

36. 1. Nachträgliche Begründung und Valutierung einer anfänglich nichtigen Hypothek.
2. Wirkung einer im Grundbuch vermerkten Verfügungsbeschränkung einer eingetragenen Hypothekengläubigerin, der die Hypothek in Wirklichkeit nicht zusteht.
3. Findet die in § 8 des Gesetzes, betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen, vom 4. August 1914 angeordnete Hemmung des Laufs von Ausschlußfristen auch zugunsten offener Handelsgesellschaften statt, deren Gesellschafter sich in einem der in § 2 des Gesetzes bezeichneten Verhältnisse befinden?

V. Zivilsenat. Urf. v. 3. Januar 1923 i. S. Otto St. & Co. (Bekl.)  
m. M. Erben (kl.). V 128/22.

I. Landgericht II Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Im Grundbuch von Neukölln Bb. 87 Bl. Nr. 2534 war in Abt. III Nr. 6 am 11. November 1909 eine Darlehenshypothek von 20000 *M* für die Ehefrau des damaligen Grundstückseigentümers Ferdinand S., Hedwig S., unter Bildung eines Hypothekenbriefes eingetragen worden. Mittels einer vom 7. Januar 1910 datierten, am 17. Januar 1910 verstempten und am 7. April 1910 beglaubigten Abtretungsurkunde hat Frau Hedwig S. diese Hypothek mit Zustimmung ihres Ehemannes an den Erblasser der Kläger, Fabrikanten Ernst W., abgetreten. Die Abtretung ist am 14. April 1910 im Grundbuch eingetragen worden. Am 13. Januar 1910 war bei dieser Hypothek zugunsten der Beklagten, welche die Bestellung der Hypothek gegenüber der Frau Hedwig S. anfechten wollte, auf Grund einer einstweiligen Verfügung vom 7. Januar 1910 ein Veräußerungs- und Verfügungsverbot eingetragen worden. Bei der im Jahre 1919 stattgefundenen Zwangsversteigerung des Grundstücks kam im Kaufgelderbelegungsstermin auf diese Hypothek ein Betrag von 4118,88 *M* zur Hebung, der als Streitmasse zwischen den Parteien hinterlegt wurde. Die Kläger haben auf Einwilligung der Beklagten in die Auszahlung der hinterlegten Streitmasse an sie geklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger ist jedoch die Beklagte zur Einwilligung in die Auszahlung verurteilt worden. Ihre Revision hatte Erfolg.

#### Gründe:

Das Kammergericht läßt es dahingestellt, ob die Abtretung der Hypothek an den Erblasser der Kläger bereits am 7. Januar 1910 erfolgt ist und die Übergabe des Hypothekenbriefes an ihn schon damals stattgefunden hat. Denn wenn dies der Fall gewesen sei, hätte die erst am 13. Januar 1910 zugunsten der Beklagten bei der Hypothek im Grundbuch eingetragene Verfügungsbeschränkung sein Recht nicht mehr beeinträchtigen können. Sollte aber der Erblasser der Kläger, Ernst W., die Hypothek erst nach dem 13. Januar 1910 erworben haben, so habe das Veräußerungsverbot der Abtretung ebensowenig im Wege gestanden, weil es bei einer Hypothek eingetragen gewesen sei, welche der Frau Hedwig S. gar nicht zustand. Denn unstrittig sei die Hypothek für sie ohne ihr Wissen und ihren Willen eingetragen worden; sie habe nie eine Valuta auf die Hypothek gewährt, habe auch den Hypothekenbrief niemals erhalten. Die Hypothek sei also zunächst eine Eigentümerhypothek ihres Ehemannes Ferdinand S. gewesen. Sie sei aber in der Person des Besizers Ernst W., der eine Forderung von mehreren tausend Mark aus der Gewährung von Baugelbern an Ferdinand S. hatte, und die Hypothek mit dessen Zustimmung von der Ehefrau S. erworben, wirksam begründet worden, da die Eheleute S. und W. über ihre Valutierung und Entstehung einig geworden seien. Nach der Übergabe des Hypothekenbriefes an Ernst W. habe die

Hypothek diesem zugestanden; vorher habe sie dem Ehemann H., niemals aber der Frau H. gehört. Aus dem Veräußerungsverbot könne daher die Beklagte kein Recht zum Widerspruch gegen die Auszahlung des Erlöses an die Kläger herleiten. Die in diesem Rechtsstreit mittels Schriftsatzes vom 12. Mai 1920 erfolgte Anfechtung der Abtretung der Hypothek an M. sei verspätet. Denn die Abtretung und die Aushändigung des Hypothekenbriefes an M. sei spätestens am 14. April 1910 erfolgt. Die in § 12 des Anfechtungsgesetzes bestimmte 10jährige Ausschlußfrist sei daher am 14. April 1920 abgelaufen gewesen. Die Verordnungen über die Verjährungsfristen vom 4. November 1915 und 26. November 1919 fänden hier keine Anwendung; dagegen treffe die in § 8 Abs. 2 des Gesetzes betreffend den Schutz der infolge des Kriegs an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen vom 4. August 1914 enthaltene Bestimmung über die Hemmung des Laufs der Ausschlußfristen zugunsten der Kriegsteilnehmer und ihrer Gegner auch auf die in § 12 AnfechtGef. bestimmte Frist zu. Gleichwohl komme die Bestimmung der Beklagten nicht zugute, weil diese eine offene Handelsgesellschaft sei, also nicht als Kriegsteilnehmerin gelten könnte, selbst wenn einer ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter Otto St. — neben welchem auch Johanna St. vertretungsberechtigt gewesen sei, — einem mobilen Truppenteil angehört haben sollte.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 1154, 1163 BGB., der Verordnung vom 4. August 1914 und des § 286 RPD. Sie macht zunächst geltend, daß der Erblasser M. die Hypothek niemals wirksam erworben habe; denn wenn die Hypothek der Frau H. nicht zugestanden habe, sondern eine Eigentümergrundschuld des Ehemannes H. geworden sei, so hätte sie nur dieser abtreten können. Er habe aber keine Abtretungserklärung abgegeben, sondern nur die ehemännliche Genehmigung zu der Abtretungserklärung seiner Ehefrau erteilt. Der Verfügung seitens der Ehefrau H. habe dagegen das eingetragene Veräußerungsverbot entgegengestanden, sofern die Abtretung nach dem 13. Januar 1910 erfolgt sei. Es sei unter Beweis gestellt gewesen, daß die Abtretungsurkunde vom 7. Januar 1910 vorbatiert und in Wahrheit erst nach dem 13. Januar 1910 ausgestellt, auch der Hypothekenbrief dem Erblasser M. erst nach diesem Tage übergeben worden sei. Hinsichtlich der Anfechtung sei übersehen, daß nach dem Handelsregisterauszug die Ehefrau St. von der Vertretung der Firma ausgeschlossen, der Ehemann St. also allein vertretungsberechtigt war. Die Verordnung vom 4. August 1914 habe demnach den Ablauf der Anfechtungsfrist zugunsten der Beklagten gehemmt. Die Anfechtung sei also rechtzeitig erklärt worden.

Der Revision war der Erfolg nicht zu versagen. Die Annahme des

Berufungsgerichts, daß der Erblasser der Kläger, Ernst M., die Hypothek rechtswirksam erworben habe, findet in den bisherigen Feststellungen keine ausreichende Stütze. Die Hypothek war ohne Wissen und Willen der Ehefrau H. für diese eingetragen worden; es fehlte sonach an der zur Begründung der Hypothek nach § 873 BGB. erforderlichen dinglichen Einigung. Die Eintragung war also nichtig. RGKomm. § 1163 A. 1 § 1177 A. 1 BGB. Die dingliche Einigung kann der Eintragung allerdings auch nachfolgen RGZ. Bb. 89 S. 32. Wenn das Berufungsgericht die dingliche Einigung aber darin erblickt, daß nach dem Inhalt der Abtretungsurkunde vom 7. Januar 1910 die Eheleute H. und der Erblasser M. über die Entstehung und Valutierung der Hypothek sich geeinigt haben, so übersieht es hierbei die von ihm getroffene Feststellung, nach welcher Ferdinand H. nur bis zum 17. Dezember 1909 als Eigentümer des Grundstücks eingetragen war. Am 7. Januar 1910 war Ferdinand H. also nicht mehr der Berechtigte, der die Einigung mit dem Gläubiger vornehmen konnte. Er hätte die dingliche Einigung mit der eingetragenen Gläubigerin, seiner Ehefrau, nur so lange er Grundstückseigentümer war, also bis zum 17. Dezember 1909 vornehmen und dadurch die Hypothek zur Entstehung bringen können. Alsdann hätte sie ihm gemäß § 1163 BGB. als Eigentümergrundschuld zugestanden, da eine Forderung der Ehefrau H. nicht zur Entstehung gelangt, ihr auch der Hypothekenbrief niemals übergeben worden ist. Vom 17. Dezember 1909 ab hätte dagegen nur der neue Grundstückseigentümer die dingliche Einigung vornehmen und dadurch die Hypothek zur Entstehung bringen können, die ihm dann als Eigentümergrundschuld zugestanden hätte. Ferdinand H. hätte die dingliche Einigung nach dem 17. Dezember 1909 höchstens als Nichtberechtigter vornehmen können; die Einigung wäre alsdann mit Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten, des neuen Grundstückseigentümers, wirksam geworden. Staudinger BGB. § 873 B. IIg RGKomm. § 873 A. 7a S. 40. Die Valutierung der auf diese Weise entstandenen Hypothek konnte alsdann in der Person des Besessionars erfolgen.

Ferner durfte das Berufungsgericht aber nicht dahingestellt lassen, wann die Abtretungserklärung erteilt und der Hypothekenbrief dem M. übergeben ist. Gesah dies vor dem 13. Januar 1910, so kam allerdings das Veräußerungsverbot nicht in Betracht. Dagegen beruht es auf Rechtsirrtum, daß auch, falls der Erwerb der Hypothek seitens des M. erst nach dem 13. Januar 1910 erfolgt wäre, die Eintragung des Veräußerungsverbots diesem Erwerb nicht entgegengestanden hätte, weil die Hypothek der Ehefrau H. gar nicht zugestanden habe. Denn buchmäßige Inhaberin der Hypothek war die Ehefrau H. Kraft ihrer Eintragung als Hypothekengläubigerin war sie grund-

buchmäßig in der Lage, die Umschreibungsbewilligung abzugeben. Die Übertragung der Hypothek auf den Erblasser M. hat sich tatsächlich auch im Wege der Abtretung der Post durch die Ehefrau S. vollzogen, wenn der Ehemann S. auch einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegenüber seiner Ehefrau gehabt haben mag und nach seiner Eintragung als Inhaber der Post diese auch selbst hätte weiter abtreten können. Trat aber die Ehefrau S. die auf ihren Namen eingetragene Hypothek, wenn auch mit Zustimmung des Grundstückseigentümers, an den Erblasser der Kläger ab, so mußte dieser die zugunsten der Beklagten bei der Hypothek eingetragene Verfügungsbeschränkung der eingetragenen Gläubigerin gegen sich gelten lassen. Gemäß §§ 135, 136 BGB. war aber alsdann die Abtretung der Hypothek der Beklagten gegenüber unwirksam. Die einstweilige Verfügung, durch welche das Veräußerungsverbot erlassen ist, erging, weil die Beklagte die Eintragung der Hypothek für die Ehefrau S. anzusehen beabsichtigte. Selbst wenn die Hypothek zunächst nicht zur Entstehung gelangt war und eine Forderung, welche durch dieselbe gesichert werden sollte, nicht bestand, so hatte doch äußerlich die Ehefrau S. die Stellung einer Hypothekengläubigerin erlangt und hätte diese Rechtslage jederzeit zum Nachteile der Gläubiger ihres Ehemannes ausnützen können. Da es sich beim Erlaß des Veräußerungsverbots aber nur um eine vorläufige Sicherung der Beklagten im Wege einstweiliger Verfügung handelte, jetzt aber der Streit sich darum dreht, wem das materielle Gläubigerrecht an der Hypothekenpost zuzustand und demgemäß der in der Zwangsversteigerung darauf entfallene Erlös gebührt, so mag in Frage kommen, ob der Beklagten, die sich auf das Veräußerungsverbot beruft, seitens der Kläger nicht unter Umständen die Replik der Arglist entgegengesetzt werden kann, wenn die Beklagte mit ihrem Anfechtungsanspruch gegen die Ehefrau S., sofern dieser die Hypothek materiell nie zustand, aus diesem oder irgendeinem anderen Grunde doch nicht hätte durchbringen können.

Aber auch der weitere Entscheidungsgrund, daß die einredeweise erklärte Anfechtung der Abtretung der Hypothek seitens der Ehefrau S. an den Erblasser M. wegen Ablaufs der zehnjährigen Ausschlußfrist nicht mehr statthaft sei, wird von der Revision mit Recht angegriffen.

Ob das Gesetz betreffend den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen vom 4. August 1914, ergänzt durch die Bekanntmachung über die Erstreckung von Anfechtungsfristen gegenüber Kriegsteilnehmern vom 5. Juli 1917 (BGBL S. 590) sich auch auf Gesellschaften und juristische Personen bezieht, deren Mitglieder oder Vertreter sich in einem der in § 2 des Gesetzes bezeichneten Verhältnisse befinden, ist eine Streitfrage, die in Rechtslehre und

Rechtsprechung vielfach verschieden beantwortet ist. Bezüglich der offenen Handelsgesellschaften geht die überwiegende Meinung dahin, daß auf sie das RStG. jedenfalls dann Anwendung finde, wenn sämtliche Gesellschafter oder wenigstens sämtliche vertretungsberechtigten Gesellschafter im Felde standen. Vgl. Güthe in Gruchots Beiträgen Bd. 59 S. 27 und Wenner in JW. 1915 S. 2 nebst den dort angeführten Belegstellen.

Bei dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft, die nach § 124 Abs. 1 HGB. zwar mit einer gewissen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ausgestattet ist, welche sie nach außen hin als Trägerin des Gesellschaftsvermögens erscheinen läßt, die aber keine juristische Person darstellt, bei der vielmehr die einzelnen Träger der Gesellschaftsrechte und -pflichten diejenigen physischen Personen bilden, aus welchen sich die Gesellschaft zusammensetzt, (RStG. Bd. 79 S. 146, Bd. 84 S. 110, JW. 1917 S. 288 Nr. 10) erscheint es angebracht und geboten, auch ihr die Wohltaten des RStG. zuteil werden zu lassen. Befinden sich alle Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft in einem Verhältnis der in § 2 des Gesetzes bezeichneten Art, so ist auch die Gesellschaft als solche an der Wahrnehmung ihrer Rechte behindert. In solchem Falle ist es daher gerechtfertigt, auch die in § 8 des Gesetzes angeordnete Hemmung der Verjährung und des Laufes der Ausschlußfristen auf sie auszudehnen. Zweifelhafter ist die Frage, wie es sich verhält, wenn nur ein Mitglied der offenen Handelsgesellschaft durch Kriegsteilnahme an der Wahrnehmung der ihm zustehenden Rechte behindert ist, aber noch andere vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden sind. Hier können die Rechte der Gesellschaft an und für sich verfolgt werden. Immerhin kommt auch hier in Betracht, daß die Frage, ob eine drohende Verjährung oder der Ablauf einer Ausschlußfrist durch Klagerhebung zu verhindern ist, eine gemeinsame Beschlussfassung der Gesellschafter erforderlich machen kann, daß ferner bisweilen der im Felde stehende Gesellschafter über die fraglichen Verhältnisse am genauesten unterrichtet sein wird und deshalb die Zweckmäßigkeit der Klagerhebung am besten beurteilen, auch die beste Information an den Anwalt geben kann. Der im Felde stehende Gesellschafter kann auch unter Umständen nicht in der Lage sein, das ihm nach § 115 HGB. zustehende Recht, der Vornahme von Handlungen der anderen geschäftsführenden Gesellschafter zu widersprechen, auszuüben. Endlich kann im Prozesse auch die Eidesleistung des durch den Krieg von den Geschäften ferngehaltenen Gesellschafters gemäß §§ 472, 474 ZPO. erforderlich und die Prozeßführung für die Gesellschaft dadurch erschwert werden. Die rechtskräftige Verurteilung der Gesellschaft schneidet aber dem Gesellschafter, der wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen wird, nach § 129

Abf. 1 § 38 die Möglichkeit ab, Einwendungen zu erheben, welche die Gesellschaft in dem gegen sie geführten Rechtsstreit hätte geltend machen können oder erfolglos geltend gemacht hat. Auch im Verfahren gegen notwendige Streitgenossen hat es das Reichsgericht bereits für unzulässig erklärt, das Verfahren gegen den einen auf Grund des § 247 BRKD. oder § 2 RRStG. auszusetzen, gegen den andern aber fortzuführen, da dadurch der Zweck einer einheitlichen Entscheidung gegen sämtliche Streitgenossen gefährdet würde. *Warneher 1916 Nr. 58 S. 97.* Alle diese Umstände lassen es gerechtfertigt erscheinen, das RRStG. der offenen Handelsgesellschaft auch dann zugute kommen zu lassen, wenn noch andere vertretungsberechtigte Gesellschafter die Geschäfte am Sitz der Gesellschaft wahrnehmen können. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht es übersehen hat, daß die Ehefrau St. von der Geschäftsführung ausgeschlossen war. Hiernach wäre, wenn es richtig war, daß der Gesellschafter Otto St. von 1915 bis 1918 einem mobilen Truppenteil angehört hat, der Lauf der Ausschlußfrist nach § 8 Abf. 2 des Gesetzes gehemmt gewesen.