

5. 1. Kann die gütergemeinschaftliche Ehefrau auf Herausgabe eines von dem Ehemann als zum Gesamtgute gehörig besessenen Grundstücks mitverklagt werden?

2. Kann der Käufer, dem von dem besitzenden Nichteigentümer ein Grundstück verkauft und übergeben worden ist, gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe einwenden, daß sein Verkäufer dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sei?

V. Zivilsenat. Urte. v. 10. Juni 1922 i. S. N. u. Ehefrau (Wekl. w. Z. (Rl.). V 371/21.

I. Landgericht Justerburg. — II. Oberlandesgericht Königsberg.

Durch notarielles Angebot des Bäckermeisters D. an den jetzigen Kläger und seine Ehefrau vom 23. Februar 1914 und notarielle Annahme durch diese vom 17. März 1914 ist ein als Tauschvertrag bezeichneter Vertrag zustande gekommen. In der Vertragsurkunde haben der Kläger und seine Ehefrau erklärt, sie „verkauften tauschweise“ eine Parzelle des ihnen gehörigen Grundstücks in Tr. nebst Zubehör an D., während D. erklärte, ihnen „sein Grundstück Gr.-Tr. gleichfalls tauschweise zu überlassen“.

Die Parzelle Tr. wurde dem D. im März 1914 von dem Kläger übergeben; eine Auflassung an ihn fand nicht statt. D. hat durch notariellen Vertrag vom 6. Mai 1914 diese Parzelle an den beklagten Ehemann weiterverkauft und sie ihm übergeben. Der Kläger verlangte mit der Klage unter anderem die Verurteilung der beiden Beklagten zur Herausgabe der Parzelle Tr. Diesem Antrage haben beide Vorinstanzen stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten ist Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgt.

Aus den Gründen:

1. Der auf Herausgabe des Grundstücks Tr. gerichtete Klageantrag gründet sich auf § 985 BGB. und richtet sich gegen die Beklagten als Besitzer des im Eigentume des Klägers stehenden Grundstücks, zu dessen Übertragung an D. er sich zwar durch den Kauf- oder Tauschvertrag schuldrechtlich verpflichtet hat, ohne daß aber, da Auflassung und Eintragung des D. nicht erfolgt sind, das Eigentum des Klägers erloschen wäre. Die beklagte Ehefrau hat bestritten, daß der Herausgabeanspruch auch gegen sie gerichtet werden könne, da sie nicht Besitzerin sei. Der Berufungsrichter hat aber auf Grund der unbestrittenen Tatsache, daß die beklagten Eheleute in Gütergemeinschaft leben, angenommen, daß auch die beklagte Ehefrau Besitzerin des Grundstücks sei. Diese von der Revision zur Nachprüfung gestellte Annahme ist im Ergebnis nicht rechtsirrig. Zwar ist die gütergemeinschaftliche Ehefrau nicht unmittelbare Besitzerin der zum Gesamtgut gehörigen Sachen, vielmehr übt der Ehemann den unmittelbaren Alleinbesitz daran kraft seines Rechts auf Verwaltung und Besitz (§ 1443 BGB.) aus; auch genügt (was der Berufungsrichter zu verkennen scheint) nach § 740 BPD. ein gegen den Ehemann erwirkter vollstreckbarer Titel zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut. Aber die Ehefrau ist mittelbare Mitbesitzerin der gütergemeinschaftlichen Sachen, da der Ehemann den unmittelbaren Besitz auf Grund eines

Rechtsverhältnisses ausübt, vermöge dessen er der ehelichen Gütergemeinschaft gegenüber, deren Teilnehmerin die Ehefrau im Gesamtverhältnis ist, für die Dauer der Gütergemeinschaft, also auf Zeit, zum Besitze berechtigt ist (§ 868 BGB.). Daß aber der Herausgabeanspruch des Eigentümers auch gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet werden kann, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt; vgl. Komm. v. RG-Räten zu § 985 Anm. 2 und die dort angeführten Entscheidungen. Die Mitverklagung der Ehefrau wird auch, wie in der Rechtslehre und Rechtsprechung gleichfalls anerkannt ist, durch die Vorschrift des § 740 ZPO. nicht ausgeschlossen, zumal da der Gläubiger wegen der Möglichkeit eines Einwandes aus § 766 ZPO. und einer etwa eintretenden Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft ein Interesse daran hat, auch gegen die Ehefrau einen vollstreckbaren Titel zu erwirken (RG. V 528/09 v. 3. Oktober 1910; RDW. Bb. 18 S. 118, Bb. 21 S. 228; Gaupp-Stein § 740 II; Staubinger BGB. zu § 1443, 5 d § S. 387 und zu § 1459, 5 b).

2. Die Beklagten haben dem Herausgabeanspruch den Einwand entgegengesetzt, daß ihnen ein Recht zum Besitze gegenüber dem Kläger zustehe (§ 986 BGB.) und zwar in erster Linie auf Grund eigenen Rechts, in zweiter Linie auf Grund des auf sie übergegangenen Rechts des D.... (Folgt Ausführung, daß ein eigenes Recht der Beklagten zum Besitze gegenüber dem Kläger ohne Rechtsirrtum verneint worden ist). Was aber das von D. abgeleitete Recht betrifft, so geht der Berufungsrichter davon aus, daß die Beklagten, wenn dem D. gegenüber dem Kläger ein Recht auf Besitz noch zustände, berechtigt sein würden, es gegenüber dem Herausgabeanspruch des Klägers geltend zu machen, da „bei freier Auslegung“ des § 986 BGB. von der Voraussetzung, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ableiten müsse, abgesehen werden könne; für diese Rechtsauffassung bezieht sich der Berufungsrichter auf die Ausführungen im Komm. v. RG-Räten zu § 986 BGB. Anm. 2 und auf das in RDW. Bb. 26 S. 68 abgedruckte Urteil des Oberlandesgerichts Stettin. Wäre diese, für die Beklagten günstige Rechtsauffassung des Berufungsrichters unrichtig, so müßte dies ohne weiteres zur Zurückweisung der Revision führen (§ 563 ZPO.). Es ist ihr aber im Ergebnis beizutreten. Die dabei in Betracht kommenden Rechtsfragen sind allerdings in Rechtslehre und Rechtsprechung höchst bestritten. Die Vorschrift des § 986 Abs. 1, soweit sie nicht nur demjenigen, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, selbst, sondern auch demjenigen, der von einem solchen Berechtigten als mittelbarem Besitzer seinen unmittelbaren Besitz ableitet, das Recht zur Verweigerung der Herausgabe der Sache gegenüber dem Eigentümer gibt, ist aufzufassen als ein Fall der Gewährung einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten.

Während einige (so namentlich Pland-Brodmann *BGB.* 3. Aufl. zu § 986 *Erl.* 1b 7) streng an dem Wortlaute der Vorschrift festhalten und aus ihm entnehmen, daß der „Zwischenmann“ noch zur Zeit der Rechtsabhängigkeit des Herausgabeanspruches mittelbarer Besitzer sein muß, und weiter diese Voraussetzung nicht für gegeben erachten, wenn er die Sache dem Beklagten verkauft und übergeben hat, will Wolff (*Sachenrecht* des *BGB.* § 84 IV 1b *S.* 265 und das Recht zum Besitze, Festschrift für Koch *S.* 163) den nach seiner Ansicht auch in anderer Beziehung noch zu eng gefaßten Wortlaut der Vorschrift erweiternd dahin auslegen, daß auch in solchen Fällen, in denen der Zwischenmann nicht mehr Besitzer, auch nicht mittelbarer Besitzer ist, oder sogar es niemals gewesen ist, die Vorschrift Platz greifen soll. Ihm folgt Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis *S.* 205; insofern, als auch er annimmt, daß die Vorschrift auch dort anwendbar sei, wo der Zwischenmann nicht mehr, auch nicht mittelbarer, Besitzer ist, also (wie er annimmt) in dem hier vorliegenden Falle, wo er die Sache dem klagten unmittelbaren Besitzer verkauft und übergeben hat (*exceptio rei venditae et traditae*), während er die weitergehende Auffassung Wolffs zurückweist. Auf dem Standpunkte Wolffs für den hier vorliegenden Fall steht auch der vom Berufungsrichter zitierte Komm. v. *RGR.* zu § 986 Anm. 2 mit eingehender Begründung: ebenso *Rechtsp.* d. *RG.* Bd. 26 *S.* 69. Stammler, *Einrede aus dem Rechte eines Dritten* (Festgabe für Dernburg) § 13 *S.* 127 und § 25 *S.* 168, erkennt an, daß das Römische Recht die *exceptio rei venditae et traditae* auch dem Singularinzeßor desjenigen, dem die Sache von dem Eigentümer verkauft und übergeben worden ist, gewährt hat (*l. 3 Dig. exc. rei vend. 21, 3*), und findet darin den Gedanken einer vermuteten Zession der Einrede, meint aber, es bestehe keine Veranlassung, für das *BGB.* neben der besonderen Vorschrift des § 999 über den Ersatz von Verwendungen einen ergänzenden allgemeinen Rechtsatz zugunsten eines Nachfolgers im Besitze aufzustellen, und will deshalb dem Besitzer, der die Sache von demjenigen, der gegenüber dem Eigentümer zum Besitze berechtigt war, gekauft und übergeben erhalten hat, den Einwand aus § 986 gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers verjagen.

Es könnte zunächst in Frage kommen, ob nicht § 986 schon seinem Wortlaute nach ohne weiteres auf einen Fall, wie er hier vorliegt, Anwendung zu finden habe, indem anzunehmen wäre, daß zwischen demjenigen, der ein Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen hat, und dem Käufer ein „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 868 *BGB.* bestehe, auf Grund dessen der Verkäufer als mittelbarer Besitzer erscheine, wie das bei dem Verkauf und der Übergabe beweglicher Sachen unter Eigentumsvorbehalt in der Recht-

sprechung anerkannt ist (RGZ. Bd. 54 S. 397, Bd. 69 S. 198; Komm. v. RGR. zu § 986 Anm. 3). Doch ist diese Auffassung wenigstens für solche Fälle abzulehnen, wo (wie hier, soweit ersichtlich) nicht durch besondere Vorbehalte oder Vereinbarungen bei dem Verkaufe oder der Übergabe dem Käufer eine der eines Verwahrers oder Verwalters ähnliche Stellung gegenüber dem Verkäufer angewiesen ist. Es muß aber anerkannt werden, daß der Rechtsgedanke, welcher der in § 986 gewährten Einrede aus dem Rechte eines Dritten zugrunde liegt, eine über ihren Wortlaut hinausgehende Anwendung dieser Vorschrift auch auf einen Fall gestattet und erfordert, wo derjenige, der gegenüber dem Eigentümer, von dem er die Sache gekauft und übergeben erhalten hat, zum Besitze berechtigt ist, die Sache einem anderen verkauft und übergeben hat, auch wenn in diesem Falle der erstere nicht als „mittelbarer Besitzer“ angesehen werden kann. Dieser Rechtsgedanke ist, wie namentlich im Komm. v. RGRäten a. a. O. überzeugend dargelegt ist, darin zu finden, daß das Recht desjenigen, der dem Eigentümer gegenüber zu besitzen berechtigt ist, in dem Rechtsstreite zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer, der sein Recht zu besitzen von dem dem Eigentümer gegenüber zum Besitze Berechtigten ableitet, Klargestellt werden soll, damit unnütze Prozesse zwischen dem Eigentümer und dem ihm gegenüber zum Besitze Berechtigten einerseits und diesem und dem Besitzer andererseits vermieden werden. Könnte der Besitzer von dem Eigentümer jeder Zeit aus dem Besitz gesetzt werden, so würde er einen Negationsanspruch gegen denjenigen, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, erheben können und dieser müßte auf Grund seines Rechts zum Besitze die Sache erst wieder von dem Eigentümer herausverlangen, um sie wieder dem ihm gegenüber zum Besitze Berechtigten zu übergeben, von dem sie der Eigentümer dann wieder herausverlangen könnte, so daß ein endloser Kreislauf entstehen würde, den zu vermeiden ersichtlich der Zweck des § 986 ist, wofür es unwesentlich erscheint, ob derjenige, von dem der Besitzer sein Recht zum Besitze ableitet, mittelbarer Besitzer ist. Maßgebend ist vielmehr das Interesse des dem Eigentümer gegenüber zum Besitze Berechtigten daran, daß derjenige, dem er ein Recht zum Besitze ihm gegenüber einräumt, sich auch dem Eigentümer gegenüber im Besitz erhalten kann. Dieses Interesse rechtfertigt die Annahme, daß er mit dem Besitze ihm auch das Recht auf Besitz gegenüber dem Eigentümer stillschweigend abgetreten hat. Es ist nicht einzusehen, warum diese der Vorschrift des § 986 zugrunde liegenden Rechtsgedanken nur dann Platz greifen sollten, wenn der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze Berechtigte den Besitz einem anderen als Pächter, Mieter usw. einräumt, nicht aber dann, wenn er ihm berechtigter Weise den Besitz auf Grund des weitergehenden Rechts als Käufer gewährt. Diese Gesichtspunkte sind bereits

von den römischen Juristen erkannt worden, die deshalb die *exceptio rei venditae et traditae* auch dem Singularaufzeffer des Käufers, dem die Sache vom Eigentümer verkauft und übergeben worden, gegeben haben mit der Begründung, es liege im Interesse des ersten Käufers, daß die Sache nicht dem zweiten einviert werde (l. 3 Dig. 21, 3). Die gegen die Anwendung des Grundsatzes im Rechte des BGB. von Stammler a. a. O. erhobenen grundbuchrechtlichen Bedenken greifen, wie schon im Komm. v. RGR. a. a. O. zutreffend dargelegt ist, nicht durch. Nach alledem liegen hinreichende Anhaltspunkte vor, welche die entsprechende Anwendung des § 986 auf den hier vorliegenden Fall rechtfertigen.

Der Berufungsrichter hat aber den aus dem Rechte des D. hergeleiteten Einwand der Beklagten gegen den Klagenanspruch auf Herausgabe um deswillen zurückgewiesen, weil er annimmt, daß auch D. dem Kläger gegenüber jetzt nicht mehr zum Besitze berechtigt sei... (Folgt Ausführung, daß diese Annahme nicht frei von Rechtsirrtum sei und deshalb das Berufungsurteil aufgehoben werden müsse.)