

21. 1. Ist das Verfahren nach § 109 ZPO. auch zulässig, wenn die Sicherheit durch Bürgschaft geleistet worden ist?

2. Muß der Klage auf Einwilligung in die Rückgabe einer Sicherheit das Verfahren nach § 109 ZPO. vorausgehen und unter welchen Voraussetzungen kann hiervon Abstand genommen werden?

3. Kann ein vorläufig vollstreckbares Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung nach § 888 ZPO. durch Beugehaft vollstreckt werden?

4. Kann aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, wodurch der Schuldner zur Erteilung einer Vollmacht und zur Ausstellung einer Urkunde hierüber verurteilt worden ist, die Zwangsvollstreckung wegen Erteilung der Urkunde betrieben werden, bevor die Vollmacht auf Grund der gesetzlichen Unterstellung des § 894 ZPO. als erteilt gilt?

II. Zivilsenat. Ur. v. 16. November 1937 i. S. S. (Bekl.) m. Eheleute L. (kl.). II 96/37.

I. Landgericht München I.  
II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch schriftlichen Vertrag vom 3. Januar 1933 mit der Erstklägerin, Frau L., dem deren Ehemann, der Zweitkläger, zustimmte, verpflichtete sich der Beklagte, der Erstklägerin (im folgenden „Klägerin“ genannt) ein Darlehen von 7000 RM. zu gewähren, das zu 4 v. H. zu verzinsen war und bis zum 31. Dezember 1938 beiderseits unkündbar sein sollte. Die Klägerin verpflichtete sich, solange die Darlehensgebung besteht, mindestens also bis 31. Dezember 1938, Herrn Professor Dr. S. in M. (das ist der Beklagte) unbeschränkte Vollmacht über ihren Geschäftsanteil der S.-Schl. Kohlenäureindustrie GmbH. in L. von nom. RM. 25200 zu geben und Herrn Professor Dr. S. mit ihrer Vertretung in den Gesellschafterversammlungen zu betrauen.

Die Parteien verpflichteten sich, diesen Vertrag auch notariell abzuschließen. Durch Schreiben vom 5. Januar 1933 widerrief die Klägerin „die Vollmacht bis auf weiteres“. Der Beklagte erhob hierauf beim Landgericht in B. Klage mit dem Antrage, die jetzige

Klägerin zu verurteilen, ihm eine schriftliche Vollmacht des Inhalts auszustellen, daß er unwiderruflich berechtigt sei, sie als Inhaberin von Geschäftsanteilen der S.-Schl. Kohlensäureindustrie GmbH. in Höhe von 25200 RM. zunächst in der Zeit vom 3. Januar 1933 bis 31. Dezember 1938 allenthalben zu vertreten. Weiter beantragte er, den Ehemann der Klägerin zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden. Das Landgericht in B. und das Oberlandesgericht in D. erkannten nach diesem Antrage mit der Einschränkung, daß die Klage abgewiesen werde, soweit die Vollmacht für die Vergangenheit, vom Tage des Vertragschlusses an, verlangt werde. Den damaligen Beklagten wurde im landgerichtlichen Urteil gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 12000 RM. abzuwenden. Durch Beschluß des Landgerichts wurde ihnen weiter gestattet, die Sicherheit durch Bürgschaft der Allgemeinen Deutschen Creditanstalt (Abca) zu leisten. Die Revision der Eheleute L. wurde durch Urteil des erkennenden Senats vom 29. Mai 1934 zurückgewiesen. Am 14. Juli 1934 erteilte die Klägerin die Vollmacht. Sie beantragte am 17. Juli 1934, gemäß § 109 ZPO. eine Frist zu bestimmen, binnen deren der Beklagte die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären habe, die von den Eheleuten L. zur Abwendung der Vollstreckung durch Bürgschaft vom 3. August 1933 geleistet worden war. Durch Beschluß des Rechtspflegers vom 31. August 1934 wurde dem Beklagten gemäß § 109 ZPO. eine Frist von 3 Wochen zur Erklärung der Einwilligung oder zum Nachweis der Erhebung der Klage wegen seiner etwaigen Ansprüche bestimmt. Am 14. September 1934 beantragte der Beklagte wegen der Schwierigkeit der Schadenszusammenstellung Fristverlängerung um 3 Wochen. Die Frist wurde von dem Rechtspfleger zunächst um 2 Wochen und auf weitere Anträge bis zum 6. Juli 1935 verlängert. Im April 1935 erhoben die Eheleute L. im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten, dem Landgericht M., die vorliegende Klage. Sie beantragten, den Beklagten zu verurteilen, darenin zu willigen, daß die zur Abwendung der Vollstreckung überreichte selbstschuldnerische Bürgschaft der Abca vom 3. August 1933 über 12000 RM. an die Klägerin zurückgegeben werde, und zu erklären, daß er die Abca aus der Bürgschaftshaftung entlasse. Das Landgericht wies die Klage ab. Auf die Berufung der Kläger erkannte das Oberlandesgericht, der Beklagte habe darenin

zu willigen, daß die Bürgschaftsurkunde an die Kläger zurückgegeben werde. Im übrigen bestätigte es die Klageabweisung. Mit seiner Revision beantragte der Beklagte, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben und die Berufung der Kläger in vollem Umfange zurückzuweisen. Nach Erhebung der Klage beantragte der Beklagte unter Bezugnahme auf diese, und „um eine Prozeßhäufung zu vermeiden“, weitere Verlängerung der Frist nach § 109 ZPO. Die Frist wurde hierauf wiederholt verlängert bis 6. Oktober 1937. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

#### Gründe:

Die prozeßrechtlichen Bedenken des Beklagten gegen die Zulässigkeit der Klage sind nicht begründet. Der Beklagte glaubt, das Verfahren nach § 109 ZPO sei unzulässig, weil § 109 Abs. 1 nur von der „Rückgabe“ einer Sicherheit spreche und nur körperliche Sachen, nicht aber eine Bürgschaft zurückgegeben werden könnten. Wäre diese Rechtsauffassung richtig, so müßte die Klage auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde zulässig sein, ohne daß das in § 109 geordnete Verfahren überhaupt eingehalten zu werden brauchte. Der § 109 ZPO wollte statt des früher allein gegebenen Weges der Klage zur Erzwingung der Rückgabe einer gegenstandslos gewordenen Sicherheit einen einfacheren Weg geben, um die Rückgabe zu erreichen. Wo dieser Weg nicht gegeben ist, bleibt nur der Weg der Klage. Es entspricht aber zweckmäßiger Rechtsanwendung, den in § 109 gewiesenen Weg auch dann zuzulassen, wenn es sich um eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft handelt. Die erst durch die Zivilprozeßgesetzgebung von 1924 gesetzlich zugelassene vorteilhafte Verwendung der Bürgschaft zu Prozeßzwecken würde erheblich erschwert werden, wenn die Rückgabe nur durch die unter Umständen Zeit, immer aber mehr Geld kostende Klage erreicht werden könnte, statt durch eine Fristsetzung, die den Gläubiger zwingt, selbst seine etwaigen Schadenserfüllungsansprüche geltend zu machen. Die Rückgabe der Sicherheit, die durch Bürgschaft geleistet worden ist, könnte je nach Lage des einzelnen Falles darin bestehen, daß dem Schuldner die Bürgschaftsurkunde zur Aushändigung an den Bürgen von dem Gläubiger oder mit Einwilligung des Gläubigers von der Stelle zurückgegeben wird, wo sie verwahrt wird, oder daß der Gläubiger den Bürgen anderweit, etwa durch eine besondere Erklärung, aus der Bürgschaft entläßt.

Der Beklagte hat auch geltend gemacht, die Klage sei deshalb unzulässig, weil die Eheleute L. das Verfahren nach § 109 ZPO. eingeleitet hätten und die ihm gesetzte Frist (im ganzen achtmal) verlängert worden und immer noch nicht abgelaufen sei. Auch dieser Einwand kann nicht zur Klageabweisung führen. Die bestrittene Frage, ob eine Klage auf Rückgabe einer Sicherheit zulässig ist, wenn der Weg des § 109 ZPO. gegeben ist, hat das Reichsgericht schon früher bejaht (vgl. die Entscheidung bei Gruch. Bd. 50 S. 123). Der vorliegende Fall bietet keinen Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Er zeigt vielmehr, daß ein Bedürfnis besteht, die Klage auf Rückgabe der Sicherheit dann zuzulassen, wenn das Verfahren nach § 109 ZPO. nicht zu einer baldigen Anordnung der Rückgabe der Sicherheit im Beschlußverfahren führt. Das Verfahren nach § 109 ZPO. soll die Rückgabe der Sicherheit erleichtern und beschleunigen. Es soll aber nicht die Verfolgung des Anspruchs des die Sicherheit Leistenden auf Rückgabe einer gegenstandslos gewordenen Sicherheit erschweren. Im Verfahren nach § 109 ZPO. kann keine auch nur vorläufige Entscheidung über das Bestehen von Ansprüchen des Gegners des die Sicherheit Leistenden auf die Sicherheit ergehen. Dazu wäre das Verfahren schon wegen seiner geringen Sicherungen für eine sachliche Entscheidung ungeeignet; dies gilt um so mehr, als es sich dabei oft um erhebliche Beträge und nicht einfache Tat- und Rechtsfragen handelt. Die Entscheidung nach § 109 ZPO. kann ohne mündliche Verhandlung durch den Rechtspfleger erfolgen. Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers über die Bestimmung der Frist ist nur die Erinnerung an das Gericht des gleichen Rechtszuges zulässig. Eine Beschwerde an ein höheres Gericht ist ausgeschlossen (RGZ. Bd. 51 S. 144; Stein-Jonas ZPO. § 109 Anm. IV 3). Dem Gegner des die Sicherheit Leistenden bleibt nur die Wahl, entweder innerhalb der Frist die Einwilligung in die Rückgabe zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen seiner Ansprüche nachzuweisen. Zwar muß der Sicherheit Leistende regelmäßig nach § 109 ZPO. den Antrag auf Fristbestimmung stellen. Solange Aussicht besteht, daß auf diesem Wege die Sicherheit frei wird, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für eine besondere Klage. Erhebt er sie trotzdem und erkennt der Gläubiger alsbald den Anspruch auf Zurückgabe der Sicherheit an, so fallen dem Kläger jedenfalls die Prozeßkosten zur Last. Herrscht aber ernstlich Streit über das Bestehen von

Ansprüchen, für welche die Sicherheit haftet, so muß immer das Prozeßgericht in einem neuen Rechtsstreit entscheiden. Das Verfahren nach § 109 ZPO. hat dann keine Berechtigung mehr. Sobald sich die Notwendigkeit der Entscheidung durch Urteil herausstellt, muß es jeder Partei ohne weiteres frei stehen, ihre Ansprüche im Prozeßwege zu verfolgen, dem die Sicherheit Leistenden durch Klage auf Rückgabe der Sicherheit, dem Gegner durch Klage auf Leistung, Feststellung oder Befriedigung aus der Sicherheit. Es hat dann keinen Zweck mehr, das Verfahren nach § 109 weiterzuführen, wenn die Notwendigkeit einer Klage feststeht (ebenso Baumbach ZPO. § 109 Anm. 1). Jedenfalls verstößt es gegen den Zweck des § 109 ZPO., die dem Gläubiger gesetzte Frist jahrelang zu verlängern. Wohl kann eine weiträumige Frist und auch eine Fristverlängerung am Platze sein, um dem Gläubiger zu ermöglichen, die nötigen Ermittlungen anzustellen, damit er sich entschließen kann, ob er doch noch seine Einwilligung zur Rückgabe der Sicherheit geben will. Steht aber fest, daß es zum Prozeß kommt, so ist für eine Fristverlängerung kein Raum mehr. So wenig der Gläubiger durch die Fristverlängerung gehindert ist, die Klage zu erheben, kann dies dem die Sicherheit Leistenden verwehrt werden. Insbesondere kann dies nicht in einem Falle wie dem vorliegenden geschehen, wo die Frist nach § 109 im ganzen achtmal vom September 1934 bis Oktober 1937 verlängert worden ist, und zwar nur auf die Behauptung des damaligen Klägers, daß ihm durch das Verhalten der Mitgesellschafter der Gesellschaft, auf deren einen Gesellschafter sich die im Prozeß streitige Vollmacht bezieht, die ins einzelne gehende Feststellung seines Schadens erschwert sei. Ein solches Verhalten könnte der Kläger im Schadensprozesse dargetun, und es könnte vom Prozeßrichter gewürdigt werden. Der damalige Kläger war auch nicht gezwungen, eine Klage auf Zahlung eines bestimmten Betrages zu erheben, wenn die Höhe des Schadens nicht sofort zu ermitteln war. Es genügt eine Feststellungsklage, um eine Anordnung auf Rückgabe der Sicherheit im Verfahren nach § 109 ZPO. anzuschließen (Stein-Jonas ZPO. § 109 Anm. IV 4).

Die Revision beanstandet die Annahme des Berufungsgerichts, daß § 888 ZPO. auf den Fall der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung keine Anwendung zu finden habe. Allerdings sei § 888 ZPO. nach Rechtskraft des Urteils nicht anwend-

bar; dies aber nicht deshalb, weil § 888 auf den Fall einer solchen Beurteilung überhaupt nicht anzuwenden sei, sondern aus dem Grunde, weil nach eingetretener Rechtskraft auch der Leistungsschuldner sich auf die Unterstellung des § 894 ZPO. berufen könne, daß die Leistung erfolgt sei. Die Leistung könne aber nur einmal verlangt werden. Daß das Gesetz für die Zeit nach Eintritt der Rechtskraft durch Schaffung der gedachten Unterstellung die Sache erleichtert habe, bedeute nicht, daß für die Zeit vorher die allgemeine Regel des § 888 nicht gelten solle. Es habe nirgends ausgesprochen, daß im Falle der Beurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung eine vorläufige Vollstreckbarkeit ausgeschlossen sein solle. Es sei auch nicht einzusehen, aus welchem Grunde der Gesetzgeber etwas derartiges bestimmt haben könnte. Daß auch ein auf Abgabe einer Willenserklärung lautendes Urteil einer vorläufigen Vollstreckung zugänglich sein solle, ergebe sich klar aus der Bestimmung des § 895 ZPO., die es als selbstverständlich behandle, daß eine Beurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung unter Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgen könne, und die lediglich einen Sonderfall regle. Solange aber keine Rechtskraft vorliege, könne nur eine Vollstreckung nach § 888 in Frage kommen. Daraus ergebe sich, daß ohne die Hinterlegung eine vorläufige Vollstreckung möglich gewesen wäre. In dieser Hinsicht müsse es allein schon genügen, daß ein landgerichtliches Urteil die vorläufige Vollstreckung, offenbar also die Vollstreckung nach § 888, erlaube und daß das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht nicht befugt gewesen sei, die Vollstreckung zu vereiteln. Das Landgericht habe aber durch seine Entscheidung zum Ausdruck gebracht, daß es zu einer Handlung verurteilen wolle, die unter § 888 falle.

Der Angriff ist nicht begründet. In Übereinstimmung mit der Rechtslehre ist aus § 894 ZPO. zu entnehmen, daß ein vorläufig vollstreckbares Urteil, das zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, nicht durch Ausübung von Zwang nach § 888 ZPO. vollstreckt werden kann. Das Gesetz gibt hier einen anderen Weg. Kraft einer gesetzlichen Unterstellung wird die Abgabe der Willenserklärung durch die Beurteilung ersetzt, aber nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nur durch ein rechtskräftiges Urteil. Der Gesetzgeber hatte auch Grund, in diesem Falle von den sonst möglichen Zwangsmitteln keinen Gebrauch zu machen. Der Gedanke, eine unbedingte Willenserklärung auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils

vorläufig abzugeben, enthielte einen Widerspruch in sich selbst. Auch wegen der Erschwerung der Wiedergutmachung konnte der Gesetzgeber Anlaß haben, eine Willenserklärung, die z. B. die Löschung einer Hypothek, eines Warenzeichens oder eine Auflassung mit der Wirkung des Verlustes des Grundeigentums zur Folge hat, nicht vor Rechtskraft des Urteils wirksam werden zu lassen. Aus § 895 BPD. wird aber gerade auch mit Recht entnommen, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung zwar zulässig sei, daß das Urteil aber nicht durch Beugehaft vollstreckt werden solle. Wäre es möglich, in dieser Weise zu vollstrecken, also die endgültige Löschung der Hypothek, den Eigentumswechsel herbeizuführen, so hätte es keinen Zweck, mit Erlaß des vorläufig vollstreckbaren Urteils die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung als bewilligt zu erklären. Der Gläubiger könnte dann durch Vollstreckung nach § 888 BPD. die Erfüllung des Anspruchs in vollem Umfang erreichen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß eine Willenserklärung als vorläufige abgegeben werde, so hätte er dies dadurch erreichen können, daß er die in § 894 BPD. gegebene Wirkung schon mit dem vorläufig vollstreckbaren Urteil eintreten ließ.

Eine Ausnahme von der Unzulässigkeit der Beugehaft zur Erzwingung einer Willenserklärung wird dann als gegeben angesehen, wenn nicht die Erklärung als solche, sondern eine die Erklärung mitumfassende Handlung den Gegenstand der Beurteilung bildet, wie namentlich die Vollziehung der eigenhändigen Unterschrift, z. B. bei Ausstellung von Wechseln, bei Indossamenten. Bei Beurteilung zur Erteilung einer Vollmacht komme es darauf an, ob das Urteil lediglich die Erklärung oder die Beschaffung einer Vollmachtsurkunde als solcher zum Gegenstand habe (vgl. Stein-Jonas BPD. § 894 Anm. I 3).

Das Berufungsgericht nimmt an, die Vollmachtsurkunde sei zum Zustandekommen der Vollmacht nicht nötig, anders als bei den sogenannten Skripturobligationen wie dem Wechsel; bei der Vollmachtsurkunde handle es sich nur um eine Beweisurkunde. Aus dieser Eigenschaft der schriftlichen Vollmacht würde sich noch nicht — wie das Berufungsgericht glaubt — die Unzulässigkeit der Anwendung des § 888 BPD. ergeben. Auch die Ausstellung einer bloßen Beweisurkunde läßt sich von der Abgabe einer Willenserklärung trennen. An der Beweisurkunde kann der Gläubiger ebenso ein

besonderes Interesse haben, wie an der eigenhändigen Zeichnung eines Wechsels, wenn die Ausstellung auch kein rechtsbegründender Akt ist. Im vorliegenden Falle hatte allerdings die Beweisurkunde nicht denselben Wert wie eine Vollmacht, die zu Rechtsgeschäften mit beliebigen Dritten ermächtigt. Solche Personen sind nicht gezwungen, mit dem Vollmachtgeber in Rechtsverkehr zu treten und können allerdings durch das Fehlen einer vom Vollmachtgeber gezeichneten Vollmacht vom Rechtsverkehr mit dem Bevollmächtigten abgehalten werden. Ein rechtskräftiges Urteil, das zur Vollmachtgebung verurteilt, wird nicht immer ausreichen, Mißtrauen gegen das Bestehen der Vollmacht zu zerstreuen. Die dem Beklagten zu erteilende Vollmacht ermächtigt den Beklagten aber nur, die Rechte der Frau L. als Inhaberin eines Geschäftsanteils an einer Familiengesellschaft geltend zu machen. Hier konnte der Beklagte die Anerkennung der Vollmacht auch auf Grund der rechtskräftigen Verurteilung zur Vollmachtzerteilung erzwingen. Es handelt sich nur um Wahrnehmung von Rechten aus dem inneren Verhältnis einer Gesellschaft mbH., also gegenüber den Mitgesellschaftern. Wenn diese sein Stimmrecht nicht anerkennen wollten, konnte er sie zur Anerkennung durch Klage, insbesondere durch Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, zwingen, zu denen er nicht zugelassen war. Daß der Beklagte etwa ermächtigt sein sollte, den Geschäftsanteil der Klägerin an nicht zur Familie S. gehörige Dritte zu verkaufen, behauptet er selbst nicht. Die Erzwingung der schriftlichen Vollmacht vor Rechtskraft des Urteils war aber aus einem anderen Grunde unzulässig. Frau L. hatte die Vollmacht nicht schon erteilt, so daß es sich nur noch um die Ausstellung der Beweisurkunde gehandelt hätte. Die Verurteilung zur Erteilung einer schriftlichen Vollmacht ging auf eine zweifache Leistung: 1. Erteilung der Vollmacht, d. h. auf Übertragung der Macht, im Namen der Vollmachtgeberin zu handeln, 2. Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über diese Vollmacht. Die Leistung unter 2 konnte nur erfolgen, nachdem die Vollmacht erteilt war. Denn über das, was noch nicht geschehen ist, kann eine Beweisurkunde nicht ausgestellt werden. Die Vollmacht (Ziffer 1) war nach § 894 BPD. erst mit Rechtskraft des Urteils erteilt. Deshalb konnte vorher auch nicht die Erteilung der Beweisurkunde durch Haft erzwungen werden. Konnte der Beklagte aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil die Erteilung der



Urkunde nicht erzwingen, so ist dem Beklagten auch nicht dadurch Schaden entstanden, daß den Klägern durch das Urteil des Landgerichts in B. gestattet wurde, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, und daß sie von der erteilten Befugnis Gebrauch gemacht haben. Ein anderer Schaden, für den die Sicherheit zu haften hätte, kommt nicht in Betracht. Sie haftet insbesondere nicht dafür, daß die Klägerin vor Erlaß des Urteils des Landgerichts in B. mit der Erteilung der Vollmacht im Verzuge war. Ein solcher Schaden war auch nicht Gegenstand des Rechtsstreits, in dem die Sicherheit geleistet wurde. Was dort Streitgegenstand war, die Erteilung der Vollmacht, ist nach Rechtskraft des Urteils geleistet worden. Die Kosten des Vorprozesses sind unstrittig bezahlt.

Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung noch geltend gemacht, die Kläger hätten kein Interesse an der Herausgabe der Bürgschaftsurkunde, weil durch die Herausgabe der Urkunde die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Bürgen nicht ausgeschlossen werde. Da aber nach dem Ausgeführten der Beklagte keinen Schadenserfahsanspruch wegen der Verzögerung der Vollmachtserteilung hat und andere Ansprüche des Beklagten aus der Bürgschaft nicht in Frage kommen, so ist kein Grund vorhanden, weshalb der Beklagte der Rückgabe der Urkunde noch widersprechen könnte. Wenn er es trotzdem tut, so ergibt sich daraus, daß immerhin die Gefahr besteht, daß mit der Urkunde Mißbrauch getrieben werden könnte. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Klägern und der bürgenden Bank könnte es auch von Bedeutung sein, wenn die Kläger ihr die Bürgschaftsurkunde vorlegen und durch ein rechtskräftiges Urteil nachweisen können, daß Schadenserfahsansprüche des Beklagten aus der Sicherheitsleistung den Klägern gegenüber nicht bestehen.