

# Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

# ZIP

## Aus dem Inhalt:

*Lutz Michalski/Volker Römermann,*  
Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarun-  
gen anhand des AGB-Gesetzes, S. 1434

*Johannes Hager,* Streckengeschäft und  
redlicher Erwerb, S. 1446

*Klaus Tiedtke,* Zur Pfändung sicherungs-  
halber oder anfechtbar abgetretener For-  
derungen, S. 1452

BGH, 5. 7. 1993  
Prospekthaftung auch bei Erwerb von  
Aktien außerhalb geregelter Märkte,  
S. 1467

BAG, 15. 6. 1993  
Kein Masseschuldcharakter des Erstat-  
tungsanspruchs aus der Gewährung von  
Vorruhestandsleistungen, S. 1480

OLG Braunschweig, 13. 9. 1993  
Haftung der Bank wegen nicht anleger-  
gerechter Beratung („Polly Peck“), S. 1457

OLG Stuttgart, 30. 7. 1993  
Ausbildungsvertrag als Kreditvertrag  
(„Heilpraktiker-Studium“), S. 1466

LG Berlin, 3. 8. 1993  
Eintragungsfähigkeit eines beim Erwerb  
eines Handelsgeschäfts vereinbarten Haf-  
tungsausschlusses auch bei nur teilweiser  
Firmenfortführung, S. 1478

## Herausgeber:

RA Dr. Bruno M. Kübler, Köln/Berlin  
(Geschäftsführender Herausgeber)  
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hanau, Köln  
RA Dr. Bernd Klasmeyer, Köln  
Chefsyndikus Dr. Dietrich Rümker, Düsseldorf  
Prof. Dr. Wolfram Timm, Münster

## Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. C.-W. Canaris, München  
Vors. Richter am BSG Dr. A. Gagel, Kassel  
Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn  
Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf  
Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen  
Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn  
Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn  
MD Prof. Dr. Ernst Niederleithinger, Bonn  
WP StB Dipl.-Kfm. R. J. Niehus, Düsseldorf  
Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln  
Vors. Richter am BAG Günter Schaub, Kassel  
Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg  
Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg  
Prof. Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe  
Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg  
Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München



Verlag  
Kommunikationsforum GmbH  
Recht Wirtschaft Steuern · Köln

S. 1433-1508  
8. Oktober 1993

# 19

## Inhaltsverzeichnis

### Aus dem Inhalt von zip-aktuell

BVerfG: Verfassungsbeschwerde „SEN“ nicht angenommen	A 121	Nr. 332
BGH zum Urheberrechtsschutz eines von mehreren entwickelten Computerprogramms	A 121	Nr. 333
BGH zur Widerrufsbelehrung nach HWiG	A 121	Nr. 334
BAG: Revisionszulassung durch Berichtigungsbeschluß	A 122	Nr. 336
VG Hannover zur Exklusivweitergabe von Urteilen	A 123	Nr. 339
BT-Rechtsausschuß: Mauergrundstücke zurückgeben	A 124	Nr. 340

Eberhard Weiß zum 65. Geburtstag	1433
----------------------------------	------

### Aufsätze

<i>Lutz Michalski/Volker Römermann, Bayreuth</i>	Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarungen anhand des AGB-Gesetzes	1434
<i>Johannes Hager, Berlin</i>	Streckengeschäft und redlicher Erwerb	1446
<i>Klaus Tiedtke, Würzburg</i>	Zur Pfändung sicherungshalber oder anfechtbar abgetretener Forderungen	1452

### ZIP-Kolumne

<i>Walter Löwe</i>	Staatshaftung für gescheiterte Billigreisen?	1435
--------------------	--	------

### Rechtsprechung

#### I. Bank- und Kreditsicherungsrecht

OLG Braunschweig	13. 9. 93 – 3 U 175/92	<b>Haftung der Bank wegen nicht anlegergerechter Beratung („Polly Peck“)</b>	1547
OLG Braunschweig	13. 9. 93 – 3 U 11/93	Haftung der Bank wegen nicht anlegergerechter Beratung („Bond-Anleihe“)	1462
OLG Stuttgart	30. 7. 93 – 2 U 270/92	<b>Ausbildungsvertrag als Kreditvertrag („Heilpraktiker-Studium“)</b>	1466

#### II. Handels- und Gesellschaftsrecht

BGH	5. 7. 93 – II ZR 194/92 +	<b>Prospekthaftung auch bei Erwerb von Aktien außerhalb geregelter Märkte</b>	1467
OLG München	11. 8. 93 – 7 U 2529/93	Keine Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Genußscheinen mit aktiengleicher Stellung ohne sachliche Rechtfertigung im Ermächtigungsbeschluß	1471
OLG Stuttgart	23. 7. 93 – 2 U 79/93	Bloße Anfechtbarkeit der Genehmigung des Erwerbs von GmbH-Anteilen durch Gesellschafterversammlung trotz fehlender Anzeige des Erlöschens eines anderweitigen Erwerbsrechts	1474
KG	1. 7. 93 – 1 W 6135/92	Keine erneute Handelsregistereintragung einer gelöschten GmbH nach Ablehnung der Konkursöffnung mangels Masse trotz neuem Gesellschaftsvermögen	1476

LG Berlin	3. 8. 93 – 98 T 51/93	<b>Eintragungsfähigkeit eines beim Erwerb eines Handelsgeschäfts vereinbarten Haftungsausschlusses auch bei nur teilweiser Firmenfortführung</b> . . . . .	1478
-----------	-----------------------	--	------

**III. AGB-, Vertrags- und Haftungsrecht**

FG Hessen	9. 7. 93 – 6 V 336/93	Kein Rückforderungsanspruch des Finanzamts gegen Pfandgläubiger der überzahlten Steuerrückvergütung . . . . .	1479
-----------	-----------------------	---	------

**IV. Insolvenz- und Sanierungsrecht**

BAG	15. 6. 93 – 9 AZR 102/92	<b>Kein Masseschuldcharakter des Erstattungsanspruchs aus der Gewährung von Vorruhestandsleistungen</b> . . . . .	1480
OLG Köln	1. 9. 93 – 2 W 130/93	Feststellung der durch einseitige Erledigungserklärung eingetretenen Wirkungslosigkeit eines den Konkursantrag mangels Masse abweisenden Beschlusses durch das Beschwerdegericht . . . . .	1483
OLG Karlsruhe	28. 5. 93 – 17 U 59/92	Keine Festsetzung für den auf Absichtsanfechtung beruhenden Duldungsanspruch des Steuerfiskus . . . . .	1484
OLG Koblenz	24. 9. 92 – 5 U 155/92	Keine Masseschuld aufgrund von Handlungen des Vergleichsverwalters . . . . .	1486
ArbG Herne	28. 7. 93 – 4 Ca 3498/92	Masseschuldcharakter des Schadensersatzanspruchs des Arbeitnehmers bei durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlaßter Kündigung (gegen BAG ZIP 1980, 1067) . . . . .	1487

**V. Arbeits- und Sozialrecht**

OLG Frankfurt/M.	27. 5. 93 – 15 U 55/90	Nichtigkeit eines Abfindungsvergleichs nach Forderungsübergang auf die Bundesanstalt für Arbeit . . . . .	1488
------------------	------------------------	---	------

**VI. Wettbewerbs- und Kartellrecht**

OLG Köln	2. 7. 93 – 6 U 47/93	Keine wettbewerbswidrige Werbung für entgeltliche Vermittlung von Rechtsanwältinnen „im Interesse der Anwaltschaft“ („Anwalt-Suchservice-GmbH“) . . . . .	1491
OLG Stuttgart	26. 3. 93 – 2 U 6/93	Wettbewerbswidrigkeit der Werbung eines Kreditvermittlers als „Finanz-Agentur“ . . . . .	1494

**VII. Verfahrens- und Vollstreckungsrecht**

BGH	7. 7. 93 – VIII ZR 103/92 +	Präklusion von Tatsachen zur Abrechnung eines gekündigten Factoringvertrages bei Vorprozeß über Abschlußsaldo dieses Vertrages mit umgekehrten Rubrum . . . . .	1495
-----	-----------------------------	---	------

**VIII. Recht der neuen Bundesländer**

BGH	9. 7. 93 – V ZB 20/93	Keine Postulationsfähigkeit vor dem Oberlandesgericht eines neuen Bundeslandes ohne Zulassung trotz Registrierung beim Bezirksgericht . . . . .	1497
BGH	24. 6. 93 – V ZB 30/93	Keine Postulationsfähigkeit eines Anwalts in überörtlicher Sozietät vor dem Bezirksgericht ohne Nennung auf Briefbogen und Praxisschild . . . . .	1499
OLG Naumburg	13. 9. 93 – 4 W 123/93	Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Bestellung des Liquidators eines aufgelösten PGH . . . . .	1500
OLG Naumburg	3. 8. 93 – 4 W 32/93	Eintragungsfähigkeit der treuhänderischen Verwaltung durch die Treuhandanstalt im Handelsregister . . . . .	1500
LG Dresden	31. 8. 93 – 43 O 128/93	Eigenkapitalersetzender Charakter einer Bürgschaft der Treuhandanstalt bei unterlassener Feststellung der DM-Eröffnungsbilanz . . . . .	1503
LG Dresden	28. 6. 93 – 43 C 208/92	Zuständigkeit des Landgerichts für Feststellungsklage bei bestrittener Gesamtvollstreckungsforderung . . . . .	1505

**Literatur**

Neue Bücher . . . . .	1508
-----------------------	------

Johannes Hager<sup>\*)</sup>

## Streckengeschäft und redlicher Erwerb

Eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 8. Dezember 1992, ZIP 1993, 98

*Die Konstruktion des Streckengeschäfts und die Rechtsscheinbasis beim redlichen Erwerb sind die zentralen Probleme der hier besprochenen Entscheidung. Der Autor ist der Auffassung, daß der Bundesgerichtshof in beiden Punkten, ohne es deutlich zu machen, die bisherige Rechtsprechung verläßt. Der Verfasser meint, die besseren Gründe sprächen für die frühere Linie.*

Auf den ersten Blick hatte es der BGH in seiner Entscheidung vom 8. Dezember 1992<sup>1)</sup> mit einer eher am Rande des Interesses gelegenen Problematik zu tun. Sollten sich die in diesem Urteil teilweise fast beiläufig geäußerten Regeln indes durchsetzen, kä-

me dies einer weitgehenden Revision der Grundsätze gleich, die die Rechtsprechung seit langem zum sogenannten Geheißerwerb entwickelt und fast durchgängig angewandt hat.

Der relativ komplizierte Sachverhalt kann für den hier interessierenden Zusammenhang in vereinfachter Form dargestellt und besprochen werden: Der Inhaber einer Forderung sowie einer diesen Anspruch sichernden Grundschuld<sup>2)</sup> trat Forde-

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Universitätsprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin

1) BGH ZIP 1993, 98 mit kritischer Anmerkung von *Kollhosser*, EWIR 1993, 253 und im wesentlichen zustimmender Anmerkung von *Rimmelpacher*, WuB IF 3 Grundpfandrechte 2.93; zustimmend ferner *Wilhelm*, Sachenrecht, 1993, Rz. 425 Fußn. 345.

2) Daß in dem der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zwei Zedenten unterschiedlich hohe Forderungen sowie die sie sichernden Grundschulden abgetreten haben, kann für die hier interessierende Problematik außer Betracht bleiben.

zung wie Grundschild ab; die Zessionarin und Erwerberin der Grundschild wurde bei diesem Rechtsgeschäft durch ihren Steuerberater vertreten. Der Steuerberater, der von der Zessionarin vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit war, trat die Grundschild in ihrem Namen an sich selbst ab; dabei mißbrauchte er – wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen war – die Vertretungsmacht bewußt zum Nachteil der von ihm vertretenen Mandantin, so daß die Verfügung unwirksam war. Anschließend übertrug er die angeblich ihm gehörende Grundschild an eine Bank; um deren Erwerb ging es im Endeffekt im Rechtsstreit. Wichtiger, ja für den BGH zentraler Abwicklungsmodus war dabei, daß der Grundschildbrief von der Mandantin des Steuerberaters – genauer von einem anderen Vertreter dieser Mandantin – direkt, also ohne Einschaltung des Steuerberaters, an die Bank übersandt worden war.

Der BGH lehnt den Erwerb der Bank aus zwei Gründen ab. Zum einen liege schon keine Übergabe vor, da der Übersendende nicht – zumindest auch – als Vertreter für den Steuerberater habe handeln wollen, zum anderen habe dieser bei der Veräußerung an die Bank als Nichtberechtigter gehandelt, da die vorangegangene Übertragung an sich selbst wegen des bewußten Mißbrauchs der Vertretungsmacht nichtig gewesen sei. Ein redlicher Erwerb der Bank scheitere jedoch daran, daß der Verfügende, der untreue Steuerberater, sich nicht auf den Besitz als die Grundlage für die Anwendung der Gutgläubensvorschriften stützen könne.<sup>3)</sup> Beide Argumente stehen im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung und – wohl – herrschenden Meinung. Beiden ist, wie gezeigt werden soll, nicht zu folgen.

## I. Die Übereignung beim Streckengeschäft

Unterstellt man zunächst, daß der Steuerberater bei der Übertragung der Grundschild seiner Mandantin an sich selbst die ihm erteilte Vollmacht nicht mißbraucht hat, so ist das gängige Problem des Streckengeschäfts oder Geheißerwerbs betroffen. Der Erstkäufer verkauft die Sache weiter und bittet seinen Verkäufer, den verkauften Gegenstand direkt an den Zweitkäufer auszuliefern.

1. Daß hierbei in aller Regel die verkaufte Sache vom Verkäufer an den Erstkäufer und von diesem an den Zweitkäufer übereignet wird, ist ganz herrschende Rechtsprechung und Lehre<sup>4)</sup> und hinsichtlich der dinglichen Einigungen relativ leicht zu konstruieren: Entweder werden sie vorab parallel zum obligatorischen Geschäft erklärt,<sup>5)</sup> oder der Anweisende, der Erstkäufer, bevollmächtigt den Angewiesenen, den Verkäufer, die Einigungen zu erklären – und zwar, was die erste Übereignung angeht, unter Befreiung vom Verbot des § 181 BGB. Zumindest konkludent nimmt der Letztabnehmer, der Zweitkäufer, das Angebot zur Übereignung an.<sup>6)</sup> Im vorliegenden Fall war eine neue Konstruktion gewählt worden, die am Ergebnis jedoch nichts ändert: Der Anweisende und Ersterwerber selbst hatte die erste Einigung angesichts der Befreiung vom Verbot des § 181 BGB für beide Partner erklärt.

1.1 Diese zugegebenermaßen etwas künstlich wirkenden Konstruktionen werden spätestens dann plausibel, wenn man die Belange der Beteiligten ins Auge faßt. Jeder Partner ist daran in-

teressiert, den dinglichen Vertrag parallel zu den schuldrechtlichen Beziehungen zu schließen. Nur so kann er seine Forderung durch einen Eigentumsvorbehalt absichern,<sup>7)</sup> nur so wird gewährleistet, daß der Verkäufer sich um das Schicksal der nachgeschalteten Verträge nicht zu kümmern braucht,<sup>8)</sup> etwa wenn der Anweisende nur unter Eigentumsvorbehalt veräußert oder die Sache dem Dritten nur zur Miete überlassen wird.

1.2 Allerdings hat man dieses Erklärungsmodell gerade in letzter Zeit zunehmend kritisiert, namentlich wegen seiner angeblichen Realitätsferne.<sup>9)</sup> Doch vermögen die an seiner Stelle angebotenen Alternativen nicht zu überzeugen.

1.2.1 So will man die abgekürzte Lieferung als Zustimmung des Verkäufers nach § 185 Abs. 1 BGB zur Eigentumsübertragung seines Partners an den Dritten interpretieren; sollte dieser freilich nicht Eigentümer werden, so sei die Lieferung als Erklärung an den Erstkäufer zu werten, das Eigentum solle auf ihn übergehen.<sup>10)</sup> Die unterschiedliche Interpretation ein und desselben Verhaltens des Verkäufers wird nicht näher begründet; dies fällt um so mehr ins Gewicht, als der Verkäufer, jedenfalls wenn er über die Details des Rechtsverhältnisses zwischen seinem Partner und dem Zweitkäufer nicht informiert ist, regelmäßig selbst nicht weiß und auch gar nicht wissen kann, welche Erklärung er denn eigentlich abgibt. Vor allem aber riskiert der Ansatz Wertungswidersprüche, wie ein einfacher Vergleich zeigt. Ist die Erklärung des Verkäufers als Zustimmung zu interpretieren, so beeinflussen ihre Mängel auch das Geschäft zwischen dem Erst- und dem Zweitkäufer. Es schlägt fehl, wenn die Zustimmung unwirksam ist. Liegt dagegen eine – wenn auch nicht wirksame – Übereignungserklärung des Verkäufers an seinen Partner vor, so ist dem Zweitkäufer systemkonform zumindest die Chance des redlichen Erwerbs eröffnet, der die fehlende Berechtigung des ersten Käufers überwindet. Der redliche Zweitkäufer steht in einem solchen Fall also besser, wenn die Sache an ihn zunächst unter einem Eigentumsvorbehalt übertragen wird, als wenn der

3) BGH ZIP 1993, 98, 99 ff unter II 1 b beziehungsweise II 2 b.

4) Vgl. z. B. BGH NJW 1982, 2371, 2372; BGH NJW 1986, 1166, 1167; OLG Königsberg OLGE 26, 47; OLG Stuttgart BB 1975, 1131; OLG Hamm NJW-RR 1987, 245; *Jauernig*, BGB, 6. Aufl., 1991, § 929 Anm. 3 g bb; *Palandt/Bassenge*, BGB, 52. Aufl., 1993, § 929 Rz. 17–19; *MünchKomm-Quack*, BGB, 2. Aufl., 1984 ff, § 929 Rz. 141; *Staudinger/Wiegand*, BGB, 12. Aufl., 1978 ff, § 929 Rz. 46 ff, 53 ff; *Baur/Stürmer*, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, § 51 III 3; *H. Westermann/H.P. Westermann*, Sachenrecht, Bd. I, 6. Aufl., 1990, § 40 II 2, III 3; *H. Westermann/Gursky*, aaO, § 47 I 1 a; *Gursky*, JZ 1991, 498; *Wieling*, Sachenrecht, Bd. 1, 1990, § 9 VIII; *Wilhelm* (Fußn. 1), Rz. 418; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 3. Aufl., 1993, Rz. 588; *J. Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 278 ff in Fußn. 292.

5) So z. B. BGH NJW 1982, 2371, 2372; BGH NJW 1986, 1166, 1167; OLG Stuttgart BB 1975, 1131; *H. Westermann/H.P. Westermann* (Fußn. 4), § 40 III 3 a; *Bülow* (Fußn. 4), Rz. 588; *Gursky*, JZ 1984, 606; *ders.*, JZ 1991, 598 f; aber auch *Flume*, in: *Festschrift E. Wolf*, 1985, S. 63; *Martinek*, AcP 188 (1988), 616.

6) *Hassold*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S. 72; *Padeck*, Jura 1987, 463; a. A. *Flume* (Fußn. 5), S. 63 Fußn. 7.

7) Vgl. z. B. BGH NJW 1982, 2371; *Jauernig* (Fußn. 4), § 929 Anm. 3 g bb; *Baur/Stürmer* (Fußn. 4), § 51 III 3; *H. Westermann/H.P. Westermann* (Fußn. 4), § 40 III 3 a; *Wieling* (Fußn. 4), § 9 VIII vor a; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 16. Aufl., 1993, Rz. 671; *Martinek*, AcP 188 (1988), 615; *Gursky*, JZ 1991, 498.

8) *Jauernig* (Fußn. 4), § 929 Anm. 3 g bb; *Wieling* (Fußn. 4), § 9 VIII vor a; *ders.*, JZ 1977, 292; v. *Caemmerer*, JZ 1962, 389; *ders.*, JZ 1963, 587; *Martinek*, AcP 188 (1988), 615.

9) Vgl. z. B. *Flume* (Fußn. 5), S. 64 f; *Lopau*, JuS 1975, 774.

10) *Flume* (Fußn. 5), S. 65.

Erstkäufer eine unbedingte Einigung erklärt, der der Verkäufer – wie im Beispiel angenommen: unwirksam – zustimmt, womit das Geschäft fehlschlägt. Ein teleologisch stimmiges Argument für diese unterschiedliche Lösung ist nicht zu erkennen.

1.2.2 Eine abweichende Lösung schon bei der dinglichen Einigung wird namentlich auch in den sogenannten Täuschungsfällen vorgeschlagen, in denen von vornherein kein Vertrag im Deckungsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Anweisenden zustande gekommen ist. Der Anweisende, der im Valutaverhältnis mit dem Dritten einen Vertrag geschlossen hat, kann den Verkäufer zur Lieferung bewegen, indem er als Vertreter für den Dritten auftritt, obwohl er dazu keine Vertretungsmacht hat, so daß der Verkäufer der Auffassung ist, er erfülle einen Vertrag mit dem Dritten, während dieser glaubt, der Anweisende wolle mit Hilfe des Angewiesenen den im Valutaverhältnis tatsächlich geschlossenen Vertrag erfüllen.<sup>11)</sup> Hier soll nach einigen Stimmen in der Literatur eine direkte Übereignung zwischen dem Lieferanten und dem Dritten vorliegen,<sup>12)</sup> wobei die Verfechter dieser These noch darüber uneins sind, ob der Rechtsgrund fehlt<sup>13)</sup> oder aber zunächst vorhanden ist, durch Anfechtung der Leistungsbestimmung jedoch wieder beseitigt werden kann.<sup>14)</sup>

Dabei bleibt indes undurchsichtig, warum der Dritte als Empfänger, der auch nach den Vertretern dieser These im Normalfall von einer Übereignungserklärung des Anweisenden an ihn ausgehen darf,<sup>15)</sup> wegen der – ihm ja unbekannt – Manipulation des Anweisenden die Lieferung nunmehr als Angebot des Verkäufers zur direkten Übereignung zu verstehen hat. Von seinem objektiv-normativ verstandenen Empfängerhorizont her unterscheiden sich die Fälle in nichts. Bei einer antizipierten Einigung mit dem Anweisenden hätte der Empfänger auch nicht geringsten Anlaß, sich Gedanken darüber zu machen, ob ihm nunmehr – zusätzlich – auch der Lieferant das Eigentum übertragen wolle.

Wenn man schließlich glaubt, dem Lieferanten die Rückforderung der Sache gegen Ersatz des dem Empfänger entstandenen Schadens gestatten zu sollen, und dazu § 122 Abs. 1 BGB bemüht, der nach der Anfechtung der Leistungsbestimmung durch den Lieferanten eingreife,<sup>16)</sup> so bekommt man damit Fälle der antizipierten Leistungsbestimmung durch den Anweisenden schwerlich in den Griff; dort ist die Leistungsbestimmung definitionsgemäß durch den Anweisenden und nicht durch den Lieferanten erfolgt, weshalb dieser auch nicht anfechten kann. Die These krankt zudem an ihrer nicht näher begründeten Prämisse, ohne eine solche Anfechtung basiere die Übereignung zwischen dem Lieferanten und dem Empfänger auf einem Rechtsgrund, da sie bei Auslegung aus Sicht des Empfängers auf dessen tatsächlichen Anspruch gegen den Anweisenden bezogen gewesen sei.<sup>17)</sup> Wieso der Vertrag zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger Rechtsgrund für die Übereignung durch den Verkäufer – und eben nicht durch den Anweisenden – sein soll, wird nicht näher erklärt und ist wohl auch nicht zu begründen: Auch die subjektive Auffassung vom Rechtsgrund im Sinn des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, die die Erreichung des bezweckten Erfolges in den Vordergrund rückt,<sup>18)</sup> kann nicht behaupten, daß die direkte Übereignung zwischen dem Verkäufer und dem Dritten bezweckte, die Schuld des An-

weisenden zu tilgen. Es ist nicht überzeugend, nur die Leistungsbestimmung, nicht jedoch die Übereignungserklärung aus Sicht des Empfängers zu interpretieren.

2. Mag die Interessenlage somit auch recht eindeutig sein, so sind Probleme beim Begriff der Übergabe nicht zu leugnen; daß der Erstkäufer als Anweisender den Besitz tatsächlich oder durch Übergabe an seine Hilfspersonen erhält, ist mehr oder weniger fiktiv. Darüber hilft auch die Behauptung des BGH, die er in früheren Entscheidungen aufgestellt hatte, nicht hinweg. Wenn das Gericht glaubt, die Beschaffung des Besitzes an den Erstkäufer vollziehe sich dadurch, daß dieser den Verkäufer bitte, die Sache direkt an den Zweitkäufer auszuliefern,<sup>19)</sup> so ist das vom allgemeinen Verständnis der Besitzerlangung her genauso gekünstelt wie die These, unter diesen Umständen gelte der Besitz als übertragen.<sup>20)</sup> Ähnlich unzureichend sind allerdings auch die Vorstellungen in der Lehre, etwa die Konstruktion, der Erstkäufer erwerbe durch seine Anweisung den mittelbaren Besitz, wobei unterschiedlich beurteilt wird, ob der Verkäufer<sup>21)</sup> oder der Zweitkäufer<sup>22)</sup> den Besitz mitteln soll. Freilich zeigt § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst an einem streng verstandenen Traditionsprinzip nicht festhält. Der Erwerb des Verfügenden, der die bislang angesichts der Nichtberechtigung des Verfügenden unwirksame Übereignung konvalesziert, wäre in vielen Fällen unmöglich, sollte er voraussetzen, daß die Sache, die sich regelmäßig schon längst beim Erwerber oder seinen Rechtsnachfolgern befindet, in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Verfügenden kommen muß.<sup>23)</sup> Man mag dies unter einen erweiterten Begriff des Eigenbesitzes ziehen, der auch die Bestimmung über die Sache selbst beinhalte.<sup>24)</sup> Gewonnen ist in der Sache damit freilich wenig, da erst dargetan werden muß, daß sich das Gesetz mit dieser gelockerten Sachherrschaft bei der Übereignung begnügt – und das verdeutlicht erst § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB.<sup>25)</sup>

11) Vgl. die Fälle BGHZ 36, 56; BGH NJW 1974, 1132.

12) *Flume* (Fußn. 5), S. 70; *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, 1992, S. 96 f.

13) *Flume* (Fußn. 5), S. 70 f.

14) *Ernst* (Fußn. 12), S. 96.

15) *Flume* (Fußn. 5), S. 65; *Ernst* (Fußn. 12), S. 90.

16) *Ernst* (Fußn. 12), S. 95 f.

17) *Ernst* (Fußn. 12), S. 96.

18) Vgl. statt aller *Erman/H.P. Westermann*, BGB, 9. Aufl., 1993, § 812 Rz. 1, 44; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 110.

19) BGHZ 36, 56, 60 f.; BGHZ 68, 18, 20; BGH NJW 1982, 2371, 2372; BGH NJW 1986, 1186, 1187 (dazu *J. Hager* (Fußn. 4), S. 281 Fußn. 307).

20) BGH NJW 1973, 141, 142.

21) Vgl. z. B. *Baur/Stürmer* (Fußn. 4), § 51 III 3.

22) *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, 1914, Nachdruck 1957, S. 383 Fußn. 116 a. E.; erwogen von RGZ 92, 347, 353.

23) *J. Hager* (Fußn. 4), S. 284.

24) *Ernst* (Fußn. 12), S. 89 i. V. m. S. 54

25) Die Frage, ob dabei ein Durchgangserwerb stattfindet oder ob – zeitlich gesehen – ein Direkterwerb vorliegt (so *Marotzke*, AcP 191 (1991), 193 f.; jeden Durchgangserwerb leugnend *Ernst* (Fußn. 12), S. 90), mag offen bleiben, solange man sich einig ist, daß logisch gesehen jedenfalls das Eigentum an den Zwischenerwerber fällt und dieser es sogleich wieder verliert (*Marotzke*, AcP 191 (1991), 195). Doch erleichtert diese Vorstellung etwa die Bestimmung dessen, was denn der Anweisende erlangt hat, wenn es zwischen dem Angewiesenen und ihm zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung kommt. Natürlich soll etwa die Frage der Pfändung der Sache durch Gläubiger des Zwischenerwerbers mittels Sachargumenten und nicht durch bloße Begrifflichkeit gelöst werden (*Marotzke*, AcP 191 (1991), 196).

Doch relativiert sich die Problematik im hier interessierenden Kontext noch stärker, da es nicht um den Besitzerwerb des Erstkäufers geht, sondern um denjenigen des Zweitkäufers. Hier hat das Gesetz selbst in § 934 Fall 2 BGB eine paradigmatische Regelung getroffen, die auf den vorangegangenen Besitz des Verfügenden verzichtet. Die Vorschrift geht gerade davon aus, daß der Veräußernde nicht, auch nicht mittelbarer Besitzer ist und einen in Wahrheit nicht bestehenden Anspruch abtritt. Gleichwohl gelingt der Erwerb dadurch, daß der unmittelbare Besitzer dem Erwerber seinen Besitz überträgt oder zumindest ihn als Oberbesitzer anerkennt. Kann aber schon vom Nichtberechtigten erworben werden, ohne daß der Verfügende Besitzer zu sein braucht,<sup>26)</sup> so muß dies auch und erst recht für die Veräußerung durch Berechtigte gelten. Denn die §§ 932 ff BGB überwinden nur fehlendes Eigentum, schaffen aber keine neuen, den §§ 929 ff BGB unbekanntenen Möglichkeiten der Übergabe.<sup>27)</sup>

3. Wenn der BGH nunmehr nur die Übergabe durch den Verfügenden selbst oder einen seiner Vertreter für die Erfüllung des Tatbestands nach § 929 Satz 1 BGB ausreichen läßt,<sup>28)</sup> so löst er sich nicht nur aus überkommenen Argumentationsmustern, sondern mißachtet auch die Interessen der Beteiligten. Kehrt man zum streng verstandenen Traditionsprinzip zurück, so ist damit das Streckengeschäft beziehungsweise der Geheißerwerb, wie er bislang verstanden wurde, nicht mehr vorstellbar. Was bleibt, ist die Möglichkeit einer direkten Übereignung zwischen dem Verkäufer und dem Zweitkäufer mit dem gravierenden Nachteil, daß diese Übereignung nicht parallel zu den Rechtsverhältnissen läuft und so die Belange der Beteiligten in vielen Fällen hintansetzt. Die Lösung provoziert wegen der angeblich fehlenden Übergabe wiederum all diejenigen Probleme einer direkten Übereignung, die oben schon dargestellt wurden. Namentlich wirken sich Mängel des ersten Rechtsverhältnisses auch auf das zweite aus. Wiederum wäre es für den Zweitkäufer günstiger, wenn an ihn zunächst nur unter Eigentumsvorbehalt verfügt würde, weil dann die Chance des redlichen Erwerbs trotz Fehlschlagens der Übereignung im Deckungsverhältnis bestünde, die bei einem unbedingten Direkterwerb definitionsgemäß abgeschnitten wäre.

4. Der BGH beruft sich zwar auf zwei Urteile, in denen er den Begriff der Übergabe in der Tat eng verstanden hatte.<sup>29)</sup> Doch betreffen beide Entscheidungen einen anders gelagerten Fall, nämlich die Frage, welche Anforderungen an die den redlichen Erwerb erst abschließende Übergabe im Sinn des § 933 BGB zu stellen sind. Die Erwerber, die mit dem nichtberechtigten Veräußerer jeweils ein Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB vereinbart hatten, daher angesichts des § 933 BGB noch nicht Eigentümer geworden waren, hatten auf eigene Faust den verkauften Gegenstand abgeholt. Dies hat der BGH nicht ausreichen lassen – schon um den Wettlauf der Sicherungsnehmer im Fall der Zahlungseinstellung und den damit einhergehenden Mißbrauch durch eigenmächtige Inbesitznahme der Gegenstände hintanzuhalten.<sup>30)</sup> Der Erwerber müsse den Besitz vielmehr gerade vom Veräußerer und mit dessen Willen erlangt haben.<sup>31)</sup> Das mag zutreffen, doch ist die hier interessierende Problematik gänzlich anders gelagert. Es geht um die Frage, ob eine auf Anweisung erfolgte Übergabe dem Anweisenden zuzurechnen ist. Und diese Frage hat das Gesetz in § 934 Fall 2 BGB bejaht.

## II. Die Rechtsscheinbasis beim redlichen Erwerb

Der BGH scheint selbst gespürt zu haben, auf welch wackligem Fundament sein Ergebnis steht. Jedenfalls hat er noch ein zweites Argument bemüht, obwohl seiner Ansicht nach der Erwerb der Bank ja schon an der fehlenden Übergabe gescheitert war. Wenn der Steuerberater als der Anweisende mit der Übereignung an sich selbst seine Vollmacht mißbraucht habe, so sei diese Verfügung unwirksam, und er daher bei weiteren Veräußerungen Nichtberechtigter gewesen.

Ein redlicher Erwerb der Bank scheitere jedoch in jedem Fall an der fehlenden Rechtsscheinbasis, die im Besitz des Verfügenden liege; Besitzer sei aber der verfügende Steuerberater nie gewesen.<sup>32)</sup> Auch in dieser Frage hatte das Gericht jedenfalls im Ergebnis früher abweichend entschieden.<sup>33)</sup> Freilich ist damit ein seit langem strittiges und noch nicht einheitlich gelöstes Problem thematisiert; vor allem die Literatur verfiert hier fundamental abweichende Modelle. Die Darstellung beschränkt sich an dieser Stelle auf die grundlegenden Aspekte.<sup>34)</sup>

1. In der Tat ist es nach wie vor ganz überwiegende Auffassung, daß der Besitz des Verfügenden den redlichen Erwerb seines Partners legitimiere.<sup>35)</sup> Dem scheint zu korrespondieren, daß die Normen des redlichen Erwerbs das konkrete Vertrauen des Erwerbers, sein Kontrahent sei der Eigentümer der zu übertragenden Sache, schützen sollen.<sup>36)</sup> Doch sieht es um die Rechtfertigung dieser Auffassung schlecht aus. Hinreichend oft hat man schon auf den Funktionsverlust des Besitzes hingewiesen.<sup>37)</sup> Eigentumsvorbehalte, Sicherungsübereignungen oder

26) Zum abweichenden Verständnis des § 934 Fall 2 BGB, das sich indes vorwiegend beim Erwerb vom Nichtberechtigten auswirkt, vgl. unten II 2.1

27) Palandt/Bassenge (Fußn. 4), § 932 Rz. 2; MünchKomm-Quack (Fußn. 4), § 932 Rz. 6 ff, 17; J. Hager (Fußn. 4), S. 284.

28) BGH ZIP 1993, 98, 99 unter II 1 a. E.; ablehnend Kollbosser, EWiR 1993, 253 f.

29) BGHZ 67, 207, 208 f; BGH WM 1970, 251, 252 = LM BGB § 933 Nr. 4.

30) Vgl. z. B. Damrau, JuS 1978, 523.

31) BGHZ 67, 207, 208 f; BGH LM BGB § 933 Nr. 4 unter 1.

32) BGH ZIP 1993, 98, 99 f unter II 2 a und II 2 b.

33) BGHZ 36, 56, 60 f; BGH NJW 1974, 1132, 1134; darauf weist Kollbosser, EWiR 1993, 253, 254 hin; Ernst, in: Festschrift Gernhuber, 1993, S. 99, glaubt, daß es methodisch verfehlt sei, für den redlichen Erwerb ein „erklärendes“ Grundprinzip konstruieren zu wollen. Die Tatbestände, aus denen er folge, seien in den §§ 932 ff BGB festgelegt. Indes geht es darum, den Grundgedanken des redlichen Erwerbs herauszufiltern. Nur so lassen sich Zweifelsfragen teleologisch abgesichert lösen; das zeigt gerade der hier besprochene Fall. Im Ergebnis ist allerdings nicht der Rechtsschein vorzugswürdig, sondern der davon zu unterscheidende Gedanke des Verkehrsschutzes (vgl. J. Hager (Fußn. 4), S. 227 ff).

34) Ausführlich J. Hager (Fußn. 4), S. 286 ff.

35) Vgl. z. B. RGZ 72, 309, 312; RGZ 108, 269, 271; BGHZ 10, 81, 86; BGHZ 34, 153, 158; BGHZ 56, 123, 128 f; BGH LM BGB § 932 Nr. 6; aus der Literatur etwa Jaernig (Fußn. 4), § 932 Anm. I 2 b; Baur/Stürmer (Fußn. 4), § 4 II, § 52 II vor 1; H. Westermann/Gursky (Fußn. 4), § 47 vor 1; Wieling (Fußn. 4), § 10 I 7 a; trotz Zweifeln auch Musielak, JuS 1992, 714 Fußn. 12. Gerade der hier besprochene Fall zeigt indes, daß die Rede vom Besitz nicht nur eine unschädliche Ungenauigkeit ist – wie Musielak meint –, sondern massive Konsequenzen haben kann.

36) So z. B. H. Westermann, JuS 1963, 1; Deutsch, JZ 1978, 386; v. Crausbaar, Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, 1969, S. 149 ff, 154 ff; Wieland, JuS 1978, 145.

37) Vgl. z. B. OLG München NJW 1957, 875, 876; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb., 1957, § 68 II 2; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 484; Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S. 56 ff; J. Hager (Fußn. 4), S. 240 ff; Gursky, Fälle und Lösungen Sachenrecht, 7. Aufl., 1991, S. 47 f; Ernst (Fußn. 33), S. 100 ff.

etwa das Leasing drehen, wo sie einmal typisch geworden sind, den auf dem Besitz basierenden Rechtsschein geradezu um. Der Besitz deutet eher auf fehlendes als auf bestehendes Eigentum des Verfügenden. Der mittelbare Besitz gar ist als angeblicher Rechtsscheinträger völlig vom konkreten Vertrauen gelöst – um so mehr, wenn auch der mittelbare Fremdbesitz den redlichen Erwerb soll begründen können.<sup>38)</sup> Und schließlich hilft auch die Vermutung des § 1006 BGB nicht weiter, auf die sich die herrschende Meinung stützt.<sup>39)</sup> Sie ist spätestens dort entkräftet, wo Besitz und Eigentum in branchenüblicher Weise auseinanderfallen.<sup>40)</sup>

2. Demgegenüber hat auch und gerade für diese Frage § 934 Fall 2 BGB Modellcharakter. Verzichtet das Gesetz selbst auf die Besitzposition des Verfügenden, begnügt es sich vielmehr damit, daß der Erwerber nunmehr auf Veranlassung des Verfügenden den Besitz erlangt hat, so durchbricht es das Dogma, der Besitz sei die Legitimationsgrundlage für den redlichen Erwerb, an einer wichtigen Stelle und stellt damit die These der herrschenden Meinung zur Gänze in Frage. Entscheidend ist nicht der Besitz des Verfügenden, sondern seine Besitzverschaffungsmacht.<sup>41)</sup>

2.1 Kritische Äußerungen in der jüngeren Literatur vermögen diesen Modellcharakter des § 934 Fall 2 BGB nicht in Frage zu stellen. Der Hinweis etwa, § 934 Fall 2 BGB durchbreche das den Gutgläubenserwerb beherrschende Rechtsscheinsprinzip,<sup>42)</sup> legt die Prämisse zugrunde, geschützt werde der gute Glaube an den Besitz des Verfügenden. Das Konzept der Besitzverschaffungsmacht kann auf eine derartige Ausnahme verzichten und § 934 Fall 2 BGB nahtlos einordnen.<sup>43)</sup> Da die Norm auch keine fehlgeschlagene Zession voraussetzt,<sup>44)</sup> läßt sich die Grenze zum Geheißerwerb, der nach der abweichenden Auffassung vom Traditionsprinzip beherrscht wird,<sup>45)</sup> nicht mehr ziehen, wobei ohnedies fraglich ist, ob eine solche Differenzierung teleologischen Gesichtspunkten standhalten könnte. Letztendlich vermag die Kritik nicht plausibel zu machen, welchen legitimen Anwendungsbereich § 934 Fall 2 BGB denn behalten kann, wenn man ihn als Modell für den gutgläubigen Erwerb in den Geheißfällen ablehnt. Die Vorschrift soll nach dieser Auffassung das längere Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum verhindern.<sup>46)</sup> Warum dieses Ziel beim Geheißerwerb nicht angestrebt wird, bleibt ebenso unklar wie die Antwort auf die Frage, ob und warum denn der Dritte keines Schutzes bedarf, wenn die Übereignung zwischen Verkäufer und seinem Partner an Mängeln litt und daher unwirksam war.<sup>47)</sup>

2.2 Das Modell des § 934 Fall 2 BGB als Legitimationsgrundlage für den redlichen Erwerb paßt darüber hinaus auch zusammen mit dem Erwerb im Liegenschaftsrecht. Auch dort geht es nicht um ein Vertrauen des Erwerbers in den Stand des Grundbuches zu dem Zeitpunkt, da die Übereignungserklärungen abgegeben werden; es genügt, daß der falsche Grundbuchstand erst später entsteht.<sup>48)</sup> Der redliche Erwerb baut somit auf der Eintragungsverschaffungsmacht des Verfügenden auf.<sup>49)</sup>

2.3 Dem hatte der BGH in den sogenannten Täuschungsfällen durchaus Rechnung getragen. Das Gericht war nur noch terminologisch vom Besitz als dem Rechtsscheinträger ausgegangen, hatte sich im Ergebnis indes längst der These von der Besitzver-

schaffungsmacht angeschlossen. Bloß so ist es zu verstehen, daß das Gericht nicht einzig und allein denjenigen als Inhaber der tatsächlichen Gewalt ansieht, der selbst die Sache dem Erwerber übergibt, sondern auch denjenigen, auf dessen Weisung die Sache dem Erwerber durch einen Dritten ausgehändigt wird; in beiden Fällen benötige und verdiene der Erwerber Schutz.<sup>50)</sup>

3. Der Entscheidung des BGH wäre also nur zuzustimmen, wenn aus der Tatsache, daß es sich nicht um ein „normales“ Streckengeschäft handelt, sondern um die Übertragung von Grundschuldbriefen, Besonderheiten folgten; das ist indes nicht der Fall.

3.1 Gestützt auf den Wortlaut des § 1155 Satz 1 BGB fordert die herrschende Meinung, der Verfügende müsse unmittelbarer oder zumindest mittelbarer Besitzer des Briefes sein.<sup>51)</sup> Daß § 1154 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB auf § 1117 BGB verweist, dieser korrekterweise nur auf die §§ 929 Satz 2 bis 931 BGB, weil ein Ersterwerb mit Hilfe der §§ 932 bis 934 BGB nicht vorstellbar ist, bedeutet zwar, daß § 934 Fall 2 BGB nicht direkt Anwendung

38) So z. B. RG JW 1910, 814, 815; BGH WM 1977, 1090, 1092; *Jauernig* (Fußn. 4), § 934 Anm. 2 a; *Palandt/Bassenge* (Fußn. 4), § 934 Rz. 3.

39) *Erman/Michalski* (Fußn. 18), vor §§ 932 ff Rz. 1; *Bülow* (Fußn. 4), Rz. 635; *Wadle*, JZ 1974, 695; *Tiedtke*, WM 1979, 1146; *M. Reinicke*, AcP 189 (1989), 100.

40) *Erman/Hefermehl* (Fußn. 18), § 1006 Rz. 5; *MünchKomm-Medicus* (Fußn. 4), § 1006 Rz. 23; *Staudinger/Gursky* (Fußn. 4), § 1006 Rz. 34; *Rebe*, AcP 173 (1973), 194.

41) OLG München NJW 1957, 875, 876; *Wolff/Raiser* (Fußn. 37), § 69 II 2 a; *Gursky* (Fußn. 37), S. 48; *Berg*, JuS 1970, 13; *J. Hager* (Fußn. 4), S. 245 ff.

42) *Martinek*, AcP 188 (1988), 636 (*Martinek* behandelt zwar primär die Täuschungsfälle, seine Kritik richtet sich jedoch generell gegen die paradigmatische Rolle des § 934 Fall 2 BGB für den redlichen Erwerb beim Geheißerwerb); *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 148 f.

43) Vgl. näher *J. Hager* (Fußn. 4), S. 245 ff, 278 ff.

44) Vgl. nur BGH NJW 1959, 1536, 1539; BGH NJW 1978, 696, 697; BGH NJW 1979, 2037, 2038; BGH WM 1969, 242, 244.

45) *Martinek*, AcP 188 (1988), 636.

46) *Martinek*, AcP 188 (1988), 637. *Peters* (Fußn. 42), S. 148, spricht in den Täuschungsfällen davon, dem Eigentümer sei es nicht zuzumuten, sich selbst zu „enteignen“.

47) Der Begriff der Besitzverschaffungsmacht soll entbehrlich sein (*Ernst* (Fußn. 12), S. 91), die literarischen Bemühungen zu seiner Rechtfertigung führten zu nichts (*Ernst* (Fußn. 12), S. 92). Warum dies der Fall ist, wird freilich nicht ausgeführt. Die Lösung von *Ernst* überzeugt jedenfalls in den Täuschungsfällen nicht (vgl. oben I 1.2). *Ernst* selbst erklärt § 934 Fall 2 BGB mit dem Gedanken, der Erwerber habe Eigenbesitz von einem Dritten erlangt (S. 309). Daß hier keine Besitzverschaffungsmacht vorliegen soll, wird nicht näher begründet. Die zitierte Stelle (S. 260 bei Fußn. 152) betrifft die anders gelagerte Frage, ob der mittelbare Besitz des Eigentümers den redlichen Erwerb sperrt. Dies bejaht *Ernst*, da der Besitzmittler den mittelbaren Besitz durch bloßes Gerede, für das er sich nicht zu verantworten hat, nicht zerstöre, wobei *Ernst* es für unfruchtbar hält, das Ergebnis mit theoretischen Begründungen weiter absichern zu wollen (S. 246). Später erklärt *Ernst* das Scheitern des redlichen Erwerbs in derartigen Fällen damit, daß für den dritten Erwerber kein mittelbarer Besitz begründet werde (S. 257, 261).

48) Vgl. z. B. RGZ 116, 351, 354; RGZ 116, 356, 361 f; RGZ 123, 19, 21 f; RGZ 128, 276, 278; RGZ 140, 35, 38 ff; RGZ 147, 298, 302; BGHZ 60, 46, 54; BGH NJW 1969, 93, 94; BGH NJW 1980, 2413, 2414; a. A. *Wiegand*, JuS 1978, 150.

49) *J. Hager* (Fußn. 4), S. 426; a. A. wohl *Ernst* (Fußn. 33), S. 107, der das Grundbuch als Rechtsinstitut ansieht, das tatbestandlich auf einen Rechtsschein abbehe.

50) BGHZ 36, 56, 61; im Ergebnis auch BGH NJW 1974, 1132, 1134.

51) RGZ 86, 262, 264; BGH ZIP 1993, 98, 100 unter II 2 b; *Jauernig* (Fußn. 4), § 1155 Anm. 2 a; *Palandt/Bassenge* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 2; *MünchKomm-Eickmann* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 2; *RGRK-Mattem*, BGB, 12. Aufl., 1974 ff, § 1155 Rz. 3; *Rimmelspacher*, WuB IF 3 Grundpfandrechte 2. 93; a. A. *Staudinger/Scherübl* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 5 unter Hinweis auf die Möglichkeit des Geheißerwerbs; *Kollhossner*, EWIR 1993, 253, 254.



findet, verbietet es aber nicht, seinen Rechtsgedanken heranzuziehen. Es bedürfte zumindest näherer Begründung, warum die Besitzverschaffungsmacht bei der Verfügung über Grundschulden unter Übertragung der Grundschuldbriefe nicht den redlichen Erwerb soll stützen können, sondern die Legitimation durch den Besitz erforderlich ist, die sich in vielen Fällen als nicht tragfähig erwiesen hat. Namentlich riskiert man Wertungswidersprüche, wenn man sich einseitig am Besitz orientiert. Der redliche Erwerb würde etwa gelingen, wenn die Übertragung zwischen dem Anweisenden und dem Dritten aufschiebend bedingt wäre und deshalb – auch nur kurzfristig – zwischen den beiden ein Besitzkonstitut vereinbart würde. Dann wäre der Verfügende im Zeitpunkt der Übertragung durch den mittelbaren Besitz legitimiert.<sup>52)</sup> Anders verhielte es sich dagegen, wenn der Brief aufgrund zweier unbedingter Übereignungen vom Angewiesenen an den Dritten übergeben würde. Ein tragfähiges Argument für diese Ungleichbehandlung ist nicht zu erkennen.

3.2 Die Gründe, die den BGH gleichwohl zu seinem Urteil bewegen haben, lassen sich indirekt aus den vom Gericht genannten Belegstellen erschließen. Unergiebig ist allerdings der Hinweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts.<sup>53)</sup> Dort ging es um die Frage, ob die Vereinbarung des angeblichen Hypothekengläubigers mit dem letztendlich im Grundbuch eingetragenen Erwerber, dieser solle berechtigt sein, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, genügt, um die fehlende Berechtigung des Zedenten zu überwinden. Das Reichsgericht verneinte die Frage, weil der Zessionar eine derartige Abrede nur mit dem Berechtigten treffen könne. Der Mangel im Erwerb werde auch nicht durch die §§ 892, 1183, 1155 BGB behoben, da der Zedent weder als Hypothekengläubiger im Grundbuch oder Hypothekenbrief in Erscheinung getreten noch auch nur Besitzer des Briefes geworden sei.

Diese Entscheidung stimmt zum einen schon nicht mit der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts überein, die es durchaus genügen läßt, daß der nichtberechtigte Zedent mit dem Erwerber die Vereinbarung gemäß den §§ 1154 Abs. 1 Satz 1, 1117 Abs. 2 BGB trifft,<sup>54)</sup> sie dürfte zum anderen mit dem Wortlaut des § 1155 Abs. 1 BGB schwer zur Deckung zu bringen sein, der auf die *Legitimation* des letzten Gläubigers als des Besitzers des Briefes durch eine zusammenhängende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen abstellt. Wenn es denn auf einen Rechtsscheintatbestand beim Abtretenden ankäme, so läge er in der Eintragung im Grundbuch beziehungsweise im Brief; der Rechtsschein durch den bloßen Besitz des Briefes hätte dagegen keine Aussagekraft. Auf dieses obiter dictum des Reichsgerichts kann die Entscheidung des BGH kaum mit Überzeugungskraft gestützt werden.

3.3 Einen anderen Ausgangspunkt wählt denn auch der zweite vom BGH herangezogene Beleg.<sup>55)</sup> Der Hypothekenbrief werde – anders als bei anderen beweglichen Sachen – vom Eigentümer nicht an andere Personen zur Ausübung schuldrechtlicher Gebrauchs- und Nutzungsrechte übergeben; seine Übertragung geschehe nur bei der Verfügung über das Hypothekenrecht, sei es durch Abtretung, sei es durch die Einräumung dinglicher Sicherungs- und Nutzungsrechte. Der Verfügende, der sich nicht

im unmittelbaren Besitz des Briefes befinde, müsse Zweifel an seiner Rechtsinhaberschaft wecken.

Doch ist die Frage, ob ein Erwerber einer verpfändeten Grundschuld gutgläubig erwerben kann, wenn ihm sein Partner als angeblicher Grundschuldgläubiger lediglich, aber immerhin, den mittelbaren Besitz zu verschaffen vermag, damit nicht von vornherein zu verneinen; hier sprechen die besseren Argumente dafür, es – systemkonform – beim Schutz des redlichen Erwerbers zu belassen. Bei Licht besehen ist mit diesem Argument ohnehin nur der Maßstab der Redlichkeit thematisiert; hingegen läßt sich aus der Regel, Inhaberschaft und Briefbesitz fielen nicht auseinander, beim Geheißerwerb kein Gesichtspunkt gewinnen. Soweit sich nicht aus der raschen Abfolge von Übertragungen Verdachtsmomente ergeben – bei der Redlichkeit und nur dort ist der Standort dieser Problematik<sup>56)</sup> –, gibt es keinen Grund, bei der Abtretung von Grundschulden Sonderregeln zu postulieren und auf einer Besitzposition als Legitimationsgrundlage zu beharren, die im übrigen aus wohlerwogenen Überlegungen schon längst aufgegeben ist.<sup>57)</sup>

### III. Zusammenfassung

1. Trotz konstruktiver Schwierigkeiten geht beim Geheißerwerb auch von Briefgrundschulden die Grundschuld vom Angewiesenen auf den Anweisenden und von diesem auf den Dritten über.

52) Dem steht § 932 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegen; dort genügt nach herrschender Meinung die Besitzverschaffungsmacht durch den Veräußerer; vgl. z. B. *Palandt/Bassenge* (Fußn. 4), § 932 Rz. 4; *Staudinger/Wiegand* (Fußn. 4), § 932 Rz. 33.

53) RG Seuffa 92 Nr. 152 S. 366.

54) RGZ 135, 95, 97. Dort hatte der Hypothekar die noch nicht valutierte Hypothek, bei der es sich nach den § 1163 Abs. 1 Satz 1, § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB um eine Eigentümergegrundschuld des Grundstückseigentümers handelte, nach den § 1154 Abs. 1 Satz 1, § 1117 Abs. 2 BGB abgetreten. Das Reichsgericht bejaht redlichen Erwerb nach den §§ 1138, 892 BGB. Daß es sich um den Erwerb einer (angeblich dem Zedenten zustehenden) Hypothek handelte, ist im Ergebnis ohne Belang. Der Erwerber einer nicht valutierte Grundschuld ist über § 1157 Satz 2 BGB ebenfalls geschützt (vgl. statt aller MünchKomm-*Eickmann* (Fußn. 4), § 1191 Rz. 51), wobei der Maßstab des guten Glaubens hier nicht im einzelnen diskutiert zu werden braucht.

55) MünchKomm-*Eickmann* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 3.

56) *Rimmelpacher*, WuB IF 3 Grundpfandrechte 2. 93, verteidigt den BGH mit dem Hinweis, nach § 892 BGB schade nur die tatsächliche Kenntnis der wahren Rechtslage, was eine Lösung über das subjektive Tatbestandsmerkmal verbiete. Daher müßten jene typischen Zweifel an der Rechtsinhaberschaft am Tatbestandsmerkmal des Besitzes festgemacht und dieses streng im Sinne unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes verstanden werden. Doch sind damit die Bedenken gegen den Besitz als Rechtsscheinträger nicht ausgeräumt, nicht zuletzt was die Legitimationswirkung des mittelbaren Besitzes angeht (*Kollbosser*, EWIR 1993, 253, 254). Wenn man denn der spezifischen Interessenlage bei der Verfügung über Briefgrundschulden Rechnung tragen will, scheint es angemessener, den Redlichkeitsmaßstab den Regeln der Veräußerung beweglicher Sachen anzupassen und bereits grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers schaden zu lassen. Damit wäre dem Umstand Rechnung getragen, daß die Besitzverschaffungsmacht der Eintragungsverschaffungsmacht deswegen nicht in allen Punkten gleichsteht, weil nur bei der letztgenannten die Kontrolle durch das Grundbuchamt gewährleistet ist.

57) *Rimmelpacher*, WuB IF 3 Grundpfandrechte 2. 93, läßt den Erwerb der Bank schon daran scheitern, daß nicht eine lückenlose Kette von beglaubigten Abtretungserklärungen vorgelegen hat. In der Tat war die Mandantin des untreuen Steuerberaters nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht im Grundbuch eingetragen und die zu ihren Gunsten abgegebene Abtretungserklärung nicht öffentlich beglaubigt worden. Doch schadet es nach wohl herrschender Meinung nicht, wenn diese privatschriftliche Zession durch einen Berechtigten erfolgt ist (*Palandt/Bassenge* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 3; *H. P. Westermann/Eickmann*, Sachenrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 1988, § 122 IV 2 b; *Baur/Stürmer* (Fußn. 4), § 38 V 2 (d); *a. A. MünchKomm-Eickmann* (Fußn. 4), § 1155 Rz. 8 m. w. N.).

2. Der Erwerber ist bei der Verfügung eines Nichtberechtigten geschützt, wenn er den Besitz am Brief erlangt und die sonstigen Voraussetzungen des redlichen Erwerbs gegeben sind. Unnötig ist, daß der Verfügende durch den Besitz ausgewiesen ist. Der redliche Erwerb ist – wie stets – an die Besitzverschaffungsmacht geknüpft.