, sondern auch auf den Vorentaltungsschaden zu gewähren, wenn die possessorische Klage in dritter Instanz angesichts des im gleichen Moment entscheidungsreifen und durchsetzbaren petitorischen Rechts abgewiesen wird. Doch wäre ein solcher Schluß voreilig. Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, daß dem Gläubiger die Vollstreckung zwar gestattet, daß ihm aber kein materielles Recht eingeräumt wird⁴⁴ und er deshalb auf eigene Gefahr vollstreckt⁴⁵.

Doch geht es darum im vorliegenden Zusammenhang nicht. Denn der possessorische Anspruch als solcher bestand zunächst und deckte die – zwangswise – Rückholung der Sache durch den früheren Besitzer. Die Lage änderte sich erst mit dem rechtskräftigen und vollziehbaren petitorischen Titel. Es ist denn auch anerkannt, daß § 717 II ZPO nicht gilt, wenn die zur Aufhebung des Urteils führende Einwendung erst nach dem Zeitpunkt der Vollstreckung entstanden ist⁴⁶. So liegt es hier: Erst der rechtskräftige petitorische Titel

42 Die Materialien beschäftigen sich zwar mit dem rechtskräftigen petitorischen Urteil als Erlöschensgrund, lassen auch die parallelen Klagen zu, äußern sich indes zur Vollstreckungswirkung nicht; vgl. etwa die Denkschrift III 109 f. = *Mugdan*, III, S. 964.

43 Es besteht Einvernehmen darüber, daß § 717 II ZPO unglücklich formuliert ist. Schadensersatzpflichtig ist nicht nur der Kläger, sondern jeder (zu Unrecht) vollstreckende Gläubiger; das kann – bezüglich der Kosten des Rechtsstreits – auch der Beklagte sein; vgl. statt aller *Stein/Jonas/Münzberg*, § 717 Anm. 17 m. w. N.

44 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 717 Anm. 2 A; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 250, 254; *Götz*, Zivilrechtliche Ersatzansprüche bei schädigender Rechtsverfolgung, 1989, S. 71f.

45 BGHZ 54, 76 (80f.); 62, 7 (9); 69, 373 (378); 83, 190 (196); 85, 110 (113f.); 95, 10 (13); BGH, NJW 1985, 128; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 717 Anm. 2 A; *Zöller/Stephan*, ZPO, 15. Aufl. (1987), § 717 Anm. 3; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 717 Anm. 9; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 15 III 1; *Brox/Walker*, Rdnr. 75.

46 RGZ 145, 328 (332); *Thomas/Putzo*, § 717 Anm. 2 b aa; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 717 Anm. 2 C; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 717 Anm. 14; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 15 III 2; *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. (1983),

ließ den possessorischen Anspruch erlöschen. Ein Vorentaltungsschaden ist bis zu diesem Zeitpunkt folgerichtig nicht zu ersetzen⁴⁷.

IV. Die verbotene Eigenmacht nach Erlangung des rechtskräftigen Titels

Nach wie vor heftig umstritten ist die Rechtslage, wenn der Inhaber eines rechtskräftigen petitorischen Titels diesen mit Hilfe verbotener Eigenmacht selbst exekutiert, anstatt sich des staatlichen Zwangsapparates zu bedienen. Die Rechtsprechung hat sich für eine analoge Anwendung des § 864 II BGB ausgesprochen, also die verbotene Eigenmacht ohne Sanktion gelassen⁴⁸, während die Literatur überwiegend das Verbot des Faustrechts betont und am Wortlaut der Norm festhält⁴⁹.

1. Die in erster Linie neuralgischen Fälle lassen sich indes schon mit der Konzeption lösen, die nicht allein ein rechtskräftiges Urteil fordert, sondern auch dessen sofortige Vollziehbarkeit. Fehlt es daran, wurde dem Schuldner Vollstreckungsschutz gewährt oder kann er ihm gewährt werden⁵⁰, so steht dem possessorischen Anspruch § 864 II BGB nicht im Wege. Nur so lässt sich verhindern, daß der Gläubiger sich über das Vollstreckungsmonopol des Staates hinwegsetzt.

Auch kann nur damit Änderungen der Umstände nach der Rechtskraft des petitorischen Urteils Rechnung getragen werden, die zwar den Titel als solchen nicht berühren, deretwegen die Vollstreckung nunmehr aber unzulässig ist. Eine bloß die Rechtskraft berücksichtigende Lösung – und darin haben die Kritiker der Judikatur⁵¹ durchaus recht – kann hier nicht helfen⁵². Einwendungen, die nach Rechtskraft entstanden sind, ändern am

Rdnr. 205; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht-Vollstreckungsverfahren, 1975 mit Nachtrag 1979, § 13 I 2; *Brox/Walker*, Rdnr. 76.

47 Auch ab diesem Zeitpunkt wegen § 717 III ZPO nur im Rahmen der Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung.

48 RGZ 107, 258 (259); LG Hannover, NdsRpfl 1948, 155, (156); RGRK/Kregel, § 863 Anm. 5; § 864 Anm. 3; MünchKomm/Joost, § 864 Anm. 11; Rosenberg, Sachenrecht, 1919, § 864 II 1 b; Westermann, § 24 II 6; Furtner, NJW 1955, 699.

49 Palandt/Bassenge, § 864 Anm. 2 c; Erman/Werner, § 864 Anm. 4; Soergel/Mühl, § 864 Anm. 8; Staudinger/Bund, § 864 Anm. 10; Wolff/Raiser, § 19 Fn. 16; Heck, § 14 Anm. 6 c; Schwab, § 11 III 4; E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. (1979), S. 76; Eichler, II 1, S. 256 f.; Harms, S. 104; Lopan, JuS 1980, 504.

50 Zum Teil a. a. Furtner, NJW 1955, 699, der Vollstreckungsschutz, der dem Schuldner erst nach der rechtskräftigen Eigenmacht gewährt wird, außer Acht lassen will.

51 Palandt/Bassenge, § 864 Anm. 2 c; Soergel/Mühl, § 864 Anm. 8; Staudinger/Bund, § 864 Anm. 10; Wolff/Raiser, § 19 Fn. 16; Heck, § 14 Anm. 6 c; E. Wolf, S. 76; Eichler, II 1, S. 257.

52 MünchKomm/Joost, § 864 Anm. 11, der der Rechtsprechung folgt, glaubt, es fehle bereits an der Feststellung über die jetzige Besitzberechtigung, wenn sich rechtserhebliche Umstände zwischen der Rechtskraft und der Verübung der verbotenen Eigenmacht geändert hätten. Das ist immer dann nicht der Fall, wenn bloß Vollstreckungshindernisse aufgetreten sind. Rosenberg, § 864 II 1 d, will § 767 ZPO anwenden, ohne zu erklären, wie die Vollstreckungsgegenklage mit einem Feststellungsurteil zusammenpaßt.

Urteil selbst nichts, sondern schließen lediglich seine Durchsetzbarkeit aus und können daher nur bei einer berichtigenden Interpretation des § 864 II BGB ins Kalkül gezogen werden.

2. Bei der verbleibenden Fallgruppe, in der der Gläubiger einen tatsächlich realisierbaren Titel in Händen hält, sind die Argumente der Kritiker der Rechtsprechung keinesfalls auf die leichte Schulter zu nehmen: In der Tat sollte das Verbot des Faustrechts wirksam sanktioniert werden, schon damit es möglichst weitreichend präventiv wirken kann⁵³. Auch differieren die Fälle regelmäßig im Prognoserisiko. Muß bei § 864 II BGB der eigenmächtig Handelnde den Titel meist erst erstreiten und sieht er sich daher einer Reihe von Unwägbarkeiten ausgesetzt, so kann er umgekehrt, wenn er das Urteil bereits erwirkt hat, sich wesentlich mehr Chancen ausrechnen, daß sein Handeln ohne Folgen bleibt. Doch hat auch die Gegenansicht, die § 864 II BGB nicht analog anwenden will, kein rechtes Mittel in der Hand. Denn das reibungslose Funktionieren der staatlichen Zwangsvollstreckung unterstellt, kann der petitorisch Berechtigte faktisch dem Gerichtsvollzieher, der die Sache bei ihm abholt, sogleich den Auftrag erteilen, sie bei seinem Gegner wieder mitzunehmen. Diese Konsequenz vermag auch die Literatur nicht hintanzuhalten. Dann aber dreht es sich um ein fruchtloses Hin und Her; das gibt den Ausschlag dafür, es in diesen Fällen bei dem Ergebnis der Rechtsprechung zu belassen.

V. Zusammenfassung

1. § 864 II BGB ist – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen – zu ergänzen: Der possessorische Anspruch erlischt nur, wenn der petitorische Titel als Leistungsurteil sofort durchgesetzt werden könnte.
2. Mit der possessorischen Klage kann eine petitorische Widerklage verbunden werden. In den unteren Instanzen ist beiden Klagen stattzugeben, soweit sie begründet sind; für vorläufig vollstreckbar darf aber nur das possessorische Urteil erklärt werden. In der Revisionsinstanz ist bei Entscheidungsreife und Durchsetzbarkeit auch der petitorischen Klage die possessorische abzuweisen.
3. § 864 II BGB ist bei einem vor Verübung der verbotenen Eigenmacht erstrittenen rechtskräftigen petitorischen Urteil analog anzuwenden, soweit der Titel sofort vollziehbar ist.

⁵³ *Palandt/Bassenge*, § 864 Anm. 2c; *Erman/Werner*, § 864 Anm. 4; *Soergel/Mühl*, § 864 Anm. 8; *Staudinger/Bund*, § 864 Anm. 10; *Schwab*, § 11 III 4; *Lopau*, JuS 1980, 504.