

051
14
V ZR 147/55

Verkündet
am 15. Februar 1956
Hoffmeister, Just.Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Architekten Paul W [REDACTED] in S [REDACTED],
A [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED]
2. des Diplomkaufmanns Franz W [REDACTED] in D [REDACTED],
[REDACTED]: P [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten und Widerklägers,
- Prozeßbevollmächtigter erster Instanz: Rechtsanwalt
[REDACTED] in [REDACTED] -
gegen

die Firma J. P. W [REDACTED] Dampfkornbranntwein-
brennerei in S [REDACTED],

Inhaber:

- a) Dr. med. Wilhelm W [REDACTED] in E [REDACTED], Am
D [REDACTED],
- b) Witwe Hermann P [REDACTED] geb. W [REDACTED] in R [REDACTED],
I [REDACTED] G [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte, An-
schlußberufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. Februar 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1) wird das
Schlußurteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Düsseldorf vom 26. Januar 1955 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revi-
sionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Jahre 1918 verstorbene Vater der Beklagten, Johann Peter W[REDACTED], betrieb in S[REDACTED] eine Dampfkornbranntweinbrennerei. Nach seinem Tode wurde die Firma J. P. W[REDACTED] Dampfkornbranntweinbrennerei GmbH. gebildet, an der die Mutter der Beklagten zu 2/3, die sechs Kinder zu je 1/18 beteiligt waren. Nach dem Tode der Mutter im Jahre 1921 hatten die Kinder je 1/6 Anteil, die je zu 12 000 RM bewertet wurden. Durch Vertrag vom 13. Dezember 1926 schied die Schwester Maria S[REDACTED] aus der GmbH aus. Ihren Anteil trat sie je zur Hälfte an die Brüder Wilhelm und Heinrich ab, deren Anteile sonach zu je 18 000 RM bewertet wurden. Die Geschwister Karoline, Paul (der Beklagte zu 1) und Franz (der Beklagte zu 2) traten in diesem Vertrage ihre Anteile an die GmbH zu einem Preis von je 12 000 GM ab. Der Beklagte zu 1 trat zugleich von dieser Forderung je 1 000 GM an seine Geschwister Karoline und Franz ab. Zur Sicherung dieser Forderungen gegen die GmbH wurden auf deren Grundstück in S[REDACTED] (Grundbuch Bd. [REDACTED] Bl 7[REDACTED]) eingetragen:

für Karoline die Hypothek Nr 7 über	13 000 RM,
für Franz die Hypothek Nr 8 über	13 000 RM,
für Paul die Hypothek Nr 9 über	10 000 RM.

Am 27. April 1937 wurde die GmbH in eine Offene Handelsgesellschaft umgewandelt, an der Heinrich W[REDACTED] und die Witwe des am [REDACTED] 1936 gestorbenen Bruders Wilhelm, Klara W[REDACTED] geb. B[REDACTED], beteiligt waren. Heinrich ist in der Folge ausgeschieden, so daß die Witwe des Wilhelm W[REDACTED] alleinige Inhaberin der Klägerin war.

In der Hypothekenbestellungsurkunde vom 13. Dezember 1926 ist ein Aufrechnungsverbot für alle Zahlungen enthalten und u.a. bestimmt:

- 3 -

"Den Gläubigern ist die Kündigung der Forderung frühestens am 1. Januar 1937 gestattet, während die Schuldner berechtigt sind, die Schuld zu jeder Zeit ganz oder in Teilbeträgen von nicht unter 500 GL im Einzelfall für jeden Gläubiger abzulragen."

Die Hypothekengläubigerin Karoline W. [REDACTED] ist am 12. November 1944 gestorben und von den Beklagten zu 1 und 2 beerbt worden.

Am 14. Mai 1946 zahlte die Klägerin an den Beklagten zu 1 10 000 RM. Den Empfang dieses Betrages bestätigte dieser, indem er ihn auf der Quittung als Hypothekenrückzahlung für die auf seinen Namen eingetragene Hypothek Nr 9 bezeichnete. Den Hypothekenbrief gab der Beklagte zu 1 nicht zurück.

Am 25. Oktober 1946 zahlte die Klägerin an den Beklagten zu 2 13 000 RM. Auf der Quittung bestätigte dieser, den Betrag als Hypothekenrückzahlung für die auf seinen Namen eingetragene Hypothek Nr 8 erhalten zu haben. Er gab den Hypothekenbrief zurück.

Am 16. April 1948 übersandte der Steuerberater der Klägerin K. [REDACTED] den Beklagten je einen Scheck über 6.500 RM zum Ausgleich der Forderungen der beiden Brüder aus der Erbschaft der Schwester Karoline W. [REDACTED]. In den Begleitschreiben wurde auf die "bereits vor einem halben Jahr stattgefundenen verschiedenen mündlichen Rücksprachen" mit dem Beklagten zu 1 hingewiesen und um Rücksendung der Hypothekenbriefe gebeten.

Der Beklagte zu 2 löste den übersandten Scheck ein und schrieb am 29. April 1948 an K. [REDACTED], er könne den Scheck nicht als Ausgleich der Forderung aus der Erbschaft seiner Schwester betrachten, sondern könne den Scheck nur vorbehaltlich etwaiger entgegenstehender Bestimmungen



durch die bevorstehende Währungsreform entgegennehmen. Er gab der Schuldnerin zu erwägen anheim, ob sie mit einer Zahlung nicht bis zur Klarstellung warten wolle. Er habe den Betrag vorerst mal unter Hinweis auf seine vorstehenden Ausführungen in Empfang genommen, sei aber zur Rücküberweisung des Geldes sofort bereit.

Der Beklagte zu 1 behielt den ihm übersandten, auf die Städtische Sparkasse in S [REDACTED] lautenden Verrechnungsscheck über 6 500 RM, ohne ihn einzulösen oder der Klägerin zurückzusenden.

Am 12. Oktober 1950 überwies die Klägerin an den Beklagten zu 1 422,50 DM, d.h. den im Verhältnis 100 : 6,5 auf Deutsche Mark umgestellten Betrag von 6 500 RM, sowie 127 DM als im Verhältnis 10 : 1 auf Deutsche Mark umgestellte Hypothekenzinsen für die Zeit vom 1. Januar 1945 bis zum 17. April 1948.

Im November 1950 hat die Klägerin Klage erhoben und zwar gegen den Beklagten zu 1 mit dem Antrag, ihn zu verurteilen, in die Umschreibung

- a) der im Grundbuch von S [REDACTED] Bd [REDACTED] Bl 7 [REDACTED] in Abteilung III unter lfd. Nr 9 in Höhe von 10 000 GM auf seinen Namen eingetragen und
- b) der im Grundbuch von S [REDACTED] unter lfd. Nr 7 in Höhe von 6 500 GM auf den Namen der Karoline W [REDACTED] eingetragenen Hypothek als Eigentümergrundschulden der Klägerin einzuwilligen.

Die Klägerin und der zunächst mitverklagte Beklagte zu 2 haben den Rechtsstreit gegen den Beklagten zu 2 im ersten Rechtszug als in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem der Beklagte zu 2 am 7. Januar 1953 die Löschung

der Hypothek Nr 7 bewilligt hatte.

Während des Verfahrens erster Instanz erging der rechtskräftig gewordene Beschluß des Amtsgerichts Solingen vom 14. März 1952, daß die Hypothek Abteilung III Nr 7 über 13 000 RM und die ihr zugrunde liegende Forderung als Auseinandersetzungsforderung gemäß § 18 Abs 1 Nr 3 UmstG im Verhältnis 1 : 1 umgestellt worden sei.

Das Landgericht hat den Beklagten zu 1 antragsgemäß verurteilt, in die Umschreibung der beiden Hypotheken nebst Zinsen als Eigentümergrundschulden der Klägerin einzuwilligen mit Ausnahme eines restlichen Zinsbetrages von 13,60 DM bei der Hypothek Abteilung III Nr 9 und von 8,43 DM bei der Hypothek Abteilung III Nr 7.

Der hier nicht interessierenden Widerklage des Beklagten zu 2 wurde unter Abweisung im übrigen teilweise stattgegeben.

Das Urteil wurde, soweit es den Beklagten zu 1 betraf, dahin begründet:

Die durch die Hypothek Nr 9 gesicherte Forderung sei durch Zahlung im Jahre 1946 erloschen.

Die Hypothek Nr 7 sei durch Übersendung des Schecks nicht erloschen. Erst durch Zahlung vom 12. Oktober 1950 sei ein Teilbetrag von 422,50 DM getilgt worden.

Wegen Nichteinlösung des Schecks habe die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1 in Höhe von 6 007,50 DM richtig wohl 6 077,50 DM. Damit sei gegenüber der Hypothekenforderung wirksam aufgerechnet worden und diese damit bis auf einen Zinsrest von 8,43 DM erloschen.

Der Beklagte zu 1 hat in vollem Umfang Berufung und die Klägerin Anschlußberufung eingelegt, soweit die Hypothek Nr 7 im Streit ist.

Der Beklagte zu 1 hat in der mündlichen Verhandlung seinen Berufungsantrag hinsichtlich der Hypothek Abteilung III Nr 9 von 10 000 GM nicht verlesen. Er hat lediglich beantragt,

das angefochtene Urteil insoweit abzuändern, als er verurteilt worden ist, in die Umschreibung der..... unter Nr 7 auf den Namen der Karoline W. [REDACTED] eingetragenen Hypothek in Höhe von 6 500 GM nebst Zinsen mit Ausnahme eines restlichen Zinsbetrages von 8,43 DM als Eigentümergrundschild der Klägerin einzuwilligen, und insoweit die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat gebeten, die Berufung zurückzuweisen, und im Wege der Anschlußberufung beantragt,

das angefochtene Urteil, soweit es..... die Umschreibung der unter Nr 7..... eingetragenen Hypothek in eine Eigentümergrundschild betrifft, teilweise dahin abzuändern, daß der Beklagte zu 1 verurteilt wird,

- a) die Löschung der.....unter Nr 7..... eingetragenen Hypothek von 13 000 DM zu bewilligen, hilfsweise in die über die vorbezeichnete Hypothek von dem Diplomkaufmann Franz W. [REDACTED] (Beklagten zu 2) erteilte Löschungsbewilligung einzuwilligen,
- b) den über die vorbezeichnete Hypothek ausgestellten Hypothekenbrief an die Klägerin herauszugeben.

Der Beklagte zu 1 hat beantragt,
die Anschlußberufung zurückzuweisen.

Während des Berufungsverfahrens ist die Witwe des
Wilhelm W. gestorben. Sie ist von ihren Kindern,
den jetzigen Inhabern der Klägerin, beerbt worden.

Das Oberlandesgericht hat durch Schlußurteil dahin
erkannt:

- I. Die Berufung des Beklagten zu 1 wird zurück-
gewiesen, soweit sie sich richtet gegen die Ver-
urteilung des Beklagten zu 1 zur Einwilligung in
die Umschreibung der unter lfd. Nr 7
eingetragenen Hypothek in Höhe von 6 500 DM (GM)
nebst Zinsen, mit Ausnahme eines restlichen Zins-
betrages von 8,43 DM als Eigentümergrundschild
der Klägerin.
- II. Auf die Anschlußberufung der Klägerin wird das
Urteil des Landgerichts hinsichtlich der
.....in Abteilung III unter lfd. Nr 7
eingetragenen Hypothek abgeändert:

Der Beklagte zu 1 wird verurteilt,

- a) die Löschung der unter lfd Nr 7
eingetragenen Hypothek von 13 000 DM (GM)
Zug um Zug gegen den Empfang eines Zinsrestes
von 8,43 DM zu bewilligen,
- b) den über die vorbezeichnete Hypothek gebilde-
ten Hypothekenbrief an die Klägerin herauszu-
geben.

Im übrigen wird die Anschlußberufung der Klä-
gerin zurückgewiesen.

Soweit sich die Berufung des Beklagten zu 1 gegen seine Verurteilung hinsichtlich der Hypothek Nr 9 richtete, wurde sie durch Versäumnisteilurteil vom 26. Januar 1955, das nicht Gegenstand der Revision ist, zurückgewiesen.

Mit der Revision gegen das Schlußurteil verfolgt der Beklagte zu 1 seine Anträge in zweiter Instanz weiter, hilfsweise strebt er die Zurückverweisung der Sache an.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt aus: Die Klage sei aus §§ 1144, 894 BGB begründet. Der Eigentümer könne gegen Befriedigung des Hypothekengläubigers dessen Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs und die Herausgabe des Hypothekenbriefes verlangen. Die Klägerin habe durch Ausbändigung je eines Schecks über 6.500 RM am 16. April 1948 an jeden der beiden Beklagten und durch Überweisung von 422,50 DM + 127 DM an den Beklagten zu 1 die Gläubiger der Hypothek von 13.000 GM bis auf einen Zinsbetrag von 8,43 DM befriedigt.

Der Beklagte zu 1 könne sich nicht darauf berufen, daß eine Erbauseinandersetzung zwischen dem Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 2 noch nicht durchgeführt sei. Vor der Erbauseinandersetzung zwischen den Beklagten zu 1 und 2 könne zwar gemäß §§ 2039, 2040 BGB nur an alle Miterben gemeinsam geleistet werden und die Miterben könnten nur gemeinschaftlich verfügen. Die Einziehung einer Nachlassforderung sei eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand. Die Verfügung eines einzelnen Miterben sei aber mit Zustimmung der übrigen Miterben wirksam; es genüge eine formlose, auch stillschweigende vorherige oder nachträgliche Zustimmung oder Genehmigung.

Eine solche Zustimmung hätten die beiden Beklagten erteilt. Sie hätten sich gegenseitig ermächtigt, jeweils die Hälfte der Leistungen in Empfang zu nehmen und die damit zusammenhängenden Rechte jeweils zur Hälfte geltend zu machen. Das sei geschehen vom Beklagten zu 2 durch widerspruchslose Annahme und Einlösung des Schecks und die Erteilung der Löschungsbewilligung für die Hypothek von 13 000 DM. Auch das Verhalten des Beklagten zu 1 lasse nur den Schluß zu, daß er von Anfang an damit einverstanden gewesen sei, daß er und der Beklagte zu 2 als je zur Hälfte berechnigte Gläubiger der Hypothek Nr 7 behandelt würden. Das ergebe sich aus dem Unterlassen von Einwendungen bei Übersendung des Verrechnungsschecks von 6 500 RM, der Geltendmachung von Einwendungen in erster Instanz und in der Berufungsbegründung nur hinsichtlich seiner Hälfte und der widerspruchslosen Annahme der 422,50 DM. Beide Beklagten seien auch durch einen Anwalt vertreten worden. Dadurch komme hinreichend die stillschweigende Billigung des Beklagten zu 1 zum Ausdruck. Die Klägerin habe also, auch wenn eine Erbauseinandersetzung noch nicht stattgefunden habe, mit befreiender Wirkung an jeden der Beklagten leisten können.

Die Revision hat ohne nähere Begründung den schon früher erhobenen Einwand wiederholt, die Klägerin habe, da eine Erbauseinandersetzung des Nachlasses der Karoline Welteroth noch nicht vorgenommen gewesen sei, nur an die Erbengemeinschaft Zahlungen leisten können.

Dem kann im vorliegenden Fall nicht zugestimmt werden. Das Reichsgericht hat, nachdem es früher eine strengere Auffassung vertreten hatte (RGZ 93, 292 /294/), es für möglich erklärt, daß die Verfügung eines einzelnen Miterben durch einen anderen vorher (RGZ 129, 284 /286/) oder nachträglich (RGZ 152, 380 /382/; BGGZ 19, 138) genehmigt werde. Wenn das Berufungsgericht in den von ihm

angeführten Umständen eine solche Genehmigung sieht, stellt dies keinen Rechtsverstoß dar.

2. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt: Einer vorgängigen Kündigung der Hypothekenschuld durch die Klägerin habe es nicht bedurft. § 609 Abs 1 BGB sei bei Bestellung der Hypothek vertraglich ausgeschlossen worden. Das Recht zur Tilgung des Schuldbetrages in Teilbeträgen nicht unter 500 RM sei keiner zeitlichen Beschränkung, etwa, wie der Beklagte zu 1 wolle, nur bis 1. Januar 1937, unterworfen worden. Gegen diese Ansicht spreche nicht der Brief des Steuerberaters der Klägerin vom 22. Juli 1946 [I76 GA] an den Beklagten zu 2, in dem eine andere, dem Beklagten zu 2 zustehende Hypothek gekündigt worden sei.

Gegen diese auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung hat die Revision Einwendungen nicht erhoben. Ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht zu erkennen.

3. Das Berufungsgericht fährt dann fort: Dem Beklagten zu 1 sei zuzugeben, daß durch die Übersendung eines Verrechnungsschecks über 6 500 RM nicht die Leistung erbracht, sondern nur ein Zahlungsversuch gemacht worden sei; denn ein Scheck sei kein gesetzliches Zahlungsmittel. Die Hingabe eines Schecks erfolge in der Regel zahlungshalber. Es sei nicht dargetan, daß der Verrechnungsscheck im vorliegenden Fall an Erfüllung Statt gegeben worden sei. Daher bestehe für den Gläubiger keine Verpflichtung, einen ihm erfüllungshalber zugehenden Scheck anzunehmen.

Es sei aber den gesamten Umständen zu entnehmen, daß die Annahme des Schecks erfolgt sei. In dem Einlösungsversuch bei der Städtischen Sparkasse in S [REDACTED] vom 19. Juni 1948 sei keine Annahme des Schecks zu sehen.

Die Annahme eines Angebots könne unter Abwesenden nur gemäß § 147 Abs 2 BGB erfolgen. Diese Zeit sei am 19. Juni 1948, mehr als zwei Monate nach der Übersendung des Schecks, abgelaufen gewesen.

Die Annahme eines Schecks habe mit Rücksicht auf die in § 29 ScheckG festgesetzte achttägige Einlösungsfrist nur innerhalb von acht Tagen erfolgen können. Eine Verlängerung der Frist nach der Verordnung vom 10. November 1943 (RGBl I, 656) könne nicht Platz greifen, da keine Anhaltspunkte bestünden, daß die Einlösung infolge von Auswirkungen des Krieges nicht rechtzeitig habe vorgenommen werden können.

Der Beklagte zu 1 könne sich nicht darauf berufen, er habe am 19. Juni 1948 gegenüber dem Beauftragten der Klägerin Felix K. und dem Sparkassenangestellten P. die Annahme des Schecks abgelehnt; denn er habe den Scheck schon vor dem 19. Juni 1948 angenommen, eine nachträgliche Abmeldung ändere an dem durch Annahme zustande gekommenen Scheckbegebungsvertrag nichts mehr. Auf die zu diesem Punkt angebotenen Beweise komme es daher nicht an.

Die Annahme des Verrechnungsschecks von 6 500 RM und damit das Zustandekommen des Scheckbegebungsvertrags seien stillschweigend erfolgt. Das sei möglich und bindend. Es bestehe zwar kein Rechtssatz, daß für einen Nichtkaufmann wie den Beklagten zu 1 längeres Stillschweigen auf einen Antrag dessen Annahme bedeute, wenn dies auch nach § 362 HGB für einen Kaufmann vorgesehen sei. Jedoch sei auch bei einem Nichtkaufmann eine stillschweigende Annahmeerklärung anzunehmen, wenn besondere Umstände vorlägen, auf Grund deren der Antragende nach Treu und Glauben eine ausdrückliche Ablehnungserklärung habe erwarten dürfen.

Solche Umstände lägen hier vor. Die Zahlung durch Scheck habe sich bereits so eingebürgert, daß ein Gläubiger, der einen Scheck nicht in Zahlung nehmen wolle, schon nach allgemeiner Verkehrssitte zur unverzüglichen Zurücksendung verpflichtet sei. Zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 habe schon vor dem 16. April 1948 die ständige Übung bestanden, Zahlungen durch Schecks zu bewirken, die vom Beklagten zu 1 stets angenommen und eingelöst worden seien. Wenn der Beklagte zu 1 erstmals den am 16. April 1948 zugesandten Scheck nicht hätte annehmen wollen, so wäre er aus der jahrelangen Übung und aus den allgemeinen Verkehrsgepflogenheiten heraus zur unverzüglichen Anzeige und zur sofortigen Zurücksendung verpflichtet gewesen. Das stillschweigende Ansichnehmen, ohne rechtzeitig zu erkennen zu geben, daß er den Scheck nicht als Erfüllung gelten lasse, müsse als Annahme des Verrechnungsschecks gewertet werden.

Dem stehe nicht entgegen, daß der Beklagte zu 1 durch Krankheiten seiner Frau, durch vielfache Sorgen und andere Umstände daran gehindert gewesen sei, rasche Entschlüsse zu fassen und den Scheck zurückzusenden. Trotz dieser Umstände wäre dem Beklagten zu 1 bei auch nur einigermaßen ernsthaftem Bemühen die Zurücksendung möglich gewesen.

Eine Ablehnungserklärung des Beklagten zu 1 könne auch nicht in der Nichteinlösung binnen der achttägigen Vorlegungsfrist gesehen werden. Denn nach § 32 Abs 2 ScheckG sei die Einlösungsbefugnis der Städtischen Sparkasse in S [REDACTED] und die Zahlungsverpflichtung der Klägerin als Ausstellerin auch nach Ablauf der Einlösungsfrist bestehen geblieben.

Eine stillschweigende Annahmeerklärung des Beklagten zu 1 habe nach § 151 BGB auch genügt, um den Scheckbegehrungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1

zustande zu bringen. Eine Annahmeerklärung sei schon deshalb nicht zu erwarten, weil die Ablehnung eines Schecks die sofortige Kundmachung erfordern würde.

Dem Beklagten zu 1 sei zwar zuzugeben, daß die Begebung des Schecks in der Regel nur einen Erfüllungsversuch darstelle und daß erst mit der Gutschrift auf das Konto des Gläubigers die Schuldverpflichtung des Schuldners erfüllt werde.

Trotz der Nichteinlösung des Schecks könne sich der Beklagte zu 1 nicht darauf berufen, daß die Schuldverpflichtung der Klägerin aus der Forderung der Hypothek von 13 000 DM noch bestehe.

Der Beklagte zu 1 sei aus dem Scheckbegebungsvertrag verpflichtet gewesen, zunächst aus dem Scheck Befriedigung zu suchen. Wer einen Scheck annehme, müsse diesen mit der im Verkehr üblichen Sorgfalt einziehen und die Zahlung auf seine Forderung sich anrechnen lassen.

Diese Verpflichtung habe der Beklagte zu 1 nicht erfüllt und nichts dafür vorgetragen, daß er sie habe nicht erfüllen können. Er habe lediglich erklärt, er habe gemeint, er habe so kurz vor der Währungsreform die Leistung nicht anzunehmen brauchen. Diese Annahme befreie ihn aber nicht von der Verpflichtung zur rechtzeitigen Vorlegung und Einlösung. Dadurch, daß er das nicht getan habe, habe er schuldhaft durch Verletzung seiner Pflichten aus dem Scheckbegebungsvertrag die Erfüllung der Hypothekenschuld seitens der Klägerin vereitelt; denn es sei unstreitig, daß der Scheck bis zur Währungsreform jederzeit hätte gedeckt werden können. Der Beklagte zu 1 habe es sich daher selbst zuzuschreiben, wenn er aus dem Scheck keine Befriedigung erhalten habe.

Die Revision erhebt dagegen Angriffe. Sie meint, ein Scheckbegebungsvertrag sei zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 nicht zustande gekommen. Die Übersendung des Schecks sei nur ein Antrag auf Abschluß eines Scheckbegebungsvertrages. Das Stillschweigen des Beklagten zu 1 sei nicht als Annahme zu werten. Selbst im Handelsverkehr gelte dies nur, wenn Treu und Glauben keine andere Deutung zuließen, und das gelte erst recht im Verkehr mit Nichtkaufleuten und gegenüber einem Angebot, durch das ein bestehendes Rechtsverhältnis zum Nachteil des Empfängers des Angebots abgeändert werden solle. Hier handle es sich um einen nicht gelungenen Zahlungsversuch. Der Klägerin sei durch Nichtbelastung ihres Kontos erkennbar geworden, daß der Beklagte zu 1 den Scheck nicht eingelöst habe; darin liege sogar eine Ablehnung des Antrages der Klägerin auf einen Scheckbegebungsvertrag.

Die Revision meint weiter, selbst wenn der Beklagte zu 1 den Scheck angenommen hätte, würde dies nur eine Leistung zahlungshalber und nicht an Zahlungs Statt begründen. Befreit sei der Schuldner erst, wenn der Scheck dem Empfänger ausgezahlt oder ihm der Gegenwert vorbehaltlos gutgeschrieben sei.

Aus einer etwaigen Verpflichtung dessen, der einen Scheck angenommen habe, alles zu tun, um den Scheck mit der im Verkehr üblichen Sorgfalt einzuziehen und die erhaltene Zahlung auf seine Forderung verrechnen zu lassen - eine Verpflichtung, die der Beklagte zu 1 nicht erfüllt habe - folge noch nicht, daß der Beklagte die Klägerin so stellen müsse, als habe er den Scheck eingelöst. Dieses Verlangen könnte die Klägerin nur unter dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruchs stellen. Einen solchen habe die Klägerin nicht, sie habe den Beklagten zu 1 nicht einmal in Verzug gesetzt.

Diesen Einwendungen kann im Ergebnis ein Erfolg nicht versagt werden. Auch wenn das Schweigen auf ein Verlagsangebot sogar unter Kaufleuten nur beim Vorliegen besonderer Umstände, die nach Treu und Glauben keine andere Deutung zulassen, als Genehmigung gewertet werden kann (BGH vom 29.9.1951 II ZR 62/51 in NJW 1952, 64 Leitsatz = LIMÖ WG Art 7 - (1) = JZ 1951, 783) und wenn gegenüber einem Nichtkaufmann noch besonders strenge Anforderungen gestellt werden müssen, könnten unter normalen Verhältnissen die besonderen Umstände, die das Berufungsgericht im einzelnen anführt, vielleicht ausreichen, um die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung des Beklagten zu 1 zu dem Scheckbegebungsvertrag zu rechtfertigen. Das Berufungsgericht hat aber nicht geprüft, ob die für normale Zeiten entwickelten Rechtsgrundsätze auch unter den außergewöhnlichen Verhältnissen im April 1948 unter Berücksichtigung der besonderen persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse der Parteien Geltung haben können. In normalen Zeiten war der Scheck einer in gesicherten Vermögensverhältnissen stehenden Handelsfirma so gut wie bares Geld. Es bestand im allgemeinen kein Anlaß, einen solchen Scheck abzulehnen, und so war es auch verständlich, daß in früheren Jahren der Zahlungsverkehr zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 sich anstandslos mittels Scheck abwickelte. Im Frühjahr 1948 mußte aber die Klägerin damit rechnen, daß der Beklagte zu 1 alle Mittel anwenden würde, mit denen er die Zahlung eines erheblichen Geldbetrages in entwertetem Geld vereiteln könnte. Nachdem der Beklagte zu 2 im Schreiben vom 29. April 1948 ausdrücklich erklärt hatte, daß er den Betrag nur vorbehaltlich etwaiger entgegenstehender Bestimmungen durch die bevorstehende Währungsreform entgegennehmen wolle, und nachdem der Beklagte zu 1 den ihm am 16. April 1948 übersandten Scheck nicht einlöste und darauf keine Antwort gab, konnte die Klägerin nicht ohne weiteres annehmen, daß der Beklagte zu 1

4

stillschweigend die Verpflichtung übernehmen würde, den Scheck einzulösen und dadurch mitzuwirken, daß seine Forderung in entwertetem Geld getilgt werde. Sie mußte als Inhaberin eines geschäftlichen Unternehmens davon ausgehen, daß der Beklagte zu 1, wie es damals bei Geldgläubigern durchweg der Fall war, alle erlaubten Mittel anwenden werde, um dieses Ergebnis abzuwenden, und daß sie ihn nur durch unmittelbares Angebot von Geld und, wenn der Beklagte zu 1 dieses ablehnte, durch Hinterlegung des Betrages zwingen könnte, die Leistung als Erfüllung anzunehmen. Dazu war umsomehr Anlaß, als der Beklagte zu 1 auch den Hypothekenbrief über 10 000 RM für die Hypothek Nr 9 nach der Zahlung dieses Betrages am 14. Mai 1946 nicht zurückgegeben hatte und auch der Hypothekenbrief über die Hypothek Nr 7 über 13 000 RM trotz Anforderung in dem Schreiben vom 16. April 1948 zurückbehalten worden ist.

Das Berufungsgericht hätte also prüfen müssen, ob unter den damaligen Verhältnissen ein Scheckbegebungsvertrag durch Stillschweigen und Nichtzurücksendung des Schecks zustande kam. Dabei wäre noch Folgendes zu beachten gewesen: In dem Schreiben des Beauftragten der Klägerin vom 16. April 1948 an die beiden Beklagten wird bei der Übersendung des Schecks auf mündliche Rücksprachen mit dem Beklagten zu 1 verwiesen. Der Inhalt und das Ergebnis dieser Rücksprachen könnte für die Frage, ob durch das stillschweigende Verhalten des Beklagten zu 1 ein Scheckbegebungsvertrag zustande gekommen ist, von Bedeutung sein. Ebenso könnte, wenn die Klägerin von einer stillschweigenden Annahme des Schecks nicht ausgehen konnte, der angebliche Einlösungsversuch des Beklagten zu 1 am 19. Juni 1948 oder die damals nach der Behauptung des Beklagten zu 1 gegenüber Felix K. ausgesprochene Ablehnung der Annahme des Schecks wichtig sein.

Wenn sonach das Zustandekommen eines Scheckbegebungsvertrages noch nicht festgestellt werden konnte, konnte auch nicht ausgesprochen werden, daß die durch Hypothek gesicherte Forderung getilgt sei; denn wenn die Forderung über den Währungsstichtag hinaus bestanden hat, war sie, wie das Amtsgericht Solingen durch Beschluß vom 14. März 1952 festgestellt hat, im Verhältnis 1 : 1 umgestellt worden, so daß die Zahlung von 422,50 DM nur eine Teilzahlung bedeuten konnte.

Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Sollte das Berufungsgericht bei der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, daß ein Scheckbegebungsvertrag nicht zustande gekommen ist, so sind die Folgerungen hinfällig, die das Berufungsgericht daraus zieht, daß der Beklagte zu 1 den Scheck nicht eingelöst hat. In diesem Fall braucht auch zu der von der Revision angegriffenen Auffassung des Berufungsgerichts nicht Stellung genommen zu werden, daß der Beklagte zu 1 sich nicht darauf berufen könnte, es sei ihm zwei Monate vor der Währungsreform nicht zuzumuten gewesen, die Zahlung des Hypothekenbetrages in Reichsmark entgegenzunehmen. Denn dann kam eine Zahlung vor dem Stichtag gar nicht in Frage.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht nach der anderweiten Verhandlung wieder zu dem Ergebnis kommen sollte, daß der Scheckbegebungsvertrag zustande gekommen sei, wäre ihm darin beizustimmen, daß der Beklagte zu 1 verpflichtet gewesen wäre, den Scheck innerhalb angemessener Frist, jedenfalls vor der Währungsreform, einzulösen und daß dies zur Folge gehabt hätte, daß damit die Forderung des Beklagten zu 1 erloschen wäre.

Das Berufungsgericht ist noch auf die Frage eingegangen, die von seinem bisherigen Standpunkt aus bedeutsam sein konnte und die bei seiner Aufrechterhaltung wieder auftaucht, ob dem Beklagten zu 1 die Annahme des Geldes zuzumuten gewesen wäre. Es hat dazu ausgeführt, der Beklagte zu 1 könne diesen Einwand nicht erheben. Die Klägerin sei nach dem Hypothekenbestellungsvertrag zu jederzeitiger Schuldtilgung berechtigt gewesen. Sie habe sich den ihr günstigsten Zeitpunkt auswählen dürfen. Demgegenüber habe es der Beklagte zu 1 in der Hand gehabt, jederzeit das Hypothekenskapital zu kündigen. Wenn er dies auf Grund der Bitten der Klägerin nicht getan habe, so hätte er dies zum Anlaß nehmen können, die Vereinbarungen über die Schuldtilgung vertraglich abzuändern.

Auf Grund der MRVO Nr 92 habe der Beklagte zu 1 die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Reichsmark nicht ablehnen können. Er sei daher auch verpflichtet gewesen, gegen Zahlung der Reichsmarkhypotheketräge die Löschung der auf Goldmark lautenden Hypothek zu bewilligen.

Die Revision kämpft dagegen an und macht geltend, auch die Scheckforderung sei im Verhältnis 1 : 1 umgestellt worden und der Beklagte zu 1 habe die Annahme des Reichsmarkbetrages vor der Währungsumstellung ablehnen können.

Diese Einwendungen treffen den entscheidenden Punkt nicht. Wenn dem Beklagten zu 1 der Reichsmarkbetrag vor dem Währungsstichtag gezahlt worden ist, so ist er für seine Forderung befriedigt. Dieser Fall ist zwar nicht gegeben, es handelt sich aber darum, ob der Beklagte zu 1 sich so behandeln lassen muss, wie wenn die Zahlung vor dem Stichtag erfolgt wäre. Dann wäre eine Ablehnung der Zahlung nicht in Betracht gekommen.

Gegen die Berechnung des Betrages, von dessen Zahlung das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus die Löschung der Hypothek abhängig gemacht hat, sind Bedenken nicht zu erheben.

Da die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde, war diesem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Tasche

Bundesrichter Schuster ist durch Urlaubsabwesenheit verhindert zu unterschreiben.

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Tasche

Dr. Dorschel