

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72666 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 25 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{4}$ Seite M. 325.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 170.—, $\frac{3}{4}$ Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikolaiplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maackenstr. 27 erbeten.

Zur Frage der steuerlichen Behandlung des Hypothekendamnums.

Von Bankdirektor Dr. Max Unger, Berlin.

Fleck (JW. 1929, 2967) bespricht eine Entscheidung des RFG., die sich auf die Frage bezieht, in welchem Jahre ein Steuerpflichtiger das bei Aufnahme einer Hypothek von ihm bewilligte Damnum vom steuerpflichtigen Einkommen abziehen darf. In der Erörterung findet sich die Behauptung, daß bei Darlehen von Hypothekendarstellern der Schuldner die ihm übergebenen Pfandbriefe übungsgemäß zu einem bestimmten Kurse zurückgebe. Es muß demgegenüber festgestellt werden, daß eine solche Übung nicht existiert, vielmehr bei allen Hypothekendarstellern eine entgegengesetzte Praxis eingeschlagen wird:

Nach § 14 HypVG. sind die hypothekarischen Darlehen grundsätzlich in Geld auszuführen. Unter besonderen Voraussetzungen, die in § 14 Abs. 2 aufgeführt sind, darf ausnahmsweise die Gewährung der Darlehensvaluta in Pfandbriefen geschehen. Das letztere System hat bei landschaftlichen und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Bodenkreditinstituten die Regel gebildet, teils auch in der Form, daß das Kreditinstitut für Rechnung des Darlehensnehmers die ihm gewährten Pfandbriefe verkaufte. Dieses System ist unschädlich gewesen, solange es im Rahmen derjenigen Beleihungen allein angewendet wurde, die von Landschaften und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Bodenkreditinstituten gewährt wurden. Eine Ausdehnung auf den Geschäftskreis der Hypothekendarsteller hingegen hätte als notwendige wirtschaftliche Folge sozusagen eine „Pfandbriefinflation“ herbeigeführt, selbst dann, wenn zur möglichsten Bekämpfung eines Kursdruckes Ausbedungen wurde, daß der Darlehensnehmer die Pfandbriefe nicht selbst veräußern, sondern dies der emittierenden Bank überlassen mußte. Denn es wäre dann für den Umfang der Ausleihungen nicht maßgebend gewesen das Bedürfnis der Anlegung von Kapital in Pfandbriefen, sondern umgekehrt, das Kreditbedürfnis ohne Rücksicht auf das zur Anlegung bereite Sparkapital. Dem Kursdruck des nach Unterbringung suchenden Pfandbriefmaterials hätten die Hypothekendarsteller niemals standhalten können, wenn sie die Auszahlung der Darlehen, sei es unmittelbar, sei es mittelbar in Pfandbriefen vorgenommen hätten. Die Verquickung von Darlehensgeschäft und Pfandbriefabsatz ist als schädlich von den Hypothekendarstellern schon längst vor dem Kriege erkannt worden und auch nach der Inflation aus diesem Grunde vermieden worden. Der Versuch einzelner Hypothekendarsteller in Zeiten schwachen Pfandbriefabsatzes diesen künstlich durch die Gewährung von Darlehen in Pfandbriefen zu steigern, hat die Richtigkeit der vorstehenden Erwägungen nur wieder er-

wiesen und dazu geführt, daß unter den Hypothekendarstellern im Rahmen ihrer Organisation eine für alle Hypothekendarsteller bindende Vereinbarung getroffen worden ist, durch welche den Hypothekendarstellern jegliche Form eines Geschäftes verboten ist, durch welche direkt oder indirekt den Darlehensnehmern an Stelle baren Geldes Emissionspapiere geliefert oder für deren Rechnung irgendwie verwertet würden, selbst dann, wenn formaliter ein Dritter als Abnehmer der Pfandbriefe in Erscheinung tritt.

Bei den Hypothekendarstellern wird daher die Auszahlung der Darlehensvaluta nur in barem Gelde nach Maßgabe der vereinbarungsgemäß festgelegten Darlehenssumme geleistet. Hierbei wird dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, einen bestimmten, meist prozentual von der Darlehenssumme berechneten Abzug zu gestatten, der bestimmt ist, eine Provision für den Abschluß des Geschäftes und die entstehenden Unkosten zu decken. Zu diesen Unkosten rechnet insbesondere der für die auszugebenden Pfandbriefe zu verwendende Reichsstempel, der gleichzeitig den Stempel für die Hypothekendarstellung ersetzt, und der der Hypothekendarsteller entfallende Disagioverlust beim Verkauf ihrer Pfandbriefe an das anlagensuchende Publikum. Dieser Abzug stellt sich also als ein Damnum dar, das mit dem Pfandbriefverkauf rechtlich nichts und wirtschaftlich nur insofern etwas zu tun hat, als die Hypothekendarsteller bei der Berechnung dieses Abzuges den Pfandbriefkurs einer kaufmännischen Kalkulation neben anderen Faktoren mit zugrunde legt. Das Risiko der richtigen Einschätzung des Pfandbriefkurses ist danach nicht mehr Sache des Darlehensnehmers, sondern der Hypothekendarsteller. Der Schuldner wird damit auch nicht etwa mittelbar oder unmittelbar in irgendeiner Form zum „Erwerber“ von Pfandbriefen, was für die Frage der Börsenumsatzsteuer von Bedeutung ist; Erwerber der Pfandbriefe wird vielmehr nur derjenige Kunde, der die Pfandbriefe gänzlich unabhängig von einem Darlehensgeschäft zur Anlage bezieht.

Hieraus folgt für die steuerliche Behandlung auf Seiten der Hypothekendarsteller folgendes:

Die Bank setzt die Hypothek mit ihrem Parivert unter die Aktiven ihrer Bilanz und erhält somit als Steuerpflichtige Einnahme den gesamten Unterschied zwischen dem Auszahlungsbetrage und dem Nominalbetrage in demjenigen Jahre, in welchem die Hypothek zur Auszahlung gelangt. Bei dem Pfandbriefgeschäft hingegen setzt sie die ausgegebenen Pfandbriefe mit ihrem Nominalbetrage als Passivum ein, woraus sich ergibt, daß die Gewinn- und Verlustrechnung

belastet wird mit dem Unterschiede zwischen diesem Nominalbetrage und dem erzielten Preise beim Verkauf der Pfandbriefe. Es kann also eine Verteilung des Damnums auf der Gläubigerseite in Ansehung der Körperschaftsteuer auf Seiten der Hypothekenbank nicht in Frage kommen, da die Vorschriften des HypVG. über die Hypothekendeckung der Pfandbriefe jede andere Art der Bilanzierung ausschließen. Ebenjowenig kann dementsprechend der Disagioverlust aus dem Verkauf der Pfandbriefe für die Berechnung der Körperschaftsteuer verteilt werden. Dagegen ist umgekehrt ein Agiogewinn bei einem Verkauf der Pfandbriefe über pari gemäß der positiven Vorschrift des § 26 HypVG., soweit der Pfandbriefkurs 101% übersteigt, auf diejenigen Jahre zu verteilen, für die eine Rückzahlung der Pfandbriefe ausgeschlossen ist (zur Zeit in der Regel fünf Jahre). Diese für die Aufstellung der Handelsbilanz zu beachtende Vorschrift gilt demgemäß auch für die Steuerbilanz, die ja nur eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende richtige Handelsbilanz ist.

Diese Grundsätze, die nur für Hypothekenbanken nach der Eigenart ihres Geschäftes gelten, gestatten keine Rückschlüsse auf die Besteuerung des Hypothekenschuldners, vielmehr sind bei diesem die steuerlichen Verhältnisse so zu berücksichtigen, wie sich dies aus der Eigenart seiner Besteuerung ergibt, also je nachdem es sich um einen einkommensteuerpflichtigen Privatmann oder einen einkommensteuer- oder Körperschaftsteuerpflichtigen Betriebsinhaber mit oder ohne Buchführungspflicht handelt.

Ist die Hypothek nur aufgenommen für Privat Zwecke, so dürfte die Entscheidung des RFG. richtig sein, daß das Damnum erst in demjenigen Jahre vom Einkommen abgezogen werden darf, in welchem die Rückzahlung der Hypothek mit einem Betrage erfolgt, der höher ist als das, was als Darlehensvaluta dem Steuerpflichtigen zugeflossen ist. Nicht unbedingt notwendig besteht dabei der Rückzahlungsbetrag im Nominalbetrage der Hypothek; er kann höher sein

infolge der Vereinbarung, daß bei vorzeitiger Rückzahlung der Hypothek ein besonderes Entgelt an die Hypothekenbank zu entrichten ist; er kann auch niedriger sein, wenn die Hypothekenbank sich bereit findet, an Stelle baren Geldes Pfandbriefe zum Nominalbetrage entgegenzunehmen, die der Schuldner unter dem Parikurse hat erwerben können. Ist dagegen das Darlehen aufgenommen für einen kaufmännischen oder landwirtschaftlichen oder sonstigen Betrieb, in welchem bilanzmäßig das verpfändete Grundstück als Aktivum und die Hypothek als Passivum erscheint, so ergibt sich aus dem Umstand, daß das Passivum, mit dem Nominalbetrage eingesetzt, größer ist als die in die Kasse des Betriebes geflossene Darlehensvaluta, der Schluß, daß ein steuerlich zu beachtender Verlust bereits in denjenigen Jahren eingetreten ist, in welchem die Hypothek aufgenommen ist. Man wird das letztere nicht nur auf die buchführenden Betriebe beschränken dürfen, bei denen der Steuerberechnung der Bestandsvergleich zugrunde zu legen ist, sondern auch auf andere Betriebe ausdehnen müssen, allerdings dann mit der Maßgabe, daß der Beweis für die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen besonders geführt wird.

Wenn und insoweit hiernach der Schuldner berechtigt ist, das Damnum bereits im Zeitpunkte der Aufnahme der Hypothek vom steuerpflichtigen Einkommen abzusetzen, wird man ihm auch die Verteilung dieses Abzuges auf die Dauer der Laufzeit der Hypothek gestatten müssen, wenn er das Damnum als Mehrzins in seiner Betriebsrechnung behandeln will. Dieses Verteilungsrecht ist jedoch vom RFG. in dem Urte. v. 1. Mai 1929 mit Recht abgelehnt für den Fall, in welchem der Schuldner das Darlehen für Privat Zwecke aufgenommen hatte und daher sein Einkommen durch die Erlangung einer Darlehenssumme unter gleichzeitiger Eingehung einer zahlenmäßig höheren Schuld erst dann berührt wird, wenn er diese Schuld bezahlt oder wenigstens fälligkeitsmäßig bezahlen muß.

Kleinere Aufsätze.

Verkehr mit dem Grundbuchamt.

Für den Verkehr mit dem GBA. dürfen zur Vermeidung von zeitraubenden Rückgaben und Beanstandungen und Schadensverursachung folgende Punkte hervorgehoben werden:

1. Beantragt ein N. eine Eintragung auf Grund einer gerichtlichen Entsch., die nicht vom AG. erlassen ist, z. B. eine Eintragung nach §§ 894, 895 ZPO., einen Widerspruch oder eine Vormerkung auf Grund einer EinstwVerf., eine Zwangs- oder Arresthypothek, so muß er Vollmacht vorlegen, weil das Gericht, das die Entsch. erlassen hat, zur Prüfung der Vollmacht von Amts wegen nicht verpflichtet gewesen ist; dasselbe gilt, wenn eine Eintragung auf Grund eines Prozeßvergleichs erfolgen soll, der nicht vor dem AG. geschlossen ist.

2. In Entsch. und Prozeßvergleichen sind Selbstbeträge bisweilen, namentlich wenn alte Formblätter verwendet sind, in „Mark“ angegeben. Wenn auch regelmäßig darunter „Reichsmark“ zu verstehen sein werden, so daß im Grundbuch ohne weiteres Reichsmark eingetragen werden können, so empfiehlt sich doch die Beobachtung des § 28 Satz 2 GBD.: „Einzutragende Geldbeträge sind in Reichsmährung anzugeben“ (vgl. MünzG. v. 30. Jan. 1924: RW. II, 254), zumal zur Zeit die Eintragungen in „Goldmark“ noch sehr häufig sind und der Wille der Parteien möglicherweise auf Eintragung in Goldmark gerichtet ist. Für Goldmarkforderungen können nur Goldmarkhypotheken, für Reichsmarkforderungen nur Reichsmarkhypotheken eingetragen werden (vgl. RG. v. 28. April 1927: DRZ. Ziff. 907).

3. Wird eine Eintragung in einem bay. Grundbuche beantragt, und hat der Antragsteller seinen Wohnsitz außerhalb Bayerns, so ist die Eintragung von der vorherigen Einzahlung der Eintragungsgebühren abhängig. In nichtbay. Ländern wird entsprechend dasselbe gelten.

4. Bei Hypotheken, die in Prozeßvergleichen bewilligt werden, ist häufig nur schlechthin die Eintragung einer „Hypothek“ bewilligt; hier kann nur eine Briefhypothek eingetragen werden, obwohl vielleicht die Beteiligten an eine Hypothek ohne Brief oder eine Sicherungshypothek dachten. Es ist deshalb jeweils die Art der Hypothek genau zu bezeichnen. Durch die Ausstellung des Briefes entstehen besondere Kosten.

5. „Zinsen zum jeweiligen Reichsbankdiskont“ oder wie die Wechselurteile meist lauten: „...% über Reichsbankdiskont“,

können, weil die Belastung nicht bestimmt bezeichnet ist, nicht eingetragen werden. Es muß ein Höchstfuß angegeben werden.

6. Wenn eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek für Bauforderungen auf dem Baugrundstück eingetragen ist (§ 648 BGB.) und diese Vormerkung in eine Hypothek umgeschrieben werden soll, so muß der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil vorlegen, wonach der Schuldner zur Einräumung der Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verurteilt ist. Der Gläubiger muß also auf Einräumung der Sicherungshypothek an dem Baugrundstück klagen, nicht auf Bezahlung. Auf Grund eines auf Bezahlung lautenden Urteils kann die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek nicht erfolgen. Soll die Vormerkung auf mehrere Grundstücke eingetragen werden, so kommt die Verteilung nach § 867 Abs. 2 ZPO. nicht in Betracht (s. Ziff. 7).

7. Eine Sicherungshypothek und eine Arresthypothek, die immer Höchsthypothek ist, kann nur eingetragen werden, wenn der Schuldbetrag 500 RM übersteigt (§ 866 Abs. 3 ZPO.). Für Feingoldhypotheken gilt diese Beschränkung nicht. Über Einzelheiten bezüglich des Erfordernisses des Betrags über 500 RM (Zusammenrechnung mehrerer Titel, Prozeßkosten usw. s. RG. 48, 243; 61, 430 und RG. v. 7. Febr. 1929: ZB. 1929, 1666). Eine Zwangs- oder Arresthypothek kann nicht als Gesamthypothek, d. h. mitbelastungsweise auf mehreren Grundstücken = Pl. Nr. eingetragen werden. Sollen mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Hypothek belastet werden, so ist der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen; die Größe der Teile bestimmt der Gläubiger in formloser Erklärung (§ 867 II ZPO.). Ein einzelner Teil kann unter 500 RM sein. Sind auf diese Weise schon mehrere einzelne Zwangshypotheken auf mehreren Grundstücken eingetragen und will der Gläubiger die Eintragung einer Zwangshypothek wegen der gleichen Forderung auf einem weiteren Grundstück des Schuldners, etwa weil ihm diese Haftung besser erscheint, sowie dementsprechend die Löschung einer der schon eingetragenen Einzelhypotheken beantragen, so bedarf er zu dieser Löschung der Zustimmung des Grundstückseigentümers in der Form des § 29 GBD., da § 27 I GBD. für alle Fälle der Aufhebung einer Hypothek (§ 1183 BGB.) ausnahmslos gilt. Die Verteilung nach § 867 Abs. 2 ZPO. dagegen kommt nicht in Betracht, wenn auf Grund einer EinstwVerf. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek auf mehrere Grundstücke

können. Es widerspricht einer den Denkgesetzen folgenden Auffassung vom „gutgläubigen Erwerb“, wenn der Erwerber, falls er das Grundbuch vor seinem Erwerb eingesehen hätte, gerade die für ihn ungünstige Eintragung gesehen haben würde. Man kann an den Fall denken, daß der an sich nicht bösgläubige Erwerber nach Einreichung seines Antrags nochmals Einsicht nehmen will, um gegebenenfalls seinen Antrag zurückzuziehen, ihn aber nun nach Erkenntnis der ihm günstigen Sachlage bestehen läßt. Oder umgekehrt, der Erwerber sieht das Grundbuch unmittelbar vor der Eintragung ein und stellt so den ihm ungünstigen Eintrag fest, welcher alsdann im Augenblick seiner Eintragung mitgelöscht wird. Wenn hier der Erwerber infolge seiner Einsicht ins Grundbuch „bösgläubig“ wird, so steht es nicht damit in Einklang, wenn man umgekehrt seinen gutgläubigen Erwerb deshalb annehmen will, weil das eingetragene, ihm aber unbekanntes Recht zu Unrecht im Augenblick seiner Eintragung gelöscht wird. Oder will man etwa den durch Einsichtnahme erworbenen bösen Glauben durch die gleichzeitig mit seinem Erwerb eintretende Löschung, an deren Rechtmäßigkeit der Erwerber glauben mag, als beseitigt ansehen?

Der Erwerber muß also, um im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs, entgegen der wahren Rechtslage, erwerben zu können, zum mindesten theoretisch den ihm günstigen Inhalt schon vor seiner Eintragung haben ersehen können. Denn das Gesetz sagt: Zugunsten desjenigen . . . gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Ein Inhalt ist aber in diesem Sinne nur denkbar, wenn er schon vor dem Erwerb bestanden hat. Es setzt somit die Anwendung des § 892 BGB. begrifflich voraus, daß das Grundbuch sich in irgendeiner, wenn auch noch so kurzen Zeitspanne im Zustand der Unrichtigkeit befunden hat, und daß dieser Zustand infolge eines gutgläubigen Erwerbs materiell richtig wird.

Zu einer anderen Ansicht kann man nur kommen, wenn man überhaupt das Vertrauen auf die grundbuchliche Eintragung als solche maßgebend ansehen wollte. Dann würden aber auch wesentlich bei der Eintragung gelöschte oder beim Eigentumswechsel von einem Grundbuchblatt auf das andere nicht mitübertragene Rechte erlöschen³⁾. Das kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein, vielmehr ist die grundbuchliche Eintragung nach § 892 BGB. nicht maßgebend, sondern der bis zu der Eintragung bestehende bisherige Inhalt des Grundbuchs. Die Bestimmung, daß der Inhalt als richtig gilt, ist die folgerichtige Ausgestaltung der Rechtsvermutung des § 891 BGB. Ist ein Recht eingetragen oder gelöscht, so gilt dies zugunsten des Eingetragenen bis zum Beweis des Gegenteils als richtig. Erwirbt jemand auf Grund dieser grundbuchlich bestehenden Sachlage ein Recht, so vermindert sich in seiner Hand die widerlegliche Vermutung in einen den Gegenbeweis ausschließenden Rechtsverwerb. Bei einer Sachlage, wie sie der reichsgerichtlichen Entsch. zugrunde lag, wird meist die Löschung zunächst und alsdann die Eintragung des neuen Eigentümers vorgenommen werden. Viel klarer zeigt die Unhaltbarkeit folgender Fall: Ein Grundstücksbesitzer hatte in einem für ihn an unrichtiger Stelle gem. § 7 AufwG. eingetragenen Rangvorbehalt für sich eine Grundschuld und zugleich die Umwandlung in eine Hypothek und die Abtretung derselben an einen Darlehensgläubiger bewilligt. Die sämtlichen Eintragungen waren vom Grundbuchführer in einer Eintragung erlebt worden. Die Ansicht des RG. würde nun dazu führen, daß der Hypothekengläubiger die Hypothek mit dem unrichtigen Rang der gleichzeitig eingetragenen Grundschuld gutgläubig erworben hätte, obgleich vor seinem Erwerb nur der den Schutz des guten Glaubens nicht genießende Rangvorbehalt eingetragen war. Eine Grundschuld hätte überhaupt selbständig nicht bestanden; und trotzdem soll ihr Rang von dem Gläubiger gutgläubig erworben werden können? Man könnte bei diesem Fall — allerdings in einer etwas zweifelhaften Umdeutung des formalen, grundbuchrechtlichen Vorgangs — auch eine unmittelbare Hypothekenbewilligung in den Rangvorbehalt annehmen. Diese würde dann des Ranges des Rangvorbehalts auch bei Anwendung des § 892 BGB. nicht teilhaftig werden können (RG.: DRZ. 1929 Nr. 653). Immerhin zeigt auch dieser Fall, daß gleichzeitige Eintragungen nicht die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB. begründen können.

DRM. Dr. Brandis, Frankfurt a. M.

Die Gefahren des Gesetzes zur Vereinfachung der Grundbücher bezüglich der Eigentümerbefugnis.

Der Entwurf eines Gesetzes über die Vereinfachung der Grundbücher (AufwMpr. 1929 Nr. 31/32 Weil.) sieht in § 18 folgende Bestimmung vor:

Ergibt sich aus dem Grundbuch, daß die Befugnis des Eigentümers auch gegenüber den nach Inkrafttreten des AufwG. eingetragenen oder noch einzutragenden Rechten Wirkung erhalten

solle (absolute Wirkung der Rangbefugnis), oder ist ein Recht mit diesem Range auf Grund der Befugnis im Grundbuch eingetragen, so hat es hierbei sein Bewenden, es sei denn, daß zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein Widerspruch zugunsten der relativen Wirkung der Rangbefugnis (§ 17) eingetragen ist.

Es steht zu befürchten, daß dieser Paragraph, falls er nicht noch in letzter Stunde geändert werden sollte, ebenso wie so manche Paragraphen des AufwG., Anlaß zu erneuten Unklarheiten und Prozessen bieten wird.

Die Unterschiede zwischen der absoluten Theorie des RG. und der relativen Theorie des RG. (Beschl. v. 7. Juli 1927) dürfen als bekannt vorausgesetzt werden. Die Gefahren, die der erwähnte § 18 in sich birgt, sind aber wohl noch nicht zur Genüge bekannt. Der § 18 spricht unter anderem von dem Fall, daß die Befugnis des Eigentümers bereits ausgenutzt, und entsprechend der früheren preussischen Praxis eine Befugnispost mit absolutem Range eingetragen worden ist. Dann soll es dabei sein Bewenden haben, es sei denn, daß ein Amtswiderspruch gegen den falschen Rang und zugunsten der benachteiligten Zwischenrechte (der Entwurf sagt etwas indifferent: zugunsten der relativen Wirkung) eingetragen ist. Dieser Fall ist klar, und wird in Preußen kaum noch praktisch werden, da in den weitaus meisten Fällen die Grundbücher durchgesehen und Amtswidersprüche, soweit erforderlich, eingetragen sind. Bekanntlich wurden beim RG. Berlin-Mitte seinerzeit zu diesem Zweck besondere Suchrichter beschäftigt. Der § 18 trifft aber noch einen weiteren Fall, nämlich den, daß bisher lediglich die Eigentümerbefugnis als solche, jedoch mit absolutem Range, eingetragen worden ist, ohne daß bisher die Befugnis ausgenutzt wäre (vgl. die amtliche Begründung zum Entwurf: Betroffen ist aber auch der Fall, daß an der vorbehaltenen Rangstelle noch kein Recht, aber bereits ein neues Recht mit dem Range nach der Befugnis eingetragen worden ist).

Auch hier soll die absolute Wirkung sanktioniert werden, wenn sich aus dem Grundbuch ergibt, daß die Befugnis auch gegenüber den nach dem 15. Juli 1925 eingetragenen wertbeständigen Rechten (Zwischenrechten) Wirkung erhalten sollte. Diese absolute Wirkung ist einer Befugnis unbedingt beigelegt, bei der solche Zwischenrechte ausdrücklich als nachgehende Rechte vermerkt sind.

Zweifelhaft erscheint dies jedoch bei den Befugnisintragungen, bei denen die nachgehenden Rechte nicht nummermäßig bezeichnet, sondern in Anlehnung an den Wortlaut des § 7 AufwG. lediglich mit dem Sammelbegriff „nachgehende Rechte“ bezeichnet sind. Derartige Befugnisintragungen sind besonders in Berlin sehr häufig zur Eintragung gelangt, bis das RG. entschied, daß derartige Eintragungen wegen mangelnder Bestimmtheit als inhaltlich unzulässig anzusehen sind. Das würde natürlich eine Sanktionierung derartiger Befugnisse durch das neue Gesetz keineswegs hindern. Nach dem Wortlaut des § 18 muß man in der Tat annehmen, daß er auch solchen Befugnisintragungen die absolute Wirkung erhalten will. Denn, da alle nach dem ersten aufgewerteten Recht eingetragenen Rechte diesem nachgehen, sind auch alle diese Rechte, gleichgültig, wann sie eingetragen sind, nachgehende Rechte i. S. der absoluten Theorie.

Der § 18 will nun diese absolute Wirkung sanktionieren, es sei denn, daß ein Widerspruch zugunsten der relativen Wirkung eingetragen steht. Hier übersieht der Gesetzgeber, und darin liegt die Gefahr des neuen Gesetzes, daß wohl gegen den falschen Rang einer in die Befugnis eingerückten Post, nicht aber gegen die Befugnis als solche, ein Amtswiderspruch eingetragen werden kann! Diese Lücke im Gesetz erklärt sich wohl daraus, daß der § 18 des Entwurfs aus einem Gutachten des vorläufigen Reichswirtschaftsrats fast wörtlich übernommen ist, in welchem letzterem übrigens auch der Vorschlag gemacht worden war, die Befugnis für pfändbar zu erklären.

Die Folge des § 18 wäre also, daß derjenige Eigentümer, dessen Befugnis mit absoluter Wirkung eingetragen steht, aber noch nicht ausgenutzt ist, noch bis zum 31. März 1930 (§ 15 des Entwurfs) seine Befugnis mit absoluter Wirkung ausüben kann, ohne daß die davon betroffenen Zwischengläubiger etwas dagegen einwenden oder durch Eintragung eines Amtswiderspruchs geschützt werden könnten. Ein sehr unerfreuliches Ergebnis, das nur dadurch beseitigt werden könnte, daß dem § 18 folgende Fassung zu geben wäre:

Ist ein Recht mit dem Range auch vor den nach Inkrafttreten des AufwG. eingetragenen oder noch einzutragenden Rechten eingetragen (absolute Wirkung), so behält es hierbei sein Bewenden, es sei denn, daß zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein Widerspruch zugunsten der Gläubiger der benachteiligten Zwischenrechte eingetragen ist.

Videant creditores . . .!

GerMf. Dr. Seibert, Berlin.

Der Auftrag zur stillen Stellvertretung beim Grundstückserwerb und § 313.

1. „Es ist ein in der Mpr. und dem Schrifttum nunmehr völlig anerkannter Satz: Die Verpflichtung eines Geschäftsr-

³⁾ Vgl. § 47 BGB. Abs. 2 Die Nichtübertragung gilt auch dann als Löschung, wenn die Übertragung nur vergessen wurde. Die Beeinträchtigten haben alsdann den Berichtigungsanspruch nach § 894. Dieser versagt jedoch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber.

besorgers . . . zur Übereignung eines Grundstücks unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313 BGB. Diese Formvorschrift trifft nur den Akt der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung" (Hoeniger: JW. 1926, 2571⁵). Die Pflicht zur Übereignung an den Auftraggeber beruht auf § 667 BGB. „mag auch bei dem Abschluß des Vertrages über diese sich aus dem Gesetz ergebende Pflicht eine sie bestätigende Vereinbarung getroffen sein" (Warn. 1920 Nr. 189). Die entgegengesetzte Ansicht (JW. 1911, 580; RG. 77, 130 = JW. 1912, 33) ist vom RG. aufgegeben (außer Warn. 1920 Nr. 189; 1925 Nr. 99; JW. 1925, 1760; 1926, 2571 im Anschluß an RG. 54, 76). Gut (JW. 1929, 712) erachtet die Begründung vom RG. 54, 76 und mit ihr die herrschende Meinung in jeder Hinsicht für unhaltbar und erklärt es für dringend erwünscht, wenn möglichst bald dem RG. Gelegenheit zur Nachprüfung seiner Auffassung gegeben würde.

Die herrschende Meinung ist richtig, die Widerlegungsversuche in JW. 1929, 711/12 müssen aus folgenden Gründen erfolglos bleiben:

2. a) Das RG. erklärt die Übereignung seitens des Beauftragten an den Auftraggeber für unwesentlich, G. begründet ihre Wesentlichkeit. G. unterscheidet nicht zwischen: „juristisch wesentlich für den Vertrag" — das versteht das RG. unter „wesentlich" — und „wirtschaftlich wesentlich für den Auftraggeber" — das erörtert G.

Wirtschaftlich wesentlich für den Auftraggeber ist der durch die Auftragserteilung erstrebte Erfolg. Juristisch wesentlich für den Vertrag ist lediglich die Verpflichtung, daß der Beauftragte das Eigentum erwerbe; denn hat der Beauftragte das Eigentum erworben, so führt § 667 den für den Auftraggeber wirtschaftlich wesentlichen Erfolg herbei.

Ob der formfreie Vertrag gültig ist, richtet sich nicht nach dem wirtschaftlichen Zweck — dieser ist auch für die jetzt aufgegebene Ansicht bedeutungslos gewesen (JW. 1911, 581) —, sondern danach, welcher Form die Verpflichtung bedarf, die für den Vertrag juristisch wesentlich ist. Da das nur die Verpflichtung zum Erwerb ist und diese Verpflichtung — wie auch G. zugibt — formfrei begründet werden kann, so ist der Vertrag formfrei gültig.

b) Daß eine auf Gesetz beruhende Verpflichtung, die in den Vertrag aufgenommen ist, nicht als gesetzliche, sondern nur als vertragliche Pflicht erzwungen werden könne, ist eine von G. ohne jeden Begründungsversuch aufgestellte Behauptung. Erzwungen kann eine durch ein Gesetz begründete Verpflichtung dann nicht werden, wenn sie aufgehoben ist. Erstes Erfordernis der Aufhebung einer gesetzlichen Verpflichtung durch Vertrag ist der Aufhebungswille der Parteien. Wenn die Parteien etwas der gesetzlichen Verpflichtung genau konformes vereinbaren, so bestehen zwei Möglichkeiten. Entweder kennen sie die gesetzliche Pflicht, dann bekräftigen sie sie ausdrücklich — das gleiche gilt, wenn sie nur mit ihrer Existenz rechnen —, oder sie kennen sie nicht, dann können sie auch nicht den Willen haben, sie aufzuheben. Nach RG. 54, 79 schafft eine der gesetzlichen Verpflichtung konforme Vertragsbestimmung nicht einmal einen selbständigen Verpflichtungsgrund.

c) Auch das Argument G.s, es gebe auch Aufträge mit Erwerbsverpflichtung ohne Übertragungsverpflichtung, versagt. Die Pflicht zur Herausgabe, also zur Eigentumsübertragung, ist dem Auftrag so wesentlich, daß ein Vertrag, durch den A. dem B. gegenüber verpflichtet wird, eine Sache zu erwerben, aber das Recht erhält, die Sache definitiv zu behalten, kein Auftragsvertrag ist, sondern ein gemischter Vertrag. Das dem Auftrag wesensfremde Recht, die Sache zu behalten, kann nämlich dadurch begründet werden, daß B. entweder sein durch den Auftrag, die Sache zu erwerben, entstandenes Herausgaberecht an A. verschenkt (§ 517), tauscht (vgl. unten) oder es dem A. verkauft, wobei gegen die Kaufpreisforderung des B. mit der Forderung des A. auf Erstattung des von A. für den Erwerb der Sache bezahlten Betrages (§ 670; RG. 95, 53) ganz oder teilweise aufgerechnet werden kann. Soll B. die Sache nur auf Zeit behalten, so ist die Erfüllung der Herausgabepflicht lediglich hinausgeschoben (Warn. 1925 Nr. 99).

Wenn übrigens in dem Fall, den G. anführt, „daß jemand ein Interesse daran hat, daß ein zum Verkauf stehendes Haus nicht in die Hand der Konkurrenz gelangt, daß er aber selbst niemals in die Lage kommen kann, es für sich selbst zu erwerben", der Grund für den Nichterwerb in mangelnden Geldmitteln des Auftraggebers liegt, so wird er wohl kaum praktisch werden, denn der Kaufpreis muß der Auftraggeber auf Grund des § 670 an den Beauftragten bezahlen, und zwar gem. § 669 sogar bevor der Beauftragte das Haus kauft. Soll aber der Kaufpreis von B. an den „beauftragten" A. nicht bezahlt werden, so wird man entweder das Geschäft überhaupt nicht mehr als Auftrag charakterisieren können, vielmehr als Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages, für den die Absicht des B., das Grundstück der Konkurrenz zu entziehen, Motiv war, oder als einen aus Auftrag und Tausch gemischten Vertrag, durch den die Parteien die Herausgabeforderung des B. an A. gegen die Erstattungsforderung des A. an B. austauschen und für den bei A.

das Motiv sein kann, dem B. gefällig zu sein, bei B. das Motiv ist, der Konkurrenz zu schaden.

Der Auftragsvertrag als solcher enthält immer die Herausgabepflicht.

d) Die Ansicht des RG., die Übertragungsverpflichtung folge aus § 667, will G. mit der Deduktion widerlegen, das RG. übersehe vollständig, daß § 667 einen gültigen Auftragsvertrag voraussetze; bedürfe nämlich die Übertragungsverpflichtung als wesentlicher Bestandteil der Form des § 313, so sei der ganze Vertrag gem. § 139 — die Erwähnung des § 123 beruht wohl auf einem Schreibfehler — bei Nichtwahrung der Form nichtig.

Entweder hat G. hier seinerseits die Ansicht des RG. über die Unwesentlichkeit der Übertragungsverpflichtung übersehen, denn eine Nichtigkeit gem. § 139 könnte das RG. doch nur dann übersehen haben, wenn es die Übertragungsverpflichtung als eine für den Vertrag juristisch wesentliche Verpflichtung, die der Beurkundung bedarf, erachten würde, was das RG. ja aber gerade nicht tut; oder die Deduktion G.s ist lediglich eine *petitio principii*, denn man kann die Wesentlichkeit und deshalb das Formbedürfnis eines bestimmten Teiles eines Vertrages nicht mit dem ja gerade erst zu beweisenden Satz begründen, dieser bestimmte Vertragsteil bedürfe der Form, mangels der Form sei dieser Teil, also gem. § 139 der ganze Vertrag, nichtig.

e) Der Hinweis, daß der Erwerb im Wege der stillen Stellvertretung nichts an dem Erfordernis des § 313 ändere, ergibt nichts für die Streitfrage, die ja nur bei der stillen Stellvertretung auftritt; denn bei offener Stellvertretung wird der Auftraggeber, nicht der Beauftragte, Eigentümer, es kommt also eine Eigentumsübertragung vom Beauftragten auf den Auftraggeber nicht in Frage, so daß bei offener Stellvertretung für die Streitfrage kein Raum ist.

3. Die Richtigkeit der herrschenden Meinung läßt sich kontrollieren durch den dem § 313 zugrunde liegenden Rechtsgedanken: Der Grundstücksverkäufer soll durch das Formbedürfnis vor Übereilung geschützt werden. Wieso muß aber der Beauftragte vor der Übereilung geschützt werden, das auf Grund des erteilten Auftrages an sich beachtete an den Auftraggeber herauszugeben, also vor der „Übereilung", seine Verpflichtung zu erfüllen? Gibt B. dem A. Geld zwecks Erwerbes eines Grundstücks für B., und wünscht A. nach dem Erwerb des Grundstücks das gute Geschäft, das in dem Erwerb des Grundstücks liegt, selbst zu machen, so liegt das schutzwürdige Interesse, dem § 313 dienen soll, bei A. überhaupt nicht vor.

Zutreffend mißbilligt G. den im Schrifttum gemachten Unterschied zwischen „für Rechnung des Auftraggebers" und „für Rechnung des Beauftragten", weil das Schutzbedürfnis gegen Übereilung in beiden Fällen das gleiche sei. Er beachtet aber nicht, daß es in keinem Fall dieses Schutzes des Beauftragten gegen Übereilung in der Vertragserfüllung bedarf, und daß deshalb auch die ratio des § 313 nur zur Billigung der herrschenden Meinung führen kann, die auch das gewiß nicht unbefriedigende Ergebnis hat, daß der Auftrag zur stillen Stellvertretung beim Grundstückserwerb keinen anderen Formvorschriften unterliegt als der zur offenen Stellvertretung. RM. Dr. Hans Kahser, Berlin.

Fischereigenossenschaften.

BayObLG. v. 10. Jan. 1928: JW. 1928, 2470 beschäftigt sich mit dem Wesen der Fischereigenossenschaften bayrischen Rechts und kommt zu dem Ergebnis, daß diese Genossenschaften nur eine schuldrechtliche Bindung der Genossen gegenüber der Genossenschaft und den Mitgenossen zur Folge haben. Das ObLG. Breslau v. 29. Mai 1929, 3 U 76/28, bejaht die Frage, ob eine Fischereiwirtschaftsgenossenschaft Preussischen Rechts solchen Personen die Ausübung der Fischerei untersagen darf, die nicht Genossen sind und beim Verfahren der Genossenschaftsbildung nicht zugezogen waren, die aber ein eigenes Befähigungsrecht auf dem Genossenschaftsgebiet in Anspruch nehmen. Das ObLG. hält das Ausübungsverbot auch dann gerechtfertigt, wenn die auf Unterlassung in Anspruch Genommenen wirklich ein Befähigungsrecht haben. Eine eingehende Untersuchung der Berechtigung dieses Standpunktes unter Hervorhebung der Unterschiede zwischen bayrischen und preussischen Fischereigenossenschaften wird demnächst in der Ztschr. f. Agrar- u. Jagdrecht unter dem Titel „Fischereigenossenschaften und Fischereirecht" veröffentlicht. ObLG. Dr. Rudolph, Breslau.

Grunderwerbsteuer und Zwangsversteigerung.

Die Beschränkung über die immer unliebsamer empfundenen Auswirkungen des § 24 GrEwStG. wollen nicht zur Ruhe kommen. Dies ist für den Praktiker ohne weiteres begreiflich, zumal nicht nur der Grundbuchverkehr darunter zu leiden hat, sondern auch in das Zwangsversteigerungsverfahren schwerwiegend eingegriffen wird, wie Fälle der täglichen Praxis zeigen.

Wenn der Ersteher eines ihm zugeschlagenen Grundstücks ein Interesse daran hat, noch nicht als Eigentümer eingetragen zu werden,

braucht er nur die Zahlung der Grunderwerbsteuer hinauszuziehen und die ihm vom Grundbuchamt zur Weibringung der Bescheinigung nach § 24 GrErvStG. gefetzte Frist verstreichen zu lassen; das Grundbuchamt weist alsdann das bei ihm gemäß § 130 ZwVerfStG. eingegangene Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung des Ersteheres als Eigentümer des zugeschlagenen Grundstücks zurück, gleichzeitig aber auch das Ersuchen um Löschung des Zwangsversteigerungsvermerks und der durch den Zuschlag erloschenen Rechte, sowie dasjenige um Eintrag der Sicherungshypotheken für die im Zwangsversteigerungsverfahren übertragenen Forderungen gegen den Ersteher; denn es ist nur eine einheitliche Erledigung aller Einträge statthaft. Das Grundbuch bleibt also einstweilen unrichtig, weil § 24 GrErvStG. die Berichtigung vorliegend nicht zulässt.

Der Ersteher bringt aber außerdem jedem im Verteilungstermin, statt in bar, nur mit einer Forderungsübertragung befriedigten Gläubiger infolgedessen noch besonderen Nachteil, als er diesen des dinglichen Vollstreckungstitels aus § 132 ZwVerfStG. herab, da die Sicherungshypothek aus § 128 ZwVerfStG. ja nicht zum Eintrag kam und letztere erst mit dem Eintrag im Grundbuch entsteht; dem Gläubiger kann also nur ein persönlicher Titel erteilt werden, dessen er bedarf, um die „Wiederversteigerung“ zu betreiben; die letztere ist nun zwar nach § 133 ZwVerfStG., wie in das übrige Vermögen des Ersteheres, so auch in das zugeschlagnene Grundstück zulässig und „kann erfolgen, auch wenn der Ersteher noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist“ (vgl. auch Reinhard-Müller zu § 132 Anm. 2 Abs. 1).

Das Grundbuchamt darf zwar das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung des — neuen — Zwangsversteigerungsvermerks, obwohl er gegen einen anderen als den eingetragenen Grundstückseigentümer gerichtet ist, nicht ablehnen (§ 19 Abs. 1 ZwVerfStG.); allein es kann in die nach § 19 Abs. 2 ZwVerfStG. dem Vollstreckungsgericht zu erteilende beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes nur den unrichtigen alten Stand aufnehmen, da ja die Grundbuchberichtigung nicht zum Eintrag kam; eine solche Abschrift ist aber für das weitere Verfahren kaum verwendbar, denn diesem kann offenbar nur eine, die genannten Berichtigungen enthaltende, also den richtigen Stand darstellende Grundbuchblattabschrift als Grundlage dienen und nach § 36 Abs. 1 ZwVerfStG. „soll“ das Vollstreckungsgericht den Versteigerungstermin erst nach Eingang solcher Abschrift bestimmen. Nach Komm. von Jaekel-Gütke (6. Aufl.) zu § 133 ZwVerfStG. Anm. 16 Abs. 2, „wird man das Vollstreckungsgericht für befugt erachten müssen, die Ansetzung des Versteigerungstermins so lange auszusetzen, bis die Berichtigung stattgefunden hat und auf Grund dieser Berichtigung die Mitteilungen des Grundbuchamts eingegangen sind; nur so wird das Verfahren auf eine feste Grundlage gestellt und verhütet, daß zwischen diesem und dem vorausgegangenen Verfahren ein Widerspruch zutage tritt, an den das Gesetz offenbar nicht gedacht hat.“

Daß diese Ansicht nicht unbestritten ist, ergeben schon die von Jaekel-Gütke selbst ebenda angeführten gegenteiligen Meinungen (vgl. insbes. Reinhard-Müller zu § 133 Anm. 1 Ziff. d Abs. 2); vom Standpunkt der Bedürfnisse des praktischen Lebens ist die gegenteilige Meinung m. E. vorzuziehen; sie hat aber auch im Gesetz selbst eine wesentliche Stütze; denn dem Gläubiger steht nun einmal das Vollstreckungsrecht aus §§ 132, 133 ZwVerfStG. zu, und dieses kann ihm doch unmöglich dadurch geschmälert oder am Ende ganz illusorisch gemacht werden, daß ein übelwollender Ersteher in der Lage ist, durch Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer das Verfahren der Wiederversteigerung zu hintertreiben; dies würde nach Reinhard-Müller zu § 133 Anm. 1 Ziff. d Abs. 2 „auf eine unzulässige Einstellung des Verfahrens hinauslaufen“.

Das ZwVerfStG. ist das ältere Gesetz gegenüber dem GrErvStG., und wenn das erstere durch dieses beeinflusst werden wollte, so hätte der Gesetzgeber dies vorschreiben müssen; dies ist nicht geschehen, ob versehentlich oder mit Absicht, sei dahingestellt; vernünftig trifft ersteres zu. Jedenfalls sind die §§ 132, 133 ZwVerfStG. auch gegenüber dem § 24 GrErvStG. voll in Geltung; daraus aber entspringt ein in die tägliche Praxis empfindlich einschneidender Widerspruch, der auf die Dauer unhaltbar ist und dringend Abhilfe verlangt.

Einstweilen wird das Vollstreckungsgericht, um sich nicht auf die Seite eines möglicherweise dolos handelnden Schuldners stellen zu müssen und um Schädigungen der Gläubiger zu vermeiden, das weitere Verfahren ohne Rücksicht auf das unrichtige Grundbuch durchführen; die Gläubiger, welche sich, statt bar bezahlt zu werden, mit einer Forderungsübertragung begnügen müssen, sind ja ohnedies schon dadurch geschädigt, daß die übertragene Forderung nur mit 4% verzinslich ist, d. h. immer noch mit diesem aus längst vergangener Zeit stammenden „gesetzlichen“ Zinsfuß; zudem werden diese Gläubiger gezwungen sein, diese, nur persönlichen, Forderungen anzumelden, weil mangels Hypothekeneintragung, nicht aus dem Grundbuch ersichtlich; denn § 45 Abs. 1 ZwVerfStG. gilt auch für die Wiederversteigerung; der Rang dieser Forderungen ergibt sich aus dem Verteilungsplan und dem Protokoll über den Verteilungstermin des früheren Verfahrens (vgl. ebenso Jaekel-Gütke zu § 133 Anmerkung 16; a. M. Reinhard-Müller zu § 133 Anm. 1c; hiernach sind Gläubiger, welchen die Forderung nach § 118 übertragen

ist, so zu betrachten, wie wenn hierfür die Sicherungshypothek eingetragen wäre).

Man sieht also, welche schwerwirkende Beeinflussung des Zwangsversteigerungsverfahrens entsteht, wenn es ein Ersteher darauf anlegt, den § 24 GrErvStG. zum Schaden seiner Gläubiger auszunützen, und er kann sich noch darauf berufen, daß ihm die Finanzbehörde dabei behilflich ist bzw. nach der Vorschrift des § 24 GrErvStG. behilflich sein muß.

Dazu kommt, daß die Grundbuchführung erschwert und es dem Grundbuchamt unmöglich gemacht wird, das Grundbuch, welches doch ein öffentliches Buch ist, in welches jedermann Einsicht nehmen kann, mit der wirklichen Rechtslage in Übereinstimmung zu bringen, was doch für das Wirtschaftsleben außerordentlich wichtig ist; das Grundbuch bildet ja die Grundlage unseres Realcreditens. Dazu kommt ferner, daß die durch § 24 GrErvStG. erzwungene Erlassung der zur Weibringung der „Bescheinigung“ nötigen Zwischenverfügungen und ihre Überwachung wegen ihrer großen Zahl an sich schon für das Grundbuchamt eine sehr lästige und häufig unfruchtbar Mehrarbeit mit sich bringt; aber noch bedenkllicher gestaltet sich die durch die Zwischenverfügungen notwendige eintretende Verzögerung, wenn während des Laufes der gefetzten Fristen weitere Anträge bezüglich des in Betracht kommenden Grundstücks beim Grundbuchamt gestellt werden; es können dann sehr komplizierte „Fälle“ entstehen; sie werden häufig auch Anlaß zu Prozessen geben; und all' dies geht auf das Konto des wirklich verunglückten § 24 GrErvStG.; ihm wird aus rein fiskalischem Interesse eine geordnete Grundbuchführung zum Opfer gebracht, ohne Rücksicht darauf, daß mindestens ebenso wichtige wirtschaftliche und insbes. rechtliche Interessen verletzt werden; und schließlich kann § 24 GrErvStG. trotz aller Erschwerungen die Eintragung des Ersteheres, der im Wiederversteigerungsverfahren den Zuschlag erhält, im Grundbuch nicht hindern, wenn dieser für seinen Erwerb die GrErvSt. bezahlt; für die vom früheren Ersteher nicht bezahlte Steuerschuld ist er natürlich nicht haftbar (§ 20 Abs. 1 GrErvStG.); er muß also eingetragen werden, auch wenn der frühere Ersteher zuvor nicht eingetragen wird; das ist auch nicht nötig; denn so gut bei Vorliegen mehrerer Auflösungen nur der Letzte Erwerber einzutragen ist (vgl. Gütke-Triebel, Komm. zu § 40 GBD. Anm. 8aa), muß mindestens mit gleichem Recht der Letzte von mehreren Ersthern eingetragen werden; denn dieser bedarf ja zum Eigentumsenerwerb gar nicht des Grundbucheintrags.

Dazu kommt weiter, daß in sehr vielen Fällen (die Finanzämter könnten wohl darüber Auskunft geben) der Zweck des § 24 GrErvStG., die Steuer sicherzustellen und auch wirklich, insbes. vom säumigen, evtl. böswilligen Schuldner heizutreiben, nicht erreicht wird; zahlt der Steuerschuldner nicht und hat er kein sonstiges Vermögen, so kann sich das Finanzamt nach § 20 Abs. 1 GrErvStG. an den für die Steuer samtverbündlich haftbaren Veräußerer halten; zahlt dieser, so war das gegen den Käufer gemäß § 24 GrErvStG. ausgetübte Druckmittel gegenstandslos; zahlt der Veräußerer auch nicht und hat er außer dem, mangels Überschreibung im Grundbuch, noch ihm gehörigen vielleicht überlasteten Kaufgrundstück kein Vermögen, so hat eine Zwangsversteigerung kaum Erfolg, schon deshalb nicht, weil die GrErvSt. ja keine bevorrechtigte Forderung ist; sie würde, wenn nicht gerade zufällig eine Hypothek für sie bestellt ist (die oft genug wertlos sein wird, wenn an letzter Stelle stehend) im Rang hinter allen bevorrechtigten Ansprüchen aus dem Versteigerungserlös Befriedigung finden, wenn dieser Erlös überhaupt hierzu ausreicht; nach den Erfahrungen aus der täglichen Praxis ist dies häufig nicht der Fall.

Wir stehen also der im höchsten Grade unbefriedigenden Tatsache gegenüber, daß gemäß § 24 GrErvStG. häufig zwecklos in die Grundbuchführung unter Verletzung wichtiger Wirtschafts- u. Rechtsinteressen eingegriffen wird; und dies müßte nicht unbedingt der Fall sein; man bräuhete nur dem Grunderwerbsteuerauspruch durch eine kleine gesetzliche Änderung die gleiche bevorrechtigte Stellung zu geben wie den in § 10 Abs. 1 Ziff. 3 ZwVerfStG. bezeichneten öffentlichen Lasten; nach §§ 44 Abs. 1, 109 Abs. 1 ZwVerfStG. sind z. B. die Verfahrenskosten der Zwangsversteigerung aus dem Grundstückserlös „vorweg“ zu entnehmen; diese Kosten stellen aber im Grund nichts anderes dar als die Kosten für die Herbeiführung des Eigentumsenerwerbs durch den Ersteher. Warum soll die Grunderwerbsteuer, die doch auch zu diesen „Erwerbskosten“ gehört, nicht ebenfalls ein solches Vorrecht genießen? Man könnte den Steueranspruch ruhig den öffentlichen Lasten gleichstellen mit Vorrecht innerhalb derselben zweijährigen Frist, wie sie diesen eingeräumt ist; der Erwerber eines Grundstücks müßte sich eben vorher vergewissern, ob und welche Grunderwerbsteuern auf dem betr. Grundstück ruhen; er kann dies bei dem zuständigen FinA. leicht feststellen.

Die angeregte gesetzliche Regelung hätte mannigfache Vorteile: 1. ein Steuerverlust wäre so gut wie ausgeschlossen; der Grundstückserlös ist doch stets derart, daß er mindestens die nach § 10 Abs. 1 Ziff. 3 ZwVerfStG. bevorrechtigten Ansprüche deckt; 2. die Steuerbehörde hätte ein wesentlich wirksameres Zwangsmittel gegen säumige Schuldner; 3. der § 24 GrErvStG. könnte gestrichen werden; man würde die Grundbuchführung nicht mehr zu belästigen brauchen; es würden

unzählige zeitraubende Zwischenverfügungen vermieden; viele Hunderttausende von „Bescheinigungen“ nach § 24 GrErbStG. a. l. jährlich würden wegfallen; es würde also eine wirklich erhebliche „Verminderung des Schreibewerks“, wie so oft angestrebt, eintreten;

4. manchen Reibungen zwischen Steuerbehörden und Grundbuchämtern würde vorgebeugt, ein oft schon mißlich empfundener Eingriff in die ja den Ländern zustehende Grundbuchführung beseitigt werden;

5. Rechtserwerb und Rechtsjähch wären vom Grundbuchamt wesentlich rascher zu verwirklichen.

M. Ertel, Karlsruhe.

Zum Gesetz betreffend die Grundgläubiger der Kreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. Juli 1926 (RGBl. 399).

Die erschreckend zunehmende Verschuldung, Überschuldung der Landwirtschaft, von der natürlich auch die landwirtschaftlichen Pächter betroffen werden, wird jetzt häufig Veranlassung geben, sich mit dem Ges. v. 9. Juli 1926 zu beschäftigen (vgl. hierzu JW. 1926, 2605 ff., 2616). Dabei wird man bald auf die Schwierigkeiten stoßen, die sich daraus ergeben, daß hier zum ersten Male einer der hauptsächlichsten Grundsätze unseres Immobilienrechts verlassen wurde. Es mußte von vornherein bedenklich erscheinen, daß der Gesetzgeber diese erstmalige einschneidende Durchbrechung des § 1205 BGB. nur für einen kleinen Wirtschaftskreis vornahm. Man mag zu der umstrittenen Frage des Registerpfandrechts stehen, wie man will, m. E. hätte die Abkehr von einem so grundlegenden Prinzip, wie dem des „Faustpfandes“, nur im Wege einer umfassenden Gesetzesänderung, also vor allem einer Änderung der entsprechenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts geschehen dürfen. Teillösungen, wie die durch das Ges. v. 9. Juli 1926, müssen immer an dem sonst homogenen Bau der Gesetzgebung ansetzen und führen zur Rechtsunsicherheit.

Betroffen sind durch das Gesetz in erster Linie die Lieferanten des Landwirts, der Pferde- und Viehhändler, der Händler mit landwirtschaftlichen Maschinen, vielfach auch der Getreide- und Düngemittelhändler. Sie mußten und müssen auch heute noch in den meisten Fällen trotz der erleichterten Kredite die Zahlung des Kaufpreises für ihre Waren dem Landwirt zunächst bis zum Verkauf der Ernte kreditieren. Sie pflegen sich zur Sicherung ihrer Forderung das Eigentum an den verkauften Waren bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorzubehalten, sichern sich auch wohl durch Sicherungsübereignungen. Den hier beteiligten Händlerkreisen ist es in den meisten Fällen ganz geläufig, daß eine Verpfändung unter gleichzeitiger Belassung des Besitzes unmöglich ist, daß sie sich aber durch Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung unbedenklich sichern können. Die Vorbrücke auf den Schlussscheitern sowie die im Gebrauch befindlichen Formulare für Sicherungsübereignungsverträge zeigen, wie diese doch recht konstruierten Rechtsbehelfe bei den in Frage kommenden Händlern heimisch geworden waren.

Jetzt versagen diese Behelfe bei einem landwirtschaftlichen Pächter, denn nach § 4 des Ges. erwirbt der Verpfändungs-gläubiger (das Kreditinstitut) ein Pfandrecht auch an den nicht im Eigentum des Pächters befindlichen Inventarstücken, sofern er bei Niederlegung des Verpfändungsvertrages gutgläubig war. Was nützen dem Gläubiger die Einsichtnahme in die beim AG. niedergelegten Verträge oder ein Negativattest (§ 16 des Ges.), wenn kurz darauf schon ein Verpfändungsvertrag niedergelegt werden kann und der Pächter das Kreditinstitut bezüglich der nicht in seinem Eigentum befindlichen Inventarstücke im guten Glauben beläßt. Wenn das Gesetz in den beteiligten Händlerkreisen erst einmal genügend bekannt ist, dann wird der vorsichtige Händler einem landwirtschaftlichen Pächter überhaupt nichts mehr kreditieren, und ich bezweifle, ob damit den Pächtern, besonders denen, die keinen Verpfändungsvertrag geschlossen haben und es auch nicht wollen oder können, geholfen ist. Der Zweck des Ges. wird damit schon recht illusorisch.

Wie ist es aber mit denjenigen, die sich noch nicht auf die neuen, durch das Gesetz geschaffenen Verhältnisse umgestellt haben, und das werden jetzt noch die meisten Händler sein. Sie haben ihre Ware unter Eigentumsvorbehalt verkauft und fühlen sich vollkommen sicher, zumal, wenn sie sich, was bei den ländlichen Verhältnissen leicht ist, immer von Zeit zu Zeit davon überzeugen haben, daß ihr Eigentum noch auf dem Pachtgut vorhanden ist. Sie fallen natürlich aus allen Wolken, wenn sie etwa im Falle eines Konkurses nicht aussondern dürfen, sondern mit ansehen

müssen, wie das Kreditinstitut ihr Eigentum ebenso wie das übrige, dem Pächter gehörige Inventar zur Realisierung seiner Forderung verwendet.

Wie kann diesen Leuten geholfen werden? Praktisch wird die Frage wesentlich nur im Falle des Konkurses oder des Vergleichsverfahrens. Im normalen Falle wird der Wert des Inventars bzw. der Verkaufserlös die Forderung des Kreditinstituts übersteigen, so daß das Eigentum des Händlers, und zwar jetzt frei vom Pfandrecht des Kreditinstituts verbleibt, wenn der Pfandgläubiger sich zunächst nur aus den im Eigentum des Schuldners stehenden Inventarstücken befriedigt. Aber das hat das Kreditinstitut nicht nötig. irgendeine Reihenfolge, nach der es sich die zu seiner Befriedigung erforderlichen Pfandstücke aussuchen muß, kann ihm nicht vorgegeben werden. Gewiß wird der Händler versuchen, mit dem Kreditinstitut ein Separatabkommen zu treffen, wonach die betreffenden Inventarstücke erst zu allerletzt bei der Verwertung des Inventars herangezogen werden. Und in vielen Fällen wird das Kreditinstitut auch entgegenkommend einen solchen Vertrag, der m. E. nicht angreifbar ist, abschließen. Aber ebenso häufig wird das Kreditinstitut aus guten Gründen oder sei es selbst ohne Grund diese Schonung des Händlers ablehnen, wird entweder das Inventar im ganzen verkaufen oder die Ware des Händlers, etwa weil am leichtesten verwertbar, zuerst.

Im Falle des Konkurses hat der Verwalter hier nicht etwa das Recht, gem. § 127 K.O. die Verwertung selbst vorzunehmen. Denn die fraglichen Gegenstände gehören ja nicht zur Masse; er kann also, selbst wenn er es wollte, den Verkauf der im Eigentum des Händlers stehenden, aber mit dem Pfandrecht des Kreditinstituts belasteten Inventarstücke nicht verhindern. Wenn diese Gegenstände aber vom Pfandgläubiger verkauft werden, andere Inventarstücke nach Befriedigung des Pfandgläubigers aber noch zurückbleiben, dann werden diese verbleibenden Inventarstücke von dem Pfandrecht des Kreditinstituts, dem sie bisher unterlagen, frei, gehören jetzt also unbelastet zur Masse. Die zur Masse gehörigen Stücke werden also gleich auf Kosten der nicht zur Masse gehörigen, die Masse ist auf Kosten des Händlers ungerechtfertigt bereichert. Dieser Anspruch gegen die Masse aus ungerechtfertigter Bereicherung ist als Masse Schuld gem. §§ 58, 59 K.O. hinweg zu berichtigen, und so wird dem Händler in vielen Fällen doch geholfen werden können.

Bei Vergleichsverfahren gibt es keine Masse, bereichert ist hier der Schuldner selbst, der zur Befriedigung oder anteilmäßigen Befriedigung seiner am Verfahren beteiligten Gläubiger Inventarstücke freibekommt, nur deshalb, weil von dem Verpfändungs-gläubiger zur Befriedigung Gegenstände herangezogen werden konnten, die nicht im Eigentum des Schuldners standen. Den am Verfahren beteiligten Gläubigern kommt das Eigentum des Händlers kaum zugute, denn bei der Errechnung des auf sie zu verteilenden Betrages wird in der Regel das gesamte verpfändete Inventar nicht berücksichtigt werden können. Da dieser Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erst nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstanden ist — andere Fälle sind kaum denkbar —, so nimmt der Händler mit ihm am Verfahren nicht teil, während er mit seiner Kaufgeldforderung am Verfahren teilnimmt, da sein Aussondungsrecht weggefallen ist. Er kann also jetzt seinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den möglicherweise wirtschaftlich gesunden aus dem Vergleichsverfahren hervorgegangenen Pächter verfolgen, und so ergibt sich auch hier für manche Fälle die Aussicht, daß der Händler auf diesem Umwege den von ihm angestrebten Sicherungszweck verwirklicht.

M. Dr. Penjer, Schwelge.

101087 bebaut Grundstücke in Groß-Berlin.

Zu Beginn d. J. 1930 wird erstmalig ein nach amtlichen Material zusammengestelltes, vollständiges und genaues Verzeichnis der bebauten Grundstücke Groß-Berlins herausgegeben werden, das straßenmäßig neben der Grundstücksnummer die Gemarkung, das Amtsgericht, den Grundbuchbezirk und die Band- und Blattnummer des Grundbuchs aufweist. Wegen der im Hinblick auf die hohen Gestehungskosten zunächst nur in beschränkter Zahl beabsichtigten Auflagenhöhe wird es sich empfehlen, Bestellungen auf das Werk schon jetzt anzumelden. Auskünfte können im Zimmer 148, I. Stockwerk des Amtsgerichts Berlin-Mitte, Neue Friedrichstraße 15, eingeholt werden.

Schrifttum.

Zaedel-Güthes Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. Sechste Auflage neubearbeitet von Dr. **Erich Volkmar**, Geh. Regierungsrat Ministerialrat im Reichsjustizministerium, und **Ernst Armistoff**, Kammergerichtsrat. Berlin 1929. Verlag von Franz Vahlen.

Die letzte (5.) Auflage des Werkes war 1915 erschienen. Im Gesetz selbst waren seitdem nur die Bestimmungen betr. Verfügungen über Mieten (§ 57) geändert. Daneben griffen aber die zahlreichen Gesetze der Nachkriegszeit in das Vollstreckungsrecht ein, so Mieterschutz, Reichsheimstättengesetz, Rentenbankrenten, Industriebelastung, das Steuerrecht, die Vorschriften über wertbeständige Hypotheken und vor allem die Aufwertungsgesetzgebung. Schon die gründliche Bearbeitung dieser umfangreichen gesetzgeberischen Eingriffe macht die 6. Aufl. zu einem neuen, wenn auch auf der bewährten alten Grundlage weiter bauenden Werk. Die Verf. haben aber auch im übrigen die Ausführungen der früheren Bearbeiter einer sorgfältigen Nachprüfung und Umbearbeitung unterzogen. Vielsach konnten die früheren Ausführungen beibehalten, und konnte ihre Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der verflochtenen Jahre dargetan werden. In anderen Fragen sind die Verf. zu abweichenden Ergebnissen gelangt. So haben sie die frühere Ansicht, daß die nicht valutierte Grundschuld als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zustehe, fallen gelassen (§ 50 II). Aus Gründen der Rechtssicherheit wird die vom Ersteher erklärte Kündigung eines Mietvertrages als rechtswirksam anerkannt, auch wenn der Zuschlagsbeschuß im Beschwerdewege aufgehoben ist (§ 57, 12). Eine teilweise Einstellung der Zwangsvollstreckung, insbes. hinsichtlich der von einem Dritten als sein Eigentum beanspruchten Zubehörstücke wird als zulässig anerkannt (§ 29, 1, § 55, 7). Auch die Wirkung eines zwischen Versteigerungstermin und Zuschlag eröffneten Konkurses über das Vermögen des Erstehers wird anders als in den früheren Auflagen behandelt (§ 81, 2). Den Verf. dürfte in allen diesen Fragen beizutreten sein.

Enge Grenzen setzen die Verf. — entsprechend den früheren Auflagen — der Schuldübernahme des Erstehers gem. § 53. Sie soll nicht eintreten, wenn der Versteigerungsschuldner zur Zeit der Versteigerung nicht Schuldner der durch Hypothek gesicherten Forderung selbst, sondern nur Schuldner eines Freihaltungsanspruchs war, so insbes. wenn der Versteigerungsschuldner mit dem persönlichen Schuldner der durch Hypothek gesicherten Forderung eine Schuldübernahme vereinbart hatte, die Genehmigung des Gläubigers aber noch nicht erteilt oder abgelehnt war (§ 53, 5 a. E.). War jedoch die Wirksamkeit der Schuldübernahme in der Schwebe und wird sie nach dem Zuschlag von dem Gläubiger genehmigt, so liegt m. E. gewiß kein Grund vor, den Eintritt des Erstehers in das Schuldverhältnis abzulehnen. Die Schuldübernahme gilt mit dem Zuschlag als vereinbart und wird wirksam, wenn der frühere Eigentümer nachträglich, und zwar mit rückwirkender Kraft gem. § 184 BGB., zum persönlichen Schuldner wird (a. U. freilich auch für diesen Fall Reinhard-Müller, § 53 II 2). Aber auch wenn die Genehmigung der Schuldübernahme abgelehnt ist oder abgelehnt wird, sollte die Ammendbarkeit des § 53 anerkannt werden. Der Inhalt der geschuldeten Leistung ist der gleiche, ob der Versteigerungsschuldner nun zur Befriedigung des Gläubigers dem Gläubiger selbst oder aber dessen Schuldner gegenüber verpflichtet ist. Der Zweckgedanke des § 53 muß deshalb dahin führen, in diesem Falle den Ersteher in die Befreiungspflicht des früheren Eigentümers eintreten zu lassen (vgl. dazu die Änderung der Anspr. bez. der entsprechenden Frage bei Verkauf des Grundstücks, einerseits RG.: JW. 1911, 442, andererseits RG.: JW. 1928, 2440 6).

Eine nähere Erörterung dürfte bei künftigen Neubearbeitungen wohl die von den Verf. nicht behandelte Frage erfordern, welches die Rechtslage ist, wenn der frühere Eigentümer überhaupt keine persönliche Verpflichtung hinsichtlich der eingetragenen Hypothek hatte, also auch keine Freihaltungspflicht, z. B. wenn die Hypothek von vornherein zur Sicherung für die Schuldverpflichtung eines Dritten eingetragen war. In diesem Falle erwirbt der Ersteher die Hypothek als Eigentümergrundschuld, wenn der persönliche Schuldner nach dem Zuschlag Zahlung leistet; zahlt andererseits der Ersteher, so gehen gem. § 1143 BGB. die Forderungen gegen den persönlichen Schuldner und die Hypothek auf den Ersteher über. Die im geringsten Gebot übernommene Hypothek stellt dann also u. U. wirtschaftlich keine Belastung des Erstehers dar, anders ausgedrückt: Ein Teil des von ihm mit der Übernahme des geringsten Gebotes zu zahlenden Kaufpreises wird von ihm nicht entrichtet oder ihm — von dem Schuldner der Forderung — wieder ersetzt. Ist hier nicht ein Ausgleich geboten

derart, daß der insoweit von seiner Zahlungspflicht befreite Ersteher dem ersten bei der Verteilung ausgefallenen dinglich Berechtigten (wie in dem ähnl. Fall des § 50) eine „Ersatzzahlung“ zu leisten oder die Bereicherung herauszugeben hat?

Die Verf. wollen eine dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehende Auflassungsvormerkung nicht mit Reinhard-Müller (§ 48 IV 2) als ein Veräußerungsverbot, sondern mit dem RG. (i. neuerdings wieder RG. 125, 251) als ein bedingtes Recht i. S. der §§ 50, 51 Abs. 2 behandeln (vgl. § 37, 13, § 48, 5). Dem vermag ich nicht zuzustimmen. Die Ausführungen von Reinhard: Gruch. 62, 319 haben m. E. überzeugend dargetan, daß als bedingte Rechte im Sinne dieser Bestimmung solche Rechte nicht anzusehen sind, die im Falle ihres Bestehens einer Versteigerung auf Antrag des betreffenden Gläubigers überhaupt entgegenstehen würden. Nach der Ansicht der Verf. würde der Ersteher in einem solchen Falle praktisch ein Nichts erwerben: Entweder der durch Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch besteht — dann müßte der Ersteher das Grundstück alsbald wieder herausgeben; oder der Anspruch besteht nicht: dann müßte der Ersteher gem. § 51 Abs. 1 Satz 2 eine Ersatzzahlung leisten, und zwar in Höhe des Betrages, um den der Wert des Grundstücks sich dadurch erhöht, daß das durch Vormerkung gesicherte Recht nicht besteht. Wenn die Auflassungsvormerkung begründet wäre, hätte der Ersteher nun aber das ganze Grundstück herausgeben müssen. Der Betrag, um den sich der Wert des Grundstücks dadurch erhöht, daß das durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Recht nicht besteht, ist also gleich dem Wert des Grundstücks. Der Ersteher müßte dann also außer seinem Meistgebot als Ersatzzahlung noch einmal den Wert des Grundstücks bezahlen. Mit anderen Worten: Er müßte das Grundstück doppelt bezahlen. Das scheint mir eine praktisch unmögliche Lösung der Frage zu sein.

Die Stellung des Zwangsverwalters ist nach dem ZwVerfG. eine recht beschränkte und wohl nicht sehr glücklich geregelte. Verf. sprechen ihm das Recht ab, Anfechtungsansprüche zu erheben oder auch nur eine Klage auf Herausgabe von Zubehörstücken zu erheben, die der Beschlagnahme unterliegen (§ 152, 5). Insofern ist den Verf. zuzustimmen. Nicht zutreffend erscheint mir aber die — von den früheren Auflagen übernommene — Behandlung von Prozessen gegen Mieter des Grundstücks, die bei Einleitung der Zwangsverwaltung schweben. Verf. sind der Ansicht, daß diese von dem Grundeigentümer selbst weiter zu führen sind. Nach Einleitung der Zwangsverwaltung hat der Eigentümer nun aber das Prozeßführungsrecht verloren. Er kann jedenfalls keine Prozesse auf Zahlung von Mieten mehr anhängig machen. Das trifft bei jeder der verschiedenen Lehmeinungen über die Stellung des Zwangsverwalters zu. Es besteht dann aber kein Rechtsgrund, dem Eigentümer hinsichtlich der Fortführung eines schwebenden Prozesses weitergehende Rechte zu geben als hinsichtlich eines neu einzuleitenden Prozesses. Anders würde es nur liegen, wenn man den § 265 ZPO. anwenden würde. Das aber lehnen die Verf. ausdrücklich ab, und sie wollen dem Verwalter deshalb entgegen § 265 Abs. 2 Satz 2 das Recht geben, der Klage des Eigentümers als Streitgenössischer Nebenintervenient beizutreten (§ 152, 7). Diese Meinung scheint mir nicht folgerichtig zu sein. Daß die ZPO. für den Fall der Zwangsverwaltung keine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens vorsieht, läßt nicht darauf schließen, daß der Eigentümer den Prozeß weiterführen kann. Ein Wechsel in der Parteistellung tritt auch in anderen Fällen ein, ohne daß eine Unterbrechung oder Aussetzung erfolgt, so z. B. wenn bei der Parteistellung kraft Amts das Amt während des Prozesses erlischt (s. Stein-Jonas, § 241 Bem. III).

Sehr eingehend sind die Bestimmungen des AufwG. behandelt, und zwar einmal im Zusammenhang mit der Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des ZwVerfG. und dann noch einmal zusammenhängend in einem Anhang. Schwierigkeiten bereitet hier insbes. die Frage, wie die noch mit ihrem Papiermarkbetrage eingetragenen aufgewerteten Rechte zu behandeln sind. Verf. nehmen an, daß der Aufwertungsgläubiger seine Rechte zur Vermeidung der Folgen des § 37 Ziff. 4 vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten anmelden muß, wenn er eine höhere Aufwertung beanspruchen will als 25% des Goldwertes, berechnet nach dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Erwerbstag (§ 1004). Reinhard-Müller (§§ 14 II 3, 37 V 2c) gehen dagegen offenbar davon aus, daß die Anmeldung gem. § 114 noch im Verteilungstermin erfolgen kann, da es sich um Ansprüche von „unbestimmten Beträgen“ i. S. des § 14 handle. Die letztere Ansicht erscheint als die streng folgerichtige. Sie führt aber für das Versteigerungsrecht zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Wird später nachgewiesen, daß der eingetragene Gläubiger z. B. nur Treuhänder des Vorbesitzers war und daß der Aufwertung deshalb ein früherer Erwerbstag zugrunde zu legen ist,

jo hat er ein Vielfaches des Betrages zu fordern, mit dem die anderen Beteiligten gerechnet hatten, und die Hypothekengläubiger, die ihre über das geringste Gebot hinausgehenden Hypotheken verteidigen wollten, fallen aus. Die Ansicht von Volkmar-Armstroff hat deshalb vieles für sich. Dieser Ansicht der Verf. entspricht es, daß sie auch das Recht des früheren Gläubigers der in der Rückwirkungszeit abgetretenen Hypothek für anmeldepflichtig halten (§ 980 Z. 5, § 1002 zu § 37). Das nehmen auch Reinhard-Müller (§ 37 V 2c) an. Von ihrem Standpunkt aus gesehen, erscheint das aber nicht als richtig. Wenn man mit diesen Bearbeitern des Gesetzes grundsätzlich den Aufwertungsanspruch als ein Recht von unbestimmtem Betrag ansieht, dessen Höhe nicht spätestens im Versteigerungstermin angemeldet zu werden braucht, so ist eben stets der ganze Aufwertungsbeitrag zu berücksichtigen; ob er zum Teil einem anderen Beteiligten — dem früheren Gläubiger — zukommt, wäre unerheblich, da die Person des Inhabers eines als eingetragen zu berücksichtigenden Rechts, auch wenn ein anderer eingetragen ist, nicht angemeldet zu werden braucht (vgl. bez. der ähnlichen Frage hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs nach § 21 AufwG. RW. 1927, 1626). Übrigens scheinen mir auch Volkmar und Armstroff in einem Punkte nicht die richtigen Folgerungen ihrer Ansicht zu ziehen — sie meinen nämlich, das Recht des früheren Gläubigers bleibe bestehen, wenn die Hypothek in das geringste Gebot, nicht wie es die Verf. für richtig halten (§ 1004) mit dem „normalen Aufwertungsbeitrag“, sondern mit ihrem Papiermarkbetrag aufgenommen sei — sei es zugunsten des früheren oder des jetzigen Gläubigers (§ 1017). Geht man aber mit dem Verf. davon aus, daß grundsätzlich nur das Recht des eingetragenen Gläubigers, berechnet nach dem Goldwert an dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Erwerbstag, zu berücksichtigen ist, so muß das auch dann gelten, wenn der Versteigerungsrichter die Umrechnung auf Goldmark bei Festsetzung des geringsten Gebots nicht vorgenommen und die Hypothek mit ihrem Papiermarkbetrag in das geringste Gebot eingesezt hat. Das insofern in Papiermark ausgedrückte geringste Gebot würde dann ebensowenig wie die auf Papiermark lautende Eintragung im Grundbuch das Recht des früheren Gläubigers umfassen.

Bei den zugunsten der Teilungsmasse von Hypothekenbanken eingetragenen Aufwertungshypotheken wollen Verf. dem Ersteher das Recht geben, die Hypothekenbank durch Vergabe von Liquidationspfandbriefen zu befriedigen (§ 1027). Das ist m. E. nur richtig, wenn die Hypothek in das geringste Gebot fällt. Nur dann hat der Ersteher die durch das AufwG. geregelten Darlehnsforderungen der Bank zu befriedigen. In allen anderen Fällen, auch wenn die Forderung gegen den Ersteher gem. § 118 auf die Beteiligten übertragen wird, hat der Ersteher seine durch Gebot und Zuschlag begründete Verpflichtung zu erfüllen, die lediglich auf Zahlung des Meistgebotes gerichtet ist. Es liegt auch wirtschaftlich nicht der geringste Grund vor, dem Ersteher zu gestatten, sich von der durch das Meistgebot übernommenen Verpflichtung durch eine wirtschaftlich geringer zu bewertende Leistung zu befreien. Seine Stellung ist insofern nicht anders als diejenige eines Käufers eines Grundstücks, der Barzahlung des Kaufpreises zugesagt hat und der sich nun nicht mit einer geringeren Leistung befreien kann, nur weil der Verkäufer einen seiner Gläubiger mit einer solchen abfinden kann. Den Vorteil der facultas alternativa soll der Schuldner genießen. Dieser ist berechtigt, von der Einlösungsbefugnis Gebrauch zu machen, womit dann der auf die Hypothek entfallende Teil des Versteigerungserlöses entsprechend den Vorschriften über die Eigentümergrundschuld auf ihn übergeht (vgl. RW. 88, 300). Er kann dies freilich nur solange die Forderung der Hypothekenbank nicht durch Zahlung im Versteigerungstermin oder durch Forderungsübertragung gem. § 118 Abs. 2 Satz 1 erloschen ist. Ist sie aber erloschen, so ist eben die ursprüngliche Forderung nicht mehr vorhanden, und eine Möglichkeit, sie durch Hingabe von Liquidationspfandbriefen zu erfüllen, ist überhaupt nicht mehr gegeben.

Ein Beweisgrund hiergegen kann auch nicht aus RW. 71, 412 = JW. 1909, 506 entnommen werden. In dem dort entschiedenen Falle mußte der Hypothekengläubiger sich die mit dem Schuldner getroffene Vereinbarung über die Unkündbarkeit der Hypothek und deswillen auch von dem Ersteher entgegenhalten lassen, weil sie einen Bestandteil eines Mietvertrages mit dem Hypothekengläubiger bildete, in den der Ersteher eingetreten war. Wo ein solcher besonderer Grund für den Eintritt des Ersteheren in die Rechtsstellung des Schuldners nicht vorliegt, kann man aber den für die ursprüngliche Hypothekforderung getroffenen Vereinbarungen (z. B. über Fälligkeit, Verzinsung, Art der Rückzahlung) keine Wirkung für die auf den Hypothekengläubiger gem. § 118 zu übertragende Forderung gegen den Ersteher beilegen. Der Ersteher kann nicht geltend machen, daß die Fälligkeit — z. B. bis 1932 — hinausgeschoben sei oder daß er einen Zwischenzins abgeben könne, ebensowenig aber, daß er von der Befugnis zur Befriedigung des Gläubigers mit Liquidationspfandbriefen Gebrauch machen könne, die dem Schuldner der Darlehnsforderung zustand und die diesem ja nur einen Ersatz dafür bieten sollte, daß ihm das Recht,

vor Fälligkeit unter Abzug eines Zwischenzinses Zahlung zu leisten, genommen war.

Alles das sind aber Fragen, über die man verschiedener Ansicht sein kann, und ihre Erörterung soll nur dazu beitragen, zu zeigen, welche Anregungen das Werk dem Leser bietet.

Zu begrüßen ist, daß die Verf. trotz anfänglicher Bedenken (Borm. S. IV) die eingehende Darstellung des Werdeganges der einzelnen Bestimmungen des ZwVerfG. beibehalten haben. Es erleichtert dies die wissenschaftliche Vertiefung und erklärt dem weniger bewanderten Leser zum Teil erst Sinn und Zweck mancher für ihn zunächst schwer verständlichen Bestimmungen des Gesetzes. Den Hamburger Juristen erinnern die Hinweise auf die Entstehungsgeschichte daran, daß es im wesentlichen das frühere preuß. Recht war, auf dem das Gesetz beruht. Für Hamburg trat sein kunstvoller aber verwickelter Bau an die Stelle eines viel einfacher gestalteten Rechts¹⁾, das dem Bedürfnis der Rechtssicherheit namentlich zugunsten der Hypothekengläubiger in wesentlich höherem Maße Rechnung trug. Zur Zwangsvollstreckung genügte eine von dem Oberbeamten des betr. Hypothekenbüros zu erteilende Vollstreckungsklausel auf einem „Extract“ aus dem Hypothekenbuch. Wo die Fälligkeit der Kapitalposten von einer vorausgegangenen Räumung abhängig war, wurde diese dem Hypothekenbüro durch Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers oder notarielles Protokoll nachgewiesen. Möglich war eine solche Regelung wohl nur deshalb, weil es statt der Vielheit unserer dinglichen Wertrechte (Verkehrs- und Sicherheits-, Buch- und Briefhypothek, Grundschuld) nur zwei Arten der Belastung, Renten und Buchhypotheken, gab und weil diese einen grundschuldartigen Charakter hatten. Es bestand zwar auch eine persönliche Haftung. Diese wurde aber durch die Tatsache der Eintragung der Rente oder Hypothek begründet. Sie konnte bezüglich des Kapitals nur hilfsweise geltend gemacht werden, wenn die Zwangsversteigerung nicht zur Befriedigung geführt hatte. Für rückständige Zinsen bestand dagegen nur die persönliche Forderung insofern die Zinsen 6% jährlich überstiegen. Bei der Zwangsversteigerung hatte der betreibende Gläubiger in gewissem Umfange mitzuwirken. Er entwarf die Verkaufsbedingungen, versteigerte das Grundstück unter Aufsicht des Gerichtsschreibers und reichte dann eine Abrechnung über das Ergebnis des Verkaufs ein, ferner einen Teilungsplan, welcher vom Gericht nur nachzuprüfen war. Praktisch war alles dies Sache des Hausmaklers, der zuerst für den von ihm vertretenen Gläubiger die Vollstreckung beantragt hatte. Dieser erhielt die Courtage des „verkaufenden“ Maklers. Ältere Makler wissen noch davon zu erzählen, wie dies an den Fälligkeitsterminen zu einem manchmal des Humors nicht entbehrenden Wettlauf der Makler führte.

Die über das geringste Gebot hinausgehenden Hypotheken wurden nur fällig, wenn sie in der Versteigerung ausfielen. Soweit sie in das Meistgebot hineinfielen, blieben sie also zu den bisherigen Zins- und Fälligkeitsbestimmungen bestehen und wurden von dem Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Das konnte unter Umständen eine wesentliche Erleichterung für den Ersteher darstellen. — Wenn der Konkursverwalter Zwangsversteigerung beantragte, wurde das Grundstück auch dann verkauft, wenn die bestehende Belastung nicht durch das Gebot gedeckt wurde. Das war eine Vereinfachung einmal für die Hypothekengläubiger, die nicht genötigt waren, ihrerseits die Vollstreckung zu betreiben, zugleich aber auch für die Abwicklung des Konkursverfahrens, da alsbald festgestellt wurde, welche Beträge die Hypothekengläubiger als Ausfall zur Masse anzumelden hatten. — Außer der Zwangsversteigerung gab es nur noch einen Weg der Vollstreckung in das Grundstücksvermögen: den „Mietebeschlag“. Er konnte mit der Zwangsversteigerung zusammen oder selbständig beantragt werden, letzteres aber nur auf Antrag von dinglich gesicherten Gläubigern und Abgabeberechtigten, denen das Grundstück verhaftet war. Mietabtretungen waren dem Beschlag gegenüber unwirksam. Eine Beschlagnahme der Mieten auf anderem Wege, etwa durch Forderungspfändung gemäß der ZW., wurde nicht als rechtswirksam anerkannt. Es wurde also verhindert, daß, wie jetzt, mit den Mieten ein wesentlicher Teil des Grundstücksvermögens dem Zugriff der dinglichen Gläubiger entzogen werden konnte. Die Sicherheit der dinglichen Gläubiger war hierbei insbes. für die Zins- und Rentenforderungen durch eine sinnreiche Regelung der Fälligkeitstage verstärkt. Zins- und Kapitalposten wurden nämlich regelmäßig am Anfang des Vierteljahres fällig. Die Mieten dagegen an anderen Terminen — in dem größten Teil des Gebiets am 1. Febr., 1. Mai, 1. Aug. und 1. Nov. Wenn also am Quartalsbeginn eine fällige Zahlung nicht geleistet wurde, war noch Zeit genug, um die einen Monat später fällig werdende nächste Vierteljahresmiete zu „beschlagen“. Der Mietebeschlag verpflichtete den Mieter, die Mieten zu hinterlegen. Andere dinglich berechnete Gläubiger konnten sich dem von einem

1) Vgl. Das hamb. Gesetz betr. Grundeigentum und Hypotheken nebst verw. hamb. Gef. u. Wd., erl. von M. Mittelstein, Hamburg 1894.

Gläubiger erwirkten Mietebeslag bis 12 Uhr mittags des betr. Mietetermins auch ohne Titel anschießen, wenn sie ihre Ansprüche glaubhaft machten. Die hinterlegten Mieten wurden dann im Wege des Verteilungsverfahrens nach Maßgabe der dinglichen Rangordnung verteilt. Die Kapitalforderungen wurden dabei nur aus dem nach Deckung der Zinsen, Renten und Abgaben etwa verbleibenden Überschuf befriedigt. Vergleicht man dieses Verfahren mit der heutigen Regelung, bei der Mietabtretungen, Pfändungen auf Grund dinglicher und auf Grund persönlicher Rechte, Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung, sich oft in höchst verwickelter Weise durchkreuzen und überschneiden, so ist es einleuchtend, wieviel einfacher das frühere hamburgische Verfahren gestaltet war.

N. Dr. Carl Leo, Hamburg.

Gustav Wagemann, Ministerialrat im preuß. Justizministerium, und **Dr. Willy Marwitz**, Geh. Oberjustizrat, Senatspräsident des Kammergerichts i. R.: **Die preußische Pachtordnung in der Fassung vom 19. Sept. 1927.** Auf Grund amtlichen Materials erläutert in 4. Auflage. Berlin 1928. Georg Stilke. VIII und 380 Seiten. Preis 12 M.

Die früheren Auflagen dieses Kommentars durfte ich ebenfalls besprechen (JW. 1924, 1936; 1926, 2614). Was über den hohen Wert der dritten Auflage gesagt worden ist, gilt uneingeschränkt auch für die neueste, die infolge der Änderung der PachtSchD. ein dringendes Bedürfnis war. Es soll deshalb nicht im einzelnen wiederholt werden. Selbstverständlich haben die neuen Bestimmungen der PachtSchD. mit der gleichen Gründlichkeit bearbeitet, die dem Buche seine überragende Stellung gegeben hat. Die Zusammenstellung der Rechtsentscheide ist bis zum 20. Febr. 1928 ergänzt worden. Bisher sind an später ergangenen Rechtsentscheiden nachzutragen: 17 Y 27/28 v. 23. April 1928: Jeder rechtsgeschäftliche Vertreter, auch der Generalbevollmächtigte, der im Berufungs- oder Rechtsbeschwerdeverfahren für die Partei handelt, muß seine Vollmacht bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist durch Urkunden zu den Akten nachweisen (§§ 36, 45 PrPachtSchD.). Zum Nachweise genügen von dem Vertreter beglaubigte Abschriften auch dann nicht, wenn er ein Rechtsanwalt ist. — 17 Y 55/28 v. 1. Okt. 1928: Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Abänderung der Leistungen nach § 2 PrPachtSchD. bleibt ein früherer Besch. des Pächters außer Betracht, wenn er die Leistungen nur für einen Teil der Pachtzeit abgeändert hat, auf den sich das nunmehr beim Pächter anhängige Verfahren nicht bezieht. — 17 Y 61/28 v. 1. Okt. 1928: Das Pächter kann die Fortsetzung eines gekündigten Pachtvertrages nicht unter einer aufschließenden Bedingung bestimmen. Die bedingte Anordnung der Fortsetzung ist aber nach Eintritt der Rechtskraft für die Beteiligten verbindlich. Dem Pächter steht die Entsch. über den Eintritt der Bedingung nicht zu. — 17 Y 67/28 v. 1. Okt. 1928: Haben die Vertragsparteien den in der Zeit v. 1. März 1924 bis 30. Sept. 1925 abgeschlossenen Pachtvertrag durch Vereinbarung vor dem Inkrafttreten der PrPachtSchD. v. 18. Aug./19. Sept. 1927 dahin abgeändert, daß der Natural- oder Naturalwertzins durch einen Geldpachtzins ersetzt wird, so ist bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 2 PrPachtSchD. für die vom Pächter beantragte Abänderung der Leistungen vorliegen, von dem Nachtragsabkommen nur auszugehen, wenn es den Pachtzins erhöht hat. — 17 Y 77/28 v. 1. Okt. 1928: Das Pächter kann, wenn der bei ihm gestellte Antrag zurückgenommen worden ist, die Erstattung der der Gegenpartei erwachsenen Auslagen nicht mehr anordnen.

Es sei noch eine Stellungnahme zu einigen Einzelfragen gestattet.

1. Für die Abänderung von Leistungen, die nicht für ein Pachtjahr festgesetzt sind, will Marwitz die Antragsfrist des § 3 Abs. 6 PrPachtSchD. (§ 15 Abs. 2 PrPachtSchD.) nicht gelten lassen, meint vielmehr, der Antrag auf Abänderung solcher Leistungen könne für die noch nicht vergangene Pachtzeit jederzeit gestellt werden (§ 2, § 2, 60 f.). So allgemein dürfte der Satz jedoch nicht gemeint, jedenfalls nicht zutreffend sein. Auch solche Leistungen müssen der Antragsfrist unterliegen, sobald sie voll bewirkt sind. Man denke als Beispiel, daß der Pächter sich im Verträge verpflichtet hat, im Laufe der Pachtzeit eine Festscheune von bestimmter Größe oder von einem bestimmten Baumwert auf seine Kosten zu bauen. Diese Leistung ist allerdings nicht Entgelt für ein einzelnes Pachtjahr, sondern für die ganze Pachtzeit. Solange sie nicht bewirkt ist, gehört sie deshalb jederzeit zu den Pächterleistungen. Daher kann der Antrag auf die Änderung der Verpflichtung jederzeit gestellt werden, denn es ist begrifflich gar nicht möglich, daß die Antragsfrist abgelaufen ist. Hat der Pächter aber einmal den Bau vollendet, so ist diese Leistung bewirkt und der Abänderung nur noch unter den gleichen Voraussetzungen zugänglich, wie jede andere getriggte Leistung. Grundsätzlich sind aber völlig getriggte Leistungen, wie auch der Kommentar (S. 61 zu g.) ausspricht, der Änderung entzogen, weil sie dem Einfluß der veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr unterliegen. Diese Regel setzt die PachtSchD. nur insofern außer Kraft, als sie das Pachtjahr wegen seiner wirtschaftlichen Bedeutung auch rechtlich als maßgebenden Abschnitt für die Zusammenfassung von Leistungen verwendet. Die PachtSchD. unterwirft die in das Pachtjahr fallenden

Leistungen dem Eingriff des Pächters, wenn der Antrag binnen zwei Monaten nach Ablauf des Pachtjahres gestellt wird. Hiernach kann die zum Beispiel gewählte Waupflicht, die der Pächter erfüllt hat, zwar noch geändert werden, wenn der Antrag für das Pachtjahr der Bauausführung rechtzeitig gestellt wird, nicht aber auf Grund eines späteren Antrages. Vielleicht besteht die Möglichkeit, die bewirkte Leistung als Leistung auch späterer Pachtjahre dann zu betrachten, wenn der Pächter einen für den Bau aufgenommenen Kredit später noch abtragen muß. Von solchen Sonderfällen abgesehen, ist die Leistung aber mit dem Ablaufe des Jahres, in das sie fällt, unänderlich geworden. Natürlich wird dadurch nicht gehindert, daß die Tatsache der Leistung bei Abänderung anderer Leistungen in späteren Jahren für die Billigkeitserwägungen des Pächters Bedeutung haben kann.

2. Zu § 3 (5 d, S. 94) verneint Marwitz die Befugnis des Pächters zur Verlängerung des Pachtvertrages nur für einen Teil des Pachtlandes, übrigens, wie die Anmerkung verrät, in Abweichung von Wagemann. Er glaubt, sich damit in Widerspruch zu RG. 114, 243, zu befinden, weil das RG. die Teilkündigung zugelassen hat. Marwitz hält die Auffassung des RG. für unrichtig. Doch auch, wer die Zulassung der Teilkündigung billigt, wird die Teilverlängerung für § 3 damit nicht begründen können. Schon daß § 3 die Teilverlängerung nicht besonders erwähnt, spricht deutlich dafür, daß sie nicht zugelassen werden sollte. Der Wortlaut hat sich, soweit er hier interessiert, durch sämtliche Fassungen der PachtSchD. unverändert erhalten. Als er zum ersten Male gefaßt wurde, lag das Ur. des RG. nicht vor, es ist erst von 1926. Niemand hatte damals im Schrifttum überhaupt die Möglichkeit von Teilkündigungen erwogen. Auch die Verf. der PachtSchD. haben also die Teilverlängerung aus diesem Gesichtspunkte damals sicher nicht für selbstverständlich gehalten, hätten somit allen Anlaß gehabt, sie zu erwähnen, wenn sie erlaubt sein sollte. Man darf auch dem in die späteren PachtSchD. unverändert übernommenen Wortlaut nicht deshalb einen geänderten Sinn unterlegen, weil das RG. inzwischen Teilkündigungen gestattet hat.

Vor allem aber folgt aus der Zulässigkeit der Teilkündigung noch nicht diejenige der Teilverlängerung nach § 3. Die Verlängerung des Pachtvertrages durch das Pächter ist kein Rechtsgeschäft der Parteien, sondern ein öffentlich-rechtlicher Zwangsakt. Daß der Inhalt des rechtskräftigen Beschlusses unter den Parteien als Vertragsinhalt gilt (§ 56), ändert daran nichts, denn diese Vorschrift kann die Entsch. nicht zum Verträge machen, enthält vielmehr durch die Gleichsetzung mit dem Vertragsinhalt nur eine vereinfachte Regelung für die Wirkung der Entsch. Aus dem Wortlaut schon ist ersichtlich, daß § 56 das Vorhandensein eines zulässigen Beschlusses voraussetzt, aber diese Zulässigkeit selbst nicht regelt. Der Zwangsakt ist jedoch nur in den Grenzen zulässig, die ihm die PachtSchD. zieht. Wenn die Parteien durch Vereinbarung oder durch Teilkündigung für die Zukunft das Pachtgrundstück verändern können, so ist das für die Befugnis des Pächters zur Teilverlängerung bedeutungslos, weil diese Befugnis sich nur aus § 3 herleiten ließe, dort aber nicht anerkannt ist. Daß die Teilkündigung der Teilverlängerung als Zwangsakt nicht den Weg bahnen kann, zeigt deutlich der Schluß des erwähnten Ur. des RG. Nach dem RG. kann jede Vertragspartei im Falle der Teilkündigung des Gegners verlangen, daß die Kündigung auf den ganzen Vertragsgegenstand erstreckt wird, wenn die Teilkündigung sie benachteiligen würde. Bei der Teilverlängerung durch das Pächter ist ein solcher Einspruch des Vertragsteils undenkbar.

3. Der Schutzbestimmung des § 7 wird man eine andere Bedeutung beimessen müssen, als es Marwitz tut. „Auf die nach der PachtSchD. den Vertragsteilen zustehenden Rechte kann nicht verzichtet werden.“ Der Kommentar (S. 119) führt dazu aus, der Verzicht könne auch stillschweigend erfolgen, doch müsse der betr. Partei dabei bewußt sein, daß sie Rechte aus der PachtSchD. aufgabe. Dieses Bewußtsein wird man nicht fordern dürfen. Die PachtSchD. gilt nicht im Interesse der einzelnen Vertragsparteien, sondern ist entstanden aus dem Bedürfnis der Allgemeinheit, weil der Schutz der landwirtschaftlichen Produktion in Pachtbetrieben nötig erschien. § 7 soll die Erreichung ihres Zweckes sichern; seine Anwendung darf deshalb nur erfordern, daß objektiv Rechte aus der PachtSchD. im voraus aufgegeben sind, nicht aber kann sie vom Bewußtsein des Aufgebens abhängen. Marwitz's Auffassung führt auch zu dem bedenklichen Ergebnis, daß sich auf den Schutz nur derjenige berufen kann, der dadurch bewußt vertragsuntreu handelt, nicht aber der andere, der erst später erkennt, daß er die Vorteile der PachtSchD. aufgegeben hat.

4. Ein nützlicher Verzicht soll darin liegen können, wenn einer Partei im Verträge die Befugnis eingeräumt wird, unter bestimmten Umständen den Vertrag fristlos zu kündigen, oder wenn der Vertrag beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses als aufgelöst gelten soll. Auch hier vermag ich nicht zuzustimmen. Ob solche Abmachungen überhaupt als Aufgabe der Rechte aus der PachtSchD. angesehen werden könnten, ist schon recht zweifelhaft. Sie führen gar nicht dazu, daß ein sonst bestehendes oder auch nur künftig entstehendes Recht aufgegeben wird, lassen vielmehr auch das Recht auf Verlängerung des Pachtvertrages in dem ganzen Umfange bestehen, den es nach § 3 hat. Nur weil diese Verlängerungsmöglichkeit nach der Beendigung des Pachtverhältnisses begrifflich nicht mehr besteht, entfällt sie bei fristloser Kündigung und beim Eintritt der auflösenden Bedingung.

Schon daß die PächtschD. die im BGB. geregelten Fälle fristloser Kündigung und auch die Vereinbarung weiterer Kündigungsgründe und auslösender Bedingungen nicht befeitigt hat, dürfte hinreichend beweisen, daß es sich bei solchen Vereinbarungen auch in der Gegenwart nicht um Verzichte i. S. des § 7 handeln kann.

5. Wagemann (S. 197 zu § 28) hält im Gegensatz zu meinen Ausführungen (Verpächter 1926, 2) daran fest, daß die Vertretung des Pächters durch seine Berufsorganisation (§ 3 Abs. 1 RPächtschD.) nur von den verfassungsmäßigen Organen dieser Verbände, nicht aber durch den Syndikus oder andere Unterbevollmächtigte ausgeführt werden könne. Obwohl in der neuen Auflage eine längere Begründung gegeben ist, vermag ich mich leider von der Richtigkeit der Auslegung auch jetzt nicht zu überzeugen. Sämtliche aus der RPächtschD. entnommenen Gründe scheiden ohne weiteres aus, denn die Vertretung durch die Berufsorganisation ist durch das Reichsrecht geregelt und kann deshalb von den Ländern nicht beschränkt werden. Daß § 12 MietSchG. für das Pächtschutzverfahren gelte, wird wohl niemand behaupten, auch die Art, wie ich ihn in meinem Aufsatz erwähnt habe, wird niemand zu dieser irrigen Auffassung verleiten können. Nicht bedeutungslos dürfte es aber sein, daß das MietSchG. die Vertretungsbefugnis im Gegensatz zu Wagemann nicht auf die Organe beschränkt. Bei dieser Rechtslage fehlt jeder ersichtliche Grund, weshalb die RPächtschD. eine solche Beschränkung anordnen sollte. Deshalb ist die einschränkende Auslegung nur bei klarem Nachweis ihrer Richtigkeit zu billigen. RGR. Dr. Günther, Berlin.

Schrifttum zur Fideikommissauflösung.

I.

Der Fideikommissbesitzer in Preußen vor, während und nach der Auflösung unter Berücksichtigung der schwebenden Reformbestimmungen von Dr. Mielke, Oberlandesgerichtsrat in Stettin. Berlin 1929. Verlagsbuchhandlung Paul Parey. 34 S.

Dem Preuß. LT. liegt der Entwurf eines Gesetzes über Änderungen der zur Auflösung der Familiengüter und der Hausvermögen ergangenen Gesetze und Verordnungen vor (LTDruck. Nr. 3110). Der Verf. weist auf die weitreichende Unbekanntheit mit diesen Dingen hin. Auch die Begründung (S. 77) sagt, diese Gesetzgebung sei eine wenig bekannte Rechtsmaterie, und ein Kritiker des Entwurfes (Erme! LDZ. 1929, 1026) nennt sie sogar eine „Geheimwissenschaft“. Darum ist jeder Versuch zur Aufklärung weiterer Kreise über diesen Rechtsstoff dankenswert. Hinzu kommt folgendes:

Der Entwurf enthält 44 Artikel. Einzelne Artikel sind gewissermaßen kleine Spezialgesetze. Sie umfassen bis zu 20 Paragraphen. Die einzelnen Paragraphen aber haben es auch in sich. Sie umfassen eine große Zahl, bis zu 17, Absätze. So liegt ein gewaltiges Gesetzgebungswerk vor, mit Hunderten von Bestimmungen, die, recht zu verstehen, in den gehörigen Zusammenhang einzureihen, in ihrer Auswirkung sich praktisch vorzustellen, selbst für den Sachkenner, eine harte Nuß ist. Außerdem ist der Entwurf ein auf die ZwAufWB. und die FamWB. aufgefropftes Änderungs-gesetz¹⁾, so daß der Leser, um die geplanten Neuerungen zu verstehen, das geltende Recht — und zwar genau — kennen muß, was ein Studium der Gesetze und Verordnungen, der RPr. und der Begründungen erfordert und mehr Zeit kostet, wie eine Doktorarbeit. Für den Abgeordneten, der das Bedürfnis empfindet, sich über den gegenwärtigen Rechtszustand zu unterrichten, für den Fideikommissbesitzer, der unmittelbar vor Todeschluß sich entscheiden will, ob er noch nach jegigem Recht freiwillig auflösen soll, u. a. ist schlecht gefordert. Die eingehende und sorgfältige Begründung zum Entwurf verfolgt andere Ziele, und ist außerdem vergriffen. Um so dankenswerter erscheint die Schrift von Mielke, die eine Einführung in das heutige materielle Fideikommissrecht gibt und zugleich auf die vom Entwurf geplanten Änderungen hinweist. Der Verf. ist Mitglied des Auflösungsamts in Stettin. Er kennt den Gegenstand aus seiner richterlichen Tätigkeit. Er gibt ein lebendiges Bild des wirklichen Lebens. Mit warmfühlender Anteilnahme an dem Fideikommissbesitzer, den Anwärtern, den Geschäftsfreunden empfindet er ihre Bedürfnisse und ihre Sorgen. Er schildert die Rechtslage des Besitzers vor und nach der Auflösung und den evtl. jahrelangen kritischen Zwischenzustand zwischen dem Todesfall bzw. dem Stichtag und der Rechtskraft des Fideikommissauflösungsscheins, während dessen das bisherige Fideikommissvermögen de jure frei, de facto gebunden ist. Er behandelt den Erwerb des Fideikommisses durch Tod und durch Verzicht, die steuerrechtlichen Wirkungen, die Aufsicht über die Wirt-

schaftsführung durch Kurator und Auflösungsamt, die wirtschaftliche Not der Besitzer, die Verwaltungsentziehung und eventuelle Unterstützung des Besitzers während der Zwangsverwaltung, die Pflegerbestellung, die Grenzen der Fruchtziehung, z. B. bei Windbruch und Raupenfraß, Eingriffe in den Stamm des Vermögens durch Aufnahme von Substanzdarlehn und durch Mehreinschlag, Familienschlüsse und deren Befätigung, Erstattung von Aufwendungen zur Erhaltung oder Verbesserung des Fideikommissvermögens u. a. m. Diese Beispiele, die man vervielfältigen kann, zeigen, wie die Darstellung aus dem Leben schöpft. Darum wird, wie ich glaube, niemand die kleine Schrift ohne Anregung und Belehrung aus der Hand legen.

II.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den dem Preussischen Landtag vorliegenden Fideikommissgesetzentwurf von Dr. Fritz Mielke, Oberlandesgerichtsrat in Stettin. Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag. 22 S.

Der Entwurf bringt vier grundlegende Neuerungen:

- Abkürzung der Dauer der Gesamtauflösung durch Einführung eines Stichtages (1. April 1925), an welchem sämtliche dann noch bestehenden Familiengüter gleichzeitig frei werden sollen (§ 3);
- Verbesserung der Lage der Abfindungsberechtigten durch Erhöhung der Abfindung und Abschaffung des bisherigen Rechts des Fideikommissbesitzers auf testamentarische Regelung und Ausschluß der Abfindung (§ 4);
- Änderung des Fruchtenerwerbsrechts dahin, daß die Früchte des Fideikommisses nicht mehr in das Fideikommissvermögen fallen, sondern unmittelbar mit Trennung oder Fälligkeit ins freie Vermögen gelangen (§ 6a);
- Verbesserung der Lage der Gläubiger des Fideikommissbesitzers durch Erklärung der sog. Betriebsgläubiger zu Stammgläubigern und durch Eröffnung eines Zugriffsrechts der Allogläubiger auf die Früchte des Fideikommisses, ausnahmsweise auch auf den Stamm.

Die grundlegende Frage, mit der sich die Begründung (Sp. 58 ff.) eingehend auseinandersetzt, ist, ob diese tief in das Privateigentum eingreifenden Änderungen mit den Grundbüssen der RVerf. in Einklang stehen. Die Schrift von Mielke ist ausschließlich dieser Untersuchung gewidmet. Er prüft die Frage auf breiter Grundlage. Zu jedem Punkte wird der gegenwärtige Rechtszustand bei der Zwangs- und bei der freiwilligen allmählichen Auflösung dargestellt; demnächst die Regelung des Entwurfes erörtert und dann unter Berücksichtigung der parlamentarischen Vorgeschichte, der RPr. des RG., der Materialien zum BGB. und des Schrifttums, unter Anführung von aus dem Leben gegriffenen Beispielen, Kritik an dem Entwurf geübt, aber nicht eine negative Kritik, sondern es werden zugleich zu den einzelnen Punkten praktische Vorschläge gemacht, wie, ohne Verletzung der Verfassung, die vom LT. anerkannten Mängel des gegenwärtigen Zustandes zu beheben und die Absichten der Regierung auf beschleunigte Auflösung nach Möglichkeit zu erreichen sind.

Die Begründung stellt zur Rechtfertigung der entschädigungslosen Enteignungen (S. 58) den Satz auf:

„Die Anwärter, deren Rechte bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes noch nicht zur Folge geführt haben, haben . . . auf Grund der ZwAufWB. noch keine Rechte erworben. Die ZwAufWB. stellt nur Rechtsfäße auf, nach denen sich der Erwerb von Rechten vollzieht. Solange der Tatbestand dieser Rechtsfäße noch nicht voll erfüllt ist, kann von einem Rechtserwerb noch nicht die Rede sein.“

Dazu sagt Mielke:

„Das ist ein Fehlschuß. Die Abschaffung eines Rechtsinstitutes bedeutet die Aufhebung gewisser Rechtsfäße, also eine Beseitigung objektiven Rechts. Die Abschaffung von Anwärterrechten bedeutet aber die Zerstörung einzelner subjektiver Rechte. Wird das objektive Recht geändert, so werden die auf diesem Boden bisher erwachsenen subjektiven Rechte keineswegs mit hinfällig.“

Mielke beruft sich hierfür auf folgende Stelle aus den Motiven zum BGB. (Bd. 1, 21):

„Daß der Staat als Hüter der Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er den unter dem Schutze seiner Gesetze und deren Garantie gehörig erworbenen und begründeten Rechten und Rechtsverhältnissen später ihre Wirksamkeit wieder entziehen wollte. Die Annahme, daß der Staatwille auf ein Verfahren gerichtet sein sollte, welches das dem Gesetze entgegengebrachte Vertrauen täuschen, die Rechtsicherheit gefährden, das Rechtsbewußtsein erschüttern und schließlich die Staatsautorität untergraben müßte, verbietet sich von selbst.“

Mielke fährt dann in seiner Deduktion, wie folgt, fort:

Der Entw. müßte also, wenn er bestehende Anwärterrechte beseitigen will, sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegen. Das wäre gleichbedeutend mit einer Enteignung der betroffenen

¹⁾ Auch die in dem Entwurf regelmäßig wiederkehrende Fassung: An die Stelle des § x treten folgende Vorschriften; § y erhält folgende Fassung; im § z treten an die Stelle der Worte a, b, c die Worte d, e, f uff., die ein dauerndes Vergleichen mit den älteren Gesetzen notwendig macht, erschwert das Studium.

Anwärter. Dem Landesgesetzgeber sind Enteignungen aber nur gegen angemessene Entschädigung und unter Offenhaltung des Rechtsweges wegen der Entschädigung erlaubt.

Zusammenfassend sagt Mielke am Schluß seiner Ausführungen:

a) Verfassungswidrig ist die Einführung eines Stichtages mit dem im Entw. vorgesehenen Folgen. Verfassungsmäßig ist nur eine Auflösung, welche bereits entstandene Folgerechte achtet und sich darauf beschränkt, die Entstehung neuer zu verhindern.

Verfassungswidrig ist der durch den Entw. vorgesehene Eingriff in die durch rechtskräftig bestätigten Familien= schluß endgültig geordnete freiwillige allmähliche Auflösung.

b) Verfassungswidrig ist jede dem Fideikommißfolger auferlegte Abfindung (neben der Versorgung) zugunsten der nicht zur Nachfolge gelangenden Angehörigen des letzten Fideikommißbesizers.

c) Verfassungswidrig ist die im Entwurfe vorgeschlagene Entblößung des Fideikommißvermögens von den Früchten der zu ihm gehörigen Sachen.

Verfassungswidrig ist die Zulassung eines Zugriffs von Allodgläubigern in Fideikommißfrüchte und in den Stamm des Fideikommißvermögens.

III.

Fideikommißauflösung und Reichsverfassung von D. Dr. Günther Holstein, Professor in Kiel. Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag. 23. S.

Die Schrift enthält ein Gutachten über die Frage: „Ist der Entwurf eines Abänderungsgesetzes zum preuß. Fideikommißauflösungsrecht mit der Reichsverfassung vereinbar?“ Der Verf. prüft die grundlegenden Neuerungen des Entw. und setzt sich mit den Argumenten auseinander, die die Begründung zugunsten der Verfassungsmäßigkeit anführt. Gegenüber der Berufung auf die Bedenken, die Carl Schmitt (ZW. 1929, 195) gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts bei Auslegung des Eigentumsbegriffs im Art. 153 RWerf. geltend gemacht hat, verweist er darauf, daß die Entwicklung der gesamten wissenschaftlichen und praktischen Arbeit, die sich seit dem Bestehen der Weimarer Verfassung vollzogen hat, zu der Überzeugung geführt habe, daß die grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen, die als Heiligtum des deutschen Volkes gedacht sind (RG. 102, 165), nicht Monologe des Gesetzgebers, sondern positives Recht sind; ferner, daß die Normgedanken des RG. nicht nur mit der Geschichte und dem gesetzgeberischen Sinn des Art. 153 vereinbar seien, sondern von diesem geradezu gefordert werden. Eingehend behandelt er die Bedenken gegen die Entziehung der Anwärterrechte, die Abfindungen, die Änderungen des Fruchtenerwerbssrechts und die auch von Mielke bekämpfte Theorie, daß der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf Art. 153 RWerf. durch Änderung von Rechtsinstituten die sich daraus ergebenden zeitlich bedingten Rechtsansprüche ausheben dürfe.

Die Auffassung des Verf. kann man etwa wie folgt wiedergeben:

a) Die Auflösung der Fideikommiße auf Grund des Art. 155 RWerf. muß sich in den allgemeinen Grenzen des Reichsverfassungsrechts halten. Art. 155 schließt nicht das Recht in sich, einen Teil der Berechtigten überhaupt ausfallen zu lassen.

b) Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts stellen die Einführung des Stichtages, der damit verbundene Rechtsausfall, sowie die Vorschriften der §§ 4e, 5, 6a des Entw. entschädigungslose Enteignungen dar, soweit diese Rechte einen real meßbaren wirtschaftlichen Wert haben. Zutreffendenfalls verstößt ihre entschädigungslose Aufhebung gegen Art. 153, Abs. 2 RWerf. und würde, da Reichsrecht Landesrecht bricht, rechtsunwirksam sein.

c) Soweit für diese Enteignungsakte die ordentlichen Gerichte ausgeschaltet werden, verstößt dies gegen Art. 153 RWerf. Den Beteiligten würde der Rechtsweg offenstehen und das RG. in der Lage sein, die Rechtswirksamkeit der gegen Art. 153 verstoßenden landesrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck zu bringen.

In diesem Gutachten herangezogen und im Anhang dazu abgedruckt ist ein früheres Gutachten des Verf. über die Frage: „Kann der preuß. Gesetzgeber ohne Rücksicht auf Art. 153 die in den Provinzen Sachsen und Niederschlesien zur Zeit bestehenden Rechte auf Auffindung und Gewinnung von Steinkohle und Erdöl ohne Entschädigung dem beteiligten Grundeigentümer entziehen?“

Ein von der Staatsregierung im Mai 1929 vorgelegter Gesetzentwurf über den vorstehend bezeichneten Gegenstand hatte bestimmt:

„Für die Entziehung des Rechts auf Auffindung und Gewinnung der im Art. 1 § 1 genannten Stoffe wird eine Entschädigung nicht gewährt.“

Die Begründung dazu hatte sich, ebenso wie es die Begründung zum Fideikommißgesetzentwurf (S. 60) tut, für die Nichtgewährung der Entschädigung auf das Art. des Staatsgerichtshofes v. 23. März 1929 bezogen, welches ausführt, daß in solchem Falle nicht eine Enteignung nach Art. 153 Abs. 2 RWerf., sondern lediglich eine Eigentumsbeschränkung nach Art. 153 Abs. 1 RWerf. vorliegt, für die eine Entschädigung nicht in Frage komme. Holstein behandelt in dem älteren Gutachten die Bedeutung und die rechtliche Tragweite des Art. des Staatsgerichtshofes und bemüht sich, an der Hand der Rpr.

und des Schrifttums zu Art. 153 RWerf. nachzuweisen, daß die geplante entschädigungslose Enteignung das Gesetz nichtig machen würde. Der II., dem das Gutachten von Holstein vorlag, hat den Entw. dahin geändert:

„Für einen nach Art. 2 eintretenden Rechtsverlust hat der Staat angemessene Entschädigung in Gestalt eines Förderzinses zu leisten“ (Ges. v. 22. Juli 1929, PrGS. Nr. 20, S. 88).

Dieses ältere Gutachten von Holstein ist deshalb auch für die vorliegende Frage beachtlich. *ZR. Dr. W. Loewenfeld, Berlin.*

Dr. jur. Franz von Waldow: Das Arbeitsrecht der Land- und Forstwirtschaft. Leipzig 1929. Vertretungsverlag W. Moeser Buchhandlung. 70 S. Preis geb. 2 M.

Der Verf. gibt eine Gesamtübersicht über das Arbeitsrecht der Land- und Forstwirtschaft. Die Darstellung, die im wesentlichen erschöpfend ist, nirgends aber in die Tiefe geht, ist von Wert für denjenigen, der sich eine oberflächliche Kenntnis des landwirtschaftlichen Arbeitsrechts verschaffen will. Sie wird insbes. für die landwirtschaftlichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von praktischem Wert sein, die auf Grund der gemeinverständlichen Darstellung sich mit den Grundsätzen der für ihr gegenseitiges Verhältnis maßgebenden Bestimmungen vertraut machen können.

An einzelnen Stellen hätte die Darstellung etwas sorgfältiger sein können. Auf S. 33 fehlt bei der Behandlung des Einspruchsverfahrens nach dem BetrVG. die Angabe der Fristen. Auf S. 34 fehlt bei der Darstellung des Kündigungsrechts der Betriebsratsmitglieder die Angabe, daß eine zustimmungslose Kündigung auch bei Betriebsstilllegung zulässig ist. Auf S. 35 ist die Angabe, daß die landwirtschaftlichen wichtigen Kündigungsgründe weiter gefaßt sind als die der GewD., ungenau; die einschlägigen Bestimmungen der vorläufigen Landarbeitsordnung stehen zu denen der GewD. dadurch in Gegensatz, daß bei der letzteren die zur fristlosen Kündigung berechtigenden Gründe erschöpfend, bei der ersteren dagegen, bei der jeder wichtige Grund zur fristlosen Kündigung berechtigt, nur beispielsweise aufgeführt sind. Auf S. 18 ist die Darstellung der Fortwirkung des TarVertr. auf Arbeitsverträge bei Austritt des Arbeitgebers aus dem am TarVertr. beteiligten Verband für denjenigen nicht verständlich, der mit der Materie nicht vertraut ist. Die Normen des TarVertr. gelten nicht — wie der Verf. sagt — kraft Gesetzes für die bestehenden Arbeitsverhältnisse weiter, sondern deshalb, weil sie Inhalt des Einzelarbeitsvertrages geworden sind und eine Abänderung desselben nur durch ordnungsmäßige Kündigung möglich ist.

Die ebenso wichtige wie schwierige Frage, wie weit die Gärtnerei der Landwirtschaft zuzurechnen ist, ist viel zu kurz behandelt.

Die Angabe auf S. 5, daß das ArbGG. durch die Beseitigung des Schlichtungswesens für Einzelstreitigkeiten und durch die Streichung gewisser Bestimmungen der vorläufigen ArbD. auch die Landwirtschaft dem ordentlichen Arbeitsgerichtsprozeß unterstellt hat, ist in dieser Form abwegig; die wesentliche Bedeutung des ArbGG. für die Landwirtschaft besteht in der Unterstellung unter diese Sondergerichte im Gegensatz zu der bis dahin gegebenen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Zum Schluß noch ein Wort zu der Einleitung. Auf S. 3 heißt es: „Die deutsche Landwirtschaft warf im Frieden einen jährlichen Reinertrag von etwa 1 Milliarde ab. Dieser Betrag wird heute allein von der Zinslast der Schulden verschlungen.“ Nachdem wir nunmehr bald ein Jahrzehnt wieder im Frieden leben, sollte man sich daran gewöhnen, von der Vorkriegszeit zu sprechen, wenn man die Zeit vor dem Kriege meint. Im übrigen scheint mir die Gegenüberstellung des Vorkriegsreinertrages gegenüber der heutigen Zinslast insofern wenig glücklich, als ja auch in der Vorkriegszeit die Landwirtschaft nicht unerheblich mit Schulden belastet war. Wenn der Verf. also schon auf wirtschaftliche Zahlenangaben Wert legte, so hätte er zum mindesten auch die Zinslast der Vorkriegszeit mit berücksichtigen müssen.

W. Dr. v. Karger, Berlin.

Geh. Justizrat Stelling, Oberstaatsanwalt i. R.: Die hannoverschen Jagdgesetz. Hannover 1929. Verlag der Hannoverischen Buchhandlung. Großoktav. Preis 24 M.

Der im Herbst 1928 erschienenen ersten Abteilung ist nunmehr in einem stattlichen, 400 Seiten umfassenden Bande die zweite Abteilung des in drei Abteilungen eingeteilten Werkes gefolgt. Nachdem in jener Abteilung das Wildschadenrecht des BGB., des EinG. und des hannoverschen WildschadenG. sowie das dort geltende JagdG. v. 29. Juli 1850 behandelt ist, ist in der jetzigen die ganze hannoversche JagdG. v. 11. März 1859 nebst der ministeriellen Ausführungsanweisung Gegenstand eingehender Erläuterungen. Ihnen ist der Wortlaut der JagdG. im Zusammenhang zur besseren Orientierung ihres Inhalts vorausgeschickt.

Auch für den Inhalt der zweiten Abteilung kann das bei der Besprechung der ersten Abteilung über die Bedeutung und die Bedeutung des Werkes Ausgesprochene nur wiederholt werden (ZW.

1928, 2430). Jeder einzelne Paragraph auch der JagdO. ist bis in die kleinsten Einzelheiten hinein auf das Eingehendste kommentiert, und es ist dabei mit außerordentlicher Sorgfalt aus der gesamten Literatur und der Rpr. ein geradezu lückenloses Material zusammengetragen. Die Erläuterung jeder Bestimmung ist in so umfassender Weise erfolgt, daß eigentlich wohl aus dem Werke jede auftauchende Frage wird beantwortet werden können. Durch die Fülle des Gebotenen droht allerdings die Übersicht über das Ganze für den Benutzer des Werkes etwas verlorenzugehen, und es wird daher am Ende des Werkes eines recht eingehenden Sachregisters bedürfen, um seinen reichen Inhalt auch wirklich praktisch nutzbar zu machen. Denn die durch das ganze Werk durchgeführte Hervorhebung von Stichworten im Text der einzelnen Anmerkung durch Fettdruck erleichtert zwar die Inhaltsübersicht der einzelnen Anmerkung, vermag aber eine solche über das ganze Werk nicht zu ersetzen. Im besonderen sind die mitten im Werk abgedruckten Nebenvorschriften, wie z. B. das Edikt über das Halten von Feldtauben und die Vorschriften über den Kantuchenjang, für den, der sie einsehen will, ziemlich schwer auffindbar.

Aber dieser äußere Schönheitsfehler vermag den gebiegenen Wert des Werkes nicht zu beeinträchtigen.

OGK. Prof. Görcke, Eberswalde.

Höfegesetz für die Provinz Hannover in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juli 1909, erläutert von Justizrat Dr. **Vinkelmann**. Dritte, neu durchgearbeitete Auflage. Hannover 1929. Verlag C. W. Engelhard & Co. Preis 6 M.

Der bekannte Führer durch das Gebiet des hannoverschen Höferechtes liegt in neuer Auflage vor. Im systematischen Aufbau und der äußeren Anordnung ist das Werk unverändert geblieben; in vielen Einzelheiten dagegen ist es unter Berücksichtigung des Schrifttums, der Rpr. und der sonstigen Erfahrungen aus der Anwendung des HöfG. teilweise erheblich ergänzt und bisweilen auch geändert worden. Der Erläuterung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen hat der Verf. eingehende Ausführungen vorausgeschickt, in denen er nach Mitteilung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Stellung des behandelten Rechtsstoffes in dem großen Gebiete des Privatrechtes näher festlegt und die dem Gesetze zugrunde liegenden Rechtsgedanken klarstellt. Insbes. hat er dabei in überzeugender Weise die rechtliche Natur des Rechtes des Auerben und der Ansprüche seiner Miterben dargelegt und daraus die für die Behandlung des höherrechtlichen Erbfalls im Grundbuche und im Erbscheine sich ergebenden Folgerungen entwickelt, ferner seine zum Teile von der Rpr. des RG. abweichende Stellungnahme zu der Frage der Zulässigkeit der Nacherbsfolge im Rahmen der höherrechtlichen Erbfolge näher dargelegt. Hierüber enthielt die vorige Auflage des Buches nur eine kurze und in ihrer Allgemeinheit wohl auf keinen Fall zutreffende Bemerkung. Jetzt hat der Verf. zu dieser Frage und im Anschluß daran auch zu der Frage der Zulässigkeit von Bedingungen und Befristungen bei der Erbenennung des Auerben sich eingehend geäußert. Dabei stimmt er, soweit es sich um die Zulässigkeit der einfachen Vor- und Nacherbsfolge handelt, nunmehr mit der diese Frage wohl mit Recht behandelnden Ansicht des RG. überein. Soweit es sich dagegen um die Zulässigkeit einer Vor- und Nachanererbsfolge handelt, die das RG. jedenfalls in einem bestimmten Falle ebenfalls für zulässig erklärt hat, hält er an seinem früheren verneinenden Standpunkte fest. Ebenso verneint er die Zulässigkeit einer Bedingung oder Befristung, durch die der Erwerb des Auerbenrechtes in unzulässiger Weise von dem Erwerbe des Erbteils getrennt werde. Letztere Ansicht dürfte zutreffen. Ob auch den Ausführungen über die Unzulässigkeit einer Nachanererbsfolge schlechthin zuzustimmen ist, dürfte dagegen immerhin zweifelhaft sein. Auf jeden Fall aber ist es ein unbestreitbares Verdienst des Verf., klar herausgestellt zu haben, daß bei den bisherigen Erörterungen dieses Problems die Unterschiede, die zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Tatbeständen bestehen können, nicht scharf genug erkannt und bewertet worden sind und dadurch die Lösung erschwert worden ist. Zweifellos hat der Verf. durch seine eigenen eingehenden und gründlichen Ausführungen erheblich zur Klärung dieser gerade in letzter Zeit in der Praxis häufiger aufgetretenen Zweifelsfragen beigetragen und sie im Zusammenhange mit der Rpr. des RG. (das OVG. Celle hat bislang noch nicht Gelegenheit gehabt, sich in einer Entsch. mit ihnen zu befassen) jedenfalls zu einem wesentlichen Teile auch wohl schon endgültig einer Lösung zugeführt. Eingehend hat der Verf. auch die Vorschriften für den Fall, daß der Hof zum Gesamtgute einer allgemeinen Gütergemeinschaft des OVB. gehört, behandelt. Dabei wäre es vielleicht manchem erwünscht gewesen, wenn der Verf. wenigstens kurz auch auf die Rechtslage eingegangen wäre, die besteht, wenn der Hof zum Gesamtgute einer altrechtlichen Gütergemeinschaft gehört. Diese Fälle kommen noch jetzt im ehemaligen Fürstentum Osnabrück verhältnismäßig häufig vor und bieten den Beteiligten durch das Zweinadergehen der güterrechtlichen und höherrechtlichen Bestimmungen vielfach Schwierigkeiten. Endlich hat der Verf. in den allgemeinen Erörterungen sich noch mit der Frage nach dem

Geltungsbereich des Gesetzes befaßt. Hier hat er den in der früheren Auflage vertretenen engen Standpunkt, daß das Gesetz nur dann anwendbar sei, wenn der Erblasser bei seinem Tode seinen Wohnsitz in der Provinz Hannover gehabt habe, wohl in zutreffender Weise ausgegeben.

Die Erläuterungen der einzelnen gesetzlichen Vorschriften weisen eingehend den Weg für die Anwendung des Gesetzes im einzelnen Falle. In ihnen hat der Verf. auch die neuere Gesetzgebung auf anderen Rechtsgebieten berücksichtigt, wie die Ausführungen über das Heuerlingsverhältnis und über den Einfluß der Aufwertungsrichtlinien zeigen. Nur in der Ann. 46 zu a dürfte die Vorschrift des § 399 Ziff. 7 u. 9 PrBVG. von 1913 nicht hinreichend beachtet worden sein. Besonders willkommen werden vielen die zu den Vorschriften über die Berechnung des Voraus des Auerben und der Abfindungen seiner Miterben gegebenen Beispiele sein. Leider fehlt es an einem solchen und überhaupt an näheren Ausführungen an einer anderen Stelle, die bei der Anwendung des Gesetzes im einzelnen Falle immer wieder Schwierigkeiten macht: bei den Vorschriften über die Ermittlung des Hofeswertes, wenn, wie es öfter vorkommt, mit dem landwirtschaftlichen Betriebe auf dem Hofe ein Nebenbetrieb, z. B. eine Gattwirtschaft oder eine Schmiede oder Stellmacherei, verbunden ist (§ 13 Abs. 2).

Von besonderer Bedeutung sind schließlich noch die eingehenden Ausführungen im Anschluß an die Vorschrift des § 41 über die sog. Übergabe des Hofes im Wege der verfrühten Erbfolge, die in der Praxis eine ebenso große Rolle spielen dürfte wie die Vererbung der Höfe nach dem HöfG. Hierzu hat der Verf. das Ergebnis des Schrifttums und der Rpr. übersichtlich zusammengestellt und kritisch gewürdigt. Man wird seinen Ausführungen im wesentlichen zustimmen müssen. Das wird insbes. auch von der an anderer Stelle (Ann. 59 zu § 19) gemachten Ausführung zu gelten haben, daß die Vorschrift des § 19 über die Verpflichtung des Auerben, den Betrag seines Voraus nachträglich in die Erbmasse einzuschließen, wenn er den Hof innerhalb bestimmter Frist veräußert, sinngemäß auf den Fall anzuwenden sei, daß er den Hof durch Übertragung unter Lebenden im Wege der verfrühten Erbfolge erhalten habe.

In einem Anhange hat der Verf. endlich noch den Text des HöfG. i. d. Fass. v. 2. Juni 1874, wie er noch jetzt häufig gebraucht wird, sowie der Allg. Verf. v. 30. Sept. 1874 und v. 13. Sept. 1909 über die Führung der Höferollen in der Provinz Hannover mitgeteilt und dadurch die Benutzbarkeit des Buches für den Praktiker erhöht. Nach allem kann von dem Werke in der neuen Auflage in erhöhtem Maße das gesagt werden, was bisher schon von ihm gegolten hat: daß es ein bewährter Führer durch das Gebiet des in der Provinz Hannover geltenden ländlichen Auerbenrechtes ist, das für weite Kreise der ländlichen Grundbesitzer und die Gestaltung der landwirtschaftlichen Verhältnisse in der Provinz große Bedeutung hat und dessen Bedeutung sich auch noch über die Grenzen dieser Provinz hinaus erstreckt dadurch, daß es das Muster für andere Gesetze ähnlichen Inhaltes gewesen ist.

OGK. Starcke, Westercelle bei Celle.

Handbuch des Landesproduktenhandels 1929. Unter Mitwirkung und Mitarbeit der Börsen, Vereinigungen und maßgebender Fachleute herausgegeben. Zweite, neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin 1929. Verlag für Börsen- und Finanzliteratur AktG. Lexikonformat zirka 1200 S. Preis Leinenband 24 M.

Das Werk setzt in Erstaunen durch die Fülle des in ihm gebotenen Stoffes.

Aus dem reichhaltigen Inhalt seien hervorgehoben:

Teil A enthält Aufsätze von Al. Dr. Max Morgenroth: Die Zollgesetzgebung; DRKG. Dr. Alfons Moriz: Die Unterscheidung von Sorten im Saatgutverkehr; Dr. Max Morgenroth: Das Futtermittelgesetz, unter Beifügung des Gesetztextes, Abdruck der Einheitsbedingungen für den Handel mit Futtermitteln und der Fabrikbedingungen der dem Verbands Deutscher Futtermittelfabrikanten e. V., Berlin, angeschlossenen Fabriken, und schließlich einen Artikel über die Praxis des Futtermittelgesetzes von Direktor P. Hamm; ferner Artikel über künstliche Düngemittel, Umsatzsteuerfragen, Maße und Gewichte und einen Ernte-Kalender.

Teil B: „Handelsgebräuche und Schiedsgerichtswesen der deutschen Produktenbörsen“, enthält eine wertvolle Zusammenstellung über folgende Gegenstände:

Die Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel, mit einem ausführlichen Kommentar; die süddeutschen Sonderbestimmungen; rheinisch-westfälische Handelsgebräuche; einen Aufsatz über den Zeithandel an den Produktenbörsen Berlin, Breslau und Hamburg; die Ortsgebräuche und Schlußscheine der deutschen Produktenbörsen, Märkte und Vereinigungen; die Sonderbedingungen der Fachvereinigungen und schließlich noch eine Reihe von Aufsätzen über das Schiedsgerichtswesen der deutschen Produktenmärkte und Produktenvereinigungen.

Teil C gibt einen Überblick über die deutsch-niederländischen Verträge und bringt Kontrakte und Usancen der ausländischen Produktenbörsen, insbes. Danzig, Lüttich, Polen, Österreich, Tschecho-

Slowakei, Rumänien, Ungarn, Italien, Schweiz, Frankreich, Belgien, Niederlande, England, Dänemark und Schweden.

Es ist unmöglich, in dem beschränkten Raum einer kurzen Besprechung auch nur annähernd den Inhalt des Buches zu würdigen.

Herausgeber und Verleger haben ein Werk geschaffen, welches für die Fachkreise von größter Bedeutung ist. D. S.

Reichszivilgesetze. Eine Sammlung der wichtigsten Reichsgesetze über bürgerliches Recht und Rechtspflege. Für Rechtslehre und Praxis herausgegeben von Dr. **Cruft Jaeger**, Professor der Rechte zu Leipzig. 7., neubearbeitete Auflage. München 1929. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier).

Wenige Monate nach dem Erscheinen der in JZ 1929, 169 angezeigten 6. Auflage war die jetzt erschienene 7. Auflage notwendig — ein wohlverdienter Erfolg des allen Juristen vertrauten Jaeger-Bandes. Mehr vielleicht noch als bei anderen juristischen Werken ist der Besitzer einer Textausgabe auf die Sorgfalt des Autors oder Herausgebers angewiesen.

Bei anderen Büchern ist der juristisch kritische Sinn stets wach. Bei Ausgaben von Rechtsquellen verzichtet der heutige Jurist auf den Argwohn der früheren Generationen. Leider ist das Gesetzblatt längst nicht mehr ein praktisch brauchbarer Helfer, und oberflächlich gearbeitete Kompilationen bergen manche Gefahr. Diese Gefahren braucht der Besitzer des Jaeger nicht zu fürchten. Wie bei den alten Auflagen, so überzeugten auch bei der jetzigen 7. Aufl. Stichproben davon, daß durch die mühsame Arbeit des Herausgebers uns ein reifstes zuverlässiges Werk beschert ist. Eine nicht selten unangenehm aufgefallene letzte Lücke ist nunmehr durch die Aufnahme der KartW. geschlossen. Wenn für die nächste Auflage ein kleiner Wunsch geäußert werden darf, so sei auf die Stellung des RindSchG. v. 9. Juli 1926 hingewiesen: Es befindet sich jetzt in einer Anmerkung zu § 66 HGB., obwohl nicht nur Handlungsgehilfen ihm unterstehen.

Die neue Auflage beruht auf dem Stande der Gesetzgebung v. 1. Juli 1929. D. S.

Arch, Landgerichtspräsident i. R.: Die freie Aufwertung. mit Anhang: Aufwertung nach § 242 BGB. Vierte Bearbeitung des Grundrisses 1928.

Der 44 Seiten umfassende Hauptteil des (ohne Angabe des Verlags und Erscheinungsortes herausgekommenen) Buchs bringt in übersichtlicher Einteilung die Npr. und Literatur — auch zahlreiche verstreute Aufsätze — in Gestalt kurzer Hinweise und Zusammenfassungen, und zwar bis ungefähr Ende 1927. Die gründliche und sorgfältige Arbeit erleichtert, wie längere Benutzung gezeigt hat, den ersten Überblick und das Auffuchen der Quellen, namentlich für abseitige seltener Fälle. Das Buch entspricht einem Bedürfnis der Praxis und erfüllt eine eigene Aufgabe neben den bekannten mehr zeitlich geordneten Sammlungen und auch neben dem systematischen Teile des Müggelsh. Werkes. Der 70 Seiten umfassende Anhang skizziert die Kontroverse über die allgemeinen und einige wichtigere Einzelfragen und läßt den Verf. selbst zu Worte kommen. Hervorzuheben sind die überzeugende Ablehnung der Verwirklichungstheorie (S. 176) und die scharfe Verwahrung gegen die Vermengung von Recht und Gnade, deren Gefahr mit der Hineinziehung der persönlichen Verhältnisse gegeben ist. Hier wird das letzte Problem der Aufwertung, zugleich das Zeitproblem der Rechtsanwendung überhaupt, berührt (vgl. dazu aus jüngster Zeit die treffenden Ausführungen Erdieks: DZB. 1929, 678). Zwischen der Forderung nach Einheitlichkeit und dem Streben nach liebevollster Behandlung jedes Einzelfalles gibt es keine Verschmelzung. Die Grundfragen der Aufwertung sind zwar gelöst, aber unsicher und schwankend ist nach wie vor auch in einfachen Fällen die Entsch. über das Wieviel. RA. Dr. Johannes Weygand, Leipzig.

Dr. Paul Hinte: Wirkung des Handelns unter falschem Namen unter Berücksichtigung des Grundbuchs- und Wechselverkehrs. Berlin 1929. Verlag von Speyer & Peters. 163 Seiten. Preis 4,80 M.

Zur vielgestaltigen und vielerörterten Frage des Handelns unter falschem Namen liefert Verf. einen Beitrag, wobei er sich im wesentlichen auf die Prüfung der grundsätzlichen Wirkung vom Gesichtspunkt des Zivilrechts aus beschränkt, die solches Handeln für die unmittelbar Beteiligten hat. Handeln unter falschem Namen nimmt er immer an, wenn jemand sich hierbei eines ihm nach der Rechtsordnung nicht zukommenden Namens — in der Regel also eines fremden Familiennamens — bedient. Aber eine Vereinfachung der Frage ließe sich dadurch herbeiführen, daß die Fälle ausgeschlossen werden, in denen jemand unter einem Namen auftritt, der ihm zwar von Rechts wegen nicht zusteht, ihn aber einwandfrei zu bezeichnen geeignet ist und ihn vielleicht sogar besser bezeichnet als der ihm zustehende bürgerliche Name, also z. B. unter seinem Decknamen, unter dem er nicht nur als Künstler, sondern auch im bürgerlichen Leben bekannt ist; Verf.

spricht hier im Anschluß an andere von einem „relativ richtigen Namen“. Es sollte daran nicht gezweifelt werden, daß derjenige, der unter einem solchen Namen handelt, es unter seinem Namen tut, so daß dieser Fall aus dem Komplex der Fragen des Handelns unter fremdem Namen ausgeschaltet werden könnte. Verf. unterscheidet ferner das Handeln in fremdem Namen, wenn die Rechtshandlung für den Träger dieses Namens wirken soll, von dem des Handelns unter fremdem Namen, das ist dem Handeln für sich selbst, wobei der Handelnde sich diesen fremden Namen beilegt; durch eine strenge Scheidung dieser beiden Gruppen ließe sich gleichfalls eine Vereinfachung erzielen.

Verf. gliedert seine Untersuchungen in einen allgemeinen Teil, der wieder in eine Reihe von Einzeluntersuchungen zerfällt, wobei er bestrebt ist, soweit als möglich die Gültigkeit des Vertrages und seine Verbindlichkeit für den Handelnden darzutun, und in einen besonderen Teil, der u. a. das Handeln unter falschem Namen im Wechsel-, im Grundbuchs- und im Eherecht behandelt. Auf die Einzelheiten der Untersuchung und ihr Ergebnis hier einzugehen, ist unmöglich, die fleißige Schrift kann aber jedem, der dieser praktisch so bedeutsamen Frage grundsätzlich oder in einer Einzelheit Interesse entgegenbringt, bestens empfohlen werden. Sektionschef i. R. Prof. Dr. Emanuel Adler, Wien.

Markull, Ministerialrat im Reichsfinanzministerium: Das Reichs- und Landesrecht der Zuwachssteuer. Grundzüge und Hauptfragen. Stuttgart 1928. Verlag von J. Hef. 216 S. Preis geh. 9,60 M., geb. 12 M.

Die wissenschaftliche Behandlung des Wertzuwachssteuerrechts ist dadurch stark beeinträchtigt worden, daß das Reichszuwachssteuergesetz v. 14. Febr. 1911, durch das die landesrechtlichen Steuern aufgehoben und die Gemeinden und Gemeindeverbände auf ein Zuschlagsrecht beschränkt wurden, durch das RGes. v. 3. Juli 1913 den wesentlichsten Teil seiner Bedeutung verloren hat; die Steuern wurden zu einer Landessteuer, und die Gemeinden und Gemeindeverbände konnten sie frei gestalten. Dem ausgezeichneten Kommentar von Lion aus der Zeit der praktischen Geltung des RZuWStG. ist keine auch nur entfernt gleichwertige Behandlung des Rechtsgebietes gefolgt. Jede Stadt, jede Gemeinde hat eine besondere ZuWStD.; diese ähneln sich in vielen Bestimmungen, die aus Mustersteuerordnungen und dem alten Reichsgesetz entnommen sind, sind aber im einzelnen doch vielfach verschieden. Dies erschwert die wissenschaftliche Behandlung des Rechtsgebietes und führt dazu, daß sich die Erläuterungsbücher, die zu einzelnen Wertzuwachssteuern erschienen und teilweise recht brauchbar sind, auf die Behandlung der praktisch wichtigen Fragen beschränken, die grundsätzlichen Fragen aber nicht eingehend behandeln. (Für die Praxis sehr wichtig sind die nicht genügend bekannten Berichte von Pape über das ZuWStG., die alljährlich in Poppes Jahrbuch erscheinen.) Wie auf so vielen anderen Gebieten hat auch hier die Zersplitterung zu einer Verkümmern der wissenschaftlichen Forschung geführt. Die wissenschaftlichen Energien haben sich im letzten Jahrzehnt dem in vielfachen Beziehungen zum WertZuWStG. stehenden durch ein RGes. geregelten Grunderwerbssteuerrecht zugewandt. Es ist daher zu begrüßen, wenn ein Steuerjurist vom Range Markulls sich in dem vorliegenden Buche mit den Grundzügen und Hauptfragen des Zuwachssteuerrechts befaßt.

Markull versucht, aus den verortenen Vorschriften der Länder und der Mustersteuerordnungen den einheitlichen Kern herauszuschälen und Grundzüge eines allgemeinen deutschen Zuwachssteuerrechts zu finden. Die Darstellung Markulls zeichnet sich durch eine ungewöhnliche Schärfe und Klarheit aus; das Buch ist der Ausdruck einer starken, leidenschaftlich nach der Erkenntnis des Wesentlichen ringenden Persönlichkeit. Man muß daher das Buch mit besonderer Freude begrüßen, auch wenn man den Grundgedanken, von dem es ausgeht, nicht billigt. Markull steht auf dem Standpunkt, daß alle Einzelvorschriften des RZuWStG., die den Steuergegenstand betreffen, auch heute noch bindend sind, und beruft sich dafür auf die amtlichen Erläuterungen. Von seinem Standpunkt aus sind viele Vorschriften der örtlichen Steuerordnungen rechtsunwirksam, wie er an einer Fülle von Beispielen zeigt. Die Berufung auf die Begründung erscheint indessen nicht als hinlänglich ausreichend, um mit der bisher herrschenden langjährigen Auffassung zu brechen.

RA. Dr. Adolf Hollaender, Berlin.

Ausland.

Das österreichische Agrarrecht. I. Teil: Landwirtschaftsrecht. Von Privatdozent Dr. Karl Haager, Sektionschef im Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft a. D. Wien 1929. Verlag der österr. Staatsdruckerei. Preis geb. 30 M.

Wer heute eine zusammenfassende Darstellung des gesamten deutschen Landwirtschaftsrechtes schreiben wollte, hätte eine außer-

ordentlich umfangreiche und zum Teil auch recht schwierige Arbeit zu leisten. Dies hat seinen Grund einmal darin, daß sich die Gesetzgebungszuständigkeit auf diesem Gebiete zwischen Reich und Ländern teilt (Art. 10 Ziff. 8—10, 12, 13, 15; Art. 10 Ziff. 4; Art. 12 RVerf.), und zwar derart, daß die Zuständigkeit der Einzelländer überwiegt. Es gälte also zunächst das gesamte reichs- und landesrechtliche Gesetzmateriale zu sammeln und, wenn anders nicht ein unübersichtlicher Wirrwarr entstehen soll, auf Grund wissenschaftlicher Durchdringung zu sichten. Hierbei wäre insbes. die Frage eines etwaigen Widerstreites von reichs- und landesrechtlichen Normen (s. Art. 13 RVerf.) sorgfältig zu prüfen. Ein weiterer, bedeutende Schwierigkeiten erzeugender Umstand ist der, daß nach dem Umsturz seitens des Reiches und der Länder vielfach, insbes. auf arbeitsrechtlichem und sozialpolitischem Gebiet, Gesetze ergingen, welche die Frage der Fortdauer früherer, zum Teil sehr weit zurückliegender Gesetze, die sich mit derselben Materie befaßten, nicht ausdrücklich regeln (vgl. die vielumstrittene Frage der Fortgeltung des bay. Gejnderechts [Art. 15—31 BayAllGWB.]).

In Österreich nun liegen die Dinge nicht viel anders: Auch hier die Spaltung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern (s. Art. 10 Ziff. 8—11; 12 Ziff. 5—7 BVerfG.), auch hier vielfache Neuerungen aus der Kriegs- und Nachkriegszeit neben zahlreichen sehr alten Normen. In dem zur Besprechung stehenden Werk hat sich nun Haager die Aufgabe gestellt, die oben angedeuteten Schwierigkeiten für österreichische Verhältnisse zu bewältigen. Er hat diese Aufgabe, um es gleich vorwegzunehmen, glänzend gelöst. Der Verf. hat das außerordentlich umfangreiche Material mit Bienenfleiß und staunenswerter Sachkenntnis gesammelt — hierbei ist ihm seine praktische Erfahrung als ehemaliger Ministerialsektionschef sicherlich von großem Vorteil gewesen — und zu einem für Wissenschaft und Praxis gleich brauchbaren Handbuch verarbeitet.

Außerlich betrachtet, stellt sich das Werk als eine eigenartige Kombination von systematischer Darstellung, Gesetzesammlung und Kommentar dar. Eine solche mag bei anderen Stoffgebieten unzuwidermäßig sein, im vorliegenden Falle war es zweifellos der tauglichste Weg der Sachdarstellung. Denn nur so war es dem Verf. möglich, die überaus zerstreuten Normen in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung wie in ihrem gegenseitigen Zusammenhang aufzuzeigen. Zu diesem Zweck sind insbes. den einzelnen Abschnitten zahlreiche Erörterungen volkswirtschaftlicher und geschichtlicher Art beigegeben, während den Bedürfnissen der Praxis durch sorgfältige Kommentierung, soweit eine solche erforderlich erschien, ferner durch Berücksichtigung der einschlägigen Durch-

führungsvorschriften und Normativverlässe der Verwaltungsbehörden, sowie auch durch die geschickt eingeklochtene Verwertung der Rechtspredung der obersten Gerichtshöfe Rechnung getragen ist.

Den Stoff gliedert der Verf. in fünf Abschnitte: 1. Verfassungsrechtliche und organisatorische Bestimmungen; 2. Landwirtschaftliches Bodenrecht; 3. Landwirtschaftliches Personenrecht (hier insbes. das landwirtschaftliche Arbeitsrecht und die Landwirtschafterversicherungsgesetzgebung); 4. Landwirtschaftliches Betriebsrecht; 5. Rechtsvorschriften über den Verkehr mit Agrarerzeugnissen und landwirtschaftlichen Artikeln. Das Buch ist als erster Teil eines Gesamtwerkes gedacht, welches „Das österreichische Agrarrecht“ betitelt ist. Dieser Gesamttitel mag, wenigstens nach dem bei uns herrschenden Sprachgebrauch, als zu eng gewählt erscheinen, denn der Verf. will im zweiten Teil die Bodenreformgesetzgebung, im dritten Teil das Forstrecht behandeln. Man kann dem Erscheinen der beiden folgenden Bände erwartungsvoll gegenüberstehen. Die einzelnen Bände sollen gesondert bezogen werden können.

Das Buch, das naturgemäß in erster Linie innerhalb Österreichs auf Theorie und Praxis einen bedeutenden Einfluß ausüben wird, wird auch innerhalb des Deutschen Reiches viele Freunde finden. So wird der Politiker, der den Anschlußgedanken ernsthaft verfolgt, an ihm nicht vorübergehen können. Denn die Kenntnis des Rechtes des Bruderstaates ist wesentliche Voraussetzung der Annäherung der beiden Völker, wie denn im weiteren die Rechtseinheit die natürliche Brücke zur staatlichen Einheit sein wird; ist ein ganz wesentlicher und vor allem sehr kennzeichnender Ausschnitt der österr. Gesetzgebung. Des weiteren werden auch die mit der Gesetzgebung und mit der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen betrauten Organe und Stellen gegebenenfalls zu diesem Buch greifen müssen; denn die Rechtsvergleichung bildet von je eine fruchtbare Anregerin von Gesetzesreformen, und zwar um so mehr, wenn der fremde Staat unter ähnlichen Bedingungen zu arbeiten hat, wie der eigene, was ja gerade bei Österreich und Bayern in so mancher Hinsicht der Fall ist. Es wird insbes. Sache der Vertretungsorgane der beteiligten Interessentengruppen sein, das Buch zu studieren und dann mit Vorschlägen an die zuständigen Stellen heranzutreten. Auf Einzelheiten kann hier leider nicht weiter eingegangen werden. Daß endlich die Wissenschaft, und zwar die Volkswirtschaftslehre nicht weniger wie die Rechtswissenschaft, das Erscheinen des Werkes dankbar begrüßen wird, braucht weiter nicht betont zu werden.

Vorstand d. Bay. Landesfiedlung RegR. M e d e r, München.

Rechtspredung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht
Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und
Justizrat Dr. Schrömbgenz.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. § 557 S. 1 BGB. Das M. E. ist nicht zuständig bei Mietverträgen über unbebaute Grundstücke. Berechnung der Entschädigung wegen Weiterbenutzung des Grundstücks trotz Kündigung bei vertraglichem Mietzins in Papiermark.

Durch eine als „Pachtvertrag“ bezeichnete, schriftliche Vereinbarung überließen die Kl. ein in ihrem Eigentum stehendes unbebautes Grundstück in B.-P. der Rechtsvorgängerin der Bkl., der Gemeinde B.-P., für die Zeit vom 1. April 1919 bis dahin 1924 gegen eine jährliche Vergütung von 1500 M „zur Benutzung als Spiel- und Sportplatz“. Nach Kündigung der Kl. rief die Bkl. das M. E. an, das die Kündigung für unwirksam erklärte. Die Kl. verlangten trotzdem Räumung des Grundstücks, welchem Verlangen das

M. E. stattgab mit der Begründung, daß sich die Mieterchutzgesetzgebung nur auf bebaute Grundstücke beziehe, und daß deswegen der Beschluß des M. E. v. 27. Sept. 1923 der Rechtswirksamkeit entbehre. Die Kl., die ab 1. April 1924 das Grundstück anderweit hätten vermieten können, verlangen jetzt Schadenersatz oder Entschädigung. Das B. G. hat den Entschädigungsanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt, die Rev. der Bkl. ist zurückgewiesen.

Die anfänglich widersprechenden Auffassungen der Streitparteien über die Rechtsnatur des Vertrags v. 28. Nov. 1918 haben sich im Laufe des Berufungsverfahrens dahin geklärt, daß kein Pacht-, sondern ein Mietverhältnis vorliegt, da das Grundstück nur zu Gebrauchszwecken überlassen worden ist und irgendwelche Fruchtziehung nicht in Betracht kommt. Das B. U. beruht auf der Erwägung, daß das zwischen den Parteien bestandene Mietverhältnis am 1. April 1924 sein Ende gefunden habe, daß der die Kündigung der Kl. für unwirksam erklärende und den Mietvertrag auf ein Jahr verlängernde Beschluß des M. E. der Rechtswirksamkeit entbehre, da die damals in Geltung gewesene Mieterchutzgesetzgebung sich nur auf Mietverhältnisse über bebaute Grundstücke, nicht aber bezüglich unbebauter Plätze erstreckt habe. Gleichwohl erachtet das B. G. die ursprünglich auf die §§ 581, 597, 284—286, 249, 252 BGB. gestützte Schadenersatzklage nicht für begründet, da es nach den besonderen Umständen des Falles und namentlich im Hinblick auf die Entscheidung des M. E. sowie die nicht einheitliche Rechtspredung über Umfang und Tragweite der damals in Kraft befindlichen Mieterchutzbestimmungen den Rechtsirrtum der Bkl. über ihre Befugnis

zur Vorenthaltung des Grundstückes auch nach dem 1. April 1924 nicht für schuldhaft und demgemäß einen Verzug der Befl. i. S. des § 285 BGB. nicht für vorliegend erachtet. Durch diese ihr günstige Annahme ist die Befl., die allein Rev. eingelegt hat, nicht beschwert. Das BU. stellt jedoch fest, daß die Klage in dem Berufungsverfahren auch auf § 557 BGB. gestützt worden sei, und daß die Befl. hiergegen keinen Widerspruch erhoben habe. Diese von der Befl. bekämpfte Ansicht wird vom RG. gebilligt.

Die Entschädigungspflicht des Mieters wegen Vorenthaltung der Mietsache nach Satz 1 des § 557 tritt ohne Rücksicht darauf ein, aus welchem Grund die Rückgabe unterblieben ist, und auch dann, wenn den Mieter kein Verschulden trifft (RGEntsch. III 323/21 v. 7. Febr. 1922). Gegen diese Entschädigungspflicht vermag nach der Rspr. des erf. Sen. auch der Spruch des OLG. die Befl. nicht zu schützen (RGEntsch. III 481/21 v. 23. Mai 1922; WarnRspr. 1922 Nr. 118 und III 533/25 v. 26. Okt. 1926). Nun weist allerdings die Rev. nicht ohne Grund darauf hin, daß in der Begründung des angefochtenen Urteils von der Verpflichtung der Befl. zur Zahlung eines „angemessenen Mietzinses“ die Rede ist, während § 557 Satz 1 bestimmt, der Vermieter könne für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den „vereinbarten Mietzins“ verlangen. Indessen handelt es sich hierbei nur um einen scheinbaren Widerspruch. Der BR. stellt nämlich fest, daß der für das Jahr vom 1. April 1924 bis 1. April 1925 gezahlte Betrag von 1500 Pfl., da er gleich null war, überhaupt nicht in Betracht komme. Dieser Betrag bedarf daher, auch wenn dies in dem BU. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, unbedingt der Aufwertung; hierbei ist nach den von dem Senat für Pacht- und Mietverhältnisse aufgestellten Aufwertungsgrundlagen (RGEntsch. III 408/24 v. 26. Juni 1925 und III 79/25 v. 12. Febr. 1926) auch der angemessene Mietzins in Betracht zu ziehen, und es ist unter Umständen eine Aufwertung über den vollen Goldmarkbetrag des Vertragspreises hinaus zulässig. Die Ermittlung der angemessenen Entschädigung ist dem Bettragsverfahren vorbehalten.

(U. v. 12. Okt. 1928; 58/28 III. — Berlin.) [Ru.]

2. § 833 BGB. Nimmt der Besitzer eines Wachhundes das Tier auf die Straße, so sind an den Entlastungsbeweis besonders strenge Anforderungen zu stellen.

Ende Juli 1925 kaufte die Ehefrau des Kl. in Ausübung ihres Gewerbes in W. Eier ein. Als sie aus dem Gehöft des Nebenintervenienten, das neben demjenigen des Befl. liegt, auf die Straße trat, kam der Befl. mit seinem Hunde aus seinem Hofe heraus. In der Nähe befand sich, ebenfalls nicht an der Leine, der Hund des Nebenintervenienten. Die beiden Hunde begannen sich zu beißen und stießen dabei gegen die Frau des Kl. Infolgedessen kam diese zu Fall und zog sich Verletzungen an Arm und Bein zu. Für den dadurch erwachsenen Schaden macht der Kl. den Befl. als Tierhalter verantwortlich.

Das OLG. hat den Kl. abgewiesen. Es führt aus, daß der Befl. auch den Entlastungsbeweis geführt habe, daß er bei der Beaufsichtigung des Hundes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Denn der Hund sei bei Tage ein durchaus gutmütiges Tier, das jeder, sogar jedes Kind, fortjagen könne, der niemandem etwas böses tue und keinerlei böse Eigenschaften besitze. Für ein solches Tier habe es keiner besonderen Vorkehrungen bedurft, um ihn von dem Verkehr etwa zur Sicherheit der Menschen besonders fernzuhalten. Insbesondere könne auch unter Berücksichtigung ländlicher Verhältnisse nicht verlangt werden, daß der Befl. ein derartig gutmütiges Tier an der Leine oder Kette halte. Eine weitere Sorgfaltspflicht sei bei dieser Sachlage nicht geboten gewesen, es sei auch nach den Feststellungen, wie der Unfall sich zugetragen habe, kein Umstand hervorgetreten, welcher auf eine Verletzung einer gebotenen Sorgfaltspflicht hindeute.

Mit Recht werden diese Erwägungen von der Rev. als rechtsirrig beanstandet; sie reichen nicht aus, um das wenig ansprechende Ergebnis zu rechtfertigen, daß der Benutzer einer öffentlichen Straße, sei es auch einer Dorfstraße, die Gefahr tragen soll, die für ihn dadurch herbeigeführt wird, daß zwei Hunde sich beißen, von denen jedenfalls der eine als Wachhund in den Hof und nicht auf die Straße gehört. Nimmt

der Besitzer eines Wachhundes einen solchen gleichwohl mit auf die Straße, so sind im Interesse der öffentlichen Verkehrssicherheit an den ihm obliegenden Entlastungsbeweis hinsichtlich seiner Beaufsichtigungspflicht strenge Anforderungen zu stellen. Dafür, ob dieserhalb von ihm verlangt werden muß, daß er seinen Hund an die Leine nimmt oder es genügt, daß er ihn in einer solchen Nähe von sich behält, die ihm so fortiges Eingreifen ermöglicht, und daß er ihn ständig im Auge hat, kommt es auf die Umstände des Falles an. Diese sind bisher nicht genügend geklärt. Zwar hat der VerR. festgestellt, daß der Hund des Befl. im Verkehr mit Menschen sich bisher gutmütig erwiesen hat; aber es ist nicht beachtet, daß es auch darauf für das Maß der dem Befl. obliegenden Aufsichtspflicht ankommt, wie sich der Hund im Verkehr mit anderen Tieren, insbes. anderen Hunden, zeigt. Zu der Prüfung gerade auch dieser Frage war hier um so mehr Anlaß gegeben, als nach der Befundung von Zeugen der Hund des Befl. mit dem Hunde des G. „gerauft“ hat, vor allem aber, daß der Hund des Befl. und der des Nebenintervenienten sich nicht leiden können und daß sie sich beißen wenn sie sich treffen. Gegebenenfalls wäre es Sache des Befl., den Nachweis zu führen, daß ihm von der Kaufkraft seines Hundes vor dem Unfall der Frau des Kl. nichts bekannt gewesen ist und auch nichts hätte bekannt sein müssen, wobei besonders nicht außer acht zu lassen sein würde, daß der Nebenintervenient neben dem Befl. wohnt und also der Hund des ersteren in dem Nachbargehöft gehalten wird. Kann der Befl. jenen Nachweis nicht erbringen, so wäre seine Aufsichtspflicht dahin gegangen, seinen Hund nur unter besonderen Vorsichtsmaßnahmen an dem Anwesen des Nebenintervenienten vorbeizuführen. Daß er dieser Verpflichtung nachgekommen wäre oder daß besondere Umstände die Ergreifung von Vorsichtsmaßnahmen entbehrlich gemacht hätten, hat der Befl. bisher nicht behauptet.

Aber auch abgesehen hiervon begegnen die Ausführungen des OLG. noch in zwei anderen Punkten rechtlichen Bedenken. Es heißt in dem Urteil, eine „weitere“ Sorgfaltspflicht sei nach der Sachlage nicht geboten gewesen; es ist aber aus dem Urteil nicht ersichtlich, welche Sorgfaltspflicht der Befl. denn überhaupt erfüllt haben soll, um den Unfall der Frau des Kl. zu verhindern. Sodann wird gesagt, es sei nach den Feststellungen, wie der Unfall sich zugetragen habe, kein Umstand hervorgetreten, welcher auf eine Verletzung einer gebotenen Sorgfalt hindeute. In diesem Satze ist die Beweislast verkannt; es kann aber weiter, da die Einzelheiten der Vorgänge vor und bei dem Unfall und namentlich das Verhalten des Befl. bei diesen Vorgängen in dem angefochtenen Urteil nicht dargestellt sind, nicht nachgeprüft werden, ob nicht auch in dieser Richtung der VerR. die Sorgfaltspflichten, welche einem Tierhalter bei der Beaufsichtigung seiner Tiere und der Abwendung von Schäden, die dritten Personen aus der Tierhaltung drohen, nach dem Gesetz obliegen, unter Verletzung der §§ 833, 276 BGB. zu eng ausgelegt hat. Lassen sich jene Vorgänge nicht näher aufklären, so geht dies zu Lasten des beweispflichtigen Beklagten.

(U. v. 23. Sept. 1929; 15/29 VI. — Darmstadt. [Ra.]

**3. §§ 1190, 1179, 1198, 1180 BGB.

1. Rechtsstellung des durch eine Lösungsformerkung nach § 1179 BGB. für den Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum gesicherten. Wann ist ihm die Ausübung seines Rechtes bei einer Höchstbetragshypothek im allgemeinen und wann insbes. bei der Zwangsversteigerung in das belastete Grundstück gestattet? Da eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung aller Ansprüche aus einer Geschäftsvorbindung bis zur abschließenden Feststellung, ob und inwieweit die Hypothek durch Forderungen des Gläubigers ausgefüllt ist, in ihrem jeweiligen nicht ausgefüllten Teil als eine vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld anzusehen ist, und da bei einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks im Verteilungstermin der dann nicht forderungsbekleidete Teil der Höchstbetragshypothek zur endgültigen Eigentümergrundschuld wird, tritt

spätestens in diesem Augenblick die Lösungs-
vormerkung in Wirksamkeit. Der durch die Vor-
merkung Gesicherte hat das Recht, der Zuteilung
des Erlöses auf den zur endgültigen Eigen-
tümersgrundschuld gewordenen Teil der Höchst-
betragshypothek an den Eigentümer zu wider-
sprechen und zu verlangen, daß dieser Erlösesteil
auf die ihm vorgehenden Zwischenberechtigten
und auf ihn selbst nach Maßgabe der zwischen
ihnen bestehenden Rangverhältnisse verwendet
wird. Eines Urteils gegen den Grundstücks-
eigentümer oder einer freiwilligen Unter-
werfungserklärung des Eigentümers und
Grundschuldgläubigers bedarf der Vormer-
kungsberechtigte nicht.

2. Abtretung einer nicht oder nicht voll valu-
tierten Höchstbetragshypothek zum vollen Nenn-
betrage, solange das gesicherte Kreditverhält-
nis fortbesteht. Der nicht valutierte Teil dient
dann nach wie vor zur Sicherung des alten Gläu-
bigers; künftige Ansprüche aus der Geschäfts-
verbindung des neuen Gläubigers mit dem
Schuldner sind dadurch nicht gesichert. Eine
solche Erweiterung läßt sich nur auf dem Wege
der Umwandlung nach § 1198 oder des Forde-
rungswechsels nach § 1180 durchführen. Eine so
vorgenommene Erweiterung kann aber die
Rechte des Vormerkungsberechtigten nicht be-
einträchtigen. †)

Die DSG. K. stand mit der Landesbank Westfalen in
Geschäftsverbindung. Am 19. Aug. 1924 wurde auf ihren
Grundstücken für die Landesbank eine Gesamtsicherungs-
hypothek zum Höchstbetrage von 60 000 G.M. zur Sicherung
aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der Bank gegen
die Firma K. ins Grundbuch eingetragen. Am 16. Febr.
1925 wurde auf Grund einer Bewilligung der Grundstücks-
eigentümer bei dieser Hypothek für den Kl. eine Vormerkung
dahin eingetragen, daß er einen Lösungsanspruch habe,
falls und soweit die Hypothek sich mit dem Eigentum in
einer Person vereinige. Zugleich wurde auf den Grundstücken
für den Kl. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs
auf Eintragung einer Gesamtsicherungshypothek zum Höchst-
betrage von 40 000 M wegen seiner Ansprüche aus laufender
Geschäftsverbindung mit der Firma K. eingetragen. Mit dem
Rang dieser Vormerkung wurde für den Kl. eine Gesamt-
sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 20 000 M wegen
seiner Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung ins
Grundbuch eingetragen. Der Kl. erlangte eine durch diese
Hypothek gesicherte Forderung von 17 415,53 M.

Am 29. Juli 1925 hatte die Landesbank gegen K. An-
sprüche in Höhe von 18 890 M. Am 29. Juli 1925 zahlte
die Befl. an die Landesbank für Rechnung der Firma K.
18 890 M.; dabei erklärten in grundbuchmäßiger Form:

1. die Landesbank: sie trete, nachdem die Geschäfts-
verbindung beendet sei, ihre Gesamtsicherungshypothek von
60 000 G.M. mit den entstandenen und künftig noch ent-

stehenden Ansprüchen aus laufender Geschäftsverbindung an
die Befl. ab und bewillige und beantrage die Eintragung
der Abtretung im Grundbuch;

2. die Firma K.: sie nehme die Abtretungserklärung der
Landesbank hinsichtlich deren Ansprüche aus laufender Ge-
schäftsverbindung, seien es entstandene oder künftig noch ent-
stehende, an und beantrage gleichfalls die Eintragung im
Grundbuch.

Am 6. Aug. 1925 wurde im Grundbuch die Abtretung
der Gesamtsicherungshypothek der Landesbank an die Befl.
dahin eingetragen, daß die Hypothek mit den entstandenen und
künftig noch entstehenden Ansprüchen aus laufender Geschäfts-
verbindung an die Befl. abgetreten sei. Die Befl. setzte die
Geschäftsverbindung mit K. fort und gewährte ihr über die
18 890 M hinaus nach der Eintragung der Abtretung neue
Wechselkredite, bis sich die Gesamtschuld der Firma K. bei
ihr auf 56 009,06 M belief. Die belasteten Grundstücke kamen
zur Zwangsversteigerung. Der Kl. und die Befl. gehörten
zu den betreibenden Gläubigern. Die Grundstücke wurden der
Stadt P. für ein Meistgebot von 95 250 M in bar und über-
nahme einer Landeskulturrente zugeschlagen. Im Ver-
teilungstermin wurden die aus dem Barangebot verfügbaren
95 990,83 M derart belegt, daß die Befl. aus der ihr ab-
getretenen Hypothek volle Befriedigung der von ihr ange-
meldeten Forderung von 56 009,06 M erhalten, die Stadt P.
als Hypothekengläubigerin 21 646,19 M erhalten und mit
9748,48 M ausfallen, der Kl. mit seinen angemeldeten
17 415,43 M gänzlich ausfallen sollte. Der Kl. erhob im
Verteilungstermin Widersprüche:

1. gegen die bevorrechtigte Zuweisung von mehr als
18 890 M an die Befl. aus der Gesamtsicherungshypothek von
60 000 G.M.,

2. gegen die bevorrechtigte Zuweisung von 21 646,19 M
an die Stadt P. als Hypothekengläubigerin.

Die Klage auf Einwilligung, daß der von ihr begehrte
Betrag von 17 415,43 M aus dem hinterlegten Versteige-
rungserlös an sie ausbezahlt werde, ist gegen die Befl. in
beiden Instanzen zugelassen. — Die auch gegen die Stadt
P. erhobene Klage interessiert hier nicht. — Die Rev. der
Befl. hatte keinen Erfolg.

Die Hypothek, aus der das vom Kl. angefochtene Liqui-
dat der Befl. stammt, war eine Höchstbetragshypothek (§ 1190
BGB.). Sie war schon vor der Abtretung an die Befl. mit
einem durch Vormerkung gesicherten Anspruch des Kl. belastet,
wonach der Eigentümer dem Kl. gegenüber zur Lösung ver-
pflichtet war, wenn und soweit die Hypothek sich mit dem
Eigentum in einer Person vereinigte (§ 1179 BGB.). Daß
auch der Fall der Nichtentstehung einer gesicherten Forderung
nach dem Willen der Beteiligten die Bedingung der Ver-
einigung von Hypothek und Eigentum erfüllt (§§ 1163 Abs. 1
Satz 1, 1177 BGB.), ist außer Streit (vgl. RGWRomm.
Anm. 6 zu § 1179; Planck, 4. Aufl., Bd. 3 S. 1041 An-
merkung 2a zu § 1179). Bei einer Höchstbetragshypothek
zur Sicherung aller Ansprüche aus einer Geschäftsverbindung
kann erst beim Abschluß der Geschäftsverbindung endgültig
festgestellt werden, ob und inwieweit die Hypothek durch

gebühren würde, zu widersprechen und zu verlangen, daß dieser Erlöse-
teil auf die ihm vorgehenden Zwischenberechtigten und ihn selbst
nach Maßgabe der bestehenden Rangverhältnisse verwendet werde. Die
Bedeutung der Entsch. liegt in der Erörterung der Frage, inwieweit
der Vormerkungsberechtigte in seinem Rechte durch die Abtretung
der nicht voll forderungsbeleideten Höchstbetragshypothek berührt
wird. Die Zulässigkeit der Abtretung einer nicht oder nicht voll-
valutierten Höchstbetragshypothek zum vollen Nennwerte wird zwar
vom RG. zugelassen, so lange überhaupt ein Kreditverhältnis besteht,
doch hat die Abtretung nicht die Folge, daß auch künftige Ansprüche
des neuen Gläubigers aus seiner Geschäftsverbindung mit dem Schuld-
ner gesichert werden, vielmehr dient der nicht valutierte Teil nach
wie vor der Sicherung des alten Gläubigers für künftige Forderungen
aus seiner noch bestehenden Geschäftsverbindung mit dem Schuldner.
Praktisch wird dies aber kaum bei einer Abtretung der Höchst-
betragshypothek zum vollen Nennwert in Betracht kommen, und es
fragt sich, auf welchem Weg es zu erreichen ist, daß der nichtvalutierte
Teil der abgetretenen Höchstbetragshypothek die in der Person des
neuen Gläubigers entstehenden Ansprüche sichert. Das RG. weist
die Möglichkeit zurück, dies durch §§ 1153, 1190 BGB. zu erreichen,
da so weit Ansprüche in der Person des abtretenden Gläubigers nicht
entstanden sind, also bezüglich des nicht valutierte Teiles der Höchst-

Zu 3. In der Entsch. werden zunächst Rechtsgrundsätze be-
stätigt, welche bereits allgemein anerkannt sind, so zunächst, daß auch
der Fall der Nichtentstehung einer gesicherten Forderung die Bedin-
gung der Vereinigung von Hypothek und Eigentum im Hinblick auf
die Vormerkung aus § 1179 BGB. erfüllt. Ferner, daß bis zur ab-
schließenden Feststellung, ob und inwieweit die Höchstbetragshypothek
zur Sicherung aller Ansprüche aus einer Geschäftsverbindung durch
Forderungen des Gläubigers ausgefüllt ist, die Hypothek in ihrem
jeweils nicht ausgefüllten Teil als eine vorläufige, auflösend bedingte
Eigentümersgrundschuld anzusehen ist und daß zur endgültigen, bedin-
gungsfreien Eigentümersgrundschuld der nicht ausgefüllte Teil erst mit
jener abschließenden Feststellung wird. Auch das entspricht der stän-
digen Rechtsprechung, daß im Falle der Zwangsversteigerung spätestens
im Verteilungstermin der dann nicht forderungsbeleidete Teil der
Höchstbetragshypothek zur endgültigen Eigentümersgrundschuld wird
und die Lösungsvermerkung aus § 1179 BGB. in Wirksamkeit
tritt. Neu ist, wenn das RG. ausspricht, daß der Vormerkungs-
berechtigte kein Urteil gegen den Grundstückeigentümer oder keine
Erklärung desselben bedarf, daß er sich dem Anspruch des Vormer-
kungsberechtigten unterwerfe, damit dieser sein Recht ausüben kann,
der Zuteilung des Erlöses auf den zur endgültigen Eigentümersgrund-
schuld gewordenen Teil der Hypothek, der an sich dem Eigentümer

Forderungen des Gläubigers ausgefüllt ist. Bis zu dieser abschließenden Feststellung ist die Hypothek, wie nunmehr in Rpr. und Wissenschaft geklärt ist (RGKomm. Anm. 1 zu § 1190; Wolff, 7. Aufl., S. 556 unter III; RG. 120, 110¹) und oft), in ihrem jeweilig nicht ausgefüllten Teil als eine vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld anzusehen. Zur endgültigen, bedingungsreifen Eigentümergrundschuld wird der nicht ausgefüllte Teil erst mit jener abschließenden Feststellung. Erst in diesem Zeitpunkt kann der Grundstückseigentümer die Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Damit ist auch der Augenblick gekommen, in welchem eine Löschungsvormerkung aus § 1179 BGB. dem Vormerkungsberechtigten die Ausübung seines Rechts gestattet. Da nun aber im Falle einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks spätestens im Verteilungstermin die Möglichkeit aufhört, daß bei einer außerhalb des geringsten Gebots stehenden, durch den Zuschlag erlöschenden Höchstbetragshypothek noch neue Forderungen aus dem hypothekarischen Rechtsverhältnis entstehen, wird jedenfalls in diesem Zeitpunkt der dann nicht forderungsbekleidete Teil der Höchstbetragshypothek zur endgültigen Eigentümergrundschuld (RGKomm. Anm. 1 zu § 1190; ständige Rpr. des RG.). Somit tritt unter diesen Umständen auch spätestens im Verteilungstermin die Löschungsvormerkung aus § 1179 BGB. in Wirksamkeit. Wenn sie auch nicht, wie das BG. anzunehmen scheint, dahin wirkt, daß der zur endgültigen Eigentümergrundschuld gewordene Teil der Höchstbetragshypothek auf den Vormerkungsberechtigten „übergeht“, so gibt sie doch dem durch die Vormerkung gesicherten Löschungsberechtigten, welcher mit einem dinglichen Recht der mit der Vormerkung belasteten Höchstbetragshypothek im Range nachsteht und an seinem nachgehenden Recht einen Ausfall erleiden würde, wenn die Höchstbetragshypothek zu ihrem vollen Betrage bei der Verteilung des Versteigerungserlöses vor ihm berücksichtigt würde, das Recht, der Zuteilung des Erlöses auf den zur endgültigen Eigentümergrundschuld gewordenen Teil der Hypothek, der an sich dem Eigentümer gebühren würde, zu widersprechen und zu verlangen, daß dieser Erlösteil auf die ihm vorgehenden Zwischenberechtigten und ihn selbst nach Maßgabe der zwischen ihnen bestehenden Rangverhältnisse verwendet werde (RGKomm. Anm. 7 zu § 1179 und Anm. 1 zu § 1190; Planck, S. 1043 Anm. 2f und 4f zu § 1179; FäckeL-Gütke, 5. Aufl., Anm. 4 zu § 48 und Anm. 3 zu §§ 50, 51 ZwVerfG.; ständige Rpr. des RG.). Dieses Recht folgt ohne weitere Voraussetzungen aus der Löschungsvormerkung und dem schlechteren Range des vom Ausfall bedrohten Rechts desjenigen, für den die Vormerkung eingetragen ist. Die Rechtsansicht der Rev., daß der Vormerkungsberechtigte die geschilderte Rechtsstellung nur dann hätte, wenn er für seinen durch die Vormerkung gesicherten Löschungsanspruch bereits ein Urteil gegen den Grundstückseigentümer erstritten oder wenn der Eigentümer-Grundschuldgläubiger dem Anspruch des Vormerkungsberechtigten durch freiwillige Erklärung sich unterworfen hätte, geht fehl. Sie findet auch in der von der Rev. angezogenen Entscheidung des BayObLG. v. 22. Febr. 1915 (Recht 1915 Nr. 1096) keine Stütze. In dem dort behandelten Falle hatte der Vormerkungsberechtigte sich im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt nicht gerührt, und das Versteigerungsgericht hatte deshalb bei der Verteilung des Erlöses die Vormerkung nicht berücksichtigt. Mit Recht hat in diesem Falle auch das BayObLG. als Prozeßgericht die Widerspruchslage des Vormerkungsberechtigten abgewiesen, weil er „in der Zwangsversteigerung seinen Löschungsanspruch nicht geltend gemacht

hatte“. Der beiläufige Zusatz der Begründung „und weil der Eigentümer sich dem Löschungsanspruch nicht unterworfen hatte“ hat für die Entscheidung keine maßgebliche Bedeutung gehabt. Sollte er aber i. S. der Rev. gemeint sein, so wäre er nicht zu billigen. Das Verlangen, daß der Vormerkungsberechtigte, welcher in der Zwangsversteigerung durch Widerspruch gegen den Teilungsplan seinen Löschungsanspruch geltend macht, zunächst ein Urteil oder eine Unterwerfungserklärung des Eigentümer-Grundschuldgläubigers beibringen müßte, um mit seinem Widerspruch Gehör zu finden, würde den Berechtigten ungebührlich belasten, ja ihn bei überraschend hereinbrechender Zwangsversteigerung einem unlauteren Eigentümer gegenüber im kritischen Augenblick des bestimmungsmäßigen Werts der Vormerkung berauben und gegen ungerechtfertigten Verlust schutzlos machen. Es muß daher zur Wahrung des Klagerichts des Vormerkungsberechtigten aus dem § 115 ZwVerfG. und den §§ 876 ff. ZPO. genügen, wenn er die Rechte aus der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt geltend gemacht, insbes. im Verteilungstermin gegen die Zuweisung des Erlösteils an den Eigentümer Widerspruch erhoben hat (so auch RGKomm. Anm. 7 zu § 1179).

Ist hiernach der Kl. auf Grund seines im Verteilungstermin erhobenen Widerspruchs berechtigt, der Befl. gegenüber die Rechte aus der Löschungsvormerkung v. 16. Febr. 1925 zu verfolgen, so fragt sich weiterhin, ob dem Kl. ein Löschungsanspruch für einen Teil der am 29. Juli 1925 an die Befl. abgetretenen Höchstbetragshypothek erwachsen ist. Bei dieser Prüfung ist zu erörtern:

1. ob am 29. Juli 1925 ein Teil der Hypothek bereits zur endgültigen Eigentümergrundschuld geworden war;

2. für den Fall der Verneinung der Frage zu 1: ob trotz des Weiterbestehens der Hypothek als solcher die Vormerkung zugunsten des Kl. dahin wirkte, daß er die dingliche Belastung des Grundstücks wegen derjenigen Forderungen, welche erst nach dem 29. Juli 1925 entstanden sind, nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.

Beide Vorinstanzen sind der Meinung, daß die an die Befl. abgetretene, ursprünglich für die Landesbank eingetragene Höchstbetragshypothek nach dem Willen der Beteiligten auch nach dem 29. Juli 1925 lebendig zur Sicherung des bis zu diesem Tage für die abtretende Bank entstandenen, an die Befl. abgetretenen Guthabens von insgesamt 18 890 M. bestimmt gewesen sei und gedient habe. Sie vermissen in den Urkunden v. 29. Juli 1925 eine Willensäußerung der Beteiligten dahin, daß künftig auch weitere von der Befl. an die Firma K. zu gewährenden neue Kredite von der dinglichen Sicherung durch die abgetretene Hypothek umfaßt werden sollten. Trifft diese Auslegung zu, so ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen ohne weiteres, daß die Klage gerechtfertigt ist. Denn es könnte dann an dem Bestehen einer endgültigen Eigentümergrundschuld in Höhe von 41 110 M. seit dem 29. Juli 1925 und damit an der Wirksamkeit der Löschungsvormerkung des Kl. zu diesem Betrage kein Zweifel bestehen. Die Auslegung der Urkunden v. 29. Juli 1925 durch die Vorinstanzen ist aber nicht unbedenklich. Die von der Befl. schon im zweiten Rechtszuge vorgetragene, in der Revisionsinstanz wiederholte gegenteilige Auslegung hat manches für sich. (Wird näher ausgeführt.) Selbst wenn man nun aber mit der Befl. davon ausgeht, daß die Beteiligten am 29. Juli 1925 dahin einig geworden sind, die Landesbank scheidet aus der Geschäftsverbindung mit der Firma K. aus, die Befl. trete in sie ein unter Übernahme des bisher entstandenen Guthabens der Landesbank und mit der Abrede,

betragshypothek weder eine Forderung noch die Hypothek auf diesem Weg übertragen werden kann. Es bleibt daher nur der Weg des § 1198 (Umwandlung) oder des § 1180 (Forderungswechsel) übrig. Die Umwandlung in der Weise, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und der Eigentümer die für ihn entstehende Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt, kann einem Bedenken nicht unterliegen. In dem Fall RGZ. 45, 286 war für eine Sparkasse eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Ansprüche der Gläubigerin aus dem Kreditverhältnisse mit dem damaligen Grundstückseigentümer eingetragen. Der Erwerber des Grundstücks erklärte: er übernehme diejenigen Forderungen,

gen, die der Sparkasse gegen den Veräußerer erworben seien und bestimme, daß die Höchstbetragshypothek von jetzt ab als Sicherheit für diejenigen Forderungen dienen solle, die der Sparkasse nunmehr gegen ihn, den Erwerber, zustanden. Das RG. hat ausgeführt, daß, wenn die Sparkasse auf die Höchstbetragshypothek verzichtet haben würde, der Eigentümer sie als Eigentümergrundschuld erworben hätte und in der Lage gewesen wäre, dieselbe in eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung aller Ansprüche, welche der Gläubigerin gegen ihn aus irgendeinem Rechtsgrunde bereits zustehen oder künftig zustehen werden, umzuwandeln. Dies hätte zur Folge gehabt, daß die Höchstbetragshypothek auch für die im Wege der Schuldübernahme auf den Erwerber als Schuldner übergegangenen Forderungen haften würde, d. h. sie würde zum Teile dieselbe Forderung sichern, für die sie

¹) ZB. 1928, 1494.

daß weitere Kredite der Befl. an die Firma K. gleichfalls den dinglichen Schutz der in vollem Umfange abgetretenen Höchstbetragshypothek genießen sollten, ist die Klage begründet. Der Kl. als Vormerkungsberechtigter braucht sich den Übergang der Höchstbetragshypothek nur insoweit gefallen zu lassen, als die Hypothek bereits am 29. Juli 1925 forderungsbekleidet war. Dabei ist unerheblich, ob an diesem Tage durch eine Abrechnung zwischen der Landesbank und der Firma K. die abschließende Feststellung des Endguthabens der Zedentin aus der bis dahin laufenden Geschäftsverbindung stattgefunden hat oder nicht. Hat sie stattgefunden, so stand im Augenblick der Abtretung an die Befl. fest, daß die Höchstbetragshypothek zu dem das Endguthaben der Landesbank übersteigenden Beträge zur endgültigen, von der ihr bis dahin anhaftenden auflösenden Bedingung befreiten Eigentümergrundschuld geworden war und nur noch auf dem Wege der Umwandlung (§ 1198 BGB.) wieder zu einer Gläubiger-Höchstbetragshypothek für die Befl. werden konnte. Diese Umwandlung hätte aber die Löschungsvormerkung des Kl. beeinträchtigt und wäre deshalb ihm gegenüber nach den §§ 883, 888 BGB. unwirksam gewesen (Planck, S. 1045 Anm. 4b, c zu § 1179). Sollte aber, wie die Befl. offenbar geltend machen will, mangels einer Abrechnung am 29. Juli 1925 die Höchstbetragshypothek in ihrem bis dahin nicht forderungsbekleideten Teile noch nicht zur endgültigen Eigentümergrundschuld geworden und der Wille der Beteiligten dahin gegangen sein, daß die Hypothek auch künftig trotz der Umgestaltung des gesicherten Kreditverhältnisses durch den Eintritt eines neuen Gläubigers dinglich in ihrer alten rechtlichen Gestalt fortbestehen und abgetreten werden sollte, so ergibt sich keine für die Befl. günstigere Rechtslage:

Grundsätzlich bestehen zwar keine Bedenken dagegen, daß auch eine nicht oder nicht voll valutierte Höchstbetragshypothek zum vollen Nennbetrage abgetreten werden kann, solange das gesicherte Kreditverhältnis fortbesteht. Die Abtretung hat dann aber zur Folge, daß der nicht valutierte Teil nach wie vor zur Sicherung des alten Gläubigers für künftige Forderungen aus seiner Geschäftsverbindung mit dem Schuldner dient. Die Abtretung hat nicht etwa eine Erweiterung des gesicherten Kreditverhältnisses dahin zur Folge, daß nun auch künftige Ansprüche aus der Geschäftsverbindung des neuen Gläubigers mit dem Schuldner gesichert werden. Will man nicht mit der strengsten Auslegung des Gesetzes eine solche Erweiterung nur auf dem Wege der Umwandlung nach § 1198 BGB. zulassen (so RGKomm. Anm. 1 zu § 1180), so läßt sie sich doch, gleichviel ob das Guthaben des alten Gläubigers durch Abtretung in den Kreis der neuen Geschäftsverbindung einbezogen wird oder nicht, bestenfalls nur auf dem Wege des Forderungswechsels nach § 1180 BGB. durchführen (RG. v. 19. Febr. 1916, V 370/15²); Planck, S. 1049 Anm. 3a zu § 1180, S. 1104 Anm. 5b zu § 1190 und S. 1110 oben; Staudinger, 9. Aufl., Bb. III 2 S. 1335 Anm. 4d zu § 1190; Wolff, S. 558 unter IV, V; Herold: ZBlZG. 10, 197 ff.; Vollenbeck: DMotZ. 1915 18 ff.; Biermann: BankArch. 7, 261). Die abweichende Ansicht von Jung (BayMotZ. 1915, 401 ff.), der neben den Wegen über §§ 1198 und 1180 BGB. noch einen dritten Weg für den Eintritt des neuen Gläubigers in das durch die Höchstbetragshypothek zu sichernde Kreditverhältnis für möglich zu halten scheint und vielleicht in einer Entsch. des BayObLG. vom 17. Febr. 1905 (Blätter f. Rechtsanwendung 70, 298) einen Vorgänger findet, entbehrt einer Stütze im Gesetz. Im Gebiete des Liegenschaftsrechts sind nur die gesetzlich vorgesehenen

Wege zur Erlangung einer dinglich gesicherten Rechtsstellung gangbar. Mit Unrecht glaubt die Rev. einen solchen Weg für die Einbeziehung der in der Person eines neuen Gläubigers entstehenden Ansprüche in das durch eine abgetretene Höchstbetragshypothek gesicherte Kreditverhältnis in den §§ 1153, 1190 BGB. zu finden. Soweit Ansprüche in der Person des abtretenden Gläubigers nicht entstanden sind — und so liegt es bei dem nicht valutierte Teil der Höchstbetragshypothek —, ist weder eine Forderung noch die Hypothek auf diesem Wege übertragbar. Auch auf die — im RGKomm. Anm. 5 zu § 1190 und bei Planck, S. 1104 Anm. 5b zu § 1190 angezogene — Entsch. des ObLG. Dresden v. 16. Okt. 1908 (OLG. 18, 185) kann sich die Rev. nicht berufen. Denn einerseits geht diese Entscheidung noch von der heute überholten Grundanschauung aus, daß die Höchstbetragshypothek auch ohne die Entstehung von Forderungen aus dem geschützten Rechtsverhältnis eine echte Gläubigerhypothek sei, andererseits betrifft sie nur einen Fall, in welchem nach der Abtretung keine Ansprüche des neuen Gläubigers, sondern solche des alten Gläubigers entstehen und geschützt werden sollten und gerade deshalb von den Beteiligten vereinbart wurde, daß der Zessionar als Vertreter des Zedenten dem Schuldner neue Kredite geben und so die neuen Forderungen in der Person des alten Gläubigers zur Entstehung gelangen sollten. Von einer solchen Vereinbarung kann aber im vorliegenden Falle auch bei Zugrundelegung des Sachvortrags der Befl. und bei weitherziger Auslegung der Urkunden vom 29. Juli 1925 keine Rede sein. Wenn hiernach einerseits feststeht, daß Forderungen der Landesbank nach dem 29. Juli 1925 nicht mehr entstanden sind, und andererseits zugunsten der Befl. der für sie günstigste Fall unterstellt wird, daß die von ihr der Firma K. gegebenen neuen Kredite als ihre Forderungen gemäß § 1180 BGB. in das durch die Höchstbetragshypothek gesicherte Kreditverhältnis einbezogen worden sind, so ist die Befl. dennoch nicht gegen die Wirkungen der Vormerkung des Kl. geschützt, soweit diese neuen Kredite in Betracht kommen. Denn auch die Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB. hat den durch die Vormerkung gesicherten Lösungsanspruch des Kl. beeinträchtigt. Ohne die Auswechslung hätte die Firma K. bei der Beendigung der Geschäftsverbindung mit der Landesbank von der früher eingetragenen Gläubigerin Verzicht (Löschungsbewilligung, Berechtigungsabwilligung) in Höhe des durch das Endguthaben aus der beendigten Verbindung nicht erschöpften Teils der Höchstbetragshypothek verlangen können. Damit wäre in dieser Höhe praktisch der Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum eingetreten und der Lösungsanspruch des Kl. wirkunglos geworden. In der zur Auswechslung erforderlichen Eingangszerklärung des Schuldneigentümers lag also, soweit die Auswechslung sich auf den am 29. Juli 1925 noch nicht forderungsbekleideten Teil der Hypothek bezog, eine den vorgemerkten Lösungsanspruch schmälernde Verfügung über eine zwar äußerlich verdeckte, innerlich aber vorhandene Eigentümergrundschuld. Diese Verfügung braucht der Vormerkungsberechtigte sich nicht gefallen zu lassen (Planck, S. 1049 Anm. 2d zu § 1180; RG. v. 11. Juli 1911: RZM. 11, 242; Guth: ZBlZG. 6, 179). Die abweichende Auffassung von Goldschmit (BayMotZ. 1908, 1 ff.) entbehrt der rechtlichen Begründung. Der von ihm betonte Gesichtspunkt, daß vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus die beliebte und häufige Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB. wegen der Folgen für den Eigentümer und den neuen Gläubiger im Falle der Geltendmachung des Lösungsanspruchs des Vor-

früher (vor dem Verzicht) bereits einmal gehaftet hatte. Das RG. erachtet aber auch in diesem Falle weiter die Forderungsauswechslung in der Art für zulässig, daß an die Stelle eines Forderungskreises ein anderer tritt; der Umstand, daß eine zu dem alten Forderungskreise gehörige Einzelforderung etwa infolge Schuldnerwechsels in den neuen Forderungskreis eingetreten sei, stehe der Auswechslung nicht entgegen (übereinstimmend auch RGZ. 49, 224). Wegen die Ansicht des RG. ist geltend gemacht worden, es sei dabei nicht berücksichtigt, daß Forderungen, die ausgewechselt werden könnten, noch nicht bestehen und deshalb die Hypothek noch dem Eigentümer als vorläufige Eigentümergrundschuld zustehe (so RGKomm. § 1180 Anm. 1). Das RG. hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden; es wird nur gesagt, daß

eine solche Erweiterung sich „bestenfalls“ nur auf dem Wege des Forderungswechsels nach § 1180 BGB. durchführen lasse. Das RG. scheint allerdings dies mit dem RG. für zulässig zu erachten. Für den zur Entsch. stehenden Fall bedurfte es einer Entsch. dieser Rechtsfrage nicht, denn auch die Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB. beeinträchtigt den durch die Vormerkung gesicherten Lösungsanspruch aus § 1179 BGB. Ohne die Forderungsauswechslung hätte die Schuldnerin bei der Beendigung der Geschäftsverbindung mit der abtretenden (früheren) Gläubigerin Verzicht (Löschungsbewilligung, Berechtigungsabwilligung) in Höhe des durch das Endguthaben aus der beendigten Verbindung nicht erschöpften Teils der Höchstbetragshypothek verlangen können.

²) ZBlZG. 1916, 7406.

merkungsberechtigten aus § 1179 praktisch kaum durchführbar und § 1180 in einer großen Zahl von Fällen nahezu wertlos wäre, überschätzt wohl auf der einen Seite die Häufigkeit von Löschungs Vormerkungen nach § 1179 und Auswechslungen nach § 1180 BGB. und unterschätzt auf der anderen Seite sowohl die Anforderungen des Grundbuchverkehrs an die Sorgfaltspflicht eines neuen Kreditgebers als auch das Schutzbedürfnis des Vormerkungsberechtigten, dessen ältere aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtsstellung auch der Eigentümer und der neue Gläubiger berücksichtigen müssen. Schützt nach alledem auch bei Zugrundelegung der Darstellung, welche die Befl. von den Vorgängen am 29. Juli 1925 gibt, die bereits am 16. Febr. 1925 bei der Hypothek der Befl. eingetragene Vormerkung den Kl. vor einem Liquidat über 18 890 RM aus dieser Hypothek, so ist die Widerspruchsklage des Kl. gegen die Befl. mit Recht in den Vorinstanzen durchgedrungen.

(U. v. 19. Juni 1929; 458/28 V. — Dresden.) [Sch.]

****4.** §§ 1094 ff., 873, 313 BGB. Bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes ist die Einigung formlos rechtswirksam; dagegen bedarf das Grundgeschäft, die Abrede über die Bestellung, der Form des § 313 BGB. In entsprechender Anwendung von § 313 Satz 2 tritt aber Heilung durch Einigung und Eintragung ein. †)

Richtig ist, daß das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 873 BGB. durch Einigung und Eintragung rechtswirksam entsteht. In soweit herrscht in Rpr. und Schrifttum fast Einhelligkeit. Nur Fuchs, Grundbuchrecht I, 342 f., § 1094 Anm. 3, erfordert auch für die Einigung die Form des § 313 BGB. mit der Begründung, sie enthalte zugleich die obligatorische, bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Das trifft aber nicht zu; der dingliche Vertrag ist lediglich auf die Entstehung des dinglichen Rechtsverhältnisses gerichtet. Anders liegt die Sache aber bei dem Grundgeschäft, das auf die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes gerichtet ist. In ihm ist kraft der eigenartigen Gestaltung, die das dingliche Vorkaufsrecht in den §§ 1094 ff. BGB. gefunden hat, die bedingte Verpflichtung des Bestellers enthalten, in dem vor-gesehenen Falle das Eigentum an dem Grundstück auf den Vertragsgegner zu übertragen. Ist es unmittelbar auch nur auf die Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes gerichtet, so wird dadurch doch zugleich die Verpflichtung begründet, unter bestimmten Umständen das Grundeigentum zu übereignen; das ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 504 f. BGB., nach denen sich gemäß § 1093 Abs. 1 BGB. das Verhältnis zwischen den Berechtigten und Verpflichteten des dinglichen Vorkaufsrechtes regelt. An dieser von dem 5. ZivSen. bereits in RG. 110, 328 f.¹⁾ (333/34) vertretenen Ansicht ist auch nach erneuter Prüfung festzu-

halten. Daß es in seiner Entsch. zweifelhaft gelassen sei, ob auch im Falle der Eintragung eines formlos begründeten, dinglichen Vorkaufsrechtes die Form des § 313 BGB. für das Grundgeschäft erfordert wird, kann der Rev. nicht zugeben werden; irgendeine Einschränkung ist für das Formerfordernis dort nicht aufgestellt. Was das BG. gegen diese Ansicht ausführt, kann nicht durchgreifen. Die Bedeutung der Bemerkung in dem Protokolle Bd. 1 S. 463/64 ist in dem Urte. bereits gewürdigt und für nicht durchschlagend erachtet worden. Dieser Würdigung ist beizutreten. Daß die Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes nicht unmittelbar auf die Übertragung des Eigentums gerichtet ist, sondern darauf, eine Eintragung des jeden Eigentümers kraft ihrer zur Übertragung verpflichtenden Inhalts herbeizuführen, wie das BG. im Anschluß an den RG. R. v. 1094 Anm. 3 ausführt, ist zwar richtig, aber das ändert nichts daran, daß damit bereits die entscheidende Grundlage für die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung auch des Bestellers gelegt wird. Daß damit für den obligatorischen Vertrag eine strengere Form erfordert wird als für den dinglichen Vertrag, kann an diesem aus dem Gesetz gefundenen Ergebnis nichts ändern. Diese Ansicht wird auch weit überwiegend im Schrifttum vertreten (vgl. Pfand, BGB., Vorbem. vor § 1094 Anm. 3; Biermann, Sachenrecht, § 1094 Anm. 3a; Sörgel, BGB., Bd. 2 § 1094 Anm. 2; Enneccerus-Ripp-Wolff, BGB., 22./26. Aufl., Bd. II, 1 S. 429 f.; Immerweh in JheringsJ. Bd. 42 S. 279 f. [292/93]; Staudinger, BGB., § 1094 Anm. 2a; Warneher, BGB., § 1094 Anm. 1; Stillschweig in JW. 1925, 1113 Anm. B zur Entsch. 11). Anderer Ansicht Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Bd. 1 S. 711 f.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, § 1094 Anm. 4; Lewandowski in Gruch. 53, 595 f. Bedurft somit die Abrede der Parteien über die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes der Form des § 313 BGB., so könnten an sich die Befl. diese Bestellung aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung wieder rückgängig machen, da es an einem rechtswirksamen Grundgeschäft fehlen würde (§§ 812, 821 BGB.). Es könnte aber demgegenüber einmal in Frage kommen, ob sie nicht gewußt haben, daß für sie eine Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechtes nicht bestand. Wäre das zu bejahen, wofür die Umstände sprechen, so würde der Bereicherungsanspruch schon nach § 814 BGB. entfallen. Ferner kann aber auch in den Erwägungen des BG., daß durch die Einigung und Eintragung der Mangel der Form des Grundgeschäftes geheilt sei, ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. § 313 Satz 2 BGB. bestimmt, daß ein ohne Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form geschlossener Grundstücksübergabevertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Wenn

Zu 4. Die Rpr., wonach sowohl die Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechtes als auch die eines dinglichen Vorkaufsrechtes der Form des § 313 BGB. unterliegt, dürfte nunmehr feststehen, so daß eine kritische Erörterung nicht am Platze ist.

Von praktischer Bedeutung ist an obiger Entsch. hauptsächlich der Grundsatz, daß die Heilung gem. § 313 Satz 2 BGB. bereits durch Eintragung des Vorkaufsrechtes im Grundbuche eintritt. Diese Annahme ist im Interesse der Verkehrssicherheit zwar zu begrüßen; ihre Begründung ist jedoch nicht zweifellos. Das RG. geht davon aus, daß die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes deshalb formbedürftig ist, weil in ihr zugleich die bedingte Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums enthalten ist. Von diesem Ausgangspunkte aus könnte aber folgerichtig angenommen werden, daß die Heilung erst eintritt, wenn die bedingte Übereignungspflicht erfüllt, also die Auflassung an den Vorkaufsberechtigten und seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuche erfolgt ist. Der Standpunkt des RG. enthält auch eine Anomalie insofern, als hiernach schon eine nur in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Eintragungsbewilligung zur Heilwirkung genügen soll, während nach § 313 Satz 1 BGB. die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung vorgeschrieben ist und die Heilung grundsätzlich nur durch eine der gleichen Form unterliegende Auflassung eintritt. Eine weitere Anomalie liegt darin, daß die Eintragungsbewilligung für das Vorkaufsrecht und die Eintragung dieses beschränkten dinglichen Rechtes den Formmangel heilen soll, obgleich doch die Verpflichtung zur Begründung beschränkter dinglicher Rechte überhaupt

nicht formbedürftig ist, sondern der Gegenstand der Heilung im vorliegenden Falle in der bedingten Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks liegt. Der vermittelnde Standpunkt des RG. erscheint auch bei Berücksichtigung der Motive, die der Formvorschrift des § 313 BGB. zugrunde liegen, nicht ganz überzeugend. Das Formerfordernis hat bekanntlich den Zweck, den Grundbesitzer vor übereilten Verträgen zu schützen und den Beteiligten eine reifliche Überlegung zu gewährleisten sowie auch den Beweis zu sichern (vgl. Mot. II, 189; Prot. I, 460; D. 47).

Nun kann allerdings das Vorkaufsrecht nur praktisch werden, nachdem der Eigentümer das Grundstück zuvor durch einen formgerechten Kaufvertrag an einen Dritten verkauft hat; insofern ist also den gesetzgeberischen Zwecken Genüge geschehen, so daß man die Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechtes von dem Formerfordernis ganz befreien könnte, wenn nicht gewisse Gründe den gegenteiligen Standpunkt rechtfertigen würden.

Allerdings kann beim dinglichen Vorkaufsrecht eine Abweichung in den Kaufbedingungen von denen des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages nicht festgelegt werden (vgl. RG. 104, 123; Warn. 1914 Nr. 50). Zu den wesentlichsten Vertragsbedingungen gehört aber die Person des Gegenkontrahenten. Wäre die Verpflichtung zur Begründung des dinglichen Vorkaufsrechtes formfrei, so würde in dieser Hinsicht der vom Gesetz gewollte Schutz gegen Übereilung unwirksam sein. Die überwiegenden Gründe sprechen daher für die vom RG. angenommene Bejahung des Formerfordernisses; sie müßten dann aber auch bei logischer Durchführung die Heilung an die Auflassung und Eintragung knüpfen.

RM. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

1) JW. 1925, 1111.

man diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut auch nicht unmittelbar auf die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes anwenden wollte, so ist doch jedenfalls mit dem Verh. eine entsprechende Anwendung geboten. In dieser Bestimmung kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß, wenn eine Grundstücksübergabe in Frage steht, der dingliche Vertrag und die Eintragung die Mängel des obligatorischen Übereignungsvertrages heilen und diesem Verträge Rechtswirksamkeit verleihen. Eine solche Lage ist auch dann gegeben, wenn die Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes formlos übernommen wird, dann aber die Einigung in einer nach § 873 Abs. 2 BGB. bindenden Weise erfolgt und daraufhin das Recht eingetragen wird. Einigung und Eintragung stellen auch hier die Erfüllung des Verpflichtungsvertrages in seinem wesentlichen Punkte dar und diese unter bestimmte Form-erfordernisse gestellt und vom Gericht zum Abschluß gebrachte Erfüllung geben dem darauf gerichteten obligatorischen Verträge die Rechtswirksamkeit (so auch Pland, BGB., § 1094 Anm. 3; Biermann, Sachenrecht, § 1094 Anm. 3c; Enneccerus-Ripp-Wolff, Lehrbuch, Bd. II, 1 S. 429 f.; Stillschweig a. a. D.; Fuchs a. a. D. § 1094 Anm. 3a; Staudinger, BGB., § 1094 Anm. 2a; Warneher a. a. D.). Was die Rev. dagegen vorbringt, kann gegenüber dem maßgebenden Grundgedanken nicht durchgreifen. Insbes. läßt sich gegen eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. nicht der Umstand entscheidend verwerten, daß die Auflassung der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, die Einigung über die Bestellung des Vorkaufsrechtes aber, wenn sie bindend sein soll, nur der im § 873 Abs. 2 BGB. vorgesehenen Form. Denn auch diese Form bietet eine gewisse Sicherheit dafür, daß sie dem Willen der Beteiligten entspricht, und bildet die gesetzmäßige Unterlage für die Grundbucheintragung. Wird nach dem Gesetz schon eine für die Rechtswirksamkeit hinreichende Billigung des gesamten obligatorischen Übereignungsvertrages in der auch rein formalen Auflassung gefunden, so muß das mindestens in demselben Maße von dem gewöhnlich, so auch hier, ganz einfach auf Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes gerichteten obligatorischen Verträge und dem dinglichen Verträge in Verbindung mit der Eintragung gelten. Hier ist die Bewilligung der Eintragung, offenbar mit Wissen und Willen des Kl., von den Bekl. unmittelbar dem GVL. erklärt. Darin ist nach Lage des Falles eine genügende bindende Einigung zu erblicken.

Hiernach besteht das Vorkaufsrecht des Kl. zu Recht.
(U. v. 11. Juli 1929; 734/28 VI. — Marienwerder.

[Sch.]

**** 5. §§ 1120 ff. BGB.**

1. Ein zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Gläubiger hinsichtlich eines der Haftung für die Hypothek unterliegenden Gegenstandes geschlossener Hypothekenhaftungs-Freigabevertrag hat niemals dingliche Wirkung gegen Dritte. Es gibt weder vertragsmäßige Erweiterung noch Einschränkung der Haftungserstreckung mit Wirkung gegen Dritte.

2. Dem in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothekengläubiger haftet auch nach dem Erlöschen der Grundschuldhaftung das von der Zwangsversteigerung ausgenommene Zubehör weiter. Inhalt und Rechtsnatur — dinglich oder obligatorisch — dieses Rechtes. Es ist formfrei übertragbar.

3. Welche Einwendungen kann der Ersteher, dem diese Rechte des ausgefallenen Hypothekengläubigers abgetreten sind, dem die Herausgabe des Zubehörs als seines Eigentums verlangenden Klägers entgegensetzen? Er kann die Herausgabe verweigern und zu Befriedigung seines Rechtes die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen.

Die DKG. Spinnerei B. & B. (Gesellschafter: die Kaufleute B. und Be.) ließ auf ihrem Grundstücke für sich eine Eigentümergrundschuld von 100 000 G.M. mit der Maßgabe eintragen, daß aus der zugrunde liegenden notariellen Ur-

kunde die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein sollte. Die beiden Gesellschafter setzten sich 1924/25 dahin auseinander, daß Be. als offener Gesellschafter ausschied und stiller Gesellschafter wurde, B. das Geschäft unter der alten Firma allein führte. B. wurde Eigentümer der Gesellschaftsgrundstücke, die Eigentümergrundschuld wurde von der Gesellschaft an Be. abgetreten.

B. geriet in Vermögensverfall. Durch Beschluß vom 13. Juli 1926 wurde die Zwangsversteigerung seiner Grundstücke angeordnet. Am 16. und 17. Aug. 1926 trat Be. von seiner Grundschuld Teilbeträge an die Firma H. und an die Firma M. ab. Die Abtretungen wurden am 23. Aug. 1926 in das Grundbuch eingetragen; die gebildeten Teilgrundschuldbriefe über 40 000 und 25 000 G.M. wurden den neuen Gläubigerinnen ausgehändigt. Die Grundstücke wurden versteigert. Die ganze Grundschuld von 100 000 G.M. stand außerhalb des geringsten Gebots. Be. blieb Meistbietender und erhielt durch Beschluß v. 20. Nov. 1926 den Zuschlag. Die Firma H. hatte aus ihrer Teilgrundschuld an Kapital, Zinsen und Kosten rund 40 000 M. angemeldet. Im Verteilungstermin am 18. Jan. 1927 wurden ihr aus dem Bargebot 9234,73 M. zugeteilt; mit dem Rest fiel sie aus. Da der Ersteher auf sein Bargebot nur 20 450 M. zahlte und dieser Betrag auf vorgehende Berechtigte entfiel, wurde der Firma H. eine Forderung von 9234,73 M. gegen den Ersteher Be. übertragen und dafür eine Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen. Auf den Teilgrundschuldbrief wurde ein entsprechender Vermerk gesetzt; der Brief wurde der Firma H. zurückgegeben. Die Firma M. fiel mit ihrer Teilgrundschuld, aus der sie 20 000 M. angemeldet hatte, mangellos Masse gänzlich aus. Ihr Teilgrundschuldbrief wurde unbrauchbar gemacht und zu den Zwangsversteigerungsakten genommen. Die ganze Grundschuld von 100 000 G.M. wurde auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts am 7. März 1927 im Grundbuch gelöscht. Die Firma M. trat dann ihre Grundschuldrechte an die Bekl. ab; desgleichen trat die Firma H. ihre Teilgrundschuld an die Bekl. ab; ob dabei der Teilgrundschuldbrief übergeben worden ist, ist streitig. Der Ersteher Be. hat die ersteigerten Grundstücke an die Bekl. verkauft und aufgelassen. Übergabe und Eintragung der Bekl. als Eigentümerin im Grundbuch sind erfolgt.

Die Kl. hatte bezüglich einer bei der DKG. B. & B. stehenden Mangel mit der DKG. einen Sicherungsübereignungsvertrag abgeschlossen und machte im Zwangsversteigerungsverfahren ihr Eigentum geltend. Nachdem alle betreibenden Gläubiger die Mangel freigegeben und das Versteigerungsgericht deshalb das Zwangsversteigerungsverfahren hinsichtlich der Mangel aufgehoben hatte, verlangt die Kl. von der Bekl. die Herausgabe der Mangel, die auf dem von der Bekl. erworbenen Fabrikgelände steht. Die Bekl. leitet aus den ihr abgetretenen Teilgrundschulden ein Recht darauf her, die Herausgabe zu verweigern und von der Kl. zu verlangen, daß diese wegen des in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Teils der ehemals H.schen Grundschuld die Zwangsvollstreckung in die Mangel dulde. Dieses Verlangen verfolgt sie im vorliegenden Rechtsstreit mit der Widerklage.

Das LG. hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben; das OLG. hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Rev. der Bekl. hatte Erfolg.

Das BG. nimmt an, daß die Mangel durch einen in der Sicherungsübereignung liegenden stillschweigenden Freigabevertrag zwischen der DKG. B. & B. (als der Eigentümergrundschuldgläubigerin) und der Kl. (als der Erwerberin) von der Haftung für die Grundschuld mit dinglicher Wirkung gegen alle späteren Erwerber der Grundschuld freigegeben sei. Diese Annahme ist rechtsirrig. Keinesfalls konnte ein solcher Vertrag eine Enthaltung der Mangel mit dinglicher Wirkung gegen Dritte erreichen. Wie das RG. einer vertragsmäßigen Erweiterung des Umfangs der Haftungserstreckung im § 1120 BGB. die dingliche Wirkung versagt hat (RG. 63, 373; RGKomm. Bd. 3 S. 516 Anm. 1 zu § 1120), so muß auch einer vertragsmäßigen Einschränkung der in den §§ 1120—1122 BGB. aufgestellten Grundätze über die Hypothekenerstreckung auf Zubehör eine über den Kreis der Vertragsschließenden hinausgehende Bedeutung versagt bleiben. Selbst wenn also die Kl. mit B. & B. ein Ent-

haftungsabkommen, wie es das BG. in der Veräußerung der Mangel am 31. Aug. 1925 erblickt, geschlossen haben sollte, würde daraus bestenfalls eine persönliche Einrede der Kl. gegen die Geltendmachung der Zubehörhaftung für die Grundschuld durch die ursprüngliche Eigentümergrundschuldgläubigerin hergeleitet werden können. Einem an dem Abkommen nicht beteiligten späteren Grundschuldgläubiger gegenüber bestimmen aber die §§ 1120—1122 BGB. den Umfang der Haftung. Den späteren Abtretungsgläubigern H. und M., von denen erst die Befl. ihre Rechte herleitet, steht jedenfalls ein vertragmäßiges Enthaltungsabkommen zwischen der Kl. und der ursprünglichen Eigentümergrundschuldgläubigerin B. & V. nicht mehr entgegen. Mit der Begründung des BG. läßt sich also seine Entscheidung nicht halten. Es fragt sich aber, ob sie etwa aus anderen Rechtsgründen zutrifft (§ 563 ZPD.). Bei dieser Prüfung sind insbesondere die Ereignisse in der Zwangsversteigerung und ihr Einfluß auf die Grundschuld, aus welcher die Befl. ihre Rechte herleitet, zu erörtern.

Während des Zwangsversteigerungsverfahrens bis zum Zuschlag an B. waren die Firmen H. und M. Teilgrundschuldgläubiger. Ihre Rechte erstreckten sich auf die Mangel als Zubehör des belasteten Grundstücks. Mit dem Zuschlag erloschen zwar ihre außerhalb des geringsten Gebots stehenden Grundschulden an dem versteigerten Grundstück sowohl insoweit, als sie zur Hebung gelangten, als auch insoweit, als sie ausfielen (§ 1181 BGB., §§ 91, 118, 128, 130 f. ZwVerfSt.); die Haftung des von der Zwangsversteigerung ausgeschlossenen Zubehörs für den Ausfall der Grundschulden blieb aber bestehen. An diesem von dem erf. Sen. in ständiger Rspr. aufgestellten, auch sonst im Schrifttum nunmehr herrschenden Rechtsgrundsatz ist festzuhalten (RG. 55, 414 = ZW. 1903, 434¹⁰; RG. v. 14. Mai 1904: Gruch. 48, 1064; v. 7. Okt. 1914: LZ. 1915, 287 Nr. 10; RGRKomm., 6. Aufl., Bd. 3 S. 570 Anm. 3 zu § 1147; Planck, 4. Aufl., Bd. 3 S. 904 f. Anm. 1c zu § 1147; Staudinger, 9. Aufl., Bd. III 2 S. 1291 Anm. II 6e zu § 1181; Wolff, 8. Bearbeitung, S. 491 unter VII). Es fragt sich nun aber, ob H. und M. ihre Grundschuldgläubigerrechte, die an der Mangel trotz des Wegfalls der Grundstückshaftung fortbestanden, noch mit der Wirkung auf die Befl. übertragen konnten und übertragen haben, daß diese der Entfernung der Mangel von dem Grundstück widersprechen und wegen der ihr übertragenen Rechte Befriedigung aus der Maschine suchen darf. Diese Frage ist zu bejahen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Recht, kraft dessen dem in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Grundschuldgläubiger nach dem Erlöschen der Grundstückshaftung das von der Versteigerung ausgenommene Zubehör weiter haftet, begrifflich noch als eine echte Grundschuld oder als ein anders geartetes Recht anzusehen ist, eine Frage, die sich mit jener anderen berührt, ob das Recht des außerhalb des geringsten Gebots stehenden Grundstücksberechtigten auf den an die Stelle des Grundstücks tretenden Versteigerungserlös ein dem alten Grundstückspfandrecht wesensgleiches dingliches Recht darstellt oder ob das ehemals dingliche Recht am Grundstück in ein schuldrechtliches Forderungsrecht auf den Erlös sich verwandelt. Wie auch die wissenschaftlichen Meinungen hierzu auseinander gehen mögen, so erkennen doch nicht nur die Schriftsteller, welche für die Verwandlung in ein Forderungsrecht sich aussprechen (vgl. z. B. RGRKomm. Bd. 3 S. 492 Anm. 6 zu § 1113 a. E.; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 375 ff., namentlich S. 381), sondern auch die, welche dem trotz Wegfalls der Grundstückshaftung fortbestehenden Gläubigerrecht grundsätzlich seine alte Rechtsnatur belassen wollen, übereinstimmend an, daß die für das alte Recht gegebenen gesetzlichen Vorschriften nur insoweit anwendbar bleiben, als nicht ihre Anwendung gerade dadurch ausgeschlossen wird, daß nicht mehr das Grundstück, sondern etwas anderes (Erlös, Zubehör) fortan den alleinigen Haftungsgegenstand bildet (RG. 88, 304; Planck a. a. O.; Jaedel-Güthe, 5. Aufl., S. 410). Demgemäß wird insbesondere allgemein angenommen, daß bei Verfügungen über das bestehen gebliebene Recht nicht mehr die Form, in der zur Zeit der Grundstückshaftung über das Recht verfügt werden mußte, erforderlich ist, sondern daß das Recht nunmehr formlos übertragen werden kann (vgl. neben Planck, Jaedel-

Güthe und Hirsch a. a. O. weiterhin auch Predari, ZW., 2. Aufl., S. 453; Güthe: DNotZ. 1911, 733; Rottebohm: ZWVerfSt. 12, 365). Dieser Ansicht ist beizupflichten. Wollte man ihr nicht folgen und an der alten Form der Übertragung festhalten, so würde sich ergeben, daß das Recht nach der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens überhaupt nicht mehr übertragbar wäre. Denn das Erlöschen der Grundstückshaftung — sei es nach Befriedigung des Gläubigers (§ 1181 BGB., §§ 118, 128 ZwVerfSt.), sei es nach dem Ausfall des Rechts (§ 91 Abs. 1 ZwVerfSt.) — führt nach § 130 ZwVerfSt. zur Löschung des Rechts im Grundbuch und nach § 127 Abs. 1 Satz 1 ZwVerfSt. zur Unbrauchbarmachung des Briefs. Eine Übertragung des Rechts durch Einigung und Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB.) oder durch schriftliche Abtretung und Briefübergabe (§§ 1154, 1192 BGB.) ist also nach ordnungsmäßiger Abwicklung des Verfahrens nicht mehr möglich. Die Unübertragbarkeit des Rechts würde weiterhin seine Unpfändbarkeit zur Folge haben (§§ 851, 857 Abs. 6 ZPD.). Im Gesetz fehlt aber jeder Anhalt dafür, daß das am Erlös oder am Zubehör sich fortsetzende Gläubigerrecht dem Rechtsverkehr durch Ausschluß seiner Übertragung und Pfändung entzogen sein sollte. Das Ergebnis würde auch praktisch nicht befriedigen. Somit muß die formfreie Übertragung des Rechts zugelassen werden. Bei der Seltenheit der Fälle kann darin eine zu Bedenken Anlaß gebende Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht gefunden werden. Für die wissenschaftliche Betrachtung mögen durch diese Behandlung des fortbestehenden Gläubigerrechts die Grundsätze des Liegenschaftsrechts über die Übertragung dinglicher Rechte in gewisser Weise durchbrochen und das Recht einer Mobilienhypothek genähert erscheinen. Diese Folge ergibt sich aber zwangsläufig aus dem Ausnahmeharakter eines ohne Grundstückshaftung sich fortsetzenden Grundstückspfandrechts und muß gegenüber dem praktischen Bedürfnis in den Kauf genommen werden. Hiernach hat die Befl. durch die Abtretungen der Firmen H. und M., gleichviel in welcher Form sie vorgenommen worden sind, deren an der Mangel fortbestehende Grundschuldgläubigerrechte in Höhe des Ausfalls in der Zwangsversteigerung erworben. Ob bei der Abtretung der Firma H. ihr vom Versteigerungsgericht zu Unrecht nach Satz 2 anstatt nach Satz 1 des § 127 Abs. 1 ZwVerfSt. behandelte Grundschuldbrief der Befl. übergeben worden ist, kann dahingestellt bleiben, da der Brief nach den entwickelten Rechtsgrundsätzen beim Übergang der Rechte auf die Befl. keine Rolle mehr spielte.

Kraft der ihr von den Firmen H. und M. übertragenen Grundschuldrechte hat die Befl. nun freilich kein eigentliches Recht zum Besitze der Mangel (Planck a. a. O.), da ja auch bei noch bestehender Grundstückshaftung der Grundschuldgläubiger kein Recht auf den Besiz des ihm mit dem Grundstück haftenden Zubehörs hat. Eine unmittelbare Einwendung aus § 986 BGB. kann daher die Befl. auf Grund der ihr übertragenen Rechte gegen die Eigentumsklage der Kl. aus § 985 BGB. nicht erheben. Dennoch kann sie der von der Kl. begehrten Herausgabe der Mangel aus einem anderen Rechtsgrunde widersprechen. Die Herausgabe würde zur Entfernung der Mangel von dem Grundstück und damit zu ihrer Befreiung von der Haftung für das Recht der Befl. nach den §§ 1121, 1192 BGB. führen. Einer solchen Zerstörung ihres eigenen, das Eigentum der Kl. belastenden Rechts braucht sich die Befl. aber nicht zu unterwerfen. Sie kann vielmehr zur Wahrung ihres Rechts die Herausgabe verweigern und ihrerseits zur Befriedigung ihres Rechts von der Kl. die Duldung der Zwangsvollstreckung in die Mangel verlangen (RG. 55, 417 f.; DZG. 33, 166). Daran ist sie auch dadurch nicht gehindert, daß die ihr abgetretenen Grundschuldgläubigerrechte gegenwärtig mit dem Eigentum am Grundstück in ihrer Hand sich vereinigt haben. § 1197 BGB. steht ihren Anträgen nicht entgegen. Zwar genügt zur Begründung dieser Ansicht nicht allein der Hinweis auf die Tatsache, daß die Mangel, welche für die abgetretenen Grundschuldrechte haftet, nicht Eigentum der Befl., sondern Eigentum der Kl. ist. Denn würde das Grundstück selbst noch für ihre Rechte haften, so wäre die Befl. durch den § 1197 BGB. und § 865 ZPD. auch an der Vollstreckung in solche Zubehörstücke gehindert, welche nicht in ihrem eigenen Eigentum ständen. Anders

aber liegt die Sache, nachdem die Grundstückshaftung erloschen ist. Seiner Zweckbestimmung nach verbietet § 1197 BGB. dem Eigentümergrundschuldgläubiger nur die Zwangsvollstreckung in das eigene Grundstück, scheidet also aus, wenn die Grundstückshaftung nicht mehr besteht, sondern nach ihrem Erlöschen nur noch die Befriedigung aus einem verhaftet gebliebenen Zubehörstück in Betracht kommt.

(U. v. 3. Okt. 1929; 258/28 V. — Hamm.) [Sch.]

****6.** § 2040 BGB. Die Auflassungserklärung des Alleineigentümers eines Grundstücks, die dieser in der irrigen Meinung, Miterbe zu sein, gemeinsam mit den übrigen Miterben abgegeben hat, ist rechtswirksam.

Der dem M. gehörige Hof war nach seinem Tode seinem Sohne D. M. und nach dessen Tode dem Sohne seiner bereits verstorbenen Schwester, dem H., als Anerben zugefallen; er blieb auf dem Namen des Erblassers M. eingetragen. In Unkenntnis über die Anerbeneigenschaft verkauften alle Erben, darunter auch der Anerbe, den Hof dem Bekl., traten dann, da der Bekl. nicht bezahlte, nach § 326 BGB. vom Vertrage zurück und erklärten dem Bekl., Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Darauf verkauften die Erben dann den Hof anderweitig in Teilen und ließen ihn auf, darunter die Hofstelle an die Kl. Die Anträge, die sämtlichen verkauften und aufgelassenen Parzellen nunmehr auf den Namen der Käufer einzutragen, wies das LG. mit der Begründung zurück, daß die Erben gar nicht über den Hof verfügen könnten, da er dem Anerben allein zugefallen sei, die unrichtig ausgestellten Erbscheine deshalb ja auch schon eingezogen seien. Die dagegen von der Kl. erhobene Beschwerde wies das LG. zurück. Dagegen hob das RG. auf weitere Beschwerde mit Beschluß diese Entscheidungen auf und begründete das damit, daß die Auflassungserklärung des Erben und Anerben H. auch für ihn als Alleineigentümer wirksam sei. Darauf erfolgten dann die Abschreibungen und Eigentumszeintragungen, diejenige des Restgrundstücks mit den Gebäuden auf den Namen der Kl. Dieses Grundstück war aber bereits dem Bekl. übergeben, der es auch nicht räumte. Mit der Klage hat die Kl. Schadensersatz und Herausgabe des Grundstücks verlangt.

Der Bekl. hat eingewendet: Da das Grundstück gar nicht den M.'schen Erben gehört habe, seien sie auch gar nicht in der Lage gewesen, es ihm zu übereignen. H. habe nach Feststellung der wahren Eigentumsverhältnisse auch die Auflassungen wegen Irrtums angefochten. Daher habe der Bekl. überhaupt nicht in Verzug kommen können und die Fristsetzung sei wirkungslos. Die Kl. sei hiernach auch in Wahrheit gar nicht Eigentümerin geworden. Das LG. hat nach dem Klageantrag erkannt, das BG. die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. hatte Erfolg.

Mit Recht geht das BG. davon aus, daß die Erben M. dem Bekl. das Grundstück verkaufen konnten, auch wenn es nicht in ihrem Eigentum stand, daß sie, da der Bekl. seinen Vertragspflichten nicht nachkam, an sich den Weg des § 326 BGB. beschreiten konnten, und daß die Kl. als Miterbin berechtigt ist, den daraus sich ergebenden Schadensersatzanspruch zugunsten der Erben geltend zu machen. Richtig ist es auch, daß die Erben rechtswirksam eine Frist aussetzen konnten, wenn sie selbst erfüllungsfähig und -bereit waren. Das Letztere verneint das BG.. Es meint: Es hätten wohl alle Erben, darunter auch H., die Auflassung erklärt. Das Eigentum sei aber trotzdem auf den Bekl. nicht übergegangen. Denn H. habe die Auflassungserklärung nur als Miterbe, nicht als Alleineigentümer abgegeben, und diese Erklärung habe nicht ausgereicht, um das ihm allein zustehende Eigentum auf den Bekl. zu übertragen. Das BG. hat sich damit in bewußten Gegensatz zu der Entscheidung des RG. in der Grundbuchsache gesetzt. Dieser Standpunkt des BG. kann nicht als gerechtfertigt erachtet werden. Gemäß § 2040 BGB. können die Miterben über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen. Es ist also dazu wohl eine übereinstimmende Erklärung der Miterben erforderlich, aber jede einzelne Erklärung ist nicht auf einen Anteil an dem Gegenstand gerichtet, sondern betrifft den ganzen Gegenstand. Bei der Auflassung erklärt also jeder Miterbe sein Einverständnis mit der Rechtsänderung hinsichtlich des ganzen Grundstücks. Das Ent-

scheidende ist, daß der Veräußerer sein Einverständnis mit der Eintragung des Erwerbers erklärt und daß er berechtigt ist, über das Grundstück zu verfügen. Bei der abstrakten Natur der Auflassung kommt es nicht entscheidend darauf an, daß der Auflassende sich der Art und des Umfangs seines Rechtes bewußt ist. Er will jedenfalls die Rechte, die er an dem Grundstück hat, zugunsten des Erwerbers aufgeben. Und diese Erklärung ist rechtswirksam, auch wenn er glaubt, nur Mitherechtigter als Miterbe zu sein, tatsächlich aber der Alleinberechtigte ist, und wenn auch die anderen Miterben noch die gleiche Erklärung abgeben. Es kann dann höchstens in Frage kommen, ob er etwa seine Auflassungserklärung wegen Irrtums anfechten kann. Ob eine solche Anfechtung wirksam wäre, ob H. sie erklärt hat, und welche Bedeutung die Annahme, er würde im Falle der Auflassung eine solche Anfechtung vorgenommen haben, für die Frage der Fristsetzung und des Schadensersatzes hat, braucht hier nicht erörtert zu werden, da es bisher an jeder Klärung der dafür in Betracht kommenden Tatsachen fehlt.

(U. v. 30. Mai 1929; 543/28 VI. — Celle.) [Sch.]

2. Aufwertung.

****7.** §§ 15 Satz 2, 78 AufwG. Nichtanwendung der Härtevorschriften gegen einen Gläubiger, der nach dem Inkrafttreten der III. StRottVO. die Leistung des Schuldners angenommen hat; ein solcher Gläubiger darf nicht schlechter dastehen, wie einer, der bis zum Inkrafttreten des AufwG. mit der Annahme der Leistung gewartet hat. †)

Ein Fall, in dem die Vorlegung der weiteren Beschwerde an das RG. durch § 74 Abs. 1 Satz 5 AufwG. i. Verb. m. § 28 Abs. 2 RFVG. geboten ist, liegt vor. Das BayObLG. hat als Gericht der sofortigen weiteren Beschwerde nach § 74 Abs. 1 Satz 3 AufwG. in dem Beschl. v. 27. März 1928 den Grundsatz aufgestellt, daß die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 AufwG. gegenüber einem Aufwertungsbegehren nach § 78 AufwG. nicht Platz greifen. Diesem Grundsatz will das RG. als Gericht der sofortigen weiteren Beschwerde im vorliegenden Falle ebenso wie in seiner früheren Entscheidung v. 29. Sept. 1927 (AufwRspr. 1927, 734), die schon dem BayObLG. Anlaß zur Vorlegung an das RG. hätte geben sollen, entgegengetreten. Es durfte daher nicht selbst entscheiden, sondern mußte das RG. anrufen.

Sachlich ist die weitere Beschwerde nicht begründet:

Die Frage, ob das LG. dem Antragsgegner den Schuß des § 8 AufwG. mit Recht versagt hat, kann nach § 74 Abs. 1 Satz 4 AufwG. mit der weiteren Beschwerde nicht mehr zur Nachprüfung gestellt werden. Dagegen würde eine nach § 74 Abs. 1 Satz 3 mit der sofortigen Beschwerde angreifbare Rechtsverletzung vorliegen, wenn das LG. die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 AufwG. zu Unrecht außer acht gelassen hätte. Wäre der angefochtene Beschluß insoweit rechtsirrig, so stände § 74 Abs. 1 Satz 4, der nur die unrichtige Anwendung des

Zu 7. Zur Begründung seiner Ansicht, daß in den Fällen des § 78 auch der § 15 trotz seiner Nichterwähnung in Satz 4 Anwendung finde, hat das RG. v. 29. Sept. 1927: AufwRspr. 1929, 734 ausgeführt, daß der in Satz 4 erwähnte § 16 in Abs. 3 ausdrücklich auf § 15 verweise und den § 15 deshalb voraussetze, weil der in § 16 Abs. 1 gegebene Einspruch auch auf § 15 gestützt werden könne. Das RG. beruft sich ferner darauf, daß § 70 Ziff. 2 den § 16 als Härtevorschrift bezeichne, was sich nur daraus erkläre, daß in den Fällen der Anwendbarkeit des § 16 auch der § 15 Platz greife. Was zunächst den § 70 anlangt, so ist die Aufführung des § 16 unter den Härtevorschriften ein Redaktionsfehler, da § 16 eine besondere Härtevorschrift neben den Härtevorschriften der §§ 8, 15 nicht enthält; § 16 ist dort wohl nur deshalb erwähnt, um klarzustellen, daß die AufwSt., die sonst zur Entscheidung über Einsprüche aus § 16 nicht zuständig ist, insoweit zuständig ist, als auf Grund des Einspruchs über die Härtevorschrift des § 15 zu entscheiden ist (vgl. meine Anm. zu § 70). Daß § 15 in § 16 Abs. 3 erwähnt ist, ist nicht beweiskräftig. Abs. 3 verweist auch auf den § 14, betreffend den Vorbehalt; es ist aber unzweifelhaft, daß es trotzdem in den Fällen des § 78 auf einen Vorbehalt nicht ankommt. Ebensowenig kann daraus, daß ein Einspruch auch auf die Härtevorschrift des § 15 gestützt werden kann, hergeleitet werden, daß die Anwendung des § 16 auch die Anwendung

§ 15, nicht seine völlige Außerachtlassung einer Rüge durch weitere Beschwerde entziehen würde, dem eingelegten Rechtsmittel nicht entgegen (vgl. Duassowski, 5. Aufl., S. 572).

Die Meinung des RG., daß die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 gegenüber einem Aufwertungsbegehren des Gläubigers im Falle des § 78 AufwG. anwendbar seien, verdient indessen keine Zustimmung. Sie hat, soweit ersichtlich, nur bei Radler (3. Aufl., S. 189) Unterstützung gefunden. Das übrige Schrifttum lehnt sie in Übereinstimmung mit dem BayObLG. ab (Emmerich S. 395; v. Karger S. 172; Lehmann-Bösebeck S. 370; Michaelis, 2. Aufl., S. 232; Mügel, 5. Aufl., S. 1016 ff. [anders: frühere Auflage]; Neukirch S. 559; Duassowski, 5. Aufl., S. 588; Rademacher-Philipp S. 42; Schlegelberger-Parmening, 5. Aufl., S. 509; Wagemann, 3. Aufl., S. 133). Für diese ablehnende Ansicht spricht, wie die herrschende Meinung insbes. durch ihre mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes vertrauten Vertreter hervorhebt, nicht nur die Fassung des § 78, der im Satz 4 den § 15 unerwähnt läßt, sondern vor allem auch der Grundgedanke des § 78. Durch ihn sollte sichergestellt werden, daß ein Gläubiger, welcher nach dem Inkrafttreten der III. StNotW. im Vertrauen auf die dort getroffene Regelung eine Leistung des Schuldners angenommen hat, nicht schlechter dasteht als ein Gläubiger, der in der Hoffnung auf eine günstigere Regelung in der künftigen Gesetzgebung die Annahme der Leistung bis zum Inkrafttreten des AufwG. hinausgezögert hat. Da nun nach dem AufwG. ein Gläubiger, der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes mit der Annahme der Leistung gewartet hat, nur einem Herabsetzungsantrag des Schuldners aus § 8, nicht der Anwendung der Härtevorschriften des § 15 Satz 2 ausgesetzt ist, würde die Heranziehung des § 15 Satz 2 gegenüber dem Aufwertungsbegehren aus § 78 für diesen Fall auf eine Vernachteiligung des Gläubigers hinauslaufen, die mit dem Grundgedanken des § 78 nicht vereinbar wäre. Nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes braucht nur derjenige Gläubiger sich die Härtevorschriften des § 15 Satz 2 entgegenhalten zu lassen, welcher die Leistung in der Zeit vom 15. Juni 1922 bis 14. Febr. 1924 angenommen hat. Eine erweiternde Aus-

legung der Härtevorschrift des § 15 mit sich bringt; es müßte sonst auch angenommen werden, daß in den Fällen des § 14, in denen ja auch § 16 anwendbar ist, die Härtevorschrift des § 15 anzuwenden wäre. Hiernach muß dem RG. zugestimmt werden, wenn es mit der herrschenden Meinung die Anwendbarkeit des § 15 in den Fällen des § 78 verneint. Dies Ergebnis entspricht auch der vernünftigen Ansicht des Gesetzes. Das RG. betont die Lage des Schuldners, der habe annehmen dürfen, daß er sich seiner Verpflichtungen endgültig entledigt habe, wenn er unter der Herrschaft der III. StNotW. die Hypothek ausgezahlt habe, ohne daß der Gläubiger einen Vorbehalt gemacht hätte. Demgegenüber weist das RG. zutreffend darauf hin, daß § 78 seinen Ausgangspunkt im Interesse des Gläubigers habe. Der Grundgedanke des § 78 ist, wie ich es in Anm. 1 zu § 78 ausgedrückt habe, der, daß der Gläubiger keinen Nachteil davon haben solle, daß die III. StNotW. geringere Rechte gewährt habe als das AufwG.

Das RG. weist in der Begründung seines Beschl. v. 29. Sept. 1927 darauf hin, daß es mit gleicher Begründung die Anwendbarkeit des § 15 auch auf dem Gebiete des § 17 angenommen habe, obwohl auch § 17 nur den § 16 ausdrücklich erwähne. Die obigen Darlegungen, daß aus der Erwähnung des § 16 nicht auf die Anwendung des § 15 geschlossen werden kann, sprechen dafür, daß auch in den Fällen des § 17 der § 15 jedenfalls dann nicht anzuwenden ist, wenn eine Zahlung des Schuldners nicht erfolgt ist (vgl. hierzu meine Ausführungen in Anm. 9 zu § 17). Das RG. ist in dieser Hinsicht am 2. März 1927 dem Standpunkt des RG. mit der kurzen Begründung beigetreten, daß die Anwendbarkeit der Härtevorschrift des § 15 trotz ihrer Nichterwähnung in § 17 unbedenklich angenommen werden könne, zumal in § 18 Abs. 2 die Vorschrift des § 15 mit in Bezug genommen sei. Diese Bezugnahme erklärt sich daraus, daß auch nach der von mir vertretenen Ansicht es Fälle gibt, in denen § 15 gegenüber dem früheren Gläubiger zur Anwendung kommt, nämlich dann, wenn die Hypothek auf Grund einer Zahlung an den Fessionar gelöst ist oder wenn, nachdem der Gläubiger an den Schuldner Zahlung geleistet hat, dieser statt löschungsfähiger Quittung eine Abtretungserklärung erteilt hat. Hiernach dürfte die jetzt vorliegende Entsch., daß die Erwähnung des § 16 in § 78 die Anwendung des § 15 nicht nach sich zieht, dem RG. Anlaß zur Nachprüfung der Frage geben, ob auch in den Fällen des § 17, der nicht ein Unterfall der §§ 14, 15 ist, sondern selbständig neben diesen steht (vgl. meine Anm. 1 zu § 17), der § 15 allgemein anzuwenden ist.

Staatssek. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

legung zuungunsten des Gläubigers, der erst nach dem 14. Febr. 1924 eine Leistung des Schuldners angenommen hat, findet weder im § 78 Satz 4, der nur den § 16, nicht den § 15 anzieht, noch im § 70 Abs. 1 Ziff. 2 AufwG. eine hinreichende Stütze. Denn wenn auch ein gewisser Zusammenhang zwischen § 15 und § 16 besteht, so genügt er doch nicht, um entgegen dem Wortlaut und Zweck des § 78 hier neben dem § 16 auch dem § 15 Eingang zu verschaffen. Die Erwägung des RG., daß die Lage des Gläubigers und des Schuldners im Falle des § 78 derjenigen im Falle des § 15 nicht unähnlich sei, kann nicht durchgreifen, weil das AufwG. durch seine Vorschriften gerade den Unterschied beider Fälle festgelegt hat, indem es den Gläubiger, der nach dem 14. Febr. 1924 eine Leistung angenommen hat (§ 78), nicht einem solchen, der schon vorher etwas empfangen (§§ 14, 15), sondern einem solchen, der bis zum AufwG. wartete (§§ 4, 9), gleichgestellt hat.

(Beschl. v. 28. Sept. 1929; VB 9/29. — Königsberg.)
[Sch.]

**8. Art. 19 DurchfW.D. z. AufwG. Die hier vorgesehene Aufrechnung findet nicht statt, wenn die Parteien vertraglich ein Aufrechnungsverbot vereinbart hatten, ebensowenig, wie wenn gemäß §§ 392—395 BGB. ein gesetzliches Aufrechnungsverbot vorliegt. †)

(U. v. 9. März 1929; 152/28 V. — Köln.)

[Sch.]

Abgedr. JW. 1929, 1964¹³.

Zu 8. A. Anm. Neukirch, ebenda.

B. Die Entsch. scheint mir mit der des 2. ZivSen. v. 8. März 1929 (JW. 1929, 1379¹³), auf ihre inneren Zusammenhänge gesehen, in einem Widerspruch zu stehen. Die letztere Entsch. behandelt die (schon in RG. 60, 356 ff. erörterte) Frage, ob ein vertraglicher Verzicht auf die Aufrechnung auch für den Fall eines Konkurses des Aufrechnungsgegners Geltung hat. Dazu wird ausgeführt: Sehe man vom Konkurs ab, so bedeute der Verzicht auf die Aufrechnung nur, daß der Gläubiger nicht erst die Entsch. über das Bestehen von Gegenforderungen, die häufig streitig seien, abwarten müsse, sondern ohne Rücksicht auf solche etwaige Gegenansprüche sofortige Zahlung verlangen könne. Um etwas ganz anderes handele es sich bei der Aufrechnung im Konkurs. Können ein Konkursgläubiger, der gleichzeitig Schuldner der Masse sei, sich von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien, so laufe dies im Ergebnis auf eine abgeforderte Befriedigung hinaus. Mit anderen Worten: Der Konkursgläubiger erhält volle Befriedigung seiner Forderung; kann er dagegen nicht aufrechnen, so muß er seine Schuld ganz in die Konkursmasse zahlen, erhält aber auf seine Forderung nur die Konkursquote. Wenn nun, so folgert der 2. ZivSen. weiter, auch keine Rechtsvermutung für die Nichtgeltung des Aufrechnungsverzichts im Konkurs gegeben sei, so spreche doch eine tatsächliche Vermutung dafür, daß für den Konkursfall der Aufrechnungsverzicht regelmäßig nicht als vereinbart gelten könne. Denn verständigerweise werde demjenigen, der seinem Vertragsgegner (durch den Aufrechnungsverzicht) pünktlich Zahlung verspreche, nicht in den Sinn kommen, auf das Abforderungsrecht zu verzichten. Das entspricht durchaus den Anschauungen des Verkehrs. Die Beteiligten beabsichtigen bei derartigen Vereinbarungen über die Aufrechnung grundsätzlich nur, die Art und Weise der Befriedigung durch bare Leistung klarzustellen, wollen darüber hinaus aber keine Einwirkung auf den sachlichen Wert der Forderung. Wenn an eine derartige Folge des Aufrechnungsverzichts bei der Vereinbarung gedacht worden wäre, würde die Wirkung für diesen Fall zweifellos ausgeschlossen worden sein, denn auf derartige Veränderungen des Wertes seiner Forderung, deren Maß in keiner Weise zu übersehen ist, wird sich niemand einlassen. Man kann daraus den für die Regel geltenden Grundsatz herleiten, daß die Wirkung des Aufrechnungsverzichts da aufhört, wo er nicht nur verfahrensmäßige Bedeutung für die Erfüllungsart, sondern eine Wertveränderung zur Folge hat. So liegt aber die Sache für den Aufrechnungsverzicht im Rahmen der Aufwertung. Steht dem einen Teile gegenüber der aufzuwertenden Forderung des anderen eine vor dem 15. Juni 1922 entstandene Forderung zu und kann er aufrechnen, so wirkt die Aufrechnung Nennbetrag gegen Nennbetrag (Art. 19 AufwDurchfW.D.). Das bedeutet, daß es für die Tilgung der beiderseitigen Forderungen nicht auf den inneren Wert, den Aufwertungsbeitrag, der Forderungen ankommt, daß vielmehr eine an solchem Werte geringere Forderung eine höherwertige tilgen kann. Kann dagegen nicht aufgerechnet werden, so ist die Aufwertung beider Forderungen durchzuführen, d. h. die Forderung des einen wird höher aufgewertet als die auf den gleichen Nennbetrag lautende des anderen Teiles, so daß dieser den

3. Sonstiges materielles Recht.

9. § 207 Abs. 1 SGB.

1. Beim Erwerb von Grundstücken durch eine AktG. für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung vor Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der AktG. in das Handelsregister — Nachgründung — ist nicht nur der schuldrechtliche Vertrag, sondern auch die dingliche Einigung durch die Zustimmung der GenVersf. bedingt. Bis dahin ist der Vertrag nur schwebend wirksam.

2. Zur Gültigkeit einer solchen Zustimmung der GenVersf. ist erforderlich, daß die GenVersf. von sämtlichen Bedingungen des Vertrags Kenntnis erhalten hat und sich ihres Prüfungsrechts und ihrer Prüfungspflicht bewußt ist.†)

(U. v. 20. Dez. 1928; 318/28 VI. — Celle.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1929, 2944¹².

Unterschiedsbetrag zu zahlen hat, während er bei zulässiger Aufrechnung nichts zu zahlen hätte. Nachdem so die Aufwertungsgegengebung neben dem bisher einzigen Falle des Konkurses einen neuen geschaffen hat, wo der Aufrechnungsverzicht eine Einwirkung auf den tatsächlichen Wert der Forderung haben kann, müßten bei gleicher Lage auch die für den Konkursfall entwickelten Auslegungsgrundsätze dahin zur Anwendung kommen, daß der Aufrechnungsverzicht seine Wirkung zu verlieren hätte und die Aufrechnung entgegen der Entsch. des 5. ZivSen. für zulässig zu halten wäre.

Interessant ist die Betrachtung, wie das verschiedene Ergebnis der beiden Senate zustande gekommen ist. Der 2. ZivSen. stellt es in dem Konkursfalle auf den Willen der Beteiligten bei der Vereinbarung des Aufrechnungsverzichts ab und begrenzt nach ihm dessen Wirkung. Umgekehrt fragt der 5. ZivSen. im Falle der Aufwertung nach dem Willen und Inhalte des Gesetzes, nämlich des Art. 19 AufwDurchfW. I. Er findet dabei, daß weder Wortlaut noch Inhalt des Art. 19 einen Anhalt dafür geben, daß ein derartiger, auf die völlig selbständige Abwicklung von Forderung und Gegenforderung gerichteter Parteiwille nicht beachtet und daß das Vertragsverhältnis der Parteien insoweit geändert werden solle; dazu, daß eine Gegenforderung zur Aufrechnung geeignet sei, gehöre aber vor allen Dingen, daß nicht auf eine Aufrechnung mit ihr oder mit Forderungen allgemein verzichtet worden sei. So wenig der Zweck des Art. 19 ein Abgehen von den gesetzlichen Aufrechnungsverboten der §§ 392 bis 395 BGB. erfordere, könne das für den Fall eines vertraglichen Aufrechnungsverzichts angenommen werden. Das Gegenüberstellen dieser beiden Entsch. ist um dessentwillen sehr lehrreich, weil es meiner Ansicht nach zeigt, daß der 5. ZivSen. die Sache am falschen Ende angefaßt hat. Die Auslegung des Willens des Gesetzgebers liegt solange neben der Sache, als nicht, wie das der 2. ZivSen. getan hat, geprüft ist, ob der auf Parteiwille beruhende Ausschluß der Aufrechnung für den im Gesetz geregelten Fall fortwirkt, wie weit also der „auf die völlig selbständige Abwicklung von Forderung und Gegenforderung gerichtete Parteiwille“, wie der 5. ZivSen. den Aufrechnungsverzicht umschreibt, reicht. Ergab sich, daß dieser Wille nur eine völlig selbständige Abwicklung in der Erfüllungsform, nicht aber eine Wertänderung umfaßte, so stand dieser Parteiwille im Rahmen der Aufwertungsgegengebung einer Aufrechnung nicht mehr entgegen und erst, wenn nach dem auszulegenden Willen der Parteien der Aufwertungsverzicht auch für den Fall einer derartigen Wertverschiebung Bedeutung haben sollte, konnte die Prüfung in Frage kommen, ob etwa das Gesetz entgegen diesem Parteiwillen die Aufrechnung dennoch zulassen und anordnen wollte. Daß dafür im Gesetz kein Anhalt gegeben ist, ist so selbstverständlich, daß kein Wort darüber zu verlieren ist. In der Betonung dieses Gedankens erschöpft sich die Entsch. des 5. ZivSen. und es kommt ihr keineswegs, wie es nach ihrem Inhalte scheinen könnte, die Bedeutung zu, daß grundsätzlich bei einem Aufrechnungsverzicht die Aufrechnung im Aufwertungsfall mit vor dem 15. Juni 1922 erworbenen Forderungen unzulässig sei. Das hängt vielmehr von der Auslegung des Parteiwillens über den Inhalt des Aufrechnungsverzichts ab.

LRN. Muenzel, Koblenz.

Zu 9. A. Anm. Flechtheim, ebenda.

B. Schon im Ergebnis ist die Entsch. unbefriedigend; denn eine Schutzvorschrift, ausschließlich zugunsten der Aktionäre geschaffen, wird zum Nachteile dieser Schutzbedürftigen ein willkommener Störungsbefehl in der Hand des Vertragsgegners der AktG., also durch Auslegung der Zweck des Gesetzes vereitelt. Außerdem scheint die Entsch. nicht durchweg folgerichtig aufgebaut zu sein. Befragt sie doch ausdrücklich, daß „auch die dingliche Einigung durch die Zustimmung der GenVersf. bedingt“ und daher „bis dahin“ nur als schwebend wirksam anzusehen“ sei. Zutreffend bekämpfte zwar bereits Geiler (JW. 1929, 2924) diese Auffassung des RG. Trotz-

10. § 29 PrFischG. v. 11. Mai 1916; §§ 158 ff., 182 ff. BGB. Die zur Übertragung der Ausübung des Fischereirechtes auf eine kürzere Zeit als zwölf Jahre erforderliche Zustimmung des Kreis Ausschusses kann auch nachträglich erfolgen. Es hängt von dem Willen der Vertragsschließenden ab, ob die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurückwirken soll.†)

Materiellrechtlich sind auf den vorliegenden Fall die Grundsätze anzuwenden, die die Rspr. über den vorläufigen Schwebzustand bei ausstehender behördlicher Genehmigung entwickelt hat (vgl. insbes. RG. 98, 48, 245, 246; 115, 35, 38¹); 121, 154—156²); 117, 26³). Wenn auch der Wortlaut des PrFischG. (der den §§ 22, 24 JagdD. v. 15. Juli 1907 nachgebildet ist, obgleich sich deren Bestimmungen nur auf gemeinschaftliche Jagdbezirke, nicht auf eigenrechtliche beziehen) von den in der Rspr. vorwiegend behandelten Gesetzesbestimmungen (über den Verkehr mit Grundstücken und die Verträge von Gemeinden) abweicht, so ist doch der Zweck

dem sei sie einmal als richtig unterstellt. Wie ist dann aber die dingliche Rechtslage? M. E. wäre doch die AktG. vom Standpunkte des RG. aus überhaupt nicht Eigentümerin geworden; denn die Auflassung (d. h. das sachenrechtliche Auslieferungsgeschäft zum schuldrechtlichen Grundgeschäft) ist ja infolge der (nach Ansicht des RG. gegebenen) Losfagung des Verkäufers gem. § 178 BGB. („Wiederzuf“) ebenso zerfallen wie der Kaufvertrag. Infolgedessen ist die vom RG. ausdrücklich gebilligte Annahme des Vorderrichters, der Verkäufer könne mit Hilfe des ganz sicher nicht für ihn, sondern einzig und allein für die Aktionäre geschriebenen § 207 SGB. der AktG. ihr „Eigentum“ am Grundstücke durch Beurteilung zur „Rückauflassung“ wieder entziehen, gerade vom Standpunkte der Entsch. aus schwerlich zu rechtfertigen. Trotz der (nach dem RG. unhaltbaren) Eigentumsumschreibung im Grundbuche hätte nämlich die AktG. in Wirklichkeit kein Eigentum erworben, und zwar eben weil — so hätte wenigstens das RG. folgern müssen, als es die dingliche Einigung für „nur schwebend wirksam“ erachtete, — die nun einmal zu jedem abgeleiteten Eigentumswerb unerlässliche Einigung keine Wirksamkeit erlangt hat. Mithin wäre die AktG. zwar bestmässig herausgabepflichtig, keinesfalls jedoch Schuldnerin eines „Rückauflassungsanspruchs“, wie ihn das OLG. angenommen und dazu sogar die ausdrückliche Billigung des RG. gefunden hat. Denn in Wirklichkeit wäre, gerade wenn die Entsch. mit ihrer Auffassung von der gem. § 178 BGB. schließlich eingetretenen Unwirksamkeit auch des dinglichen Erwerbsgeschäfts Beifall finden könnte, die AktG. gar nicht in die Eigentümersstellung gelangt und daher auch nicht zu einer nur aus erlangtem Eigentum begründbaren „Rückauflassung“, d. h. zur Wiederhergabe der Eigentümersstellung verpflichtet. Füglic hätte das RG. bei folgerichtiger Durchführung seines eigenen Gedankenganges keinesfalls der Rev. jeden Erfolg versagen dürfen. Wäre doch dem RL, abgesehen von der bestmässigen Herausgabe, nur ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung zuzubilligen gewesen, weil er ja eben das Eigentum am Grundstücke gar nicht verloren hatte (insfolge schließlich Unwirksamkeit des anfänglich schwebend wirksam gewesenen Auflassungsversuchs). Das RG. scheint also übersehen zu haben, daß gerade von seinem Standpunkte der „bedingten dinglichen Einigung“ aus durch den Ausfall der „Bedingung“ der Eigentumswerb überhaupt nicht zustande gekommen, mithin lediglic das Grundbuch unrichtig geworden ist, indem es einen in Wahrheit gar nicht erfolgten Eigentumsübergang bezeugt. Die Zulassung einer Kondition verlorenen Eigentums durch die Entsch. dürfte somit unvereinbar sein mit der vom RG. entwickelten (freilich wenig überzeugenden) Lehre vom Eingreifen des § 207 Abs. 1 SGB. auch in die dingliche Erwerbslage. Vielmehr hätte folgerichtig das RG. von seinem Standpunkte aus den Rückauflassungsanspruch des klagenden Verkäufers an sich abweisen müssen und hätte höchstens noch zu erwägen gehabt, ob nicht vielleicht der Kl. mit seinem Klagebegehren in Wirklichkeit weniger auf eine Rückauflassung als auf eine Herstellung der wahren Rechtslage im Grundbuche Wert legte, und deshalb vielleicht sein Klageantrag einer Umdeutung in ein bloßes Verichtigungsbegehren fähig gewesen wäre, eine Frage, die sich natürlich nur aus dem gesamten Prozeßstoff entscheiden ließe und daher hier nicht gelöst werden kann.

MinR. i. R. Geh. Rat Dr. M. Wagner, Berlin.

Zu 10. Die Dauer eines Zeitvertrages (Miete, Pacht, Dienstvertrag) oder eines ähnlichen Verhältnisses (Bürgermeisterwahl, Kommissorium) fällt wohl unter den Endtermin für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts (§ 163 BGB.), aber nicht unter den Begriff der Fristen (§§ 186—191 BGB.). Nicht jeder Zeitraum oder jede Zeitspanne ist eine Frist. Der Einfluß der nachträglich mit-

¹) JW. 1927, 765. ²) JW. 1928, 2454. ³) JW. 1927, 1408.

des Vorbehalts der Zustimmung der Aufsichtsbehörde der gleiche, nämlich die Sicherung des öffentlichen Interesses. Soweit nicht dieser Zweck oder sonstige, hier nicht in Betracht kommende Gründe, die nachträgliche Genehmigung ausschließen, erscheint sie zulässig. Bis zu ihrer Erteilung oder Verjagung entsteht ein Schwebezustand, während dessen beide Parteien an ihren Vertrag gebunden und zur Genehmigung mitzuwirken verpflichtet sind. Die nachträgliche Herbeiführung der Genehmigung durch den Kl. war daher nicht arglistig, sondern sie entsprach dem Vertrage. Die Befl. hatte keinen Anspruch darauf, daß der Vertrag nicht genehmigt werde (vgl. auch Schlegelberger: v. Brauchitsch, § 29 Anm. 2 S. 407).

wirkung Dritter auf Beginn und Ende eines Zeitvertrages kann sich verschieden gestalten.

Ein Zeitvertrag kann unter einer echten Bedingung geschlossen sein, z. B. Miete über leere, nicht zu Geschäftszwecken eingerichtete Räume unter der Bedingung, daß dem Mieter eine genehmigterweise Erlaubnis erteilt werde; die Gewerbeerlaubnis ist nicht für die Gültigkeit des Vertrages notwendig, sondern für die geschäftliche Ausnutzung der Räume durch den Mieter; die Vereinbarung ist reine freie Willkür; die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb enthält nicht die Genehmigung des Mietvertrages; sie wirkt von ihrer Rechtskraft an, und damit tritt auch der Mietvertrag in Kraft (§ 158 BGB.), Rückwirkung (schuldrechtlich) kann vereinbart werden (§ 159 BGB.).

Der Zeitvertrag kann auch unter der Bedingung geschlossen werden, daß der Vertrag selbst von einem Dritten genehmigt werde. Es könnte sich um eine *condicio juris* handeln, wenn die Genehmigung gesetzlich erforderlich ist; dann wirkt diese im Zweifel auf die Zeit der Willenserklärung zurück (§ 184 BGB.). Wenn aber die Genehmigung nicht erforderlich ist, sondern nur zur größeren Sicherheit oder aus anderen Gründen eingeholt ist, dann ist aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, also durch Auslegung, zu ermitteln, ob Rückwirkung, dinglich oder schuldrechtlich, gelten soll oder nicht (§§ 184, 159 BGB.).

Aber neben der Rechtsform, Unterschied zwischen Bedingung nach §§ 158–163 BGB. und Genehmigung nach §§ 182–185 BGB., geht eine andere Unterscheidung einher, nämlich ob es sich um eine Ergänzung mangelnder Berechtigung bzw. Verfügungsfähigkeit oder um Wahrung des öffentlichen Interesses handelt, also ob die Mitwirkung des Dritten aus rechtspolizeilichen oder aus wirtschaftspolizeilichen Gründen notwendig ist, wobei man diese beiden Worte nicht als Ausdruck fester Begriffe, sondern nur als Mittel zur Kenntlichmachung einer Vorstellung anzusehen hat. Wenn es sich um die Verfügungsfähigkeit handelt, so ist weder der Abschluß des Vertrages noch die Erfüllung verboten, es fehlt nur an der rechtlichen Bindung der Willenserklärung, und wenn diese nachträglich hergestellt wird, so ist die Rückwirkung unbedenklich. Anders aber, wenn es sich um ein gesetzliches, unter Strafe gestelltes Verbot handelt, das nur durch einen besonderen Dispens der Behörde beseitigt werden kann. Aber beides ist nicht scharf voneinander zu trennen; das eine wirkt auf ein anderes ein.

Wenn z. B. ein Pachtvertrag über einen eingerichteten, genehmigungspflichtigen Gewerbebetrieb geschlossen wird, so bezieht sich die Genehmigung des Betriebes durch den Pächter zwar auch nicht unmittelbar auf den Pachtvertrag, aber sie wirkt doch auf ihn zurück, insofern, als das Verbot des Gewerbebetriebes auch den Pachtvertrag ungültig macht. Der Betrieb für eigene Rechnung ohne die obrigkeitliche Genehmigung ist verboten und strafbar, und ebenso verboten die Überlassung zum Betrieb. Also kann der Pachtvertrag nicht vor der Genehmigung in Kraft treten, auch wenn nichts besonderes darüber verabredet ist.

Bei der Fischereipacht handelt es sich nicht um die Genehmigung eines bestimmten Vertrages, sondern um die Entbindung von einem gesetzlichen Verbot. Nicht die vertragsmäßige Bindung soll durch das Gesetz verhindert werden, sondern die unwirtschaftliche Verpachtung auf zu kurze Zeit. Die kurzfristige Verpachtung kann auch allgemein, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Pächter, zugelassen werden, z. B. wenn eine Änderung der Wasserhältnisse bevorsteht, oder wenn der Verpächter bevormundet ist (§§ 1822 5, 1902 II 1 BGB.). Freilich können auch die Person des Pächters und die Pachtbedingungen für die Entschließung des Kreisaußschusses bestimmend sein, so daß der Zulassungsbefehl des Kreisaußschusses doch auf die Genehmigung eines bestimmten Pachtvertrages hinauslaufen kann. Aus diesem Grunde muß es auch zulässig sein, daß die Parteien einen Vertrag unter der Bedingung der Zulassung durch den Kreisaußschuß schließen, und dieser Vertrag kann trotz § 29 (4) FischG. nicht nichtig sein, oder das Wort nichtig ist durch §§ 308, 309 BGB. zu erläutern. Notwendig ist aber, daß der Vertrag ausdrücklich unter der Bedingung der Zulassung geschlossen wird, oder daß er unter einer anderweitigen aufschiebenden Bedingung oder Befristung geschlossen und vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins zugelassen wird. Eine *condicio juris* gibt es hier nicht. Wenn für einen un-

terworflichen Vertrag die Zulassung nachträglich beantragt wird, so ist zum wenigsten notwendig, daß beide Parteien sich zur Zeit der Antragstellung noch einig sind. Ein von vorher herein nichtiger Vertrag, an den keine Partei rechtlich gebunden ist, kann nicht von einer Partei ohne den Willen der anderen nachträglich gültig gemacht werden. Ähnlich ist auch erkannt worden wegen der Verpachtung der Gemeindefischerei an einen Ausländer: Der Vertrag ist im vollen Umfange nichtig, solange er nicht genehmigt ist. Die Nichtigkeit kann jederzeit gerügt werden. Der Rüge steht auch nicht die Replik der Arglist oder der Verletzung von Treu und Glauben entgegen, selbst wenn die Parteien den Vertrag längere Zeit erfüllt haben (DVB. v. 30. Juni 1927, III C 15/27 [PrVerwBl. 49, 248]).

(U. v. 4. Juli 1929; 174/29 VIII. — Breslau.) [Ru.]

bedingt geschlossenen Vertrag die Zulassung nachträglich beantragt wird, so ist zum wenigsten notwendig, daß beide Parteien sich zur Zeit der Antragstellung noch einig sind. Ein von vorher herein nichtiger Vertrag, an den keine Partei rechtlich gebunden ist, kann nicht von einer Partei ohne den Willen der anderen nachträglich gültig gemacht werden. Ähnlich ist auch erkannt worden wegen der Verpachtung der Gemeindefischerei an einen Ausländer: Der Vertrag ist im vollen Umfange nichtig, solange er nicht genehmigt ist. Die Nichtigkeit kann jederzeit gerügt werden. Der Rüge steht auch nicht die Replik der Arglist oder der Verletzung von Treu und Glauben entgegen, selbst wenn die Parteien den Vertrag längere Zeit erfüllt haben (DVB. v. 30. Juni 1927, III C 15/27 [PrVerwBl. 49, 248]).

Das RG. nimmt keine Rücksicht auf die Frage, ob und wie weit die Rückwirkung durch das Strafrecht ausgeschlossen wird. Für den Strafrichter gibt es keine hinkende Fischereirechtigung. Er muß bei der Anwendung des § 370 (4) StGB. und der Vorschriften des FischG., ebenso wie bei der der GewD. feststellen, ob der Angekl. zu der Zeit, als er die Handlung beging, dazu befugt war oder nicht. Auf diese Befugnis haben nachträgliche Handlungen dritter Personen oder Behörden oder andere nachträgliche Ereignisse keinen Einfluß. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um mangelnde Verfügungsberechtigung des Rechtsinhabers oder mangelnde öffentlich-rechtliche Erlaubnis handelt. Weder der Zulassungsbefehl noch die Genehmigung des Vormundes oder des Drittberechtigten stellt ein milderes Strafgesetz dar. Die Rückwirkung nach § 184 BGB. kommt für die strafrechtliche Beurteilung nur soweit in Betracht, als die Rechte des Pächters davon abhängen, an welchem Tage der Vertrag geschlossen ist, z. B. wenn nach dem Abschluß des Vertrages die eine Partei gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. Eine Meinungsverschiedenheit über die Gültigkeit des Pachtvertrages kann nach § 59 StGB. als Schuldausschließungsgrund wirken. Die Strafdrohung steht der schuldrechtlichen Rückwirkung aus § 159 BGB. sicher nicht entgegen, wohl aber doch der dinglichen Rückwirkung aus § 184 BGB.

Aus allen diesen Gründen kann ich dem Zulassungsbefehl auf einseitigen Antrag des Verpächters nicht die Wirkung bemessen, daß nunmehr der Pachtvertrag von Anfang an gültig wäre. Ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien hat weder vor noch nach dem Zulassungsbefehl bestanden. Die Parteien haben sich nur die Bereicherung zu vergüten. Die Pächterin hat also nicht den bedingenen Pachtpreis zu bezahlen, sondern eine angemessene Vergütung, wobei auf die idealen Werte nicht in demselben Sinne Rücksicht zu nehmen ist, wie bei der Jagdpacht (vgl. DVB. Köln: HöchstrRspr. 1928 Nr. 537); denn die Fischerei kann ein einträglicher Betrieb sein und ist in dem vorliegenden Falle auch so aufgefaßt worden.

Nichtig ist, daß das RG. in den Gründen seines, die Leistungsklage betreffenden Urteils auch darüber zu entscheiden hatte, ob der Pachtvertrag gültig sei, und zwar nach eigener Überzeugung, solange kein rechtskräftiges verwaltungsrechtliches Urteil vorlag. Die Vorschrift in § 29 (4) FischG., wonach Streitigkeiten über die Nichtigkeit im Verwaltungsstreitverfahren entschieden werden, hat nicht die Bedeutung wie § 1329 BGB. (Nichtigkeit der Ehe). Das Gericht hätte nach § 148 ZPO. aussetzen können, brauchte es aber nicht. Das Verwaltungsgericht kann übrigens nicht die Gültigkeit des Pachtvertrages feststellen, sondern nur die Nichtigkeit feststellen oder die Klage abweisen (vgl. wegen der Jagdpacht DVB. v. 9. Juni 1927, III C 12/27 [PrVerwBl. 49, 54]). Im letzteren Falle könnte die Nichtigkeit noch aus anderen, nicht unter § 29 FischG. fallenden Gründen gerügt werden (vgl. wegen der Jagdpacht RG. v. 20. Juni 1928, VII 646/27: ZB. 1928, 2459 = HöchstrRspr. 1928 Nr. 1506). Die Entsch. des RG. wirkt aber nur für den Zeitraum und die Beträge, auf die sie sich bezieht. Das Verwaltungsgericht wäre also nicht gehindert, im übrigen die Nichtigkeit auszusprechen, wenn die Sache nicht ohnehin zu Ende wäre.

Immerhin ist nicht ohne Interesse zu prüfen, wann in solchen Fällen wie den vorliegenden der Zeitvertrag abläuft.

Wenn ein fester Endtermin nach dem Kalender bestimmt ist, so ist dieser unveränderlich und kann nicht verschoben wer-

11. § 36 GewD.; §§ 1, 3 UnlWG. Auch den im Dienste einer Behörde stehenden Landmessern kommt bei der Ausführung von Vermessungen für Dritte auf Grund eines Privatauftrags diejenige Glaubwürdigkeit zu, die den Vermessungsarbeiten der selbständig vereidigten Landmesser beigelegt ist. An die Bestimmungen des Verbandes der vereidigten Landmesser über Art und Umfang der Klame ist die Behörde

nicht gebunden. Der Vermessungsbeamte handelt, auch wenn er Privataufträge erledigt, in öffentlicher Funktion. Daher ist der Gebrauch amtlicher Bezeichnungen auf Ankündigungen und Rechnungen zulässig. f)

(U. v. 10. Mai 1929; 459/28 II. — Düsseldorf.) [Ru.]
Abgedr. JW. 1929, 2344¹³.

den. Die von RG. 120, 1 = JW. 1928, 907 zugelassene Umdeutung von Kalenderfristen für den Fall der Hemmung oder Unterbrechung ist nicht anzuwenden, weil die Vertragsdauer keine Frist ist und nicht der Hemmung und Unterbrechung ausgesetzt ist, und der Wegfall der Gegenleistung, § 537 BGB., die Rechtsdauer nicht verlängert. Die Parteien können also für die Zeit nach dem Endtermin mit Sicherheit ihre Verfügungen treffen. Dies gilt auch, wenn daneben die Zahl der Jahre angegeben ist.

Wie aber, wenn die Vertragsdauer nur in einer Anzahl von Zeiteinheiten (Jahren, Monaten) bestimmt ist! Die Thüringer Gemeinde- und Kreisordnung v. 25. Juli 1922 hatte in § 124 alle besoldeten Bürgermeister und Beigeordneten abgesetzt. In den Rechtsstreiten wegen Fortzahlung des Gehalts ist, soviel ich weiß, erkannt worden, daß die sechsjährige Amtsdauer vom Tage der Bestätigung und nicht vom Tage der Wahl oder des Freiwerdens an zu rechnen sei. Die Aufsichtsbehörde war also in der Lage, die Amtszeit des ersten Bürgermeisters, der das Amt schon vertretungsweise verwaltete und die vollen Einnahmen bezog, durch Verzögerung der Bestätigung über den Willen der Wähler hinaus zu verlängern. Aber wenn man von dem Fall einer kommissarischen Verwaltung, als einer nicht notwendigen Zufälligkeit, absieht, so ist es sicher, daß der Bewerber nicht vor der Bestätigung Beamter wird, und daß er nicht eher das Gehalt seines Amtes beziehen kann, als er das Amt angetreten hat. Es ist also gar nicht anders möglich, als die sechs oder zwölf Jahre von der Bestätigung ab zu rechnen; ja es muß geradezu als unzulässig bezeichnet werden, den Beamten auf einen bestimmten Endtermin zu wählen. Eine Rechtfertigung findet diese Auffassung darin, daß der Gesetzgeber mit der Wählbarkeit auf sechs oder zwölf Jahre nicht nur dem Beamten seine Versorgung auf eine bestimmte Zeit sichern, sondern auch der Verwaltung eine gewisse Ruhe und Stetigkeit verschaffen will, wenn auch dieser Zweck bei der Beamtenwahl weniger stark und deutlich berücksichtigt wird als bei der Jagd- und Fischereipacht. Bei der letzteren ist aber die wirtschaftspolizeiliche Rücksicht die einzig maßgebende. Bei normalem Ablauf des Pachtverhältnisses soll dem Pächter die Bewirtschaftung einer bestimmten Zahl von Jahren gesichert werden, damit er durch sein eigenes Interesse zur pflanzlichen Wirtschaft veranlaßt werde. Daher kann der Pachtzeitraum nicht eher beginnen als der Pachtvertrag nach Beseitigung aller Hindernisse und Erfüllung aller Bedingungen wirksam geworden ist. Anormaler Ablauf des Vertragsverhältnisses, Aufhebungsvertrag, Rücktritt mangels Zahlung oder wegen Verwüstung wird dadurch freilich nicht gehindert.

FR. Karl Friedrichs, Jfmenau.

Zu 11. A. Am. Wirkl. Geh. RegR. Dr. Hoffmann, Berlin, abgedr. ebenda.

B. Das Urteil ist von allgemeiner Bedeutung. Sein Tatbestand ist einfach: Nach § 36 GewD. ist das Gewerbe der Landmesser frei; soweit ihren Messungen jedoch nach den Bestimmungen der Gesetze eine besondere Glaubwürdigkeit innewohnt — in Betracht kommen hauptsächlich die als Unterlage für die Katasterkarten dienenden Fortschreibungsmessungen —, dürfen sie nach § 36 Abs. 2 GewD. nur von besonders vorgebildeten und geprüften Personen, den sogenannten vereideten und öffentlich angestellten Landmessern, vorgenommen werden. Die Berufsausübung dieser Landmesser ist ein Gewerbe i. S. der GewD. Daneben werden jedoch diese besonders vorgebildeten Landmesser auch von Behörden, besonders von Kreisen, als Beamte zur Leitung ihrer Vermessungsämter angestellt. Diese Vermessungsämter beschränken jedoch ihre Tätigkeit nicht auf die Ausführungen von Messungen für ihre Behörde, sondern erlauben sich gleichzeitig auch öffentlich zur Ausführung von Privataufträgen, für welche sie Gebühren zu berechnen pflegen, die weit unterhalb der Sätze der freien Landmesser liegen.

Zu entscheiden war die Frage, ob Messungen der letzteren Art ebenfalls die in § 36 Abs. 2 GewD. vorgesehene besondere Glaubwürdigkeit zu beanspruchen haben, oder ob in ihrer Bornahme eine unzulässige Betätigung der öffentlichen Hand zu erblicken sei und die Vermessungsämter hierdurch und durch die gleichzeitige Unterbietung des Gebührentarifs der freien Landmesser gegen das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb und gegen die §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. verstoßen.

Während das OVG. der M. teilweise stattgegeben hatte, weist sie das RG. ab, weil der Vermessungsbeamte auch bei der Aus-

führung von Privataufträgen in behördlicher Eigenschaft handelt und allein in seiner Eigenschaft als Träger der Staatsgewalt eine besondere Glaubwürdigkeit zu beanspruchen habe und weil es ferner einer Behörde auch bei Ausübung gewerblicher Tätigkeit unbenommen sei, ihren dasselbe Gewerbe betreibenden Steuerzahlern durch Unterbietung ihrer Tarife Konkurrenz zu machen.

1. Der Satz, daß der Beamte, auch wenn er seine Tätigkeit einem Privatmann zur Verfügung stellt, in behördlicher Eigenschaft auftritt, ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung, weil das RG. mit der Aufstellung dieses Grundsatzes die Erörterung aller der Probleme abschneidet, die vom Kl. im Prozesse in erster Linie aufgeworfen waren, nämlich ob ein Kreis das Landmessergewerbe i. S. § 36 Abs. 2 GewD. ausüben könne, da seine Verteidigung und öffentliche Anstellung praktisch unmöglich sei, ob er verneinendenfalls das Landmessergewerbe durch einen öffentlich angestellten und vereideten Landmesser als Stellvertreter ausüben lassen könne, ob evtl. dieser in der Lage ist, seine Konzeption dem Kreise zur Ausübung zu überlassen, usw., alles Fragen, deren Verneinung auf der Hand liegt und wahrscheinlich dem Standpunkte des Kl. zum Siege verholfen hätte. Darüber hinaus erhebt sich der Gedanke des RG., da er natürlich nicht nur für Vermessungsbeamte gelten kann, sondern auf alle Beamte angewendet werden muß, zu einer alle Gewerbetreibenden interessierenden Bedeutung.

Das RG. erwägt, daß es dem beamteten Landmesser unstreitig nicht verwehrt sei, für die eigenen Zwecke seiner Behörde die sog. Urkundsmessungen auszuführen, und daß, wenn in einem solchen Falle an der besonderen Glaubwürdigkeit dieser Arbeiten in der in § 36 Abs. 2 GewD. vorausgesetzten Bedeutung nicht gezweifelt werden könne, kein Grund bestehe, ihnen diese Glaubwürdigkeit dann abzuzprechen, wenn die Messungen im Auftrage von Privatpersonen erfolgen, weil die Art der Tätigkeit in beiden Fällen die gleiche sei. Voraussetzung soll allerdings sein, daß der beamtete Landmesser dieselbe Ausbildung genossen habe, wie die selbständigen Landmesser. Die Richtigkeit dieser Einschränkung erscheint aber fraglich, denn es ist bis jetzt gesetzlich nicht bestimmt, daß der beamtete Landmesser eine besondere Vorbildung genossen haben müsse, wie dies etwa für die Richter durch das OVG. geschehen ist. Die Behörden sind daher an sich nicht gehindert, Personen, welche nicht die für die vereideten und öffentlich angestellten Landmesser vorgeschriebene Vorbildung genossen haben, als Beamte anzustellen. Trotzdem kann kein Zweifel bestehen, daß auch die Urkundsmessungen eines derartigen, nicht genügend vorgebildeten Beamten die besondere Glaubwürdigkeit haben würden, wenn sie für die eigenen Zwecke der betreffenden Behörde vorgenommen werden. Das liegt eben daran, daß der Beamte als Vertreter einer öffentlichen Einrichtung an sich schon erhöhte Glaubwürdigkeit beanspruchen kann, wenn er in seiner Eigenschaft als Beamter tätig wird. Insofern wird man dem RG. ohne weiteres folgen müssen.

Daraus ergibt sich aber gleichzeitig, daß die weiterhin von ihm gezogene Schlußfolgerung, diese besondere Glaubwürdigkeit bestehe auch, wenn der Beamte in privatem Auftrage tätig werde, da er auch dann in behördlicher Funktion handle, nicht richtig sein kann, weil hierdurch eine Umgehung des § 36 Abs. 2 GewD. ermöglicht werden würde. Diese Bestimmung ist im Interesse des Publikums getroffen worden, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich solcher Personen zu bedienen, welchen gesetzlich bei Ausübung ihres Gewerbes eine besondere Glaubwürdigkeit beigelegt ist (vgl. v. Landmann, GewD., § 36 Anm. 7). Letztere ist aber von der Vereidigung und öffentlichen Anstellung abhängig und diese wiederum von der Erfüllung der landesgesetzlich hierfür vorgeschriebenen Voraussetzungen. Als solche kommen für Preußen die durch das Feldmesserreglement v. 2. März 1871 und die Prüfungsvorschriften v. 23. Febr. 1920 (ab Herbst 1930 gelten an deren Stelle die Prüfungs- und Ausbildungs-vorschriften v. 21. Sept. 1927 und 5. Juli 1928) vorgeschriebenen Prüfungen in Frage. Nur wer diese abgelegt hat, kann vereidigt und öffentlich angestellt werden, und nur ein solcher Landmesser genießt die besondere Glaubwürdigkeit des § 36 Abs. 2 GewD. Für die Anstellung von Landmessern als Beamte sind derartige Bedingungen jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben, so daß also jeder einfache Vermessungstechniker, wenn er nur als Beamter angestellt ist, immer dieselbe Glaubwürdigkeit genießen würde wie die ordnungsmäßig vorgebildeten Landmesser; denn — sagt das RG. — der Beamte handelt auch bei Ausführung der Aufträge von Privatpersonen als Vertreter einer öffentlichen Ein-

richtung und genießt in dieser Eigenschaft ohne weiteres den öffentlichen Glauben, den sich der Privatmann nur durch jahrelanges Studium und erfolgreich abgelegte Prüfungen erwerben kann. Die Behörde hätte es also in der Hand, durch Anstellung von nur ungenügend vorgebildeten Beamten dem Publikum, das die Verhältnisse natürlich nicht kennt, Personen als Landmesser aufzudrängen, welche das Privilegium des § 36 Abs. 2 GewD. unzweifelhaft nicht haben sollten, wenn sie es auch bei Messungen für ihre Behörde haben würden, da sie in diesem Falle eben in ihrer Eigenschaft als Beamte handeln.

Allerdings läßt das RG. durchblicken, daß es unlauteren Wettbewerb annehmen würde, wenn eine Behörde sich zu der Vornahme von Urkundsmessungen durch solche ungenügend vorgebildeten Beamten erbieten würde. M. E. aber mit Unrecht; denn wenn der Beamte in jedem Falle als Träger der Staatsgewalt handelt, nur weil er Beamter ist, dann muß es auch gleichgültig ein, ob er die nur für den Stand der selbständigen Landmesser bestehenden Vorbedingungen erfüllt hat, da nun einmal für die Anstellung eines beamteten Landmessers vielleicht Verwaltungsvorschriften, jedenfalls aber keine gesetzlichen Bindungen bestehen. Dieses Bedenken läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf Ziff. 234 der PrKatasteranweisung II austräumen, wonach die nicht von den Katasterämtern selbst ausgeführten Fortschreibungsmessungen den Vorschriften dieser Anweisung entsprechen müssen, welche in Ziff. 7 bestimmt, daß die örtlichen Vermessungsarbeiten durch vereidete Landmesser persönlich ausgeführt werden müssen. Denn ob die Voraussetzung der Vereidigung und öffentlichen Anstellung bei den beamteten Landmessern gegeben ist, war ja gerade die zu entscheidende Rechtsfrage, welche das RG. unbeantwortet gelassen hat, indem es sich auf den Standpunkt stellte, daß jeder beamtete Landmesser Fortschreibungsmessungen ausführen dürfe, nicht weil er beieidet, sondern weil er Beamter sei.

Als Beispiel verweist das RG. auf die Katasterbeamten, deren Arbeiten, auch wenn sie in privatem Auftrage ausgeführt würden, anerkanntermaßen amtlichen Charakter trügen. Dem bereits im Prozesse gemachten Hinweise, daß dieser Rechtszustand in den Geschäftsanweisungen für die Katasterämter seine Grundlage habe, bezeugt das RG. mit der Erwägung, daß diese Geschäftsanweisungen nur für die Regelung des inneren Dienstes bestimmt seien und nicht einen allgemein maßgebenden Rechtszustand schaffen, sondern nur das Bestehen eines solchen „den betreffenden Beamten zur Beachtung in Erinnerung bringen“ könnten. Diese rechtliche Beurteilung der Geschäftsanweisungen erweckt jedoch Bedenken.

Die Katasterämter haben ihre rechtliche Grundlage in den alten preuß. Grundsteuergesetzen, insbes. dem GrundStG. v. 21. Jan. 1839 den beiden Gesetzen v. 21. Mai 1861 „betreffend die anderweitige Regelung der Grundsteuer“ und „die Einführung einer allgemeinen Gebäudesteuer“ und dem Ges. v. 8. Febr. 1867 „betreffend die definitive Unterteilung und Erhebung der Grundsteuer in den sechs östlichen Provinzen“. Ihr Zweck ist, „die Katasterkarten, Flurbücher und Mutterrollen bei der Gegenwart zu erhalten“ und die vorkommenden Veränderungen jährlich aufzunehmen und nachzutragen (§ 32 Ges. v. 21. Jan. 1839). Mit der Einführung der G.D. ist ein Teil ihrer ursprünglichen Bestimmung, die Anzeigen von Eigentumsveränderungen an Grundstücken entgegenzunehmen, weggefallen, da ein Eigentumsübergang an Grundstücken außerhalb des Grundbuches jetzt nicht mehr möglich ist und das Katasteramt vom Grundbuchamte jeweils Mitteilung von den eingetretenen Eigentumsveränderungen erhält. Heute bilden die von den Katasterämtern geführten Grund- und Gebäudesteuerbücher als amtliches Verzeichnis i. S. § 2 Abs. 2 G.D. die Unterlage für die Grundbücher Art. 2 der Kgl. W. betr. das Grundbuchwesen v. 13. Sept. 1899). Der Erlaß der den Dienstbetrieb und das Verfahren der Katasterämter regelnden Katasteranweisungen ist bereits durch die alten preuß. Grund- und Gebäudesteuergesetze dem FinMin. ausdrücklich zugewiesen, wie dies auch unter anderem in der Einleitung zu der hier hauptsächlich interessierenden Katasteranweisung II ausdrücklich hervorgehoben wird. Hieran ist auch später nichts geändert worden, denn § 3 Abs. 2 Ges. wegen Aufhebung direkter Steuern v. 14. Juli 1893 bestimmt, daß die Veranlagung und Verwaltung der Steuern unter Aufrechterhaltung der hierfür bestehenden gesetzlichen Einrichtungen erfolgt, und in gleicher Weise hält das Gesetz über die Erhebung einer vorläufigen Steuer vom Grundvermögen v. 14. Febr. 1923 eine Verbindung zwischen der Grundsteuerberechnung und den Katasterämtern aufrecht. Diese auf Grund gesetzlicher Ermächtigung ergangenen Katasteranweisungen müssen daher über den Charakter einer reinen Dienstvorschrift hinaus als bindende Rechtsnormen angesehen werden.

Nach Ziff. 4 der Katasteranweisung II ist das Katasteramt verpflichtet, die bei ihm von den Grundstückeigentümern gestellten Anträge auf Beschaffung von Messungsschriften für die Fortschreibung anzunehmen und zu erledigen. Wenn daher die von den Katasterbeamten auf Grund solcher Anträge vorgenommenen Messungen amtlichen Charakter tragen, so liegt das nicht daran, daß es sich um Arbeiten von Beamten handelt, sondern hat den besonderen

Grund, daß die Katasterbehörden eigens dazu geschaffen sind, derartige Messungen vorzunehmen. Es handelt sich also um eine so wohl im preuß. wie im Reichsrechte verwurzelte, zu ganz bestimmten, besonders Vermessungszwecken, geschaffene Einrichtung. Es ist aber durchaus nicht gesagt, daß ein Rechtszustand, der den in privatem Auftrage vorgenommenen Arbeiten der staatlich eingerichteten und als besondere Behörde vorgesehenen Katasterämter oder deren Beamten amtlichen Charakter beilegt, auch für die von den Kommunen je nach Bedarf und Belieben eingerichteten kommunalen sog. Vermessungsämter gilt, welche gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen sind und ihr Bestehen nur der jeweiligen Initiative des leitenden Kommunalbeamten verdanken.

Aus dem Vergleiche der Katasterbeamten mit den Kreis- usw. Landmessern läßt sich daher nicht ohne weiteres ableiten, daß auch die in privatem Auftrage vorgenommenen Arbeiten der letzteren behördlichen Charakter tragen. Gegen diese Annahme spricht noch ein weiteres Bedenken. Das RG. sagt, „in dem einen wie in dem anderen Falle (d. h. sowohl bei Messungen für die eigenen Zwecke seiner Behörde wie für Private) wird der beamtete Landmesser in seiner behördlichen Funktion tätig“. Wenn dieser Satz bedeuten soll, daß der beamtete Landmesser auch bei Erledigung von Privataufträgen in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt handele, so würde die Folge sein, daß seine Behörde für jeden bei der Ausführung derartiger Aufträge von ihm angerichteten Schaden als einer Amtspflichtverletzung nach öffentlichem Rechte, jetzt also nach Art. 131 RVerf., aufkommen müßte. Tatsächlich dürfte diese Annahme aber zu weit gehen. Als Ausübung der öffentlichen Gewalt ist jede Amtshandlung anzusehen, die öffentlich-rechtlicher Natur ist und sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen darstellt (RG. 91, 274; 94, 102 = JW. 1919, 46). Die Post und früher die Eisenbahn z. B. werden nur ausnahmsweise in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig, in der Regel liegt eine der privatwirtschaftlichen gleichstehende Tätigkeit des Reiches vor (RG. Komm., § 839 Anm. 1, und die dort zit. Entsch.). Was hier aber die Regel ist, ist bei den Kreisvermessungsämtern, die, um ihren Beamten die notwendige Beschäftigung zu verschaffen, auch die Ausführung von Privataufträgen annehmen, natürlich die Ausnahme; soweit eine solche, leider nicht zu seltene, Ausnahme aber vorliegt, handeln sie wohl kaum als Inhaber der öffentlichen Gewalt, sondern bemühen sie sich, genau wie jeder andere Gewerbetreibende, um Privataufträge, um damit Einnahmen zu erzielen, üben also eine rein privatwirtschaftliche Tätigkeit aus. Für die Versehen ihrer Beamten haften sie daher in solchen Fällen nicht nach Art. 131 RVerf., sondern nach § 278 bzw. 831 BGB. Diese rein zivilrechtliche Haftung widerspricht aber der Annahme, daß der Beamte auch bei Privataufträgen in behördlicher Funktion handele und seine in Erledigung dieser Aufträge hergestellten Arbeiten ohne weiteres öffentlichem Glauben genießen. Das RWiM. hat zwar in einem Schreiben v. 5. Mai 1927 die gleiche Auffassung vertreten und hierdurch die Entsch. des RG. offensichtlich beeinflusst, doch glaube ich nicht, daß sich dieser Standpunkt in seiner Allgemeinheit aufrechterhalten läßt. Das Entscheidende ist nicht die Frage, in wessen Auftrage der Beamte tätig wird, sondern ob sich seine Tätigkeit innerhalb der ihm gesetzlich zugewiesenen Schranken hält. Ist dies der Fall, so handelt er in behördlicher Funktion. Die Behörden aber, welche von dem Thronstempel der staatlichen Allmacht heruntersteigt und ihre Beamten für eine rein gewerbliche Tätigkeit verwendet, kann nicht mehr verlangen als jeder andere Sterbliche, d. h., sie muß sich den Vorschriften der GewD. unterwerfen und kann insofern für ihre Beamten die ihnen sonst gebührende besondere Glaubwürdigkeit nicht beanspruchen. Damit taucht aber auch sofort die Frage wieder auf, ob ein behördlicher Gewerbetrieb die in § 36 GewD. zur Voraussetzung besonderer Glaubwürdigkeit von Vermessungsarbeiten gestellten Bedingungen erfüllen kann, deren Beantwortung das RG. vermieden hat; diese Beantwortung ist aber erforderlich, wenn man seiner Theorie über die Tätigkeit des beamteten Landmessers nicht zu folgen vermag.

2. Die Meinung des RG., daß es einer Behörde nicht verwehrt werden könne, den übrigen Gewerbetreibenden durch Unterbietung ihrer Tarife Konkurrenz zu machen, dürfte sämtliche Steuerzahler besonders interessieren. Im Anschlusse an die Ausführungen unter 1 ist zunächst auf den Widerspruch hinzuweisen, der darin liegt, daß die Tätigkeit der Behörden, also hier der Kreisvermessungsämter, auf eine Stufe mit der Tätigkeit der übrigen Gewerbetreibenden gestellt wird, soweit es sich um das Entgelt für diese Tätigkeit handelt. Jeder Gewerbetreibende darf seinen Konkurrenten unterbieten, sagt das RG. Sehr richtig; dann darf man aber auch auf der anderen Seite eine so gearbete und eingestellte Tätigkeit einer Behörde nicht als einen Staatshoheitsakt auffassen, sondern muß sich damit begnügen, sie vom Standpunkt der GewD. zu betrachten. In dem zweiten Satze des RG. liegt also eigentlich bereits eine Widerlegung des ersten Satzes und eine weitere Bestätigung der unter 1 dargelegten Auffassung.

Hiervon abgesehen aber ist folgender Gesichtspunkt völlig unbeachtet geblieben. Der beklagte Landkreis und sein Vermessungsamt können sich die Tarifunterbietung nur deshalb leisten, weil

II. Verfahren, Zwangsvollstreckung.

** 12. §§ 227, 329 Abs. 3 ZPO. in ihrer Anwendung im Zwangsversteigerungsverfahren; §§ 65, 2 ZwVerfG.

1. Eine falsche rechtliche Auffassung und eine Unkenntnis zu der Rechtsfrage ergangener rechtsgerichtlicher Entscheidungen gereicht dem Vollstreckungsrichter nur bei besonderer Verletzung der Sorgfalt zum Verschulden. Die bisher für Maßnahmen von Verwaltungsbeamten vom RG. ausgesprochene Meinung, daß bei Ermessensentscheidungen ein Verschulden des Beamten nur in seltenen Fällen angenommen werden könne, etwa bei völliger Willkür oder bei überhaupt nicht zu rechtfertigenden

die Einrichtungen des Amtes mit dem Gelde der Steuerzahler geschaffen sind und unterhalten werden; aber nicht zu dem Zwecke, den Steuerzahlern damit Konkurrenz zu machen, sondern ausschließlich für die Bedürfnisse des Kreises selbst. Nur in völliger Verkennung dieser ursprünglichen Zweckbestimmung ist das Kreisvermessungsamt dazu übergegangen, eine privatwirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, und zwar unbestritten deshalb, weil die angestellten Beamten mit den für den Kreis erforderlichen Messungen nicht voll beschäftigt sind. Die Behörde soll aber nicht wirtschaften, sondern verwalten. Die notwendige Folgerung aus der mangelnden Beschäftigung müßte also nicht sein, die Tätigkeit des Vermessungsamtes auf Gebiete auszubehnen, welche der Privatwirtschaft vorbehalten sind, sondern es entweder zu verkleinern oder, wenn dies nicht durchführbar ist, ganz abzubauen. Da der Kreis diesen letzteren, volkswirtschaftlich einzig vernünftigen, Weg nicht eingeschlagen hat, wird er sich auch gefallen lassen müssen, wenn man die Art seiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit unter die Lupe des UnWVG. nimmt und hierbei zu dem Ergebnisse kommt, daß eine Tätigkeit, welche einem Teile der Kreisangehörigen und Geldgeber erheblichen Schaden zugefügt, sich mit den Bestimmungen dieses Gesetzes und des § 826 BGB. nur schlecht verträgt. Das RG. steht zwar auf anderem Standpunkte, weil die Tätigkeit des Kreisvermessungsamtes nicht „bestimmt und geeignet“ sei, die wirtschaftliche Veranlassung der freien Landmesser herbeizuführen, da sie nicht weiter ausgedehnt werde, als um die vorhandenen, für die eigenen Vermessungen notwendigen Beamten und Angestellten voll zu beschäftigen.

Bei dieser Beweisführung fällt sofort auf, daß die Voraussetzung, die vorhandenen Beamten seien für die eigenen Messungen des Kreises „notwendig“, unmöglich richtig sein kann, denn wären sie das wirklich, so würden sie für die Übernahme von Privataufträgen keine Zeit haben. Unnötig sind sie aber nicht nur der Zahl nach, sondern überhaupt, denn jeder Kreis und jede andere Behörde kann ihre eigenen Vermessungsarbeiten ebensogut und im Ergebnisse vielleicht sogar billiger durch die selbständigen Landmesser erledigen lassen, als durch angestellte Beamte, denen fortlaufend Gehälter gezahlt werden müssen. Die private Tätigkeit des Vermessungsamtes ist also nicht erforderlich, um für eigene Zwecke unbedingt notwendige Beamte voll zu beschäftigen und nicht müßig herumstehen zu lassen, sondern sie erfolgt, um eine mehr oder weniger überflüssige Kreiseinrichtung, die sich bei Beschränkung auf ihre eigentlichen Aufgaben nicht bezahlt machen würde, rentabel zu gestalten. Von diesem Gesichtspunkte aus gewinnt die Frage des unlauteren Wettbewerbes doch ein etwas anderes Ansehen, besonders wenn man sie im Zusammenhange mit der Tatsache betrachtet, daß die von dem Kreisvermessungsamt bei dieser privaten Tätigkeit gelebte Tarifunterbietung nur dadurch ermöglicht wird, daß seine Einrichtungen und Beamten von den Steuerzahlern unterhalten werden. Müßten die Vermessungsämter ihre Gehälter und sonstigen Unkosten wie ein selbständiger Landmesser berechnen, so wäre es ihnen nicht möglich, die von dem Verbands der Landmesser auf Grund genauester Berechnung aufgestellten Sätze zu unterbieten. Mit dem in rein privaten Wirtschaftskampfe wohl ausreichenden Gesichtspunkte des RG., daß eine Tarifunterbietung nur dann unlauteren Wettbewerb darstelle, wenn sie bestimmt und geeignet sei, die wirtschaftliche Existenz der Konkurrenten zu vernichten (vgl. u. a. JW. 1926, 1982; 1927, 112), ist daher der Frage des unlauteren Wettbewerbes durch die nur mit dem Gelde der konkurrierenden Steuerzahler einer Behörde ermöglichte Tarifunterbietung wohl kaum in ausreichender Weise Rechnung getragen.

Sollte nicht die Entsch. des RG. in JW. 1927, 1636 eine bessere Handhabe zur Entsch. dieser Frage bieten? Nach diesem Urteil verliert die Verletzung allgemein verbindlich erklärter Tarifregelungen gegen § 1 UnWVG. Zur Begründung wird dort ausgeführt, daß dem Bekl. seine sehr viel niedrigeren Preise jedenfalls zu einem sehr wesentlichen Teile nur durch die untertarifliche Entlohnung seiner Angestellten ermöglicht würden, wobei nicht etwa der Tat-

Entscheidungen, muß auch für prozessleitende Verfügungen von Richtern gelten.

2. Die Vertagung eines Versteigerungstermins ist nur in ganz außergewöhnlichen Fällen beim Vorliegen besonders zwingender Gründe zulässig.

3. Wann ist im Grundstücks-Zwangsversteigerungsverfahren die besondere Versteigerung oder anderweitige Verwertung einer Forderung oder einer beweglichen Sache zulässig? Die Anordnung der besonderen Versteigerung ist schon zulässig, ehe feststeht, ob das geringste Gebot erreicht wird; nur ihre Ausführung hat bei besetzten Richterreichung zu unterbleiben.

4. Partei in dem vor dem höheren Gerichte anhängigen Verfahren zur Bestimmung eines

sache, daß der Bekl. hiermit gegen die TarVO. verstößt, das entscheidende Gewicht beigelegt wird, sondern der Unfreiheit der tariftreuen Wettbewerber in der Preisbildung gegenüber dem sich an den TarBetr. nicht gebunden erachtenden Bekl. Von den Besonderheiten dieses Falles abgesehen, läßt sich diese Entsch. auch auf den Wettbewerb zwischen den in ihrer Preisbildung durch ihre Unkosten und Steuern gehemmten freischaffenden Landmessern und dem Vermessungsamt eines Kreises anwenden, welches derartige Rücksichten nicht zu nehmen braucht und gegen dessen Preiskonkurrenz die ersteren daher schlechterdings nicht ankommen können. Diese sind gezwungen, sich an den von ihnen nach genauester Berechnung aufgestellten Gebührentarif zu halten, nicht etwa nur, weil sie sich dazu vertraglich von Verbands wegen verpflichtet haben, sondern weil unter diesen Sätzen keine lohnende Arbeit zu leisten ist; der Landkreis aber stützt seine billigeren Preise nicht etwa auf geschickteres und schnelleres Arbeiten, sondern nur darauf, daß die Kosten, die er bei seinen billigen Preisen unbedingt zuzieht, ja doch von den Steuerzahlern, zu denen auch die kreiseingeleiteten Landmesser gehören, getragen werden müssen.

Die in dem Prozesse weiter noch aufgeworfene Frage, ob das Vermessungsamt die Arbeiten für Private und seine Reklame mit der Bezeichnung „Kreisausschuß“, „Kreisvermessungsamt“ und „Oberlandmesser . . .“ versehen dürfe, tritt an praktischer Bedeutung gegenüber den bisher erörterten Fragen zurück. Das OVG. hatte sie verneint, das RG. entscheidet auch hier zugunsten der freien Landmesser mit der Begründung, es stehe den Behörden nach allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen frei, ihren Beamten Titel zu verleihen, und es entspreche einem seit Jahrzehnten bei den staatlichen Vermessungsämtern, also den Katasterämtern, gelübten Brauche, sich auch bei Ausführung von Privataufträgen der Amtsbezeichnung der Dienststelle („Preuß. Katasteramt“) zu bedienen. Daß der Vergleich der Kommunalvermessungsämter mit den Katasterämtern nicht stimmt, ist bereits eingehend dargelegt worden. Immerhin mag der weiterhin vom RG. hervorgehobene Gesichtspunkt, daß nicht nachgewiesen sei, daß der Gebrauch des Titels erfolge, um bessere Leistungen vorzutauschen, als durchschlagend anzuerkennen sein. Daraus folgt aber gleichzeitig, daß, falls ein derartiger Nachweis im Einzelfalle möglich sein sollte, der Gebrauch des Titels bei Privataufträgen unlauteren Wettbewerb darstellen würde. Auch gegen die Unterzeichnung der Arbeiten mit dem Worte „Kreisvermessungsamt“ wird sich ohne weiteres nichts sagen lassen. Wenn man einer Behörde oder der Dienststelle einer Behörde zugestimmt, sich privatwirtschaftlich zu betätigen, so wird man ihr wohl auch gestatten müssen, die sich auf diese Betätigung beziehenden Urkunden sowie die im Zusammenhange damit entfaltete Reklame mit der Bezeichnung der betreffenden Dienststelle zu versehen; dies schon deshalb, weil man nicht recht weiß, wie denn derartige Schriftstücke anders unterzeichnet werden sollten.

Was das RG. im vorliegenden Urteile über die Tätigkeit der Beamten der Kreisvermessungsämter ausführt, gilt natürlich in gleicher Weise auch für jede andere behördliche Einrichtung, welche sich privatwirtschaftlich betätigt. Das Urteil ist nur schwer in Einklang zu bringen mit dem in den Kreisen der Gewerbetreibenden schnell bekanntgewordenen Urteile desselben Senats v. 25. Jan. 1927, in welchem sich die beherzigenswerten Worte finden: „Der Mißbrauch behördlicher Autorität zur Förderung von Unternehmungen der öffentlichen Hand im Wettbewerb mit Privatunternehmungen verstößt gegen die guten Sitten und das Wettbewerbsgesetz.“ Leider hat das RG. diesmal den von ihm erhofften Schutz des freien Gewerbes nicht gewährt, sondern seinen Schild vor die gewerbetreibende Bürokratie gehalten. Der Auffassung von Hoffmann (JW. 1929, 2345), daß die Entsch. nicht anders hätte ausfallen können, vermag ich nicht beizupflichten. Die von ihm vermischte gesetzliche Vorschrift, welche die Behörde hindert, das Gewerbe eines selbständigen und vereideten Landmessers auszuüben, findet sich eben in § 36 GewD.

gemeinsamen Gerichts ist im Zwangsversteigerungsverfahren nur der Antragsteller, nicht der Eigentümer und Schuldner. Die Zustellung des das gemeinsame Vollstreckungsgericht bestimmenden Beschlusses braucht daher nur an den Antragsteller zu erfolgen. †)

Das BG. erblickt eine den Befl. der Kl. gegenüber zum Schadenersatz verpflichtende schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Versteigerungsrichters in der Vertagung des Versteigerungstermins v. 6. Juli 1926. Ihm ist darin beizustimmen, daß diese Vertagung nicht hätte erfolgen dürfen. Rechtlich gründet sich die an sich nicht zu leugnende Zulässigkeit einer solchen Vertagung auf den auch im Bereiche des ZwVerfStG. geltenden § 227 ZPO., der eine Vertagung beim Vorliegen erheblicher Gründe gestattet. Diese Gründe müssen aber im Zwangsversteigerungsverfahren besonders zwingender Natur sein. Der erf. Sen. hat das zunächst in seinem Urteil vom 25. April 1911, III 330/10 (abgedr. ZW. 1911, 599⁵⁴; Recht 1911 Nr. 2459; BayRpflZ. 1911, 280) für die Vertagung eines Termins zur Verkündung des Zuschlagsbeschlusses, dann in seinem Urf. v. 27. Febr. 1914, III 522/13 (abgedr. WarnRpfr. 1914 Nr. 188; Recht 1914 Nr. 1191) auch für die Vertagung eines Zwangsversteigerungstermins ausgesprochen. In der letztgenannten Entscheidung hat er hervorgehoben, daß solche Vertagung mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 43 Abs. 1 ZwVerfStG. eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zur Folge habe, durch die die laufenden Beträge der wiederkehrenden Leistungen anwachsen und die Befriedigung der nachgetragen Gläubiger gefährdet werde. Zudem könne durch sie der Kreis der Bietungslustigen verringert werden. Mit Rücksicht auf diese und etwaige sonstige Nachteile sei die Vertagung eines Versteigerungstermins, wenn auch nicht völlig unzulässig, so doch nur in ganz außergewöhnlichen Fällen gerechtfertigt. Ein solcher Fall lag hier nicht vor.

In dem Termin v. 6. Juli 1926 stellte zunächst der Schuldner auf Grund von § 65 ZwVerfStG. den Antrag, die in einer von ihm überreichten „Taxation“ aufgeführten Maschinen und maschinellen Betriebseinrichtungen sowie den Fuhrpark der Mühle durch einen Gerichtsvollzieher besonders versteigern zu lassen. Nunmehr beantragte der Vertreter der Deutschen Bank, einer beteiligten Gläubigerin, Vertagung und Anhörung eines Sachverständigen darüber, ob ein höherer Erlös erzielt werden könne, wenn Gebäude und Maschinen gesondert versteigert würden. Die Kl. widersprach mit der Begründung, daß durch die Einzelversteigerung ein höherer Erlös nicht zu erwarten sei. Gleichwohl beschloß das AG. die Vertagung zwecks Anhörung eines Sachverständigen. Für diese einschneidende Maßnahme bot der Antrag des Schuldners, machte ihn auch eine Gläubigerin bis zu einem gewissen Grade unterstützen, keine hinreichende Grundlage. Der Schuldner berief sich lediglich auf die von ihm überreichte „Taxation“, eine am 31. März 1925 von einem Zivilingenieur aufgestellte Schätzung der den Gegenstand der Zwangsversteigerung bildenden Mühle. Dieses Privatgutachten deutete in keiner Weise an, daß die Gebäude und die Maschinen im Fall einer Trennung voneinander wertvoller werden würden, hob vielmehr im Eingange hervor, daß die Abschätzung erfolgt sei in Ansehung des Alters, des Zustandes und des Verwendungszweckes der einzelnen Gebäude und Maschinen „unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sich die Mühle in Betrieb befindet“. Nach allgemeiner Erfahrung ist ja überhaupt ein gewerblicher Betrieb regelmäßig besser zu verwerten, wenn er zu einer Einheit zusammengefaßt bleibt, als wenn er in seine Bestandteile zerlegt wird.

Zu 12. Der Entsch. ist in allen wesentlichen Punkten zuzustimmen. Daß die Vertagung eines Versteigerungstermins nur in ganz außergewöhnlichen Fällen zulässig ist, hat das RG. in den beiden von ihm erwähnten Entsch. ausgeführt. So entlegen, wie das AG. annimmt, sind die Fundstellen für diese Entsch. zwar nicht. Sie hatten, wie ältere Vollstreckungsrichter sich noch entsinnen werden, in der ersten Zeit der kriegsrechtlichen Liegenschaftsgefeßgebung, ober richtig zu Beginn des Krieges, vor Erlaß der HypVd. v. 8. Juni 1916, eine erhebliche Rolle gespielt. Auf beide Entsch. hatte der preuß. JustizMin. in der AllgVfg. v. 5. Aug. 1914 (ZMBl. 661) ausdrücklich hingewiesen. Die Verfügung war in der 5. Aufl. von Jaekel-Gütke S. 915 abgedruckt; in gleichem Zusammenhange war der Entsch. in den Bearbeitungen des kriegsrechtlichen Liegen-

Bei mangelnder Ertragsfähigkeit eines Unternehmens mag geboten sein, Gebäude und Maschinen auseinanderzureißen und je für sich zu verwerten. Für das Vorliegen eines solchen oder eines anderen Ausnahmefalles fehlte es hier aber dem Versteigerungsrichter an jedem Anhalt. War danach ein höherer Erlös bei Anordnung der vom Schuldner beantragten Maßnahme nicht zu erwarten, so mußte sein nur für diesen Fall gerechtfertigter Antrag abgelehnt werden. Durch die Vertagung des Termins und die gleichzeitige Anordnung einer Begutachtung durch einen Sachverständigen eröffnete ihm zwar das Gericht die Möglichkeit, doch noch zum Ziel zu kommen und die getrennte Verwertung von Mühlengebäuden und Mühlenzubehör zu erreichen. Das geschah aber auf Gefahr der sonstigen Beteiligten, insbes. der betreibenden Gläubigerin, der Kl., und war deshalb ein nicht zu rechtfertigendes Entgegenkommen gegenüber dem Schuldner, der rechtzeitig für eine hinreichende Begründung seines Antrags hätte sorgen sollen. Das Vollstreckungsgericht konnte seinen Beschluß, einen Sachverständigen zu hören, nur auf § 144 ZPO. stützen, da die Vernehmung eines solchen nicht vom Schuldner, dem Antragsteller hinsichtlich der gesonderten Verwertung, sondern von einem Dritten, einer beteiligten Gläubigerin, beantragt, d. h. in Wirklichkeit nur angeregt worden war. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit im Zwangsversteigerungsverfahren für eine Beweisaufnahme von Amts wegen überhaupt Raum ist. Hier hätte sie jedenfalls deshalb unterbleiben müssen, weil sie keine oder doch nur eine äußerst geringe Aussicht auf ein Ergebnis bot, das zu der vom Schuldner gewünschten Anwendung des § 65 ZwVerfStG. hätte führen können, während sie andererseits erkaufte wurde mit der Möglichkeit erheblicher Schädigung der übrigen Beteiligten. Ein zureichender Grund für die nur in seltenen Ausnahmefällen zulässige Vertagung eines Versteigerungstermins stand dem AG. bei seiner Beschlußfassung also nicht zur Seite.

Die danach sachlich zweifellos unrichtige Maßnahme hat das BG. dem Versteigerungsrichter auch als Verschulden zugerechnet. Das ist indessen nicht zu billigen. Nicht schon jedes sachliche Fehlgreifen eines Beamten kann als fahrlässig angesehen werden. Vielmehr müssen die Umstände des Falles die weitere Feststellung rechtfertigen, daß der Beamte nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. An solchen Umständen mangelt es hier.

Vorweg zu bemerken ist, daß dem Versteigerungsrichter nicht schon ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er die obengenannten beiden Urteile des Senats nicht beachtet hat. In der Amtlichen Sammlung der reichsgerichtlichen Entscheidungen sind sie nicht abgedruckt worden. Das in Preußen gebräuchlichste Erläuterungsbuch von Jäckel-Gütke weist zwar an zwei Stellen (5. Aufl., 1915, § 43 Num. 1 a. E. S. 200 oben und § 85 Num. 1 S. 375) darauf hin, daß eine Vertagung des Versteigerungstermins nur in außergewöhnlichen Fällen gerechtfertigt ist, führt aber lediglich an der ersten Stelle das diese Frage behandelnde Urteil v. 27. Febr. 1914 an. Außerdem sind beide Bemerkungen in dem Wortverzeichnis des Buches unter „Versteigerungstermin — Verlegung des Versteigerungstermins (Vertagung)“ nicht angeführt, können also nicht ohne weiteres gefunden werden. Wie wenig das genannte Urteil bekannt geworden ist, zeigt auch die vielbenutzte Textausgabe mit Anmerkungen von Kreh-Fischer (Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Sammlung Guttentag), die in der damals neuesten 9. Aufl. (1922) in Anm. 2 zu § 43 (S. 71) einfach sagt: „Vertagung aus sonstigen Gründen ist zulässig“, bei diesem Satz auch allein die Entscheidung des Senats v. 25. April

schaftsrechts, z. B. in meinem Erläuterungsbuch zur HypVd. vom 8. Juni 1916, 2. Aufl., S. 19 Fußnote 2, Erwähnung getan; in der Praxis der größeren Vollstreckungsgerichte wurden sie täglich zitiert. Indessen ist das lange her, und man wird es heute dem Vollstreckungsrichter, der seine Entsch. über einen Vertagungsantrag sofort zu treffen hat, im allgemeinen nicht zum Vorwurf machen können, wenn er diese Dinge nicht oder nicht mehr im Kopfe hatte. Es ist durchaus zu billigen, wenn das AG. hier keine überspannten Forderungen stellt. Nicht jeder Fehler, wie das AG. weiter ausführt, nicht jede rechtliche Unkenntnis kann als fahrlässig angesehen werden; es muß vielmehr eine aus den Umständen des Falles resultierende Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hinzutreten. Das RG. spricht diese Grundsätze nur von Fehlern der Ver-

1911 nennt. Der Vollstreckungsrichter konnte also nur ausgehen von dem Gesetz, von dem schon erwähnten § 227 ZPO., der die Zulässigkeit einer Terminvertagung von dem Vorliegen erheblicher Gründe abhängig macht und damit dem richterlichen Ermessen weiten Spielraum läßt. In der Rspr. des Senats steht fest, daß bei Ermessensentscheidungen ein Verschulden des Beamten nur in seltenen Fällen angenommen werden kann, etwa bei Willkür oder, wenn die Handlung so fehlerhaft ist, daß sie sich schlechterdings nicht erklären oder rechtfertigen läßt (RG. 121, 232/33¹). Das ist allerdings bisher nur für Maßnahmen von Verwaltungsbeamten ausgesprochen worden, muß aber auch hinsichtlich prozessleitender Verfügungen von Richtern gelten. Von Willkür kann hier keine Rede sein. Falsch war die Vertagung allerdings. Aber es bleibt doch zu erwägen, daß der Antrag aus § 65 ZwVerfG. erst im Termin gestellt worden ist und daß er sofort beschieden werden mußte. Nun kam die Anregung von dritter Seite, vom Vertreter einer Gläubigerin, hinzu, durch Anhörung eines Sachverständigen zu klären, ob die Voraussetzungen für die beantragte Anordnung gegeben seien. Wenn der Richter dann diesen Ausweg trotz des Widerspruches der interessierten und daher als einseitig eingestellt anzusehenden Kl. wählte, so kann man nach der ganzen Sachlage doch noch nicht von einem schuldhafteu Ermessungsmissbrauch sprechen.

Das BG. macht in diesem Zusammenhange dem Versteigerungsrichter freilich weiter noch zum Vorwurf, daß er den Versteigerungstermin vor Feststellung des geringsten Gebots abgebrochen hat. Es führt aus, § 65 Abs. 2 ZwVerfG. lasse die besondere Versteigerung einzelner Gegenstände nur zu, wenn das geringste Gebot erreicht sei. Der Richter habe deshalb im Termin v. 6. Juli 1926 zunächst durch ein Ausgebot der Grundstücke ohne Zubehör feststellen müssen, ob denn das geringste Gebot erreicht werde. Es sei anzunehmen, daß es nicht erreicht worden wäre, da schon am 19. Jan. 1926 wenig mehr als das geringste Gebot erzielt worden sei. Wenn es gleichwohl am 6. Juli 1926 auf diese Weise nur für die Grundstücke erzielt worden wäre, so hätte die Grundstücksversteigerung zu Ende geführt werden können. Anderenfalls würde sich sofort die Unzulässigkeit der gesonderten Versteigerung des Zubehörs herausgestellt haben. Außerstenfalls hätte sich der Richter die Entscheidung über den Antrag aus § 65 ZwVerfG. bis zur Erteilung des Zuschlags vorbehalten und dann bis zu dessen Verkündung die nötigen Ermittlungen anstellen sollen. Ob diesen Erwägungen in allen Punkten beigestimmt werden kann, bedarf keiner Erörterung. Denn jedenfalls kann es dem Vollstreckungsrichter nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden, daß er in der kurzen, ihm für seine Entschliebung zur Verfügung stehenden Zeit nicht darauf verfallen ist, diese Wege zu beschreiten. Dabei ist gegenüber den Ausführungen der Rev. zu betonen, daß nach § 65 Abs. 2 ZwVerfG. die Anordnung der besonderen Versteigerung zulässig ist, ehe feststeht, ob das geringste Gebot erreicht wird. Nur ihre Ausführung hat bei dessen Nichterreichung zu unterbleiben. So durfte der Richter über den Antrag des Schuldners entscheiden, ohne schon die Vorschrift des Abs. 2 zu berücksichtigen. Daß damals schon objektiv feststand und auch für den Richter zweifelsfrei erkennbar war, bei getrennter Verwertung der Maschinen usw. werde das geringste Gebot nicht erzielt werden, ist vom BG. nicht festgestellt worden, das nur sagt, ein solches Ergebnis sei mit Sicherheit anzunehmen, mehr auch bei der ganzen Sachlage begrifflicher-

weise nicht sagen konnte. Bemerkte mag nur noch werden, daß der vom BG. für zulässig erachtete Weg, die Grundstücke ohne das Zubehör auszubieten und dann, falls das geringste Gebot erreicht worden wäre, ihre Zwangsversteigerung zu Ende zu führen, sachlich darauf hinausgelaufen wäre, dem Antrage des Schuldners stattzugeben. Es wäre damit eine erhebliche Gefährdung der Belange der übrigen Beteiligten verbunden gewesen, da die einheitliche Verwertung nach der eigenen Annahme des VerR. ein besseres Ergebnis erwarten ließ als die getrennte.

Der erste Vorwurf, den das BG. gegen den Versteigerungsrichter erhebt, ist danach wenigstens hinsichtlich des inneren Tatbestandes unbegründet. Damit entfällt die Annahme einer durch die Vertagung des Versteigerungstermins v. 6. Juli 1926 begangenen schuldhafteu Amtspflichtverletzung. Ebenso ungerechtfertigt ist aber die Annahme eines weiteren noch von den beteiligten Versteigerungsrichtern dadurch begangenen Amtsverschens, daß sie nicht für die ordnungsmäßige Zustellung des Beschlusses des RG. v. 17. Juni 1925 gesorgt und dadurch ebenfalls die verspätete Zuschlagerteilung an die Kl. verschuldet hätten. Das OLG. hat diesen Standpunkt in seinem Urteil unter gleichzeitiger Bezugnahme auf seinen im Zwangsversteigerungs-Beschwerdebefahren ergangenen Beschluß v. 10. Dez. 1926 ausführlich begründet. Ihm kann jedoch weder in sachlicher noch in persönlicher Richtung beigeprüft werden.

Der Beschluß des RG. v. 17. Juni 1925, durch den das OLG. in B. zum gemeinsamen Vollstreckungsgericht bestimmt worden ist, ist vom RG. nur der Kl. als Antragstellerin zugestellt worden. Dies Verfahren des RG. wird anscheinend vom BG. gebilligt. Es sagt wenigstens, daß das herrschende Meinung entsprochen habe. Dann fährt es aber fort, eine ganz andere Frage sei es, ob das OLG. B. den reichsgerichtlichen Beschluß, als dieser ihm von der Kl. vorgelegt worden sei, im Rahmen des schwebenden Zwangsversteigerungsverfahrens habe zustellen müssen. Diese Frage sei zu bejahen. Denn der ein Gericht für zuständig erklärende Beschluß erlange nicht schon Wirksamkeit dadurch, daß er von dem bestimmenden Gericht dem Gesuchsteller ausgehändigt werde, sondern erst dadurch, daß er dem bestimmten Gericht von jenem vorgelegt werde und seine Zustellung an den Gegner oder sonst Beteiligten erfolge. Diese Zustellung sei im Zwangsversteigerungsverfahren von Amts wegen, also vom Gericht zu bewirken. Das gelte hier um so mehr, als durch den Beschluß des RG. die bei den beiden OLG. schwebenden Einzelverfahren in das neu eröffnete gemeinschaftliche Verfahren vor ersterem übergeleitet seien. Bei dieser Sachlage könne kein Zweifel bestehen, daß der Beschluß des RG. vom OLG. B. dem Grundstückseigentümer zuzustellen gewesen sei. Seine Nichtzustellung mache das vom OLG. B. als gemeinsames Vollstreckungsgericht betriebene Verfahren unzulässig. Der Zustellungsmangel sei durch die Bekanntgabe des reichsgerichtlichen Beschlusses im Versteigerungstermin trotz Anwesenheit des Schuldners nicht geheilt worden. Der Versteigerungsrichter habe, als ihm der fragliche Beschluß von der Kl. vorgelegt worden sei, mit besonderer Sorgfalt seine ordnungsmäßige Zustellung prüfen müssen, da sich auf ihm das ganze Verfahren aufgebaut habe. Dann würde er die Notwendigkeit der Zustellung haben erkennen müssen. Zweifel in der Richtung, ob die Zustellung dem RG. oder dem OLG. obliege, habe er klären müssen. Mit der Zustellung durch ersteres habe er beim Fehlen jeden Nachweises nicht rechnen

amten aus; sie gelten aber selbstverständlich in gleicher Weise für alle Organe der Rechtspflege, auch für Rechtsanwälte und Notare.

Der Grundsatz, daß die Anordnung der abgesonderten Versteigerung oder anderweiten Verwertung nach § 65 ZwVerfG. zulässig ist, bevor das geringste Gebot erreicht ist, und daß nur die Ausführung der Anordnung vorher unstatthaft ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften und ist anerkannten Rechtes (Jaedkel-Güthe § 65 Anm. 6, 7; Reinhard-Müller § 65 II, III; Steiner § 65 Anm. 1, 2).

In Abweichung von der freilich nicht näher begründeten Annahme der Kommentare (Jaedkel-Güthe § 2 Anm. 12 Abs. 2; Reinhard-Müller § 2 Anm. 6 Abs. 2) führt das RG. eingehend aus, daß der Beschluß, durch den das höhere Gericht nach § 2 ZwVerfG.

das Vollstreckungsgericht bestellt, nur von dem bestellenden Gericht und nur dem Antragsteller — nicht also dem Schuldner und sonstigen Interessenten — zuzustellen ist. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß das Vollstreckungsgericht den Beschluß den anderen Beteiligten mitteilen muß. Die Begründung des RG. ist überzeugend. Der Ausspruch, daß der Beschluß zu dem für den Beginn der Zwangsversteigerung erforderlichen Urkunden i. S. von § 16 Abs. 2 ZwVerfG. gehört, wird nicht immer zutreffen; namentlich in den im § 2 Abs. 2 ZwVerfG. behandelten Fällen wird der Antrag auf Bestellung eines gemeinschaftlichen Gerichts in zulässiger Weise auch nach Beginn der Vollstreckung in die zu verschiedenen Gerichtsbezirken gehörigen Grundstücke gestellt werden können (Reinhard-Müller § 2 Anm. 2 b).

JR. Stillischweig, Berlin.

können, zumal derartige Beschlüsse nach herrschender Meinung nur dem Gesuchsteller mitgeteilt würden. Mindestens sei daher eine Anfrage beim RG. geboten gewesen.

An diesen Ausführungen ist zunächst unrichtig die Annahme, daß der Beschluß des RG. durch das AG. hätte zu gestellt werden müssen. Das BG. bewegt sich in einem Widerspruch, wenn es einerseits das Verfahren des RG., die Zustellung nur an die Antragstellerin, billigt, auf der anderen Seite aber für die Wirksamkeit des Beschlusses seine Zustellung an den Gegner, den Grundstückseigentümer und Schuldner, fordert. Wäre letzteres richtig, so würde diese Zustellung noch Aufgabe des RG. gewesen sein. Denn ebensowenig, wie ein Gericht die Entscheidungen eines anderen Gerichts wirksam verkünden kann, kann es dessen nicht- verkündeten Beschlüssen dadurch Wirksamkeit verleihen, daß es sie zustellt. Die Formen zu wahren, in denen nach dem Gesetz gerichtliche Entscheidungen kundzutun sind, ist ledig lich Sache des entscheidenden Gerichts selbst. Eine vom AG. bewirkte Zustellung des reichsgerichtlichen Beschlusses würde diesem also nicht zu einer ihm etwa bis dahin fehlenden Rechtswirkung verholfen haben. Sie hätte nur seine weitere tatsächliche Bekanntgabe bedeutet, wäre rechtlich also auf dieselbe Stufe zu stellen mit der vom BG. für bedeutungslos erklärten Verlesung des Beschlusses, die in jedem Versteigerungstermin erfolgt ist.

Kann danach keine Amtspflichtverletzung der beteiligten Vollstreckungsrichter daraus hergeleitet werden, daß sie nicht ihrerseits die Zustellung des reichsgerichtlichen Beschlusses durch den Gerichtsschreiber des AG. veranlaßt haben, so würde ihnen nur dann ein Vorwurf gemacht werden können, wenn das RG. verpflichtet gewesen wäre, seinen Beschluß auch dem Antragsgegner zuzustellen, und wenn ferner die Versteigerungsrichter hätten prüfen müssen, ob das geschehen sei. Schon ersteres ist zu verneinen. Das Verfahren zur Bestimmung eines gemeinsamen Vollstreckungsgerichts nach § 2 ZwVerfStG. gehört zwar nicht der Justizverwaltung an, sondern fällt in das Gebiet der Rechtspflege. Indessen ist es kein Teil des eigentlichen Zwangsversteigerungsverfahrens. Es dient nur dessen Zwecken, indem es zur Bestimmung des für die Zwangsversteigerung zuständigen Gerichts führen soll. Seine verfahrensrechtliche Selbständigkeit gegenüber dem Vollstreckungsverfahren liegt darin begründet, daß es bei einem anderen, einem höheren Gerichte, anhängig ist. Für dieses kommt eine Rücksichtnahme auf den Stand des Verfahrens beim Vollstreckungsgericht nicht in Betracht. Deshalb ist es für die Frage, an wen das bestimmende Gericht seinen Beschluß zustellen muß, unerheblich, ob z. B. des Ergehens des Beschlusses das Zwangsversteigerungsverfahren bereits durch den Erlass des Anordnungsbeschlusses eingeleitet worden ist oder nicht. Der Standpunkt, daß nur in dem ersten, nicht auch in dem letzten Falle der Beschluß außer dem Gläubiger auch dem Schuldner zuzustellen sei, läßt sich zudem praktisch gar nicht durchführen, wie gerade der vorliegende Sachverhalt beweist. Der Beschluß des RG. datiert vom 17. Juni 1925, vom gleichen Tage aber auch der Anordnungsbeschuß des AG. B., während der Beschluß des AG. B. erst am 23. Juni ergangen ist. Ob der Beschluß des AG. B. dem des RG. vorausgegangen ist, läßt sich demnach nicht feststellen. Man muß freilich den Beschluß des RG., der als nicht verkündeter Beschluß erst mit der Zustellung wirksam wurde, bis dahin als nicht vorhanden betrachten. Er ist der Antragstellerin, der jetzigen Kl., am 24. Juni zugestellt worden. Damals schwebten beide Zwangsversteigerungsverfahren bereits, da die Anordnungsbeschlüsse gegen die Regel ohne Zustellung wirksam werden. Der reichsgerichtliche Beschluß hätte also von der gekennzeichneten abzulehnenden Rechtsauffassung aus auch an den Schuldner zugestellt werden müssen. Von diesen sich bei den unteren Gerichten abspielenden Vorgängen hat aber die Geschäftsstelle des höheren Gerichts, die die Zustellung zu bewirken hat (§ 209 ZPO.), keine Kenntnis. So kann ihnen auch keine Bedeutung für die Vornahme der Zustellung beigegeben werden.

Für die Zustellung eines nach § 2 ZwVerfStG. ergehenden Beschlusses maßgebend ist der auch für den Bereich des ZwVerfStG. geltende § 329 Abs. 3 ZPO., wonach nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts den Parteien von Amts wegen zuzustellen sind. Es kommt deshalb darauf an, wer die

Parteien in dem vor dem höheren Gericht anhängigen Verfahren zur Bestimmung eines gemeinsamen Gerichts sind. Da dieses Verfahren, wie dargelegt, gegenüber dem eigentlichen Zwangsversteigerungsverfahren selbständig ist, so müssen die an ihm beteiligten Personen aus seinem eigentlichen Wesen heraus bestimmt werden. Und da ist entscheidend, daß das Verfahren ein einseitiges ist. Nur der Antragsteller ist an ihm beteiligt. Von ihm wird es veranlaßt, ohne daß er übrigens den weiteren Verlauf des Verfahrens und dessen Ergebnis entscheidend zu beeinflussen vermag. Denn das höhere Gericht ist bei der von ihm zu treffenden Bestimmung des zuständigen Gerichts weder an den Antrag noch an die Behauptungen des Antragstellers gebunden. Es ist ein Verfahren von Amts wegen, das eigentliche Parteien nicht kennt. Es dient ja auch nicht der Verwirklichung von Ansprüchen. Nur die Stelle soll gefunden werden, der diese Aufgabe demnächst obliegt. Daß ledig lich der Gläubiger als Antragsteller, nicht auch der Schuldner in dem Verfahren eine Rolle spielt, kommt im Gesetz selbst dadurch zum Ausdruck, daß zwar ersterer einen seinen Antrag ablehnenden Beschluß anfechten kann, daß aber letzterer sich gegen einen dem Antrag stattgebenden Beschluß nicht wehren kann (§ 2 Abs. 1 letzter Halbsatz ZwVerfStG., § 37 Abs. 2 ZPO.). Der Schuldner steht mithin völlig außerhalb des Verfahrens. Er zählt deshalb nicht zu den Personen, die bei Anwendung des § 329 Abs. 3 ZPO. als Partei angesehen werden müssen. Eine Zustellung an ihn ist nicht geboten. Vielmehr genügt, was übrigens auch langjähriger Übung des RG. entspricht, die Zustellung des nach § 2 ZwVerfStG. ergehenden Beschlusses an den Gesuchsteller.

Damit wird der Beschluß nach dem oben Gesagten wirksam. Es bedarf nicht etwa später noch seiner Zustellung an den Schuldner. Vielmehr ist nur seine Bekanntgabe geboten. Zunächst muß ihn der Antragsteller dem Vollstreckungsgericht vorlegen, das ja seine Zuständigkeit von Amts wegen prüfen muß. Der Beschluß gehört insofern zu den für den Beginn der Zwangsversteigerung erforderlichen Urkunden i. S. von § 16 Abs. 2 ZwVerfStG. Das zum Vollstreckungsgericht bestellte Gericht soll ferner von der Anordnung die übrigen Gerichte in Kenntnis setzen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 ZwVerfStG.). Endlich folgt aus der Natur der Dinge die Notwendigkeit einer Mittelung des Beschlusses an die sonst Beteiligten. Diesem Erfordernis ist hier dadurch völlig genügt worden, daß in jedem Versteigerungstermin der Beschluß des RG. verlesen worden ist.

Die Behandlung des reichsgerichtlichen Beschlusses durch die Versteigerungsrichter ist also vom OLG. sowohl in seinem Beschluß v. 10. Dez. 1926 als auch in dem jetzt angefochtenen Urteil unrichtig beurteilt worden. Seine Nichtzustellung an den Schuldner bot keinen Grund, das Zwangsversteigerungsverfahren für unzulässig zu erklären und den ergangenen Zuschlagsbeschluß aufzuheben. Eine solche Stellungnahme der höheren Instanz konnten die Vollstreckungsrichter auch nicht voraussehen und waren daher auch nicht etwa verpflichtet, dieser Möglichkeit im voraus Rechnung zu tragen und den fraglichen Beschluß zustellen zu lassen. Sie haben in dieser Hinsicht keine Amtspflicht verletzt.

(U. v. 5. Juli 1929; 516/28 III. — Kassel.) [Sch.]

13. § 2 Abs. 2 PachtstW.D. v. 27. Sept. 1922; § 12 Abs. 2 PachtstW.D. v. 1924. Die Aufwertung von Pachtzinsforderungen, die nach Erlass der PachtstW.D. v. 27. Sept. 1922 entstanden sind, ist nur dann dem ordentlichen Rechtsweg entzogen, wenn die Zahlung in Papiermark sich unter Berücksichtigung der damaligen Anschauungen offenbar als eine schwere Unbilligkeit darstellte. Sie ist, falls danach im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar, diesem auch nicht durch die PachtstW.D. v. 1924 entzogen. f)

(U. v. 17. Dez. 1928; 310/28 VIII. — Berlin.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1929, 1978²⁹.

Zu 13. A. Anm. v. Weizen II, abgedr. ebenda.

B. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der in einem Sondergesetz angeordnete Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges

14. Die im § 30 PrEnteigG. festgesetzte Ausschlußfrist für die Erhebung der Klage gilt nicht bloß für den Fall, daß sich der Enteignete mit dem von der Behörde festgesetzten Wert des entzogenen Grundstücks nicht zufrieden gibt, sondern auch dann, wenn er die infolge der Nichtberücksichtigung der Geldentwertung unterlaufene Falschberechnung der Entschädigungssumme bemängelt. †)

Durch Enteignungsbeschl. des RegPräs. in P. v. 29. Okt. 1921 ist zugunsten des Reichs, dessen Rechtsnachfolgerin die BfL ist, eine Anzahl von Trennstücken des der Kl. gehörigen Grundstücks enteignet worden. Die Entschädigung wurde auf 159 408 M festgesetzt. Sie ist am 22. Nov. 1921 bei der Gerichtskasse des RG. Berlin-Lichterfelde hinterlegt und am 2. April 1922 an die Kl. ausbezahlt worden.

Der Wert der enteigneten Grundflächen ist im Verwaltungsverfahren auf den 1. Aug. 1919 abgestellt worden, weil das Reich an diesem Tage in den Besitz der Flächen eingewiesen worden ist. Die Entschädigungsfestsetzung des RegPräs. ist im Rechtswege innerhalb der im § 30 PrEnteigG. bezeichneten Ausschlußfrist nicht angegriffen worden. Die Kl. behauptet, daß sie durch die gezahlte Papiermarksumme für den Wert der ihr enteigneten Trennstücke nicht voll entschädigt sei und verlangt von dem ihr noch zustehenden Entschädigungsbetrage mit der Klage zunächst einen Teilbetrag von 20 000 M nebst Zinsen. Die BfL hält den Rechtsweg für unzulässig, den Klageanspruch aber auch für unbegründet, da die Enteignungsentuschädigung im Verwaltungsverfahren rechtskräftig festgesetzt sei und deshalb Nachforderungen nach Ablauf der für die Klage bestehenden Ausschlußfrist nicht mehr erhoben werden könnten.

RG. und RG. haben verurteilt, das RG. hat abgewiesen. Das BG. geht richtig davon aus, daß die Klage nicht eine Änderung des für die Zeit der Besitzeinweisung, d. i. den 1. Aug. 1919, festgestellten Grundstückswertes erstrebt, sondern

als Ausnahmevorschrift einschränkend auszulegen ist. Der Ausschluß gilt nur soweit, als in dem Sondergesetz für bestimmte, in dem Gesetze ausdrücklich begrenzte Streitigkeiten an Stelle der ordentlichen Gerichte eine andere Spruchbehörde bestellt worden ist. Durch § 1 PrPachtSchD. v. 27. Sept. 1922 war den Pachteinigungsämtern auf dem — hier allein in Betracht kommenden — Gebiet des wirtschaftlichen Pachtzuges die anderweite Festsetzung von Leistungen nur mit der aus Abs. 2 sich ergebenden Maßgabe zugewiesen worden, daß die anderweite Leistungsfestsetzung nur erfolgen sollte, wenn sich die Weihehaltung der Vertragsbestimmungen als Ausbeutung der Notlage oder unter Berücksichtigung der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse offenbar als eine schwere Unbilligkeit darstellte, oder soweit sie zur Folge hätte, daß ein Teil in wirtschaftliche Not geriete, oder wenn auf der Verpächterseite gewisse privilegierte Rechtspersönlichkeiten (Reich, Länder, Gemeinden, Kirchen usw.)

Dem RG. ist auch darin beizutreten, daß die Ausdehnung des Pachtzuges durch die WD. v. 27. Febr. 1924 und die dadurch herbeigeführte Erweiterung des Eingreifens der PachtSch. sich nicht auf Pachtstreitigkeiten erstreckt, die materiell noch nach dem engeren Rahmen des § 1 Abs. 2 PachtSchD. v. 27. Sept. 1922 zu beurteilen sind. Hätte der Gesetzgeber auch hier den Ausschluß des Rechtsweges nachträglich erweitern wollen, so hätte es nach dem eingangs gedachten Grundfatz einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Diese fehlt.

Heute liegt klar zu Tage, daß die stark einengenden Bestimmungen des § 2 Abs. 2 PachtSchD. v. 27. Sept. 1922 ein privilegium odiosum, eine „offenbare schwere Unbilligkeit“ gegen den Verpächter darstellten, indem sie zum Schaden des Verpächters die Durchsetzung des allgemeinen Aufwertungsgebanks in Ansehung des ländlichen Pachtzinses verhinderten. Um so mehr ist dem RG. beizutreten, daß das den Verpächtern durch den PachtSch. der WD. v. 27. Sept. 1922 zugefügte Unrecht nachträglich durch Anerkennung des ordentlichen Rechtsweges wenigstens etwas wieder gutgemacht wird. Freilich kommt die Hilfe zu spät. Es wird nur noch vereinzelte Verpächter geben, die sich für die Inflationszeit nicht notgedrungen über den Pachtzins geeinigt haben. Das RG. erkennt unter 2 des Ur. an, daß die Einrede der Nichtausübung, vom Verjährungsfall abgesehen, für sich allein nicht durchgreift, sondern nur ein — allerdings wichtiges — Stück in dem Mosaikbild der gesamten Sachlage darstellt.

RG. Magimilian Wilke, Berlin.

Zu 14. Der Senat hat das Unbefriedigende der obigen Entsch. unumwunden zugegeben und hinzugefügt: „Der Revision ist zuzu-

geben, daß das gewonnene Ergebnis nicht befriedigt, weil es unbillig ist, daß der Enteignete, der gegen die Entsch. der Verwaltungsbehörde den Rechtsweg rechtzeitig beschritten hat, auch selbst wenn er dies ohne Erfolg getan hat, sich das Recht auf Umwertung der in Papiermark festgesetzten Entschädigungssumme erhalten hat (vgl. hierzu RG. 119, 364 = JW. 1928, 507; 123, 44 = JW. 1929, 589), derjenige aber, der den Beschluß nicht angegriffen hat, weil er gegen den ermittelten Wert des enteigneten Grundstücks nichts zu erinnern fand, infolge des Ablaufs der Ausschlußfrist leer ausgeht. Aber eine andere Lösung läßt sich mit Rücksicht auf § 30 EnteigG. nicht gewinnen.“ Es bleibt aber immer bedenklich, wenn ein höchster Gerichtshof eine als offenbar unbillig anerkannte Entsch. hinausgehen läßt. Ohne die selbstverständliche Pflicht zur Gesetzmäßigkeit anzugreifen, wird man es im gegebenen Falle bedauern dürfen, daß der Gerichtshof von dem ihm zustehenden Rechte einer freien Gesetzesauslegung keinen Gebrauch gemacht hat. Die Klage erstrebt nicht eine Änderung des für die Zeit der Besitzeinweisung, d. i. der 1. Aug. 1919, festgestellten Grundstückswertes, sondern Ausgleich des dem Enteigneten durch die Geldentwertung in der Zeit v. 1. Aug. 1919 bis zur Auszahlung entstandenen Nachteils. Das RG. verneinte die Frage, ob dieser Anspruch ein die Entschädigungsfeststellung betreffender i. S. § 30 EnteigG. war. Das will der 7. Sen. des RG. nicht gelten lassen, weil der Anspruch nicht anders zu behandeln sei, wie der Entschädigungsanspruch aus dem EnteigG. überhaupt. Das aber gerade ist der erst zu beweisende Sach. Man muß doch beachten, daß eine Aufwertungsfrage zu beantworten ist, die völlig außerhalb des Rahmens der Verhältnisse liegt, deren Regelung das Gef. v. 11. Juni 1874 beabsichtigt hat und ins Auge faßen konnte. Auch der RegPräs. ist sich beim Erlass des EnteigBeschl. v. 29. Okt. 1919 darüber nicht im klaren gewesen, daß die von ihm nach dem Stande v. 1. Aug. 1919 festgesetzte Entschädigung infolge der fortgeschrittenen Geldentwertung in Wirklichkeit nicht den vollen Wert des enteigneten Grundstücks darstellte. Man kann für die in Betracht kommende Zeit nicht einmal ein offenes, grobes Versehen der Verwaltungsbehörde annehmen, wie in dem RG. 122, 110 = JW. 1929, 112 entschiedenen Falle. Das RG. erklärt sich trotzdem auch hier außerstande, einen — durch verzeihlichen Irrtum der Verwaltungsbehörde hervorgerufenen — Irrtum zu verbessern. Demgegenüber scheint mir nicht nur das bessere Recht, sondern auch die freiere und überlegene „Konstruktion“ in der Entsch. des RG. zu liegen. Und wenn das RG. schließlich die Kl. darauf hingewiesen hat, es sei nicht zu entscheiden gewesen, ob etwa eine Nachforderung im Verwaltungsverfahren zulässig sei, so wird der Partei damit schwerlich geholfen worden sein. Soweit ich sehe, ist gegenüber der Entsch. der Verwaltungsbehörde nach früherer Übung eben nur die Klage aus § 30 EnteigG. gegeben, nicht aber ein ergän-

Allerdings mag die Kl. davon ausgegangen sein, daß ihr

geben, daß das gewonnene Ergebnis nicht befriedigt, weil es unbillig ist, daß der Enteignete, der gegen die Entsch. der Verwaltungsbehörde den Rechtsweg rechtzeitig beschritten hat, auch selbst wenn er dies ohne Erfolg getan hat, sich das Recht auf Umwertung der in Papiermark festgesetzten Entschädigungssumme erhalten hat (vgl. hierzu RG. 119, 364 = JW. 1928, 507; 123, 44 = JW. 1929, 589), derjenige aber, der den Beschluß nicht angegriffen hat, weil er gegen den ermittelten Wert des enteigneten Grundstücks nichts zu erinnern fand, infolge des Ablaufs der Ausschlußfrist leer ausgeht. Aber eine andere Lösung läßt sich mit Rücksicht auf § 30 EnteigG. nicht gewinnen.“ Es bleibt aber immer bedenklich, wenn ein höchster Gerichtshof eine als offenbar unbillig anerkannte Entsch. hinausgehen läßt. Ohne die selbstverständliche Pflicht zur Gesetzmäßigkeit anzugreifen, wird man es im gegebenen Falle bedauern dürfen, daß der Gerichtshof von dem ihm zustehenden Rechte einer freien Gesetzesauslegung keinen Gebrauch gemacht hat. Die Klage erstrebt nicht eine Änderung des für die Zeit der Besitzeinweisung, d. i. der 1. Aug. 1919, festgestellten Grundstückswertes, sondern Ausgleich des dem Enteigneten durch die Geldentwertung in der Zeit v. 1. Aug. 1919 bis zur Auszahlung entstandenen Nachteils. Das RG. verneinte die Frage, ob dieser Anspruch ein die Entschädigungsfeststellung betreffender i. S. § 30 EnteigG. war. Das will der 7. Sen. des RG. nicht gelten lassen, weil der Anspruch nicht anders zu behandeln sei, wie der Entschädigungsanspruch aus dem EnteigG. überhaupt. Das aber gerade ist der erst zu beweisende Sach. Man muß doch beachten, daß eine Aufwertungsfrage zu beantworten ist, die völlig außerhalb des Rahmens der Verhältnisse liegt, deren Regelung das Gef. v. 11. Juni 1874 beabsichtigt hat und ins Auge faßen konnte. Auch der RegPräs. ist sich beim Erlass des EnteigBeschl. v. 29. Okt. 1919 darüber nicht im klaren gewesen, daß die von ihm nach dem Stande v. 1. Aug. 1919 festgesetzte Entschädigung infolge der fortgeschrittenen Geldentwertung in Wirklichkeit nicht den vollen Wert des enteigneten Grundstücks darstellte. Man kann für die in Betracht kommende Zeit nicht einmal ein offenes, grobes Versehen der Verwaltungsbehörde annehmen, wie in dem RG. 122, 110 = JW. 1929, 112 entschiedenen Falle. Das RG. erklärt sich trotzdem auch hier außerstande, einen — durch verzeihlichen Irrtum der Verwaltungsbehörde hervorgerufenen — Irrtum zu verbessern. Demgegenüber scheint mir nicht nur das bessere Recht, sondern auch die freiere und überlegene „Konstruktion“ in der Entsch. des RG. zu liegen. Und wenn das RG. schließlich die Kl. darauf hingewiesen hat, es sei nicht zu entscheiden gewesen, ob etwa eine Nachforderung im Verwaltungsverfahren zulässig sei, so wird der Partei damit schwerlich geholfen worden sein. Soweit ich sehe, ist gegenüber der Entsch. der Verwaltungsbehörde nach früherer Übung eben nur die Klage aus § 30 EnteigG. gegeben, nicht aber ein ergän-

durch den Entschädigungsfeststellungsbeschl. des RegPräs. die Entschädigung nach dem Werte der Mark v. 1. Aug. 1919 zugesprochen ist, weil der Grundstückswert von diesem Tage der Festsetzung ausgesprochenemmaßen zugrunde gelegt worden ist. Aber tatsächlich ist sie so nicht bemessen, weil die festgesetzten 159 408 *M* nicht mit dem Werte v. 1. Aug. 1919 als festgesetzt zu gelten haben, sondern der *kl.* in Papiermark nach dem Werte zur Zeit der Entschädigungsfeststellung gebilligt worden sind. Der Meinung der *Rev.*, daß der Beschl. in dem ersten Sinne zu verstehen ist, kann nicht beigetreten werden. Denn wenn auch der RegPräs. in dem Entschädigungsfeststellungsbeschl. die Entschädigung für den Wert der enteigneten Flächen am 1. Aug. 1919 festsetzen wollte und auch festzusetzen hatte, so sprach er bei seiner Entsch. doch nicht aus, was an einem früheren Tage (1. Aug. 1919) an die *kl.* zu zahlen war, sondern setzte fest, was jetzt, d. h. zur Zeit der Entschädigungsfeststellung der *kl.* gezahlt werden sollte; dies aber war in dem zu dieser Zeit geltenden Markwertbetrage auszudrücken und ist so auch ausgedrückt (vgl. *RG.* 122, 111¹). Daß etwas anderes gewollt war, ergibt der Entschädigungsfeststellungsbeschl. nicht, ist auch nicht anzunehmen, da die Verwaltungsbehörde ersichtlich unter der damals noch bestehenden Falschvorstellung, daß Mark gleich Mark sei, gestanden hat. Gerade darum kennzeichnet sich die Nachforderung der *kl.* auch als ein Anspruch auf weitere, über die von dem RegPräs. festgesetzte Summe hinausgehende Entschädigung, die an sich im Klagewege zu verfolgen war.

Aber diese Klage mußte innerhalb der Ausschlussfrist von sechs Monaten erhoben werden (§ 30 *PrEnteigG.*). Denn die Frist gilt nicht bloß für den Fall, daß sich der Enteignete mit dem von der Enteignungsbehörde angenommenen Werte des entzogenen Grundstücks nicht zufrieden gibt, sondern auch dann, wenn er die infolge der Nichtberücksichtigung der Geldentwertung unterlaufene Falschberechnung der Entschädigungssumme bemängelt. Das Gegenteil ergibt das Gesetz jedenfalls nicht, denn es spricht nur § 30 a. a. D. ganz allgemein von der Verschreibung des Rechtsweges gegen die Entsch. der Regierung. Die Klage ist aber nicht fristgemäß erhoben.

(U. v. 11. Juni 1929; 557/28 VII. — Berlin.) [Ru.]

**** 15.** *TarSt.* 1, 15 *StempStG.* Versteampelung einer Sicherheitsabtretung mit dem vollen Abtretungstempel. Die Steuerpflicht richtet sich nach dem Inhalt der Urkunde, nicht nach dem Zweck der Vornahme des beurkundeten Rechtsgeschäftes. †)

Die Firma *W. & G.* hat der *kl.* eine Urkunde folgenden Inhalts ausgestellt: „Wir treten Ihnen hierdurch die uns gegen die Firma *R. & S.*, München, aus Warenlieferung v. 1. Mai 1928 zustehende Forderung von 5375,90 *RM* ab. Die Abtretung erfolgt zur Sicherung Ihrer Forderung aus dem uns gewährten Kredit bis zum Höchstbetrage von 5375,90 *RM.*“ Diese Abtretungserklärung hat die *kl.* auf Grund der *TarSt.* 1 des *PrStempStG.* i. d. Fassung v. 27. Okt. 1924 mit 5,50 *RM* versteuert. Sie fordert von dem *Bekl.* den Betrag von 2,50 *RM* zurück, indem sie behauptet, daß eine lediglich zur Sicherung erfolgte Übertragung von Rechten nicht nach *TarSt.* 1, sondern nach *TarSt.* 15 zu verstemeln gewesen sei und sie deshalb nur einen Stempel von 3 *RM* habe zu entrichten brauchen.

zende Entschädigungsfeststellungsverfahren zugelassen (*ZW.* 1896, 278⁵⁰; 1900, 198⁵⁹; Meyer, Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874, 3. Aufl., Anm. 5 zu § 30 a. a. D.). Auf jenem Wege also kann der Rechtsforderung nach Berücksichtigung der völlig veränderten Verhältnisse nicht entsprochen werden.

OLGPräs. Dr. Levin, Braunschweig

¹) *ZW.* 1929, 112.

Zu 15. Der Entsch., die mit der bisherigen Praxis in Einklang steht, ist beizupflichten. Wenn der Stempeltarif die Abtretung von Rechten als Gegenstand der Besteuerung erfassen will (*TarSt.* 1), so wird der Rechtsbegriff der stempelspflichtigen Abtretung nicht dadurch beschränkt, daß die Beurkundung sich nicht auf das abstrakte Rechtsgeschäft der Abtretung beschränkt, sondern deren wirtschaftliche Bedeutung zum Ausdruck bringt und damit das ihr zugrunde liegende obligatorische Geschäft mehr oder minder klar und vollständig andeutet. Insbes. kann nicht davon die Rede sein, daß, wenn in der Abtretungsurkunde als wirt-

Die *kl.* ist vom *LG.* abgewiesen, ihre Sprungrevision zurückgewiesen.

Der Inhalt der Urkunde v. 18. Juni 1928 ergibt zwar, daß es sich um eine Sicherheitsabtretung handelt. Aber damit allein ist nicht entschieden, daß die Sicherheitsabtretung ein Sicherungsgeschäft ist, das nach der *TarSt.* 15 des *PrStempStG.* zu versteuern ist.

Bei einer Abtretung, die zur Sicherung einer Schuldverpflichtung erfolgt, geht nur der wirtschaftliche Zweck auf Sicherung. Entscheidend ist aber der rechtliche Inhalt des Geschäfts, und dieser geht auf die Übertragung des abgetretenen Rechts, wenn auch mit der schuldrechtlichen Pflicht, die abgetretene Forderung nach Tilgung der Schuld auf den Abtretenden wieder zurückzuübertragen. Die Übertragung überträgt solchenfalls zwar mehr, als es die Sicherung erfordert. Aber sie ist als Mittel zu dieser gewährt und darum müssen die Beteiligten für die Versteampelung ihrer Beurkundung auch die Folgen dieser Wahl tragen. Denn nicht nach dem Zweck ihrer Vornahme, sondern nach ihrem Inhalte, und ihm allein ist die Abtretung zu beurteilen. Der Zweck der Abtretung gehört ihrem Inhalt nicht an, weil er lediglich das Schuldgeschäft betrifft und die Abtretung selbst ein abstraktes Geschäft ist (*Wam.* 1916 Nr. 12). Dies übersieht *Wolff*: *BankArch.* 27, 241; 28, 86, worauf schon *Markewitz*: *BankArch.* 28, 14 zutreffend hingewiesen hat. Es verschlägt darum auch nichts, daß in der Abtretungsurkunde ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die Abtretung zur Sicherung einer Forderung erfolgt. Denn da dies den Inhalt der Abtretung nicht berührt, so kann dadurch auch die Anwendung der *TarSt.* 1 nicht ausgeschlossen werden. Es möchte damit beachtenswert sein, die Versteampelung der Urkunde nach *TarSt.* 15 zu erreichen. Aber wenn dies mit dem fraglichen Zusatz nicht zu erreichen war, so blieb es ein Versuch mit untauglichem Mittel. *RG.* 117 398¹) berührt die hier strittige Frage nicht; ebensowenig ist *RFG.* 19, 126 für die hier zu entscheidende Stempelfrage anwendbar.

(U. v. 20. Sept. 1929; 86/29 VII. — *LG.* Berlin.) [Ru.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Alsbach, Berlin.

16. §§ 246, 266 *StGB.* Der Verbrauch von auftragsgemäß für Rechnung eines Vollmachtgebers, aber auf eigenen Namen erworbenen Geldes durch einen Bevollmächtigten stellt keine Unterschlagung, möglicherweise aber eine Untreue dar.

Der Angekl. hatte von dem Güterdirektor *Sp.* Vollmacht erhalten, ihn in einem Tantienestrente mit dem Rittergutsbesitzer *H.* zu vertreten, auch für ihn die Streitsumme einzuziehen. Der Angekl. beendete den Streit durch einen Vergleich, nach welchem *H.* 7000 *M* in Raten, und zwar auf das Konto des Angekl. bei der Bank für Landwirtschaft *AltG.* *B.* zahlen sollte. Der Angekl. sollte dann die Beträge an *Sp.* abführen. *H.* überwies unter anderem 1200 *M* am 20. April 1926 auf das Konto des Angekl., bei der „Intrag“ Industrie-

schaftlicher Zweck der Abtretung die Sicherung einer Forderung abgegeben wird, an die Stelle des Abtretungstempels der Sicherungstempel der *TarSt.* 15 zu treten hat.

Weber die Abtretung von Rechten noch die Übertragung von Sachen gehört zu den Mitteln der Sicherstellung i. S. der *TarSt.* 15, und daraus folgt, daß, wie die zur Sicherstellung einer Forderung erfolgende Abtretung als solche und nicht nach *TarSt.* 15 als Sicherstellung zu versteuern ist, die in Vertragsform erfolgende Sicherungsübertragung eine wirkliche Sachveräußerung ist und daher nicht dem Sicherstellungstempel, sondern nur dem allgemeinen Vertragstempel der *TarSt.* 18 unterliegt. Auch der Kaufstempel der *TarSt.* 7 kommt für die Sicherungsübertragung nicht in Frage, wenn sich die Beurkundung auf die Abrede beschränkt, daß zur Sicherung einer Forderung des Erwerbers an den Veräußerer bewegliche Sachen übertragen werden (*RG.* 83, 50 = *ZW.* 1913, 1048¹⁸; *ZW.* 1900, 680⁵⁸).

Gch. *M.* Dr. E. Heinig, Berlin.

¹) *ZW.* 1927, 2424.

und Treuhand AktG., welchen Betrag der Angekl. abhob und für sich verwandte.

Hierin erblickt das BG. zu Unrecht eine Unterschlagung. Eine solche kann nur an einer fremden Sache begangen werden. Hier aber hatte der Angekl., nachdem der Betrag von S. auf das Bankkonto des Angekl. überwiesen worden war, eine Forderung gegen die Bank. Wenn er den ihm auf Grund der Forderung zustehenden Betrag abhob, so eignete er sich nicht eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zu. Das Urteil war deshalb aufzuheben.

Bei der neuen Verhandlung wird das BG. zu prüfen haben, ob das Verhalten des Angekl. nicht als Untreue anzusehen ist. Wie das RG. (RGSt. 62, 58) ausgeführt hat, kann sich der Bevollmächtigte durch den Verbrauch des auftragsgemäß für Rechnung des Vollmachtgebers auf eigenem Namen erworbenen Geldes der Untreue schuldig machen. Das RG. erkennt in solchem Falle einen Individualanspruch des Auftraggebers an, der ein selbständiges Vermögensstück ist, an welchem eine Untreue begangen werden kann. Einen solchen Individualanspruch scheint das BG. selbst anzunehmen,

Zu 1. A. Anm. Sobernheim, ebenda.

B. Der den Beschluß beeinflussende Rechtsirrtum ist von so grundsätzlicher Bedeutung, daß die Kritik Sobernheims noch in folgendem ergänzt sei.

I. Nach dem im Text nicht voll abgedruckten Tatbestande der Entsch. hatte der ursprüngliche persönliche Schuldner einer Restkaufgeldhypothek das Kaufgrundstück im Laufe des Jahres 1922 an eine AktG. gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft weiterveräußert. Die Restkaufgeldhypothek war im Kaufvertrage nicht übernommen. Es darf unterstellt werden, daß im Zeitpunkte der Weiterveräußerung die Hypothek bereits gelöscht war oder jedenfalls die Lösungsunterlagen vorlagen.

Der Gläubiger der Hypothek begehrt nunmehr Aufwertung des Restkaufgeldes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das RG. führt zutreffend aus, daß bei der Höhe der Aufwertung das Bestehen des Ausgleichsanspruchs gegen die gegenwärtige Eigentümerin zu berücksichtigen sei, bemerkt jedoch hierbei, daß die Rechtslage so zu beurteilen sei, als wenn der letzte Erwerber von vornherein dem Gläubiger als Schuldner gegenüberstände; der Gläubiger müsse gewissermaßen so gestellt werden, als ob ihm durch kumulative Schuldübernahme zwei Schuldner gegenüberständen.

II. Diesen Ausführungen des RG. kann nicht beigezweifelt werden. Das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs hat sich für solche Fälle durchgesetzt, wo der gegenwärtige Grundstückseigentümer weder dinglich noch persönlich für die Hypothek verhaftet ist, wo man einerseits dem Veräußerer des Grundstücks, auf dem die persönliche Schuld haften geblieben war, nicht zumuten kann, in nemenswertem Umfange aufzuwerten, wo man andererseits den Hypothekengläubiger nicht völlig leer ausgehen lassen will. Hier schuf die Rspr. die Möglichkeit eines Ausgleichs, indem sie nach Treu und Glauben dem Veräußerer und persönlichen Schuldner einen Ausgleichsanspruch gewährte, der bei der Aufwertung zugunsten des Gläubigers mitberücksichtigt werden durfte. Dieser Ausgleichsanspruch muß aber, worüber nach der Rechtssprechung des RG. kein Zweifel besteht, nach Maßgabe des Charakters des Geschäftes zwischen den Kaufvertragsparteien beurteilt werden. So hat das RG. ständig betont, daß insbes. bei Rechtsgeschäften spekulativer Art ein Ausgleichsanspruch überhaupt nicht in Betracht kommt.

Im gegenwärtigen Falle handelt es sich nun um den Austausch eines Grundstücks gegen Aktien. In der Entsch. des RG. wird dieser Tatsache auch nicht mit einem Worte gedacht, obgleich es doch von der allergrößten Bedeutung ist, ob ein Grundstück gegen Papiermark veräußert wird, oder ob ein Grundstücksveräußerer den einen Sachbesitz mit einem anderen Sachbesitz vertauscht. In der Regel wird davon auszugehen sein, daß vollends bei einer Veräußerung i. J. 1922 dem Erwerb derartiger Aktien ein stark spekulativer Charakter innewohnt, so daß schon dieser Umstand bei der Beurteilung des Rechtsstreits hätte berücksichtigt werden müssen.

Es kann aber auch in keiner Weise anerkannt werden, daß das Rechtsinstitut des Ausgleichsanspruchs dazu führen könnte, daß nunmehr der Schuldner der Ausgleichsverpflichtung so angesehen werden könnte, als wenn er der persönliche Schuldner selbst sei. Die Rechtslage liegt hier durchaus anders als bei einer vertraglichen Schuldübernahme. Bei der vertraglichen Schuldübernahme tritt der neue Schuldner allerdings in die Rechtsstellung des alten ein. Der Ausgleichsanspruch gem. § 242 BGB. ist aber gerade für den Fall geschaffen, daß

wenn es sagt, S. ließ die einzelnen Beträge auf das Konto des Angekl. nur mit dem Willen und der Absicht überweisen, daß sie für Sp. bestimmt waren.

(2. Sen. v. 13. Juni 1929; 2 D 490/29.)

[A.]

Gutachten des Kammergerichts.

Siehe unten Anhang S. 3346.

Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates.

I. § 10 Abs. 1 Ziff. 5 AufwG.; § 329 BGB. Bei der Aufwertung einer Kaufgeldforderung gegen den vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner, dem ein Schuldbefreiungsanspruch gegen den Eigentümer zusteht, ist auch auf die Lage des Eigentümers Rücksicht zu nehmen, und zwar in der Weise, als ob auch er dem Aufwertungsgläubiger als Schuldner gegenüberstände. †)

(RG., 9. Zivilsen., Beschl. v. 20. Juni 1929, 9 Aw 4228/28.)

[RGK. Dr. Cohn-Halberstam.]

Abgedr. JW. 1929, 2531.

eine vertragliche Schuldübernahme nicht vorliegt. Der Käufer erwirbt das Grundstück in dem Glauben, daß er für persönliche Schuldverpflichtungen dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht einzustehen habe. Die Hypothek ist in der Regel der Fälle gelöscht, oder sie wird auf Grund des Kaufvertrages zur Löschung gebracht. Dieser Teil des Vertragsinhalts ist ein wesentlich zu berücksichtigender Umstand. Ist die Hypothek im unmittelbaren Zusammenhange mit dem Kaufvertrage zur Löschung gebracht, so mag dieser Fall eine besondere Beurteilung rechtfertigen, wie es ja auch gem. § 14 AufwG. geschehen ist. Wird aber der Ausgleichsanspruch in einem Falle gewährt, wo ohne Zusammenhang mit dem Kaufvertrage die Hypothek schon vorher gelöscht ist, so muß der Umstand, daß der Erwerber geglaubt hat, ein hypothekenfreies Grundstück zu erwerben, nach Treu und Glauben berücksichtigt werden. Es ist durchaus unbillig, grundsätzlich jemand, der darauf vertraut hat, ein hypothekenfreies Grundstück zu erwerben, genau so zu behandeln, als wenn er die Hypothek übernommen hätte.

III. Ganz besonders starke Bedenken müssen, worauf auch bereits Sobernheim hingewiesen hat, dagegen erhoben werden, daß das RG. die Verhältnisse so beurteilt wissen will, als wenn geiffermaßen eine kumulative Schuldübernahme vorläge.

Man vergegenwärtige sich, daß bei der Zubilligung des auf der Rspr. beruhenden Ausgleichsanspruchs noch nicht einmal die private Schuldübernahme von den Parteien vereinbart war, sondern daß der ausnahmsweise Behelf des Ausgleichsanspruchs gerade dann erst Bedeutung gewinnt, wenn es an einer solchen privaten Schuldübernahme fehlt. Jetzt soll der Ausgleichsanspruch dazu führen, daß dem Gläubiger Rechte zugestanden werden, die über die Grenzen einer privaten Schuldübernahme noch hinausgehen!

IV. Zusammenfassend ist daher zu betonen, daß entsprechend feststehender Rspr. bei der Höhe der Aufwertung gegenüber dem persönlichen Schuldner der Rechtsbestand des Ausgleichsanspruchs zu berücksichtigen ist. Der Umfang des Ausgleichsanspruchs ist jedoch abhängig von dem Wesen des Veräußerungsgeschäftes selbst. Nach dem Charakter dieses Geschäftes ist zu beurteilen, ob überhaupt dem Erwerber eine Ausgleichsverpflichtung zumuten ist und inwieweit zu seinen Gunsten der Umstand berücksichtigt werden kann, daß er auf den schuldenfreien Erwerb vertraut hat. Der Ausgleichsverpflichtete steht aber nicht dem ursprünglichen persönlichen Schuldner gleich. Von einer „geiffermaßen kumulativen Verpflichtung“ beider Passivbeteiligten kann nicht gesprochen werden.

RM. Dr. Hans Friß Abraham, Berlin.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Im Grundbuche kann nicht vermerkt werden, daß eine gelöschte Post wegen nicht erfolgter Aufwertungsanmeldung nicht aufwertbar ist. †)

Die G. B. D. und die dazu erlassenen Ausführungsvorschriften enthalten keine Bestimmung, die als gesetzliche Grundlage für die Eintragung eines Vermerks zu dienen vermöchte, daß die im April 1923 eingetragene Löschung der Post Nr. 1 eine endgültige sei, oder für die Eintragung eines sonstigen Vermerks, aus dem sich ergeben würde, daß ein Wiederaufleben der Post infolge der Aufwertungs-gesetzgebung ausgeschlossen ist. Auch die Bestimmungen der Aufw. G. bieten, für einen Fall von der Art des vorl., eine solche Grundlage nicht. Die Aufwertungs-gesetzgebung ermöglicht allerdings durch die Vorschrift des § 2 Durchf. B. D. v. 12. Sept. 1927 (RGBl. I, 299) die Eintragung eines Lösungsvermerks, der, insbes. wenn er sich auf in der Inflationszeit gelöschte Hypotheken bezieht, jedenfalls der Sache nach die Feststellung des endgültigen Erlöscheins der betr. Rechte bedeutet (vgl. RG. 1 X 33/28, 178/28 und 187/28; Aufw. Rpr. 1928, 372 und 514; Höchst. Rpr. 1928 Nr. 1415, 1487). Der im § 2 geregelte Fall ist jedoch wesentlich anders gelagert als der hier in Rede stehende. Nach jener Vorschrift kann, wenn der Eigentümer eine aufgewertete Hypothek aufgibt, die er infolge eines Verzichts des Gläubigers (§ 1168 Abs. 1 BGB.) erworben hat, die Löschung des Rechts erfolgen, ohne daß der Erwerb durch den Eigentümer, oder der Aufwertungsbeitrag zuvor eingetragen zu werden braucht; nach der angezogenen Rechtspredung ist die Bestimmung gerade auch auf gelöschte Hypotheken anwendbar. Sie bezieht sich aber nur auf aufgewertete Hypotheken. Hier steht eine solche infolge der Unterlassung der Anmeldung nicht in Frage. Wenn § 2 den Nachweis des Aufwerteteins des zu löschenden Rechts für entbehrlich erklärt, so ist hier doch die Nichtaufwertbarkeit festgestellt. Von einem Verzicht des Gläubigers, für den es auch an einem Gegen-

stande fehlen würde, ist vorl. nicht die Rede, ebensowenig von der Aufgabe eines durch den Verzicht erworbenen Rechts seitens des Eigentümers. Die Vorschrift des § 2 kann also auf den vorl. Fall keine Anwendung finden. Die Eintragung eines Vermerks der beantragten Art kann danach in diesem Falle nicht für zulässig erachtet werden.

Der Beschw. verweist zur Begründung seines Verlangens auf die Rechtspredung des Senats, wonach, wenn in einem Hypothekenbriefe gem. B. D. v. 18. Juni 1926 ein Vermerk über das Vorhandensein gelöschter, jedoch möglicherweise aufgewerteter Rechte aufgenommen ist, die im Falle der Aufwertung dem verbrieften Rechte vorgehen würden, dieser Vermerk durch einen Zusatzvermerk zu ergänzen ist, falls sich später herausstellt, daß eine Aufwertung, z. B. infolge Unterlassung der Anmeldung, nicht Platz greift (vgl. RG. 1 X 939/26; Jur. Wochenschr. 1927 Nr. 716 und 1 X 781/28); der Zusatz soll dahin gehen, daß infolge der Nichtanmeldung von Aufwertungsansprüchen eine Wiedereintragung der betreffenden Hypotheken nicht stattfindet. Wenn aber angeführt wird, daß der gem. der B. D. v. 18. Juni 1926 in den Brief aufgenommene Vermerk sich nachträglich als unrichtig herausstellt, die Aufnahme eines derartigen Zusatzvermerks in den Brief für erforderlich und bei entsprechender Anwendung der im § 57 G. B. D. über die Ergänzung des Briefinhalts gegebenen Bestimmung für rechtlich möglich erklärt ist, so ist daraus doch nicht zu folgern, daß ein ähnlicher Vermerk auch in das Grundbuch aufgenommen werden darf, das einen der Rechtslage entsprechenden Lösungsvermerk bereits enthält. In 1 X 781/28 ist die Notwendigkeit des in den Brief aufzunehmenden Zusatzvermerks im Gegenteil gerade auch daraus hergeleitet, daß der endgültige Untergang des betreffenden Rechts im Buche nicht zur Erscheinung gebracht werden kann. Es wird auch nicht, wie der Beschw. meint, eine Nichtübereinstimmung des Inhalts von Grundbuch und Brief erzielt, wenn der Brief, nicht aber das Grundbuch, den Vermerk über das Nichtfinden der Aufwertung enthält. Vielmehr wird umgekehrt durch den Zusatzvermerk im Briefe die Übereinstimmung zwischen beiden wiederhergestellt, die durch den Vermerk gem. der B. D. v. 18. Juni

Zu 1. Nach Art. 2 B. D. zur weiteren Erleichterung des Grundbuchverkehrs in Aufwertungssachen v. 18. Juni 1926 (RGBl. I, 273) ist in dem bei der Eintragung einer Hypothek zu erteilenden Hypothekenbriefe, sofern das Grundbuch gelöschte Rechte aufweist, die möglicherweise kraft Rückwirkung aufwertungs-fähig und im Falle der Wiedereintragung mit dem Range vor der neuen Hypothek oder mit gleichem Range einzutragen sind, ein Vermerk hierüber aufzunehmen. In dem Vermerk ist der Zeitpunkt der Löschung anzugeben und auf die Möglichkeit einer Wiedereintragung des gelöschten Rechtes mit dem Range vor der neuen Hypothek oder mit gleichem Range hinzuweisen. — Für den Gläubiger, der einen mit solchen Vermerken behafteten Hypothekenbrief in den Verkehr bringen will, bedeutet diese Vorschrift eine Erschwerung. Nicht nur Kreditinstitute, die an Belastungsgrenzen gebunden sind, werden sich hüten, eine Hypothek mit derartig unsicherem Range ohne weiteres zu erwerben. Der Gläubiger muß sich zunächst Bescheinigungen der Aufwertungsstelle gem. Art. 126 Durchf. B. D. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. 409) geben lassen, daß die auf dem Hypothekenbriefe als gelöscht, aber möglicherweise aufwertungs-fähig aufgeführten Rechte überhaupt nicht zur Aufwertung angemeldet worden sind und daher als vorgehende Posten gar nicht in Betracht kommen. Nun kann er die Hypothek Kauflustigen anbieten, indem er ihnen den Brief und manchmal ein ganzes Bündel von solchen Negativattesten der Aufwertungsstelle vorlegt. Es fehlt eine erleichternde Vorschrift, daß die Vermerke über möglicherweise aufwertungs-fähige Posten auf den Grundpandbriefen nachträglich wieder beseitigt werden können, obwohl durch Bescheinigungen der Aufwertungsstelle die unterlassene Aufwertungsanmeldung zu diesen Posten und damit der endgültige Wegfall festgestellt ist. Diese Gesetzeslücke ist durch die RG. Entsch. v. 27. Jan. 1927, 1 X 936/26; Jur. Wochenschr. 1927 Nr. 716 ausgefüllt worden. Sind im Hypothekenbriefe gelöschte, aber aufwertungs-fähige Rechte als im Falle der Wiedereintragung im Range vorgehend aufgeführt, so ist auch auf Antrag ein berichtigender Zusatzvermerk in den Brief aufzunehmen, wenn nachträglich offenkundig oder durch eine Bescheinigung der Aufwertungsstelle nachgewiesen wird, daß die gelöschte Hypothek wegen Nichtanmeldung nicht aufgewertet wird. Alle Beteiligten haben diese in ihrer außerordentlich praktischen Tragweite den Grundbuchverkehr wirklich erleichternde Entsch. des RG. dankbar begrüßt. Ein so berichtigter Hypothekenbrief wird seinem wahren Zweck wieder zugeführt, nämlich die grundbuchlichen Verhältnisse einschließlich des Ranges und des Umfangs der Vorbelastungen zweifelsfrei kundzugeben und die Einsichtnahme des Grundbuches und der Negativbescheinigungen der Aufwertungsstelle entbehrlich zu machen.

Der Beschl. des RG. v. 10. April 1929 behandelt die Frage, ob im Grundbuch selbst verkaufter gemacht werden kann, daß eine gelöschte Post infolge nichtstattgefundener Aufwertungsanmeldung überhaupt nicht aufwertbar ist, und kommt zu einem verneinenden Ergebnis, da G. B. D. und Aufw. G. und alle dazu erlassenen Ausführungsvorschriften eine gesetzliche Grundlage dafür nicht bieten. Gegen die Begründung ist m. E. rein juristisch nicht das geringste einzuwenden. Zutreffend führt das RG. aus, daß § 2 Durchf. B. D. v. 12. Sept.

1927 (RGBl. 299) keine Anwendung finden kann, um im Grundbuch zu vermerken, daß ein Wiederaufleben einer gelöschten Papiermarkpost infolge nichtgechehener Aufwertungsanmeldung ausgeschlossen ist. Nach der in Rechtspredung und Schrifttum einhellig vertretenen Ansicht setzt § 2 voraus, daß eine kraft Vorbehalts oder Rückwirkung aufwertungs-fähige Post infolge rechtzeitiger Aufwertungsanmeldung zu neuem Leben erwacht ist und dann später irgendwie ihre endgültige Erledigung gefunden hat. Über die Auslegung des verworrenen § 2 vgl. JW. 1927, 2897, 2898; 1928, 147, 148, 1334, 2869, 2870; 1929, 1939; RG.: JW. V, 2, 3; Aufw. Rpr. 1928, 372 ff., 514 ff. Das RG. bezeichnet es zwecks Erzielung einer völligen Klarheit des Grundbuchinhalts als wünschenswert, daß ein Vermerk über endgültige Erledigung nicht rechtzeitig zur Aufwertung angemeldeter Posten im Grundbuch eingetragen wird. M. E. ist es tatsächlich unbedingt erforderlich und im Zeitalter der Rationalisierung ein brennender Wunsch. In der Praxis erlebt man häufig genug den reinen Leerlauf. Immer wieder von neuem muß die Aufwertungsstelle auf Antrag von Kreditgebern, die sich über die Belastung des Grundstückes vergewissern wollen, durch zeitraubende Prüfungen in den Namensverzeichnissen ermitteln und Bescheinigungen darüber ausstellen, daß in der Rückwirkungszeit gelöschte Hypotheken nicht zur Aufwertung angemeldet sind. Die sich des öfteren wiederholende Tätigkeit ist nur deswegen erforderlich, weil eine allgemeine Verfügung fehlt, die es gestattet, im Grundbuch erkennbar zu machen, daß ein Aktrecht infolge unterlassener Aufwertungsanmeldung vollständig erledigt ist. Die gesetzliche Grundlage für eine Allgemeine Vereinfachungsvorschrift ist auch im § 20 Gef. v. 9. Juli 1927 (RGBl. 171, 174) vorhanden. Man halte nicht entgegen, daß eine solche Erleichterung des Grundbuchverkehrs jetzt nicht mehr nötig sei, weil nach dem Entwurf zu einem Aufwertungs-schlusgesetz Anträge auf Aufwertungseintragung gelöschter Hypotheken zu der aus dem Aufw. G. sich ergebenden Rangstelle nur bis zum 31. März 1930 gestellt werden dürfen und daß § 22 II Aufw. G. am 1. Okt. 1930 außer Kraft treten soll. Der Entwurf enthält nur eine Auschlussfrist für die Antragstellung. Die restlose Erledigung der bis dahin gestellten Anträge wird eine längere Übergangszeit erheischen. Für die Gegenwart ist die aus dem Grundbuch sich ergebende Unsicherheit, ob bei vielen gelöschten Hypotheken, bei manchen von einem Gläubiger auf den anderen oder auf den Eigentümer umgeschriebenen Grundpandrecht mit rückwirkender Aufwertung noch gerechnet werden muß, obwohl durch Negativbescheinigungen der Aufwertungsstelle die Nichtaufwertbarkeit längst festgestellt, überaus störend und für den Kreditverkehr untragbar. Mit dem Wesen des Grundbuches ist ganz unvereinbar, daß daneben noch ein „zweites Grundbuch“ besteht, nämlich die Verzeichnisse der Aufwertungsstelle, die jeder einsehen muß, um sich über den Inhalt des eigentlichen Grundbuches zu vergewissern. Wie der Grundbuchrichter ein für allemal dem rechtssuchenden Publikum helfen kann, habe ich in JW. 1929, 1936 (2. Halbpalte) zu zeigen versucht. Eine Dauerlösung kann nur eine Allgemeine Verfügung bringen. Zurück zu klaren Grundbüchern, ohne daß es einer Rätselflösung und der Umwege zu den Aufwertungsstellen bedarf!

1926 beeinträchtigt war, indem jetzt Grundbuch und Brief das Recht als erloschen bezeichnen. Vorliegend würde im übrigen, wovon schon der Beschl. v. 20. Dez. 1928, 1 X 781/28 ausging, ein die Post Nr. 1 betreffender Vermerk i. S. B. D. v. 1926 in den über die Sparkassen-Grundschuld bei Eintragung der Grundschuld erteilten Brief nicht haben aufgenommen werden dürfen, da bereits die Nichtaufwertbarkeit jener Post auch für das G. B. feststand; solcher Vermerk ist auch tatsächlich in den Brief aufgenommen.

Die Eintragung eines Vermerks der vom Beschl. begehrten Art erscheint schließlich, wenn sie auch zur Erzielung einer völligen Klarheit des Grundbuchinhalts bis zur Wiederaufhebung der Vorschrift des § 22 Abs. 2 Aufw. G. wünschenswert sein mag, doch aus dem Grunde nicht notwendig, weil die Nichtaufwertbarkeit der gelöschten Post jederzeit durch die von der Aufwertungsstelle ausgesetzte Bescheinigung der Nichtanmeldung darzulegen werden kann.

(RG., 1. Ziv. Sen., Beschl. v. 6. Juni 1929.)

Rechtsentscheide in Miet- und Pacht Sachen.

Bericht von Kammergerichtsräten Dahmann u. Dr. Günther, Berlin.

I. § 2 RMietG. Die RG. v. 8. Mai 1924, 17 Y 19/24, und v. 3. Okt. 1927, 17 Y 62/27 betreffend die Bedeutung eines Hausgartens für die Friedensmiete, werden aufrechterhalten. ¹⁾

Der Mieter hat von der Vermieterin vor dem 1. Juli 1914 eine Wohnung mit Mitbenutzung des im Garten gelegenen Spielplatzes gemietet. Den Antrag der Vermieterin auf Festsetzung der Friedensmiete hat das M. G. zurückgewiesen. Auf die Rechtsbeschwerde der Vermieterin will die Beschwerdestelle von den RG., betreffend die Bedeutung eines Hausgartens für die Friedensmiete, für den Fall, daß ein so enger Zusammenhang zwischen der Raumnutzung und der Gartennutzung besteht, daß letztere losgelöst von der Raumnutzung überhaupt keinen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzt, abweichen. Die Beschwerdestelle geht dabei aber davon aus, daß im Zusammenhang mit der Raumnutzung der Gartennutzung möglicherweise ein Mietwert zukomme. Die Voraussetzungen des RG. sind daher gegeben.

Die Bedenken der Beschwerdestelle können nicht geteilt werden. Im RG. v. 8. Mai 1924, 17 Y 19/24 (ZfG. ErgBd. 2, 52; ZW.

Zu 1. Das RG. wendet seine Rspr. über die Notwendigkeit der Festsetzung der Friedensmiete für eine am 1. Juli 1914 mit Garten vermietete Wohnung vorliegend in einem Falle an, in welchem nicht ein Garten, sondern ein im Garten gelegener Spielplatz mit der Wohnung vermietet war. Der Beschluß läßt nicht erkennen, ob die vom RG. für Hausgärten aufgestellten Grundätze hier nur deshalb angewendet werden, weil der Spielplatz in einem Garten lag, ob es also diese Grundätze auch dann angewandt hätte, wenn ein außerhalb eines Gartens gelegener Spielplatz oder ein Spielplatz an einem Hause, welches überhaupt keinen Garten besitzt, in Frage stehen würde. Diese Übertragung der Gartengrundätze auf einen Spielplatz hätte einer Begründung bedurft; dies um so mehr, als nach dem Schlußabsatz es den Anschein hat, als wolle das RG. einen Unterschied in der Behandlung machen, je nachdem der Garten einen eigenen Mietwert hatte oder nicht. Bei einem kleinen Spielplatz wird ein eigener Mietwert kaum jemals vorliegen, und es ist auch aus der obigen Entsch. nicht zu entnehmen, daß in dem streitigen Falle ausnahmsweise der Spielplatz einen eigenen Mietwert gehabt hätte. Es scheint jedoch, als ob das RG. die Unterscheidung, ob der Garten einen eigenen Mietwert hatte oder nicht, gar nicht für grundlegend und bedeutungsvoll hält. Denn der inzwischen ergangene Beschluß v. 16. Febr. 1929 (17 Y 6/29) hält den RG. 17 Y 83/26 (ZW. 1927, 591) aufrecht, in welchem ohne Unterschied ausgeführt war, daß Gegenstand der Ermittlung der Friedensmiete allein der Mietzins für die Räume sei, und daß daher die Friedensmiete für die Räume festgesetzt und nicht festgestellt werden müsse, weil ein Mietzins für die Räume allein am 1. Juli 1914 nicht vereinbart gewesen sei. In folgerichtiger Ausbau dieses Satzes spricht das RG. in dem neuen RG. aus, daß für eine am 1. Juli 1914 mit Garten zusammen vermietete Wohnung die Friedensmiete nicht festzusetzen, sondern der ortsübliche Mietzins festzusetzen sei, und zwar selbst dann, wenn er höher als der damals vereinbarte Mietzins ist.

Die Rspr. des RG. steht im Gegensatz zu der des BayObLG. (ZW. 1928, 2561) und des OLG. Rostock (GA. S. 462) und wird auch von der Literatur vorwiegend abgelehnt; vgl. Hertel, I, 80, 123; II, 198 ff.; Ebcl., § 1 RMietG. Anm. 2; ZW. 1924, 1919; Ruth S. 91 und ZW. 1926, 602 Anm. 3 A.; Schloßmann ebenda S. 603 B.; Regent: GA. 1924, 316; Krieg: MietGer. 1926, 80; Bahmann ebenda S. 98. Auch die Tatsache, daß die LG. als Beschwerdestellen das RG. immer wieder um Nachprüfung angehen, zeigt, daß sie sich mit diesen RG. nicht befreunden können. Durch § 4 Abs. 2 MietSchG. ist jetzt klargestellt, daß der

1924, 2005; ZfG. 1924, 744; ZG. 1924, 475; DZG. 43, 246; GA. 1924, 316; PrVerwBl. 45, 405; GrundE. 1924, 570; Hertel, Mieterschutz Nr. 16), ist ausgesprochen, daß, wenn der Mietvertrag Gebäude oder Gebäudeteile und einen Garten umfaßt, das M. G. die Friedensmiete nur für das Gebäude oder die Gebäudeteile, nicht aber auch für den Garten festsetzen kann. Dieser RG. ist durch die RG. v. 12. Jan. 1925 und 19. Nov. 1926, 17 Y 104/24 und 17 Y 83/26 (ZW. 1927, 59), aufrechterhalten worden. Im RG. v. 3. Okt. 1927, 17 Y 62/27 (ZfG. ErgBd. 7, 110; ZW. 1928, 730; JurRdsch. 1927 Nr. 2018; GA. 1927, 608; MietG. 1927, 134; Mieterbeifiger 1927, 19; PrVerwBl. 49, 465; Hertel, Mieterschutz Heft 13 Nr. 361), ist sodann (zu 2) weiter ausgesprochen: Waren am 1. Juli 1914 zusammen mit Gebäuden oder Gebäudeteilen ein Garten oder Einrichtungsgegenstände vermietet, so ist die Friedensmiete für die Gebäude oder Gebäudeteile auch dann nicht festzusetzen, sondern festzusetzen, wenn der Mietwert des Gartens oder der Einrichtungsgegenstände verhältnismäßig gering ist. Eine erneute Nachprüfung dieser Rechtsätze führt wiederum zu ihrer Aufrechterhaltung.

Der Grund für diese Rechtsauffassung ist der, daß das RMietG. sich nur auf die Vermietung von Gebäuden und Gebäudeteilen bezieht und daß deshalb auch die Friedensmiete den Vertragsgegenstand nur insoweit betrifft, als er aus Gebäuden oder Gebäudeteilen besteht. Das BayObLG. glaubt zwar in dem RG. v. 21. Jan. 1928 (Hertel, Mieterschutz Heft 14 Nr. B 23¹⁾) in Übereinstimmung mit Ebcl., ZW. 1924, 1920, den § 1 RMietG. dahin auslegen zu können, daß nur unbebaute Plätze als solche nicht der Regelung des RMietG. unterstehen sollen, daß diese Ausnahme aber nicht für Plätze gelte, die einheitlich mit Gebäudeteilen vermietet seien. Diese Auslegung findet aber weder in der Entstehungsgeschichte noch im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze. Letzteres ist um so beachtlicher, als das MietSchG. bei der Änderung v. 29. Juni 1926 den Hausgarten in die gesetzliche Regelung einbezogen hat, beim RMietG. insoweit aber eine Änderung unterblieben ist, obwohl die Rspr. des RG. in dieser Frage hinreichend bekannt war. Daß die Unterwerfung des einheitlichen Mietverhältnisses unter zwei Mietbildungsfaktoren zu Unbilligkeiten führe und daß, wie das BayObLG. in dem angeführten RG. ausführt, der Zweck des Gesetzes, unangemessene Mietsteigerungen zu verhindern, vereitelt würde, wenn man den zur Benutzung des Gebäudes zum Vertragszweck unentbehrlichen Hof oder Garten gesondert behandeln und die Steigerung der Miete für letzteren zulassen würde, trifft nicht zu. Denn die Unnehmlichkeit

Reichsgesetzgeber den Hausgarten als „einen Teil des Mietraumes“ ansieht. Dies entspricht jedenfalls auch bei Zier-, Luxus-, Erholungs- und Spielgärten der Verkehrsauffassung und dem Vertragswillen der Beteiligten, der sich in einem einheitlichen Mietvertrage äußert. Wenn das RMietG. von „Gebäuden oder Gebäudeteilen“ spricht, so will es damit nur die reine Platzmiete aus seinem Geltungsgebiet ausscheiden; es liegt aber nichts dafür vor, daß es die mit Wohnungen zusammen vermieteten Gärten, die der Wohnung gegenüber nur eine Nebensache bilden, von der Zwangswirtschaft ausnehmen wollte. Die Terminologie im RMietG. ist, wie in den meisten Nachkriegsgesetzen, nicht streng durchdacht. So findet sich gerade in § 2 RMietG. mehrfach der Ausdruck „Räume“, z. B. hat der Vermieter dem Mieter auf Verlangen den Mietvertrag „über die Räume“, aus dem die Höhe der Friedensmiete hervorgeht, vorzulegen. Es läßt sich kaum ein Fall vorstellen, in welchem ein Mietvertrag über eine Wohnung nicht zugleich nebensächlich die Befugnis zur Mitbenutzung eines vom Gebäude nicht bedeckten Teils des Grundstücks mitumfaßt. Das Recht des Mieters zur Mitbenutzung des Hofes, sei es als Durchgang zur Treppe, sei es zum Teppichklopfen, Wäscheaufhängen, Müllablegen u. dgl. ist etwas Selbstverständliches. Da auch der Hof weder ein Gebäude noch ein Gebäudeteil ist, so würde es bei der wortgemäßen Auslegung des RG. kaum einen einzigen Fall geben, in welchem die vereinbarte Friedensmiete lediglich festzustellen und der jetzigen Mietberechnung zugrunde zu legen wäre. Dies liegt zweifellos nicht in der Absicht des Gesetzes. Selbst bei zweifelhafter Ausdrucksweise des Gesetzes verdient diejenige Auslegung den Vorzug, welche zur Vereinfachung der Rechtsbeziehungen und zur Stärkung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens beiträgt. Die buchstäbliche Auslegung veranlaßt geradezu die Mietparteien, trotz unveränderten Mietobjekts und trotz feststehender Friedensmiete sich zu bekämpfen und den behördlichen Apparat zu belasten.

Daraus, daß der Gesetzgeber den Wortlaut des RMietG. nicht geändert hat, lassen sich Folgerungen weder nach der einen noch nach der anderen Richtung ziehen, solange nicht authentisch erwiesen werden kann, daß dies absichtlich zur Herbeiführung einer verschiedenen Behandlung geschehen sei. Solange dies nicht erwiesen werden kann, ist eine Gesetzesauslegung vorzuziehen, die dem Gesetzgeber keine Inkonsistenz vorzuwerfen braucht.

Das WohnmangG. scheidet hierbei aus, weil es nur die Zanspruchnahme oder Beschlagnahme von Wohnraum, nicht die Aufrechterhal-

1) ZW. 1928, 2561¹⁾.

der Benutzung oder Mitbenutzung des Gartens ist bei der Wohnungsmiete werterhöhend zu berücksichtigen, und die Gegenleistung für die Gartenbenutzung erschöpft sich in dieser Berücksichtigung, wenn der Gartenbenutzung auch im Zusammenhange mit der Raumnutzung kein eigener Mietwert zukommt. Kommt der Gartenbenutzung aber ein eigener Mietwert zu, sei er auch im Verhältnis zur Raumnutzung gering, so hindert die Unkündbarkeit des einheitlichen Vertrages die willkürliche Bestimmung des Mietzinses für den Garten. Sollte aber eine Festschreibung des Gartens zulässig sein, so würde auch die Festschreibung einer einheitlichen Friedensmiete nicht die Lösung des Vertrages und den Abschluß je eines Vertrages über die Räume und über den Garten hindern.

Kann aber die Friedensmiete nur für Gebäude und Gebäudeteile ermittelt werden, so folgt hieraus zwingend, daß bei einheitlicher Vermietung von Räumen und Garten, mindestens wenn letzterem am 1. Juli 1914 ein eigener Mietwert zukam, die Friedensmiete nicht festzusetzen, sondern festzusetzen ist, da die Einheitlichkeit des Mietverhältnisses und des Mietzinses ohne weiteres das Bestehen eines gerade für die Räume vereinbarten und daher nach § 2 Abs. 1 RMietG. als Friedensmiete geltenden Mietzinses ausschließt.

Die genannten RE. sind daher aufrechtzuerhalten.

(RG., 17. Zivilsen., RE. v. 22. Dez. 1928, 17 Y 91/28.) [D.]

*

2. § 2 RMietG. Als Friedensmiete für eine Wohnung, die am 1. Juli 1914 zusammen mit einem Garten vermietet war, ist der ortsübliche Mietzins festzusetzen, auch wenn er höher ist als der Mietzins, der am 1. Juli 1914 für die Wohnung mit Garten vereinbart war.

Im RE. v. 19. Nov. 1926, 17 Y 83/26 (JZG. ErgBd. 6, 78; JW. 1927, 591; JurAbh. 1927 Nr. 375; DRG. 46, 126; EA. 1926, 523; MietGer. 1926, 141; DWohnArch. 1927, 28; MieterMittBl. 1927, 20; Hertel, Mieterschutz Nr. 293) ist zu 2 ausgesprochen: War am 1. Juli 1914 zusammen mit Gebäuden oder Gebäudeteilen ein Garten vermietet, so ist die Friedensmiete für die Gebäude oder Gebäudeteile nicht festzustellen, sondern festzusetzen. Zur Begründung ist ausgeführt, daß der Gegenstand der Ermittlung der Friedensmiete der Mietzins für die Räume allein ist und daß die Festsetzung der Friedensmiete deshalb erfolgen muß, weil ein Mietzins für die Räume allein am 1. Juli 1914 nicht vereinbart war. Dies verkennt die Beschwerdestelle auch nicht, sie glaubt nur, daß dem Umstand, daß für Räume mit Garten am 1. Juli 1914 ein Gesamtmietzins vereinbart war, insofern Bedeutung zukommt, als dieser Gesamtmietzins die Höchstgrenze des als Friedensmiete festzusetzenden ortsüblichen Mietzinses für die Räume allein bilden müsse. Dies trifft nicht zu. Das RMietG. unterscheidet grundsätzlich zwischen der Feststellung und der Festsetzung der Friedensmiete (§ 2 Abs. 3 u. 4 RMietG.). Die Festsetzung der Friedensmiete kann stets nur zur Geltung des ortsüblichen Mietzinses führen. Ist aber ein Grund zur Festsetzung der

tung des bisherigen Zustandes (MietSchG.) oder die Vergleichung mit dem bisherigen Zustande (RMietG.) bezweckt.

Die Zergliederung eines einheitlichen Mietvertrages und die Zerlegung des Vertragsgegenstandes in einzelne Bestandteile entspricht nicht dem Rechtsempfinden und sollte ohne zwingende Gesetzesvorschriften vermieden werden. Wenn RE. 17 Y 83/26 (JW. 1927, 591) meint, die Einheitlichkeit des Vertrages werde dadurch nicht betroffen, sondern nur für Räume und Gärten eine „getrennte Grundlage“ zur Mietberechnung gegeben, so ist dies nicht recht klar. Die Grundlage der Mietberechnung ist die Friedensmiete, und für diese soll nach dem RG. der ursprünglich einheitliche Vertrag ja gerade nicht mehr als einheitlich angesehen, trotz unveränderter Sachlage die Miete also nicht festgesetzt, sondern für die Wohnräume allein neu festgesetzt werden. Das RG. gibt hierbei zu, daß in den zahlreichen Fällen (die wohl die Regel bilden), in denen ein Vorgarten ohne besonderen Mietwert mitüberlassen ist, die neue Mietberechnung sich in der Errechnung der Raummiete erschöpft. Für die Regelfälle ist also ein Grund für die Komplikation überhaupt nicht ersichtlich.

Gegenüber dem Einwande, daß das Gesetz einen entsprechenden Bruchteil der Miete für die Gartenbenutzung in Abzug gebracht hätte, wenn es diese nicht lediglich als Zubehör der Wohnung betrachtet hätte, sagt das RG. selbst, die Gartenmiete könne nicht wie eine Nebenleistung i. S. des § 2 Abs. 2 BrMietzinsbildungswD. aus der Gesamtmiete herausgeholt werden, da der Garten ein Teil der Mietsache selbst sei. Dies ist ein Zugeständnis an die Gegenmeinung, welches als Brücke zur Abkehr von der bisherigen Auffassung dienen könnte.

Nicht hinreichend widerlegt ist auch der für die anderen OVG. ausschlaggebend gewesene Einwand, daß der Vermieter sonst die Möglichkeit hätte, durch höhere Bemessung des Entgelts für den Garten indirekt eine vom Gesetz mißbilligte Mietsteigerung für die Wohnung zu erreichen. Trennt man überhaupt die Wohnräume von der Gartenbenutzung, so ändert auch die „Unkündbarkeit des einheitlichen Vertrages“ nichts daran, daß der Vermieter neben der

Friedensmiete gegeben, der hier in dem Fehlen einer Mietzinsvereinbarung am 1. Juli 1914 für die Räume allein vorliegt, so hat der Mietzins, der tatsächlich am 1. Juli 1914 vereinbart war, keinerlei Bedeutung mehr. Diese Auffassung hat das RG. in Übereinstimmung mit dem BayObLG. ständig vertreten. Sie ist eingehend dargelegt in dem RE. v. 18. Juni 1926, 17 Y 57/26 (JZG. ErgBd. 5, 48; JurAbh. 1926 Nr. 1836; DRG. 46, 129; EA. 1926, 487; MietGer. 1926, 86; Hertel, Mieterschutz Nr. 266). Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß es nicht darauf ankommen kann, ob erkennbar ist, aus welchem Grunde die am 1. Juli 1914 geltende Vereinbarung vom ortsüblichen Mietzins abwich, da, wenn ein Fall der Festsetzung der Friedensmiete gegeben ist, dieser Vereinbarung jegliche Bedeutung genommen ist. Es kann daher der Vereinbarung auch nicht die Bedeutung einer Höchstgrenze für den ortsüblichen Mietzins zukommen; es ist auch ohne Bedeutung, ob außer dem Grunde des Fehlens einer für die Räume allein am 1. Juli 1914 geltenden Mietzinsvereinbarung noch besondere Gründe vorhanden sind, aus denen die damalige Vereinbarung vom ortsüblichen Mietzins abwich. Vielmehr ist als Friedensmiete für Räume, die am 1. Juli 1914 zusammen mit einem Garten vermietet waren, der ortsübliche Mietzins auch dann festzusetzen, wenn er höher ist als der Mietzins, der am 1. Juli 1914 für die Wohnung mit Garten vereinbart war.

(RG., 17. Zivilsen., RE. v. 16. Febr. 1929, 17 Y 6/29.) [D.]

*

3. § 8 WohnmangG. Beim Tausch einer Neubaugewohnung gegen eine Altwohnung darf das Mieteinigungsamt die Genehmigung des Wohnungsamts oder die Zustimmung des Vermieters nicht ersehen, wenn ein Tauschpartner sich der Verfügung über die Neubaugewohnung nur zum Zwecke des Tausches verschafft hat und durch den Tausch die Altwohnung unter Verletzung wohnungsmangelrechtlicher Vorschriften erlangen würde. Eine Verletzung solcher Vorschriften liegt insbes. dann nicht vor, wenn der Tauschpartner einen Anspruch auf eine Altwohnung hat oder wenn seine bisherige Altwohnung in den Tausch einbezogen wird oder infolge des Tausches eine Altwohnung für das Wohnungsamt verfügbar wird. †)

1. Der Inhaber einer Altwohnung hat sich in einem Vorort ein Häuschen gebaut. Ein Ehepaar in B. betreibt eine Fleischerei und hat neben den gewerblichen Räumen eine unzureichende Wohnung. Durch die Verbindung mit der Wohnung ist auch die Eignung des gewerblichen Raumes für die Fleischerei beeinträchtigt. Da das WohnA. die Eintragung des Ehepaars zwecks Erlangung einer anderen Wohnung abgelehnt hat, hat die Ehefrau in dem erwähnten Neubau für sich Räume gemietet und auch seit einigen Monaten als Wohnung benutzt. Sodann hat sie mit dem Eigentümer des Neubaus einen Wohnungstausch hinsichtlich seiner Altwohnung und den von ihr benutzten Räumen im Neubau vereinbart. Die Eheleute sind infolge des Tausches in die Altwohnung eingezogen, das WohnA. hat sie aber

(nach dem RG.) vom MGA. festzusetzenden Friedensmiete der Wohnung für die ganze Vertragsdauer auch ein Entgelt für die Gartenbenutzung verlangen kann, für deren Festsetzung das MGA. wiederum nicht zuständig ist.

Überhaupt geht aus den RE. des RG. nicht klar hervor, wie es sich das weitere Schicksal des Entgelts für die Gartenbenutzung nach Festsetzung der Wohnraummiete denkt. Handelt es sich um Zier-, Luxus- oder Vorgärten, so müßte über den hierauf entfallenden Mietzins nach § 315 BGB. das ordentliche Gericht entscheiden. Soweit es sich dagegen um Nutzgärten handelt, wäre der Garten als besonderer Pachtgegenstand zu erachten und die Pacht nach § 1 RG. durch das Kleingartenamt als untere Verwaltungsbehörde festzusetzen. Denn auch Hausgärten unterliegen der RG. (Kaisenberg 49 ff.). Also ein recht unerfreuliches Neben- und Durcheinanderarbeiten der verschiedenen Behörden. Eine Änderung der Judikatur des RG. wäre im Interesse der Vereinfachung des Rechtsganges und der Stärkung des Rechtsfriedens erwünscht.

RA. Dr. Sokolowski-Mirels, Berlin.

Zu 3. A. I. Die Frage, ob überhaupt § 8 WohnmangG. anwendbar ist bei Tausch von Neu- und Altwohnungen (selbstverständlich nur hinsichtlich der Altwohnung), ist nicht unbestritten, wird aber von der Literatur (Angaben bei Hertel, Mieterschutz, ErgBd. zu WohnmangG. S. 283) in Übereinstimmung mit dem RG. und auch OVG.: JW. 1926, 977¹ überwiegend in bejahendem Sinne entschieden. Nur Hein: JW. 1926, 977 Anm., Riefersauer, Grundstücksrechte, 3. Aufl., S. 263, Brumby: EA. 310 und Regent: EA. 418, soweit ich sehe, sind entgegengelegter Auffassung. Auch ich habe mich (Mietrecht 127) schon vor einigen Jahren dafür ausgesprochen, daß die Zustimmung des Altraumvermieters nicht gem. § 8 erlegt werden kann, wenn ein Neubausmieter als Tauschpartner austritt. Meine Überzeugung wird nur verstärkt durch die Folgen, die in der Praxis die milde Mpr. der obersten Gerichte nach sich gezogen hat. Es ist ein offenes Geheimnis, daß heutzutage jeder ohne Wohnanspruch mit Hilfe einer kleinen Neubaugewohnung eine be-

zur Räumung aufgefordert. Ihre Beschwerde war erfolglos. Sie haben Rechtsbeschwerde eingelegt.

2. Im zweiten Falle begehrt der Mieter, daß die Zustimmung der Vermieterin zum Tausch ersetzt werde. Es liegt ein Ringtausch vor. Der Tauschpartner, der in die Altwohnung des Mieters einziehen will, hat selbst eine Altwohnung inne. Da diese aber für den Tausch nicht verwendbar war, will er sie aufgeben; er hat eine für seine Verhältnisse zu große und zu teure Neubauwohnung gemietet, in die ein anderer Teilnehmer an dem Ringtausch einziehen will. Das MGL hat die Zustimmung der Vermieterin ersetzt. Dagegen hat die Vermieterin Rechtsbeschwerde eingelegt.

I. Die Vorschrift über den Wohnungstausch (§ 8 WohnmangG.) findet nicht nur Anwendung, wenn die Inhaber von Altwohnungen untereinander tauschen wollen, sondern gilt auch dann, wenn nur eine der Austauschwohnungen dem WohnmangG. untersteht. Dies hat der Senat in dem RE. v. 22. April 1926, 17 Y 31/26 (JFG. ErgBd. 5, 22; MietGer. 1926, 65; EA. 1926, 482; MietBeif. 1926, 14; DWohnM. 1926, 515; JurRdsch. 1926, 1701; PrVerwBl. 48, 22; WDV. 7, 1119, 1122; DVGMRpr. 46, 160; Hertel, Mieterschutz 4, A 250) ausgeprochen und im RE. v. 3. Okt. 1927, 17 Y 64/27 (JFG. ErgBd. 7, 34; MietGer. 1927, 151; EA. 1927, 620; JW. 1928, 516; JurRdsch. 1928, 526; WDV. 9, 1929, 1934; Hertel, Mieterschutz 5, A 363) aufrechterhalten. In dem ersten dieser RE. ist auch dargelegt, daß das Erfordernis der benutzten Wohnung in § 8 WohnmangG. erfüllt sein kann, ohne daß der Verfügungsberechtigte die zu tauschende Wohnung selbst bezogen hat. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Schon in der Begründung zum RE. v. 20. Febr. 1928, 17 Y 7/28 (JFG. ErgBd. 7, 35; EA. 1928, 668; MietGer. 1928, 47; JurRdsch. 1928, 1109; MietBeif. 1928, 5; GrundG. 1928, 823; JW. 1928, 2540; RWi. 1929, 33; WDV. 9, 1929, 1934; Hertel, Mieterschutz 5, A 395) findet sich aber der Satz: „Vorausgesetzt ist nur, daß dem Tauschpartner das Recht zur Benutzung der Wohnung . . . ersichtlich übertragen war und nicht nur eine Umgehung der für die Erlangung einer Altwohnung bestehenden Bestimmungen gewollt war.“ Von dieser Einschränkung ist bei der Beantwortung der gestellten Rechtsfrage auszugehen. Bei der Zulassung des Tausches, insbes. des Tausches mit einer Neubauwohnung, muß eine Grenze gezogen sein, die die verbotene Umgehung der wohnungsmangelrechtlichen Vorschriften verhindert. Wie dieses Ergebnis erreicht und die Begrenzung bestimmt werden kann, ist im einzelnen zu erörtern.

II. Wenn jemand eine Neubauwohnung mietet, nur um sie zum Tausche zu verwenden und sich auf diese Weise eine Altwohnung zu verschaffen, so ist der Mietvertrag über die Neubauwohnung oder der Tauschvertrag deshalb allerdings nicht als ein Scheingeschäft anzusehen. In einer Entsch. des LG. I Berlin v. 7. Sept. 1928 (MietGer. 1928, 176) ist angenommen worden, daß der Tausch insoweit zum Schein vereinbart werde, als keiner der Verträge für sich selbst gewollt sei, sondern beide nur dem Zwecke dienten, dem Mieter der Altwohnung für ihre Aufgabe ein Entgelt zu verschaffen. Demgegenüber ist jedoch

zu beachten, daß die Beteiligten, um ihren Zweck zu erreichen, die Verträge stets ernstlich wollen, also gerade nicht nur zum Scheine abschließen. Es geht auch nicht an, solche Verträge, obwohl sie ernstlich gemeint und deshalb privatrechtlich nicht wegen Scheins nichtig sind, doch wohnungszwecklich als Scheingeschäfte zu betrachten, denn daselbe Geschäft kann nicht einerseits ernstlich gemeint und andererseits zum Scheine geschlossen sein. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob ein Rechtsgeheimnis, das die Vorschriften des Wohnungsmangelrechts zu vereiteln bestimmt und geeignet ist, vielleicht nach anderen Vorschriften des BGB. nichtig sein könnte. Es genügt für die Beantwortung der gestellten Frage die Erwägung, daß die Zulassung des Wohnungstausches in § 8 WohnmangG. nicht dazu führen darf, den Beteiligten eine Umgehung der wohnungsmangelrechtlichen Vorschriften zu ermöglichen, weil sonst der eigentliche Zweck dieser Vorschriften zum Teil vereitelt würde. Auch § 8 gehört zu den Vorschriften zur Behebung des Wohnungsmangels, die die richtige Verteilung des vorhandenen Raumes an die Wohnungssuchenden bezwecken; er muß deshalb so ausgelegt werden, daß seine Anwendung nicht zur Vereitelung des gesetzlichen Zweckes führen kann. Inwieweit ein beabsichtigter Tausch zur Umgehung der Vorschriften über die Verteilung des Wohnraums dienen würde, kann deshalb eine Pflicht des WohnN. oder des Vermieters zur Mitwirkung bei dem Tausche durch Erteilung von Zustimmungen nicht bestehen; in dem gleichen Umfange muß dann auch dem MGL die Befugnis zur Ersetzung der Genehmigung des WohnN. oder der Zustimmung des Vermieters verweigert sein.

Wenn eine Umgehung der Wohnungsmangelvorschriften vorliegt, muß aber unter Beachtung der Tatsache geprüft werden, daß das WohnmangG. grundsätzlich den Tausch auch mit einer Neubauwohnung zuläßt. Daraus ist zu ersehen, daß eine Umgehung nicht schon deshalb angenommen werden darf, weil ein Tauschpartner zur Zeit des Tausches keinen Anspruch auf die Zuteilung einer Altwohnung hat. Ein solcher Anspruch wird dem Inhaber der Neubauwohnung nicht selten fehlen; trotzdem ist er aus diesem Grunde allein von der Tauschbefugnis nicht ausgeschlossen. Es muß also zu dem Mangel des Anspruchs auf eine Altwohnung noch etwas anderes hinzutreten. Das weitere Erfordernis ergibt sich aus dem Begriff der Wohnung. § 8 WohnmangG. regelt den Tausch selbständig benutzter Wohnungen. Allerdings folgt daraus, wie eingangs schon erwähnt ist, nicht, daß der Verfügungsberechtigte die Wohnung selbst bezogen haben muß, sondern der Einzug erübrigt sich, wenn er nur zu unnützen Umzügen führen würde. Aber das, was der Tauschende beim Tausch abgibt, muß seine Wohnung sein; es genügt nicht, daß es schlechthin eine Wohnung ist. Seine Wohnung sind die Räume nur, wenn sie unmittelbar der Befriedigung seines eigenen Wohnbedürfnisses zu dienen bestimmt sind, sei es, daß er schon vor dem Tausche darin zu diesem Zwecke gewohnt hat, sei es, daß er sie zu beziehen gedenkt, wenn der Tausch nicht zustande kommt. Wer dagegen sich die Neubauwohnung verschafft, nur um sie zum Tausche zu benutzen, sie aber unter keinen

liebige Altwohnung erlangen kann, und das Wohnungsvermittlungsgewerbe arbeitet in der Hauptsache mit diesem Trick. Mehr als alle Lockerungsverordnungen hat diese unheilvolle Mpr. dazu beigetragen, die WohnN. überflüssig zu machen. Dabei ist der Gegensatz der Auffassungen gar nicht so erheblich. Denn auch die Gegenmeinung erkennt selbstverständlich an, daß das WohnN. die nicht zulässige Tauschgenehmigung durch Zuweisung der Altwohnung an den tauschlustigen Neubaumieter ersetzen kann, und kein vernünftiges WohnN. wird die Zuweisung verweigern, wenn durch den Tausch der zwangsbeherrschteste Wohnungsmarkt keine Einbuße erleidet. Es kommt also im wesentlichen darauf an, ob das WohnN. genehmigen muß, auch wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind oder — um den praktisch häufigsten Fall hervorzuheben — wenn der Neubaumieter sich eine größere Wohnung sichern will, als er bisher innehatte. Läßt sich aber der Inhaber von Altraum durch eine größere Abstandszahlung dazu bewegen, in eine für seine Verhältnisse unzureichende Neubauwohnung zu ziehen, so wird er nach kurzer Zeit doch wieder — namentlich auf Grund der bei dem Wohnungstausch erlangten Mittel — als Anwärter auf der Zwangswirtschaft unterliegende Räume auftreten. Schlimmer ist jedoch, daß oftmals der tauschende Altraummieter sein Wohnungsbedürfnis ohne Inanspruchnahme einer selbständigen Wohnung zu befriedigen vermag und deshalb die eingetauschte Neubauwohnung nur vorübergehend, wenn überhaupt, bezieht, um darauf im Haushalt von Verwandten oder als Untermieter billigen Unterschlupf zu suchen. Meistens vermochte er dann die frühere für seine Verhältnisse zu kostspielige Wohnung sowieso nicht zu halten, und die Wohnung wäre der Zwangswirtschaft zur freien Verfügung anheimgefallen. Das hatte allerdings früher, als größere Wohnungen noch dem WohnmangG. unterstanden, wesentlich stärkere Bedeutung, ist aber auch bei Bierzimmerwohnungen keineswegs selten. Deshalb ist die Begründung des RG. (17 Y 31/26), das auf eine Nichtbelastung des Altwohnungsmarktes durch den Wohnungstausch abstellt (schon das ist nicht richtig in tatsächlicher Beziehung [vgl. Hein a. a. O.]), kurzfristig. Denn es ist in dieser Hinsicht doch ebenso sehr zu berücksichtigen, ob nicht eine zu erwartende Vermehrung des Zwangswirtschaftsraums durch den Einzug eines Nichtberechtigten

hintangehalten wird. Legt man das Gesetz nach dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses aus, wie es allgemein geschieht, so kann die Entscheidung gar nicht anders fallen als zuungunsten der Anwendbarkeit des § 8 WohnmangG.

II. Die letzte Waffe wurde aber dem WohnN. aus der Hand genommen, als das RG. (17 Y 31/26) — für den Tausch von Altraum nicht weniger bedeutungsvoll — entschied, daß es genüge, wenn „jemand zulässigerweise ein Recht zur Benutzung der Wohnung erlangt hat und noch besitzt. Daß er die Wohnung selbst bezogen habe, kann nicht gefordert werden, da diese, wenn er die Wohnung alsbald vertauschen will (!), nur zwecklose Umzüge verursachen und einen Scheintausch noch stärker verschleiern würde“. Hätten die WohnN. teilweise bis dahin noch die Durchführung des genehmigten Tausches kontrolliert, so wurde dies nunmehr ganz zwecklos, und der Wohnungszweckverletzung war Tür und Tor geöffnet, wenn man nur einen Mietvertrag über eine Neubauwohnung aufzuweisen hatte. Auch das RG. hat leider bei aller Stellungnahme gegen den Scheintausch diese Mpr. unbeanstandet gelassen, indem es sich wie das RG. daran genügen ließ, daß die Absicht besteht, die Wohnungen zu tauschen. Es hat aber wenigstens noch solche Tauschverträge als u. U. unsittliches Scheingeschäft angesehen, während das RG. hier — juristisch allerdings wohl zutreffend — den Scheincharakter verneint.

Von diesen allzuweiten Konsequenzen sucht das RG. in der vorliegenden Entscheidung in recht gewandener Begründung offensichtlich abzurücken, wenn es auch seinen grundsätzlichen Standpunkt aufrechterhält. Daß dem WohnN. damit die Möglichkeit schärferen Vorgehens gegen den Scheintausch eröffnet wird, läßt sich keinesfalls behaupten. Nach wie vor soll das WohnN. in die Seele der Tauschpartner hinableuchten und ihre dunklen Untergedanken ermitteln, statt daß es in die Lage versetzt würde, nach objektiven Merkmalen den zulässigen vom unzulässigen Wohnungstausch abzugrenzen. War bisher durch die wenn auch verfehlte Mpr. des RG. eine ziemlich klare Rechtslage geschaffen, nach der sich die Beteiligten richten konnten, so wird durch diese neue Entscheidung die Rechtssicherheit stark in Frage gestellt, weil das RG. die Freiheit zu individueller Wertung des Einzelfalles wieder in Anspruch nimmt.

Umständen für sein eigenes Wohnbedürfnis zu benutzen gedenkt, wird durch die Verfügungsberechtigung über die Neubauwohnung allein noch nicht tauschberechtigt.

Hieraus folgt, daß trotz der Berechtigung an einer Neubauwohnung, die zum Tausch benutzt werden soll, eine Umgehung wohnungsmangelrechtlicher Vorschriften vorliegen und deshalb die Anwendung des § 8 ausgeschlossen sein kann. Es kann nicht die Aufgabe dieses RE. sein, erschöpfend die Fälle zusammenzustellen, in denen eine Umgehung angenommen werden kann; ein solcher Versuch würde auch kaum gelingen. Wohl aber ist es möglich, aus Inhalt und Zweck des Gesetzes zu erkennen, wann keine Umgehung, sondern ein zulässiger Tausch vorliegt.

Der Normalfall des Wohnungstausches ist der Wechsel von Altmwohnungen, die den Tauschpartnern zur Verfügung stehen. Wer eine Altmwohnung in den Tausch gibt, kann also grundsätzlich tauschen. Deshalb kann eine Umgehung bei demjenigen niemals angenommen werden, dessen Altmwohnung in den Tausch einbezogen wird. Ob er ohne den Tausch beim WohnA. mit Erfolg die Zueweisung einer anderen Altmwohnung begehren könnte, kann beim Inhalt des § 8 für die Tauschbefugnis des Inhabers einer Altmwohnung grundsätzlich keine Bedeutung haben.

Wird dagegen die Altmwohnung in den Tausch nicht einbezogen, so darf der Tausch mit einer Neubauwohnung, die nicht die Wohnung des Tauschenden im oben dargelegten Sinne darstellt, nur zugelassen werden, wenn bei dem Tausche eine Wohnung derart frei wird, daß sie ein WohnA. zur Unterbringung Wohnungsuchender verwenden kann. Tritt dieser Erfolg ein, so ist den öffentlichen Bedürfnissen genügt und deshalb nicht einzusehen, weshalb der Inhaber einer Altmwohnung gerade diese zum Tausch geben möchte und nicht unter Aufgäbe seiner Altmwohnung eine für den Tausch besser geeignete und nur zu diesem Zwecke gemietete Wohnung im Tausche verwenden sollte.

Abermals tritt aber ein Gesichtspunkt auf, der außerordentlich bedenklich erscheint: Es wird geradezu offiziell anerkannt, daß derjenige, der sich eine Neubauwohnung beliebiger Größe verschafft, Anspruch auf vorzeitige Erlangung einer Altmwohnung hat, wenn er nur überhaupt berechtigter Anwärter auf Altraum ist. Das bedeutet doch nicht mehr oder weniger, als daß der Reichere dem Ärmeren vorgezogen wird. Denn eine Neubauwohnung anzumieten und den Inhaber einer Altmwohnung zur Übersiedlung in jene zu veranlassen, dazu gehört nun einmal heute der Aufwand beträchtlicher Mittel für Umzugskosten, Abtand und evtl. Miete und Einrichtung der Neubauwohnung. Es ist nicht gleichgültig, ob der Tauschpartner die Wohnung bezieht oder nicht. Würde zum Maßstab eines vorliegenden Scheintausches das längere, mindestens halbjährige Bewohnen der Neubauwohnung genommen, wie es früher manche Wohnungsämter zur Voraussetzung für die Nichtausübung des vorbehaltenen Genehmigungswiderrufs bestimmten, so würde mancher wohnungswirtschaftlich schädliche Tausch aus verständlichen Gründen unterbleiben müssen, und für die Praxis wäre eine sichere Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Wege der Wohnungserlangung gewonnen. Auch in der Frage des Mietwuchers, in der Bestimmung der Aufwertungshöhe und bei anderen Gelegenheiten haben die Gerichte sich schließlich genötigt gesehen, zahlenmäßig bestimmte Sätze aufzustellen und damit feste Richtlinien zu geben. Warum nicht hier, zumal Mietwucher und Wohnungsschiebung nahe beieinanderliegende Tatbestände sind?

Prof. Dr. Ruth, Halle.

B. Die Auffassung des RG., daß § 8 WohnmangG. auch dann Platz greift, wenn eine in den Tausch einbezogene Wohnung nicht der Zwangswirtschaft unterliegt, ist von Kiefersauer, Grundstücksmitte, 3. Aufl. S. 263 und besonders scharf von Hein: JW. 1926, 977 bekämpft worden, weil die Einbeziehung von Neubauwohnungen nur zu häufig zur Umgehung wohnungswirtschaftlicher Vorschriften und damit zu Wohnungsschiebungen mißbraucht werde. Allein wegen der bloßen Möglichkeit eines Mißbrauchs kann nicht die Zulässigkeit der Einbeziehung von zwangswirtschaftsfreien Wohnungen in einen Tausch ausgeschlossen werden (vgl. bei mir, Bd. II S. 283).

Durch den vorliegenden RE. will das RG. Mißbräuchen auf diesem Gebiete entgegenreten und erklärt die Verfassung der Tauschgenehmigung für zulässig und geboten, wenn sich ein Tauschpartner die Verfügung über eine Wohnung nur zu dem Zwecke verschafft hat, um unter Verletzung wohnungsmangelrechtlicher Vorschriften eine Altmwohnung zu erlangen.

Zuzustimmen ist dem RG. darin, wenn es im zweiten Satze des Tenors für die dort angegebenen Fälle die Annahme einer solchen Verletzung ausschließt. Dagegen erscheinen die weiteren Ausführungen des RG. bedenklich, wenn es einer Neubauwohnung die Eignung als Tauschwohnung deshalb abspricht, weil der Betreffende unter keinen Umständen den Willen hat, die Wohnung zu beziehen, sondern sie nur zu Tauschzwecken zu benutzen, um mit Hilfe derselben sich eine Altmwohnung zu verschaffen, auf die er an sich keinen Anspruch hat. Denn es ist für die Wohnungswirtschaft gleichgültig, ob der Betreffende selbst in die Neubauwohnung zieht oder der bisherige In-

haber der Altmwohnung, der dem Betreffenden seine Wohnung überläßt. Man denke an den Fall, daß einem Gewerbetreibenden daran gelegen ist, gerade eine Wohnung auf dem Grundstück zu erhalten, in dem er sein Geschäft betreibt oder wenigstens in der Nähe dieses Grundstücks. Eine hiervon weit entfernte Neubauwohnung wird seinen Bedürfnissen nicht gerecht. Nun findet sich jemand, der eine ihm passende Altmwohnung hat und gern in einen Neubau ziehen möchte, aber zur Aufbringung des hierzu erforderlichen Baukostenzuschusses nicht imstande ist. Ich vermag nicht einzusehen, inwiefern die Wohnungswirtschaft dadurch benachteiligt wird, daß nun der Gewerbetreibende den Baukostenzuschuß bezahlt und damit dem Inhaber der Altmwohnung die Möglichkeit verschafft, die Neubauwohnung zu beziehen, während ihm die Altmwohnung zufällt.

Das RG. vermeidet es, eine bestimmte Entscheidung für die beiden ihm vorgelegten Fälle zu treffen. Man kann aber aus den Gründen herauslesen, daß es im ersten Falle den Tausch für unzulässig, im zweiten dagegen für zulässig erachtet. Meines Erachtens wird nur ganz ausnahmsweise eine dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufende Umgehung wohnungswirtschaftlicher Vorschriften bei Einbeziehung einer Neubauwohnung in einen Tausch anzunehmen sein. Anders liegt natürlich die Sache, wenn die Neubauwohnung überhaupt von keinem an dem Tausch Beteiligten bezogen werden soll, vielmehr einer der Tauschpartner seine Wohnung lediglich aufgibt, ohne anderwärts eine Wohnung zu beziehen und nun jemand, der bisher keine Wohnung hat, in eine der Tauschwohnungen einrückt. Gibt es überhaupt Personen, insbes. Familien, welche keinen Anspruch auf eine Wohnung haben? Wohnungsuchender ist nicht bloß jeder, der nicht im Besitz einer Wohnung oder einer selbständigen Wohnung ist, sondern jeder, dessen berechtigtes Bedürfnis nach Wohnraum nicht befriedigt ist (vgl. den RE. v. 8. Dez. 1924, 17 Y 89/24; Hertel, Nr. 76, III, 4). Ist es nur nicht eine unerträgliche Willkür, wenn das WohnA. im Falle zu 1 den Betreffenden die Aufnahme in die Wohnungsliste verweigert, obwohl sie eine ungenügende Wohnung haben und auch ihr Gewerbebetrieb durch die Verbindung der gewerblichen Räume mit den Wohnräumen beeinträchtigt wird? Sollen solche Personen zeitweilen darauf angewiesen sein, in ungenügenden Wohnräumen zu verbleiben, dann sind sie schlimmer daran, als völlig wohnungslose Personen, die doch wenigstens die Aussicht haben, einmal eine Wohnung zugewiesen zu erhalten. Jeder Deutsche hat nach Art. 155 WVerf. das Recht auf eine gesunde, seinen Bedürfnissen entsprechende Wohnung, und dieses Recht darf nicht dadurch von vornherein illusorisch gemacht werden, daß ihm die Aufnahme in die Wohnungsliste verweigert wird.

Bedenklich erscheint es mir auch, daß nach dem vorliegenden RE. einer der Vermieter seine Zustimmung zum Wohnungstausch mit der Begründung verweigern darf, daß eine Umgehung wohnungswirtschaftlicher Vorschriften beabsichtigt ist. Zur Wahrung öffentlicher Belange ist das WohnA. da, und es kommt nur darauf an, ob dieses den Tausch genehmigt. Das RG. hat allerdings von jeher einen gegenteiligen Standpunkt vertreten (vgl. den RE. v. 25. Nov. 1925, 17 Y 143/25; Hertel, Nr. 205, IV, 7 = JW. 1926, 1584).

kann, der Tausch mit einer solchen Wohnung aber keinerlei Bedenken unterliegt. Die vorzeitige Erlangung einer Altwohnung wird also vom Gesetz als ein Hindernis für den Tausch nicht anerkannt.

(RG., 17. Zivilsen., RE. v. 7. Mai 1929, 17 Y 29/29.) [D.]

*

4. § 7 RPachtfchD.; § 58 PrPachtfchD. Bei der Entscheidung auf die Berufung oder die Rechtsbeschwerde ist, wenn das PGE. nach dem Inkrafttreten der PrPachtfchD. 1925 entschieden hat, diese PachtfchD. in der Fassung vom 19. Sept. 1927 anzuwenden.

Der Jagdpächter hat die Ermäßigung des Pachtzinses für das Pachtjahr 1925/26 beantragt und gegen die Entsch. des PachtGE. Berufung eingelegt. Da die Parteien inzwischen einen Rechtsstreit über die Gültigkeit des Jagdpachtvertrages geführt haben, ist über die Berufung bisher nicht entschieden worden. Das LG. sucht einen RE. nach über folgende Frage: „Ist, wenn das PGE. vor dem Inkrafttreten der Novelle zur PachtfchD. v. 19. Sept. 1927 entschieden hat, auf einen Fall, auf den die PachtfchD. v. 30. Sept. 1925 anwendbar war, das Recht der Novelle oder die PachtfchD. v. 30. Sept. 1925 in ihrer ursprünglichen Fassung anzuwenden?“ Es hält die Anwendung der PachtfchD. in der neuen Fassung für geboten. Da die Frage grundsätzlicher, für den Fall erheblich und bisher durch RE. nicht beantwortet ist, liegen die Voraussetzungen für den RE. vor. Dem LG. war zuzustimmen.

Die Antwort auf die Rechtsfrage hängt von der Auslegung des § 7 RPachtfchD. i. d. Fass. v. 12. Juli 1927 und des inhaltlich damit übereinstimmenden § 58 PrPachtfchD. n. Fass. ab. Diese Vorschriften sind, soweit sie hier in Betracht kommen, durch die letzte Änderung der PachtfchD. nicht berührt worden. Sie bestimmen in ihrem unveränderten Wortlaut, daß die PachtfchD. am 1. Okt. 1925 in Kraft tritt, ferner, daß die vor diesem Zeitpunkt gestellten Anträge, wenn das PGE. darüber noch zu entscheiden hat, nach den neuen Vorschriften, andernfalls nach dem bisherigen Rechte beurteilt werden. Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß die PachtfchD. in der neuesten Fassung gegenüber der Fassung von 1925 nicht als eine neue PachtfchD., sondern nur als Abänderung derjenigen von 1925 zu betrachten ist. Damit aber entfällt die Möglichkeit, die Übergangsvorschrift entsprechend auch auf die vorgenommenen Änderungen anzuwenden. Sie soll offenbar nur für das Inkrafttreten der PachtfchD. von 1925, also für einen weit zurückliegenden Zeitpunkt gelten. Andernfalls wäre durch eine entsprechende Änderung des § 7 bzw. des § 58 zum Ausdruck gebracht worden, daß die Übergangsregelung nunmehr auch die neuen Vorschriften des Jahres 1927 treffe. Daß etwa eine ungenaue Fassung oder ein Übersehen der Frage nach dem anwendbaren Recht angenommen werden dürfte, ist nicht anzuerkennen, denn die ersten Absätze führen den 1. Okt. 1925 als den maßgebenden Zeitpunkt so unmittelbar vorher an, daß seine Bedeutung bei der Nachprüfung des § 7 bzw. des § 58 nicht außer acht bleiben konnte.

Kommt die besondere Übergangsvorschrift nicht zur Anwendung, so muß die neue Fassung der PachtfchD. stets bei der Entsch. auf solche Anträge maßgebend sein, die überhaupt nach der PachtfchD. von 1925 zu erledigen sind. Auf den Zeitpunkt der Entsch. des PGE. kann es dann für die Anwendbarkeit der neuesten Fassung

Zu 5. Das Ergebnis der kammergerichtlichen Entscheidung besteht darin, daß einem mutwilligen Antragsteller die gesetzlich sanktionierte Befugnis gegeben ist, dem anderen Teil die durch die Pachtzinsubordnung gegebene Möglichkeit der Erstattung außergerichtlicher Kosten zu rauben. Darin liegt ein innerlicher Widerspruch der Pachtzinsmaterie. Die Frage: würde der Gesetzgeber, wenn er dies erkannt haben würde, eine Regelung i. S. der kammergerichtlichen Entsch. getroffen haben, dürfte wohl ohne weiteres zu verneinen sein. Das LG., welches den Fall zum RE. vorgelegt hat, hat hierauf zutreffend verwiesen. Das RG. ist merkwürdigerweise auf diese Überlegungen gar nicht eingegangen, hat vielmehr seinen RE. auf Grund hauptsächlich grammatischer Auslegung gefunden. Dem kann nicht beigepröchtet werden, zumal auch diese Auslegung des RG. in sich nicht stichhaltig ist, ja streng genommen nicht einmal die zum RE. vorgelegte Frage entschieden ist. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Antrag wird zurückgenommen, nachdem von der Gegenseite der Antrag auf Feststellung außergerichtlicher Kosten gestellt ist. Diesen Fall hat das RG. dahin entschieden, daß, weil hier eine Sachentscheidung nicht mehr möglich sei, auch die beantragte Kostenentscheidung nicht mehr ergehen könne. Ist dies nun unrichtig (wie unten dargelegt), so bleibt der zweite vom LG. vorgelegte Fall.

2. Der Antrag wird zurückgenommen, bevor von der Gegenseite der Antrag auf Erstattung außergerichtlicher Kosten gestellt ist. Das RG. hat diese Frage für sich allein offengelassen. Würde nun allerdings die Meinung des RG., daß nur bei einer Entsch. zur Hauptsache § 52 PrPachtfchD. anwendbar sei, richtig sein, so wäre damit auch der Fall zu 2 erledigt. Diese Ansicht ist aber falsch.

Zunächst steht in § 52 PachtfchD. nichts von Sachentscheidung, sondern nur bei der „Entsch.“. Man kann also darunter ebensoviel

nicht mehr ankommen. Dies folgt für die Entsch. auf Berufung schon daraus, daß der Verkl. den gesamten Sach- und Streitstoff erneut zu prüfen hat, also auch das zur Zeit seiner Entsch. geltende Recht auf den Tatbestand anwenden muß. Dann aber kann es für die Entsch. auf die Rechtsbeschwerde nicht anders liegen, weil sonst in zahlreichen Fällen die Partei durch die Auswahl des Rechtsmittels Einfluß auf das anwendbare Recht gewinnen würde, ein Ergebnis, das nicht richtig sein könnte.

(RG., 17. Zivilsen., RE. v. 7. Mai 1929, 17 Y 28/29.) [G.]

*

5. §§ 52, 29 PrPachtfchD. Das PGE. kann, wenn der bei ihm gestellte Antrag zurückgenommen ist, die Erstattung der der Gegenpartei erwachsenen Auslagen nicht mehr anordnen. †)

Der Pächter hat am 7. Jan. 1925 ein Grundstück zur landwirtschaftlichen Nutzung gepachtet. Er hat die Verlängerung dieses Pachtvertrages beantragt, den Antrag aber, weil der Vertrag nach dem damaligen Recht nicht unter die PachtfchD. fiel, am 7. Mai 1928 zurückgenommen. Der Verpächter hat die Erstattung außergerichtlicher Kosten beantragt. Das PachtGE. hat den Antrag zurückgemittelt, da die begehrte Kostenentscheidung nach der Zurücknahme des Antrags in der Hauptsache nicht zulässig sei. Auf die Rechtsbeschwerde des Verpächters sucht das LG. einen RE. nach über folgende Frage: Ist für den Fall, daß ein Pächter den von ihm gestellten Antrag auf Fortsetzung des gekündigten Pachtvertrages zurücknimmt, bevor das PGE. über die Verlängerung entscheidet, das PGE. verpflichtet, eine vom Verpächter beantragte Entsch. über die Kosten zu erlassen, insbes. über die Vertretungskosten? Es will die Frage bejahen, da der Fall, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, ebenso behandelt werden müsse, wie er durch die PGE. für die Zurücknahme der Klage oder der Berufung geregelt sei. Da die Frage, soweit sie die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Gegenpartei betrifft, für den Fall erheblich, durch RE. noch nicht beantwortet und grundsätzlicher ist, liegen die Voraussetzungen des RE. vor. Nach der Fassung des § 52 Abs. 1 PrPachtfchD. ist das vom Verpächter eingelegte Rechtsmittel als Rechtsbeschwerde zu behandeln, die Rechtsfrage betrifft also die Entsch. über die Rechtsbeschwerde und ist damit der Beantwortung durch RE. zugänglich. Soweit etwa das LG. seine Frage auch auf die beim PGE. selbst entstandenen Kosten erstrecken wollte, kann ein RE. nicht ergehen, weil die Frage in diesem Umfang für den Fall nicht erheblich ist.

Im Gegensatz zur Auffassung des LG. war die Frage zu verneinen. Die Erstattung der einer Partei entstandenen Auslagen kann nach § 52 Abs. 1 vom Gegner nur gefordert werden, insoweit das PGE. bei der Entsch. die Erstattung ausdrücklich angeordnet hat. Die Anordnung kann also nach dem klaren Wortlaut dieser Vorschrift nur bei der Entsch. erfolgen. Hiermit ist die Entsch. in der Hauptsache gemeint; nicht etwa kann durch den Zusatz „bei der Entsch.“ eine Entsch. allein über die erstattungsfähigen Auslagen für erforderlich erklärt sein. Eine solche Auslegung ist mit dem Wortlaut unmöglich zu vereinigen.

Es ist auch aus § 29 Abs. 2 für die Bejahung der Rechtsfrage

eine reine Kostenentscheidung über die Gerichtskosten verstehen. Weshalb bei einer solchen nach § 29 PachtfchD. für sich allein ansehbare Entsch. nicht zugleich auch über die außergerichtlichen Kosten entschieden werden kann, ist unverständlich. Die Unterlegung des RG. über die Nomenklatur des Gesetzgebers ist nicht stichhaltig. Das Wort Kosten wird vom Gesetzgeber auch bei den Parteikosten gebraucht. Das folgt nicht nur aus § 29 Abs. 2, sondern auch direkt aus § 52, wo es bei den Auslagen heißt: „insbes. Vertreterkosten“. Diese Auslegung des RG. erscheint demnach zum mindesten geucht. Damit entfällt dann auch der Sinn für die Gegenüberstellung des § 29 Abs. 2 als allgemeiner Vorschrift mit § 52 als besonderer, der ersteren vorgehenden Vorschrift.

Den sachlich richtigen Weg weist § 51 Abs. 2 Satz 1, ferner Abs. 3, welcher diejenigen Fälle trifft, in denen im Gegensatz zu § 51 Abs. 1 Satz 1 keine eigentliche Sachentscheidung erfolgt. Das sind u. a.: a) das Ruhen des Verfahrens, b) die Zurücknahme des Antrages aus sachlichen oder formellen Gründen. Hier liegt freilich ein Sachentscheid im negativen Sinne vor, doch scheint die PachtfchD. diese Entsch. im Gegensatz zu § 51 Abs. 1 Satz 1 nicht zu den Sachentscheidungen zu zählen. c) Ferner die Erledigung in der Hauptsache ohne Erledigung der Kostenfrage. Dies betrifft den Fall, an den der § 29 Abs. 2 besonders anknüpft. Hier anzunehmen, daß nur über die Gerichtskosten entschieden werden kann, nicht aber über die Parteikosten, würde unverständlich sein. Dem Wortlaut des § 52, daß die Erstattung bei der Entsch. anzuordnen ist, wird zwanglos Genüge geleistet. Erwägt man, wie oben angeführt, daß die Entsch. des RG. zu höchst unbilligen Ergebnissen führen kann, so kann nach alledem Vorgebrachten nur eine Fehlentscheidung angenommen werden.

Zu den nach § 51 Abs. 2 Satz 1 geregelten Fällen gehört auch die Zurücknahme des Antrages. Während nun aber in dem oben zu

nichts zu entnehmen. Dort ist die Beschwerde gegen die Kostenentscheidung zugelassen, die ohne Entsch. zur Hauptsache ergeht. Dabei kann es sich aber nur um eine Entsch. über die beim Pacht- u. selbst entstandenen Kosten handeln. Die einem Gegner erwachsenen Unkosten nennt die Pachtch. in § 52 Abs. 1 Auslagen, die beim Pacht. entstandenen Gebühren und Auslagen bezeichnet sie, u. a. in § 51, als Kosten. Sie macht also zwischen beiden Posten einen klaren Unterschied. Allerdings spricht § 29 Abs. 2 Satz 1 von einer Entsch. über den Kostenpunkt, die beides betrifft, denn in diesem Satze sind §§ 51, 52 besonders angeführt. Daraus folgt aber für die Zulassung einer Entsch. über die außergerichtlichen Kosten ohne Beschluß zur Hauptsache nichts, denn Satz 1 verbietet nur die Anfechtung der Kostenentscheidung ohne Anfechtung der Hauptsache. Wenn sodann Satz 2 die Anfechtung der nur über Kosten ergangenen Entsch. unter Umständen gestattet, so folgt daraus zwar, daß eine solche Entsch. vorkommen kann, nicht aber deutet der Satz darauf hin, daß sie sowohl im Falle des § 51 wie des § 52 zugelassen sein soll. § 29 ist eine Vorschrift über die Anfechtung von Entsch., nicht über den zulässigen Inhalt der Beschlüsse. Demzufolge ist § 52 Abs. 1, weil er gerade die Zulassung einer Entsch. über die Auslagen der Partei regelt, als die Sondervorschrift zu betrachten, die nicht durch Schlußfolgerungen aus § 29 inhaltlich verändert werden kann. Aus diesen Gründen mußte der Sen. die Rechtsfrage in Übereinstimmung mit dem Kommentar von Wagemann-Martiz (4 zu § 52) verneinen.

(RG., 17. Zivilsen., RE. v. 1. Okt. 1928, 17 Y 77/28.) [G.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von M. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

I. § 292 StGB.; Art. 23 Ziff. 1, 14 BayJagdG. Unter Jagen versteht man eine im Freien entfaltete, auf die Okkupation von Wild gerichtete Tätigkeit, nicht auch eine solche, die innerhalb eines Gebäudes vorgenommen wird. †)

Zur Entsch. stand die Frage, ob das Einfangen des Iltisses, eines jagdbaren Tieres (BayWD. v. 11. Juli 1900, § 1 A Ziff. 16) durch den Angekl. in seiner Scheune ein „Jagen“ oder, was dem gleichsteht, eine „Jagdausübung“ i. S. des BayJagdG. darstellt. Die Frage ist zu verneinen. Nach landläufiger Auffassung versteht man unter „jagen“ eine im Freien, unter freiem Himmel, entfaltete, auf die Okkupation von Wild gerichtete Tätigkeit, nicht auch eine solche, die innerhalb eines überdachten, völlig umschlossenen Raumes, also eines Gebäudes, vorgenommen wird. Pollwein, Das bay. Jagdrecht, 11. Aufl., Anm. 1 S. 36 zu Art. 2 und Anm. 1 S. 3 Abs. 2 a S. 118 zu Art. 14, sagt daher — in Übereinstimmung mit seiner Abhandlung in Bl. f. R., 74, 410 ff. — völlig zutreffend: „In Behausungen, Stallungen und Ställen ‚jagt‘ man nicht“ (a. M. Behr, Das bay. Jagdgesetz, 2. Aufl., Anm. A II 4 S. 204 zu Art. 14; Wirsching, Jagdrecht S. 75).

b geschilderten Fall die gesetzliche Kostenbestimmung durch einen mit der abweisenden Entsch. verbundenen gerichtlichen Kostentitel praktisch gemacht werden kann, ist dasselbe in diesem sowie dem oben zu c genannten Fall nur möglich durch eine reine Kostenentscheidung. Diese Entsch. ist erst möglich, nachdem der Antrag zurückgenommen worden ist. Deshalb muß es auch möglich sein, den Antrag auf Kostenentscheidung und damit auch auf Erstattung von Parteikosten noch nach der Zurücknahme des Antrags zu stellen. Anders als bei einer Sachentscheidung, durch welche, wenn eine Entscheidung nach § 52 nicht ausgesprochen und auch vorher nicht beantragt ist, das Verfahren in diesem Abschnitt und evtl. überhaupt zu Ende ist. Hier liegt eine Unbilligkeit nicht vor, da man mit dieser Beendigung rechnen muß, jedenfalls aber kann.

RM. Weizen IV, Hilsesheim.

Zu 1. So sehr die Freisprechung des Iltissjägers auch dem Rechtsgefühl entspricht, wird man doch im allgemeinen für den Rechtsbegriff des „Jägers“ nicht allzu sehr der landläufigen Auffassung nachgeben dürfen, wenn man nicht zu unbefriedigenden Resultaten kommen will. Gewiß gehört sowohl nach dem Sprachgebrauch als auch nach der Volkswirtschaft zum „Jäger“ eine Betätigung in der freien Natur. Aber beide verbinden damit auch noch zwingend das Erfordernis eines Auswandes gewisser auf ein Erlangen des Wildes gerichteter Anstrengungen. Deswegen wird das Volksempfinden niemals in dem Aufnehmen von Fellewild ein „Jagen“ sehen. Man spricht sogar in Jägerkreisen nicht von „jagen“, wenn man einen Fuchs im Eisen gefangen hat. Ohne Beachtung dieser landläufigen Auffassung liegt rechtlich aber in beiden Fällen eine Jagdausübung vor und solche muß zum Schutze des Jagdrechts auch darin gesehen werden. Es besteht also eine Verschiedenheit des

Aus den Bestimmungen des BayJagdG. — wie auch aus seiner Entstehungsgeschichte — ist nicht zu entnehmen, daß das Gesetz von dieser natürlichen Auslegung des Begriffes abweichend wollte, im Gegenteil, es geht mit Sicherheit aus dem Gesetze hervor, daß es sich ihr angeschlossen hat. Wenn es in Art. 1 das Jagdrecht mit Grund und Boden verknüpft, so ist damit keineswegs gesagt, daß nun auch jede Wildnachstellung durch den Eigentümer auf seinem Grund und Boden ein „Jagen“ sei. Die Bestimmung zwingt keineswegs zu der Annahme, daß auch eine Wildnachstellung des Eigentümers innerhalb seines Hauses sich als Ausübung seines Jagdrechts darstelle. Daß der Gesetzgeber diese Handlung nicht als Jagdausübung aufgefaßt wissen wollte, erhellt unzweideutig aus der Fassung des Art. 2 Ziff. 1 d. Ges. Denn es ist danach die Ausübung des Jagdrechts durch den Eigentümer selbst zulässig „auf allen unmittelbar an die Behausung anstoßenden Hofräumen und Hausgärten“. Hätte das Gesetz auch die Nachstellung innerhalb der Behausung als Ausübung des Jagdrechts betrachtet, so hätte es sich anders ausgedrückt und die Behausung ausdrücklich neben den Hofräumen und Hausgärten als Teil des dem Grundeigentümer vorbehaltenen eigenen Jagdausübungsgebietes bezeichnet. Daß dies unterblieb, erklärt sich eben damit, daß das Gesetz — in Übereinstimmung mit der landläufigen Auffassung — ein Jagen nur dann annimmt, wenn die Handlung im Freien vorgenommen wird, und zwar nicht nur „im Wald und auf der Heide“, welcher Auffassung anscheinend das AG. ist, sondern, wie gerade Art. 2 Ziff. 1 klar ausdrückt, auch in Hofräumen und Hausgärten der dort bezeichneten Art.

Daß die Weglassung der Behausung in Art. 2 Ziff. 1 nicht etwa zu dem Schlusse berechtigt, der Gesetzgeber habe es hinsichtlich ihrer bei der Regel des Art. 4 (Verpachtung des Jagdausübungsrechts durch die Gemeinde) belassen wollen, versteht sich von selbst. Denn man würde sonst zu dem unmöglichen Ergebnisse kommen, daß der Jagdpächter selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Inhabers in die Behausung eindringen und dort die Jagd ausüben könnte. Der Gesetzgeber hat die Regelung in Art. 2 Ziff. 1 zugunsten des Grundeigentümers im Interesse der „Heilighaltung“ der dort bezeichneten Räume getroffen. Es ist undenkbar, daß er dieses Motiv bei der Behausung, auf die es doch in weit höherem Maße zutrifft, preisgegeben haben sollte.

Was von der eigentlichen „Behausung“ gilt, muß sinngemäß auch bei den zu ihr gehörenden anderen Gebäuden, Stallungen, Ställen usw. angenommen werden.

Das Ergebnis dieser Erörterungen ist, daß der Eigentümer, ohne hierdurch als Jagdausübender zu erscheinen, jagdbares Wild, das in seine Behausung — in dem erläuterten weiteren Sinn — eindringt, frei okkupieren darf, gleichviel, ob es sich um Raubzeug oder um andere Wildarten handelt, und ohne Rücksicht darauf, ob ihm von dem eingedrungenen Wild Schaden droht oder nicht. Er übt in diesem Fall nicht nur dann keine Jagd aus, wenn er das Wild wie hier erlegt oder fängt, um weiteren Schaden zu verhüten, sondern auch dann, wenn er es tut, um es für sich zu verwenden. Der in der Entsch. des erk. Sen., RevReg. I Nr. 397/21, eingenommene Standpunkt, das Fangen eines Iltisses in der zur Behausung gehörenden Scheune sei jedenfalls dann Jagdausübung, wenn es nicht zum Zwecke der Schadenserhaltung, sondern zu dem hier

Begriffes „Jagen“ nach dem Sprachgebrauch und der Rechtsauffassung.

Auch in der letzteren wird man, um zu befriedigenden Entsch. kommen zu können, nach dem Zweck und Sinn der auf die „Jagdausübung“ in einzelnen anzuwendenden Vorschriften eine Unterscheidung machen müssen. Man wird den Begriff des „Jagens“ anders auslegen müssen, wenn es sich wie im vorliegenden Falle um die Frage des Erfordernisses einer Jagdkarte handelt als in den Fällen, in welchen ein rechtswidriger Eingriff in das Jagdrecht eines anderen zur Entsch. steht. Der Zweck der Jagdkarte ist nach allen Jagdgesetzen der, dafür zu sorgen, daß unlautere Elemente der Jagd möglichst ferngehalten werden und die Jagdausübenden die jagdbliche Handfeuerwaffe auch bedienen können. Sie ist also lediglich ein im öffentlichen Interesse ausgestelltes polizeiliches Kontrollpapier für denjenigen, der die Jagd nach der landläufigen Auffassung, also in der freien Natur unter Aufsuchen von Wild, ausüben will. Für jemanden, der in der Scheune ein jagdbares Tier fängt, selbst in dem Falle, daß er dabei das Jagdrecht eines anderen verletzt, also im Rechtssinne eine „Jagd“ ausüben sollte, fallen diese Voraussetzungen, welche zur Einführung der Jagdkarte Veranlassung gegeben haben, vollständig weg. Das Erfordernis einer Jagdkarte für ein „Jagen“ in der Behausung muß deshalb als sinn- und zwecklos bezeichnet werden. Es kann daher nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, auch für eine derartig räumlich beschränkte Jagdausübung die Ausstellung einer Jagdkarte zu verlangen. Ohne den Begriff des „Jagens“ allgemein festzulegen, kommt man bei dieser Auslegung des Gesetzes zu einer auch rechtlich befriedigenden Freisprechung wegen Nichtbesitzes einer Jagdkarte in solchen Fällen „einer Jagd im Hause“.

RM. Prof. G ö r k e, Eberswalde.

Wertzberwertung gefchehe, kann nach nochmaliger Prüfung nicht aufrechterhalten werden.

Mit Polkwein am zuerst a. D. hier von einem „Jagdrechtm im weiteren Sinn“ zu sprechen, ist nicht beanlagt und zudem irreführend, da auch nach seiner Ansicht ein „Jagen“ als Betätigung eines Jagdrechtes überhaupt nicht in Frage steht.

Ob der Angekl. bei Annahme einer Jagdausübung nicht aus dem Gesichtspunkt des Notstandes nach § 228 BGB. straffrei zu bleiben hätte, bedarf bei der gegebenen Sachlage keiner Unterfuchung, wie auch unerörtert bleiben kann, ob der Fall anders zu beurteilen wäre, wenn er den Fittis in seine Scheune gelockt hätte, denn er hat dies festgestelltermaßen nicht getan.

(BayObLG., StrSen., Ur. v. 14. Mai 1929, RevReg. I Nr. 281/29.)

*

2. § 361 Nr. 4 StGB. Das sog. Leichenbitten ist in der Regel nicht Bettel.

Das Leichenbitten, eine alte in ländlichen Bezirken vielfach noch lebendige Volkssitte, besteht darin, daß das Ableben eines Menschen und die Zeit seiner Beerdigung mit der Einladung, an dieser teilzunehmen, in dem Kreise der Personen, bei welchen man ein Interesse an der Mitteilung des Ablebens und eine Beteiligung an dem Leichenbegängnisse erwartet, durch einen Boten, den sog. Leichenbitter, herumgeführt wird. Es entspricht der Sitte, daß die so zur Leiche Gebetenen dem Leichenbitter eine kleine Gabe in Geld oder Lebensmitteln verabreichen. Nach der volkstümlichen Auffassung werden diese Gaben dem Leichenbitter nicht mit Rücksicht auf eine bei ihm etwa vorhandene persönliche Bedürftigkeit aus Mildtätigkeit als Almosen gereicht, sondern als Vergütung für die von ihm aufgewandte Zeit und Mühe. Der Leichenbitter will in der Regel natürlich auch nicht aus reiner Uneigennützigkeit und Opferwilligkeit umsonst tätig sein; es kommt ihm auf die Erlangung jener Gaben an. Er erbittet sie aber nicht unter ausdrücklicher oder stillschweigendem Hinweis auf eine persönliche Bedürftigkeit und nimmt sie auch nicht als Almosen, sondern als übliche Vergütung an. Deshalb kann das Leichenbitten einschließlich der Entgegennahme der Gaben der Benachrichtigten durch den Leichenbitter in Regelfälle nicht unter den Begriff des Bettels nach § 361 Nr. 4 StGB. fallen. Denn zur Erfüllung des Tatbestandes dieser Vorschrift fehlt es auf der Seite des Leichenbitters an der Anrufung der fremden Mildtätigkeit unter Betonung der eigenen Bedürftigkeit und an der Entgegennahme des Vereichten im Bewußtsein, eine milde Gabe, ein Almosen und nicht etwas Verdientes zu empfangen, und auf der Seite der zur Leiche Gebetenen in dem Geben aus Mildtätigkeit wegen der persönlichen Bedürftigkeit eines Bittenden.

Das schließt nicht aus, daß auch das Leichenbitten im einzelnen Falle sich als Bettel, und zwar als sog. versteckter Bettel, darstellen kann. Dies dann, wenn es in einer Art geschieht, die es nur als einen auch für die Gebetenen erkennbaren äußeren Vorwand für eine von dem Leichenbitter tatsächlich gewollte und ausgeführte Inanspruchnahme der fremden Mildtätigkeit erscheinen läßt. Eine solche Beurteilung wird namentlich dann gerechtfertigt sein, wenn das Leichenbitten bei Personen geschieht, bei welchen mangels verwandtschaftlicher, freundschaftlicher oder nachbarlicher Beziehungen zu dem Verlebten und den Hinterbliebenen ein Interesse an der Mitteilung des Todes oder eine Beteiligung an seinem Leichenbegängnisse von vornherein nicht zu erwarten ist. Dann wird es in der Regel dem Leichenbitter in Wirklichkeit nicht darauf ankommen, den Todesfall anzukündigen und zur Teilnahme an der Beerdigung einzuladen, sondern er wird es lediglich darauf absehen, unter dem Deckmantel des Leichenbittens und unter ausdrücklicher oder stillschweigender Herausstellung einer Bedürftigkeit die Mildtätigkeit der Benachrichtigten anzurufen, und diese werden ihrerseits das Anliegen des Todesfalls nur als versteckte Bitte um eine milde Gabe betrachten, und wenn sie etwas geben, die Zuwendung in dieser Auffassung und nicht auf Grund der Volkssitte als herkömmliches Reichnis für den Leichenbitter machen, also ein Almosen verabreichen wollen und verabreichen (vgl. BayObLGSt. 5, 26; 14, 270).

Solche Verhältnisse liegen aber nach den tatsächlichen Feststellungen hier nicht vor. Das AG. hat die Annahme des Bettels lediglich darauf gestützt, daß der Angekl. sich der Schwiegerochter des Verstorbenen zum Leichenbitten angeboten hat und daß für ihn hierbei die Erlangung der gebräuchlichen Gaben bestimmend gewesen ist. Allein es kann nicht entscheidend sein, ob der Leichenbitter sich zum Leichenbitten angeboten hat oder ob er dazu von den Hinterbliebenen aufgefordert wurde. Es kann auch nicht entscheidend sein, daß der Leichenbitter das Anliegen übernommen hat, um die herkömmlichen Reichnisse zu bekommen. Denn es ist, wie auch oben bereits ausgeführt wurde, gewöhnlich, daß er sich dieser Aufgabe nicht aus selbstloser, uneigennütziger Gesinnung unterzieht, sondern in der Erwartung, in den herkömmlichen Gaben eine Entlohnung für die von ihm aufgewandte Zeit und Mühe zu erhalten.

(BayObLG., StrSen., Ur. v. 9. Juli 1929, RevReg. I Nr. 464/29.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Mugsburg.

I. Materielles Recht.

1. §§ 465, 466 BGB. Umtauschvereinbarung im Pferdehandel. Wird zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart, daß der Verkäufer das verkaufte Pferd zurückzunehmen und an seiner Stelle ein mangelfreies zu liefern habe, so bedeutet diese Vereinbarung die Wandlung des ursprünglichen und den Abschluß eines neuen, selbständigen Kaufvertrages. †)

Aus den eigenen Erklärungen der Streitstelle ergibt sich, daß sich die Parteien dahin verglichen haben, daß der Kl. die Rappstute „zurücknehmen“ und dem Bekl. ein „anderes“ Pferd liefern solle.

Dazu kommt noch, daß der Kl. im Schriftsatz seines Prozeß-

Zu 1. Im Vieh= speziell im Pferdehandel wird häufig die sog. Umtauschklausel vereinbart. Das Ur. des OLG. Mugsburg gibt Anlaß, diese vielbestrittene Frage näher zu erläutern. Im Volksmund wird vielfach von Umtausch gesprochen in Fällen, in denen juristisch von einem Umtausch gar keine Rede sein kann.

I. Kapitel.

Wann liegt ein Kauf auf Umtausch vor?

Ein solcher liegt nur dann vor, wenn die Vertragsparteien beim Kaufabschluß vereinbaren, daß der Käufer eines Tieres ohne Angabe von Gründen berechtigt sein soll, nach Kaufabschluß und Übergabe statt des gelieferten Tieres ein anderes zu verlangen. Das ist kein Kauf auf Probe (§ 495 BGB.), denn der Kauf ist fest abgeschlossen, nicht etwa unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung des gekauften Tieres (OLG. Rostock, SeuffArch. 56 Nr. 196 S. 348; OLG. Dresden: OLG. 8 Nr. 7 d S. 36; OLG. Zweibrücken, SeuffArch. 63 Nr. 182 S. 315; OLG. Celle: OLG. 20 Nr. 9 b S. 166).

I.

Beim Kauf auf Umtausch liegen zwei Käufe vor:

Der ursprüngliche Kauf, bei dem die Umtauschklausel vereinbart wurde; sodann der Ersatzkauf, durch den an Stelle des ursprünglichen Kaufobjektes ein anderes zu dem gleichen oder erst noch zu vereinbarenden Preis gesetzt wird.

Beispiel: Ursprünglicher Kauf: Ich kaufe ein Paar Läuferfische unter Vorbehalt des Umtausches um 30 RM pro Stück. Ersatzkauf: Ich will die beiden Läuferfische umtauschen, gehe zum Schweinehändler und suche mir ein Paar andere Läuferfische aus in der gleichen Preislage oder einer höheren, 35 RM pro Stück. Ich muß mich mit dem Verkäufer über die Ware (die beiden neuen Läuferfische) und den gleichgeliebten oder erhöhten Preis einigen, sonst kommt kein Ersatzkauf zustande.

II.

Der Kauf mit Umtauschklausel zeitigt Rechtsfolgen für Käufer und Verkäufer:

1. Für beide Teile.

Der ursprüngliche Kaufvertrag bleibt so lange aufrechterhalten, bis der Ersatzkauf abgeschlossen ist (OLG. Rostock, SeuffArch. 56 Nr. 196 S. 348).

2. Für den Käufer des Tieres.

Es steht vollständig im freien Belieben des Käufers, ob er bezüglich des gekauften Tieres einen Umtausch vornehmen will oder nicht (Staudinger-Kober, § 495 Anm. 3d; Staub-Koenige, Anhang zu § 382 Anm. 15). Diesem Belieben des Käufers ist jedoch eine Schranke gesetzt: Er muß in der Lage sein, das Tier in unversehrtem Zustande zurückzugeben. Wenn ich im Laden ein Paar weiße Glacehandschuhe unter Vorbehalt des Umtausches kaufe, dann kann ich sie nicht mehr umtauschen, wenn ich dieselben durch Tinte verunreinigt habe; wenn ich ein Reitpferd unter Vorbehalt des Umtausches gekauft habe, dann kann ich es nicht mehr umtauschen, wenn ich es lahmgeworden habe (ebenso Venel: JW. 1926, 1791).

3. Für den Verkäufer des Tieres.

Der Verkäufer ist unter der Voraussetzung der unversehrten Rückgabemöglichkeit des Käufers verpflichtet, das Umtauschverlangen des Käufers zu erfüllen, d. h. ein anderes Tier zu liefern, und zwar entweder das von vornherein bestimmte Ersatztier oder, wenn eine Vorbestimmung nicht stattgefunden hat, ein anderes, durch Vereinbarung, evtl. durch richterliches Ur. nach Anhörung von Sachverständigen erst zu bestimmendes, annähernd gleichwertiges Ersatztier. Das Ersatztier ist unter Umständen weniger, unter Umständen aber mehr wert wie das ursprünglich gelieferte Tier. Es hat deshalb auch bezüglich des Preises für das Ersatztier eine Einigung zwischen den Vertragsparteien stattzufinden (OLG. Rostock, SeuffArch. 56 Nr. 196 S. 348). Hier gibt es nun zwei Möglichkeiten:

Der Verkäufer will kein annähernd gleiches Tier liefern, sondern z. B. eine Schindmäre oder zwar ein annähernd gleiches Tier,

bevollmächtigten erklären ließ, er habe sich vergleichsweise zur Zurücknahme der Rappstute bereit erklärt, und daß er seine Verpflichtung zur Lieferung eines „anderen“ Pferdes dadurch anerkannte, daß er nach seinem eigenen Vorbringen dem Bekl. das „andere“ Pferd wiederholt, insbes. mittels eingeschriebenen Briefes angeboten hat.

Hiernach erachtet das BG. für erwiesen, daß die Streitparteien sich auf die Rückgängigmachung (Wandelung) des ursprünglichen Kaufvertrages hinsichtlich der Rappstute einigten (§§ 465, 466 BGB.) und nun im Anschluß an diese Rückgängigmachung einen neuen, selbständigen Kaufvertrag hinsichtlich eines noch zu liefernden „anderen“ Pferdes schlossen, wobei noch vereinbart wurde, daß das andere Pferd unter den gleichen Bedingungen, wie seinerzeit die Rappstute, zu liefern sei, insbes. fromm und zugest sein müsse.

Nun haben allerdings die Streitparteien noch die „Nebenabrede“

aber zu einem übermäßig hohen Preis. Hier kann der Käufer einen doppelten Weg gehen:

a) Er kann dem Verkäufer sagen: Ich bin zwar berechtigt umzutauschen, Du hast mir aber diesen Umtausch unmöglich gemacht, ich gebe Dir deshalb das Tier zurück und verlange den von mir bezahlten Kaufpreis heraus. Venzl: JW. 1926, 1791 kommt zu dem gleichen Ergebnis, wenn er schreibt: „Die Umtauschklausel ist ein Vorbehalt des Rücktritts unter der doppelten Bedingung unversehener Rückgabe der empfangenen Ware und des Kaufes einer anderen ungefähr gleichwertigen. Vereitelt der Verkäufer die Erfüllung dieser zweiten Bedingung z. B. durch Forderung eines unangemessenen Preises, so gilt die Bedingung nach § 162 I BGB. als erfüllt und der Umtauschvorbehalt reduziert sich auf den Rückgabevorbehalt“ (vgl. zu der ganzen Frage auch Niebow, Der Kauf auf Umtausch 1924; Vertmann, SeuffBl. 71, 685; Soergel, § 496 Anm. 7 BGB. und die dort zitierte Literatur und Spr.).

b) Er kann aber auch auf Lieferung eines annähernd gleichen Ersatztieres bestehen und den Verkäufer auf Lieferung eines solchen verklagen gegen Bezahlung des nach dem Gutachten von Sachverständigen zu ermittelnden, durch den Richter zu bestimmenden angemessenen Kaufpreises.

II. Kapitel.

Wann liegt kein Kauf auf Umtausch vor?

Kein Kauf auf Umtausch ist gegeben in folgenden Fällen:

1. Bei einem Kaufabschluß mit besonderer Mängelabrede.

Die Vertragsteile haben beim Kaufabschluß vereinbart: Der Käufer des Tieres muß, um umtauschberechtigt zu sein, Gründe darlegen und irgendwie beweisen, daß das den Gegenstand des ersten Kaufes bildende Tier einen Hauptmangel hat oder daß demselben eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. In diesem Falle liegt kein Kauf auf Umtausch vor, sondern ein einfacher Kauf mit besonderer Mängelabrede (Staudinger-Rober, § 459 Anm. 3d): Der Käufer ist unter Ausschluß der gesetzlichen Gewährleistung lediglich berechtigt, vom Verkäufer Erfüllung des Vertrages in der Weise zu verlangen, daß der Verkäufer das gelieferte Tier zurücknehmen und statt desselben dem Käufer ein anderes Tier liefern muß. Es bleibt also der ursprüngliche Kaufvertrag mit allen seinen Folgen (Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen) so lange aufrecht erhalten, bis ein Ersatzkauf abgeschlossen ist. In diesem Sinn hat das RG. (18. Okt. 1907 II 189/07, DLG. 33, 283) entschieden:

„Die sog. Umtauschklausel:

Falls das Pferd einen gesetzlichen Fehler haben oder sonst nicht passen sollte, findet lediglich Umtausch statt, und zwar unter eventueller Vorauszahlung oder Zuzahlung“ war dahin ausgelegt worden:

Der Käufer solle unter Ausschluß der Gewährleistung lediglich berechtigt sein, statt des verkauften und übergebenen Pferdes Erfüllung in der Form zu verlangen, daß er gegen Zurückgabe des übergebenen Pferdes ein anderes Pferd aus den Beständen des Verkäufers (des Pferdehändlers) auswählen dürfe; der Verkäufer habe dem Käufer, sobald er die Auswahl getroffen, einen Kaufantrag zu machen und müsse das verkaufte Pferd anbieten; durch Annahme dieses Antrages komme alsdann ein Ersatzkauf zustande, während, so lange der Käufer die Wahl zu treffen ablehne, der alte Vertrag und die Pflicht des Käufers aus letzterem, den Kaufpreis zu zahlen, unverändert fortbestehen.

Diese Auslegung enthält keine Gesetzesverletzung.“

Verlangt der Käufer die Zurücknahme des ihm gelieferten Tieres, dann ist er verpflichtet, ein Ersatztier zu nehmen und der Verkäufer ist im Weigerungsfalle berechtigt, den Käufer auf Abnahme eines Ersatztieres zu verklagen.

2. Bei einer Vereinbarung nach dem Kaufabschluß im Falle des Vorhandenseins eines besonderen Mangels.

In der Praxis kommt folgender Fall vor: A. verkauft an B. ein Pferd um 1000 R.M. Innerhalb der Gewährfrist zeigt sich beim

getroffen, daß der Bekl. die Rappstute so lange behalten müsse, bis ihm der Kl. das „andere“ Pferd geliefert habe. Allein durch diese Nebenabrede sollte nicht die Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrages von der Bedingung abhängig gemacht werden, daß der Bekl. das „andere“ Pferd vom Kl. abnehme, sondern es sollte durch sie lediglich die Verpflichtung des Bekl. zur Rückgewähr der Rappstute auf Grund der bereits vollzogenen Wandelung (§ 465 BGB.) hinausgeschoben werden bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Kl. dem Bekl. das „andere“ Pferd liefere. In dieser Nebenabrede lag zugleich ein Entgegenkommen des Kl. insofern, als der Bekl. nun die Rappstute trotz der Rückgängigmachung des Kaufvertrages noch bis zu dem erwähnten Zeitpunkte benutzen durfte.

Hätten aber die Streitparteien die Wandelung des ursprünglichen Kaufvertrages bindend vollzogen (§ 465 BGB.), so hätte dadurch der

Pferd ein Hauptmangel. A. und B. vereinbarten nun: A. verpflichtet sich, das mit dem Hauptmangel behaftete Pferd zurückzunehmen und an dessen Stelle dem B. ein anderes, fehlerfreies Tier zu liefern. Liegt nun in einer derartigen Vereinbarung eine Umtauschvereinbarung oder die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Kaufvertrages, der nur seinem Inhalte nach, nämlich hinsichtlich des Kaufgegenstandes, unter Umständen auch des Preises geändert wird, oder aber die Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufvertrages und zugleich der Abschluß eines neuen Kaufvertrages?

A. Von einer Umtauschvereinbarung kann keine Rede sein, das Vorhandensein einer Tauschabsicht ist zu verneinen; denn wenn das dem Käufer hingeebene Tier auch mit einem Hauptmangel behaftet ist, dann wäre die Folge der Wandelung des Kaufvertrages die, daß der Käufer das alte mangelhafte Tier wiederbekommen würde, das er ja loshaben wollte, ein Ergebnis, das der Käufer sicherlich nicht will.

B. Es liegt aber auch keine Aufrechterhaltung des ursprünglichen Kaufvertrages vor.

In der 6. Aufl. meines Kommentars S. 261—262 habe ich die Ansicht vertreten, daß der ursprüngliche Kaufvertrag aufrechterhalten und nur seinem Inhalte nach, nämlich hinsichtlich des Kaufgegenstandes geändert wird. Nach wiederholter Prüfung halte ich diese Ansicht nicht mehr aufrecht, und zwar deshalb, weil für den Käufer sich in der Praxis insbes. dann Schwierigkeiten ergeben, wenn der Verkäufer, was nicht selten vorkommt, bezüglich des zu liefernden neuen Tieres Schwierigkeiten macht oder wenn er zwar das neue Tier liefert, aber nur mit einem Hauptmangel behaftet. Kommt es dann bezüglich des mangelhaften neuen Tieres zur Wandelung, dann würde der Vertrag bezüglich des erstgelieferten Tieres wieder in Kraft treten und es müßte der Streit bezüglich des ersten Tieres durchgeführt werden, ein Ergebnis, das die Parteien unmöglich gewollt haben können. Abgesehen davon ergeben sich für den Käufer Schwierigkeiten wegen der Verjährung, die allerdings, wie das im II. Kapitel zit. Ur. des OLG. Karlsruhe ausführt, beseitigt werden könnten. Der Käufer will aber einfache und klare Verhältnisse haben, sie sind nur bei Annahme der unter C. vertretenen Ansicht gegeben. Anders liegt die Sache, wenn einwandfrei festgestellt werden kann, daß der Wille der Parteien dahin gegangen ist, daß der ursprüngliche Kaufvertrag aufrecht erhalten werden und nur seinem Inhalte nach, nämlich hinsichtlich des Kaufgegenstandes geändert werden solle.

C. Die richtige Auslegung der eingangs erwähnten Abmachung, daß der Verkäufer A. das mangelhafte Pferd zurücknimmt und statt desselben ein mangelfreies Ersatztier liefert, geht vielmehr dahin, daß in dieser Abmachung eine doppelte Vereinbarung liegt:

1. Die Rückgängigmachung, die Wandelung des ursprünglichen Kaufvertrages mit allen ihren Folgen (vgl. Stölzle, Viehkauf, 6. Aufl., S. 264 ff., 342 ff.), so daß der Verkäufer auf Grund der vollzogenen Wandelung verpflichtet ist, das fehlerhafte Tier zurückzunehmen und Futterkosten zu bezahlen, moegen der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis zurückzubezahlen (a. M. DLG. Dresden 15, 305; SeuffArch. 60 Nr. 144 S. 271 = I. Samml. Stölzle 98).

2. Der Abschluß eines neuen Kaufvertrages bezüglich eines Ersatztieres. Hieraus ergeben sich als Folgen: Die Verpflichtung des Käufers, ein Ersatztier zu nehmen und für dasselbe den erst zu vereinbarenden Kaufpreis zu bezahlen. Es steht also nicht im Belieben des Käufers, ob er ein Ersatztier nehmen will oder nicht.

Die Verpflichtung des Verkäufers, ein annähernd gleichwertiges Ersatztier dem Käufer zu liefern.

Einigen sich die Parteien im Falle C. über Ersatztier und Kaufpreis, dann ist der Ersatzkauf mit allen seinen Folgen abgeschlossen. Die Gefahr bezüglich des neuen Tieres geht selbstverständlich erst mit der Übergabe des Ersatztieres auf den Käufer über, danach richten sich auch Beginn und Ende der Gewährfrist, Mängelanzeige, Verjährungsfrist usw.

Es besteht nun aber die Möglichkeit, daß die Vertragsteile sich über Ersatztier und Kaufpreis nicht einigen können.

a) Der Verkäufer will wohl ein Ersatztier liefern, aber ein

kl. seine Rechte aus dem ursprünglichen Kaufvertrage endgültig verloren.

Dementsprechend durfte er nicht deshalb, weil der Bekl. sich nachträglich geweigert hat, das „andere“ Pferd abzunehmen, wieder auf den früheren Kaufvertrag zurückgreifen, und vom Bekl. die Abnahme der Kappstute und die Zahlung des Kaufpreises verlangen.

Dazu wäre der Kl. nur berechtigt gewesen, wenn etwa durch eine spätere Vereinbarung der frühere Kaufvertrag wieder hergestellt worden wäre.

(OLG. Augsburg, Urt. v. 21. Mai 1929, VerReg. Nr. I L 84/27.)
Mitgeteilt von Dr. Ludwig Mayer, Augsburg.

*

Berlin.

2. Die §§ 557, 568, 581 BGB. sind auf den Jagdpachtvertrag nicht anwendbar.

Der innere Grund der Vorschrift des auf Pachtverhältnisse nach § 581 Abs. 2 nur entsprechend anzuwendenden § 557 BGB. ist der, daß der Verpächter dadurch, daß ihm der Pächter den verpachteten körperlichen Gegenstand vorenthält, außerstand gesetzt ist, diese Sache anderweitig durch Gebrauchsüberlassung zu verwerten. Eine solche Sachvorenthaltung kann aber beim Jagdpachtvertrag gar nicht in Frage kommen, denn der Jagdpächter erhält auf Grund des Vertrages nur das Recht, in dem Jagdbezirk zu jagen; die Übergabe einer Sache im Sinne von § 90 BGB., wie sie § 557 BGB. voraussetzt, findet nicht statt. Daher kann der Jagdpächter auch nicht eine Sache zurückgeben, vielmehr verliert er nur mit der Beendigung seines Pachtvertrages das Recht, den Jagdbezirk zu besagen. Der Jagdgemeinde ist es unbenommen, schon vor Beendigung des Jagdpachtvertrages das Jagdrecht an dem Bezirk anderweitig zu vergeben. Damit entfällt die Möglichkeit, auf den Jagdpachtvertrag den § 557 BGB. anzuwenden.

Aber auch eine Anwendung des § 568 BGB. auf den Jagdpachtvertrag gemäß § 581 Abs. 2 BGB. ist ausgeschlossen, weil § 568 gleichfalls das Vorliegen eines körperlichen Gegenstandes zur Voraussetzung hat. Dazu kommt, daß die Form des Jagdvertrages durch § 22 Pr.JagdD. v. 15. Juli 1907 strengen Vorschriften unterworfen ist, deren Nichtbefolgung nach § 24 Abs. 1 des gleichen Gesetzes die Nichtigkeit zur Folge hat. So ist insbes. Schriftlichkeit Voraussetzung für die Gültigkeit des Jagdpachtvertrages. Auch aus diesem Grunde erscheint die Annahme stillschweigender Fortsetzung eines Jagdpachtvertrages unzulässig.

(RG., 16. Zivilsen., Urt. v. 20. Sept. 1929, 16 U 5962/29.)

*

geringwertiges, schlechtes Ersatztier. In diesem Falle kann der Käufer einen dreifachen Weg gehen:

- a) er kann dem Verkäufer sagen: die Lieferung des schlechten Ersatztieres ist nicht Erfüllung des Vertrages, ich weise dieses Ersatztier zurück;
- β) er kann nach § 326 BGB. vorgehen,
- γ) er kann auf Lieferung des Ersatztieres bestehen und den Verkäufer auf Lieferung eines solchen gegen Bezahlung eines angemessenen Preises verklagen. In diesem Falle wird Ersatztier und Kaufpreis durch den Richter nach Anhörung von Sachverständigen bestimmt.
- b) Der Käufer will kein Ersatztier nehmen. Hier kann der Verkäufer den Käufer auf Abnahme eines Ersatztieres und Bezahlung eines angemessenen Kaufpreises verklagen.

III. Kapitel.

Die Gerichtspraxis.

1. RG. 18. Okt. 1907, II 189/07 (OLG. 33, 283).

Siehe oben II. Kapitel Ziff. 1.

2. OLG. Karlsruhe 26. Febr. 1912. ZBR. 133/11, II. Samml.

Stölzle S. 188 behandelt folgenden Fall:

Am 3. April 1911 kaufte der Kl. von der Bekl. eine Kappstute um 1250 RM und zeigte am 10. April 1911 dem Bekl. Mondblindheit des Tieres an. Am 1. Mai 1911 schlossen die Streitparteien einen Vertrag, wonach sie die Kappstute gegen eine dem Kl. gegebene Notschimmelsstute „tauschen“, wobei Bekl. noch eine Herausgabe von 55 M vom Kl. zu beanspruchen hatte. Die Streitparteien leisteten sich gegenseitig gegläubte Gewährschaft. OLG. führt aus:

„Für die Frage, ob durch eine Rückgängigmachung des Vertrages vom 1. Mai 1911 der Vertrag vom 3. April 1911 wieder Geltung erlangt, ist lediglich die Auslegung des ersteren Vertrages entscheidend. Es kommt darauf an, ob durch diesen Vertrag der frühere Kaufvertrag nur abgeändert oder ob er aufgelöst werden sollte. Letzteres war der Fall. Von einem „Tauschgeschäft“ kann nach der Vorgeschichte des Vertrages vom 1. Mai 1911 trotz dessen Bezeichnung und trotz der „gegenseitig“ übernommenen Gewährschaft (!) gar keine Rede sein. Nicht auf den gegenseitigen Umsatz zweier Individualleistungen ging die Absicht der Vertragsteile, sondern auf die Vermeidung eines wegen der Kappstute in Aussicht

3. §§ 1, 17 Pr.WassG. Abgrenzung zwischen Ausbuchtungen von Wasserläufen und zu Wasserläufen gehörigen Seen. An ersteren steht dem Anleger das Eigentum zu. (f)

Kl. verkaufte an die Bekl. ein am Wasser in der Gemarkung Heiligensee belegenes Grundstück, das als Anlandung vor dem bisher an die dem Kl. gehörige Wasserfläche angrenzenden Grundbesitz der Bekl. entstanden ist.

Die Bekl. hat die Wirksamkeit des Vertrages wegen Sittenwidrigkeit bezweifelt, ihn ferner wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten und endlich darauf hingewiesen, daß der Kl. nicht Eigentümer des verkauften Trennstücks sei.

Das OLG. hat verurteilt, das RG. abgewiesen.

Der Bekl. liegt der Beweis dafür ob, daß der Kaufvertrag als auf eine unmögliche Leistung gerichtet nichtig ist (§ 306 BGB.). Eine Nichtigkeit des Vertrages würde gegeben sein, wenn der Kl. in ihm ein Grundstück verkauft hätte, das bereits im Eigentum der Erwerberin stand (RGKomm., Bem. 8 Ib zu § 433; Planck, Bem. 3 zu § 433). Dies ist vorliegend der Fall. Nach der neuesten amtlichen Landesaufnahme stellt sich die Wasseransammlung, an der das Grundstück der Bekl. gelegen ist, nicht als ein See dar, aus dem ein Wasserlauf — wobei es sich hier nur um die Havel handeln kann — abfließt; nur solche Seen können aber als zu den Wasserläufen gehörig i. S. der §§ 1 Abs. 1, 17 Abs. 3 Pr.WassG. v. 7. April 1913 gelten (vgl. Holz-Kreuz, Komm. 3. Pr.WassG., § 1 Bem. 6a). Vielmehr ergibt die Landesaufnahme eindeutig, daß die in Rede stehende Wasserfläche eine Ausbuchtung des Wasserlaufes der Havel bildet, wie sie bei diesem Strom besonders häufig sind. Bei der außerordentlichen Breite des Zusammenhanges der Ausbuchtung an ihrem südlichen Ende mit der Havel ist es bedeutungslos, daß sich dieser Teil scheinbar in einer der Flußbewegung entgegengesetzten Richtung gebildet hat. Auch der Umstand, daß er augenscheinlich einen toten Arm der Havel darstellt, ist nicht geeignet, ihn nunmehr zu einem zu den Wasserläufen gehörigen See zu machen. Vielmehr ergibt die Karte, daß die Wasserfläche, deren Anliegerin die Bekl. war, als eine Ausbuchtung der Havel lediglich einen Teil eines Wasserlaufes bildet (vgl. Holz-Kreuz a. a. O., Bem. 6a zu § 1; § 2 Anm. 2a; hierzu auch Born, Komm. 3. Pr.WassG., Anm. zu §§ 2 und 1). Hierfür spricht auch, daß in der Anlage zum WassG., die alle, auch die unbedeutenden Ausbuchtungen der Havel besonders aufführt, die hier in Frage stehende nicht mit genannt ist, also nicht einmal als besonders zu erwähnende Ausbuchtung aufgefaßt ist. Infolgedessen greift die Ausnahme des § 17 Abs. 3 Pr.WassG., nach der das Eigentum an Anlandungen bei Seen, die zu den Wasserläufen gehören, den Seeigentümern zukommt, nicht Platz. Vielmehr war die Bekl.

stehenden Währschaftsprozesses, und diese Absicht sollte erreicht werden durch Rücknahme der Kappstute seitens der Bekl. und Lieferung eines anderen bestimmt bezeichneten Pferdes. Der Vertrag vom 3. April 1911 wurde also aufgehoben und ein neuer Kaufvertrag geschlossen. Der Fall liegt wesentlich anders als der in SeuffArch. Bd. 60 Nr. 144 behandelte Fall, in dem die Streitparteien vereinbarten, daß an Stelle des zurückzugewährenden Pferdes ein anderes fehlerfreies Pferd zu liefern sei. Hierdurch hatten die Streitparteien eine Vereinbarung getroffen, die der für Gattungskäufe durch § 480 BGB. getroffenen Regelung entsprach. In einem solchen Falle, in dem der Gegenstand nur generell bezeichnet ist, handelt es sich allerdings nur um eine Abänderung des früheren Vertrages hinsichtlich des Objektes. Vorliegend aber betraf der neue Vertrag eine Spezialleistung, und es war für den Inhalt des Vertrages gerade diese Einigung über das zu leistende Objekt von ausschlaggebender Bedeutung.“

3. Das Urteil des OLG. Augsburg stellt sich auf den gleichen Standpunkt wie das OLG. Karlsruhe. Aus den von mir in Vorstehendem angegebenen Gründen ist dieses Urteil zu billigen, denn es schafft für die Parteien einfache und klare Verhältnisse.

4. Vergleiche hierher auch das interessante Urteil des OLG. Eittenheim vom 26. Juni 1925 (II. Samml. Stölzle 98 ff.).

ZR. Dr. Stölzle, Rempten (Allgäu).

Zu 3. Die Havel ist ein Wasserlauf erster Ordnung. Über Anlandungen, die infolge von Unterhaltungsarbeiten entstehen, trifft das WassG. in den §§ 140 ff. Bestimmungen, welche dem Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung v. 20. Aug. 1883 nachgebildet sind. Das Urteil befaßt sich mit diesen Vorschriften gar nicht, wahrscheinlich weil die Anlandung nicht durch Unterhaltungsarbeiten hervorgerufen worden war. Das Urteil enthält keine Feststellung darüber, ob die Anlandung vor oder nach dem Inkrafttreten des Pr.WassG. v. 7. April 1913 entstanden war. Im ersteren Falle wäre das frühere Recht (§ 56 II 15 WR.) anzuwenden gewesen; dieses enthält aber inhaltlich dieselbe Bestimmung wie das jetzige Recht.

ZR. Dr. Riemann, Breslau.

nach dem Grundsatz des § 17 Abs. 1 PrWaffG. als Anliegerin Eigentümerin der streitigen Parzelle. Da es sich um einen nicht auf das Recht eines Vormannes zurückgehenden Erwerb handelt, bedurfte es einer Eintragung der Bekl. nicht (Art. 65 GGWB.).

(RG., Ur. v. 2. Mai 1929, 19 U 100/29.)

Mitgeteilt von Jk. Dr. Martin Löbvinson, Berlin.

Breslau.

4. Miete oder Pacht. Kündigung durch einen einzelnen Miterben des Vermieters. f)

(OLG. Breslau, Ur. v. 21. Aug. 1928, 5 U 291/28.)

Abgedr. Jk. 1929, 2895^o.

Selle.

5. HannJagdD. v. 11. März 1859. Zulässigkeit der Stellvertretungen bei Abstimmungen der Jagdgenossen. Kein Stimmrecht des Mitglieds einer Jagdgenossenschaft, mit dem ein Jagdpachtvertrag abgeschlossen werden soll. f)

Wie § 34 BGB., § 252 Abs. 3 GGWB., § 47 Abs. 4 GmbHG., § 43 Abs. 3 GenG., ferner die §§ 654, 456 und 181 BGB. zeigen, müssen grundsätzlich beim Abschlusse eines Vertrages nicht nur die Parteien selbst, sondern auch die für sie handelnden Vertreter verschiedene Personen sein. Im vorl. Falle waren allerdings die physischen Personen der beiden Bekl. B. und W. auch verschieden von der juristischen Person der Feldmarksgenossenschaft und die einzelnen Vertreter dieser nicht deren gesetzliche Vertreter. Aber hier ist zu beachten, daß die Feldmarksgenossenschaften Körperschaften ohne Verfassung, ohne Organe, sind, also überhaupt keine gesetzlichen Vertreter haben. Der sog. Jagdvorstand ist ein solches Organ nicht. Seine Befugnisse beruhen nicht auf dem Befehle, der Han. JagdD. v. 11. März 1859, sondern auf der MinBek. v. 11. März 1859, und sind in § 3 derselben erschöpfend umschrieben. Dazu gehört die rechtsgeschäftliche Vertretung der Jagdgenossenschaft nicht. Vielmehr kann diese dem Jagdvorstande nur im Wege der Ermächtigung durch die Versammlung der Feldmarksgenossen übertragen werden. Mangel eines besonderen gesetzlichen Vertreters ist bei den Feldmarksgenossenschaften deshalb der maßgebende Wille nur festzustellen durch den Gemeindeglieder. Wenn also die Mitglieder der Feldmarksgenossenschaft auch nicht deren gesetzliche Vertreter sind, so stehen sie bei der Entsch. der Frage, ob

Zu 4. A. Anm. Ruth, ebenda.

B. Ruth bezeichnet den Weg, auf dem die Entsch. das Kündigungsrecht der Kl. begründet, als etwas „gevunden“; dieser Weg ist aber in Wahrheit, wie gegen Ruth anzunehmen, ungangbar. Der Sachverhalt ist kurz folgender: Der Erblasser, der die Schneiderei in einer Mietwohnung betrieb, hatte seine Rechte an der Wohnung sowie die Schneidereinrichtung an die Bekl. verpachtet. Er hinterließ neben zwei anderen Kindern die Parteien als Erben; doch sollte Kl. die Wohnung nebst der Schneidereinrichtung zwecks Fortführung des Gewerbes durch sie vorweg erhalten (§ 2150). Demgemäß übergab Bekl. die Schneidereinrichtung der Kl., wogegen sie die von der Kl. bald nach dem Tode des Erblassers verlangte Herausgabe der Wohnung verweigerte. Das OLG. folgert hieraus, die Kl. könne von den übrigen Erben Übertragung des Besizes der Wohnung verlangen, und sie habe dies Verlangen als Maßregel zur Verwaltung oder Erhaltung des Nachlasses (§ 2038) ausgesprochen. — Das erscheint nicht richtig. Nach dem mitgeteilten Tatbestand war Gegenstand des Vermächtnisses die von der Bekl. innegehabte (erpachtete) Wohnung¹⁾; das Vermächtnis legte also nur der Bekl. eine Verpflichtung auf als der allein Beschwerten zugunsten der bedachten Kl. Andererseits endigte der Tod des Erblasser-Verpächters nicht das Pachtverhältnis; die Beschwerte war zur Herausgabe vielmehr erst nach Ablauf der Kündigungsfrist verpflichtet, und nach dem Sinn des Vermächtnisses sollte dies Kündigungsrecht zustehen der Kl. als der Bedachten. Sie bedurfte danach hierzu nicht der Mitwirkung der Miterben; die Kündigung diente nicht der Verwaltung oder Erhaltung des Nachlasses (§ 2038), sondern sie diente der Verwaltung des eigenen Forderungsrechts (§ 2174); Kl. war eben nicht bloß Miterbin, sondern zugleich auch Vermächtnisnehmerin (§ 2150). Dagegen ist auf dem vom OLG. verfolgten Weg nicht ein Kündigungsrecht begründbar; dieses ist eine Verfügung über den Nachlaß, die sämtlichen Erben nur gemeinschaftlich zusteht (§ 2040 Abs. 1). Kl. hat offenbar nur als Selbst- und Alleingläubigerin gekündigt, und die von Ruth unter Hervorhebung von Bedenken verlangte „Ausweitung“ des § 2038 kommt nicht in Frage.

RA. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

¹⁾ Ob der bis zur Räumung der Wohnung fällig werdende Pachtzins zum Nachlaß gehörte und eine etwaige Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung zum Nachlaß gehörte, ist aus dem mitgeteilten Tatbestand nicht ersichtlich, auch unerheblich.

die Feldmarksgenossenschaft einen bestimmten Pachtvertrag abschließen solle, doch den gesetzlichen Vertretern einer juristischen Person mit geordneter Verfassung der Sache nach gleich, weil es von ihrer Einschließung abhängt, ob ein Vertrag abgeschlossen werden soll oder nicht. Bei der Beschlußfassung über diese Frage übt die Versammlung der Jagdgenossen dieselbe Tätigkeit aus, die bei einer mit einer Verfassung ausgestatteten juristischen Person deren verfassungsmäßigen gesetzlichen Vertretern zukommt. Jedes Mitglied der Genossenschaft, das an der Abstimmung teilnimmt, beteiligt sich an der Feststellung des Willens der juristischen Person und vertritt deshalb der Sache nach zu seinem Teil den Willen derselben. Deshalb kann, soweit es das Gesetz nicht ausdrücklich zuläßt, der einzelne Jagdgenosse, der an einer solchen Abstimmung teilnimmt, nicht zugleich die Gegenpartei des Geschäftes sein, um das es sich bei der Abstimmung handelt.

Die HannJagdD. v. 11. März 1859 enthält über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Vertretung bei der Abstimmung in der Versammlung der Feldmarksgenossen keine besonderen Vorschriften. Insbes. enthält der § 5 HannJagdD. kein Verbot für eine solche Vertretung. Auch irgendein Gewohnheitsrecht oder eine übereinstimmende Übung in den Kreisen der Beteiligten hat sich in der Provinz Hannover oder Teilen derselben hierüber nicht gebildet. Wie die von den Regierungspräsidenten und Landratsämtern hierüber erstatteten Auskünfte und Berichte ergeben, besteht hinsichtlich dieser Frage überall in der Provinz die größte Mannigfaltigkeit. In manchen Gemeinden und Kreisen wird eine solche Vertretung ohne weiteres für zulässig gehalten; in anderen nur dann, wenn der Bevollmächtigte sich durch eine schriftliche Vollmacht ausweisen kann; in anderen Kreisen oder Gemeinden dagegen wird eine Vertretung überhaupt nicht für zulässig gehalten; in einigen Kreisen oder Gemeinden haben die Anschauungen hierüber im Laufe der Zeit auch gewechselt. Bei dieser Sach- und Rechtslage kam die Frage nur nach allgemeinen Grundsätzen aus der rechtlichen Natur der Sachlage beantwortet werden. Von dieser Grundlage aus ist das OLG. im Anschlusse an Stellung, Die hannoverschen Jagdgesetze in ihrer heutigen Gestalt (1905), § 5 Anm. V, zu der Ansicht gelangt, daß die Vertretung durch privatrechtlich Bevollmächtigte unzulässig sei, weil die Ausübung öffentlicher Rechte in Frage stehe. Das erscheint jedoch nicht richtig. Schon im Ur. v. 21. Mai 1924 (1 U 15/25) hat der Senat bemerkt, daß diese Begründung nicht einleuchtete, damals jedoch zu dieser Frage nicht endgültig Stellung genommen. Die erneute Prüfung der Frage führt dazu, die Stellvertretung für zulässig zu erachten. Allerdings ist durch die HannJagdD. v. 11. März 1859 (§§ 3 ff.) die Befugnis der Feldmarksgenossen, über die Ver-

Zu 5. Nach dem aus den Gründen etwas schwer zu entnehmenden Tatbestand haben B., W. u. M., welche drei die Feldmarksjagd pachten wollten, in der darüber entscheidenden Versammlung der Feldmarksgenossen über die Jagdverpachtung an sie mitgestimmt, und zwar B. u. W. in ihrer Eigenschaft als Feldmarksgenossen, M. dagegen als Bevollmächtigter des Feldmarksgenossen L., der sein Schwiegervater ist. Für B. u. W. lagen hierbei zweifellos widerstrebende Interessen vor und sie durften nach § 34 BGB. nicht mitstimmen. Aber mit Recht erklärt die Entsch. deswegen nicht den ganzen Beschluß der Genossen für nichtig. Nur die unzulässigerweise abgegebenen Stimmen sind ungültig. Der Beschluß selbst wird durch solches unzulässiges Mitstimmen in seiner Wirksamkeit auch in der Feldmarksgenossenschaft nur berührt, wenn die unzulässigen Stimmen ausschlaggebend gewesen sind, wenn also durch ihren Abzug von der Stimmeneinheit das Ergebnis der Abstimmung beeinflusst wird.

Bei der Beschlußfassung über die Jagdverpachtung handelt es sich, worin der Entsch. ebenfalls beizutreten ist, um ein privatrechtliches Vermögensrecht des einzelnen, selbst wenn im öffentlichen Interesse die Verpachtung durch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift geregelt ist. Auch die Jagdberechtigung selbst ist in ihrem privatrechtlichen Charakter ja nicht dadurch berührt, daß das öffentliche Interesse sie außerordentlich in ihrer Betätigung eingeschränkt hat. Trotz des öffentlich-rechtlichen Einschlags handelt es sich bei der Verpachtung auch einer Feldmarksjagd um einen privatrechtlichen Akt. Die Vollmacht für eine Stimmabgabe dabei bedarf deshalb auch keiner besonderen Form. Die Vertretungsmacht des M. auch für seinen Schwiegervater L. an der Abstimmung teilzunehmen, ist deshalb mit Recht anerkannt worden.

Aber auch der Zulässigkeit der Stimmabgabe des M. für L. bei der Abstimmung über die Jagdverpachtung an ihn als Mitpächter muß beigegeben werden. Für L., in dessen Namen M. stimmte, lag keine Interessenkollision vor. Trotz seines persönlichen Interesses konnte nach § 184 BGB. M. den L. auch bei dieser Abstimmung vertreten, wenn letzterer damit einverstanden war. Ein solches nachträgliches Einverständnis muß aber angenommen werden, da L. eine gegenteilige Meinung nicht zum Ausdruck gebracht hat. Aber auch wenn man die Unzulässigkeit des Mitstimmens für M. annehmen wollte, würde dies ebenso wie bei B. u. W. auf den Beschluß selbst nur einwirken, wenn die Stimme des M. mit ausschlaggebend gewesen wäre.

OGM. Prof. G ö r k e, Eberswalde.

waltung der Feldmarksjagd zu beschließen, im öffentlichen Interesse geregelt, und insofern handelt es sich hier um Vorschriften des öffentlichen Rechtes. Ihrem Ursprunge nach ist diese Befugnis aber doch ein Ausfluß des Eigentums an den in der Feldmark liegenden Grundstücken der einzelnen Feldmarksgenossen, also ein privates Vermögensrecht. Daran ist auch durch die im öffentlichen Interesse erfolgte Regelung der Ausübung dieses Rechtes und die darin zugleich liegende Beschränkung desselben durch die erwähnten Vorschriften der HannJagdO. nichts geändert worden; und um die Ausübung dieses privaten Vermögensrechtes handelt es sich, wenn gemäß § 5 HannJagdO. von der Gesamtheit der beteiligten Grundeigentümer, den Feldmarksgenossen, über die Verwaltung der Feldmarksjagd beschlossen werden soll. Deshalb ist kein Grund zu ersehen, weshalb der einzelne Grundeigentümer sich in Ausübung dieses Vermögensrechtes nicht durch einen Bevollmächtigten soll vertreten lassen können (ebenso PrWB. 75, 374). Grundförllich bedarf nach dem geltenden Rechte die Erteilung einer solchen Vollmacht auch keiner besonderen Form.

Der Bekl. M. war bei der Abstimmung über den Antrag W. an der Annahme desselben auch als Pachtreflektant interessiert. Denn der Antrag W. bezweckte die Verpachtung der Jagd auch an ihn. Auf der anderen Seite aber war er persönlich nicht zu gleicher Zeit als Feldmarksgenosse an der Abstimmung beteiligt. Das war er nur in seiner Eigenschaft als Vertreter seines Schwiegervaters L. Für diesen aber waren sämtliche drei in Aussicht genommenen Pächter fremde Personen. L., auf dessen Person es hier in erster Linie ankommt, war es deswegen nicht verwehrt, für den Antrag W. seine Stimmung abzugeben. Das könnte höchstens dann angenommen werden, wenn M. als Pächter von ihm nur vorgeschoben worden wäre, damit er auf diese Weise die sonst unzulässige Verpachtung der Jagd auch an sich selbst erreichen könne, wenn M. also als Pächter nur sein Strohmann gewesen wäre.

Nun dürfte allerdings auch nach § 181 BGB. oder wenigstens in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung M. als Vertreter des L. nicht in dessen Namen für die Verpachtung der Jagd an sich selber stimmen, sofern ihm dies nicht von L. gestattet war; aber selbst wenn letzteres vorher nicht geschehen war, so konnte dieser Mangel nachträgliche Genehmigung (§ 177 BGB.) geheilt werden (RG. 56, 104; 67, 51¹⁾; 68, 37²⁾; 93, 294), und tatsächlich hat L., wenn nicht schon von vornherein gebilligt, dann doch jedenfalls nachträglich genehmigt, daß M. für die Verpachtung an diesen selber und die beiden anderen Bekl. stimmte.

Daß endlich die Behauptung des Kl., L. selbst würde nicht zur Abstimmung über die Verpachtung zur Versammlung gekommen sein, da ihm der Streit, der hinsichtlich der Verpachtung der Jagd entstanden sei, zuwider gewesen sei, nicht zur Feststellung der Ungültigkeit der für ihn abgegebenen Stimmen führen kann, folgt schon aus der Tatsache, daß er unstreitig und nach dem Vorstehenden in rechtlich zulässiger Weise sich bei der Abstimmung durch seinen Schwiegerjohn M. hat vertreten lassen. Deshalb braucht der Beweis, den der Kl. für diese von den Bekl. bestrittene Behauptung angetreten hat, nicht erhoben zu werden.

Demnach ist allerdings zugunsten des Kl. festzustellen, daß jedenfalls die beiden Bekl. B. und W. an der Abstimmung über den Antrag W. nicht hätten teilnehmen dürfen. Daraus will nun der Kl. im Anschluß an das Ur. des RG. v. 23. Okt. 1928 (ZW. 1929, 651³⁾) herleiten, daß dadurch der von der Versammlung der Feldmarksgenossen am 30. Juni 1926 gefaßte Beschluß ohne weiteres nichtig sei. Dem kann aber nicht beigeplichtet werden. Die angeführte Entsch. betrifft einen Sachverhalt, der mit dem hier in Betracht kommenden in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmt. In dem vom RG. entschiedenen Falle traf die Voraussetzung, daß der Inhaber der Mehrheit der Stimmen sich nach geschehlicher Vorschrift der Abstimmung hätte enthalten müssen, nicht zu. Für diesen Fall hat das RG. ausgeführt, daß der — formell richtig zustande gekommene — Beschluß der Gesellschaftsversammlung gleichwohl nichtig sei.

(OLG. Celle, 1. ZivSen., Ur. v. 29. April 1929, 1 U 348/27.)
Mitgeteilt von R. M. Dr. W. Dehlschläger, Lüneburg.

*

1) ZW. 1908, 5. 2) ZW. 1908, 217.

Zu 6. Der Entsch. ist m. E. nicht beizutreten. Nichtig ist, daß bei einem dinglichen Vorkaufsrecht ein fester Preis im voraus nicht bestimmt werden kann. Die Eintragung eines solchen „limitierten“ Vorkaufsrechtes ist inhaltlich unzulässig und im Grundbuch zu löschen (§ 54 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Entsch. will aber das Vorkaufsrecht als Auflassungsvormerkung umdeuten, indem sie an sich zutreffend davon ausgeht, daß die Parteien, hätten sie gewußt oder daran gedacht, daß ein dingliches Vorkaufsrecht mit festem Preis unzulässig sei, unter sich ein persönliches Vorkaufsrecht mit festem Preis vereinbart und dieses durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert hätten. Eine solche Umdeutung des Vertrages (§ 140 BGB.) ist freilich zulässig, und sie ist auch

Sena.

6. §§ 888, 140, 133 BGB.; § 54 BGB. Umdeutung eines Vorkaufsrechtes als Auflassungsvormerkung. 7)

Die Parteien hatten von ihrem Vater das Kleinhaus Nr. 82 geerbt. 1921 setzten sie sich deswegen auseinander; der Bruder, der Verkl., übernahm durch gerichtlich beurkundeten Vertrag v. 19. Juli 1921 das Haus zu 8000 M Annahmepreis.

Weiter räumte er der Schwester vertragsgemäß „für sich und seine Rechtsnachfolger“ am Haus das Vorkaufsrecht zu dem gleichen Preis von 8000 M ein und ließ es so im Grundbuch am 28. Sept. 1921 eintragen.

Durch gerichtlichen Vertrag v. 29. Nov. 1928 hat G. das Haus für 5500 M an M. verkauft; dieser ist am 11. Jan. 1929 eingetragen worden.

Die Kl. hat ihr „Vorkaufsrecht“ ausgeübt und verlangt, daß der Bruder ihr das Haus für die 8000 M auflasse; sie will sie auf 2500 M aufwerten.

G. hält das Vorkaufsrecht für unwirksam, da dabei kein Preis hätte eingetragen werden dürfen.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung hatte Erfolg. Freilich ist ein dingliches Vorkaufsrecht mit einem festen Preis unwirksam; schuldrechtlich hatten sich aber die Parteien wirksam gebunden. Bruder und Schwester sollten sich gleichstellen, er solle vor ihr nichts voraus haben, vielmehr sollte sie notfalls das Haus genau so billig übernehmen können, wie er es am 19. Juli 1921 bekommen hatte. So ist der Vertrag auszulegen. Hätten die Parteien gewußt oder daran gedacht, daß ein dingliches Vorkaufsrecht mit der Preisabrede nichtig sei, dann hätten sie nur schuldrechtlich, d. h. unter sich, ein Vorkaufsrecht mit festem Preis vereinbart und das Recht, daß es die Schwester einst aufgelassen bekomme, durch Vormerkung gesichert.

Dann kann aber die Schwester vom Bruder verlangen, daß er auflasse, und müßte allerdings auch M. auf Zustimmung verklagen. Daß er schon eingetragen ist, ist bedeutungslos. Das — insofern wirksame — als Vormerkung unzubehaltende Vorkaufsrecht bewirkt, daß der Kl. gegenüber das Eigentum M. hinfällig ist. Er hat durch seinen Eintrag ein Recht erworben, das ihren vorgemerkten Anspruch auf Eigentumsübertragung vereitelt (§ 888 BGB.). Das mußte er sich sagen, ehe er das Haus kaufte. Wie er sich nun mit G. auseinandersetzt, ist hier belanglos, der Anspruch der Kl. gegen den Bruder ist jedenfalls dem Grunde nach berechtigt.

Aber auch darin, was sie als Aufwertung anbietet und Zug um Zug zahlen will, ist ihr zuzustimmen.

Die 8000 M Vorkaufspreis sind nach bekannten, allgemeinen Grundsätzen aufzuwerten, d. h. G. muß fürs Haus eine angemessene Gegenleistung bekommen, wie sie den 8000 M zur Zeit des Vertragschlusses entsprach. Dieser Zeitpunkt entscheidet. Am 19. Juli 1921 waren nach der Tafel zum AufwG. 8000 M = 500 GM. Eine solch niedrige Aufwertung entspräche aber nicht den berechtigten Belangen G.s. Denn seine Schwester muß ihm, da sie jetzt das Haus zurückverlangt, auch die 2900 M aufgewertet zurückgeben oder sich anrechnen lassen, die sie am 25. Juli 1921 von ihm erhalten hat. Vor allem ist aber die innere Kaufkraft der Papiermark zu berücksichtigen, die zur Zeit des Vertrags wesentlich höher war, als die Aufwertungstafel zeigt.

Mit einzurechnen ist auch der gegenwärtige Grundstückswert, obwohl zweifelhaft ist, ob ihn die Parteien nicht außer Betracht lassen, regelrecht ausschließen wollten, sich vielmehr darin einig waren, daß die Schwester das Haus — ohne Rücksicht darauf, wie sich die Preise entwickelten — einst genau so billig wiederkaufen sollte, wie er es übernommen hat. Doch das mag auf sich beruhen und zugunsten G.s. auch der Zeitwert des Hauses berücksichtigt werden. Auch dann noch kann er sich nicht beschweren, denn die Schwester will den Goldmarkwert versünffachen.

G. hat schließlich auch, um in den Besitz des Hauses zu kommen, sehr wenig aufgewandt. Die Schwester hat er mit 2900 M abgefunden; das waren nach der Aufwertungstafel 170,52 GM. Die übernommenen Friedenshypotheken G.s. hat er,

nach dem Sachverhalt durchaus angebracht; die Entsch. übersieht aber, daß nur das Rechtsgeschäft umgedeutet werden kann, niemals aber die Eintragung. Die Kl. hätte also gegen ihren Vertragsgegner das Bestehen eines persönlichen Vorkaufsrechtes und demgemäß die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung geltend machen können — wie es im Falle RG. 104, 122 mit Erfolg geschehen ist. Das hat sie zu ihrem Schaden versäumt; da der Antrag ein rein persönlicher ist, steht er ihr gegen den Erwerber des Grundstücks nicht zu. Dieser hat das Grundstück mit dem unzulässigen Vorkaufsrecht belastet erworben; er durfte davon ausgehen, daß das OLG. die Eintragung von Amts wegen, vielleicht auf seine Anregung hin, löschen werde. Er hat sonach im Ergebnis das Grundstück frei von der Last erworben. Er ist nicht verpflichtet,

ohne daß dieser Aufwertung verlangen könnte und verlangt hat, Mitte Aug. 1921 billig und leicht abgestoßen. Wenn er jetzt von seiner Schwester 2500 *M* erhält, ist er nicht unbillig beschwert, zumal das Haus offenbar nicht so viel wert ist, wie er es verkauft hat.

Wenn die *Kl.* also 2500 *M* zahlt, hat sie Anspruch auf übereignen des lastenfreien Hauses.

(OLG. Jena, Urt. v. 24. Okt. 1929, 3 U 744/29.)

Mitgeteilt von *RA.* Dr. Schubart, Jena.

*

OIdenburg.

7. § 839 BGB.; § 24 OIdenb. PachtschD. v. 29. Juni 1922; OIdenb. Ges. v. 9. Mai 1906 betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Entscheidungen des OIdenb. Landespachtvereinigungsamts sind Urteile i. S. § 839 BGB.

Kl. klagte gegen den oIdenb. Staat wegen angeblichen Verschuldens des Vorsitzenden des *PA.* bei Erlass einer Entsch. in der VerZust. auf Schadenserf. *LG.* und *OLG.* haben die Klage abgewiesen, letzteres mit folgender Begründung:

Die Haftung des *Bekl.* entfällt schon dann, wenn anzunehmen ist, daß die Entsch. des *PA.* v. 3. Sept. 1925 als „Urteil in einer Rechtsache“ i. S. des § 839 Abs. 2 BGB. anzusehen ist. Die *Rspr.* des *RG.* (*RG.* 116, 93¹); *JW.* 1927, 1250; 1928, 2534) hat sich dahin entwickelt, daß der Begriff des Urteils in rein technischem Sinne zu verstehen ist und darunter nur solche Sachentscheidungen fallen, die in der äußeren Form des Urteils ergehen. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß jede als Urteil rein äußerlich zu bezeichnende Entsch. als „Urteil in einer Rechtsache“ anzusehen wäre.

Vielmehr muß es sich um eine Sachentscheidung handeln, die auf Grund eines nach Art des Verfahrens der Prozeßordnungen gestalteten Verfahrens ergeht. Die Entsch. einer nichtgerichtlichen Behörde gehört nicht hierher, auch wenn sie in einem Verfahren ergangen ist, das den Vorschriften der Prozeßordnungen angenähert ist (*RG.* v. 17. Febr. 1928; *JW.* 1928, 2534). Urteile der Verwaltungsgerichte sind Urteile in Rechtsachen (*RRKomm.*, § 839 Anm. 7a). Das als VerZust. in Pachtvereinigungssachen eingerichtete, dem *LG.* OIdenburg angegliederte *PA.* ist eine gerichtliche Behörde. Das Verfahren vor diesem bestimmt sich nach dem Ges. v. 9. Mai 1906, betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit (§ 24 PachtschD. v. 29. Juni 1922, die nach § 31 der am 1. Okt. 1925 in Kraft getretenen PachtschD. v. 2. Sept. 1925 vorliegend noch anzuwenden ist), wonach die Entsch. als Urteile bezeichnet sind. Sie ergehen auf Grund eines den Prozeßordnungen ähnlichen Verfahrens, in dem mündliche Verhandlung die Regel bildet. Es fragt sich noch, ob das *PA.* über Rechtsachen entscheidet. Allerdings ergeht die Entsch. der *PA.* und des *PA.* nach billigem Ermessen. Sie sind meist rechtsgestaltend statt rechtsfeststellend. Indes ist nach feststehender *Rspr.* des *RG.* auch der Begriff des billigen Ermessens ein Rechtsbegriff. Das *PA.* kann ferner den *PA.* im Falle der Zurückverweisung einer Sache eine bestimmte rechtliche Beurteilung vorschreiben (§ 21 PachtschD.). Für die Angliederung des *PA.* an das *LG.* ist die Erwägung maßgebend gewesen, daß seine Spruchstätigkeit sich nach richterlichen Grundsätzen vollziehen und auf eine einheitliche Praxis der *PA.* im Bezirk des

dem Auflassungsbegehren der *Kl.* gegenüber deren Vertragsgegner, seine Zustimmung zu erteilen; es stehen ihr gegen den Erwerb keinerlei Ansprüche zu. Unberührt bleiben die auf der Umdeutung beruhenden persönlichen Ansprüche der *Kl.* gegen ihren Vertragsgegner; sie sind nicht auf Auflassung, sondern auf Verschaffung des Eigentums zu richten; sie werden selten zum Ziele führen; regelmäßig werden Schadenserf. Ansprüche etwa aus §§ 325, 326 BGB. in Frage kommen.

Hinzuzufügen ist noch: Wie oben ausgeführt, ist die Umdeutung einer Eintragung unmöglich; eine ganz andere Frage ist, ob das eingetragene Vorkaufsrecht nicht im Wege der Auslegung als Eigentumsvormerkung charakterisiert werden kann, was voraussetzen würde, daß die Vertragsschließenden von vornherein nur die Vormerkung gewollt und nur in der technischen Bezeichnung fehlgegriffen hätten und daß auch der Grundbuchrichter, der die Eintragung verfügte, hierbei die gleiche Mentalität gehabt hätte. Das ist aber zu verneinen; der Tatbestand bietet hierzu keinen Anhalt. An sich mag § 133 BGB. auch für grundbuchliche Eintragungen gelten; es ist hier aber ganz besondere Vorsicht geboten, da durch eine von dem gewöhnlichen Wortsinne abweichende Auslegung leicht, wie der vorliegende Fall zeigt, Rechte Dritter (hier des Erwerbers) gefährdet werden können. Ebenjowenig kann eine Berichtigung des Grundbuchs in Frage kommen. Es sei schließlich auf die Entsch. des BayObLG.: *JW.* 1927, 1432 Bezug genommen, die einen dem vorliegenden nicht unähnlichen Fall behandelt.

JR. Stiilfchweig, Berlin.

1) *JW.* 1927, 1367.

Landesteils OIdenburg hinwirken soll. Hiernach sind die Urteile der *PA.* als solche in Rechtsachen i. S. des § 839 Abs. 2 BGB. anzusehen.

(OLG. OIdenburg, 2. ZivSen., Urt. v. 12. Juli 1929, U 74/29.)

Stellbetr. *OGDir.* Wittbauer, OIdenburg.

*

Stuttgart.

8. §§ 21, 22 BGB. Daß eine unrichtige Angabe auf den Abschluß des Vertrags von Einfluß gewesen sei, kann der Versicherer nur nach § 22, nicht nach § 21 geltend machen.

Der *Kl.* ist Landwirt und fordert 1000 *M* Versicherungssumme für ein eingegangenes Pferd. Die *Bekl.* stützt ihren Rücktritt vom Versicherungsvertrag darauf, der *Kl.* habe bei Aufnahme der Versicherung angegeben, daß das Pferd zu Lohnfahrten und in der Landwirtschaft verwendet werde, während es tatsächlich nicht landwirtschaftlich verwendet worden sei; infolgedessen sei die Prämie niedriger bemessen worden als bei einem nur zu Lohnfahrten benutzten Pferd. Der *Kl.* trat Beweis dafür an, daß er das Pferd auch in der Landwirtschaft verwendet habe. Das *LG.* sah vom Beweiseintrag ab und verurteilte. Es stellte fest, daß die *Kolik*, an der das Pferd erkrankte, nicht mit der Verwendungsart zusammenhing; die etwaige unrichtige Angabe hätte also keinen Einfluß auf den Eintritt des Versicherungsfalles und auf den Umfang der Leistung des Versicherers gehabt, und deshalb könne nach § 21 BGB. gleichwohl Entschädigung verlangt werden. Mit der Berufung beharrte die *Bekl.* darauf, sie hätte höhere Prämie verlangt, wenn der *Kl.* ausschließlich Lohnfahrten als Verwendung angegeben hätte. Nach Ansicht des *OLG.* ist aber bei der Frage der Ursächlichkeit i. S. des § 21 BGB. nicht zu untersuchen, ob die falsche Angabe für den Abschluß oder Inhalt des Versicherungsvertrages kausal war, d. h. ob im Falle richtiger Anzeige der Versicherer den Vertrag gar nicht oder unter größerer Beteiligung des Versicherungsnehmers geschlossen hätte, sondern nur ob der Umstand für die Herbeiführung des Versicherungsfalles und für den Umfang der Leistung des Versicherers kausal war (vgl. *Bruck*, Versicherungsvertrag, 6. Aufl., § 21 Anm. 4 und die dort angeführten zustimmenden und abweichenden Entsch.). Der Senat hat sich der Ansicht von *Bruck* angeschlossen, weil dafür Wortlaut, Sinn und Zusammenhang des § 21 sprechen.

Die *Bekl.* hat den Versicherungsvertrag auch wegen arglistiger Täuschung angefochten, wozu sie nach § 22 BGB. neben dem Rücktritt befugt ist. Hier wird erheblich, ob sie bei Kenntnis der falschen Angabe den Vertrag überhaupt nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte. Sie muß aber beweisen, daß der *Kl.* gewußt habe, die Angabe der Beschäftigung in der Landwirtschaft könne den Entschluß der *Bekl.* beeinflussen, und daß er mit der Möglichkeit gerechnet habe, sie entspreche der Wahrheit nicht (*RRKomm.* § 123 Anm. 2). Ein Beweis dafür ist nicht erbracht, und es ist überhaupt unwahrscheinlich, daß der *Kl.* wußte, die Beschäftigung in der Landwirtschaft erleichtere den Vertragsabschluß oder vermindere den Prämienfuß, und daß er von vornherein beabsichtigte, das Pferd nie landwirtschaftlich zu verwenden.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urt. v. 26. Juni 1929, U 402.)

Berlin.

II. Verfahren.

9. §§ 75, 95 ZwVerfG. Zwischenentscheidungen des Beschwerdegerichts, die lediglich der Vorbereitung der Entscheidung über den Zuschlag dienen und mit der Frage der Zuschlagserteilung zusammenhängen, sind nicht selbständig anfechtbar, können nur in Verbindung mit der Entscheidung über den Zuschlag angegriffen werden. †)

Auf Antrag der *G. S.* Treuhandgesellschaft mbH. in *B.* ist die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet worden. Dem Verfahren sind sodann die Stadt *B.* und die Bayerische Vereinsbank AktG. in *M.* beigetreten. In dem Versteigerungstermin v. 11. April 1929 ist die *Wsch.* AktG. in *B.* mit dem durch Zahlung zu berichtenden Gebot von 1 700 000 *M.* Meistbietende geblieben.

In dem zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag angeetzten Termin v. 18. April 1929 überreichte der Vertreter der

Zu 9. Dem Beschluß, der sich mit der materiellen Frage nicht befaßt, ist beizutreten. Die Frage, ob das Vollstreckungsgericht Zahlung gem. § 75 ZwVerfG. entgegenzunehmen hat, steht mit der des Zuschlages in Zusammenhang, zum mindesten, indem sie die gesetzlichen Bedingungen beeinflusst, unter denen der Zuschlag zu erteilen ist. Da dieser Zusammenhang gegeben ist (*Zaackel-Gütke* [6] *Bem. I.*; *Reinhard-Müller* [2] *Bem. I.*, II zu § 95 ZwVerfG.), erweist sich der Beschluß des *LG.* als für die Beschwerde unzugänglich; es ist dem *RG.* ferner darin beizutreten, daß die Vorschrift des § 95 auch auf Entsch. des *LG.* als *BeschwG.* anzuwenden ist; denn auch das *LG.* hat, mag es die Beschwerde gegen den Zuschlag zurückweisen oder auf die Beschwerde den Zuschlag verjagen, über den Zuschlag Beschluß

Lebensversicherungsbank dem Vollstreckungsgericht 215 000 RM mit der Maßgabe, „daß der Betrag zur Befriedigung der im Range vor der Beschw. bestehenden Forderungen dann verwendet werden sollte, wenn der Zuschlag daraufhin heute verjagt werden würde, andernfalls sofort ihm zurückgegeben werden sollte“.

Gleichzeitig übergab der Vertreter eine schriftliche Erklärung vom gleichen Tage, worin es u. a. heißt: „Da das Gericht verkündet hat, daß der Zuschlag auch dann erteilt werde, wenn ich mit den hiermit angebotenen Mitteln die im Range uns vorgehenden bestehenden Forderungen befriedige, so nehme ich aus diesem Grunde von der Ablösung als zwecklos heute Abstand.“ Der angebotene Betrag wurde ohne Zahlung zurückgegeben und der Zuschlag daraufhin der Meistbietenden erteilt.

Gegen diesen Beschluß hat die Lebensversicherungsbank sofortige Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Versteigerungsrichter zur Entgegennahme der angebotenen Zahlung anzuweisen und nach deren Leistung den Zuschlag zu verjagen. Das LG. hat durch Zwischenbeschluß v. 15. Mai 1929 das Versteigerungsgericht angewiesen, „die Zahlung der 215 000 M. entgegenzunehmen und nach erfolgter Zahlung die Akten dem Beschw. wieder vorzulegen“.

Das LG. steht auf dem Standpunkt, daß als Befriedigung des Gläubigers i. S. des § 75 ZwVerfG. nicht die Befriedigung aller Gläubiger anzusehen sei, sondern daß die Befriedigung eines Gläubigers genüge, bezüglich dessen dann das Verfahren einzustellen sei.

Gegen diesen der Beschw. am 28. Mai 1929 zugestellten Beschluß richtet sich die Eingabe der Beschw. v. 1. Juni 1929, in der sie in erster Linie Berichtigung des Beschlusses begehrt, da die Entsch. die sich aus der Zahlung ergebenden Folgen für den Zuschlagsbeschluß hätte aussprechen müssen, in zweiter Linie sofortige weitere Beschwerde einlegt, falls dem Berichtigungsantrag nicht stattgegeben werde. Das LG. hat den Berichtigungsantrag abgelehnt und die Sache dem Senat vorgelegt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das LG. unter Berufung auf die Ausführungen von Reinhard-Müller, 2. Aufl., 2. Aufl., S. 356 unter VIII annimmt, das Beschw. einen Zwischenbeschluß erlassen konnte, oder ob es von seinem Standpunkt aus, daß der Versteigerungsrichter die angebotene Zahlung hatte annehmen müssen, unter Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses diesen Zuschlag hätte verjagen müssen. Es mag auch unerörtert bleiben, ob die im Termin v. 18. April 1929 abgegebenen Erklärungen des Vertreters der Beschw. ausreichen, um darin das Angebot einer Zahlung i. S. des § 75 ZwVerfG. zu erblicken, zumal auch jede Erklärung fehlt, wer von den Gläubigern befriedigt werden sollte, da unstreitig der Betrag zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht. Auf jeden Fall ist die weitere Beschwerde unzulässig. Das ZwVerfG. geht, wie der § 95 ergibt, grundsätzlich davon aus, daß Zwischenentscheidungen, die lediglich der Vorbereitung der Entsch. über den Zuschlag dienen, nicht selbständig anfechtbar sind, falls sie mit der Frage der Zuschlagserteilung zusammenhängen, sondern daß diese Zwischenentscheidungen nur in Verbindung mit der Entsch. über den Zuschlag angegriffen werden können. Wie schon die Entstehungsgeschichte zu § 95 ZwVerfG. ergibt, ist diese Anordnung getroffen worden, weil es sonst „böswillige

zu fassen. Der hier in Rede stehende Zwischenbeschluß erfolgte daher vor der Beschlußfassung über den Zuschlag; der § 95 ist daher wohl direkt, in jedem Falle aber, wie das RG. meint, entsprechend anwendbar. Die Beschwerde gegen den Zwischenbeschluß war sonach in der Tat unzulässig.

Es fragt sich nun aber, wie in der Sache selbst zu entscheiden ist. Es ist eine bekannte Streitfrage, wie die auf Grund der ZPD. (§§ 775 Nr. 4, 5, 767, 769) oder des § 30 ZwVerfG. erfolgende einstweilige Einstellung des von einem Gläubiger betriebenen Verfahrens auf die Fortsetzung des Verfahrens wirkt, wenn das Verfahren von mehreren Gläubigern betrieben wird; über den Stand der Frage vgl. etwa Reinhard-Müller (2) § 30 Bem. II. Das RG. hatte schon früher (RG. 89, 426 = JW. 1917, 462) ausgesprochen, daß die Rücknahme des einen Verfahrens zulässig ist und daß daher das von den anderen Gläubigern betriebene Verfahren fortzusetzen ist. Das folgt aus der Selbständigkeit eines jeden der Verfahren. Bei der einstweiligen Einstellung in den obgedachten Fällen ist die Rechtslage die gleiche. Das war schon früher vielfach angenommen worden (auch von dem Unterzeichneten in JW. 1916, 1013 und 1182), neuerdings auch vom RG. in einer demnächst in der JW. zur Veröffentlichung gelangenden Entsch. Damit ist die alte Streitfrage gelöst. Es liegt nun nicht der geringste Grund vor, die Frage anders zu entscheiden, wenn die einstweilige Einstellung des einen der von einer Mehrheit von Gläubigern betriebenen Verfahrens auf Grund des § 75 ZwVerfG. erfolgt (so auch Reinhard-Müller Bem. 4 Abs. 2; Jaekel-Güthe [abweichend von den früheren Auflagen] in der 6. Aufl., Bem. 5 zu § 75 ZwVerfG.). Es muß also das von denjenigen Gläubigern, die Zahlung erhalten haben, betriebene Verfahren eingestellt werden; das Vollstreckungsgericht mußte die Zahlung entgegennehmen. Soweit nicht volle Deckung des einzelnen Gläubigers und der durch das von ihm betriebene Verfahren erwachsenen Kosten möglich war, war das Verfahren dieses Gläubigers von der Einstellung ausgeschlossen; Teil-

Schuldner in der Hand hätten, durch wiederholten Gebrauch des Rechtsmittels die Beendigung des Verfahrens zu verzögern“. Nur die Entsch., die die Anordnung, Aufhebung, einstweilige Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens betreffen, sollen der selbständigen Anfechtung unterliegen. Auch die ZPD., deren Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren nach § 96 ZwVerfG. zum größten Teil zur Anwendung gelangen, enthält den Grundgedanken, daß Zwischenurteile, abgesehen von den Fällen der §§ 275, 304 ZPD., nicht selbständig anfechtbar sind.

Diese Erwägungen müssen nach Ansicht des Senats auch im vorliegenden Falle Platz greifen, insbes. unterliegt eine entsprechende Anwendung des in § 95 ZwVerfG. in erster Linie für die Entsch. des Versteigerungsrichters niedergelegten Grundgedankens für das Verfahren der weiteren Beschwerde keinem rechtlichen Bedenken. Der Beschluß des LG. ist daher, da er lediglich der Vorbereitung der Entsch. über die Erteilung bzw. Verjagung des Zuschlags dient, nicht selbständig anfechtbar. Es war daher unter Berücksichtigung des den Kostenpunkt regelnden § 97 ZPD. die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 10. Juli 1929, 12 W 5297/29.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Raemmerer, Berlin.

Breslau.

10. §§ 52, 54 PachtschD. Die Beschwerde gegen Kostenersatzungsbeschlüsse in Pachtschuldsachen ist unzulässig. +)

Die PrPachtschD. kennt für das Verfahren in Pachtschuldsachen nur zwei Instanzen, das PEA. und als ABeschw. — bzw. VerZust. das LG. Auch kennt sie nur die Rechtsmittel der ABeschw. oder der Berufung, und zwar auch nur gegen Entsch. des PEA. Die Vorschriften der ZPD. gelten für das Verfahren vor dem PEA. und der höheren Instanz auch nur, soweit dies im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist, oder es sich um Verfahrensgrundsätze handelt, die Anspruch auf Allgemeingültigkeit haben. Daraus, daß die Entsch. über Berufungen in Pachtschuldsachen der ZivR. beim LG. übertragen ist, folgt keineswegs, daß vom LG. in dieser Eigenschaft erlassene Beschlüsse ebenso anfechtbar sind wie derartige Beschlüsse des LG. in einem Zivilprozeß.

Das Land Preußen wäre allerdings befugt gewesen, eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPD. über Beschwerden für das Verfahren in Pachtschuldsachen anzuordnen, denn § 3 PrPachtschD. überläßt ganz allgemein die Einrichtungen der PEA. und die Regelung des Verfahrens vor ihnen den obersten Landesbehörden, und stellt nur an die Verfahrensvorschriften der Länder gewisse Mindestanforderungen in Ansehung der Zulässigkeit von Rechtsmitteln. Allein Preußen hat von dieser Befugnis, weitere Rechtsmittel zuzulassen, für das Kostenersatzungsverfahren jedenfalls keinen Gebrauch gemacht. Ein besonders von der Spruchfähigkeit verschiedenes Kostenfestsetzungsverfahren gibt es bei PEA. und der BeschwSt. bzw. der VerZust. in Pachtschuldsachen in Preußen ebensowenig als nach der Anordnung für das Verfahren

zahlung für diesen Gläubiger durfte das Vollstreckungsgericht nicht entgegennehmen (das folgt aus dem Wortlaut des § 75 ZwVerfG.). Zu befriedigen waren die Gläubiger nach ihrer Rangordnung wegen der Beträge, wegen deren sie die Versteigerung betrieben. — Soweit nach alledem eine Einstellung nicht erfolgte, mußte das Verfahren fortgesetzt werden. Der Zuschlag konnte aber nun nicht mehr auf Grund des früheren Meistgebotes erteilt werden. Denn diejenigen Gläubiger, deren Hypotheken für das geringste Gebot maßgebend waren, sind infolge der einstweiligen Einstellung des von ihnen betriebenen Verfahrens aus der Reihe der bestehenden Gläubiger ausgeschieden. Die Grundlage für das Verfahren und für das Meistgebot hat sich geändert. Es mußte also im Verkündungstermin ein neuer Termin zur Fortsetzung des Verfahrens anberaumt werden, in dem das geringste Gebot der neuen Sachlage entsprechend zu berechnen wäre, gleichzeitig mußte der Zuschlag auf Grund des alten Meistgebotes verjagt werden (§ 33 ZwVerfG.). Die Erteilung des Zuschlages durch das Vollstreckungsgericht war hiernach fehlerhaft. Das LG. hätte auf die Beschwerde den Zuschlag verjagen müssen; dies hätte vorliegend nach § 86 ZwVerfG. wie eine einstweilige Einstellung des Verfahrens gewirkt und die Fortsetzung des Verfahrens in dem angegebenen Rahmen ermöglicht.

JR. Stillschweig, Berlin.

Zu 10. Der Entsch. ist darin beizustimmen, daß eine Beschwerde gegen landgerichtliche Kostenersatzungsbeschlüsse in Pachtschuldsachen unzulässig ist. Nicht zugestimmt werden kann ihr jedoch darin, daß eine Beschwerde gegen Kostenersatzungsbeschlüsse schlechthin unzulässig ist. Zutreffend ist, daß die Best. der ZPD. auf das Verfahren in Pachtschuldsachen nur insoweit Anwendung finden, als die PrPachtschD. sie für anwendbar erklärt. Bedenklich erscheint dagegen die Feststellung, daß § 54 PrPachtschD. nicht die Erstattung der Parteiauslagen regelt. Die Literatur vertritt hier die entgegengesetzte Meinung (vgl. Wagemann-Marwitz,

vor den M. G. bei diesen. Denn nach § 52 Pachtch. D. ist Voraussetzung für den Erstattungsanspruch, daß in der Entsch. selbst die Erstattung der einer Partei entstandenen notwendigen Auslagen, insbes. der Vertretungskosten, angeordnet worden ist. Es muß also in der Entsch. selbst der Erstattungsanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden, und die spätere Festsetzung der ziffermäßigen Höhe der zu erstattenden Auslagen stellt nur eine Ergänzung der ersten Entsch. dar und hat daher gleichfalls durch das P. G. bzw. die höhere Instanz, nicht durch den Schriftführer oder Urkundsbeamten zu erfolgen (vgl. für das Verfahren vor den M. G. die M. G. des R. G. 334—338 bei Hertel, Samml. 1924—1928). Schon daraus ergibt sich, daß die Entsch., welche das L. G. als Verznst. in Pachteinigungssachen über den Kostenerstattungsanspruch gefällt hat, ebenso wenig anfechtbar sein kann, wie dies bezüglich der Entsch. in der Sache selbst oder über den Grund des Erstattungsanspruches der Fall ist. Insbes. kann aus § 54 Pachtch. D. nicht die Zulässigkeit einer Beschwerde in derartigen Fällen hergeleitet werden.

§ 54 bestimmt lediglich: „Auf die Berechnung, Festsetzung und Einziehung der Kosten finden die für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Hierbei handelt es sich aber nur um den dem P. G. bzw. der höheren Instanz zustehenden Kostenausspruch, nicht aber auch um die Erstattung der einer Partei erwachsenen Auslagen durch den Gegner. Auch hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, wenn neben den Vorschriften über die Berechnung, Festsetzung und Einziehung der Kosten auch diejenigen über die Einlegung von Rechtsmitteln in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Verfahren in Pachtch. D. hätten Anwendung finden sollen. Daß es auch dem preuß. Gesetzgeber ferngelegen hat, eine Rechtsmittelinstanz über die Ziv. P. G. hinaus einzuführen oder allgemein Beschwerden zuzulassen, geht auch aus §§ 54, 55 hervor. In § 54 wird ausdrücklich erwähnt, daß gegen die Entsch. des Vorsitzenden des P. G. in Kostenfällen die Beschwerde an das L. G. zulässig ist, woraus folgt, daß ohne diese ausdrückliche Anordnung eine Beschwerde, wie sie sonst allgemein nach der Z. P. D. gegen Entsch. der ersten Instanz gegeben ist, in dem Pachtch. D. Verfahren nicht Platz greift. Ebenso wird in § 55 gegen Entsch. des Vorsitzenden des P. G. bzw. der Beschwerd. nur die Anrufung des Spruchauschusses zugelassen.

Die Beschwerde ist danach unzulässig.

Selbst wenn man aber eine Beschwerde an sich für zulässig erachten wollte, so wäre sie im vorliegenden Falle sachlich unbegründet. Denn nach § 52 Abs. 1 erster Halbsatz Pachtch. D. kann die Erstattung der einer Partei entstandenen notwendigen Auslagen, insbes. von Vertretungskosten vom Gegner nur gefordert werden, insoweit das P. G. bei der Entsch. die Erstattung ausdrücklich angeordnet hat. Diese Vorschrift findet nach § 53 auch in der R. Beschw. und Verznst. entsprechende Anwendung. Für diese Instanzen kommt nur die Vorschrift des § 52 Abs. 1 Halbs. 2 in Wegfall, wonach das P. G. die Erstattung nur anordnen soll, wenn der Gegner mutwillig das Verfahren oder eine Erhöhung der Kosten veranlaßt hat. Wenn auch die Nichtanwendbarkeit dieses Halbsatzes für die Verznst. und Beschwerd. darauf zurückzuführen ist, daß im Verfahren der höheren Instanz die Kosten für die Zuziehung eines Anwalts stets als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich anzusehen sind, weshalb ja auch § 91 Abs. 2 Z. P. D. für die höhere Instanz für entsprechend anwendbar erklärt wird, so folgt doch hieraus nicht, daß in dem Verfahren vor der höheren Instanz die durch Zuziehung eines Anwalts entstehenden Kosten auch ohne einen entsprechenden Auspruch in der Entsch. zu erstatten sind. Wäre dies vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen, dann wäre nicht nur § 52 Abs. 1 zweiter Halbsatz, sondern auch der erste Halbsatz von der entsprechenden Anwendung für die höhere Instanz in § 53 ausgenom-

men worden. Der mangelnde Auspruch der Kostenerstattungspflicht kann auch nicht mehr nachgeholt werden, da die für die Ergänzung in § 321 Z. P. D. bestimmte Frist längst verstrichen ist. (O. G. Breslau, Beschl. v. 23. Sept. 1929, 16 W 412/29.) Mitgeteilt von O. G. Dr. Hertel, Dppeln.

Hamm.

II. § 6 PrPachtch. D. Für Streitigkeiten aus einem Heuerlingsvertrag, auf die nicht § 6 PrPachtch. D. anwendbar ist, sind die ordentlichen Gerichte, nicht die Arbeitsgerichte zuständig. †)

Durch schriftlichen „Pachtvertrag“ v. 10. April 1928 hatte der Antragsteller seine Köttereier mit Acker und Wiese zu einem jährlichen Pachtzins von 1300 RM. an den Antragsgegner verpachtet. In § 2 dieses Vertrages heißt es u. a.: „Außerdem hilft der Pächter jährlich 60 Tage auf Bestellung auf dem Hofe des Verpächters. Für die geleistete Arbeit erhält der Pächter keine Vergütung, sondern nur die Kost.“

Zur Zeit schwebt am L. G. ein Prozeß zwischen den Parteien, in welchem der Antragsteller beantragt, den Antragsgegner zur sofortigen Räumung der gepachteten Köttereier zu verurteilen, da der Antragsgegner sich hartnäckig und fortgesetzt weigere, seiner Arbeitspflicht nachzukommen, und er, der Antragsteller, daher dem Antragsgegner das Pachtverhältnis mit sofortiger Wirkung gekündigt habe. Der Antragsgegner treffe aber Anstalten zur Räumung.

Mit der Behauptung, daß der Antragsgegner nunmehr seinen Auszug vorbereite und bereits den größten Teil der eingebrachten Sachen fortgeschafft habe, hat der Antragsteller, der wegen verschiedener Schadenersatzansprüche in Höhe von etwa 600 RM. von seinem gesetzlichen Verpächterpandrecht Gebrauch machen will, bei dem Gericht der Hauptsache den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt dahin, daß dem Antragsgegner unterlagt wird, bei seinem Abzuge zwei noch in der Köttereier befindliche Rinder und eine Häckselmaschine mit Gppl mitzunehmen.

Diesen Antrag hat das L. G. durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen mit der Begründung, daß es sich um Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis handle, für welche nach § 2 Ziff. 2 ArbGG. die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte gegeben sei.

Die Beschwerde ist begründet.

Es handelt sich um einen Heuerlingsvertrag. Dieser Vertrag besteht aus einer Mischung von Wohnungsmiete, Landpacht und Dienstvertrag, stellt aber wirtschaftlich eine Einheit dar und ist in der Hauptsache Pachtvertrag, während Wohnungsmiete und Arbeitsverhältnis nur eine untergeordnete Rolle spielen. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Heuerlingsvertrag meist, wie auch im vorliegenden Falle, als Pachtvertrag bezeichnet wird, und daß nach § 6 PrPachtch. D. für gewisse Streitigkeiten aus dem Heuerlingsvertrag die ausschließliche Zuständigkeit des Pachteinigungsamtes vorgeschrieben ist. Wenn wie hier eine solche zur Zuständigkeit des Pachteinigungsamtes gehörende Streitigkeit nicht vorliegt, so ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben. Eine Zuständigkeit des Arbeitsgerichts kommt schon um deswillen nicht in Betracht, weil der Heuerling nicht als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person i. S. des ArbGG., d. h. als selbständige im Dienste eines Arbeitgebers stehende oder im Auftrage und für Rechnung eines Arbeitgebers arbeitende Person anzusehen ist. Der Heuerling ist vielmehr selbständiger Inhaber eines landwirtschaftlichen Kleinbetriebes (vgl. Wagemann und Marwiz: Die PrPachtch. D. 1928, 110).

(O. G. Hamm, Beschl. v. 9. Okt. 1929, 8 W 320/29.)

Mitgeteilt von R. G. Dr. Breuer, Bielefeld.

PrPachtch. D., Anm. 2 zu § 54). Letzterer Ansicht gebührt der Vorrang, da mit dem technischen Ausdruck „Festsetzung“ nur die Kostenerstattung gemeint sein kann, zumal auch Gerichtskosten nicht „festgesetzt“, sondern „berechnet“ werden. Schließt man sich dieser Meinung an, so folgt daraus: Das Festsetzungsgebot ist beim Urkundsbeamten des P. G. auszubringen (§ 103 Z. P. D.), gegen dessen Entsch. ist Erinnerung zulässig an den Vorsitzenden des P. G. (§ 104 Abs. 3 Z. P. D., § 54 Satz 2 PrPachtch. D.), dessen Entsch. ist mit Beschwerde an das L. G. anfechtbar, sofern der Beschwerdegegenstand 50 RM übersteigt (§ 54 letzter Satz PrPachtch. D.). Gegen die Entsch. des L. G. ist ein Rechtsmittel nicht gegeben, da die PrPachtch. D. ein solches nicht vorsieht und § 568 Abs. 3 Z. P. D. eine weitere Beschwerde ausdrücklich ausschließt.

Beizutreten ist der Entsch. schließlich darin, daß gegen die unterbliebene Anordnung der Erstattungspflicht ein Rechtsmittel nicht gegeben ist und nur eine Ergänzung nach § 321 Z. P. D. in Frage kommt. Ferner ist ihr darin zuzustimmen, daß eine ausdrückliche Anordnung der Erstattungsfähigkeit auch in der R. Beschw. bzw. Verznst. notwendig ist. § 53 PrPachtch. D. befreit die obere Instanz nur von den strengeren Voraussetzungen der Anordnung ohne damit die ausdrückliche Anordnung für entbehrlich zu erklären.

R. G. Dr. Hermann Richter, Halle.

Zu 11. Die Entsch. betrifft ein juristisches Problem, das weit über das nur in Nordwestdeutschland vorkommende Heuerlingsverhältnis Bedeutung hat. Bei jedem sog. gemischten Verträge kann nämlich die Frage auftauchen, ob das dadurch geschaffene Rechtsverhältnis nach den Regeln des einen oder des anderen Typs zu beurteilen ist, aus denen es gemischt ist. Im Schrifttum werden im wesentlichen zwei Meinungen vertreten. Die erste, die sog. Absorptions-theorie, die hauptsächlich durch Lotmar, Der Arbeitsvertrag (1902/08) vertreten wird, will den gemischten Vertrag nach dem Typ beurteilen, der überwiegt, während die sog. Kombinations-theorie, der Hoening, Die gemischten Verträge (1910) mehr zuzuneigen scheint, die Regeln beider Typen nebeneinander anwenden will. Die letztere Ansicht hat zweifellos mehr für sich, führt aber zu Schwierigkeiten, wenn das Rechtsverhältnis, wie vorliegend hinsichtlich der Kündigung und der Zuständigkeit, nur eine einheitliche Beurteilung zuläßt. Da gemischte Verträge nur auf Grund der Vertragsfreiheit der Beteiligten eingegangen werden können, wird in erster Linie auch der Wille der Beteiligten darüber zu entscheiden haben, welchen Regeln das von ihnen geschaffene besondere Vertragsverhältnis unterstehen soll. Doch kann das nur für dispositive Vorschriften gelten, die allerdings auf dem Gebiete des Schuldrechts bei weitem überwiegen. Bei zwingenden Vorschriften, zu denen auch die vorliegend streitige Zuständigkeit zu

Karlsruhe.

12. Auch bei Bereitwilligkeit, einer einstweiligen Verfügung nachzukommen, braucht der Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt zu werden, wenn ein Grund zum Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht gegeben war.

Der Bekl. hatte dem Kl. zur Sicherung von Pachtzins Getreide übereignet und es in Verwahrung behalten. Die übereignete Frucht konnte nach dem Vertrag jederzeit Herausverlangt werden. Das LG. erließ auf Antrag des Kl. eine EinstwVerf. gegen den Bekl. auf sofortige Herausgabe der Frucht, da dieser Anspruch gefährdet sei. Der Bekl. legte Widerspruch ein und beantragte, die EinstwVerf. aufzuheben. Der Kl. könne zwar jederzeit Herausgabe verlangen, eine Gefährdung seines Anspruchs sei aber nicht gegeben gewesen. Nach Einlegung des Widerspruchs willigte der Bekl. ein, daß die mittlerweile vom Gerichtsvollzieher bereits in Verwahrung genommene Frucht an den Kl. endgültig herausgegeben werde. Die Parteien erklärten daraufhin die Hauptsache für erledigt, und das LG. legte die Kosten dem Kl. auf, weil eine Gefährdung nicht glaubhaft gemacht wäre. Mit seiner Beschwerde führte der Kl. aus, der Antragsgegner müsse schon deshalb die Kosten tragen, weil er jederzeit zur Herausgabe verpflichtet gewesen sei. Er hätte also keinen Widerspruch in der Hauptsache selber, sondern nur gegen die Kostenentscheidung der EinstwVerf. einlegen dürfen. Das OLG. wies die Beschwerde zurück.

„Der von der Beschwerde vertretene Standpunkt, daß dem Bekl. schon deshalb die Kosten des die EinstwVerf. betr. Verfahrens aufzuerlegen gewesen seien, weil er durch seinen Widerspruch gegen die EinstwVerf. zu erkennen gegeben habe, daß er sich weigere, das Getreide herauszugeben, wird vom Beschw. nicht gebilligt. Vielmehr war der Antragsgegner auch bei aller Bereitwilligkeit zur Herausgabe des Getreides berechtigt, die Aufhebung der EinstwVerf. selbst zu beantragen, und er brauchte seinen Widerspruch nicht auf die Kostenentscheidung zu beschränken. Der Mangel eines einstweiligen Verfügungsgrundes rechtfertigte jenen Antrag.“

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 26. Jan. 1929, Z IBS 14/29.)

Mitgeteilt von M. Dr. Fritz Oppenheimer, Karlsruhe.

*

Königsberg.

13. §§ 788, 928, 936 ZPO. Auf Grund einer die Sequestration eines Guts anordnenden EinstwVerf. kann nicht bei dem Prozeßgericht die Festsetzung der für die Verwaltung gezahlten Vorschüsse beantragt werden. †)

Auf Antrag eines Hypothekengläubigers war durch das LG. die Sequestration des Guts des Schuldners im Wege der EinstwVerf. mit der Maßgabe angeordnet, daß die Grundsätze über die Zwangsverwaltung sinngemäß Anwendung finden sollen. Während des Schwehens der Sequestration und vor Anordnung der Zwangsversteigerung verlangte der Antragsteller Festsetzung der von ihm an den Verwalter gezahlten Vorschüsse auf Grund der EinstwVerf. Das LG. lehnte dies ab, und die sofortige Beschwerde ist zurückgewiesen.

Richtig ist es zwar, daß § 788 ZPO. auch auf die Vollziehung von EinstwVerf. gemäß §§ 928, 936 entsprechend anzuwenden ist; es kann aber der Ansicht des Beschw., daß die von ihm während der Dauer der Sequestration verauslagten Beträge zu den Kosten der Zwangsvollstreckung i. S. des § 788 gehören, nicht beigegeben werden. Zu diesen gehören alle Aufwendungen, die unmittelbar zum Zwecke des Betriebes der Zwangsvollstreckung gemacht sind. Als

rechnen ist, muß dagegen der Wille des Gesetzgebers entscheiden, der die zwingende Vorschrift erlassen hat und ihr Anwendungsgebiet bestimmen muß. Wo wie vorliegend der Gesetzgeber keine ausdrücklichen Bestimmungen getroffen hat, wird dessen Willen durch Auslegung zu ermitteln sein. Das hat auch vorliegend das Gericht getan, indem es auf die Regelung in der PachtSchD. Bezug nahm, die in dieser Hinsicht einen gewissen Anhalt geben kann. Es erscheint dagegen bedenklich, die Eigenschaft des Heuerlings als Arbeitnehmer oder, was überhaupt nicht in Betracht kommen dürfte, als arbeitnehmerähnliche Person schlechthin in Abrede zu stellen, wie das vorstehende Ur. tut. Soweit der Heuerling im Betriebe des verpachtenden Landwirts arbeitet, werden im übrigen nach dem Kombinationsprinzip auch arbeitsrechtliche Regeln auf ihn angewandt werden können. Das hat für den Mutterschutz das Gesetz vom 12. Juli 1927 durch Einfügung eines besonderen Satzes in § 2 PachtSchD. ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, gilt aber auch in anderer Beziehung (vgl. Bescheid des RWerV. v. 12. Aug. 1922, RWerV. Nachr. 22, 516). Der vorstehenden Entsch. kann daher nur in dem vorliegenden Fall, nicht in ihrer formell viel weiterreichenden Begründung zugestimmt werden.

Prof. Dr. Molitor, Leipzig.

Zu 13. Den Grund, daß die Prüfung der Notwendigkeit der Vorschüsse im Kostenfestsetzungsverfahren mit Schwierigkeiten verbunden sei, möchte ich nicht für durchschlagend erachten. Dagegen wird man der Erwägung, daß sie nicht zu den eigentlichen Zwangsvollstreckungskosten gehören, beipflichten können.

Geh. JM. Prof. Dr. Otto Fischer, Breslau.

solche Aufwendungen können nicht die Kosten für die außerhalb der Vollstreckung i. e. S. stehende Durchführung des Ur., insbes. auch nicht die angesehen werden, die zwar mittelbar der Vollstreckung dienen und ihren Ertrag sichern, die aber nicht für eigentliche Vollstreckungsakte gemacht werden. Die von dem Beschw. geleisteten Vorschüsse dienen aber nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar dem Betriebe der Zwangsvollstreckung aus der EinstwVerf., da diese mit der Übergabe des Guts an den Verwalter beendet war. Das LG. hatte sich auch mit der Ausföhrung der Sequestration nicht zu befassen, auf die der § 155 Abs. 1 ZwVerfG. entprechend anzuwenden ist. Danach sind die Vorschüsse aus den Nutzungen des Grundstücks vorweg zu bestreiten und soweit sie auf diesem Wege nicht gedeckt werden können, nach § 155 Abs. 2 i. Verb. m. § 10 Ziff. 1 a. a. D. aus den Überschüssen in erster Linie zu befriedigen. Soweit übrigens die Vergütung des Verwalters aus den von dem Beschw. geleisteten Vorschüssen entnommen ist, kann er die Vergütung nach § 153 a. a. D. festsetzen lassen. Zuständig hierfür ist aber nicht das Prozeßgericht, sondern gemäß § 146 i. Verb. m. § 1 ZwVerfG. das OLG., das die Sequestration durchführt. Ein solcher Festsetzungsbefehl wäre für den Antragsteller auch gegen den Grundstückseigentümer vollstreckbar (§§ 793, 794 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO.). Soweit der Antragsteller wegen seiner Aufwendungen im Wege dieses Verfahrens nicht Befriedigung erlangen kann, kann er seine Ansprüche im Falle der Zwangsversteigerung als betreibender Gläubiger nach § 10 Ziff. 1 ZwVerfG. aus dem Versteigerungserlöse erstattet verlangen; andernfalls muß er sie in einem besonderen Rechtsstreit geltend machen.

Gegen die Zulässigkeit der Festsetzung der Vorschüsse im Kostenfestsetzungsverfahren spricht auch der Umstand, daß die Festsetzung nur erfolgen darf, wenn die Kosten als notwendig i. S. des § 91 ZPO. zu erachten sind. Eine Prüfung dieser Notwendigkeit wäre aber im Kostenfestsetzungsverfahren mit großen Schwierigkeiten verbunden, da der Antragsteller nicht nur den Nachweis erbringen müßte, daß er die Vorschüsse zur Erhaltung oder nötigen Verbesserung des Grundstücks gemacht hat, sondern darüber hinaus auch beweisen müßte, daß die Vorschüsse hierzu auch tatsächlich verwandt sind (Reinhard-Müller, Anm. 2 zu § 10 ZwVerfG.).

Für die hier vertretene Ansicht spricht endlich noch, daß die Ansprüche auf Erstattung von Vorschüssen für die Zwangsverwaltung im Versteigerungsverfahren angemeldet und glaubhaft gemacht werden müssen und daß über Widersprüche gegen die Aufnahme in den Teilungsplan im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden ist.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 13. März 1929, 7 W 182/29.)

Mitgeteilt von OGR. Siefloff, Königsberg.

b) Strafsachen.**Dresden.****I. Materielles Recht.**

14. § 230 Abs. 2 StGB. Zum Begriff des Verufes. †)

Der Angekl. bewirtschaftet sein Rittergut mit Hilfe eines landwirtschaftlichen Verwalters, er hat 13 Pferde im Gange, dazu mehrere Geschirrführer, ab und zu fährt er auch selbst zur Beaufsichtigung des landwirtschaftlichen Betriebes herum. Verurteilt worden ist der Angekl., weil er, mit einem leichten Kutschierwagen nach dem Kirchhof fahrend, um dort das Grab der Eltern zu schmücken, einen anderen angefahren und verletzt hatte. Die Anwendung des § 230 Abs. 2 StGB. rech-

Zu 14. Zu den wesentlichen Aufgaben des Landwirts gehört die Bodenbestellung und das Ackerbau der Früchte. Darüber, wie diese Arbeiten zu verrichten sind, gibt nur der einzelne Fall etwas an die Hand. Es kommt jeweils auf die Größe und die Lage des Besitzes, wie auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Besitzers an. Während der eine sich selbst den nötigen Einrichtungen unterzieht, macht sich der andere die Kräfte von Tieren oder auch von Maschinen zunutze oder aber es werden in einem Betriebe alle diese Kräfte vereint in Anspruch genommen. Infolgedessen läßt sich nicht von vornherein sagen, daß der Landwirt mit Pferden oder Ochsen umzugehen pflege oder mit diesen Tieren umzugehen verstehen müsse. Da die Verwendung von Pferden für den Landwirt keine begriffliche Notwendigkeit bildet, so kommt sie nur als etwaige Hilfsverrichtung zu seinem Gewerbe in Frage. Diese nimmt aber den Charakter des Gewerbes selbst erst dann an, wenn sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit entfaltet wird. Das LG. hat lediglich geprüft, ob der Angekl. wegen beruflicher Fahrlässigkeit erhöht haften müsse. In erster Linie wäre indessen zu untersuchen gewesen, ob das Gewerbe dem Angekl. eine besondere Sorgfaltspflicht auferlegte.

Obwohl der Angekl. selbst nur „ab und zu“ sich zur Beaufsichtigung seines Betriebes eines Wagens bediente, wird doch im vorl. Falle die zur Annahme einer „Hilfsverrichtung“ erforderliche Regelmäßigkeit zu bejahen sein, da für die Durchführung des gewerblichen Betriebes im ganzen eine große Anzahl von Pferden notwendig war und dies dem Angekl. als dem „Unternehmer“ zugerechnet werden muß. Ob er persönlich eines seiner 13 Pferde zur Hilfsleistung beim Kutschieren oder dgl. mit einer gewissen Regelmäßig-

fertigt das UG. damit, daß der Angekl. „ab und zu ..“ selbst mit Wagen und Pferden fährt, und weil diese Fahrten als eine Hüfs- oder Nebenverrichtung anzufprechen sind, die in den Rahmen der Berufsausübung des Angekl. fallen. Die Rev. des Angekl. wurde verworfen.

Dafür, daß dem Angekl. vermöge seines Berufes eine besondere Verpflichtung oblag, war entscheidend, daß er als Landwirt das Leiten von Pferdegespannen beruflich ausübt und daß daher auch die Leitung der fraglichen Geschirrfahrt nach dem Friedhof, obschon sie im konkreten Falle keinem beruflichen Zwecke diene, dennoch ihrer Art nach in den Kreis seiner Berufshandlungen fiel, durch die er ein höheres Maß von Erfahrungen und Übersicht in bezug auf Verkehrsgefahren erworben hatte (RGSt. 59, 270; 1, 203).

(OLG. Dresden, Urt. v. 11. Juni 1929, 2 Ost 65/29.)

*

Jena.

15. § 223a StGB.; § 127 StPD. Darf ein Jagdberechtigter auf einen fliehenden Wilderer, um ihn vorläufig festzunehmen zu können, schießen? *)

W. wurde auf fremdem Jagdgebiet betroffen. Er führte im Rucksack eine Flinte bei sich. Danach liegt die Möglichkeit nahe, daß er bei Begehung einer strafbaren Handlung betroffen wurde, so daß der Angekl. bejagt war, ihn festzunehmen (§ 127 StPD.). Dieser Festnahme entzog sich W. durch die Flucht. Aus der Tatsache, daß der Angekl., bevor er auf W. schöß, ihn mehrmals zum Halten aufforderte, ergibt sich, daß er mit dem Schuß die Flucht verhindern wollte. Dann war aber sein Schuß auf W., der diesen körperlich verletzte, nicht rechtswidrig, wenn diese Einwirkung auf den Körper des W. erforderlich war, um die vorläufige Festnahme durchzuführen. Ob das der Fall war, ergeben die Feststellungen nicht. Es war daher die Zurückverweisung der Sache geboten.

Wenn § 127 StPD. ein Recht zur Festnahme gibt, so deckt er damit auch alle diejenigen sonst strafbaren Handlungen, die zur Durchführung der Festnahme vorgenommen werden müssen. Au-

keit oder nur selten heranzog, darauf kann es nicht ankommen. Wäre demnach mit Rücksicht auf die Dauer der Verwendung von Pferden die generelle Haftpflicht des Angekl. an sich zu bejahen, so könnte man freilich zu einer endgültigen Verneinung der besonderen Sorgfaltspflicht dadurch gelangen, daß man noch prüft, ob der Angekl., als es zu dem Unfall kam, eine in den Kreis der Gewerbebehandlungen hineinfallende Tätigkeit entwickelt hat. Von einer „Gewerbspflicht“ läßt sich nur dann reden, wenn die betreffende Tätigkeit irgendwie in einer Beziehung zum Gewerbe steht. Dies hat RGSt. 5, 75; 28, 318; 54, 234; R. 3, 636 zutreffend betont. Wenn es demgegenüber in anderen Entsch., besonders neuerdings in RGSt. 59, 269, die erhöhte Haftung auch dann eintreten läßt, wenn im einzelnen Falle eine gewerbliche Handlung nicht in Frage steht, und zwar deshalb, weil dem Gewerbetreibenden die einmal erworbene besondere Sachkunde ständig innewohne, so läßt dies m. E. auf eine Überspannung des Begriffes der gewerblichen Fahrlässigkeit hinaus. Wenn die vermöge des Gewerbes vorhandene besondere Sachkunde schließlich ausschlaggebend wäre, so müßte, wer ein Gewerbe einmal betrieben hat, zu besonderer Sorgfalt auch dann noch verpflichtet sein, wenn er dieses Gewerbe längst aufgegeben hat. Diese Folgerung wird mit Recht von vielen Seiten als zu weitgehend abgelehnt (vgl. Schwarz, StGB. S. 491; Frank, StGB., 17. Aufl., S. 454).

Wäre demgemäß im vorl. Fall die erhöhte Haftpflicht des Angekl. aus dem Gesichtspunkt des Gewerbes richtig zu verneinen gewesen, so war aber ferner noch eine Untersuchung darüber angebracht, ob es etwa des Angekl. „Beruf“ bildete, mit Pferden zu kutschieren. Wenn auch die Eigenschaft des Angekl. als Rittergutsbesitzers allein nicht zur Bejahung dieser Frage führen konnte, so wäre es aber wohl möglich gewesen, daß der Angekl., unabhängig von der Bewirtschaftung des Rittergutes, etwa von Jugend auf eifrigst dem Pferdesport gehuldigt oder doch später diesem Vergnügen in der Weise nachgegangen wäre, daß er keine Gelegenheit vorübergehen ließ, um auszureiten oder kutschierend seinen Wagen selbst zu leiten. Wäre etwa durch diese Verwendung der Pferde der Umgang mit diesen zu einer ständigen Übung und zu einer Lebensaufgabe des Angekl. geworden, so konnte sich aus diesem Grunde insoweit die Annahme eines „Berufes“ rechtfertigen. Wäre der Beruf des Angekl. als Reiter oder Wagenlenker zu bejahen, dann käme es auf die einzelne Zweckbestimmung des Ausrittes oder einer Wagenfahrt nicht an. Zum Beruf wird eine bestimmte Beschäftigung lediglich durch ihre Intensität und ihre Dauer; sie muß, wenn auch nicht ausschließlich, das Leben des Betroffenen ausfüllen oder sich doch zum mindesten auf einen wesentlichen Teil des Lebens erstrecken. Sobald eine gewisse Tätigkeit für jemanden seinen Beruf darstellt, ist für die Unterscheidung, ob diese Beschäftigung „beruflich“ oder „außerberuflich“ stattfindet, überhaupt kein Raum; denn es kann niemand bei seinem Tun aus dem Kreis der Lebensperiode, in der er sich befindet, heraustreten (vgl. des näheren hierüber meinen Aufsatz „Die berufliche Fahrlässigkeit der Kraftfahrer in neuer Beleuchtung“: JZ. 1929, 2026 f.).

Dr. Alfred Weber, Dresden.

derenfalls wäre die Festnahmebefugnis nutzlos. Das Recht ist begrenzt durch die Notwendigkeit des Eingriffes; der Festnehmende darf kein schärferes Mittel anwenden, wenn ihm ein gelinderes zu Gebote steht. Er darf auch kein Mittel anwenden, das über den Festnahmezweck hinausgeht, darf also den Festzunehmenden nicht töten. Ein Schrotschuß kann ein Mittel sein, das der Festnahme dient.

Der Senat hat auch erwogen, ob nicht eine weitere Begrenzung der Festnahmebefugnis in dem Gedanken der Güterabwägung gefunden werden müsse. In Übereinstimmung mit der in HöchstRpfr. 1, 131 abgebr. Entsch. des RG. hat er das abgelehnt. Es erscheint nicht angängig, dem Festzunehmenden eine Abwägung zuzumuten, ob sein Eingriff in angemessenem Verhältnis zu der Bedeutung der Straftat, derentwegen die Festnahme erfolgt, steht. Hier müssen klare, leicht und sicher erkennbare Grenzlinien gezogen werden. Die Begrenzung des Festnahmerechtes entspricht insoweit der des Notwehrrechtes, bei dessen Handhabung sich keine Schwierigkeiten ergeben. Die Angleichung ist um so mehr geboten, als auch hier der Festgenommene, der flieht, durch eine rechtswidrige Handlung sich selbst (schuldhaft) in die Lage bringt, in der er verletzt werden darf, und deshalb mit Recht ihre Folgen trägt. Auch die Analogie der Selbsthilfe nach bürgerlichem Recht spricht für diesen Standpunkt. Denn auch sie ist nur durch ihre Notwendigkeit zur Abwendung der Gefahr begrenzt (vgl. § 230 Abs. 1 BGB.).

(OLG. Jena, Urt. v. 31. Mai 1929, S 96/29.)

Mitgeteilt von OLG. Zeunert, Jena.

*

16. Vogelschutzgesetz vom 30. Mai 1908. § 4 erfordert beim Aufstellen der Fangvorrichtungen den Zweck, geschützte Vogelarten zu fangen.

Der Angekl. ist durch den Vorderichter wegen Übertretung der WeimMinWD. zum Schutze nützlicher Vögel v. 1. Mai 1894 i. Verb. m. der ThürWD. zur Vereinheitlichung der Vorschriften über Vogelschutz v. 30. Juni 1925 in zwei Fällen bestraft worden, weil er Leimruten und Fangbauer aufgestellt hat.

Zu strafen ist nicht nach § 1 II WeimMinWD., auf Grund deren die Anklage erhoben ist, sondern nach § 4 des RGes. v. 30. Mai 1908, der wörtlich dem § 1 entspricht. Er lautet: „Dem Fangen i. S. dieses Gesetzes wird jedes Nachstellen zum Zwecke des Fangens oder Tötens von Vögeln, insbes. das Aufstellen von Netzen, Schlingen, Leimruten oder anderen Fangvorrichtungen gleichgeachtet“. Dadurch ist aber der Angekl. nicht beschwert.

Nicht ausreichend sind indessen die Feststellungen, die das UG. über den inneren Tatbestand getroffen hat; es sagt: „Der Angekl. hat keine Maßregeln getroffen, um zu verhüten, daß auch andere Vögel als Sperlinge gefangen werden; damit mußte der Angekl. aber rechnen“. Damit hat das UG. nur Fahrlässigkeit feststellen wollen. Die Rev. rügt mit Recht, daß Fahrlässigkeit nicht ausreicht, um eine Bestrafung der unter Anklage gestellten Handlungen zu rechtfertigen. Wenn es im § 4 RGes. und in Übereinstimmung damit in § 1 II WeimMinWD. heißt „Nachstellen zum Zwecke ..“, so geht daraus hervor, daß für den inneren Tatbestand die Absicht erforderlich ist,

Zu 15. I. Das OLG. geht davon aus, daß auch eine Privatperson zur Erzwingung der vorläufigen Festnahme eine Körperverletzung vornehmen dürfe, wenn die Festnahme mit anderen Mitteln nicht zu erreichen sei. — Das RG. vertritt den gegenteiligen Standpunkt (RGSt. 34, 443; RG.: ZurRdsch. 1926, Rpfr. II Nr. 532; wie das RG.: Löwe-Rosenberg¹⁸, 2c zu § 127). Ich halte nach wie vor (vgl. JZ. 1924, 1969³ Anm.) die Auffassung des OLG. für zutreffend, weil sonst das Festnahmerecht des Privaten gerade in den wichtigsten Fällen ein Messer ohne Klinge wäre (ebenso Lienhart, Freib. ungedruckte Diss. 1924, insbes. S. 197).

II. Dagegen muß dem OLG. die Gefolgschaft ver sagt werden, wenn es das Erfordernis einer Güterabwägung ablehnt. — Daß die Befugnis, Gewalt anzuwenden, insbes. auf den fliehenden Verbrecher zu schießen, durch Interessentwägung eingeschränkt sein muß, ergibt sich mit Sicherheit daraus, daß auch die in § 124 Abs. 2 genannten Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes nur dann zum Waffengebrauch berechtigt sind, wenn sich dieser als ein der Schwere der Tat angemessenes Mittel darstellt. Das ist vielfach in Dienstvorschriften ausdrücklich gesagt und entspricht entweder landesgesetzlichen Bestimmungen oder gewohnheitsrechtlichen Normen. So darf auch kein Beamter einem Nachtruhesförderer nachschießen, der sich der vorläufigen Festnahme durch die Flucht entziehen will. Sind aber schon die Befugnisse der Beamten durch das Erfordernis der Angemessenheit eingeschränkt, so vollends die der Privatpersonen. Es hängt sonach von der Schwere der Tat und der Gefährlichkeit des Täters ab, ob im Einzelfall der Waffengebrauch zwecks Erzwingung der vorläufigen Festnahme als berechtigt anzusehen ist. Gegenüber einem Wilderer, der selbst mit einer Schusswaffe ausgerüstet ist, möchte ich das bejahen.

Im Ergebnis ist sonach die vorkstehende Entscheidung richtig.

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

Vögel, die dem Vogelschutz unterliegen, zu fangen oder zu töten. Auch das Aufstellen von Fangvorrichtungen muß in dieser Absicht geschehen. Denn die genannte Vorschrift des Aufstellens von Fangvorrichtungen nur als Unterfall des Nachstellens an. Mit dieser Auffassung steht die Entsch. des OLG. v. 8. Febr. 1906 (Thür. Blätter für Rechtspflege 53, 210) nur scheinbar in Widerspruch; denn sie betrifft die anders gefaßte meiningische Vorschrift.

(OLG. Jena, Art. v. 3. Mai 1929, S 62/29.) [Zeu.]

*

17. § 34 Abs. 1 ThürJagdD. Der Abschluß schwerkranken Rehwilds auf der Treibjagd fällt nicht unter das Verbot in § 34 Abs. 3 JagdD. Er ist ein Akt der Hege, der straffrei ist. †)

§ 34 Abs. 3 ThürJagdD. verbietet den Abschluß von Rehwild auf Treibjagden, wenn nicht vorher die Erlaubnis der Jagdbehörde eingeholt ist. Am 5. Nov. 1927 hat der Angekl. R. auf einer Treibjagd, die der Angekl. S. veranstaltete, einen Rehbock geschossen, der mit einer schweren Verletzung am linken Hinterlauf im Treiben erschienen war. S. hatte den Bock zuerst gesehen. Er rief den Schützen zu: „Es ist ein kranker Bock im Revier! schießt ihn!“ R. brachte ihn auf den Jurek mit einem Schuß zur Strecke. Genehmigung zum Abschluß lag nicht vor.

Die Revision gegen das freisprechende Urteil blieb ohne Erfolg.

Der Bock war nach den Feststellungen des Vorderrichters schwer verletzt. Ohne den Abschluß wäre er bald eingegangen und verblüdet, auch jedem wildernden Hunde zum Opfer gefallen. Seinen Abschluß auf den nächsten Tag zu verlegen, wäre gewagt gewesen, da zweifelhaft war, ob er so lange am Leben bleiben würde.

Hier handelt es sich aber überhaupt um keine eigentliche Jagdausübung. Hier galt es, einem weibunden Stück Rehwild, das dem Tode verfallen war, den Fangschuß und Gnadenschuß zu geben, um es von seinen Qualen zu erlösen und vor dem Verblüden zu

Zu 17. Trotzdem die Entsch. nur auf Grund der ThürJagdD. ergangen ist, hat sie auch für das Jagdrecht der anderen Länder erhebliche Bedeutung. Seit Jahrzehnten besteht in allen Ländern eine gewisse Unsicherheit darüber, ob der Jagdausübungsberechtigte, der mit dem sog. Gnadenschuß in einer vom Gesetz mit Strafe bedrohten Weise oder Zeit ein sichtlich schwerkrankes Stück Wild zur Strecke bringt, strafflos bleiben kann oder nicht. Während anfänglich die Gerichte sich auf den krassen Rechtsstandpunkt gestellt haben, daß unter allen Umständen eine Bestrafung solchen Gnadenschusses einzutreten habe, weil das Gesetz für ihn keine Ausnahme zulasse, sind in den letzten Jahren auch von den höheren Gerichten mehrfach Freisprüche erfolgt in Anerkennung des Umstandes, daß der Abschluß eines unheilbar kranken Stückes Wild direkt zu den menschlichen und weidmännischen Pflichten des Jägers gehören kann. Aber diese Entsch. lassen bisher in rechtlicher Beziehung eine genügende Begründung vermissen. So hat z. B. für Preußen das RG. die Freisprechung damit begründet, daß bei einem schon daniederliegenden Stück Wild, weil es schon liege, ein „Erlegen“ i. S. des Gesetzes nicht mehr möglich sei, und für Bayern das BayObLG., daß ein solches Stück Wild bereits in der Gewalt des Jagdberechtigten sei und deshalb nicht mehr Gegenstand der Okkupation sein könne. Diese Begründungen befriedigen rechtlich nicht und können zudem nicht angewendet werden auf alle die vielen Fälle, in denen das kranke Tier noch nicht liegt, sondern, wie im obigen Falle, trotz der schweren Erkrankung sich noch so fortbewegen kann, daß es eines jagdlichen Abschusses bedarf.

Die jagdrechtliche Literatur steht fast durchweg auf dem Standpunkt, daß in allen Fällen, wo ein strikter Beweis für die Notwendigkeit des Abschusses vom weidmännischen Standpunkt aus erbracht wird, im Interesse der Jagd Straffreiheit für den Gnadenschuß einzutreten hat. Die Bedeutung der obigen Entsch. liegt darin, daß die Straflosigkeit des an sich unzulässigen Gnadenschusses aus dem Recht des Jagdberechtigten zur Hege hergeleitet wird. Lediglich Gesichtspunkte gerade der Hege sind es, welche die Jagdgesetze das Verbot des Abschusses bestimmter Wildes in der Schonzeit, auf Treibjagden, mit Schrot u. dgl. aussprechen lassen. Die Rechtswidrigkeit einer dagegen verstoßenden, weidmännisch gerechtfertigten Maßnahme muß naturgemäß ausgeschlossen sein, wenn sie auch außergewöhnliche Umstände ebenfalls aus Rücksichten der Hege erforderlich wird.

Hierdurch erhält die Freisprechung des Jagdberechtigten wegen eines solchen Gnadenschusses nicht nur eine auch in rechtlicher Beziehung befriedigende Begründung, sondern macht diese auch auf ausnahmslos alle Fälle anwendbar, in welcher der Gnadenschuß notwendig ist, also auch da, wo das kranke Wild noch nicht daniederliegt. Allerdings ist in der ThürJagdD., auf Grund deren die obige Entsch. ergangen ist, eine Verpflichtung des Jagdausübungsberechtigten zur Hege besonders ausgesprochen, was in den Jagdgesetzen der übrigen Länder nicht geschehen ist. Aber die Literatur und die Rspr. sind einig darin, daß überall ohne weiteres

bewahren. Das war ein Akt der Hege, wie ist des Weidmanns Recht und Pflicht. Sie erforderte den sofortigen Abschluß. Ihre Ausübung ist an keine Zeit gebunden. Sie liegt dem Weidmann immer ob. Auch die ThürJagdD. erkennt sie ausdrücklich an (§§ 2 Abs. 1 Ziff. 1, 4 Abs. 1). Wer die Hege ausübt, handelt nicht rechtswidrig. Damit entfällt die Voraussetzung für die Strafbarkeit.

Ein entgegengegesetzter Wille des Gesetzgebers ergibt sich auch nicht aus § 33 Nr. 4 JagdD., auf den die Staatsanwaltschaft verweist. Dort behandelt das Gesetz den Abschluß des kranken Wildes zur Schonzeit und gestattet das Erlegen nur mit Genehmigung und auf Anordnung der oberen Jagdbehörde. Auch diese Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf den Abschluß todkranken Wildes, das ohne Eingreifen des Jägers in kürzester Zeit umkommen und verblüden würde. Es ist an Wild gedacht, dessen Zustand gestattet, vor dem Abschluß die Genehmigung der Behörde einzuholen.

Im Einzelfalle ist es Sache des Tatrichters, genau zu prüfen, wieweit der Zustand des Wildes tatsächlich den sofortigen Abschluß rechtfertigt. Hier sind strenge Anforderungen zu stellen. Denn mancher Schütze beruft sich auf das Hegerecht, um damit eine strafbare Handlung zu verdecken. Im vorliegenden Falle rechtfertigen aber die Feststellungen des Vorderrichters den sofortigen Abschluß.

(OLG. Jena, Art. v. 6. Juli 1928, S 117/28.)

[Zeu.]

Dresden.

II. Verfahren.

18. § 44 StPD. In dem Verschulden des Geschäftspersonals eines Anwalts ist der Regel nach kein Wieder- einsetzungsgrund zu finden. †)

(OLG. Dresden, Beschl. v. 10. Mai 1929, 1 Ost Reg 173/29.)

Abgedr. JW. 1929, 2770²⁴.

eine Verpflichtung zur weidmännischen Jagdausübung besteht. In solcher liegt aber unausgesprochen nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Hege. Auch in den anderen Ländern kann die Entsch. deshalb für die Beurteilung des Gnadenschusses als Richtschnur gelten.

AGR. Prof. Görcke, Eberswalde.

Zu 18. A. Ann. Scanzoni: JW. 1929, 2770.

B. Weder der Entsch. noch der ihr beitretenden Ann. Scanzonis kann zugestimmt werden; am allerwenigsten vermag ich die Auffassung des letzteren zu teilen, als ob jeder Anwalt einen persönlichen „Terminskalender“ (gemeint ist hier offenbar ein zugleich für Fristeintragungen und andere wichtige Sachen dienender Kalender) tatsächlich führe und als ob eine Pflicht zur persönlichen Einschreibung von Fristvormerkungen bestünde. Im einzelnen:

1. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist im Strafprozeß (§ 44 StPD.) und Zivilprozeß (§ 233 ZPD.) gleich geordnet; ein Unterschied besteht nur insofern, als nach § 232 Abs. 2 ZPD. eine im Verschulden eines Vertreters begründete Versäumung nicht als unverschuldet anzusehen ist. Ob schon letztere Bestimmung in der StPD. fehlt, hat die ständige reichsgerichtliche Rspr. in Strafsachen die gleiche herrschende Auffassung hinsichtlich des Verteidigers ausgesprochen, trotzdem der Verteidiger regelmäßig Weistand (vgl. Stern: JW. 1928, 431 und dort zit.; RG.: JW. 1928, 756 mit zustimmender Ann. Drucker; Loewe-Rosenberg, StPD., zu § 44) und nicht Vertreter des Angekl. ist. Es ist deshalb nicht verständlich, daß hinsichtlich der Frage der Fristenversäumnis bei Versehen des Anwaltspersonals die Rspr. in Strafsachen nicht völlig mit der in zablreichen Entsch. des RG. in Zivilsachen, übrigens auch des RStG. zur Auslegung des dem § 44 StPD. ähnlichen § 68 RAbgD., zutage tretenden Beurteilung übereinstimmt. Obige Entsch. bedeutet nichts anderes als die Aufstellung des Grundsatzes, daß der Anw. alle Fristvormerkungen selbst vorzunehmen, alle Fristangelegenheiten ausschließlich Hilfspersonal selbst zu behandeln habe; solcher Ansicht ist freilich RGSt. v. 28. Nov. 1919: JW. 1920, 301; OLG. Dresden 1. StrSen.: JW. 1928, 430, 758; RGSt., II 7 III 1929: JW. 1929, 1887. Dem stehen aber die überwältigende Mehrheit anderer Entsch. in Straf- und Zivilsachen und auf dem Steuerrechtsgebiet gegenüber, von denen insbesondere folgende genannt seien: RGSt. 35, 109; 40, 119; RGSt. v. 28. Okt. 1912: JW. 1913, 162 (nicht unterzeichnete Revisionschrift); v. 8. Dez. 1925: JW. 1926, 1212; OLG. Dresden II Str.: JW. 1928, 758 (sogar in einem besonderen Fall eigenen Versehens des Verteidigers); OLG. Dresden II Str.: JW. 1928, 835 (nicht unterschriebene Rechtsmittelschrift); BayObLG. 5, 360; 8, 59; OLG. Colmar v. 12. Nov. 1915: Cfsaß-Lothrz. 41, 109; OLG. Rostock v. 20. Okt. 1924: GoltbArch. 69, 250; ferner die ständ. Rspr. des RG. und des RStG., so die grundlegende

Greifswald.

Landgerichte.

1. Abänderung eines vereinbarten Pachtzinses durch das Pachteinigungsamt. †)

Voraussetzung für die Abänderung eines Pachtzinses durch das PChA. ist nach § 2 PachtSchD. v. 26. Aug. 1927 (RG. 177), daß unter den veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen die verabredeten Leistungen nicht mehr gerechtfertigt sind.

Diese Voraussetzung ist im vorl. Falle nicht gegeben. Zwar läßt sich nicht jede zu Ungunsten des Pächters wirkende Veränderung der

Entsch. v. 23. Sept. 1919: RG. 96, 323 = JW. 1920, 142 (Dana nach sind von jedem RA. „Fristsachen mit größter Feinlichkeit und Genauigkeit zu behandeln, er hat Anordnungen und Einrichtungen zu treffen, die deren leichte Überschaubarkeit und Überwachung ermöglichen und vor Fristveräumung schützen. Zu solchen Schutzmaßnahmen gehört insbes. die Anlegung einer Kalenders, worin der Fristablauf für jede Sache vermerkt wird und dessen tägliche Einsicht die Einhaltung der Fristen sichert. Andererseits aber sind die Anwälte gezwungen, gewisse einfache Einrichtungen, die keine besondere Geistesarbeit und juristische Schulung verlangen, ihrem Büro zu überlassen, damit sie imstande sind, ihre eigentlichen Berufspflichten und die ihnen von der Rechtsordnung zugewiesenen bedeutungsvollsten und wichtigsten Aufgaben, die Beratung und Belehrung der Parteien, die Bearbeitung des Prozeßstoffes und die Vertretung vor Gericht, sachgemäß und in vollem Umfang zu erfüllen. Unter die Geschäfte, deren Erledigung der RA. seinen Angestellten überlassen darf und muß, fällt die Führung des Fristenkalenders... Eingänge von Fristsachen sind in jedem Anwaltsbüro alltägliche Begebenheiten, die Büroangestellten sind von der Bedeutung von Rechtsmittelfristen bald unterrichtet, es handelt sich nach einiger Übung nur um eine Art mechanischer Tätigkeit... Abgesehen von der Pflicht zu gelegentlichen Nachprüfungen dürfen sich bei geübtem, ihnen als gewissenhaft bekanntem Personal die RA. auf dessen Fristeninträge in der Regel verlassen. Eine jedesmalige Nachprüfung ohne besonderen Anlaß kann und darf den RA. nicht zugemutet werden“); nicht anders RG. 2. Sen. v. 5. Dez. 1919: JW. 1920, 381; RG. 5. Sen. v. 6. Mai 1922: JW. 1923, 14; ebenso RFS.: 1922, 46, 740, betr. Nachsicht nach § 68 RABGD.; RG. 2. Sen. v. 4. Jan. 1924: JW. 1924, 1432; RG. 3. Sen. v. 30. Sept. 1924: JW. 1924, 1986; RG. 2. Sen. v. 4. Mai 1926: JW. 1926, 2432; RG. 5. Sen. v. 2. Okt. 1926: JW. 1926, 2686; RG. 5. Sen. v. 24. Nov. 1927: JW. 1928, 405; auch RG.: JW. 1927, 2132; ebenso grundsätzlich RG. 3. Sen.: JW. 1928, 1302 mit dem Verlangen der Kontrolle durch Anwalt mittels Stichproben, allgemeine Anweisung genügt nicht; desgl. RG. 2. Sen.: JW. 1928, 711, wonach Stichproben des RA. genügen; auch RG. 105, 11 billigt ausdrücklich die in RG. 96, 323 entwickelte Ansicht; desgleichen schließen sich ihr zahlreiche Schriftsteller an, z. B. Stein: JW. 1920, 142; Kneer: JW. 1923, 14; Friedländer: JW. 1922, 46, 740; 1928, 430; 1929, 3194; Geiershöfer: JW. 1928, 405, 835; Alzberg: JW. 1929, 1887; Heinsheimer: JW. 1920, 381.

Da die herrschende Rspr. — mit Recht — für den Fall der Wiedereinsetzungsgewährung wegen Verschens des Personals gehörige Leitung und Überwachung desselben durch den Anwalt und des letzteren begründete Annahme der Zuverlässigkeit des Personals voraussetzt (Oeme-Rosenberg, StPD., § 44 Ziff. 4), sollte die von einzelnen Gerichten betätigte, die Wirklichkeit und Notwendigkeit der Arbeitsverhältnisse, insbes. beschäftigter Anwälte verkennende Überspannung der Sorgfaltspflicht aus der Rspr. endlich verschwinden; die Überspannung verträgt sich nicht mehr mit dem Begriff des unabwendbaren Zufalls, der nach RG. 48, 411 (WZS.); 71, 323 = JW. 1909, 363; 77, 161 = JW. 1911, 605; RG.: JW. 1920, 901; RG. 96, 322 = JW. 1920, 142 u. a. ein Ereignis darstellt, das unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falls zu berücksichtigenden Umständen auch durch äußerste, diesen Umständen angemessene vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist; die Rspr. (RG. 96, 324 = JW. 1920, 142 und dort zit.) hat diesen Begriff dahin entwickelt, daß die subjektiven Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigenden sind, was nichts anderes als die Anerkennung eines Billigkeitsmaßstabs für die im Einzelfall als „äußerst“ zu betrachtende Sorgfalt bedeutet.

2. Daß, wie Scanzoni meint, auch der vielbeschäftigte RA. die Revisionsfrist selbst in seinen persönlichen Terminkalender (den jeder Anwalt zu führen pflege) vorzumerken habe, verträgt sich mit vorstehenden Ausführungen keineswegs; der Anwalt darf die Eintragungen seinem ihm als zuverlässig bekannten Personal bei genügender Leitung und Überwachung überlassen; sonst müßte er ja jede Fristsache und ebenso jeden Termin (also nicht nur die gerichtlichen Fristen des Zivil- und Strafprozeßrechts, Steuerrechts usw., sondern auch die häufigen außerprozessualen Fristen, die behördlichen und privaten Termine, usw.) persönlich vormerken; gerade diese häufig und ständig erforderliche Tätigkeit neh-

allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit dem 23. Febr. 1925 in Abrede stellen. Nach § 2 der gegenwärtigen PachtSchD. beschränkt sich die Veränderung nicht auf bestimmte Entstehungsfälle (Krieg, Inflation, Wagemann-Marwitz, PrPachtSchD., 4. Aufl., Anm. 3 c zu § 2 S. 63). Das Gesetz selbst (§ 58 Abs. 4) geht von der Möglichkeit solcher Veränderung aus (Schiedspruch v. 16. Okt. 1928: „Der Verpächter“ 1929, 10 ff. zu 3 a; vgl. RG. d. RW. v. 20. Febr. 1928 u. 17 Y 5/28 u. 17 Y 14/28; Ring, RRG. 126, 128). In der Tat sind denn auch seit jener Zeit u. a. die Invaliden- und Krankenversicherungsbeiträge, die Beiträge für die Berufsgenossenschaft, die

men die aus RG. 96, 322 = JW. 1920, 142 wiedergegebenen Ermäßigungen dem Anwalt unter obigen Voraussetzungen ab. Es ist nach meiner Erfahrung tatächlich unzutreffend, daß jeder RA. noch einen persönlichen auch für Fristeneintragung bestimmten Kalender führt, dafür dient der Kanzleikalender, der eben in beschäftigteren Kanzleien vom Personal geführt und täglich dem Anwalt vorgelegt wird; ein zweiter Terminkalender i. S. des Wortes (nur für Termineintragungen) wird wohl zuweilen — nicht durchwegs und nicht in der Regel — von dem Anwalt persönlich geführt und zu Gericht mitgenommen, vor allem, um einen Überblick über die mehrfachen Terminsachen des gleichen Tags zu besitzen und besonders um bei Terminsverlegungen im Termin sofort etwaige Kollision mit anderen Terminen feststellen zu können. Überlassen doch auch die Behörden die Führung von Frist- oder ähnlichen Kalendern dem Büropersonal (RG. 96, 325), warum soll für Anwaltskanzlei bei entsprechenden Beschäftigungsverhältnissen nicht gleiches gelten?

JR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 1. I. Seit Schaffung der PachtSchD. ist die Frage der Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse die Kernfrage des wirtschaftlichen Pachtzinses. Das Gesetz verlangt nicht eine katastrophale Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, auch nicht eine übermäßige Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, wie das LG. Greifswald in vorstehender Entsch. anscheinend meint, sondern lediglich, wie Wagemann u. Marwitz in ihrem Komm. z. PrPachtSchD., 4. Aufl., S. 63 zutreffend hervorheben, eine einigermaßen erhebliche Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Daß eine solche seit 1924 und 1925 vorliegt, habe ich auf Grund statistischen Materials aus allen Teilen Deutschlands in meinem Aufsatz „Die Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse vom Jahre 1924 ab“ (Zeitschrift „Der landwirtschaftliche Pachtbetrieb“ 1929 vom Juli/August S. 117) nachgewiesen. Auf dem gleichen Standpunkt steht fast einhellig die Rspr. der PachtSchutzbehörden. Ich verweise auf folgende Entsch., welche eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit 1925 bejahen: LG. Königsberg: Zeitschr. „Der landwirtschaftliche Pachtbetrieb“ 1928, S. 73; LG. Glogau a. a. D., S. 135; PChA. Braunschweig a. a. D., S. 74; PChA. Braunschweig a. a. D., S. 133; OberPChA. Eutin a. a. D. 1929, S. 107; LG. Gleiwitz (Urt. v. 19. Juni 1929, 4 S 2/28 in Sachen Freiherrn von Durant gegen Agrikultura-Gesellschaft; LG. Piegeln v. 3. Mai 1929, 9 S 99/29 in Sachen Grundmann gegen Kobelt; PChA. Königsberg a. a. D. 1928, S. 36 u. 186; Glogau a. a. D., S. 75; Dahme a. a. D., S. 134; Eutin a. a. D. 1929, S. 33; Prenzlau a. a. D., S. 35; Jauer a. a. D., S. 108; Sorau a. a. D., S. 109; Sondershausen a. a. D., S. 150. Ergänzend wird hierzu bemerkt, daß folgende Entsch., welche eine erhebliche Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit 1926 bejahen, ergangen sind: OberPChA. Gera a. a. D. 1928, S. 248; PChA. Gera a. a. D. S. 249; PChA. Neppen a. a. D. 1929, S. 36/37; PChA. Sondershausen a. a. D., S. 150.

Entsch., welche eine wesentliche Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit 1927 bejahen, sind folgende:

LG. Berlin a. a. D. 1928, S. 216; PChA. Braunschweig a. a. D., S. 216; PChA. Seelow a. a. D. 1929, S. 76; PChA. Delz (Beschl. v. 1. Juli 1929, 1 PSch 1/29 in Sachen Schacke gegen Freiherrn von Puttkamer).

Die durch obige Rspr. anerkannte Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse äußert sich in folgendem:

1. In der Preissphäre: Diese betrifft bekanntlich das Mißverhältnis zwischen der Entwicklung der Produktpreise und der Produktionsunkosten. Eine nennenswerte Erhöhung der landwirtschaftlichen Produktpreise hat seit 1925 nicht stattgefunden. Im Gegenteil, z. B. bezüglich der Milch, Zuckerrüben, Kartoffeln und mancher Viehpreise eine Senkung. Die Löhne sind durchsichtlich im Deutschen Reich seit 1925 um mindestens 30—40% gestiegen. Die Steigerung der sozialen Lasten (Beiträge zur Krankenkasse, Unfall- und Invaliditätsbeiträge) sind sogar um mehr als 50% gestiegen. Bemerkenswert hierzu, daß die Löhne vor dem Kriege etwa 25—30% der Gesamtaufwendungen des Pachtbetriebes ausmachten, heute aber 60% der Gesamtaufwendungen des Betriebes betragen. Daher ist der Lohnposten der entscheidende Posten der Bilanz eines landwirtschaftlichen Pachtbetriebes.

2. Steigerung der steuerlichen Belastung. In Preu-

Steuern und Löhne gestiegen, ebenso die Kosten für Baustoffe. Andererseits sind auch Erleichterungen eingetreten, z. B. hinsichtlich der Zinshöhe, so daß die Erschwerungen zum Teil ausgeglichen sind.

Diese Veränderung ist naturgemäß nicht ohne jeden Einfluß auf die Gestaltung der Leistungen des Antragstellers geblieben, auch für ihn als Pächter hat die allgemeine Erhöhung der gedachten Art eine gewisse Steigerung der neben dem Roggenpachtzins im Pachtvertrage übernommenen sonstigen Leistungen (Abgaben, öffentliche und private Lasten) zur Folge gehabt. Bei seinem kleinen Betriebe wirkt sich jedoch die seit 1925 nicht übermäßige Veränderung der allgemeinen Verhältnisse nicht so aus, daß dadurch eine erhebliche Verschiebung im Wertverhältnisse der Leistungen herbeigeführt worden wäre. Mitentscheidend ist dabei, daß die Hauptleistung des Pächters in der Roggenpacht besteht und die anderen Leistungen nur einen weit geringeren Teil (etwa 1/4) seiner Gesamtverpflichtungen ausmachen. Da die Naturalpacht (Korn) nach Festigung der Währung vereinbart ist, könnte die Änderung des Geldwertes ihre Ermäßigung kaum rechtfertigen (vgl. Schiedspruch v. 16. Okt. 1928: „Verpächter“ 1929, 12 zu 3 b). Abgesehen davon, hat sich auch der Preis für den Roggen, von Schwankungen abgesehen, nicht wesentlich geändert. Soweit die Gesamtpacht heute hoch erscheint, hat das mit darin seinen Grund, daß auch die Pacht bei der Übernahme etwas hoch war. Solche Kalkulationsfehler bei Vertragsschluß auszugleichen, ist nicht Aufgabe des BG. und des VG.

(LG. Greifswald, 1. ZR., Beschl. v. 10. Mai 1929, 1 S 54/29.)

fen sind die Kommunalzuschläge zur preuß. Steuer vom Grundvermögen seit dem Jahre 1925 sowohl als auch seit dem Jahre 1926 ganz erheblich gestiegen. Während im Durchschnitt des Jahres 1925/26 die Gemeinden einen 100—150%igen Zuschlag zur preuß. Steuer vom Grundvermögen erhoben, betragen heute die Zuschläge 300—500%. Dazu kommt, daß in Preußen seit dem Vorjahre die selbständigen Gutsbezirke aufgelöst worden sind und hierdurch eine Mehrbelastung des einzelnen Betriebes eingetreten ist, die in den meisten Fällen für den Pächter untragbar ist. Das Gesetz über die Aufhebung der selbständigen Gutsbezirke bringt sonach, für sich allein genommen, bereits eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse mit sich.

3. Verschuldung der Landwirtschaft. Die Tatsache der fortschreitenden katastrophalen Verschuldung ist nicht nur als Symptom für die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern vermöge ihres hohen Ausmaßes selbst als solche anzusehen. Als Beispiel für die katastrophale Zunahme der Verschuldung der Pachtbetriebe seien folgende Verschuldungsziffern je Hektar landwirtschaftlich genutzter Fläche angegeben:

Wirtschaftsgebiet:	Verschuldung am 31. Dez. 1926 RM.	Verschuldung am 31. Dez. 1927 RM.	Zunahme der Verschuldung in %
Ostdeutschland	150,7	188,3	24,9
Westdeutschland	197,6	252,1	27,6
Deutschland	163,0	205,0	25,8

Eine weitere erhebliche Zunahme der Verschuldung ist ab 1. Jan. 1928 bis heute eingetreten.

4. Die Wirkungen des Aufwertungsgesetzes. Das am 16. Juli 1925 erlassene Aufwertungsgesetz hat den Verpächtern eine 75%ige Entlastung ihres Grundbesitzes von Vorkriegshypotheken gebracht, während die Pächter durch dasselbe Gesetz ihr Privatvermögen, das sie in der Regel in öffentlichen Anleihen angelegt hatten, fast restlos verloren haben.

II. Wichtig ist, daß nach Prüfung der Kernfrage des wirtschaftlichen Pachtzinses (Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse) weiterhin zu prüfen war, ob durch diese eine erhebliche Verschiebung im Wertverhältnis der Leistungen herbeigeführt worden ist. Das VG. steht auf dem Standpunkt, daß im vorliegenden Falle bei dem kleinen Betriebe des Pächters sich keine erhebliche Verschiebung im Wertverhältnis der Leistungen herausgestellt habe. Dies mag tatsächlich für einen kleinen Betrieb zutreffen, für einen großen Betrieb wird im Regelfalle eine erhebliche Verschiebung des Wertverhältnisses der Leistungen vorhanden sein, weil im Großbetriebe das Dohrkonto in den Vordergrund tritt. Bei einem kleinen Betriebe arbeitet erfahrungsgemäß die Familie des Pächters mit, so daß das Lohnkonto, der Hauptfaktor der Ausgabenseite der landwirtschaftlichen Bilanz, kaum in die Erscheinung tritt.

III. Das VG. hebt besonders hervor, daß bei Vereinbarung einer Naturalpacht nach Festigung der Währung die Änderung des Geldwertes ihre Ermäßigung kaum rechtfertigen könne. Es scheint damit den Standpunkt zu vertreten, als ob die Änderung des Geldwertes einer Pachtleistung nicht als eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse angesehen werden könne. Gerade der Schieds-

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Abel, Essen, Rechtsanwält und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwält Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 616 BGB. Dienstunfähigkeit für verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. f)

Nachdem der Kl. infolge Unfalls v. 18. Dez. 1926 zur Leistung der vertragsmäßigen Dienste als Gutsinspektor dauernd unfähig geworden war, hat der Bekl. ihm noch das Gehalt bis zum 31. Dez. 1926 gereicht und außerdem einen nicht ganz unbeträchtlichen Betrag an Krankenhauskosten für den Kl. aufgewendet. Seinen weitergehenden Anspruch auf Gehalt für den Monat Jan. 1927 stützt Kl. ausschließlich auf § 616 BGB. Diese Vorschrift reicht jedoch zur Begründung des Klageanspruchs nicht aus.

Die Vorschrift gewährt den Vergütungsanspruch demjenigen Dienstschuldner, der „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ an der Dienstleistung verhindert wird. Kl. war infolge des Unfalls aber dauernd an der Leistung seiner Dienste verhindert. Es ist mit dem Inhalt des § 616 BGB. nicht vereinbar, aus dieser dauernden Verhinderung einen Teilzeitraum herauszugreifen und für diesen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum dem Dienstschuldner die Vergütung gem. § 616 BGB. zu gewähren. Damit würde man in das Gesetz einen Gedanken hineintragen, der ihm fremd ist. — Das LArbG. verweist zur Begründung seiner abweichenden Ansicht

spruch, den das VG. zitiert, hebt besonders hervor, daß die Geldwertänderung als Anzeichen der allgemeinen wirtschaftlichen Veränderung anzusehen sei.

Die weitere Feststellung des VG., daß sich nach Festigung der Währung der Preis für den Roggen, von Schwankungen abgesehen, nicht wesentlich geändert habe, ist unrichtig. Gerade seit 1924 sind derartig wesentliche Veränderungen in der Preisgestaltung des Roggens vorgekommen, wie sie die Landwirtschaft niemals erlebt hat. Mit Rücksicht hierauf steht die Rechtsprechung im Pachtsschutz auf dem Standpunkt, daß die Naturalpacht lediglich ein Notbehelf der Inflationszeit gewesen sei. Eine Roggenpacht sei das Wertunbeständigste, was es überhaupt gäbe, daher sei der Roggen nicht als Wertmesser angesehen. Demgemäß sei der Pachtzins in Reichsmark statt bisheriger Naturalwerte festzusetzen (vgl. Ur. des VG. Erlang: Zeitschrift „Der landwirtschaftliche Pachtbetrieb“ 1928, S. 250; PGL. Gera a. a. D. S. 249; PGL. Delz in der oben zit. Entsch. v. 1. Juli 1929, 1 PSch 1/29).

IV. Daß es nicht Aufgabe der Pachtsschutzbehörden ist, Kalkulationsfehler bei Vertragsschluß auszugleichen, ist richtig und entspricht der ständ. Rspr. im Pachtsschutz (vgl. RE. d. RG. v. 9. Febr. 1925, 17 Y 11/25). Ein zu hoher Pachtzins muß daher an sich immer hoch bleiben, kann aber nach Maßgabe der seit Abschluß des Pachtvertrages bzw. der letzten Einigung eingetretenen Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse herabgesetzt werden.

RA. Dr. Hermann Richter, Halle (Saale).

Zu 1. Die Entsch. entspricht der in der Literatur durchaus herrschenden Lehre; vgl. die Komm. zu § 616 BGB., ferner Lotmar, Der Arbeitsvertrag II, 201; Hueck-Ripperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 192. Abweichend allerdings einige GewGer. (vgl. die Angaben bei Hueck-Ripperdey a. a. D. Note 16) sowie LArbG. Kassel: BenzSamml. 2, 95. Für diese abweichende Ansicht, nach der dem Arbeitnehmer, der längere Zeit an der Arbeit verhindert ist, wenigstens für den ersten als unerheblich anzusehenden Teil der Verhinderungszeit der Lohn zu gewähren ist, sprechen allerdings gewisse Billigkeitserwägungen. Mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes läßt sie sich aber nicht vereinigen. Auch ist die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht keineswegs sinnlos, so daß man sich über den entgegenstehenden Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen müßte, um ein gänzlich unvernünftiges Ergebnis zu vermeiden. Die Vorschrift des § 616 beruht auf sozialen Erwägungen. Mit kurzen in der Person des Arbeitnehmers begründeten Unterbrechungen der Arbeit ist immer zu rechnen. An sich müßte der Arbeitnehmer, der nicht arbeitet, auch seinen Lohn einbüßen. Das wäre aber in derartigen Fällen für ihn, der auf den Lohn für seinen Unterhalt angewiesen ist, eine Härte. Deshalb soll er bei solchen immer einmal wieder vorkommenden, kurzen Arbeitsunterbrechungen in seinem Lohn nicht verkürzt werden, während der Arbeitgeber solche Verhinderungen des Arbeitnehmers als selbstverständlich hinnehmen muß. Er kann sie von vornherein in seine Kalkulation einstellen, wird sich meist auch durch etwas andere Einteilung der Arbeit, evtl. durch Einlegung einiger Überstunden, leicht helfen können, ohne einen neuen Arbeitnehmer einzustellen.

Dagegen ist die Sachlage eine andere, wenn es sich um dauernde Arbeitsunfähigkeit oder doch länger währende Verhinderung des Arbeitnehmers handelt. Gewiß können soziale Erwägungen dazu führen, dem Arbeitnehmer auch in diesem Falle wenigstens für den

auf die Unstimmigkeit, die darin liegt, daß der Arbeitnehmer während der verhältnismäßig unerheblichen Zeit von 2 Tagen seine Vergütung für diese 2 Tage erhält, aber nichts bekommen soll, wenn er länger, nämlich 2 + 1 Tag verhindert war. Derlei Unstimmigkeiten sind aber bei gesetzlichen Regelungen nicht immer zu vermeiden, weil die gesetzliche Regelung stets an Durchschnittsberechnungen anknüpft. Dies mag es möglicherweise erwünscht erscheinen lassen, wenn die Frage in TarVertr. geregelt wird, was zuweilen auch geschieht. Ohne Bestehen einer besonderen Tarifbestimmung kann ein Rechtsanspruch des Dienstschuldners aber aus § 616 BGB. nicht abgeleitet werden. Arbeitnehmern, die infolge eines Unfalls geschädigt und in ihrer Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt werden, zu Hilfe zu kommen, ist gemeinhin Sache anderer Stellen, wie etwa der öffentlich-rechtlichen Versicherung. Dem Arbeitgeber ohne gesetzliche oder Vertragsgrundlage lediglich auf Grund von Billigkeitserwägungen Lasten aufzubürden, die sich aus der privatrechtlichen Gesetzgebung nicht rechtfertigen lassen, geht nicht an. Übrigens hat der Bekl. auch den Anforderungen der Billigkeit in gewissem Umfang Rechnung getragen.

Demzufolge war auf die Rev. des Bekl. das angefochtene Ur. aufzuheben und die Berufung des Kl. gegen das klageabweisende Ur. des ArbG. zurückzuweisen.

(NArbG., Ur. v. 9. Aug. 1929, RAG 102/29. — Frankfurt a. D.) [D.]

*

2. Anlage von Abzugsgräben, die der Gewinnung von Weideland dient, ist landwirtschaftliche Arbeit und unterliegt nicht dem Reichstarif für das Baugewerbe. †)

Nach dem Wortlaut der Allgemeinverbindlichkeitsklärung v. 12. Aug. 1927 (NArbG. I, 389) erstreckt sich der für alle Bau-, Maurer-, Zimmer-, Beton-, Eisenbeton- und Tiefbauarbeiten der Bau-... und Tiefbauarbeiter geltende Reichstarif für das Baugewerbe auf die gewerblichen Arbeiter im Bau- usw. und Tiefbaugewerbe. Es genügt also für die Anwendung der normativen Bestimmungen des Baugewerbetarifs auf die Arbeitsverträge zu Außenseitern nicht schon, daß ein Bauarbeiter für einen anderen Arbeiter der fraglichen Art verrichtet, vielmehr ist zur Anwendung weiter erforderlich, daß er die Arbeiten in einem der erwähnten Betriebe, nämlich in einem gewerblichen Unternehmen der im TarVertr. gedachten Art leistet oder doch in einem Unternehmen, das Arbeiten, mit denen sich das Bau- usw. und Tiefbaugewerbe befaßt, zum Gegenstande seiner betrieblichen Tätigkeit macht (NArbG. 1, 203; 2, 37, 145, 181, 222; 3, 109). In letzterem Falle besteht weiter die Ausnahme für Bauarbeiter, „die in einem Betriebe, der nicht Baubetrieb ist, dauernd mit Instandsetzungs- oder Erneuerungsarbeiten beschäftigt sind“. Sie kommt hier nicht in Betracht. Es liegt ferner auf der Hand, daß bei der Bekl. von einem Gewerbebetrieb als solchem schon um deswillen

ersten Teil der Verhinderung einen Lohnanspruch zu gewähren. Aber es läßt sich doch nicht verkennen, daß für den Arbeitnehmer wie für den Arbeitgeber hier eine ganz andere Situation entstanden ist, und daß deshalb das, was für den Fall kurzer Verhinderung vorgeschrieben ist, nicht mit unbedingter Notwendigkeit auch für diesen Fall gelten muß.

De lege ferenda wird allerdings vielfach eine Ausdehnung des § 616 empfohlen (vgl. § 79 ArbVertrGesEntw.). Auf dem gleichen Standpunkt steht auch das österr. und das Schweizer Recht (vgl. § 1154 b ÖstArbG. und Art. 335 Schweizer Dbr.).

Prof. Dr. Hueck, Jena.

Zu 2. Die Entsch. darf nicht verallgemeinert werden. Wohl unterwirft das NArbG. solche Erdarbeiten dem Baugewerbetarif nicht, die „den Betrieben der Land- oder Forstwirtschaft eigentümlich und ihren Zwecken zu dienen bestimmt sind“. Auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des NArbG. Osnabrück rechnet es im vorliegenden Falle, in welchem die Anlage von Abzugsgräben einem landwirtschaftlichen Wirtschaftsziele, der Vorbereitung von Weideland, dienen sollte, diese Anlage zu den der Förderung der dem Landwirtschaftsbetriebe dienenden Erdarbeiten. Reinesfalls will es aber generell, wie man der Überschrift entnehmen könnte, die der Anlage von Abzugsgräben dienenden Erdarbeiten — selbst wenn sie der Gewinnung von Weideland dienen sollen — als „landwirtschaftliche Arbeit“ der Anwendung des Reichstarifs für das Baugewerbe entziehen.

Es gibt im Erdbau, dem Wirkungskreis des Tiefbauunternehmers, eine große Anzahl von Erdarbeiten (ich denke an die Anlage von Staubecken, von Deichen, die als Erderhöhungen zum Schutze des unberechneten Landes gegen Überschwemmungen dienen), welche über den Rahmen des Landwirtschaftsbetriebes hinaus gehen, obwohl diese Erdarbeiten stets dem landwirtschaftlichen Unternehmer auch Vorteile bringen. Dies gilt von den Arbeiten, welche das Gesetz zur Verhütung von Hochwassergefahren v. 16. Aug. 1908 (PrWassG. 1908, 342) vorschreibt (ich bemerke, daß das Hochwasserschutzgesetz im PrWassG. v. 7. April 1913 mit verarbeitet ist, dagegen nach § 395 der Übergangs- und Schlußbestimmungen zum WassG. einige für bestimmte Flußgebiete oder Provinzen erlassene Hochwassergesetze noch

keine Rede sein kann, weil sie keine Gewinn erstrebende Tätigkeit berufsmäßig ausüben, ihre Aufgabe und ihr Zweck vielmehr gemeinnütziger Art ist, nämlich darin besteht, auf Kosten ihrer Mitglieder, der Eigentümer der durch den Deich geschützten Grundstücke, — auf denen die Deichlast ruht, — den Deich zu unterhalten und nötigenfalls zu verteidigen. Es war also die Entscheidung von der Beantwortung der Fragen abhängig zu machen, ob die Bekl. Arbeiten, mit denen sich das Bau-, insbes. das hier allein in Frage kommende Tiefbaugewerbe, befaßt, zum Gegenstande ihrer betrieblichen Tätigkeit gemacht und dabei den Kl. beschäftigt hat. Das aber ist von den Vorinstanzen mit zutreffender Begründung verneint worden.

Bei Prüfung dieser Fragen konnte nicht entscheidend sein, ob die vom Kl. geleisteten Arbeiten bei rein äußerlicher Betrachtung Erdarbeiten waren. Denn Erdarbeiten sind auch die Arbeiten, die die Deichgenossen bei Hochwassergefahr zum Schutze der Deiche unentgeltlich leisten müssen, und Erdarbeiten werden vor allen auch in den Betrieben der Land- und Forstwirtschaft geleistet, die der GewD. nach deren 7. Titel nicht unterfallen. Die in derartigen Betrieben beschäftigten Arbeiter sind keine gewerblichen Arbeiter; diese Betriebe zählen nicht zu den in der Allgemeinverbindlichkeitsklärung zum Reichstarif für das Baugewerbe v. 30. März 1927 aufgeführten Gewerben (NArbG. 2, 184 f.). Werden also Erdarbeiten, die dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft eigentümlich und ihren Zwecken zu dienen bestimmt sind, ausgeführt, so fallen sie nicht unter den Baugewerbetarif. Davon sind die Vorinstanzen mit Recht ausgegangen und haben demgemäß untersucht, ob die ausgeführten Arbeiten als landwirtschaftliche anzusehen sind oder ob sie ihrem unmittelbaren Zweck, der Dauer und dem Umfange nach über den Rahmen des landwirtschaftlichen Betriebes hinausgegangen sind und deshalb als im Tiefbaugewerbe geleistete Arbeiten i. S. der Allgemeinverbindlichkeitsklärung angesehen werden können. Diese Beurteilung des Arbeitsverhältnisses nach beiden Seiten hin, sowohl nach der Arbeitnehmerseite hinsichtlich der Art der Arbeit als auch nach der Arbeitgeberseite hinsichtlich der Art des Betriebes, für die die Arbeit geleistet wird, insbes. das Wirtschaftsziel desselben entspricht der Mspr. des NArbG. und vermag allein die Eignung zur gleichen tariflichen Behandlung sachgemäß zu würdigen.

Nach den einwandfreien tatsächlichen Feststellungen des BG. sind aber die vom Kl. geleisteten Arbeiten gemäß ihrem Wirtschaftsziel und -zweck landwirtschaftlicher Art gewesen. Sie haben in der Entleerung sog. Schlickschächte, einer größeren Zahl parallel verlaufender, etwa 30 cm tiefer und 1 m breiter Gräben, bestanden, die die Bekl. früher im Vorgelände des Greetfieber Deiches nach der Hauener Hooge zu hatte ausmerzen lassen. Dieses Vorgelände ist durch die von ihm durch das Watt getrennte, vorgelagerte Hooge derart geschützt, daß der dort befindliche, als Weideland verpachtete Annuwuchs im Sommer nur bei Nordwestwind mit steifen West- oder Nordwestwind überflutet wird. Um das für die Grasnarbe schädliche

in Geltung sind). Jede, das Hinterland gegen Hochwasser abgrenzende deichähnliche Erhöhung dient dem Schutze des Hinterlandes, ohne daß man, obwohl der Schutz vorwiegend den Äckern und Wiesen zugute kommt, die für die Beschaffung des Materials, für die Erhöhung nötigen Ausgrabungen von Erde im Hinblick auf den Schutzzweck als landwirtschaftliche Arbeiten bezeichnen könnte. Im Hinterland liegen Straßen, Gehöfte, Dörfer und Städte, die gleichfalls die Schutzvorteile des Deiches genießen.

Mit Deichbauten sind wohl ausnahmsweise Kanalbauten in der Gestalt von Abzugskanälen verbunden. Die bei der Ausschachtung des Kanals gewonnene Erde wird durch Ablagerung befeitigt, dient aber auch dem Deichbau selbst. Die Hauptmasse der Erde für den Deichbau wird gewöhnlich im Vorlande dem Deiche entlang gewonnen. Wenn man nun das Vorland mit einer humusbildenden Schlickschicht belegt, die kultiviert zur Weide wird, so ist diese landwirtschaftliche Bewertung der künstlich gebildeten Humusschicht im Vorlande etwas normales.

Führt diese Feststellung das NArbG. zu dem rechtlichen Ergebnis, die bei solcher Erdarbeit beschäftigten Tiefbauarbeiter aus dem Reichstarifvertrag für das Baugewerbe herauszunehmen, so wird jeder an irgendeinem Deichbau beschäftigte Arbeiter, wenn er auch von einem vom Deichverbände beauftragten Tiefbauunternehmer angestellt ist, wie ein landwirtschaftlicher Arbeiter tariflich behandelt werden müssen.

Das Ergebnis befriedigt nicht in rechtlicher Hinsicht; die Entscheidung ist zu stark auf die stets eintretende Wirkung eines landwirtschaftlichen Schutzes, wie ihn jeder Deichbau bietet, ohne daß dieser Schutz der Endzweck wäre, abgestellt. Die Hooge in Schleswig-Holstein, die Polber in Ostfriesland sind angelegte Niederungen mit blühenden Weidewiesen. Die Deiche werden errichtet, um das gesamte Land zu schützen, nicht allein um die Kultivierung zu fördern. Letzterem Zwecke ausschließlich dienen die Sommerdeiche. Sie sind derart niedrig gehalten, daß sie den fruchtbaren Schlamm des Winterwassers aufnehmen, die Sommerhochwasser gleichzeitig zurückhalten und das Wachstum und die Ernte der Sommerfrüchte vor Überschwemmungsgefahr sichern. Die Errichtung von Sommerdeichen ist unzweifelhaft nach ihrer Zweckbestimmung eine in den Landwirtschaftsbetrieb fallende

Salzwasser schneller und besser ablaufen zu lassen, sind die Gräben ausgehoben worden. In ihnen bleibt gleichzeitig bei eintretender Ebbe der Schlamm zurück. Dieser wird, wenn die Gräben sich nach längerer oder kürzerer Zeit vollgefüllt haben, mit der Schaufel auf die zwischen den Gräben liegenden Streifen zwecks Düngung und Erhöhung desselben geworfen. Dadurch wird das Weideland geschaffen und verbessert. Das war und ist der Zweck des Unternehmens; die Arbeiten stellten demgemäß nach der nicht zu beanstandenden Auskunft des Deich- und Seelamts und der Feststellung des Vorderrichters eine Fortsetzung früher begonnener landwirtschaftlicher Tätigkeit dar. Es entsteht zwar durch die Schaffung eines breiten und hohen Vorlandes auch ein erhöhter Deichschutz, aber das ist nur ein erwünschter Nebenzweck, der nach jener Auskunft die aufgewendeten Kosten nicht gerechtfertigt haben würde. Maßgebend für die hier erforderliche Prüfung und Entscheidung konnte aber nur der unmittelbare Zweck sein. Danach aber hat es sich um landwirtschaftliche Arbeiten gehandelt, die ihrer Dauer und dem Umfange nach das übliche Maß solcher Arbeiten nicht überschritten, die zudem in der Hauptsache von landwirtschaftlichen Arbeitern ausgeführt worden sind und als gewerbliche Arbeiten nicht gelten können.

(RArbG., Ur. v. 15. Mai 1929, RAG 551/28.) [B.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

Reichsbewertungsgesetz.

1. §§ 11 Abs. 1, 26 Abs. 1 RBewG. Zur Bedeutung des Unterschieds zwischen Substanzbetrieben (z. B. Ziegelei) und Verarbeitungsbetrieben (z. B. Brennerei) bei Entscheidung der Frage, ob ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb oder ein selbständiger gewerblicher Betrieb vorliegt. †)

Streitig ist die Festsetzung des Einheitswerts für die Besizung auf den 1. Jan. 1925. Die landwirtschaftlich genutzte Fläche beträgt 959 ha, die forstwirtschaftlich genutzte Fläche 865 ha. Auf der Besizung befinden sich eine Meierei, eine Dampfbrennerei und Kartoffellockerei, eine Wassermühle, ein Gasthof, eine Dampfziegelei und eine Majolikafabrik. Die Vorbehörde hat den Einheitswert festgesetzt. Sie hat dabei in dem Einheitswerte die Meierei, Brennerei und Flockerei, die Wassermühle und das Gasthaus als Nebenbetriebe berücksichtigt mit dem Ergebnis, daß für die Brennerei und Flockerei sowie das Gasthaus nach § 16 Abs. 4 RBewG. Zuschläge zu dem Einheitswert gemacht wurden, während die Meierei und die Wassermühle nicht als ertragsteigernd angesehen wurden. Die vom Beschw. begehrte Einbeziehung der Ziegelei und Majolikafabrik in den Einheitswert des landwirtschaftlichen Betriebs lehnten die Vorbehörden ab, da es sich dabei nicht um landwirtschaftliche Nebenbetriebe, sondern um selbständige gewerbliche Betriebe handelte.

Den Hauptstreitpunkt bildet die Frage, ob die Ziegelei und Majolikafabrik, wie der Beschw. will, als Nebenbetriebe der Landwirtschaft anzusehen sind oder ob sie selbständige gewerbliche Betriebe darstellen. Die Vorbehörde hat das Letztere angenommen. Sie geht davon aus, daß ein Nebenbetrieb die Aufgabe haben muß, den Zwecken eines anderen Betriebs zu dienen, ihn zu fördern und sein

Arbeit; wer sich ihr unterzieht, untersteht als Arbeiter dem Landwirtschaftstatarif.

Anders liegt es bei der Errichtung von Winterdeichen. Letztere sichern das unbewehrte Hinterland gegen die Fluten der Winter- und Frühjahrshochwasser. Die Winterdeiche bewahren sich in einer Zeit, wo der Landwirtschaftsbetrieb weder zu ernten, noch die Pflanzen zu schützen hat. Ihr Zweck dient der Sicherung des gesamten Landes unabhängig von der Schaffung oder dem Schutz von Kulturland.

So kann man i. S. der Entsch. des RArbG. die Arbeiten an Winterdeichen ebensowenig wie die Hochwasser- oder Regulierungsbauten (z. B. Tapperrren) als in den Landwirtschaftsbetrieb fallend betrachten. Der Schutzzweck wächst über den landwirtschaftlichen Betriebszweig weit hinaus.

R. Ernst Böttger, Berlin.

Zu 1. Was ist ein Nebenbetrieb? Ein solcher — sagt die Begründung an einer Stelle — der von einem anderen, dem Hauptbetrieb abhängig ist und gegenüber dem anderen eine untergeordnete Rolle spielt. Das leuchtet ein; nicht ebenso dagegen die weitere These der Entsch., daß in der Anerkennung dieses Abhängigkeitsverhält-

Erträgnis zu erhöhen. Er müsse also als Ausfluß eines anderen Betriebs erscheinen, in dem er seine Stütze findet. Die Vorbehörde unterscheidet zwischen Substanzbetrieben und anderen Betrieben, die landwirtschaftliche Erzeugnisse verarbeiten (Verarbeitungsbetriebe). Nach der Verkehrsauffassung gehöre die Verwertung der Bodensubstanz nicht zu den Aufgaben der Landwirtschaft, während bei den Verarbeitungsbetrieben ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Betriebe der Landwirtschaft ohne weiteres dadurch gegeben sei, daß jedenfalls zum Teil selbstgewonnene landwirtschaftliche Produkte verarbeitet werden. Daraus ergebe sich, daß bei Substanzbetrieben von einem landwirtschaftlichen Nebenbetriebe nicht allein bezwungen gesprochen werden könne, weil die Substanz aus im übrigen landwirtschaftlich genutztem Grund und Boden gewonnen werde, vielmehr müsse man wohl in allgemeinen umgekehrt verlangen, daß die hergestellten Produkte im landwirtschaftlichen Betriebe verwendet werden. Außerdem könne bei einem Substanzbetriebe ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb dann angenommen werden, wenn ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Substanz- und dem landwirtschaftlichen Betriebe bestehe. Dies werde in der Regel bei kleineren Substanzbetrieben der Fall sein infolge der abwechselnden Verwendung der Arbeitskräfte in beiden Betrieben, infolge der gemeinsamen Benutzung von Gespannen und infolge sonstiger Hilfsleistungen des Gutes, die den Substanzbetriebe in Abhängigkeit von dem landwirtschaftlichen Betriebe bringen, so daß seine wirtschaftliche Selbständigkeit zu verneinen sei. Dagegen sei bei einem als Großbetriebe aufgemachten Substanzbetriebe, der seine Produkte überwiegend verkaufe, die Abhängigkeit von der Landwirtschaft in der Regel nicht anzunehmen, es sei denn, daß besondere Gründe, die auch hier den Substanzbetriebe in eine Abhängigkeit von dem landwirtschaftlichen Betriebe bringen, wie z. B. Versperrung des Lehmes auf dem ganzen Gute in dünnen Schichten, vorliegen. Nach diesen Gesichtspunkten kam der Oberbewertungsausschuß mit Rücksicht auf die Größe und Bedeutung der Ziegelei, die jährlich 5—6 Millionen Ziegel herstelle, die fast ausschließlich verkauft werden, zu der Auffassung, daß die Ziegelei keinen Nebenbetrieb der Landwirtschaft darstelle. Er würdigte dabei auch noch die Umstände, daß der Lehmstich geschlossen in der Nähe der Ziegelei liege, daß für die Ziegelei in der Hauptsache besondere Arbeitskräfte verwendet werden, daß der Transport der Produkte im allgemeinen mit besonderen Transportmitteln vor sich gehe, so daß auch keine besonderen Gründe, die eine Abhängigkeit der Ziegelei von dem landwirtschaftlichen Betriebe begründen würden, vorliegen. Zu dem gleichen Ergebnis kam der Oberbewertungsausschuß für die Majolikafabrik.

Die Rechtsbeschwerde wendet sich in der Hauptsache gegen die Unterscheidung zwischen Substanzbetrieben und Verarbeitungsbetrieben. Wenn die Definition des Oberbewertungsausschusses richtig sei, daß es bei Substanzbetrieben nicht darauf ankomme, ob die Substanz dem landwirtschaftlichen Betrieb entnommen würde, sondern umgekehrt, ob die hergestellten Produkte im landwirtschaftlichen Betriebe verwendet werden, so gebe es überhaupt kaum eine landwirtschaftliche Gutskiegelei als Nebenbetrieb. Im vorliegenden Falle verwendeten die Ziegelei und Majolikafabrik lediglich Lehm und Ton, der auf dem Gute gewonnen werde. Sie dienten also dazu, Erzeugnisse des Hauptbetriebs weiterzuverarbeiten und diesen dadurch rentabel zu machen. Jeder Pfennig Verdienst, der in der Ziegelei erzielt werde, werde in die Landwirtschaft gesteckt. Auch die Unterscheidung zwischen Groß- und Kleinbetrieben, die das Ur. des Oberbewertungsausschusses mache, sei nicht haltbar. Die Vorbehörde betrachte den Umfang der Ziegelei absolut und nicht relativ, d. h. im Verhältnis zu der Größe des landwirtschaftlichen Betriebs. Wäre die Ansicht des Ur. richtig, so müßte jede größere Ziegelei, auch wenn das dazugehörige Gut noch so groß sei, als Gewerbebetrieb gelten. In ihren weiteren Ausführungen bringt die Rechtsbeschwerde im wesentlichen noch tatsächliche Umstände (Verwendung der Arbeitskräfte, gleichzeitige Stromversorgung des Gutes und der Ziegelei und Majolikafabrik, getrennte Buch-

nisse ein Unterschied gemacht werden soll zwischen Substanzbetrieben und Verarbeitungsbetrieben. Denn offenbar kann z. B. ein Torfstich oder eine Ritzgewinnung sehr wohl in jener betrieblichen Verbindung und finanziellen Unterordnung zu einem landwirtschaftlichen Betriebe stehen (obwohl sie nicht landwirtschaftliche Produkte weiter verarbeiten, sondern „Substanzbetriebe“ sind), und umgekehrt kann eine Zuckerfabrik oder Kartoffellockerei, obwohl sie landwirtschaftliche Produkte verarbeiten, in ihrer finanziellen Bedeutung wie in ihrer betrieblichen Ausgestaltung sehr leicht über den Rahmen eines Nebenbetriebs hinauszurücken. Die Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Kategorie enthebt also in Wirklichkeit nicht der Prüfung, ob ein Nebenbetrieb vorliegt oder nicht, es ist auch nicht zuzugeben, daß sie eine Vermutung für das eine oder das andere schaffen würde. So möchte ich also glauben, daß die Entsch. zwar im Ergebnis vorliegenden Falles richtig, in ihrer Begründung aber nicht überzeugend ist, und ich gebe die Hoffnung noch nicht ganz auf, daß wir von der Erhebung der Ausdrücke Substanzbetriebe und Verarbeitungsbetriebe zu rechtserheblichen Begriffen des Steuerrechts am Ende doch noch verschont bleiben.

Prof. Dr. Bühler, Münster.

führung usw.) vor, bezüglich deren sie eine unrichtige Würdigung durch die Vorbehörde rügt.

Auch in diesem Punkte ist die Rechtsbeschwerde nicht begründet. Der Sen. tritt der Unterscheidung, die die Vorbehörde bezüglich der Frage, ob ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb oder ein selbständiger gewerblicher Betrieb vorliegt, zwischen Substanz- und Verarbeitungsbetrieben gemacht hat, in vollem Umfang bei. Bei den Verarbeitungsbetrieben liegen die Verhältnisse insofern grundsätzlich anders als bei den Substanzbetrieben, als bei ihnen bereits die wirtschaftliche Grundlage des ganzen Betriebs, nämlich die zu verarbeitenden Produkte, im landwirtschaftlichen Betriebe gewonnen werden. Dadurch ergibt sich ohne weiteres ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen landwirtschaftlichem und Verarbeitungsbetrieb. Letzterer wird in der Regel dazu dienen, eine bessere Verwertung der landwirtschaftlichen Produkte zu ermöglichen und durch die Lieferung von Rückständen in die Landwirtschaft deren Erträge zu erhöhen. Anders liegt es bei den Substanzbetrieben. Mit Recht hat die Vorbehörde darauf hingewiesen, daß die Gewinnung und Verarbeitung der Bodensubstanz an sich kein Ausfluß der landwirtschaftlichen Betätigung ist, sondern zu der im allgemeinen dem gewerblichen Betriebe zuzurechnenden Urezeugung gehört. Wenn daher ein Substanzbetrieb als Nebenbetrieb eines landwirtschaftlichen Betriebs angesehen werden soll, so kann es grundsätzlich nicht darauf ankommen, daß die Substanz aus im übrigen landwirtschaftlich genutztem Boden entnommen wird, denn sie wird dadurch nicht zu einem Erzeugnis der Landwirtschaft. Entscheidend kann für die wirtschaftliche Abhängigkeit des Substanzbetriebs vom landwirtschaftlichen Betriebe nur der Umstand sein, daß infolge der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles eine Abhängigkeit zwischen beiden Betrieben besteht und daß gleichzeitig der Substanzbetrieb gegenüber der Landwirtschaft eine untergeordnete Rolle spielt. Dieses Abhängigkeitsverhältnis kann einmal darin bestehen, daß die Beschläger so verstreut auf dem ganzen landwirtschaftlichen Besitze liegen, daß durch ihren Abbau die Landwirtschaft selbst erheblich in Mitleidenschaft gezogen wird. In einem derartigen Falle wird die Sache aber häufig so liegen, daß die Landwirtschaft einen Nebenbetrieb des gewerblichen Substanzbetriebs bildet. Eine Abhängigkeit des Substanzbetriebs von der Landwirtschaft kann weiter dann gegeben sein, wenn die beiden Betriebe bezüglich der Verwendung von Arbeitskräften, Maschinen usw. Hand in Hand arbeiten. Diese Abhängigkeit des Substanzbetriebs vom landwirtschaftlichen Betriebe wird aber regelmäßig nur bei kleineren Substanzbetrieben gegeben sein, da nur in kleineren Verhältnissen die Haltung eigener Arbeitskräfte und sonstiger Gegenstände des Betriebsvermögens für die ausschließlichen Zwecke des Substanzbetriebs unwirtschaftlich und daher die Führung des Substanzbetriebs nur im Zusammenhange mit der Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Betriebs rentabel sein wird. Endlich kann auch dem Umstand, daß die finanziellen Erträge eines Substanzbetriebs in den landwirtschaftlichen Betrieb gesteckt werden, für die Frage der wirtschaftlichen Einheit keine besondere Bedeutung beigemessen werden.

Hiernach ist die Vorentscheidung in der Beurteilung der in Frage kommenden rechtlichen Gesichtspunkte frei von Rechtsirrtum.

(RfSt., 6. Sen., Ur. v. 20. Juni 1929, II A 259/29.)

2. §§ 70, 26 Abs. 2 Nr. 3 RBewG. Grundstücke einer DfG. sind nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 RBewG. auch dann dem Betriebsvermögen zuzurechnen, wenn der Grundwertausfluß des Belegenheitsfinanzamts, dem die Zugehörigkeit des Grundstücks zu einer DfG. nicht bekannt war, — dem § 26 Abs. 2 Nr. 3 RBewG. zuwider — die Grundstücke als nicht zu einem gewerblichen Betriebe gehörig bezeichnet hat. Das Ur. des RfSt. 23, 126 ist in derartigen Fällen nicht anwendbar. †)

Dem FinA., in dessen Bezirke die Firma H. B., DfG., ihren Sitz hat, sind für die Einheitswertfeststellung zum 1. Jan. 1925 von mehreren FinA. Mitteilungen über Einheitswerte von Grundstücken,

Zu 2. 1. RfSt. 21, 126 hatte erkannt: Die Frage, ob ein Teilbetrag der Grundstückseinheit (oder auch das ganze Grundstück) dem Werte nach einem Betriebe hinzuzurechnen ist, kann nur in dem Verfahren über die Feststellung des Grundstückseinheitswertes ausgetragen werden. In unserem Falle, in dem es sich um eine DfG. handelt, entscheidet er umgekehrt. Er gibt dafür zwei Gründe an.

a) Der Rechtsgedanke, auf den sich das frühere Urteil stützt, sei nicht dem Wortlaute nach im Gesetze enthalten, sondern aus ihm — wie man wohl hinzufügen muß: nur — entwickelt. Das klingt genau so, als ob die erste Entscheidung ausgegeben werden soll.

b) Wegen der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Rechtslage könne nicht alles, was im ersten Urteile für andere Fälle (natürliche Personen) ausgeführt sei, auf die DfG. übertragen werden. Der schuldgerechte Verfahrensrechtler, speziell der Zivilprozeßualist, wird über diese Ausföhrung recht erstaunt sein. Wenn etwas für ihn feststeht, ist es der Satz, daß die ZPD. für

die der DfG. eigentümlich gehören, zugegangen. Die Mitteilungen lauteten zum Teil auf den Namen der DfG., zum Teil auf „Firma B. & Co. Handelsgesellschaft“, zum Teil auf „Firma H. B.“, zum Teil auf „H. B.“ Sie betrafen in der Regel Mietwohngrundstücke, zum Teil Mietwohn- und Geschäftsgrundstücke. Der Vorbruck, daß die Grundstücke ganz oder teilweise zu einem gewerblichen Betriebe gehörten, war fast immer durchföhrlich; auf denjenigen Mitteilungen, die auf die DfG. lauteten, war hinter dem Wertbetrag angefügt: „(ganz zum Gewerbe)“. . . Im Berufungsverfahren bekämpfte die DfG. u. a. die Einbeziehung der Miethäuser ins Betriebsvermögen. Die Einheitswertbescheide seien sämtlich ordnungsmäßig zugestellt und rechtskräftig geworden. Durch diese Rechtskraft habe § 26 Abs. 2 Nr. 3 RBewG. seine Bedeutung verloren. Die Häuser dienten auch nicht dem gewerblichen Betriebe. Durch Streichung des Vorbrucks über die Zugehörigkeit zu einem gewerblichen Betriebe hätten die Belegenheitsfinanzämter festgestellt, daß die Miethäuser mit dem Betriebsvermögen der Gesellschaft nichts zu tun hätten. In der Entsch. des RfSt. 23, 126, worauf auch die von der Gesellschaft beigezogenen Gutachten hinweisen, sei ausgesprochen, daß nur solche Grundstücke als zum Betriebsvermögen gehörend angesehen werden könnten, von denen der zuständige Grundwertausfluß festgesetzt habe, welcher Teil von ihnen dem Gewerbebetriebe diene.

Die Rechtsbeschwerde kann keinen Erfolg haben. Das von der Steuerpflichtigen wiederholt angerufene Ur. v. 28. Febr. 1928 enthält den Rechtsatz: „Gehört zum Betriebsvermögen ein Grundstücksanteil, dann muß der Gewerbeausfluß den vom Grundwertausfluße festgestellten, auf Betriebsvermögen entfallenden Teilbetrag des Grundstückseinheitswertes bei der Ermittlung des Einheitswertes des Betriebsvermögens zugrunde legen. Die Frage, ob und in welcher Höhe ein Teilbetrag des Grundstückseinheitswertes einem Betriebsvermögen hinzuzurechnen ist, kann nur in dem Verfahren über die Feststellung des Grundstückseinheitswertes ausgetragen werden.“ In dem Urteile selbst (S. 129/30) ist ausgeführt, im § 70 RBewG. sei allerdings in solchen Fällen der Bewertung des Betriebsvermögens nur ausgesprochen, daß der Einwand unzutreffender Bewertung abgelehnt werden soll; aber bei dem engen Zusammenhange von Nutzungsart und Bewertung eines Grundstücks müsse angenommen werden, daß der Grundwertausfluß oder die daran anschließende Rechtsmittelbehörde auch über den Charakter des Grundstücks abschließend zu entscheiden habe. Hieraus folgert die BeschwF., daß, nachdem die Einheitswertbescheide über die einzelnen, als Mietwohngrundstücke behandelten Grundstücke — in einigen Fällen nach Abschluß des Einspruchsverfahrens — rechtskräftig geworden seien, die Grundstücke nicht anders als Mietwohngrundstücke, nicht aber als Gegenstände eines Betriebsvermögens behandelt werden könnten. Dem haben die Vorbehörden mit Recht nicht zugestimmt. Wenn die Mitteilungen in der Regel einen Vermerk über die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen der DfG. nicht enthalten, so erklärt sich das wohl daraus, daß dem Belegenheitsfinanzämtern mangels genauer Bezeichnung des Grundstückseigentümers in ihren Akten vielleicht nicht bekannt war, ob früher her auf den Namen „H. B.“ eingetragen. Eine Einzelperson handelte. Nach dem Briefbogenaufdrucke führt die Firma keinen Zusatz über ihre Rechtsform; vielleicht auch sind die Grundstücke von früherher auf den Namen „H. B.“ eingetragen. Eine Einzelperson des Namens „H. B.“ gibt es aber nach der unwiderprochenen Feststellung des FinA. R. nicht. H. B. ist der verstorbene Vater der Gebrüder J., P. und G. B., die nach seinem Tode eine DfG. unter dem Namen „H. B.“ gegründet haben. Die Einheitswerte und die Nutzungsart der Grundstücke konnten daher nicht in anderer Weise als tatsächlich geschehen dem BetriebsFinA. bekanntgemacht werden. Dadurch aber konnte dieses FinA. nicht gehindert werden, diese Grundstücke bei der allein ihm obliegenden Feststellung des Einheitswertes des Betriebsvermögens der DfG. mit einzuschließen, da die DfG. nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 26 Abs. 2 Nr. 3 gar kein anderes als gewerbliches Betriebsvermögen haben kann. Die BeschwF. hat ausdrücklich bestätigt,

alle Rechtssubjekte gleichmäßig gilt, daß sich also ihre Vorschriften nicht etwa ändern, je nachdem der Prozeß für oder gegen eine Einzelperson oder eine DfG. oder eine AktG. geführt wird.

2. Hat also der RfSt. Unrecht oder existiert doch mindestens ein Widerspruch zwischen beiden Urteilen? Ja und nein. Ja, wenn man die Verfahrensvorschriften als selbständigen Teil der Rechtsystematik ansieht, der ein Sonderdasein führt und bei den Streitfragen daher durch Schlüsse aus der spezifischen Begriffswelt des Prozeßualisten beantwortet werden müssen. Umgekehrt, wenn man das Verfahren lediglich als Mittel zum Zweck ansieht, nämlich als ein Behelfsinstrument zur Feststellung der zivil- oder steuerrechtlichen Wahrheit. Dann spielen die Verfahrensvorschriften eine durchaus sekundäre Rolle; sie haben zu weichen oder sind doch wenigstens so auszulegen, daß sie den übergeordneten Zweck erfüllen. Wie es in dieser Beziehung mit der Zivilprozeßordnung steht lehrt leider ein Blick in die dickleibigen Kommentare und auf die sich häufenden Urteile des RG., von denen, wenn ich nicht irre,

daß die Grundstücke ihr gehören, nicht etwa einem oder mehreren oder allen an der Gesellschaft beteiligten Gesellschaftern, so daß für die Hinzurechnung zum Betriebsvermögen der Gesellschaft nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 BewG. noch hätte geprüft werden müssen, ob sie dem Betriebe der Gesellschaft dienen.

Der Einbeziehung in das Betriebsvermögen steht nicht entgegen, daß die Einheitswertbescheide der Belegenheitsfinanzämter rechtskräftig geworden waren. Denn die Bewertung der einzelnen Grundstücke blieb nach § 31 Abs. 3 BewG. ungeändert, auch wenn die Grundstücke, als Bestandteil des Vermögens einer D.G., als Betriebsvermögen behandelt werden mußten, denn eine D.G. kann, wie oben schon gesagt, grundsätzlich nach § 26 Abs. 2 Nr. 3 BewG. kein anderes Vermögen haben als Betriebsvermögen, also auch kein Grundvermögen. An die Wertfestsetzungen der Grundvermögensauschüsse hat sich denn auch der für die Feststellung des Betriebs-

Fuchs einmal sagte, es käme gerade bei den Zivilprozessentscheidungen nicht viel darauf an, ob man so oder so urteile. Anders steht es aber mit der W. Das Steuerverfahren ist kein Parteiprozess, es ist wenigstens nicht als solcher gedacht, sondern trägt mehr den Charakter eines Verwaltungsermittlungsverfahrens, ist also schon deshalb weit freier. Es ist auch sonst im hohen Maße bestrebt, es von den Fallgruben fernzuhalten, die in der P.D. auf die Parteien lauern. Man sehe sich z. B. die Vorschriften über die Rechtsmittel an und dazu StW. 1929 Nr. 498. Es war ein Feststellungsbefcheid nach § 65 EinkStG. und der begrifflich davon ganz getrennte EinkStBescheid selbst ergangen; trotzdem fehlerhafterweise Berufung nur gegen den letzteren eingelegt war, sagt der RZS.: Das Rechtsmittel ist als eingeleitet zu betrachten, das nach Lage der Sache gegeben ist. Wenn man damit die Entscheidung vergleicht, daß die Zivilpartei die schwer leserliche Unterschrift eines Anwalts mit dem Verluste des Rechtsmittels bezahlen muß, kann man verstehen, wenn der Steuerrechtler mit Seume sagt: „Wir Wilden sind doch bessere Menschen“. Von diesem zweiten freieren Standpunkte aus, den der zünftige Theoretiker wahrscheinlich als platten Utilitarismus bezeichnen wird, hat aber der RZS. recht, wenn er, um die Sache möglichst scharf zuzuspitzen, erklärt: Es gibt unter Umständen verschiedene Verfahrensgrundzüge, je nachdem es sich um eine Einzelperson oder eine Gesamtheit oder eine juristische Person handelt. Wie der Tatbestand unseres Urteils zeigt, konnte die Behörde der belegenen Sache nicht wissen, daß vielleicht die Grundstücke zu einem Betriebsvermögen, dem der D.G. gehörten. Hätte man also mit der Idee der rechtskräftig entschiedenen Sache ernst gemacht, so wäre ein materiell unrichtiges Resultat herausgekommen. Demgegenüber mußten die bloßen Verfahrensvorschriften als die schwächeren weichen. Wenn eine AktG. ein Grundstück gekauft und bezahlt hat, es ist aber noch nicht auf sie umgeschrieben, so kann der Belegenheitsgrundvermögensauschuss schwerlich wissen, daß es sich um ein Geschäftshaus handelt. Man kann übrigens dann die weitere Frage aufwerfen, ob der Feststellungsbefcheid überhaupt für und gegen die AktG. verwendbar ist; er lautet ja gar nicht auf ihren Namen. Im Urteilsfalle trifft das für die Bescheide zu, die auf Heinrich B. lauten, der längst verstorben war (wie ist eigentlich? zugefellt?). Mit einer solchen Lösung wäre vielleicht auch ein eingeleiteter Zivilprozessualist einverstanden. Die Folge wäre allerdings, daß das Bewertungsverfahren neu wiederholt werden müßte, wahrscheinlich mit dem gleichen materiellen Erfolge, also ein unnützer Leerlauf.

3. Viel wichtiger als die immerhin doch mehr formale verfahrensrechtliche Frage ist eine im hohen Maße bedeutame materielle. Während bis zum BewG. die Feststellung der Steuergrundlagen und die der Steuer selbst grundsätzlich in einem Verfahren stattfand und zwar bei dem Wohnsitzfinanzamt, hat das BewG. damit radikal gebrochen. Wenn jemand 3 Grundstücke in den Bezirken von 3 verschiedenen FinV. hat, wird der Wert für jedes einzelne Grundstück in 3 verschiedenen Verfahren von 3 verschiedenen Behörden festgestellt. Das erscheint auch ganz einleuchtend. Denn die Belegenheitsbehörden z. B. in Ostpreußen sind für die Beurteilung viel kompetenter, als etwa das Wohnsitzfinanzamt Berlin. Außerdem müßten die ostpreußischen Akten ständig verschickt werden und zwar nicht bloß die Spezial-, sondern auch die unentbehrlichen Generalakten. Denn nur wenn beide vorliegen, kann man sich ein Bild davon machen, auf welcher Grundlage eigentlich die Bewertung erfolgte. Gerade unser Urteil zeigt aber, daß es doch Fälle gibt, in denen das wenn auch räumlich entfernte Wohnsitzfinanzamt in einzelnen Punkten einen besseren Überblick haben kann. Ein Bauernhof in Oberbayern ist in die Hände eines bei Berlin wohnenden Besitzers übergegangen. Für die Belegenheitsbehörde hat sich nichts geändert; höchstens ist in Folge unzweckmäßiger Bewirtschaftung der Ertrag zurückgegangen. In seinem Wohnsitz weiß man aber, daß es sich um einen reichen Mann, also mehr oder minder um ein Luxusgut handelt. Das könnte doch auch für die Bewertungen von Einfluß sein.

4. Von größter Bedeutung aber ist es, daß der Entwurf des EinkStG. auch für das Einkommen, den Ertrag und für den Umsatz den Grundsatz des BewG. einführen will, also Trennung der

vermögens der D.G. zuständige Gewerbeauschuss genau gehalten. Es wäre aber der Formalismus zu weit getrieben, wenn man dem Gewerbeauschuss das Recht absprechen wollte, die zwingende grundsätzliche Vorschrift des § 26 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 anzuwenden, nur weil ein auswärtiger Grundvermögensauschuss, dem die Zugehörigkeit des Grundstücks zu einer D.G. nicht bekannt war, eine mit jener Sondervorschrift nicht zu vereinbarende Streichung eines amtlichen Vorbrucks vorgenommen hatte. Eine solche Mitteilung an das Betriebsfinanzamt ist in einem solchen Falle nur nebensächlicher Natur; denn diese Tatsache ist dem Betriebsfinanzamt bekannt und nur für dieses bzw. für den Gewerbeauschuss von maßgebender Bedeutung.

Auch das oben angeführte veröffentlichte Urteil steht nicht entgegen, wenn es auch angeführt, daß über die Nutzungsart eines Grundstücks nur der zuständige Grundvermögensauschuss zu bestimmen hat.

Grundlagen und der Steuer selbst. Bis jetzt fand sich im EinkStG. eine schwache Andeutung in § 65 (gesonderte Feststellung bei gemeinschaftlichen Betrieben). Zum EinkStG. hat sich die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Reichssteuerbeamten in einer höchst lesenswerten StW. 1929, 543 abgedruckten Denkschrift geäußert, die deutlich zeigt, wie weit Theorie und Praxis auseinandergehen. Ich persönlich hätte gleich den Verfassern des EinkStG. gar keinen Zweifel gehabt, daß in dem Beispiele mit den 3 Grundstücken die Trennung des Feststellungs- von dem Festsetzungsverfahren durchaus zweckmäßig sei. Und was sagen die Praktiker dazu? Mit einer rücklichtlosen Ehrlichkeit, die grade deshalb doppelt überzeugend wirkt, weisen sie darauf hin, daß durch die geplante Zerlegung des Verfahrens das Verantwortungsbewußtsein der verschiedenen FinV. abgeschwächt würde, da keines mehr voll verantwortlich sei (S. 547); schon jetzt sei es vielfach so, daß die Beamten (also die Verfasser der Denkschrift selbst) ihr Interesse den von ihnen selbst zu veranlassenden Sachen zuwenden und erst in zweiter Linie den Sachen anderer Ämter (S. 548). Wer als Anwalt einmal in der Lage war, in einer etwas schwierigen Sache einer Weisungsaufnahme vor einem bloß erfuchten Richter beizuwohnen, wird das nachfühlen. Wir sind alleamt bloß Menschen. Noch interessanter ist die Klage (S. 549), daß die Belegenheitsauschüsse, besonders in den kleinen Vororten von Berlin, manchmal die umgekehrte Tendenz haben, den Ertrag bei Ortsfremden im Interesse der Erhöhung des lokalen Steuerfolls höher anzusetzen. Die Steuerbeamten verweisen eindringlich auf die unnütze Vermehrung des Schreibwerks, das die Sache stark kompliziere, anstatt sie zu vereinfachen. Dafür bildet auch unser Urteil einen Beleg. Zunächst erhält die D.G. einen Bescheid für die auswärtig belegenen Grundstücke, dessen Rechtskraft erst abgewartet werden muß, ehe die Vermögenssteuer selbst festgesetzt werden kann. Und dann fängt bei diesem Schlußakte der Streit wieder beinahe von vorne an. Das fordert den gerissenen Steuerzahler dazu auf, erst einmal die Rechtsmittel gegen die Lokalbewertungen gründlichst auszu schöpfen, wenn er sich ausgerechnet hat, daß die Vorauszahlungen und die Prozesskosten niedriger sind, als die Zinsersparnis auf die definitive Steuer. Die Befürchtungen der Steuerbeamten lassen sich vielleicht schlagwortartig in den Satz zusammenfassen: Die Trennung verschafft Kenntnisse aber keine Kenntnis, Einsicht aber keine Übersicht.

5. Merkwürdigerweise befürwortet die Denkschrift beim Gewerbe die Trennung, aber nur bei ihm (S. 549), weil hier zu gleicher Zeit für die Einkommensteuer der gewerbliche Gewinn und für die Gewerbesteuer der Ertrag festzustellen sei. Wenn dieser Vorschlag Gesetz werden sollte, wird sich wahrscheinlich der RZS. in immer sich steigendem Maße mit der oft nicht ganz leichten Frage zu beschäftigen haben, ob der Gewinn irgendeiner Maßnahme zum gewerblichen Einkommen zu rechnen ist oder nicht, und zwar lebendig zu dem Zwecke, um festzustellen, ob formell dieser Gewinn bereits im Einzelverfahren hätte festgestellt werden müssen oder nicht, während materiell einwandfrei feststeht, daß er materiell steuerpflichtig ist. Der Pflichtige würde sich z. B. auf die formale Rechtskraft berufen, wenn der Gewinn objektiv ein Gewerbeerwerb war, auch wenn ihn das FinV. als solchen nicht angesehen, bei der Zwischenfestsetzung also nicht berücksichtigt hat. Umgekehrt können sich auch unnütze Schwierigkeiten ergeben. Das Betriebsfinanzamt hat zu Unrecht einen Gewinn zum Betriebe gezählt und ist dadurch zu einem Ertrage gekommen; aus einer andern „Quelle“ hat der Pflichtige einen gleich hohen Verlust, Steuer ist also nicht zu zahlen. Da der Pflichtige aber nicht wissen kann, wie das für die andere „Quelle“ zuständige FinV. die Sache aussieht, muß er zunächst einmal Einspruch einlegen. Es fehlt eben an der Übersicht. Welche Meinungsverschiedenheiten auftauchen können, lehrt der Parallellfall der Werbungskosten bei § 65 EinkStG., wo wir die Verfahrenstrennung bereits haben. Ein Anwalt einer Anwaltsfirma, der außerhalb wohnte und sich deshalb auf eigene Privatkosten ein Auto hielt, erfuhr zu seiner nicht geringeren Überraschung, daß er persönlich die Kosten nicht absetzen dürfe, weil er sie bei der Einheitswertfestsetzung des § 65 bereits hätte geltend machen müssen. Hier war der Pflichtige der materiell zu Unrecht Geschädigte, es kann aber auch unter Umständen der Fiskus sein. Man kann also für und

Es betont ausdrücklich, daß die Rechtsgedanken, auf die sich seine Auffassung zu den erörterten Fragen stützen, nicht dem Wortlaut nach in den Vorschriften des ABewG. enthalten seien, sondern aus ihnen entwickelt werden müßten; es hat aber den besonders gelagerten Fall der im § 26 Abs. 2 a. a. O. behandelten Erverbsgesellschaften, Vereine, OHG. usw. nicht besonders erörtert. Die dortige Streitfrage betraf eine natürliche Person. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Rechtslage bei einer OHG. kann naturgemäß nicht alles, was dort für andere Fälle ausgeführt ist, auf die OHG. übertragen werden.

(RFG., Ur. v. 5. April 1929, I A b 186/29.)

*

3. § 152 Abs. 2 mit 6 ABgd.; §§ 13, 22 Abs. 2, 24 Abs. 2, 31 Abs. 3, 35 ABewG.; §§ 19—29, 31 ABewG. VermStGDurchfBest. Das ABewG. hat das im § 152 Abs. 6 ABgd. dem Steuerpflichtigen eingeräumte Recht, in allen Fällen statt Bewertung nach dem Ertragswerte solche nach dem gemeinen Werte zu verlangen, von den Fällen des § 10 ABewG. abgesehen, beseitigt. †)

Die Beschw. beantragt, wie schon im Einspruchs- und Berufungsverfahren, den Einheitswert ihres Grundbesitzes in Anwendung des § 152 Abs. 6 ABgd. mit dem gemeinen Werte von 220 000 RM festzustellen, während die Vorinstanzen für die streitigen Grundstücke in Anwendung von §§ 19 ff. ABewG. VermStGDurchfBest. 1925 Einheitswerte festgestellt haben, die hinter dem Betrag von 220 000 RM nicht unerheblich zurückbleiben; der Gesetzgeber könne nicht beabsichtigt haben, dem Steuerpflichtigen die Festsetzung des Einheitswerts nach Maßgabe des gemeinen Werts zu verlagern, wenn und insoweit die Bewertung auf dieser Grundlage zur Festsetzung eines höheren Einheitswerts führe, als die Bewertung nach Maßgabe des für die Vermögensteuer 1924 ermittelten Wehrbeitragswerts.

Die Rechtsbeschwerde kann keinen Erfolg haben.

Nach § 8 Abs. 2 ABewG. finden die Vorschriften der ABgd. auf das ABewG. nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem ABewG. etwas anderes ergibt. Die Bestimmungen des ABewG. über die Bewertung des Grundvermögens, die hier auch insoweit einschlägig sind, als die Grundstücke zum Betriebsvermögen gehören, sind aber so gefaßt, daß sie nur eine Bewertung entweder nach dem Ertragswert oder nach dem gemeinen Wert oder — für zwangsverworfene Grundstücke — eine Bewertung nach dem Wehrbeitragswert (§ 19 ABewG. VermStGDurchfBest. 1925) zulassen. Damit ist das im § 152 Abs. 6 ABgd. vorgesehene Recht des Steuerpflichtigen in allen Fällen statt des Ertragswerts Bewertung zum gemeinen Wert zu verlangen, von

gegen beide Parteien allerlei Überraschungen erleben, die dem Gedanken der tatsächlichen Wahrheit und der Vereinfachung der Steuerveranlagung nicht gerade förderlich sind. Becker (StW. 1929, 574) spricht bei § 65 von Kinderkrankheiten und scheint überhaupt hinsichtlich der Spaltung des Verfahrens in ein Feststellungszwischenurteil (wegen der Grundlagen des einheitlichen Gewinnes) und ein Endurteil (der Gesamtsteuerbescheid selbst) etwas skeptisch zu sein. Man nehme folgenden Fall. Jemand hat 3 lokal getrennte Betriebe in vertikaler Gliederung, die sich also beliefern. Schon im Interesse der Kalkulation wird er interne Verrechnungspreise einführen, die sich zwar den wirklichen Preisen einigermaßen anpassen, aber ihnen doch schließlich nicht in jeder Nuancierung folgen, etwa Werk 1 an 2 pro Gewichtseinheit 100 M, 2 an 3 200 M, 3 an Verkaufszentrale 300 M. Man kann auch 3 selbständige, 3 Eigentümern gehörige Betriebe nehmen, die aber gepoolt sind. Wie nun, wenn FinL. 1 behauptet, 100 M sind zu wenig, es müssen 120 sein, und umgekehrt das FinL. 2, von dem gleichen Messortfanatismus befeelt, es dürfen nur 80 sein? In Wahrheit gleicht sich ja alles bei Nr. 4, der Verkaufszentrale, oder bei der PoolGmbH. aus und vielleicht stellt sich dann sogar ein Verlust heraus. Man denke sich einmal diesen Wust oft gänzlich unnützer Streitigkeiten, wenn man mit der Atomisierung eines einheitlichen Einkommens konsequent bis ans Ende geht, und die Flut von Prozessen, die der Pflichtige schon der reinen Vorsicht halber anzupreisen gezwungen ist. Zu helfen ist da eigentlich nur, wenn der Pflichtige wie der Fiskus, also beide, darauf vertrauen können, daß der RFG., wie in unserem Urteile, den streng formalen Standpunkt verläßt und die Rechtskraft der Zwischenbescheide nicht zum Schaden der wirklichen Sachlage betont.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 3. Der Senat stellt zutreffend eine Rechtsverschlechterung fest, die sich für den Steuerpflichtigen aus § 8 Abs. 2 ABewG. gegenüber dem Rechtszustand der ABgd. ergibt: überall, wo das ABewG. Platz greift — abgesehen, kraft der Sondervorschrift des § 10 ABewG., von ausländischem landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen und gärtnerischen Vermögen, Betriebsvermögen und Grundvermögen —, entfällt die Befugnis des Steuerpflichtigen, jeweilig statt des Ertragswerts die Bewertung nach dem (ihm günstigeren) gemeinen Wert zu verlangen.

RM. Dr. Wjeszinski, Berlin.

den Fällen des § 10 ABewG. abgesehen, beseitigt (vgl. Becker, Ann. 3 a u. b und 11 a zu § 152 ABgd.). Auch die Bedeutung, die die Einheitswertfeststellung nach § 108 Abs. 2 EinkStG. für die Veranlagung der Einkommensteuer gewinnt, läßt den Anspruch der Beschw. nicht begründet erscheinen. Nach dieser Vorschrift dürfen Gegenstände des Betriebsvermögens, die an dem für die Vermögensteuer 1925 maßgebenden Stichtag zum Vermögen des Steuerpflichtigen gehört haben, ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach dem 1. Jan. 1924 angeschafft oder hergestellt worden sind, mit keinem höheren Wert — in der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuerbilanz — angesetzt werden als bei der Veranlagung zur Vermögensteuer für das Kalenderjahr 1925. Wie schon der Wortlaut dieser Vorschrift ergibt, läßt § 108 Abs. 2 EinkStG. die Bewertung nach dem ABewG. unberührt. Der bei der Veranlagung zur Vermögensteuer für das Kalenderjahr 1925 auf Grund der Vorschriften des ABewG. festgestellte Wert der Gegenstände des Betriebsvermögens ist nach § 108 Abs. 2 EinkStG. nur die oberste Grenze für den Wertansatz dieser Gegenstände in der Steuerbilanz, von welcher bei der Veranlagung der Einkommen- und Körperschaftsteuer für das Kalenderjahr 1925 als Anfangsbilanz auszugehen ist. § 108 Abs. 2 EinkStG. soll, wie in der Begründung zum EinkStG. 1925 S. 79 dargelegt ist, verhüten, daß der Steuerpflichtige sein Vermögen für die Vermögensteuer niedrig bewertet, dagegen für die Einkommen- oder Körperschaftsteuer hoch, um Absetzungen vorzunehmen und so den Gewinn der nächsten Jahre zu mindern (vgl. auch RFG. 22, 249 unten und 250 oben). Die Vorschrift des § 108 Abs. 2 EinkStG. gibt daher weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Zwecke die Möglichkeit, Gegenstände des Betriebsvermögens für die Vermögensteuer 1925 höher zu bewerten, als dies nach den Vorschriften des ABewG. selbst zulässig ist.

(RFG., 1. Sen., Ur. v. 28. Febr. 1929, I Ab 115/29.)

Einkommensteuergesetz.

4. §§ 13, 65 EinkStG. 1925. Es ist möglich, daß Grundstücke, die zivilrechtlich im Grundbuchartigen Eigentum einer offenen Handelsgesellschaft stehen, für die Einkommensteuer als den Gesellschaftern persönlich nach Bruchteilen gehörig zu behandeln sind. †)

Es ist richtig, daß eine OHG. i. S. des Einkommensteuerrechts nur Betriebsvermögen haben kann. Der Senat bezweifelt auch nicht, daß zum zivilrechtlichen Übergang vom Grundstückeigentum von der Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter nach Bruchteilen oder auf eine von ihnen gebildete Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes die Auflassung nötig ist. Indessen rechnet die von der Vorinstanz angezogene Entscheidung RFG. 15, 111 zum Vermögen der OHG. auch Grundstücke, die ihr nicht ausgelassen sind, sofern sie als Eigentum der Gesellschaft behandelt, insbes. in den Bilanzen geführt wurden. Entsprechend muß auch die Möglichkeit anerkannt werden, daß Grundstücke, die zivilrechtlich der Gesellschaft noch gehören, für das Einkommensteuerrecht als den Gesellschaftern nach Bruchteilen gehörig anzurechnen sind, sofern sich die Gesellschafter darüber einig waren, daß die Grundstücke nicht mehr als Gesellschaftsgrundstücke gelten sollten und dies auch bei Aufstellung der Bilanz in der Buchführung zum Ausdruck gekommen ist.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 19. Sept. 1928, VI A 1139/28.)

*

5. §§ 38, 44 Abs. 1 Nr. 1, 58 EinkStG. Behandlung von Baukostenzuschüssen der Mieter von Neubauten. †)

(RFG., Ur. v. 14. Juni 1928, VI A 650/28.)

Abgebr. StW. 1929, 2905.

Zu 4. Die Entsch. hat ihren Grund in der durch § 4 ABgd. gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Sie enthält nur die Durchführung des bereits im Ur. des RFG. v. 22. Juni 1922 (StW. I, 973) geprägten Rechtsabes: „Steuergefesse sind in erster Linie wirtschaftlicher Natur (§ 4 ABgd.), sie treffen Vermögen und Einkommen weniger aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Eigentums, als vielmehr aus dem wirtschaftlichen der Verfügbarkeit (§ 80 Abs. 1). Alles was unter diesem Gesichtspunkt als Vermögen des Steuerpflichtigen anzusehen ist, wird bei ihm besteuert... Die Werte aber, die der Steuerpflichtige nicht für seine wirtschaftlichen Zwecke verwenden darf, gehören, auch wenn er formalrechtlich Eigentümer ist, wirtschaftlich nicht zu seinem Vermögen und sind ihm deshalb steuerlich nicht zuzurechnen.“

JR. Dünkelsbühler, München.

Zu 5. A. Ann. Fleck, ebenda.

B. Der RFG. sieht in dem vorliegenden Falle den Baukostenzuschuß wirtschaftlich als ein Entgelt dafür an, daß die Mieter für die Dauer von zehn Jahren die Wohnungen zu einem ver-

Aufbringungsgefez.

6. §§ 2, 4 AufbringG.; § 3 der DurchfW.D. z. AufbringG. Wenn das in der Vermögenserklärung angegebene Betriebsvermögen die Bemessungsgrundlage für die Vorauszahlungen 1927 bildet und in der Vermögenserklärung gewerbliches Betriebsvermögen angegeben ist, kann im Rechtsmittelverfahren gegen den Vorauszahlungsbescheid nicht geltend gemacht werden, daß es sich nicht um einen selbständigen gewerblichen Betrieb, sondern um einen gewerblichen Nebenbetrieb zur Landwirtschaft handle.†)

Die BeschwF. ist mit ihrer Ziegelei zu den Vorauszahlungen nach dem AufbrG. für 1927 herangezogen worden, und zwar, da der Einheitswert noch nicht festgestellt war, auf Grund des in der

hältnismäßig geringen Mietzins bewohnen können und der Vermieter für zehn Jahre gebindert ist, die Wohnungen durch Vermietung zu einem angemessenen Mietzins auszunutzen, und behandelt sie daher als Erlaß für entgehende Einnahmen i. S. des § 58 Abs. 3 EinkStG. Fleck geht in seiner Ann. davon aus, daß der RfS. die Baukostenzuschüsse bürgerlich-rechtlich als Mietvorauszahlung behandelt habe, und legt zutreffend dar, daß die Parteien eine Mietvorauszahlung mit den Baukostenzuschüssen gar nicht beabsichtigen. Aber dieser Ausgangspunkt von Fleck ist m. E. unzutreffend, da der RfS. die Baukostenzuschüsse keineswegs als Mietvorauszahlungen, sondern vielmehr als Entgelt für den Abschluß eines langfristigen Mietvertrages mit besonders niedriger Miete ansieht. Diese Auffassung des RfS. mag in dem ihm vorliegenden konkreten Falle berechtigt gewesen sein. Es ist aber zu betonen, daß die Baukostenzuschüsse einen derartigen Charakter nicht zu haben brauchen, und in der Regel auch nicht haben. Wenigstens unter hamburgischen Verhältnissen stellen die Baukostenzuschüsse in der Mehrzahl der Fälle wahre à fonds perdu geleistete Beiträge zu den Baukosten dar, die dadurch veranlaßt worden sind, daß infolge der durch die Zwangswirtschaft hervorgerufenen Verhältnisse ohne solche Zuzahlung von dritter Seite überhaupt nicht gebaut werden kann. Um bei den gegenwärtigen, durch die Höhe der Arbeitslöhne, der Materialpreise und des Zinsfußes, aber auch der Steuern und sozialen Lasten sowie durch die Verschärfung der baupolizeilichen Anforderungen bedingten Baukosten eine Rentabilität neu zu erbauender Mietshäuser herbeizuführen, müßten die zu zahlenden Mieten unter Hamburger Verhältnissen etwa das Vierfache der Friedensmiete betragen. So hohe Mieten sind aber, solange die Mieten für Altvohnungen künstlich niedriggehalten werden, unmöglich zu erzielen, und es können daher neue Mietshäuser überhaupt nur gebaut werden, wenn der Festsbetrag, welcher sich zwischen den erforderlichen Baukosten und dem gemeinen Verkaufswert des fertiggestellten Gebäudes ergibt, von dritter Seite gedeckt wird. Es fällt niemand ein, Zuschüsse, die von der Gemeinde oder sonst aus öffentlichen Mitteln zu diesem Zweck hergegeben werden, um das Bauen überhaupt nur zu ermöglichen, für einkommensteuerverpflichtig zu erklären. M. E. muß aber ganz dasselbe gelten, wenn der Zuschuß von einem Privatmanne geleistet wird, der an der Fertigstellung des Baues ein Interesse hat. Es ist zu hoffen, daß der RfS., wenn ihm ein derartiger liegender Fall von neuem zur Entsch. unterbreitet wird, derartige wahre Baukostenzuschüsse für gänzlich steuerfrei erklären wird.

Fleck will seinerseits, ebenso wie dies der Architekt in dem vom RfS. entschiedenen Falle unter Mißbilligung des RfS. versucht hat, den Baukostenzuschuß als ein Darlehn ansehen, welches alljährlich durch Aufrechnung mit einem entsprechenden Teil der Miete, und nur auf diese Weise, zurückzuzahlen ist. Wenn also auf zehn Jahre für 5000 M jährlich vermietet ist und daneben ein Baukostenzuschuß von 10000 M geleistet wird, so beträgt nach seiner Meinung die wirkliche Jahresmiete 6000 M, wovon jedesmal 1000 M durch Aufrechnung mit dem zehnten Teile des als Darlehn anzusehenden Baukostenzuschusses getilgt werden. Die Konsequenz wäre, daß der Baukostenzuschuß auch bei einem Steuerpflichtigen, zu dessen Beruf oder Gewerbe die Errichtung des fraglichen Neubaus nicht zu rechnen ist, nicht auf einmal zu versteuern, sondern in jedem Jahre mit je $\frac{1}{10}$ dem Einkommen hinzuzurechnen wäre. M. E. hat der RfS. aber diese Konstruktion mit Recht verworfen, da die Parteien ein solches Darlehn gar nicht beabsichtigten. Vielmehr ist der Baukostenzuschuß m. E. der Regel nach, und jedenfalls im Zweifel, als das zu behandeln, als was er bezeichnet wird, nämlich als ein ohne Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Zuschuß zu den Baukosten. Eine andere Behandlung wäre nur in solchen Fällen berechtigt, in welchen die vereinbarte Miete hinter der für ähnliche Neubauwohnungen üblichen wesentlich zurückbleibt. Für diese Fälle wird der Entsch. des RfS. zuzustimmen sein. In einem solchen Falle ist aber m. E. der Mieter vor der Gefahr der Doppelzahlung nach § 1124 BGB. keineswegs geschützt. Der Hypothekarier braucht sich m. E. keineswegs gefallen zu lassen, daß nominell eine geringere als die angemessene Miete vereinbart, aber der Unterschied zwischen der ver-

Bermögenserklärung für 1925 angegebenen Betriebsvermögens (§ 3 Abs. 3 der 4. DurchfW.D. z. AufbrG.). Sie befreit ihre Aufbringungsspflicht, weil die Ziegelei ein Nebenbetrieb zu ihrer Landwirtschaft sei. Der Beschw., die sich gegen die Befragung der Aufbringungsspflicht wendet, kann nicht stattgegeben werden. Die Frage, ob die Ziegelei einen Nebenbetrieb zur Landwirtschaft bildet, ist in diesem Verfahren überhaupt nicht zu entscheiden. Bemessungsgrundlage für die Vorauszahlungen 1927 ist im vorliegenden Falle das in der Vermögenserklärung angegebene Betriebsvermögen. In ihrer Vermögenserklärung hat die BeschwF. die Ziegelei als gewerblichen Betrieb angegeben. Diese Aufgabe ist, wie der Senat bereits ausgesprochen hat, für die Vorauszahlungsspflicht maßgebend (vgl. auch Seweloh, Handkomm. z. AufbrG., § 20 Anm. 30 S. 92, § 4 Anm. 12a S. 132). Infolgedessen kann sich die BeschwF.

einbarten und der von den Parteien wirklich gewollten angemessenen Miete unter der unrichtigen Benennung „Baukostenzuschuß“ im voraus bezahlt wird. Das gleiche würde aber auch entgegen der Meinung von Fleck gelten, wenn die Kontrahenten des Mietvertrages die wahre beabsichtigte Miete dadurch verschleiern würden, daß sie den vorausbezahlten Teil derselben als Darlehn bezeichnen, und erst recht, wenn das Vorliegen eines derartigen Darlehns von den Parteien gar nicht zum Ausdruck gebracht, sondern ihnen nur im Wege künstlicher juristischer Konstruktion untergeschoben würde.

RA. Dr. Goldfeld, Hamburg.

Zu 6. Das Urteil läßt bedauerlicherweise eine nähere Begründung vermissen; es begnügt sich mit dem Hinweis auf die Rpr. des RfS., die den gleichen Grundsatz bereits ausgesprochen habe. In Betracht kommen Entsch. v. 10. Okt. 1928, I A 154/27 (RStBl. 1929, 26 Nr. 30) und v. 11. Jan. 1929, I A 340/28 (StW. 1929 Nr. 212). Aber auch diese Veröffentlichungen beschränken sich auf die Aufstellung eines Rechtsatzes und lassen nicht erkennen, wie der Senat zu seiner Rechtsanschauung gekommen ist. Bedenken gegen diese lassen sich denn auch nicht ganz unterdrücken.

Wenn die 4. DurchfW.D. z. AufbrG. in § 3 Abs. 1 vorschreibt, daß Bemessungsgrundlage für die Vorauszahlungen der für das Betriebsvermögen festgestellte Einheitswert sein soll, so ist es durchaus zu billigen, wenn der RfS. in neuerer Rpr. (vgl. z. B. RfS. 24, 183; 23, 353, 354; StW. 1929 Nr. 764) erklärt, im Verfahren über den Aufbringungsbescheid seien die im Bewertungsverfahren getroffenen Feststellungen nicht nur hinsichtlich der Höhe des Betriebsvermögens, sondern auch hinsichtlich der Zugehörigkeit der zu bewertenden Gegenstände zu einer der im RBenG. vorgesehenen Vermögensarten bindend. Es hätte in der Tat etwas Mißliches und würde die erforderliche Rechtssicherheit gefährden, wenn z. B. von den „in erster Linie dazu berufenen und sachverständig besetzten Bewertungsbehörden“ ein Betrieb als ein landwirtschaftlicher und von den zur Entsch. über die Aufbringungsspflicht zuständigen Stellen als ein gewerblicher bezeichnet würde. Auch sieht RfS. 23, 353 den Zweck der durch § 9 AufbrG. ausgesprochenen Rechtsmittelbeschränkung mit Recht darin, eine zweite Anfechtung der Einheitswertfeststellungen zu vermeiden.

Diese Gesichtspunkte und Gründe treffen aber dann nicht zu, wenn eine Einheitswertfeststellung überhaupt noch nicht getroffen worden ist. Daß in diesem Falle die Angabe des Vermögens in der Vermögenserklärung schlechthin, also nicht nur hinsichtlich seiner Höhe, sondern auch hinsichtlich seiner Zugehörigkeit, ohne die Möglichkeit einer Berichtigung, im Aufbringungsverfahren maßgebend sein soll, kann auch nicht aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 der 4. DurchfW.D. z. AufbrG. entnommen werden. Hier wird lediglich festgestellt, daß das in der Vermögenserklärung ausgewiesene Vermögen Bemessungsgrundlage sein soll. Das Wort „Bemessungsgrundlage“ läßt keinen Schluß darauf zu, daß es als „unanfechtbare Bemessungsgrundlage“ aufgefaßt werden soll; daß es i. S. des Abs. 1 tatsächlich so aufzufassen ist, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang, sondern aus der Verbindung der Vorschrift mit Sinn und Zweck des § 9 AufbrG. Es ist in dieser Hinsicht bemerkenswert, daß die Eigenschaft der Einheitswertfeststellung, im Aufbringungsverfahren bindend zu sein, nicht zu allen Zeiten bestand, sondern erst durch RfS. 23, 309, also erst längere Zeit nach Erlaß der 4. DurchfW.D., festgestellt wurde (vgl. RfS. v. 29. Aug. 1929; StW. 1929 Nr. 764).

Nach § 3 Abs. 3 der 4. DurchfW.D. gilt die Vorschrift, daß das Betriebsvermögen nur insoweit Bemessungsgrundlage sein soll, als es nicht auf Grund des AufbrG. von der Aufbringungsspflicht befreit ist, in den Fällen entsprechend, in denen mangels einer Einheitswertfeststellung das in der Vermögenserklärung angegebene Betriebsvermögen Bemessungsgrundlage ist. Nach der Rpr. des Senats wird im Verfahren über die Vorauszahlungen aus dem AufbrG. vor Erlaß eines Einheitswertbescheides eine Behörde mit der Entsch. über die Frage, zu welcher Vermögensklasse bestimmte Gegenstände gehören, überhaupt nicht befaßt; die Beurteilung wird vielmehr dem Pflichtigen selbst überlassen, der sich in zahlreichen Fällen weder über die Tragweite seiner Erklärung und ihre

jetzt nicht darauf berufen, daß die als gewerbliches Betriebsvermögen angegebene Ziegelei kein selbständiger gewerbliche Betrieb sei, sondern als Nebenbetrieb der Landwirtschaft zum landwirtschaftlichen Vermögen gehöre und damit von der Aufbringungsspflicht befreit sei.

(RFG., Urt. v. 13. Sept. 1929, I A 473/28.)

Gründerwerbsteuergesetz.

7. § 11 GrEwStG. Der Grundsatz, daß der Wert eines Grundstücks zwar nach dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, aber nach der Beschaffenheit zu bestimmen ist, in der es von den Beteiligten zum Gegenstande des Vertrags gemacht worden ist, gilt auch dann, wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, das Grundstück in einen vertraglich bestimmten Zustand zu setzen, die hierfür erforderlichen Arbeiten aber beim Eigentumsübergange noch nicht durchgeführt waren.†)

Die Rechtsbeschwerde kann keinen Erfolg haben. Gegenstand des Verkaufs war das von der Verkäuferin regulierte Grundstück.

juristische Bedeutung noch über den steuerrechtlichen Charakter seines Betriebsvermögens klar sein wird. Dies verstößt aber gegen das im Steuerrecht herrschende Offizialprinzip.

Es ist also folgendes festzuhalten:

Ist ein Einheitswert festgestellt, so ist er für die Bemessung der Vorauszahlung aus dem AufbG. schlechthin maßgebend und bindend. Ergibt die Einheitswertfeststellung Betriebsvermögen, das kraft Gesetzes von der Aufbringungsspflicht befreit ist, so findet es im Aufbringungsverfahren keine Berücksichtigung. Die Ausschcheidung ist von Amts wegen vorzunehmen.

Ist ein Einheitswert noch nicht festgestellt, so ist zunächst das in der Vermögenserklärung angegebene Betriebsvermögen Bemessungsgrundlage; aber nur so weit (§ 3 Abs. 1 Satz 3 der 4. DurchVd.), als es nicht auf Grund gesetzlicher Vorschrift von der Aufbringungsspflicht befreit ist. Ob dies der Fall ist oder nicht, kann und soll der Pflichtige nicht selbst beurteilen. Die Entsch. hierüber hat an Hand der Vermögenserklärung vielmehr durch die Stelle zu erfolgen, welche den Vorauszahlungsbescheid erläßt. Es ist nicht gerechtfertigt, die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß die Steuerbehörden auch die zum Vorteil des Pflichtigen sprechenden Tatumsstände zu berücksichtigen haben, im vorliegenden Falle abzulehnen. Muß aber das FinV. die Prüfung vornehmen, inwieweit aufbringungspflichtiges Betriebsvermögen gegeben ist, so haben auch die Rechtsmittelbehörden nach § 7 der 4. DurchVd., § 228 RAbgD. in dem ihnen vorgezeichneten Umfang in die Prüfung der Frage einzutreten.

Es ist zu hoffen, daß der RFG. in dieser Frage das letzte Wort noch nicht gesprochen hat, und daß es in Zukunft auch in diesen Sachen die Begründung seiner Rechtsansicht der Öffentlichkeit zugänglich macht.

RA. Frhr. Kiederer von Paar, München.

Zu 7. Im allgemeinen steht der RFG. bei der Auslegung des GrEwStG. auf dem Standpunkte, daß der formelle Rechtszustand entscheidet; er fällt sich an die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, speziell an die des dinglichen mehr gebunden, als etwa bei der Einkommensteuer. Wenn daher der § 11 den gemeinen Wert zur Zeit des steuerpflichtigen Rechtsvorganges als für die Berechnung maßgebend erklärt, sollte man annehmen, daß der Zustand zur Zeit der Eintragung (der häufigste Fall) ohne Ausnahme entscheidet. Das war aber unmöglich, wenn man nicht dem Rechtsempfinden stark widersprechende Ergebnisse mit in den Kauf nehmen wollte. A. kauft ein Grundstück; er errichtet darauf selbst ein Haus; die Eintragung verzögert sich aber, es sind Erbschaftspapiere zu beschaffen, und erfolgt erst nach Fertigstellung des Baues. Hätte man nur den formalen Tatbestand berücksichtigt, so hätte der Käufer zu Unrecht die Grunderwerbsteuer auch vom Hauswerte zahlen müssen. Der RFG. hat aus diesen Erwägungen als entscheidend den Zustand erklärt, in dem das Grundstück zum Gegenstande des Veräußerungsvertrages gemacht ist; er läßt also nicht ausschließlich das dingliche Recht entscheiden, sondern beachtet auch die obligatorischen Beziehungen. Der Grundsatz ist an und für sich klar, aber seine Anwendung begegnet gerade in recht häufig vorkommenden Fällen eigentümlichen Schwierigkeiten, nämlich dann, wenn eine Baufirma ein Grundstück verkauft, zugleich aber auch den Neubau ausführt. Es erhebt sich hier die Frage: Ist ein Grundstück mit Gebäude verkauft (Einheitsvertrag) oder ein Grundstücksverkauf und außerdem ein Bauvertrag (Sondervertrag)? Daß der RFG. auf die formelle Zerlegung des Geschäftes in zwei verschiedene Verträge kein Gewicht legen würde, war von vornherein klar. Eine Steuerumgehung wäre sonst zu leicht gewesen, und einer solchen ist der RFG. bereits bei dem analogen Verkaufe eines Hauses mit Inventar entgegengetreten. Bezeichnenderweise ist derselbe Zweifel, ob ein oder zwei Verträge, auch im bürgerlichen Rechte aufgetreten, nämlich bei § 313 BGB. Jemand verkauft ein Haus, behält sich aber ein langjähriges Miets-

Sollte das Eigentum an diesem übertragen werden, so kommt es auf den Zustand, in dem sich am Tage des Eigentumswechsels das Grundstück zufällig befand, nicht an, weil maßgebend der Zustand ist, in dem die Beteiligten es zum Gegenstande des schuldrechtlichen Vertrags gemacht haben (RFG. 9, 61; 13, 293), und aus der Abstellung der Vollendung der Regulierungen auf den Zeitpunkt der Besitzübertragung nur folgt, daß die Parteien vertraglich der Eigentumsübertragung irgendwelche Bedeutung hierfür nicht beige-messen haben (vgl. auch Entsch. v. 10. Juli 1928, II A 337/28: StB. Nr. 635).

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 16. Febr. 1929, II A 92/29.)

*

recht vor. Wenn das als ein Vertrag aufgefaßt wird, muß auch der Mietsvertrag bei Strafe der Nichtigkeit mit in die notarielle Urkunde aufgenommen werden. Das RG. steht auf dem Standpunkte, daß die Selbständigkeit der Abmachungen selbst dann gegeben ist, wenn sie zwar in einem wirtschaftlichen, aber nicht in einem rechtlichen Zusammenhange mit dem Grundstücksvertrage stehen, ist also zugunsten der Parteien in der Annahme einer Trennung weit-herzig (StB. 1927, 1518). Seine Gründe sind allerdings für das Steuerrecht nicht direkt maßgebend; besonders weil man verständlicherweise gerade den Formzwang nicht unangemessen ausdehnen wollte. Außerdem beachtet das Steuerrecht gerade den wirtschaftlichen Zusammenhang denn doch in ganz anderem Maßstabe als das Zivilrecht. So stellt für die Einkommensteuer der Verkauf, kombiniert mit einem Neubau, eine einheitliche Maßnahme dar; entscheidend ist daher das gemeinschaftliche Endergebnis beider Geschäfte (Böcker, StB. 1929, 268). Daß eine solche Einheit in dem typischen Falle: „Ich verkaufe das Grundstück nur, wenn ich auch den Bau erhalte“ vorhanden ist, erscheint nicht zweifelhaft. Immerhin war bei der ganzen oben eingangs erwähnten Grundeinstellung des RFG. von vornherein anzunehmen, daß die Vorgänge auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts doch mehr oder minder auf das Steuerrecht abfarben würden. Das ist denn auch der Fall. Der RFG. urteilt ähnlich; s. StB. 1922, 831; StB. 1926, 635 (ausführlicher Mrozek, Kartei Nr. 22 zu § 11). Ein einheitlicher Kaufvertrag liegt nach dem RFG. vor, wenn nach dem Willen der Parteien die §§ 433 ff. nicht nur für das Grundstück, sondern auch für das Gebäude gelten sollen, was in Wahrheit praktisch nur in seltenen Fällen anzunehmen ist. Zum Beispiel entsprechen die Vorschriften der Kaufmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB.) nicht den Sonderbedürfnissen einer Bauerrichtung, auf die die §§ 633 ff. zugeschnitten sind. Man denke auch an die Rolle, die beim Bau die Abnahme spielt (§ 640) und an die Verzögerungsfrist (§ 638). Besonders der Umstand, daß der Käufer das Baugeld hergegeben hat, daß er also der Bauherr ist, spricht nach dem RFG. für die Annahme der Selbständigkeit des Bauvertrages. Merkwürdigerweise hatte in jenem Falle (Kartei Nr. 22 zu § 11) die untere Instanz den Umstand, daß beide Verträge lediglich schriftlich bestätigt waren, dahin verwertet, daß sie eine Einheit bildeten, weil der Verkäufer geglaubt habe, im Hinblick auf den Bauvertrag den Käufer auch zur Abnahme des Grundstücks nötigen zu können. Der RFG. vermißt den Nachweis, daß der Verkäufer sich der Nichtigkeit des Vertrages bewußt war. Der Standpunkt der Vorinstanz ist aber unter allen Umständen unrichtig. Denn wenn ein einheitlicher Vertrag vorlag, stand auch der Bauvertrag unter dem Formzwange des § 313, was also gewiß kein Druckmittel. Wird der Kauf notariell, der Bauvertrag bloß schriftlich abgeschlossen — eigentlich die übliche, jedenfalls die ordnungsmäßige Handhabung —, so ist das daher wohl ebenfalls ein starkes Anzeichen für die Selbständigkeit beider Verträge. Auch zeigt dieser Umstand deutlich, daß zum mindesten die Parteien von der Sonderzensur ausgingen. Ebenso wenn (s. das zitierte Ur.) die Zahlungsweise der in Bauverträgen üblichen entspricht, nämlich Ratenzahlung je nach Fortschreiten des Baues. Vorauszahlung beim Kauf eines bebauten Grundstücks entspricht, wie der RFG. bemerkt, nicht der Übung. In einem anderen Falle (Mrozek, Kartei, § 1 Nr. 39) heißt es: Der Umstand, daß der Baugrund nur verkauft wird gleichzeitig mit der Bebauung, läßt noch nicht auf den Willen eines einheitlichen Vertrages schließen, denn auch ein solcher Bauunternehmer kann sehr wohl mit dem Käufer zwei Verträge schließen, wenn beide Parteien die daraus entspringenden bürgerlich-rechtlichen Folgen auf sich nehmen wollen. Dagegen ist (Kartei, § 1 Nr. 57) Einheitlichkeit angenommen, wenn ein Grundstück mit Rohbau verkauft ist, den der Verkäufer zu vollenden hatte. In der Tat wird man in einem solchen Falle im allgemeinen anzunehmen haben, daß der Privatkäufer nicht ein halbfertiges Haus erwerben wollte. Es ist notwendig, immer wieder auf die Grundsätze des RFG. hinzuweisen. Erfahrungsgemäß pflegen nämlich die Finanzämter sehr geneigt zu sein, einen Einheitsvertrag anzunehmen, und bei einer geschickten Tatbestandsfeststellung durch das FinVer. (solche reviditionsfähigeren Ur. gibt es nicht bloß im Zivilprozeß) ist der RFG. nach § 267 W. manchmal ohnmächtig. Welche Zweifel auftauchen können, lehrt das Ur. StB. 1928, Nr. 635: StB. 1928, 824. Jemand hat ein Waldgrundstück

S. § 21 Abs. 1 Satz 1 GrEwStG.; § 3 der Bek. des RZM. v. 29. Juni 1923 (RStBl. 231). Die Anwendbarkeit des § 3 der Bek. v. 29. Juni 1923 setzt nicht voraus, daß der Erwerb des Grundstücks nur in Erwartung der Kapitalabfindung erfolgt oder der Antrag auf Kapitalabfindung vor Rechtskraft des den Grundstückserwerb betreffenden Steuerbescheids gestellt ist.†)

Mit zutreffender Begründung hat das FinGer. dargelegt, daß im vorliegenden Falle der Antrag aus § 21 noch nach rechtskräftigem Abschluß des Veranlagungsverfahrens geltend gemacht werden könne.

Gingegen vermag sich der Senat der Begründung der vorinstanzlichen Entsch. für die Verfassung der Steuerfreiheit nicht anzuschließen. Das FinGer. hält sich an die „authentische Interpretation“ des Bescheids des Hauptverorgungsamts gebunden, daß „nach Lage des Falles die Kapitalabfindung nur zur wirtschaftlichen Stärkung des Grundbesitzes bewilligt werden konnte“ und nicht zum Erwerbe des Grundstücks. Demgegenüber ist auf folgendes hinzuweisen. In der Entsch. II A 399/27 v. 23. Sept. 1927 (RStBl. 22, 55) hat der Senat für § 21 Abs. 1 die Forderung aufgestellt, daß die Abfindung zum „Erwerbe“ des Grundstücks bewilligt sein müsse, und hervorgehoben, daß die Abfindung „zur wirtschaftlichen Stärkung eigenen Grundbesitzes“, die im § 72 RVerfOrgG. neben der Abfindung zum Erwerbe vorgesehen ist, letzterer nicht gleichzustellen sei. Dabei ist aber in der genannten Entsch. durch Bezugnahme auf die Bestimmungen des Reichsrats klar zum Ausdruck gebracht, daß unter „Abfindung zum Erwerb“ auch der im § 3 der, die Spruchbehörden bindenden, Bek. des RZM. v. 29. Juni 1923 (RMinBl. S. 644) behandelte Fall zu rechnen ist, in dem die Abfindung nachträglich zur Abtragung des Kaufpreises für ein bereits erworbenes Grundstück gewährt und verwendet wird.

Nicht entscheidend für die Anwendbarkeit des § 3 der Bek. ist, daß der Erwerb des Grundstücks nur in Erwartung der Kapitalabfindung erfolgt sei. Auch sagt die W. nichts davon, daß der Steuerpfl. sich den Erstattungsanspruch dadurch sichern müsse, daß er schon vor Rechtskraft des Steuerbescheids den Antrag auf Kapitalabfindung und Steuerbefreiung stellt. Sie will, worauf in einer nicht veröffentlichten Entsch. des Senats v. 14. Dez. 1928, II A 547/25, hingewiesen wird, im Gegenteil die Steuerbefreiung gerade für die Fälle sicherstellen, in denen der Steuerpfl. erst nach dem Erwerbe des Grundstücks und der rechtskräftigen Steuerfestsetzung in die Lage kommt, eine Kapitalisierung seiner Kriegsschulden zu müssen, um daraus Schulden zu decken, die er zum Erwerbe des Grundstücks hat aufnehmen müssen. Nun hat nach den Feststellungen des FinGer. das Hauptverorgungsamt in seinem Bescheide die Bedingung gestellt, „daß der Abfindungsbetrag zur teilweisen Ablösung des Restkaufgeldes und zur Begleichung der durch die wirtschaftlichen Verbesserungen des Grundstücks entstandenen Kosten verwendet werde“. Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Kapitalabfindung teilweise auch der Abtragung der Verpflichtungen aus dem Grundstückskauf dienen sollte. Inwieweit greift vorbehaltlich der Feststellung der entsprechenden Verwendung der Kapitalabfindung für den bezeichneten Zweck — § 3 der Bek. Platz. Ob das Hauptverorgungsamt den durch die gestellten Bedingungen bezeichneten Verwendungszweck der Kapitalabfindung als unter die eine oder andere Begriffsbestimmung des § 72 RVerfOrgG. fallend bezeichnet hat, ist nicht entscheidend, vielmehr nur, ob eine Kapitalabfindung zum Zwecke des „Erwerbes“ von Grundstücken im steuerrechtlichen Sinne vorliegt.

verkauft mit der Abmachung, daß er nach der Auffassung innerhalb einer allerdings anscheinend recht lang bemessenen Frist zur Entfernung des Holzes verpflichtet war. Der RZM. erhebt die Grunderwerbsteuer auch vom Holze, weil es rechtlich nicht möglich sei, zum Gegenstande des Vertrages etwas anderes zu machen als das Grundstück mit dem aufstehenden Holze. Für die gewöhnlichen Fälle mit kurzer Abholzungsfrist trifft aber diese Begründung nicht zu, denn die Parteien haben zum Gegenstande ihres Vertrages ein abgeholztes Grundstück gemacht. Beim Verkauf eines bestellten Landgutes, das erst im Herbst mit der reifen Ernte aufgelassen wird, hat denn auch der RZM. 13, 295 den Grundsatz *superficies solo cedit* ganz richtig nicht angewandt, den gestiegenen Wert der Saat also als steuerfrei erklärt. Zwischen beiden Urten besteht also ein gewisser Zwiespalt. Die Sache wird wichtig bei einem Kaufe mit Abbruch des Gebäudes. Hier kann unter Umständen der Wert des freien Geländes höher sein als der des bebauten.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 8. Die Entsch. schafft weitere Klarheit auf einem praktisch wichtigen, bisher jedoch noch unsicherem Rechtsboden. Bemerkenswert ist die vom RZM. auch hier wieder verfolgte Linie, der wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Steuergesetze Geltung zu verschaffen und hierbei einem Haften am Wortlaut sowie einer einseitig fiskalischen Einstellung entgegenzutreten. Im wohlverstandenen Interesse der Allgemeinheit und des Fiskus ist dies mit besonderer Vergünstigung anzuerkennen.

Dr. A. Bergschmidt, Berlin.

Der Einwand, daß die BefrVorschr. versage, weil der Beschw. nicht eine Kaufpreisrestforderung des Verkäufers, sondern eine beim Kaufe übernommene Wechselforderung der Kreissparkasse teilweise abgetragen habe, ist für die Beurteilung ohne Bedeutung. Der Sinn des § 3 der Bek. v. 29. Juni 1923 ist der, daß die Steuerbefreiung auch dann Platz greifen soll, wenn die Kapitalabfindung nach rechtskräftiger Festsetzung der Steuer aus dem Grundstückserwerbe gewährt und zur Abtragung noch unerfüllter Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufe bestimmt wird. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Verpflichtungen noch gegenüber dem Verkäufer bestehen oder dessen Forderungen auf einen Dritten übergegangen sind.

Die Vorents. war deshalb wegen Rechtsirrtums aufzuheben. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. § 3 der Bek. v. 29. Juni 1923 setzt weiter voraus, daß die Kapitalabfindung auch bestimmungsgemäß verwendet wird. Inwieweit sie im vorliegenden Falle zur Abtragung der aus dem Kaufe herrührenden Verpflichtungen tatsächlich Verwendung gefunden hat, ist noch nicht mit Sicherheit festgestellt.

(RZM., 2. Sen., Ur. v. 24. April 1929, II A 94/29.)

Umsatzsteuergesetz.

9. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 4 UmsStG. Wenn bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebs der Verpächter dem Pächter Inventar verkauft, so ist der Kaufpreis für das Inventar umsatzsteuerpflichtig.†)

Als die Steuerpflichtigen das bisher von ihnen selbst bewirtschaftete Gut für die Dauer von 12 Jahren verpachteten, verkauften sie dem Pächter totes und lebendes Inventar. Es wird darüber gestritten, ob sie für den Verkaufserlös umsatzsteuerpflichtig sind. Das BG. hat freigestellt. Die hiergegen von dem Vorsteher des FinV. eingelegte Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Entsch. hängt davon ab, ob der Verkauf des Inventars als Hilfsgeschäft einer von den Steuerpflichtigen ausgeübten gewerblichen Tätigkeit zu behandeln ist. Das BG. steht auf dem Standpunkte, daß die Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes nur dann als gewerbliche Tätigkeit i. S. des § 1 Nr. 1 UmsStG. angesehen werden könne, wenn von dem Verpächter die dauernde Verpachtung beabsichtigt sei. Bei einer einmaligen Verpachtung sei das Merkmal der Nachhaltigkeit auch bei längerer Dauer der Pachtzeit nicht gegeben. Im vorliegenden Falle könne aber nicht festgestellt werden, daß von den Beschw. beabsichtigt sei, nach Ablauf des Pachtvertrages die Verpachtung zu wiederholen. Mit diesen Ausführungen setzt sich die angefochtene Entsch. in Widerspruch zu der ständigen Rspr. des RZM. Eine einmalige Tätigkeit wird allerdings nicht schon dadurch gewerblich, daß sie sich durch einen längeren Zeitraum hinzieht. Sie wird aber zur gewerblichen Tätigkeit, wenn durch sie ein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand geschaffen wird, wie es bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes für längere Zeit der Fall ist. Über aber die Steuerpflichtigen durch die Verpachtung des Gutes eine gewerbliche Tätigkeit i. S. des § 1 Nr. 1 UmsStG. aus, so stellt sich der Verkauf des Inventars als ein in Verbindung mit der gewerblichen Tätigkeit abgeschlossenes Hilfsgeschäft dar, das als solches umsatzsteuerpflichtig ist.

(RZM., 5. Sen., Ur. v. 18. Jan. 1929, V A 718/28 S, RZM. 24, 339.)

*

Zu 9. Mit dem Ur. des RZM. v. 18. Jan. 1929 ist eine Frage endgültig entschieden worden, deren Beantwortung sich lange Jahre in der Schwebe befand. Die Entsch. ist anders ausgefallen, als es von der Mehrzahl der beteiligten Kreise und wohl auch der Finanzbehörden erwartet wurde. Seit Bestehen des UmsStG. haben jährlich Hunderte von Gutsrückgaben stattgefunden, bei denen das landwirtschaftliche Inventar gegen Tage übernommen worden ist. Kein FinV. hat aber daran gedacht, den an den Verpächter gezahlten Taxpreis für das Inventar zur Umsatzsteuer heranzuziehen. Auf Anfrage ist von den verschiedensten FinV. die Auskunft erteilt worden, daß in solchen Fällen eine Umsatzsteuer nicht in Frage komme. Tatsächlich lag auch der Gedanke, daß der Kaufpreis für das Inventar umsatzsteuerpflichtig sein sollte, nicht gerade sehr nahe. Bekanntlich unterliegen der Umsatzsteuer nur Lieferungen und sonstige Leistungen, die jemand innerhalb seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gegen Entgelt ausführt (§ 1 Nr. 2 UmsStG.). Nun rechnete zwar das UmsStG. auch die Urrzeugung, also insbes. die Landwirtschaft mit zur gewerblichen Tätigkeit. Begrifflich verband man aber die Gewerblichkeit immer damit, daß die Tätigkeit auch mit einer gewissen Nachhaltigkeit erfolgte. Dieses Merkmal der Nachhaltigkeit schien jedoch bei der Erzielung eines Verkaufserlöses bei der Inventarübernahme anlässlich der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes zu fehlen. In den wenigsten Fällen ließ sich nämlich sagen, ob der Verpächter eine dauernde Verpachtung beabsichtigte oder nicht selbst oder durch seine Nachkommen die Bewirtschaftung des

10. § 1 Nr. 1, 2 Nr. 4 UmsStG. Wird ein landwirtschaftlicher Betrieb mit Inventar verpachtet, so ist der Teil der Pachtsumme, der auf das Inventar entfällt, umsatzsteuerpflichtig. †)

Der Beschw. hat ein Rittergut mit totem und lebendem Inventar für längere Zeit verpachtet. Er wurde mit dem Teile der Pachtsumme, die auf das Inventar entfällt, zur Umsatzsteuer herangezogen. Die Rechtsbeschwerde wendet ein, in der Verpachtung des Inventars könne ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft nicht gefunden werden, da der Beschw. eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit i. S. des § 1 Nr. 1 UmsStG. nicht ausübe. In der einmaligen Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebs, die ohne die Absicht der Wiederholung vorgenommen werde, könne eine solche Tätigkeit nicht gefunden werden. Diese Ansicht ist richtig. Eine einmalige Tätigkeit wird allerdings nicht schon dadurch gewerblich i. S. des UmsStG., daß sie sich durch einen längeren Zeitraum hinzieht (Urt. v. 28. Sept. 1928, VA 617/28; RZf. 24, 114). Sie wird aber zur gewerblichen Tätigkeit, wenn durch sie ein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand hergestellt wird, wie es bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebs für längere Zeit der Fall ist (RZf. 1, 141; 8, 121; 13, 298; 18, 201; 20, 137 und Po-pitz, UmsStG., 3. Aufl., S. 330 u. 534). Verpachtet ist im vorl. Falle der landwirtschaftliche Betrieb. Wie der Sen. schon wiederholt entschieden hat, muß bei der Verpachtung eines ganzen Unternehmens das Geschäft in seine einzelnen Teile zerlegt werden, damit die Steuerbefreiung des § 2 Nr. 4 UmsStG. überhaupt zur Geltung gelangen kann. Steuerfrei bleibt die Verpachtung, soweit sie sich auf das Grundstück bezieht. Von der Steuer erfaßt wird dagegen die Verpachtung des Inventars. Dieser Teil des Geschäfts muß umsatzsteuerrechtlich so beurteilt werden, als ob das Geschäft als für sich allein bestehend und nur in wirtschaftlicher Verbindung mit einem Hauptgeschäft abgeschlossen worden wäre. Da durch die Verpachtung des Inventars ein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand geschaffen wird, liegt auch insoweit das Merkmal der Nachhaltigkeit vor.

(RZf., 5. Sen., Urt. v. 18. Jan. 1929, VA 784/28 S, RZf. 24, 334).

*

11. § 3 Nr. 2 UmsStG. 1926 billigt Reich, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen der Schlachthöfe, Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke Steuerfreiheit nur für solche Umsätze zu, die den genannten Betrieben eigentümlich sind, d. h. der besonderen Aufgabe entsprechen, die diese Werke im öffentlichen Interesse zu erfüllen haben,

Gutes wieder in die Hand nahm. Solange also der Verkauf von Inventar anlässlich der Verpachtung nur etwas Einmaliges blieb oder sich höchstens nach Ablauf einer 12, 18 oder 24jährigen Pachtperiode wiederholte, sah man ganz allgemein hierin mangels der Nachhaltigkeit einen Vorgang außerhalb der gewerblichen Tätigkeit des Verpächters. Aus diesen Erwägungen ist fast ständig die Heranziehung derartiger Fälle zur Umsatzsteuer unterblieben.

Der RZf. hat sich jedoch auf einen anderen Standpunkt gestellt. Obwohl er an sich anerkennt, daß es sich bei der Inventarübernahme nur um eine einmalige Tätigkeit handelt, rechnet er sie gleichwohl zur gewerblichen Tätigkeit, da durch sie ein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand hergestellt wird, wie es bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes für längere Zeit der Fall sei. Bei dieser Art der an sich einwandfreien Auslegung des Begriffs der gewerblichen Tätigkeit läßt sich naturgemäß gegen die Entsch. des RZf. nichts einwenden. In Zukunft werden also die Verpächter damit zu rechnen haben, daß der Kaufpreis, den sie für das Inventar anlässlich der Verpachtung ihres Gutes erhalten, umsatzsteuerpflichtig ist.

Es erhebt sich nun aber die Frage, wie es bei Pachtende zu halten ist, wenn nämlich der Pächter das Inventar an den Verpächter zurückverkauft und hierfür den gewöhnlich auf Grund einer Sachverständigentage ermittelten Kaufpreis erhält. M. E. kommt hier eine Heranziehung der aus dem Verkauf des Inventars vereinbarten Entgelte zur Umsatzsteuer nicht in Frage, da auf Seiten des Pächters das Begriffsmerkmal der gewerblichen Tätigkeit insoweit fehlt. Für den Pächter soll hiermit kein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand hergestellt werden, wie es auf Seiten des Verpächters der Fall war.

Nun hat allerdings der RZf. in einer Entsch. Bd. 6 Bl. 53 gleichwohl für einen bestimmten Fall eine gegenteilige Entsch. gefällt. Der RZf. meint, daß es die Tätigkeit eines landwirtschaftlichen Pächters mit sich bringt, daß er unter Umständen die Pacht wechseln muß. Damit setzt der Pächter seine Erwerbstätigkeit auf einem neuen Pachtbetriebe fort. Wenn er nun bei der Aufgabe seiner ersten Pachtung das Inventar verkauft und den Kaufpreis in einem neu übernommenen Pachtbetriebe verwendet, etwa zur Übernahme seines neuen Inventars, so sei dieses Geschäft nur ein Glied in der Kette der Tätigkeiten, die in zusammenhängender Folge einen Gewerbebetrieb ausmachen. Diese Entsch. kann nicht gebilligt werden,

nicht aber auch für andere Umsätze, die regelmäßig bei jedem industriellen Großbetrieb als Hilfsgeschäfte vorkommen. Wenn § 27 Durchf. Best. von Leistungen spricht, die regelmäßig mit Betrieben jener Art verbunden sind, so ist die Vorschrift im vorstehenden Sinne auszulegen.

Gegenstand des Unternehmens der AktG. J. ist der Ausbau von Wasserkraften und ihre Verwertung durch Abgabe der gewonnenen Arbeit oder Verwendung in eigenen Betrieben, die Errichtung ähnlicher Unternehmungen, die Beteiligung an solchen und der Erwerb von Grundstücken und Rechten, welche dem Zwecke des Unternehmens dienen. In Ausführung ihres satzungsgemäßen Zweckes erbaute die Berufungsführerin ausgedehnte Kanalanlagen und errichtete Werke zur Erzeugung elektrischer Kraft. Wegen der Leistungen, die den Hauptgegenstand ihres Betriebs bilden, wie z. B. Abgabe elektrischen Stromes, ist die Beschw. nicht zur Umsatzsteuer herangezogen worden. Streitig ist, ob sie wegen der sonstigen in ihrem Betriebe vorkommenden Leistungen steuerpflichtig ist, also insbes. wegen des Verkaufes von Umlmaterial, von landwirtschaftlichen Anwesen und Grundstücken, wegen der Vermietung eingerichteter Wohnräume sowie wegen der Gewährung von Verpflegung und Übernachtung an Angestellte und Arbeiter. Die Beschw. nimmt für diese Umsätze Steuerfreiheit in Anspruch mit der Begründung, daß die ihr durch einen Erlaß des RZf. zugestandene Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 2 UmsStG. sich auch auf diese Leistungen erstrecke, weil die Leistungen notwendig mit ihrem Betriebe verbunden seien. Die Einnahmen aus der entgeltlichen Gewährung von Beherbergung und Beköstigung hält sie außerdem nach § 2 Nr. 10 UmsStG. für steuerfrei.

Die Vorbehörden stehen auf dem Standpunkt, daß die vom RZf. der Beschw. zugebilligte Steuerfreiheit des § 3 Nr. 2 a. a. D. sich nur auf solche Leistungen, die den im Gesetze genannten Betrieben eigentümlich seien, beziehe. Andere Leistungen und Lieferungen seien nach den allgemeinen Grundsätzen als Hilfsgeschäfte steuerpflichtig. Für die Beherbergung und die Beköstigung könne die Befreiungsvorschrift des § 2 Nr. 10 a. a. D. nicht zur Anwendung kommen, weil die Leistungen nicht als Vergütung für die geleisteten Dienste, sondern gegen Entgelt geleistet worden seien. In dieser Beurteilung kann ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden.

Der in Frage stehende Erlaß des RZf. enthält einen Steuererlaß i. S. des § 108 Abs. 1 MAbgD. § 3 Nr. 2 UmsStG. billigt Reich, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden die Steuerfreiheit nur für solche Umsätze zu, die den im Gesetze genannten Betrieben, d. i. den Schlachthöfen, Gas-, Elektrizitäts- und Wasser-

auch dann nicht, wenn der Fall so liegt, daß der Pächter mit dem Inventarverlös eine neue Pachtung übernimmt. Tatsächlich handelt es sich nämlich bei dem Verkauf des Inventars nicht um ein Glied in der Kette der regelmäßigen landwirtschaftlichen Betriebsgeschäfte, sondern um eine Ausnahmeerscheinung, die durchaus nicht eine Folge des Gewerbebetriebes ist. Wäre die Ansicht des RZf. richtig, so würde der eigenartige Fall eintreten, daß ein Pächter, welcher sich zur Ruhe setzt, keine Umsatzsteuer zu zahlen haben würde, während derjenige, der eine neue Pachtung übernimmt, zur Umsatzsteuer herangezogen würde. Eine derartig verschiedene Behandlung wäre aber so willkürlich, daß sie kaum vom RZf. gewollt sein wird.

RA. Dr. Richter, Halle (Saale).

Zu 10. Das Urt. des RZf. v. 18. Jan. 1929 (VA 784/28) enthält eine logische Fortbildung der Grundsätze, welche in der Entsch. vom gleichen Tage VA 817/28 ausgesprochen sind. Dort hatte der RZf. den vom Verpächter erzielten Inventarkaufpreis für umsatzsteuerpflichtig erklärt. Im vorliegenden Falle handelt es sich wieder um die Zurückverpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebes mit Inventar. Hier ist jedoch das Inventar nicht verkauft, sondern ebenso wie das Gut selbst verpachtet. Man spricht in derartigen Fällen der Nutzungsoberlassung am Inventar im Gegensatz zum verkauften Inventar davon, daß das Inventar „eifern“ sei.

Nun kommt zwar nach § 2 Nr. 4 UmsStG. eine Besteuerung nicht in Frage bei der Verpachtung von Grundstücken. Diese Ausnahmevorschrift bezieht sich jedoch nicht auf die Verpachtung von Grundstückszubehör, als welches sich das landwirtschaftliche Inventar rechtlich darstellt. Hiernach kann also, selbst wenn die Verpachtung des Grund und Bodens steuerfrei bleibt, die Verpachtung des Inventars von der Steuer erfaßt werden, vorausgesetzt, daß es sich hier um Lieferungen oder Leistungen des Verpächters handelt, die dieser innerhalb der von ihm ausgeübten gewerblichen Tätigkeit gegen Entgelt ausführt. Daß diese Voraussetzungen vorliegen, ist für die Frage des Kaufinventars vom RZf. bejaht worden mit der Begründung, daß hierdurch ein auf die Erzielung von Einnahmen gerichteter Dauerzustand hergestellt werde, mithin eine gewerbliche Tätigkeit des Verpächters vorliegt. Diese Grundsätze müssen natürlich auch auf den vorliegenden Fall des eisernen Inventars entsprechende Anwendung finden.

RA. Dr. Richter, Halle (Saale).

werken, eigentümlich sind, also der besonderen Aufgabe entsprechen, die diese Werke im öffentlichen Interesse zu erfüllen haben, nicht aber für solche Umsätze, die regelmäßig bei jedem industriellen Großbetrieb als Hilfsgeschäfte vorkommen (vgl. die Entsch. des Senats v. 5. Okt. 1928, V A 531/28: *RZS.* 24, 155 und die zur Veröffentlichung bestimmte Entsch. des Senats v. 7. Dez. 1928, V A 879/28). Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um Umsätze der letzteren Art.

Für ihre Einnahmen für Beherbergung und Beköstigung ihrer Angestellten und Arbeiter macht die Beschw. noch außerdem den Befreiungsgrund des § 2 Nr. 10 UmsStG. geltend. Mit Recht haben aber die Vorbehörden die Anwendung dieser Vorchrift abgelehnt, da die Beschw. die Leistungen gegen Entgelt und nicht als Vergütung für geleistete Dienste gewährt hat (Urt. v. 30. Juni 1922, V A 209/22: *RZS.* 10, 144).

(*RZS.*, 5. Sen., Urt. v. 8. Febr. 1929, V A 741/28 S, *RZS.* 24, 354.)

Wertzuwachssteuer.

12. § 28 Abs. 1 ThürZinsfWZuwStG. v. 28. April 1928; § 29 Abs. 1 RZuwStG.; §§ 4 Abs. 2, 53 RD.

a) Sucht ein dinglicher Gläubiger aus einem zur Konkursmasse gehörenden Grundstück abgesonderte Befriedigung, so scheidet das Grundstück dadurch nicht aus der Konkursmasse aus.

b) Beantragt der Gläubiger die Zwangsversteigerung, so gehört die aus Anlaß der Versteigerung entstandene Zuwachssteuer zu den Massekosten, nämlich zu den Kosten der Verwaltung der Masse, auch wenn der Konkursverwalter dem Versteigerungsverfahren nicht beigetreten ist.

c) Ist im Zwangsversteigerungsverfahren der Zuschlag erteilt, so ist der Umstand, daß die Zwangsversteigerung unzulässig war, auf die Steuerpflicht ohne Einfluß. Wird später auf dem Vergleichswege die Zahlung des Erstehers gegenüber dem Konkursverwalter erhöht, so tritt nicht erhöhte Steuerpflicht ein, insbesondere dann nicht, wenn der Vergleich sich nur auf die Rechte bezieht, die dem Konkursverwalter aus der von ihm behaupteten Unzulässigkeit der Versteigerung entspringen sollten.

Auf zwei Grundstücken des Bankiers K. lastete eine Grundschuld der U-Bank in Höhe von 120 000 M. Als K. am 9. Febr. 1928 in Konkurs geraten war, führte die Bank die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbei. Durch Beschl. v. 1. Juni 1928 wurde ihr der Zuschlag erteilt, und zwar für ein Meistgebot von 61 000 M. Der Konkursverwalter (Beschw.) hielt die Zwangsversteigerung für unzulässig und klagte nach Zuschlagerteilung beim LG. mit dem Antrag, die Bank zu verurteilen, darin zu willigen, daß vom Versteigerungserlöse 8000 M an ihn gezahlt werden, und insoweit die Zwangsversteigerung für unzulässig zu erklären. Durch das am 16. Okt. 1928 verkündete Urt. erklärte das LG. die Zwangsvollstreckung in Höhe von 8000 M für unzulässig. Im übrigen wies es die Klage ab.

Ehe dieses Urt. rechtskräftig wurde, schlossen die Parteien am 22. Nov. 1928 einen Vergleich, demzufolge die Bank an den Beschw. 35 000 M zahlte und der Beschw. auf weitere Ansprüche verzichtete. Insbes. verzichtete er darauf, aus dem landgerichtlichen Urt. irgendwelche Rechte herzuleiten. Die Bank verzichtete auf Konkursdividende und erklärte, keine Masseansprüche i. S. der §§ 58, 59 RD. zu erheben. Schließlich verpflichtete sich der Beschw., die gegen den Zuschlagsbeschl. erhobene Beschwerde zurückzunehmen.

Durch Bescheid v. 10. Dez. 1928 veranlagte das FinA. den Konkursverwalter auf Grund des ThürZinsfWZuwStG. v. 28. April 1928 (GS. 167) zur Zuwachssteuer in Höhe von 14 738 M. Den Erwerbspreis stellte es auf 36 597 M fest. Den Veräußerungspreis berechnete es auf 95 550 M. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus dem Meistgebote von 60 550 M und dem durch den Vergleich bewilligten Betrage von 35 000 M. Daraus ergab sich ein Wertzuwachs von 58 593 M.

Einpruch und Berufung blieben erfolglos. Der Rechtsbeschwerde war teilweise stattzugeben.

Nach der Auffassung des FinGer. würde, soweit die Steuerpflicht an sich in Betracht kommt, dem Beschw. beizutreten sein, wenn die von der Bank betriebene Zwangsversteigerung rechtsgültig gewesen wäre. Wäre das Urt. des LG. rechtskräftig geworden, so hätte, wie das FinGer. ausführt, eine Steuer aus dem Zuschlag nicht erhoben werden können oder sie hätte erstattet werden müssen. Die Parteien hätten aber an die Stelle des Urt. den Vergleich gesetzt. Durch diesen habe der Beschw. der Bank den Grundbesitz überlassen, wogegen diese 35 000 M und die durch Meistgebot übernommenen 60 532 M habe entrichten müssen. Der Vergleich sei als ein Veräußerungsgeschäft i. S. des § 4 ZinsfWZuwStG. anzusehen. Die Verpflichtung zur Übertragung des Grundbesitzes sei durch die Verpflichtung ersetzt, die bereits zu Unrecht

Eigentümerin gewordene Staatsbank im Genusse des Eigentums zu belassen.

Diese Ausführungen beruhen auf Rechtsirrtum.

Durch den Zuschlagsbeschl. ist die Bank Eigentümerin der Grundstücke geworden. Der Zuschlagsbeschl. hätte nur auf dem Beschwerdewege beseitigt werden können. Die sofortige Beschwerde ist zwar vom Konkursverwalter eingelegt, aber auf Grund des Vergleichs zurückgenommen worden. Der Eigentumsübergang ist unabhängig davon, ob die Versteigerung zulässig war oder nicht. Es ist Sache der Beteiligten, die Versteigerung rechtzeitig zu hindern oder gegen den Zuschlag das Beschwerdeverfahren durchzuführen. Handeln sie nicht hiernach, so bleibt je nach Lage der Sache nur die Möglichkeit, Ansprüche auf Schadensersatz oder aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu erheben. Im vorliegenden Falle hat das LG. zwar die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, aber nur in Höhe von 8000 M und erst nach Erlaß des Zuschlagsbeschlusses, der auf diese Weise nicht mehr beseitigt werden konnte. Das Urt. hätte seine Wirkung nur bei Verteilung des Versteigerungserlöses ausüben können. Im übrigen war das Verfahren auch vom Standpunkt des LG. aus zulässig. Zudem kommt es auf das Urt. des LG. überhaupt nicht mehr an, weil es in seiner Wirkung durch den Vergleich beseitigt ist. Durch Rücknahme der Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschl. ist dieser rechtskräftig geworden. Der Zuschlagsbeschl. konnte durch Vereinbarung schon deshalb nicht beseitigt werden, weil dem die Rechte der anderen Beteiligten entgegenstanden hätten.

Demgemäß kommt als steuerauslösender Rechtsvorgang nur der Zuschlagsbeschl., nicht etwa der Vergleich, in Betracht.

Die angefochtene Entsch. war hiernach wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei freier Beurteilung ist davon auszugehen, daß gem. § 4 zu b des Ges. die Steuerpflicht mit Verkündung des Zuschlagsbeschlusses eingetreten ist (§ 90 Abs. 1 ZivVerfG.). Schuldner der Steuer ist nach § 28 Abs. 1 ZinsfWZuwStG. an und für sich der Gemeinschuldner K. Ein „Veräußerer“ ist nicht vorhanden, weil die Zwangsversteigerung keine Veräußerung ist. Deshalb ist Schuldner der, dem das Eigentum an den Grundstücken vor der Zuschlagerteilung zugestanden hat, und das ist der Gemeinschuldner. Dieser hat aber mit der Konkursöffnung die Befugnis verloren, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, und an seine Stelle ist insoweit der Konkursverwalter getreten (§ 6 RD.). Die Steuerentrichtung für den Eigentumswechsel an Grundbesitz ist aber eine Verwaltungshandlung. Deshalb ist die Steuer für Rechnung der Konkursmasse vom Verwalter zu entrichten, und daraus folgt, daß die Wertzuwachssteuer zu den Massekosten gehört.

Der Beschw. hat eingewendet, daß die Grundstücke nicht zur Masse gehört hätten, weil die Zwangsversteigerung von einem zur abgesonderten Befriedigung berechtigten Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens betrieben worden sei (§ 4 Abs. 2 RD.). Damit ist aber nicht gesagt, daß die Grundstücke aus der Masse ausgeschlossen waren. Sie gehörten nach wie vor zur Masse, und dies ist u. a. dadurch zum Ausdruck gekommen, daß der Konkursverwalter (und zwar mit Recht) als Beteiligter im Zwangsversteigerungsverfahren aufgetreten ist (vgl. §§ 172, 173 Satz 2, § 9 ZivVerfG.). Wäre der Grundbesitz aus der Masse ausgeschlossen, so hätten alle vom Konkursverwalter erhobenen Ansprüche von vornherein der Grundlage entbehrt. Ein etwaiger Überschuß hätte nicht in die Masse fallen können.

Allerdings stehen, soweit ersichtlich ist, Schrifttum und MPr. nicht auf dem Standpunkt, daß die Wertzuwachssteuer aus der Konkursmasse zu berichtigen sei, wenn nicht der Konkursverwalter selbst die Zwangsversteigerung beantragt hat oder (vgl. von einem Gläubiger beantragten Verfahren beigetreten ist (vgl. Jaeger, RD., 5. Aufl., S. 833 § 58 Anm. 5 a; PrWDG. 71, 57; 81, 115; Entsch. des OVG. v. 27. Jan. 1928, VII C 142/27; JahrbStR. 8, 508). Indessen ist die Frage hier stets unter dem Gesichtswinkel betrachtet, ob es sich um Ausgaben für Verwertung der Masse handle. Das ist allerdings mit Recht verneint. Wohl aber muß man die Zuwachssteuer als Ausgabe für die Verwaltung der Masse ansehen. Die Zuwachssteuer ist zwar eine persönliche Steuer; sie lastet nicht unmittelbar auf dem Grundstück. Sie hat aber ihre Daseinsberechtigung nur dadurch, daß ein Teil des Grundstückswerts Wertzuwachs ist. Aus diesem Wertzuwachs, der durch den Übergang des Grundstücks in andere Hände verwirklicht wird, soll nach der Absicht des Gesetzes die Steuer entrichtet werden. Sie soll also den treffen, dem der Wertzuwachs zugute kommt. Das ist aber in Fällen wie den vorliegenden die Konkursmasse, gleichviel, ob der Verwalter das Verfahren betreibt oder nicht. Wie schon dargelegt ist, gehört das Grundstück zur Masse, gleichviel, ob ein Gläubiger aus ihm abgesonderte Befriedigung sucht oder nicht. Würde ein persönlicher Gläubiger die Zwangsversteigerung eines unbelasteten Grundstücks beantragen, ohne daß der Konkursverwalter beitrifft (ein Fall, der allerdings nicht leicht vorkommen wird), so würde der Wertzuwachs unmittelbar zugunsten der Masse voll verwirklicht werden. Zwischen einem solchen Falle und

dem entgegengesetzten, daß das Grundstück zugunsten ausschließlich dinglicher — die Versteigerung betreibender — Gläubiger voll belastet ist, liegen zahlreiche Zwischenfälle. In allen Fällen genießt die Masse den Wertzuwachs dadurch, daß die (persönlichen) Konkursforderungen der dinglich gesicherten Gläubiger wegfallen, soweit die Gläubiger aus dem Grundstück befriedigt werden; ferner dadurch, daß Steuern und andere im § 10 ZwVerfG. bezeichnete bevorrechtigte Forderungen, die sonst aus den baren Mitteln der Masse entnommen werden müßten, am Versteigerungserlöse teilnehmen, daß der etwaige Überschuß der Masse zusteht.

Fällt die Wertzuwachssteuer hiernach der Masse zur Last, so gehört sie zu den Kosten der Verwaltung und demgemäß zu den Massekosten i. S. des § 58 Nr. 2 R.D., ebenso wie die laufenden Grundsteuern, da sie das Grundstück belasten, wenn sie vom Verwalter entrichtet werden, als Kosten der Verwaltung und somit als Massekosten zu behandeln sind. Es sei auch noch auf die Besteuerung der toten Hand nach § 10 GrErbStG. hingewiesen. Tritt während des Konkursverfahrens der Zeitpunkt ein, in dem diese Steuer ohne Zutun des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters fällig wird, so wäre es nicht verständlich, wollte man die Masse von dieser Steuer entlasten. Kommen ihr doch auch im Falle des Konkurses einer Körperschaft die Rücklagen zugute, die von der Körperschaft gem. § 15 Nr. 1 ErbStG. gemacht sind.

Ist hiernach der Steueranspruch dem Beschw. gegenüber dem Grunde nach festgestellt, so ist noch auf den Betrag der Steuer einzugehen. In diesem Punkte ist dem Beschw. zuzustimmen, daß der im Vergleich zugewiesene Betrag von 35 000 M dem Veräußerungspreis nicht hinzugerechnet werden darf. Das Eigentum ist im Wege der Zwangsversteigerung auf die Bank übergegangen. Deshalb gilt nach § 10 des Gef. als Preis der Betrag des Meistgebots, zu dem der Zuschlag erteilt ist, unter Hinzurechnung der vom Ersteher übernommenen gerichtl. festgestellten Leistungen. Privatvereinbarungen haben also keinen Einfluß, zumal wenn sie erst nach Verkündung des Zuschlagsbeschlusses, d. h. nach Übergang des Eigentums, getroffen werden (RZf. 22, 30). Im vorliegenden Falle betrifft aber der Vergleich nicht einmal den Erwerbpreis, nämlich das Meistgebot mit Nebenleistungen. Denn er läßt das Ergebnis der Zwangsversteigerung unberührt. Der Streitpunkt, der durch den Vergleich aus der Welt geschafft werden sollte, bezog sich auf die Frage, ob der Beschw. im Hinblick auf die von ihm behauptete Unzulässigkeit des Vollstreckungsverfahrens Schadens- oder sonstige Ansprüche gegen die Bank erheben könne. Im letzten Grunde handelte es sich darum, ob der Bank nur eine Konkursforderung zustand oder ob ihre Forderung dinglich gesichert war, also nicht nur der Form nach, sondern sachlich einen Anspruch auf abgeforderte Befriedigung gewährte. Der Vergleich bezog sich also nur auf die Gläubigerrechte der Bank. Der Zuschlag hängt mit dieser Frage nicht zusammen. Er konnte bestehen bleiben, gleichviel, ob der Ersteher dinglich gesicherter Gläubiger war oder nicht. Die Zahlung der Bank von 35 000 M verminderte den Verlust, den die Konkursmasse dadurch erlitt, daß die Grundschuld der Bank teilweise zur Hebung kam, statt daß die Bank nur konkurstmäßige Befriedigung erhielt. (Folgt die Steuerberechnung.)

(RZf., 2. Sen., Beschl. v. 27. Aug. 1929, II A 422/29.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Präsident Dr. v. Dörschhausen, Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

1. § 922 (544) RVD. Unfall beim Kirschenspflücken zum alsbaldigen Gebrauch keine landwirtschaftliche Betriebsmäßigkeit.

Das Pflücken von Obst ist nur dann landwirtschaftliche Betriebsmäßigkeit, wenn es im Rahmen der landwirtschaftlichen Arbeiten und in ordnungsmäßiger Ausübung des landwirtschaftlichen Betriebes erfolgt. Das Kirschenspflücken zum Zwecke der alsbaldigen Verschaffung eines Erfrischungsmittels ist keine landwirtschaftliche Betriebsmäßigkeit. Ein Unfall, der sich hierbei ereignet, also kein landwirtschaftlicher Betriebsunfall.

(RVerfA., Entsch. v. 12. Juni 1929, Ia 1398/28, EuM. 25, 27.)

[3.]

*

2. § 71 ArbVermG. Versicherungsfreiheit eines Gutshandwerkers.

Gutshandwerker sind als in der Landwirtschaft beschäftigte Arbeitnehmer anzusehen und demnach beim Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen nach § 71 ArbVermG. versicherungsfrei.

(RVerfA., Entsch. v. 27. Febr. 1929, II K 155/28 B, EuM. 25, 98.)

[3.]

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVG. Geh. RegRat v. Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Bei Durchsetzung der Erfüllung wegepolizeilicher Pflichten ist die Leistungsfähigkeit der verpflichteten Anlieger zu prüfen. †

Ist die polizeirechtliche Verpflichtung der Kl., zu den Kosten der Bürgersteigerstellung beizutragen, nicht zweifelhaft, so bedarf doch ihre Leistungsfähigkeit der Nachprüfung (vgl. Ur. v. 8. Juli 1912: OVG. 64, 483). In dieser Beziehung hat OVG.: PrVerfM. 50, 304/5 unter Hinweis auf *Germershausen-Sehdel*, Wege-recht I, 4. Aufl., S. 28—30 ausgeführt:

„Bei dieser Prüfung wird die gegenwärtige allgemeine wirtschaftliche Notlage zu berücksichtigen sein. Auch in normalen Zeiten hatte der Wegebaupflichtige Anspruch darauf, daß das Maß der polizeilich zu fordernden Leistung nicht seine Kräfte übersteigt. Der wirtschaftliche Ruin des Wegebaupflichtigen soll vermieden werden (OVG. 7, 263). „Es gelten nicht die Grundsätze des Zivilrechts, wonach der Schuldner zahlen muß, solange er etwas besitzt, wenn gleich er dadurch ruiniert wird“ (*Germershausen-Sehdel* a. a. O. S. 29). Das gilt ganz besonders für die Zeit der heutigen wirtschaftlichen Depression.“

Diese Ausführungen treffen auf den vorliegenden Fall zu. Die Frage, ob die Sezung von Bordsteinen „unbedingt notwendig“ oder vielleicht die Hochkantsezung von Pflastersteinen genügend wäre, spielt in die Frage der Zweckmäßigkeit und Angemessenheit hinein, die beim Vorliegen einer PolV.D. vom Verwaltungsrichter nicht nachzuprüfen ist. Hier ist aber die Leistungsfähigkeit der Kl. zu der ihnen angebotenen Leistung nachzuprüfen.

Sie konnte nicht bejaht werden. Die tatsächlichen Einkünfte der Kl. sind sehr gering, so daß sie Kleinrentnerunterstützung erhalten. Ein Darlehen ist ihnen von der Stadt nach dem letzten Schriftsatz des Bekl. v. 5. Aug. 1928 allerdings „angeboten“, „zins- und abgabenfrei bis zum Eigentumswechsel“, welche Bedingungen aber sonst noch daran geknüpft werden, steht nicht fest. Dazu kommt, daß die Kl. ihren Lebensunterhalt fast ausschließlich von den Einkünften aus dem Grundstücke bestreiten; sie sind 63 und 54 Jahre alt. Wenn sie aus irgendeinem Grunde vorzeitig zum Verkauf des Grundstücks genötigt sind, wird der Kaufpreis gedrückt um das städtische Darlehen, das auf dem Grundstück eingetragen werden soll.

Hiernach mußten die Kl. von der ihnen angebotenen Leistung freigestellt werden.

(PrOVG., Ur. v. 4. Juli 1929, IV B 49/28.)

*

Zu 1. Die Entsch. stellt im Anschluß an die bisherige Rpr. des OVG. den Grundsatz auf, daß auf dem Gebiete des Wegerechts die Leistungsfähigkeit des Unterhaltungspflichtigen zu prüfen ist und daß die Polizei bei Leistungsfähigkeit eine an sich begründete Forderung nicht stellen darf. Die Leistungsfähigkeit spielt auch sonst im öffentlichen Recht eine Rolle. Wenn z. B. eine Gemeinde leistungsunfähig ist, so muß in vielen Fällen das übergeordnete Gemeinwesen oder der Staat einspringen. Bei der wasserrechtlichen Verleihung sollen dem Unternehmer nur solche Einrichtungen auferlegt werden, die mit dem Unternehmen vereinbar und wirtschaftlich gerechtfertigt sind (§ 50 WassG.). Vor allem wird die Steuerpflicht durchweg nach der Höhe des Einkommens, des Vermögens usw. abgestuft. Im Privatrecht wird die Leistungsfähigkeit bei der Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt geprüft, und vor allem hat sie in Aufwertungsachen eine große Rolle gespielt. Dies alles ist nach dem jetzt geltenden Recht Ausnahmen von dem Grundsatz, daß der Schuldner ohne Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse seine Verbindlichkeiten erfüllen muß. Es liegt aber die Frage nahe, ob hier nicht ein neuer Rechtsgrundsatz nach Verwirklichung ringt und ob nicht unser Recht dahin neigt, immer mehr die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen zu berücksichtigen. Es ist z. B. nicht einzusehen, warum der Grundsatz, der im Wegerecht aufgestellt wird, nicht etwa auch bei der Räumung eines Wasserlaufes oder bei sonstigen polizeilichen Anforderungen Berücksichtigung finden soll. Eine allgemeine Prüfung der Leistungsfähigkeit bei Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Ansprüchen erscheint zur Zeit kaum denkbar. Vielleicht werden wir aber trotzdem in unserer rasch fortschreitenden Zeit noch manche Änderung in dieser Hinsicht erleben.

JR. Dr. Riemann, Breslau.

2. Preuß. Gef. über d. Regelung verschied. Punkte d. Gemeindeverfassungsrechts v. 27. Dez. 1927. Die Regelung der kommunalen Zugehörigkeit eines Gutsbezirks auf Grund § 11 bedarf auch dann keines besonderen Gesetzes, wenn die Kreis- oder Provinzialgrenzen verändert werden. †)

Der vom Bekl. vertretene Standpunkt, daß das vom Staatsministerium auf Grund des genannten § 11 beschlossene Ausschneiden des Gutsbezirks L. aus dem Kreise T. und seine Vereinigung mit der Stadt B. mangels eines entsprechenden besonderen Gesetzes nicht rechtmäßig erfolgt sei, ist rechtsirrtümlich. Aus der Entstehungsgeschichte des Gef. v. 27. Dez. 1927 geht unzweideutig hervor, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Auflösung der Gutsbezirke, welche einer seit langem lautgewordenen politischen Forderung entsprach, vollkommen unabhängig von der Veränderung sonstiger Gemeindebezirke geregelt werden sollte, und daß deshalb die in § 1 a. a. D. enthaltenen Vorschriften über das bei Veränderung von Gemeindebezirken zu beobachtende Verfahren mit den Vorschriften in §§ 11 ff. a. a. D. über das Verfahren bei der Auflösung von Gutsbezirken nicht im Zusammenhange steht. Demgegenüber kann sich der Bekl. auch nicht, wie es in der Begründung des Einspruchsbeschlusses geschehen ist, darauf berufen, daß die Abänderung einer allgemeinen gesetzlichen Regel nur durch ein zeitlich nachfolgendes Sondergesetz hätte erfolgen können. Denn dieser Grundsatz, welcher überhaupt nicht auf einer gesetzlichen Vorschrift beruht, sondern sich in Rechtspredung und Wissenschaft allmählich durchgesetzt hat, läßt die gleiche rechtliche Folgerung für den Fall zu, daß der Gesetzgeber in einem und demselben Gesetz von der im allgemeinen aufgestellten Regel für besondere Fälle eine Ausnahme vorsieht. Da die Vorschrift in §§ 11 ff. a. a. D. dem Staatsministerium ohne jede Beschränkung die Bestimmung über die künftige kommunale Zugehörigkeit der Gutsbezirke bei ihrer Auflösung übertragen hat, bedarf es auch dann keines besonderen Gesetzes, wenn hierbei die Kreis- bzw. Provinzialgrenzen verändert werden.

(PrOstG., 2. Sen., Urt. v. 18. Juni 1929, II A 14/29.)

*

3. PrWassG. v. 7. April 1913. Eine wasserpolizeiliche Verfügung, die die nachträgliche Einholung der wasserpolizeilichen Genehmigung zu einem Brückenumbau in einem Wasserlauf 1. und 2. Ordnung aufgibt, ist rechtsungültig. †)

Nach § 22 WassG. bedarf die Errichtung oder wesentliche Veränderung von Anlagen in Wasserläufen erster und zweiter Ordnung

Zu 2. Das im Text genannte Gesetz ist trotz seiner Kürze eines der wichtigsten, zugleich meistumkämpften preuß. Gesetze der Nachkriegszeit. Von den §§ 1—10, welche die Veränderung und Auflösung von Gemeinden behandeln, ist hier nicht zu reden, um sie gehen eine Anzahl von Prozessen beim StGH. für das Deutsche Reich. Bei §§ 11, 12 sind insbes. die ministeriellen AusfWd. Gegenstand lebhaften Streites geworden. § 12 Abs. 3 hat eine äußerst bedenkliche prozessuale Folge gehabt. Nach dem bis dahin geltenden Rechte (vgl. § 3 ö. VGemD. u. a.) fand Auseinandersetzung im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens statt. Die neue Vorschrift (§ 12 Abs. 1) ersetzt dies durch das Beschlußverfahren. Die Parteien haben somit nicht mehr das Ohr des unabhängigen Richters; es entscheidet nur die Beschlußbehörde. Wo eine Entschädigung verlangt wird, tritt an die Stelle des mit solchen Dingen von jeher vertrauten Verwaltungsrichters der Zivilrichter. Da etwa 11 000 Gutsbezirke aufzulösen waren, so werden, wenn nur 2% aller Fälle (gewiß eine vorrichtige Schätzung) an das RG. gelangen, 220 Revisionen mehr anfallen, d. i. die Jahresarbeit eines Zivilsenats. Reichsregierung und Reichstag mühen sich ab, das RG. zu entlasten, indem sie mit der preuß. Landtag mit einem Federstrich dem höchsten Gericht eine Jahresarbeit neu zu. Glaubte die preuß. Regierung der Vorschrift des Art. 153 WRV. (Zuständigkeit der Zivilgerichte für Entschädigungsprozesse) nachkommen zu müssen, so konnte die unerwünschte Folge durch Anregung auf Schaffung eines Reichsgesetzes i. S. des Art. 153 Abs. 2 Satz 3 a. E. vermieden werden.

RL. Dr. Görres, Berlin.

Zu 3. Zum besseren Verständnis ist eine Ergänzung des Tatbestandes erforderlich. Der Kl. war durch rechtskräftige polizeiliche Verfügung die Instandsetzung einer baufälligen Holzbrücke über einen Wasserlauf zweiter Ordnung aufgegeben worden, die auf hölzernen Stützen in dem Gewässer ruhte. Unter Beihilfe der Gemeinde und nach deren Plänen, aber ohne behördliche Genehmigung, wurde die alte durch eine neuere größere Brücke ersetzt, die durch im Wasserlauf befindliche Betonpfeiler gestützt ist. Nach ihrer Fertigstellung gab der beklagte Landrat wiederholt der Kl. unter Bezugnahme auf die §§ 285, 287 WassG. durch polizeiliche Verfügung auf, einen Genehmigungsantrag mit den Unterlagen beim Kreisaußschuß einzureichen. Sie tat es nicht, wohl aber legte der Gemeindevorsteher die Bauvorlagen vor und bat um die etwa erforderliche Genehmigung. Sie wurden ihm aber mit dem Bedenken zurückgegeben, daß nicht die Gemeinde, sondern nur die Kl. verpflichtet

der Genehmigung der Wasserpolizeibehörde. Daß die hier in Rede stehende Brücke über den Ser Mühlenbach eine Anlage in einem Wasserlauf ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ebenfalls kann es zweifelhaft sein, daß der 1924 erfolgte Umbau dieser Brücke, wenn nicht die Herstellung einer neuen Anlage, so doch zum mindesten eine wesentliche Veränderung einer vorhandenen Anlage darstellt. Im vorliegenden Falle wurde hiernach durch die ohne vorherige wasserpolizeiliche Genehmigung erfolgte Errichtung der neuen Brücke ein polizeiwidriger Zustand geschaffen, auf dessen Abstellung hinzuwirken der Bekl. als Wasserpolizeibehörde befugt und verpflichtet war. Er vergriff sich aber in der Wahl der ihm hierfür zu Gebote stehenden Mittel, wenn er in der mit der Klage angefochtenen polizeilichen Verfügung der Kl. aufgab, nachträglich die wasserpolizeiliche Genehmigung für den Brückenumbau nachzusuchen. Denn mit dieser Aufforderung verstieß er gegen den in der Rspr. des OStG. ständig vertretenen polizeirechtlichen Grundsatz, daß niemand polizeilich zur Stellung eines Genehmigungsgeheuchs, welcher Art es auch sei, und deshalb auch nicht zu einem Antrag auf nachträgliche polizeiliche Genehmigung eines Bauwerkes, das genehmigungspflichtig war, aber ohne Genehmigung ausgeführt wurde, gezwungen werden kann (OStG. 48, 360; 68, 363 ff.; PrVerwBl. 21, 519; 29, 393). Die angefochtene Verfügung entbehrte demnach, indem sie von der Kl. die nachträgliche Einreichung eines Genehmigungsantrags verlangte, der gesetzlichen Grundlage und mußte schon aus diesem Grunde aufgehoben werden.

Der Bekl. hätte den mit dieser Verfügung verfolgten Zweck in der Weise erreichen können, daß er die Beseitigung der ohne Genehmigung errichteten Brücke lediglich wegen des Mangels dieser Genehmigung verlangte. Er durfte sich aber auch damit begnügen, die Beibringung derjenigen Unterlagen zu erzwingen, deren er zur Ausübung des ihm obliegenden Prüfungsrechts bedurfte.

(PrOStG., 5. Sen., Urt. v. 1. März 1928, V B 8/27.)

Sachsen.

Sächsisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von RL. Dr. Taeschner, Leipzig.

1. §§ 9, 24 WZuwStWd. v. 29. Okt. 1925 (SächsOstV. 1925, 279). Haftung der Konkursmasse für die Wertzuwachssteuer bei Grundstücksversteigerungen. †)

Am 12. Jan. 1923 erwarb der Kaufmann R. ein Grundstück zum Preise von 3 000 000 M., und die darin befindliche

sei. Nachdem der Bekl. sodann eine weitere an die Kl. gerichtete Verfügung des früheren Inhalts auf Veranlassung des RegPräf. zurückgenommen hatte, gab er ihr als Wasserpolizeibehörde in einer neuen Verfügung auf, zur Beseitigung des durch den ungenehmigten Brückenbau entstandenen polizeiwidrigen Zustandes gem. §§ 22, 342 WassG. den Antrag auf nachträgliche Genehmigung unter Beibringung der Unterlagen einzureichen. Die hiergegen erhobene Klage war in beiden Instanzen erfolgreich.

Man sieht, welche sonderbaren Blüten auch heute noch der Formalismus treibt, dem die Verwaltungsgerichte erfreulicherweise entgegengetreten sind. In dem oben nicht abgedruckten Teile der Entsch. führt das OStG. noch aus, daß die Gemeinde wegen ihrer Beteiligung und ihres Interesses am Bau der Brücke als Miturheberin des polizeiwidrigen Zustandes anzusehen und der Forderung auf Beibringung der Bauunterlagen durch deren Vorlegung seitens des Gemeindevorstehers Genüge geschehen war. Für eine gleiche Aufforderung an die Kl. war also kein Raum mehr. In wasserrechtlicher Beziehung ist folgendes zu bemerken:

Die ursprünglich vom RegPräf. befeitigte Verfügung erging gem. § 290 WassG. auf Grund der Bestimmungen über die Freihaltung des Überschwemmungsgebietes von bei Hochwasser gefährdenden Wasserläufen. Anlagen (wozu auch Brücken gehören) in diesem Gebiete bedürfen der Genehmigung des Kreisaußschusses (§ 287). Die mit der Klage angefochtene Verfügung konnte sich auf § 22 WassG. stützen, weil die Pfeiler der Brücke sich im Wasserlaufe befinden. Hätte es sich um eine solche gehandelt, die das Bett des Wasserlaufs nicht berührte, z. B. eine freischwebende, so wären, abgesehen von den vorerwähnten Vorschriften für das Hochwassergebiet, die Bestimmungen des WassG. nicht anwendbar gewesen. Vielmehr gehören derartige Brücken dem Wegerecht an, wie auch die §§ 52—54 II 15 WRV. über das Brückenregal aufrechterhalten geblieben sind (vgl. Herrmann, WZ. § 26 Anm. 4; § 156 Anm. 2; § 339 Anm. 1). Da § 22 WassG. die Genehmigung der Wasserpolizeibehörde zuweist, die gem. § 342 im vorliegenden Falle der Landrat ist, hat der Bekl. formell richtig in dieser Eigenschaft die angefochtene Verfügung erlassen.

RL. Max Herrmann, Berlin.

Zu 1. Schon in der OStG. 32, 62 veröffentlichten Entsch. v. 21. Juni 1928 hat das OStG. den Standpunkt vertreten, daß der Konkursverwalter, auch wenn er nicht betreibender Gläubiger

Fabrikanlage zum Preise von 22 000 000 RM. lasten- und hypotheckenfrei. R. geriet i. J. 1925 in Konkurs. Auf Antrag eines Hypothekengläubigers wurde das vom Konkursverwalter zur Masse gezogene Grundstück im Juli 1926 zu einem Meistgebote von 25 119,86 RM versteigert. Hieron wurden u. a. bei einer Hypothek des X. von 14 000 RM, die nur bis zur Höhe von 8114 RM erfüllt war, im Verteilungsplane dieser Betrag dem X., der Rest von 5886 RM, weil insoweit eine Eigentümergrundschuld der Konkursmasse vorlag, dem Konkursverwalter gezahlt; weiterhin wurde einer der 14 000 RM nachfolgenden Hypothek noch ein Teilbetrag von 2806 RM zugewiesen, der Rest dieser nachfolgenden Hypothek und die sonstigen nachfolgenden Rechte fielen aus.

Die Steuerbehörde stellte auf Grund der WD. v. 29. Okt. 1925 (SächsWB. 1925, 279 f.) und des hierzu ergangenen Ortsgesetzes den in Goldmark umgerechneten Erwerbspreis, d. i. 7751,73 RM, dem Meistgebot von 25 119,86 RM gegenüber und errechnete von dem Unterschiedsbetrage eine Zuwachssteuer von 5210 RM. Diese erhob sie von dem Konkursverwalter, weil die Zuwachssteuererschuld unter die Massekosten des Konkurses i. S. des § 58 Ziff. 2 RD. falle. Den Einspruch des Konkursverwalters wies der Stadtrat zurück. Auf die Berufung hiergegen hob der Preisausschuß den Steuerbescheid des Stadtrats auf. Auf die sodann erhobene Anfechtungsklage der Stadtgemeinde wies das OVG. die Berufung des Konkursverwalters zurück, stellte also die erstinstanzliche Entsch. (Steuerbescheid des Stadtrates) wieder her:

Da der Verwalter das Grundstück zur Masse gezogen hat, fällt die Zuwachssteuererschuld unter § 58 Ziff. 2 RD., wenn schon der Konkursverwalter weder selbst das Versteigerungsverfahren betrieben hat (§ 126 RD.), noch dem auf Betreiben eines Hypothekengläubigers eingeleiteten Versteigerungsverfahren beigetreten ist. Der Erwerbspreis beträgt 7751,23 RM, das Meistgebot 25 119,86 RM. Nur dadurch, daß das Meistgebot den Erwerbspreis und die der Eigentümergrundschuld von 5886 RM vorangehenden Rechte überstieg, wurde die Eigentümergrundschuld aus dem Versteigerungserlöse mit gedeckt, sie fand also aus dem durch die Versteigerung realisierten Wertzuwachs des Grundstücks ihre Deckung. Die Frage, ob der Konkurs für die Wertzuwachssteuer nur bis zu dem Betrage haftet, der ihr aus dem Versteigerungserlöse zufließt, braucht nicht entschieden zu werden, da der dem Konkurs zugeteilte Betrag (5886 RM) den Betrag der Zuwachssteuer (5210 RM) übersteigt. Die dem Konkurs abgeforderte Zuwachssteuer ist sonach begründet.

(Sächs)OVG., Urt. v. 18. April 1929, 326 II 1927.)

Baden.

Badischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Oberregierungsrat Dr. Kloss, Karlsruhe.

I. § 7 Abs. 1 BadOrtsStraßG. Feststellung der Bauflucht im Zweifelsfall durch die Baupolizeibehörde. Die vorherige Vernehmung des Gemeinderats ist zwingend vorgeschrieben.

Kaufmann A. K. in G. ersuchte um die baupolizeiliche Genehmigung zur Erstellung eines Wohnhauses mit Geschäftsladen und Schuppen auf seinem in G. in der Nähe des Ostausgangs gelegenen Grundstück. Das Bezirksamt versagte dem Baugesuch in der vorliegenden Form die Genehmigung, weil der Neubau aus verkehrstechnischen Gründen nur in einer Entfernung von 3,60 m von der Straße (Landstraße) erstellt werden dürfe, nach den vorgelegten Bauplänen aber unmittelbar an dieser Straße errichtet werden solle. Die Beschwerde des A. K. wurde durch den Bezirksrat verworfen.

Ist, im Falle eines Übererlöses, der bei der Versteigerung des zur Masse gezogenen Grundstücks dem Konkurs zufließt, Zuwachssteuer zu entrichten hat, da die Zuwachssteuererschuld zu den Massekosten § 58 Ziff. 2 RD. zu rechnen sei. Es hängt vielfach von Zufälligkeiten ab, ob die Versteigerung des Grundstücks vom Konkursverwalter oder von einem Dritten betrieben wird. Im ersteren Falle fällt aber die Zuwachssteuererschuld zweifellos unter § 58 Ziff. 2 RD. Aus wirtschaftlichen Erwägungen muß daher die Haftung der Konkursmasse aus § 58 Ziff. 2 für die Zuwachssteuererschuld auch dann angenommen werden, wenn das Grundstück nach der Konkursöffnung auf Antrag Dritter zur Versteigerung gebracht wird. Anders verhält es sich, wenn der Konkursverwalter das Grundstück nicht zur Masse gezogen, sondern freigegeben hat. In diesem Falle erhält die Masse nichts vom Versteigerungserlöse; der Konkursverwalter ist an dem Verfahren völlig unbeteiligt; demgemäß kommt eine Haftung der Konkursmasse für die Zuwachssteuererschuld in diesem Falle nicht in Frage.

Ob man die Haftung der Konkursmasse auch dann zu bejahen hat, wenn, wie im vorliegenden Falle, kein Übererlös erzielt, sondern auf eine Eigentümergrundschuld der Masse Beträge zugeteilt werden, ist zweifelhaft; man wird jedoch diese Frage mit dem

Mit der Klage beantragte A. K., die Verfügungen des Bezirksamts und des Bezirksrats aufzuheben und zu erkennen, daß dem Baugesuch die Genehmigung zu erteilen sei, fürsorglich, daß zwecks weiterer Verhandlungen über das Baugesuch die Sache an das Bezirksamt zurückzuverweisen sei.

Die angefochtenen Verfügungen wurden aufgehoben, im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Durch die angefochtenen Verfügungen hat die Baupolizeibehörde dem Bauvorhaben des A. K. die baupolizeiliche Genehmigung verweigert, weil dasselbe nach den eingereichten Plänen die Bauflucht nicht einhält, welche die Baupolizeibehörde in Übereinstimmung mit dem Wasser- und Straßenbauamt im öffentlichen Interesse für erforderlich erachtet. Die Ablehnung eines Baugesuchs wegen Nichteinhaltung der Bauflucht setzt voraus, daß diese Bauflucht auf ordnungsmäßigem Wege bestimmt worden ist. Da es sich um den Anbau an eine Ortsstraße handelt, kommen für das bei Bestimmung der Bauflucht einzuhaltende Verfahren die Vorschriften des Ortsstraßengesetzes vom 15. Okt. 1908 in Betracht. Nach diesem Gesetz wird die Bauflucht entweder durch den im allgemeinen Feststellungsverfahren aufgestellten Ortsbauplan oder in Ermangelung eines solchen durch die Baupolizeibehörde im Einzelfall bestimmt. Für die Gemeinde G. besteht noch kein amtlich festgestellter Ortsbauplan; es kam daher für die Baupolizeibehörde nach § 7 Abs. 1 OrtsStraßG., da sie die allgemeine Feststellung der Bauflucht im öffentlichen Interesse nicht für geboten erachtete, die Bestimmung derselben „für den einzelnen Fall“ in Betracht. Eine besondere Verfügung der Baupolizeibehörde, in der diese Bestimmung erfolgt wäre, liegt nicht vor; da jedoch in den Gründen der angefochtenen Entschließung des Bezirksrats unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 7 Abs. 1 OrtsStraßG. die Einhaltung eines bestimmten Abstandes (3,60 m) von der jetzigen Straßenkante als erforderlich bezeichnet wird, ist davon auszugehen, daß die Baupolizeibehörde mit der die Baugenehmigung verweigerten Verfügung zugleich gemäß § 7 Abs. 1 OrtsStraßG. die Bauflucht für den beabsichtigten Neubau auf die bezeichnete Linie festgesetzt hat.

Nach § 7 Abs. 1 OrtsStraßG. hat in diesen Fällen die Bestimmung der Bauflucht „nach Vernehmung des Gemeinderats und in den Fällen des § 1 Abs. 2 (b. h. soweit eine Ortsstraße Teil einer Landstraße oder Kreisstraße ist) nach Vernehmung der zuständigen Straßenbauverwaltung“ zu erfolgen. Bezüglich der letzteren Behörde wurde dieser Vorschrift im vorliegenden Fall genügt; anders verhält es sich dagegen mit der Vernehmung des Gemeinderats G. Der Gemeinderat hatte zwar von der seitens des A. K. nach den eingereichten Plänen in Aussicht genommenen Bauflucht Kenntnis bekommen und sich vor der Weiterleitung des Baugesuchs an das Bezirksamt mit dieser Bauflucht einverstanden erklärt. Nachdem aber im weiteren Verlauf der baupolizeilichen Prüfung das Wasser- und Straßenbauamt in seinem Gutachten die Festsetzung der Bauflucht etwa 3,6 m hinter die Straßengrenze in Vorschlag gebracht hatte, wurde der Gemeinderat über diese neue Bauflucht nicht mehr gehört; die — am Tag vor der Bezirksratsitzung durch Fernsprecher erfolgte — Ladung des Gemeinderats G. zu der Bezirksratsverhandlung (der übrigens der Gemeinderat keine Folge leistete) konnte die vom Gesetz vorgeschriebene Vernehmung des Gemeinderats über die zu bestimmende Bauflucht nicht ersetzen. Daß es sich bei dieser Vorschrift um eine wesentliche Verfahrensvorschrift handelt, ergibt sich schon aus ihrer ausdrücklichen Aufnahme in das Gesetz. Sie erscheint aber auch aus inneren Gründen als wesentlich, da die Festsetzung der Baufluchtlinien innerhalb der Ortschaften für die Gemeinden von erheblicher Bedeutung ist und deshalb der Gemeindeverwaltung rechtzeitig die Möglichkeit gegeben werden muß, in diesem Verfahren die Interessen der Gemeinde zu wahren. Da hiernach die von der Baupolizeibehörde vorgenommene Festsetzung der Baufluchtlinie nicht den für sie geltenden gesetzlichen

OVG. bejahen müssen, da ja auch hier das den Erwerbspreis übersteigende Meistgebot und der durch die Versteigerung realisierte Wertzuwachs die Deckung der Eigentümergrundschuld ermöglichen. Wie verhält es sich, wenn durch die Versteigerung und aus dem hierbei realisierten Wertzuwachs tabellarisch angemeldete Ausfallsforderungen der Hypothekengläubiger Deckung finden? Hatte der Konkursverwalter das versteigerte Grundstück freigegeben, so ist er m. E. nicht steuerpflichtig, da § 58 Ziff. 2 RD. nicht einschlägt; die Befriedigung der Hypothekengläubiger vollzieht sich hier ohne Zutun des Konkursverwalters.

Das OVG. erachtet die Konkursmasse nur insoweit mit der Zuwachssteuer belastet, als ihr selbst von dem Zuwachs etwas zugeflossen ist, so daß die Konkursmasse keinesfalls über diesen ihr zugeflossenen Betrag hinaus Zuwachssteuer zu entrichten habe.

Im Einzelfalle, insbes. dann, wenn die Zuwachssteuerpflichtige Konkursmasse aus der Versteigerung des Grundstücks weniger erhält, als was die Zuwachssteuer ausmacht, kann um entsprechenden Erlaß der Steuer nachgesucht werden (vgl. § 24 der WD. v. 29. Okt. 1925).

Syndikus Dr. Taeschner, Leipzig.

Vorschriften entsprach, mangelte es den auf diese Festsetzung gestützten angefochtenen Verfügungen der Baupolizeibehörde an der erforderlichen rechtlichen Grundlage. Dieselben unterlagen deshalb gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 1 u. Abs. 2 Ziff. 1 BernVfStG. der Aufhebung. Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügungen war die Zuständigkeit des Gerichtshofs erschöpft. Zur Erteilung einer Baugenehmigung ist er nicht befugt; der darauf gerichtete Antrag des Kl. mußte daher abgewiesen werden. Das gleiche gilt bezüglich des förmlichen Antrags auf Zurückverweisung der Sache an das Bezirksamt zwecks weiterer Verhandlungen über das Baugesuch; tatsächlich ist indes das mit diesem Antrag Bezweckte infolge der Entsch. des Gerichtshofs erreicht.

(VadVStG., Ur. v. 8. Mai 1928, Nr. 1295, A. R. w. Staatsverwaltungsbehörde [VadVermZ. 1928, 173].)

*

2. § 41 Ziff. 2 VadVermVfStG.; § 27 Abs. 7 VadOrtsstraßenG.; §§ 1134, 1192 BGB. Beseitigung einer Baulast.

1. Wird eine Verfügung oder Entscheidung des Stadtrats auf ortspolizeilichem Gebiet mit der verwaltungsgerichtlichen Klage angefochten, so hat die Beklagtenrolle der Stadtrat zu übernehmen; dieser wird in dem Verfahren durch den Oberbürgermeister vertreten.

2. Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis entsteht durch die Übernahme einer Baulast nur zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde; dem Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger steht ein Klagerecht gemäß § 27 Abs. 7 OrtsstraßenG. jedenfalls auf Grund seiner allgemeinen Rechtsstellung gegenüber dem Eigentümer grundsätzlich nicht zu.

Der Kaufmann P. in D. ist grundbuchmäßiger Eigentümer zweier Eckgrundstücke der Gemarkung D. mit einem daraufstehenden Hause. Im Laufe eines baupolizeilichen Verfahrens aus Anlaß des Umbaus des Hauses hat P. vor dem Oberbürgermeister am 10. Aug. 1925 die baurechtliche Verpflichtung übernommen, innerhalb zehn Jahren einen Neubau in die amtlich festgesetzten Baufurchen unter Verzicht auf jede Entschädigung seitens der Stadt zu erstellen. Demgemäß wurde die Baulast im Baulastbuch eingetragen. Die badische Girozentrale erhob Einsprache gegen diesen Baulasteneintrag und bat um dessen Streichung mit der Begründung, daß zu ihren Gunsten auf den Grundstücken des P. eine Grundschuld von 35 000 M eingetragen sei und P. nicht in der Lage gewesen sei, ohne Einwilligung der Girozentrale die baurechtliche Verpflichtung rechtswirksam einzugehen; auch hätte amtlicherseits geprüft werden müssen, ob P. diese Erklärung rechtswirksam in bezug auf die Belastung seines Besitzes habe geben können. Der Eintrag ins Baulastbuch gefährde ihre Sicherheit, weil das Grundstück nur noch zu einem Teil bebaut werden dürfe und ein schon errichteter Bau abgerissen werden müsse, nach §§ 1134, 1192 BGB. brauche sich der Hypotheken- bzw. Grundschuldgläubiger eine Verschlechterung des Grundstücks nicht gefallen zu lassen.

Durch Entschließung des Stadtrats wurde die abweisende Entsch. des Oberbürgermeisters bestätigt. Mit der verwaltungsgerichtlichen Klage beantragte die Girozentrale Urteil dahin, daß die Stadt D. die eingetragene Baulast zu beseitigen habe, firsorglich wurde die Feststellung beantragt, daß die Baulast nicht bestehe.

Die Klage wurde abgewiesen:

1. Der Kl. hat die Zuständigkeit des VGH. zunächst auch auf die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Ziff. 1 BernVfStG. gestützt. Der Begriff der polizeilichen Verfügung im Sinne dieser Vorschrift hat nach feststehender Rspr. zur Voraussetzung, daß es sich um eine Verfügung handelt, deren Inhalt ein Gebot (Forderung einer Leistung) oder ein Verbot (Anordnung einer Unterlassung) enthält, oder durch die eine erforderliche polizeiliche Erlaubnis erteilt oder verweigert wird (VadVermZ. 1927, 12 I. Sp.). Einen solchen Inhalt hatte die mit der Klage angefochtene Entsch. des Stadtrats D. über die Beschwerde gegen die Eintragung der von dem Kaufmann P. übernommenen Baulast aber nicht. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs ist vielmehr nur nach § 27 Abs. 7 DStrG., § 3 Ziff. 31 BernVfStG. gegeben. Nach § 27 Abs. 7 DStrG. findet gegen die Entsch. der Baupolizeibehörde über das Bestehen von Baulasten und über die Wirksamkeit der Erklärungen, durch welche sie übernommen sind, Klage an den VGH. statt. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß über Streitigkeiten der fraglichen Art zunächst die Baupolizeibehörde die Vorentscheidungen zu erlassen hat. Die Baupolizei wird in der Stadt D. zufolge Anordnung des Ministeriums des Innern von der Stadt verwaltet. Der Oberbürgermeister und der Stadtrat haben ihre Entscheidungen erlassen, weil sie sich gem. § 6 der Vd. über die Handhabung der Bau-, Wohnungs- und Feuerpolizei in den Städten v. 28. April 1924 i. Verb. m. § 9 Abs. 1 der Vd. über die Einrichtung und Führung von Baulastbüchern v. 19. Dez. 1908 als Baupolizeibehörde für zuständig hielten. Auch die Entsch. des Stadtrats muß daher als eine solche der Baupolizeibehörde i. S. des § 27 Abs. 7 DStrG. hier gelten.

Nach § 41 Ziff. 2 Abs. 1 BernVfStG. wird über die verwaltungsgerichtliche Klage unter den Parteien verhandelt, wenn die angefochtene Entsch. oder Verfügung der Verwaltungsbehörde Berechtigungen und Verpflichtungen betrifft, die nicht unmittelbar gegenüber dem Staat, sondern gegenüber Kommunalverbänden, anderen juristischen Personen oder sonstigen Beteiligten bestehen. Ist der Staat und seine Behörde bei der Sache aber unmittelbar beteiligt und verpflichtet, so ist nach § 41 Abs. 2 Ziff. 2 a. a. D. die Verwaltungsbehörde Gegner der Klage und in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch den Ministerialbevollmächtigten zu vertreten. Der aus der Entstehungsgeschichte des § 41 BernVfStG. sich ergebende Wille des Gesetzgebers, daß grundsätzlich die Verwaltungsbehörde, die die Entsch. erlassen hat, die Rolle des Bekl. und der Ministerialbevollmächtigte die Vertretung der Verwaltungsbehörde nur dann zu übernehmen hat, wenn Rechte und Pflichten aus einem zwischen dem Staat und seiner Behörde einerseits und einem Dritten, auch einer Gemeinde, andererseits bestehenden öffentlich-rechtlichen Verhältnis streitig sind, ist in dem Gesetz klar zum Ausdruck gekommen. Die polizeiliche Tätigkeit, deren Aufgabe es ist, die Gemeininteressen der örtlichen Gemeinschaft zu befriedigen, insbes. auch die örtliche Verwaltung des Bauwesens gehört nach § 7 Abs. 1 GemD. zu den Angelegenheiten der Gemeinde, die Gemeinde besitzt in diesem Umfang auch das Recht zur Ausübung polizeilicher Gewalt (Recht der Ortspolizei). Im Gegensatz zu der früheren Gemeindegesetzgebung, nach der den Gemeindebehörden die Ortspolizei lediglich übertragen war (§ 6 Abs. 2 GemD., alt, § 5 Abs. 2 der früheren StädtG.), geht die neue GemD. davon aus, daß die ortspolizeiliche Tätigkeit eigene Angelegenheit der Gemeinde ist, von der Gemeinde aus eigenem Recht ausgeht. Soweit die Gemeindebehörden auf ortspolizeilichem Gebiet tätig werden, entstehen hiernach nicht rechtliche Beziehungen zwischen dem Staat und seiner Behörde einerseits und einem Dritten andererseits; als unmittelbar berechtigt und verpflichtet (vgl. § 41 Ziff. 2 Abs. 2 BernVfStG.) kommen vielmehr nur die Gemeinde und die Gemeindebehörde, die die Entsch. oder Verfügung ortspolizeilicher Natur erlassen hat, in Frage. Eine Staatsverwaltungsbehörde, die als Bekl. auftreten könnte, ist in solchen Fällen überhaupt nicht vorhanden. Die Beklagtenrolle kann vielmehr nur die Gemeindebehörde übernehmen, gegen deren Entsch. oder Verfügung sich die verwaltungsgerichtliche Klage richtet. Aber auch die Vertretung dieser Behörde in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch den Ministerialbevollmächtigten ist nach dem in § 41 Ziff. 2 zum Ausdruck gelangten Grundgedanken ausgeschlossen, sie kann sich nur nach den für die Vertretung der Gemeindebehörden allgemein geltenden Vorschriften der GemD. richten. Zu einem andern Ergebnis kam der Gerichtshof um so weniger, als die Staatsaufsichtsbehörde, abgesehen von den nach § 7 Abs. 4 GemD. ihr gegenüber den Gemeindebehörden hinsichtlich der Verwaltung der Polizei zustehenden Befugnissen, in der Lage ist, durch den Vertreter des Staatsinteresses (§ 8 BernVfStG.) ihren Standpunkt in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu vertreten. Die Beklagtenrolle fällt in dem vorliegenden Rechtsstreit hiernach dem Stadtrat D. zu, der seinerseits gem. § 42 Abs. 1 GemD. durch den Oberbürgermeister vertreten wird.

2. Wer zur Erhebung der Klage auf Grund des § 27 Abs. 7 DStrG. berechtigt ist, muß aus dem Wesen des durch die Eintragung einer Baulast entstehenden Rechtsverhältnisses unter Berücksichtigung des für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte allgemein in § 1 BernVfStG. zum Ausdruck gelangten Grundgedankes entnommen werden, daß der Entsch. der Verwaltungsgerichte nur die ihnen in den Gesetzen zugewiesenen Streitigkeiten über Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Recht unterliegen und die Entsch. unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse ergehen. Nach § 27 Abs. 1 DStrG. haften Verpflichtungen des daselbst näher bezeichneten Inhalts, die von dem Eigentümer gegenüber der Baupolizeibehörde übernommen werden, wenn sie im Baulastbuch eingetragen sind, als öffentlich-rechtliche Lasten (Baulasten) auf dem Grundstück. Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis entsteht durch die Übernahme einer Verpflichtung der genannten Art nur zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde. Nur um das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses kann es sich bei der in § 27 Abs. 7 DStrG. zugelassenen Klage handeln. Daraus ergibt sich, daß in dem Rechtsstreit regelmäßig die Baupolizeibehörde und der Eigentümer des belasteten Grundstücks als Parteien sich gegenüberstehen. Eine Baulast wird häufig auch zugunsten eines Dritten, regelmäßig wohl des Eigentümers des Nachbargrundstücks, bestellt, weil die Baupolizeibehörde die Erteilung einer für den Dritten erforderlichen Baugenehmigung von der Eintragung der Baulast abhängig macht. Auch dieser Dritte wird nach § 27 Abs. 7 DStrG. klagerechtigt sein, da er auf Grund seiner öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu der Baupolizeibehörde in das zwischen dieser und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks bestehende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis einbezogen ist. Privatrechtliche und wirtschaftliche Interessen Dritter an dem durch die Baulast be-

lasteten Grundstück berühren an sich die Wirksamkeit der von dem Eigentümer übernommenen Verpflichtung und damit das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde aber nicht und können ein solches Verhältnis nicht begründen. Auch dem Umstand kommt eine weitergehende Bedeutung nicht zu, daß der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger sich gegen die Gefährdung der Sicherheit der Hypothek oder Grundschuld mit den aus den §§ 1133—1135, 1192 BGB. für ihn sich ergebenden Ansprüchen schützen kann. Daß zur Zeit der Übernahme der in Frage kommenden Verpflichtung und der Eintragung der Baulast der Kl. von seinen Rechten etwa mit der Wirkung Gebrauch gemacht hatte, daß der Eigentümer P. in seiner Verfügungsfreiheit allgemein oder zugunsten des Kl. beschränkt war, ist nicht behauptet, eine solche Beschränkung ist aus dem Grundbuch nach den dem Gerichtshof vorliegenden Grundakten auch nicht zu ersehen. Allein durch die Möglichkeit, daß der Gläubiger von den ihm zustehenden Rechten Gebrauch macht, wird die Verfügungsfreiheit des Eigentümers mit Wirkung gegen die Baupolizeibehörde aber in keiner Weise beschränkt, die Wirksamkeit der Verpflichtungserklärung des Eigentümers nicht in Frage gestellt. Es kann daher keine Rede davon sein, daß in der Annahme der Verpflichtungserklärung des Kl. in seiner Verfügungsfreiheit nicht beschränkter Eigentümer und der Anordnung der Eintragung der Baulast durch die Baupolizeibehörde ein Eingriff in die Rechte des Kl. liegt, der öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen diesem und der Baupolizeibehörde schafft oder das Enteignungsverbot des Art. 153 RVerf. verletzt. Der Kl. kann somit seiner Klage auch nicht etwa mit der Behauptung Eingang verschaffen, daß er infolge des Eingriffs in seine Rechte in das zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde bestehende öffentlich-rechtliche Verhältnis einbezogen sei oder daß er die Unwirksamkeit der Verpflichtungserklärung wegen Verletzung des Art. 153 a. a. O. geltend machen könne. Ebenjowenig könnte nach dem Ausgeführten der Kl. unter dem Gesichtspunkt als klagberechtigt angesehen werden, daß schon seine Rechtsstellung als Grundschuldgläubiger der Wirksamkeit der Erklärung, durch die der Eigentümer P. die in Frage kommende Verpflichtung übernommen hatte, mangels seiner Zustimmung zu der Übernahme entgegenstehe. Nach dem Kommissionsbericht der I. Kammer wurde ausdrücklich davon abgesehen, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, wonach mangels Zustimmung des an dem zu belastenden Grundstück Drittberechtigten die — von der Eintragung der Baulast abhängige — Baugenehmigung zu versagen ist. Man hielt es vielmehr für genügend, wenn zunächst bloß im Wege der Dienstamweisung die Baupolizeibehörden angewiesen werden, die Drittberechtigten, deren Rechte an dem zu belastenden Grundstück im Grundbuch eingetragen sind, über ihre Zustimmung zu hören und „gegebenenfalls“ bei deren Verweigerung die Bestellung der Baulast nicht einzutragen und die erbetene Baugenehmigung zu versagen. Die WD. v. 19. Dez. 1908 über die Einrichtung und Führung von Baulastbüchern enthält nähere Vorschriften in dieser Richtung aber nicht; wohl im Hinblick darauf, daß die II. Kammer die unten noch zu erörternde, den Schutz der Drittberechtigten bezweckende Vorschrift des Abs. 3 dem § 27 DStrG. eingefügt hat, der insbes. die Benachrichtigung der Drittberechtigten in bestimmten Fällen vorschreibt, beschränkt sich die WD. v. 19. Dez. 1908 darauf, in § 5 Abs. 1 die Vorschrift des § 27 Abs. 3 DStrG. zu wiederholen. Sollte die Wirksamkeit der Verpflichtungserklärung zwingend davon abhängig gemacht werden, daß die Rechte der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger nicht beeinträchtigt werden, so wäre der nach Sachlage gegebene Weg aber der, der von dem Gesetzgeber abgelehnt wurde: daß die Baupolizeibehörde kraft Gesetzes mangels Zustimmung des Drittberechtigten das Angebot des Eigentümers, eine besondere baurechtliche Verpflichtung zu übernehmen, unbeachtet lassen und die Baugenehmigung versagen muß. Nur so wäre auch die Möglichkeit der Kollision von öffentlich-rechtlichen Befugnissen, die der Kl. verhüten wissen will, zu vermeiden. Denn die Baupolizeibehörde ist nicht zuständig, darüber zu entscheiden, ob dem Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger die aus §§ 1133—1135, 1192 BGB. sich ergebenden Ansprüche zustehen, und auch die Entsch. des VGH. ergeht unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse. Nach der Art des der Nachprüfung durch den VGH. unterliegenden, durch die Eintragung einer Baulast zur Entstehung gelangenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisses steht dem Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger ein Klagrecht gem. § 27 Abs. 7 DStrG. hiernach jedenfalls auf Grund seiner allgemeinen Rechtsstellung gegenüber dem Eigentümer grundsätzlich nicht zu. In Frage könnte nur kommen, ob dem Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger ein Klagrecht dann zusteht, wenn die Vorschrift des § 27 Abs. 3 DStrG. nicht beachtet wurde, wonach diejenigen, für welche Rechte im Grundbuch eingetragen sind, von dem Vorhaben zu benachrichtigten sind und die Eintragung der Baulast nicht vor Ablauf von zwei Wochen nach der Zustellung der Nachricht an die Drittberechtigten erfolgen soll, sofern durch die Übernahme der Baulast die zulässige Überbauung eines Grundstücks nach Fläche oder Höhe zugunsten

eines Nachbarn verringert wird. Diese Frage könnte unter dem Gesichtspunkt näherer Erörterung bedürfen, ob aus der Pflicht der Baupolizeibehörde, die Drittberechtigten zu benachrichtigen, etwa ein Recht der Drittberechtigten auf Anhörung herzuleiten ist, dessen Verletzung sie durch die verwaltungsgerichtliche Klage geltend machen können. Einer Entsch. hierüber bedarf es in vorliegendem Fall aber nicht. Denn um eine Baulast des in § 27 Abs. 3 DStrG. erwähnten Inhalts handelt es sich hier nicht. Wenn der Kaufmann P. sich verpflichtet hat, den innerhalb zehn Jahren zu errichtenden Neubau in die amtlich festgesetzten Baufluchten zu erstellen, so hat er sich nicht zur Verringerung der zulässigen Überbauung seines Grundstücks zugunsten eines Nachbarn verpflichtet. Denn für den zu erstellenden Neubau sind die festgestellten Baufluchten kraft Gesetzes maßgebend (§ 9 Abs. 1 DStrG.), eine über die Baufluchten hinausgehende Überbauung des Grundstücks ist nicht zulässig. Zur Sicherung dieser aus allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebenden Verpflichtung (vgl. § 27 Abs. 1 DStrG.) bedurfte es der Eintragung einer Baulast überhaupt nicht, die Erwähnung dieser Verpflichtung neben der Verpflichtung zur Errichtung eines Neubaus hatte nur die Bedeutung der Hervorhebung der aus dem Gesetz sich unmittelbar ergebenden Pflicht.

Da der Kl. hiernach nicht klagberechtigt ist, war die Klage abzuweisen.

(BadVGH., Entsch. v. 1. Febr. 1928, Nr. 212 [BadVerwZ. 1928, 140].)

Hamburg.

Hamburgisches Verwaltungsgericht.

Berichtet von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

1. Hamb. Wertzuwachssteuer bei Verkauf eines Grundstücks in Teilen. †)

Kl. haben ihr Grundstück in zwei Teilen an zwei verschiedene Käufer verkauft. Bei Berechnung der Wertzuwachssteuer wollen sie als Veräußerungspreis den Gesamterlös zugrunde gelegt sehen.

Nach § 1 WZuWStG. v. 27. Juni 1927 wird im Falle der Veräußerung eines Grundstücks oder von Teilen eines Grundstücks eine Wertzuwachssteuer erhoben. Die Veräußerung eines Grundstücks begründet danach allemal den Steuerfall. Unter Veräußerung ist das dingliche Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches das Eigentum an einem Grundstück aus dem Vermögen des Veräußerers ausscheidet und in das Vermögen des Erwerbers übergeht. Schon daraus folgt, daß im vorliegenden Fall zwei Veräußerungen i. S. des Gesetzes vorliegen und damit auch zwei voneinander getrennt zu behandelnde Steuerfälle begründet worden sind. Die Gründe, die dazu geführt haben, das Grundstück getrennt in zwei Teilen zu verkaufen, sind demgegenüber ohne Bedeutung (vgl. HansfGZ. 1912 Weibl. 38; Cuno, RZuWStG. 30; Lion, RZuWStG. 26).

(HambVGH., Ur. v. 24. Sept. 1928, AZ 260/28.)

*

2. Hamb. Wertzuwachssteuer. Berechnung des Veräußerungspreises. †)

Kl. hat ihr Grundstück für 200 000 RM verkauft unter Eintragung von Restkaufgeldhypotheken in Höhe von 136 475 RM. Auf diese Hypotheken erhält sie vertragmäßig das erste Jahr keine Zinsen.

Zu 1. Der Entsch. ist zuzustimmen. Es gilt der Grundsatz: so viele Veräußerungsfälle, so viele Steuerfälle. Jeder einzelne Erwerbsfall stellt einen selbständigen Steuerfall dar. Ebenso hat das PrDVGH. ständig für das RZuWStG. entschieden (vgl. Amt. Mitt. über die Zuwachssteuern usw., Reichschatzamt 1913, 12, 13, 65, 145; 239 auch der BayVGH., insbes. Zg. 1914, 86).

DRegR. Dr. Welden, Hamburg.

Zu 2. Der Begründung kann nur teilweise zugestimmt werden. Die wirtschaftliche Verwendung des Veräußerungspreises nach Abschluß des Veräußerungsgeschäftes hat grundsätzlich nichts mit dem Begriff des Veräußerungspreises i. S. des WZuWStG. zu tun. Für ihn ist vielmehr allein maßgebend, daß dem Vermögen des Veräußerers der Veräußerungspreis als solcher zusteht ohne Rücksicht auf den Nutzen, den der Preis in Zukunft dem Veräußerer noch bringen wird. Eine geringe oder gar keine Verzinsung des Restkaufgeldes lehnt das Verwaltungsgericht deshalb mit Recht als preismindernden Umstand ab. Dagegen ist es nicht richtig, daß ein Zinsfuß für eine Restkaufgeldhypothek, der über das im allgemeinen übliche Maß hinausgehe, es nicht rechtfertige, für die Berechnung der Wertzuwachssteuer einen entsprechend höheren als den eigentlichen im Verträge ausbedingten Preis anzusetzen. Gerade die Form einer übernormalen Verzinsung der Restkaufgeldhypothek wird

Sie erblickt darin eine bei Festsetzung der Wertzuwachssteuer zu berücksichtigende Verschlechterung des Verkaufspreises.

Vertragsmäßig hat K. das Grundstück für 200 000 *R.M.* verkauft. Der Käufer hatte den Kaufpreis in der Weise zu berichtigen, daß er bestimmte, auf dem Grundstück ruhende Hypotheken übernahm, gewisse Barzahlungen leistete und im übrigen Restkaufgeldhypotheken im Betrage von 136 475 *R.M.* eintragen ließ. Auf diese Weise hat K. tatsächlich für das Grundstück einen Gegenwert von 200 000 *R.M.* erhalten. Wie es für die Höhe des Veräußerungspreises ohne jede Bedeutung ist, ob sich die übernommenen Hypotheken hoch oder niedrig verzinsen, wie es weiter dafür ohne jede Bedeutung ist, mit welchem Nutzen die K. etwa den Teil des Kaufpreises verwertete, den sie in bar erhielt, ebensowenig ist es bezüglich der Höhe des Veräußerungspreises von Bedeutung, ob nun für die Restkaufgeldhypotheken ein besonders hoher oder ein besonders niedriger oder, wie es hier der Fall ist, einstellweilen gar kein Zins ausbedungen ist. Die Zahlung von Zinsen für die Restkaufgeldhypotheken bedeutet nichts anderes, als ein Äquivalent für die darlehnsweise Belassung des Restkaufgeldes. Selbstverständlich ist es für den Veräußerer eines Grundstücks wirtschaftlich von Vorteil, wenn etwa übernommene Hypotheken und anlässlich der Veräußerung eingetragene Restkaufgeldhypotheken sich hoch verzinsen, der Veräußerungspreis als solcher aber wird durch die Höhe dieser Zinsen nicht berührt. Wäre der Standpunkt der K. richtig, dann müßte man auch umgekehrt, falls etwa für eine Restkaufgeldhypothek ein über das sonst im allgemeinen übliche Maß hinausgehender Zinssatz ausbedungen sein sollte, für die Berechnung der Wertzuwachssteuer als Veräußerungspreis einen entsprechend höheren als den eigentlichen im Vertrage ausbedungenen Preis ansetzen, ein Ergebnis, das ebenso falsch sein würde, wie der von der K. vertretene Standpunkt.

(HambWG., Urt. v. 27. Mai 1929, AZ 501/28.)

*

3. Hamb. Wertzuwachssteuer. Berechnung des Erwerbspreises. †)

K. hat ein Grundstück in Barmbeck 1926 von T. erworben, der jenes Grundstück zusammen mit zwei anderen Grundstücken im Okt. 1923 im Tausch gegen ein ihm gehöriges Grundstück in Ottersberg erworben hatte. K. hat T. gegenüber die Zahlung der Wertzuwachssteuer übernommen. Die Finanzdeputation (Verkl.) hat K. zur Wertzuwachssteuer veranlagt. Bei Berechnung des Erwerbspreises für das Barmbecker Grundstück ist sie vom Werte des Ottersberger Grundstücks im Okt. 1923 und den Vorkriegswerten der gegen jenes Grundstück von T. damals eingetauschten drei Grundstücke ausgegangen und hat erachtet, welcher Teil des Wertes des Ottersberger Grundstücks danach auf das Barmbecker Grundstück entfällt. Gegen diese Art der Berechnung richtet sich die Klage. HambWG. hat durch Urt. v. 29. Juni 1929 den Steuerbescheid aufgehoben (AZ 385/28.)

Der Erwerbspreis für das Barmbecker Grundstück steht nicht

fest und läßt sich auch nicht ohne weiteres aus den vorhandenen Unterlagen ermitteln. Fest steht lediglich, daß T. Okt. 1923 als Gegenleistung für die drei Grundstücke zusammen das Ottersberger Grundstück geliefert hat. In keiner Weise aber ist ersichtlich, welcher Teil der derzeit von T. bewirkten Leistung — Lieferung des Ottersberger Grundstücks — nun gerade auf das Barmbecker Grundstück entfiel bzw. nach dem Willen der Beteiligten hat entfallen sollen. Deshalb ist nach § 8 Abs. 5 WZwStG. v. 21. Dez. 1925 als Erwerbspreis der gemeine Wert des Barmbecker Grundstücks im Okt. 1923 der Steuerberechnung zugrunde zu legen. Allerdings mag die Feststellung jenes gemeinen Wertes wegen der damals herrschenden Inflationsverhältnisse nicht geringe Schwierigkeiten bereiten, einen gemeinen Wert aber hat das Barmbecker Grundstück damals jedenfalls gehabt und mit den für die Feststellung jenes Wertes bestehenden Schwierigkeiten muß Verkl. sich irgendwie auseinanderzusetzen versuchen; darf aber nicht deshalb die Bestimmung in § 8 Abs. 5 WZwStG. einfach außer acht lassen.

(HambWG., Urt. v. 29. Juni 1929, AZ 385/28.)

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Landesamt für Familiengüter.

Berichtet von Ministerialdirigent Dr. Kläffel, Berlin, Präs. des Landesamts für Familiengüter.

1. Während der Zwangsauflösung sind die Auflösungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem zwischen Fideikommißberechtigten vorgenommenen Rechtsgeschäft gemäß § 28 Abs. 10 ZwAufsWD. dann ausschließlich zuständig, wenn es zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auch abgesehen von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Verfahrens vor den Auflösungsbehörden bedarf. †)

Das Auflösungsamt für Familiengüter in R. hatte dem Besitzer eines Familienfideikommisses, das sich in der Zwangsauflösung befand, gemäß § 11 FamGGW. die Vermögensverwaltung entzogen und einem Pfleger übertragen. Während der Familiengutspflegschaft schloß der Fideikommißbesitzer am 10. Nov. 1928 mit dem nächsten Folgeberechtigten, seinem ältesten minderjährigen Sohne, einen notariellen Vertrag, wonach er sich verpflichtete, bis zum 25. Dez. 1928 auf das Fideikommiß zu verzichten und die seiner Ehegattin sowie seinen nicht zur Nachfolge in das Fideikommißvermögen gelangenden Abkömmlingen nach § 4 ZwAufsWD. zugehende Abfindung auszuschießen. Der nächste Folgeberechtigte hingegen bestellte seinem Vater den lebenslänglichen Nießbrauch an dem gesamten Fideikommißvermögen und bewilligte

berger Grundstücks — gerade auf das jetzt veräußerte Barmbecker Grundstück entfallen bzw. nach dem Willen des Beteiligten habe entfallen sollen, so kann mangels entgegenstehender Tatbestandsmomente n. E. ohne Bedenken angenommen werden, daß die Aufteilung des unbefristeten Goldmarkwertes des Ottersberger Grundstücks nach dem Werte der drei eingetauschten Grundstücke erfolgen sollte. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts stellt die Steuerbehörde und die Sachverständigen in dem mit Sicherheit als Rechtsmittel zu erwartenden Sachverständigenverfahren vor die schwere Aufgabe, den Milliarden- bzw. Billionen-Papiermarkwert des Barmbecker Grundstücks im Okt. 1923 zu schätzen.

DRegR. Dr. Welden, Hamburg.

Zu 1. § 22 Abs. 1 Satz 2 ZwAufsWD. bestimmt für die Zeit von der Auflösung des Fideikommisses bis zur Erteilung des Auflösungscheins:

„Der Besitzer kann nur mit Zustimmung der Auflösungsbehörde über Gegenstände des Fideikommißvermögens verfügen und mit Wirkung für das Vermögen Verpflichtungen eingehen.“

Das Landesamt legt diese Bestimmung dahin aus, daß auch Verträge genehmigungspflichtig seien, die sich nach ihrem Inhalt erst nach Ablauf der Sperrfrist ausdrücken sollen. Es stützt sich hierbei auf den Wortlaut der Bestimmung und meint, daß diese Auslegung auch dem Zwecke der Bestimmung und dem praktischen Bedürfnis entspreche, da andernfalls die vom Auflösungsamt im öffentlichen Interesse und für die privaten Interessenten zu treffenden Sicherheitsmaßnahmen durch Rechtsgeschäfte des Fideikommißbesitzers durchkreuzt werden könnten.

Dem ist zu widersprechen.

Der Wortlaut zwingt zu der Auslegung des Landesamts nicht. Wenn es heißt, daß der Besitzer während der Sperrfrist Verpflichtungen mit Wirkung für das Fideikommißvermögen nur mit Zustimmung der Lösungsbehörde eingehen könne, so kann dies

Zu 3. Dem Urteil kann nicht zugestimmt werden. Es handelt sich um einen jener Fälle, in denen der Erwerb des Grundstücks in die schlimmste Zeit der Inflation (Okt. 1923) fällt. Grundstücke wurden in dieser Zeit in Papiermark gehandelt. Es stehen deshalb für die Schätzung an Vergleichspreisen nur Grundstückspreise mit hohen Papiermarkbeträgen zur Verfügung. Die Schätzung des Verkaufspreises eines Grundstücks in dieser Zeit ist mithin außerordentlich schwierig. Deshalb hat die Steuerbehörde praktisch gehandelt, wenn sie den unbefristeten Goldmarkgegenwert des veräußerten Ottersberger Grundstücks auf die drei erworbenen Grundstücke einschl. des jetzt veräußerten, das den Wertzuwachssteuerfall bildet, entsprechend ihren Vorkriegswerten verteilte und so den Goldmarkwertpreis des veräußerten Grundstücks in Barmbeck ermittelte. Auch rechtlich ist dies Verfahren nicht zu beanstanden. Denn nach § 9 Abs. 5 HambWZwStG. ist der gemeine Wert als Erwerbspreis nur dann zugrunde zu legen, „wenn der Preis nicht zu ermitteln ist“. Die von der Steuerbehörde verwandten Unterlagen für die Erwerbspreisermittlung stellen aber durchaus brauchbare Unterlagen dar. Wenn das Verwaltungsgericht ausführt, es sei nicht ersichtlich, welcher Teil der derzeit von T. bewirkten Leistung — Lieferung des Otters-

und beantragte zugleich die Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch. Hinsichtlich der zum Fideikommißvermögen gehörenden beweglichen Sachen erklärten die Vertragsschließenden, daß sie darüber einig seien, daß der Nießbrauch an ihnen dem Vater zustehen solle, ohne daß es einer besonderen Übergabe bedürfe, da sich der Vater bereits im Besitze dieser Sachen befinde. Der Nießbraucher sollte ferner berechtigt sein, den seinem Nießbrauch unterworfenen Grundbesitz, ohne an irgendwelche Zustimmungen gebunden zu sein, zu belasten, sofern und so oft es sich nach Abschluß eines Wirtschaftsjahres herausstellen würde, daß das Reineinkommen aus dem dem Nießbrauch unterliegenden Grundbesitz weniger als 12 000 M betrage. Die Belastung sollte bis zu dem Betrage zulässig sein, der erforderlich sein würde, um nach Tilgung der durch die Belastung entstandenen Kosten, Stempel und Spesen dem Nießbraucher diejenige Summe zu verschaffen, um welche das Jahreseinkommen unter 12 000 M zurückgeblieben sei. Bei der Berechnung des Reineinkommens sollte der Wert der Nutzung der Wohnung sowie der Wert des Eigenverbrauchs aus dem Grundbesitz nicht mit in Ansatz gebracht werden. Die nach Maßgabe dieser Vereinbarung aufgenommenen Schulden sollten aus den Überschüssen späterer Wirtschaftsjahre wieder abgetragen werden. Der nächste Folgeberechtigte verpflichtete sich in dem Vertrage weiter, bei Lebzeiten seines Vaters ohne dessen Zustimmung nicht über die zum Fideikommißvermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen, insbes. den Grundbesitz nicht zu veräußern und zu belasten. Schließlich wurden in dem Vertrage noch Vereinbarungen über die Verfügungen getroffen, die der nächste Folgeberechtigte nach dem Tode seines Vaters dessen Witwe und dessen zweiten Sohne gemäßen sollte.

Beim Abschluß des Vertrages wurde der nächste Folgeberechtigte durch einen vom ordentlichen VormGer. bestellten Pfleger vertreten. Den Antrag auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu dem Vertrag lehnte jedoch das VormGer. ab, da hierfür das Auflösungsamt für Familiengüter in K. zuständig sei. Auf die Beschwerde des Pflegers des minderjährigen nächsten Folgers hat das LG. aber durch Beschluß v. 6. Dez. 1928 den Vertrag vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Es hat die Zuständigkeit des ordentlichen VormGer. bejaht, da der Vertrag keine durch die ZwAufsWD. betroffene Angelegenheit darstelle, weil er seinem Inhalt nach erst nach Ablauf der Sperrfrist des § 22 ZwAufsWD. und nach Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins zur Auswirkung kommen solle.

Am 18. Dez. 1928 ging dem Auflösungsamt die Erklärung des Fideikommißbesizers zu, wonach er die Abfindung seiner Witwe und seiner nicht folgeberechtigten Abkömmlinge abschloß. Am 22. Dez. 1928 reichte der Fideikommißbesitzer dem Auflösungsamt eine notarielle Urkunde v. 10. Nov. 1928 ein, in der er auf seine Rechte als Besitzer des Fideikommißes, insbes. auf den Fideikommißbesitz, verzichtete.

Infolge des Verzichts ist das Fideikommißvermögen auf den ältesten minderjährigen Sohn des verzichtenden Fideikommißbesizers übergegangen und in dessen Hand gem. § 1 Abs. 1 ZwAufsWD. freies Vermögen geworden. Bei Durchführung der während der Sperrfrist zu treffenden Sicherungsmaßnahmen sieht sich das Auflösungsamt vor die Frage gestellt, ob der Vertrag v. 10. Nov. 1928 rechtswirksam ist. Das Auflösungsamt will die Frage verneinen, da für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrags ausschließlich die Lösungsbehörde und nicht das Vormundschaftsgericht zuständig sei. Die in § 28 Abs. 10 ZwAufsWD. geregelte Zuständigkeit der Lösungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beziehe sich

auch lediglich auf Verpflichtungen zu beziehen sein, die noch aus dem gesperrten Vermögen, also während der Sperrfrist, zu erfüllen sind.

Die Tragweite der Bestimmung läßt sich am sichersten feststellen, wenn man berücksichtigt, was der Zweck der Sperrfrist ist. Aus der Begründung zur ZwAufsWD. ergibt sich, daß sie zur Durchführung der im öffentlichen Interesse erforderlichen Schutzbestimmungen (z. B. Sicherung des Wabes und Kunstbesitzes) und zur Sicherung der Gläubiger einschließend der Angestellten und Versorgungsberechtigten dienen soll. Daß die öffentlichen Belange sichergestellt werden können ohne Rücksicht auf private Abmachungen, die erst nach Erteilung des Auflösungsscheins, d. h. also erst nachdem alles im öffentlichen Interesse Gebotene veranlaßt worden ist, bedarf keiner Erörterung. Aber auch die Rechtsstellung der Gläubiger wird nicht dadurch berührt, daß der Fideikommißbesitzer oder der künftige Folger Verpflichtungen eingeht, die erst nach Erteilung des Auflösungsscheins, d. h. zu einer Zeit zu erfüllen sind, in der die Gläubiger durch das von dem Auflösungsamt einzuleitende Schuldentilgungs- und Sicherungsverfahren befriedigt oder sichergestellt sind. Den gleichen Schutz auf die Personen auszuweiten, die erst während der Sperrfrist Gläubiger des bereits allodialen Eigentümers werden, besteht keine Veranlassung. Bis in die Konsequenzen gedacht, würde dies ergeben, daß das Schulden-

auf alle Angelegenheiten, welche in § 28 Abs. 1 ZwAufsWD. bezeichnet seien. Zu diesen Angelegenheiten seien auch die Abfindungs- und Versorgungsansprüche gem. §§ 4 und 19 ZwAufsWD. zu rechnen. Diese würden aber in dem Vertrag v. 10. Nov. 1928 in verbindlicher Form geregelt. Der Vater verpflichtete sich nicht nur, wie das LG., das die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt habe, annehme, auf einen Ausschluß der Abfindungen hinzuwirken, sondern er habe sich in dem Vertrag verpflichtet, die Abfindung gem. § 4 Abs. 1 (letzter Satz) ZwAufsWD. selbst auszuschießen. Dieser Verpflichtung sei er auch durch Einreichung einer entsprechenden Erklärung beim Lösungsamt bereits nachgekommen. Insofern sei zum mindesten eine durch die ZwAufsWD. betroffene Angelegenheit durch den Vertrag geregelt. Das Lösungsamt sei auch nicht in der Lage, die Abfindung und Versorgung der Ehefrau und des nicht zur Folge gelangten Abkömmlings des verzichtenden Besizers angemessen zu regeln, wenn es nicht die Möglichkeit habe, durch die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages auf diese Regelung im Interesse des Minderjährigen einzuwirken. Der Vertrag bedürfe deshalb auch insoweit, als darin die Abfindung und Versorgung des verzichtenden Fideikommißbesizers geregelt sei, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Lösungsbehörde. Da die Vereinbarungen, hinsichtlich deren hiernach die Lösungsbehörde zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zuständig sei, mit dem übrigen Vertragsinhalt im untrennbaren Zusammenhang stehe, sei mithin der ganze Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Lösungsbehörde unterworfen.

Da es sich um die Auslegung fideikommißrechtlicher Vorschriften von grundsätzlicher Bedeutung handle, hat das Lösungsamt die Frage zum Rechtsentscheid gestellt:

Die Voraussetzungen des § 27 Abs. 4 ZwAufsWD. für den Erlaß eines Rechtsentscheids liegen vor. Es handelt sich um die Frage, inwieweit durch § 28 Abs. 10 ZwAufsWD. den ordentlichen VormGer. die Zuständigkeit zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung entzogen und den Lösungsbehörden übertragen ist. Die Entsch. der Frage hängt von der Auslegung fideikommißrechtlicher Vorschriften, insbes. der Bestimmungen des § 28 Abs. 1 und 10 ZwAufsWD. ab, deren grundsätzliche Bedeutung i. S. des § 27 Abs. 4 ZwAufsWD. nicht zu bezweifeln ist.

Das LMamG. hat alle übrigen Lösungsämter über ihre Ansicht und ihre Praxis gehört. Diese Anhörung hat ergeben, daß die Ansichten der Lösungsämter über die zum Rechtsentscheid gestellte Frage weit auseinandergehen.

Das Landesamt hat folgendes erwogen:

Der in Frage stehende Vertrag v. 10. Nov. 1928 bedarf zweifellos der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil der minderjährige Folgeberechtigte sich darin zu Verfügungen über Grundbesitz verpflichtet und diese Verpflichtung zugleich auch teilweise erfüllt, indem er seinem Vater den Nießbrauch an dem Fideikommißvermögen bestellt und die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch bewilligt und beantragt. Außerdem bedarf der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil sich der nächste Folgeberechtigte durch Übernahme von Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen, die unter Umständen länger als ein Jahr nach Vollendung seines 21. Lebensjahres zu gewähren sind, verpflichtet (§ 1915 i. Verb. m. § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 und § 1822 Ziff. 5 BGB.). Ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von der Lösungsbehörde oder vom VormGer. zu erteilen ist, hängt davon ab, ob § 28 Abs. 10 ZwAufsWD. in einem derartigen Falle zur Anwendung gelangt. Nach

tilgungsverfahren überhaupt nicht abgeschlossen werden könnte, weil immer neue zur Befriedigung oder Sicherung berechnete Gläubigerrechte entstanden sein könnten. Der Zweck der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Satz 2 erheischt also nicht ihre Ausdehnung auf Verpflichtungen, die erst nach der Erteilung des Auflösungsscheins wirksam werden sollen.

Im übrigen ist auch kein wirtschaftlicher Grund dafür einzusehen, daß es den Beteiligten nicht überlassen sein sollte, ihre Vermögensverhältnisse für die Zeit nach der Erteilung des Auflösungsscheins zu regeln. In vielen Fällen haben die Beteiligten in freundschaftlichen Vereinbarungen ihre Beziehungen für die Zeit nach Erteilung des Auflösungsscheins geregelt. Nach der bisherigen Praxis der Lösungsbehörden lag kein Anlaß vor, solche Verträge für genehmigungspflichtig zu halten. Im RE. Nr. 69 hat das Landesamt die Beteiligten gerade auf den Weg gewiesen, solche von behördlicher Einmischung freien Abmachungen zu treffen. Es sagt dort:

„Den Beteiligten bleibt es unbenommen, vorher durch einen Vertrag das Abfindungsrecht zu regeln, wie dies tatsächlich häufig geschieht.“

Was soll nun in den Fällen werden, in denen die Beteiligten, auf die Rechtsgültigkeit der Verträge bauend, Verzichte aus-

dieser Vorschrift werden geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Beteiligte durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten, und an die Stelle der Genehmigung des VormGer. tritt die Genehmigung der Auflösungsbehörde. Die hiernach begründete Zuständigkeit der Auflösungsbehörde zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist, wie der Wortlaut des § 28 Abs. 10 ZwAufsW. ergibt, eine ausschließliche. Eine entgegen dieser Vorschrift vom ordentlichen VormGer. erteilte Genehmigung ist daher unwirksam. Die Voraussetzungen, unter denen die in Frage stehende Zuständigkeitsregelung Platz greift, sind im § 28 Abs. 10 ZwAufsW. selbst nicht näher bezeichnet. Sie müssen daher aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung mit den übrigen in Betracht kommenden Vorschriften der Auflösungsregelung und aus dem Sinn und Zweck der getroffenen Regelung festgestellt werden. Unverkennbar ist zunächst, daß die Bestimmungen des Abs. 10 mit der in Abs. 1 des § 28 ZwAufsW. für die Auflösungsbehörden getroffenen allgemeinen Zuständigkeitsregelung im engeren Zusammenhang stehen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Auflösungsbehörden nicht etwa allgemein für die Fideikommißbeteiligten an die Stelle des VormGer. treten, sondern daß sich ihre Zuständigkeit zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gerade so wie ihre allgemeine Zuständigkeit nur auf bestimmte Angelegenheiten, nämlich die in § 28 Abs. 1 ZwAufsW. bezeichneten, erstreckt. Es muß sich daher, wenn die Zuständigkeit der Auflösungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung begründet sein soll, auf jeden Fall um Angelegenheiten handeln, die durch die Zwangsaufhebungsverordnung betroffen werden, oder um Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die nach den Bestimmungen der ZwAufsW. oder anderen fideikommißrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind. Erstere Voraussetzung würde hier zutreffen. Denn der Vertrag ist zwischen dem Besizer und dem nächsten Folgeberechtigten, also zwischen Fideikommißbeteiligten, geschlossen, und er regelt Angelegenheiten, die durch die ZwAufsW. betroffen werden. Es fragt sich jedoch, ob dies zur Anwendung des § 28 Abs. 10 ZwAufsW. genügt. § 28 ZwAufsW. regelt, wie schon die Überschrift besagt, das Verfahren der Auflösungsbehörden. § 28 Abs. 10 ZwAufsW. kann daher nur als eine Verfahrensvorschrift aufgefaßt werden, die bedeutet, daß im Verfahren vor den Auflösungsbehörden nicht voll geschäftsfähige Beteiligte durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten werden und daß, soweit hierbei eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich wird, diese nicht von dem ordentlichen VormGer., sondern von der Auflösungsbehörde zu erteilen ist. Dies ist jedoch nicht dahin zu verstehen, daß die Zuständigkeit der Auflösungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nur gegeben ist, wenn ein Verfahren vor den Auflösungsbehörden bereits schwebt. Eine solche Auslegung des § 28 Abs. 10 ZwAufsW. wäre zu eng und würde dem Zwecke der Vorschrift nicht gerecht. Dieser geht ohne Zweifel dahin, hinsichtlich der Angelegenheiten, bei denen die Auflösungsbehörden ohnehin mitzuwirken haben, auch die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in die Hand der Auflösungsbehörden zu legen. Hierdurch soll einerseits gewährleistet werden, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von derjenigen Behörde erteilt wird, die mit den in Betracht kommenden Verhältnissen besonders vertraut ist, andererseits soll aber auch vermieden werden, daß sich überflüssigerweise verschiedene Behörden mit derselben Angelegenheit befassen. Wenn z. B. ein minderjähriger Fideikommißbesitzer Grundstücke, die zum Fideikommißvermögen gehören, veräußern will, wäre es offenbar durchaus unzweckmäßig, wenn für die Erteilung der Genehmigung gem. § 5 ZwAufsW. die Auflösungsbehörden und zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung das VormGer. zuständig wäre. Gerade diese Unzweckmäßigkeit und der mit ihr verbundene unnötige Aufwand an Arbeitskraft und Kosten soll vermieden werden. Die Anwendung des § 28 Abs. 10 ZwAufsW. kann daher

nicht davon abhängig gemacht werden, daß ein Verfahren vor der Auflösungsbehörde bereits schwebt und daß in diesem Verfahren das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Die Zuständigkeit der Auflösungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung muß vielmehr dem Zweck des § 28 Abs. 10 ZwAufsW. entsprechend auch auf alle die Fälle bezogen werden, in denen zwar ein Verfahren vor den Auflösungsbehörden noch nicht anhängig ist, ein solches jedoch erforderlich ist, weil das in Betracht kommende Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit nicht nur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, sondern nach Fideikommißrecht auch der Mitwirkung der Auflösungsbehörden, insbes. deren Genehmigung oder Zustimmung bedarf.

Die Frage, ob zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in einem Falle, wie er vom Auflösungsamt in R. unterbreitet ist, das Auflösungsamt oder das VormGer. zuständig ist, hängt also davon ab, ob zur Rechtswirksamkeit des Vertrags (v. 10. Nov. 1928) und der darin vorgenommenen Verfügung, nämlich der Nießbrauchsbestellung an dem Fideikommißvermögen, eine Mitwirkung der Auflösungsbehörde, d. h. ein Verfahren vor diesen, erforderlich ist. Die Notwendigkeit einer solchen Mitwirkung kann zwar nicht daraus hergeleitet werden, daß sich der Fideikommißbesitzer in dem Vertrag zum Verzicht auf das Fideikommiß und zum Ausschluß der gem. § 4 ZwAufsW. zu zahlenden Abfindung verpflichtet. Denn diese Verpflichtungen kann der Besizer ohne Mitwirkung der Auflösungsbehörden rechtswirksam übernehmen. Es bedarf aber zur Wirksamkeit des vorliegenden Vertrages der Mitwirkung der Auflösungsbehörden, weil durch ihn vor rechtskräftiger Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins Verpflichtungen mit Wirkung für das Vermögen begründet werden sollen und weil durch die Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung über das Fideikommißvermögen vorgenommen worden ist, die ebenfalls schon vor Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins wirksam werden soll. Nach dem Inhalt des Vertrags kann kein Zweifel bestehen, daß der verzichtende Fideikommißbesitzer auf Grund des ihm eingeräumten Nießbrauchsrechts alsbald nach dem Freiwerden des Vermögens dessen Nutzungen ziehen will, und daß er letztere nicht etwa in der Zeit vom Freiwerden des Vermögens bis zur Rechtskraft des Fideikommißauflösungsscheins dem nächsten Folger als nunmehrigen Besizer überlassen will. Es kann ferner nicht zweifelhaft sein, daß die Verbindlichkeiten, die der nächste Folger in dem Vertrag übernommen hat, alsbald entstehen und in ihrer Entstehung nicht etwa bis zur Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins hinausgeschoben werden sollen. Es liegen auch keinerlei ausreichende Anhaltspunkte dafür vor, daß der nächste Folger die fraglichen Verbindlichkeiten als rein persönliche, allodiale Verpflichtungen übernehmen sollte, daß also durch den Vertrag keine Verpflichtungen mit Wirkung für das bisherige Fideikommißvermögen begründet werden sollten. Diese Annahme verbietet sich schon deshalb, weil der nächste Folger die fraglichen Verpflichtungen offenbar lediglich als künftiger Besizer des Fideikommißvermögens übernommen hat, und zwar derart, daß diese Verbindlichkeiten ihm und seinen Rechtsnachfolgern gerade in dieser Eigenschaft obliegen sollen. Daß die vom nächsten Folger in dem Vertrag übernommenen Verpflichtungen zum Teil erst nach der Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins zu erfüllen sind, ist unerheblich. Solange der Fideikommißauflösungsschein noch nicht rechtskräftig erteilt ist, richtet sich die Vornahme von Verfügungen über Gegenstände des Fideikommißvermögens und die Eingehung von Verbindlichkeiten mit Wirkung für dieses Vermögen, mögen letztere vor oder nach Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins zu erfüllen sein, nach Fideikommißrecht. Wie die hiernach wirksam begründeten Verbindlichkeiten dann später in das allgemeine Recht übergeleitet und nach Erteilung des Fideikommißauflösungsscheins zu erfüllen sind, regelt sich nach den Vorschriften des § 22 Abs. 2 und 3 ZwAufsW.

Der Fall, daß der nächste Folgeberechtigte eines Fidei-

gesprochen haben? Durch die den Auflösungsämtern gegenüber abgegebenen, von der zugrunde liegenden causa unabhängigen Erklärungen sind die Fideikommiße freies Eigentum geworden und die Abfindungsrechte ausgeschlossen worden. Diese im öffentlichen Recht verankerten Rechtsfolgen können durch privatrechtliche Kondiktionen nicht aus der Welt geschafft werden. Dem praktischen Bedürfnis ist hier nicht Rechnung getragen worden.

Über die Zuständigkeitsfrage ist folgendes zu sagen: Das Landesamt nimmt an, daß die Auflösungsbehörden für eine etwa erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch dann zuständig seien, wenn zwar ein Verfahren vor den Auflösungsbehörden noch nicht anhängig, ein solches jedoch erforderlich sei, weil das beabsichtigte Geschäft nach Fideikommißrecht auch der Genehmigung der Auflösungsbehörde bedürfe. Dies trifft nicht zu, wie der vorliegende Fall ergibt. Denn selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß das Geschäft zu seiner Rechtsgültigkeit der Genehmigung der Auflösungsbehörde bedürftig hätte, so müßte

es dem Ermessen der Beteiligten überlassen bleiben, ob sie die Genehmigung nachsuchen wollten oder nicht; einen Zwang auf Vorlage zur Genehmigung auszuüben, steht den Auflösungsbehörden nicht zu. Sollten die Beteiligten den Antrag auf Genehmigung nicht stellen, so wäre trotzdem das Sperrverfahren vor den Auflösungsbehörden zu Ende zu bringen und danach der Auflösungschein zu erteilen. Damit wären die Obliegenheiten der Auflösungsbehörden beendet. Sollten die Beteiligten alsdann noch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung beantragen wollen, so wäre hierzu lediglich das ordentliche VormGer. zuständig. Hieraus ergibt sich, daß das Auflösungsamt nur dann als VormGer. mitzuwirken berufen ist, wenn das Verfahren auf Genehmigung tatsächlich bei ihm eingeleitet oder erforderlich ist, nicht dagegen, wenn es dem Ermessen der Beteiligten zu überlassen ist, ob sie die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft bei den Auflösungsbehörden nachsuchen wollen und einen Genehmigungsantrag noch nicht gestellt haben.

RA. Dr. Wilhelm Deutner, Berlin.

kommisses, bevor das Vermögen auf ihn übergegangen und in seiner Hand frei geworden ist, mit Rücksicht auf einen in Aussicht stehenden Verzicht des derzeitigen Fideikommissbesizers Verfügungen über Gegenstände des Fideikommissvermögens vornehmen und Verpflichtungen mit Wirkung für dieses Vermögen begründen will, ist allerdings fideikommissrechtlich nicht ausdrücklich geregelt. Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZivAufwG. kann jedoch der Besitzer, sofern ihm nicht nach Fideikommissrecht oder der Stiftungsurkunde die völlig freie Verfügung über das Vermögen zufließt, was praktisch kaum vorkommt und hier auch nicht der Fall ist, während der Sperrfrist nur mit Zustimmung der Auflösungsbehörde über Gegenstände des Fideikommissvermögens verfügen und mit Wirkung für dieses Vermögen Verpflichtungen eingehen. Das gleiche muß aber auch für die hier in Frage stehenden Verfügungen und Verpflichtungen des nächsten Folgers hinsichtlich des Fideikommissvermögens gelten, die zugleich mit dem Übergang des Vermögens auf den nächsten Folger wirksam werden sollen. Solche Rechtsgeschäfte sind nicht von vornherein als rechtsunwirksam anzusehen, denn der nächste Folger übernimmt keine Verpflichtungen, deren Erfüllung objektiv unmöglich ist, auch werden die Verfügungen über das Fideikommissvermögen, obwohl sie der nächste Folger als Nichtberechtigter vornimmt, gem. § 185 Abs. 2 BGB. jedenfalls mit dem Erwerb des Vermögens durch den nächsten Folger wirksam. Die Vornahme dieser Rechtsgeschäfte bedarf jedoch, da die Vornahme von Verfügungen über Gegenstände des Fideikommissvermögens und die Eingehung von Verbindlichkeiten mit Wirkung für dieses Vermögen bis zur rechtskräftigen Erteilung des Fideikommissauflösungsscheins sich nach Fideikommissrecht richten und die Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis des nächsten Folgers hinsichtlich des Fideikommissvermögens naturgemäß vor Beginn der Sperrfrist keine weitergehende sein kann als die entsprechende Befugnis des Besitzers während der Sperrfrist gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 ZivAufwG. der Zustimmung der Auflösungsbehörde. Dies Ergebnis entspricht auch dem Zweck des § 22 Abs. 1 Satz 2 ZivAufwG. und dem praktischen Bedürfnis. Der Besitzer kann während der Sperrfrist nur mit Zustimmung der Auflösungsbehörde über Gegenstände des Fideikommissvermögens verfügen und Verpflichtungen mit Wirkung für dieses Vermögen eingehen, weil das Fideikommissvermögen während der Sperrfrist im öffentlichen Interesse und zur Befriedigung oder Sicherstellung der Fideikommissgläubiger, der Angestellten und der Abfindungs-

und Versorgungsberechtigten noch zusammengehalten werden soll, und weil die Maßnahmen, die von der Auflösungsbehörde während der Sperrfrist zum Schutze des Waldes, der Kunstgegenstände und der sonstigen im öffentlichen Interesse zu erhaltenden Gegenstände des Fideikommissvermögens und zur Sicherstellung der sich gegen das Fideikommissvermögen richtenden privatrechtlichen Ansprüche zu treffen sind, nicht durch Rechtsgeschäfte des Fideikommissbesizers durchkreuzt werden sollen. Daß dieser Zweck des § 22 Abs. 1 Satz 2 ZivAufwG. nicht erreicht werden könnte, wenn der nächste Folger ohne Mitwirkung der Auflösungsbehörde vor dem Übergang des Vermögens auf ihn Verpflichtungen mit Wirkung für dieses Vermögen eingehen und Verfügungen über das Fideikommissvermögen treffen könnte, die mit dem Erwerb des Vermögens durch den Folger ohne weiteres gem. § 185 BGB. wirksam würden, liegt auf der Hand. Bei dieser Sachlage muß in entsprechender Anwendung des § 22 Abs. 1 Satz 2 ZivAufwG. angenommen werden, daß Rechtsgeschäfte, die der nächste Folger hinsichtlich des Fideikommissvermögens mit Rücksicht auf den bevorstehenden Erwerb und das Freiwerden dieses Vermögens in seiner Hand vornimmt, nur unter denselben Voraussetzungen, unter denen der Besitzer während der Sperrfrist diese Rechtsgeschäfte vornehmen kann, wirksam sind.

Zum rechtswirksamen Abschluß des hier in Frage stehenden Vertrags und zur Wirksamkeit der in dem Vertrag von dem nächsten Folger vorgenommenen Verfügungen über das Fideikommissvermögen bedarf es daher der Zustimmung der Auflösungsbehörde, also eines Verfahrens vor dieser. Aus folgt, daß die Auflösungsbehörde auch zur Erteilung der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu den vom nächsten Folger vorgenommenen Rechtsgeschäften ausschließlich zuständig ist.

(ZAMG., Nr. 76 v. 31. Juli 1929.)

Berichtigung.

ZB. 1929, 3141 r. Sp. ist in dem Aufsatz von Quint erster Absatz Zeile 3 an Stelle des Wortes „gelten“ zu setzen „geben“. D. S.

Anhang.

Rechtsgutachten des Kammergerichts.

Durch Erlass des Herrn Justizministers v. 29. Juni 1929, I 1016 ist von dem Senat eine gutachtliche Äußerung darüber erfordert worden:

1. welche Mindestfordernisse
 - a) bei der Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek,
 - b) bei der Eintragung des Aufwertungsrechts des Bedenten,
 - c) bei der Eintragung des Aufwertungsbetrages einer noch eingetragenen Hypothek — hier namentlich hinsichtlich der Kennzeichnung des Ranges — zu erfüllen sind;
2. welche Formerfordernisse bei der Eintragung einer sog. Zusatzhypothek für die im Wege der Vereinbarung bewilligte Mehraufwertung (vgl. § 67 Abs. 1 Satz 2 AufwG.) mindestens zu beobachten sind.

Der Senat äußert sich demgemäß wie folgt:

I. Im allgemeinen. Die Frage, welche Mindestfordernisse an die vorgenannten Eintragungen zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit zu stellen sind, ist im Hinblick auf den verschiedenartigen rechtlichen Charakter der Eintragungen für die Eintragungen zu 1 a—c unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu beantworten als für die Eintragung zu 2. Erstere sind berichtiger (Gutachten des RG. v. 5. Nov. 1925: AufwMspr. 1926, 9; ZB. 3, 342, 404), letztere ist rechtsändernder Natur (vgl. unten II 2). Während im ersten Falle (1 a—c) die aufgewertete Hypothek in der ihr durch die Vorschriften des AufwG. und seiner Durchbest. gegebenen Gestaltung unberührt durch die Art und Weise ihrer Verlautbarung im Grundbuche außerhalb desselben

materiell rechtswirksam besteht und lediglich der Gefahr eines völligen (bei inhaltlich unzulässiger Eintragung) oder teilweisen (bei unrichtiger Eintragung) Rechtsverlustes durch einen gutgläubigen Rechtserberwerb Dritter (nach Außerkräfttreten des § 22 Abs. 2 AufwG. bzw. nach inhaltlich zulässiger, aber unrichtiger Eintragung der Aufwertung [vgl. 1 X 304/26: AufwMspr. 1926 Sonderh. S. 14]) ausgesetzt ist, bedarf es zur Entstehung der sog. Zusatzhypothek als Begründung einer neuen Hypothek (vgl. unten II 2) nach § 873 BGB. der Eintragung ihres gesetzlichen Inhalts (ZB. 3, 424). Unter den Mindestfordernissen für die rechtliche Wirksamkeit der zur Erörterung stehenden Eintragungen werden daher im folgenden bezüglich der Eintragungen zu 1 a—c die Erfordernisse ihrer inhaltlich zulässigen Eintragung bezüglich der Eintragungen zu 2 die Erfordernisse rechtswirksamer Entstehung der Zusatzhypothek durch Eintragung verstanden. Im Hinblick auf den Zweck des Gutachtens glaubt jedoch der Senat auch die Erfordernisse richtiger Eintragung der aufgewerteten Rechte, soweit es im Rahmen dieser Äußerung möglich ist, wenigstens in den wichtigsten Punkten hervorheben zu sollen.

II. Im einzelnen:

1. a) Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek. Die Wiedereintragung einer im Grundbuche gelöschten und damit im Rechtsinne aus dem Grundbuche ausgeschiedenen, aber außerhalb des Grundbuchs aufgewertet (§§ 14, 15, 78 AufwG.) fortbestehenden Hypothek kann, wie der Senat in der Entscheidung 1 X 233/27 (ZurMdsch. 1927 Nr. 1213; ZB. 1927, 1648) mit eingehender Begründung und seitdem ständig (z. B. 1 X 1003/27; 1 X 729/28; 1 X 1016/28) angenommen hat, auf keine andere Weise als durch Neueintragung der gelöschten Hypothek mit ihrem gesamten bisherigen Inhalt, jedoch unter Berücksichtigung der durch die Aufwertungsgefeßgebung hervorgerufenen Änderungen geschehen. Sie hat daher grundsätzlich unter einer neuen Nummer hinter den

bisherigen Eintragungen der Abt. III mit dem für die Eintragung einer neuen Hypothek erforderlichen Inhalt zu erfolgen (1 X 233/27: RGZ. 48, 189; Güthe-Triebel, 28D. 5; § 45 Anm. 28; Radler, Grundb. u. Aufw.fragen, 3 S. 273. Beispiele Nr. 11 Rick's, Grundbuchpraxis, 8 S. 144, 146, Beispiel Nr. 67 zu d); III Ziff. 3, Allg. Bf. d. JustizMin. v. 11. Jan. 1926: JMBL. 10) als inhaltlich zulässig und damit rechtswirksam stellt sie sich nur dann dar, wenn sie ihrem Inhalte nach den an die inhaltliche Zulässigkeit einer neu eingetragenen Hypothek zu stellenden Anforderungen entspricht. Letztere bestimmen sich nach der Vorschrift des § 1113 BGB. (RGZ. 35, A 274, 279; 36, A 233; RGRKomm. 6 § 1115 Anm. 1; Planck-Streckler 4, § 1115 Anm. 1b). Es sind daher zunächst einmal der Gläubiger und der Aufwertungsbeitrag, und zwar durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst (§ 1115 Abs. 1 BGB.) anzugeben. Der Aufwertungsbeitrag ist in einer ziffermäßig bestimmten Goldmarksumme auszudrücken. Der Zustand, daß eine Goldmark die Bezeichnung für den amtlich festgestellten Preis von 112 790 kg Feingold ist, ist nicht notwendig (Gutachten des RG. v. 11. März 1926: JMBL. 1926, 120). Aus der Eintragung im Grundbuche in Verbindung mit der daselbst in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung muß ferner zweifelsfrei erkennbar sein, daß es sich um eine Hypothek handelt (Gutachten des RG. v. 8. Okt. 1914: JMBL. 772; RGRKomm. 6, § 1115 Anm. 8; Planck-Streckler 4, § 873 Anm. 4b; § 1115 Anm. 1b). Statt der Eintragung „Hypothek“ genügt auch ein anderer Ausdruck, der die für die Hypothek begriffsnotwendige (§ 1113 BGB.) Verbindung der dinglichen Belastung mit einer Forderung kennzeichnet, z. B. „Darlehen“, „Realkaufgeld“ usw., mag er sich auch nur in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung befinden (Gutachten a. a. D.; Planck-Streckler a. a. D.). Als wesentlicher Bestandteil der Hypothek muß ferner die durch die Hypothek gesicherte bestimmte persönliche Forderung aus dem Eintragungsvermerke im Grundbuche in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersichtlich sein. Allerdings werden die an die inhaltliche Zulässigkeit der Wiedereintragung, zu welcher neben dem Eintragungsvermerk der Inhalt der zulässig (§§ 874, 1115 Abs. 1 BGB.) in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung gehört (RG. 88, 83; 113, 223¹⁾), in dieser Hinsicht zu stellenden Anforderungen mildere sein als im Falle der Begründung einer neuen Hypothek. Während im letzteren Falle die Forderung bestimmt und von anderen Forderungen unterscheidbar sein muß, wozu neben der Angabe des Gläubigers und des Geldbetrages der Forderung die Bezeichnung des Schuldgrundes und, falls der Schuldner ein anderer als der Eigentümer des Grundstücks ist, die Bezeichnung des Schuldners erforderlich ist (RGZ. 21, A 139; 22, A 307; 26, A 278; 35, A 279; JFG. 3, 426; RG. 67, 248²⁾; Mot. 3, 641 ff.; RGRKomm. 6, § 1113 Anm. 5; § 1115 Anm. 8; Planck-Streckler 4, § 1113 Anm. 5b; Biermann, Sachenrecht, 3 § 1115 Anm. 6; Güthe-Triebel, Vorbem. 3. 2. Abschn. Anm. 31; § 45 Anm. 19), genügt es zur Aufrechterhaltung der Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek als inhaltlich zulässig, wenn der Inhalt der Eintragung in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung eine Auslegung in dem Sinne ermöglicht, daß eine bestimmte Forderung durch die wiederingetragene Aufwertungshypothek gesichert ist (vgl. RGRKomm. 1914, 355 Nr. 252 = JW. 1914, 829³⁾ = GruchBeitr. 58, 1033). Entspricht auch eine solche Eintragung nicht dem Gesetze, weil die Wiedereintragung einer gelöschten, aber aufgewerteten Hypothek unter den gleichen Bedingungen wie die Eintragung einer neuen Hypothek, also unter Kennzeichnung der Forderung in der zuvor hinsichtlich der Begründung einer neuen Hypothek angegebenen Weise, zu geschehen hat, so ist sie doch als inhaltlich zulässig rechtlich wirksam. Wann die gesicherte Forderung in inhaltlich zulässiger Weise gekennzeichnet ist, hängt danach von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Angabe „A-GM-Aufwertungsbeitrag“ oder „A-GM. aufgewertete Forderung“ genügt mangels einer im Wege der Auslegung zu gewinnenden Bezeichnung einer bestimmten, von anderen unterscheidbaren Forderungen nicht. Der Zusatz „aufgewertet“ kennzeichnet nur die Gestalt, welche eine (nicht näher bestimmte) Forderung infolge der Geldwertverwertung angenommen hat, läßt aber offen, um welche bestimmte Forderung es sich handelt. Dagegen genügt z. B. die Bezugnahme auf die frühere Eintragungsbewilligung, wenn aus dieser der Schuldgrund erhellt. Eine Bezugnahme oder ein sonst irgendwie gearteter Hinweis auf den Inhalt der alten Eintragung an Stelle ordnungsmäßiger neuer Eintragung ist, wie der Senat in der Entsch. 1 X 233/27 (a. a. D.) und anderwärts (z. B. 1 X 1016/28) unter Zustimmung von Neukirch (JW. 1927, 1649) ausgeführt hat, nicht statthaft. Das gilt für die Bezeichnung der Forderung ebenso wie für die sonstigen zuvor angeführten Erfordernisse der Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek. An dieser Rechtsauffassung hält der Senat auch bei neuerlicher Prüfung fest. Der Einwand, die alte Eintragung

sei, da nur gerötet, aus dem Grundbuche noch tatsächlich ersichtlich, so daß eine — vom Gesetze nicht verbundene — Bezugnahme möglich sei, läßt unberücksichtigt, daß Eintragungen im Grundbuche, welche zufolge Löschung im Rechtsinne nicht mehr als vorhanden anzusehen sind, nicht durch Bezugnahme zum Inhalt einer anderen Eintragung gemacht werden können. Da durch die Bezugnahme ein bestimmter rechtlicher Erfolg, die Herstellung einer inhaltlich zulässigen Eintragung, erzielt werden soll, so erfordert die Bezugnahme auf eine andere Eintragung, sollte sie überhaupt, was hier dahingestellt bleiben kann, zulässig sein, daß die letztere Eintragung nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich vorhanden ist. Vermerke wie „an Stelle der gelöschten Hypothek Nr. ...“ oder „A-GM-Aufwertungsbeitrag der gelöschten Post Nr. ...“ vermögen daher, selbst wenn in ihnen eine Bezugnahme auf die frühere Eintragung gesehen werden könnte, die nach dem zuvor Ausgeführten erforderlichen Angaben bei Wiedereintragung der gelöschten Hypothek nicht zu ersetzen.

Zur inhaltlichen Zulässigkeit der Wiedereintragung einer gelöschten Aufwertungshypothek gehört weiterhin nach §§ 1113, 1115 Abs. 1 BGB. die Angabe des Zinsfußes (RG. 113, 229³⁾; RGZ. 35, A 275; RGRKomm. 6 § 1115 Anm. 2; Güthe-Triebel § 45 Anm. 19), ihr Fehlen macht jedoch nicht die ganze Eintragung inhaltlich unzulässig, vielmehr gelten bei der hier in Rede stehenden berechtigenden Eintragung die Zinsen allein als nicht rechtswirksam eingetragene (RG. 113, 229; Planck-Streckler 4 § 1115 Anm. 1c). Zwar bedarf es nach Art. 1 Abs. 1 B. v. 18. Juni 1926 (RGBl. I, 273) bei der Eintragung der Aufwertung im Grundbuche weder der Eintragung der gesetzlichen Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen noch der Bezugnahme auf die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften. Unter der „Eintragung der Aufwertung“ ist aber vorliegendenfalls die Wiedereintragung einer Hypothek nicht mitzuverstehen. Zur Rechtfertigung dieses Standpunktes kann im Rahmen dieser Äußerung nur darauf hingewiesen werden, daß zufolge Löschung der Papiermarkhypothek im Grundbuche im Hinblick darauf, daß auf früher unverzinslich gewesene Hypotheken die Zinsbestimmungen des Aufw. nicht anwendbar sind (RG. 121, 150⁴⁾), bei der Wiedereintragung ersichtlich gemacht werden muß, daß die Aufwertungs-hypothek der Verzinsung des Aufw. unterliegt (die Unverzinslichkeit bedarf nicht der Eintragung = Güthe-Triebel § 45 Anm. 19 S. 1007 oben), ferner daß auch die Durchf. zum Aufw. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. I, 392) in den Art. 1 ff. und 8 zwischen der Eintragung der Aufwertung und der Wiedereintragung unterscheidet. Ob die hier vertretene Ansicht sich auch, wie Radler (a. a. D. S. 232) meint, damit begründen läßt, daß der Art. 1 B. v. 18. Juni 1926 im Abs. 1 von der „Eintragung der Aufwertung“, im Abs. 2 von der „Wiedereintragung“ spricht, mag zweifelhaft sein. Die Eintragung der Zinsen des Aufw. mittels Bezugnahme auf das Gesetz, z. B.: verzinslich und zahlbar nach dem Aufw., erscheint unbedenklich (Gutachten des RG. v. 11. März 1926: JMBL. S. 120; RGZ. 34, A 281; Güthe-Triebel, Vorbem. zum 2. Abschn. Anm. 33 S. 219).

Da es sich bei der Wiedereintragung einer gelöschten, aber aufgewerteten Hypothek buchmäßig um eine Neueintragung handelt, bedarf es zur Herstellung der Übereinstimmung zwischen dem Inhalte des Grundbuchs und der materiellen Rechtslage, also zur Richtigkeit, nicht zur inhaltlichen Zulässigkeit der Wiedereintragung, weiterhin der Wiedereintragung des gesamten übrigen Inhalts der gelöschten Hypothek im Zeitpunkte der Löschung, soweit er nicht durch die Aufwertungs-gesetzgebung eine Änderung erfahren hat, sei es auch nur durch eine zulässige (§§ 874, 1115 BGB.) Bezugnahme auf den noch in Geltung befindlichen Inhalt früherer Eintragungsbewilligungen. Insbes. ist in dem Eintragungsvermerk selbst eine bei der gelöschten Hypothek eingetragene gewesene Unterwerfungsklausel aus § 800 B. v. (1 X 236/26: Aufw. Rpr. 1926, 384; Mügel⁵⁾ Anm. 6; Radler³⁾ S. 232) und, falls die gelöschte Hypothek ein Buchrecht war, der Ausschluß der Brieferteilung (§ 1116 Abs. 2 BGB.) aufzunehmen (1 X 1016/28). Zur Richtigkeit der Wiedereintragung gehört auch die buchmäßige Bezeichnung des sich aus den Vorschriften des Aufw. ergebenden Ranges der Aufwertungshypothek. Da letztere grundsätzlich den bisherigen Rang behält, soweit sich nicht aus den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 20, 21 Aufw.), über den Rangvorbehalt für den Eigentümer (§ 7 Aufw.) oder aus § 6 Abs. 2 Aufw. ein anderes ergibt, so ist der Aufwertungshypothek durch entsprechende Rangvermerke der ihr nach dem Gesetze materiell zukommende Rang auch buchmäßig zu verschaffen; anderenfalls, d. h. in Ermangelung eines Rangvermerks, würde die wiederingetragene Aufwertungshypothek buchmäßig gemäß § 879 Abs. 1 BGB. den Rang nach allen anderen Rechten am Grundstück haben. Geschieht dies in der Weise, daß die Aufwertungshypothek mit dem Range nach bzw. mit dem Range vor bestimmten, ziffermäßig bezeichneten Rechten am Grundstück wiederingetragen wird, so wird dabei allerdings, wie Mügel (JW. 1927, 963) zugegeben ist,

1) JW. 1926, 2429.

2) JW. 1908, 86.

3) JW. 1926, 2429.

4) JW. 1928, 1794.

nicht erkennbar gemacht, ob der Vor- bzw. Nachrang ein absoluter (§ 880 BGB.) oder ein relativer (§§ 6 Abs. 2, 20 AufwG., § 892 BGB.) ist (vgl. FZG. 5, 397, insbes. S. 407 f.), das Grundbuch wird aber durch einen solchen Rangvermerk nicht unrichtig, vielmehr handelt es sich um einen technischen Mangel, der unschädlich ist und insbes. dann unbedenklich erscheint, wenn die Eintragung erkennen läßt, daß es sich um die Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek handelt. Im letzteren Falle dürfte der zuvor gekennzeichnete Rangvermerk im Interesse der Vereinfachung des Grundbuchs Inhalts sogar zweckmäßig sein. Dagegen vermögen Rangvermerke, wie: „mit dem alten (bisherigen) Range“, „mit dem Range der gelöschten (alten) Hypothek“, „mit dem sich aus § 6 (§ 20) AufwG. ergebenden Range“ der Aufwertungshypothek den der materiellen Rechtslage entsprechenden Rang nicht buchmäßig zu verschaffen. Sie sind mit dem das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz (Spezialitätsprinzip), welcher eine zweifelsfreie Kennzeichnung des Rangplatzes der Aufwertungshypothek durch Angabe der ihr im Range vor- und nachgehenden Rechte erfordert, nicht vereinbar und inhaltlich unzulässig, also rechtlich nicht wirksam, so daß mit derartigen Rangvermerken wieder eingetragene Aufwertungshypotheken mangels inhaltlicher Zulässigkeit der Rangvermerke buchmäßig die letzte Rangstelle einnehmen (§ 879 Abs. 1 BGB.). Zur Begründung kann an dieser Stelle nur folgendes gesagt werden. Eine Verweisung auf das Gesetz (§§ 6, 20 AufwG.) ist deshalb nicht angängig, weil das Gesetz seinen Inhalt im einzelnen Falle erst durch die besondere Gestaltung desselben erhält, dieser Inhalt also nicht schon durch das Gesetz selbst für den Einzelfall festgelegt ist. Bei einer derartigen Verweisung bleibt insbes. offen, ob die Aufwertungshypothek zufolge Eingreifens der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ihren bisherigen Rang verloren hat oder nicht. Der Verweisung auf den Rang der gelöschten Hypothek steht zunächst das in anderem Zusammenhange erwähnte Bedenken entgegen, daß die Bezugnahme auf gelöschte Eintragungen, aus denen sich der bisherige (alte) Rang ergibt, an Stelle einer neuen Eintragung unzulässig ist. Sie ermöglicht ferner keine zweifelsfreie Bestimmung des Ranges der wieder eingetragenen Hypothek, weil die gelöschte Hypothek zu dem im Zeitpunkt ihrer Löschung oder später eingetragenen Rechten am Grundbuche in einem buchmäßigen Rangverhältnis bisher nicht gestanden hat. Auch bleibt bei einem solchen Rangvermerk offen, welcher Zeitpunkt für die Feststellung des bisherigen Ranges der gelöschten Hypothek maßgebend sein soll. Die Beantwortung der Frage, ob der Vorrang der wieder eingetragenen aufgewerteten Hypothek vor anderen eingetragenen Rechten auch bei den ihr im Range nachgehenden Rechten zu vermerken ist (so Radler³ S. 233; Neukirch S. 115 oben) oder nicht (so Menzel: Zur Abfch. 1926, 499) kann zweifelhaft sein. Für die erstere Ansicht dürfte entscheidend die Erwägung sprechen, daß der Eintragungsvorwerk, durch den ein Recht gebucht wird, die Rechtslage vollständig ersehen lassen muß, in der sich das gebuchte Recht befindet, und daß es daher unzulässig ist, die Eintragung durch Vermerke zu ergänzen; die Bestandteile einer anderen Eintragung sind (RGZ. 44, 259; Gütthertriebe⁴ S. 46 Anm. 9; a. M. Planck-Streicher⁴ § 873 Anmerkung 4 b). Die Eintragung des Vorranges der Aufwertungshypothek lediglich bei diesem Recht würde daher nicht genügen und die bis zur Wiedereintragung vorhandene gewisse Unrichtigkeit des Grundbuchs in Ansehung des buchmäßigen Ranges des der Aufwertungshypothek nachgehenden Rechts nicht beseitigen. Ein Rangverlust ist jedoch daraus für den Gläubiger der Aufwertungshypothek nicht zu befürchten, da für den Erwerber des der Aufwertungshypothek nachgehenden Rechts der Inhalt des Grundbuchs, d. h. die Gesamtheit der Einschreibungen, die auf den Rechtszustand des Grundbuchs Bezug haben (RGW. Komm. 6 § 892 Anm. 6), als richtig gilt, also auch der bei der Aufwertungshypothek vermerkte Vorrang dieses Rechts vor den ihm nachgehenden Rechten (vgl. jedoch Gütthertriebe⁴ § 46 Anm. 36 Abs. 1 a. E.). Aus dem bisher Ausgeführten erhellt, daß dem von Viermann (a. a. D. § 894 Anm. 5) und in 1 X 233/27 (a. a. D.) für notwendig erachteten Hinweis darauf, daß es sich bei der wieder eingetragenen Hypothek um die früher eingetragene gewisse gelöschte Hypothek Nr. X handelt, für den buchmäßigen Rang der Aufwertungshypothek Bedeutung nur insoweit zukommt, als er erkennen läßt, daß es sich bei dem Range der Aufwertungshypothek nach anderen Rechten möglicherweise um einen relativen Rang handelt. Der erwähnte Hinweis bringt aber nicht schon für sich allein den materiellen Rang der Aufwertungshypothek zum buchmäßigen Ausdruck und bildet kein Erfordernis der inhaltlich zulässigen Wiedereintragung der Aufwertungshypothek.

Ist die Hypothek nur zum Teil gelöscht, mit dem Restbetrage aber im Grundbuche noch eingetragen, so ist, wenn auch der gelöschte Teil der Hypothek aufgewertet ist, die Aufwertung des gelöschten wie des noch gebuchten Teiles der Hypothek bei der im Grundbuche verbliebenen Resthypothek (in Spalte „Veränderungen“) entsprechend den Grundätzen einzutragen, die für die Eintragung des Aufwertungsbetrages einer noch eingetragenen Hypothek gelten (1 X 932/26: Zur Abfch. 1927 Nr. 722 = FZG. 1927, 1319); vgl. darüber unten II 1 c. Die Wiedereintragung des gelöschten Teiles der Hypothek unter einer neuen Nummer als selbständige Hypothek ist zwar nicht inhaltlich unzulässig, schafft aber buchmäßig entgegen der

materiellen Rechtslage, derzufolge nach Wiederaufleben des gelöschten Teiles der Hypothek infolge Aufwertung kraft Rückwirkung oder kraft Vorbehalts wiederum eine einheitliche Hypothek vorhanden ist, zwei selbständige Teilhypotheken (1 X 932/26). Für die Wiedereintragung einer gelöschten Teilhypothek gilt das gleiche wie für die Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek.

1. b) Eintragung des Aufwertungsrechts des Zedenten.

Nach der ständ. Rspr. des RG., der sich der Senat angeschlossen hat, ist dem Zedenten nicht eine selbständige Hypothek, sondern lediglich ein Teil des in den Goldmarkbetrag umgewandelten Papiermarkbetrages der Hypothek zugewiesen worden (RG. 116, 177⁵) [183]; 119, 316⁶); RG.: AufwRspr. 1927, 6, Sonderheft S. 48; 1929, 261). Der bisherige Gläubiger der abgetretenen Hypothek wird vom Gesetzgeber beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 AufwG. als Teilgläubiger der Hypothek angesehen (RG. 119, 316; RG.: AufwRspr. 1929, 262). Die Rechtslage ist, wie das RG. in RG. 116, 183 ausgeführt hat, keine andere als bei der in zwei Teilbeträgen erfolgten Abtretung einer Hypothek an denselben Zessionar, wenn im Wege der Grundbuchberichtigung der eine Teil auf den Zedenten zurücküberschrieben wird. Daraus folgt, daß es sich bei der Eintragung des Aufwertungsrechts des Zedenten, sofern die Hypothek selbst noch im Grundbuche eingetragen ist, nicht, wie der Senat in seiner früheren Rspr. angenommen hat, um die Wiedereintragung eines als gelöscht zu betrachtenden und im Grundbuche nicht vermerkten selbständigen Rechts des früheren Gläubigers, sondern um die Eintragung der Aufwertung bei einer noch im Grundbuche eingetragenen Hypothek für einen früheren Gläubiger derselben in Ansehung eines Teilbetrages dieser Hypothek handelt. Die Eintragung des Aufwertungsrechts des Zedenten erfordert somit nicht die Neueintragung der ihm nach § 17 AufwG. zustehenden Teilhypothek nach den für die Wiedereintragung einer gelöschten Teilhypothek geltenden Grundätzen (vgl. oben II 1 a), es genügt vielmehr zur rechtswirksamen, d. h. inhaltlich zulässigen (vgl. oben unter I), Eintragung des Zedentenaufwertungsrechts die bei der noch eingetragenen abgetretenen Hypothek in Abt. III Spalte „Veränderungen“ vorzunehmenden Eintragung, daß die Hypothek zum Gunsten eines bestimmt bezeichneten früheren Gläubigers auf x Goldmark aufgewertet ist. Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es ferner in der Regel nur noch der Verlautbarung des Ranges der Zedentenaufwertungshypothek nach Maßgabe der oben unter II 1 a hinsichtlich der Rangvermerke bei der Wiedereintragung gelöschter Hypotheken entwickelten Rechtsgrundsätze, dagegen ist eine Wiederholung der sonstigen Bedingungen der abgetretenen Hypothek, insbes. die Wiederholung der Unterwerfungsklausel (§ 800 ZPO.), des Briefauschlussvermerks bei Buchhypotheken, oder eine Bezugnahme auf frühere Eintragungsbewilligungen im Hinblick darauf, daß die Hypothek mit ihrem bisherigen Inhalt noch im Grundbuche eingetragen steht, in der Regel nicht geboten, mithin überflüssig und deshalb sogar unstatthaft (vgl. BayObV. u. AufwRspr. 1927, 4. Sonderheft S. 33; Radler, Nachtrag zu Grundb. u. Aufw. Fragen S. 207; Neukirch, Exkurs zu § 6 Riff. Va und FZG. 1927, 1649; Ricks, Grundbuchpraxis⁸, S. 149, Beispiel 67 zu f; Gütthertriebe⁴, Vorbem. zum 2. Abschn. Anm. 60). Der auf der erwähnten früheren Rspr. des Senats beruhende, in dem Beschl. 1 X 233/27 (a. a. D.) angenommene gegenteilige Standpunkt kann im Hinblick auf die zuvor wiedergegebene Rspr. des RG. nicht aufrechterhalten werden. Sollte der Inhalt der abgetretenen Hypothek nach geschehener Abtretung Änderungen erfahren haben, so wird zwecks Herstellung der Übereinstimmung zwischen Grundbuchinhalt und materieller Rechtslage durch entsprechende Vermerke im Grundbuche klarzustellen sein, daß für die Zedentenaufwertungshypothek nur die bis zur Abtretung in Geltung gewesenen Bedingungen der abgetretenen Hypothek maßgebend sind. Insoweit handelt es sich aber nur um ein Erfordernis der Richtigkeit, nicht der inhaltlichen Zulässigkeit der Eintragung. Eintragung der gesetzlichen Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen oder Bezugnahme auf die entsprechenden Vorschriften ist, wenn die Hypothek noch eingetragen ist, in Anwendung des Art. 1 Abs. 1 W. v. 18. Juni 1926 nicht erforderlich. Eintragung der Zedentenaufwertung ohne einen Rangvermerk bewirkt im Regelfalle die Unrichtigkeit des Grundbuchs, da solchenfalls die Zedentenaufwertungshypothek entgegen der sich aus § 21 Abs. 2 AufwG. ergebenden materiellen Rechtslage (vgl. jedoch § 22 Abs. 1, 2) buchmäßig den bisherigen Rang der abgetretenen Hypothek haben würde. Ist die Hypothek nach Abtretung zur Löschung gelangt, so gelten für die Wiedereintragung der Zedentenaufwertungshypothek die für die Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek unter II 1 a aufgestellten Mindestanfordernisse.

1. c) Eintragung des Aufwertungsbetrages einer noch eingetragenen Hypothek.

Zur rechtswirksamen, d. h. inhaltlich zulässigen (vgl. oben unter I), Eintragung des Aufwertungsbetrages genügt hier ein Vermerk in Abt. III Spalte „Veränderungen“ bei der Hypothek dahin,

⁵) FZG. 1927, 1626.

⁶) FZG. 1928, 479.

daß die Hypothek auf 7 Goldmark aufgewertet ist. Da das AufwG kein neues aufwertetes Recht geschaffen, vielmehr die alte Hypothek mit den sich aus dem genannten Gesetz ergebenden Änderungen bestehen gelassen hat (RG. 120, 233⁷⁾), so bedarf es mit Rücksicht darauf, daß die Hypothek noch eingetragen ist, nicht der Wiederholung der gesetzlichen Merkmale oder der sonstigen bisherigen Bedingungen der Hypothek, insbes. nicht der Wiederholung der Unterwerfungsklausel (§ 800 ZPO.) oder der Bezugnahme auf die bisherigen Eintragungsabwilligungen, und zwar auch nicht zur Berichtigung des Grundbuchs (vgl. 1 X 236/26: AufwRspr. 1926, 384; Mügel⁵ § 6 Anm. 6; Madler³ S. 207; Quassowski⁵ S. 121). Nach Art. 1 Abs. 1 WD. v. 18. Juni 1926 erübrigt sich ferner die Eintragung der gesetzlichen Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen oder die Bezugnahme auf die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften. Ein Rangvermerk ist bei der hier zur Erörterung stehenden Eintragung in der Regel nicht erforderlich. Nach dem AufwG. (§ 6 Abs. 1) nimmt der Aufwertungsbeitrag des dinglichen Rechts grundsätzlich dessen bisherige Rangstelle ein. An die Stelle des auf Papiermark lautenden Nennbetrages ist bei auf Goldmark lautende Aufwertungsbeitrag in gleicher Rangstellung getreten. Diesen Aufwertungsbeitrag müssen alle der Hypothek bisher nachgehenden Rechte gegen sich gelten lassen (1 X 742/27: HöchstRspr. 1928 Nr. 40 = MotW. 1928, 118; Mügel⁵ § 6 Anm. 10; Quassowski⁵ § 6 Anm. 1A; Schlegelberger-Harmening⁵ § 6 Anm. 8). Er erhält bereits durch die Eintragung bei der noch eingetragenen Hypothek (jedenfalls nach dem preuß. Grundbuchformular) deren Rang (vgl. Güthe-Triebe¹, § 46 Anm. 5), da nicht die Eintragung eines neuen Rechts, sondern die Eintragung einer Änderung des Inhalts des bisherigen Rechts in Frage steht, so daß mangels Anwenbarkeit des § 879 BGB. auf die Eintragung der Aufwertung ein besonderer Rangvermerk entbehrlich ist (ebenso Mügel⁵ § 6 Anm. 10). Soweit die eingetragene Aufwertungshypothek nach den Vorschriften des AufwG. ihren bisherigen Rang nicht behält (z. B. im Falle § 6 Abs. 2 AufwG.) gilt hinsichtlich der Kennzeichnung ihres Ranges das unter II 1a hinsichtlich des notwendigen Inhalts der Rangvermerke bei Wiedereintragung gelöschter Hypotheken Ausgeführte. Bei der Rangeintragung nach § 6 Abs. 2 AufwG. insbes. ist die ziffermäßige Bezeichnung des durch diese Vorschrift begünstigten Rechts und die in einer bestimmten Goldmarksumme ausgedrückte Angabe des dem ersten Recht im Range nachgehenden Teiles der Aufwertungshypothek unerlässlich. Die Angabe, daß die sich aus dem AufwG. ergebende Mehraufwendung im Range nachgeht (so Quassowski⁵ S. 115; dagegen Schlegelberger-Harmening⁵ § 6 Anm. 9), oder die Eintragung „mit dem sich aus § 6 Abs. 2 AufwG. ergebenden Range“ genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchsrechts nicht und ist inhaltlich unzulässig.

II. 2. Eintragung der sog. Zusatzhypothek.

Nach feststehender Rspr. des Senats (ZF. 3, 346; 1 X 205/26: AufwRspr. 1 Sonderh. S. 44; 1 X 588/26: AufwRspr. 1926, 667; 1 X 682/27: ZurRdsch. 1927 Nr. 2138; 1 X 1088/27: HöchstRspr. 1928 Nr. 717; 1 X 253/28: HöchstRspr. 1928 Nr. 1623 u. a.) handelt es sich in Höhe des dem gesetzlichen Aufwertungsbeitrag der Hypothek übersteigenden vereinbarten Mehraufwertungsbeitrages (§ 67 Abs. 1 Satz 2 AufwG.) nicht um eine Umwandlung des bisherigen, sondern um die Einigung über die Bestellung eines neuen dinglichen Rechts am Grundstück, das nur unter einer neuen Eintragsnummer an bereiter Stelle der dritten Abteilung als neue Hypothek zur Eintragung gebracht werden kann, selbst wenn der Papiermarkhypothek nachgehende Rechte Dritter nicht vorhanden sind (vgl. auch RG. 116, 244; Mügel⁵ S. 977; Madler³ S. 204; Quassowski⁵ S. 524, 525; Güthe-Triebe¹ Bd. II S. 1778). Zur rechtswirksamen Entstehung der sog. Zusatzhypothek (vgl. oben unter I) bedarf es daher der Eintragung des gesetzlichen Inhalts einer Hypothek. Es sind mithin in dem Eintragungsvermerk selbst der Gläubiger und der bestimmte Gelbbetrag der Hypothek, ferner, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Gelbbetrag anzugeben (§§ 1113, 1115 Abs. 1 BGB.). Aus der Eintragung im Grundbuche in Verbindung mit der daselbst in Bezug genommenen Eintragungsabwilligung muß ferner zweifelsfrei erkennbar sein, daß es sich um eine Hypothek handelt. Es gilt in dieser Hinsicht das oben unter II 1a dazu Ausgeführte. Weiterhin muß die Forderung bestimmt und von anderen Forderungen unterscheidbar, wenn auch nur durch Bezugnahme auf eine die erforderlichen Angaben enthaltenden Eintragungs-

bewilligung, in der Weise bezeichnet sein, wie es unter II 1a für den Fall der Begründung einer neuen Hypothek ausgeführt worden ist. Vermerke wie „x G.M. vereinbarter Aufwertungsbeitrag“ oder „x G.M. weiterer Aufwertungsbeitrag der Hypothek Nr. . . .“ genügen für sich allein zur Kennzeichnung einer bestimmten Forderung, für die das Grundstück haftet, nicht, da damit, wie ausgeführt, nur die Gestalt gekennzeichnet wird, welche eine (nicht näher bestimmte) Forderung infolge der Geldwertung angenommen hat. Der Ausdruck „Zusatzhypothek“, welcher sich weder in dem Gesetz selbst findet noch einen allgemein gebräuchlichen juristisch-technischen Begriff darstellt, bezeichnet als solcher nur die Art des dinglichen Rechts und den Anlaß seiner Entstehung, er vermag dagegen nicht die nach Vorstehendem zur rechtswirksamen Entstehung der Zusatzhypothek erforderlichen sonstigen Angaben bei Eintragung der Zusatzhypothek zu ersetzen. Auch soweit in ihm, besonders bei Angabe der Papiermarkhypothek, zu welcher die Zusatzhypothek hinzutritt, eine Verweisung auf den Inhalt der eingetragenen Papiermarkhypothek gesehen werden könnte, dürfte es bedenklich erscheinen, anzunehmen, daß er den Inhalt der Eintragung des bisherigen Rechts durch Bezugnahme zum Inhalt der Eintragung der neuen Hypothek erhebt, da das Gesetz (§ 874 BGB.) bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, eine Bezugnahme zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts lediglich auf die Eintragungsabwilligung, dagegen nicht auf andere Eintragungen gestattet. Immerhin wird der Inhalt der Bezugnahme oder des Hinweises auf das noch eingetragene Papiermarkrecht es bisweilen ermöglichen, die eine oder die andere zur rechtswirksamen Entstehung der Zusatzhypothek erforderliche Angabe als bei Eintragung der Zusatzhypothek miteingetragen anzusehen. Da eine Hypothek auch zur Sicherung einer Forderung aus Schuldverprechen (§ 780 BGB.) oder Schuldanerkennnis (§ 781 BGB.) bestellt werden kann (RGWarn. 1914 Nr. 252 S. 355; RGZ. 22, A 307; 26, A 282; 35, A 283; RGKRomm. § 1115 Anm. 5; Planck-Strecker⁴ § 1113 Anm. 51), so wird zur bestimmten Bezeichnung der Forderung häufig die Bezugnahme auf die der Eintragung der Zusatzhypothek zugrunde liegende Eintragungsabwilligung ausreichend sein. Eine Bezugnahme oder ein sonst irgendwie gearteter Hinweis auf den Inhalt gelöschter Eintragungen statt ordnungsmäßiger neuer Eintragung ist nach dem zu II 1a Ausgeführten unzulässig. Der Zinssatz kann, wenn die Zusatzhypothek der gleichen Verzinsung wie die gesetzliche Aufwertungshypothek (§ 28 AufwG.) unterliegen soll, durch Bezugnahme auf das Gesetz eingetragen werden (RGZ. 34, A 281; Güthe-Triebe¹ Bd. I S. 219). Die Eintragung des Zinssatzes ist unerlässlich, weil es sich bei der Eintragung der Zusatzhypothek um die Eintragung einer vereinbarten Aufwertung handelt, für welche die Zinsbestimmungen des AufwG. nicht ohne besondere Vereinbarung gelten. Erfolgt sie nicht, so haftet das Grundstück für die vereinbarten Zinsen nicht (RG. 113, 229⁸⁾).

Ist die sog. Zusatzhypothek dergestalt eingetragen worden, daß der vereinbarte, den gesetzlichen übersteigende, aber ihn mitumfassende Aufwertungsbeitrag an der alten Rangstelle der Papiermarkhypothek bei dieser Hypothek verwertet worden ist, so liegt nach der Rspr. des Senats (1 X 54/29; auch schon 1 X 1088/27: HöchstRspr. 1928 Nr. 717; 1 X 679/28) zwar eine gesetzwidrige, aber keine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung, in Ermangelung von Rechten, wie der Papiermarkhypothek im Range nachgehen, auch nicht einmal eine unrichtige Eintragung vor.

III. Der Senat möchte im Hinblick auf den Zweck des Gutachtens, den G.B. eine Richtschnur für das Auffinden der gemachten Fehler zu geben, nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, daß bei der nachträglichen, nur auf Antrag (§ 13 G.B.) möglichen Berichtigung unrichtiger Eintragungen die Möglichkeit gutgläubigen Rechtsverwebers Dritter nicht außer acht gelassen werden darf, welche ungeachtet des § 22 Abs. 2 AufwG. auch dann besteht, wenn die Aufwertung zulässig, aber unrichtig eingetragen ist (1 X 304/26: AufwRspr. 1926 Sonderh. S. 14), die Frage, ob im Hinblick auf die von dem Senat für die Rechtswirksamkeit der hier in Rede stehenden Eintragungen aufgestellten Erfordernisse gesetzgeberische Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsverlusten der Aufwertungsgläubiger durch fehlerhafte Eintragungen der G.B. geboten erscheinen, glaubt der Senat, weil außerhalb des Rahmens der zu erstattenden gutachtlichen Äußerung liegend, und im Hinblick darauf, daß ihm der Umfang der danach fehlerhaften Eintragungen nicht bekannt ist, nicht erörtern zu sollen.

(Gutachten v. 10. Juli 1929, 1 Gen VII 1 29/8.)

⁷⁾ Wird in einer späteren Nummer abgedruckt.

⁸⁾ ZB. 1929, 2429.

Übersicht der Rechtspredung.

(Die rechtsstehenden Ziffern bedeuten die Seitenzahlen des Heftes.)

A.

Privatrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§§ 313, 1094 ff., 873 BGB. Bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechtes ist die Einigung formlos rechtswirksam; dagegen bedarf das Grundgeschäft, die Abrede über die Bestellung, der Form des § 313 BGB. In entsprechender Anwendung von § 313 Satz 2 tritt Heilung durch Einigung und Eintragung ein. RG. 3292⁴

§§ 465, 466 BGB. Umtauschvereinbarung im Pferdehandel. Wird zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart, daß der Verkäufer das verkaufte Pferd zurückzunehmen und an seiner Stelle ein mangel- freies zu liefern habe, so bedeutet diese Vereinbarung die Wandlung des ursprünglichen und den Abschluß eines neuen, selbständigen Kauf- vertrages. OLG. Augsburg 3315¹

§ 557 S. 1 BGB. Das MGL ist nicht zuständig bei Mietverträgen über unbebaute Grundstücke. Berechnung der Entschädigung wegen Weiterbenutzung des Grundstücks trotz Kündigung bei vertraglichem Mietzins in Papiermark. RG. 3287¹

Die §§ 557, 568, 581 BGB. sind auf den Jagdpachtvertrag nicht anwendbar. RG. 3317²

§ 616 BGB. Dienstunfähigkeit für verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. RAbtG. 3327¹

§ 833 BGB. Nimmt der Besitzer eines Wachhundes das Tier auf die Straße, so sind an den Entlastungsbeweis besonders strenge An- forderungen zu stellen. RG. 3288²

§ 839 BGB. Eine falsche rechtliche Auffassung und eine Unkenntnis zu der Rechtsfrage ergangener reichsgerichtlicher Entscheidungen ge- reicht dem Vollstreckungsrichter nur bei besonderer Verletzung der Sorg- falt zum Verschulden. Die bisher für Maßnahmen von Verwaltungs- beamteten vom RAbt. ausgesprochene Meinung, daß bei Ermessens- entscheidungen ein Verschulden des Beamten nur in seltenen Fällen angenommen werden könne, etwa bei völliger Willkür oder bei über- haupt nicht zu rechtfertigenden Entscheidungen, muß auch für prozess- leitende Verfügungen von Richtern gelten. RG. 3301¹²

§ 839 BGB.; § 24 Oldenb. PachtschD. v. 29. Juni 1922; Oldenb. Gef. v. 9. Mai 1906 betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Entschei- dungen des Oldenb. Landespachteinigungsamts sind Urteile i. S. v. § 839 BGB. OLG. Oldenburg 3320⁷

§§ 888, 140, 133 BGB.; § 54 GBD. Umdeutung eines Verkaufs- rechts als Auflassungsvormerkung. OLG. Jena 3319⁶

§§ 1120 ff., 1154 BGB.
1. Ein zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Gläubiger hinsichtlich eines der Haftung für die Hypothek unterliegenden Gegen- standes geschlossener Hypothekenhaftungs-Freigabevertrag hat niemals dingliche Wirkung gegen Dritte. Es gibt weder vertragsmäßige Erwei- terung noch Einschränkung der Haftungserstreckung mit Wirkung gegen Dritte.

2. Dem in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypotheken- gläubiger haftet auch nach dem Erlöschen der Grundstückshaftung das von der Zwangsversteigerung ausgenommene Zubehör weiter. Inhalt und Rechtsnatur — dinglich oder obligatorisch — dieses Rechtes. Es ist formfrei übertragbar.

3. Welche Einwendungen kann der Ersteher, dem diese Rechte des ausgefallenen Hypothekengläubigers abgetreten sind, dem die Heraus- gabe des Zubehörs als seines Eigentums verlangenden Klägers ent- gegensetzen? Er kann die Herausgabe verweigern und zu Befriedigung seines Rechtes die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen. RG. 3293⁵

§§ 1190, 1179, 1198, 1180 BGB.

1. Rechtsstellung des durch eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. für den Fall der Vereinigung von Hypothek und Eigentum Gesicherten. Wann ist ihm die Ausübung seines Rechtes bei einer Höchstbetragshypothek im allgemeinen und wann insbes. bei der Zwangsversteigerung in das belastete Grundstück gestattet?

2. Abtretung einer nicht oder nicht voll valutierte Höchstbetrags- hypothek zum vollen Nennbetrage, solange das gesicherte Kreditverhält- nis fortbesteht. Der nicht valutierte Teil dient dann nach wie vor zur Sicherung des alten Gläubigers; künftige Ansprüche aus der Geschäfts- verbindung des neuen Gläubigers mit dem Schuldner sind dadurch nicht gesichert. RG. 3288³

§ 2038 BGB. Kündigung durch einen einzelnen Miterben des Vermieters. OLG. Breslau. 3318⁴

§ 2040 BGB. Die Auflassungserklärung des Alleineigentümers eines Grundstücks, die dieser in der irrigen Meinung, Miterbe zu sein, gemeinsam mit den übrigen Miterben abgegeben hat, ist rechtswirksam. RG. 3295⁶

Aufwertungsgesetz.

§ 10 Abs. 1 Ziff. 5 AufwG.; § 329 BGB. Bei der Aufwertung einer Kaufgeldforderung gegen den vom Eigentümer verschriebenen persönlichen Schuldner, dem ein Schuldbestreitungsanspruch gegen den Eigentümer zusteht, ist auch auf die Lage des Eigentümers Rücksicht zu nehmen, und zwar in der Weise, als ob auch er dem Aufwertungs- gläubiger als Schuldner gegenüberstände. RG. 3307¹

§§ 15 Satz 2, 78 AufwG. Nichtanwendung der Härtevorschriften gegen einen Gläubiger, der nach dem Inkrafttreten der III. SPrPd. die Leistung des Schuldners angenommen hat; ein solcher Gläubiger darf nicht schlechter dastehen, wie einer, der bis zum Inkrafttreten des AufwG. mit der Annahme der Leistung gewartet hat. RG. 3295⁷

Durchführungsverordnung zum Aufwertungsgesetz.

Art. 19 DurchfVd. z. AufwG. Die hier vorgesehene Aufrechnung findet nicht statt, wenn die Parteien vertraglich ein Aufrechnungs- verbot vereinbart hatten, ebensowenig, wie wenn gemäß §§ 392—395 ein BGB. g. gesetzliches Aufrechnungsverbot vorliegt. RG. 3296⁸

Reichsmietengesetz.

§ 2 RMietG. Die Rv. v. 8. Mai 1924, 17 Y 19/24, und v. 3. Okt. 1927, 17 Y 62/27 betreffend die Bedeutung eines Hausgartens für die Friedensmiete, werden aufrechterhalten. RG. 3309¹

§ 2 RMietG. Als Friedensmiete für eine Wohnung, die am 1. Juli 1914 zusammen mit einem Garten vermietet war, ist der ortsübliche Mietzins festzusetzen, auch wenn er höher ist als der Mietzins, der am 1. Juli 1914 für die Wohnung mit Garten vereinbart war. RG. 3310²

Mieterhöhungsgesetz.

Das MGL ist nicht zuständig bei Mietverträgen über un- bebaute Grundstücke. Berechnung der Entschädigung wegen Weiter- benutzung des Grundstücks trotz Kündigung bei vertraglichem Miet- zins in Papiermark. RG. 3287¹

Wohnungsmangelgesetz.

§ 8 WohnungmangG. Beim Tausch einer Neubauwohnung gegen eine Altwohnung darf das Mieteinigungsamt die Genehmigung des Woh- nungsamts oder die Zustimmung des Vermieters nicht ersehen, wenn ein Tauschpartner sich die Verfügung über die Neubauwohnung nur zum Zwecke des Tausches verschafft hat und durch den Tausch die Altwohnung unter Verletzung wohnungsmangelrechtlicher Vorschriften er- langen würde. Eine Verletzung solcher Vorschriften liegt insbes. dann nicht vor, wenn der Tauschpartner einen Anspruch auf eine Altwohnung hat oder wenn seine bisherige Altwohnung in den Tausch einbezogen wird oder infolge des Tausches eine Altwohnung für das Wohnungs- amt verfügbar wird. RG. 3310³

Pachtschuf.

Abänderung eines vereinbarten Pachtzinses durch das Pacht- einigungsamt. OLG. Greifswald 3326¹

§ 2 Abs. 2 PachtschD. v. 27. Sept. 1922; § 12 Abs. 2 PachtschD. v. 1924. Die Aufwertung von Pachtzinsforderungen, die nach Erlaß der PachtschD. v. 27. Sept. 1922 entstanden sind, ist nur dann dem ordentlichen Rechtsweg entzogen, wenn die Zahlung in Papiermark sich unter Berücksichtigung der damaligen Anschauungen offenbar als eine schwere Unbilligkeit darstellte. Sie ist, falls danach im ordentlichen Rechtswege verfolgbar, diesem auch nicht durch die PachtschD. v. 1924 entzogen. RG. 3304¹³

§ 6 PrPachtschD. Für Streitigkeiten aus einem Heuerlingsvertrag, auf die nicht § 6 PrPachtschD. anwendbar ist, sind die ordentlichen Gerichte, nicht die Arbeitsgerichte zuständig. OLG. Hamm 3321¹¹

§ 7 PrPachtschD.; § 58 PrPachtschD. Bei der Entscheidung auf die Berufung oder die Rechtsbeschwerde ist, wenn das Rv. nach dem In- krafttreten der PrPachtschD. 1925 entschieden hat, diese PachtschD. in der Fassung vom 19. Sept. 1927 anzuwenden. RG. 3313¹⁴

§§ 52, 54 PachtschD. Die Beschwerde gegen Kostenersatzungs- beschlüsse in Pachtschufachen ist unzulässig. OLG. Breslau 3321¹⁰

§§ 52, 29 PrPachtschD. Das Rv. kann, wenn der bei ihm ge- stellte Antrag zurückgenommen ist, die Erstattung der der Gegenpartei erwachsenen Auslagen nicht mehr anordnen. RG. 3313⁵

Thür. Jagdordnung.

§ 34 Abs. 1 ThürJagdD. Derr Abschluß schwerkranken Rehwilbs auf der Treibjagd fällt nicht unter das Verbot in § 34 Abs. 3 JagdD. Er ist ein Akt der Hege, der straffrei ist. OLG. Jena 3325¹⁷

Hamb. Jagdordnung.

HannJagdD. v. 11. März 1859. Zulässigkeit der Stellvertretungen bei Abstimmungen der Jagdgenossen. Kein Stimmrecht des Mitglieds einer Jagdgenossenschaft, mit dem ein Jagdpachtvertrag abgeschlossen werden soll. *OLG. Celle* 3318⁵

Tarifvertragsverordnung.

Anlage von Abzugsgräben, die der Gewinnung von Weideland dient, ist landwirtschaftliche Arbeit und unterliegt nicht dem Reichstarif für das Baugewerbe. *NRW. G.* 3328²

Handelsgesetzbuch.

§ 207 **Abf. 1 HGB.** 1. Beim Erwerb von Grundstücken durch eine AktG. für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung vor Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der AktG. in das Handelsregister — Nachgründung — ist nicht nur der schulrechtliche Vertrag, sondern auch die dingliche Einigung durch die Zustimmung der GenVers. bedingt. Bis dahin ist der Vertrag nur schwebend wirksam. — 2. Zur Gültigkeit einer solchen Zustimmung der GenVers. ist erforderlich, daß die GenVers. von sämtlichen Bedingungen des Vertrages Kenntnis erhalten hat und sich ihres Prüfungsrechts und ihrer Prüfungspflicht bewußt ist. *RG.* 3297

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

§§ 1, 3 **UnW. G.**; § 36 **RGewO.** Auch den im Dienste einer Behörde stehenden Landmessern kommt bei der Ausführung von Vermessungen für Dritte auf Grund eines Privatauftrags diejenige Glaubwürdigkeit zu, die den Vermessungsarbeiten der selbständig bereidigten Landmesser beigelegt ist. An die Bestimmungen des Verbandes der bereidigten Landmesser über Art und Umfang der Reklame ist die Behörde nicht gebunden. Der Vermessungsbeamte handelt, auch wenn er Privataufträge erledigt, in öffentlicher Funktion. Daher ist der Gebrauch amtlicher Bezeichnungen auf Ankündigungen und Rechnungen zulässig. *RG.* 3299¹¹

Gesetz über den Versicherungsvertrag.

§§ 21, 22 **VVG.** Daß eine unrichtige Angabe auf den Abschluß des Vertrags von Einfluß gewesen sei, kann der Versicherer nur nach § 22, nicht nach § 21 geltend machen. *OLG. Stettin* 3320⁸

2. Verfahrensrecht.

Zivilprozessordnung.

§ 227 **ZPO.** Die Vertagung eines Versteigerungstermins ist nur in ganz außergewöhnlichen Fällen beim Vorliegen besonders zwingender Gründe zulässig. *RG.* 3301¹²

§§ 788, 928, 936 **ZPO.** Auf Grund einer die Sequestration eines Guts anordnenden EinstwVerf. kann nicht bei dem Prozessgericht die Festsetzung der für die Verwaltung gezahlten Vorschüsse beantragt werden. *OLG. Königsberg* 3323¹³

§§ 935 ff. **ZPO.** Auch bei Bereitwilligkeit, einer einstweiligen Verfügung nachzukommen, braucht der Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt zu werden, wenn ein Grund zum Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht gegeben war. *OLG. Karlsruhe* 3323¹²

§§ 935 ff. **ZPO.** Auch bei Bereitwilligkeit, einer einstweiligen Verfügung nachzukommen, braucht der Widerspruch nicht auf die Kosten beschränkt zu werden, wenn ein Grund zum Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht gegeben war. *OLG. Karlsruhe* 3323¹²

Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

§ 2 **ZwVerfG.** Partei in dem vor dem höheren Gerichte anhängigen Verfahren zur Bestimmung eines gemeinsamen Gerichts ist im Zwangsversteigerungsverfahren nur der Antragsteller, nicht der Eigentümer und Schuldner. Die Zustellung des das gemeinsame Vollstreckungsgericht bestimmenden Beschlusses braucht daher nur an den Antragsteller zu erfolgen. *RG.* 3302¹²

§ 65 **ZwVerfG.** Wann ist im Grundstücks-Zwangsversteigerungsverfahren die besondere Versteigerung oder anderweitige Verwertung einer Forderung oder einer beweglichen Sache zulässig? Die Anordnung der besonderen Versteigerung ist schon zulässig, ehe feststeht, ob das geringste Gebot erreicht wird; nur ihre Ausführung hat bei dessen Nichterreichung zu unterbleiben. *RG.* 3301

§§ 75, 95 **ZwVerfG.** Zwischenentscheidungen des Beschwerdegerichts, die lediglich der Vorbereitung der Entscheidung über den Zuschlag dienen und mit der Frage der Zuschlagserteilung zusammenhängen, sind nicht selbständig anfechtbar, können nur in Verbindung mit der Entscheidung über den Zuschlag angegriffen werden. *RG.* 3320⁹

Grundbuchordnung.

Im Grundbuche kann nicht vermerkt werden, daß eine gelöschte Post wegen nicht erfolgter Aufwertungsanmeldung nicht aufwertbar ist. *RG.* 3303¹

§ 54 **GBD.**; §§ 888, 140, 133 **BGB.** Umdeutung eines Verkaufsrechts als Auflassungsvormerkung. *OLG. Jena.* 3319⁶

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 230 **Abf. 2 StGB.** Zum Begriff des Berufes. *OLG. Dresden* 3323¹⁴

§§ 246, 266 **StGB.** Der Verbrauch von auftragsgemäß für Rechnung eines Vollmachthebers, aber auf eigenen Namen erworbenen Geldes durch einen Bevollmächtigten stellt keine Unterschlagung, möglicherweise aber eine Untreue dar. *RG.* 3306¹⁶

§ 292 **StGB.**; Art. 23 **Ziff. 1, 14 BahJagdG.** Unter Jagen versteht man eine im Freien entfaltete, auf die Offkulation von Wild gerichtete Tätigkeit, nicht auch eine solche, die innerhalb eines Gebäudes vorgenommen wird. *BahObLG.* 3314¹

§ 361 **Nr. 4 StGB.** Das sog. Leichenbitten ist in der Regel nicht Bettel. *BahObLG.* 3315⁸

Vogelschutzgesetz.

Vogelschutzgesetz vom 30. Mai 1908. § 4 erfordert beim Aufstellen der Fangvorrichtungen den Zweck, geschützte Vogelarten zu fangen. *OLG. Jena.* 3324¹⁶

Strafprozessordnung.

§ 44 **StPD.** In dem Verschulden des Geschäftspersonals eines Anwalts ist der Regel nach kein Wiedereinsetzungsgrund zu finden. *OLG. Dresden* 3325¹⁸

§ 127 **StPD.**; § 223a **StGB.** Darf ein Jagdberechtigter auf einen fliehenden Wilderer, um ihn vorläufig festnehmen zu können, schießen? *OLG. Jena* 3324¹⁶

C.

Steuerrecht.

Reichsbewertungsgesetz.

§§ 11 **Abf. 1, 26 Abf. 1 RBewG.** Zur Bedeutung des Unterschieds zwischen Substanzbetrieben (z. B. Ziegelei) und Verarbeitungsbetrieben (z. B. Brennerei) bei Entscheidung der Frage, ob ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb oder ein selbständiger gewerblicher Betrieb vorliegt. *RG.* 3329¹

§§ 13, 22 **Abf. 2, 24 Abf. 2, 31 Abf. 3, 35 RBewG.**; § 152 **Abf. 2** mit 6 **NRGd.**; §§ 19—29, 31 **RBewG** **BermStGDurchfVest.** Das **RBewG.** hat das im § 152 **Abf. 6 NRGd.** dem Steuerpflichtigen eingeräumte Recht in allen Fällen statt Bewertung nach dem Ertragswerte solche nach dem gemeinen Werte zu verlangen, von den Fällen des § 10 **RBewG.** abgesehen, befreit. *RG.* 3332³

§§ 70, 26 **Abf. 2 Nr. 3 RBewG.** Grundstücke einer **DHG.** sind nach § 26 **Abf. 2 Nr. 3 RBewG.** auch dann dem Betriebsvermögen zuzurechnen, wenn der Grundwertauschluß des Belegenheitsfinanzamts, dem die Zugehörigkeit des Grundstücks zu einer **DHG.** nicht bekannt war, — dem § 26 **Abf. 2 Nr. 3 RBewG.** zuwider — die Grundstücke als nicht zu einem gewerblichen Betriebe gehörig bezeichnet hat. Das **Art. des RG.** 23, 126 ist in derartigen Fällen nicht anwendbar. *RG.* 3330²

Einkommensteuergesetz.

§§ 38, 44 **Abf. 1 Nr. 1, 58 EinkStG.** Behandlung von Baukostenzuschüssen der Mieter von Neubauten. *RG.* 3332⁵

§§ 13, 65 **EinkStG.** 1925. Es ist möglich, daß Grundstücke, die zivilrechtlich im grundbuchartigen Eigentum einer offenen Handelsgesellschaft stehen, für die Einkommensteuer als den Gesellschaftern persönlich nach Bruchteilen gehörig zu behandeln sind. *RG.* 3332⁴

Gesetz zur Aufbringung der Industriebelastung.

§§ 2, 4 **AufbringG.**; § 3 der **DurchfVO.** z. **AufbringG.** Wenn das in der Vermögenserklärung angegebene Betriebsvermögen die Bemessungsgrundlage für die Vorauszahlungen 1927 bildet und in der Vermögenserklärung gewerbliches Betriebsvermögen angegeben ist, kann im Rechtsmittelverfahren gegen den Vorauszahlungsbescheid nicht geltend gemacht werden, daß es sich nicht um einen selbständigen gewerblichen Betrieb, sondern um einen gewerblichen Nebenbetrieb zur Landwirtschaft handle. *RG.* 3333⁹

Umsatzsteuergesetz.

§§ 1 **Nr. 1, 2 Nr. 4 UmsStG.** Wenn bei der Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebs der Verpächter dem Pächter Inventar verkauft, so ist der Kaufpreis für das Inventar umsatzsteuerpflichtig. *RG.* 3335⁹

§§ 1 **Nr. 1, 2 Nr. 4 UmsStG.** Wird ein landwirtschaftlicher Betrieb

mit Inventar verpachtet, so ist der Teil der Pachtsumme, der auf das Inventar entfällt, umsatzsteuerpflichtig. *RFG.* 3336¹⁶
 § 3 *Ar. 2 UmszStG.* 1926 billigt Reich, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen der Schlachthöfe, Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwerke Steuerfreiheit nur für solche Umsätze zu, die den genannten Betrieben eigentümlich sind, d. h. der besonderen Aufgabe entsprechen, die diese Werke im öffentlichen Interesse zu erfüllen haben, nicht aber auch für andere Umsätze, die regelmäßig bei jedem industriellen Großbetrieb als Hilfseschäfte vorkommen. Wenn § 27 DurchfVest. von Leistungen spricht, die regelmäßig mit Betrieben jener Art verbunden sind, so ist die Vorschrift im vorstehenden Sinne auszulegen. *RFG.* 3336¹¹

Grunderwerbsteuergesetz.

§ 11 *GrErwStG.* Der Grundsatz, daß der Wert eines Grundstücks zwar nach dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, aber nach der Beschaffenheit zu bestimmen ist, in der es von den Beteiligten zum Gege stande des Vertrags gemacht worden ist, gilt auch dann wenn der Verkäufer sich verpflichtet hat, das Grundstück in einen vertraglich bestimmten Zustand zu setzen, die hierfür erforderlichen Arbeiten aber beim Eigentumsübergange noch nicht durchgeführt waren. *RFG.* 3334

§ 21 *Abf. 1 Satz 1 GrErwStG.*; § 3 der Bef. des *RZM.* v. 29. Jun 1923 (*RStBl.* 231). Die Anwendbarkeit des § 3 der Bef. vom 29. Jun 1923 setzt nicht voraus, daß der Erwerb des Grundstücks nur in Erwartung der Kapitalabfindung erfolgt oder der Antrag auf Kapitalabfindung vor Rechtskraft des den Grundstückserwerb betreffenden Steuerbescheids gestellt ist. *RFG.* 3335⁸

Wertzuwachssteuer.

§§ 9, 24 *WZuwStWD.* v. 29. Okt. 1925 (*SächsWB.* 1925, 279). Haftung der Konkursmasse für die Wertzuwachssteuer bei Grundstücksversteigerungen. *SächsWB.* 3339¹

Hamb. Wertzuwachssteuer bei Verkauf eines Grundstücks in Teilen. *HambWB.* 3342¹

Hamb. Wertzuwachssteuer. Berechnung des Erwerbspreises. *HambWB.* 3343³

Hamb. Wertzuwachssteuer. Berechnung des Veräußerungspreises. *HambWB.* 3342²

§ 28 *Abf. 1 ThürZusfWZuwStG.* v. 28. April 1928; § 29 *Abf. 1 WZuwStG.*; §§ 4 *Abf. 2*, 58 *RD.* a) Sucht ein dinglicher Gläubiger aus einem zur Konkursmasse gehörenden Grundstück abgeordnete Befriedigung, so scheidet das Grundstück dadurch nicht aus der Konkursmasse aus. b) Beantragt der Gläubiger die Zwangsversteigerung, so gehört die aus Anlaß der Versteigerung entstandene Zuwachssteuer zu den Massekosten, nämlich zu den Kosten der Verwaltung der Masse, auch wenn der Konkursverwalter dem Versteigerungsverfahren nicht beigetreten ist. c) Ist im Zwangsversteigerungsverfahren der Zuschlag erteilt, so ist der Umstand, daß die Zwangsversteigerung unzulässig war, auf die Steuerpflicht ohne Einfluß. Wird später auf dem Vergleichswege die Zahlung des Ersetzers gegenüber dem Konkursverwalter erhöht, so tritt nicht erhöhte Steuerpflicht ein, insbesondere dann nicht, wenn der Vergleich sich nur auf die Rechte bezieht, die dem Konkursverwalter aus der von ihm behaupteten Unzulässigkeit der Versteigerung entstanden sein sollen. *RFG.* 3337¹²

Preuß. Landesstempelgesetz.

ZarSt. 1, 15 StempStG. Versteigerung einer Sicherstellungsabtretung mit dem vollen Abtretungsstempel. Die Steuerpflicht richtet sich nach dem Inhalt der Urkunde, nicht nach dem Zweck der Vornahme des beurkundeten Rechtsgeschäftes. *RG.* 3306¹⁶

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

1. Reich.

Gewerbeordnung.

§ 36 *RGewO.*; § 1, 3 *AnlWB.* Auch den im Dienste einer Behörde stehenden Landmessern kommt bei der Ausführung von Vermessungen für Dritte auf Grund eines Privatauftrags diejenige Glaubwürdigkeit zu, die den Vermessungsarbeiten der selbstständig vereidigten Landmesser beigelegt ist. An die Bestimmungen des Verbandes der vereidigten Landmesser über Art und Umfang der Klame ist die Behörde nicht gebunden. Der Vermessungsbeamte handelt, auch wenn er Privataufträge erledigt, in öffentlicher Funktion. Daher ist der Gebrauch amtlicher Bezeichnungen auf Ankündigungen und Rechnungen zulässig. *RG.* 3299¹¹

Reichsversicherungsordnung.

§ 922 (544) *RD.* Unfall beim Kirchenpflücken zum alsbaldigen Gebrauch keine landwirtschaftliche Betriebstätigkeit. *RVersM.* 3333¹

Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung

§ 71 *ArbVermG.* Versicherungsfreiheit eines Gutshandwerkers *RVersM.* 3333²

2. Länder.

Preuß. Enteignungsgesetz.

§ 30 *PrEnteigG.* Die im § 30 *PrEnteigG.* festgesetzte Ausschlussfrist für die Erhebung der Klage gilt nicht bloß für den Fall, daß sich der Enteignete mit dem von der Behörde festgesetzten Wert des entzogenen Grundstücks nicht zufrieden gibt, sondern auch dann, wenn er die infolge der Nichtberücksichtigung der Geldentwertung unterlaufene Falschberechnung der Entschädigungssumme bemängelt. *RG.* 3305¹⁴

Preuß. Gesetz über die Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechts vom 27. Dez. 1927.

Preuß. Ges. über d. Regelung verschied. Punkte d. Gemeindeverfassungsrechts v. 27. Dez. 1927. Die Regelung der kommunalen Zugehörigkeit eines Gutsbezirks auf Grund § 11 bedarf auch dann keines besonderen Gesetzes, wenn die Kreis- oder Provinzialgrenzen verändert werden. *PrWB.* 3339²

Preuß. Wegerecht.

Bei Durchsetzung der Erfüllung wegepolizeilicher Pflichten ist die Leistungsfähigkeit der verpflichteten Anlieger zu prüfen. *PrWB.* 3338¹

Preuß. Wassergesetz.

PrWassG. Eine wasserpolizeiliche Verfügung, die die nachträgliche Einholung der wasserpolizeilichen Genehmigung zu einem Brückenumbau in einem Wasserlauf 1. und 2. Ordnung aufgibt, ist rechtsungültig. *PrWB.* 3339²

§ 1, 17 *PrWassG.* Abgrenzung zwischen Ausbuchtungen von Wasserläufen und zu Wasserläufen gehörigen Seen. An ersteren steht dem Anlieger das Eigentum zu. *RG.* 3317²

Preuß. Zwangsaufhebungsverordnung.

Während der Zwangsaufhebung sind die Aufhebungsbehörden zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem zwischen Fideikommißbeteiligten vorgenommenen Rechtsgeschäft gemäß § 28 *Abf. 10 ZwAufhV.* dann ausschließlich zuständig, wenn es zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes auch abgesehen von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Verfahrens vor den Aufhebungsbehörden bedarf. *WstFamG.* 3343¹

Preuß. Fischereigesetz.

§ 23 *PrFischG.* v. 11. Mai 1916. Die zur Übertragung der Ausübung des Fischereirechtes auf eine kürzere Zeit als zwölf Jahre erforderliche Zustimmung des Kreisauschusses kann auch nachträglich erfolgen. Es hängt von dem Willen der Vertragschließenden ab, ob die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurückwirken soll. *RG.* 3297¹⁰

Bad. Ortsstrafengesetz.

§ 7 *Abf. 1 BadOrtsStrafG.* Feststellung der Bauflucht im Zweifelsfall durch die Baupolizeibehörde. Die vorherige Vernehmung des Gemeinderats ist zwingend vorgeschrieben. *BadWB.* 3340¹

§ 27 *Abf. 7 BadOrtsStrafG.*; § 41 *Ziff. 2 BadVerwRPsfG.*; §§ 1134, 1192 *BGB.* Beseitigung einer Baulast. 1. Wird eine Verfügung oder Entscheidung des Stadtrats auf ortspolizeilichem Gebiet mit der verwaltungsgerichtlichen Klage angefochten, so hat die Beklagtenrolle der Stadtrat zu übernehmen; dieser wird in dem Verfahren durch den Oberbürgermeister vertreten. 2. Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis entsteht durch die Übernahme einer Baulast nur zwischen dem Eigentümer und der Baupolizeibehörde; dem Hypothekens- oder Grundschuldgläubiger steht ein Klagerecht gemäß § 27 *Abf. 7 OrtsStrafG.* jedenfalls auf Grund seiner allgemeinen Rechtsstellung gegenüber dem Eigentümer grundsätzlich nicht zu. *BadWB.* 3341¹