

32. 1. *Constitutum possessorium* in Beziehung auf Sachen, welche sich in der thatsächlichen Innehabung dritter Personen befinden.

2. Ist eine Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen mittels *constitutum possessorium* auch dann rechtswirksam, wenn sie an einen Gläubiger zum Zwecke der Sicherstellung des letzteren für seine Forderung geschieht, trotz reichsgesetzlich bezw. landesgesetzlich feststehender Rechtsunwirksamkeit der Bestellung anderer Pfandrechte,

als Faustpfandrechte im Sinne des §. 14 des Einführungsgefetzes zur Konkursordnung, an beweglichen Sachen? Begriff der Umgehung des Gesetzes.

VI. Civilsenat. Urt. v. 2. Juni 1890 i. S. R. Konkursverwalter (Bekl.)
w. G. u. G. (Kl.) Rep. VI. 68/90.

- I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

. . . „Die Kläger vindizieren aus der Konkursmasse eine Reihe von Gegenständen, welche ihnen früher vom jetzigen Gemeinschuldner K. . . als Sicherheit für die Deckung wegen einer von ihnen für K. übernommenen Bürgschaft zu Eigentum übertragen sein sollen . . . Der verklagte Konkursverwalter bestreitet nicht, daß nach dem beiderseitigen Willen K.'s und der Kläger das Eigentum an den fraglichen Sachen auf die Kläger zur Sicherung ihres eventuellen Regreßanspruches habe übergehen sollen; nur stellt er in Abrede, daß die Eigentumsübergabe in Ansehung sämtlicher Gegenstände stattgefunden habe, und daß sie, soweit sie stattgefunden habe, nach den Umständen des Falles den Übergang des Eigentumes habe bewirken können. . . .

1. Was den ersten Punkt anlangt, so ist unzweifelhaft, daß nicht in Ansehung aller fraglichen Sachen eine unmittelbare körperliche Übergabe nachgewiesen ist, da sich die Sachen zum Teil an Orten befunden haben, von denen nicht vorliegt, daß die Kläger jemals dort gewesen wären, um sich persönlich die Sachen übergeben zu lassen; nach des Beklagten Behauptung sollen sich einige der Sachen sogar im Gewahrsame dritter Personen befunden haben. Das Oberlandesgericht hat nun aber angenommen, daß die Übergabe, soweit sie nicht unmittelbar körperlich erfolgt sei, durch constitutum possessorium allerdings in rechtswirksamer Weise vollzogen sei, und zwar mit einer Begründung, welche gegen revivible Rechtsnormen in keiner Weise verstößt. Die Rüge des Beklagten, daß für die Übergabe allemal die körperliche Nähe des Gegenstandes erforderlich sei, war unbeachtlich, da bekanntermaßen von der Übergabe durch constitutum possessorium gerade das Gegenteil gilt, und es hierfür genügt, daß der

Tradent die in Rede stehende Sache besitzt, gleichviel wo (vgl. l. 77 Dig. de R. V. 6, 1). Ebenso grundlos war der Angriff, den der Beklagte darauf hat stützen wollen, daß das Oberlandesgericht es für unerheblich erklärt hat, ob ein Teil der Sachen sich in der Detention dritter Personen befunden habe, vorausgesetzt nur, daß die letzteren die Sachen zur Verfügung des R. gehalten haben, also nur seinen Besitz haben ausüben wollen. Denn wie das Reichsgericht bereits . . .

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 11 S. 57, ausgesprochen hat, macht es für die Wirksamkeit des *constitutum possessorium* keinen Unterschied, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst ausübt oder durch einen Andern ausüben läßt, auch wenn der letztere von dem *constitutum possessorium* nichts erfährt (arg. l. 30 §. 6 Dig. de adq. poss. 41, 2). . . .

2. Warum im allgemeinen eine Eigentumsübertragung nach gemeinem Rechte nicht auch zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung sollte geschehen können, ist nicht abzusehen; die Bejahung entspricht auch der herrschenden Meinung sowie der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Der Beklagte hat aber die Einwendung erhoben, diese Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, bei welcher die letzteren im körperlichen Gewahrsam des Veräußerers geblieben sind, sei deshalb nichtig, weil sie zur Umgehung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen sei, durch welche die Rechtswirkung von Verpfändungen beweglicher Sachen ohne körperliche Hingabe ausgeschlossen werden solle, und hat jetzt das vorige Urteil auch wegen Verwerfung dieser Einwendung als rechtsirrtümlich angegriffen. Die hier als angeblich ungangen in Betracht kommenden Gesetze sind die Reichskonkursordnung, insofern sie kein Absonderungsrecht wegen irgend eines anderen Rechtes an einer beweglichen, körperlichen Sache, als wegen eines Faustpfandrechtes im Sinne des §. 14 des zu ihr erlassenen Einführungsgesetzes gewährt (vgl. §. 40 R.D.), und das hamburgische Ausführungsgesetz zur Konkursordnung, insofern nach dem §. 4 desselben ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache überhaupt nur durch eine solche Verpfändung bestellt werden kann, welche nach den Vorschriften der Konkursordnung das Absonderungsrecht gewährt. Wenn nun das Oberlandesgericht ausgeführt hat, daß nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen kein Grund gegeben sei, jene Gesetze dahin zu verstehen, daß ein lediglich als Sicherheit für eine

Forderung übertragenes Eigentum an einer beweglichen Sache im Konkurse kein Aussonderungsrecht gewähren bezw. daß eine lediglich zu solchem Zwecke vorgenommene Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache rechtsunwirksam sein solle, falls nicht dem Gläubiger die Sache zugleich auch zu körperlichem Gewahrsam überliefert sei, so konnte dem, soviel die Konkursordnung betrifft, an sich nur beige-
 stimmt werden, während die Auslegung des hamburgischen Ausführungs-gesetzes nach §. 511 C.F.D. bezw. nach §. 1 der Verordnung vom 28. September 1879 in Verbindung mit §. 6 des Einführungs-gesetzes zur C.F.D. in der Revisionsinstanz überhaupt keiner Nach-
 prüfung unterlag. Ganz ähnlich ist übrigens die Begründung, mittels welcher der I. Civilsenat des Reichsgerichtes früher eine von ihm nach Maßgabe des §. 526 C.F.D. auf dem Boden des §. 3 der mecklen-
 burgisch-schwerinschen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung in entsprechendem Sinne erlassene Entscheidung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 13 S. 202 flg., gerechtfertigt hat; bei welcher Entscheidung indessen die Frage wegen der Auslegung der Konkursordnung selbst formell offen gelassen worden ist. Allerdings könnte sich nun aber fragen, ob es sich bei der Ungültigkeit der „in fraudem legis“ geschlossenen Geschäfte (vgl. l. l. 29. 30 Dig. de leg. I. 30; l. 5 pr. Cod. eod. 1, 14; l. 13 §. 26 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 3 §. 3. l. 7 pr. §§. 1. 3 Dig. de S. C. Maced. 14, 6; l. 8 §. 6. l. 29 §. 1. l. 32 §. 3 Dig. ad S. C. Vell. 16, 1; l. 16 Cod. de usur. 4, 32) wirklich um nichts weiter handelt als um eine Frage der gewöhnlichen Gesetzesauslegung. Es ist dies freilich auch die Auf-
 fassung von Windscheid (Pandektenrecht Bd. 1 6. Aufl. §. 22 Anm. 2 S. 62) und von Kohler (in den Jahrbüchern f. d. Dogmatik des Privatrechtes Bd. 16 S. 144), zum Teil auch schon von Thöl (Ein-
 leitung in das deutsche Privatrecht §. 65 S. 159 flg.), und jedenfalls wird hierdurch das Wesen der Sache besser getroffen als durch den Gesichtspunkt der Auslegung des betreffenden Rechtsgeschäftes, welchen v. Savigny (System Bd. 1 S. 324 flg.), übrigens zum Teil auch wiederum Thöl (a. a. D.) benutzt hat. Soweit die letztere
 Auffassung reicht, läuft sie lediglich darauf hinaus, die fraglichen Fälle als Fälle der Simulation aufzufassen; eine Verwechslung, welcher mit Recht das Oberlandesgericht in der vorliegenden Sache entgegengetreten ist, nachdem in der Litteratur die Scheidung der

Begriffe „Simulation“ und „Umgehung des Gesetzes“ genügend klar-
gelegt ist.

Vgl. Kohler, a. a. O. S. 140 flg.; Regelsberger, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 63 S. 172 flg. und in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 §. 241 S. 408 flg.; Bähr, Urteile des Reichsgerichtes S. 56 flg.; Hellwig, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 64 S. 375 flg.; Wendt, Pandekten §. 247 S. 600; G. U. Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Über-
eignung von Mobilien S. 80 flg. 88 flg.

Zimmerlin ließe sich aber vielleicht verteidigen, daß die Nichtigkeit der zur Umgehung einer Rechtsnorm geschlossenen Geschäfte nicht immer schon auf Grund einer einfachen Auslegung dieser Rechtsnorm ein-
trete; jedenfalls geht die Meinung einiger der Hauptvertreter der in Rede stehenden Lehre, wie z. B. Bähr's und Hellwig's, dahin, daß man es mit einem besonderen Rechtsfalle zu thun habe, welcher verlange, daß das Gesetz, über seinen durch bloße Auslegung zu gewinnenden Sinn hinaus, auf die zu seiner Umgehung bestimmten Geschäfte analog angewandt werde, oder doch mindestens mit einer durchgreifenden Auslegungsregel, wonach das Gesetz allemal so aus-
gelegt werden solle, daß es diese Geschäfte mitergreife. Solcher Auffassung gegenüber möchte wohl der bloßen Darlegung, daß das gerade in Rede stehende Gesetz an sich nicht so weit auszulegen sei, noch keine durchgreifende Bedeutung zukommen. Aber wie immer es sich hiermit auch verhalten möge, so war die jetzt fragliche Entschei-
dung, daß die Übertragung des Eigentumes an beweglichen Sachen an einen Gläubiger zu dessen Sicherung unter Zurückbehaltung des körperlichen Gewahrsames derselben keine Umgehung der Konkursord-
nung oder des hamburgischen Ausführungsgesetzes zu dieser cuthalte, jedenfalls aufrechtzuhalten. Denn von einer Umgehung kann man überhaupt nur in Beziehung auf verbotende oder gebietende Gesetze, d. h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, sprechen; solche Gesetze sind aber die hier in Rede stehenden nicht, am wenigsten die Kon-
kursordnung. Diese verbietet nicht etwa, Verpfändungen beweglicher Sachen ohne Übertragung des körperlichen Gewahrsams vorzu-
nehmen; ihr Wille geht keineswegs dahin, daß eine im allgemeinen anerkannte Geschäftsform singulärerweise gerade zu diesem Zwecke

nicht benutzt werde; sondern sie kennt nur kein Absonderungsrecht auf Grund eines auf eine andere als die im §. 14 des Einführungsgesetzes bezeichnete Weise begründeten Pfandrechtes an einer beweglichen körperlichen Sache. Aber auch wenn das hamburgische Ausführungsgezet im §. 4 daran die Bestimmung schließt, daß außer auf jene Weise überhaupt kein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt werden könne, so ist auch hier von einem besonderen Verbote keine Spur zu erblicken, sondern es wird einfach ein allgemeiner Satz über die Voraussetzungen der Entstehung von Pfandrechten aufgestellt. Schließlich sei noch bemerkt, daß, wenn G. A. Leist (a. a. O. S. 93 flg.) mittels einer teilweise von der sonst üblichen abweichenden Begründung zu dem Ergebnisse gelangt ist, die nicht mit körperlicher Auslieferung verbundene Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen zur Sicherung von Forderungen nach gemeinem Rechte für ungültig zu erklären, seine Deduktion im Grunde doch ebenfalls nur auf den Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung hinausläuft und daher an den gleichen Gegenerwägungen scheitert.

Der Beklagte hat zu diesem Punkte in der Revisionsverhandlung noch die Schwierigkeiten hervorgehoben, welche sich bei Zulassung einer Übereignung zum Zwecke einer bloßen Sicherstellung des Empfängers in Ansehung der Fragen ergeben, ob in einem solchen Falle der Absatz 2 des §. 117 R.O. entsprechende Anwendung zu finden habe, und inwiefern dem so gesicherten Gläubiger die Geltendmachung seiner gesamten Forderung als gewöhnlicher Konkursforderung zu gestatten sei, indem er dabei auch auf das in den Entsch. des R.O.'s in Civilf. Bd. 24 S. 46 flg. abgedruckte Urteil des Reichsgerichtes hingewiesen hat. Für die gegenwärtige Entscheidung ist es jedoch unerheblich, welche Beantwortung jener Fragen man für die richtige halten mag, und es war daher in darauf bezügliche Erwägungen nicht weiter einzutreten.“ . . .