

Dr. Ingo Koller, Hamburg/München

Der gutgläubige Erwerb von Sammeldepotanteilen an Wertpapieren im Effekten giroverkehr (2. Teil)

Fortsetzung von Seite 1861

III. Die Buchung als tragendes Rechtscheinsclement

1. Die Verbriefung als Rationalisierungshemmnis — Notwendigkeit der Rechtsfortbildung

Es hat den Anschein, als könnte ein Effekten giroverkehr auf der Basis von Miteigentumsanteilen nur unter Verzicht auf die spezifischen Umlaufeigenschaften der Inhaber- und Orderpapiere aufgebaut werden.

Die Verbriefung verleiht dem im Wertpapier beurkundeten Wert seine besondere Umlauffähigkeit, da sie im Besitz der Urkunde einen im Rechtsverkehr anerkannten Ausweis- und Vertrauenstatbestand begründet. Gerade diese Verkörperung steht einer rationelleren Wertpapierübertragung im Wege. Der Besitz bezieht sich als Ausdruck der tatsächlichen Sachherrschaft notwendig auf gegenständlich individualisierte Sachen; ein Besitz an einem nur quotenmäßig bestimmten Anteil einer größeren Menge ist undenkbar. Die Einsparungen des stückelosen Verkehrs beruhen aber vornehmlich darauf, daß auf eine gegenständliche Spezifizierung der Stücke verzichtet werden kann⁶⁹⁾ und dadurch ein unkomplizierter „Austausch“⁷⁰⁾ der Werte ermöglicht wird. Damit geht freilich die Rechtscheinsfunktion des Besitzes verloren⁷¹⁾. An die Stelle der Bewegung von Wertpapieren treten bloße Buchungsakte, die die Veränderungen in der Zuordnung der — im Grunde nur mehr der Art nach bestimmten⁷²⁾ — Werte signalisieren.

Man sollte es indessen nicht bei der Feststellung belassen, daß dann eben ein gutgläubiger Erwerb erst bei der effektiven Auslieferung der Wertpapiere möglich sei, sondern versuchen, die Grundlagen des gutgläubigen Erwerbes — notfalls extra legem⁷³⁾ — zu erweitern. Dazu besteht um so mehr Anlaß, als der Gesetzgeber in § 24 I DepG eindeutig zu erkennen gab, daß er den stückelosen Wertpapierhandel nachdrücklich fördern wollte.

2. Die Legitimationskraft des Auslieferungsanspruches

Die gesetzlichen Regelungen über den gutgläubigen Erwerb an beweglichen Sachen beruhen auf dem Gedanken, daß der Alleinbesitz den Rechtsschein des Eigentums und bei der Veräußerung im Handelsverkehr darüber hinaus den Rechtsschein der Verfügungsberechtigung (§ 366 I HGB) begründet. Der mittelbare Besitz allein hat keine unmittelbare

Rechtsscheinskraft⁷⁴⁾. Daß er überhaupt Publizitätswirkungen zu entfalten vermag, beruht darauf, daß der Besitzmittler die Oberherrschaft des mittelbaren Besitzers jederzeit anerkennen wird, bzw. daß ihm im Rahmen des Veräußerungsgeschäftes eine Besitzstellung verschafft wird. Die Rechtsscheinswirkung des mittelbaren Besitzes ist nicht aktuell, sondern nur potentiell. Läßt sie sich — faktisch — aktualisieren, so steht sie dem Vertrauenstatbestand des unmittelbaren Besitzes gleich. Die Oberherrschaft des mittelbaren Mitbesitzers wird der Besitzmittler normalerweise nur in der Form anerkennen, daß er für mehrere Mitbesitzer gemeinsam besitzt. An der Quote des zugrundeliegenden Miteigentums oder — soweit dies vorstellbar ist⁷⁵⁾ — des Mitbesitzes, ist er nicht interessiert; denn die von ihm verwaltete Sache muß er im Fall der Rückforderung an alle zusammen herausgeben. Deshalb muß ein weiteres Vertrauenselement herangezogen werden, das den Erwerber in einer dem Besitz vergleichbaren Weise in seinem Vertrauen auf die Verfügungsbefugnis über eine bestimmte Quote zu bestärken vermag.

Hier bietet sich zunächst einmal die Anknüpfung an die besondere Struktur des Auslieferungsanspruches an. Die WSB hat als Treuhänderin der Miteigentümer die Auseinandersetzungsansprüche einzelner Mitglieder der Sammeldepotgemeinschaft zu befriedigen (§ 7 I DepG). Diese Ansprüche entsprechen in ihrem Wert exakt der Quote des Miteigentums, wenn der Miteigentümer in unmittelbarer Geschäftsverbindung zur Sammelbank steht und der scheinbaren Verfügungsberechtigung (§ 366 I HGB), wenn die Miteigentümer Zwischenverwahrer als mittelbare Besitzer eingeschaltet haben. Die unmittelbare Besitzerin, die WSB, wird also immer die obere Grenze der potentiellen Verfügungsberechtigung registrieren. Zu dieser von ihr aufgezeichneten Quote wird sie jederzeit Wertpapiere an die Hinterlegerbanken ausliefern und damit die Verfügungsberechtigung der unmittelbaren Hinterleger anerkennen. Dieses Vertrauenselement entfaltet durchaus aktuelle Rechtsscheinswirkungen. Die Wertpapiersammelbank ist nämlich auch die unmittelbare Vertrauensempfängerin, weil sie nicht nur das Besitzmittlungsverhältnis vom Veräußerer auf den Erwerber umstellt, sondern auch als Vertreterin des Erwerbers das Angebot annimmt (§ 166 I BGB). Sie verläßt sich auf ihre eigenen subjektiven Vorstellungen über den Umfang der Verfügungsmacht der vom Veräußerer eingeschalteten Bank — oder besser auf ihre eigenen Buchungsunterlagen.

3. Die Legitimationskraft der Buchung

Letzlich trägt demnach die Buchung in dem von der Wertpapiersammelbank gemäß § 14 DepG geführten Verwahrungsbuch den gutgläubigen Erwerb an Sammeldepotanteilen⁷⁶⁾.

Eigentlich hat der Gesetzgeber dem Verwahrungsbuch diese Funktion nicht zugeordnet. Die Buchführungspflicht aller Verwahrer wurde nicht im Interesse der Erwerber, sondern in dem der wahren Miteigentümer eingeführt, um ihnen im Streitfall den Nachweis ihres Rechtes durch einen Buchauszug zu erleichtern. Darüber hinaus wurde damit der Zweck verfolgt, eine ordnungsgemäße Verwaltung und Verwahrung der Wertpapiere zu garantieren und die Effektivität

⁶⁹⁾ Vgl. *Büchner*, Effekten giroverkehr, a.a.O. S. 70.

⁷⁰⁾ Man könnte sich freilich auch vorstellen, daß der Wertpapierverkehr auf der Grundlage nummernmäßig individualisierter Wertpapiere organisiert wird. Die Wertpapiere müßten dann unter Angabe der jeweiligen Nummern durch Anweisung an die WSB zur Umstellung des mittelbaren Besitzes übertragen werden. Auch das zentrale Problem der Auslieferung ließe sich bewältigen. Natürlich muß die WSB von der Pflicht zur Herausgabe bestimmter Papiere befreit werden. Man könnte dies dadurch erreichen, daß die WSB zu einer Vertauschung des Eigentums an den Papieren, also zur wechselseitigen Eigentumsübertragung antizipiert ermächtigt wird. Der große Nachteil dieser Lösung liegt jedoch im Zwang zur nummernmäßigen Umschreibung bei jeder Transaktion, während bei der Miteigentumsübertragung die Buchung der Quotenverschiebung genügt.

⁷¹⁾ Deshalb hilft auch die von *Breit*, BA 25, 423 ff. vertretene — ganz allgemein abgelehnte — These nicht weiter, im Sammeldepot bestehe Sondereigentum an unbekanntem Stücken, da ein mittelbarer Besitz an unbekanntem Stücken undenkbar ist. RGZ 52, 385 (389 f.).

⁷²⁾ Das heißt nicht, daß die Anteile nicht bestimmbar wären.

⁷³⁾ Mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969, S. 382 ff.

⁷⁴⁾ Vgl. auch *Giehl*, AcP 161 (1962), S. 357 (376 f.), der die Rechtsscheinswirkung des mittelbaren Besitzes als fiktiv bezeichnet.

⁷⁵⁾ Zum Wesen des Quotenbesitzes vgl. *Wolff*, JherJB 44, 143 (163 ff.).

⁷⁶⁾ In diese Richtung tendieren *Pleyer/Schleiffer*, DB 1972, 77 (80).

der Depotprüfung zu vergrößern⁷⁷⁾. Von einem gutgläubigen Erwerb war im Zusammenhang mit der Buchführungspflicht nicht die Rede. Man hätte dies aber erwarten müssen, wenn der Gesetzgeber dem Verwahrbuch hätte Rechtsscheinfunktionen zuweisen wollen; denn private Register sind im allgemeinen keine Grundlage öffentlichen Glaubens. Diese Aufgabe bleibt öffentlichen Registern vorbehalten⁷⁸⁾, die im Interesse der Verkehrssicherheit von sachlich unabhängigen Stellen geführt werden.

a) Gleichwohl nimmt eine verbreitete Meinung im Verkehr mit Wertrechten (d. h. unverbrieften Rechten aus Anleihen der öffentlichen Hand, die der WSB zur treuhänderischen Verwaltung anvertraut sind) an, daß die Buchung im Verwahrbuch Grundlage des gutgläubigen Erwerbes sein könne⁷⁹⁾. *Opitz*⁸⁰⁾ beispielsweise formuliert: „Daß... der Erwerb vom Nichtberechtigten im guten Glauben geschützt wird... erfordert die Verkehrssicherheit. Der verlaubte Erwerb verdient den Vorzug gegenüber dem nicht offenkundig gemachten... Im Fall II (scil.: Übertragung eines Sammeldepotanteils) hat die Eintragung im Girosammeldepotkonto des Depotbuches diese Funktion. Hier zeigt sich die Eigenart der Kontobezeichnung, die der Verlautbarung den feierlichen Rahmen leiht. Es darf auch nicht übersehen werden, daß diese Buchung auf Girosammeldepotkonto nicht nur feststellende, sondern gestaltende⁸¹⁾ Funktion hat. Im Sammeldepotverkehr ist die Sammeldepotbuchung das für die Besitzabrede (§§ 930, 181, 688, 868 BGE) notwendige äußere Merkmal der Kenntlichmachung... und in § 24 Abs. 2 DepG — dem Vorbild für § 2 Abs. 1 der Sammelverwaltungsverordnung — ist eine besondere Übertragungsart geschaffen. Die gestaltende Funktion der Girosammelbuchung erhebt diese Buchung über andere Buchungen und rechtfertigt es, daß der gutgläubige Erwerb mit ihr verknüpft ist.“

Zum näheren Verständnis dieser These sei kurz auf die gesetzliche Konstruktion der Sammelverwahrung von Wertrechten eingegangen.

Sie beruht auf mehreren, während des zweiten Weltkrieges erlassenen Verordnungen. Auf Grund des Reichsschuldbuchgesetzes⁸²⁾ kann der Staat neben Inhaberschuldverschreibungen Anleihen als Schuldbuchforderungen begeben. Der Anleihezeichner erwirbt die Reichsschuldbuchforderung mit der Eintragung in das Schuldbuch. Die Forderung kann durch einfache Zession übertragen werden, was jedoch für den Erwerber nicht besonders vorteilhaft ist, da er dann den Schutz des gutgläubigen Erwerbers verliert (§ 11 a, 11 b RSchuldBG). Der Erwerber wird daher grundsätzlich auf einer Eintragung im Schuldbuch bestehen.

Für die staatliche Schuldenverwaltung bringt das einen erhöhten Verwaltungsaufwand mit sich, den sie in der Verordnung vom 5. 1. 1940⁸³⁾ dadurch zu vermindern suchte, daß sie die Sammelverwahrung von Schuldbuchforderungen einführt. Die WSP konnte danach als formelle Gläubigerin in das Schuldbuch eingetragen werden, während die materielle Berechtigung auf eine Gemeinschaft der wahren Gläubiger im Sinne der §§ 741 ff. BGB übergehen sollte⁸⁴⁾. Diese Regelung hatte den Nachteil, daß die Anteile nach Zessionsrecht übertragen wer-

den mußten, und daß wirtschaftlich gleichwertige Anleiheformen, Schuldverschreibung und Schuldbuchforderung, nicht miteinander im Sammeldepot vermischt werden konnten, weil sie verschiedenen Übertragungsformen unterworfen waren. Dem versuchte man mit den Verordnungen vom 31. 12. 1940⁸⁵⁾ und 18. 4. 1942⁸⁶⁾ abzuhelfen.

Die erste Verordnung enthielt die Befugnis zur Mischverwaltung und in § 2 I 2 die Fiktion⁸⁷⁾, daß die Schuldbuchforderungen den zum Sammelbestand gehörenden Schuldverschreibungen gleichstehen. In der amtlichen Begründung wird dazu ausgeführt: „Eine Trennung dahin, ob der Hinterleger an Wertpapieren oder an Schuldbuchforderungen beteiligt ist, ist daher weder erforderlich noch möglich.“ Dies wurde in § 2 der zweiten Verordnung generalisiert, wo es heißt, der gemäß der Verordnung vom 5. 1. 1940 gebildete Anteil an Schuldbuchforderungen stehe dem Sammeldepotanteil an Schuldverschreibungen gleich. Damit wurden Schuldbuchforderungen im Wege der Fiktion zu beweglichen Sachen, auf die die Vorschriften der §§ 929 ff. BGB zur Anwendung kommen sollten. Auf diese Weise glaubte man, sowohl die Benachteiligung der Inhaber von Schuldbuchforderungen, an deren Stelle die WSB eingetragen worden war, als auch der Inhaber von Schuldverschreibungen, die in treuhänderisch verwaltete Schuldbuchforderungen umgewandelt worden waren, aus der Welt geschafft zu haben. Die eingetragenen Gläubiger von Schuldbuchforderungen konnten nämlich auf Grund der §§ 11a, 11 b RSchuldBG, die Inhaber von Sammeldepotanteilen an Schuldverschreibungen — wie man rechtsirrtümlich annahm — auf Grund der §§ 932 ff. BGB ihren Rechtsnachfolgern die Gewähr gutgläubigen Erwerbes bieten⁸⁸⁾. Durch die Fiktion der umgeschriebenen Schuldbuchforderungen bzw. Schuldverschreibungen als bewegliche Sachen meinte der Gesetzgeber, wieder die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbes eröffnet zu haben.

Dabei hat er indessen übersehen, daß die Fiktion die ihr zugedachten Aufgaben gar nicht erfüllen kann⁸⁹⁾.

Behandelt man die Gemeinschaft an Schuldbuchforderungen und Schuldverschreibungen gleich, so bedeutet das, daß bei der Gemeinschaft an Schuldbuchforderungen die Normen der Miteigentumsgemeinschaften an beweglichen Sachen eingreifen. Da beispielsweise für die Übertragung der Miteigentumsanteile die §§ 929 ff. BGB gelten, die auf den Besitz abstellen, muß bei der Übertragung von Schuldbuchforderungsanteilen eine nahverwandte Erscheinung als Besitz behandelt werden⁹⁰⁾. Hier bietet sich die treuhänderische Eintragung der WSB im Schuldbuch an, die dem unmittelbaren Besitz ähnelt⁹¹⁾. Demnach kann die WSB als unmittelbare Besitzerin, die Hinterleger und Zwischenverwahrer als fiktive mittelbare Besitzer bezeichnet werden. Denkt man die Fiktion konsequent weiter, so muß man zunächst davon ausgehen, daß bei der Übertragung von Sammeldepotanteilen an Wertpapieren die WSB dem Erwerber dadurch den mittelbaren Mitbesitz verschafft, daß sie mit ihm einen neuen Treuhandvertrag abschließt, der sich auf den gesamten Sammelbestand bezieht und ihren „Besitzwillen“ dementsprechend umstellt. In analoger Weise muß sie dann auch bei Sammelbestandsanteilen an Schuldbuchforderungen einen Treuhandvertrag über die ganze Schuldbuchforderung schließen und ihren Verwaltungswillen daraufhin ausrichten. In beiden Fällen bezieht sich der mittelbare Besitz — ob fiktiv oder nicht — auf den ungeteilten Sammelbestand und nicht auf irgendeinen Sammelbestandsanteil. Daß in dem Depotbuch auch die Quote registriert wird, spielt für die b e s i t z r e c h t l i c h e

⁷⁷⁾ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfes, abgedr. bei *Opitz*, DepG, § 14 Anm. 1.

⁷⁸⁾ Das übersieht *Fabricius*, AcP 162 (1963) S. 456 (482), wenn er die Buchlage im Depotbuch ohne weiteres der Buchlage im Grundbuch gleichstellt.

⁷⁹⁾ *Opitz*, *Sammelband*, a.a.O., S. 250 f.; *Fabricius*, AcP 162 (1963) S. 456 (482), *Körner*, Die Entstückung des Effektenwesens nach dem Rechtsmodell der Sammelschuldbuchforderung, Diss. Köln 1971, S. 116 f.; wohl auch *Schulzenstein-Dieben*, Reichsanleiherrecht, 1942, S. 181; im Ergebnis ebenso *Büchner*, Effektingiroverkehr, a.a.O., S. 201; *Ernst*, DR 1941, 298 (300 f.); *Meder-Ernst*, Schuldbuchrecht des Bundes und der Länder, 1950, S. 40.

⁸⁰⁾ *Opitz*, *Sammelband*, a.a.O. S. 520 f.

⁸¹⁾ Mißverständlich *Fabricius*, AcP 162 (1963) S. 456 (482).

⁸²⁾ Reichsschuldbuchgesetz i. d. Fassung v. 31. 10. 1910 (RGBl. S. 840) und der VO üb. d. Änderung d. RSchuldBG v. 17. 11. 1939 (RGBl. I S. 2298).

⁸³⁾ RGBl. I 1940 S. 30.

⁸⁴⁾ *Büchner*, Effektingiroverkehr, a.a.O. S. 166 f.; das verkennt das LG München, WM 1961, 737 (739).

⁸⁵⁾ RGBl. I 1941 S. 21.

⁸⁶⁾ RGBl. I 1942 S. 183.

⁸⁷⁾ Vgl. *Büchner*, Effektingiroverkehr, a.a.O. S. 188 m. w. Nachw. *Opitz* sah in diesen Verordnungen eine Bestätigung seiner — unhaltbaren — Wertrechtslehre. Zur Wertrechtslehre vgl. zuletzt *Fabricius*, AcP 162 (1963) S. 456 (464 f.).

⁸⁸⁾ Vgl. die Begründung zur VO v. 18. 4. 1942, abgedr. bei *Pfundtner-Neubert*, Das neue Deutsche Rechtsrecht, II 73 S. 9; ferner *Büchner*, Effektingiroverkehr, a.a.O. S. 191.

⁸⁹⁾ Diese Fiktion stellt ein typisches Beispiel für den Versuch dar, neue Rechtsinhalte, die grundlegende Rechtsvorstellungen in Frage stellen, in überkommene Rechtsformen zu füllen, um dadurch den Zwiespalt zwischen tradiertem dogmatischem Axiom und sachlich durchaus angebrachter Rechtsfortbildung zu verschleiern. Vgl. *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940, S. 81 ff.

⁹⁰⁾ *Larenz*, Methodenlehre, a.a.O. S. 200.

⁹¹⁾ *Büchner*, Effektingiroverkehr, a.a.O. S. 198.

Parallele, zu der die Fiktion zwingt, keine Rolle⁹²⁾. Der gutgläubige Erwerb von Anteilen an Schuldbuchforderungen müßte mithin trotz der Fiktion scheitern. Daran ändert auch die Behauptung von *Opitz* unrichtig ist, die Buchung wirke konstitutiv. Bei Miteigentumsanteilen an Wertpapieren muß dem Erwerber mittelbarer Besitz verschafft werden, also ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart werden. Da dies als Ingeschäft erfolgt, müssen die Willenserklärungen äußerlich kenntlich gemacht werden⁹³⁾. Ob dies in der Form der Gutschrift oder in anderer Weise geschieht, ist völlig irrelevant, woraus sich eindeutig ergibt, daß die Gutschrift deklaratorischer Natur ist⁹⁴⁾. Dem steht § 25 II DepG nicht entgegen, der der Eintragung im Verwahrungsbuch des Kommissionäres (!) konstitutive Wirkung nur beilegt, sofern der Kommissionär Verfügungsberechtigt (!) ist.

Die Buchung verliert aber nicht deshalb ihre Bedeutung als Vertrauenstatbestand, weil sie lediglich deklaratorisch wirkt. Sie ist im Gegenteil der richtige Ansatzpunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Sammeldepotanteilen. Auf sie wollte wohl auch der Gesetzgeber letzten Endes abstellen; nur wählte er rechtsirrtümlich den falschen Weg; die fiktive Gleichstellung mit beweglichen Sachen. Man sollte daher das rechtstechnische Mittel der Fiktion beiseiteschieben und statt dessen unmittelbar den Rechtsscheintatbestand anerkennen, auf den sich die WSB — faktisch — schon immer gestützt hatten, — die Gutschrift im Depotbuch.

b) Was für die in den Jahren 1940 — 1942 erlassenen Verordnungen geregelten Wertrechte gilt, muß auch auf die Sammeldepotanteile an Wertpapieren anwendbar sein. Die Rechtsentwicklung im Bereich der Wertrechte hat deutlich gezeigt, daß die Verkehrssicherheit im Umlauf der Sammeldepotanteile gewährleistet werden muß, soll der volkswirtschaftlich billige Effekten giroverkehr den Handel mit effektiven Wertpapieren oder eingetragenen Forderungen ablösen. Hier wie dort ergibt sich die Quote am sichersten aus den Büchern der Sammelbank, die einer regelmäßigen Depotprüfung unterliegen und deshalb besonderes Vertrauen verdienen. Daß die WSB selbst die Gutschrift getätigt hat, steht dazu nicht in Widerspruch; denn ihre Beteiligung an der Entstehung des Rechtsscheintatbestandes kann den Rechtsschein nicht von vornherein zerstören. Sonst müßte man auch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes von Alleineigentum an individualisierten Wertpapieren verneinen, wenn die WSB als Verwahrerin auf Weisung des „Veräußerers“ im Wege des Selbstkontrahierens ein Besitzmittlungsverhältnis mit dem Erwerber begründet⁹⁵⁾. Auch in diesem Fall vertraut sie als Vertreterin des Erwerbers darauf, daß der „Veräußerer“, den sie als mittelbaren Besitzer kennt, Verfügungsberechtigt ist. Das notwendige Korrektiv wird man vielmehr in den subjektiven Elementen des § 932 BGB anzusiedeln haben. In diesem Rahmen könnten schärfere Maßstäbe für die Buchführungspflicht, die Prüfung der Effektschecks und eventuell auch Erkundigungspflichten statuiert werden, die den Hinterleger vor allzu großen Verlusten durch Verfügungen von Nichtberechtigten schützen und eine ausgewogene Risikoverteilung im Effekten giroverkehr garantieren.

4. Die Verteilung des Rechtsverlustes

Die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbes im Effekten giroverkehr muß mithin grundsätzlich bejaht werden.

a) Der Rechtsverlust trifft den Anteilsinhaber, über dessen Anteil der Nichtberechtigte verfügt hat, jedenfalls in den

⁹²⁾ Das verkennt *Fabricius*, wenn er behauptet, die Besitzverschaffung werde durch den Akt der Buchung abgelöst (Ebenso *Körner*, *Entstückung*, a.a.O. S. 116 f.). Wenn die Buchung den nach den §§ 929 ff. BGB erforderlichen Besitz ersetzt, so eben nur den Mitbesitz. Im übrigen bedarf es für die Verschaffung des fiktiven mittelbaren Besitzes sowenig einer buchmäßigen Verlautbarung, wie diese Verlautbarung bei der Umstellung echten mittelbaren Besitzes notwendig ist.

⁹³⁾ *Palandt-Danckelmann*, BGB, § 181 Anm. 5.

⁹⁴⁾ Die Gutschrift (ob Abbuchung oder Gutschrift kann dahingestellt bleiben) enthält allerdings in der Regel die Verlautbarung der für den Rechtsübergang erforderlichen Willenserklärungen bzw. Willensbetätigungen (§ 151 BGB).

⁹⁵⁾ Vgl. Fn. 70.

Fällen, in denen ein Scheinerbe oder ein anderer Pseudoberechtigter der Bank einen Verkaufsauftrag erteilt hat, da die den gutgläubigen Erwerb veranlassende Handlung eindeutig auf den Anteil eines bestimmten Miteigentümers zielt⁹⁶⁾. Das wird man auch dann anzunehmen haben, wenn der Zwischenverwahrer ohne Ermächtigung über den Anteil eines bestimmten Miteigentümers verfügt hat und dies durch Buchung kenntlich gemacht wird. *Opitz*⁹⁷⁾ bestreitet dieses Ergebnis mit dem Argument, der Miteigentumsanteil beziehe sich auf den gesamten Sammelbestand und habe kein Pendant in einem realen Teil. Darauf, ob der Miteigentumsanteil unmittelbar mit einem bestimmten realen Teil verknüpft ist, kommt es indessen gar nicht an; denn sonst wären auch Forderungen nicht mehr individualisierbar. Das Gesetz hat die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Miteigentümer in einem wertmäßig fixierten Bruchteil zusammengefaßt und dadurch rechtlich verselbständigt⁹⁸⁾. Die von *Opitz* angeschnittene Frage muß vielmehr anders gestellt werden. Ist es angemessen, daß ein bestimmter Miteigentümer den Verlust aus „Unterschlagungshandlungen“ des Zwischenverwahrers zu tragen hat? Die Antwort auf diese Frage fällt auf Grund einer Entscheidung zwischen den Prinzipien der Risikogemeinschaft, wie sie in § 748 BGB und § 7 II 1 DepG niedergelegt sind, und des in den §§ 932 ff. BGB geregelten gutgläubigen Erwerbes. Beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen macht die Verlustzuweisung keine Schwierigkeiten. Seine Grundlage ist der dem Besitz entspringende Rechtsschein, — der Besitz also, der das Objekt des Rechtsverlustes und ihren Rechtsinhaber aus der Masse gleicher Objekte heraushebt. Daran sollte man auch beim gutgläubigen Erwerb von Sammeldepotanteilen festhalten. Der Miteigentumsanteil ist rechtlich verselbständigt und eine Unterschlagung eines bestimmten Miteigentumsanteils ist durchaus mit der Veruntreuung individualisierter, im Streifbanddepot verwahrter Wertpapiere vergleichbar, wo niemand daran denkt, den Rechtsverlust auf alle Hinterleger umzulegen. Das ist auch innerlich gerechtfertigt. Immerhin erhält der Sammeldepotinhaber regelmäßig Depotauszüge. Er kann deshalb am besten seine Bestände kontrollieren und gegebenenfalls rechtzeitig seine Schadensersatzansprüche durchsetzen, während den übrigen Hinterlegern diese Möglichkeit fehlt. § 7 II 1 DepG als ein reiner Auffangtatbestand für Verluste, die keinem bestimmten Hinterleger zugerechnet werden können, wie beispielsweise der in § 7 II 1 DepG ausdrücklich angesprochene Verlust am Sammelbestand, greift deshalb nicht ein.

b) Eine Verteilung des Rechtsverlustes wird man jedoch vornehmen müssen, wenn unbefugt über Anteile verfügt wird, die in den Büchern der Banken nicht individualisiert werden. Zieht man eine Parallele zum gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen, so würde die Verfügung des Nichtberechtigten freilich bereits am Bestimmtheitsgrundsatz scheitern, da das Objekt der Verfügung nicht bestimmt genug bezeichnet ist. Man könnte daher mit gutem Grund behaupten, in derartigen Fällen müsse ein gutgläubiger Erwerb von Miteigentumsanteilen ebenfalls scheitern. Das würde aber den Schutz des Erwerbers im Effekten giroverkehr ungerechtfertigt schmälern. Der Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht dient der Rechtssicherheit. Er soll von vornherein sicherstellen, daß die Gegenstände eindeutig bestimmten Rechtsinhabern zugeordnet werden. Dem vermag auch der Erwerber leicht Rechnung zu tragen, wenn er darauf besteht, daß die Gegenstände in den dinglichen Einigungserklärungen ausreichend spezifiziert werden. Im Effekten giroverkehr würde der Schutz der Rechtssicherheit mit Hilfe des Bestimmtheitsprinzips zum entgegengesetzten Ergebnis führen. Dort hat der Erwerber keine Möglichkeit nachzuprüfen, ob die Verfügungen durch entsprechende Buchungen individualisiert worden sind. Da der Zwischenver-

⁹⁶⁾ *Opitz*, *Sammelband*, a.a.O. S. 520; *Schultzenstein-Dieben*, *Reichsanleiherrecht*, S. 181.

⁹⁷⁾ *Opitz*, *DepG*, §§ 6—8 Anm. 37.

⁹⁸⁾ Die Parallele zur Unterschlagung bestimmter Wertpapiere ist unhaltbar.

wahrer im Depotbuch der WSB mit seinem ungeteilten Nostro- und gesamten Kundenguthaben erscheint, muß die WSB davon ausgehen, daß er in Höhe dieser Gesamtquote verfügungsberechtigt ist (§ 366 I HGB). Man sollte deshalb im Interesse der Verkehrssicherheit das zwingende Erfordernis der Bestimmtheit der Verfügung einschränken. Das fällt um so leichter, als sich Verlustzuweisungsprobleme bei Miteigentumsanteilen nie ganz vermeiden lassen. Man nehme nur das Beispiel, daß im Grundbuch an der Stelle einer Miteigentümergeinschaft aus A und B zu je 1/2, C, D und F zu je 1/3 eingetragen werden. Fehlt zwischen A, B einerseits und C, D, F andererseits jede Verbindung, außer der, daß letztere versehentlich anstelle der ersteren eingetragen worden sind, so kann eine Verfügung des F weder A noch B zugerechnet werden, obgleich der Anteil durch seine Eintragung im Grundbuch — nach außen — hinreichend bestimmt ist. Hier entsteht kraft gutgläubigen Erwerbes ein neues Recht, das die Rechtspositionen der wahren Miteigentümer anteilmäßig schmälert⁹⁹⁾. Diesen Lösungsweg sollte man auch bei der unberechtigten Verfügung über nicht-individualisierte Miteigentumsanteile¹⁰⁰⁾ einschlagen und den Verlust aus einem gutgläubigen Erwerb auf die Miteigentümer verteilen.

Damit ist noch nicht geklärt, welche Miteigentümer der Verlust treffen soll. Man könnte daran denken, den Verlust in Analogie zu § 7 II 1 DepG allen Miteigentümern aufzubürden. Der Gedanke des § 7 II 1 paßt jedoch nicht vollkommen und muß modifiziert werden. § 7 II 1 DepG regelt den Fall, daß die Papiere beim Sammelverwahrer abhandeln kommen, der für die gesamte Miteigentümergeinschaft tätig wird. Hier wird die Ursache für die Schmälerung der Anteile hingegen in der Sphäre eines Zwischenverwahrers gesetzt, der nur einen Teil der Anteile verwaltet. Man sollte daher das in § 935 I BGB jedenfalls in Anklängen¹⁰¹⁾ niedergelegte Risikoprinzip¹⁰²⁾ heranziehen und das Auswahlrisiko denjenigen Anteilsinhabern zurechnen, die die veruntreuende Bank unmittelbar oder mittelbar eingeschaltet haben; mit anderen Worten, man sollte den Verlust der Gesamtheit der Miteigentümer zuweisen, für die der Veruntreuende formal handlungsberechtigt schien.

IV. Verfügungsbefugnis der Hinterleger und Umschichtung der Miteigentumsanteile im Ferngiroverkehr

Ein dritter Fragenkreis wurde bislang ausgeklammert: die Relevanz der §§ 932 ff. BGB im Ferngiroverkehr. Das Problem des gutgläubigen Erwerbes taucht hier nämlich auch dann auf, wenn die Übereignung eines Miteigentumsanteils von einem an sich Berechtigten ausgeht. Das liegt in der besonderen Konstruktion des Ferngiroverkehrs begründet.

Gemäß § 15 GB sind die WSB berechtigt, Wertpapiere unter ihrem Namen anderen Kassenvereinen anzuvertrauen¹⁰³⁾. An den Sammelbestandsanteilen der WSB bei anderen Kassenvereinen sind die Miteigentümer zu gleichen Bruchteilen beteiligt, wie an dem bei der eigenen WSB vorhandenen Depotbestand¹⁰⁴⁾. Unterhält mithin eine WSB bei einer anderen ein Konto, so bringt sie die Wertpapiere mit Ermächtigung aller Miteigentümer in das Depot des anderen Kassenvereins ein. Die ihr angeschlossenen Miteigentümer erwerben in analoger Anwendung des § 6 DepG¹⁰⁵⁾ unmittelbar, ohne besonderen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt Miteigentum an dem Sammelbestand der dritten WSB.

⁹⁹⁾ Ebenso wohl auch Metzger, ZHR 90, 376 (424). Vgl. auch Canaris, Vertrauenshaftung, a.a.O. S. 252 ff. zum Parallelproblem der irrümlichen Ausgabe zu vieler Aktienurkunden.

¹⁰⁰⁾ Ähnlichkeit besteht hier mit der Zahlung auf nicht-individualisierte Forderungen mehrerer Gläubiger, Der BGH (BGHZ 47, 170 = DB 1967, 632) löst das Problem über § 366 BGB, während Pfister, NJW 1968, 238 (240) eine verhältnismäßige Teilung befürwortet.

¹⁰¹⁾ Vgl. Westermann, Sachenrecht, S. 223.

¹⁰²⁾ Hübner, Der Rechtsverlust im Mobilarsachenrecht, 1955, 97 ff.

¹⁰³⁾ § 15 GB hat wohl einen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt im Auge.

¹⁰⁴⁾ Vgl. BGHZ 13, 133 (140); Büchner, Effektengiroverkehr, a.a.O. S. 112, Fn. 55 konstruiert eine gestufte Miteigentümergeinschaft.

¹⁰⁵⁾ Büchner, Effektengiroverkehr, a.a.O. S. 112 läßt das offen.

Will nun beispielsweise die Bank X, die beim Kassenverein A ein Konto unterhält, Miteigentumsanteile auf die Bank Y übertragen, die mit dem Kassenverein B in Geschäftsbeziehungen steht, so ist eine weitgehende Umschichtung der Miteigentumsanteile erforderlich. Der Kassenverein A ermächtigt die WSB aus „seinem“ Guthaben — das in Wirklichkeit allen Hinterlegern der A zusteht —, Miteigentumsanteile an die begünstigte Bank Y zu übereignen. Dadurch verliert nicht nur der Veräußerer X Miteigentum bei dem Kassenverein B, sondern nach Maßgabe ihrer Anteile auch alle übrigen Hinterleger der WSB A. In den Geschäftsbedingungen der Kassenvereine ist von einer entsprechenden Verfügungsmacht nicht die Rede, doch wird man annehmen müssen, daß sie mit der Zustimmung zur Sammelverwahrung zu Zwecken des Ferngiroverkehrs generell erteilt wird. Zum Ausgleich für diesen Miteigentumsverlust übereignet die WSB A in Ermächtigung des Auftraggebers dessen Miteigentumsanteile an ihre übrigen Hinterleger. Damit hat man erreicht, daß nach Abschluß der Transaktionen alle Hinterleger des Kassenvereins A am Bestand der Depots der A und der B proportional gleich beteiligt sind, obwohl die Begünstigte nicht die Anteile des Veräußerers erworben hat¹⁰⁶⁾.

Hat der Kassenverein A kein Guthaben bei der WSB B, so übereignet er die zu veräußernden Anteile an alle Miteigentümer der B — mit Ausnahme der Begünstigten — nach Maßgabe des Verhältnisses ihrer bisherigen Miteigentumsanteile. Die Begünstigte erhält einen um ihren Neuerwerb proportional erhöhten Anteil. Dadurch werden die Kunden des Kassenvereins A im Verhältnis ihrer Quoten beteiligt. Da die Begünstigte am Bestand der WSB A nur im Verhältnis der Quoten bei der B-WSB beteiligt worden ist, wird der Fehlbestand aus den Anteilen der übrigen Hinterleger bei dem Kassenverein A aufgestockt. Auch hier erwirbt die Begünstigte nicht Miteigentumsanteile des Veräußerers, sondern ihr Neuerwerb setzt sich aus Anteilen des Veräußerers bei der A-Bank und Anteilen der übrigen Kunden der B-Bank zusammen¹⁰⁶⁾.

Hieraus ergibt sich die besondere Bedeutung des gutgläubigen Erwerbes im Ferngiroverkehr. Fällt einer der Sammeldepotinhaber in Konkurs oder war einer der Hinterleger schon beim Abschluß des Sammelverwahrungsvertrages geschäftsunfähig, so fehlt die generelle Ermächtigung zur Umstrukturierung der Miteigentumsanteile von Anfang an (§§ 104, 105 BGB) oder wird mit der Konkurseröffnung hinfällig (§ 7 I KO)¹⁰⁷⁾. Ein gutgläubiger Erwerb ist dann sehr zweifelhaft, wenn die WSB als Vertreterin des Begünstigten oder des Hinterlegers, dessen Anteil von der Umschichtung betroffen wird, die Konkurseröffnung kannte oder ohne Schwierigkeiten hätte in Erfahrung bringen können.

Anstatt die §§ 932 ff. BGB für die Lösung dieses Problems fruchtbar zu machen, sollte man deshalb § 6 II 1 DepG analog heranziehen. Danach darf der Sammelverwahrer aus dem Sammelbestand einem jeden der Hinterleger die diesem gebührende Menge ausliefern, „ohne daß er hierzu der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf“. In der Zeit vor 1937, als § 6 II 1 DepG noch nicht existierte, wurde die Auslieferung so konstruiert, daß die Wertpapiersammelbank von den Hinterlegern ermächtigt sei, dem Auslieferungsbefehlenden Hinterleger die entsprechenden Miteigentumsanteile der übrigen an den konkreten Stücken zu übertragen, wenn die anderen Hinterleger zugleich die Anteile des Ausscheidenden an den im Depot verbleibenden Wertpapieren erhalten¹⁰⁸⁾. Auch hier findet mithin eine Umstrukturierung der Anteile statt. § 6 II 1 DepG erschöpft sich nicht lediglich in der Normierung einer besonderen Art der Auseinandersetzung. Sie ist schon in § 7 I DepG geregelt, wonach der Hinterleger nur die Auslieferung von Wertpapieren gleicher Gattung und Nennbeträge, nicht aber eine sonstige Art der Teilung verlangen kann. § 6 II 1 DepG weist vielmehr dem Verwahrer Verwaltungsbefugnisse in Form einer gesetzlichen Ermächtigung zu einer Art dinglichen Surrogation zu¹⁰⁹⁾. Dem Schutz des Geschäftsunfähigen

¹⁰⁵⁾ Vgl. Büchner, Effektengiroverkehr, a.a.O. S. 112 ff.

¹⁰⁶⁾ Vgl. Opitz, Sammelband, a.a.O. S. 85 ff.

¹⁰⁷⁾ Vgl. Mentzel-Kuhn, KO, 7. Aufl., § 7 Anm. 4; Jaeger-Lent, KO, 8. Aufl., § 7 Anm. 5a, 33.

¹⁰⁸⁾ Vgl. Deichmann, Effekten-Zentral-Sammeldepot, S. 82.

¹⁰⁹⁾ Vgl. Quassowski-Schröder, DepG, S. 121. Opitz, DepG, §§ 6–8 Anm. 25 verschleiert das mit der Formel von der „ge-lockerten Identität“.

bzw. der Konkursgläubiger wird dadurch vollauf Rechnung getragen, denn mit der Auslieferung fließen automatisch völlig gleichwertige Miteigentumsanteile an die verbleibenden Hinterleger zurück¹¹⁰⁾.

Die Umstrukturierung der Miteigentumsanteile bei der Auslieferung deckt sich mit der im Rahmen des Ferngiroverkehrs notwendigen Anteilsverschiebung, nur daß dort die Umschichtung über den Bereich einer WSB hinausgreift. Dadurch wird das Risiko des Geschäftsunfähigen bzw. der Masse nicht erhöht, denn das Konkursrisiko der Kassenvereine trifft die Hinterleger ohnehin nicht und die Verlustgefahr dürfte bei allen WSB in etwa gleich sein. Davon geht jedenfalls § 5 I 3 DepG aus, der eine individuelle Ermächtigung für jedes Sammelverwahrungsgeschäft fordert, es sei denn, daß die Wertpapiere irgendeiner WSB übergeben werden sollen; mithin also nur zwischen Kassenvereinen und sonstigen Verwahrern differenziert. Man sollte deshalb die Rechtsfigur der gesetzlichen Ermächtigung zur dinglichen Surrogation auch der Anteilsumstrukturierung im Ferngiroverkehr zugrunde legen.

V. Ergebnisse

Die wichtigsten Ergebnisse dieser Untersuchung lassen sich kurz dahin zusammenfassen:

1. Der gutgläubige Erwerb von Sammeldepotanteilen beruht auf dem mittelbaren Besitz des Verfügenden und der in

¹¹⁰⁾ Ein weiterer Vorteil dieser Konstruktion liegt darin, daß das Problem gar nicht erst auftaucht, ob im Falle einer „Umstrukturierung“ nach Konkurseröffnung ein konkursfreier Neuerwerb des Gemeinschuldners vorliegt, — falls die Vollmacht für den Gemeinschuldner überhaupt noch bestehen sollte.

dem Depotbuch der Wertpapiersammelbank ausgewiesenen Miteigentumsquote. Das Depotbuch ist mithin eine den gutgläubigen Erwerb tragende Rechtsscheinsgrundlage.

2. Gibt ein Nichtberechtigter der Hinterlegerbank einen Veräußerungsauftrag, so verliert im Falle eines gutgläubigen Erwerbes der wahre Anteilsinhaber seinen Miteigentumsanteil.
3. Das gilt auch, falls ein Zwischenverwahrer (Bank) ohne Verfügungsermächtigung über das Guthaben eines bestimmten Miteigentümers verfügt und dies in seinen Büchern kenntlich macht.
4. Unterläßt der Zwischenverwahrer versehentlich oder absichtlich eine Buchung und kann später nicht mehr festgestellt werden, zu wessen Lasten verfügt wurde, so kann der Begünstigte gleichwohl gutgläubig erwerben. Der Rechtsverlust geht dann zu Lasten aller dem Zwischenverwahrer angeschlossenen Hinterleger.
5. Ein ausreichender Vertrauenstatbestand fehlt, wenn eine Bank ihr Konto bei der Wertpapiersammelbank überzieht und diese den Auftrag versehentlich ausführt.
6. Schreibt die Wertpapiersammelbank irrtümlich dem Begünstigten einen zu hohen Betrag zu, so fehlt es schon an der für einen gutgläubigen Erwerb notwendigen dinglichen Offerte.
7. Fällt ein Sammelbestandsanteilsinhaber in Konkurs, so wird dadurch die „Umstrukturierung“ der Anteile im Ferngiroverkehr zwischen mehreren Wertpapiersammelbanken nicht gefährdet, da unabhängig von einem etwaigen gutgläubigen Erwerb eine Art dinglicher Surrogation in Analogie zu § 6 II 1 DepG Platz greift.

Wirtschaftsrechtliche Hinweise

Aufhebung der Beschlüsse des Bundeskartellamts und des Kammergerichts betr. Unwirksamkeitserklärung der Preisbindung des Volkswagenwerks für acht Kfz-Ersatzteile

(vgl. auch BKartA-Beschluß v. 11. 12. 1970 in DB 1971 S. 36 u. 139 f. sowie *Knöpfle*, Der mittelbare Wettbewerb bei Zusatzleistungen in DB 1971 S. 1801 ff.)

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. 9. 1972 die in einem Musterverfahren ergangenen Beschlüsse des Kammergerichts und des Bundeskartellamts, durch die die Preisbindung des Volkswagenwerks für acht ausgewählte Kraftfahrzeugersatzteile für unwirksam erklärt worden war, aufgehoben.

Bundeskartellamt und Kammergericht sehen den notwendigen Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Unternehmen nicht als gegeben an, weil die betreffenden Ersatzteile allein vom Volkswagenwerk hergestellt und vertrieben werden. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof entscheidend darauf abgestellt, daß das Ersatzteilgeschäft im engsten wirtschaftlichen und technisch-funktionellen Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Neuwagen steht, durch die der Ersatzteilbedarf erst hervorgerufen wird. Es sind zwar eine Vielzahl von Gründen denkbar, die den einzelnen Käufer zum Kauf eines bestimmten Kraftfahrzeugtyps veranlassen. Beim Volkswagen spielt hierbei jedoch eine bedeutende Rolle die Preiswürdigkeit der Service- und Reparaturarbeiten und in diesem Zusammenhang wiederum die Höhe der Ersatzteilpreise. Es blieb auch unbestritten, daß das Volkswagenwerk seine Ersatzteilpreise im Vergleich zu den Preisen der Wettbewerber erheblich niedriger hält und als Wettbewerbsfaktor zur Sicherung und Förderung des Absatzes von Neuwagen einsetzt. Der vom Gesetz geforderte Preiswettbewerb war deshalb zu bejahen.

(Bundesgerichtshof, Beschluß v. 28. 9. 1972 — KVR 3/71; Vorbericht)

Bußgeldbescheid wegen des Versandes von Preislisten ohne Unverbindlichkeitshinweises und der andgedrohten Nichtbelieferung bei Preisunterbietung

Die 5. Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes hat gegen die Tremonia Prägegesellschaft mbH, Dortmund, und ihren Geschäftsführer Geldbußen in Höhe von DM 1 500,— bzw. DM 1 000,— festgesetzt.

Die Tremonia, die Prägungen aller Art herstellt und vertreibt, hatte weder gebundene noch empfohlene Preise beim Bundeskartellamt angemeldet. Trotzdem versandte sie eine Preisliste an Wiederverkäufer, ohne daß die Preise mit einem Unverbindlichkeitshinweis versehen waren. Vielmehr enthielt die Preisliste, die im Juni 1971 im Verkehr war, den Zusatz:

„Im gegenseitigen Interesse sind obstehende Preise in jedem Fall einzuhalten. Wir behalten uns vor, Sie bei Nichtbeachtung von der Belieferung auszuschließen. Für jeden Hinweis der Preisunterbietung sind wir dankbar.“

Auf das ordnungswidrige Verhalten aufmerksam gemacht, faßte die Tremonia im Oktober 1971 ihre Preisliste neu. Sie enthielt zwar nicht mehr den Zusatz, daß bei Nichteinhaltung der Preise die Belieferung ausgeschlossen werde, ein Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Preise fehlte aber wiederum. Vielmehr enthielt sie den Satz:

„Im gegenseitigen Interesse bitten wir Sie, obstehende Preise in jedem Fall einzuhalten.“

Erst nach nochmaliger Aufforderung wurde die beanstandete Preisliste aus dem Verkehr gezogen.

Der Geschäftsführer und die Tremonia haben aus zwei Gründen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verstoßen:

1. Die Preislisten enthielten keinen Hinweis, daß die Preise unverbindlich sind. Dies war notwendig, weil für die Erzeugnisse Preisbindungen beim Bundeskartellamt nicht angemeldet waren. Vielmehr wurde ausdrücklich die Einhaltung der Preise gefordert.