

Entscheidungen
des
Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

den Mitgliedern des Gerichtshofes
und der Reichsanwaltschaft.

Entscheidungen in Zivilsachen.

137. Band.

Berlin und Leipzig 1932

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung - J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung - Georg Reimer - Karl J. Trübner - Veit & Comp.

Entscheidungen
des
Reichsgerichts
in
Zivilsachen.

137. Band.

Mit Anhang: Entscheidungen des Staatsgerichtshofs.

Berlin und Leipzig 1932

Walter de Gruyter & Co.

vormalis G. J. Göschen'sche Verlagshandlung - J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung - Georg Reimer - Karl J. Trübner - Veit & Comp.



Druck von Metzger & Wittig in Leipzig

Inhalt.

I. Bürgerliches Recht.

a. Reichsrecht.

Nr.	Seite
1.	1
2.	20
3.	23
4.	29
5.	34
7.	44
8.	48
9.	50
10.	..

1. Hafteten die früheren Deutschen Schutzgebiete noch aus den vor dem Kriege ausgegebenen Deutschen Schutzgebieten anleihen? Haftet das Deutsche Reich hierfür als Bürge? Nach welchen Grundsätzen ist die Aufwertung der daraus hergeleiteten Forderungen zu bestimmen?

2. Zur Klagebegründung bei Schadenserfüllungsansprüchen wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung. Kann der dadurch Geschädigte gegen den schuldigen Beamten auf Feststellung klagen, daß dieser ihm zum Schadenserfüllung verpflichtet sei, soweit er, der Geschädigte, auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermöge? — Zum Verjährungsbeginn bei Schadenserfüllungsansprüchen wegen Amtspflichtverletzung

3. Zur Anwendung des § 933 BGB.

4. In welchem Sinn besteht und wie wirkt das Formerfordernis des § 313 BGB., wenn ein schriftlicher Mietvertrag seine Geltung von der Bedingung abhängig macht, daß es zur notariellen Beurkundung des in dem Mietvertrag vorgesehenen Vorkaufrechts kommt?

5. Kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nach § 770 Abs. 2 BGB. verweigern, wenn dem Gläubiger die Befugnis zur Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner gemäß § 393 BGB. fehlt? — Kann der Bürge wegen einer Forderung des Hauptschuldners, gegen die der Gläubiger nicht aufrechnen darf, das Zurückbehaltungsrecht nach § 768 Abs. 1 BGB. geltend machen, wenn sie auf demselben rechtlichen Verhältnis beruht wie der Anspruch gegen den Bürgen?

7. Kann der Eigentümer, der bei der Errichtung eines Gebäudes auf dem ihm gehörigen Grundstück A die Grenze des ebenfalls in seinem Eigentum stehenden Grundstück B überschritten hat, das Grundstück A derart mit einer Hypothek belasten, daß sich diese auf das Gebäude auch insoweit erstreckt, als es auf dem Grundstück B aufgeführt ist?

8. Muß derjenige Ehegatte, welcher dem Ehebruch des anderen Teils zugestimmt haben soll, das Fehlen seiner Zustimmung beweisen?

9. Welche Wirkung hat die Einrede der Unzulänglichkeit des übernommenen Vermögens im Falle des § 419 BGB.?

10. Zur Rechtsstellung der Deutschen Reichspost auf Grund des Reichsmonopols am Fernsprechwesen. — Unterliegt sie wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen, wenn sie das ihr für Herstellung von Fernsprechan schlüssen

Nr.	Seite
zugegangene Anschriftenmaterial nach Verwendung hierfür einem Privatunternehmen zur Herstellung eines „Branchen-Fernsprechbuchs“ gegen Entgelt überläßt, dieses Buch durch ihre Beamten vertreiben läßt, es amtlich empfiehlt und die Verwendung des Bildes des Reichsadlers auf dem Umschlag und dem Titelblatt des Buches gestattet?	57
11. Muß der Patentanmelder, um die Wirkung des Ausstellungsschutzes zu erlangen, bereits im Erteilungsverfahren eine entsprechende Ausstellungspriorität beanspruchen? — Gilt der Ausstellungsschutz für Erfindungen auch dann, wenn nicht der spätere Anmelder, sondern sein Lizenznehmer oder der Zweiterwerber der Lizenz die Erfindung ausstellt?	64
14. Sind Beitrittserklärungen zu einer Genossenschaft m. u. N. wirksam, die einen dem § 127 GenG. entsprechenden ausdrücklichen Hinweis nicht enthalten? Kann ein solcher Formmangel durch Eintragung der Beitrittslustigen in die gerichtliche Liste der Genossen oder durch deren jahrelange Betätigung als Genossen geheilt werden? Aber die Rechtslage im Falle solcher nichtigen Beitrittserklärungen	73
16. Erzeugt das Gewährleistungsversprechen eines Architekten, daß ein von ihm übernommener Bau eine bestimmte Bausumme nicht überschreiten werde, für den Bauherrn einen Erfüllungsanspruch oder einen Schadensersatzanspruch? Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn Bestellungen des Bauherrn über den ursprünglichen Bauplan hinaus zu einer Überschreitung der Bausumme führen?	83
18. Zum gutgläubigen Erwerb einer nicht valutierten Briefhypothek . .	95
19. Kann der Besitzer ohne die im § 1003 Abs. 1 BGB. vorgesehene Fristbestimmung auf Feststellung der erstattungsfähigen Verwendungen klagen, wenn der Eigentümer seinem Anspruch gegenüber ernsthaft bestritten hat, daß solche Verwendungen überhaupt oder daß sie in der angegebenen Höhe gemacht worden seien? Können mit dieser Feststellungsklage der Antrag auf gerichtliche Bestimmung der Frist des § 1003 Abs. 2 und die Klage auf Verurteilung zur Duldung der Befriedigung aus der Sache verbunden werden?	98
20. Genügt zur Begründung der Ehescheidungsklage aus § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. die Verurteilung des Ehegatten zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft? — Inwieweit kann der zur Eheherstellung verurteilte Ehegatte sein Fernbleiben damit rechtfertigen, daß er geglaubt habe, der andere Teil habe sich während des entscheidenden Jahres ehewidrig verhalten?	102
21. Ist der Konkursverwalter durch einen vom Gemeinschuldner geschlossenen Schiedsvertrag gebunden, insbesondere auch insoweit, als es sich um einen Streit über den Bestand von Rechten handelt, auf Grund deren im Konkurs Aussonderung oder abgefonderte Befriedigung begehrt wird?	109
23. Steht im Falle von baulichen Maßnahmen, die auf Wunsch des Mieters getroffen wurden, die Ausschließung des außerordentlichen Kündigungsrechts voraus, daß der Mieter den damit verbundenen außergewöhnlichen Kostenaufwand getragen hat? Steht die Vereinbarung, der Mieter solle den außergewöhnlichen Aufwand verzinsen und tilgen, der Ausschließung des Kündigungsrechts entgegen?	117
24. War die Eisenbahn in der Zeit vom Januar bis zum Juli 1926 nach dem vom 1. August 1925 ab gültigen Deutschen Eisenbahn-Gütertarif Teil I Abt. B Nebengebührentarif Biff. IX B, C berechtigt, bei der Aus-	

Nr.		Seite
	fuhr von Gütern nach Frankreich, die keinem Ausfuhrzoll unterlagen, deren Ausfuhr aber behördlicher Bewilligung bedurfte, eine Abfertigungsgebühr oder eine Vorführungsgebühr zu erheben? — Zur Frage der Zulässigkeit ergänzender Auslegung von Eisenbahntarifen und über die rechtliche Bedeutung der Erläuterungen zu den Tarifstellen	123
28.	Wen trifft die Beweislast dafür, daß Pfandsachen, die der Gerichtsvollzieher im Gewahrsam des Schuldners belassen hatte und die später abhanden gekommen sind, zur Zeit eines vom Gerichtsvollzieher schuldhaft versäumten Versteigerungstermins noch vorhanden waren?	153
29.	Zur Frage des ursächlichen Zusammenhangs und des mitwirkenden Verschuldens	156
31.	Muß der Verkauf eines Erbteils auch dann nach § 2371 BGB. beurkundet werden, wenn sogleich die dingliche Übertragung in der durch § 2033 BGB. vorgeschriebenen Form erfolgt? Welche Folgen treten ein, wenn die Beurkundung des Erbchaftskaufvertrags unterbleibt? — Zur Anwendung des § 819 Abs. 1 BGB.	171
37.	Zur Frage der Aufwertung von Posten eines Sonderkontos, nachdem diese zur Ausgleichung in ein daneben geführtes Kontokorrent übertragen worden sind	201
38.	Gehen die §§ 987 flg. BGB. als Sondervorschriften den allgemeinen Vorschriften der §§ 812 flg. daselbst vor? — Inwiefern besteht für den Besitzer, der mit der Sache auch gezogene Nutzungen herauszugeben hat, eine Rechnungslegungs- oder Auskunftspflicht?	206
39.	Unter welchen Voraussetzungen ist ein Privat testament in Briefform gültig, das mit dem abgefürzten Vornamen unterschrieben ist?	213
40.	Zur Anwendung des § 566 BGB. — Wie sind Nebenleistungen bei der Berechnung der vereinbarten Mietermäßigung zu berücksichtigen? — Wann ist eine Ermäßigung des Mietzinses lediglich mit Rücksicht auf § 49a MSchG. vereinbart?	218
41.	Bedarf ein nach dem Tode des ersten Ehegatten eröffnetes und seinem Inhalt nach verkündetes gemeinschaftliches Testament der nochmaligen Eröffnung und Verkündung nach dem Tode des Überlebenden?	222
45.	Werden die in § 107 Abs. 1 GenG. vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung des Termins zur Erklärung über die Vorfußberechnung und die besondere Ladung der in der Berechnung aufgeführten Genossen durch Terminsverkündung ersetzt? Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn die öffentliche Terminsbekanntmachung und die besonderen Ladungen unterblieben sind? — Über Nichtigkeit von Goldmarkumstellungs-Beschlüssen einer Genossenschaft m. b. H.	243
46.	Kann ein Schiedsvertrag, der wegen der Zusammensetzung des Schiedsgerichts Bestimmungen enthält, welche die eine Partei benachteiligen, sittenwidrig sein, wenn diese Partei zur Eingehung des Vertrags durch einen von der anderen Partei ausgeübten wirtschaftlichen Druck genötigt wurde?	251
52.	Hat eine Rückentwicklung der längst zur Beschaffenheitsangabe gewordenen Bezeichnung „Steinhäger“ zur ursprünglichen Herkunftsangabe stattgefunden? Unter welchen Voraussetzungen wäre solche Rückentwicklung anzunehmen?	282
53.	Bedarf es der Form des § 313 BGB., wenn sich nach Übereignung des Grundstücks der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Wandlung einverstanden erklärt?	294

Nr.	Seite
54. Steht bei einem „unter Vorbehalt der Musterkonvention“ geschlossenen Handelskauf die Überendung der Muster der Übergabe der Ware gleich, sodas Schweigen des Käufers als Billigung gilt?	297
55. Ist der Inhalt eines Durchkonossements über eine See- und anschließende Binnen schiffs-Beförderung für denjenigen maßgebend, der an Stelle der Reederei des Seeschiffes auf Grund des Durchkonossements die Waren aus dem Seeschiff in das Binnenschiff umgeladen und das für das Binnenschiff gezeichnete Flußkonossement (Ladeschein) in Empfang genommen hat?	301
56. Kann durch die Satzung einer Gesellschaft mbH. die Gesellschafterversammlung als Gesellschaftsorgan beseitigt werden? — Kann die Satzung uneinheitliche Stimmabgabe eines Gesellschafters mit mehrfachem Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zulassen? — Über die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten	305
57. Ist der Vormund verpflichtet, auf Stüttekonto gutgeschriebene Inhaberpapiere des Mündels zu hinterlegen?	320
58. Ist der Rechtsweg zulässig für Ansprüche, die sich aus dem Abschlusse eines Vertrags wegen Übertragung eines Domänenfideikommisses auf den Staat ergeben? — Über das Verhältnis der dinglichen Ansprüche zum Vericherungsanspruch. — Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. — Zur Auslegung der §§ 311, 313 BGB. — Zur Anwendung von § 273 Abs. 3, § 1000 BGB.	324
59. Kann in der Zustimmung zur Verfügung eines Anderen eine eigene Verfügung gefunden werden?	356

b. Landesrecht.

26. Zum Rechte des Hilfsbaues nach preußischem Bergrecht	140
33. Ist nach Inkrafttreten des preußischen Polizeiverwaltungs-gesetzes vom 1. Juni 1931 der Rechtsweg noch zulässig für Klagen auf Entschädigung gemäß § 75 Einl. AN?	183
36. Ist nach preußischem Recht in dem vereinfachten Enteignungsverfahren der Übergang des Eigentums lediglich von der Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme abhängig, die der Regierungspräsident in der geltenden gesetzlichen Währung festgesetzt hat?	194
43. Ist, wenn das durch Bergbau beschädigte Gebäude von einem Pächter des Grundstücks errichtet war, die Ersatzpflicht des Bergwerksbesizers auch dann ausgeschlossen, wenn nur der Grundstückseigentümer die dem Gebäude von dem Bergbau drohende Gefahr zur Zeit der Errichtung kannte oder kennen mußte?	234
48. Über die Rechtsverhältnisse einer in der Nordsee an der ostfriesischen Küste neu entstehenden Insel. — Wer ist nach dem preußischen Wasser-gesetz Eigentümer einer Anlandung, welche an einer im Fluß gelegenen Insel durch allmähliche Anspülung entsteht?	263
58. Über den Unterschied zwischen privatem Familienfideikommiss und Hausgut. Wer ist deren Eigentümer? — Sind auch nach gemeinem Sachenrecht die Rechte der Anwärter am Familienfideikommiss dinglicher Art?	324

II. Öffentliches Recht.

Nr.	Seite
1. Haftet die früheren Deutschen Schutzgebiete noch aus den vor dem Kriege ausgegebenen Deutschen Schutzgebietenanleihen? Haftet das Deutsche Reich hierfür als Bürge? Nach welchen Grundsätzen ist die Aufwertung der daraus hergeleiteten Forderungen zu bestimmen? . . .	1
2. Zur Klagebegründung bei Schadenserfahansprüchen wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung. Kann der dadurch Geschädigte gegen den schuldigen Beamten auf Feststellung klagen, daß dieser ihm zum Schadenserfah verpflichtet sei, soweit er, der Geschädigte, auf andere Weise keinen Erfah zu erlangen vermöge? — Zum Verjährungsbeginn bei Schadenserfahansprüchen wegen Amtspflichtverletzung	20
6. Haftet der Preußische Staat, wenn ein Gerichtsvollzieher Amtspflichtverletzungen bei Zwangsvollstreckungen begeht, welche er im Auftrag einer Landschaft ausführt?	38
10. Zur Rechtsstellung der Deutschen Reichspost auf Grund des Reichsmonopols am Fernsprechwesen. — Unterliegt sie wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen, wenn sie das ihr für Herstellung von Fernsprechanstößen zugegangene Anschriftenmaterial nach Verwendung hierfür einem Privatunternehmen zur Herstellung eines „Branchen-Fernsprechbuchs“ gegen Entgelt überläßt, dieses Buch durch ihre Beamten vertreiben läßt, es amtlich empfiehlt und die Verwendung des Bildes des Reichsablers auf dem Umschlag und dem Titelblatt des Buches gestattet?	57
12. Wie ist die Vollmacht zur Stellung des Antrags auf Eintragung der Abtretung einer Grundschuld — Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld — zu verstampeln?	68
15. Welchen Einfluß hat das Inkrafttreten des Dritten Gesetzes über Änderungen in der Unfallversicherung vom 20. Dezember 1928 mit Wirkung vom 1. Juli 1928 an auf den Schadenserfahanspruch eines Beamten gegen seinen Dienstherrn aus einem Unfall, den er in der Rückwirkungszeit erlitten hat?	81
21. Zum Begriff der Verurteilung zu einer der Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle bedürftigen Leistung im Sinne der Devisenbewirtschaftungsverordnung	109
25. Kann die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung gegen die Errichtungsgemeinden eines Arbeitsnachweisamts, das in die Reichsanstalt eingegliedert worden ist, den Anspruch auf Zuführung nicht vorausgabter Beitragsmittel im ordentlichen Rechtsweg verfolgen? — Ist der Rechtsweg zulässig, wenn die Reichsanstalt von den Errichtungsgemeinden Erstattung fehlender Beitragsmittel mit der Begründung fordert, die Verwaltungsgemeinde habe durch ungenügende Beaufsichtigung der Angestellten des Arbeitsnachweisamts die Veruntreuung erhobener Beiträge ermöglicht?	133
27. Kann ein Reichsbeamter den Kinderzuschlag auch für ein über 16 Jahre altes Kind beanspruchen, das sich zur Ausbildung im Geschäfts- oder Gewerbebetrieb der Eltern befindet?	150
29. Ist ein Unternehmer, mit dem die Hauptfürsorgestelle seit längerer Zeit über seine Verpflichtung zur Einstellung eines Schwerbeschädigten verhandelt, nach Treu und Glauben verpflichtet, den Wohlfahrtsbehörden	

Nr.	Seite
Mitteilung davon zu machen, wenn er seinen Betrieb auf eine die Zahl 19 nicht mehr übersteigende Anzahl von Arbeitsplätzen einschränkt? — Kann die ungerechtfertigte Außerachtlassung einer von dem Schwerbeschädigten-Ausschuß für die Auswahl des Schwerbeschädigten bindend aufgestellten Richtlinie durch die Wohlfahrtsbehörde als Ermessensmißbrauch und damit als eine Amtspflichtverletzung angesehen werden?	156
30. Hat der Eigentümer, dem die nach § 1 Abs. 1 des preussischen Gesetzes betreffend die Gründung neuer Ansiedlungen in der Provinz Hessen-Nassau vom 11. Juni 1890 erforderliche Ansiedlungsgenehmigung zunächst im Interesse der Stadtgemeinde vom Polizeipräsidenten versagt, dann aber auf die Klage im Verwaltungsstreitverfahren erteilt worden ist, gegen die Stadtgemeinde einen Anspruch auf Entschädigung wegen der Nachteile, die ihm aus der ursprünglichen Versagung der Genehmigung erwachsen sind?	163
32. Wird der auf Privatdienstvertrag Angestellte einer zu einem zusammengelegten Standesamtsbezirk gehörigen Gemeinde dadurch ihr Beamter, daß er auf Vorschlag der Gemeinde von der höheren Verwaltungsbehörde zum stellvertretenden Standesbeamten bestellt wird?	181
33. Sind die Vorschriften der Notverordnung vom 5. Juni 1931 über die Gewährung von Entschädigung für Fluchtlinienfestsetzungen rechtmäßig, insbesondere auch insoweit, als sie sich auf die Vergangenheit beziehen?	183
34. Ist die Anwartschaft eines preussischen Oberschullehrers auf Ausstattung seiner Stelle mit einer Stellenzulage ein im Rechtsweg verfolgbarer Anspruch?	189
36. Ist nach preussischem Recht in dem vereinfachten Enteignungsverfahren der Übergang des Eigentums lediglich von der Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme abhängig, die der Regierungspräsident in der geltenden gesetzlichen Währung festgesetzt hat?	194
37. Unter welchen Voraussetzungen ist nach § 1 des Gesetzes über die Erstattung von Kriegswohlfahrtsausgaben vom 12. Februar 1931 der Rechtsweg zulässig für Ansprüche aus Darlehen, die an Gemeinden gewährt worden sind?	201
44. Zum Begriff der Gebühr im Sinne von § 4 des preussischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893	239
47. Preussische Stempelsteuer. Gehört die Bestimmtheit der einzelnen Leistungen zum Wesen des Leibrentenvertrages und wann ist sie gegeben?	259
50. Bildet das Verzeichnis der den Militäranwärtern im preussischen Staatsdienste vorbehaltenen Stellen einen Bestandteil der Anstellungsgrundsätze, und stellt sein Inhalt, wie diese, im Klagewege verfolgbares objektives Recht dar? Gewährt die Eigenschaft eines Militäranwärters als solche und der Besitz des Zivilversorgungsscheins allein einen Anspruch auf die Übertragung von Beförderungstellen? Wie ist die Bestimmung auszuliegen, daß Aufrücken der Militär- und Zivilanwärter in höhere Gruppen erfolge nach der Reihenfolge, die sich aus dem Anteilsverhältnis ergebe?	273
60. Liegt ein einheitliches, nach dem Tarife des preussischen Stempelsteuergesetzes steuerpflichtiges Rechtsgeschäft, nämlich ein Pachvertrag, vor, wenn sich der Erteiler einer nicht ausschließlichen Lizenz verpflichtet,	

Nr.	Seite
den Lizenzträger bei der Einarbeitung und der Ausübung des Verfahrens zu unterstützen und ihn auch später auf eintretende Verbesserungen und Veränderungen aufmerksam zu machen?	358

III. Gerichtliches Verfahren.

13. Wie ist über die Kosten zu entscheiden, wenn der Konkursverwalter einen Aussonderungsanspruch nach der Aufnahme des Rechtsstreits sofort anerkennt? Wann ist sein Anerkenntnis kein „sofortiges“ mehr? . . .	71
17. Zur Frage, wann nach § 625 B.P.D. ein Urteil von Amts wegen zugestellt werden muß. — Kann eine Restitutionsklage nur dann auf § 580 Nr. 3 B.P.D. gestützt werden, wenn durch das Straferkenntnis gerade der Teil des Zeugnisses als unrichtig nachgewiesen ist, auf welchen sich das Urteil des Zivilgerichts gründet?	90
19. Kann der Besitzer ohne die im § 1003 Abs. 1 B.G.B. vorgesehene Fristbestimmung auf Feststellung der erstattungsfähigen Verwendungen klagen, wenn der Eigentümer seinem Anspruch gegenüber ernsthaft bestritten hat, daß solche Verwendungen überhaupt oder daß sie in der angegebenen Höhe gemacht worden seien? Können mit dieser Feststellungsklage der Antrag auf gerichtliche Bestimmung der Frist des § 1003 Abs. 2 und die Klage auf Verurteilung zur Duldung der Befriedigung aus der Sache verbunden werden?	98
22. Welches Oberlandesgericht ist als Berufungsgericht zuständig, wenn das Landgericht nach Erlassung seines Urteils aufgehoben worden ist und die ihm zugehörig gewesenen Amtsgerichte anderen Landgerichten zugeteilt worden sind, die verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken angehören?	113
30. Ist das preussische Gesetz betreffend die Gründung neuer Ansiedlungen in der Provinz Hessen-Nassau vom 11. Juni 1890 revidibel?	163
35. Wirkt die Wahrung der Nachweisfrist nach § 519 Abs. 6 B.P.D. durch einen Berufungskläger auch zu Gunsten eines zweiten Berufungsklägers, der wegen desselben Streitgegenstandes selbständig Berufung eingelegt, die ihm bestimmte Frist aber versäumt hat?	192
41. Kann in der bloßen Ankündigung der Erteilung eines Erbscheins von seiten des Nachlaßrichters eine beschwerdefähige Verfügung liegen?	222
42. Setzt die Anschließung an die Berufung das Vorhandensein der Berufungssumme voraus?	232
46. Muß eine Partei, um sich den Aufhebungsgrund aus § 1041 Abs. 1 Nr. 1 B.P.D. zu wahren, auch dann die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens schon in diesem selbst geltend machen, wenn die Unzulässigkeit aus einem Verstoße gegen die guten Sitten hergeleitet wird?	251
49. Wird die Verlängerung der Nachweisfrist des § 519 Abs. 6 B.P.D. schon durch mündliche Mitteilung an den Antragsteller wirksam?	270
51. Hat das zunächst höhere Gericht das zuständige Berufungsgericht zu bestimmen, wenn infolge einer Änderung der Gerichtsprengel sich ein Grundstück über die Grenzen zweier Oberlandesgerichtsbezirke erstreckt?	278
58. Zur Anwendung der §§ 264, 270 B.P.D. — Zur Auslegung des § 549 Abs. 1 B.P.D.	324

Anhang: Entscheidungen des Staatsgerichtshofs.

Nr.	Seite
1. Zur Frage der Erledigung einer beim Staatsgerichtshof anhängig gewordenen Streitsache (Land Lippe)	1*
2. Ist der Hessische Landtag berechtigt, die Abberufung eines Mitgliedes des Geschäftsministeriums zu verlangen?	5*
3. Sind gewisse Vorschriften der preussischen Spar-Notverordnung vom 12. September 1931 verfassungswidrig?	17*
4. Sind gewisse Vorschriften des preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 verfassungswidrig?	47*
5. Zur Frage der Einsetzung eines Reichskommissars für das Land Preußen (Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung)	65*
—	
Sachregister	361
Gesetzesregister	376
Zusammenstellung nach der Zeitfolge	391
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken	395
Berichtigungen	396

1. 1. Hafteten die früheren Deutschen Schutzgebiete noch aus den vor dem Kriege ausgegebenen Deutschen Schutzgebietsanleihen? Haftet das Deutsche Reich hierfür als Bürge?

2. Nach welchen Grundsätzen ist die Aufwertung der daraus hergeleiteten Forderungen zu bestimmen?

BGB. §§ 242, 765, 773. AufwG. § 63. Reichsgesetz über die Einnahmen und Ausgaben der Schutzgebiete vom 30. März 1892 (RGBl. S. 369)/18. Mai 1908 (RGBl. S. 207) §§ 1, 4, 4a, 4e, 5. Versailler Vertrag Art. 22, 119, 254, 257. Haager Abkommen vom 20. Januar 1930 über die endgültige Annahme des Sachverständigenplans vom 7. Juni 1929 (RGBl. II S. 83).

IV. Zivilsenat. Urt. v. 14. April 1932 i. S. Sch. (Nl.) w. Deutsches Reich (Bekl.). IV 306/31.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger ist Inhaber von Teilschuldverschreibungen der von der Reichsschuldverwaltung in den Jahren 1908, 1909 und 1913 ausgegebenen Anleihen für die Deutschen Schutzgebiete im Gesamtnennbetrage von 8000 M. Die Stücke lauten auf Reichswährung. Sie tragen den Aufdruck:

aufgenommen für die Schutzgebiete Deutsch-Ostafrika, Kamerun, Deutsch-Südwestafrika unter Bürgschaft des Deutschen Reichs für die Verzinsung und Tilgung.

Der Kläger verlangt Aufwertung. Im Rechtsstreit fordert er in erster Linie Zahlung von 8000 RM. nebst Zinsen, notfalls die Feststellung, daß das Reich ihm gegenüber verpflichtet sei, für die Einlösung und die Verzinsung der in seinem Besitz befindlichen Schuldverschreibungen der Deutschen Schutzgebietsanleihen in Höhe von 8000 RM. nebst Zinsen einzustehen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers wurde durch Teilurteil in Höhe von 7200 M. zurückgewiesen. Seine Revision hatte teilweise Erfolg.

Gründe:

Der Berufungsrichter hat die Frage, ob das Reich dem Kläger aus den Teilschuldverschreibungen der Deutschen Schutzgebietsanleihen von 1908, 1909 und 1913 als Garant oder als Bürge haftbar geworden ist, offen gelassen. Er meint, daß es darauf nicht ankomme, weil die Haftung der früheren Deutschen Schutzgebiete für den Anleihe- dienst durch den Versailler Vertrag untergegangen sei, und nunmehr das Reich als Hauptschuldner der Anleiheverpflichtungen einzutreten habe. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Es bedarf einer Stellungnahme zu der Frage, ob das Reich Bürge geworden ist. Die Frage ist zu bejahen.

Die Deutschen Schutzgebiete waren weder für sich Deutsche Staaten noch waren sie Bestandteile des Reichsgebiets. Sie unterstanden der Souveränität des Reichs, waren ihm aber staatsrechtlich nicht einverleibt. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts (SeuffArch. Bd. 52 Nr. 236) und in der Wissenschaft sind sie als Pertinenzen des Reichs betrachtet worden. Jedoch wurden sie durch das Reichsgesetz vom 30. März 1892 als selbständige Träger von Vermögensrechten und -pflichten anerkannt, womit der Begriff des Schutzgebietsfiskus geschaffen wurde. Deutsche Bundesstaaten wurden die Schutzgebiete dadurch nicht. Nach § 1 jenes Gesetzes ist ihr Haushalt von dem Reichshaushalt getrennt und nach § 5 haftet für die aus der Verwaltung eines Schutzgebiets entstehenden Verbindlichkeiten nur das Vermögen des Gebietes selbst. Im Grundsatz ist durch § 4 das auch das Anleiherecht der Schutzgebiete anerkannt, und zwar wird auf dem Wege der Gesetzgebung eine Anleihe aufgenommen, wenn außerordentliche Bedürfnisse eines Schutzgebietes es erfordern. Diesen Bestimmungen sind durch das Reichsgesetz vom 18. Mai 1908 die §§ 4a bis g hinzugefügt worden. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 sind, soweit nicht in den Etats der Schutzgebiete über die Deckung der als außerordentlich gekennzeichneten Bedürfnisse anderweitige Bestimmung getroffen ist, die für diesen Zweck bewilligten Summen in den erforderlichen Nennbeträgen im Wege der Anleihe zu Lasten der Schutzgebiete flüssig zu machen. Für die Verzinsung

und Tilgung dieser Anleihen haftet nach § 4e Abs. 2 jedes der daran beteiligten Schutzgebiete den Gläubigern als Gesamtschuldner; im Verhältnis der beteiligten Schutzgebiete zueinander sind die einzelnen Schutzgebiete nur nach Maßgabe der ihnen überwiesenen Anleihebeträge haftbar, und nach Abs. 3 das. übernimmt für die Verzinsung und Tilgung der Anleihen das Reich die Bürgschaft. Dementsprechend tragen die Anleihestücke den Ausdruck: „aufgenommen durch die Schutzgebiete Deutsch-Ostafrika, Kamerun, Deutsch-Südwestafrika unter Bürgschaft des Deutschen Reichs für die Verzinsung und Tilgung.“

Es kann danach kein Zweifel bestehen, daß die primäre Haftung aus den Anleihestücken die Schutzgebiete und nicht das Reich trifft, und daß auch dann, wenn der in § 4e a. a. O. gebrauchte Ausdruck „Bürgschaft“ als Übernahme einer Reichsgarantie gegenüber den Gläubigern verstanden werden müßte, diese Garantie nur als eine subsidiäre Verpflichtung des Garanten aufgefaßt werden könnte (vgl. Huber Die Staatsaufzession Nr. 74; Freund Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen S. 165; Laband im Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1909 S. 418). Ob nun eine Haftung des Reichs als Bürge, d. h. als Übernehmer einer akzessorischen Verbindlichkeit, oder als Garant sich — wenigstens für die hier vorliegende Frage — bedeuern würde oder inhaltlich verschieden wäre, braucht nicht untersucht zu werden. Wird auch im Rechtsverkehr zwischen Bürgschaft und Garantie nicht scharf unterschieden und ist daher da, wo rechtsgeschäftlich die eine oder andere Bezeichnung verwendet wird, diese allein nicht entscheidend für den Inhalt der übernommenen Verpflichtung, so ist doch die in einem nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erlassenen Reichsgesetz angeordnete Verbürgung des Reichs nach den §§ 765 flg. BGB. zu beurteilen, es sei denn, daß sich begründete Zweifel dagegen entweder allgemein aus der Eigenart staatlichen Eintretens für fremde Anleiheverpflichtungen öffentlichrechtlicher Körperschaften oder aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes selbst herleiten ließen. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Auch die Sicherheit für die Erfüllung von Verpflichtungen einer öffentlichrechtlichen Körperschaft aus einer Anleihe kann durch einen Dritten, und zwar sowohl durch eine Privatperson wie durch eine öffentlichrechtliche Körperschaft, in der Form einer Pfandbestellung, einer Bürgschaft oder durch Übernahme einer Garantie

geleistet werden. Die letztere kann sich auf eine Verpflichtung gegenüber dem Schuldner beschränken. Sie braucht eine Haftung zu Gunsten der Anleihegläubiger nicht zu enthalten. Auch die Reichsverfassung vom 16. April 1871 (Art. 73) sah die Übernahme einer Garantie zu Lasten des Reichs im Wege der Gesetzgebung vor, worunter auch der Bürgschaftsvertrag zu verstehen war (vgl. Freund a. a. O.). Es ergeben sich daher keinerlei Bedenken gegen die Auffassung, daß es sich hier um eine echte Bürgschaft handelt. Die im Schrifttum vertretene Meinung, daß privatrechtliche Garantien bei Staatsanleihen nicht möglich seien, ist abzulehnen. Sie wird auch vom Reich nicht geltend gemacht. Das Entstehen einer Bürgschaftsverpflichtung setzt voraus, daß der Bürge sie schriftlich gegenüber den Gläubigern der Anleihe eingeht (§ 765 BGB.). Diese Erklärung gegenüber den Gläubigern liegt in dem Ausdruck der Schuldschreibungen, der das Reich als Bürgen der Anleiheverpflichtungen bezeichnet. Zweifel an der akzessorischen Natur der Verpflichtung des Reichs bestehen aber auch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 18. Mai 1908 nicht. Sie werden im Gegenteil durch sie beseitigt. Denn nach dem unbestrittenen Vortrage des Reichs enthielt der ursprüngliche Entwurf das Wort „Gewähr“, das jedoch noch in dem Entwurf selbst geflüstertlich, um die Rechtslage zu kennzeichnen, durch das Wort „Bürgschaft“ ersetzt worden ist. Demgegenüber ist es ohne Bedeutung, wenn, wie der Kläger hervorgehoben hat, in den parlamentarischen und Kommissionsverhandlungen, selbst von dem zuständigen Regierungsvertreter, ständig das Wort Garantie verwendet worden ist. Denn auch die Bürgschaft ist eine Garantie in weiterem Sinne, und daß man sich durch den Gebrauch des Wortes Garantie hätte in Gegensatz zu dem Entwurf stellen wollen, ergeben diese Verhandlungen nicht.

Sind sonach die drei Schutzgebiete Hauptschuldner geworden, so hat sich hieran nichts dadurch geändert, daß das Reich durch Art. 119 des Versailler Vertrages zu Gunsten der alliierten und assoziierten Hauptmächte auf alle seine Rechte und Ansprüche bezüglich seiner überseeischen Besitzungen verzichtet hat und daß diese nach Art. 22 (Völkerbundsatzung), Art. 257 Abs. 1 das. unter die Verwaltung der Mandatarmächte getreten sind. Denn da nach Art. 257 Abs. 2 alles dem Reich oder den deutschen Staaten gehörige und in solchen Gebieten belegene Gut und Eigentum zugleich mit den Gebieten selbst

auf die Mandatarmacht als solche übergeht und aus Anlaß dieses Übergangs keinerlei Zahlung oder Gutschrift zu Gunsten jener Regierungen zu leisten ist, so wäre nach völkerrechtlichen Grundsätzen die Folge die, daß alle zu Lasten der Schutzgebiete eingegangenen Schulden Gebietsschulden geblieben wären, ein Standpunkt, der auch von beiden Parteien vertreten wird. Dieses Ergebnis soll nach Auffassung des Berufungsrichters zwar nicht für örtliche Verwaltungsschulden, wohl aber für die Anleiheverpflichtungen der Schutzgebiete durch Art. 257 Abs. 1 W. ausgeschlossen werden, weil nach dieser Bestimmung, „was die bisher deutschen Gebiete einschließlich der Kolonien, Protektorate und zugehörigen Gebiete anlangt, . . . weder das Gebiet noch die Mandatarmacht einen Teil des Schuldendienstes des Reichs oder der deutschen Staaten übernimmt“. Zwar nicht dem Wortlaut, aber dem Sinn dieser Bestimmung soll es nach Auffassung des Berufungsrichters entsprechen, daß die Anleiheverpflichtungen der Schutzgebiete aus der Haftung des Gebiets oder der Mandatarmacht ausgeschlossen sind.

Was den Wortlaut dieser Bestimmung anlangt, so steht schon bezüglich ihres Inhalts der Text der englischen und der französischen Fassung nicht im Einklang. Während die englische Fassung von „any portion of the debt of the German empire or States“, also von der Schuld Deutschlands oder der Deutschen Staaten spricht, enthält die französische Fassung die Worte „aucune partie de Service de la Dette de l'empire ou des états allemands“, spricht also von dem Schuldendienst Deutschlands oder der Deutschen Staaten. Daß durch keine dieser Wortfassungen die Schulden der Schutzgebiete selbst, als eigener Rechtspersonlichkeiten, erfaßt werden, bedarf keiner weiteren Ausführung. Und zwar läßt sich ein Unterschied auch nicht zwischen örtlichen Verwaltungsschulden und sogenannten Finanzschulden (Anleihen) machen, da diese zu Lasten der Schutzgebiete begeben sind, also hinsichtlich dieser primären Haftung weder Schulden des Reichs bilden noch durch dessen Schuldendienst abzuwickeln sind. Dem hält das Kammergericht entgegen, daß das Deutsche Reich überhaupt keine Anleihen für die Kolonien in eigenem Namen aufgelegt habe, daß daher in Art. 257 W. nicht die Anleihen des Reichs gemeint sein könnten. Diese Meinung ist insofern irrig, als nach § 4a Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 30. März 1892/18. Mai 1908 der Reichszentraler für den Fall, daß zur Deckung außerordentlicher Bedürfnisse der

Schutzgebiete Darlehen des Reichs diesen zur Verfügung gestellt werden, ermächtigt worden ist, die dazu erforderlichen Mittel im Wege des Kredits flüssig zu machen. Solche Darlehen sind den Kolonien mehrfach aus Anleihemitteln des Reichs zur Verfügung gestellt worden, die 1914 noch nicht abgedeckt waren (vgl. Schnee Koloniallexikon Bd. 3 S. 314). Die Deutsche Friedensdelegation hat nun in ihrer Note vom 29. Mai 1919 (Klaus-Rüdiger Urkunden zum Versailler Vertrag Bd. 5 Teil I S. 475) das Verlangen gestellt, daß die abzutretenden Gebiete selbst mit den von ihnen aufgenommenen Verbindlichkeiten belastet blieben und daß der übernehmende Staat dem Deutschen Reich alle Aufwendungen erstatte, die es zu Gunsten der betroffenen Schutzgebiete und ihrer Verwaltung gemacht habe. Die alliierten Mächte haben in ihrer Antwort vom 16. Juni 1919 (Klaus-Rüdiger a. a. O. S. 606) darauf folgendes erwidert:

Elles ne sont pas d'avis que les colonies doivent supporter une partie quelconque de la Dette Allemande ni rester débitrices envers l'Allemagne des dépenses faites par l'administration impériale du protectorat. Elles estiment en effet qu'il serait injuste de faire peser sur les indigènes la charge de ces dépenses, qui paraissent avoir été faites surtout dans l'intérêt de l'Allemagne, et non moins injuste d'en faire assumer la responsabilité par les puissances mandataires, qui étant constituées fidéicommissaires par la Société des Nations ne tireront aucun bénéfice de ce fidéicommissis.

Hiernach haben die alliierten Regierungen, und zwar sowohl für die Gebiete selbst wie für die Mandatarmächte, die Übernahme der örtlichen Verwaltungsschulden der Schutzgebiete abgelehnt. Gleichwohl hat der Berufsrichter mit Recht angenommen, daß diese Stellungnahme keinen Ausdruck in Art. 257 W.V. gefunden hat und daher auch nicht deutsches Reichsgesetz geworden ist. Nicht anders liegt es aber mit den Anleiheverpflichtungen der Schutzgebiete. Nicht einmal die Note der alliierten Mächte, geschweige denn der Art. 257, stellt klar, daß diese Anleiheverpflichtungen der Schutzgebiete nicht übernommen werden sollten. Die Note ist auch nicht deshalb auf die eigenen Anleihen der Schutzgebiete zu beziehen, weil das Reich, wie das Kammergericht meint, keine eigenen Anleihen für die Schutzgebiete aufgenommen habe. Denn sie kann bedeuten, daß die Gebiete — anders als die Mächte, an welche sonst deutsche Gebiete

abgetreten wurden und die nach Art. 254 W. einen Teil der Schuld des Reichs nach ihrem Stand vom 1. August 1914 übernahmen — keinen Teil der Dette Allemande, also der Schuld des Deutschen Reiches, auf sich nehmen wollten, also auch nicht einen Teil derjenigen Anleihen, aus denen vom Reich den Kolonien in deren Interesse Darlehen gegeben worden sind. Sollten die Alliierten von der irr tümlichen Meinung ausgegangen sein, daß aus den Schutzgebietsanleihen ausschließlich oder in erster Linie das Reich hafte und nicht die Schutzgebiete selbst, so wäre das Reich unerheblich. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urt. v. 27. Februar 1930 IV 910/28) kommt es für die Auslegung des Versailler Vertrages darauf an, was beide Teile gleichmäßig mit einer Vertragsbestimmung haben sagen wollen, und dafür kann nur der objektive Sinn der Bestimmung maßgebend sein. Zweifel in der Auslegung aber wenden sich gegen diejenige Partei, von der die Fassung herrührt. Da die Fassung des Art. 257, die nicht von Deutschland herrührt, zum mindesten solche Zweifel übrig läßt, so kann nicht anerkannt werden, daß durch ihn der Untergang der primären Haftung der Schutzgebiete aus deren Anleihen von 1908, 1909 und 1913 herbeigeführt worden sei. Diese Auffassung steht im Einklang mit RGZ. Bd. 113 S. 285, 286, wo der VI. (jetzt VII.) Zivilsenat — wenn auch nur nebenbei und für die Frage der reinen Verwaltungsschulden — ausgeführt hat, über die Frage der Haftung für die eigenen Schulden der Schutzgebiete sei durch Art. 257 W. nichts bestimmt worden und es sei daher vorerst von der Annahme auszugehen, daß das südwestafrikanische Schutzgebiet als Träger eigener Rechte und Pflichten fortbestehe und somit selbst Schuldner geblieben sei. Auch der III. Zivilsenat hat an seiner in RGZ. Bd. 105 S. 261/262 vertretenen Meinung, daß nach dem Versailler Vertrag die privatrechtlichen Verbindlichkeiten des ehemaligen Deutschen Schutzgebietes Deutsch-Ostafrika auf den annectierenden Staat (England) nicht übergegangen seien, in RGZ. Bd. 108 S. 298 insofern nicht festgehalten, als er dort (S. 300) anerkannt hat, daß sich die Bestimmung des Art. 257 W. nach Wortlaut und Sinn nur auf den Schuldendienst des Reichs und der Deutschen Staaten beziehe.

Die Haftung der Schutzgebiete für die Hauptschuld ist nach Auffassung beider Parteien auch nicht mit dem Inkrafttreten des Gaager Abkommens vom 20. Januar 1930 (RGBl. II S. 83) er-

lofchen. Auch das Kammergericht vertritt diese Ansicht. Es meint, daß dieses Abkommen für die vorliegenden Ansprüche deswegen nicht in Frage komme, weil es sich nur über die Forderungen des Deutschen Reichs verhalte. Dem ist im Ergebnis beizupflichten.

In Art. III B. a) dieses Abkommens ist folgendes bestimmt:

In Anwendung der Ziffer 143 des Sachverständigenberichts vom 7. Juni 1929 erklärt Deutschland . . . in den Grenzen der nachstehenden Aufzählung auf jeden, auf eine Zahlung oder einen Vermögensgegenstand gegen die Reparationskommission oder eine der das gegenwärtige Abkommen unterzeichnenden Gläubigermächte gerichteten Anspruch zu verzichten: . . .

1. . . .

2. . . .

3. Ansprüche wegen der von den früheren Deutschen Schutzgebieten ausgegebenen Anleihen.

In der deutschen Denkschrift zu diesem Abkommen (Materialien zu den Gesetzen über die Haager Konferenz vom 13. März 1930 S. 333, 334) ist hierzu folgendes ausgeführt worden:

Dabei vertraten die Gläubigermächte den Standpunkt, daß Deutschlands Verzicht sich auf alle Ansprüche, mochten sie solche des Staates oder solche von Privatpersonen sein, erstrecken müsse und daß er sein Gegenstück lediglich in der Anerkennung des Grundsatzes finde, nach dem die Annuitäten des Youngplans alle Ansprüche der Gläubigermächte und ihrer Staatsangehörigen aus dem Kriege grundsätzlich decken. Deutschland war bereit, den Verzicht auf Ansprüche des Staates für eigene Rechnung auszusprechen. . . . Dagegen hat Deutschland es abgelehnt, auch die Ansprüche für Rechnung deutscher Privatpersonen, insbesondere die Ansprüche auf Liquidationsüberschüsse, in den Verzicht allgemein einzubeziehen. Das Ergebnis der Verhandlungen war die Annahme der deutschen These, daß der Verzicht auf bestimmt umschriebene Ansprüche beschränkt und unter die Bedingung der Gegenseitigkeit gestellt werden müsse. Der in Art. III . . . vorgesehene Verzicht umfaßt daher in erster Linie reine Staatsforderungen, zu denen auch die unter Nr. 2 aufgeführten Ansprüche des Reichs auf Erstattung der Debitsalden aus dem Ausgleichsverfahren gehören. Darüber hinaus ist nur auf 2 Gruppen von Ansprüchen verzichtet, und zwar einmal auf die noch nicht geregelten Ansprüche der

Kriegsgefangenen und auf die Ansprüche aus den Schutzgebietsanleihen. . . Was das rechtliche Schicksal der Ansprüche aus den Schutzgebietsanleihen angeht, so ist durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts festgestellt, daß Deutschland für Schulden seiner ehemaligen Schutzgebiete nicht in Anspruch genommen werden kann. Von deutscher Seite ist der Standpunkt vertreten worden, daß die Mandatsgebiete für die Anleihen haften. Die Mandatsmächte haben dies stets abgelehnt. Selbst wenn aber die Mandatsmächte zu einer anderen Haltung hätten veranlaßt werden können, wären noch die Fragen zu klären gewesen, ob den Anleihen Goldcharakter zukommt und im Falle der Verneinung, ob sie aufzuwerten wären.

Diese Begründung ist nicht ganz durchsichtig und könnte immerhin Zweifel erwecken, ob nicht das Reich auf die Ansprüche aus den Schutzgebietsanleihen auch für Rechnung seiner Staatsangehörigen verzichtet hat und, wenn nicht, ob nicht wenigstens eine besondere völkerrechtliche Vereinbarung dahin zustandegekommen ist, daß die Mandatsgebiete für die Anleiheschulden nicht aufzukommen haben, wodurch die allgemeine völkerrechtliche Norm, wonach die Mandatsgebiete mit diesen Schulden belastet blieben, ausgeschlossen würde. Allein da die Begründung doch so viel ergibt, daß das Reich es einerseits abgelehnt hat, für Rechnung von Privaten allgemein zu verzichten, und andererseits auf der fortdauernden Haftung der Mandatsgebiete bestanden hat, so kann nur dem objektiven Sinn des Abkommens selbst ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden. Aus diesem Wortsinne ergibt sich jedenfalls nicht, daß das Reich einen privatrechtlichen Verzicht zu Lasten seiner Staatsangehörigen ausgesprochen hätte. Die gegenteilige Auffassung verbietet sich nicht allein deshalb, weil diese Staatsangehörigen — anders als sonst in internationalen Verträgen, wo ein solcher Verzicht beabsichtigt war — nicht genannt sind, sondern auch, weil nicht auf Ansprüche „aus“ den Anleihen, sondern „wegen“ der Anleihen verzichtet worden ist, woraus geschlossen werden kann, daß das Reich völkerrechtliche Ansprüche gegen die Unterzeichner des Abkommens wegen dieser Anleiheverpflichtungen aufgegeben hat. Sind demnach die privatrechtlichen Ansprüche der Anleihegläubiger — die ja auch nicht deutsche Staatsangehörige zu sein brauchten — durch den Verzicht des Reichs nicht berührt worden, weil sie nicht Gegenstand des Abkommens sind, so

ist auch die Auslegung nicht möglich, daß die Haftung der Mandatsgebiete, die überdies in dem Abkommen gar nicht berührt ist, vereinbarungsgemäß beseitigt worden sei.

Ist sonach anzunehmen, daß die Haftung der ehemaligen Deutschen Schutzgebiete für die Anleiheschulden weder infolge des Versailler Vertrags noch infolge des Haager Abkommens erloschen ist, so könnte von einem Wegfall des Hauptschuldners nur gesprochen werden, wenn die Schutzgebiete — ohne daß eine Rechtsnachfolge eingetreten wäre — aufgehört hätten, als Träger eigener Rechte und Pflichten fortzubestehen. Das ist dem Versailler Vertrag nicht zu entnehmen. Denn mit seinem Inkrafttreten haben die ehemaligen Schutzgebiete nur aufgehört, in ihrer bisherigen Gestalt als Deutsche Schutzgebiete zu bestehen. Ihre Rechtspersönlichkeit als solche ist nicht dadurch erloschen, daß sie unter die Verwaltung fremder Mandatarmächte getreten sind. Die Gebiete haben also nur aufgehört, selbständige Gebilde des deutschen Rechts zu sein. Wären sie, wie der III. Zivilsenat in RGZ. Bd. 105 S. 261 für Deutsch-Ostafrika angenommen hat, auf den annektierenden Staat übergegangen, so würde es weder an der Rechtsnachfolge fehlen, noch würde zufolge völkerrechtlicher Grundsätze die Haftung des Rechtsnachfolgers für die Schulden der annektierten Gebiete verneint werden können. Es kann daher die Frage offen bleiben, ob es sich bei der Rechtsnachfolge in die Rechte und Pflichten der Schutzgebiete ausnahmslos um eine Verwaltungszulzession oder teilweise auch um eine Gebietszulzession gehandelt hat.

Besteht sonach die Hauptschuld fort, so ist die vom Kammergericht bejahte Frage gegenstandslos, ob beim Wegfall des Hauptschuldners das Reich statt als Bürge nunmehr selbst als Hauptschuldner in Anspruch genommen werden könnte. Im Gegensatz zu dem Standpunkt des Kammergerichts ist sie übrigens für friedensmäßige Verwaltungsschulden der Schutzgebiete vom III., VII. und VIII. Zivilsenat des Reichsgerichts verneint worden (RGZ. Bd. 113 S. 281 [286]; Urteile v. 9. Juli 1929 VII 637/28, 638/28 und v. 24. März 1930 VIII 33/30), und für die primäre Haftung des Reichs aus den Schutzgebietsanleihen würde nichts anderes zu gelten haben, da diese Haftung, wie diejenige für reine Verwaltungsschulden, nur die Schutzgebiete selbst trifft. Der Wegfall des Hauptschuldners würde daher nicht bewirkt haben, daß das Reich selbst Hauptschuldner geworden

wäre; er würde nur die Frage aufwerfen, ob damit auch die Bürgenverpflichtung als akzessorische Verbindlichkeit hinfällig geworden wäre.

Ist demnach von der Bürgenhaftung des Reichs auszugehen, so ist das Recht der Hauptschuld dafür maßgebend, was der Bürge zu leisten hat, das Recht des Bürgschaftsvertrages aber dafür, ob er zu leisten hat. Denn die Bürgschaftsverpflichtung wird nach § 765 BGB. durch einen zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Vertrag begründet, der vom Gesetz nach Form und Inhalt besonders geregelt ist, seine eigene tatsächliche und rechtliche Grundlage hat und insoweit selbständige Verpflichtungen erzeugt. Die Verpflichtung des Bürgen ist daher mit der Hauptschuld nicht identisch, sondern sie besteht neben ihr. Nur ist für sie als akzessorische Verbindlichkeit in der Regel der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend (vgl. RÜZ. Bd. 71 S. 56; Bd. 73 S. 262). Der Bürge hat daher da zu erfüllen, wo er zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung seinen Wohnsitz hatte (§ 269 BGB.). Danach ist das örtliche Recht, dem die Bürgschaftsverpflichtung des Reiches untersteht, das deutsche Recht.

Gegenüber dem Bürgschaftsanspruch des Klägers steht das Reich auch für den Fall, daß die Hauptschuld nicht erloschen sei, auf dem Standpunkt, daß die Trennung der Schutzgebiete vom Mutterland seine Befreiung von der Bürgenhaftung herbeigeführt habe. Voraussetzung für die Übernahme der Bürgschaft, so meint das Reich, sei seinerzeit die staatsrechtliche Zusammengehörigkeit zwischen dem Reich und den Schutzgebieten oder deren staats- und völkerrechtliche Stellung zum Reich gewesen; eine Trennung dieser Gebiete vom Mutterland habe für die damalige Anschauung außerhalb des Bereichs der Möglichkeit gelegen. Mit solchen Erwägungen läßt sich indes die Bürgenhaftung nicht verneinen. Sollten die Schutzgebietzanleihen auf dem Anleihemarkt zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen wie die Reichsanleihen untergebracht werden, so bedurfte es, da die Schutzgebiete allein primär haftbar sein sollten, einer Sicherung der Gläubiger durch das Reich. Aus diesem Grunde trat es als Bürge hinter die Schutzgebiete. Hätte das Reich zwar bürgen, seine Bürgschaft aber für den Fall ablehnen wollen, daß die Schutzgebiete vom Reich abgetrennt würden, so würde ein unter solchen Bedingungen erfolgtes Anleiheangebot mutmaßlich den Anleihemarkt gedrückt haben. Denn Kriegsgefahren lagen in jenen Zeiten (1908, 1909, 1913)

auch für die damalige Betrachtung keineswegs fern. Wer daher solche Anleihestücke unter den Bedingungen des Reichsgesetzes vom 18. Mai 1908 erwarb, rechnete damit und durfte dem wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft entsprechend damit rechnen, daß er jedenfalls so lange durch die Bürgschaft des Reichs vor der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners geschützt sei, als dieser selbst noch haftete. Eine gegenteilige Auslegung des Bürgschaftsvertrags, die wegen der Abtrennung der Gebiete vom Reich dieses von seiner Verpflichtung trotz Fortdauer der Haftung der Gebiete befreien würde, müßte sich entweder auf das Gesetz vom 18. Mai 1908 oder auf die Anleihebedingungen stützen können. Für eine solche Auslegung gibt dieses Gesetz keinerlei Anhalt. Nach ihm sind die Bürgenverpflichtungen diejenigen, die das Bürgerliche Gesetzbuch aufgestellt hat. Keine dieser Regeln steht der behaupteten Befreiung des Reichs zur Seite. Daß in den Anleihebedingungen etwas von jenem Gesetz Abweichendes vereinbart wäre, hat auch das Reich nicht behauptet. Es bedarf hier auch keiner Auseinandersetzung mit der von dem schweizerischen Völkerrechtslehrer Meyer-Balding in Niemehers Zeitschrift Bd. 26 S. 426 vertretenen Auffassung — auf die sich das Reich beruft — daß nämlich im Falle einer Staaten sukzession die Verpflichtung des Garanten einer Anleihe erlösche. Abgesehen davon, ob hier von einer Staaten sukzession gesprochen werden könnte (vgl. Köbner in JW. 1923 S. 472; Gerstmeier das. 1931 S. 612 zu Nr. 30), behandelt Meyer-Balding a. a. O. die Frage unter allgemeinen völkerrechtlichen Gesichtspunkten, während die Haftung des Reichs gegenüber den Anleihegläubigern nicht nach völkerrechtlichen Normen, sondern nach den unter deutschem Recht stehenden Bedingungen des Bürgschaftsvertrags zu beurteilen ist.

Nach diesem Recht entscheidet sich auch die Frage, ob dem Reich die von ihm erhobene Einrede der Vorausklage zusteht. Diese Frage ist mit der Revision zu verneinen. Nach § 773 Abs. 1 Nr. 2 BGB. ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist. Diese Bestimmung ist hier entsprechend anzuwenden. Daß die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner durch ein nach Übernahme der Bürgschaft eingetretenes Ereignis wesentlich erschwert

ist, weil er im Auslande belangt werden muß, bedarf keiner weiteren Erörterung. Insoweit besteht nicht nur Rechtsähnlichkeit, sondern Gleichheit des Tatbestandes. Da jedoch streng genommen nur eine natürliche Person einen Wohnsitz haben kann, ist die unmittelbare Anwendung der Vorschrift nicht möglich. Ihre entsprechende Anwendung verbietet sich nicht deshalb, weil, wie das Reich meint, bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht an die Möglichkeit einer Trennung der Schutzgebiete vom Reich gedacht worden sei. Denn die Gesetzesanalogie beruht darauf, daß wesensgleiche Tatbestände nach demselben Rechtsfaz zu beurteilen sind, auch wenn die Gesetzesfassung nur den einen wesensgleichen Tatbestand trifft. Wie die natürliche Person, so hat auch eine juristische Person einen Mittelpunkt ihres Wirkens, und zwar entspricht der ständigen Niederlassung einer natürlichen Person an einem Ort bei der juristischen Person der Ort des Sitzes der Verwaltung. Da § 773 Abs. 1 Nr. 2 BGB. eine ausgesprochene Schutzbestimmung zu Gunsten der Gläubiger ist, so würde jeder innere Grund dafür fehlen, diesen Schutz zu gewähren, wenn der Hauptschuldner eine natürliche Person ist, ihn aber zu versagen, wenn er eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Es müßte sich denn sagen lassen, diese verschiedene Behandlung der Gläubigerinteressen werde durch anderweitige Bestimmungen des Bürgerschaftsrechts gerechtfertigt; das ist aber nicht der Fall. Der Änderung des Wohnsitzes einer natürlichen Person entspricht bei einer juristischen Person die Änderung des Sitzes ihrer Verwaltung. Bis zum Inkrafttreten des Versailler Vertrages war die oberste Verwaltungsbehörde der Schutzgebiete der Reichskanzler als der verantwortliche Reichsminister, da die Ausübung der Schutzgewalt im Namen des Reichs dem Kaiser übertragen war. Die Schutzgebiete wurden im Rechtsstreit durch den Reichskanzler vertreten (RG. in SeuffArch. Bd. 52 Nr. 236 und in JW. 1902 S. 418 Nr. 4). Ob für örtliche Verwaltungsschulden ein anderes galt, braucht hier nicht untersucht zu werden. Auch für die im Wege der Reichsgesetzgebung zu Lasten der Schutzgebiete ausgegebenen Anleihen war der Reichskanzler diejenige Behörde, die den Schutzgebietsfiskus im Rechtsstreit vertrat. Dieser Fiskus hatte daher gemäß § 18 ZPO. in Berlin Recht zu geben, während der Sitz der Verwaltung der Gebiete seit Inkrafttreten des Versailler Vertrags im Auslande liegt. Daher ist der Wohnsitzveränderung einer Privat-

person, die sich nach Übernahme der Bürgschaft durch Ortswechsel vom Inland ins Ausland vollzieht, bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die aus Anlaß der Verschiebung der politischen Grenzen erfolgte Veränderung des Verwaltungssitzes gleichzustellen, sofern nur der Hauptschuldner im Inlande nicht mehr zu belangen und dadurch eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist.

Auch dem Bürgschaftsvertrage selbst ist, entgegen der Meinung des Reichs, kein dem entgegenstehender Parteiwille zu entnehmen. (Wird näher ausgeführt.)

Auch die Hauptschuld untersteht, wie das Kammergericht zutreffend angenommen hat, deutschem Recht. Sie ist in Reichswährung begründet worden, und sie ist, gleichviel ob sie in Berlin oder in den unter deutscher Hoheit und unter deutschem Recht stehenden Schutzgebieten zu erfüllen war, nach deutschem Recht zu beurteilen. In gleicher Weise richtet sich daher die Frage der Aufwertung, die zum Inhalt der Schuld gehört, nach deutschem Recht. Die Tatsache, daß die Schutzgebiete vom Reich abgetrennt worden und unter die Verwaltung fremder Mandatarmächte getreten sind, hat nach deutschem internationalen Privatrecht die Anwendbarkeit fremden Rechts nicht herbeigeführt. Da sich jedenfalls der Kläger auch nach dieser Abtrennung weder einem fremden Recht unterworfen hat noch zur Zeit der Währungsproklamationen der fremden Mandatarmächte, auf die sich die Revision beruft, in einem früheren Schutzgebiet gewohnt hat und daher dem fremden Herrschaftsbereich nicht unterworfen war, so ist von der fortdauernden Geltung deutschen Rechts für die Hauptschuld auszugehen. Nur wenn beide Parteien zur Zeit des Erlasses dieser Proklamationen innerhalb des fremden Machtbereichs domiziliert gewesen wären oder sich dem neu eingeführten fremden Recht unterworfen hätten, könnte nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Anwendbarkeit dieser Proklamationen in Frage kommen (RGZ. Bd. 131 S. 41). Da ferner in den Schuldverschreibungen, wie das Kammergericht zutreffend und von der Revision nicht beanstandet angenommen hat, keine Goldobligationen verbrieft sind, sind für die Ansprüche gegen die Hauptschuldner nur die deutschen Aufwertungsgrundsätze maßgebend.

Wäre nach diesen Grundsätzen die Hauptschuld überhaupt nicht aufzuwerten, so müßte dies in der Regel auch dem Bürgen zugute

kommen (RGZ. Bd. 134 S. 126). Das Kammergericht hat jedoch den Einwand des Reichs, daß eine Aufwertung deshalb ausgeschlossen sei, weil in den Schuldverschreibungen eine abstrakte Verbindlichkeit verbrieft sei, für unbegründet erachtet, weil die Rechtspredung nur für Geldscheine und Wechselforderungen die Aufwertung abgelehnt habe. Die Gründe, die für diese Ausschließung maßgebend gewesen seien, träfen aber für Forderungen aus Anleihen nicht zu. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Es ist zwar richtig, daß das Reichsgericht in RGZ. Bd. 110 S. 40 die Aufwertung einer Wechselforderung abgelehnt und diese Auffassung u. a. damit begründet hat, daß der Wechsel nur eine rein abstrakte Verpflichtung begründe. Ob dieser Umstand allein ausreichen würde, die Nichtaufwertbarkeit einer Wechselforderung zu begründen, ist hier nicht zu untersuchen. Richtig ist ferner, daß der erkennende Senat in RGZ. Bd. 114 S. 27 und Bd. 125 S. 275 ausgesprochen hat, daß die alten Banknoten, wenn sie als Schuldverschreibungen auf den Inhaber aufzufassen sein sollten, wegen der abstrakten Natur des Schuldversprechens nicht aufzuwerten seien. Allein Wechsel und Scheck vertreten, ebenso wie die alten Banknoten, soweit diese nicht schon reine Geldzeichen geworden sein sollten, nach der Verkehrsanschauung die Stelle baren Geldes und sind daher nicht anders als dieses zu behandeln. Dagegen unterliegen Grundschulden, Ansprüche aus Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar sind, und Pfandbriefe privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Grundkreditanstalten nach den §§ 31, 33, 51, 47 AufwG. unter den dort genannten Voraussetzungen ungeachtet ihrer abstrakten Natur der Aufwertung. Es besteht daher auch da, wo weder diese Vorschriften noch das Anleiheablösungsgesetz Anwendung finden, wegen der abstrakten Natur einer Anleihe-Schuldverschreibung kein Bedenken gegen ihre Aufwertung. Das ist vom erkennenden Senat schon in RGZ. Bd. 118 S. 370 und Bd. 126 S. 215 anerkannt worden.

Wie nun die Bürgschaftsforderung aufzuwerten ist, darüber hat sich das Kammergericht nicht ausgesprochen, da es eine Forderung gegen das Reich als Hauptschuldner annahm und sich daher nur mit deren Aufwertung zu befassen hatte. Irrig ist nicht nur die Auffassung, das Reich sei als Hauptschuldner zu betrachten, sondern rechtlich zu beanspruchen sind auch die aufwertungsrechtlichen Grund-

sätze, welche der Vorderrichter für die Aufwertung der Hauptschuld anwendet. Er will die Aufwertung nach Lage des Einzelfalles nach freiem Ermessen bestimmen, wobei er vom Höchstfuß des § 63 Abs. 1 AufwG. ausgeht, weil der Kläger selbst vortrage, daß er die Anleihestücke zum Zwecke der Kapitalsanlage schon vor dem Kriege erworben habe. Innerhalb dieser Höchstgrenze will der Berufungsrichter über eine Aufwertung von 10% nicht hinausgehen, jedoch soll dieser Prozentsatz wiederum nur in Betracht kommen, wenn der Kläger die Stücke zu dauernder Kapitalsanlage erworben habe und im übrigen infolge seiner Mittellosigkeit auf die Einkünfte aus dieser Kapitalsanlage angewiesen sei. Soweit damit dem Kläger 10% seiner Forderung offengehalten sind, ist er zwar nicht beschwert. Allein es kann, wie die Revision mit Recht geltend macht, hier nur eine schematische Aufwertung, die für alle Gläubiger gleichmäßig gilt, in Frage kommen.

Die Schuldverschreibungen des Klägers sind Teilbeträge größerer Anleihen aus den Jahren 1908, 1909, 1913. Stehen nun auch die Gläubiger solcher Teilschuldverschreibungen an sich dem Schuldner als Einzelpersonen gegenüber, so ergibt sich doch aus der Einheitlichkeit der Kreditaufnahme und aus den den Schuldverschreibungen aufgedruckten Bedingungen, daß die Teilbeträge, mögen sie auch nicht gleich hoch sein, doch nach dem Verhältnis ihrer Nennwerte gleichberechtigt wegen der Verzinsung und Tilgung sein sollen. Dieser vertragsmäßigen Gleichwertigkeit der einzelnen Teile der Anleihen entspricht es, daß über die Höhe der Aufwertung nicht je nach der Vermögenslage oder den sonstigen besonderen Verhältnissen der einzelnen Gläubiger verschieden entschieden werden kann, sondern nur gegenüber allen Gläubigern gleichmäßig. Wie im Aktienrecht die Aufwertung von rückständigen Einlagen auf Aktien nur schematisch, d. h. für alle betroffenen Aktionäre gleichmäßig erfolgen muß, weil die allgemeinen Aufwertungsgrundsätze, die eine besondere Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Schuldners verlangen, zurücktreten müssen hinter den das Aktienrecht beherrschenden Grundsatz von der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre (RGZ. Bd. 113 S. 156), so müssen hier die allgemeinen Aufwertungsgrundsätze, soweit sie eine Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Gläubigers erfordern, zurücktreten hinter die Besonderheit, daß die Eigenschaft der Schuldverschreibungen als Teile einer größeren Anleihe die

einheitliche Aufwertung verlangt. Das hat der erkennende Senat schon in RÜZ. Bd. 117 S. 148 ausgesprochen, wo es sich um Teile eines Gesamtdarlehn's handelte. Von dem Grundsatz der Gleichstellung aller Gläubiger einer Anleihe ist der Senat auch in seiner Entscheidung RÜZ. Bd. 126 S. 196 ausgegangen, die eine internationale Anleihe betraf (vergl. insoweit auch § 46 AufwG.).

Hiernach kann nicht in Frage kommen, daß ein Anleihegläubiger Aufwertung nach § 63 Abs. 1 AufwG., der andere nach § 242 BGB., also ohne Beschränkung auf den Höchstfuß des § 63 Abs. 1 AufwG., beanspruchen könnte. Darüber, ob etwa grundsätzlich alle Gläubiger Aufwertung nur nach § 63 Abs. 1 AufwG. verlangen könnten, hat sich das Kammergericht nicht ausgesprochen. Es hält diese Vorschrift für anwendbar, weil der Kläger nach seiner Behauptung die Stücke zum Zwecke der Kapitalsanlage vor dem Kriege erworben habe. Jedoch ist zu fragen, ob alle Ansprüche unterschiedslos als Vermögensanlage zu behandeln oder ob sie nach § 242 BGB. aufzuwerten sind.

Die Frage ist in ersterem Sinne zu beantworten. In der Rechtsprache war der Begriff der Vermögensanlage früher nicht gebräuchlich. Während die Dritte Steuernotverordnung in § 1 Abs. 2 eine Anzahl von Ansprüchen ohne weiteres als Vermögensanlagen bezeichnete, sagt das Aufwertungsgesetz in den Absätzen 2 und 3 des § 63 nur, was nicht als Vermögenslage zu gelten hat, aber im 1. Absatz, der einen Höchstfuß für Vermögensanlagen vorschreibt, nicht, was eine Vermögensanlage sei. Nach rein objektiven Merkmalen ist der Begriff, der an sich ein wirtschaftlicher ist, bisher in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht bestimmt worden. Das Reichsgericht ist vielmehr ständig von einem subjektiven Merkmal, nämlich von dem Zweck des Geschäfts — von der Gläubigerseite aus gesehen — ausgegangen und hat jede auf eine gewisse Dauer berechnete Verwendung von Vermögensstücken, die zum Zwecke der Erhaltung und Nutzung des Kapitals erfolgt ist, als Vermögensanlage angesehen. Danach müßte der Anspruch aus einer Schuldverschreibung als Vermögensanlage aufgefaßt werden, wenn sie der Inhaber zum Zwecke dauernder Kapitalsanlage erworben hat; anderenfalls müßte der Anspruch nach § 242 BGB. aufgewertet werden. Sollen aber die Gläubigerrechte aus einer Anleihe gleichmäßig bestimmt werden, so ist diese Unterscheidung nicht möglich. Anzuwenden ist vielmehr ausnahmslos § 63 Abs. 1 AufwG. Denn es ist, da es sich um eine langfristige Anleihe

handelt, anzunehmen, daß die Anleihestücke in der Hand der ersten Erwerber als Vermögensanlage zu betrachten sind, weil dies erfahrungsmäßig im Regelfalle den Absichten des Erwerbers entspricht. Danach ist, wie die Forderung gegenüber den ehemaligen deutschen Schutzgebieten, so auch die Bürgschaftsforderung gegen das Reich nach Maßgabe des § 63 Abs. 1 AufwG. aufzuwerten, und zwar kommt auch für die Bürgenhaftung des Reiches nur eine gleichmäßige Aufwertung allen Gläubigern gegenüber in Frage.

Sollte hiernach etwa die Hauptschuld auf 25% aufzuwerten sein, was der Berufungsrichter zu ermessen haben wird, so würde daraus nicht folgen, daß auch der Bürge in dieser Höhe aufzuwerten hätte. Denn der erkennende Senat hat den Grundsatz der Akzessorität der Bürgschaft bei der Frage der Aufwertung nicht festgehalten, sondern wiederholt ausgesprochen, daß nach den Grundsätzen der Billigkeit, auf denen das Aufwertungsrecht wesentlich beruht, im Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger ein Interessenausgleich vorzunehmen sei, wobei die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners außer Betracht zu lassen seien (so zuletzt im Ur. vom 21. Januar 1929 IV 631/28). Wie sich demnach der leistungsfähige Bürge u. U. nicht auf die beim Hauptschuldner etwa vorliegenden Abwertungsgründe berufen kann, so darf anderseits der in ungünstiger Vermögenslage befindliche Bürge geltend machen, daß er nicht in gleicher Höhe aufzuwerten brauche wie der leistungsfähige Hauptschuldner. Das gilt auch, wenn ein Staat der Bürge ist.

Kommt es sonach auf die Vermögensverhältnisse des Bürgen an, so ist die Meinung der Revision zwar richtig, daß die Schutzgebietsanlagen als Sicherung für den Regreßanspruch des Reichs nicht zu betrachten waren; gleichwohl ist es nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht den Umstand mitberücksichtigt hat, daß diese Anlagen für das Reich entschädigungslos verloren gegangen sind. Denn dieser Verlust steht nicht außerhalb der zu beurteilenden Gesamtvermögenslage des Reichs, weil die entschädigungslose Abtretung der Schutzgebiete mit ihren Anlagen, obschon sie selbständige Träger von Rechten und Pflichten waren, schon insofern auch das Reich traf, als ihm seine Aufwendungen für die Kolonien (Darlehen), wofür diese seine Schuldner geworden waren, nicht ersetzt worden sind. Dabei mag ganz davon abgesehen werden, daß die Finanzkraft von Deutsch-Ostafrika, Ägypten und Deutsch-Südwestafrika in den letzten

Jahren vor dem Kriege in unerwartet starkem Grade gewachsen war und deshalb der entschädigungslose Verlust dieser Kolonien, die anfangs Zuschußgebiete waren (vgl. Schnee Koloniallexikon Bd. 3 S. 312ffg.), für das Reich eine Schwächung auch in vermögensrechtlicher Hinsicht in sich schloß.

Die Revision beanstandet sodann die Mitberücksichtigung der Regelung des Anleiheablösungsgesetzes. Auch darin ist ihr nicht beizutreten. Als Richtlinien bei der Aufwertung nach § 63 Abs. 1 AufwG. kommen zwar weder die Sätze jenes Gesetzes noch seine Unterscheidung zwischen Alt- und Neubefiz in Betracht, die ja auch eine ungleiche Behandlung der Gläubiger zur Folge haben müßte. Das schließt indessen nicht aus, daß im Rahmen des § 242 BGB., der innerhalb der Grenzen des § 63 Abs. 1 AufwG. anwendbar bleibt, auch bei der Frage nach der Bürgenhaftung des Reiches der Umstand Berücksichtigung finden kann, daß die Not der Staaten und Gemeinden im Anleiheablösungsgesetz Anerkennung gefunden hat (vgl. RGArt. vom 15. Mai 1931 IV 7/31).

Schließlich meint die Revision, die Bürgschaft sei gerade dazu bestimmt gewesen, den Kläger vor den Gefahren des Krieges zu schützen. Da die finanziell ungünstige Lage des Reiches eine Folge des Krieges, also gerade desjenigen Ereignisses sei, vor dessen nachteiligen Folgen der Kläger durch die Bürgschaft habe geschützt werden sollen, so entspreche es nicht dem Grundsatz des § 242 BGB., daß die Bürgschaftsschuld unter die Hauptschuld herabgesetzt werde. Dem ist nicht beizustimmen. Der wirtschaftliche Zweck der Bürgschaftsverpflichtung ist die Sicherung des Gläubigers für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllen wird. Die Verpflichtung des Reiches hat nur zum Inhalt, daß der Bürge den Gläubigern für die Markverbindlichkeiten des Hauptschuldners in der damaligen Reichswährung einstehen will. Es kann aber nicht darüber hinaus angenommen werden, daß sich der Bürge den Gläubigern verpflichtet hätte, alle Kriegsfolgen auf sich zu nehmen und diese auszugleichen. Das käme auf eine Goldobligation hinaus, die weder Gegenstand der Anleihe noch der Bürgschaft ist.

Welchen Aufwertungssatz der Berufungsrichter unter Beachtung vorstehender Grundsätze innerhalb der Grenzen des § 63 Abs. 1 AufwG. für die Bürgschaftsschuld des Reiches gemäß § 242 BGB. feststellen will, unterliegt seinem sachrichterlichen Ermessen; nur muß

dieser Satz einheitlich für alle Gläubiger festgestellt werden. Dabei wird, soweit eine Verurteilung zur Zahlung in Frage steht, der Einwand des Reiches nachzuprüfen sein, daß die im Besitze des Klägers befindlichen Anleihestücke nicht ausgelost worden seien und daß daher der Hauptantrag der Klage schon wegen mangelnder Fälligkeit abgewiesen werden müsse.

Hiernach war das angefochtene Urteil nur insoweit zu bestätigen, als es die Klage in Höhe von 6000 RM. (75% des Nennbetrags der der Klage zugrunde liegenden Anleihestücke) abgewiesen hat. Im übrigen war es aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuberweisen.

2. 1. Zur Klagebegründung bei Schadensersatzansprüchen wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung.

2. Kann der durch eine fahrlässige Amtspflichtverletzung Geschädigte gegen den schuldigen Beamten auf Feststellung klagen, daß dieser ihm zum Schadensersatz verpflichtet sei, soweit er, der Geschädigte, auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermöge?

3. Zum Verjährungsbeginn bei Schadensersatzansprüchen wegen Amtspflichtverletzung.

BGB. §§ 839, 852.

III. Zivilsenat. Ur. v. 3. Juni 1932 i. S. B. G. Gesellschaft mbH. (Rl.) w. G. (Bekl.). III 18/32.

I. Landgericht Cottbus.

II. Kammergericht Berlin.

Durch Vertrag vom 2. November 1927, den der verklagte Notar G. beurkundete, verkaufte der im ersten Rechtszug mitverklagte Rittergutsbesitzer S. sein Rittergut an den Diplomlandwirt R. und den Kaufmann M. Der Beklagte G. wirkte auch bei der Abwicklung des Vertrages mit. 315000 RM., welche die Klägerin den Gutskäufern für das an sie, die Klägerin, mitveräußerte Holz des Gutsforstes zu zahlen hatte, vertraute sie dem Beklagten G. als Treuhänder an. Er zahlte das Geld an S., jedoch nach Behauptung der Klägerin ohne Einhaltung der verabredeten Bedingungen. Sie will dadurch um 30000 RM. geschädigt sein und macht dafür sowohl den S. als auch den Beklagten verantwortlich. Mit der Klage hat sie die Verurteilung des S. zur Zahlung der genannten Summe und gegen den Be-

dieser Satz einheitlich für alle Gläubiger festgestellt werden. Dabei wird, soweit eine Verurteilung zur Zahlung in Frage steht, der Einwand des Reiches nachzuprüfen sein, daß die im Besitze des Klägers befindlichen Anleihestücke nicht ausgelost worden seien und daß daher der Hauptantrag der Klage schon wegen mangelnder Fälligkeit abgewiesen werden müsse.

Hiernach war das angefochtene Urteil nur insoweit zu bestätigen, als es die Klage in Höhe von 6000 RM. (75% des Nennbetrags der der Klage zugrunde liegenden Anleihestücke) abgewiesen hat. Im übrigen war es aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuberweisen.

2. 1. Zur Klagebegründung bei Schadensersatzansprüchen wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung.

2. Kann der durch eine fahrlässige Amtspflichtverletzung Geschädigte gegen den schuldigen Beamten auf Feststellung klagen, daß dieser ihm zum Schadensersatz verpflichtet sei, soweit er, der Geschädigte, auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermöge?

3. Zum Verjährungsbeginn bei Schadensersatzansprüchen wegen Amtspflichtverletzung.

BGB. §§ 839, 852.

III. Zivilsenat. Ur. v. 3. Juni 1932 i. S. B. G. Gesellschaft mbH. (Rl.) w. G. (Bekl.). III 18/32.

I. Landgericht Cottbus.

II. Kammergericht Berlin.

Durch Vertrag vom 2. November 1927, den der verklagte Notar G. beurkundete, verkaufte der im ersten Rechtszug mitverklagte Rittergutsbesitzer S. sein Rittergut an den Diplomlandwirt R. und den Kaufmann M. Der Beklagte G. wirkte auch bei der Abwicklung des Vertrages mit. 315000 RM., welche die Klägerin den Gutskäufern für das an sie, die Klägerin, mitveräußerte Holz des Gutsforstes zu zahlen hatte, vertraute sie dem Beklagten G. als Treuhänder an. Er zahlte das Geld an S., jedoch nach Behauptung der Klägerin ohne Einhaltung der verabredeten Bedingungen. Sie will dadurch um 30000 RM. geschädigt sein und macht dafür sowohl den S. als auch den Beklagten verantwortlich. Mit der Klage hat sie die Verurteilung des S. zur Zahlung der genannten Summe und gegen den Be-

klagen G. die Feststellung seiner Verpflichtung begehrt, ihr den durch die abredewidrige Auszahlung der 315 000 RM. entstandenen Schaden zu ersetzen, soweit sie auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermöge.

Das Landgericht gab dem gegen den Beklagten G. gerichteten Feststellungsantrage statt. Auf seine Berufung wies das Kammergericht die Klage gegen ihn ab. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Klage stützt sich in erster Reihe auf § 839 Abs. 1 BGB. Insofern steht ihr jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, Satz 2 das. entgegen. Danach kann der Beamte, sofern ihm, wie das bei dem verklagten Notar der Fall sein soll, nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Die Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu erlangen, bildet in solchem Fall einen Teil des Tatbestandes, aus dem der Schadenersatzanspruch hergeleitet wird, und gehört daher zur Klagebegründung (RGZ. Bd. 81 S. 430; JW. 1930 S. 1304 Nr. 6 mit Nachweisungen). Sie muß von der klagenden Partei behauptet und bewiesen werden. Daran hat es, worauf das Berufungsgericht mit Recht entscheidendes Gewicht legt, die Klägerin fehlen lassen. Sie hat, wie die Tatbestände der Instanzurteile und die dort in Bezug genommenen Schriftsätze ergeben, keine dahingehende Behauptung aufgestellt.

In den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils findet sich zwar der Satz, es könne bereits als festgestellt gelten, daß der Ersatz des der Klägerin entstandenen Schadens von anderer Seite, insbesondere von S. oder von den Käufern K. und M., wie gerichtsbekannt sei, voraussichtlich nicht erlangt werden könne. Indessen kann hieraus nicht in Ergänzung des tatbestandlichen Parteivorbringens darauf geschlossen werden, daß die Klägerin die Leistungsunfähigkeit der ihr sonst etwa haftenden Personen geltend gemacht habe. Dem steht entscheidend ihr eigenes Klagebegehren entgegen. Sie fordert die Feststellung einer Schadenersatzverpflichtung des Beklagten nur, „soweit sie nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag“. Mit dieser wesentlichen Einschränkung ihres Antrags sowohl wie mit der Tatsache, daß sie in diesem Rechtsstreit zugleich den S. auf Zahlung des von ihr auf 30 000 RM. bezifferten Schadenersatzes verklagt hatte, würde eine Behauptung unvereinbar sein, sie könne von niemand sonst als dem Beklagten Ersatz erlangen. Sie

kann eine solche Behauptung nach Sinn und Zweck ihrer Klage und nach deren Verbindung mit der Klage gegen S. nicht aufgestellt haben. Die übrigens auch nur „voraussichtlich“ die Möglichkeit anderweitigen Ersatzes verneinende, also dem § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht einmal voll entsprechende Wendung des Landgerichts ist daher für die Beurteilung der Klage ohne Belang. Sie gab auch dem Berufungsgericht keine Veranlassung, in Anwendung des Fragerechts nach § 139 ZPO. die Klägerin zu einer Ergänzung ihres Vorbringens zu veranlassen. Der Klageantrag mit seiner Beschränkung ließ von vornherein deutlich erkennen, daß die Klägerin die entscheidende Behauptung aufzustellen nicht in der Lage war oder nicht beabsichtigte. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Klägerin, wenn sie die Unmöglichkeit, sonst befriedigt zu werden, geltend gemacht hätte, nicht überhaupt statt einer Feststellungsklage eine Leistungsklage hätte erheben müssen.

Die Klägerin führt allerdings noch aus, es stehe fest, daß sie sich bei den ihr sonst haftenden Personen keinen vollen Ersatz verschaffen könne, nur die Höhe ihres Ausfalls sei ungewiß; sie müsse deshalb das Recht haben, schon jetzt diesen Ausfall gegen den Beklagten geltend zu machen, der dafür einstehen müsse. Diese Erwägungen werden jedoch der durch § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. geschaffenen Sonderstellung der nur einer Fahrlässigkeit schuldigen Beamten nicht gerecht. Der Geschädigte hat nach dieser Vorschrift zunächst die ihm sonst haftenden Personen in Anspruch zu nehmen. Die fahrlässig handelnden Beamten soll er nur haftbar machen können, wenn, also auch soweit er anderweit nicht befriedigt wird. Deshalb ist das Bestehen eines Ausfalls des Geschädigten, wie schon eingangs bemerkt, ein Tatbestandsmerkmal des gegen den Beamten gerichteten Anspruchs. Das gilt nicht nur für den Fall, daß der Geschädigte von anderer Seite überhaupt keinen Ersatz erlangen kann, sondern auch für den Fall, daß er ihn sonst nur teilweise findet. Die Höhe seines nach Inanspruchnahme anderer Haftpflichtiger noch verbleibenden Schadens muß er beziffern, ehe er einen bestimmten Anspruch gegen den schuldigen Beamten geltend machen kann. Würde gegen diesen schon dann geklagt werden dürfen, wenn nur irgendein Ausfall des Geschädigten, nicht aber seine Höhe feststände, so würde der Schutz, den die mehrgenannte Vorschrift den Beamten gewähren soll, in einer mit diesem Zweck des Gesetzes nicht verträglichen Weise

beschränkt werden. Es mag also bei ungewisser Höhe des von dem Beamten zu ersetzenden Restschadens zwar ein der Feststellung an sich zugängliches Rechtsverhältnis vorliegen. Sachlich ist aber, ehe die Höhe dessen feststeht, was der Geschädigte nicht auf andere Weise einbringen kann, weder eine Leistungs- noch eine Feststellungsklage gegen den Beamten gerechtfertigt.

Dabei soll noch bemerkt werden, daß die kurze Verjährung des § 852 BGB. erst dann ihren Lauf beginnt, wenn der Schadensersatzanspruch entstanden ist, bei einem Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB. also erst dann, wenn der Ausfall, für den der Beamte aufzukommen hat, auch seiner Höhe nach feststeht und diese Höhe dem Geschädigten bekannt ist. Solange und soweit sie ungewiß ist, kann er nicht gegen den Beamten klagen und braucht es deshalb auch nicht. Einen Verlust seines Anspruchs gegen den Beamten durch Ablauf der kurzen Verjährung hat der Gläubiger demnach nicht zu befürchten, wenn ihm eine Feststellungsklage, wie sie hier erhoben ist, versagt wird. . . .

3. Zur Anwendung des § 933 BGB.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 10. Juni 1932 i. S. M. AG. (N.) w. G. R. u. F. OmbG. (Wekl.). VII 304/31.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die klagende Aktiengesellschaft stellt Lastkraftwagen her. Sie hatte der Firma Gebr. Sch. in H. ihre Vertretung übertragen und mit ihr ausgemacht, daß sie bis zum 31. Dezember 1929 25 Zugwagen auf eigenes Risiko abzunehmen habe. Einen dieser Wagen verkaufte die Firma Sch. im Juni 1929 an den Fuhrunternehmer Schw. Dieser bezahlte einen Teil des Kaufpreises, im übrigen finanzierte die Beklagte den Kauf auf folgende Weise: Sie gab den Rest des Kaufpreises der Firma Sch. als Darlehen; wogegen ihr diese zur Sicherung die Rechte aus dem Kaufvertrag abtrat, ferner erklärte, daß sie ihr das Eigentum an dem Kraftwagen übertrage — wobei die Übergabe durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages ersetzt wurde, sodas die Firma Sch. den bei ihr stehenden Wagen behielt — und sich verpflichtete, den Wagen unter Vorbehalt des Eigentums an Schw. zu geben. Schw. erklärte sich mit diesen Abmachungen einverstanden, vereinbarte mit der Beklagten einen Leihvertrag über den Wagen, übernahm die

beschränkt werden. Es mag also bei ungewisser Höhe des von dem Beamten zu ersetzenden Restschadens zwar ein der Feststellung an sich zugängliches Rechtsverhältnis vorliegen. Sachlich ist aber, ehe die Höhe dessen feststeht, was der Geschädigte nicht auf andere Weise einbringen kann, weder eine Leistungs- noch eine Feststellungsklage gegen den Beamten gerechtfertigt.

Dabei soll noch bemerkt werden, daß die kurze Verjährung des § 852 BGB. erst dann ihren Lauf beginnt, wenn der Schadensersatzanspruch entstanden ist, bei einem Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB. also erst dann, wenn der Ausfall, für den der Beamte aufzukommen hat, auch seiner Höhe nach feststeht und diese Höhe dem Geschädigten bekannt ist. Solange und soweit sie ungewiß ist, kann er nicht gegen den Beamten klagen und braucht es deshalb auch nicht. Einen Verlust seines Anspruchs gegen den Beamten durch Ablauf der kurzen Verjährung hat der Gläubiger demnach nicht zu befürchten, wenn ihm eine Feststellungsklage, wie sie hier erhoben ist, versagt wird. . . .

3. Zur Anwendung des § 933 BGB.

VII. Zivilsenat. Urf. v. 10. Juni 1932 i. S. M. AG. (N.) w. G. R. u. F. OmbG. (Wefl.). VII 304/31.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die klagende Aktiengesellschaft stellt Lastkraftwagen her. Sie hatte der Firma Gebr. Sch. in H. ihre Vertretung übertragen und mit ihr ausgemacht, daß sie bis zum 31. Dezember 1929 25 Zugwagen auf eigenes Risiko abzunehmen habe. Einen dieser Wagen verkaufte die Firma Sch. im Juni 1929 an den Fuhrunternehmer Schw. Dieser bezahlte einen Teil des Kaufpreises, im übrigen finanzierte die Beklagte den Kauf auf folgende Weise: Sie gab den Rest des Kaufpreises der Firma Sch. als Darlehen; wogegen ihr diese zur Sicherung die Rechte aus dem Kaufvertrag abtrat, ferner erklärte, daß sie ihr das Eigentum an dem Kraftwagen übertrage — wobei die Übergabe durch Abschluß eines Verwahrungsvertrages ersetzt wurde, sodas die Firma Sch. ten bei ihr stehenden Wagen behielt — und sich verpflichtete, den Wagen unter Vorbehalt des Eigentums an Schw. zu geben. Schw. erklärte sich mit diesen Abmachungen einverstanden, vereinbarte mit der Beklagten einen Leihvertrag über den Wagen, übernahm die

gesamtschuldnerische Haftung für das der Firma Sch. gegebene Darlehen und gab der Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises eine Reihe von Wechseln. Die Firma Sch. übergab sodann dem Schw. den Wagen unter Vorbehalt des Eigentums. Schw. konnte aber die Wechsel nicht einlösen, und die Beklagte nahm im Oktober 1929 den Wagen auf Grund einer Bestimmung ihres Vertrags mit Schw. an sich.

Die Klägerin behauptet, sie habe der Firma Sch. den Wagen nur unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises gegeben, dieser sei aber noch nicht voll bezahlt. Sie verlangt deshalb Herausgabe des Wagens. Die Beklagte bestreitet den Eigentumsvorbehalt und macht geltend, der Wagen sei auch bezahlt; auf alle Fälle habe sie infolge ihres guten Glaubens das Eigentum daran erworben.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Herausgabe des Wagens verurteilt. Auf ihre Berufung hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Das Oberlandesgericht nimmt an, die Beklagte habe infolge guten Glaubens das Eigentum an dem Kraftwagen nach § 933 BGB. erlangt. Die Übergabe an Schw. als den Stellvertreter der Beklagten stelle die in § 933 geforderte Übergabe dar, und zu der Zeit habe die Beklagte geglaubt, die Firma Sch. sei Eigentümerin des Wagens. Die Revision meint, wenn Schw. Stellvertreter der Beklagten gewesen sei, so komme es auf dessen guten Glauben an; § 933 erfordere auch den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den neuen Eigentümer, einen solchen habe jedoch die Beklagte durch die Übergabe an Schw. nicht erlangt.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis beizutreten. Der gutgläubige Eigentumserwerb nach § 933 BGB. setzt neben der Einigung über den Eigentumsübergang und der Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber nicht den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den neuen Eigentümer voraus, sondern, wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt, eine Übergabe vom Veräußerer an den Erwerber. Erfolgt diese Übergabe, so liegt dann ebenso wie im Falle des § 929 BGB. eine Einigung und eine Übergabe vor (RGKomm. Anm. 1 Abs. 1 a. E. zu § 933 BGB.), und das Gesetz hatte keinen Anlaß, für diesen Fall etwas anderes zu bestimmen als beim sonstigen Erwerb des Eigentums infolge guten Glaubens mittels Einigung und Übergabe (§ 932 BGB.). Unter

Übergabe im Sinne des § 933 kann man also nichts anderes verstehen als Übergabe nach § 929, d. h. Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Dies bedeutet aber nicht, daß der Veräußerer mit eigener Hand die Sache in die eigene Hand des Erwerbers geben müßte, wie man etwa daraus entnehmen könnte, daß Besitz die Innehabung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache ist (§ 854 BGB.). Die gesetzliche Regelung besagt nur folgendes: Es muß a) eine Übertragung des Besitzes, d. h. der tatsächlichen Gewalt, stattfinden, der Veräußerer darf also nicht mehr den geringsten Rest eines Besitzes (im Sinne der tatsächlichen Gewalt) in der Hand behalten und der Erwerber muß in vollem Umfang den Besitz ergreifen. Dazu muß der Wille des Veräußerers kommen, daß der Erwerber den Besitz ergreife, weil sonst verbotene Eigenmacht vorliegen würde. Sodann darf b) diese Besitzübertragung, wie das Wort „unmittelbar“ in der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Übergabe besagen soll, nicht darin bestehen, daß der Erwerber aus der Hand des Veräußerers mittelbaren Besitz erwirbt, sei es durch Abtretung eines mittelbaren Besitzes, der schon in der Hand des Veräußerers bestand, sei es durch Neuschaffung solchen Besitzes auf dem Wege der Begründung eines Besitzmittlerverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber, sodas dem Veräußerer der unmittelbare Besitz verbliebe. Die erwähnte Bestimmung des Begriffes „Übergabe“ sagt also nichts darüber, ob auf der Seite des Veräußerers oder des Erwerbers ein Mittelsmann für den einen oder den anderen auftreten darf oder nicht. Auf der Seite des Erwerbers kommt nur die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt in Frage, es kann sich also insoweit nur darum handeln, ob jemand für ihn die tatsächliche Gewalt ergreifen kann, ohne daß die Gewaltergreifung durch ihn dadurch in Frage gestellt würde. Dies ist zunächst beim Besitzdiener der Fall, d. h. dem Angehörigen eines Haushalts, Erwerbsgeschäfts oder dergleichen, der „für“ den Besitzherrscher die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt und dessen Weisungen unterworfen ist (§ 855 BGB.). Ergreift er für seinen Herrn die tatsächliche Gewalt, so ist er auf Grund des dort bezeichneten Verhältnisses in Ansehung der Sache Besitzdiener, und nur sein Herr ist Besitzer im Sinne des Gesetzes. Ebenso kann aber jemand für einen anderen Besitz ergreifen, wenn er dies tut, um sich den unmittelbaren, dem anderen aber zugleich den mittelbaren Besitz zu verschaffen, etwa auf Grund eines vorher vereinbarten Besitzmittlerverhältnisses

(RGRKomm. Anm. 3 zu § 929 BGB.; RGZ. Bd. 100 S. 190). Es handelt sich in diesem Falle nicht um eine Stellvertretung bei der Erlangung des unmittelbaren Besitzes; der Besitz ist als Innehabung der tatsächlichen Gewalt eine Tatsache, es kann also eine Stellvertretung beim Besitz nicht geben. Die §§ 164 flg. BGB. beziehen sich ihrem Wortlaut nach auch nur auf Willenserklärungen; und mag man diese Vorschriften noch soweit auslegen, einer Anwendung auf die Tatsache der Besitzerlangung werden sie nicht fähig. Etwas der Stellvertretung Ähnliches hat hier das Gesetz nur in der Besizdienerschaft geschaffen: der Besizdiener übt die tatsächliche Gewalt „für“ seinen Herrn aus. Bei der Hergabe der Sache an den Besizmittler des Erwerbers erwirbt der Besizmittler den Besitz nicht in Stellvertretung des Erwerbers, sondern er allein wird unmittelbarer Besizer und der Erwerber wird nur mittelbarer Besizer; es findet also eine Übertragung unmittelbaren Besitzes statt, und zwar, wenn auch nicht an den Erwerber selbst, so doch auf die Seite des Erwerbers in der Person seines Besizmittlers mit der Wirkung, daß auch der Erwerber Besizer (mittelbarer Besizer) wird. Wenn also der Erwerber die Sache nicht selbst haben will, so ist nicht der Umweg nötig, daß der Veräußerer sie dem Erwerber in die Hand gäbe, damit die Übergabe erfüllt sei, während dieser sie erst dem Besizmittler aushändigen müßte, sondern es genügt die unmittelbare Hingabe der Sache vom Veräußerer an den Besizmittler. Diese Auffassung ergibt sich aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches als Inhalt des Gesetzes; sie wird auch allein den Erfordernissen des Verkehrs gerecht. Zudem entspricht sie der Auslegung, die das Reichsgericht dem zweiten Falle des § 934 BGB. gegeben hat. Nach dieser Bestimmung erwirbt jemand gutgläubig Eigentum an einer Sache, wenn eine Einigung zwischen ihm und dem Veräußerer vorliegt, wenn der Veräußerer, der nicht mittelbarer Besizer ist, seinen vermeintlichen Anspruch auf Herausgabe gegen einen Dritten an den Erwerber abtritt und wenn der Erwerber den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, sofern er zu dieser Zeit gutgläubig war. Auch hier bedarf es, wenn der Erwerber die Sache nicht selbst in die Hand bekommen will, nicht erst einer Hingabe der Sache an den Erwerber, dem es dann überlassen bliebe, die Sache an den Besizmittler zu geben, es genügt vielmehr, wenn der Veräußerer die Sache unmittelbar dem Besizmittler aushändigt; ja es genügt zur Übergabe, wenn derjenige, der als neuer Besizmittler die Sache

in die Hand bekommen soll, sie schon als Besizmittler eines anderen in der Hand hat, ganz allein die Vereinbarung eines Besizmittlerverhältnisses nach § 868 BGB. zwischen dem Erwerber und dem Besizmittler (RGZ. Bd. 89 S. 348, Bd. 135 S. 75). Die §§ 933, 934 Fall 2 BGB. lassen das Vertrauen, das der wahre Eigentümer dem Inhaber der Sache entgegengebracht hat, vor dem guten Glauben des Erwerbers zurücktreten; es soll dies aber nur dann der Fall sein, wenn der Veräußerer den Besiz völlig verliert und der Erwerber den Besiz aus der Hand des Veräußerers bekommt. Ob dieser Besiz des Erwerbers durch einen Besizmittler vermittelt wird, ist für die Frage, ob das Vertrauen des bisherigen Eigentümers oder der gute Glaube des Erwerbers den Vorzug verdient, ohne Bedeutung, wenn nur der Veräußerer selbst nicht dieser Besizmittler ist.

Mit dem Berufungsgericht muß man annehmen, daß es im vorliegenden Falle auf den guten Glauben des Geschäftsführers der verklagten Gesellschaft mbH. und nicht auf den des Schw. ankommt, wenn die Beklagte infolge guten Glaubens das Eigentum erlangt haben soll. Daß eine Erlangung von Eigentum durch einen Stellvertreter zulässig ist, erscheint nicht zweifelhaft; es ist auch anerkannter Rechts, daß es in diesem Falle bei gutgläubigem Erwerb auf den guten Glauben des Vertreters und nicht auf den des Vertretenen ankommt (Planck BGB. 4. Aufl. § 932 Anm. 2 viertletzter Absatz; RGRKomm. 6. Aufl. § 932 Anm. 1 Abs. 2; Staudinger BGB. 9. Aufl. § 933 Anm. 1 Abs. 4). Dies gilt aber nur für den in den Erläuterungswerken vorausgesetzten Fall, daß der Vertreter die Einigung vornimmt und auch die Sache in die Hand bekommt. Der Eigentumsübergang setzt Einigung und Übergabe voraus. Die Einigung besteht aus Willenserklärungen, es finden hier also die §§ 164 flg. BGB. unmittelbar Anwendung und demnach auch § 166, der im Falle der Stellvertretung für die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters für maßgeblich erklärt. Bei der Übergabe aber gibt es, wie oben ausgeführt, keine Stellvertretung. Der Eigentumserwerb durch guten Glauben des Vertreters beruht also darauf, daß es bei der Einigung eine Stellvertretung gibt; die Übergabe ist für die Frage, wessen guter Glaube vorhanden gewesen sein muß, ohne Bedeutung, sie verschiebt nicht die Regel der §§ 932 flg. BGB., daß der Erwerber gutgläubig gewesen sein müsse. Wenn sich nun Einigung und Übergabe (richtiger Entgegennahme) auf der Seite des Erwerbers nicht in derselben Per-

son vollziehen, so kann nur dann eine Abweichung von der Regel, daß der Erwerber selbst gutgläubig gewesen sein muß, eintreten, wenn eine Stellvertretung bei der Einigung vorliegt, nicht aber wenn die Übergabe an einen Mittelsmann des Erwerbers geschieht. Denn nur bei der Einigung gibt § 166 BGB. die entsprechende Bestimmung, die Übergabe ist für die Vorschrift des § 166 unzugänglich, sie vollzieht sich rein auf dem Gebiete der Tatsachen. Dies kann auch nicht um deswillen Befremden erregen, weil der Erwerb des Besitzes beim gutgläubigen Eigentumserwerb im Vordergrund steht als der Umstand, der diesen Erwerb überhaupt erst rechtfertigt, im Falle der Übergabe an den Besizmittler des Erwerbers der neue Eigentümer aber den tatsächlichen Verhältnissen ziemlich fern steht, ja von der Übergabe vielleicht erst später erfährt. Das ist ebenso, wenn der Erwerber unmittelbarer Besitzer wird und seine tatsächliche Einwirkung auf die Sache zwar möglich ist — wäre sie das nicht, so erhielte er nicht unmittelbaren Besitz — aber infolge besonderer Umstände stark erschwert ist, z. B. wenn ein Brief in den Briefkasten einer Wohnung geworfen wird, deren Inhaber auf weiten Reisen von langer Dauer ist, oder wenn in der Wohnung abredgemäß ein Paket niedergelegt wird. Stellte man auf den guten Glauben des Besizmittlers ab, so legte man die Entscheidung in die Hand einer Person, die dem Erwerber gegenüber weiter nichts als ein Recht oder eine Pflicht zum Besitz hätte, und doch wäre ihr Verschulden in bezug auf ganz andere Umstände als das Besitzrecht oder die Besitzpflicht für den Erwerber von ausschlaggebender Bedeutung. Hält man jedoch den Stellvertreter in der Einigung für die maßgebliche Person, so wird dies dadurch gerechtfertigt, daß ein Innenverhältnis zwischen Erwerber und Stellvertreter besteht, auf Grund dessen man das Verschulden des Vertreters dem Vertretenen anrechnen kann. Auch hier gibt die Auslegung, die § 934 Fall 2 BGB., also eine Bestimmung mit ähnlichem Gedankeninhalt, erfahren hat, eine starke Stütze für die Richtigkeit der vorher gegebenen Auslegung des § 933 BGB. Das Reichsgericht hat wiederholt entschieden, daß es bei § 934 Fall 2 BGB. auf den guten Glauben des Erwerbers selbst ankomme, nicht aber auf den des Besizmittlers, der an seiner Statt die Sache in Empfang nimmt (RGZ. Bd. 89 S. 348, Bd. 135 S. 75). Man muß also im Falle der Übergabe der Sache an einen Besizmittler des Erwerbers auf den guten Glauben des Erwerbers und nicht auf den des Besizmittlers abstellen.

4. In welchem Sinn besteht und wie wirkt das Formerfordernis des § 313 BGB., wenn ein schriftlicher Mietvertrag seine Geltung von der Bedingung abhängig macht, daß es zur notariellen Beurkundung des in dem Mietvertrag vorgesehenen Vorkaufsrechts kommt?

VIII. Zivilsenat. Urf. v. 13. Juni 1932 i. S. 1. Firma Gebr. D. GmbH., 2. Louis Sch. u. Josef Sch., 3. Firma Gebr. M. AG. (Bekl.)
w. 1. S., 2. Frau Sp. (kl.). VIII 145/32.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die beiden Kläger sind Eigentümer der Grundstücke B.-Straße 36/38 in der Stadt G. Sie hatten die Grundstücke durch Verträge von 1920 und 1924 an die Erstbeklagte sowie an deren Teilhaber Louis und Josef Sch., die Zweitbeklagten, bis zum 31. Juli 1930 vermietet. Nachdem ein Geschäftsaufsichtsverfahren über die Erstbeklagte durch Zwangsvergleich beendet worden war, haben die Kläger am 25. Mai 1926 mit den genannten Beklagten und zum Teil auch mit der Drittbeklagten eine Mietvereinbarung in zwei Teilen privatschriftlich getroffen.

In dem ersten Teil werden zu Ziffer 1 die Mieten der alten Verträge ermäßigt. Nach Ziffer 2 sind die Mieter verpflichtet, das Mietgrundstück mit einem Aufwand von 25000 bis 30000 RM. zu „modernisieren“. Ziffer 3 lautet:

Die Mieter erhalten ein Vorkaufsrecht, welches nur binnen zehn Tagen nach Mitteilung durch Einschreiben von dem Kaufvertrag ausgeübt werden kann. Das Vorkaufsrecht soll nicht ins Grundbuch eingetragen und gleichzeitig mit dem Abschluß des Vertrages in besonderer Urkunde auf Kosten der Mieter notariell bestätigt werden.

In Ziffer 4 übernimmt die Drittbeklagte „für alle Verbindlichkeiten der Mieter aus diesem Vertrag“ die selbstschuldnerische Bürgschaft.

Den zweiten Teil des Mietvertrags schlossen die Kläger, und zwar für die Zeit vom 1. August 1930 bis zum 31. März 1940, außer mit den bisherigen Mietern auch mit der Drittbeklagten als Mieterin. Auch in diesem Vertragsteil, der — abgesehen von der Aufstellung neuer Mietzinsstaffeln — auf die schongetroffenen Mietvereinbarungen verweist, bestimmt § 4, daß die Mieter ein Vorkaufsrecht erhalten,

und regelt dessen Ausübung sowie ein Kündigungsrecht des Vermieters im Falle des Verkaufs und der Nichtausübung des Vorkaufsrechts. Am Schluß des § 4 steht:

Das Vorkaufsrecht soll nicht ins Grundbuch eingetragen werden und gleichzeitig mit dem Abschluß des Vertrages in besonderer Urkunde auf Kosten der Mieter notariell bestätigt werden.

Erst nach weiteren Verhandlungen kam es laut Notariatsniederschrift vom 17. Juni 1926 zur Bestellung des Vorkaufsrechts zwischen den Beteiligten, indes ohne Mitwirkung der Zweitbeklagten für ihre Person. In der Urkunde wurde zunächst vermerkt, daß die Kläger an die Beklagten die Häuser B.-Straße 36/38 bis zum 31. Juli 1930 bzw. bis zum 31. März 1940 vermietet haben. Dann heißt es weiter:

Für die Dauer dieser beiden Mietverträge, also bis zum 31. März 1940, räumen die Vermieter den Firmen Gebr. D. GmbH. und Gebr. A. AG. [also nicht, wie nach dem Mietvertrage, auch den Brüdern Sch.] ein dingliches Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an den vermieteten Grundflächen ein mit der Maßgabe, daß jeder der beiden Berechtigten für sich allein zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugt ist.

Regelt werden ferner die Ausübung der Vorkaufsrechts und dessen Folgen, ein Kündigungsrecht der Vermieter im Falle der Nichtausübung des Vorkaufsrechts und dessen Erlöschen. Schließlich heißt es: „Die Eintragung des Vorkaufsrechts soll nicht erfolgen.“

Die Kläger erhoben aus den Mietverträgen Klage auf Zahlung der seit dem 1. Juni 1931 rückständigen und der bis zum 31. März 1932 fällig werdenden Miete. Das Landgericht verurteilte die sämtlichen Beklagten antragsgemäß. Das Oberlandesgericht wies ihre Berufung mit Maßgaben zurück, die hier nicht von Belang sind. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

. . . Die Revision hält den der Klage zugrunde liegenden Mietvertrag für formnichtig, weil die den Mietvertrag und die Bewilligung des Vorkaufsrechts umfassenden Abmachungen ein einheitliches Abkommen seien und deshalb sämtlich der Formvorschrift des § 313 BGB unterlägen. Der Berufungsrichter verkennt nicht, daß die Verein-

barung des Vorkaufsrechts an einem Grundstück der Formvorschrift untersteht. Er scheidet dabei das persönliche Vorkaufsrecht nicht von dem dinglichen. Ersichtlich geht er davon aus, daß trotz der Wendung der Notariatsurkunde vom 17. Juni 1926, es werde „ein dingliches Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an den vermieteten Grundflächen“ bestellt, sich der Wille auf Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts klar aus der mit den Bemerkungen des Mietvertrags übereinstimmenden Abrede ergebe, eine Eintragung des Vorkaufsrechts solle nicht erfolgen. Insoweit sind auch Angriffe gegen das Berufungsurteil nicht erhoben.

Der Berufungsrichter meint, wegen der Vorkaufsbestimmung würde der Mietvertrag vom 25. Mai 1926 nach § 139 BGB. nichtig sein, wenn nicht anzunehmen sei, er wäre auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden. Den Beklagten sei zuzugeben, daß sie den Mietvertrag wegen der ihnen auferlegten Aufwendungen von 25000 bis 30000 RM. nicht ohne ein Vorkaufsrecht geschlossen hätten. Aus dem Inhalt des § 139 BGB. ergebe sich indes, daß es von dem Willen der Parteien abhängt, ob bei Nichtigkeit des einen Teils der andere gültig sein solle. Danach müsse es aber auch im Belieben der Parteien stehen, den von der Nichtigkeit nicht betroffenen Teil für den Fall und unter der Bedingung aufrechtzuerhalten, daß die vorgesehene Behebung der Nichtigkeit des anderen Teils erfolgt. Im vorliegenden Falle hätten die Parteien durch die sie beratenden Juristen gewußt, daß das Vorkaufsrecht zu seiner Gültigkeit notariell beurkundet werden müsse und daß die Gültigkeit des Mietvertrags von der Gültigkeit des Vorkaufsrechts abhängt. Die mit dem Abschluß des Mietvertrags „gleichzeitige“ notarielle Beurkundung des Vorkaufsrechts sei beim Abschluß des Mietvertrags begrifflich nicht mehr möglich gewesen. Es habe aber offensichtlich dem Willen der Parteien entsprochen, die Mietverträge für den Fall und unter der Voraussetzung als gültig zu behandeln, daß das Vorkaufsrecht demnächst gültig, d. h. notariell beurkundet werde. Sie hätten also die nachträgliche Beurkundung des Vorkaufsrechts erkennbar zu einer Bedingung für die Gültigkeit des Mietvertrags gemacht, derart, daß der Vertrag in vollem Umfange gültig werden sollte, wenn die Beurkundung des Vorkaufsrechts demnächst erfolgen würde. Die Zulässigkeit eines in solcher Weise bedingt geschlossenen Mietvertrags ergebe sich aus den Urteilen RGZ. Bd. 122 S. 138 [S. 142 am

Schluß] und Bd. 79 S. 434 [S. 437]; sie entspreche auch dem Rechtsgedanken des § 308 Abs. 1 BGB. Durch die am 17. Juni 1926 vorgenommene notarielle Beurkundung seien also die Mietverträge vom 25. Mai 1926 ihrem ganzen Inhalt nach gültig geworden. Der Umstand, daß das Vorkaufsrecht später nur für die Beklagten zu 1 und 3 bestellt worden sei, während es der Mietvertrag für alle Mieter vorsehe, ändere die Rechtslage nicht. Denn die Parteien seien nachträglich übereingekommen, die betreffenden Paragraphen der beiden Mietverträge entsprechend zu ändern; die dafür nach § 566 BGB. vielleicht erforderliche schriftliche Form werde durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

Demgegenüber erhebt die Revision zunächst eine Rüge nach den §§ 286, 139 ZPO. (Die Rüge wird abgelehnt.)

Ist danach die verfahrensmäßige Grundlage für die Auslegungserwägungen des Berufungsrichters nicht zu beanstanden, so ist auch sonst nicht ersichtlich, daß er in der Auslegung des Mietvertrags vom 25. Mai 1926 das Gesetz verletzt habe oder insoweit zu einem unmöglichen Ergebnis gekommen sei. Folgerichtig ist mit dem Berufungsrichter davon auszugehen, beide Parteien hätten gewußt, daß die Einräumung des Vorkaufsrechts nur in notarieller Form wirksam sei, und hätten von diesem Standpunkt aus die Mietvertragsabreden getroffen. Damit scheidet aber gerade nach der auch vom Vorderrichter angezogenen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 79 S. 434, Bd. 122 S. 138) und den im gleichen Sinne später ergangenen Urteilen RGZ. Bd. 125 S. 209, WarnRspr. 1930 Nr. 29 die Vorschrift des § 139 BGB. als richtunggebend aus, weil den Parteien bei den mietvertraglichen Abreden über die Bestellung des Vorkaufsrechts der Wille der Bindung und damit der rechtsgeschäftliche Wille fehlte. Rechtsgeschäftlich bedeutungsvoll sollte nach der Feststellung des Berufungsgerichts diese Abrede nur in dem Sinne sein, daß von der formgültigen (sei es auch späteren) Einräumung des Vorkaufsrechts, als von einer aufschiebenden Bedingung nach § 158 BGB., die Geltung des Mietvertrags abhängig gemacht wurde. Daß bei solcher Verknüpfung eines dem § 313 BGB. an sich nicht unterfallenden Vertrags mit einer danach formpflichtigen Abrede jene Formvorschrift für den so bedingten Vertrag nicht gilt, sagen die vom Berufungsrichter in diesem Sinne angezogenen Urteile RGZ. Bd. 79 S. 434 [S. 437] und Bd. 122 S. 138 [S. 142] allerdings nicht.

Sie fassen vielmehr nur Fälle ins Auge, in denen die (künftige) Bestellung des Vorkaufsrechts als Leistungspflicht im Mietvertrage bedungen war. Indes ist der Revision nicht darin beizutreten, daß der Mietvertrag dieser Verknüpfung wegen formpflichtig würde. Denn die Rechtsprechung unterwirft das persönliche Vorkaufsrecht der Form des § 313 BGB. nur deshalb, weil sich der Eigentümer mit dem Abschluß zur Übertragung des Eigentums (bedingt) verpflichtet (Ver. Zivilsenate in RGZ. Bd. 72 S. 385 [S. 392]). In dem Mietvertrage, dessen Geltung durch die formgültige Einräumung des Vorkaufsrechts aufschiebend bedingt wird, gebührt es aber an einer auch nur mittelbaren Verpflichtung solchen Inhalts.

Mit der Verneinung der Formnichtigkeit des Vertrages ist indes die Entscheidung dieses Rechtsstreits nicht gegeben. Stehen auch nur Ansprüche aus dem Mietvertrag zur Entscheidung, so zwingt doch eben die vom Berufungsrichter festgestellte Abhängigkeit der Geltung des Mietvertrages von der endgültigen Vorkaufsabrede auch zu der Prüfung, ob denn der Vorschrift des § 313 BGB. bei der Bestellung des Vorkaufsrechts am 17. Juni 1926 Genüge geschehen ist. Die Frage in dieser Form hat sich der Berufungsrichter nicht gestellt. Sie ist mit der Revision zu verneinen. Die notarielle Vereinbarung vom 17. Juni 1926 beschränkt sich darauf, den Mietvertrag der Parteien ohne Angabe des Datums und ohne urkundliche Bezeichnung anzuführen als den Vertrag, „für dessen Dauer, also bis zum 31. März 1940“ das Vorkaufsrecht gelten soll. Im übrigen wird in der Urkunde Form und Frist für die Ausübung des Rechts sowie das Kündigungsrecht des Vermieters im Falle der Nichtausübung geregelt. Die Revision nimmt zutreffend an, daß damit nicht die Beurkundung vorgenommen ist, auf die es nach § 313 BGB. ankommt, nämlich die des Grundvertrages über die Veräußerung, der die gesamten Abreden dieses Geschäftes umfaßt (vgl. RGZ. Bd. 51 S. 181, Bd. 65 S. 392, Bd. 76 S. 34, Bd. 93 S. 220, Bd. 97 S. 219, Bd. 103 S. 297, Bd. 107 S. 357, Bd. 110 S. 328; JW. 1925 S. 2237 Nr. 10). Ist die Regel des § 313 BGB. auch auf Verpflichtungen zur Vorkaufsbewilligung anwendbar, so folgt daraus, daß die notarielle Beurkundung auch dieser Verpflichtung das Grundgeschäft in seiner konkreten Gestalt unter Beachtung von Leistung und Gegenleistung wiedergeben muß und sich nicht — wie es etwa gegenüber den Formvorschriften der §§ 518, 761, 766 BGB. hinreichend wäre — mit

der Niederlegung der Verpflichtungserklärung begnügen darf. Es kann dahinstehen, ob zu diesem als Ganzes der Beurkundung bedürftenden Veräußerungsgeschäft notwendig der Mietvertrag mit allen seinen Klauseln gehört (vgl. RG. in LZ. 1921 Sp. 419). Die Revision weist aber mit Recht darauf hin, daß nicht einmal die Pflicht der Mieter zur Vornahme des Umbaues Aufnahme in die notarielle Urkunde gefunden hat, obwohl sie nach der Feststellung des Berufungsurteils mit der Einräumung des Vorkaufsrechts in dem unmittelbaren Zusammenhang von Wert und Gegenwert stand. Es mag sein, daß der Verkehr vielfach in Fällen der vorliegenden Art die Vorkaufsbestimmung wirtschaftlich als bloßen Bestandteil des Mietvertrags und nicht als selbständiges Veräußerungsgeschäft ansieht. In anderen Fällen kann indes die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts und damit der Veräußerungscharakter des Gesamtgeschäfts stärker hervortreten. Jedenfalls folgt aus der Anwendung des § 313 BGB. auf die in der Vorkaufsverpflichtung liegende bedingte Veräußerung die Beurkundungspflicht auch für die vertraglichen Bedingungen, unter denen es eingeräumt worden ist oder werden soll. Das mag die Mietvertragsabreden dann nicht angehen, wenn insoweit bereits ein endgültiger Abschluß vorliegt, sodaß die darin wirtschaftlich dem Vorkaufsrecht gegenüberstehenden oder mit ihm verbundenen Leistungen abgeschlossen und rechtlich von der Vorkaufsabrede gelöst sind (vgl. WarnRspr. 1930 Nr. 29). Es gilt aber nicht in dem vorliegenden Falle, wo das schließliche Zustandekommen des Mietvertrags von dem der Vorkaufsverpflichtung rechtlich abhing.

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß das Vorkaufsrecht durch die Urkunde vom 17. Juni 1926 nicht wirksam bestellt worden ist. Damit wird aber nach der Auslegung des Berufungsrichters auch der Mietvertrag gemäß seiner Bedingung hinfällig. . . .

5. 1. Kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nach § 770 Abs. 2 BGB. verweigern, wenn dem Gläubiger die Befugnis zur Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner gemäß § 393 BGB. fehlt?

der Niederlegung der Verpflichtungserklärung begnügen darf. Es kann dahinstehen, ob zu diesem als Ganzes der Beurkundung bedürftenden Veräußerungsgeschäft notwendig der Mietvertrag mit allen seinen Klauseln gehört (vgl. RG. in LZ. 1921 Sp. 419). Die Revision weist aber mit Recht darauf hin, daß nicht einmal die Pflicht der Mieter zur Vornahme des Umbaues Aufnahme in die notarielle Urkunde gefunden hat, obwohl sie nach der Feststellung des Berufungsurteils mit der Einräumung des Vorkaufsrechts in dem unmittelbaren Zusammenhang von Wert und Gegenwert stand. Es mag sein, daß der Verkehr vielfach in Fällen der vorliegenden Art die Vorkaufsbestimmung wirtschaftlich als bloßen Bestandteil des Mietvertrags und nicht als selbständiges Veräußerungsgeschäft ansieht. In anderen Fällen kann indes die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts und damit der Veräußerungscharakter des Gesamtgeschäfts stärker hervortreten. Jedenfalls folgt aus der Anwendung des § 313 BGB. auf die in der Vorkaufsverpflichtung liegende bedingte Veräußerung die Beurkundungspflicht auch für die vertraglichen Bedingungen, unter denen es eingeräumt worden ist oder werden soll. Das mag die Mietvertragsabreden dann nicht angehen, wenn insoweit bereits ein endgültiger Abschluß vorliegt, sodaß die darin wirtschaftlich dem Vorkaufsrecht gegenüberstehenden oder mit ihm verbundenen Leistungen abgeschlossen und rechtlich von der Vorkaufsabrede gelöst sind (vgl. WarnRspr. 1930 Nr. 29). Es gilt aber nicht in dem vorliegenden Falle, wo das schließliche Zustandekommen des Mietvertrags von dem der Vorkaufsverpflichtung rechtlich abhing.

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß das Vorkaufsrecht durch die Urkunde vom 17. Juni 1926 nicht wirksam bestellt worden ist. Damit wird aber nach der Auslegung des Berufungsrichters auch der Mietvertrag gemäß seiner Bedingung hinfällig. . . .

5. 1. Kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers nach § 770 Abs. 2 BGB. verweigern, wenn dem Gläubiger die Befugnis zur Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner gemäß § 393 BGB. fehlt?

2. Kann der Bürge wegen einer Forderung des Hauptschuldners, gegen die der Gläubiger nicht aufrechnen darf, das Zurückbehaltungsrecht nach § 768 Abs. 1 BGB. geltend machen, wenn sie auf demselben rechtlichen Verhältnis beruht wie der Anspruch gegen den Bürgen?

VIII. Zivilsenat. Urtr. v. 16. Juni 1932 i. S. R. (Bekl.) w. W. (Ml.).
VIII 662/31.

- I. Landgericht Freiberg.
- II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Kläger verpachtete sein Erwerbsgeschäft durch Vertrag vom 19. Oktober 1927 an Albin L., der sodann mit dem Beklagten unter Mitwirkung des Klägers einen Vertrag vom 27. Dezember 1927 schloß. Hiernach trat der Beklagte vom 1. Januar 1928 ab als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft ein und übernahm die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Verbindlichkeiten des L. aus dem ersten Vertrage. L. ist verstorben. Der Beklagte ist als Bürge zur Zahlung von 6196,93 RM. samt Zinsen an den Kläger verurteilt worden. Seine Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

... Die Aufrechnung des Beklagten mit einer Schadensersatzforderung läßt das Berufungsgericht nicht durchgreifen. Er hatte diesen Gegenanspruch damit begründet, daß der Kläger den Abschluß des ersten Vertrages vom 19. Oktober 1927 durch Wucher und arglistige Täuschung erreicht, daß infolgedessen L. für ein wertloses Geschäft 1750 RM. Pachtzins gezahlt habe. Da kein Gewinn erzielt worden sei, so sei in dieser Höhe ein Schaden entstanden. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Beklagte an jenem Vertragschluß nicht beteiligt war und daß infolgedessen dieser Schadensersatzanspruch nur dem L. oder seinen Rechtsnachfolgern zustehen kann. Der Beklagte kann deshalb mit dieser Forderung nicht gegenüber dem Kläger aufrechnen.

Dem Berufungsrichter ist auch darin zuzustimmen, daß der Beklagte als Bürge im Hinblick auf diese angebliche Forderung der Erben des L. nicht die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. erheben kann. Die Forderung würde eine solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Klägers sein. Gegen eine solche ist aber nach § 393 BGB. die Aufrechnung nicht zulässig. Nach § 770 Abs. 2 das. kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Nach diesem Wortlaut setzt die Einrede des Bürgen die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers, hier also des Klägers, voraus. Sie besteht nicht, weil der Kläger gegen die angebliche Schadensersatzforderung der Erben nicht aufrechnen könnte.

Es ist streitig, ob nicht trotz des Wortlauts der Vorschrift der Bürge schon dann zur Leistungsverweigerung befugt ist, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnen könnte. Wenn diese Ansicht auch nicht die herrschende ist, so wird sie doch im Schrifttum häufig vertreten. Ihr ist nicht zuzustimmen. Zunächst spricht der Wortlaut der Vorschrift klar für die herrschende Meinung. § 770 Abs. 2 BGB. fordert, daß sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann. Es ist nicht anzunehmen, daß trotzdem die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners gemeint sein sollte. Gerade nachdem im ersten Absatz von dem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners gehandelt war, muß es eine besondere Bedeutung haben, daß das Gesetz im nächsten Absatz nicht wiederum vom Hauptschuldner, sondern vom Gläubiger spricht. Aus den Verhandlungen, die zur Aufnahme der Vorschrift führten (Prot. Bd. II S. 470 f.), ist ersichtlich, daß sie den Bürgen vor der Inanspruchnahme schützen soll, soweit der Gläubiger sich durch Aufrechnung unmittelbar Befriedigung vom Hauptschuldner verschaffen kann. Das ist aber nur möglich, wenn der Gläubiger selbst zur Aufrechnung befugt ist. . . . Eine vom Wortlaut des § 770 Abs. 2 BGB. abweichende Auslegung kann auch nicht hinreichend durch Erwägungen der Billigkeit oder durch den Hinweis auf die dem Bürgen günstigere Rechtslage im gemeinen Recht gestützt werden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß dem Bürgen die Einrede nicht zusteht, wenn dem Gläubiger die Aufrechnung aus irgendeinem Grunde, insbesondere durch §§ 393, 394, 395 BGB., verwehrt ist.

In Übereinstimmung hiermit hat der Senat bereits im Urteil vom 27. Januar 1930 VIII 337/29, wenn auch ohne ausführliche Begründung, ausgesprochen, soweit der Bürge sich darauf berufe, daß dem Hauptschuldner eine Aufrechnungsforderung zustehe, dürfe ihm dieses Recht nur in den Schranken des § 770 Abs. 2 BGB., d. h. so bewilligt werden, daß er die Befriedigung verweigern könne, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen könne. Auch das Urteil vom 26. November 1931 VIII 352/31 enthält nichts Abweichendes. Dort ist zwar allgemein gesagt, wenn dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger ein Anspruch zustehe, so sei der Bürge nach § 770 Abs. 2 zur Weigerung der Befriedigung wegen einer etwaigen Aufrechnungsmöglichkeit befugt gewesen. Indessen ist dort nirgends zum Ausdruck gebracht worden, daß die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers fehlen dürfe, sondern nur eine etwaige Aufrechnungsbefugnis ohne jeden Zusatz erwähnt, die Prüfung, ob eine nach der genannten Vorschrift ausreichende Befugnis zur Aufrechnung vorliegt, also offen gelassen.

Auch bei der zutreffenden Auslegung des § 770 Abs. 2 BGB. bleibt noch zu erwägen, ob etwa bei der Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung Folgerungen zu Gunsten des Beklagten aus § 393 BGB. gezogen werden könnten. Doch ist diese Frage zu verneinen. Wenn demjenigen, der aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung haftet, die Aufrechnung gegen diesen Schadensersatzanspruch untersagt ist, so ist das offenbar mit Rücksicht auf den Geschädigten geschehen. Dieser soll den Ersatz für den ihm vorsätzlich zugefügten Schaden durch eine Leistung des Täters erhalten und davor geschützt werden, daß er mittels Aufrechnung befriedigt wird und tatsächlich keinen Ersatz in die Hand bekommt. Diese Regelung ist ohne weiteres verständlich. Hingegen fehlt es an einem Grunde dafür, daß auch der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines besonderen Schutzes nach § 393 BGB. bedürfte, wenn er von den Folgen der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen gar nicht betroffen worden ist.

Hat das Berufungsgericht dem Beklagten hiernach zu Recht die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB. aberkannt, so hätte es doch prüfen müssen, ob durch dessen Vorbringen nicht zugleich ein Zurückbehaltungsrecht wegen derselben Gegenforderung der Hauptschuldner