

85. 1. Ist für das Zustandekommen des Darlehensvertrags die Eigentumsübertragung an den hingegebenen vertretbaren Sachen erforderlich?

2. Eigentumserwerb an unterschlagenem Gelde durch den Darlehensempfänger, der vom Eigentumsrecht des Dritten Kenntnis hat?
3. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei der Unterschlagung.
4. Verpflichtet § 139 ZPO. das Gericht zu Hinweisen auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes?

VI. Zivilsenat. Urf. v. 15. Dezember 1921 i. S. L. (Rf.). w. N. (Wefl.) VI 301/21.

I. Landgericht III Berlin. — II. Kammergericht dajelbst.

Der Kläger, ein ehemaliger Unterzahlmeister, behauptet, am 28. Mai 1919 dem Beklagten, einem ehemaligen Oberleutnant der Reserve, ein nach acht Tagen zurückzuzahlendes Darlehen von 7000 *M* gegeben zu haben. Der Beklagte bestreitet den Empfang des Darlehens, das nicht er, sondern ein gewisser Sch., der mit den Parteien demselben Truppenkörper in den baltischen Provinzen angehörte, erhalten habe. Das Landgericht hat als erwiesen angenommen, daß der Kläger das Darlehen dem Beklagten und dem Sch. gemeinsam gegeben habe, und daß beide Genannten daraus gesamtschuldnerisch zur Rückstattung verpflichtet seien. Es hat deshalb den Beklagten nach dem gestellten Klagantrage zur Zahlung von 7000 *M* nebst Zinsen an den Kläger verurteilt. Das Oberlandesgericht dagegen hat auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob allein Sch., oder ob auch der Beklagte Empfänger des Darlehens sei und sich mit jenem zur Rückzahlung verpflichtet habe. Auf jeden Fall sei das Geschäft nichtig. Denn der Kläger habe das Darlehen aus der Kriegskasse der Division, bei der er Unterzahlmeister war, gegeben und sich vom Beklagten dafür eine Quittung über 7000 *M* „Einkaufsvorschuß“ ausstellen lassen. Sowohl Sch. als dem Beklagten sei diese Herkunft des Geldes bekannt gewesen, denn sie seien zum Kläger gegangen, um sich gegen eine dienstliche Quittung das Geld, also aus der Kriegskasse, zu ihren persönlichen Geschäften geben zu lassen; sie hätten damit eine Schuld tilgen wollen, die sie aus dem Einkauf von Zigaretten an einen gewissen Schl. in Berlin hatten. Auch dem Kläger sei dieser Sachverhalt bekannt gewesen. Danach habe er Gelder der Kriegskasse unterschlagen, und Sch. und der Beklagte seien Mittäter oder Anstifter oder Helfer hinsichtlich dieser strafbaren Handlung. Daß der Kläger die Absicht gehabt, das Geld in kurzer Zeit wieder in die Kasse einzulegen, was er vielleicht auch getan habe, ändere daran nichts. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit habe allen drei Beteiligten inne-

gewohnt. Deshalb sei durch die Hingabe und den Empfang des Geldes eine Darlehensschuld nicht begründet worden.

Die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingelegte Revision ist unbegründet. Der Anspruch auf Rückzahlung des nach seiner Behauptung dem Beklagten gegebenen Darlehens von 7000 *M* ist für hinfällig zu erachten, ohne daß es der Heranziehung des § 138 BGB. bedarf.

Das Rechtsgeschäft des Darlehens besteht in der Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen mit der Verpflichtung des Empfängers, Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Das BGB. sagt in § 607 nicht ausdrücklich, daß der Darlehensgeber dem Empfänger das Eigentum an dem hingegebenen Geld oder den anderen darlehnsweise gegebenen Sachen zu übertragen habe; es liegt dies aber im Sinn und Zweck des Darlehensgeschäftes, das dem Empfänger die freie Verfügung über das Hingegebene gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung anderer gleichartiger und gleichwertiger Gegenstände verschaffen soll. Das Darlehensgeschäft ist deshalb Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu Eigentum des Empfängers. Erwirbt dieser kein Eigentum, so entsteht auch kein Darlehen. Eigentum erwirbt der Empfänger nach §§ 929, 932, 935 BGB. aber nicht, wenn das hingegebene Geld nicht dem Geber gehörte und dies dem Empfänger bekannt war (vgl. Mot. Bd. 2 S. 307, Prot. Bd. 2 S. 42, RGR. Komm. Anm. 2 zu § 607, Vertmann, BGB. Vorbem. 4 vor § 607, Staudinger, BGB. Anm. I 2c zu § 607). Wenn also im gegebenen Falle, wie unstreitig ist, der Kläger das dem Beklagten hingegebene Geld aus der ihm als Zahlmeister anvertrauten Divisionskasse entnommen und der Beklagte davon Kenntnis gehabt hat, so hat der letztere durch die Hingabe nach § 932 Abs. 2 BGB. kein Eigentum an dem Gelde erwerben können; es ist deshalb kein Darlehensgeschäft zustande gekommen, mithin auch kein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Darlehens entstanden. Der schlechtgläubige Empfänger ist dem Eigentümer zur Herausgabe oder, wo diese nicht mehr möglich ist, zur Schadloshaltung gemäß §§ 948, 951 BGB. verpflichtet. Daneben kann eine Darlehensverpflichtung gegenüber dem Geber nicht bestehen (vgl. Prot. a. a. O. S. 42, Vertmann a. a. O. Vorbem. 4 Abs. 4).

Die Revision macht geltend, es sei über den Gesichtspunkt der Wichtigkeit des Darlehensvertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, wie sie das Berufungsgericht mit Rücksicht auf die rechtswidrige Verfügung über fremdes Geld angenommen hatte, überhaupt in der Vorinstanz nicht verhandelt worden. Aber der Tatbestand, der den eingeklagten Darlehensanspruch, sei es wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, sei es wegen mangelnder Eigentumsübertragung, hin-

fällig macht, ist zwischen den Parteien unstreitig. Eine Vorschrift, daß die Parteien auf die möglichen rechtlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung des vorgetragenen Sachverhalts hingewiesen werden müßten, kennt die Zivilprozessordnung nicht. Die rechtliche Würdigung des vorgetragenen Tatbestandes obliegt dem Richter: die Bestimmung des § 139 bezieht sich nicht auf rechtliche Hinweise und Rechtsbelehrungen (RGZ. Bd. 4 S. 353, Bd. 59 S. 94; Warneyer 1910 Nr. 171). Die Revision führt aus, ein solcher Hinweis würde zur Darlegung seitens des Klägers geführt haben, daß ihm, da er das Geld mit Zustimmung des Beklagten als des stellvertretenden Stabsquartierkommandanten aus der Heereskasse entnommen habe in dem Bewußtsein, es in einigen wenigen Tagen aus eigenen Mitteln zurückzahlen zu können, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Zueignung für das Unterschlagungsvergehen des § 246 StGB. gefehlt habe. Allein damit würde die die Eigentumsübertragung und damit das Darlehnsgeschäft hindernde Schlechtläubigkeit des Beklagten keinesfalls beseitigt sein. Übrigens ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei der Unterschlagung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nur dann zu verneinen, wenn der Täter sich in der Lage wußte oder zu wissen glaubte, jederzeit aus eigenen Mitteln den entnommenen Betrag zu decken, und deshalb die Zustimmung des Eigentümers annehmen konnte. Für einen Beamten ist eine solche Entschuldigunq überhaupt nicht gegeben, da ein Einverständnis der den Eigentümer vertretenden Personen völlig außerhalb der amtlichen Pflicht und Zuständigkeit liegen würde (RGSt. Bd. 5 S. 55 und 305, Bd. 7 S. 351, Bd. 14 S. 243, Bd. 21 S. 366). Von einem Ausschlusse des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit würde deshalb im gegebenen Falle weder beim Kläger noch beim Beklagten die Rede sein können.