Heft 40 6. Oktober 1928. [57. Jahrgang.] 2417

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **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. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto 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 6gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., 1/1 Seite M. 325.—, 1/2 Seite M. 170.—, 1/4 Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postscheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.

Fruchterwerb und Schuldenhaftung im Recht der Familiengüter Preußens nach den Grundgedanken der Preußischen Auflösungsgesetzgebung.

Von Ministerialdirektor i. R. und Präsident des Landesamts für Familiengüter i R. Wirkl. Geh. Oberjustizrat Dr. Ernst Kübler, Berlin.

Die Fragen, von wem, für wen und wie die aus den der Auflösung unterworfenen Familiengütern, d. h. den Vermögen der vormals regierenden und der standesherrlichen Häuser, der Familienfideikommisse, Erbstammgüter und Lehen (Art. 57—59 EGBGB.) aufkommenden Früchte erworben werden und für welche Schulden diese Vermögen, ihre Einkünfte und die Erträgnisse ihrer einzelnen Bestandteile haften, gehören zu den rechtlich schwierigsten und wirtschaftlich wichtigsten Fragen des Rechts der Familiengüter, deren Beantwortung auch für das Steuerrecht von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Mühlbach, Die steuerl. Haftung der preuß. Fideikommisse: Zeitgem. Steuer- und Finanzfragen, 9, Heft 5, S. 109 ff.). Das Landesamt für Familiengüter hat sie in den Rechtsentsch. Nr. 57 v. 16. Juni 1926 und Nr. 58 v. 11. Sept. 1926 = JW. 1927, 481 (Kübler-Beutner, Die Aufl. der Familiengüter in Preußen, S. 189 ff.) für das Recht der Familienfideikommisse dahin beantwortet, daß die Erzeugnisse der Bestandteile des Fideikommißvermögens mit ihrer Gewinnung nicht in das Allodvermögen des Fideikommißbesitzers, sondern in das Fideikommißvermögen fallen, und daß für die Schulden des Fideikommißvermögens regelmäßig nur die Früchte dieses Vermögens, sein Stamm aber nur ausnahmsweise haftet. Wenn diese Entscheidungen (JW. 1926, 2013—2015; 1927, 481—482) auch nur für Fideikommißvermögen ergangen sind, so haben sie doch auch für die übrigen vorbezeichneten Vermögen grundsätzliche Bedeutung, da im preuß. Auflösungsrecht diese sämtlichen Vermögen nach denselben Grundsätzen behandelt werden (§ 33 ZwAuflVO. v. 19. Nov. 1920, GS. 463). Beide Fragen, die des Fruchterwerbs und die der Schuldenhaftung, hängen eng miteinander zusammen, da nur derjenige für die auf den Früchten haftenden Schulden einstehen kann, der diese Früchte erwirbt, während jedem anderen das Befriedigungsobjekt für diese Schulden fehlen würde. Das Landesamt hat in der Begründung des Rechtsentscheids Nr. 57 hervorgehoben, daß die in Rede stehenden Fragen „in den innersten Kern des Fideikommißrechts" dringen. Um sie richtig beantworten zu können, ist daher zuerst festzustellen, was dieser innerste Kern ist, und dies ist nur möglich, wenn Klarheit darüber geschaffen ist, auf welchen Rechtsquellen das gegenwärtige preuß. Fideikommißrecht, im weiteren Sinne das Recht der Familiengüter, beruht. Die Antwort hierauf hat die Begründung des Rechtsentscheids Nr. 58 dahin gegeben, „daß die Auflösungsgesetzgebung auf den reformatorischen Grundsätzen aufgebaut ist, die in dem Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse und Familienstiftungen von 1913 niedergelegt und in den sich anschließenden Verhandlungen des preuß. Landtags, namentlich des vormaligen Herrenhauses, weiter entwickelt sind, so daß ohne Heranziehung dieses Gesetzesmaterials ein richtiges Verständnis von dem Inhalt der Auflösungsgesetzgebung nicht gewonnen werden könne". Die Wahrheit dieses Satzes kann ich aus eigener Wissenschaft bestätigen, da ich — mit dem Auftrage zu gesetzgeberischen Arbeiten für eine Fideikommißreform i. J. 1900 in das preuß. Justizministerium einberufen — seit rund drei Jahrzehnten an maßgebender Stelle an der theoretischen und praktischen Entwicklung des Rechts der Familiengüter in Preußen mitgearbeitet, insbes. an den Arbeiten für die preuß. Fideikommißreform in allen ihren Stadien innerhalb der Regierung und der Parlamente mitgewirkt habe und schließlich die preuß. Auflösungsgesetzgebung zu leiten berufen war. Kurz zusammengefaßt ergibt sich die Richtigkeit der Begründung, daß es reformatorische Grundsätze sind, auf denen das materielle Recht der Auflösungsgesetzgebung aufgebaut ist, und daß diese reformatorischen Grundsätze den Gedanken der beabsichtigten preuß. Fideikommißreform, wie sie zuletzt in dem Gesetzentwurf von 1913 ihren Niederschlag fanden, entsprechen, aus folg. Tatsachen:

Als die preuß. Fideikommißreform in die Hand genommen wurde, herrschte eine völlige Zersplitterung und Unklarheit im Fideikommißrecht, wie dies in der allgemeinen Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Familienfideikommisse und Familienstiftungen von 1913 (Herrenhaus-Drucksache, Sess. 1914/15, Nr. 58 S. 1 ff.) des näheren geschildert ist. Dort ist ausgeführt (S. 6 letzter Absatz):

„Die Schwierigkeiten, die sich aus der im vorstehenden dargestellten Mannigfaltigkeit des Fideikommißrechts für die praktische Anwendung ergeben, sind um so größer, als die Verschiedenheit des allgemeinen bürgerlichen Rechts, soweit dieses, wie häufig, zur Ergänzung des Fideikommißrechts herangezogen werden muß, durch die reichsgesetzliche Neuordnung des bürgerlichen Rechts nicht beseitigt ist. Zwar bestimmt Art. 4 EGBGB., daß, soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, die durch das BGB. oder dessen Einführungsgesetz außer Kraft gesetzt werden, an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des

BGB. oder seines Einführungsgesetzes treten sollen; nach herrschender Ansicht ist jedoch diese Bestimmung nicht auf solche Vorschriften der bisherigen Gesetze zu erstrecken, in welchen auf Rechtsbegriffe verwiesen ist, die das BGB. überhaupt nicht kennt, die aber für den Inhalt und Zweck der betreffenden Bestimmung wesentlich sind oder in denen die Verweisung in dem Sinne gemeint ist, daß die Vorschriften, auf die verwiesen ist, einen Bestandteil des betreffenden Gesetzes bilden sollen. Beides trifft für den Inhalt des Fideikommißrechts vielfach zu. Beispielsweise ist der dem allgemeinen Landrecht eigentümliche Begriff der Substanz, auf welchem die für das landrechtliche Fideikommißrecht maßgebenden Vorschriften vom geteilten Eigentume beruhen, dem BGB. ebenso unbekannt, wie der für das landrechtliche Fideikommißrecht charakteristische Begriff des nutzbaren Eigentums. Andererseits ist der Begriff der Frucht, der Fruchtgewinnung, des Nießbrauchs im BGB. selbständig geordnet. Diese Begriffe sind es aber gerade, die für jedes Fideikommißrecht von wesentlicher Bedeutung sind. Würde man sie also jetzt überall gleichmäßig i. S. des BGB. verstehen, so würde der Inhalt des geltenden Fideikommißrechts oft ein völlig anderer werden. Sie werden daher nur in dem Sinne aufgefaßt werden dürfen, wie sie das gerade dem betreffenden Fideikommißrecht zugrunde liegende bürgerliche Recht aufgefaßt wissen will. Hiernach ist in Preußen der bestehende Rechtszustand so wenig übersichtlich, daß schon aus diesem Grunde eine Reform geboten erscheint. Diese kann nur in einer zeitgemäßen Neuordnung bestehen."

Weit davon entfernt, sich mit einer bloßen Kodifizierung jenes verworrenen Rechtes zu begnügen, war danach der Fideikommiß-Gesetzentwurf auf die Herstellung eines einheitlichen organischen Rechtes gerichtet, mit dem die großen wirtschaftlichen und sozialen Ziele der beabsichtigten Gesetzgebung, die ich in meinem am 15. April 1921 in der Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung zu Berlin gehaltenen Vortrag (vgl. Ztschr. f. Agrar- u. Wasserrecht 1, 4) kurz zusammengefaßt habe, allein zu erreichen waren. Zu diesem Zwecke galt es, „das völlig zersplitterte, unsichere und unklare und darum nicht nur den besitzenden Familien, sondern vor allem dem Verkehr abträgliche Fideikommißrecht auf eine zweifelsfreie, mit dem Recht der Neuzeit in Übereinstimmung stehende Grundlage zu stellen". Eine derartige Grundlage konnte nur eine solche sein, aus der heraus sich das Recht der Familiengüter in seinen einzelnen Bestimmungen, ohne sich in den Wust juristischer Konstruktionen des bestehenden unklaren Rechtes zu verlieren, organisch für das ganze Staatsgebiet einheitlich entwickeln ließ. Sie fand sich in der Erkenntnis des Wesens des Fideikommisses als eines von dem sonstigen Vermögen seines Besitzers abgesonderten selbständigen Vermögens, eines Sondervermögens eigener Art (sui generis) mit dem besonderen Zweck, für die Familie dauernd in der Weise erhalten zu werden, daß der unmittelbare Nutzen des Vermögens immer nur einem oder mehreren Mitgliedern in der Familie nacheinander in einer von vornherein bestimmten Folgeordnung zukommt (vgl. allgemeine Begründung des Entwurfs von 1913, S. 19), so daß sein Besitzer zwei rechtlich durchaus getrennte Vermögen in seiner Hand hat. Klar ersichtlich wird der Aufbau des Entwurfs von 1913 aus der Darstellung, die in der im Justizministerium gefertigten Zusammenstellung über die zu dem vorläufigen Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse von 1913 eingegangene überaus umfangreiche und eingehende Kritik gegeben ist. Es dürfte daher zweckmäßig sein, diese Darstellung hier zum Abdruck zu bringen:

„Der Entwurf beruht auf der Erwägung, daß die Fideikommißstiftung eine nur aus ihrem besonderen Zweck und ihrer geschichtlichen Entwicklung zu verstehende, keinem der allgemeinen Rechtsinstitute schlechthin einfügbare Rechtsschöpfung ist, deren eigenartige Natur durch den für sich allein rechtlich inhaltlosen, rein tatsächlichen Begriff der Zuwendung ebensowenig befriedigend zu erklären ist, wie durch den Versuch ihrer Einzwängung in römisch-rechtliche Schuldbegriffe — von welchem Versuch Pfaff und Hofmann in den Exkursen über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht (Bd. II S. 192) mit Recht bemerken, daß es ein verkehrtes Beginnen sei, das deutsche Institut auf das Prokrustesbett römischer Begriffe zu spannen —, und daß es bei der Auffassung, die sich im Laufe der Zeit in weiten Kreisen von Beteiligten, in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung gebildet hat, geboten erscheint, die Rechte des jeweiligen Fideikommißbesitzers an den Bestandteilen des Fideikommißvermögens unter tunlichster Wahrung der stiftungsartigen Natur des Rechtsinstituts als Eigentümer- und Gläubigerrechte auszugestalten. Der Entwurf geht dabei im wesentlichen von folgenden Sätzen aus:

1. daß dem Familienfideikommiß eine dauernde Zweckbestimmung, nämlich die, der Erhaltung der wirtschaftlichen Kraft und des sozialen Ansehens einer oder mehrerer vom Stifter näher umgrenzten Familiengemeinschaften zu dienen, innewohnt, und daß demgemäß die zu einem Familienfideikommisse bestimmten Zuwendungen dauernd dem Interesse dieser Familiengemeinschaften und nicht nur dem vorübergehenden Nutzen Einzelner aus ihnen gewidmet sind;

2. daß hiernach die Fideikommißerrichtung ihrem inneren Wesen ebenso wie ihrem auf einer einseitigen Willenserklärung beruhenden Entstehungsgrunde nach mit Recht gewöhnlich als eine Stiftung bezeichnet und aufgefaßt wird, daß sie aber, da die Erfüllung des Stiftungszwecks bei ihr nicht einer außerhalb des Kreises der Berechtigten stehenden Organisation (Vorstand oder dgl.), auch nicht der von ihr bedachten Familiengemeinschaft als solcher, sondern vielmehr den einzelnen Mitgliedern dieser Gemeinschaft nacheinander anvertraut ist, wenn auch der Stiftung des bürgerlichen Rechts (§§ 80 f. BGB.) verwandt, so doch dieser nicht unterzuordnen, sondern als eigentümliche Stiftung anzusprechen ist;

3. daß die Grundlage der Fideikommißstiftung eine aus verschiedenen Wertbestandteilen zusammengesetzte Einheit, also ein Vermögen, und zwar ein für den selbständigen Zweck des Familienfideikommisses bestimmtes besonderes Vermögen, ein Sondervermögen ist;

4. daß, da jedes Vermögen ein selbständiges Ganze für sich bildet, auch dieses Sondervermögen mit der Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Stiftung nicht mehr Teil des sonstigen Vermögens des Stifters bleiben kann, vielmehr sich von letzterem als ein neu entstandenes Ganze scheiden und als solches, also nicht nur als eine Anzahl einzelner Gegenstände, mithin ohne besonderen Übertragungsakt bezüglich der einzelnen von ihm umfaßten Bestandteile, dem Ersten der kraft des Stifterwillens zur Erfüllung des mit seinem Besitze verfolgten Zweckes Berufenen anfallen muß, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob ein anderer oder der Stifter selbst dieser Erste ist, da der Stifter als erster Fideikommißbesitzer dem — wenn auch von ihm selbst — neu geschaffenen Zweckvermögen nach dessen Absonderung von seinem sonstigen Vermögen nicht anders gegenübersteht, wie jeder andere Fideikommißbesitzer, indem auch er nur ein Glied in der Kette der zur Erfüllung des dem Vermögen gesetzten selbständigen Zweckes Berufenen ist;

5. daß, da ein Fideikommißbesitzer nur vorhanden sein kann, wenn und solange Fideikommißvermögen vorhanden ist, auch die Reihe der Fideikommißbesitzer nur gleichzeitig mit dem Fideikommißvermögen rechtliche Existenz gewinnen kann und diese Existenz gleichzeitig auch wieder mit dem Fideikommißvermögen verlieren muß;

6. daß jeder Fideikommißbesitzer in seinem Herrschaftsrecht über das Fideikommißvermögen notwendig dauernd insoweit beschränkt ist, als es der Zweck der Fideikommißstiftung und die Wahrung der Rechte der übrigen an dem Fideikommisse berechtigten Familienmitglieder, d. h. derjenigen, die nach ihm (vgl. zu 2) ein Anwartschaftsrecht auf das Fideikommiß haben — der Anwärter —, verlangt;

7. daß jeder Fideikommißbesitzer ferner vor dem Anfall des Fideikommißvermögens bereits ein — keiner Verfügungsbeschränkung unterworfenes, seinem alleinigen Nutzen bestimmtes — Vermögen, das Allodialvermögen, besaß und dieses Vermögen auch neben dem Fideikommißvermögen weiter behält;

8. daß der zum Fideikommißbesitze Berufene also nach Erwerb des Fideikommißvermögens zwei, ihrer Zweck-

bestimmung und ihrem rechtlichen Charakter nach durchaus verschiedenartige Vermögen in seiner Hand vereinigt, und zwar derart, daß ihm nicht nur, wie etwa dem Ehemanne bei der Verwaltungsgemeinschaft an dem einen Vermögen, Verwaltung und Nutznießung zusteht, sondern daß ihm beide Vermögen eigentümlich gehören;

9. daß in der Regel die von einem Fideikommißbesitzer vertraglich eingegangenen oder ihn sonst treffenden Verpflichtungen ihren Entstehungsgrund in seiner rechtlichen Stellung nur zu einem dieser beiden Vermögen, entweder dem Fideikommiß- oder dem Allodialvermögen, haben, woraus sich die Notwendigkeit ihrer Trennung in Fideikommißschulden und Allodialschulden, zugleich aber auch die Grundlage für die gesetzliche Umgrenzung der Fideikommißschulden (§ 67 des Entwurfs) ohne weiteres ergibt, und daß deshalb, sofern die Haftung für die Verpflichtungen des Fideikommißbesitzers durch ausdrückliche Vertragsabrede oder durch Gesetz auf beide Vermögen erstreckt wird, ein der Gesamtschuld des bürgerlichen Rechts ähnliches Verhältnis entstehen muß;

10. daß ferner bei der Verwaltung jener beiden verschiedenen Vermögen Rechtsbeziehungen auch zwischen den beiden Vermögen selbst unausbleiblich sind, die eine sofortige Abwicklung erheischen;

11. daß der Fideikommißbesitzer sich daher rechtlich in einer eigentümlichen — vom Entwurf als doppelte vermögensrechtliche Persönlichkeit bezeichneten — Stellung befindet;

12. daß die Fideikommißfolge als Nachfolge in ein Vermögen, d. h. in eine Einheit (oben zu 3), nur eine Gesamtnachfolge gegenüber dem Vorbesitzer sein kann, derart, daß das Fideikommißsondervermögen in der ihm von dem Vorbesitzer innerhalb seiner Verfügungsmacht gegebenen Gestalt mit dem Eintritte des Nachfolgefalles als Ganzes auf den Fideikommißnachfolger übergehen muß;

13. daß Gesamtnachfolge in diesem Sinne aber noch nicht Rechtsnachfolge ist, eine Rechtsnachfolge bei allen Fideikommißbesitzern vielmehr nur gegenüber dem Stifter stattfindet, da sie alle in gleicher Weise ihr Recht auf das Sondervermögen vom Stifter ableiten;

14. daß also die Nachfolge des Fideikommißnachfolgers in das Fideikommißvermögen begrifflich verschieden ist von der lediglich auf das Recht des Erblassers gestützten Nachfolge des Allodialerben in das Allodialvermögen, woraus, da es logisch unmöglich ist, daß ein Ganzes als solches gleichzeitig auf zwei verschiedene Nachfolger übergeht, folgt, daß das Familienfideikommiß niemals zum Allodialnachlasse eines Fideikommißbesitzers gehören kann;

15. daß trotz der ähnlichen Art der Rechtsnachfolge bei der Vorerbschaft doch die Rechtsinstitute des, wie betont, einem dauernden, familiengenossenschaftlichen und familienrechtlichen Zwecke bestimmten Familienfideikommisses und der nur den vorübergehenden individuellen und rein vermögensrechtlichen Nutzen weniger Einzelner verfolgenden Vorerbschaft innerlich ganz verschiedenartig sind, wie denn auch der Vorerbe, anders wie der in Ansehung der Substanz des Fideikommißvermögens einer stets vorhandenen und zugunsten der gesamten durch die Fideikommißstiftung verbundenen Familiengemeinschaft wirksamen Verfügungsbeschränkung (§ 135 BGB.) unterliegende Fideikommißbesitzer (oben zu 6), bei seinen Verfügungen lediglich einer erst bei Eintritt des Nachfolgefalls und nur zugunsten des Nacherben wirkenden resolutiven Bedingung unterworfen ist, zudem aber auch eine Verantwortungslosigkeit genießen kann (§ 2136 BGB.), wie sie bei dem Fideikommißbesitzer undenkbar wäre."

In den erwähnten Exkursen von Pfaff und Hofmann (Bd. II, S. 194) wird das Wesen der Fideikommißstiftung in wesentlicher Übereinstimmung mit obiger Ausführung in der nachstehend hervorgehobenen charakteristischen Weise, wie folgt, geschildert:

Durch die Fideikommißstiftung werde aus dem Vermögen des Stifters ein neues Vermögen gebildet. Es sei gleichsam ein Ableger von jenem Baum. Subjekt dieses Vermögens sei auch niemand anderes als der jeweilige Inhaber; aber nicht um seinetwillen allein sei es konstruiert worden. Während sonst der einigende Mittelpunkt des Vermögens nur eine Person mit ihren Bedürfnissen sei, sei es hier ein Zweck. Dieser Stiftungszweck sei auf die Erhaltung der Familie gerichtet, und so stehe das Fideikommißvermögen in der Mitte zwischen dem gewöhnlichen Privatvermögen und dem Stiftungsvermögen im technischen Sinne. Seine Selbständigkeit zeige sich darin, daß es sich nie mit dem Allodialvermögen des Inhabers vereinige; es trete keine confusio bonorum ein. Jedes der beiden Vermögen habe seine besonderen Schicksale; beide Vermögen könnten in obligatorische Beziehung treten; der Konkurs über das Allodialvermögen des Fideikommißinhabers berühre das Fideikommißvermögen nicht; die Sukzessionen in das eine und das andere Vermögen gingen besondere Wege. Derselbe Mensch sei Eigentümer des einen, beschränkter Eigentümer des anderen Vermögens. Wenn er kontrahiere, frage es sich, ob er für das Fideikommiß kontrahiere. Er habe zwei gesonderte Vermögen und handle bald in dieser, bald in jener Eigenschaft. Man könne auf ihn das Wort anwenden: ‚duorum personam sustinet'; nur dürfe man nichts Geheimnisvolles, etwa eine Zweiseelentheorie, dahinter suchen. —

Ist das Familiengut als Vermögen ein Ganzes, so ist es als solches durchaus zu unterscheiden von seinen einzelnen Bestandteilen. Diese Bestandteile bringen Erträge, Früchte. Da sie von dem Ganzen umschlossen werden, müssen auch ihre Früchte, wie dies bei den Früchten jedes selbständigen Vermögens ist, in das Vermögensganze fallen, es sei denn, daß sich aus ihrer Bestimmung oder aus positiver Vorschrift ein anderes ergibt. Eine solche positive Vorschrift enthielt der § 27 des vorläufigen Entwurfs eines Gesetzes über Familienfideikommisse von 1903 dahin, daß die im § 101 Nr. 1 BGB. bezeichneten Früchte des Fideikommißvermögens mit ihrer Trennung, andere Früchte mit ihrer Fälligkeit Bestandteil des nicht zum Familienfideikommisse gehörenden Vermögens des Fideikommißbesitzers (Allodialvermögens) werden sollten. Diese Vorschrift wurde aber bei Durcharbeitung des vorläufigen Entwurfs an Hand der Kritik als irrig erkannt und daher in dem Entwurf von 1913 absichtlich gestrichen. Sie beruhte auf einer Verwechselung des Begriffs der Zugehörigkeit zum Allod mit dem Begriff der Befugnis zur freien Verwendung und war in dem Gesetzentwurf von 1903, wie dessen Begründung zu § 27 (besondere Begründung S. 77/78) klar erweist, nur deshalb für nötig gehalten, um dem Fideikommißbesitzer die freie Verwendung der Früchte, ohne die eine Bewirtschaftung des Fideikommißvermögens unmöglich ist, zu ermöglichen. Dabei wurde übersehen, daß das sog. fideikommissarische Veräußerungsverbot nicht sowohl auf dem einzelnen Bestandteil des Fideikommißvermögens, als vielmehr auf dem Fideikommißvermögen als Ganzem ruht (Allgemeine Begründung zum Entwurf von 1913 S. 21), und daß die Verfügungsmacht des Besitzers eines Vermögens hinsichtlich seiner einzelnen Bestandteile eine sehr verschiedene je nach der Bestimmung dieser Bestandteile sein kann und sein muß. Aus dem Stiftungszwecke des Fideikommißvermögens ergibt sich für seinen Besitzer zwar die Pflicht, es für die Familie zu erhalten. Daraus folgt aber keineswegs, daß es auch in allen seinen einzelnen Bestandteilen für die Familie erhalten werden muß. Die Bestandteile eines jeden Vermögens können wechseln, ohne daß dadurch das Vermögen aufhört, ein Vermögen zu sein. Sie sind sogar notwendig im Wirtschaftsleben dem Wechsel unterworfen. Bei dem Fideikommißvermögen ist dies nicht anders. Dieses Vermögen hat nur das Besondere, daß sich der Wechsel innerhalb seines Stiftungszweckes vollziehen muß. Soweit seiner Zweckbestimmung gerade bestimmte seiner Bestandteile gewidmet sind, bedingt daher der dem Vermögen innewohnende Erhaltungszweck, daß diese Bestandteile nicht gewechselt werden können, es sei denn, daß die Familie, für die sie erhalten werden sollen, durch Organakt der gesamten Familie (Familienschluß) oder durch besondere Familienorgane (Familienvertreter u. dgl.) dem Wechsel zustimmt. Im übrigen folgt aber aus der durch den Stiftungszweck gegebenen Erhaltungspflicht des Fideikommißbesitzers seine Pflicht zur ordnungs-

mäßigen Verwaltung und Bewirtschaftung des Vermögens. Der § 21 des Entwurfs von 1913 drückt das dahin aus, „das Fideikommißvermögen gehört dem Fideikommißbesitzer. Er ist der Familie gegenüber verpflichtet, das Fideikommißvermögen als ein Gut zu verwalten, das ihm zu treuen Händen für die Familie anvertraut ist". Da der Fideikommißbesitzer diese Verwaltungspflicht nicht erfüllen kann, wenn ihm nicht auch die Rechte zustehen, ohne deren Ausübung eine ordnungsmäßige Verwaltung unmöglich ist, folgt ohne weiteres, daß ihm diese Rechte zustehen. Zu ihnen gehört in erster Linie das Recht zur Verfügung über die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens, da nur diese Früchte die erforderlichen Mittel zur Bewirtschaftung des Vermögens liefern. Es folgt also aus dem Wesen des Fideikommisses, wie es der Entwurf von 1913 auffaßt, nach seiner organischen Gestaltung von selbst, daß der Fideikommißbesitzer über die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens frei, d. h. ohne Mitwirkung der Familie, zu verfügen befugt ist, ebenso wie das gleiche für solche Bestandteile des Vermögens gilt, die ihrer Natur nach bei der Bewirtschaftung zum Wechsel bestimmt sind, wie gewisse Inventarstücke eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes oder Gegenstände eines Gewerbebetriebes. Der Entwurf von 1913 drückt dies im § 27 der Fassung der Herrenhauskommission dahin aus:

„Der Fideikommißbesitzer kann über bewegliche Sachen sowie über Forderungen und andere Rechte, vermöge deren eine Leistung zum Fideikommißvermögen verlangt werden kann, insbes. über die Früchte der Fideikommißgegenstände innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft selbständig verfügen."

Mit dieser selbständigen Verfügung geht aber ebensowenig der Gegenwert für die beweglichen Sachen und Rechte wie der für die Früchte in das Allodialvermögen des Besitzers über. Der Besitzer hat diesen Gegenwert vielmehr dem Stiftungszweck des Fideikommißvermögens entsprechend für dieses Vermögen zu verwenden. Andererseits geht der Stiftungszweck aber auch, wie gesagt, dahin, den unmittelbaren Nutzen des Vermögens dem jedesmaligen Besitzer zuzuwenden. Soweit also die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens nicht für die Erhaltung des Vermögens benötigt werden, sind sie diesem Zwecke entsprechend nicht im Fideikommißvermögen aufzuspeichern, sondern gebühren sie dem Fideikommißbesitzer unmittelbar zu seinem eigenen Nutzen, d. h. mit anderen Worten, es steht ihm für sein Allodvermögen der Anspruch auf ihre Herausgabe zu. Ob und inwieweit aber die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens für dessen Erhaltung erforderlich sind, zeigt sich erst bei dem Gesamtabschluß des Vermögensstandes. Dieser wird in einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Abschluß des Wirtschaftsjahres festgestellt. Dem gibt § 22 des Entwurfs von 1913 dahin Ausdruck:

„Das Reineinkommen aus dem Fideikommißvermögen gebührt dem Besitzer für sein Allod. Als Reinertrag gilt der Reinertrag des Wirtschaftsjahres abzüglich der Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften zu bestreiten sind."

Ein anderer als ein solcher periodischer Abschluß kann auch gar nicht in Betracht kommen. Wollte man etwa sagen, daß das Reineinkommen erst am Schlusse der Besitzzeit, also bei dem Besitzwechsel festzustellen sei, so würde der Besitzer niemals ein Einkommen zu seiner Nutzung aus dem Fideikommißvermögen erhalten, sondern erst sein Allodialerbe. Dies würde aber dem geschilderten Stiftungszweck, ihm den Nutzen zuzuwenden, geradezu zuwiderlaufen.

Die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens liefern die Mittel zur Bewirtschaftung des Fideikommißbesitzes. Es ist daher selbstverständlich, daß sie auch für die Schuldverbindlichkeiten aus dieser Bewirtschaftung haften. Ebenso selbstverständlich ist es, daß sie für diese Schuldverbindlichkeiten allein haften, soweit nicht die Familie einer Haftung mit dem Stamme des Vermögens zustimmt oder das Gesetz eine Haftung mit dem Stamm zuläßt, da die Verfügungsberechtigung des Besitzers bei seiner Verwaltung die Stammbestandteile des Vermögens, wie oben erläutert, nur insoweit ergreift. Diese Schuldverbindlichkeiten sind also regelmäßig nur Fruchtschulden, sind aber als solche, soweit sich der Fideikommißbesitzer bei ihrer Eingehung innerhalb der ihm nach dem Stiftungszweck zustehenden Verfügungsmacht hält, also im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaft für die Familie wirksam und gehen daher insoweit bei dem Übergang des Vermögens als eines aus Aktiven und Passiven bestehenden Ganzen auf den Fideikommißfolger mit über. Der Gesetzentwurf von 1913 bestimmt die Fideikommißschulden wie folgt:

„§ 40. Fideikommißschulden sind diejenigen persönlichen Verbindlichkeiten, die den Fideikommißbesitzer als solchen treffen. Durch ein Rechtsgeschäft des Fideikommißbesitzers wird eine Fideikommißschuld nur begründet, wenn das Rechtsgeschäft gegenüber der Familie wirksam ist.

§ 41. Der Fideikommißbesitzer haftet für Fideikommißschulden nur mit den Einkünften des Fideikommißvermögens (Fruchtschulden)."

Weiterhin erklärt der Gesetzentwurf zu Stammschulden solche Fideikommißschulden, bei denen die Familie der Haftung mit dem Stamm zugestimmt hat und solche kraft Gesetzes. —

Die im vorstehenden entwickelten Gedanken haben sich bei den Arbeiten über die preuß. Fideikommißreform in eingehendsten Beratungen innerhalb der Regierung und der Parlamente überall als richtig durchgesetzt. Sie beruhen auf rein objektiven rechtlichen Erwägungen, haben mit Politik nichts zu tun und konnten daher von dem aus politischen Gründen erfolgten Scheitern der Fideikommißreform nicht berührt werden; vielmehr lag es nahe, für die Regelung des Fideikommißrechts bis zur Beendigung der infolge der politischen Neuordnung angeordneten Auflösung der Familiengüter auf sie zurückzugreifen.

Die Auflösungsgesetzgebung vollzog sich in Preußen bekanntlich nicht auf einmal. Zuerst erschien dort, und zwar bereits vier Monate nach der Staatsveränderung vom Nov. 1918, die VO. über Familiengüter v. 10. März 1919 (GS. 39). Diese VO. ordnete im § 1 die Auflösung der Familiengüter an, überließ sie aber zunächst den Familien selbst und sah nur für den Fall, daß die Familien sie nicht in bestimmter Zeit vollziehen würden, eine durch VO. des Staatsministeriums einzuführende Zwangsauflösung vor (§ 1 FamGVO.). Demgemäß beschäftigt sich die Familiengüterverordnung hauptsächlich nur mit der Ordnung des Verfahrens bei der seitens der Familien zu regelnden sog. freiwilligen Auflösung. Materielle Vorschriften traf sie nur für einzelne, wirtschaftlich besondere wichtige und daher sofort zu lösende Fragen, die sich im wesentlichen auf den Waldschutz, die Erleichterung der Verfügungsfreiheit des Fideikommißbesitzers und die Möglichkeit einer Zwangsverwaltung des Fideikommisses bezogen (§§ 8, 10, 11). Insbes. behielt sie auch die materielle Regelung der Schuldverhältnisse der später zu erlassenden Zwangsauflösungsverordnung vor (vgl. Rundverfügung des Justizministers v. 30. Dez. 1920 [JMBl. 1921 S. 24] Ziff. 13 [bei Kübler-Beutner, S. 74]). Jene einzelnen materiellen Vorschriften der Familiengüterverordnung werden in dem Werke von Seelmann-Kläsel, Das Recht der Familienfideikommisse usw. in Preußen, S. 27) als „kleine Fideikommißreform" bezeichnet mit dem Bemerken, daß sich diese Reform in den Grundgedanken eng an die früher geplante größere Fideikommißreform der Gesetzentwürfe von 1903 und 1913 anschließe. Man mußte sich damals bei der großen Eile, mit der die Familiengüterverordnung in so kurzer Zeit ergehen sollte, auf diese wenigen Vorschriften beschränken, zumal man noch nicht übersehen konnte, wie sich schließlich die Auflösung der Fideikommisse mit Erlaß der in Aussicht gestellten Zwangsauflösungsverordnung vollziehen würde. Die Zwangsauflösungsverordnung, die dann im nächsten Jahr am 19. Nov. 1920 (GS. 463) erschien, führte für alle Familiengüter einheitlich die sog. allmähliche Auflösung ein, und zwar aus Gründen öffentlich-rechtlicher Art, mit Rücksicht auf die Rechte der nächsten Anwärter und im Hinblick auf die Notwendigkeit ordnungsmäßiger Abwicklung der gegenüber Dritten entstandenen und entstehenden Rechtsverhältnisse, wie in der amtlichen im JMBl. abgedruckten Begründung der Zwangsauflösungsverordnung (S. 135 ff. bei Kübler-Beutner) und in mei-

nem oben erwähnten Vortrag v. 15. April 1921 dargelegt ist. Sie befand sich mit diesem Gedanken allmählicher Auflösung in Übereinstimmung mit der im 8. Ausschuß der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung gegebenen, im Ausschuß als Material für die Gesetzgebung der Länder widerspruchslos zur Kenntnis genommenen Anregung des Abgeordneten Spahn, der sogar einen dahingehenden ausdrücklichen Antrag für die Reichsverfassung hatte stellen wollen (vgl. Sitzungsprotokoll des Ausschusses zu Art. 37a). Hierbei ergab sich für die Durchführung der Auflösung eine Zeitspanne, für den auch das materielle Fideikommißrecht grundsätzlich geordnet werden mußte. Mit dem oben geschilderten verworrenen Zustand in dem vorliegenden Recht der Fideikommisse war weder für die allgemeine einheitliche Regelung der Verhältnisse der Familiengüter, die sich jetzt auch für das immer wichtiger werdende Steuerrecht als erforderlich erwies, noch auch für die Regelung der besonderen Rechtsverhältnisse der Auflösung auszukommen. Die Ordnung des materiellen Fideikommißrechts hatte daher jetzt als eine Neuregelung zu erfolgen, die gegenüber jenem chaotischen Zustand, wie der Schluß der Begründung der Zwangsauflösungsverordnung ausdrücklich ausspricht, eine grundlegende sein mußte. Für diese Neuregelung, die sich nach dieser Begründung namentlich auch „auf die Regulierung der vielgestaltigen Fideikommißschulden" richtete, bot sich von selbst die Grundlage der Fideikommißentwürfe von 1903 und 1913, von denen ja, wie erwähnt, schon einzelne Bestimmungen in die Familiengüterverordnung hinübergenommen waren. Es verbot sich aber, jene Gesetzentwürfe etwa einfach abzuschreiben, zumal sie mit Fragen verknüpft waren, die sich auf die bei ihrer Aufstellung beabsichtigte Beibehaltung der Familiengüter bezogen, bei denen also die Auflösungsgesetzgebung gerade das entgegengesetzte Ziel zu verfolgen hatte, wie jene Entwürfe. Es konnten vielmehr nur die dargestellten rechtlichen Grundgedanken, auf denen in den Gesetzentwürfen die materielle Ordnung der Rechtsverhältnisse der Familiengüter aufgebaut war, aus den Entwürfen herausgezogen und in Einzelbestimmungen zum Ausdruck gebracht werden. Nicht verkennen läßt sich, daß dies in klarerer Weise hätte geschehen können, als es in der Fassung der ZwAuflVO. geschehen ist, und daß diese Fassung eine nicht leicht verständliche geworden ist, die der klaren Fassung der Gesetzentwürfe von 1903 und 1913 nicht an die Seite gestellt werden kann. Es muß dabei berücksichtigt werden, daß auch die Zwangsauflösungsverordnung, deren umfassender materieller Inhalt über die Familiengüterverordnung weit hinausgeht, unter dem Drucke einer großen Eile hergestellt werden mußte, und zwar in einer Zeit, in der zahlreiche andere Fragen von größter Wichtigkeit die Ministerien, insbes. auch die Rechtsabteilung des Justizministeriums, aus der die Zwangsauflösungsverordnung hervorging, beschäftigte. Bei der verlangten Schnelligkeit konnte man sich aber mit dem Fassungsentwurf der Zwangsauflösungsverordnung um so mehr abfinden, als die Zwangsauflösungsverordnung selbst die Möglichkeit der organischen Entwicklung aus den in ihren Einzelbestimmungen in die Erscheinung tretenden Grundgedanken bot. Denn sie setzte im § 27 das Landesamt für Familiengüter als oberste Auflösungsbehörde ein und gab diesem Landesamt die Befugnis, durch Rechtsentscheide in fideikommißrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, die zunächst die Auflösungsbehörden, mittelbar aber auch die Gerichte binden und somit geeignet sind, das geltende Recht festzustellen, das Fideikommißrecht organisch zu entwickeln, in dem Vertrauen, daß das Landesamt auf diese Weise eine konstante und sichere Praxis, wie dies auch bei sonstigen obersten Behörden der Fall ist (vgl. den Aufsatz des Reichsgerichtspräsidenten Simons in JW. 1928, 1966) schaffen würde. In Ausübung dieser Befugnis hat das Landesamt für Familiengüter die Rechtsentscheide Nr. 57 und 58 erlassen.

Mit Recht wird in der Begründung dieser Rechtsentscheide dargelegt, daß nicht etwa nur die Absicht bestand, die Grundgedanken des Entwurfs von 1913 der Ordnung des materiellen Fideikommißrechts in der Auflösungsgesetzgebung zugrunde zu legen, sondern daß diese Absicht auch verwirklicht worden ist und daher auch die sich aus diesen Grundgedanken logisch ergebenden Folgerungen Inhalt der Auflösungsgesetzgebung geworden sind (vgl. hierzu die Begründung zum Rechtsentscheid Nr. 58, vorletzter Absatz bei Kübler-Beutner S. 196). Zum Beweise hierfür sei nur auf folgende Punkte hingewiesen:

Das Fideikommißvermögen wird in der Zwangsauflösungsverordnung ebenso wie in den Gesetzentwürfen von 1903 und 1913 als selbständiges, von dem Allodialvermögen seines Besitzers, mit dem es in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, völlig getrenntes, unter Mitwirkung der weiter bestehenden Familienorgane zu erhaltendes Vermögen und als solches als ein Ganzes für sich behandelt. Es geht als Ganzes auf den Nachfolger über und folgt der Regel über Ausschlagung von Erbschaften als Ganzes (§ 1). Damit wird, ebenso wie in dem Entw. v. 1913, abgelehnt, daß sich das Recht des jedesmaligen Fideikommißfolgers in einem Anspruch auf Herausgabe der einzelnen Fideikommißbestandteile und auf Ausgleichung wegen der Schulden gegen die Allodialerben seines Vorbesitzers erschöpft. Das Fideikommißvermögen als solches hat eigene Einkünfte, aus denen die Verbindlichkeiten des Vermögens zu tilgen sind (§§ 4 Abs. 1, 19 Abs. 8, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2), während solche Einkünfte des Fideikommißvermögens unmöglich wären, wenn die Früchte seiner Bestandteile nicht in dieses Vermögen selbst, sondern anderswohin fielen, indem unerfindlich sein würde, woher dann wohl Einkünfte für das Vermögen herkommen sollten. Nur nebenher mag dabei darauf hingewiesen werden, daß, wie anfangs schon bemerkt, die Zwangsauflösungsverordnung die Rechtsverhältnisse aller Familiengüter einheitlich in gleicher Weise ordnen will (§ 33), daß aber bei den Hausvermögen, da die regierenden und standesherrlichen Häuser juristische Personen waren, auch bisher schon kein Zweifel bestehen konnte, daß die Früchte ihrer Bestandteile nicht in das Allodialvermögen des Hausgutsinhabers, sondern in das Hausvermögen selbst fielen, während nirgends in der Zwangsauflösungsverordnung erkennbar ist, daß dies hätte geändert werden sollen. Die vom Gesetz gewollte Gleichheit der Behandlung des Hausguts- und des Familiengutsinhabers zeigt daher auch, daß der Fideikommißinhaber die Früchte der Bestandteile des Fideikommißvermögens nach der Zwangsauflösungsverordnung nicht für sein Allod erwerben soll. Das Reineinkommen des Fideikommißvermögens, nicht die Früchte der einzelnen Bestandteile stehen dem Besitzer dieses Vermögens als solchem zu, und zwar berechnet sich dieses Reineinkommen nach dem Wirtschaftsjahr (§ 19 Abs. 8). In diesem Sinne, nämlich als Reineinkommen des Wirtschaftsjahrs, ist auch der Begriff „Einkünfte" im Schlußsatz des § 21 Abs. 2 zu verstehen; denn nur die Tatsache, daß der Fideikommißbesitzer über dieses Reineinkommen frei verfügen kann, rechtfertigt die gesetzliche Regelung, daß die von ihm der Familienkasse ohne stiftungsmäßigen Zwang gemachten Zuwendungen in seinen Nachlaß fallen. Infolge der Zugehörigkeit der Früchte der Bestandteile zum Fideikommißvermögen unterscheidet die Zwangsauflösungsverordnung ebenso wie der Entwurf von 1913 Fideikommißschulden und Allodschulden und bei ersteren wieder Fruchtschulden und Stammschulden (§§ 22, 23, 25, 26) indem er die oben wiedergegebene Begriffsbestimmung des Entwurfs von 1913 über Fideikommißschulden in ihrem § 22 dahin wiederholt:

„Fideikommißschulden sind die persönlichen Verbindlichkeiten, die den Fideikommißbesitzer als solchen treffen und gegenüber der Familie wirksam sind."

Alle diese Vorschriften der Zwangsauflösungsverordnung lassen sich nur aus den Grundgedanken des Entwurfs von 1913 erklären. Es wird sich nicht bestreiten lassen, daß die Rechtsentscheide Nr. 57 und 58 aus diesen Grundgedanken die richtigen Folgerungen gezogen haben. Von meinem Amtsnachfolger ist in seinem Aufsatz Schuldenhaftung und Zwangsvollstreckung bei preußischen Familienfideikommissen (JW. 1927, 747) anerkannt, daß die Rechtsentscheide eine erfreuliche Klarheit gebracht haben. Es wird erhofft werden müssen, daß es bei dieser Klarheit bleibt. Es ist gar nicht abzusehen, welches Chaos entstehen würde, wenn der Boden der Rechtsentscheide verlassen und auf den verworrenen Rechtszustand der früheren Zeit zurückgegriffen würde; man würde schwerlich wissen, wie dann die inzwischen abge-

wickelten und aus der Vergangenheit noch laufenden Rechtsverhältnisse beurteilt werden sollten, welche Früchte dabei als in das Allod des Besitzers, namentlich bei einem inzwischen eingetretenen Besitzwechsel in das des Folgers übergegangen anzusehen wären, wie der Ausgleich zwischen dem Besitzer des Familiengutsvermögens und dem des Allodialvermögens, insbesondere bei stattgehabten Folge- und Vererbungsfällen vor sich gehen sollte; welches besondere Recht dabei anzuwenden wäre; nach welchem Recht insonderheit sich der Begriff und die Art der Fideikommißschulden zu richten hätte usw. Eine Flut der unerfreulichsten Familienzwistigkeiten und Prozeßvermehrungen würde die Folge sein. Auch für die wirtschaftlichen Verhältnisse führen die Rechtsentscheide zu einer erfreulichen Klarheit. Wenn auch wirtschaftliche Zwecke die Feststellung dessen, was rechtens ist, nicht beeinflussen dürfen, so ist doch die Feststellung, daß das gefundene Recht den wirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht, eine Bestätigung dafür, daß das festgestellte Rechtsverhältnis zutreffend ermittelt ist. Dies ist aber bei den in den Rechtsentscheiden Nr. 57 und 58 aufgestellten Sätzen der Fall. Denn auf dieser Rechtsgrundlage ist es möglich, die in den Familiengütern umschlossenen volkswirtschaftlich wichtigen Betriebe zu erhalten, indem durch sie das Vertrauen der Gläubiger gerechtfertigt wird, die zur Bewirtschaftung dieser Betriebe Kredit gegeben haben und daher vorzugsweise aus diesem Betriebe befriedigt werden müssen. Der Rechtsentscheid Nr. 57 gibt in dieser Beziehung mit Recht die zutreffenden Ausführungen der Regierungsvertreter in der Kommission des Herrenhauses bei Beratung des Fideikommißgesetzentwurfs wie folgt wieder:

„Die nach bisherigem Recht bestehende Möglichkeit der Pfändung und Verpfändung von Fideikommißfrüchten für Allodschulden, namentlich auch die von der Praxis zugelassene unbeschränkte Bestellung von Revenuenhypotheken für Allodschulden, habe zu den ärgsten Mißständen geführt. Die Besorgnis, daß die Verweisung der Allodgläubiger auf das Jahreseinkommen den legitimen Kredit des Fideikommißbesitzers ungünstig beeinflussen könne, erscheine nicht begründet. Es sei zu berücksichtigen, daß der Entwurf den Kreis der Fideikommißgläubiger gegenüber dem geltenden Recht erheblich erweitert habe, indem er alle Verbindlichkeiten des Fideikommißbesitzers aus Rechtsgeschäften, die der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft oder eines zum Fideikommißvermögen gehörenden Gewerbes mit sich bringe, für Fideikommißschulden erkläre (§§ 32, 40 Abs. 2). Diese Regelung, die allen Handwerkern und Lieferanten die vorzugsweise Befriedigung aus den Fideikommißfrüchten sichere, werde den Kredit, dessen der Fideikommißbesitzer für die Verwaltung des Fideikommißvermögens benötige, wesentlich stärken. Auf der anderen Seite liege kein Grund vor, warum man dem Fideikommißbesitzer die Möglichkeit offen halten solle, auch für solche Schulden, die mit der Verwaltung des Fideikommißvermögens nichts zu tun hätten, den Kredit dieses Vermögens schrankenlos auszunutzen. Es sei auch keine Unbilligkeit gegen Allodgläubiger, wenn ihnen der unmittelbare Zugriff auf die Fideikommißfrüchte verwehrt werde. Vielmehr erfordere sowohl die Rechtslogik wie die Billigkeit, daß die Allodgläubiger sich nur an das halten könnten, was von den Fideikommißfrüchten nach Befriedigung der Fideikommißgläubiger und nach Erfüllung der stiftungsmäßig dem Fideikommißbesitzer obliegenden Leistungen übrig bleibe. Es greife hier die gleiche Erwägung Platz, aus der heraus das BGB. und das HGB. dem persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters den unmittelbaren Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen versage."

Die vorstehenden Darlegungen wollen die Rechtsentwicklung und den bestehenden Rechtszustand nur in großen Zügen darstellen; sie sind durch das Hervortreten eines praktischen Bedürfnisses auf besondere an mich herangetretene Anregung niedergeschrieben. Eine eingehendere Darstellung muß ich mir im Zusammenhang mit einer Arbeit über die gesamte beabsichtigte preuß. Fideikommißreform und die Auflösungsgesetzgebung, zu der ich vielfach aufgefordert bin, vorbehalten, falls meine Zeit und Kräfte zu einer solchen Arbeit noch ausreichen sollten.

Familienfideikommisse und Grunderwerbsteuer.

Von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, München.

Die preußischen Familiengüter (Familienfideikommisse, Stammgüter, Lehen) sterben aus. „Die Familiengüter sind aufzulösen. Die Errichtung neuer Familiengüter sowie die Vergrößerung von Familiengütern durch unentgeltliche Zuwendung ist untersagt." So heißt es in der Reichsverfassung. Die freiwillige Auflösung durch Familienschluß ist in Preußen besonders geregelt (Verordnung über Familiengüter v. 30. Dez. 1920 [GS. 77]). Im übrigen werden die Familiengüter allmählich zwangsweise aufgelöst (ZwangsAuflVO. v. 19. Nov. 1920 [GS. 463]). Hier werden nur die Fideikommisse behandelt. Das Fideikommißvermögen geht beim Wechsel des Besitzers auf den nächsten Anwärter über und wird in dessen Hand freies Vermögen. Nur wenn der Nachfolger kein Abkömmling ist und beim Übergange keinen folgeberechtigten Abkömmling hat, bleibt die Fideikommißeigenschaft gewahrt, bis er einen Abkömmling erhält, längstens bis zu seinem Tode. Mit dem Tode geht das Fideikommiß auf den nächsten Anwärter über und wird in dessen Hand frei.

Diese Regelung hat zu Zweifeln darüber geführt, ob und wann Grunderwerbsteuerpflicht entsteht. Die Frage der Erbschaftsteuerpflicht ist nie zweifelhaft gewesen. ErbschSt. wird, falls nicht Befreiungsgründe vorliegen, erhoben bei jedem Übergange eines Fideikommisses, selbst wenn der Besitzer nicht gestorben ist, sondern z. B. auf sein Recht verzichtet hat (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ErbschStG.). Soweit ErbschStPflicht begründet ist, darf keine GrErwSt. erhoben werden (§ 8 Nr. 1 GrErwStG.). Es fragt sich nur, wie die Rechtslage ist, wenn das Fideikommißvermögen in der Hand des Erwerbers frei wird. Hier läge ein Eigentumsübergang i. S. des § 1 GrErwStG. vor, wenn der nunmehrige freie Eigentümer nicht schon vorher Eigentümer gewesen wäre. Für das Gebiet des gemeinen Rechts war stets unstreitig, daß der Inhaber Eigentümer und nur durch die Rechte der Anwärter beschränkt ist (RFH. v. 7. Mai 1927, II A 655/26; Mrozek, Steuerkartei, § 1 R. 42). Im Gebiete des PrALR. bestand Streit, weil nach §§ 73, 74 ALR. II „die Familie" das Obereigentum hatte und der zeitweilige Besitzer nur das nutzbare Eigentum. Der RFH. hat jedoch übereinstimmend mit einem Rechtsentscheid des Preuß. Landesamtes für Familiengüter v. 16. Juni 1926 unter ausführlicher Begründung dahin entschieden, daß auch im Gebiete des ALR. der Fideikommißbesitzer in Wahrheit Eigentümer ist, wie auf dem Gebiete des gemeinen Rechts. Demgemäß ist keine GrErwSt. zu erheben, wenn das gebundene Vermögen in der Hand des Besitzers frei wird (Urt. v. 26. Febr. 1927, II A 631/26, RFH. 20, 207 = JW. 28, 535). Wenngleich es ein Steuergericht war, das hier eine auf bürgerlichem Rechtsgebiete liegende wichtige, von alters her bestehende Streitfrage entschieden hat, so ist doch in Hinblick auf die überzeugende Begründung anzunehmen, daß sich kein Widerspruch dagegen erheben wird.

Nun taucht aber eine weitere Schwierigkeit auf. Am 1. Jan. 1929 kommt zum ersten Male die Erhebung einer Steuer von der toten Hand nach §§ 10, 20 Abs. 2, 3, 28 Abs. 2 GrErwStG. in Frage. Alle Fideikommisse werden dann wenigstens 10 Jahre bestanden haben und sind deshalb mit einer Steuer von $^1/_{100}$ des gemeinen Wertes (nicht etwa des Einheitswertes) der Grundstücke belastet. Daß die Fideikommisse in die Steuerpflicht der toten Hand einbezogen sind, beruht auf dem Gedanken, daß sie regelmäßig nicht veräußert werden können. Es ist hier nicht der Ort, näher darzulegen, daß die Erhebung der Steuer eine Ungeheuerlichkeit ist, wie sich überhaupt die Besteuerung der toten Hand im

Rahmen des GrErwStG. schwer rechtfertigen läßt. Alle Fideikommißbesitzer müssen jedenfalls mit der Steuer rechnen. Wird vor dem 1. Jan. 1929 das Fideikommißvermögen frei, so entsteht keine Steuerpflicht. Streitig ist die Frage geworden, ob das auch gilt, wenn der Besitzer auf sein Recht verzichtet hat und gleichzeitig das Vermögen in der Hand seines Nachfolgers frei geworden ist. Diese Frage ist natürlich zu bejahen. Zweifelhaft kann im Einzelfalle nur sein, ob der vor 1929 erklärte Verzicht vor 1929 schon wirksam geworden ist oder nicht. Die Frage ist eigentlich schon vom RFH. in der erwähnten Entsch. v. 26. Febr. 1927 bejahend beantwortet worden, allerdings in einem Teile, der nicht veröffentlicht worden ist.

Unter „Wegfall des Besitzers" i. S. des § 1 Abs. 1 ZwangsAuflWO. ist auch der Wegfall durch Verzicht zu verstehen. Auch in diesem Falle regelt sich also der Vermögensübergang auf den Nachfolger (insbes. einen Abkömmling) nach den früheren Bestimmungen über den Nachfolgefall (§ 1 Abs. 5); d. h. mit dem Wegfalle geht das Eigentum am Fideikommißvermögen unmittelbar kraft Gesetzes auf den Nachfolger über. Einer Eintragung in das Grundbuch bedarf es nicht zum Eigentumsübergang. Deshalb ist auch ohne Bedeutung, daß die Fideikommißeigenschaft des Grundbesitzers nicht sofort im Grundbuch gelöscht werden darf, weil erst die Erteilung des Fideikommiß-Auflösungsscheines abzuwarten ist und diese von einer Reihe von Voraussetzungen (Tilgung der Schulden usw.) abhängt (§ 31). Daß hiervon die Tatsache der Auflösung und der Übergang in das freie Vermögen des Besitzers nicht abhängt, ergibt sich aus sonstigen Vorschriften der VO. So heißt es in § 25: „Der Besitzer, in dessen Hand das Vermögen frei geworden ist, hat dies der Auflösungsbehörde anzuzeigen." Das führt dann zu einer Art Liquidationsverfahren, das mit der Erteilung des Auflösungsscheines endet. Inzwischen ist der Besitzer mit Rücksicht auf die Rechte anderer Personen in der freien Verfügung beschränkt. Indessen kann er mit Zustimmung der Auflösungsbehörde frei verfügen, soweit er dazu nicht schon ohnehin berechtigt ist. Hat ein Fideikommißinhaber also vor 1929 verzichtet und ist dadurch das Fideikommißvermögen frei geworden, so kann keine Steuer aus § 10 GrErwStG. erhoben werden, gleichviel ob der Auflösungsschein schon erteilt ist oder nicht.

Das Preuß. Gesetz v. 27. Dezember 1927 (Auflösung der Gutsbezirke) und seine Ausführungsverordnung.

(PrGS. 1927, S. 211.)

Von Rechtsanwalt Surholt, Berlin.

Das Gesetz behandelt in §§ 11 ff. die Auflösung der Gutsbezirke.

Die Ausführungsanweisung v. 27. Dez. 1927 — IV a I 2611 — sieht unter VI Fristen vor, die nach Wochen und Monaten zählen und für die Regel bereits am 15. April 1928 ihr Ende erreicht haben. Es gibt ungefähr 12 000 Gutsbezirke. Wie das Innenministerium und die sonstigen Ausführungsbehörden sich mit diesen zum Teil jahrhundertealten Einrichtungen in den verflossenen $3^1/_2$ Monaten abgefunden haben, muß ihre jedenfalls nicht kleine Sorge sein. M. E. ist mit einer Fristverlängerung in zahllosen Fällen zu rechnen. Die Gefahr ist aber nicht von der Hand zu weisen, daß diese kurzen Fristen eine Überhastung der erforderlichen Beratungen und Durchführungsmaßnahmen bewirken, wodurch das öffentliche Wohl schwer geschädigt werden kann.

Das Ziel des Gesetzes geht dahin, durch Auflösung der selbständigen Gutsbezirke dem politischen und sozialen Fortschritt zu dienen. Dabei war für die Mehrheit des Landtages der Gedanke leitend, daß die Gutsherrschaft einerseits die Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte für die Gutsangehörigen durch die Entziehung der Möglichkeit, sich an der kommunalen Selbstverwaltung zu beteiligen, einenge, andererseits in ihren Anklängen an die soziale Vorherrschaft des Gutsbesitzers früherer Zeit heute in sozialer Hinsicht nicht mehr zeitgemäß sei. Es widerspricht auch moderner Auffassung, mit einer sozialen Höherstellung politische Rechte zu verknüpfen, denen gerade die Sozialverpflichteten als politische Untergebene gegenüberstehen.

§ 11 Abs. 1 lautet deshalb:

„Die bestehenden selbständigen Gutsbezirke sind aufzulösen." Daß dieser Befehl auch, soweit möglich, durchgeführt werden muß, ist nicht zweifelhaft. Ebensowenig zweifelhaft kann aber sein, daß eine rücksichtslose Durchführung an manchen Stellen einen Schaden anrichten würde, der durch die Erreichung eines auf Grund der Verhältnisse mitunter praktisch fast gegenstandslosen gesetzlichen Zieles nicht wieder gut gemacht werden kann. Schon die Vernunft verlangt nach Ausnahmen. Das Gesetz selbst läßt auch solche unter den Voraussetzungen des Abs. 5 zu. Abs. 5 lautet:

> „Dabei soll von der Auflösung eines Gutsbezirkes Abstand genommen werden, wenn seine Vereinigung mit anderen Gemeinden oder seine Zusammenlegung mit anderen Gutsbezirken zu einer neuen Gemeinde nach Lage der Verhältnisse ausgeschlossen und seine Umwandlung in eine selbständige Gemeinde nicht möglich ist, weil sich ein eignes Gemeindeleben wegen geringer Einwohnerzahl oder räumlicher Trennung der Wohnstätten nicht entwickeln kann."

Der Wortlaut der Bestimmung hat leider anscheinend in Erinnerung an die Bestrebungen, die die Entstehung des Gesetzes begleitet haben, eine allzu restriktive Auslegung erfahren. Sowohl der Minister in seiner Durchführungsverordnung wie auch die an der Durchführung praktisch beteiligten Regierungsstellen und Landgemeinden sind geneigt, diesen Abs. 5 als rein theoretische Ausnahmebestimmung zu behandeln und in der Praxis zu ignorieren. Daß ein Gesetz keine Anwendung finden kann, wenn die Durchführung „unmöglich" ist, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner Erwägung bedurft hätte; denn eine Unmöglichkeit im eigentlichen Sinne besteht nie, da selbst die Schädigung öffentlicher Interessen die Möglichkeit einer Auflösung nicht ausschließt. Die „Unmöglichkeit" des Abs. 5 ist somit, wie die Fassung des Gesetzes auch eindeutig klar ergibt, ein relativer Begriff, der bei vernünftiger Auslegung nur bedeuten kann, daß von der grundsätzlich angestrebten Auflösung abzusehen ist, wenn vernünftige Interessenabwägung, die ihre Grundlage in den örtlich verschiedenen Verhältnissen zu suchen hat, die Auflösung verbietet. Die Anordnung des Ministers des Innern in seiner Durchführungsanweisung v. 27. Dez. 1927, daß die Ausnahme des Gesetzes auf den Fall der „tatsächlich absoluten Unmöglichkeit" zu beschränken sei, erscheint deshalb als eine eigenmächtige Einschränkung der gesetzlichen Ausnahme. Die Wahl des von dem Minister gebrauchten starken Ausdrucks ist aus den Zeitverhältnissen erklärlich. Er darf aber, soll die Auslegung des Gesetzes einen logischen Sinn behalten, kaum wörtlich genommen werden. Es kann nicht Wille des Gesetzgebers sein und ist es auch, wie aus dem Wortlaut des Abs. 5 und mittelbar auch aus Abs. 3 des § 11 zu entnehmen ist, nicht gewesen, die Auflösung, falls überwiegende Interessen öffentlicher Art dagegen sprechen, um ihrer selbst willen trotzdem durchzuführen, weil sie tatsächlich noch nicht absolut unmöglich ist.

Die Entscheidung, soll sie dem Gesetz entsprechen, muß also stets das Ergebnis einer Interessenabwägung sein, wobei allerdings die allgemeinen staatsbürgerlichen und sozialen Ziele grundsätzlich zugunsten der Auflösung erheblich ins Gewicht fallen.

Wenn in dieser letzten Hinsicht nicht überragende Be-

denken bestehen, werden wirtschafts- und steuerpolitische Erwägungen sehr wohl den Ausschlag geben können. Die Fragen der Unterhaltung der öffentlichen Wege, der Vorflut, der Brückenunterhaltung, der Schullasten, der Feuerwehrlasten, der Kreissteuern usw. sind sämtlich Fragen, die bei der Auflösung einer neuen Regelung bedürfen, und an deren ordentlicher Erledigung die Öffentlichkeit stark interessiert ist. Die öffentlichen Interessen decken sich aber keineswegs mit denen der Landgemeinden, die vielfach den Gutsbezirk als das Fell des Bären betrachten werden, über dessen Bezahlung man nicht spricht. Denn die genannten Fragen sind alle mehr oder weniger Geldfragen von teilweise erheblichem Umfang. Ihre Erledigung wird bei leistungsschwachen Gemeinden, und deren Zahl ist bekanntlich nicht gering, auf unlösbare Schwierigkeiten stoßen. Was weiter beispielsweise schlechte Wege- und Wasserverhältnisse für eine große Waldwirtschaft bedeuten, welchen wirtschaftlichen Schaden Interessenverzettelung bei Aufteilung eines großen einheitlich bewirtschafteten Besitzes auf zahlreiche kleine Gemeinden bringen kann, bedarf keiner Erörterung. Alles dies ist deshalb doch zu erwägen bei der Frage, ob und wie ein Gutsbezirk aufgelöst werden soll. Die Frage der Auseinandersetzung lediglich einem Nachverfahren zu überlassen, worauf wenigstens — in mittelbarem Widerspruch zu § 11 Abs. 3 — § 12 des Gesetzes hinzuzielen scheint, wird dem öffentlichen Interesse nicht gerecht. Das Nachverfahren (Entschädigungsverfahren) der gewöhnlichen Enteignung ist grundverschiedenen Charakters und kann zum Vergleich hier nicht angezogen werden. Der Minister hat insoweit zweckdienlich darauf hingewiesen, daß auch diese Fragen vorweg in den Kreis der Betrachtung zu ziehen sind.

Ihre Lösung selbst aber scheint mir verwaltungspraktisch das Kernstück und Problem der Auflösung überhaupt zu sein. Das Gesetz schweigt sich seltsamerweise restlos aus. Die bisherigen Durchführungsverordnungen sind nicht zufriedenstellend, was allerdings mit Rücksicht auf die Mängel des Gesetzes durchaus zu verstehen ist. Man kann der Entwicklung insofern mit einer gewissen Neugierde entgegensehen.

Andererseits wieder hat sich der Minister in seiner Ausführungsanweisung v. 27. Dez. 1927 unter C 2 mit dem Gesetz in Widerspruch gesetzt. Wenn § 11 Abs. 2 sagt:

> „Die Gutsbezirke sind entweder mit Landgemeinden oder Stadtgemeinden zu vereinigen oder mit anderen Gutsbezirken zu einer neuen Landgemeinde oder Stadtgemeinde zusammenzulegen oder allein für sich im ganzen oder in Teilen in Landgemeinden oder Stadtgemeinden umzuwandeln,"

so ist aus seiner zwingenden Fassung zu entnehmen, daß er nicht nur als Richtlinie angesehen werden kann. Er regelt vielmehr abschließend die Möglichkeiten, die bei Auflösung der Gutsbezirke der Praxis gegeben sind.

Nach dem klaren Wortlaut des § 11 Abs. 2 erschöpfen sich diese Möglichkeiten, abgesehen von der Möglichkeit der Umwandlung, darin, daß die Gutsbezirke entweder mit Land- oder Stadtgemeinden zu vereinigen oder mit anderen Gutsbezirken zu einer Landgemeinde oder Stadtgemeinde zusammenzulegen sind. Eine Teilung des Gutsbezirkes kommt insoweit nicht in Betracht, was weiter dadurch bewiesen wird, daß bei der am Schlusse des Abs. 2 § 11 genannten Möglichkeit einer Umwandlung die Worte „ganz oder geteilt" besonders eingefügt sind. Die Möglichkeit der Aufteilung eines Gutsbezirkes an mehrere Gemeinden ist vom Gesetz sonach nicht gegeben. Die Ausführungsanweisung v. 27. Dez. 1927 sagt unter C 1 dementsprechend einleitend richtig, die verschiedenen Möglichkeiten einer Auflösung seien im § 12 Abs. 2 zusammengefaßt, verkennt aber in der folgenden Erläuterung, daß die Aufteilung von Gutsbezirken an mehrere Gemeinden im Gesetz nicht enthalten ist. Die Tatsache, daß unter Ziff. 2 a. a. O. der Minister darüber hinwegsieht und auch die Aufteilung an mehrere Gemeinden als dem Gesetz entsprechend hervorhebt, ändert daran nichts, ändert insbesondere auch nichts daran, daß der Minister nicht berechtigt ist, ohne besondere Ausführungsanweisung das Gesetz zu ergänzen. Eine solche Ermächtigung enthält auch nicht etwa Abs. 4 des § 11, der die „Art" der Auflösung dem Staatsministerium überläßt, da die Art der Auflösung das Verfahren betrifft, durch das die in Abs. 2 vorgesehenen gesetzlichen Fälle durchgeführt werden sollen.

Allerdings sind den durch eine widerrechtliche Aufteilung betroffenen Gutsbezirken ordentliche Rechtsbehelfe nicht gegeben und im Beschwerdeweg ist der Minister letzte Instanz. Praktisch steht deshalb im Auflösungsverfahren die Ausführungsanweisung einem Gesetze gleich. Es können und werden aber etwaige aus widerrechtlicher Aufteilung sich ergebende Folgerungen sehr bald in irgendeiner Form vor die zuständigen Zivil- und Verwaltungsgerichte gelangen, und es stände dann zu erwarten, daß die Gerichte die Rechtswidrigkeit dieser widergesetzlichen Aufteilung, wenn auch nicht im Tenor, so doch in den Gründen feststellen würden. Dem betroffenen Staatsbürger würde evtl. ein Schadensersatzanspruch gegen den Fiskus aus Amtspflichtverletzung zustehen.

Im Zusammenhang damit ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

Der § 12 des Gesetzes spricht in seinem Abs. 3 von Entschädigungen, die dem Gutsbesitzer zu gewähren sind. Diese Entschädigungen beziehen sich aber auf die Mehr- oder Minderbelastungen bei Lösung der oben bereits erwähnten öffentlichen Fragen. Die Erstattung der rein privatrechtlichen Schäden, die dem Gutsbesitzer, abgesehen von dem Fall der Enteignung, die nur gegen vollständige Entschädigung zulässig ist, evtl. durch die Auflösung erwachsen, ist im § 12 nicht erwähnt. Er hat jedoch auch insoweit, und zwar gerade, wenn der Anspruch aus Amtspflichtverletzung nicht in Frage kommt, einen Entschädigungsanspruch, dessen Grundlage im § 75 Einleitung ALR. zu suchen ist.

Eine Rechtslage besonderer Art besteht für die Auflösung derjenigen Gutsbezirke, die zugleich Waldgüter i. S. der §§ 12 ff. der Auflösungsverordnung v. 10. März 1919 sind. Es fragt sich, wie sich diese Bestimmungen zu den §§ 11 ff. des Ges. v. 27. Dez. 1927 verhalten. Das Ges. v. 27. Dez. 1927 sagt selbst nichts. Es ist also zu prüfen, ob und inwieweit die einzelnen Bestimmungen sich dem sachlichen Inhalt nach widersprechen, und dann eventuell, ob die Auflösungsbestimmungen die Waldgutsvorschriften aufheben.

Nach den §§ 12 ff. der Zwangsauflösungsverordnung und den ergänzenden Bestimmungen v. 7. Jan. 1922 ist ein Waldgut eine aus Wald und landwirtschaftlichem Besitz samt Zubehör bestehende Gesamtwirtschaft, die einem Sonderrecht unterworfen ist, das den jeweiligen Eigentümer in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einschränkt, weil die Unterhaltung des Besitztums als wirtschaftliche Einheit im öffentlichen Interesse liegt (§ 12 Abs. 1 Satz 1).

Verfügungen des Besitzers über das Gut oder einzelne dazu gehörende Grundstücke unter Lebenden und Teilungen des Gutes, selbst Veräußerungen im Wege der Zwangsvollstreckung sind an die Genehmigung des Justizministers und des Ministers für Landwirtschaft, Domänen und Forsten gebunden (§ 12 Abs. 4). Auch die Erbfolge ist stark beschränkt (§§ 13 ff.). Die Bewirtschaftung des Grundstückes steht unter strenger Aufsicht. Der Wald muß nach forstwirtschaftlichen Grundsätzen, welche die Nachhaltigkeit der Erträge gewährleisten, bewirtschaftet werden, und für den Schutz und die Bewirtschaftung des Waldes durch genügend befähigte Personen ist Fürsorge zu treffen (§ 12 Abs. 7; § 10 Ziff. 2 der VO. über Familiengüter v. 10. März 1919).

Diese starke Einheitlichkeit des Waldgutes wird durch die VO. v. 20. Sept. 1921, die für Waldgüter einen eigenen Namen und eine eigene grundbuchamtliche Behandlung vorschreibt, noch besonders betont.

Das Ziel aller dieser Bestimmungen ist demnach, die im öffentlichen Interesse liegende Erhaltung der Waldgüter als wirtschaftliche Einheit zu sichern. Man vergleiche § 12 Abs. 1 sowie insbesondere Abs. 5, der besagt, daß die Genehmigung zu einer Teilung oder einer Verfügung nicht erteilt werden soll, wenn die Teilung oder Verfügung dem öffentlichen Interesse widerspricht, und daß sie regelmäßig zu versagen ist, wenn die Teilung oder Verfügung die Erhaltung des Waldgutes gefährdet. Gerade diese letzte Bestimmung ist wichtig.

Das Auflösungsgesetz v. 27. Dez. 1927 bestimmt demgegenüber ganz allgemein, daß die Gutsbezirke aufzulösen sind, und gibt für die Art der Auflösung die genannten verschiedenen Möglichkeiten.

Die Bestimmungen des Auflösungsgesetzes und des Waldgutgesetzes haben also unmittelbar nichts miteinander zu tun. Das Waldgutgesetz beschränkt den Eigentümer in seiner an sich unbeschränkten, aus dem Eigentum fließenden Verfügungs- und Bewirtschaftungsfreiheit. Das Auflösungsgesetz befaßt sich mit einer neu vorzunehmenden kommunalen Einordnung und berührt die Freiheit des Eigentümers an sich nicht. Beide Bestimmungen bestehen nebeneinander. Es muß demnach bei Anwendung der einen Bestimmung die andere beachtet werden.

Daraus ergibt sich, daß, wenn mehrere Möglichkeiten der Auflösung der Gutsbezirke offenstehen, diejenige Art nicht gewählt werden darf, welche mit den Grundsätzen und dem Zweck der Waldgutvorschriften sich in Widerspruch setzt, d. h. welche die Erhaltung des Waldgutes gefährdet. Denn dieses ist nach dem unter IV Ausgeführten der ausgesprochene Zweck der Waldgutverordnungen. Es ist deshalb in den entsprechenden Fällen bei der Auflösung der politischen Gutsbezirke kraft Gesetzes auf die daraus sich eventuell ergebenden privatwirtschaftlichen Folgen Rücksicht zu nehmen.

Zum Schlusse sei auf Folgendes hingewiesen:

Der Reichstag sucht fortwährend nach Maßnahmen, um die Überlastung des RG. abzudämmen, und hat kürzlich wieder ein diesbezügliches Notgesetz verabschiedet. Währenddessen unternimmt das Land Preußen es, im § 12 Abs. 3 wegen der Höhe der Entschädigung bei der Auseinandersetzung den Beteiligten gegen den endgültigen Beschluß der Beschlußbehörde die Klage im ordentlichen Rechtswege zuzubilligen. Bisher war in derartigen Fällen (vgl. § 3 der ö. LO.) die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegeben. Da, wie gesagt, die Auflösung von zirka 12000 Gutsbezirken in Frage kommt, so ist nach den Grundsätzen der Wahrscheinlichkeit mit etwa 25% = 3000 Prozessen zu rechnen, wovon leicht 6—800 bis zum RG. gelangen können, was die Schaffung mindestens eines neuen Senates erforderlich machen wird. Die offensichtliche Abneigung gegen die verwaltungsgerichtliche Regelung erscheint bedauerlich, wenn man bedenkt, daß dadurch der große Erfolg, Trennung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit, für einen bedeutenden Teil von Rechtssachen wieder beseitigt ist.

Kleinere Aufsätze.

Eine bedeutsame Entscheidung der Verwaltungsbehörde zu § 6 PrGrVerkG. vom 10. Febr. 1923.

I.

Das GrVerkG. v. 20. Juli 1925 setzt als Endtermin für die Gültigkeit des alten GrVerkG. v. 10. Febr. 1923 den 4. Aug. 1925 fest. Die Außerkraftsetzung des GrVerkG. hatte jedoch nur die Wirkung, daß die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Rechtsgeschäfte genehmigungsfrei wurden, während es hinsichtlich der vorher liegenden Tatbestände bei der Genehmigungspflicht verblieb (JW. 1926, 2617). So kommt es denn, daß bis heute immer noch in zahlreichen Fällen der Schwarzverkäufer unter Berufung auf den Mangel einer wirksamen Genehmigung sein vor dem 4. Aug. 1925 veräußertes Grundstück in einem erbitterten Kampf mit dem Käufer wiederzuerlangen und so die Folgen einer kurzsichtigen Inflationshandlung wieder rückgängig zu machen versucht. Daß der glückliche Inflationskäufer sich gegen die Herausgabe des Grundstücks sträubt, ist verständlich. Gerichte und Verwaltungsbehörden haben ihm die Verteidigung seines Besitzstandes nicht leicht gemacht. Die Einrede der Arglist wird von der ständigen Rspr. des RG. an derartig strenge Voraussetzungen geknüpft — der Käufer muß dartun, daß der Verkäufer ihn schuldhafterweise über die Erfordernisse der Form des § 313 in einen Irrtum versetzt habe (JW. 1928, 169; 1927, 767; 1924, 535) —, daß in den meisten Fällen diese Einrede versagt. Die Verwaltungsbehörden entschlossen sich nur dann, die an sich zulässige noch nachträgliche Genehmigung zu dem wirklich vereinbarten Vertragsinhalt zu erteilen, wenn Verkäufer und Käufer übereinstimmend die Genehmigung beantragten und den wirklichen Vertragsinhalt offenbarten. Daß bei den widerstreitenden Interessen der Verkäufer jede Mitwirkungshandlung ablehnte, wenn ihm nicht eine angemessene Nachzahlung zugesichert wurde, ist begreiflich. Auch die wiederholten Versuche, die Mitwirkung des Verkäufers durch Klage zu erzwingen oder durch ein Feststellungsurteil die für die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlichen Unterlagen zu schaffen, scheiterten am RG.: JW. 1927, 1929; 1928, 506.

So ergibt sich denn das unerfreuliche Bild, daß trotz Aufhebung des Gesetzes zahllose Schwarzverkaufsprozesse die Gerichte beschäftigten. Auch heute ist der Kampf noch nicht wesentlich abgeebbt.

Ermutigt durch die Rspr. und die Stellungnahme der Verwaltungsbehörden traten und treten immer wieder neue Schwarzverkäufer mit ihrem Begehren auf Rückgabe des Eigentums hervor und beunruhigen so den Käufer, der sich längst als Eigentümer wähnte in seinem Besitzstand. Diese Auswirkungen des GrVerkG. sind nicht nur im volkswirtschaftlichen Sinne im höchsten Maße unerfreulich, sie fordern auch aus moralischen Gründen den schärfsten Widerstand heraus, da derjenige Verkäufer, der vor einem Steuerbetrug zurückschreckte und eine Schwarzbeurkundung ablehnte, sich mit der Verschleuderung seines Grundbesitzes in der Inflationszeit abfinden muß, während dem Schwarzverkäufer das GrVerkG. als Belohnung für seinen Steuerbetrug die Möglichkeit an die Hand gibt, das Grundstück wiederzuerlangen.

Daß unter diesen Umständen der Ruf nach dem Gesetzgeber laut wurde, um diesen zu veranlassen, durch die Schaffung erleichterter Voraussetzungen für die Herbeiführung der nachträglichen Genehmigung das GrVerkG. mit seinen Auswirkungen nach seiner Aufhebung auch praktisch zu liquidieren, ist nicht zu verwundern. Bis jetzt ist über das weitere Schicksal des dem Ausschuß des Landtags vorliegenden, dem erwähnten Wunsche Rechnung tragenden Entwurfs nichts bekanntgeworden.

Das Eingreifen des Gesetzgebers wird jedoch mehr notwendig sein, nachdem der Regierungspräsident in Köln in seinem Beschwerdeentscheid v. 7. Mai 1928, I F Nr. 593 mit der bisherigen dem Verkäufer günstigen Praxis gebrochen und dem § 6 GrVerkG. eine Auslegung gegeben hat, die es ermöglicht, ohne Mitwirkung des Verkäufers auf einseitigen Antrag des Käufers noch nachträglich die nach dem Gesetz erforderliche Genehmigung zu erteilen. In diesem Entscheid wird ausgeführt, daß der Inhalt der wirklich getroffenen Vereinbarungen zweifelsfrei feststehe. In einem derartigen Falle würde es dem Willen des Gesetzgebers entschieden widersprechen, wenn das Genehmigungsverfahren lediglich deswegen nicht eingeleitet werden könnte, wenn der Verkäufer für sich den Wortlaut des § 6 des Ges. anführe, ohne sachliche Gegengründe beizubringen. Dem § 6 sei nicht die Bedeutung einer zwingenden Vorschrift zuzumessen. Diese sei vielmehr nur als Instruktionsvorschrift für die Genehmigungsbehörden anzusehen, auf deren Inhalt die Parteien sich nicht den Genehmigungsbehörden gegenüber berufen könnten. Diesen Standpunkt habe der Regierungspräsident sowohl in dieser Sache, als auch in einer Anzahl ähnlich liegender Fälle dem Herrn Preuß. Volkswohlfahrtsminister vorgetragen. Der Herr Minister sei seiner Auffassung beigetreten. Der nachträglichen Genehmigung auf Grund einseitigen Antrags stünden daher formell Bedenken auf Grund des § 6 des Ges. nicht entgegen.

Die Stellungnahme des Regierungspräsidenten von Köln hat deshalb eine über den Zuständigkeitsbereich des Regierungsbezirks Köln als Beschwerdeinstanz hinausgehende grundsätzliche Bedeutung, weil sie ausweislich der Gründe dieses Entscheids sich mit der Auffassung der obersten Verwaltungsstelle, des Preuß. Ministers für Volkswohlfahrt, deckt und auch vom RG. in seiner soeben bekanntgewordenen Entsch. v. 14. Febr. 1928 (Recht 1928 Nr. 799) gebilligt wird.

Da nach anerkannter Rspr. (JW. 1927, 1042, 1857) die ordentlichen Gerichte nicht in der Lage sind, die Entscheidung der Verwaltungsbehörde auf ihre Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit nachzuprüfen — es sei denn, daß die Verwaltungsbehörde sich überhaupt nicht mehr mit der Genehmigung befassen durfte, weil diese bereits endgültig abgelehnt war (siehe hierzu LZ. 1928, 264 ff.) —, so ist die Stellungnahme der Regierung in Köln, die aller Voraussicht nach wegen ihrer Sanktionierung durch den Minister für ganz Preußen Schule machen wird, von der größten praktischen Bedeutung.

RA. Dr. Max Mendel, Köln.

II.

Die oben mitgeteilte Entsch. des Regierungspräsidenten in Köln ist von außerordentlicher Bedeutung für die Abwicklung der Schwarzkäufe, insbes. auch mit Rücksicht auf die zustimmende Stellungnahme des Volkswohlfahrtsministers. Diese Stellungnahme ist zu begrüßen. Der bisher herrschend gewesene Grundsatz, wonach ein Genehmigungsverfahren hinsichtlich des wirklich vereinbarten Geschäfts nur eingeleitet würde, wenn eine an die Verwaltungsbehörde gerichtete Versicherung beider Vertragsteile vorlag, war geeignet, den Sinn und Zweck des Gesetzes in sein Gegenteil zu verkehren. Es ist im Sturm der Schwarzkaufstreitigkeiten zu oft übersehen worden, daß das Ges.

v. 10. Febr. 1923, wie sein § 4 beweist, ausschließlich öffentliches Recht darstellt und nur zum Schutze gewichtiger Allgemeininteressen erlassen worden ist. Nach § 8 des Ges. gibt es eine Beschwerde nur gegen Versagung, nicht gegen Erteilung der Genehmigung. Das Gesetz geht also davon aus, daß die Vertragsteile ein Interesse nur an der Erteilung der Genehmigung haben können. In Wirklichkeit ist aber das Gesetz von den Grundstücksverkäufern dazu benutzt worden, das vereinbarte Veräußerungsgeschäft, insbes. die Auflassung, unwirksam zu machen, indem die Entscheidung über die behördliche Genehmigung vereitelt wurde. Mit Recht sucht der Regierungspräsident diesem Mißbrauch entgegenzutreten und das Verfahren schon auf Grund einseitiger Anträge des vertragstreuen Teils in Gang zu setzen.

In rechtlicher Beziehung ist zu unterscheiden zwischen dem Antrag auf Genehmigung selbst und der nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 beizufügenden Versicherung der Vertragsteile. Der Antrag kann von einem Vertragsteil allein gestellt werden. Das Gesetz besagt nichts Gegenteiliges. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Genehmigungsantrag von beiden Parteien gestellt werden müßte. § 9 läßt sogar die Antragstellung durch den Notar zu, verlangt also hinsichtlich des Antrags auf Genehmigung keinerlei ausdrückliche Erklärung der Parteien. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen können Verwaltungsanträge von jedem Beteiligten, der ein Interesse an der beantragten Entscheidung hat, gestellt werden. Bei Schwarzkäufen besteht zwar keine Bindung der Parteien an den formungültigen Kaufvertrag, wohl aber eine Bindung an die in den meisten Fällen erfolgte notarielle Auflassung. Daher kann auch hier ein Vertragsteil die Genehmigung der Auflassung beantragen.

Hiervon unabhängig ist die weitere Frage, ob zu einem gültigen Antrage eine schriftliche Versicherung beider Vertragsteile über die Richtigkeit und Vollständigkeit des mitgeteilten Vertrages erforderlich ist. Hier ergeben sich mehrere Unterfragen. Mendel hat oben bereits auf die Rspr. des RG. verwiesen, wonach die Gerichte nicht befugt sind, die materielle Rechtsgültigkeit einer erteilten Genehmigung und, wie hinzugefügt werden muß, die Rechtsgültigkeit einer Bescheinigung über den Eingang des Genehmigungsantrages nachzuprüfen. Vielmehr unterliegt es dem Ermessen der Verwaltungsbehörde, welche Anforderungen sie hinsichtlich der Versicherung der Vertragsteile stellen will. Daß diese Versicherung lediglich zur Aufklärung der Behörde bestimmt ist und nicht etwa einen Formalakt darstellt, ergibt sich ganz klar aus der Regelung im § 6 Abs. 1 Nr. 2. Hiernach unterliegt es dem Ermessen der Behörde, ob sie eine Erstreckung der Versicherung auf andere im Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte verlangen und ob sie die Abgabe der Versicherung an Eides Statt fordern will oder nicht. Dem Regierungspräsidenten in Köln ist deshalb darin beizutreten, wenn er das Genehmigungsverfahren auch beim Fehlen der Versicherung eines Vertragsteils durchführt, sofern der Inhalt der wirklich getroffenen Vereinbarung für die Behörde zweifelsfrei feststeht.

Bedeutungsvoll wird diese Frage aber in denjenigen Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde sich zur Einleitung des Genehmigungsverfahrens nicht bereit erklärt, insbes. die Eingangsbescheinigung nach § 6 Abs. 2 nicht erteilt hat. In solchen Fällen fragt es sich, ob die Genehmigung nach § 7 Abs. 4 als erteilt gelten kann, wenn die Verwaltungsbehörde drei Wochen lang geschwiegen hat. Hier bedarf es der grundsätzlichen Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen ein rechtsgültiger Genehmigungsantrag, der die Dreiwochenfrist in Lauf setzt, gegeben ist. Da nach dem Wortlaut des § 6 dem Genehmigungsantrag eine schriftliche Versicherung der Vertragsteile beizufügen ist, so wird man wohl sagen können, daß die Versicherung nur einer Partei nicht ausreicht. Die Verwaltungsbehörde kann sich zwar mit der Versicherung einer Partei begnügen, wenn sie glaubt, daß nach den Umständen des Falles diese Versicherung ausreichende Aufklärung über den wahren Inhalt des Rechtsgeschäftes bringt. Dagegen muß die Behörde sich mit der Versicherung einer Partei nicht begnügen; sie ist vielmehr berechtigt, die Versicherung beider Vertragsteile zu fordern. Eine weitere Frage ist es aber, ob die schriftliche Versicherung der Vertragsteile eine solche sein muß, die unmittelbar an die Verwaltungsbehörde gerichtet ist. In den Schwarzkauffällen wird meist eine eidesstattliche Versicherung, in der die wirklichen Vertragsvereinbarungen dargelegt werden, bei Gericht eingereicht, um die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuche zu erwirken. Einer solchen eidesstattlichen Versicherung kommt größere Beweiskraft zu, als der im § 6 Abs. 1 Nr. 2 geforderten einfachen schriftlichen Versicherung. Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß die Verwaltungsbehörde berechtigt ist, sich mit einer solchen Versicherung zu begnügen, wenn sie ihr in beglaubigter Abschrift eingereicht wird. Man wird aber einen Schritt weitergehen und annehmen dürfen, daß ein Genehmigungsantrag, dem die schriftliche Versicherung des Antragstellers sowie beglaubigte Abschrift einer eidesstattlichen Versicherung des Vertragsgegners beigefügt ist, den Bestimmungen des § 6 Abs. 1 Nr. 2 genügt und die Dreiwochenfrist in Lauf setzt. Ein Gegenargument könnte nur aus der Fassung der Ziff. 2 hergeleitet werden, wonach beizufügen ist „eine schriftliche Versicherung der Vertragsteile, daß der zwischen ihnen geschlossene Vertrag richtig und vollständig mitgeteilt ist, insbes. der Vertragsinhalt mit den tatsächlich getroffenen Vereinbarungen übereinstimmt und keine weiteren Nebenabreden getroffen worden sind". Es wäre aber unrichtig, hieraus zu folgern, daß die schriftliche Versicherung sich auf die richtige und vollständige Mitteilung des Inhalts des Vertrages an die Verwaltungsbehörde beziehen muß. Wie der Zusammenhang der Vorschrift ergibt, bedeutet der Ausdruck „mitgeteilt" nichts anderes als „verlautbart". Tatsächlich wird ja nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Vertragsinhalt in der Regel der Behörde nur dadurch mitgeteilt, daß ihr eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Vertrages nebst Anlagen überreicht wird. Hieraus und aus dem mit „insbesondere" eingeleiteten Satzteil ergibt sich, daß unter Mitteilung des Vertragsinhalts nur die Verlautbarung in der Vertragsurkunde verstanden wird. Überdies pflegt die dem Gericht im einstweiligen Verfügungsverfahren eingereichte eidesstattliche Versicherung sich in der Regel auch darüber auszulassen, daß und inwieweit die der Genehmigungsbehörde mitgeteilte Vertragsfassung von dem wirklichen Inhalt der Vereinbarungen abweicht.

Es ist zu hoffen, daß sich bei Behandlung der Genehmigungsanträge nunmehr eine weniger formalistische Auffassung durchsetzen wird, die zu einer endlichen Abwicklung der noch unerledigten Schwarzkauffälle führen kann.

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Zu § 24 des Grunderwerbsteuergesetzes v. 12. Sept. 1919.

(RGBl. 1919, 1625.)

1. Die Schwierigkeiten, die sich bei Veräußerungen von Grundstücken daraus ergeben, daß der Käufer durch Nichtzahlung der GrErwSt. seine Eintragung als Eigentümer ins Grundbuch und die Eintragung der für den Verkäufer ausbedungenen Restkaufgeldhypotheken verzögert, sind in der Entsch. des RG. (JW. 1927, 2919) mit den Anmerkungen von Jacobi (JW. 1928, 174) und Lippmann (JW. 1928, 497) gewürdigt. Der § 24 GrErwStG. bringt große Härten für den Verkäufer mit sich; dieser bleibt sogar bis zur Eintragung des Erwerbers Schuldner der Grund- und Mietzinssteuer. Noch schlimmer ist die Sache für die Gläubiger des Käufers, die nach § 147 Abs. 1 ZwVG. zwar mit Zwangsverwaltung, nicht aber mit Zwangsversteigerung vorgehen können.

2. Unhaltbare Zustände haben sich im Zwangsversteigerungsverfahren ergeben, wenn der Ersteher die GrErwSt. nicht zahlt. Das GBA. kann ihn, obgleich er nach § 90 ZwVG. Eigentümer geworden ist, nicht eintragen. Seine Gläubiger haben keinen Zugriff auf dieses oft einzige Vermögensstück, wenn sie nicht die Steuer für ihn zahlen. Die dinglichen Gläubiger können zwar aus den ihnen übertragenen Forderungen nach § 133 ZwVG. vorgehen; dazu gehören aber nur die Zinsen bis zum Zuschlag. Die Zinsen für die Zeit nach dem Zuschlag können sie nur wegen Verzuges fordern; sie sind dinglich nicht gesichert. Wegen dieser Zinsen, für die nur der Ersteher persönlich haftet, können sie die Zwangsversteigerung des Grundstücks vor der Eintragung des Erstehers nicht betreiben.

3. Die GrErwSt. ist nach § 20 GrErwStG. keine öffentliche Last des Grundstückes i. S. des § 10 Ziff. 3 ZwVG., sondern eine persönliche Steuer. Die Verhinderung der Eintragung des Erwerbers im Falle der Nichtzahlung der Steuer ist ein recht schlechtes Mittel, um die Zahlung zu erzwingen. Denn, solange der Erwerber nicht eingetragen ist, kann auch das FinA. nach § 17 ZwVG. die Zwangsversteigerung gegen ihn nicht betreiben. An den Veräußerer kann es sich nur bei freiwilliger Veräußerung halten. Wird die Zwangsversteigerung gegen ihn als eingetragenen Eigentümer beantragt, so kann der Erwerber nach § 771 ZPO. widersprechen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß eine gesetzliche Änderung notwendig ist. Wenn die GrErwSt. verdinglicht wird, so daß das Grundstück für sie haftet, hat die Steuerforderung in der Zwangsversteigerung, die sich gegen den eingetragenen Eigentümer richtet, ohne daß der Erwerber widersprechen kann, den Rang aus § 10 Ziff. 3 ZwVG. Die Bestimmung des § 24 GrErwStG. ist dann überflüssig. Ihre Beseitigung ist aus Gründen der Sicherheit des Grundbuchverkehrs dringend zu fordern. Die persönliche Haftung des Veräußerers und des Erwerbers für die GrErwSt. mag daneben bestehen bleiben.

AGR. Dr. Peters, Teterow (Mecklenb.).

Sind die Landesgesetze noch gültig, die bei bloßer Beschränkung des Grundeigentums eine Entschädigung versagen?

Die aufgeworfene Frage ist von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Das zeigt schon ein Blick auf die Preuß. Bestimmungen und vor allem auf ihre jetzige Anwendung durch die Gemeinden. Das PrFluchtlG. v. 2. Juli 1875 gab den Gemeinden das Recht, die durch die festgesetzten Straßenfluchtlinien für Straßen und Plätze bestimmte Grundfläche dem Eigentümer zu entziehen (§ 11). Die Gemeinde ist aber zu diesem Erwerb nicht verpflichtet, und dann entsteht ein für den Grundeigentümer sehr schädlicher Zwischenzustand, der unbestimmte Zeit andauern kann. Er darf sein Grundstück nicht

bebauen und kann die Gemeinde zum Erwerb nicht zwingen. Eine Entschädigung wegen der Baubeschränkung ist ihm durch § 13 FluchtlG. im allgemeinen versagt. Das PrWohnMangG. v. 28. März 1918 hat die Bestimmungen, die bisher nur für Straßen und Plätze galten, ausgedehnt auf Gartenanlagen, Spiel- und Erholungsplätze. Und von dieser Rechtsgrundlage machen die Gemeinden jetzt umfangreichen Gebrauch, indem sie große Gebiete zu Freiflächen erklären, ohne dieselben jedoch zwangsweise zu erwerben.

Die Rechtsfrage geht also an dem Beispiel des preuß. Rechtes dahin, ob der § 13 FluchtlG., der in solchem Falle eine Entschädigung versagt, durch Art. 153 RVerf. aufgehoben ist. Schon der im ordentl. Verfahren fortgesetzte Fluchtlinienplan bewirkt auch für Gartenanlagen, Spiel- und Erholungsplätze eine Enteignung des Grundeigentums. Der Art. 153 RVerf. lautet:

„Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus dem Gesetz."

So kann also auch ein Landesgesetz dem Eigentum Schranken setzen. Würde daher das PrFluchtlG. die aus dem Eigentum fließenden Rechte allgemein, d. h. für jeden Eigentümer jedes Grundstücks allein durch das Gesetz beschränken, so läge darin keine Enteignung i. S. des Art. 153. In Wirklichkeit gibt aber das FluchtlG. der Behörde nur die Befugnis, durch eine Handlung der Verwaltung — Festlegung von Fluchtlinien — das Eigentum an einzelnen Grundstücken aller oder gewisser Eigentumsrechte zu entkleiden, die der Gesamtheit der Grundstücke unverändert verbleiben. So sagt auch das RG. 116, 271:

„Das Hamb. Denkmal- u. NaturschutzG. v. 6. Dez. 1920 hat nicht allgemein ausgesprochen, daß im hamb. Gebiet kein Eigentümer sein Grundstück ohne Genehmigung der Denkmalsschutzbehörde verändern dürfe, es hat vielmehr nur die Möglichkeit gegeben, daß durch eine besondere Verwaltungsmaßnahme, nämlich die Eintragung in die Denkmalsliste, die Eigentümer bestimmter Grundstücke in ihrem Recht mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB.), beschränkt werden."

Denselben Charakter hat die Beschränkung durch das FluchtlG., und sie stellt daher ebenfalls eine Enteignung i. S. des Art. 153 dar, für die eine völlige Entziehung des Eigentums nicht erforderlich ist.

Damit ist auch die Pflicht zur Entschädigung gegeben. Hierüber heißt es in der angeführten Entsch. weiter (S. 273):

„Inzwischen hat aber das Reich in Art. 153 Abs. 2 RVerf. den Grundsatz ausgesprochen, daß nur gegen angemessene Entschädigung enteignet werden dürfe, soweit nicht durch RGes. ein anderes bestimmt sei. Mit Recht hat deshalb das BG. angenommen, daß das nach Inkrafttreten der Reichsverfassung erlassene hamb. Denkmals- u. NaturschutzG. nicht in der Lage war, von sich aus eine entschädigungslose Enteignung anzuordnen."

Daß Art. 153 nicht nur entgegenstehendes neues Landesrecht hindert, sondern auch das entgegenstehende alte Landesrecht aufhebt, ist vom RG. auch schon ausgesprochen worden, und zwar in RG. 104, 138, wo gesagt wird:

„Dagegen müssen die Landesgesetze, die wegen der Höhe der Entschädigung im Streitfall den Rechtsweg bei dem ordentl. Gericht nicht offenhalten, insoweit als durch die zwingende Vorschrift des Art. 153 beseitigt gelten."

Zwingend ist aber Art. 153 nicht nur in der Vorschrift über die Offenhaltung des Rechtsweges, sondern ebenso in der Bestimmung: „Keine Enteignung ohne angemessene Entschädigung". Frühere Landesgesetze sind also auch insoweit, als sie die Enteignung ohne Entschädigung zulassen, aufgehoben, und hierunter fällt auch § 13 PrFluchtlG. Nur ein RGes. könnte ein anderes bestimmen, und dieses RenteignG. ist bisher nicht erlassen. Ein RGes. in diesem Sinne liegt nur vor, wenn einheitliches Recht für das ganze Reich geschaffen wird. Landesrecht wird nicht dadurch zum Reichsrecht, daß es vom BGB. unberührt geblieben ist. Wenn also der Art. 109 EGBGB. bestimmt, daß das Landesrecht über Enteignung vom BGB. unberührt bleiben soll, so ist dadurch das PrFluchtlG. nicht zu einem RGes. geworden, welches den Grundsatz des Art. 153 RVerf. abändern kann. —

JR. Dr. Kurt Schlichting, Berlin.

Ist zur Bestellung einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit und zu deren Veräußerung nach geltendem Recht Auflassung erforderlich?

Durch das preuß. Ges. v. 22. Febr. 1869 (GS. 401) waren zunächst die Rechtsverhältnisse des Stein- und Braunkohlenbergbaus in den (in § 1 das. aufgeführten) vormals sächsischen Landesteilen, in denen auf Grund des kurfürstlich-sächsischen Mandats v. 19. Aug. 1743 die anstehenden Stein- und Braunkohlen (abweichend von § 1 AllgBergG. v. 24. Juni 1865) dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegend, neu gesetzlich geregelt und bestimmt worden, daß „eine gerichtliche oder notarielle Erklärung" des Grundeigentümers sowohl zur Begründung des Kohlenabbaurechts als selbständige Gerechtigkeit, wie zur Veräußerung des Abbaurechts an einen Dritten erforderlich und ausreichend war und daß auf die Veräußerung einer so begründeten Kohlenabbaugerechtigkeit die für verliehenes Bergwerkseigentum geltenden Vorschriften anzuwenden waren (§§ 2 und 4 des Ges.). Mit dem Inkrafttreten der preuß. GBO. und des EigentumserwerbsG. v. 5. Mai 1872 war daher für die Veräußerung einer bestehenden selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit, sofern sie als solche auf einem besonderen Grundbuchblatte — auf Antrag: § 6 des Ges. v. 22. Febr. 1869! — gebucht war (vgl. Johow, Entsch. der Apellationsgerichte Bd. 7 S. 162), Auflassung erforderlich: § 52 AllgBergG.; §§ 1 f., 69 PrGBO. (vgl. Turnau, PrGBO., 4. Aufl. Bd. I S. 628 Anm. 4 und S. 832 sowie Bd. II S. 149; Arndt, AllgBergG., 2. Aufl. S. 325).

Durch Art. 68 EGBGB. sind die landesgesetzlichen, diese Kohlenabbaugerechtigkeiten betreffenden Vorschriften aufrechterhalten und dabei die entsprechende Anwendung der §§ 1015, 1017 BGB. vorgeschrieben (vgl. auch § 84 GBO.); in Art. 38 AGBGB. sind dazu die §§ 2—8 des Ges. v. 22. Febr. 1869 in Anpassung an das Reichsrecht abändernde Vorschriften erlassen worden; danach war nunmehr — entsprechend der durch Art. 68 EGBGB. vorgeschriebenen Anwendung der §§ 1015, 1017 BGB. für die Bestellung einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit für einen Dritten ebenso wie für die Veräußerung einer solchen die „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte zu erklärende" Einigung des Grundstückseigentümers bzw. des Veräußerers und des Erwerbers, d. h. die „Auflassung", und die Eintragung im Grundbuch erforderlich: §§ 3 Abs. 2, 5 des Ges. i. d. Fass. des Art. 38 AGBGB. (vgl. dazu die amtliche Begründung der AusfG. [in Guttentags Verlag] S. 68 f.).

Dieser Rechtszustand hat eine Änderung erfahren mit dem Inkrafttreten der ReichsVO. über das Erbbaurecht v. 15. Jan. 1919 (RGBl. 72).

Eine selbständige Kohlenabbaugerechtigkeit ist das veräußerliche und vererbliche Recht, ein Bauwerk — Kohlenbergwerk — auf einem Grundstück zu haben, also im reichsrechtlichen Sinne ein Erbbaurecht nach § 1012 BGB., ist als solches jedenfalls im System des BGB. behandelt, wie aus der reichsrechtlichen Vorschrift des Art. 68 EGBGB. über Anwendung der §§ 1015, 1017 BGB. auf derartige aufrechterhaltene landesgesetzliche Vorschriften über Belastung von Grundstücken unzweifelhaft erhellt. Mit Aufhebung der ursprünglichen Vorschriften des BGB. über das Erbbaurecht und mit der Bestimmung, daß an deren Stelle, soweit auf sie in Reichs- oder Landesgesetzen verwiesen ist, die Bestimmungen der ErbbaurechtsVO. zu treten haben (§§ 35, 36 der VO.), ist ohne weiteres reichsgesetzlich an Stelle der durch Art. 68 EGBGB. vorgeschriebenen Anwendung der §§ 1015, 1017 BGB. auf die selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen der ErbbaurechtsVO. für vorgeschrieben zu erachten. Nach § 11 dieser VO. ist aber von den auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften des BGB. fortan die Anwendung derjenigen über Auflassung (§ 925 BGB.) für das Erbbaurecht ausdrücklich ausgeschlossen, nur die Vorschrift des § 313 BGB. (über einen zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichtenden Vertrag) für anwendbar erklärt. Es bedarf somit ein Vertrag, durch den sich der Grundstückseigentümer einem Dritten gegenüber zur Bestellung einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit oder der Eigentümer einer solchen zu deren Veräußerung an einen anderen verpflichtet, um rechtsverbindlich zu sein, zwar weiter, wie bisher, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Zur dinglich wirksamen Bestellung einer Kohlenabbaugerechtigkeit für einen Dritten oder zu deren Veräußerung und zur Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch ist aber — ebenso wie zu jeder Begründung oder Veräußerung eines Erbbaurechts — künftig außer dem entsprechenden Antrage (§ 13 GBO.) nur der Nachweis der Einigung der Beteiligten (§ 873 BGB.; § 20 GBO.) erforderlich, der in der Form des § 29 GBO. zu erfolgen hat. „Auflassung" ist nach geltendem Recht nicht erforderlich!

Daß in § 3 Abs. 2 des Ges. v. 22. Febr. 1869 i. d. Fass. des Art. 38 AGBGB. zur Bestellung einer Kohlenabbaugerechtigkeit seitens des Grundstückseigentümers für einen Dritten die „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem GBA. zu erklärende Einigung", in § 5 das., die Anwendung der auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften des BGB., namentlich derjenigen über den Eigentumserwerb schlechthin, also für Veräußerung von Kohlenabbaugerechtigkeiten Auflassung vorgeschrieben ist, steht nicht entgegen, diese Vorschriften sind insoweit für aufgehoben zu erachten; denn wenn auch nicht dem Wortlaut und der Form nach, so enthält die in Art. 38 § 3 AGBGB. — wohl des Zusammenhangs wegen — erfolgte Wiederholung der reichsrechtlichen Bestimmungen über Auflassung (§§ 1015, 925 BGB.) doch der Sache nach lediglich eine Verweisung auf jene (nach Art. 68 EGBGB. ja ohnehin anzuwendenden!) reichsgesetzlichen Vorschriften, so daß gem. § 36 ErbbaurechtsVO. deren Vorschriften für die Bestellung und

Veräußerung selbständiger Kohlenabbaugerechtigkeiten fortan für maßgebend zu erachten sind. Aus dieser Erwägung hat auch das KG. in einem Beschlusse (Johow 53 A, 150) die Vorschriften der ErbbaurechtsVO. (§ 11) für die Begründung und Veräußerung von Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover für anwendbar erklärt, obwohl das — diese Gerechtigkeiten regelnde — preuß. Ges. v. 4. Aug. 1904 (GS. 235) in § 2 Abs. 2 wörtlich mit § 3 Abs. 2 in Art. 38 AGBGB. übereinstimmende Vorschriften über die Bestellung einer solchen Gerechtigkeit seitens des Grundstückseigentümers für einen Dritten enthält: das KG. erblickt darin zwar nicht der Form, wohl aber der Sache nach nur eine Verweisung auf § 1015 BGB. — übrigens ist auch in Güthe-Triebels Kommentar, 4. Aufl., in welchen Bd. II S. 1513 auf diese KG-Entsch. wegen der Salzabbaugerechtigkeiten verwiesen wird, in Bd. II S. 1511 in Anm. 37 zu Art. 22 AGGBO. schon hervorgehoben, daß die durch Art. 38 § 3 Abs. 2 AGBGB. getroffenen Vorschriften über Begründung einer Kohlenabbaugerechtigkeit „neuerdings durch die VO. über das Erbbaurecht v. 15. Jan. 1919 wesentlich geändert sind (§§ 11, 35 der VO.)", freilich ohne in eine Erörterung dieser allerdings wesentlichen Änderungen einzutreten.

Geh. JR. Mathy, Halle a. d. S.

Entgegnung.

Zur Auslegung des § 101 VVG.

Das von Hellweg (JW. 1928, 545) zum Ausgangspunkt gewählte Urteil (RG. 102, 351) ist infolge der übermäßig ausführlichen Wiedergabe von Erwägungen zur Veranschaulichung nicht geeignet; behufs Klarstellung sei daher folgender Fall gewählt: Eingetragen ist eine Hypothek für Primus und eine für Sekundus; nun führt der Eigentümer vorsätzlich den Brandschaden herbei, der Versicherer ist folglich leistungsfrei (§ 61 VVG.). Ein Angehöriger des Eigentümers beseitigt (in der Hoffnung, hierdurch die Zwangsversteigerung abzuwenden) aus eignen Mitteln den Schaden durch Wiederaufbau. Hier kann keiner der beiden Hypothekare auf Grund des § 101 VVG. vom Versicherer Zahlung der Hypothek verlangen; denn das wiederhergestellte Gebäude tritt an Stelle des beschädigten von selbst wieder in den Pfandverband (Mot. 3, 655) und hierdurch erlischt endgültig die Haftung der Versicherungsforderung; der Hypothekgläubiger muß damit zufrieden sein, wenn ihm die frühere Sicherheit wiederverschafft wird. Die Haftung der Versicherungsforderung ist in § 1127 im Interesse des Realkredits eingeführt, um den Gläubiger gegen den durch Untergang des Gebäudes drohenden Schaden zu schützen, dieser aber ist durch die Wiederherstellung des Gebäudes ausgeglichen. Diese Erwägung greift auch durch, wenn nicht die Pfandhaftung der Versicherungsforderung (§ 1127), sondern ein unmittelbarer Anspruch des Hypothekgläubigers gegen den Versicherer auf Grund des § 101 besteht. Kommt es trotz der erfolgten Wiederherstellung des Gebäudes zur Zwangsversteigerung und fällt hierbei die Hypothek des Sekundus aus, so kann dieser nach § 101 vom Versicherer Zahlung verlangen; die ihm an sich nach § 102 obliegende Verpflichtung zur Übertragung seiner Hypothek auf den Versicherer ist durch deren Ausfall und Löschung gegenstandslos. Dagegen ist es nicht wohl denkbar, daß auch Primus, dessen Hypothek unverändert stehen geblieben ist, den gleichen Anspruch gegen den Ersteher hat; denn hier greift die eben gedachte Erwägung ein: wie die Haftung des Versicherers gegenüber dem Eigentümer und seine Pfandhaftung gegenüber dem Hypothekgläubiger nur bezweckt Abwendung des durch den Brand entstehenden Schadens, so verfolgt auch die unmittelbare Haftung des Versicherers gegenüber dem Hypothekgläubiger nur diesen Zweck; sie besteht folglich nur, soweit ein Schade vorliegt, und ist danach nicht gegeben, wenn der Gläubiger durch den Verlust der Sicherheit keinen Schaden erleidet, weil dieser durch den Neubau ausgeglichen ist. Danach findet, wie gegen Hellweg anzunehmen, Abs. 2 des § 1127 auch im Fall des § 101 VVG. Anwendung. — Hellweg will im erstgedachten Fall dem Dritten, der aus eignen Mitteln den Wiederaufbau bewirkt, einen Bereicherungsanspruch gegen den Versicherer geben. Das erscheint nicht richtig: durch den Wiederaufbau bereichert ist der Grundstückseigentümer (Versicherungsnehmer); dieser hat durch die Leistung des Dritten etwas erlangt, nicht der Versicherer, dem die zwischen jenen beiden erfolgte Vermögensverschiebung mittelbar, indirekt zustatten kommt (RG. 92, 83).

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

Schrifttum.

Franz Dochow: Landwirtschaftsrecht. (Jedermannsbücherei.) Breslau 1927. Verlag Ferdinand Hirt. 83 S. Preis 3,50 *M*.

Ein Code rural wie in Frankreich besteht in Deutschland nicht und das hat zur Folge, daß auch zusammenhängende Darstellungen dieses Gebietes selten sind. Das vorl. Buch will aus verschiedenen früheren Aufsätzen des Verf., die zum Teil in landwirtschaftlichen Zeitschriften erschienen sind, eine Darstellung des Sonderrechts der Landwirtschaft bieten. Nach einer allgemeinen Einleitung behandelt er ganz kurz 1. Land-, Wasser- und Wegenutzung, 2. Waldnutzung, 3. Tierhaltung, Jagd und Fischerei, 4. Feld- und Waldschutz insbes. auch die Schädlingsbekämpfung, 5. Genossenschaften, worunter er jedoch fast ausschließlich die öffentlichen Genossenschaften versteht und 6. Landarbeiterrecht. Das Büchlein ist um so wertvoller als der als Jurist bekannte Verf. auch offensichtlich über gute land- und forstwirtschaftliche Kenntnisse verfügt und auf den Ergebnissen der landwirtschaftlichen Betriebslehre aufbauen kann, auf deren neueste Schriften er sehr dankenswerte Hinweise gibt. Im übrigen ist die Darstellung, wie sich aus der Entstehungsgeschichte aus einzelnen Zeitschriftenaufsätzen erklärt, nicht ganz einheitlich: Zum Teil gibt sie eine Übersicht über die einschlägige Rechtsentwicklung der letzten Jahre, zum Teil gibt sie den Inhalt der Gesetze in engem Anschluß an deren Wortlaut wieder, zum Teil stellt sie rechtspolitische Forderungen auf. Bei den letzteren halte ich für sehr bedenklich, daß der Verf. mit Rücksicht darauf, daß auch der landwirtschaftliche Betrieb regelmäßig Einnahmen erstrebt und einer fortschreitenden Mechanisierung unterliegt, die Landwirtschaft entgegen dem herkömmlichen juristischen Sprachgebrauch als ein Gewerbe ansprechen will. Es muß das um so mehr zu einer Verwirrung des juristischen Sprachgebrauchs führen als weder die Gewerbeordnung noch die einschlägigen Steuergesetze, die der Verf. nicht berücksichtigt, die Landwirtschaft ausdrücklich aus dem von ihnen im engeren Sinne verstandenen Begriff des Gewerbes ausschließen und die Landarbeitsordnung beide Begriffe zueinander in Gegensatz stellt. Der Laie, auf den doch das Buch vornehmlich berechnet ist, kann daraus leicht irrige Folgen ziehen. Ebenso ist es irreführend, wenn S. 14 gesagt ist, daß eine Gesellschaft, die Land- oder Forstwirtschaft treibt, selbstverständlich Kaufmann ist; es trifft das doch auch von den Handelsgesellschaften nur auf die Körperschaften zu. Unzutreffend ist es auch, wenn der Verf. S. 34 sagt, daß das Anerbenrecht wie das Fideikommißrecht Unteilbarkeit vorsieht. Aber diese und andere Flüchtigkeiten, die auf den Laien leicht verwirrend wirken, vermögen nichts daran zu ändern, daß der Jurist sich aus ihm über das ihm vielfach nicht geläufige Gebiet wertvolle Anregungen holen kann. Für ein tiefergehendes Studium wird er ja ohnedies auf Spezialwerke zurückgreifen müssen.

Prof. Dr. Molitor, Leipzig.

Julius v. Gierke, Professor an der Universität Göttingen: Sachenrecht. 2. Aufl. Band IX der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Herausgegeben von den Professoren Dr. Kohlrausch und Dr. Kaskel in Berlin. Berlin 1928. Verlag von Julius Springer. 191 S.

Die Herausgeber der Enzyklopädie verfolgen mit der Darstellung der einzelnen Gebiete der Rechts- und Staatswissenschaft einen dreifachen Zweck. In erster Linie soll die Darstellung dem Studierenden dienen. Sie soll ihm den an der Universität vorgetragenen Lehrstoff in knapper Form vorführen und ihn zum Arbeiten und selbständigen Denken und — an der Hand der angegebenen Hilfsmittel — zum weiteren Forschen anregen. Weiter aber soll die Enzyklopädie auch dem im Berufe stehenden Juristen (Rechtsanwalt, Richter, Verwaltungsbeamten) die Möglichkeit bieten, sich schnell den leicht verlorengehenden Überblick über das ganze Gebiet wieder zu verschaffen und den inneren Zusammenhang des Ganzen zu vergegenwärtigen. Endlich soll sie auch dem Nichtfachmann ein Mittel bieten, sich gelegentlich über eine an ihn herantretende Frage zu orientieren.

Das jetzt in zweiter Auflage vorliegende Sachenrecht des Prof. Julius v. Gierke entspricht diesen Zwecken auf das beste. Die Darstellung behandelt das Sachenrecht im wesentlichen in Anlehnung an die Reihenfolge des BGB., geht daher vom Besitz aus und erörtert danach das Liegenschaftsrecht (formelles und materielles Grundbuchrecht) im allgemeinen. Hieran schließt sich die Lehre vom Eigentum mit dem Reichssiedlungsrecht und der Heimstätte. Ihm folgt die Lehre von den beschränkten dinglichen Rechten mit der Aufwertung der Grundpfandrechte, und danach die Darstellung des Pfandrechts an beweglichen Sachen und an Rechten. Im Anhange sind Muster für

ein preuß. Grundbuchblatt und einen preuß. Hypothekenbrief angefügt. Auch fehlt ein Sachregister nicht.

Die Darstellung ist durchweg klar und durchsichtig. Von einer Erörterung der zahlreichen Streitfragen des Sachenrechts sieht der Verf. mit Recht dem Zwecke des Buches entsprechend ab und gibt dazu nur der seiner Meinung nach richtigen Ansicht Ausdruck. Zahlreiche Verweisungen auf Literatur und Rspr. ermöglichen es aber, im Einzelfalle einer streitigen Frage weiter nachzugehen und das Für und Wider kennenzulernen.

So ist das Buch ein ganz ausgezeichnetes Hilfsmittel für den Studierenden, unter welchem ich insbes. auch den Referendar im Vorbereitungsdienst verstehe. Aber auch der im Berufe stehende Praktiker wird es mit Erfolg benutzen. Mir wenigstens ist es oft Bedürfnis, ein derartiges Buch zur Hand zu nehmen, um den Überblick über das Ganze nicht aus den Augen zu verlieren und um Vergessenes oder Halbvergessenes mir wieder in das Gedächtnis zurückzurufen.

Ungenau ist die Bemerkung S. 4 oben, daß sich das ZwVG. ebenso wie die GBO. nur auf Grundstücke beziehe, da ersteres auch die Zwangsversteigerung der Schiffe regelt. S. 30 finden wir, daß nach der Meinung des Verf. die Einigung und die Eintragung zusammen den dinglichen Vertrag bilden sollen. Wenn S. 99 zu lesen ist, daß beim neuen Erbbaurecht Tilgungshypotheken mündelsicher sein sollen, wenn ... die Tilgungszeit nicht kürzer ist als die Erbbaurechtszeit, so ist das „nicht" wohl nur ein Druckfehler. Denn nach § 20 I 3 ErbbauVO. muß die planmäßige Tilgung spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts endigen.

SenPräs. a. D. Dr. Reinhard, Dresden.

Walter Tänhardt, Direktor der Fachkammer für Gartenbau in Dresden: **Die Stellung des Gartenbaues im Wirtschaftsleben und im geltenden Recht.** Verlag der Fachkammer für Gartenbau in Dresden, Sidonienstraße 11. 1928.

Die Arbeit will dazu beitragen, die sog. „Gärtnerische Rechtsfrage" ihrer endgültigen Lösung näherzubringen, insbes. auf dem arbeitsrechtlichen Gebiete.

Der erste Teil handelt vom Gartenbau und seiner Stellung im Wirtschaftsleben: in den verschiedenen Beziehungen zur Landwirtschaft und den Ergebnissen aus denselben, ferner von den Wesensunterschieden zwischen Gartenbau und Gewerbe.

Ein zweiter Teil behandelt Gesetzgebung und Verwaltungsmaßnahmen in ihrem Verhältnis zum Gartenbau; Zuständigkeit, berufsständische Vertretung, Agrargesetzgebung in bezug auf Gartenbau, Finanzpolitik, Statistik, Zoll- und Steuergesetzgebung, Ausbildungswesen, Sozialversicherung und Arbeitsrecht.

Ergebnis: Da der Beruf der Gärtnerei rechtlich restlos zur Landwirtschaft gehört, wäre es unverständlich, wenn ein gewerbliches Arbeitsschutzgesetz, das die Land- und Forstwirtschaft aus seinem Bereich ausschließt, den Gartenbau einbeziehen würde.

Ein dritter Teil behandelt den Gartenbau und das kommende Recht, die Ablehnung der Unterstellung unter das Gewerberecht, insbes. in bezug auf Arbeitszeit und Kinderarbeit und fordert die Regelung eines besonderen Arbeitsrechts innerhalb des jeweiligen Landwirtschaftsrechts.

Ein vierter Teil enthält die Materialsammlung (Erlasse, Entsch. usw.) betr. Landwirtschaftskammergesetz, Begriff „Kunst- und Handelsgärtnerei", Ablehnung einer Beitragspflicht zu Gewerbe- und Handelskammern, Arbeiter- und Betriebszählung, Nebenbetrieb und Hauptbetrieb, Ablehnung von Gewerbesteuer, Beurteilung nach der Reichsversicherungsordnung, Stellungnahme gegen einen Bescheid des Reichsarbeitsministers v. 9. Dez. 1920, Unzuständigkeit der Gewerbegerichte, Beurteilung des Titels VII der Gewerbeordnung, Arbeitszeit (Achtstundentag), Sonntagsruhe, Arbeitsordnung, Kinderschutz.

Den Schluß bildet eine Aufzählung des Schrifttums.

Der ganze Inhalt der Schrift ist umfassend und übersichtlich. Dieselbe ist für jede Beschäftigung mit dem Gartenbau, namentlich in rechtlicher Beziehung, nützlich und zu empfehlen.

Geh. JR. Dr. Rewoldt, Berlin.

Das schlesische Auenrecht, von Dr. **Ernst Riemann**, Justizrat in Breslau. Vierte umgearbeitete Auflage. Breslau 1928. Verlag von Wilh. Gottl. Korn. Preis 4 *M*.

Die vierte Auflage verdient eine besondere Beachtung. Unter dem Einfluß eines Gutachtens, das der frühere Direktor des Breslauer Staatsarchivs Geh. Archivrat Dr. Wutke auf Grund jahrzehntelanger amtlicher Tätigkeit als schlesischer Archivar und schlesischer Geschichtsforscher i. J. 1922 über die historische Entwicklung des Auenrechts erstattet hat, ist der Verf. zur Aufgabe seiner früheren Ansicht über die Entwicklung des Auenrechts gelangt. Wutke widerlegt in dem im vorliegenden Buche abgedruckten Gutachten mit guten Gründen die von dem schlesischen Rechtstheoretiker Dr. Schieferdecker († 1631) begründete Auenrechtstheorie, daß der Grundherrschaft das Auenrecht angeboren sei, während die Dorfgemeinde ihrerseits einen Rechtstitel nachweisen müsse.

Hier harrt, wie Wutke am Schlusse seines Gutachtens mit Recht hervorhebt, der wissenschaftlichen Forschung noch ein weites und lohnendes Gebiet.

Im übrigen haben Riemann die wesentlichen Veränderungen in rechtlicher Hinsicht seit dem Jahre 1911, dem Erscheinen der dritten Auflage, insbes. das preuß. WasserG. v. 7. April 1913 und das Ges. v. 27. Dez. 1927, betr. die Auflösung der Gutsbezirke, Veranlassung gegeben, das Buch durch neue Abschnitte über die wasserrechtliche Bedeutung des Auenrechts und die Auflösung der Gutsbezirke (s. o. S. 2423) zu erweitern. D. S.

Dr. **Franz Schneider**, Regierungsrat in Würzburg, und Dipl.-Ing. **S. Schülhöfer**, Vorstand der landw. Versuchsstation in Würzburg: **Das Futtermittelgesetz und seine Ausführungsbestimmungen mit Erläuterungen.** Stuttgart 1927. Verlagsbuchhandlung Eugen Ulmer. 78 S. Preis geb. 3 *M*.

Von diesen 78 Seiten entfallen

1. auf Titel und Einleitung 9 Seiten,
2. auf den Anhang, der den Text der VO. v. 21. Juli 1927 wiedergibt,
   a) über das Inkrafttreten des FuttMittG.,
   b) zur Ausführung des FuttMittG.
   c) über die Probeentnahme
   21 Seiten,
3. auf den Abdruck der Untersuchungsmethoden des Verbandes landw. Versuchsstation im Deutschen Reich und das Verzeichnis der Abkürzungen 4 Seiten,
4. auf das Register 4 Seiten,

sohin im ganzen 38 Seiten auf Ziff. 1—4.

Es bleiben also für die Erläuterung des Gesetzes noch übrig 40 Seiten. In diesen 40 Seiten ist dann der Text des Gesetzes enthalten und zum Teil auch die Begründung zum Gesetzentwurf, so daß die eigentlichen Erläuterungen sich noch mehr reduzieren. Daß unter diesen Umständen die Erläuterungen recht bescheiden sind, liegt auf der Hand. Das kleine Buch mag als kleine Textausgabe zur ersten Orientierung für Laien gehen; daß aber die Erläuterungen dem Verwaltungsbeamten und Richter den Anschluß des FuttMittG. an das allgemeine Zivil- und Strafrecht vermitteln, wie es in der Vorrede heißt, davon kann keine Rede sein. Wenn dieser Zweck erreicht werden soll, dann muß das Buch vollständig umgearbeitet werden.

Gar so leicht darf man sich das Bücherschreiben doch nicht machen.

JR. Dr. Hans Stölzle, Kempten (Allgäu).

Dr. **Julius Christiansen: Zur Agrargeschichte der Insel Sylt.** (Heft 3 des Archivs für Beiträge zum deutschen, schweizerischen und skandinavischen Privatrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Karl Haff, Hamburg). Mannheim 1923. 49 S.

Die agrargeschichtliche Studie, die uns hier von einem Sohne der Insel Sylt geboten wird und deren Anzeige an dieser Stelle sich unliebsam verzögert hat, verdient die volle Beachtung der Rechts- und Wirtschaftshistoriker. Unter sorgfältiger Ausschöpfung des Archivmaterials, bei gewissenhafter Würdigung der historischen Allgemeinerkenntnisse über die nordfriesischen Inseln, schildert Christiansen Werdegang und Rechtsformen der Agrarverhältnisse auf Sylt bis zur neuzeitlichen Verkoppelungsgesetzgebung. Wir erfahren, wie ein zähes friesisches Volkstum, in das sich ethnologische Unterschichten der Ambronen (Wandergenossen der Cimbern, von ihnen trägt Amrum seinen Namen) und der Jüten mischen, überwiegend freien Standes, die freie Väterscholle gegen den Kampf der Elemente wie gegen grund- und landesherrliche Einengung zäh verteidigt bis fast zur Stunde. Die freie Hufenverfassung der Geest herrscht vor, grundherrliche Güter, sog. Festen, treten in mehreren Spielarten dagegen zurück und erweisen sich als jüngere Bildungen, die mit den dänischen Unterwerfungsbestrebungen zeitlich zusammenfallen. Dabei ist das Privateigentum an der Geesthufe ein begrenztes; es umfaßt den Hof (Steven) und die Toft, eine beim Hause oder in dessen Nähe liegendes, durch Wall, Graben oder Zaun eingefriedigtes Landstück, teils zur Grasung, teils zum Kornbau benutzt. Ein weitgehender Agrarkommunismus, der gemeinsame Äcker, Wiesen, Weiden und Heiden umfaßt, hat sich bis in unsere Tage erhalten, ist zum Teil sogar zuwider und nach der Verkoppelungsgesetzgebung erneut hergestellt

worden. Das freie Fischervolk von Sylt, das den Hof im engeren Sinne als Familienheimat dem Jüngsten vorbehält, im übrigen nach altgermanischem Erbrecht teilt, behauptete sich bis ins 19. Jahrhundert im Besitz von Gericht und rechtsetzender Gewalt und anerkannte nur eine lose Landesherrschaft über sich, die seit etwa 1350 bis 1864 dem König von Dänemark als Gottorpschen Grafen, d. h. als Nachfolger der holsteinischen Grafen zustand. Ein straffer Flurzwang, der für jedes Haus genau die Tage des Pflügens und Erntens vorschreibt, eine periodische Auslosung der Ländereien, alles gemahnt an alte Zeiten, mag auch die eigene genossenschaftliche Ordnung dieser Dinge in Einzelheiten sich noch selbst weiter versteift haben. Neben Vollhufnern als Inhabern normaler Freiengüter stehen, eine Auswirkung der Bevölkerungsvermehrung, Halb- und Viertelhufner. Übrigens bildete nicht die Grundfläche, sondern die Anzahl der gehaltenen Pferde den Maßstab der Berechtigung, mit Rücksicht auf die für die Gemeinde zu leistenden Spanndienste. Auch dies eine sehr altertümliche Regelung, die in den dänischen Lagen nach Anzahl des zu überwinternden Tierbestandes eine Parallele hat. Das ganze Bild voll reizvoller Einzelzüge, von denen hier nur einige herausgehoben werden konnten, stellt einen ausgeprägten genossenschaftlichen Aufbau dar und beweist allen neuesten Anzweiflungen zum Trotz, wie festgewurzelt diese Rechtsform im germanischen Agrarwesen ist. Kurzum, eine wertvolle Bereicherung unserer agrargeschichtlichen Literatur, zu der man den Verf. und seinen Lehrmeister beglückwünschen kann.

Prof. Dr. Konrad Beyerle, München.

Jagdgesetze.

Die preußischen Jagdgesetze in ihrer geltenden Fassung. Mit Erläuterungen versehen von **A. Born**, erster Bürgermeister i. R. Taschenformat. (Guttentagsche Sammlung Preußischer Gesetze Nr. 63.) Berlin und Leipzig 1928. Walter de Gruyter & Co. 433 S. Preis geb. 8 ℳ.

Die vorliegende Ausgabe bringt eine eingehende Erläuterung der preuß. JagdO. und der übrigen in Preußen (Hannover, Hessen, Hohenzollern, Helgoland) geltenden jagdgesetzlichen Bestimmungen sowie der auf die Jagd bezüglichen Paragraphen des RStGB. Außerdem sind die Ausführungsbestimmungen zur JagdO., die Bestimmungen über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten, die preuß. PSchO., das RVogelSchG. und einige andere mit der Jagd zusammenhängenden Bestimmungen wiedergegeben und mit gelegentlichen Anmerkungen versehen. Die Rspr. ist gründlich, die Literatur nur ganz spärlich berücksichtigt. — Über die bisher vorhandenen Erläuterungen des preuß. Jagdrechts führt die vorliegende Schrift nicht hinaus. Das schließt aber nicht aus, daß Gemeindevorsteher, Forstbehörden und Jagdinteressenten das handliche und geschickt zusammengestellte Werk mit Nutzen verwenden.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

Dr. **Albert Behr**, LGR. in Regensburg: **Das bayerische Jagdgesetz.** 2. Aufl. München 1928. J. Schweitzer (Artur Sellier). 515. S. Preis geb. 18 ℳ.

Das Buch verfolgt den Zweck, allen, die mit jagdrechtlichen Fragen zu tun haben, auch dem Laien, in allen mit der Jagd zusammenhängenden Rechtsangelegenheiten ein zuverlässiger Berater zu sein. Den Schwerpunkt bildet ein Komm. zum bay. JagdG. von 1850 und zur bay. JagdPolVO. von 1909. Anschließend werden die reichsgesetzlichen und bay. Bestimmungen über Vogelschutz, Sonntagsfeier, Hundehaltung und Wildschadenersatz behandelt, endlich die reichsgesetzlichen Bestimmungen über Körperverletzung, Tötung und Sachbeschädigung, über den zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schutz des Jagdrechts und des Jagdberechtigten. Um den Kreis aller in Frage kommenden Gebiete zu schließen, könnte bei einer späteren Auflage auch noch die Jagdhaftpflichtversicherung und das neue Reichswaffengesetz gewürdigt werden.

Die Erörterungen sind sehr eingehend; alle erdenklichen Möglichkeiten sind an der Hand praktischer Beispiele mit großer Sorgfalt behandelt. Ein Beweis für die Gründlichkeit ist die Tatsache, daß allein das Sachregister 80 Druckseiten umfaßt. Von Wert sind insbes. die jagdtechnischen und naturwissenschaftlichen Erläuterungen, die darauf hindeuten, daß Verf. selbst weidgerechter Jäger ist. — Der Stil ist knapp, manchmal zu knapp, was gelegentlich der Klarheit der Darstellung etwas Abbruch tut. Auf der anderen Seite wird das Verständnis mehrfach durch Skizzen erleichtert.

In seinen Rechtsauffassungen vermag ich dem Verf. nicht durchweg zu folgen. Widerspruchsvoll ist z. B. die Annahme (S. 38), daß der Bock, den der Jagdberechtigte auf seinem Jagdgebiet gerade abgenicken will, der aber noch auf das nahe Nachbargebiet entkommt, zwar nicht mehr herrenlos, aber auch noch nicht okkupiert ist; unzutreffend die Auffassung, daß das bereits rechtmäßig erworbene Eigentum an erlegtem Wild durch Verlust des Wildes auf fremdem Jagdgebiet wieder verlorengehen kann, ferner die Meinung, daß der Fischereiberechtigte durch Fang einer Fischotter weder für sich noch für den Jagdberechtigten Eigentum erwirbt, daß diese Tiere aber gleichwohl durch den Fang die Eigenschaft herrenloser Tiere verlieren (S. 49). Der Satz (S. 66), daß bei Streit über das Grundstückseigentum der juristische Besitz entscheide, ist unverständlich. Die Angabe, daß der Tod des Pächters einer Eigenjagd den Pachtvertrag auflöse, ist mit §§ 569, 596 BGB. nicht in Einklang zu bringen, auch aus dem bay. JagdG. nicht zu entnehmen. — Zur Erläuterung der §§ 292—295, 117—119 RStGB. hätte sich außer dem Komm. von Oppenhoff und der weit zurückliegenden 7. Aufl. des Olshausenschen Komm. doch wohl noch neuere Literatur beibringen lassen. Irrig ist die Auffassung (S. 357), daß Nichtablieferung des vom Jagdgast für den Jagdherrn erlegten Wildes Untreue ist.

Die beanstandeten Punkte werden das fleißige Buch nicht hindern, seinen Zweck zu erfüllen. In erster Linie wird es natürlich dem Bayern dienlich sein, den es mit den letzten Neuerungen der bay. Jagdgesetzgebung vertraut macht. Angesichts der Fülle des Gebotenen und im Hinblick darauf, daß viele der behandelten jagdrechtlichen Fragen auch nach den Jagdgesetzen der anderen Länder praktisch werden, kann das Buch aber auch dem Nichtbayern wertvolle Dienste leisten.

Prof. Dr. Eduard Kern, Freiburg i. Br.

Geh. Justizrat **Stelling**, Oberstaatsanwalt i. R.: **Die Hannoverschen Jagdgesetze.** Hannover 1928. Verlag der Hahnschen Buchhandlung. Großoktav. Preis 6,80 ℳ.

Die lange schon erwünschte Vereinheitlichung des Jagdrechts in Preußen stand vor kurzem einmal in Aussicht. Bedauerlicherweise ist diese Aussicht wieder geschwunden und es wird nun innerhalb Preußens leider der jetzige Zustand mit seinen Sonderrechten auf dem schon ohnehin ein Spezialrechtsgebiet bildenden Jagdrecht voraussichtlich für vorläufig unabsehbare Zeit verbleiben. Daraus rechtfertigt sich ohne weiteres die literarische Weiterbearbeitung der jagdlichen Sonderrechte und das Erscheinen einer neuen — zweiten — Auflage des obengenannten Werks. Sein Verf. ist seit langer Zeit bereits als jagdrechtlicher Schriftsteller bekannt und hat sich gerade auf dem Gebiet des hannoverschen Jagdrechts einen Namen gemacht. Die Herausgabe des Werks erfolgt in drei Abteilungen, von denen jetzt die erste erschienen ist.

In ihr wird der Wildschaden nach den Vorschriften des BGB. und des EinfG. dazu kommentarmäßig behandelt und dann im besonderen in gleicher Weise das hannov. WildschadenG. v. 21. Juli 1848 besprochen, welchem dann das hannov. JagdG. v. 29. Juli 1850 folgt. In denkbar eingehendster Weise ist in gar vielen und umfangreichen Anmerkungen und unter Heranziehung der gesamten jagdrechtlichen Literatur und aller wichtigen Entsch. jede Vorschrift dieser Gesetze im einzelnen erläutert. Gerade diese fleißige Zusammentragung des Stoffs aus der Literatur und Rspr., namentlich hinsichtlich der Besprechung der Wildschadenvorschriften des BGB. und EinfG., sichert dem Werk eine Bedeutung über die Grenzen der Provinz Hannover hinaus. Dafür, wie eingehend die einzelnen Vorschriften besprochen sind, sei als Beispiel angeführt, daß die Anmerkungen für den ganz kurzen § 1 des hannov. WildschadenG. allein 20 Seiten umfaßt. Zum § 6 dess. Ges. sind zweckmäßig auch gleich die einschlägigen Bestimmungen der hannov. JagdO. abgedruckt und kommentiert, trotzdem erst die zweite Abteilung dieses Gesetz bringen wird. Das Werk ist ein wertvoller Beitrag zu der preuß. jagdrechtlichen Literatur und kann allen Interessenten warm empfohlen werden.

AGR. Görcke, Eberswalde.

Die Entscheidungen des im Pariser Abkommen v. 5. Mai 1925 über „Finanzielle Regelung der Leistungen aus Artikel 8—12 des Rheinlandabkommens" vorgesehenen Auslegungsausschusses nebst zwei Anhängen enthaltend die **Entscheidungen des „Gemischten Jagd- und Fischereiausschusses" und sonstige beachtenswerte Entscheidungen internationalen Rechts.** Bearbeitet und erläutert von Dr. **Hans Ronde**, Ministerialrat im Reichsministerium für die besetzten Gebiete. Erster Band. Berlin 1928. Carl Heymanns Verlag. Preis 12 ℳ.

In seinem Werk über die finanzielle Regelung der Leistungen aus Art. 8—12 des Rheinlandabkommens im Pariser Abkommen v. 5. Mai 1925 (vgl. meine Besprechung in JW. 1927, 2267) hatte der Verf. im Anhang I bereits die Entsch. des im Pariser Abkommen für Streitigkeiten über grundsätzliche Auslegungsfragen im Bewertungsverfahren vorgesehenen paritätischen Auslegungsausschusses mitgeteilt, soweit sie bis zum 2. Mai 1927 ergangen waren. Das vorliegende Werk bringt in seinem Hauptteil jetzt eine vollständige Sammlung der bis Ende Juli 1927 ergangenen (24) Entsch. dieses Ausschusses im deutschen und französischen Texte. Als Erläuterung sind die vorausgegangenen Entsch. des Schieds-

ausschusses beigefügt. Die Herausgabe soll in erster Linie der Praxis dienen. Für die mit der Durchführung des Pariser Abkommens betrauten örtlichen Bewertungsausschüsse und den Schiedsausschuß in Koblenz, aber auch für die Verwaltungsbehörden des Reichs und der Länder, soweit sie bei der Ausführung des Pariser Abkommens mitzuwirken haben, sind die in den Entsch. niedergelegten Grundsätze des Auslegungsausschusses, deren Kenntnis ihnen das Werk zuverlässig vermittelt, von besonderer Bedeutung. Aber auch für die Wissenschaft ist die neue Veröffentlichung nicht ohne Interesse. Denn die Entsch. bilden einen wesentlichen Bestandteil des zur Zeit geltenden Besatzungsrechts, d. h. der Gesamtheit der Rechtsregeln, die gemäß den völkerrechtlichen Vereinbarungen der an der Besetzung beteiligten Mächte deren gegenseitige Rechte und Pflichten bestimmen. Einzelne Entsch., z. B. betr. Umsatz- und Verbrauchssteuern, laufende Instandsetzung von Bauten im Gegensatz zu Bauschäden, Anliegerlasten u. dgl. spielen auch in das innerstaatliche Besatzungsleistungsrecht, d. h. das für die Vergütung der Besatzungsleistungen, die das Reich den Leistenden gewährt, geltende Recht hinein und haben daher für die dabei beteiligten deutschen Spruchbehörden Bedeutung.

Im Anhang I sind die Entsch. des Gemischten Jagdausschusses mitgeteilt, der mit dem Sitz in Koblenz durch die Abkommen der deutschen Regierung mit der Interalliierten Rheinlandkommission v. 5. Nov. 1925 analog dem Auslegungsausschuß eingesetzt ist und als letzte Instanz im wesentlichen über Meinungsverschiedenheiten in Einzelfällen zwischen den beiderseitigen Jagddelegierten, über Beschwerden der beiden Vertragsteile anläßlich des Vollzugs des Jagdabkommens im allgemeinen und über Auslegungsfragen entscheidet.

Anhang II bringt wichtige Entsch. völkerrechtlichen Inhalts, die andere schiedsgerichtliche Instanzen erlassen haben, soweit sie für die Auslegung des Pariser Abkommens von Bedeutung sein können, u. a. des Ständigen Internationalen Haager Schiedsgerichtshofs und des Haager Auslegungsschiedsgerichts. Praxis und Wissenschaft werden vielfach genötigt sein, sich auch hiermit zu befassen, und in dem Werk zuverlässige Erkenntnisquellen finden. Bei der Fortsetzung des Werks dürfte sich eine Sichtung empfehlen, nebensächliche Entsch. könnten auf Kosten der Vollständigkeit weggelassen oder inhaltlich kurz mitgeteilt werden. In einer Überschrift wäre vielleicht zweckmäßig das Grundsätzliche der einzelnen Entsch. hervorzuheben.

SenPräs. Dr. Dreist, Berlin.

Gustav von Brenner: Das bayerische Wassergesetz nebst einem Anhang, enthaltend die Vollzugsvorschriften, den Text des Zwangsenteignungsgesetzes und sonstige, in das Wasserrecht einschlägige Bestimmungen. Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. In zweiter Auflage bearbeitet von Joseph Fergg. 8°, XII und 750 Seiten. München 1928. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. Preis gebunden 20 *M*.

Das bay. WasserG. v. 23. März 1907 steht inhaltlich und gesetzestechnisch auf bedeutender Höhe. In planmäßiger Förderung und Voranstellung der öffentlichen Interessen bildet es die Rechtsgrundlage für den Ausbau der großen bay. Wasserkräfte, deren wirtschaftliche und vielleicht auch politische Bedeutung für das kohlenarme Land immer mehr in den Vordergrund tritt. Das Gesetz ist allerdings nicht leicht verständlich, besonders in seinen verfahrensrechtlichen Teilen, was mit der mangelhaften Regelung des bay. verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zusammenhängt. Von den Erläuterungsbüchern zu dem Gesetz hat jedes seine charakteristische Note. Der Komm. von Harster-Casimir, entstanden in der Zusammenarbeit eines Juristen mit einem Techniker, legt besonderes Gewicht auf die Erörterung der oft recht schwierigen technischen Fragen und Begriffe. Der zweibändige, vor kurzem in neuer Auflage erschienene Komm. von Eymann will die gesamte Materie nach jeder Richtung hin erschöpfend behandeln, wobei in höchst bemerkenswerter Weise die Zusammenhänge mit den allgemeinen Lehren des öffentlichen Rechts hergestellt und verfolgt werden. Das Brennersche Buch ist eine Handausgabe, geschrieben aus der Praxis für die Praxis. Der nunmehr verstorbene Verf. hat als Ministerialreferent in entscheidender Weise an der Ausarbeitung des Gesetzes mitgewirkt, der Bearbeiter der zweiten Auflage ist als Wasserbaureferent des Bezirksamts München seit Jahren praktisch mit dem Ausbau der mittleren Isar befaßt, der eine Fülle der schwierigsten Rechtsfragen mit sich gebracht hat.

Das Buch verwertet nicht nur die sämtlichen Entsch. des VGH. und der bürgerlichen Gerichte, sondern auch zahlreiche nicht veröffentlichte Entschließungen und Bekanntmachungen der Ministerien sowie das recht umfangreiche Schrifttum. Diese große Fülle von Material ist durchweg systematisch verarbeitet und wissenschaftlich unterbaut. In weitgehender Weise, mehr als sonst in Komm. zu Verwaltungsgesetzen üblich, werden die wissenschaftlichen Grundlagen und Grundbegriffe im Zusammenhang mit der allgemeinen Theorie des deutschen Verwaltungsrechts untersucht, ohne daß dabei die Handlichkeit und Übersichtlichkeit zu Schaden kämen. Die Fassung der Erläuterungen ist klar, ohne Wesentliches fortzulassen. Durch Mitabdruck aller das Wasserwesen betreffenden Gesetze und Verordnungen stellt das Buch ein umfassendes, handliches Kompendium des bay. Wasserrechts dar. Die Benützung wird noch wesentlich erleichtert durch das ausgezeichnete, fast 100 Seiten umfassende Sachregister.

Im einzelnen kann hier nur Stellung genommen werden zu der Auffassung, die der Bearbeiter der zweiten Auflage im Gegensatz zu Brenner, über die rechtliche Natur des „öffentlichen Eigentums" an den öffentlichen Gewässern einnimmt. Im Anschluß an die Neuauflage des Eymannschen Werkes (vgl. dort insbes. Bd. 2, systematische Übersicht, Ziff. 52 S. 502 und Ziff. 61 S. 507 ff.), wendet sich Fergg gegen die Auffassung, daß dem Staat an den Gewässern ein rein privatrechtliches Eigentum zustehe. Er gibt zu, daß diese Auffassung bei Schaffung des Gesetzes maßgebend gewesen sei (vgl. Art. 2 d. Ges.: „Die öffentl. Gewässer stehen im Eigentum des Staates."). Er glaubt aber, hier vollziehe sich zur Zeit eine Umbildung der Anschauungen, die zwar noch nicht völlig abgeschlossen sei, sich aber unstreitig durchsetzen werde. Danach soll das Eigentum des Staates ein „öffentliches Eigentum" sein, worunter verstanden wird, „daß der Staat das Eigentum nicht zum Privatvorteil des Staates verwendet, sondern es im Wohl der Allgemeinheit benützt und dessen Ausnützung regelt". Wird der Begriff lediglich in diesem Sinne verstanden, so ist dagegen nur einzuwenden, daß er nichts Neues bedeutet. Die Vertreter der Staatsregierung haben bei den gesetzgeberischen Verhandlungen wiederholt betont, daß das Eigentum des Staates nicht Ausnützung nach rein fiskalischen Grundsätzen bedeuten soll, sondern daß der Staat von seinem Eigentum nach volkswirtschaftlichen Grundsätzen Gebrauch mache. Die Verwaltungspraxis hat auch das Gesetz immer so aufgefaßt. Daraus ergibt sich aber noch kein Rechtsbegriff, sondern nur eine politische Anweisung. Fergg will jedoch „öffentliches Eigentum" als Rechtsbegriff verstanden wissen. Das würde eine Übernahme der französischen Theorie vom „domaine public" bedeuten, einer Theorie, die dem bay. Recht stets fremd war, besonders seit Kahr in grundlegenden Ausführungen den privatrechtlichen Charakter des Eigentums an öffentlichen Wegen festgestellt hat (GemeindeO., 1896/98). Die Bestrebungen Otto Mayers, dieser Lehre in das deutsche Verwaltungsrecht Eingang zu verschaffen, haben in Bayern keinen Anklang gefunden. Richtig ist allerdings, daß in jüngster Zeit eine Entwicklung im Gang ist, den bisherigen Widerstand gegen diese Lehre aufzugeben. Rösch hat in der letzten Auflage seiner GemeindeO. zum Wegerecht Ausführungen gemacht, die Otto Mayer recht nahe kommen, Eymann setzt diese Bestrebungen in sehr entschiedener Weise für das Wasserrecht fort. Ob die Anerkennung eines „öffentlichen Eigentums", das in keinem privaten Eigentum steht und anderen Rechtssätzen unterliegt, einen Gewinn bedeuten würde, darf bezweifelt werden. Sie dürfte nicht nur die Kluft zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht erweitern, sondern auch der ganzen Entwicklung des gemeinen deutschen Verwaltungsrechts widerstreiten, das stets versucht hat, die öffentlichen Belange dadurch zu wahren, daß dem privaten Eigentümer im öffentlichen Interesse Beschränkungen in der Benützung der Sache auferlegt werden. Mit dieser Methode hat es eine Entwicklung ermöglicht, die den öffentlichen Interessen die gebührende Berechtigung durchaus sichert, die ihre Voranstellung vor die privaten Einzelbelange vielfach ermöglicht hat. Die Ausarbeitung eines „öffentlichen Eigentums" im Gegensatz zu „Privateigentum" birgt die Gefahr in sich, daß dessen „privater" Charakter wieder stärker betont wird und daß damit einer Beschränkung seiner Nutzung im öffentlichen Interesse Schwierigkeiten bereitet werden. Das wäre also gerade das Gegenteil dessen, was die Verfechter der Lehre vom „öffentlichen Eigentum" wünschen.

RA. Dr. Rheinstein, München, z. Z. Berlin.

Grunderwerbsteuergesetz v. 12. Sept. 1919. (RGBl. 16/17) in der Fassung des Ges. v. 11. März 1927 (RGBl. I, 72) nebst Einleitung, Sachregister und Ausführungsbestimmungen und den einschlägigen Vorschriften des Finanzausgleichs-Steuermilderungsgesetzes und Strafrechtes für die Praxis, erläutert von Dr. **Ernst Hagelberg**, Notar, und Dr. **Ludwig Kraemer**, Rechtsanwälten in Berlin. 2. völlig umgearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin 1928. Conrad Habers Verlag. Preis 15 *M*.

Nachdem erst vor kurzer Zeit der große Ottsche Komm. z. GrErwStG. herausgekommen ist, erscheint nunmehr das Hagelbergsche Werk, das jetzt von Krämer mitbearbeitet ist, in zweiter Auflage. So haben wir jetzt zwei große Erläuterungsbücher zu dem wichtigen Gesetz aus neuester Zeit. Das Hagelbergsche ist etwas

weniger umfangreich als das Ottsche, weist aber ebenfalls einen überaus reichen Inhalt und überlegene Beherrschung des Stoffes auf. Welches der beiden Werke den Vorzug verdient, ist eine nicht aufzuwerfende, jedenfalls nicht zu entscheidende Frage. Nicht selten polemisieren Hagelberg-Krämer gegen Ott; dies wird vor Einseitigkeiten behüten und dazu führen, daß beide Kommentare herangezogen werden müssen. In der ersten Auflage des Hagelbergschen Buches (vgl. JW. 1921, 93) überwog die juristisch-logische, konstruktionelle Methode, während die wirtschaftliche Würdigung der Tatbestände und die Bedeutung solcher Würdigung für das Ergebnis in den Hintergrund getreten waren. In der zweiten Auflage ist diese Unausgeglichenheit, anscheinend unter dem Einfluß der Rspr. des RFH., beseitigt; das ausgereifte, vortreffliche Werk wird zusammen mit dem Ottschen die Führung in der Praxis haben. Wie im Vorwort mitgeteilt wird, hat Hagelberg das materielle Grunderwerbsteuerrecht, Krämer das formelle Steuerrecht, das Steuermilderungsgesetz, das Steuerstrafrecht und das Finanzausgleichsgesetz behandelt. Auch Krämers Anteil an den Erläuterungen entspricht dem Niveau des Werks.

Daß ein solches Buch aus der Anwaltschaft hervorgegangen ist, wird von dieser mit Genugtuung und Dank begrüßt werden.

JR. Stillschweig, Berlin.

Die landesrechtlichen Vorschriften zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Herausgegeben von dem Senatspräsidenten Dr. jur. h. c. **Reinhard** und **Müller**. Ausgabe für Preußen. Stuttgart 1928. Verlag Pohlhammer.

Das Büchlein enthält sämtliche Gesetze, Verordnungen und ministerielle Verfügungen, die in Preußen zur Ausführung des ZwVG. ergangen sind oder mit ihm im Zusammenhang stehen. So hat der Praktiker das gesamte Rüstzeug zur Hand. Die Sammlung ist namentlich auch deswegen wertvoll, weil, wie es im Vorwort heißt, allenthalben die neueste, von dem ursprünglichen Wortlaut vielfach abweichende Fassung gebracht wird. Die Benutzung ist daher zu empfehlen.

JR. Stillschweig, Berlin.

Veröffentlichungen aus dem Staatsarchiv der Freien Hansestadt Bremen. Heft 1. Bremen 1928. G. Winters Buchhandlung, Fr. Quelle Nachf. 195 S.

Unter dem Titel dieses Buches verbergen sich zwei rechtsgeschichtliche Arbeiten, nämlich Georg Jaeger, Die Entwicklung der Eigentumsübertragung an städtischen Grundstücken in Bremen, und Bernhard Gätjen, Der Rentenkauf in Bremen. Im Interesse der Verf. wäre es wohl richtiger gewesen, wenigstens in einem Untertitel auf sie hinzuweisen, und vielleicht kann dies bei späteren Bänden geschehen. Denn, um dies vorwegzunehmen, eine nicht zu langsame Folge solcher Veröffentlichungen wäre im Interesse einer genaueren Erkenntnis der Geschichte des deutschen Privatrechts in der Neuzeit dringend zu wünschen.

Die Arbeit von Jaeger behandelt in drei Abschnitten die Entwicklung der Eigentumsübertragung bis 1646, die Immobiliarübereignung in der zweiten Hälfte des 17. und im 18. Jahrhundert und das neuere deutsche Immobiliarrecht. Im ersten Abschnitt vermag der Verf. nach den Forschungen von Rehme kaum noch Neues zu sagen. Im zweiten schildert er zunächst die Streitigkeiten zwischen Vogt und städtischem Rat um die Zuständigkeit zur Auflassung, die nach verschiedenen Schwankungen damit enden, daß seit 1675 nur noch der Rat Auflassungsbehörde ist. Sodann wird die Umbildung der Auflassung selbst erörtert, die zu einer Eigentumsübertragung durch gerichtlich bestätigte Übereignungserklärung führt, und in einem besonderen Abschnitt die Immobiliarexekution. Eine weitere Veränderung ergab sich durch die Einführung des Code civil im Jahre 1811, der allerdings schon am 30. Oktober 1814 dem früheren Recht wieder Platz machte. Aber auch diese kurze Geltung des französischen Rechts hatte die Unübersichtlichkeit des Liegenschaftsverkehrs und der Liegenschaftsverhältnisse im Verein mit dem Eindringen römischer Rechtsgedanken so gesteigert, daß die Übertragung und Verpfändung von Liegenschaften von Grund auf neu geregelt werden mußte in der Erbe- und Handfestenordnung von 1833, die mit kleineren Änderungen von 1860 insoweit noch gilt, als das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Die Darstellung ist gewandt und übersichtlich und wertvoll durch die Benutzung von ungedruckten im Bremer Staatsarchiv liegenden Quellen.

Nur gedrucktes Material verwendet die Arbeit von Gätjen, die sich mit der eben erwähnten nahe berührt, da sie die geschichtlichen Grundlagen des modernen bremischen Grundpfandrechts der Ordnung von 1833 darstellen will. Mit diesem Zweck hängt es zusammen, daß das Schwergewicht der Arbeit in der an sich guten Darstellung des mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rentenkaufes liegt. Über die neuere Entwicklung handelt der Verf. nur auf wenigen Seiten und ohne näheres Eingehen auch nur auf die Ordnung von 1833. Es wäre verdienstvoll gewesen, wenn auch die Behandlung der Handfesten in der bremischen Ausführungsgesetzgebung zum BGB. und den sonstigen Reichsgesetzen Berücksichtigung gefunden hätte. Denn der Endpunkt aller privatrechtlichen Fassung sollte doch das geltende Recht sein.

Prof. Dr. Frhr. v. Schwerin, Freiburg i. Br.

Spruchsammlung des Obersten Schiedsgerichts beim Einheitsverband des Deutschen Kartoffelhandels e. V. 2. Heft. Herausgegeben vom Einheitsverband des Deutschen Kartoffelhandels Frühjahr 1928. 55 S.

Der Einheitsverband des Deutschen Kartoffelhandels läßt nach Jahresfrist dem ersten Heft der Spruchsammlung seines Obersten Schiedsgerichts (bespr. JW. 1927, 1402) ein zweites Heft folgen. Es enthält zwanzig Entscheidungen aus der Zeit von Januar bis Oktober 1927. Wiederum überwiegen die Aufhebungen. Zwölf Urteile sind vollständig, eins teilweise aufgehoben, während in sieben Fällen die Rev. erfolglos war. Die Notwendigkeit einer Nachprüfung der Schiedssprüche zweiter Instanz durch das RevSchiedsG. — bei welchem durch die besonders sorgfältige Auswahl der Schiedsrichter und die weitgehende Berücksichtigung von Rechtslehre und Rspr. eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der Entsch. gegeben ist — sind damit dargetan.

Die Vorzüge dieser Schiedssprüche (eindringendes Verständnis für die Bedürfnisse des geschäftlichen Verkehrs und Berücksichtigung der Rspr. sind auch bei diesen Entscheidungen festzustellen. Ein erheblicher Teil dient der Auslegung der im Kartoffelgroßhandel maßgebenden „Berliner Vereinbarungen von 1926"; doch werden auch eine Reihe von Fragen entschieden, die von allgemeinerem, rechtlichem Interesse sind. So behandeln im Gebiete des BGB. einzelne Entscheidungen die Erhöhung der Transportgefahr durch schuldhaftes Verhalten beider Teile (Nr. 1), die Folgen einer fehlerhaften Nachfristsetzung gem. § 326 BGB., wenn gleichzeitig eine endgültige Erfüllungsweigerung vorlag (Nr. 10), die Ansprüche bei Annahme und Weiterverkauf versehentlich gelieferter Ware (Nr. 6), der Frage, wann beiderseitiges längeres Stillschweigen als Aufhebungsgrund eines Lieferungsvertrages anzusehen sei (Nr. 13) und die Bedeutung der Zahlung durch Scheck, wenn Barzahlung vereinbart ist (Nr. 3). Im Bereiche des Handelsrechts interessieren Entscheidungen über die Grenzen des Zurückbehaltungsrechtes nach § 369 (Nr. 8) und über den Begriff der Arglist i. S. des § 377 V, in welcher Entscheidung das Oberste Schiedsgericht sich mit Recht im Gegensatz zu den Vorinstanzen gegen eine allzu weitgehende Anwendung des Begriffs der Arglist ausspricht. Im Bereiche des Prozeßrechts sei auf die Entscheidungen über die Ablehnung eines Schiedsrichters (Nr. 4), die Wirkungen der Streitverkündung (Nr. 7) und die Anforderungen an die Begründung eines Schiedsspruches (Nr. 13) hingewiesen. Allgemeine Klauseln des Handelsverkehrs behandeln die Entscheidungen Nr. 5, 9 und 17, während die Frage der Nachprüfbarkeit von Sachverständigengutachten in den Entscheidungen Nr. 2, 9 und 17 erörtert wird.

Die kleine Spruchsammlung enthält für jeden, der zur praktischen Anwendung des Handelsrechts berufen ist, wertvolle Hinweise und Anregungen.

RA. Dr. Alfred Wiener, Berlin.

Rechtsprechung.

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 Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und Justizrat Dr. Schrömbgens.

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

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Recht.

**1. §§ 31, 89, 179, 254 BGB.

1. Eine kleine Landgemeinde beschließt Bürgschaft für einen Fabrikanten zu übernehmen; der Bürgermeister setzt eigenmächtig das Akzept der Gemeinde auf einen Blankowechsel, der dann auf 10000 *RM* ausgefüllt wird. Die Gemeinde kann zwar nicht aus dem Wechsel in Anspruch genommen werden, haftet aber für die unerlaubte Handlung des Bürgermeisters, die als im Rahmen seiner Befugnisse liegend anzusehen ist.

2. Bei Abwägung von Arglist und Vorsatz einerseits, Fahrlässigkeit anderseits widerspricht es im allgemeinen der Billigkeit, mitwirkendes Verschulden des vorsätzlich oder arglistig Geschädigten anzunehmen.†)

Am 24. Aug. 1925 beschloß die Gemeindevertretung der Bekl., für den später in Konkurs geratenen Strickwarenfabrikanten Adolf E. Bürgschaft in Höhe von 45000 *RM* zu übernehmen. Der damalige Bürgermeister der Bekl., A., versah dann einen von E. auf die Bekl. gezogenen Wechsel über 10000 *RM* unter Beidrückung des Gemeindesiegels mit folgendem Akzept: „Für die Gemeinde H. der Bürgermeister A." Der Wechsel wurde mangels Zahlung protestiert und kam im Regreßwege an den Kl. zurück, der legitimierter Inhaber des Wechsels ist. Die Klage des Kl. aus dem Wechsel wurde durch das rechtskräftige Urt. des LG. v. 30. Juli 1926 abgewiesen. Der Kl., welcher eine seinem Vormann, der Peitschenfabrik Fl. & Co., erteilte Auskunft folgenden Wortlauts vorlegt: „Der Bürgermeister. H., den 26. Febr. 1926. Auf die Anfrage zur Mitteilung, daß der Wechsel von der Firma E. in R. in Ordnung geht. (Gemeindesiegel.) A.", verlangt nunmehr im Klagewege auf Grund der §§ 823 ff. und 31, 89 BGB. von der Bekl. und A. als Gesamtschuldnern Schadensersatz in Höhe von 11075,06 *RM* nebst Zinsen abzüglich am 10. Jan. 1927 aus der E.schen Konkursmasse erhaltener 1014,50 *RM*. Das OLG. hat den Schadensersatzanspruch durch Zwischenurteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Rev. blieb ohne Erfolg. Die Rev. erhebt zunächst die prozessuale Rüge, das angefochtene Urteil lasse nicht erkennen, ob der vom Kl. erhobene Schadensersatzanspruch auf Grund der Unterzeichnung des Wechsels durch A. oder auf Grund der Erteilung der Auskunft v. 26. Febr. 1926 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sei. Diese Rüge geht fehl. Denn das Urt. des BG. hat sich mit jenem zweiten Klagegrunde gar nicht befaßt, sondern nur mit dem ersten. Da das OLG. diesen Grund für durchgreifend erachtet und der Kl. keinen Anspruch erhoben hat, welcher nur in der Erteilung der unrichtigen Auskunft v. 26. Febr. 1926 seine Rechtfertigung finden würde, so lag für den BR. keine Notwendigkeit vor, auf den Klagegrund der falschen Auskunftserteilung, auf den sich das Urteil vielleicht am nächsten hätte stützen lassen, einzugehen. Demgemäß ist die erste materiellrechtliche Revisionsrüge, eine solche Auskunftserteilung habe nicht zu dem Geschäftskreise des Bürgermeisters gehört, insoweit gegenstandslos. Sodann wendet sich die Rev. dagegen, daß das BG., indem es das Vorliegen einer unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. ausdrücklich dahingestellt lasse, seine Entscheidung lediglich auf § 179 BGB. gegründet habe; diese Vorschrift aber führe nicht zu einer Haftung der Bekl. aus §§ 89, 31 BGB. Der Rev. ist so viel zuzugeben, daß es zweifelhaft sein mag, ob das BG. die Verurteilung der Bekl. lediglich aus § 179 BGB. i. Verb. m. §§ 89, 31 das. oder auch aus §§ 823 ff. BGB. verbunden mit §§ 89, 31 das. hergeleitet hat, und daß ferner erstere Begründung den erheblichsten Bedenken begegnet. Denn die Vorschrift des § 31 BGB. ist jedenfalls in der Hauptsache dazu bestimmt, die Haftung des Vereins für die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) seines Vorstandes zu regeln (RGRKomm., 6. Aufl., Anm. 1, 2 zu § 31 S. 52, 53 Bd. 1).

Zu 1. Das streitige Wechselakzept hat drei Mängel: 1. es fehlt die Genehmigung des Kreisausschusses (früheren Amtsausschusses) zur neuen Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung (nach GemO. v. 2. Juli 1900); 2. es fehlt die Anführung des Gemeindebeschlusses mit der Aufsichtsgenehmigung in dem Wechsel (§ 68 V GemO.); 3. es fehlt die Mitunterschrift eines Schöffen (ebenda).

Es fragt sich nun, ob das Geben und Nehmen dieses Akzeptes Ursache dafür werden kann, daß die Gemeinde trotzdem die angenommenen 10000 *M* bezahlen muß.

In Frage kommen nun: 1. Klage auf Erfüllung aus dem Akzept oder dem Begebungsvertrage, in Verbindung mit Replik der Arglist; 2. Klage auf Herausgabe der Bereicherung, wenn der Begebungsvertrag entgeltlich war; 3. Klage auf das negative Vertragsinteresse nach dem Muster von § 179 II BGB.; 4. Klage auf Ersatz des vollen Schadens wegen Nichterfüllung.

Bei jedem dieser Ansprüche ist dann noch zu untersuchen, ob er nur gegen den Bürgermeister persönlich oder ob und aus welchem Rechtsgrunde er auch gegen die Gemeinde zu richten sei.

Auf die Bereicherungsklage gehe ich nicht ein, sie ist nicht erhoben; es liegt wohl auch keine Gegenleistung oder Bereicherung vor.

Das RG. hat nun wiederholt ausgesprochen, daß die Einrede gegenwärtiger Arglist (exceptio doli generalis seu praesentis) gegen die Berufung auf Formvorschriften in der Regel nicht stattfinde. Den Formvorschriften gegenüber muß die Berufung auf Treu und Glauben immer versagen, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden (RG. 52, 5; 72, 343 = JW. 1910, 146; 73, 209 = JW. 1910, 592; 77, 277 = JW. 1912, 156; 96, 315 = JW. 1919, 993; 107, 293, 360; 117, 124, 126 = JW. 1927, 2118; Stoll: JW. 1927, 2118[2]).

Der Einwand der allgemeinen Arglist wird also nur anerkannt, wenn jemand bei der Vertragschließung die Form für unnötig erklärt, also auf den Irrtum des Gegners über die Notwendigkeit der Form einwirkt und sich trotzdem später auf den Formmangel beruft (RG. 96, 315 = JW. 1919, 993; 107, 181 = JW. 1924, 525, 360; DJZ. 1924, 476), auch wenn die Absicht, sich auf den Formmangel zu berufen, nicht von vornherein bestanden hat (RG. 107, 361) und wenn die Erklärung nicht wider besseres Wissen abgegeben ist (RG. 107, 362), sofern sie nur wenigstens auf Fahrlässigkeit beruht (RG. 117, 124 = JW. 1927, 2118; 118, 274 = JW. 1927, 2981). Hierbei handelt es sich aber um die mißbräuchliche Geltendmachung eigener, in der Vergangenheit liegender Handlungen oder Unterlassungen: der Klagegrund ist denn doch nicht so recht eigentlich aus der Geltendmachung im Rechtsstreit, sondern aus dem früher geschehenen zu entnehmen.

Daneben kann es sich noch um frühere Arglist (exceptio doli specialis seu praeteriti) handeln. Diese ist aber bisher nur anerkannt in dem Falle, daß eine Partei die Abfassung eines formgerechten Vertrages verhindert in der Absicht, sich später auf den Formmangel berufen zu können (RG. 96, 315 = JW. 1919, 993; 107, 181 = JW. 1924, 535; JW. 1919, 993[2]). Sie liegt aber nicht darin, daß jemand sich weigert, das nichtige Geschäft seines Erblassers in formgültiger Weise zu wiederholen (RG. 72, 343 = JW. 1910, 146), auch nicht, daß eine Partei die Formwahrung fahrlässig unterläßt, obwohl ihr der Forminhalt und die Formnotwendigkeit bekannt sein mußte (RG. 96, 315 = JW. 1919, 993[2]), auch nicht, daß eine Partei die andere in den Glauben versetzt, sie werde freiwillig erfüllen (RG. 117, 124 = JW. 1927, 2118), selbst wenn sie die Zusage „unter Edelmannswort" gibt (RG. 117, 126 = JW. 1927, 2118).

Auch ist der Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826

Es mag nun zwar sein, daß die Haftung eines Vereins aus Verletzung seiner vertraglichen Verpflichtungen durch den Vorstand auch auf § 31 BGB. gegründet werden kann (RGUrt.: JW. 1912, 338). Aber der § 179 BGB. regelt doch nur die Haftung desjenigen, der ohne Vollmacht oder unter Überschreitung seiner Vollmacht für einen anderen rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber einem Dritten abgegeben hat, nicht aber die Haftung des zu Unrecht von ihm Vertretenen, der dem Dritten gerade nicht haften soll. Hierzu kommt, daß die Sondervorschrift des Art. 95 WO. dem Dritten gegen denjenigen, welcher ohne Vollmacht für einen anderen eine Wechselverbindlichkeit eingegangen ist, nur einen Anspruch auf Erfüllung, nicht aber auf Schadensersatz und nur gegenüber dem auftragslosen Geschäftsführer einräumt (Staub-Stranz, WO., Anm. 19 zu Art. 95). Einer Stellungnahme zu allen diesen Fragen bedarf es indessen nicht. Denn auch wenn der BR. die Haftung der Bekl. nicht auch aus §§ 823 ff. BGB. verbunden mit §§ 89, 31 das. entnommen haben sollte, so reichen doch seine tatsächlichen Feststellungen aus, um jedenfalls auf Grund des § 563 ZPO. dem RevG. die Aufrechterhaltung des Urteils möglich zu machen. Denn das angefochtene Urteil hat „hinsichtlich der schädigenden Handlung auf die zutreffenden Annahmen des LG. verwiesen". Dessen Feststellungen und Ausführungen zu diesem Punkte aber gehen dahin: Der Bürgermeister A. habe die Vorschriften der Hohenzollernschen GemO. gekannt. Er habe gewußt, daß nach § 68 Abs. 5 das. Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Bürgermeister und einem Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein müßten. A. habe ferner gewußt, daß er weder durch einen besonderen Beschluß der Gemeindevertretung noch durch den Beschl. v. 24. Aug. 1925 zur Begebung des Wechsels ermächtigt gewesen sei. Trotzdem habe er den Wechsel — und noch dazu in Blanko — akzeptiert. Der Inhalt des Akzepts und die Beidrückung des Gemeindesiegels zeige, daß er nicht für sich in eigenem Namen habe handeln, sondern für Dritte den Anschein habe erwecken wollen, als handle es sich um ein verkehrsfähiges Akzept der Gemeinde. A. sei sich dabei im klaren darüber gewesen, daß der von ihm ohne Vertretungsmacht und unter Außerachtlassung der Erfordernisse des § 68 GemO. angenommene Wechsel keine Verpflichtung der Gemeinde habe bewirken können. Er habe durch seine Handlungsweise in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Kl. als dem jetzigen legitimierten Wechselinhaber Schaden zugefügt; die Sittenwidrigkeit seines Tuns habe er erkennen müssen. Daraus ergebe sich seine Haftung aus § 826 BGB. Bedingter Vorsatz genüge, und dessen Vorliegen sei genügend erwiesen durch seine wahrheitswidrige Auskunft v. 26. Febr. 1926, daß „der Wechsel in Ordnung gehe", obwohl er das Gegenteil gewußt und aus der Anfrage der Firma Fl. & Co. ersehen habe, daß E. den Wechsel weitergegeben habe. Da bei der Akzeptierung des E.schen Wechsels, zumal es sich um ein Blankoakzept handelte, ein Geschäft der laufenden Verwaltung der beklagten kleinen Gemeinde offensichtlich nicht in Frage kam (RG. 104, 205) und daher mangels Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form, wie dem A. bekannt war, eine wechselmäßige, vertragliche Verpflichtung der Bekl. durch sein Akzept nicht herbeigeführt wurde (RG. 64, 408; RGUrt.: JW. 1922, 392 und 1927, 1251), so begegnet die Annahme, daß A. in seiner Person den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt hat, entgegen der Ansicht der Rev. keinerlei rechtlichen Bedenken. Für den dem Kl. durch diese unerlaubte Handlung A.'s erwachsenen Schaden haftet auf Grund der §§ 89, 31 BGB. neben A. die Bekl. als Gesamtschuldnerin (§ 840 Abs. 1 das.), sofern A. auch nur eines ihrer Vorstandsmitglieder (RG. 57, 94; 74, 257; 78, 353; 110, 146; 117, 65) war und sofern er bei der Vornahme der Wechselunterschrift in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt hat. Die Annahme des OLG., daß beide Voraussetzungen gegeben sind, ist entgegen den von der Rev. auch insoweit erhobenen Angriffen rechtlich nicht zu beanstanden. Daß A. als Bürgermeister der Bekl. eines ihrer Vorstandsmitglieder war, stellt das BG. auf Grund der irrevisiblen (§ 549 Abs. 1 ZPO., VO. v. 28. Sept. 1879, RGBl. 299) Vorschriften der GemO. fest. Nach der gleichen Feststellung aber fiel es auch in den ihm verfassungsmäßig zugewiesenen Geschäftsbereich, für die Bekl., wenn auch nur in Gemeinschaft mit einem Schöffen, was für die Haftung aus § 31 BGB. un-

---

BGB.) bisher noch nicht allgemein als Fall der Arglist anerkannt worden, namentlich wenn der Verstoß eben in nichts anderem bestehen soll, als daß jemand wissentlich oder fahrlässig eine Urkunde ausstellt, die formnichtig ist oder nicht in seine Zuständigkeit fällt. Denn die Tatsache der Nichtigkeit für sich allein reicht nicht aus, um die Folgen der Nichtigkeit zu beseitigen. Wenn der § 826 schon immer da gegeben wäre, wo jemand wissend oder fahrlässig eine formnichtige Urkunde ausstellt, so würden die gesetzlichen Formvorschriften den besten Teil ihrer Wirkung verlieren. Die Klage kann nie begründet sein, weil die Willenserklärung nichtig ist, sondern nur, obgleich sie nichtig ist.

Wegen der rechtlichen Beurteilung darf ich auf die ausführliche Anmerkung von Stoll: JW. 1927, 2118[18] Bezug nehmen, die aber noch folgender Ergänzungen bedarf.

Zusammenhaltung von Verjährung und Formnichtigkeit ist nur zulässig, wenn sie geschieht, um die Gegensätze zwischen beiden schärfer hervorzuheben. Die Verjährung des BGB. gibt ein Verweigerungsrecht, demgegenüber die Replik der Arglist begrifflich möglich ist. Bei der Formnichtigkeit handelt es sich aber nicht um ein Verweigerungsrecht, daher ist das arglistige Verhalten nicht Replik, sondern selbständiger Klagegrund, der evtl. neben den Vertrag tritt. Daraus folgt aber, daß bei der schuldhaft herbeigeführten Unterlassung der Formerfüllung (im Gegensatz zu der schuldhaft herbeigeführten Unterlassung der Unterbrechung der Verjährung) nie ein Anspruch auf Erfüllung gegeben sein kann, sondern nur ein Anspruch auf Schadensersatz außerhalb des Vertragsverhältnisses. Stoll sagt, daß aus der „culpa in contrahendo" keine „prinzipiellen" Folgen für den Umfang der Schadensersatzpflicht gezogen werden dürfen. Vielmehr sei wegen Verschuldens während der Vertragsverhandlungen immer derjenige Schaden zu ersetzen, der durch dieses pflichtwidrige Verhalten „kausal" herbeigeführt wurde. Wenn wir aber auch die grundsätzliche Richtigkeit dieses prinzipiellen Standpunkts zugeben können, so weist er nun doch immer auf § 249 BGB., wonach der Zustand hergestellt würde, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Zustand ist aber immer nur der, daß der Gegner eine klare Vorstellung von der Nichtigkeit des Vertrages gewinnt oder an der Gewinnung einer solchen Vorstellung nicht gehindert wird, also für seinen etwaigen eigenen Rechts- oder tatsächlichen Irrtum selbst verantwortlich ist.

Das führt immer auf das negative Vertragsinteresse, und dieses kann gleich null sein. Wenn z. B. für eine bestehende Schuld eine nichtige Bürgschaft übernommen wird, so muß der Gläubiger dartun, welche Schritte er zur Eintreibung oder anderweiten Sicherstellung der Forderung getan hätte, wenn er die Nichtigkeit des Akzeptvermerks gekannt hätte, und welchen Erfolg er damit erreicht haben konnte. Im vorliegenden Falle ist der Wechselakzept anscheinend nicht erst am 3. März 1926, sondern schon vor der Auskunft v. 26. Febr. 1926 gegeben worden. Aber die Hauptschuldnerin und Ausstellerin des Wechsels muß schon bald darauf in Konkurs geraten sein, da die Masse schon am 10. Jan. 1927 verteilt worden ist. In dieser kurzen Zwischenzeit würde die Gläubigerin oder ihre Vorgängerin kaum eine anfechtungsfeste anderweitige Sicherheit erlangt haben können. War aber auf den Wechsel neuer Kredit gegeben, so fällt der Schade doch nicht ohne weiteres mit dem Nennwert des Wechsels zusammen.

Die Firma F. in Unterschwarzach hat den Wechsel von dem Aussteller gekauft oder in Zahlung genommen. Es gibt ein Unterschwarzach in Baden und eines in Württemberg, aber keins in Hohenzollern. Der Firma F. war also die Kenntnis des Hohenzollernschen Gemeinderechts nicht zuzumuten, und sie handelte daher verständig, als sie sich an den Bürgermeister in H. selbst wandte. Die Antwort v. 26. Febr. 1926 ist entweder eine Willenserklärung oder eine Wissenserklärung. Als Willenserklärung würde sie an denselben Fehlern leiden, wie der Akzeptvermerk: sie wäre eine nichtige Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Als Wissenserklärung wäre die Antwort unrichtig, und zwar wenigstens fahrlässig; sie wäre nicht nur eine unverbindliche Empfehlung oder Raterteilung (§ 676 BGB.), sondern ein amtliches Zeugnis darüber, daß das in der Gemeinde geltende öffentliche Recht erfüllt sei (§ 418 ZPO.), also eine Ausübung der öffentlichen Gewalt. Auf diesen Gesichtspunkt gehe ich aber nicht weiter ein, weil weder die Klage noch die Entsch. des RG. auf ihn gestützt ist.

Es handelt sich nun um die zweite größere Frage. Wieweit ist die Gemeinde zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die zu ihrem Schutze gegebenen Vorschriften übertreten sind? Schadensersatz aus Pflichtverletzung in Ausübung der öffentlichen Gewalt nach Art. 131 RVerf. ist nicht geltend gemacht, liegt auch nach dem Urteil des RG. nicht vor, kommt also für die Besprechung nicht weiter in Betracht. Es handelt sich also nur darum, ob der Bürgermeister durch

erheblich ist, wechselmäßige Verbindlichkeiten einzugehen. Daß er sich bei der Unterzeichnung des Wechsels nicht innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht gehalten hat, ist ohne Bedeutung; denn wäre es für die Haftung aus § 31 BGB. erforderlich, daß der Vertreter sich innerhalb jener Grenzen gehalten hätte, so wäre diese Bestimmung überhaupt kaum jemals anwendbar, da von einem Rechte des Vorstandes, in Vertretung des Vereins unerlaubte Handlungen zu begehen, nicht wohl die Rede sein kann (RGRKomm. I, 53, Anm. 2 zu § 31). Zu prüfen bleibt freilich — ebenso wie in dem rechtsähnlich liegenden Falle des § 831 BGB. —, ob die Überschreitung der Grenzen der dem Vorstand eingeräumten Vertretungsmacht dessen schädigende Handlung so sehr außerhalb seines Wirkungskreises stellt, daß der innere Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung des Vorstandes und dem allgemeinen Rahmen der ihm übertragenen Obliegenheiten nicht mehr erkennbar ist (RG. 117, 65; RGUrt. v. 9. Jan. 1928, VI 222/27), ob also der Vorstand im Bereiche seines verfassungsmäßigen Wirkungskreises und in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen oder aber nur bei Gelegenheit der Ausführung einem Dritten Schaden zugefügt hat. Welcher von beiden Fällen gegeben ist, ist im wesentlichen eine Frage der dem Tatrichter vorbehaltenen Würdigung des Sachverhaltes, und ein Rechtsirrtum tritt in der Stellungnahme des BR., daß A. den Wechsel in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen akzeptiert hat, nicht zutage. Daß endlich A. hierbei nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht tätig geworden ist (RG. 110, 294), steht außer Zweifel und ist von der Rev. auch nicht in Abrede genommen worden. Vergeblich hat die Bekl. dem hieraus folgenden Ergebnis, daß sie dem Kl. für den von ihrem Bürgermeister zugefügten Schaden haftbar ist, in den Vorinstanzen die Ausführung entgegengesetzt, daß es nicht wohl Rechtens sein könne, daß eine Gemeinde, die durch die Formvorschriften des § 68 GemO. vor den Folgen etwaiger Überschreitungen der gesetzlichen Befugnisse seitens ihrer Organe gerade geschützt werden solle (vgl. Harnier; JW. 1925, 1741/42), auf dem Umwege über §§ 89, 31 BGB. für solche Vollmachtsüberschreitungen aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes einstehen müsse. Daß eine solche Folge sich unter Umständen ergeben kann, lehrt der vorliegende Fall und zeigen die zahlreichen Fälle, in denen ähnliche Tatbestände wie hier zur Entscheidung des RG. gekommen sind (vgl. u. a. WarnRspr. 10, 198; JW. 1913, 587 und 1917, 594 Ziff. 2; vgl. auch JW. 1916, 1270 Ziff. 2). Aber jene Folgerung ergibt sich daraus, daß den Körperschaften des öffentlichen Rechts hinsichtlich der Haftung aus § 31 BGB. eine Sonderstellung nicht eingeräumt, im Gegenteil, auch auf sie der § 31 ausdrücklich für anwendbar erklärt worden ist (§ 89 das.). Hiernach ist nur noch auf die letzte Revisionsrüge einzugehen, die dahin geht, den Kl. treffe deshalb ein überwiegendes Verschulden (§ 254 BGB.), weil er es unterlassen habe, sich vor dem Erwerbe des Wechsels über die Ordnungsmäßigkeit der Akzeptserklärung zu vergewissern. Es ist nun freilich zuzugeben, daß das angefochtene Urteil zu diesem Einwande nicht ausdrücklich Stellung genommen hat, obwohl über ihn bereits in dem Grundurteil nach § 304 ZPO. Entscheidung zu treffen ist (RGRKomm., Anm. 4 zu § 254). Aber dafür, daß der BR. diese Einrede übersehen hätte, liegt um so weniger Anhalt vor, als dieselbe im Tatbestande, wenn auch nur in der Form der Bezugnahme auf diesbezügliche Schriftsätze der Bekl., erwähnt ist. Hiernach erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß das OLG. die Einrede für unbegründet erachtet hat, und diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Gewiß erstreckte sich die Prüfungspflicht des Kl. auch darauf, sich vor dem Erwerbe des Wechsels darüber zu vergewissern, ob A. im Rahmen seiner Vertretungsmacht den Wechsel akzeptiert und die einschlägigen landesgesetzlichen Vorschriften des öffentlichen Rechts beobachtet hatte (RG. 115, 315; 116, 254). Allein unstreitig war dem Kl. von seinem Wechselvormann die Auskunft des Bürgermeisters der Bekl. v. 26. Febr. 1926 übergeben worden, worin unter Beidrückung des Gemeindesiegels bescheinigt worden war, daß der Wechsel in Ordnung gehe; die Erteilung einer solchen Auskunft auf die Anfrage, ob ein Wechselakzept der Bekl. in Ordnung sei, lag auch entgegen der Ansicht der Rev. im Rahmen des ihrem Bürgermeister übertragenen Geschäftskreises (RG. 68, 284; vgl. RG. 71, 60). Ferner hatte der Kl. ausweislich des unstreitig echten Schreibens der Spar- und Vorschußkasse in H. v. 23. Febr. 1926 die Auskunft erhalten, das Akzept gehe in Ordnung und sei auf Grund eines gemeinderätlichen

eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, dem Kl. geschadet hat (§§ 31, 89 BGB.). Die §§ 278, 831 BGB. würden nur in Betracht kommen, wenn es sich um Handlungen von Personen handelt, für die die Gemeinde nicht nach §§ 31, 89 haftet.

In persönlicher Beziehung ist die Haftung der Gemeinde für den Bürgermeister nach § 89 BGB. unbedenklich. In sachlicher Beziehung kommt es auf die zwei Unterfragen an: 1. ob eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung vorliegt, 2. ob sie in Ausführung der dem Bürgermeister zustehenden Verrichtungen begangen ist.

In Ansehung der ersten Unterfrage, ob eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung geschehen sei, muß die Sache ebenso beurteilt werden, wie wenn der Bürgermeister in eigenen Angelegenheiten gehandelt hätte. Nicht die Nichtigkeit des Akzeptvermerks, nicht die Geltendmachung der Nichtigkeit in einem Rechtsstreit kann Grund des Anspruchs auf Schadensersatz sein, sondern nur die Hinderung der Abfassung eines formgerechten Vertrags oder die schuldhafte Hervorrufung eines Irrtums. Das erstere ist sicher nicht gegeben, wohl aber das zweite; der Bürgermeister hat durch die Auskunft v. 26. Febr. 1926 den Irrtum erweckt, daß der Akzeptvermerk den Vorschriften des hohenzollernschen Gemeinderechts genüge. Auf diese Auskunft, nicht auf den nichtigen Akzeptvermerk kann m. E. ein Schadensersatzanspruch gestützt werden.

Wegen des schuldhaften Verhaltens des Gemeindevorstehers genügt es nun nicht, einfach festzustellen, daß er die Gesetze wissentlich oder fahrlässig verletzt hat, sondern es muß auch untersucht werden, gegen wen die Pflicht im einzelnen ging, und auf wessen Nachteil sein Wille gerichtet war. Es wäre denkbar, daß ein nicht wiedergewählter Bürgermeister die Absicht gehabt hätte, die weitere Verwaltung der Gemeinde unter seinem Nachfolger in Verwirrung zu bringen; das liegt nicht vor. In der Regel wird man voraussetzen können, daß der Gemeindevorsteher einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, bei dem er sich bewußt oder fahrlässig über die gesetzlichen Schranken hinwegsetzt. Dabei wird er sich möglicherweise gar keine Gedanken darüber machen, ob seine Handlung der Gemeinde oder dem Gegner zum Schaden gereichen wird. Macht er sich aber Gedanken, so können diese entweder dahin gehen, daß er dem Gegner eine rechtsgültige Erklärung seiner Gemeinde vortäuscht, oder dahin, daß er seiner Gemeinde zum Vorteil des Gegners eine Verpflichtung aufbürden will. In dem letzteren Falle wird der Gegner keinen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn die Verpflichtung nicht rechtswirksam zustande kommt, einerlei, ob Bürgermeister und Gegner als Mittäter zusammenwirken oder nicht. Im vorliegenden Falle, wo das Wechselakzept einigermaßen durch den Beschl. v. 24. Aug. 1925 gedeckt ist, ist nicht zu vermuten, daß der Bürgermeister arglistig gegen seine Gemeinde handeln wollte, aber gewiß ist das nicht, und es lassen sich Fälle mit im übrigen gleicher Sachlage denken, in denen der Bürgermeister glaubhaft bekundete: Ich wollte nicht den Gegner betrügen, sondern ihm einen wirksamen Anspruch gegen die von mir verwaltete Gemeinde verschaffen.

Die zweite Unterfrage, ob der Bürgermeister in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt habe, möchte ich wegen der Auskunft v. 26. Febr. 1926 bejahen. Solche Auskünfte werden von allen Gemeindebehörden alle Tage erteilt. Es handelt sich nicht um ein Rechtsgutachten über die Gültigkeit einer Privaturkunde, sondern um den Inhalt des hohenzollernschen Gemeinderechts und die Erfüllung durch einen bestimmten Tatbestand. Das RG. meint, daß der Kl. auch bei der vorgesetzten Dienstbehörde (also bei dem Oberamtmann, jetzt Landrat, oder dem Regierungspräsidenten) Erkundigungen über die Rechtslage hätte einziehen können, aber diese haben insoweit keine Zuständigkeit, die dem Bürgermeister fehlte. Dagegen habe ich, wegen des Akzeptvermerks, den Grundsatz, daß die Überschreitung der Zuständigkeit und die Verletzung von verfassungsrechtlichen, persönlichen Formvorschriften niemals zu den einer Amtsstelle zustehenden Verrichtungen gehören kann. Auf den sprachlichen Zusammenhang zwischen zustehen und zuständig wird man nicht das entscheidende Gewicht legen dürfen. Denn sprachwurzelhaft zusammenhängende Wortformen können doch sprachgeschichtlich verschiedene Bedeutungen bekommen. Ich selbst fasse auch das Wort „zustehend" in einem etwas anderen Sinne auf, indem ich es nicht nur auf die Zuständigkeit, sondern auch auf die Formen beziehe. Aber wenn man von dem Grundsatz abgeht, so verlieren alle verfassungsmäßigen Schutzbestimmungen zugunsten der Gemeinden ihre Wirkung.

Das RG. sagt nun, es komme nicht darauf an, ob der Beamte sich innerhalb seiner Vertretungsmacht gehalten habe, denn wenn es darauf ankäme, so wäre § 31 BGB. „kaum jemals" anwendbar, denn von einem Rechte des Vorstandes, in Vertretung des Vereins un-

Beschlusses ausgestellt, und ferner hatte der Verein Creditreform in Pf. unter dem 9. März 1926 die Auskunft erteilt, daß die Bekl. laut gemeinderätlichem Beschluß der Firma E. ein Baudarlehn von 10000 ℳ, bestehend in einem Akzept über diesen Betrag, bewilligt habe und daß das Akzept des Bürgermeisters A., der 20 Jahre im Dienst sei, für die Gemeinde rechtsverbindlich sei. Mit Recht weist ferner der Kl. darauf hin, daß nach den Vorschriften der Badischen GemO. v. 5. Okt. 1921 (§ 42 Abs. 1, dazu Gündert, Bad. GemO., 4. Aufl., Anm. 2 S. 176; vgl. § 18 und dazu Gündert, Anm. 1—3 S. 122ff.) der Bürgermeister nach außen hin der alleinige Vertreter der Gemeinde bei der Vornahme von Rechtsgeschäften ist und daß es daher für den in Baden ansässigen Kl. an jedem Anlaß fehlte, an der Richtigkeit der empfangenen Auskünfte Zweifel zu hegen. Vorsichtiger wäre es freilich vom Kl. gewesen, auch noch bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Bürgermeisters oder bei einem Rechtsanwalt Erkundigungen über die Rechtslage einzuziehen, aber eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Satz 2 BGB.) kann darin, daß er dies unterlassen hat, nach Lage der Umstände nicht wohl erblickt werden. Wollte man aber auch das Gegenteil annehmen, so würde das dem Kl. dann zur Last fallende Verschulden — ebenso aber auch die von ihm gesetzte Schadensursache — so geringfügig sein und so sehr hinter dem arglistigen und vorsätzlichen, von der Bekl. zu vertretenden Verhalten des A. zurücktreten, daß es mit den Anforderungen der Billigkeit offensichtlich nicht im Einklang stehen würde, dem Kl. auch nur einen Teil seines Schadens zur Last zu legen. Erscheint es bei der Abwägung von Arglist und Vorsatz einerseits und Fahrlässigkeit anderseits schon im allgemeinen nur unter besonderen Umständen statthaft, den fahrlässig handelnden Geschädigten zu der Tragung des Schadens heranzuziehen (RG. 76, 323; 69, 281; 78, 394; SeuffArch. 67 Nr. 196; JW. 1911, 91 Ziff. 9; WarnRspr. 1908 Nr. 49 und Nr. 446; RGRKomm., Anm. 1a und 5 zu § 254, S. 412, 418/19 in Bd. II), so sind im vorliegenden Falle solche gegen den Kl. sprechende Umstände nicht nur nicht ersichtlich, sondern die Sachlage spricht überall, wie dargelegt, zu seinen Gunsten.

(U. v. 26. März 1928; 450/27 VI. — Stuttgart.) [Sch.]

2. §§ 171—173 BGB. Die Vollmacht deckt den gutgläubigen Erwerb vom Bevollmächtigten nur dann, wenn sie bei Abschluß des Rechtsgeschäfts vorgelegt wird, nicht auch dann, wenn

---

erlaubte Handlungen zu begehen, könne „nicht wohl" die Rede sein. Diese Sätze sind schon eine starke Abbröckelung gegenüber der Entsch. v. 6. März 1913: JW. 1913, 589 (rechts), wo es heißt: „Würde das der Inhalt des § 31 sein, so wäre er zwecklos und ohne Inhalt; denn zur Begehung unerlaubter Handlungen ermächtigt gültigerweise eine Vertretungsbefugnis niemals." Solche Sätze sind aber nur dann beweiskräftig, wenn sie allgemein und ohne Ausnahme gelten, und die Zulassung einer einzigen Ausnahme entkräftet die ganze Beweisführung, abgesehen davon, daß „zustehende Verrichtungen" und „Vertretungsbefugnis" nicht dasselbe sind.

Der Zweck, einem Gesetz ein Anwendungsgebiet zu verschaffen, adelt (abgesehen von Patentsachen) nicht das Mittel der sinnwidrigen Auslegung. Hier ist aber auch nicht einmal der Zweck gegeben, weil es dem § 31 BGB. an einem Anwendungsgebiete keineswegs fehlt. Denn der § 31 BGB. spricht nicht von „unerlaubten" Handlungen, sondern von „zum Schadensersatz verpflichtenden" Handlungen. Und Handlungen, welche zum Schadensersatz verpflichten, ohne unerlaubt zu sein, kommen vor, z. B. bei Abwendung eines selbstverschuldeten Notstandes (§ 228 BGB.) und bei irriger Annahme der Selbsthilfe (§ 231 BGB.), dazu das ganze umfangreiche Gebiet des Staats- und Polizeinotrechts und anderer Schadensersatzansprüche aus rechtmäßigen Amtshandlungen. Dieses Gebiet ist zwar landesrechtlich so erschöpfend geordnet, daß für seine Beurteilung der § 31 BGB. nicht herangezogen zu werden braucht, aber es fällt doch immerhin auch unter den Tatbestand des § 31, aber weder unter den des § 839 BGB. noch unter den des Art. 131 RVerf., weil es sich zwar um Ausübung der öffentlichen Gewalt, aber nicht um Verletzung der Amtspflicht handelt. Ein Anwendungsgebiet für den § 31 BGB. ist also bei jeder Art der Auslegung gegeben, und wieviel Fälle in der Justizstatistik jährlich vorkommen können, ist gleichgültig.

Wichtiger für die Auslegung ist aber die Anwendbarkeit auf unerlaubte Handlungen, und in bezug auf diese ist die Fragestellung des RG. (schon in dem Urteil von 1913) falsch. Sie unterstellt stillschweigend, daß die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung notwendig ein für sich allein bestehender und abgeschlossener Vorgang sein müsse, wie die Urkundenfälschungen in den Fällen von 1913 und 1917. Aber diese Unterstellung erschöpft die Fülle der Möglichkeiten nicht und nimmt gerade auf die wichtigsten keine Rücksicht.

Auch eine Handlung, die als solche durch die Amtspflicht zugelassen und geboten ist, kann in einer Weise ausgeführt werden, die einen Dritten schädigt und zum Schadensersatz berechtigt. Mit solchen Beispielen habe ich mich schon als Student herumgetragen, ohne im gemeinen Recht eine Antwort zu finden. Ein Wagen Langholz fährt sich auf einem engen und krummen Wege fest; ein Prokurist des Hauses, für dessen Rechnung die Fuhre besorgt wird, kommt an Ort und Stelle und ordnet die Niederreißung eines Stückes Gartenzaun an. Selbstverständlich hat der Gartenbesitzer einen Anspruch auf Schadensersatz, aber gegen wen?, die Fuhrleute, den Prokuristen oder das Handlungshaus? Ein besseres Beispiel ist folgendes: in Kiel hat vor 1866 der zweite Bürgermeister L. einen Damm durchgestochen, um den leergelaufenen, zur Speisung der Wasserleitung bestimmten Teich aus dem Nebenteiche einer benachbarten Landgemeinde anzufüllen. Nach heutigem Rechte würde die Stadt auf Schadensersatz haften, denn die Sorge für Wasserzufuhr war eine dem Gemeindevorstand zustehende Verrichtung, die Art und Weise, wie sie ausgeführt wurde, war unerlaubt. Hätte ein Unberufener den Damm durchgestochen, so wäre die Stadt Kiel nicht für Schadensersatz (Wiederherstellung des Dammes), sondern nur für die Bereicherung (Wert des Wassers) verantwortlich. Und solche Beispiele lassen sich noch viele finden, z. B. der Gemeindevorsteher ist auf einer privatgeschäftlichen Dienstfahrt begriffen, und nimmt den Weg über einen Privatacker, weil der öffentliche Weg gesperrt ist oder einen zu großen Umweg macht; er schreibt einen amtsgeschäftlichen Vermerk auf den nächstliegenden weißen Fleck und macht dadurch ein wertvolles Buch unverkäuflich und dergleichen mehr.

Man muß also im Falle des § 31 wie des § 831 BGB. unterscheiden: Hat der Beamte durch die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung die ihm zustehende Verrichtung gefördert oder fördern wollen, so hat er in Ausübung seiner Verrichtungen gehandelt, und die Gemeinde haftet. Hat aber der Vertreter zum Zwecke der unerlaubten Handlung seine Dienstverrichtung unterbrochen und nicht weitergeführt, so hat er nur bei Gelegenheit der Dienstverrichtungen gehandelt, und die Gemeinde haftet nicht. Mit dieser Unterscheidung kommt man allerdings zum Teil zu anderen Ergebnissen als das RG., z. B. JW. 1913, 587[1], wo der Bürgermeister „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" Urkunden der Gemeinde fälschlich angefertigt hatte, um von einer Bank Geld zu erheben und dieses zu unterschlagen, ebenso JW. 1917, 594[2], wo ein Bürgermeister in ähnlicher Weise Urkunden der Sparkasse gefälscht hatte. Die Sache würde anders liegen, wenn der Beamte, um für die Gemeinde nötiges Geld zu beschaffen, eine Sicherheitsleistung (Hypothek, Bürgschaft) eines Dritten gefälscht hätte.

Im Falle JW. 1916, 1270[2] hatte der Direktor einer Bankanstalt Schulden bei der Bank und suchte einen Dritten, der für diese Schulden der Bank gegenüber Bürgschaft leistete. Er tat dies, um seine eigene persönliche Stellung zu verbessern, förderte aber auch die Interessen der Bank, der an besserer Sicherung der zweifelhaften Forderung gelegen war.

Ich vermisse auch endlich eine Prüfung der Frage, welche Rechtswirkung das Fehlen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde hat, ob sie unter §§ 182—185 BGB. fällt oder den Akzeptvermerk nichtig macht, oder wie sie sonst zu beurteilen ist, endlich ob auch dieser Mangel durch Arglist oder Fahrlässigkeit des Bürgermeisters geheilt wird.

Ich komme auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß für die große Verfehlung (Abgabe des nichtigen Wechselakzeptes) die Gemeinde nicht verantwortlich ist, wohl aber für die kleinere Verfehlung (unrichtige Auskunft v. 26. Febr. 1926). Das liegt aber darin begründet, daß die Zuständigkeit der Gemeindebehörden in bezug auf Geldgeschäfte und -verfügungen gesetzlich beschränkt ist, aber in bezug auf Auskünfte nicht wohl beschränkt werden kann; es wird auch m. E. etwas dadurch ausgeglichen, daß die Kl. nicht einfach den Wechselbetrag nebst Zinsen und Kosten, sondern nur den Betrag hätte fordern können, der ihr durch das Vertrauen auf die unrichtige Auskunft nach freier Überzeugung des Gerichts verursacht worden ist (§ 287 ZPO.).

Interessenjurisprudenz spielt hier nicht mit. Es handelt sich um das Interesse des Gläubigers, der im Vertrauen auf die Gültigkeit einer Bürgschaft einen Kredit gewährt und Vermögen aus der Hand gegeben hat, und um das Interesse der juristischen Person, die gegen die Folgen unüberlegter, leichtsinniger oder böswilliger Handlungen ihrer Beamten geschützt werden soll. Beide Interessen widerstreiten einander und sind nicht miteinander zu vereinen. Die Entscheidung kann daher nur nach dem Recht erfolgen.

JR. Karl Friedrichs, Ilmenau.

sie als bei den Grundakten vorhanden erwähnt wird.†)

(U. v. 17. Nov. 1927; 398/27 VI. — Berlin.)

Abgedr. JW. 1928, 884[1].

3. § 313 BGB. Schwarzkauf. Die Einrede der Arglist setzt Täuschung über das Erfordernis der Beurkundung des richtigen Vertragsinhalts voraus. Grundsätze über den Ausgleich der Aufwendungen des zur Rückauflassung verurteilten Käufers mit den inzwischen gezogenen Nutzungen.†)

Darüber, daß Schwarzkauf vorliegt, sind die Parteien sich einig. Da das ganze Geschäft zeitlich unter die Herrschaft des Grundstücksverkehrsgesetzes fällt, so bedurfte es zu seiner Wirksamkeit der behördlichen Genehmigung, welches Erfordernis auch nach Außerkrafttreten des Gesetzes nicht entfallen ist. Mangels Genehmigung ist die Auflassung unwirksam; Auflassung und Eintragung im Grundbuch haben nicht heilend für den formungültigen Vertrag gewirkt. Der Eigentumsübergang ist also bisher nicht geschehen.

Die Rev. beschwert sich darüber, daß das BG. die Einrede der Arglist deshalb für nicht durchgreifend erachtet habe, weil eine Täuschung der Bekl. über das Formerfordernis durch die Kl. nicht vorliege. Die Rev. glaubt die Einrede zunächst darauf stützen zu können, daß die Kl. aus dem, wenn auch formungültigen Vertrage doch eine Mitwirkungspflicht zur Erreichung der behördlichen Genehmigung habe, und daß eine „culpa in contrahendo" vorliege, wenn die Kl. dem entgegenhandle. Das RG. hat aber in ständiger Rspr. beim formungültigen Vertrage das Bestehen einer Treupflicht und einer Verpflichtung des Vertragsgegners, beim Einholen der behördlichen Genehmigung mitzuwirken, verneint (RG. 115, 38 und letzthin in dem zum Abdruck bestimmten Urteil vom 4. Jan. 1928, V 606/27[1]). An dieser Rspr. ist festzuhalten. Die Rev. meint zur Einrede der Arglist weiter, daß zu Unrecht die Behauptung der Bekl. übergangen sei, daß sie in die Falschbeurkundung nur gewilligt habe auf Drängen der Kl., die den wirklich erzielten Preis vor ihren Kindern habe geheimhalten wollen, und unter dem Druck der Tatsache, daß sie, die Bekl., schon ein Drittel des Kaufpreises angezahlt gehabt habe, welche Anzahlung sie zu verlieren gefürchtet habe, wenn sie auf den Wunsch der Kl. nicht einginge. Der so behauptete Sachverhalt erfüllt indessen nicht die Voraussetzungen, unter denen in der Rspr. des RG. die Arglisteinrede zugelassen worden ist: schuldhafte Irreführung des Vertragsgegners über die Formnotwendigkeit. Er kann auch im übrigen, seine Richtigkeit vorausgesetzt, nicht zur Annahme einer Arglist der Kl. führen.

Die Rüge der Rev., daß der Einwand der Bekl. aus § 814 BGB., die Kl. habe ihre Nichtverpflichtung zur Leistung gekannt, zu Unrecht zurückgewiesen sei, ist deswegen nicht stichhaltig, weil es sich nicht um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt, sondern um Ansprüche aus §§ 894, 985 BGB., denen gegenüber § 814 BGB. überhaupt nicht anwendbar ist.

Die Rev. rügt weiter, daß bei den Forderungen der Beklagten, derentwegen diese zurückbehalten will, ihre Reparaturkosten in Höhe von 1438,57 RM nicht mit eingesetzt seien, und daß bei der Berechnung der Bereicherung der Kl. durch den Empfang der Kaufpreiszahlung der Wert des Grundstücks unberücksichtigt geblieben sei; es werde deswegen die Rückgabe des im Wert erheblich gestiegenen Grundstücks zu einer Bereicherung der Kl. führen. Das BG. hat die Nichtberücksichtigung der von der Bekl. aufgestellten Reparaturkosten damit begründet, daß es sich bei den auf die Zeit vor der Rechtshängigkeit entfallenden Auslagen um „gewöhnliche Erhaltungskosten" handle, die die Bekl. nach § 994 BGB. selbst zu tragen habe, weil ihr für diese Zeit nach § 993 BGB. auch die gezogenen Nutzungen verblieben, und daß bezüglich der auf die Zeit nach der Rechtshängigkeit entfallenden Reparaturkosten, deren Erstattung die Bekl. an sich nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen könnte (§ 994 Abs. 2 BGB.), ein Zurückbehaltungsrecht zu verneinen sei, weil die Bekl. für die Zeit auch die Nutzungen gezogen, also Aufwendungen aus eigenen Mitteln nicht gemacht habe. Diese Ausführungen sind rechtlich unbedenklich, soweit sie sich auf die Reparaturkosten aus der Zeit vor der Rechtshängigkeit beziehen. Es handelt sich hier ersichtlich um „gewöhnliche Erhaltungskosten", d. h. regelmäßige Wirtschaftskosten, die man aus den Nutzungen zu bestreiten pflegt. Diese sind der Bekl. für die Zeit, für die ihr die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen (§ 994 Satz 2 BGB.). Für die Zeit vor Rechts-

---

Zu 2. Die Entsch. entspricht der ständigen Rspr. des RG., wie sie in dem vorliegenden Urteil zitiert ist, aber auch anderer Gerichte (vgl. z. B. KG. v. 9. Aug. 1920: KGJ. 53, 127) und der überwiegenden Meinung in der Literatur (vgl. z. B. Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. I 1, 25./29. Aufl. § 174 Anm. 5; v. Tuhr, Allgem. Teil, II 2 § 85 zu Anm. 33). Das RG. hat daher das BU. mit Recht aufgehoben.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Zu 3. A. In der Entsch. sind die Grundsätze, die in Schwarzkaufprozessen immer wieder zur Erörterung kommen, zusammengefaßt.

1. Das RG. stellt erneut fest, daß die Einrede der Arglist eine schuldhafte Irreführung des Vertragsgegners über die Formnotwendigkeit voraussetzt. Zuzugeben ist, daß eine weitherzige Zulassung der Arglisteinrede die Formvorschrift des § 313 BGB., die im allgemeinen Interesse besteht, hinfällig machen könnte. Eine andere Frage ist, ob nicht in einem Falle, der sich so abgespielt hat, wie es hier behauptet wird, trotzdem eine Möglichkeit besteht, die Einrede der Arglist zuzulassen. Wesentlich scheint mir hierbei der Umstand, daß der Käufer bereits einen Teil des Geldes bezahlt hatte und fürchten mußte, sein Geld zu verlieren, falls er auf das Drängen des Verkäufers, den Vertrag schwarz abzuschließen, nicht eingehe. Jedenfalls lehrt die Erfahrung, daß der Standpunkt des RG. einem Laien kaum klarzumachen ist, daß er also dem Volksempfinden nicht entspricht, wiewohl nochmals zugegeben sein mag, daß dieser Gesichtspunkt bei der Würdigung von Formalverträgen nicht unbedingt ausschlaggebend sein darf. Nachahmenswert erscheint mir die Lösung des leidigen Problems im polnischen Recht (vgl. GruchBeitr. 68, 261).

2. Es wird weiter festgestellt, daß gegenüber Berichtigungsansprüchen und Eigentumsherausgabeansprüchen der § 814 BGB. nicht in Frage kommt.

3. Bezüglich der Nutzungen und Aufwendungen stellt das RG. folgendes fest:

a) Grundsätzlich ist anzunehmen, daß der Schwarzkäufer bis zur wirklichen Kenntnis der Nichtberechtigung seines Besitzes, d. h. unter Umständen auch über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit hinaus, die Nutzungen behalten darf, und daß er aus den Nutzungen für eigene Rechnung die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen hat.

b) Nach Eintritt der Bösgläubigkeit hat der Schwarzkäufer die vollen Nutzungen herauszugeben, andererseits hat er Erstattung seiner Aufwendungen zu verlangen. Wegen dieser Aufwendungen hat er gegenüber dem Herausgabe- und Berichtigungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht, jedoch mit der Einschränkung, daß dieses wegen verhältnismäßig geringfügiger Verwendungen nicht ausgeübt werden darf, zumal der Käufer sich an den von ihm herauszugebenden Nutzungen schadlos halten kann.

4. Bei der Berechnung der Forderung des Käufers auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises kommt der gestiegene Wert des streitigen Grundstücks nicht in Betracht. Auch dies entspricht der ständigen Rspr., es ist jedoch ebenfalls ein Punkt, der selbst von ganz objektivdenkenden Betroffenen nicht verstanden wird. Der Käufer hat einen Betrag hingegeben, der dem Wert des Grundstücks zur Zeit des Schwarzkaufs entsprach, und er hat dem Verkäufer die für diesen untragbaren Lasten des Hauses während der Inflationszeit abgenommen. Jetzt bekommt der Käufer im allgemeinen einen Betrag zurück, der nicht einmal ausreicht, um die Kosten seiner doch gewiß nicht mutwilligen Rechtsverfolgung zu decken. Möglich wäre wohl die Auffassung, daß der gestiegene Wert des Grundstücks nicht ausschließlich dem Eigentümer (Verkäufer) zustatten kommt, sondern daß man sagt, der gestiegene Wert des Grundstücks komme zu einem Teil auch dem Käufer zustatten, der mit seinem Gelde unter uneingeschränkter Zustimmung des Verkäufers das Grundstück eine Zeitlang wie ein Eigentümer mit allen Lasten des Grundstücks erhalten hat. Dieser Gesichtspunkt könnte dazu führen, auch den gestiegenen Wert des Grundstücks bei der Berechnung des zu erstattenden Kaufpreises mitsprechen zu lassen.

RA. Dr. Paul Chone, Berlin.

B. I. In nunmehr ständiger Rspr. des RG. ist die Einrede der Arglist zwar erheblich eingeschränkt, aber wenigstens in ihren Voraussetzungen klar umgrenzt. Sie greift danach nur durch bei schuldhafter Irreführung des Vertragsgegners über die Formnotwendigkeit; sie wird aber nicht begründet durch die bloße Anregung zur falschen Beurkundung oder sonstige Umstände, die in

[1]) JW. 1928, 506.

hängigkeit bleiben der Bekl. die Nutzungen dann, wenn sie beim Erwerb des Besitzes nicht bösgläubig war (§§ 990, 993 BGB.). Um die Bösgläubigkeit auszuschließen, muß der Besitzer ohne grobe Fahrlässigkeit geglaubt haben, dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum Besitz zu haben. Nun wußte die Bekl., als sie den Besitz des Grundstücks bekam, daß sie noch nicht Eigentümerin war, daß sie noch kein festes, unentziehbares Recht auf dauernden Besitz hatte; aber die Kl. hatte ihr doch den Besitz übertragen in der beiderseitigen Erwartung, daß der Eigentumsübergang richtig vollendet werden würde. Da konnte die Bekl. sich beim Besitzerwerb ohne grobe Fahrlässigkeit wenigstens für so lange zum Besitz befugt halten, als die Kl. die Überlassung nicht widerrufen würde. Dann bleiben ihr für die Zeit vor Rechtshängigkeit und bis zum Eintritt einer wirklichen Kenntnis der Nichtberechtigung des Besitzes einerseits die Nutzungen; andererseits hat sie keinen Ersatzanspruch für die gewöhnlichen Erhaltungskosten.

Ein Betrag von 463,65 *RM* aus der Aufstellung der Beklagten fällt in die Zeit nach Rechtshängigkeit. Hier kann die Bekl. einen Erstattungsanspruch auf § 994 Abs. 2 BGB. gründen; sie hat andererseits die vollen Nutzungen nach § 987 BGB. herauszugeben. Wenn das BG. sagt, daß die Bekl. die Aufwendungen nicht aus eigenen Mitteln gemacht habe, weil sie für diese Zeit auch die Nutzungen gezogen habe, so erscheint das nicht zutreffend; denn die gezogenen Nutzungen (Mieten) gingen in das Eigentum der Bekl. über; sie hat nur die Nutzungen wieder herauszugeben. Sie hat aber deswegen doch die Aufwendungen aus eigenen Mitteln gemacht. Die Begründung des BG. geht darauf hinaus, daß es die Forderung der Bekl. aufrechnet mit der Forderung der Kl. auf Herausgabe der Nutzungen. Von einer Aufrechnungserklärung der Kl. ist aber nichts ersichtlich. Mag nun auch die Erstattungsforderung der Bekl. für die Reparaturkosten aus der Zeit nach Rechtshängigkeit bestehen, so ist doch ihre Nichtberücksichtigung für die Zurückbehaltung aus einem anderen Grunde gerechtfertigt. Auch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 1000 BGB.) steht unter den Vorschriften von Treu und Glauben (RG. 61, 133; 85, 138[2])). Die Bekl. kann es nicht ausüben wegen verhältnismäßig geringfügiger Verwendungen, wo, auch nach der tatsächlichen Annahme des BG., bestimmt damit zu rechnen ist, daß diese Verwendungen mehr als ausgeglichen werden durch eine höhere Forderung der Eigentümerin wegen gezogener Nutzungen. Da ist eine Sicherung der Bekl. unnötig.

Bei der Berechnung der Forderung der Bekl. auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises wendet das BG. mit Recht Bereicherungsgrundsätze an, ohne daß dabei ein Rechtsirrtum ersichtlich wäre. Es schätzt den Wert des Geleisteten entsprechend der Kaufkraft der Papiermark zur Zeit der Leistung und läßt mit Recht den jetzigen Wert des von der Bekl. zurückzugebenden Grundstücks außer Betracht. Der Vorteil einer Wertsteigerung des Grundstücks gebührt der Kl. als der Eigentümerin und stellt nicht eine für sie ungerechtfertigte Bereicherung dar.

(U. v. 1. Febr. 1928; 310/27 V. — Berlin.) [Sch.]

4. §§ 313, 344 BGB. Die Zusage einer Vertragsstrafe in einem auf Vermittlung des Ankaufs eines Grundstücks gerichteten Vertrage unterliegt dem Formzwange nicht.

Die Bekl. hat nicht das Grundstück selbst zum Eigentum erworben, sie wollte vielmehr den Verkauf des Grundstücks an den Kl. vermitteln und ihre Bemühungen einsetzen, die Grundstückseigentümerin zum Verkauf ihres Grundstücks zu den von den Parteien vereinbarten Bedingungen an den Kl. zu veranlassen, und für den Erfolg ihrer Bemühungen einstehen. Mit Recht nimmt das BG. an, daß ein solches Abkommen dem Formzwang des § 313 BGB. nicht unterliegt. Gegenstand des Vertrages ist in einem solchen Falle nicht eine Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen; auf Übertragung des Eigentums könnte aus diesem Abkommen als solchen nicht geklagt werden; vielmehr ist nur eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen und ein Einstehen für den Erfolg dieser Handlungen verabredet worden. Daß auf eine solche Verpflichtung § 313 BGB. nicht anzuwenden ist, steht in der Rspr. des RG. außer Zweifel (RG. 77, 132[1])). Unterlag aber das Abkommen der Parteien über die Bemühungen der Bekl. und das Einstehen für den Erfolg dieser Bemühungen keinem Formzwang, so war auch die Verabredung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens nicht unwirksam; die Nichtanwendung des § 344 BGB. enthält keinen Rechtsverstoß.

(U. v. 12. März 1928; 302/27 VI. — Berlin.) [Sch.]

****5.** § 415 BGB. Liegt eine geschlossene Reihe von Eigentümern vor, die sämtlich die persönliche Schuld übernommen haben, so ist die einem von ihnen erklärte Genehmigung regelmäßig dahin zu verstehen, daß damit auch die früheren Schuldübernahmen genehmigt sein sollen.†)

Im Grundbuch für das vormalige Munizipalstadtgericht Dresden (Bl. 1025) waren für die Kl. Buchhypotheken in Gesamthöhe von 17 500 *M* eingetragen. Eigentümer des be-

---

subjektiver Hinsicht lediglich das Hauptverschulden für die falsche Beurkundung auf seiten des Verkäufers erscheinen lassen; insbes. dann nicht, wenn der Käufer selbst die Nichtigkeit des Kaufvertrages gekannt hat.

II. Die Entsch. bestätigt den in der Praxis meist anerkannten Grundsatz, daß der Käufer, dem vom Verkäufer auf Grund eines Schwarzkaufes das Grundstück übergeben worden ist, sich in der Regel für die Zeit bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit auf seinen guten Glauben berufen kann. Der vom RG. als Stichtag herangezogene Zeitpunkt des Widerrufes der Überlassung fällt regelmäßig mit der Erhebung der Klage zusammen.

III. Ebenso deckt sich die vom RG. ausgesprochene Zuteilung der gezogenen Nutzungen mit der ständigen Rspr.; bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erfolgt also eine Abrechnung weder über die gezogenen Nutzungen noch über die Ausgaben, soweit sie gewöhnliche Erhaltungskosten darstellen.

Die Entsch. bringt für den Ausgleich der von dem Käufer nach der Rechtshängigkeit gemachten notwendigen Verwendungen einerseits und der von ihm gezogenen Nutzungen andererseits lediglich die §§ 994 Abs. 2 und 987 zur Anwendung.

In dem der Entsch. zugrunde liegenden Fall liegt eine Aufstellung des Käufers vor, die als Einzelpunkt einen Betrag für eine Aufwendung nach Rechtshängigkeit enthält. Das RG. hält an sich für die Beachtung der vom Käufer gezogenen Nutzungen eine Aufrechnung des Verkäufers für erforderlich, und kommt, weil die Aufrechnung nicht ausgesprochen sei, zur Verneinung des Zurückbehaltungsrechts nur aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, da es sich um verhältnismäßig geringfügige Verwendungen handele und nach der tatsächlichen Annahme des BG. die Verwendungen durch die Nutzungen mehr als ausgeglichen würden.

In einem gleichliegenden Falle aber hat der 6. ZS. des RG. (VI 69/27 v. 24. Okt. 1927) § 818 Abs. 1 BGB. herangezogen und eine Aufstellung einer „Ausgleichsberechnung über die den Erwerb des Grundstücks gemachten Aufwendungen und die erstattungsfähigen Verwendungen einerseits und die durch den Erwerb und den Besitz des Grundstücks erwachsenen Vorteile andererseits" unter Zitierung von RG. 54, 141; 86, 343; 94, 253; 105, 32 = JW. 1923, 500 verlangt. Will man trotz §§ 994, 987 die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung bringen, so würden allerdings zur Substantiierung des Zurückbehaltungsrechts bereits die Aufmachung der gesamten Einnahmen und Ausgaben für die fragliche Zeit gehören.

IV. Die in der Entsch. erfolgte Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts dürfte von weiter praktischer Bedeutung für den häufigen Fall werden, daß der Käufer vor Rechtshängigkeit das Grundstück mit einer Hypothek belastet hat. Der 5. ZS. hat in ständiger Rspr. hier den Anspruch auf Beseitigung der hypothekarischen Belastung gem. §§ 989, 990 verneint (JW. 1928, 1387, 2447).

Auch ein Anspruch auf Auszahlung der erhaltenen Hypothekenvaluta kann nur Zug um Zug gegen bestimmte Erklärung erfolgen (vgl. hierzu Bem. JW. 1928, 1387, 2447). Regelmäßig dürfte es also an einem aufrechnungsfähigen Gegenanspruch gegenüber dem Zurückbehaltungsanspruch fehlen. Da es sich aber meist bei Hypothekenbestellungen um sehr erhebliche Werte handelt, wird häufig in derartigen Fällen die Sicherung des Bekl. durch ein Zurückbehaltungsrecht unnötig erscheinen und die glatte Verurteilung trotz Geltendmachung des Anspruchs auf Rückerstattung des verhältnismäßig geringfügigen Kaufpreises erfolgen können, freilich vorausgesetzt, daß § 814 BGB. dem Verkäufer nicht entgegensteht.

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

[2]) JW. 1914, 923.

[1]) JW. 1912, 33.

Zu 5. Die Entsch. ist sehr bedeutsam und zu begrüßen; sie

lasteten Grundstücks war O. H. J. Ihm folgten im Eigentum zunächst im Wege der Zwangsversteigerung i. J. 1919 Frau H., Frau F. und Frau H. mit je 1/3, wobei die Hypotheken stehen blieben, alsdann nacheinander jedesmal durch Verkauf unter Übernahme der Hypotheken auf den Kaufpreis A. F. und der Bekl. Am 16. Febr. 1923 wurden die Hypotheken auf Grund der Bewilligung der Kl. gelöscht, nachdem sie die Schuldbeträge nach ihrer Behauptung in Papiermark zurückerhalten hatte. Später wurde das lastenfrei gewordene Grundstück an G. A. P. aufgelassen und dieser als Eigentümer eingetragen. Die Kl. meldete die den Hypotheken zugrunde liegende persönliche Forderung bei der Aufwertungsstelle gegen den Bekl. an und beantragte, da dieser seine Verpflichtung zur Aufwertung bestritt, mit der Klage die Feststellung dieser Verpflichtung. Während das LG. demgemäß erkannte, wies das BG. die Klage ab.

Die Ablehnung einer Haftung aus § 415 ist nicht bedenkenfrei begründet.

Das gilt zunächst von der Annahme, F. sei nicht persönlicher Schuldner gewesen, so daß der Bekl. seine Schuld nicht habe übernehmen können. Daß die Rechtsvorgängerinnen F.s nur dinglich gehaftet hätten, war jedenfalls ausdrücklich nicht behauptet. Glaubte das BG. aber, diese Behauptung aus dem Bestreiten der persönlichen Verpflichtung F.s entnehmen zu sollen, so durfte es sich nicht auf die Ausführung beschränken, daß sich eine persönliche Schuld der Rechtsvorgängerinnen nicht aus den Grundakten ergebe. Bei Beachtung der §§ 53, 91 ZwVG. wäre vielmehr von der Übernahme auch der persönlichen Schuld im Zwangsversteigerungsverfahren auszugehen gewesen.

Das gleiche gilt für die Begründung, mit der das BG. die wirksame Erteilung der nach § 415 BGB. erforderlichen Genehmigung verneint. Auch hier ist lediglich die nicht rechtsirrtumsfreie Feststellung verwertet worden, daß nur die Übernahme der dinglichen Schuld mitgeteilt sei.

Ein anderer Rechtsgrund, aus dem schon jetzt die behauptete Genehmigung als unwirksam angesehen werden müßte, ist nicht ersichtlich.

Daß eine solche, soweit erkennbar, nur dem Bekl. gegenüber erklärt ist, steht nicht entgegen. Liegt eine geschlossene Reihe von aufeinanderfolgenden Eigentümern vor, welche sämtlich die persönliche Schuld übernommen haben, so kann die gegenüber einem von ihnen erklärte Genehmigung regelmäßig nur dahin verstanden werden, daß damit auch die vorausgehenden Schuldübernahmen genehmigt werden sollten. Allerdings ist die Genehmigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. In Fällen wie dem vorliegenden, muß es aber erfahrungsgemäß als dem Willen der aus dem Schuldverhältnis ausscheidenden Beteiligten entsprechend angesehen werden, daß jeder Nachfolger zur Entgegennahme der dem Vorgänger günstigen Genehmigungserklärung auch dann ermächtigt ist, wenn die Voraussetzungen des § 182 BGB. nicht gegeben sind. Zu prüfen bliebe dann nur, ob auch die übrigen Voraussetzungen des § 415 vorliegen, ob also insbes. sämtliche Schuldübernahmen dem Gläubiger mitgeteilt sind.

Eine weitere Erwägung zeigt aber, daß es bei einer geschlossenen Kette von Übernahmen der persönlichen Forderung der Mitteilung (und Genehmigung) nur für den Übergang der Schuld auf denjenigen Schuldner bedarf, dessen Eintritt in das Schuldverhältnis der Gläubiger mit befreiender Wirkung für die vorhergehenden genehmigen will. Allerdings verlangt § 415 BGB. einen Vertrag des Übernehmers mit dem Schuldner, und es ist nicht zu verkennen, daß F. niemals Schuldner geworden ist, sofern es bei ihm und seinen Vorgängern an Mitteilung und Genehmigung fehlen sollte. Er war aber seinem Vorgänger gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Denn nach § 415 Abs. 3 lag im Zweifel dem ersten Übernehmer der Schuld diese Verpflichtung ob und es muß angenommen werden, daß die Nachfolger, wenn sie die persönliche Schuld übernehmen zu wollen erklärten, für den Fall der Nichtgenehmigung in die Befreiungsschuld eintraten. Wenn hierdurch auch keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den späteren Schuldnern und dem ursprünglichen persönlichen Schuldner geschaffen wurden, so war doch die ursprüngliche Schuld der Gegenstand ihrer Verpflichtungen gegenüber ihrem jeweiligen Vertragsgegner. Sie liefen auf die Befriedigung des Gläubigers hinaus. Dann muß es aber lediglich als eine Entwicklung des dem § 415 BGB. zugrunde liegenden Gedankens erscheinen, wenn in Ermangelung von schutzbedürftigen Gegeninteressen der Schuldner die Rechtswirksamkeit der Schuldübernahme durch Genehmigung des letzten der in der geschlossenen Reihe liegenden Verträge anerkannt wird. Es wird dann der oft gewählte Ausweg entbehrlich, den Gläubiger durch nachträgliche Einholung der Mitteilungen über frühere Schuldübernahmen und ihre nachträgliche Genehmigung beschritten haben. Er war zwar dem Buchstaben des Gesetzes angepaßt, mußte aber seinem Sinne gegenüber als eine unbefriedigende Lösung erscheinen, und zwar um so mehr, als so eine Benachteiligung des Gläubigers herbeigeführt wurde, dem es nicht

---

bringt die Rechtsentwickelung zu § 415 BGB. stark vorwärts und zu einem gewissen Abschluß.

1. Bei einer Kette von Hypothekenübernahmen hat der Gläubiger, der den letzten Übernehmer als persönlichen Schuldner in Anspruch nehmen will, nach § 415 den Beweis zu führen, daß der Bekl. die persönliche Schuld übernommen hat, daß die Schuldübernahme dem Gläubiger mitgeteilt und daß sie von ihm genehmigt wurde. Am einfachsten war immer der Beweis der Genehmigung. Die Genehmigung durch konkludente Handlungen hat schon die Rspr. der Vorkriegszeit zugelassen. Desgleichen sehr späte Genehmigung (z. B. erst nach Ausfall der Hypothek in der Versteigerung [RG. 56, 200; JW. 1908, 32[7]; RG. 75, 342]), und noch neuestens RG. 120, 151 (Genehmigung erst nach Ablauf der Anmeldungsfrist des AufwG.). Insofern bringt obige Entsch. nichts Neues.

2. Schwieriger stand es mit der „Mitteilung". Nach § 415 „kann erst" genehmigt werden, wenn die Schuldübernahme dem Gläubiger vom Schuldner oder vom übernehmer mitgeteilt ist. In der Abhandlung JW. 1925, 2538 war ich dafür eingetreten, dieses Erfordernis nicht bloß überhaupt „sehr nachsichtig" auszulegen, sondern auch grundsätzlich bei Hypothekenübernahmen eine Mitteilung seitens der Beteiligten für entbehrlich anzusehen, wenn der Eigentümerwechsel und damit der Schuldnerwechsel in das Grundbuch eingetragen und dem Gläubiger also vom GBA. mitgeteilt war. In der ersten Zeit der AufwRspr. hat es sogar an der Nachsicht gefehlt (vgl. JW. 1926, 1999[4], 2692[9]), später hat die Praxis, wo es halbwegs ging, mit Nachsicht geholfen (vgl. JW. 1927, 1879[38]; 1928, 1953, 2126[3]). Aber ein Weniges, was man als „Mitteilung" ansprechen konnte, wurde immer für unerläßlich gehalten. In JW. 1927, 996[7] hat das KG. gegenüber einem Schuldabgeber, der sich (offenbar in Kollusion mit dem Schuldübernehmer) geflissentlich gehütet hatte, irgendeine „Mitteilung" von sich zu geben, nur den Ausweg gefunden, ihm, sozusagen zur Strafe, die Berufung auf § 15[2] AufwG. zu versagen. Nunmehr macht die obige Entsch. Nachsicht und Notbehelfe überflüssig. Sie setzt der Mitteilung gleich ein „Verhalten" des Schuldners, das von dem Willen getragen war, dem Gläubiger die Kenntnis von der Schuldübernahme zu vermitteln, und sie findet diese Vermittlung in der Benachrichtigung durch das GBA.

3. Ganz dornenvoll wurde aber der Weg des Gläubigers zur Genehmigung der in der Kette letzten Schuldübernahme durch RG. 75, 338. Dort war ausgesprochen, eine Schuldübernahme nach § 415 könne nur dann durch Genehmigung wirksam werden, wenn der Schuldabgeber Schuldner war, seine eigene Schuldübernahme also im Zeitpunkt der neuen Schuldübernahme schon genehmigt war. Zwar sei auch die übernahme einer bedingten — durch Genehmigung der vorhergehenden Schuldübernahme bedingten — Schuld möglich, es sei aber (in jenem Falle!) nicht festgestellt, daß die Beteiligten die Schuldübernahme in diesem bedingten Sinn gewollt hätten. Das RG. hat nun in zwei neueren Entsch. (Urt. v. 9. Febr. 1928, IV 565/27: AufwRspr. 1928, 329 und Beschl. v. 2. Mai 1928, V B 14/28: AufwRspr. 1928, 468) betont, RG. 75, 338 sei nur aus der besonderen Lage des damaligen Falles und den damaligen tatsächlichen Feststellungen des BG. zu verstehen. Es sei dort weder gesagt, daß nur eine Schuld weiter übernommen werden könnte, deren vorhergehende übernahme bereits genehmigt sei, noch sei der Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß ein Schuldübernahmevertrag immer als unbedingt anzusehen sei, solange nicht bestimmte Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen. Es stehe also RG. 75, 338 einer Feststellung, daß eine bedingte Schuld übernommen wurde, und demgemäß dem Wirksamwerden dieser Schuldübernahme durch Genehmigung der früheren nicht entgegen (so auch die obige Entsch.). Das liest man gern, wenngleich man RG. 75, 338 kaum so hat verstehen können (wie auch das KG. laut seinem Vorlegungsbeschluß diese Entsch. anders verstanden hat). Aber leider schieben auch diese neueren Entsch. die Verantwortung wiederum den Instanzgerichten zu. Man wird infolgedessen erleben können, daß Zeugen darüber vernommen werden, ob im besonderen Fall eine bedingte oder eine unbedingte Schuldübernahme gewollt war, und daß es von dem Zufallsergebnis solcher

gelang, die Zwischenglieder zu ermitteln und sie zur Mitteilung der Schuldübernahme zu veranlassen (vgl. Wolff: JW. 1925, 2537).

Die in RG. 75, 338 abgedr. Entsch. steht den vorstehenden Erwägungen nicht entgegen. Sie beruht auf der besonderen Lage des damals entschiedenen Falles, in welchem nach tatsächlicher Annahme bei Abschluß des Schuldübernahmevertrages beide Teile eine in ihrem Bestande sichere und unbedingte Schuld des abgebenden auf den übernehmenden Teil übertragen wollten. Der erk. Sen. schließt sich insofern der Begründung des zum Abdruck bestimmten Beschl. des RG. v. 2. Mai 1928 VB 14/28 an.

Festzuhalten ist nur, daß eine geschlossene Reihe von Schuldübernahmen vorliegen muß, da es andernfalls an einer rechtlichen Verbindung mit dem ursprünglichen Schuldner und nach der Unterbrechung an einer persönlichen Schuld fehlt, die durch einen Vertrag zwischen späteren Eigentümern hätte übernommen werden können.

Als Genehmigung kann auch die Anmeldung des Anspruchs im Aufwertungsverfahren und die Erhebung der Klage in Betracht kommen, sofern daraus unzweideutig der Wille des Gläubigers hervorgeht, den befreienden Eintritt des neuen Schuldners anzuerkennen. Die Genehmigung ist weder an eine bestimmte Zeit noch an eine besondere Form gebunden. Das letztere gilt auch für die Mitteilung. Es genügt, wenn die Kenntnis des Gläubigers auf ein Verhalten des Schuldners zurückzuführen ist, das von dem Willen getragen war, dem Gläubiger die Kenntnis von der Schuldübernahme zu vermitteln. Dabei kann auch eine Benachrichtigung durch das GBA. verwertet werden, sofern daraus allein oder in Verbindung mit sonstigen Tatsachen auf den Übergang auch der persönlichen Forderung und den Mitteilungswillen des Schuldners zu schließen ist. Im übrigen wird auf RG. 60, 415 und WarnRspr. 1919, 29 verwiesen.

(U. v. 21. Juni 1928; 718/27 IV. — Dresden.) [Ka.]

**6. §§ 415, 416 BGB. Die Schuldübernahme ist, wenn sie nicht als unbedingte gewollt ist, auch dann möglich, wenn der zu befreiende Veräußerer mangels Schuldübernahme von seinem Vormann noch nicht persönlicher Schuldner geworden war, sofern er es nur später wurde.†)

Im Grundbuch des AG. F. betr. das zur Zeit dem Antragsgegner H. gehörige Vorwerk F. steht seit dem 6. Dez. 1918 eine Hypothek zugunsten der Antragstellerin wegen 54500 ℳ Kaufgeldrestforderung eingetragen. Die Gläubigerin hat den Eigentümer H. sowohl als dinglichen wie als persönlichen Schuldner in Anspruch genommen und bei der Aufwertungsstelle rechtzeitig Aufwertung der persönlichen Forderung auf 100% beantragt. Der Antragsgegner hat seine persönliche Haftung bestritten. Die Parteien haben für diesen Streit die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle vereinbart. Diese hat durch Zwischenbeschluß v. 7. Dez. 1926 ausgesprochen, daß H. persönlicher Schuldner sei. Seine sofortige Beschwerde ist vom LG. zurückgewiesen worden. Er hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Das KG. möchte sie zurückweisen, meint aber daran durch das Urt. des II. ZS. des RG. v. 17. Febr. 1911 — RG. 75, 338 ff.[1]) — gehindert zu sein und hat gem. § 74 Abs. 1 Satz 5 AufwG. i. Verb. m. § 28 Abs. 2 und 3 FGG. die Entsch. des RG. angerufen.

Das KG. geht von folgenden Feststellungen aus:

Die Kaufgeldrestforderung rührt aus einem Kaufvertrag v. 25. Juni 1918 her, durch den die Antragstellerin das Vorwerk an den Gutsbesitzer K. verkauft hat. Dieser hat noch im Jahr 1918 und ehe er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, den Grundbesitz an die Eheleute D. weiterverkauft, die im Kaufvertrag die Schuld K.s an die Antragstellerin übernahmen und dann auch die Eintragung der Hypothek bewilligten. Daß die Antragstellerin die Übernahme der Schuld durch die Eheleute D. damals genehmigt hätte, ist nicht festgestellt. D.s haben im Febr. 1919 das Vorwerk an den

---

Beweisaufnahmen abhängt, ob nicht auch künftig wieder i. S. von RG. 75, 338 entschieden wird. (Hat man doch auch landgerichtliche Urteile gesehen, in denen der jetzt allgemein anerkannte Satz, daß die Übernahme der Hypothek im Zweifel die Übernahme auch der persönlichen Schuld bedeutet (JW. 1926, 2126[3]), verleugnet wurde, weil Zeugen aussagten, an die persönliche Schuld hätten sie nicht gedacht!) Das RG. wird also doch noch etwas weiter gehen und als Rechtsgrundsatz aussprechen müssen, daß im Zweifel jede Hypothekenübernahme, wenn der Schuldabgeber noch nicht Schuldner ist, als Übernahme einer bedingten Schuld zu gelten hat.

4. Das ist aber noch zu wenig, wie gerade die obige Entsch. zeigt. Denn über RG. 75, 338 war die Praxis eigentlich schon hinweggegangen, indem sie wohl allgemein zuließ, daß jede einzelne Schuldübernahme der Kette nachträglich genehmigt und dadurch die letzte wirksam wurde. Auch dies erleichtert die obige Entsch. wesentlich dadurch, daß sie die dem letzten übernehmer erklärte Genehmigung auch als stillschweigende Genehmigung der früheren übernahmen gelten läßt und den letzten übernehmer für legitimiert ansieht, zugunsten aller früheren Schuldabgeber diese Genehmigung entgegenzunehmen. Damit ist aber trotzdem nur geholfen, wenn die mühselige Arbeit gelingt, alle Personen der Kette aufzufinden und zu einer „Mitteilung" der Schuldübernahme zu bewegen. Wo das nicht möglich ist, hilft bloß die Zulassung der „Sprunggenehmigung", des „Sprungzugriffs", für die ich in JW. 1925, 2540 eintrat. Diese Zulassung vollzieht nun die obige Entsch. Und zwar nicht auf konstruktivem Wege, sondern mit der rechtsschöpferischen Autorität des höchsten Gerichts. „In Ermanglung von schutzwürdigen Gegeninteressen" wird die Sprunggenehmigung „als eine Entwicklung des dem § 415 zugrunde liegenden Rechtsgedankens" anerkannt. Es war vielleicht nicht nötig, soviel Autorität einzusetzen und den freirechtlichen Grundsatz der „Interessenabwägung" zu Hilfe zu nehmen, denn auch auf konstruktivem Wege kommt man zum gleichen Ergebnis. Man braucht nur die mit einem Nochnichtschuldner vereinbarte Schuldübernahme nicht als übernahme einer „bedingten" Schuld des Abgebers, sondern als die übernahme der Schuld desjenigen zu verstehen, der bisher der Schuldner war, gleichviel, wer es bisher war. Das entspricht dem wirklichen Parteiwillen. Dann fragt sich nur noch, ob die übernahme der Schuld des jeweiligen Schuldners auch mit einem anderen als diesem Schuldner, nämlich mit einem späteren Schuldübernehmer, vereinbart werden kann, und die Bejahung dieser Frage liegt allerdings deutlich in der Entwicklungslinie des Rechtsgedankens des § 415 (hierüber des näheren JW. 1925, 2539 f.).

Mit Anerkennung der Sprunggenehmigung, gleichviel wie sie konstruiert ist, wird aber die (vorstehend zu 3 erörterte) Frage, ob „bedingte" oder „unbedingte" Schuldübernahme, überhaupt gegenstandslos. Daß die obige Entsch. auch zu dieser Frage noch Stellung nimmt, paßt kaum in ihren gedanklichen Zusammenhang, war wohl aber wegen § 137 GVG. erforderlich.

5. Wenn die obige Entsch. schließlich sagt, es sei daran „festzuhalten", daß eine geschlossene Reihe von Schuldübernahmen vorliegen müsse, so wird man zweifeln dürfen, ob die künftige Rspr. wirklich hieran festhalten wird. Zwei Beispiele einer unterbrochenen Kette: a) A., der persönliche Schuldner der Hypothek, verkauft das Grundstück an B., verpflichtet sich aber, die Hypothek selbst auszuzahlen; B. übernimmt sie also nicht. A. hält sein Versprechen nicht, gerät in Vermögensverfall, die Hypothek bleibt stehen. Später verkauft B. an C.; dieser übernimmt die Hypothek und die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis. b) A., der persönliche Schuldner, zahlt die Hypothek in der Rückwirkungszeit aus, verkauft dann an B. Dieser übernimmt die Hypothek nicht, weil sie ja ausgezahlt ist. Nachdem B. als Eigentümer eingetragen ist, erteilt der Gläubiger Löschungsbewilligung, die Hypothek wird gelöscht. Später wird die Hypothek, aufgewertet kraft Rückwirkung, wieder eingetragen. Danach verkauft B. an C., und dieser übernimmt die Aufwertungshypothek und die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis. Warum in diesen beiden Fällen der Gläubiger keine Möglichkeit haben sollte, durch Genehmigung der Schuldübernahme des C. diesen zu seinem persönlichen Schuldner zu machen, ist schwer einzusehen.

JR. Dr. Max Wolff, Breslau.

Zu 6. Der § 416 BGB. ist von jeher eine crux. Dem Volke ist er bis zur Aufwertungszeit völlig fremd geblieben. Aber auch die einen Grundstückskauf beurkundenden Beamten haben ihn wohl kaum beachtet. Jedenfalls behielten die an den § 41 des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten gewöhnten preußischen Notare bei der Beurkundung der Anrechnung von Hypotheken auf den Kaufpreis unterschiedslos die Wendung bei, daß die „Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden". Nach dem persönlichen Schuldner forschte man nicht; eine Belehrung der Parteien über den § 416 BGB. unterließ man, und wo sie erfolgte, verstanden die einfachen Privatpersonen sie nicht. Dieser Rechtszustand war vor dem Kriege erträglich, solange die praktische Bedeutung des § 416 auf den Ausfall der Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks be-

[1]) JW. 1911, 442.

Rittergutsbesitzer v. S. weiterverkauft, der im Vertrag die Hypothek und die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. Auch hier ist wiederum nicht festgestellt, daß die Gläubigerin die Schuldübernahme damals genehmigt hätte. Der Erwerber v. S. hat das Vorwerk im Juni 1919 an den Landwirt Ka., dieser im Aug. 1920 an den Landwirt P. und dieser endlich im Dez. 1921 an den Antragsgegner H. weiterverkauft. Bei allen Verkäufen haben die Käufer die Hypothek samt der persönlichen Forderung in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, ohne daß festgestellt wäre, daß die Gläubigerin die Schuldübernahmen alsbald genehmigt hätte. Erst im Verlauf des Aufwertungsverfahrens, im Jan. und Febr. 1927, hat sie sämtliche Zwischenverkäufer veranlaßt, ihr schriftliche Mitteilung von der Schuldübernahme durch den betreffenden Käufer zu machen, und auf die ihr zugegangenen Mitteilungen geantwortet, daß sie die Schuldübernahme genehmige. Dabei ist aber in der Zeitfolge der Mitteilungen und Genehmigungen die Reihenfolge der einzelnen Verkäufe und Schuldübernahmen nicht eingehalten worden; die im Laufe des Jan. 1927 eingegangenen Mitteilungen der Verkäufer K., D., Ka. und P. sind sämtlich unter dem 5. Febr. 1927 zustimmend beantwortet worden, dagegen ist die Mitteilung v. S. erst unter dem 18. Febr. 1927 erstattet und unter dem 21. Febr. 1927 beantwortet worden.

Das KG. hält es für zulässig, daß die Mitteilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger und die Genehmigung durch diesen erst während des Aufwertungsverfahrens erfolgen. Auch könne im Fall eines mehrfachen Eigentumswechsels und mehrfacher Schuldübernahme der Käufer die persönliche Schuld für die der übernommenen Hypothek zugrunde liegende Forderung wirksam übernehmen, bevor die frühere Schuldübernahme vom Hypothekengläubiger genehmigt sei. Der Gläubiger könne die Schuldübernahmevereinbarungen, nachdem sie ihm sämtlich mitgeteilt worden seien, noch jetzt genehmigen und so den letzten Schuldübernehmer zu seinem persönlichen Schuldner machen. Denn einen Vertrag auf Übernahme seiner Schuld könne nicht nur derjenige wirksam schließen, der bereits Schuldner sei, sondern auch derjenige, der zum Schuldner dadurch werden könne, daß der Gläubiger die Übernahme der Schuld durch ihn genehmige. In diesem letzteren Fall sei der Schuldübernahmevertrag dadurch bedingt, daß der Gläubiger zunächst die Übernahme der Schuld durch den Vormann des Übernehmers genehmige. Diese Genehmigung habe rückwirkende Kraft, so daß der Vormann nunmehr bereits von dem Augenblick an als Schuldner anzusehen sei, in dem er mit seinem eigenen Vormann die Schuldübernahme vereinbart habe; durch die Genehmigung auch der weiteren Schuldübernahme werde dann wiederum der Nachmann zum persönlichen Schuldner. Wegen der rückwirkenden Kraft der Genehmigung komme es nicht darauf an, in welcher Reihenfolge dem Gläubiger die Mitteilungen über die mehrfachen Schuldübernahmen zugingen und in welcher Reihenfolge er die Genehmigung erteile, sofern nur schließlich die Kette sowohl der Mitteilungen als auch der Genehmigungen geschlossen sei.

Demgegenüber — meint das KG. — habe das RG. in dem Urt. v. 17. Febr. 1911 ausgesprochen, ein Schuldübernahmevertrag zwischen dem ersten Schuldübernehmer und seinem Abkäufer und etwa folgende weitere Schuldübernahmeverträge seien dann grundsätzlich wirkungslos, wenn zur Zeit des Abschlusses dieser Verträge der jeweilige Verkäufer mangels einer Genehmigung des Schuldübergangs auf ihn noch nicht Schuldner des Hypothekengläubigers gewesen sei. Danach würde die zwischen den Eheleuten D. und v. S. getroffene Vereinbarung über die Übernahme der Hypothekenschuld ohne Wirkung und die 1927 ausgesprochene Genehmigung dieser Schuldübernahme nicht geeignet gewesen sein, den Schuldübernehmer v. S. zum Schuldner der Antragstellerin zu machen. Das gleiche rechtliche Schicksal hätten dann auch die Schuldübernahmevereinbarungen zwischen v. S. und Ka., zwischen Ka. und P. und endlich zwischen diesem und dem Antragsgegner H. gehabt.

Hätte das RG. tatsächlich einen solchen Grundsatz aufgestellt, so wäre die Vorlage gerechtfertigt. § 74 AufwG. betrifft auch Fälle, in denen das LG. und das OLG. nur auf Grund einer Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit der Aufwertungsstelle zur Entsch. berufen sind. In Wahrheit hat aber jenes Urt. des RG. keineswegs die Möglichkeit in Abrede gestellt, daß ein Schuldübernahmevertrag auch bedingt abgeschlossen werden kann, nämlich bedingt dadurch, daß der die Schuld abgebende Grundstücksverkäufer, der vorerst mangels Genehmigung seiner eigenen Schuldübernahme selber noch gar nicht persönlicher Schuldner des Hypothekengläubigers ist, demnächst durch die Erteilung dieser Genehmigung Schuldner wird. Das RG. hat nur in jenem Urteil für den darin entschiedenen Fall diese Möglichkeit deshalb ausgeschieden, weil weder vom BG. festgestellt, noch aus der damaligen Sachlage irgendein Anhalt dafür zu gewinnen war, daß der betreffende Schuldübernehmer in ein

---

schränkt blieb, für welchen Fall überdies der § 1166 BGB. für eine Klärung sorgte.

Durch die Aufwertungslehre ist § 416 BGB. zu einem unheimlichen Leben erweckt worden. Gläubiger fahnden nach dem persönlichen Schuldner, und Personen, die vor langen Jahren einmal Eigentümer eines Grundstücks waren, an dessen Besitz sie schon die Erinnerung verloren haben, sehen sich plötzlich in ungeahnte hohe Schuldbeträge verstrickt, ohne sicher zu wissen, auf wen sie wiederum diese Schulden abwälzen sollen. Die Lösung dieses Fragenkomplexes kann bei wiederholtem Eigentumswechsel nur eine gewaltsame sein: entweder eine Auslegung von Worten in den Kaufverträgen, bei denen sich in Wahrheit niemand etwas gedacht hat oder die Zertrümmerung der Kaufverträge aus den §§ 306, 139 BGB. wegen der Übernahme einer gar nicht bestehenden persönlichen Schuld des Verkäufers durch den Käufer. Die obige Entsch. schlägt mit dem KG. den ersten Weg ein, der zweifellos den Vorzug vor dem zweiten hat, der bei der Häufigkeit der Zwischenauflassungen in der Inflationszeit in ein Chaos der Eigentumsverhältnisse bei vielen Grundstücken führt, wobei man sich freilich wundern muß, daß er anscheinend noch niemals in einer Klage begangen wurde, was wohl wiederum in der allgemeinen Verständnislosigkeit gegenüber den §§ 416, 415 Abs. 3 BGB. seine Erklärung findet.

Wählt man die „Auslegung", so ist es wohl das richtigste, nach dem Goethewort frisch und munter dabei zu sein und das Praktikabelste zu unterlegen. So kommt man zu der Konstruktion einer bedingten Schuldübernahme aus § 416 BGB., die das RG. oben nach derartigen tatsächlichen Feststellungen des angeblichen Parteiwillens durch die Vorinstanzen für denkbar erklärt. Ist man einmal auf dem Wege solcher tatsächlichen Feststellungen, so kommt es unter Zuhilfenahme des § 185 BGB. nicht darauf an, in welcher Zeitfolge die verschiedenen Erklärungen der Zwischenveräußerer aus § 416 BGB. an den Gläubiger geschehen, wenn nur „die Kette bis zu dem letzten unglücklichen Schuldner geschlossen ist" und dieser nicht das Glück hat, nachzuweisen, daß eine der Mitteilungen gegen die gesetzlichen Elemente (Form, Inhalt, Zeit) verstößt oder daß der Gläubiger einmal früher gegen irgendeinen der Zwischenschuldner protestiert hat, in welchen beiden Fällen die Kette zerrissen, die „Bedingung ausgefallen" wäre.

Die zweite denkbare Auslegung der nicht vorhandenen Gedanken, zu der der Gläubiger und der Vorschuldner im Falle des erwähnten Kettenrisses als der allein noch möglichen greifen müssen, ginge dahin: der Käufer habe, wenn sein Verkäufer nicht der persönliche Schuldner gewesen sei, dessen Haftung aus § 415 Abs. 3 gegenüber dem Vorverkäufer als dem persönl. Schuldner i. S. § 329 BGB. übernehmen wollen, und der Verkäufer könne diesen Anspruch an bestimmte Interessenten — sei es an den Gläubiger unmittelbar, sei es wenigstens an den Vorverkäufer — abtreten, der ihn dann wiederum an den Gläubiger als seinen unmittelbaren Mitinteressenten abtreten könnte. Bei wiederholtem Eigentumswechsel vermehrt sich die Reihe dieser Haftungen und Abtretungen nach dem Vorbilde des Reihenregresses bei wiederholten Verkäufen einer fehlerhaften Sache zur Durchführung der Wandlung aller Käufe. Es hätte dann also der letzte (z. B. fünfte Käufer) gegenüber seinem Verkäufer die Haftung für den Fall übernommen, daß dieser von dem dritten Käufer dafür in Anspruch genommen werde, daß der zweite Käufer von dem dritten Käufer die Befreiung von seiner Haftung gegenüber dem ersten Käufer als dem persönlichen Schuldner von der Schuld aus § 415 Abs. 3 beansprucht. Es existiert dann also eine Reihe von Befreiungsansprüchen, deren rechtlicher Inhalt zwar ein verschiedener, deren wirtschaftliches Ziel aber das gleiche ist: den letzten in der Reihe der Käufer, die die Hypothek übernahmen, die persönliche Schuld tilgen zu lassen.

Beide Auslegungen werden in den meisten Fällen den Gläubiger in die gleiche Lage gegenüber dem letzten Schuldner bringen. Doch besteht — abgesehen von der Erschwernis durch die erforderlichen Abtretungen — bei dem Reihenregresse für den letzten Schuldner nach § 404 BGB. die Möglichkeit, dem Gläubiger Einwendungen aus der Person des Abtretenden oder der Abtretenden

derartig bedingtes Schuldverhältnis habe eintreten und eine bedingte Schuld habe übernehmen wollen, und weil nach der Annahme des BG. gerade umgekehrt der Wille beider Teile des betreffenden Schuldübernahmevertrags dahin ergangen war, eine in ihrem Bestand sichere und unbedingte Schuld des abgebenden auf den übernehmenden Teil zu übertragen. Ein derartiger Sachverhalt ist aber aus den Feststellungen des landgerichtlichen Beschl. keinesfalls zu entnehmen. Dieser enthält keinerlei Andeutungen dahin, daß es den Parteien der verschiedenen Schuldübernahmeverträge der Jahre 1919 bis 1921 gerade darauf angekommen wäre, nur eine unbedingt schon bestehende Schuld zu übertragen und zu übernehmen. Das Urteil des RG. v. 17. Febr. 1911 stellt auch nicht etwa den Rechtsgrundsatz auf, daß ein Schuldübernahmevertrag immer als unbedingt anzusehen sei, solange nicht bestimmte Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen; es hat sich nur durch die ausgesprochene Annahme des BG., die damaligen Parteien hätten die Übernahme einer in ihrem Bestande sicheren und unbedingten Schuld gewollt, als durch eine tatsächliche Feststellung gebunden gefühlt.

Danach ist das KG. in seiner Entsch. hinsichtlich der in Betracht kommenden Frage frei und an einer Beurteilung des ihm vorliegenden Falles in der von ihm beabsichtigten Richtung durch das Urteil des RG. v. 17. Febr. 1911 nicht gehindert. Zu einer Vorlage gem. § 74 AufwG. lag also keine Notwendigkeit vor.

(Beschl. v. 2. Mai 1928; 14/28 VB. — Berlin.)

[Sch.]

7. §§ 812, 816 BGB. Zuwendung eines gegen einen Dritten gerichteten Auflassungsanspruchs als Erlangung „auf Kosten" eines Anderen; auch der zufolge nichtiger Auflassung eingetretene bloße Bucherwerb stellt einen kondizierbaren Wert dar. Der Anspruch aus § 816 setzt voraus, daß der durch die unberechtigte Verfügung Betroffene zu dieser Verfügung selbst berechtigt gewesen wäre; der schuldrechtliche Auflassungsanspruch stellt in diesem Sinne keine Berechtigung zur Verfügung über das Grundstück dar; die Weiterauflassung des durch eine nichtige und kondizierbare Auflassung erworbenen Grundstücke ist keine Verfügung über den dem Nichtberechtigten zugewendeten Auflassungsanspruch des Veräußerers an einen Dritten

Über das Grundstück H. sind folgende notarielle Kauf- bzw. Tauschverträge abgeschlossen worden: Am 7. Dez. 1921 zwischen E. und M., am 27. Febr. 1922 zwischen M. und R., am 27. März 1922 zwischen R. und S., am 25. Sept. 1922 zwischen S. und dem Kl. S., am 2. Febr. 1923 zwischen dem Kl. und dem Bekl. Sch., am 30. Juni 1924 zwischen dem Bekl. und der AktG. „Der Bote aus dem Riesengebirge". Die Eintragung des M. als Eigentümer fand am 5. April 1923 auf Grund der Auflassung v. 22. Febr. 1923 statt. In der notariellen Verhandlung v. 28. Febr. 1923 erklärten M., R., S., der Kl. und der Bekl.: Wir sind darüber einig, daß das Eigentum an dem Grundstück ... auf Sch. (den Bekl.) übergehen soll. Ich, der Veräußerer Paul M., unter ausdrücklicher Zustimmung von uns, R., S. und S., bewillige hiermit, daß Sch. als Eigentümer des diesem vorstehend aufgelassenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen wird. Ich, Sch., beantrage die Eintragung dieser Eigentumsänderung im Grundbuch. Der Bekl. wurde am 15. Sept. 1923 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Auf Grund der Auflassung v. 30. Juni 1924 wurde die obengenannte AktG. am 6. Nov. 1924 als Eigentümerin eingetragen. Kl. behauptet, daß der von den Parteien geschlossene und vom Magistrat in H. genehmigte notarielle Vertrag v. 2. Febr. 1923, in dem der Kaufpreis von 1 000 000 *M* angegeben ist, nicht dem wahren Willen der Parteien entspreche, da in Wirklichkeit ein Kaufpreis von 1 500 000 *M* vereinbart und gezahlt sei. Der Bekl. habe mangels der Genehmigung des in Wirklichkeit geschlossenen Vertrages kein Eigentum an dem Grundstück erlangt und sei deshalb verpflichtet, in eine Grundbuchberichtigung dahin, daß er (Kl.) als Eigentümer eingetragen werde, zu willigen und ihm das Grundstück herauszugeben. Da dies wegen der Rechtsgültigkeit des Weiterverkaufs an die jetzige eingetragene Eigentümerin nicht mehr möglich sei, sei der Bekl. ihm zum Ersatz des Wertes des Grundstücks verpflichtet; der Wertersatz bestehe in der Differenz zwischen dem vom Bekl. erhaltenen Kaufpreis (15 000 *M*) und dem vom Bekl. gezahlten Kaufpreis, den der Kl. in 150 *RM* umrechnet. Kl. verlangt hiernach im vorl. Rechtsstreit Zahlung von 14 850 *M* nebst Zinsen. Er hat im zweiten Rechtszuge den Klageanspruch auch darauf gestützt, daß M. ihm seine Ansprüche gegen den Bekl. abgetreten habe. LG. und BG. haben die Klage abgewiesen; das RG. hob auf und verwies die Sache an das OLG. zurück. Das BG. folgert aus der Darstellung des Kl., daß der zwischen den Parteien nach der Behauptung des Kl. in Wirklichkeit geschlossene Kaufvertrag mangels der Genehmigung durch die nach dem preuß. Ges. v. 10. Febr. 1923 zuständige Behörde

---

entgegenzuhalten, was ihm bei der ersten Art der Auslegung durch § 417 BGB. versagt ist. Die Billigkeit spricht in der Aufwertungszeit daher doch für die zweite Art der Auslegung, der die erste in der Fixigkeit der Lösung allerdings über ist.

Solange der letzte Käufer mit dem jetzigen Grundeigentümer identisch ist — wie in dem obigen Falle — wird der einfache Mann das Ergebnis der Auslegungen verstehen, wenn er auch keine der beiden Auslegungen begreift. Steckt der letzte Schuldner aber in einem Voreigentümer und verschwand für die Nacheigentümer die Hypothek ganz auf Grund des § 20 AufwG., so müssen solche Auslegungen auf den inneren Widerstand der Betroffenen stoßen und den Glauben nähren, daß Deutschland von einem wesensfremden Rechte beherrscht wird. Denn die von dem BGB. betonte begriffliche Trennung der persönlichen und dinglichen Hypothekenschuld, die den römischen auf die Hochwertung des Personalkredites eingestellten Vorstellungen entlehnt ist, gilt für das deutsche in Hochwertung des Realkredites ausgebildete Rechtsempfinden nicht. Zu den Mitteln des Gesetzes, dem deutschen Rechtsgefühl näher zu kommen, gehört gerade der § 416 BGB., der — im Gegensatz zu dem § 41 des preußischen Gesetzes mit seiner vom RG. daraus entnommenen kummulativen Schuldübernahme und der *späteren* Entheftung des Voreigentümers — möglichst *sogleich* bei jedem Eigentumswechsel die ausschließliche Vereinigung der persönlichen und dinglichen Haftung in der Person des neuen, also überhaupt des jeweiligen Eigentümers herbeiführen will. Leider blieb er infolge seiner Formalien ein untaugliches Mittel; es wäre aber eine Ironie der Rechtsgeschichte, wenn die Auslegung des § 416 BGB. gerade diejenige Betonung rein schuldrechtlicher Elemente bei der Hypothek fördert, die das deutsche Recht verwirft.

Für den beurkundenden Beamten ergibt sich aus der Erfahrung der Aufwertungszeit als geboten, daß er — solange der § 416 BGB. weiter gilt — die Vertragsparteien hierüber gründlich belehrt und sie zu den formell richtigen Mitteilungen an den Gläubiger anhält, vor allem aber sie in dem Kaufvertrage selbst die „Übernahme der Hypotheken" dahin erläutern läßt:

„Die Vertragsparteien gehen davon aus, daß der Verkäufer für die den übernommenen Hypotheken unterliegenden Schulden persönlich den Gläubigern haftet. Sollte dieses nicht zutreffen, der Verkäufer aber einer dritten Person hinsichtlich dieser Schulden irgendwie verantwortlich sein, so gilt die Übernahme der Haftung für diese Verbindlichkeit. Der Käufer ist auch damit einverstanden, daß in dem letzteren Falle jederzeit durch Nachholung der Anzeigen aus § 416 BGB. seitens der Interessenten er in die persönlichen Schulden als Schuldner unmittelbar eintritt oder daß der Befreiungsanspruch des Verkäufers an den Gläubiger abgetreten wird."

Dem deutschen Gesetzgeber aber erwächst aus den Erfahrungen der Aufwertungszeit die Pflicht, das untaugliche Mittel des § 416 BGB. durch ein wirksameres etwa dahin zu ersetzen:

„Übernimmt der Erwerber eines Grundstückes durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, so wird der frühere Schuldner frei und der Erwerber tritt in dessen Schuld ein, es sei denn, daß der Gläubiger innerhalb sechs Monaten seit Kenntnis von dem Eigentumswechsel schriftlich dem Erwerber gegenüber diesem Schuldnerwechsel widerspricht. Der Erwerber ist verpflichtet, diesen Widerspruch seinem Veräußerer und dem ihm bekannten persönlichen Schuldner schriftlich mitzuteilen; die Unterlassung dieser Mitteilung verpflichtet ihn zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens.

Der Widerspruch des Gläubigers und die im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Mitteilungen gelten mit dem Zugange an den Empfänger als erfolgt.

Wird der bisherige Schuldner durch den Schuldnerwechsel ohne rechtlichen Grund bereichert, so haftet er dem neuen Schuldner nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung."

RA. Dr. Graßhoff, Berlin.

nichtig und deshalb auch die Auflassung und die Eintragung des Bekl. als Eigentümers unwirksam sei. Es erwägt, daß ein Schadensersatzanspruch des Kl. aus den §§ 990, 989 oder 823, 826 BGB. sich nicht ergebe, und verneint auch das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs. In letzterer Beziehung führt es aus, daß § 816 BGB. ausscheide, weil der Bekl., wenn er auch über das Grundstück als Nichtberechtigter verfügt habe, doch nicht über ein Recht des Kl. verfügt habe, der ein solches, insbes. das Eigentum am Grundstück, niemals erworben habe; soweit der Kl. den Anspruch auf Abtretung der Ansprüche des M. stütze, liege Klageänderung vor. § 812 BGB. könne nicht angewendet werden, weil der Bekl. nicht wirkliches Eigentum am Grundstück erlangt habe und das Bucheigentum nicht einmal auf Kosten des Kl., der niemals Eigentümer gewesen sei. Die Rev. rügt mit Recht die Nichtanwendung des § 812 BGB. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Vermögensverschiebung zwischen dem Kl. und dem Bekl. vor sich gegangen ist und welcher Art diese Veränderung ist, muß man die Rechtsvorgänge, welche hierfür in Betracht kommen, näher ins Auge fassen. Das BG. unterstellt bei Erörterung der Rechtsfragen die Richtigkeit der Behauptungen des Kl. Ist von den Parteien ein höherer Kaufpreis vereinbart, als er in dem der zuständigen Behörde zur Genehmigung nach dem preuß. Ges. v. 10. Febr. 1923 unterbreiteten notariellen Kaufvertrage angegeben war, und ist nur dieser, nicht aber der in Wirklichkeit geschlossene Vertrag genehmigt, so ist die daraufhin erfolgte Auflassung unwirksam und die auf Grund der Auflassung geschehene Eintragung der Eigentumsänderung nichtig (RG. 108, 362; 111, 245). Über die Genehmigung des in Wirklichkeit geschlossenen Vertrages ist von der zuständigen Behörde noch keine Entsch. getroffen; an und für sich besteht bis zur Versagung der Genehmigung ein Schwebezustand, innerhalb dessen die Vertragsparteien zwar keinen Erfüllungsanspruch aus dem Vertrage geltend machen können, aber gegenseitig verpflichtet sind, zur Erlangung der Genehmigung mitzuwirken; bei einem wegen Formmangels ungültigen Vertrage besteht aber eine solche Verpflichtung, wie das RG. in ständiger Rspr. ausgesprochen hat, nicht (vgl. RG. 111, 245; 115, 37). Im vorl. Falle stellt die Prozeßlage außer Zweifel, daß die Möglichkeit, Kl. werde freiwillig zur Herbeiführung einer Genehmigung des wirklich geschlossenen Vertrages mitwirken, ausgeschlossen ist. Die Mitwirkung des Kl. bei der Auflassungsverhandlung v. 28. Febr. 1923, bei der der eingetragene Eigentümer unter Zustimmung aller derer, die inzwischen schuldrechtliche Veräußerungsverträge über das Grundstück abgeschlossen hatten — als letzter in dieser Reihe der Kl. —, die Auflassung an den Bekl. erklärte, ist also unwirksam. Der Anspruch des Kl. gegen seinen Verkäufer, S., auf Auflassung blieb infolgedessen zunächst unerfüllt bestehen. Bei dieser Rechtslage irrt das BG., wenn es annimmt, daß der Bekl. nichts auf Kosten des Kl. erlangt habe, weil dieser nicht eingetragener Eigentümer des Grundstücks gewesen sei. § 812 BGB. bestimmt, daß, wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ihm zur Herausgabe verpflichtet ist. Von der 2. Kommission zur Ausarbeitung des Entw. eines BGB. wurden die Worte „auf dessen Kosten" statt „aus dessen Vermögen" gerade gewählt, um auszudrücken, daß das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, seinen Vermögensstand nur zu berühren brauche (Prot. 2, 685). Es ist nicht erforderlich, daß das, was der eine erlangt, schon der vollen rechtlichen Herrschaft des anderen unterworfen war. Ein Anspruch des Benachteiligten auf den vom Bereicherten erlangten Gegenstand genügt (vgl. RGRKomm., Bem. 2 zu § 812). Es kann aber auch keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß der Bekl. durch die Leistung des Kl. etwas erlangt hat. Die Auflassungserklärung des M. dem Bekl. gegenüber sollte nur mit dem Willen des Kl. erfolgen; zwischen M. und dem Bekl. bestanden keine Rechtsbeziehungen; der Kl. ist zu der Auflassungsverhandlung zugezogen worden, weil für die Auflassung gerade an den Bekl. die Willenserklärung des eingetragenen Eigentümers nur von ihm veranlaßt werden konnte. Der eingetragene Eigentümer hat im Auftrage des Kl., für seine Rechnung und, wenn auch nicht formell, so doch sachlich im Namen des Kl. gehandelt (vgl. RG. v. 17. März 1913, IV 559/12, Recht Nr. 1451). Es liegt hier der Fall der indirekten Zuwendung seitens des Kl. an den Bekl. vor (vgl. RGRKomm., a. a. O. Bem. 4). Dem BG. ist aber auch in der Annahme nicht beizutreten, daß nur das wirkliche Eigentum des Bekl. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sein könnte. Wenn der Bekl. auch kein Eigentum am Grundstück erlangt hat, so stellte doch die durch seine Eigentumseintragung dem Kl. entzogene und ihm verschaffte Möglichkeit der Veräußerung und Belastung des Grundstücks einen Vermögenswert dar, den er auf Kosten des Kl. erlangt hat. Ein Rechtsgrund für diese Vermögensverschiebung bestand nicht, wenn man die Darstellung des Kl. zugrunde legt, da der Kaufvertrag, in dessen Ausführung die zur Eigentumseintragung des Bekl. führende Auflassung vorgenommen worden ist, nichtig sein würde. Der Bereicherungsanspruch würde daher auch ohne den Nachweis des Eigentums des Kl. nach § 812 BGB. dahin gegeben gewesen sein, daß der Bekl. dem Kl. das Bucheigentum wieder zu verschaffen gehabt haben würde, wenn der Kl., auch ohne Eigentümer zu sein, im Grundbuche als solcher eingetragen gewesen wäre (RG. v. 16. Febr. 1924, V 508/23; LZ. 1924, 292; DJZ. 1924, 825; Recht 1924 Nr. 818). Hätte der Bekl. das Grundstück nicht weiterveräußert, so würde der Kl. seinen Auflassungsanspruch aus dem notariellen Kaufvertrage v. 25. Sept. 1922 gegenüber seinem Verkäufer S. haben geltend machen und seine Eintragung als Eigentümer haben herbeiführen können. Diese Möglichkeit ist durch die Weiterveräußerung seitens des Bekl. an einen gutgläubigen Erwerber weggefallen; S. ist durch den von ihm nicht zu vertretenden Umstand der wirksamen Weiterveräußerung des Grundstücks seitens des Bekl. an seiner Verpflichtung, es sei dem Kl. aufzulassen, frei geworden (§ 275 BGB.). Nach § 818 Abs. 2 BGB. ist der Empfänger, wenn er zur Herausgabe des Erlangten außerstande ist, zum Wertersatz verpflichtet. Danach würde der Bekl. grundsätzlich zur Erstattung des Werts des Grundstücks verpflichtet sein; maßgebend würde der Wert sein, den das Grundstück gehabt hat, als der Bekl. es erlangte (RG. 101, 391). Dem Bekl. würden alle Einwendungen zustehen, die sich aus den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ergeben. Der Bekl. hat unter anderem geltend gemacht, daß der Kl. mit seinem Verkäufer S. einen anderen Kaufpreis vereinbart habe, als er in dem notariellen Vertrage v .25. Sept. 1922 angegeben sei. Wäre dies richtig, so wäre dem Kl. die Grundlage seines Bereicherungsanspruchs aus § 812 BGB., ein rechtsbeständiger schuldrechtlicher Anspruch auf Verschaffung des Eigentums am Grundstück, entzogen und der Bereicherungsanspruch nicht gegeben. Die Rev. hat weiter das Vorliegen der Voraussetzungen des § 816 BGB. bei dem vom Kl. behaupteten Sachverhalt angenommen und die Frage bejaht, ob dem Kl. ein Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises zustehe, den die AktG. „Der Bote aus dem Riesengebirge" an ihren Verkäufer, den Bekl., gezahlt hat. Dem ist nicht beizutreten, und zwar aus folgenden Gründen: § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt: Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Diese allgemeine Bestimmung ist an die Stelle mehrerer, ursprünglich beabsichtigter Einzelvorschriften getreten. Insbes. hieß es im Entw. I zum BGB. im § 839: Wer in Gemäßheit der §§ 837, 838 — über die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs — den Verlust eines Rechts erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern. Die Bestimmung beruht darauf, daß der allgemeine Grundsatz des § 812 BGB., der für die Regel voraussetzt, daß ein unmittelbarer Übergang aus dem Vermögen des Berechtigten in das des Verpflichteten stattgefunden hat, erweitert wurde; was dem nichtberechtigten Verfügenden aus dem Vermögen des Dritterwerbers zufloß, sollte dem Berechtigten zufallen, weil in Wirklichkeit das, was der Nichtberechtigte von dem Dritterwerber erlangt hatte, durch Mittel des Berechtigten, der den Rechtsverlust erlitten hat, erworben ist (RG. v. 23. Sept. 1911, IV 77/11, im Recht 1911 Nr. 3456; RG. v. 22. Nov. 1910, VII 611/09, im Recht

1911 Nr. 489; Oertmann, Schuldverhältnisse, zu § 816). Ein Tatbestand des § 816 BGB. ist aber nicht gegeben. Indem in § 816 dem Nichtberechtigten, der eine Verfügung über einen Gegenstand getroffen hat, der Berechtigte gegenübergestellt wird, dem gegenüber sie wirksam ist, tritt die Voraussetzung zutage, daß dieser letztere zu der ihm gegenüber wirksamen Verfügung seinerseits befugt war. Auf das Eigentum am Grundstück als solches unmittelbar einzuwirken, wie es das Wesen der Verfügung ausmacht (RG. 90, 399), war der Bekl .dem Kl .gegenüber nicht in der Lage, da dem Kl. kein Eigentum am Grundstück, sondern nur ein schuldrechtlicher Auflassungsanspruch zustand. Der Verlust dieses Anspruchs aber, zu dem wie dargelegt auf seiten des Kl. die Weiterveräußerung des Grundstücks durch den Bekl. geführt hat, steht zwar mit dieser in ursächlichem Zusammenhang, kann aber nicht als Gegenstand und Zweck der Verfügung angesehen werden, wie sie der Bekl. vorgenommen hat. Von einer Verfügung im Sprachgebrauche des BGB. kann nur insoweit die Rede sein, als das in Rede stehende Rechtsgeschäft eine Änderung an einem Vermögensrecht unmittelbar bewirkt oder doch bezweckt (RG. 90, 399). Zum Tatbestand des Rechtsgeschäftes ist zwar nicht schlechthin zu erfordern, daß der Erklärende sich der rechtlichen Tragweite des von ihm Erklärten nach allen Richtungen bewußt gewesen ist (RG. 64, 167; 68, 324). Eine rechtsgeschäftliche Verfügung kann aber nur insoweit vorliegen, als die rechtsgeschäftliche Erklärung auf eine unmittelbare Rechtsänderung gerichtet war. Als der Bekl. über das nach seiner Meinung ihm zustehende Eigentum am Grundstücke durch Auflassung an die Dritterwerberin verfügte, wollte er seine schuldrechtliche Pflicht als Verkäufer erfüllen und Eigentum übertragen. Hatte er dieses nicht erworben, so war es bei dem früher eingetragenen Eigentümer (M.) verblieben, und die Auflassung an die in der Person ihrer gesetzlichen Vertreter gutgläubige AktG. hatte i. Verb. mit der Eintragung im Grundbuch das Eigentum des M. vernichtet. Aber nicht alle damit sonst verbundenen Auswirkungen können als mit der Verfügung über das Eigentum bezweckt gelten. Man kann also nicht sagen, daß der Bekl. mit der Veräußerung des Grundstücks über den Auflassungsanspruch des Kl. an dessen Verkäufer S. „verfügt" hat. § 816 BGB. würde hiernach auf den vom Kl. behaupteten Sachverhalt nicht anzuwenden sein. Ob ein Bereicherungsanspruch des früher als Eigentümer eingetragen gewesenen M. besteht, kann nicht erörtert werden, da das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, daß in dem Vorbringen des Kl. in der zweiten Instanz, soweit es sich um die Abtretung der Rechte des M. an ihn handelt, eine Klageänderung liegt, der der Bekl. widersprochen hat. Der Bekl. hat schließlich der Berufung des Kl. auf die Formungültigkeit des von den Parteien geschlossenen Vertrages die Einrede der gegenwärtigen Arglist entgegengesetzt, auch sittenwidriges Handeln des Kl. in dieser Beziehung behauptet. Da die Berufung auf die Formungültigkeit eines Vertrages die Geltendmachung eines bestehenden Rechtsbehelfs bedeutet, die an sich zulässig ist, würde es der Darlegung besonderer Umstände bedürfen, die die Einrede des Bekl. rechtfertigen könnten (RG. 117, 124, 126; 107, 357). Solche Umstände sind vom Bekl. nicht vergebracht.

(U. v. 22. Dez. 1927; 183/27 VI. — Breslau.) [Sch.]

8. §§ 812, 814 Abs. 1 BGB. Kondiktion der Auflassung auf Grund eines Schwarzkaufes unter Geltung des PrGrVerkG. Wegen der verschiedenen Rechtsfolgen ist klarzustellen, ob der Kondiktionsfall des § 812 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 vorliegt.†)

Die von den Kl. erhobene Kondiktion der Auflassung kann darauf gegründet werden, daß die Auflassung ohne rechtlichen Grund gegeben ist (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.), indem das der Auflassung zugrunde liegende Kausalgeschäft, der Kaufvertrag, rechtsunwirksam ist (condictio sine causa), oder aber darauf, daß der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.) (condictio causa data causa non secuta), indem die Beteiligten die Auflassung in der Absicht vorgenommen haben, die Heilung der Unwirksamkeit des Grundgeschäftes herbeizuführen und nunmehr klar geworden ist, daß die Heilung nicht eintreten wird. Welche dieser beiden Kondiktionsfälle hier als gegeben anzusehen ist, hat das BG. zu prüfen unterlassen. Würde eine Kondiktion der zweiten Art vorliegen, so würde sie erst dann begründet sein, wenn endgültig feststeht, daß der beabsichtigte Erfolg gescheitert ist, daß die Genehmigung der Behörde zu dem Schwarzverkauf nicht erteilt werden und daß daher eine Heilung des Schwarzverkaufes nicht eintreten wird. Nach dieser Richtung hin fehlt es aber bisher an jeder Feststellung. Liegt aber eine Kondiktion der ersterwähnten Art vor, so würde ein Einwand der Bekl. aus § 814 BGB. beachtlich sein, daß die Kl. bei der Auflassung gewußt haben, sie seien aus dem nichtigen Vertrage nicht zur Auflassung verpflichtet. Auf diesen Einwand weist die dem Vortrage der Bekl. entsprechende Feststellung des BU. hin, daß beide Parteien „gewußt haben, um was es sich in Wahrheit handelte", daß sich also auch die Kl. über die Nichtigkeit des beurkundeten Vertrages im klaren gewesen sind. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte bedarf die Frage der Kondiktion der Auflassung einer erneuten Prüfung.

(U. v. 21. April 1928; 410/27 V. — Berlin.) [Sch.]

9. § 819 BGB. Der im Abs. 1 dieser Gesetzesstelle bestimmte Zeitpunkt für die strengere Haftung des Bereicherten ist genau zu nehmen; später eintretende Verluste sind nur zu beachten, wenn sie im entscheidenden Zeitpunkte schon unausbleiblich waren.†)

Durch notariellen Vertrag v. 4. Aug. 1926 verkauften die Eheleute F. ihr in Ilmenau gelegenes Hausgrundstück an die Ehefrau Fr., die Kl. Als Kaufpreis wurden in dem Vertrage 22500 *RM* beurkundet, während der wirklich vereinbarte Preis 27500 *RM* betrug. In einer an demselben Tage ausgestellten Urkunde bekannte der Ehemann Fr., den Verkäufern den „Überpreis" von 5000 *RM* zu schulden und verpflichtete sich, ihn in den nächsten Wochen zu zahlen. Die Ehefrau Fr. hat sofort 2100 *RM* und am 26. Aug. 1926 weitere 3413,48 *RM* angezahlt. Vor der Umschreibung in den öffentlichen Büchern beantragten die Eheleute F. Anfang November 1926 den Erlaß einer einstw. Verf. zur Verhinde-

---

Zu 8. Der theoretischen Gegenüberstellung der condictio sine causa einerseits und condictio causa data causa non secuta andererseits ist an sich zuzustimmen. Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. wird, solange die Genehmigung noch nicht versagt, diese also noch möglich ist, zur Zeit um so weniger gegeben sein, als nach der neuesten Praxis unter Billigung des RG. Berliner Genehmigungsbehörden unter besonderen Umständen auf einseitigen Antrag hin, wenn der wahre Inhalt des Kaufvertrages klargestellt ist, die Genehmigung erteilen. Praktisch aber wird der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. beim Schwarzkauf überhaupt nicht in Frage kommen. Die praktische Bedeutung des Kondiktionsanspruchs liegt in der Beseitigung der Auflassung. Ist diese aber durch Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam geworden, so entfällt die Voraussetzung für den Kondiktionsanspruch.

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 kommt dann in Frage, wenn beide Parteien die Nichtigkeit des Kaufvertrages gekannt haben; denn nur dann kann ihre Absicht dahin gegangen sein, den Formmangel durch die Auflassung und Eintragung zu heilen. Zur Substantiierung des Anspruches aus § 812 Abs. 1 Satz 2 gehört also, daß der Verkäufer neben der Kenntnis des Käufers seine eigene Kenntnis von der Nichtigkeit des Kaufvertrages behauptet (vgl. Asch, Der Grundstückskauf S. 20, 23).

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 versagt dann, wenn der Bekl. gemäß § 814 die Kenntnis des Verkäufers von der Nichtigkeit behauptet und nachweist. Einzelne Senate des KG., wie z. B. der 14. Sen., kommen in den Anforderungen an dem Nachweis der Kenntnis freilich, insbes. wenn der Verkäufer Kaufmann ist, dem Käufer entgegen. Notwendig aber ist jedenfalls, daß der Käufer die Kenntnis gemäß § 814 behauptet. Dies ist übrigens in dem in der Entsch. zugrunde liegenden Tatbestande nicht der Fall gewesen. Die vom RG. bezüglich dieses Einwandes herangezogene Feststellung des KG. und des BU. bezieht sich offenbar nicht auf die Frage der Kenntnis von deren Nichtigkeit, sondern über die Gewißheit der Parteien darüber, daß die zur angeblichen Ablösung eines Vorkaufsrechts getroffene Nebenabrede in Wirklichkeit eine Schwarzzahlung verschleiert.

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

Zu 9. Der Entsch. ist zuzustimmen. Nach § 819 Abs. 1 in Verb. mit § 818 Abs. 4 BGB. haftet der ursprünglich Bereicherte

rung des Eigentumsüberganges, weil der Kaufvertrag nichtig sei. In diesem Verfahren wurde, nachdem Frau Fr. die Nichtigkeit des Vertrages anerkannt hatte, dessen Aufhebung vereinbart. Die Eheleute F. hatten inzwischen durch notariellen Vertrag v. 12. Aug. 1926 von einer Frau G. ein Haus in Oeynhausen für 19000 *RM* gekauft und 2000 *RM* darauf angezahlt. 5000 *RM* sollten gegen Auflassung des Hauses, die am 1. Okt. 1926 zu erfolgen hatte, gezahlt werden. Der Ehemann Fr. hat den Überpreis von 5000 *RM* für das Ilmenauer Haus an die Eheleute F. nicht gezahlt. Auch die von diesen an G. geschuldete Teilzahlung von 5000 *RM* ist nicht geleistet worden. In der Folge haben die Eheleute F. und G. die Aufhebung des Oeynhauser Kaufvertrages vereinbart. Die Ehefrau Fr. verlangt nunmehr klagend von den Eheleuten F. die Herausgabe der von ihr geleisteten Anzahlung von insgesamt 5513,48 *RM*. Das LG. hat die Bekl. verurteilt, das OLG. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Der Kaufvertrag v. 4. Aug. 1926 war nichtig wegen unrichtiger Beurkundung (§§ 313, 125 BGB.) und ist deshalb am 10. Nov. 1926 von den Parteien im Wege gegenseitiger Vereinbarung aufgehoben worden. Der Mangel des Rechtsgrundes hat die Verpflichtung der Bekl. zur Rückgewähr der empfangenen Anzahlung von 5513,48 *RM* zur Folge (§ 812 BGB.). Nichtigkeit aus dem Grunde einer bezweckten Steuerhinterziehung (§ 138 Abs. 1 BGB.) liegt in Fällen der vorliegenden Art nach der Rspr. des RG. nicht vor. Daher können sich die Bekl. auf § 817 Satz 2 BGB. nicht berufen; sie könnten es übrigens schon deshalb nicht, weil die Anzahlung selbst (das abstrakte Erfüllungsgeschäft) von der etwaigen Nichtigkeit jener Zweckvereinbarung nicht betroffen worden wäre (WarnRspr. 1921 Nr. 89; 1923/24 Nr. 47). Die Bekl. setzen dem Klageanspruch den Einwand entgegen, daß sie nicht mehr bereichert seien (§ 818 Abs. 3 BGB.). Sie wollen von den erhaltenen 5513,48 *RM* aus Anlaß des Kaufes des Oeynhauser Grundstückes, der später wieder aufgehoben wurde, 5165,10 *RM* eingebüßt haben. Sie hätten darauf 2000 *RM* angezahlt, die weitere Anzahlung von 5000 *RM* aber nicht leisten können, weil der Ehemann Fr. ihnen die nach der Urkunde v. 4. Aug. 1926 geschuldeten 5000 *RM* nicht gezahlt habe. Infolgedessen seien sie gezwungen gewesen, den Oeynhauser Kauf rückgängig zu machen, was ihnen nur unter Opfern gelungen sei. Sie hätten auf die Rückgabe der angezahlten 2000 *RM* verzichten und an G. einen weiteren Abstand von 1000 *RM* zahlen müssen, auch für Grunderwerbsteuer und an Provisionen und Reise- und Insertionskosten 2165,10 *RM* aufgewendet. Weiter müsse sich die Kl. die aus dem nichtigen Kaufgeschäft erlangten Vorteile, nämlich die ihr während ihrer Besitzzeit zugeflossenen Mieteinnahmen des Ilmenauer Grundstücks mit 494,70 *RM* anrechnen lassen. Der BR. stellt fest, daß ohne den Verkauf dieses Grundstücks an den Oeynhauser Kauf für die Bekl. nicht zu denken war, daß sie also das Oeynhauser Grundstück nicht gekauft hätten, wenn sie nicht den Erlös ihres Ilmenauer Hauses dazu hätten verwenden können, und daß sie ohne sonstige Mittel waren. Er hält aber die Haftung der Bekl. aus § 819 Abs. 1 BGB. für gegeben, weil sie den Mangel des rechtlichen Grundes hinsichtlich des Empfanges der 5513,48 *RM* erfahren hätten, bevor die angeblichen Nachteile aus dem Oeynhauser Hauskauf für sie eingetreten wären. Von der Nichtigkeit des Kaufvertrages v. 4. Aug. 1926, die zu dessen Aufhebung führte, hätten sie durch die Verhandlung mit ihrem Rechtsbeistand spätestens Anfang November 1926 Kenntnis erhalten. Damals seien sie um die Anzahlung der Kl. noch bereichert gewesen, und zwar auch noch in Höhe der von ihnen an G. gezahlten 2000 *RM*, weil sie dadurch eine Forderung an diesen erworben hätten. Die Aufhebung des Oeynhauser Vertrages, die zu den behaupteten Verlusten geführt habe, sei aber erst am 1. Dez. 1926 erfolgt; erst damit, also geraume Zeit nach der erlangten Kenntnis, sei der Verlust der Bereicherung eingetreten, so daß sich die Bekl. auf deren Wegfall nach § 819 a. a. O. nicht berufen könnten. Die Rev. wendet demgegenüber ein, es müsse der zeitliche und wirtschaftliche Zusammenhang, der zwischen dem Ilmenauer und dem Oeynhauser Kauf bestehe, berücksichtigt werden. Die Bekl. hätten bereits 2000 *RM* auf das Oeynhauser Haus angezahlt gehabt und die weitere Anzahlung mit den von dem Ehemann Fr. geschuldeten 5000 *RM* leisten wollen. Es gehe im vorliegenden Falle nicht an, die Entscheidung auf einen bestimmten Zeitpunkt (Anfang November 1926) abzustellen, vielmehr sei auch die Verpflichtung, die die Bekl. im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Kaufes v. 4. Aug. 1926 eingegangen wären, in die Wagschale zu werfen. Dem kann nicht beigetreten werden. Das Gesetz läßt in § 819 Abs. 1 BGB. hinsichtlich der strengeren Haftung des Bereicherten einen bestimmten Zeitpunkt, nämlich den seiner Kenntnis von dem Mangel des Rechtsgrundes, entscheiden. Von da ab muß der Bereicherte mit seiner Herausgabepflicht rechnen. Daß er bereits im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Empfanges ein anderes Geschäft abgeschlossen hatte, das zum Verlust des Empfangenen führen konnte, befreit ihn nicht. Anders könnte es sein, wenn feststünde, daß bereits zur Zeit der Kenntnis der spätere Verlust als notwendig und unausbleiblich anzusehen war. Dem steht hier entgegen, daß nach der Feststellung des BR. die verlustbringende Regelung des Oeynhauser Kaufgeschäftes auf der eigenen Entschließung der Bekl. beruhte und daß hiernach für sie vorher noch die Möglichkeit bestand, ohne Einbuße der Ilmenauer Anzahlung auf andere Weise das Oeynhauser Geschäft zur Erledigung zu bringen. Maßgebend ist daher allein, ob der Verlust tatsächlich erst nach der erlangten Kenntnis eingetreten ist. Das ist hier der Fall. Bei dieser Sachlage haften die Bekl. in derselben Weise, wie wenn der Anspruch bereits damals rechtsgängig geworden wäre, d. h. nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 279 BGB.). Sie können deshalb einen späteren Wegfall der Bereicherung nicht geltend machen. Eine andere Frage ist, ob die Bekl. wegen der Nichterfüllung der Zusage des Ehemannes Fr. (Zahlung des Überpreises von 5000 GM.) Schadensersatz verlangen und mit einer solchen Forderung aufrechnen können. Das ist zunächst abzulehnen, weil der Ehemann in diesem Rechtsstreite nicht Partei ist; soweit aber ein schuldhaftes Mithandeln der Ehefrau (durch betrügerisches Hintanhalten der Zahlung) in Frage kommen sollte, sieht der BR. eine derartige Absicht der Eheleute Fr. nicht als erwiesen an. Nach dem Gesagten können die Bekl. jedenfalls nicht einwenden, daß die Nachteile, die sie beim Kauf des Oeynhauser Grundstücks erlitten haben, ihre Bereicherung mindern. Anderseits können sie aber den Vorteil, den die Kl. durch die Mieteinnahmen des Ilmenauer Hauses während ihrer Besitzzeit — in Höhe von 494,70 *RM* — gehabt hat, zum Ausgleich, d. h. in Abzug bringen. Insoweit ist der Anspruch der Kl. in sich selbst beschränkt (RGRKomm. 8 zu § 818 BGB.).

(U. v. 16. April 1928; 661/27 IV. — Jena.) [Ka.]

---

von dem Zeitpunkte an, in dem er den Mangel des Rechtsgrundes der Leistung erfährt, „nach den allgemeinen Vorschriften". Diese etwas geheimnisvolle Wendung des Gesetzes bedeutet bekanntlich: Von diesem Zeitpunkte an fällt die Befreiungsmöglichkeit nach § 818 Abs. 3 weg, soweit sie nicht schon begründet ist; der Schuldner kann in Zukunft nur noch nach „allgemeinen Vorschriften", also durch unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (§ 275) befreit werden. Da hier Geldleistung in Frage stand, war solche Befreiung nach § 279 ausgeschlossen (Staudinger, 9. Aufl. Bem. I, 1 letzter Absatz zu § 275 S. 280 und Vorbem. 2b vor § 244 S. 94). Es kommt also in der Tat nur darauf an, ob in dem Zeitpunkte, in dem die Bekl. die Nichtigkeit des Kaufvertrags erfuhren, die Bereicherung bereits weggefallen war. Dieser Zeitpunkt ist nach der Feststellung des BG. der Anfang des Nov. 1926. Wäre in diesem Zeitpunkte die Lage so gewesen, daß die Bekl. einen wirtschaftlichen Schaden aus dem De.er Kauf, der nach den Feststellungen durch den Verkauf an die Kl. ursächlich bedingt war, auf keine Weise hätten abwenden können, dann wäre insoweit die Bereicherung in dem maßgebenden Zeitpunkt bereits weggefallen gewesen. Nach den tatsächlichen Feststellungen ist dies aber gerade nicht der Fall, beruht vielmehr die verlustreiche Aufhebung des De.er Kaufvertrags auf freiem Willensentschluß der Bekl. Dieser Entschluß wurde aber erst nach Erlangung der Kenntnis der Nichtigkeit des Verkaufs an die Kl. gefaßt, kommt also gemäß § 819 Abs. 1 nicht mehr in Betracht. Im Vertrauen auf die Gültigkeit dieses Verkaufs hatten die Bekl. zwar den De.er Kauf abgeschlossen, nicht aber die Aufhebung dieses Kaufs vereinbart. Der Verlust, auf Grund dessen die Bekl. Wegfall der Bereicherung geltend machen wollen, ist aber nach den Feststellungen nicht schon durch den De.er Kauf, sondern erst durch dessen Aufhebung entstanden. Auf diesen Verlust können sich die Bekl. folglich nach § 819 Abs. 1 nicht berufen.

RA. Dr. Alfred Werner, München.

10. § 826 BGB.; § 445 ZPO. Erschleichung eines Grundstückes durch dolioses Zusammenwirken mit dem zur Verschaffung des Grundstückes verpflichteten stillen Stellvertreter. Die Zuschiebung eines auf die Kenntnis von Vorgängen zwischen dritten Personen abgestellten Eides braucht nicht anzugeben, wie die Partei, welche die Nichtkenntnis beschwören soll, die Kenntnis erlangt haben soll.†)

Der Anspruch des Kl. auf Beseitigung der für den Bekl. eingetragenen Vormerkung findet, auch wenn diese ihm gegenüber wegen seiner älteren Sicherung wirkungslos ist, ausreichende Begründung darin, daß sie sein Eigentum beeinträchtigt, indem sie einer freien Verfügung über das Grundstück hinderlich ist. Ihre Beseitigung kann daher nach § 1004 BGB. verlangt werden, ohne daß es einer Erörterung bedarf, ob der Anspruch sich noch auf andere Vorschriften stützen läßt (vgl. RG. 81, 291; SeuffArch. 77, 188). Von den Einwendungen des Bekl. ist die erste, welche sich gegen die Gültigkeit des Eigentumserwerbs des Kl. richtet, vom BG. mit zutreffender Begründung zurückgewiesen.

Anders steht es aber mit der Einrede des Bekl., Johanna B. sei nur seine Treuhänderin gewesen, der Kl. habe das gewußt und in bewußtem und gewollten Zusammenwirken mit ihr ihn um das Grundstück gebracht. Mit Recht findet das BG. das unter dem Gesichtspunkte des § 826 BGB. erheblich. Ungenau ist zwar die Verwendung des Begriffs eines „Treuhandverhältnisses". Ein solches liegt nach feststehender Rspr. des RG. (vgl. RG. 84, 217; 91, 16; 94, 308; Gruch. 54, 626; LZ. 1915, 1022; Urt. des erk. Sen. v. 27. Febr. 1928, VI 164/27) nur da vor, wo das „Treugut" rechtlich zum Vermögen des „Treuhandgebers" gehört hat und von diesem dem „Treuhänder" zu treuen Händen übereignet ist, nicht aber schon dann, wenn jemand einen Gegenstand für Rechnung und im Interesse eines anderen als dessen stiller Stellvertreter von einem Dritten erworben hat, so daß dem anderen ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung zusteht. Nach der Darstellung des Bekl. lag der letztere Fall vor, er selbst ist niemals Eigentümer des Grundstücks gewesen. Aber auch dieser Sachverhalt würde schon genügen, um die Einrede aus § 826 BGB. zu begründen, wenn der Kl. ihn gekannt und an einem Vertrags- und Vertrauensbruche der Frau B. sich in bewußtem und gewollten Zusammenwirken mit ihr beteiligt hätte (vgl. RG. 62, 137; 83, 240; JW. 1922, 1390[6]).

Das BG. hat nun die für das Verhältnis der stillen Stellvertretung im zweiten Rechtszuge noch angetretenen Beweise nicht erhoben. Obwohl u. a. unter Beweis gestellt war, Frau B. habe selbst gegenüber einer Zeugin bestätigt, daß sie für die Verwaltung des Grundstücks eine Verwaltungsgebühr vom Bekl. beziehe, hält das BG. die Behauptungen des Bekl. in diesem Punkte für „ganz unwahrscheinlich", weil er sich eine Hypothek habe eintragen lassen, läßt ihre Richtigkeit aber dahingestellt. Für die Revisionsinstanz muß daher unterstellt werden, daß das vom Bekl. behauptete Rechtsverhältnis in der Tat bestanden hat. Über die Kenntnis dieses Rechtsverhältnisses hatte der Bekl. dem Kl. einen Eid zugeschoben, der Kl. hatte den Eid angenommen. Das BG. erachtet die Eideszuschiebung für unzulässig, weil der Bekl. keinerlei Tatsachen dafür angeführt habe, wie dem Kl. das behauptete Rechtsverhältnis hätte zur Kenntnis kommen können. Es erklärt den Eid für einen „Ausforschungseid" und weist aus diesem Grunde die Berufung des Bekl. zurück. Mit Recht wird das von der Rev. beanstandet.

Unzulässig wäre die Zuschiebung des Eides über die Kenntnis des Rechtsverhältnisses dann gewesen, wenn dieses selbst dadurch mittelbar hätte bewiesen werden sollen (vgl. Sydow-Busch 19. Aufl. § 445 ZPO. Anm. 1). Das kam hier aber nicht in Frage, denn für das Bestehen des Rechtsverhältnisses war besonderer Beweis angetreten. Fraglich hätte ferner sein können, ob das Rechtsverhältnis zu verwickelter Art war, als daß ein Eid über seine „Kenntnis" dem Kl. hätte zugemutet werden können (vgl. RG. 21, 403; WarnRspr. 1918 Nr. 204). Indessen sind nach dieser Richtung Bedenken vom BG. nicht erhoben, auch sonst nicht hervorgetreten; durch eine entsprechende Fassung des Eides, nämlich durch genaue Angabe dessen, was der Kl. gekannt haben soll, ließen sie sich jedenfalls vermeiden. Was das BG. vermißt, war für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung nicht erforderlich. Ein „Ausforschungseid", der, entgegen der Vorschrift des § 451 ZPO., ohne Bezeichnung bestimmter Tatsachen, nur über allgemeine Behauptungen zugeschoben wäre (Gruch. 39, 1130; 58, 475; WarnRspr. 1908 Nr. 101, 564; 1914 Nr. 159; 1925 Nr. 9), lag nicht vor. Die vom Bekl. behauptete „Kenntnis" des Kl. war zwar eine innere, aber eine genügend bestimmte Tatsache; auf welchem Wege der Kl. die Kenntnis erlangt haben solle oder könne, durch welche Schlußfolgerungen er etwa zu ihr gelangt sei, brauchte der Bekl. nicht anzugeben (vgl. RG. 21, 403; Gruch. 45, 1012; 54, 1151; WarnRspr. 1918 Nr. 204; Urt. v. 17. Okt. 1911, II 104/11). In der in SeuffArch. 44, 229 abgedruckten Entsch. ist diese Frage besonders eingehend behandelt und dazu ausgeführt, die Quellen der behaupteten Kenntnis könnten von demjenigen, der den Eid zuschiebe, zwar zur Schärfung der Erinnerung oder aus anderen Gründen angegeben werden, das Gericht sei aber nicht befugt, solche Angaben zu fordern; die Möglichkeit einer Beurteilung, ob der Eid werde geleistet werden können, verlange das Gesetz nicht. Es besteht kein Grund, von dieser Rspr. abzuweichen.

(U. v. 5. Juli 1928; 25/28 VI. — Berlin.) [Sch.]

11. § 874 BGB. Andere Urkunden als die Eintragungsbewilligung dürfen zur Auslegung der Eintragung nicht herangezogen werden; der Berechtigte muß sich aus dem Grundbuch selbst zweifelsfrei ergeben.†)

Die Auslegung, die der BR. der Eintragung des Tonzinsrechts in Abt. II des über das belastete Grundstück geführten Grundbuchs gibt, ist nicht zu billigen. Da es sich bei der Eintragung im Grundbuche um eine richterliche Verfügung handelt, so ist ihre Bedeutung von dem RevG. selbständig festzustellen. Der BR. geht zutreffend davon aus, daß es sich um eine Reallast handelt. Seiner Meinung, daß eine subjektiv-persönliche und nicht eine subjektiv-dingliche Reallast eingetragen sei, kann aber nicht beigetreten werden. Für die Auslegung eines grundbuchmäßig verlautbarten dinglichen Rechts darf, da es sich um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs handelt, nur der Inhalt der Eintragung

---

Zu 10. A. Der materielle Teil der Entsch. bringt Beiträge zu der Anwendung der §§ 826, 1004 BGB. Die Kollusion des Käufers mit dem stillen Vertreter des Verkäufers zum Nachteil des letzteren ist sittenwidrig. — Eine Beeinträchtigung des Eigentümers durch eine Vormerkung liegt auch dann vor, wenn dem Eigentümer eine im Rang der Vormerkung vorgehende Sicherung zur Seite steht.

Wichtiger ist der prozessualische Teil, der aber ebenfalls nur an der bereits vorhandenen Rspr. festhält: Die Behauptung, daß der Gegner von einer Tatsache, hier von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses, Kenntnis gehabt habe, ist hinreichend konkretisiert und prozessualisch beachtlich, auch wenn die Art der Erlangung dieser Kenntnis nicht angegeben wird und auch nicht angegeben werden kann. Daher fällt auch die den Schwur über die Nichtkenntnis betreffende Eideszuschiebung nicht unter die mit Recht verpönten Ausforschungszuschiebungen. Die Entsch. ist in allen Punkten zu billigen.

Geh. JR. Prof. Dr. O. Fischer, Breslau.

B. Das Ergebnis und die Begründung der Entsch. scheinen mir durchaus zutreffend. Das gilt insbes. sowohl von der Abgrenzung des Begriffs „Treuhandverhältnis" gegenüber seiner bisweilen versuchten weichmütigen, ihn zu unbrauchbarer Weite verflüchtigenden Ausdehnung, als auch von der Zulassung der Eideszuschiebung über innere Tatsachen — erlangte Kenntnis — als solche, auch ohne Hinzufügung des Grundes ihrer Erlangung.

Geh. JR. Prof. Dr. Oertmann, Göttingen.

Zu 11. Die Entsch. ist richtig; doch habe ich gegen ihre Begründung einige Bedenken. Die Reallast ist ein dingliches Recht am Grundstück, das entweder einer natürlichen oder juristischen Person oder dem Eigentümer eines anderen Grundstücks zustehen kann. Im ersten Falle (subjektiv persönliche Reallast) ist das Recht zwar vererblich und veräußerlich (§ 1111 II BGB.), kann aber nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden. Im zweiten Falle (subjektiv dingliche Reallast) ist der jeweilige Eigentümer des Grundstücks der Berechtigte; das Recht kann nicht vom Eigentum an diesem Grundstück losgelöst werden. Hier ist das Tonzinsrecht zugunsten der Eigentümer des Rittergutes Cabel-Settingen eingetragen. Zur Entsch. steht, ob die Eintragung die Personen meint, die zur Zeit

selbst, sowie die in der Eintragung in Bezug genommene Eintragungsbewilligung, und diese auch nur mit der sich aus § 874 BGB. ergebenden Einschränkung, herangezogen werden. Gegen diese Auslegungsregel hat der BR. insofern verstoßen, als er den Erbvergleich v. 24. Mai 1904 zur Auslegung der Grundbucheintragung verwendet. Es ist aber auch nicht angängig, für die Frage, wem das dingliche Recht zusteht, auf den Inhalt des in der Eintragung in Bezug genommenen Vertrages v. 22. März 1900 zurückzugehen. Denn nach § 874 BGB. ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des eingetragenen Rechts gestattet. Dagegen muß der Berechtigte sich unter allen Umständen aus dem Eintragungsvermerk selbst ergeben (vgl. RGRKomm., 6. Aufl., Anm. 4 zu § 874 BGB. und die dort angeführten Entsch.; Güthe-Triebel, Anm. 9 zu § 50 GBO.). Ist eine bestimmte Person der Berechtigte, so ist diese mit ihrem Namen anzugeben (Güthe-Triebel, Anm. 18 zu § 45 GBO.). Wenn also diejenigen Personen, die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages v. 22. März 1900 Eigentümer des Ritterguts C. gewesen sind, persönlich die Berechtigten aus der Reallast sein sollten, so hätten sie mit ihren Namen in den Grundbuchvermerk aufgenommen werden müssen. Der Wortlaut der Eintragung „an die Eigentümer des Ritterguts C." kann nur dahin verstanden werden, daß der jeweilige Eigentümer dieses Ritterguts der Berechtigte sein sollte. Daß auf dem berechtigten Grundstück kein Vermerk gemäß § 8 GBO. eingetragen ist, hat keine ausschlaggebende Bedeutung, zumal die Eintragung eines derartigen Vermerks nur auf besonderen Antrag erfolgt. Die Annahme des BR., daß die Eintragung nicht klar ergebe, wer der Berechtigte sein solle, ist demnach nicht zu billigen; sie müßte übrigens dahin führen, daß die Eintragung, weil der nötigen Bestimmtheit in einem wesentlichen Punkte ermangelnd, als inhaltlich unzulässig i. S. des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. und daher unwirksam anzusehen wäre (vgl. RG. 113, 230[1]; Güthe-Triebel, Anm. 28 zu § 54 GBO. S. 1089).

(U. v. 3. März 1928; 361/27 V. — Berlin.) [Sch.]

12. §§ 989, 990, 1004 BGB. Schwarzkauf. Die Pflicht zur Beseitigung der neuen Belastungen beurteilt sich nach §§ 988, 990, nicht nach § 1004, setzt also die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers bei der Bestellung voraus†)

Die Feststellungen des BR. reichen nicht aus, um auch die für den Fall der (den behaupteten Schwarzkauf ergebenden) Eidesleistung des Kl. ausgesprochene Verurteilung des Bekl. zur Beseitigung der auf dem Kaufgrundstück eingetragenen Hypothek von 60 000 GM. zu rechtfertigen. Eine nähere Begründung zu diesem Punkt läßt das BU. vermissen. Es hat sich offenbar der Auffassung des LG. angeschlossen, daß der Kl., wenn seine Darstellung richtig sei, die Beeinträchtigung seines Eigentums durch Zwischenbelastungen nicht zu dulden brauche. Aus § 1004 BGB. läßt sich jedoch nach der Rspr. des Senats der Anspruch auf Beseitigung der Hypothek nicht herleiten. Maßgebend sind vielmehr die §§ 989, 990 BGB. Denn die Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek stellt sich als eine Verschlechterung desselben im Sinne der vorgenannten Bestimmungen dar (vgl. Urt. v. 25. Jan. 1928, V 368/27: JW. 1928, 1387[52]; RGRKomm. Anm. 2 zu § 989 BGB.). Es ist zwar richtig, daß der Bekl. die Hypothek nicht in seiner Eigenschaft als Besitzer des Grundstücks aufgenommen hat, sondern als buchmäßiger Eigentümer, der nicht Besitzer zu sein braucht. Weiter ist zuzugeben, daß durch die Belastung mit einer Hypothek das Grundstück in seiner Substanz nicht beeinträchtigt wird, sondern lediglich die rechtliche Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers eine Einbuße erleidet. Allein die Stellung, in der sich der Buchеigentümer gegenüber dem wirklichen Eigentümer befindet, ist der Stellung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer so wesensverwandt, daß sich die Anwendung der §§ 989, 990 BGB. auf Fälle der hier vorliegenden Art mit der Maßgabe gebietet, daß für die Frage des Eintritts der Rechtshängigkeit der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. dem Herausgabeanspruch gleichzustellen ist. Da zur Zeit der Eintragung der Hypothek, deren Beseitigung der Kl. verlangt, der Grundbuchberichtigungsanspruch noch nicht rechtshängig war (§ 989 BGB.), so ist das Begehren des

---

der Begründung der Reallast die Eigentümer des Rittergutes waren, oder die jeweiligen Eigentümer des Rittergutes, ob also nach der Eintragung die Reallast eine subjektiv persönliche oder eine subjektiv dingliche ist. Das KG. hat das erstere angenommen. Das wird vom RG. mißbilligt. Es geht zutreffend davon aus, daß es, da es sich bei der Eintragung im Grundbuch um eine richterliche Verfügung handelt, an die Auslegung, die ihr das KG. gegeben hat, nicht gebunden ist, daß es vielmehr ihre Bedeutung selbständig festzustellen habe. Unrichtig scheint es mir aber zu sein, wenn es der Auslegung des KG. durch Bezugnahme auf den mehrfach angezogenen § 874 BGB. entgegentritt. Diese Vorschrift kommt hier gar nicht in Betracht. Es ist zwar selbstverständlich, daß zur Bezeichnung des Berechtigten eine Bezugnahme in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung nicht zulässig ist, wie es z. B. der Fall wäre, wenn die Eintragung lautete: „zugunsten der in der Eintragungsbewilligung bezeichneten Personen". Aber so liegt hier die Sache nicht. Die Berechtigten sind vorschriftsmäßig in der Eintragung selbst bezeichnet: „die Eigentümer des Rittergutes Cabel-Settingen". Es handelt sich vielmehr um die Frage, was der Grundbuchrichter mit diesen Worten hat zum Ausdruck bringen wollen. Das ist Sache der Auslegung. Daß auch eine Grundbucheintragung auslegungsfähig und nach Befinden auslegungsbedürftig sein kann, ist zweifellos. Davon geht ja auch das Urt. aus (vgl. auch das Urt. des gleichen Senats v. 14. Febr. 1914; Recht 1914 Nr. 1840). Da es sich in erster Linie darum handelt, was der Grundbuchrichter mit seiner Eintragung gemeint hat, nicht aber darum, was die Beteiligten gewollt haben, so muß aus diesem Grunde der Erbvergleich von 1904 für die Auslegung ausscheiden. Er war zur Zeit der Eintragung noch nicht geschlossen. Der Grundbuchrichter kann also gar nicht berücksichtigt haben, was die Beteiligten zwei Jahre später vereinbarten. Aber auch der in der Eintragung in Bezug genommene Vertrag v. 22. März 1900 gibt keine brauchbare Unterlage für die Erforschung der Willensmeinung des Grundbuchrichters, weil damals von der Begründung einer Reallast noch nicht die Rede war und sein konnte. Denn das mit der Reallast belastete Ziegeleigrundstück existierte damals als solches noch nicht und war noch Bestandteil des Rittergutes. Der Vertrag regelt nur die schuldrechtlichen Beziehung des Ausbeutungsberechtigten zur Erbengemeinschaft, welcher damals auch das Rittergut gehörte. Aus diesem Grunde (aber nicht wegen der Vorschrift des § 874 BGB.) ist es rechtsirrig, wenn die Verträge von 1900 und 1904 zur Auslegung der Eintragung verwendet werden.

Schon ihr Wortlaut weist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit

[1]) JW. 1926, 2429.

darauf hin, daß die Reallast für die „jeweiligen" Eigentümer des Rittergutes hat eingetragen werden sollen. Wenn der Richter das nicht gewollt hätte, würde er gemäß § 4 AV. v. 26. Nov. 1899 zur Ausführung der GBO. die Berechtigten mit Namen, Stand oder Beruf und Wohnort bezeichnet haben. Es kommt ausschlaggebend hinzu, daß die jeweiligen Eigentümer des Rittergutes es waren und sind, die die Ausbeutung der darauf befindlichen Tonlager zu dulden hatten und haben, wofür der Tonzins die Gegenleistung bildet. Hiermit wird die Auslegung des RG., daß es sich um eine subjektiv dingliche Reallast handele, vollauf gerechtfertigt.

Wenn aber das RG. den Satz aufstellen will, daß zur Auslegung einer Eintragung nur die Eintragungsbewilligung herangezogen werden dürfe, so erscheint mir das zu eng. Unbedenklich wird man sagen dürfen, daß nur solche Urkunden beachtet werden können, welche dem Grundbuchrichter vorgelegen haben und die er kannte. Man wird mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs die Beschränkung hinzufügen müssen, daß solche Urkunden auch einem Dritten, der das Eigentum am Grundstück oder ein Recht daran erwerben will, zugänglich sein müssen, daß sie sich also bei den Grundakten befinden müssen und daß auf sie in dem Eintrage selbst oder in der Eintragungsbewilligung hingewiesen sein muß. Liegen aber diese Voraussetzungen vor, so ist die Verwendbarkeit der Urkunde zur Auslegung der Eintragung nicht zu bezweifeln (vgl. auch die oben erwähnte Entsch. v. 14. Febr. 1914).

Nicht unbedenklich erscheint mir auch wegen seiner Fassung der Satz: Die Annahme des BG., daß die Eintragung den Berechtigten nicht klar angebe, müsse dazu führen, daß die Eintragung, weil der nötigen Bestimmtheit in einem wesentlichen Punkte ermangelnd, als inhaltlich unzulässig i. S. des § 54 I 2 GBO. und daher unwirksam anzusehen wäre. Das ist wohl nicht ganz wörtlich gemeint. Denn eine bestehende Unklarheit, auch wenn sie den Berechtigten betrifft, ist zunächst im Wege der Auslegung zu beseitigen (vgl. das mehrerwähnte Urt. Recht 1914 Nr. 1890). Erst wenn im Wege der Auslegung die Unklarheit nicht restlos beseitigt werden kann, kann von einer Unzulässigkeit der Eintragung i. S. des § 54 I 2 GBO. die Rede sein. SenPräs. a. D. Dr. Reinhard, Dresden.

Zu 12. Der 5. ZS. hält an den in seinem Urt. JW. 1928, 1387 aufgestellten Grundsätzen fest. Über die gegen die Anwendbarkeit der §§ 989, 990 BGB. von dem Verf. in JW. 1928, 1388 geltend gemachten Bedenken kommt die Entsch. durch die analoge Anwendung der Bestimmungen hinweg. Der Anspruch auf Beseitigung der hypothekarischen Belastungen greift also nach der nunmehr ständigen Rspr. des 5. ZS. nur durch, wenn zur Zeit der Belastung

Kl. nur dann gerechtfertigt, wenn der Bekl. bei Erwerb des Bucheigentums oder wenigstens im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek nicht in gutem Glauben war (§ 990 das.). In dieser Beziehung fehlt es bisher noch an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen.

(U. v. 27. Juni 1928; 543/27 V. — Düsseldorf.)

[Sch.]

13. §§ 947, 950 BGB. Die Okulierung von fremden Rosenwildlingen mit eigenen Edelreisern ist keine Verarbeitung oder Umbildung, durch welche eine neue Sache entstünde, an der der Veredelnde das Eigentum erwürbe.†)

Die Kl. widerspricht einer Pfändung, die die Bekl. bei dem Gärtnereibesitzer Sch. haben vornehmen lassen, mit Bezug auf 185 000 veredelte Rosen des gleichen Jahres, die sie als ihr Eigentum in Anspruch nimmt. Die 185 000 diesjährigen veredelten Rosen stammen nach Angabe der Kl. aus einer Lieferung von 300 000 Stück Rosenwildlingen, über die sie in dem schriftlichen Vertrage v. 26. Nov. 1924 mit Sch. vereinbart hat: die Kl. liefere die Wildlinge zum Selbstkostenpreise, Sch. liefere dagegen niedrige Rosen 1. Qualität zum Durchschnittspreise von 14 ℳ für 100 Stück; die Wildlinge würden ihm „in Kost gegeben", würden von ihm bearbeitet, insbes. veredelt, blieben bis zur endgültigen Abrechnung Eigentum der Kl. und gälten als mit dem Lande nicht verbunden; die Auswahl der Sorten und Festsetzung der Qualität stehe der Kl. zu, der alle Rosen 1. Qualität, die im Jahre 1925/26 verkaufsfähig werden, bis zur Abdeckung der Schuld gehörten, und Sch. verpflichte sich, keine Käufe abzuschließen, bevor er die Rosen der Kl. angeboten habe. Rosen des vorhergehenden Jahres rühren nach Angabe der Kl. aus einer Lieferung von Wildlingen her, die sie im Jahre 1923/24 dem Sch. gemacht habe und bei der die gleichen Vereinbarungen wie im Jahre 1924/25 über die 300 000 Wildlinge mündlich getroffen worden seien. Die 75 000 Caninawildlinge will die Kl. durch schriftlichen Vertrag v. 6. Aug. 1925 zur Deckung eines Darlehns von 3000 RM von Sch. übereignet erhalten haben. In dem Vertrage ist gesagt, Sch. verkaufe der Kl. 140 000 Caninasämlinge und andere Sachen zum Preise von 680 RM, behalte sie aber noch bis zum 1. Okt. 1925 in seinem Besitz und sei an diesem Tage gegen Zahlung des Preises zu ihrer Herausgabe verpflichtet; die Canina habe er bis dahin weiter zu pflegen. Die Bekl. behaupten, Sch. habe das Eigentum an den Pflanzen, soweit die Kl. es durch Verträge erworben oder vorbehalten haben sollte, durch Verarbeitung oder durch die von ihm bewirkte Verbindung mit ihm gehörenden Edelreisern vor der Pfändung erworben oder wieder erworben. Das BG. hat der Klage stattgegeben, die Rev. der Bekl. ist zurückgewiesen. Das BG. hält für festgestellt, daß Sch. laut Vertrag übernommen habe, die ihm gelieferten Wildlinge als fremde Pflanzen aufzuziehen und zu veredeln, so daß als Entgelt für seine Arbeit nur die Stücke in sein Eigentum übergehen sollten, die die Kl. demnächst nicht für sich auswählen würde. Durch diese Vereinbarung sei die Eigentumsübertragung als Wirkung der Einpflanzung sowie der etwa in der Veredelung und Aufzucht liegenden „Verarbeitung" ausgeschlossen und zugleich bewirkt worden, daß für den Fall eines etwa durch die Verbindung der Wildlinge mit Edelreisern des Sch. herbeigeführten Eigentumsüberganges auf diesen ein Verhältnis („Kostvertrag") begründet wurde, kraft dessen Sch. die Pflanzen weiterhin für die Kl. als Eigentümerin im Besitze behielt. Die Rev. macht geltend, daß nach den Vorschriften der §§ 947 und 950 BGB., die zwingendes Recht enthielten, die Vereinbarung ungültig gewesen sei, wonach nicht der die Edelreiser, also die Hauptsache, liefernde und die Umbildung der Wildlinge in Rosen ausführende Sch., sondern die Kl. das Eigentum erhalten sollte. Indessen kommt die Vorschrift des § 950 über den Eigentumserwerb durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes für die Veredelungstätigkeit an Sträuchern überhaupt nicht in Betracht, und läßt sich aus der Vorschrift des § 947 über den Eigentumserwerb durch Verbindung ein Übergang des Eigentums an der veredelten Pflanze auf den Eigentümer des eingesetzten Edelreises oder Auges nicht begründen. Die Arbeit des Veredelnden besteht lediglich in dem Einfügen des Auges oder Edelreises in einen am Wildling angebrachten Einschnitt. Weder in dieser Arbeit noch in der folgenden Pflege der Schnittwunde und der Pflanze kann eine Verarbei-

entweder der Rechtsstreit auf Berichtigung des Grundbuches oder auf Herausgabe des Grundstücks bereits anhängig war oder der gute Glaube des Schwarzkäufers nicht vorliegt. Der 5. ZS. (V 310/27: JurR. 1928 Nr. 1297) hat die Voraussetzungen für den Ausschluß der Bösgläubigkeit dahin näher umschrieben, daß der Besitzer ohne grobe Fahrlässigkeit geglaubt haben muß, dem Eigentümer ein Recht zum Besitze zu haben. War dem Schwarzkäufer der Besitz übertragen, so hätte er sich, auch wenn er wußte, daß er noch nicht wirklicher Eigentümer geworden war, so lange zum Besitz für befugt gehalten haben dürfen, als der Verkäufer die Überlassung nicht widerrief.

Im Falle der Gutgläubigkeit des Schwarzkäufers aber bleibt der Verkäufer auf den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen. Dieser setzt zunächst voraus, daß der Verkäufer die Nichtigkeit des Schwarzvertrages nicht gekannt hat. Der Verkäufer hat ferner bei dem auf Herausgabe der vom Käufer erlangten Valuta zu richtenden Antrag sich zur Übernahme der Hypothek zu erbieten. In dem entscheidenden Teil des Urteils ist der Gegenverpflichtung des Verkäufers Rechnung zu tragen. Der Antrag wird regelmäßig etwa dahin zu lauten haben: Es wird beantragt, dem Bekl. fernerhin zu verurteilen, an den Kl. X Mark (die vom Bekl. erlangte Hypothekenvaluta) zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abgabe folgender Erklärung durch den Kl.: „Der Kl. übernimmt die der eingetragenen Hypothek zugrunde liegende Schuld in Höhe von X Mark und verpflichtet sich, für den Fall, daß der Hypothekengläubiger die Übernahme nicht genehmigen sollte, den Verkäufer von der Schuld zu befreien" (vgl. JW. 1927, 1931; wie die Bemerkung des Verf. zu JW. 1928, 1389).

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

Zu 13. A. Eine durchaus zu billigende, den Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs gerecht werdende Entsch., welche das weite Gebiet der Pflanzenveredelung von der Behandlung als Spezifikation nach § 950 BGB. ausschließt. Über die Relativität der dabei in Betracht kommenden Grundbegriffe vgl. meine Abhandlung „Problem der Identität und Neuheit" in der Breslauer Festgabe für Rudolf v. Jhering, 1892. Geh. JR. Prof. Dr. O. Fischer, Breslau.

B. Wer den Tatbestand liest, fragt zuerst: Wem gehört das Grundstück? Anscheinend Herrn Sch. Die Kl. hat ihm die Wildlinge geliefert, er sie eingepflanzt. Sie sollten als mit dem Lande nicht verbunden gelten; das Eigentum der Kl. blieb vorbehalten. Vorsichtshalber wurde auch noch vereinbart, daß Sch. die Rosen nicht verkaufen dürfe, bevor er sie der Kl. angeboten habe. Das konnte auf der Sorge vor der Auswirkung jener Rechtsfrage beruhen, die das RG. geprüft hatte. Aber kam es hierauf an?

Eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Wesentliche Bestandteile teilen das Schicksal der Hauptsache (§ 93 BGB.). Also wurden die Wildlinge Eigentum des Grundstückseigentümers. Konnte man das durch Eigentumsvorbehalt verhindern? Nein. Aber die Rechtswirkung trat nicht ein, wenn die Rosen nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden verbunden wurden (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Es scheint, daß die Gerichte diesen Fall unterstellt haben. Mir erscheint diese Auslegung mindestens zweifelhaft, und zwar deshalb, weil nach dem Vertrage keineswegs feststeht, daß die Kl. sämtliche Rosen zurücknimmt und Sch. der Kl. die Rosen zum Kauf anbieten mußte, was ganz überflüssig ist, wenn die Kl. einfach ihre Rosen nach der Behandlung herausverlangen konnte. Eine endgültige Entsch. kann hier nicht getroffen werden, da hierfür die tatsächlichen Angaben nicht ausreichen. Insbes. wäre z. B. möglich, daß Sch. auch, wie der Kl., eine Baumschule hat und nun seinerseits die Pflanzen in ein fremdes (gepachtetes) Grundstück einsetzt. Dann tritt die Eigentumsveränderung nicht ein (RG. 66, 88). Keinesfalls aber konnte die Kl. Eigentum erwerben an den Canina-Wildlingen. Eine Übereignung an wesentlichen Bestandteilen ohne Trennung ist undenkbar, jedenfalls dann, wenn sie aus Samen gezogen waren.

Die Entscheidung hinsichtlich der Umbildung ist auch angreifbar. Wieder ist die Vorfrage entscheidend. Standen die Wildlinge im Eigentum des Eigentümers von Grund und Boden, so blieben sie, auch wenn sie veredelt wurden, wesentliche Bestandteile. Diese Eigenschaft wird erst durch die Trennung beseitigt. Was mit den wesentlichen Bestandteilen im einzelnen geschieht, ist demgegenüber gänzlich gleichgültig. Nur wenn die Vorfrage zu verneinen war, konnte die Umbildung eine Bedeutung haben. Daß das RG. auf § 947 BGB. abstellt, ist unrichtig. Denn die Verbindung des Wildlings mit dem Edelreis ist ja gar nicht das Wesentliche, sondern die Tatsache, daß durch diesen Vorgang der Wildling in seinem Wesen gänzlich und wesentlich verändert wird. Nur § 950 BGB. konnte in Betracht kommen; nur diese Gesetzesbestimmung trifft die Auffassung des Verkehrs von dem, was sich hier vollzieht. Denn die vorhandene Pflanze wird durch das Okulieren eine andere. Ob das unter Mitwirkung der eigenen Kräfte der Pflanze geschieht, kann daran nichts ändern; denn der Gärtner führt durch seine Arbeit die Wirkung herbei, die ohne sie nicht denkbar ist und gerade auf ihr beruht.

RA. Prof. Dr. Walther Fischer, Hamburg.

tung oder Umbildung des Stoffes der Pflanze gefunden werden, denn die mit diesen Arbeiten angestrebte Veränderung in den Eigenschaften der Pflanze wird durch sie zwar ermöglicht und gefördert, sie wird in der Hauptsache aber nicht durch sie, sondern erst durch die allmähliche Wirkung der der Pflanze und dem Auge eigenen Kräfte und Anlagen herbeigeführt. Auf der anderen Seite ist in der durch die Verbindung des Auges mit dem Wildling geschaffenen einheitlichen Sache nicht das Auge, sondern der Wildling als die Hauptsache i. S. des § 947 Abs. 2 anzusehen, und zwar auch dann, wenn die Aufpfropfung, wie es nach Angabe der Bekl. bei Rosen der in Rede stehenden Art geboten ist, am Wurzelhalse selbst stattfindet. Auch in diesem Falle ist es der Wildling, der die Erhaltung und das Wachstum der Pflanze allein bewirkt, während die Art des Auges nur über das Aussehen der aus ihm vermöge der Triebkräfte des Wildlings entstehenden Triebe entscheidet. Auch die Identität der Pflanze bestimmt sich nach dem Wildling, nicht nach dem Auge, da ein mit zwei Augen veredelter Wildling nur als eine Pflanze gilt, auch wenn beide Augen treiben und sogar verschieden geartete Triebe hervorbringen. Demgegenüber kann es nicht den Ausschlag geben, wenn die Augen etwa höheren Handelswert besitzen als die Wildlinge, da mit diesem höheren Werte eine selbständige Lebens- und Entwicklungsfähigkeit nicht verbunden ist. Hiernach wäre die Absicht der Vertragsparteien v. 26. Nov. 1924, daß das Eigentum der Kl. durch die von Sch. vorzunehmende Veredelung nicht berührt werden sollte, auch ohne besondere Vereinbarung kraft Gesetzes verwirklicht worden. Auf die Ausführungen des BU. über die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Regelung der Eigentumsverhältnisse bei der Veredelung und auf die von der Rev. gegen diese Ausführungen erhobenen, übrigens in der Hauptsache nicht begründeten Bedenken braucht somit nicht eingegangen zu werden.

(U. v. 20. Jan. 1928; 516/27 VII. — Berlin.) [Ku.]

14. §§ 1113, 1115 BGB. Eine Höchstbetragshypothek kann für die Verbindlichkeiten mehrerer Schuldner, die nicht Gesamtschuldner sind, nicht wirksam eingetragen werden.†)

(U. v. 5. Nov. 1927; 115/27 V. — Stettin.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1928, 501[34].

---

2. Öffentliches Recht.

a. Reichsrecht.

15. Art. 131 RVerf.; §§ 831, 839 BGB. Auch wenn ein Beamter seine örtliche Zuständigkeit überschreitet, bleibt seine Handlung die eines Beamten, wenn er sich für zuständig gehalten und das hat erkennen lassen. Die Haftung der Körperschaft, in deren Dienste er steht, richtet sich deshalb auch in diesem Falle nur nach § 839 BGB., nicht nach § 831 BGB. Überwachung der Amtsführung eines Forstschutzbeamten durch eine kleine Landgemeinde.†)

In den Gründen des BU. finden sich u. a. folgende rechtliche Erwägungen: W. sei von der Gemeinde L. als Waldhüter angestellt worden. Seine Tätigkeit sei daher auf die L.er Waldungen beschränkt gewesen. Er habe kein Recht

---

Zu 14. Die Entsch. kann nicht für richtig, ihre Begründung nicht als überzeugend angesehen werden.

Das RG. hält die Eintragung einer Höchstbetraghypothek für Forderungen gegen mehrere, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner für unzulässig und die trotzdem zur Sicherung derartiger Forderungen eingetragene Höchsthypothek für nicht rechtsbeständig. Diesen Grundsatz hat das RG. zuerst in RG. 75, 247 = JW. 1911, 404 ausgesprochen, allerdings ohne ausreichende Begründung; denn es ist keine Begründung, wenn das RG. verlangt, daß die bei jeder Hypothek erforderliche Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben müsse, als durch ein und dieselbe, ungeteilte Hypothek mehrere Forderungen grundsätzlich nur dann gesichert werden können, falls sie demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen, und wenn das RG. auf Grund dieser Erwägung feststellt, daß die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner im Gesetz keine Stütze finde. Zur Begründung der Besorgnis, es könnten durch die Zulassung mehrerer Schuldner für die Höchstbetraghypothek Unklarheiten entstehen, verweist die vorliegende Entsch. noch auf v. Tuhr, Allg. Teil I S. 231 Anm. 7, der Schwierigkeiten aus der Anwendung von § 1137 BGB. fürchtet, und auf die Entsch. des OLG. Dresden v. 21. Okt. 1924, das ohne nähere Ausführung meint, es würden sich in der Zwangsversteigerung unentwirrbare Verhältnisse ergeben (JFG. 2, 439).

Alle diese Gründe können die vorliegende Entsch. nicht tragen. Denn wenn das RG. eine Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner dann zuläßt, wenn die Schuldner in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehen, so darf man fragen, worin denn diese Zulassung im Gesetze ihre Stütze finde, da doch das BGB. hierüber nichts bestimmt? Es kann aber jede durch Hypothek gesicherte Forderung durch Erbgang bei Mehrheit von Erben auf dem Wege des § 2060 BGB. in eine Mehrheit von Forderungen übergehen, ohne daß eine Verpflichtungsgemeinschaft unter den Miterben besteht (Güthe-Triebel, GBO., 4. Aufl. II, 1838). Wenn der Bestand der Hypothek dadurch selbstverständlich in keiner Weise berührt wird, so kann auch die Begründung einer Hypothek von vornherein für die Forderung gegen mehrere nicht in Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner kein rechtlich unmögliches Verhältnis sein, wie es die vorliegende Entsch. unter Berufung auf die Beispiele in RG. 88, 27 (JW. 1916, 480) und 83 behauptet.

Auch die Schwierigkeiten im Falle von § 1137 und in der Zwangsversteigerung bestehen nicht oder sind nicht unüberwindbar; in keinem Falle können sie die Nichtigkeit der Hypothek herbeiführen, da ja auch die Hypothek im Falle von § 2060 BGB. rechtsbeständig bleibt. Denn auch wenn unter den mehreren Schuldnern eine Verpflichtungsgemeinschaft, z. B. ein Gesamtschuldverhältnis (KG. v. 22. Jan. 1914: KGJ. 46, 229 ff.) besteht, ist es infolge des in § 425 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes durchaus möglich, daß der Forderung gegen den einen Gesamtschuldner eine Einrede entgegensteht, die bei den Forderungen gegen die anderen Gesamtschuldner fehlt oder daß jeder Gesamtschuldner andere Einreden als der andere geltend machen kann. Ja sogar wenn eine gewöhnliche oder eine Sicherungshypothek mehrere Forderungen gegen denselben Schuldner sichert, ist es möglich, daß gegen jede Forderung verschiedene Einreden bestehen. Irgendwelche Schwierigkeiten entstehen dadurch nicht, am wenigsten im Falle einer Sicherungshypothek, da der Hypothekar die Hypothek insoweit nicht geltend machen kann, als der Eigentümer gegen die eine oder die andere der mehreren Forderungen eine begründete Einrede erhebt. Daher können auch in der Zwangsversteigerung nicht mehr Schwierigkeiten als auch sonst entstehen; es ist ja auch bisher noch nicht einmal der Versuch gemacht worden, diese Schwierigkeiten näher darzulegen. Denn da der Gläubiger aller durch die Hypothek gesicherten Forderungen derselbe sein muß — eine einheitliche Hypothek für die Forderungen mehrerer Gläubiger ist in der Tat nicht möglich —, so steht es dem Gläubiger frei, für welche Forderungen er den Hypothekenschutz in Anspruch nehmen will; es ist nicht anders, als wenn eine Höchstbetraghypothek Forderungen gegen denselben Schuldner sichert, deren Gesamtbetrag den eingetragenen Höchstbetrag übersteigt. Die eingetragene Summe aber schützt den Eigentümer und die gleich- oder nachstehenden Realberechtigten.

Spricht also kein Grund gegen die Zulassung von Hypotheken zur Sicherung von Forderungen gegen verschiedene Schuldner, so besteht andererseits ein dringendes wirtschaftliches Bedürfnis für ihre Zulassung. Deshalb hat das KG. (10. Okt. 1907: KGJ. 35, 280) vor der Entsch. in RG. 75, 247 = JW. 1911, 404 die Eintragung derartiger Hypotheken gebilligt, und das ObLG. in München hat auch nachher daran festgehalten (11. Mai 1912: RJA. 12, 159; BayObLG. 13, 565). In der Literatur mehren sich die Stimmen, die diesen Standpunkt teilen (Kretzschmar: BankArch. 21, 324; Goldmann-Lilienthal, BGB. II S. 603 Note 49; Sternberg: JheringJ. 62, 382); und RGR. Triebel hat in der 4. Aufl. von Güthes GBO. Bd. II S. 1837/38 seinen bisherigen, mit der Judikatur des RG. übereinstimmenden Standpunkt aufgegeben. Das RG. ist auf die gegen seine Meinung vorgebrachten Gründe nicht eingegangen; es ist aber notwendig, daß es erneut in eine Prüfung der Frage eintritt. Es wäre zu wünschen, daß es die gegen seine Ansicht erhobenen Bedenken für durchschlagend hält.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Zu 15. Der Tatbestand ergibt kurz zusammengefaßt folgendes Bild: Die Gemeinde L. stellt auf Privatdienstvertrag einen Waldaufseher an, der vom Bezirksamt eidlich als Flurwächter und Forstschutzbediensteter nach der Dienstanweisung für die Forstschutzbediensteten des Regierungsbezirks verpflichtet wird. Gelegentlich eines Dienstganges trifft der Waldaufseher in der Nähe der Gemarkung L. auf der Gemarkung F. im März in der neunten Stunde (also bei Dunkelheit) drei Männer aus der ihm feindlich gesinnten Bevölkerung F.s,

gehabt, Forstfrevler zu stellen, die in den F.er Waldungen Holz hätten stehlen wollen. Das Recht würde ihm nur zugestanden haben, wenn er sich auf der Nacheile befunden hätte. Wenn W. nicht in Nacheile das F.er Gebiet betreten und dort die Holzfrevler angehalten, so hätte er als Privatmann gehandelt in Ausübung des jedem zustehenden Rechtes, einen auf frischer Tat betroffenen Täter festzustellen. Die Auffassung des BG., daß der Beamte, der unter Überschreitung seiner örtlichen Zuständigkeit handelt — namentlich unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorl. Falles — nicht als Beamter handelt und daher die Vorschriften des § 839 BGB., Art. 131 RVerf. keine Anwendung finden können, steht mit der Rspr. des RG. in Widerspruch (vgl. RG. 71, 63; 93, 261; 99, 288; 104, 263, 348). W. hat nach den vom BG. getroffenen tatsächlichen Feststellungen bei dem Vorfall als Beamter gehandelt. Der Zusammenstoß hat sich dicht an der Grenze zwischen dem L.er und dem F.er Gebiet zugetragen. W., der auf einem Dienstgange war, ist den Waldfrevlern als Vertreter der staatlichen Autorität, nicht als Privatmann gegenüber getreten. Seine Aufforderung „Hände hoch" entsprang dem Bewußtsein, daß er als Polizeibeamter zu einem solchen Befehl das Recht hätte. Ebenso ist er offensichtlich beim Gebrauch der Waffe der Überzeugung gewesen, daß er hierzu auf Grund der forstpolizeilichen Vorschriften berechtigt wäre (VO. über Waffengebrauch und Festnahmerecht des Forst- und Jagdpersonals v. 20. Sept. 1920 [GVBl. für den Freistaat Bayern S. 431]). Unter diesen Umständen kann die Handlungsweise des W. nur aus dem rechtlichen Gesichtspunkte bewertet werden, daß er als Beamter in Ausübung der ihm obliegenden amtlichen Pflichten gehandelt habe. Bei dieser Rechtslage scheidet eine Haftung der Gemeinde aus § 831 BGB., wie sie das BG. als gegeben annehmen möchte, aus. Die Frage, ob ein Beamter bei Ausübung hoheitsrechtlicher Funktionen seine Amtspflicht schuldhaft verletzt und ob daher nach Art. 131 RVerf. die öffentliche Körperschaft, hier die Gemeinde, für ihn haftet, ist durch § 839 BGB. ausschließlich geregelt; § 831 BGB. kann daneben keine Anwendung finden. Das BG. verkennt den Begriff der Fahrlässigkeit und überspannt die Anforderungen, die an die bekl. Gemeinde hinsichtlich der von ihr bei der Beaufsichtigung des Waldhüters notwendigen Sorgfalt zu stellen sind. Wann die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einer Gemeinde die Entfernung eines ihrer Polizeiorgane vom Amte zur Pflicht macht, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. An ein größeres städtisches Gemeindewesen werden schärfere Anforderungen zu stellen sein, als an eine kleine Landgemeinde. Unter Zugrundelegung der vom BG. als erwiesen angenommenen Tatsachen ist festzustellen, daß es bei der Gefährlichkeit des Berufs eines Waldwächters in der fraglichen Gegend für die Gemeinde überhaupt schwer war, einen Waldhüter zu finden, daß sie den W. erst angestellt hatte, nachdem sie die zuständigen Aufsichtsorgane über seine Eignung befragt und ihn als brauchbaren, energischen, vernünftigen und zuverlässigen Mann erkannt hatte, daß schließlich im Falle der Amtsenthebung der Gemeindewald schutzlos den als rücksichtslosen Holzdieben bekannten Einwohnern von F. offen gestanden hätte. Wenn nun ein einzelner, damals noch nicht geklärter Vorfall sich ereignete, in dem W. leichtsinnig von seiner Waffe Gebrauch gemacht hatte, ohne daß indessen ein Schaden entstanden war, so konnte dieses Ereignis allein nicht dazu führen, daß die Gemeinde gleich zu dem radikalen Mittel der Amtsenthebung griff und damit ihr Eigentum seines Schutzes beraubte. Es kann demnach der Gemeinde kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie den W. weiter seinen Dienst versehen ließ. Eine Fahrlässigkeit liegt hierin nicht.

Bei dieser rechtlichen Beurteilung bedarf es nicht der Erörterung, ob das BG. die Vorschrift des § 823 BGB. überhaupt mit Recht angewendet hat oder ob nicht vielmehr,

---

von denen einer eine Axt trägt. Der Waldaufseher ruft diesem zu: „Hände hoch!" Der Betreffende behält seine Axt fest in beiden Händen nach unten gerichtet, ohne dem Gebot nachzukommen. Der Waldaufseher, der nur 2 Meter entfernt steht, nimmt an, daß der Mann mit der Axt auf ihn losgehen will, und gibt einen Schrotschuß auf ihn ab. Der Schuß verletzt den Mann am Knie so schwer, daß der rechte Unterschenkel abgenommen werden muß. Der Verletzte klagt auf Schadensersatz (Arztkosten, Schmerzensgeld und lebenslängliche Rente) gegen den Waldaufseher und gegen die Gemeinde. Nur die gegen die Gemeinde gerichtete Klage kommt für die Entsch. in Betracht. Das LG. nimmt nicht Notwehr, sondern höchstens vermeintliche Notwehr an. Der Irrtum des Waldaufsehers, er handle in Notwehr, sei aber nicht entschuldbar. Das LG. erklärt daher den Klageanspruch zu zwei Drittel dem Grunde nach für gerechtfertigt und weist zu einem Drittel die Klage ab wegen konkurrierenden Verschuldens. Dies Urteil wird begründet mit der Haftung der Gemeinde L. aus § 831 BGB., weil die Gemeinde bei der Auswahl und Überwachung des Waldaufsehers nicht die nötige Sorgfalt beobachtet habe, und aus § 823 BGB., weil die Gemeinde fahrlässig die Gesundheit des Kl. widerrechtlich verletzt habe, indem sie einen Waldaufseher angestellt oder im Amt gelassen habe, der acht Tage vorher auf der Straße von L. nach F. einen Zusammenstoß mit einem F.er Einwohner gehabt habe, gelegentlich dessen der Waldaufseher aus einer Entfernung von etwa 100 Metern aus einem Revolver Schreckschüsse auf die sich ansammelnden Personen abgegeben habe, dessen Unzuverlässigkeit mithin erwiesen sei. Das Urteil geht bei der Begründung aus § 831 sowohl wie aus § 823 von der Erwägung aus, daß der Waldaufseher, da er beim Zusammentreffen mit den drei Männern sich auf F.er Gebiet befunden habe, außerhalb seiner amtlichen Verrichtungen, mithin als Privatperson gehandelt habe. Die von der Gemeinde eingelegte Berufung ist zurückgewiesen.

Die Entsch. des RG. ist aus mehrfachen Gründen von Interesse. Zunächst wird auch hier die bisherige Auffassung des RG. bestätigt, daß der Beamtenbegriff des Art. 131 RVerf. nicht abhängig ist von der Anstellung durch öffentlich-rechtlichen Staatsakt, sondern daß ausschlaggebend ist die Übertragung der Ausübung öffentlicher Gewalt, auch wenn das Anstellungsverhältnis in einem Privatdienstvertrag besteht. Ferner aber ist es von Bedeutung, wenn auch hier das RG. die amtlichen Funktionen des Waldaufsehers als solche gelten läßt, wiewohl derselbe außerhalb des Bereichs seiner örtlichen Zuständigkeit gehandelt hat. Man wird dem vollauf zuzustimmen haben. Es wäre ein nicht verständlicher Formalismus, wenn der Waldaufseher in der Gemarkung der Gemeinde L. als örtlich zuständiger Beamter den drei Männern in Ausübung öffentlicher Gewalt, wenige Meter vielleicht davon ab in der Nachbargemarkung aber als Privatmann gegenübergetreten wäre. Anders ausgedrückt: In der Gemarkung L. würden seine Handlungen in die Organschaftssphäre, in der Gemarkung F. würden sie in die Individualsphäre fallen. Zweifellos ist dies der Sinn der Vorschriften über Waffengebrauch und Festnahmerecht der Forstbeamten, daß sie in den gefahrvollen Lagen, in die sie bei Ausübung ihres Dienstes geraten, einen erhöhten Schutz genießen. Niemand wird auch annehmen, daß ein Waldaufseher auf einem Dienstgange, auf dem er eine fremde Gemarkung zu durchqueren hat, sich außerhalb des Dienstes befinde, etwa, wie wenn er als Privatperson spazierenginge. Hierauf deutet allein seine Dienstausrüstung hin, die außerhalb des Rahmens irgendwelcher rein privater Betätigung liegt. Ebenso würde man, will man diesen Gedanken weiter fortsetzen, es für einen übertriebenen Formalismus halten, wenn unmittelbar an der Grenze der Gemarkung der Waldaufseher jegliche strafbare Handlung untätig dulden würde unter Berufung auf § 127 Abs. 1 StPO., wonach er nur befugt, nicht aber verpflichtet wäre, den auf frischer Tat Betroffenen festzunehmen oder seine Persönlichkeit festzustellen. Wollte man in diesem Falle das organschaftliche Handeln eng mit der örtlichen Zuständigkeit abgrenzen, so ließe sich ein Rechtsgrund für die Ausübung öffentlicher Hoheitsrechte aber auch sehr wohl aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag herleiten, der auch für das Verwaltungsrecht Anerkennung gefunden hat (vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, S. 50 u. 233). Umgekehrt müssen also auch die zum Schutze des Beamten als solchen gegebenen Bestimmungen gelten. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in den Vorschriften des § 117 RStGB. und ihrer Auslegung (RG. 23, 337 = JW. 1924, 584).

Nach alledem scheidet das RG. mit Recht eine Haftung nach §§ 823, 831 BGB. für die Gemeinde aus. Man wird ihm auch ohne weiteres darin zuzustimmen haben, daß an ein größeres städtisches Gemeinwesen schärfere Anforderungen zu stellen sind, als an eine kleine Landgemeinde, wenn es sich um die Frage der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einer Gemeinde handelt, die ein Organ des polizeilichen Sicherheitsdienstes anzustellen hat. Indessen läßt sich in diesem Zusammenhange der vorliegenden Entsch. (vorletzter und letzter Absatz) eine eigenartige Verquickung von zwei verschiedenen Verschuldensmomenten nicht verkennen. Das RG. stellt fest, daß § 823 BGB. nicht zur Anwendung gelange, sondern „auch wenn man im übrigen den Gedankengängen des BG. folgen wollte, in jedem Falle nur eine Haftung der Gemeinde auf Grund des Art. 131 RVerf. in Frage kommen konnte". Es fährt fort: „da eine Fahrlässigkeit der Gemeinde nicht vorliegt, scheidet jegliche Haftung aus". Diese Schlußfolgerung erscheint nicht als zutreffend. Für die Haftung aus § 823 hatte der Kl. ein Verschulden der Gemeinde geltend gemacht. Für die Haftung aus Art. 131 RVerf. (i. Verb. m. § 839 BGB.) kommt nicht ein Verschulden der Gemeinde, sondern ein Verschulden des Beamten in Frage.

Geh. RegR. Prof. Dr. Helfritz, Breslau.

auch wenn man im übrigen den Gedankengängen des BG. folgen wollte, in jedem Falle nur eine Haftung der Gemeinde auf Grund des Art. 131 RVerf. in Frage kommen konnte. Da eine Fahrlässigkeit der Gemeinde nicht vorliegt, scheidet jegliche Haftung aus.

(U. v. 23. März 1928; 326/27 III. — Jena.) [Sch.]

**16. Bek. d. Bundesrats v. 15. März 1918. Ein Vertrag, nach dem der Waldeigentümer sich verpflichtet, Holz zu schlagen und dann der Käuferin zu übereignen, fällt nicht unter die Bek. des Bundesrats v. 15. März 1918.†)

Nach den Bestätigungsschreiben v. 4. April und 3. Mai 1918 kaufte die Ostdeutsche Handelsgesellschaft in St. von der Bekl. das sämtliche aus dem Waldgrundstück Carlswalde anfallende Papierholz mit einer Mindestzopfstärke von 8 cm, abzunehmen im Walde durch einen Beauftragten der Käuferin, ohne bestimmte Lieferfrist, sukzessive zu liefern. Im Oktober 1919 trat die Käuferin ihre Rechte aus dem Vertrage an die Kl. ab. Im Dezember 1919 nahm der Förster Ch. als Beauftragter der Käuferin eine aufgearbeitete Menge von 1160 rm Holz im Walde ab und bezeichnete das Holz durch Hammerschlag. Geliefert sind hiervon nur etwa 320 rm. Die Lieferung des Restes von etwa 840 rm verlangte die Kl. mit der Klage. Mit Recht hat das BG. ausgeführt, daß der Kaufvertrag, auf den die Klage gestützt ist, nicht der Genehmigung des Landrats bedurfte, die an sich für jede Vereinbarung über den Genuß von Erzeugnissen eines über fünf Hektar großen Grundstücks nach der Bek. v. 15. März 1918 (§ 1 sowie § 1 der preuß. AusfBest. v. 16. März 1918, JMBl. 69) erforderlich ist. Allerdings soll dadurch, wie der Rev. zuzugeben ist, jeder Genuß von Erzeugnissen eines Grundstücks getroffen werden, und auch die Veräußerung oder der Verkauf eines Waldbestandes zur Abholzung fällt darunter, wie in der Entscheidung des Senats (RG. 109, 190) näher ausgeführt ist. Damals handelte es sich aber in der Hauptsache um einen Vertrag, nach dem der Käufer selbst das Holz schlagen, dessen Eigentum also unmittelbar mit der Trennung vom Grundstück erwerben sollte; und die Frage, ob der Genehmigungszwang sich auch auf den Verkauf bereits geschlagenen Holzes erstrecken solle, ist ausdrücklich offen gelassen worden, während die Folgerung, daß etwa Fruchtverkauf im regelmäßigen Wirtschaftsbetriebe der Genehmigung bedürfe, abgelehnt worden ist. Nach dem jetzt maßgebenden Vertrage sollte das Holz, wenn es auch zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht geschlagen war, von der Eigentümerin und Verkäuferin (der Bekl.) selbst vom Boden getrennt und dann erst der Käuferin zu Eigentum übertragen werden. Gegenstand dieses Vertrages ist nicht mehr der Genuß der Bodenerzeugnisse — des Holzes —, sondern das vom Waldeigentümer zulässigerweise geschlagene Holz selbst. Es kann nicht angenommen werden, daß die Bundesratsbekanntmachung den Eigentümer in seinen wirtschaftlichen Entschließungen einengen wollte, wo er selbst die Verfügung über die Trennung der Erzeugnisse behielt. Darauf hindeuten könnten allerdings die Worte „Wald wird niedergeschlagen oder zur Abholzung veräußert", die sich sowohl in der amtlichen Begründung als auch in der preuß. Ausfverfg. v. 27. März 1918 zu § 3 der Bekanntmachung finden (vgl. Schlegelberger, Kriegsbuch, S. 130 und 134). Indessen kann damit auch das Schlagen des Waldes durch den Käufer und Erwerber des Grund und Bodens gemeint sein. Jedenfalls gibt die Fassung der Bekanntmachung keinen Anhalt für eine so weitgehende Auslegung, bei der es kaum noch möglich wäre, die für den regelmäßigen Fruchtverkauf erforderliche Grenze zu ziehen. Der Kaufvertrag bedurfte hiernach nicht der Genehmigung des Landrats.

(U. v. 11. Febr. 1928; 196/27 I. — Königsberg.) [Ka.]

Zu 16. Die Entsch. ist namentlich insofern beachtenswert, als sie in der Begründung in einem gewissen Gegensatz zu der Entsch. desselben Sen. v. 15. Nov. 1924 (RG. 109, 190 ff.) steht. In der damaligen Entsch., wo geschlagenes Holz und Holz auf dem Stamme verkauft worden war, hatte das RG. der Äußerung in den Materialien und in der preuß. Ausführungsverf. „Wald wird niedergeschlagen oder zur Abholzung veräußert" maßgebende Bedeutung für die Auslegung zugeschrieben, während diese in vorstehendem Urt. wohl mit Recht abgelehnt wird. Denn diese Äußerung wollte nur den Fall des § 3 Ziff. 3 der Bek.: des unwirtschaftlichen Zerschlagens erläutern, aber nicht einen neuen selbständigen Fall der Genehmigungspflicht schaffen. Von einer Zerschlagung des Grundstücks in weitestem Sinne kann aber jedenfalls dann nicht die Rede sein, wenn bereits gewonnene Erzeugnisse veräußert werden, mag diese Veräußerung selbst auch unwirtschaftlich sein, was vielleicht bei Inventarstücken, aber jedenfalls nicht in vorl. Falle in Frage kommt. Insofern liegt der vorl. Fall anders als der frühere, wo sich das RG. darauf stützen konnte, daß auch Holz auf dem Stamme verkauft war und dieser Verkauf mit dem des bereits geschlagenen Holzes eine Einheit bildete. Juristisch wird man also im Ergebnis der vorl. Entsch. ebenso wie der früheren nur zustimmen können. Aber es ist zu beachten, daß wirtschaftlich die Bek. v. 15. März 1918 damit durchlöchert ist. Die Genehmigungspflicht kann einfach dadurch umgangen werden, daß der Veräußerer das Holz zwar durch den Erwerber schlagen läßt, sich aber das Eigentum an dem geschlagenen Holze vorbehält, um es dann nach dem Schlagen besonders entsprechend der schon früher im Vertrage übernommenen Verpflichtung auf den Erwerber zu übertragen. Es hängt das damit zusammen, daß die Bek. v. 15. März 1918 nur die Veräußerungsgeschäfte in weitestem Sinne treffen will, aber in die Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht eingreift. Hier kann in weit vollkommenerer Weise durch eine Forstkulturgesetzgebung vorgebeugt werden (vgl. über den derzeitigen Stand derselben Molitor, Landwirtschaftsrecht, 2. Aufl. S. 183 f.). Es ist daher nur zu begrüßen, daß das RG. die viel unzweckmäßigere Kriegs- und Nachkriegswirtschaftsgesetzgebung da abbauen hilft, wo rechtliche Erwägungen das zulassen.

Prof. Dr. E. Molitor, Leipzig.

β. Landesrecht.

**17. § 75 Abs. 2 PrLGemO. Landgemeinden mit weniger als 3000 Einwohnern können besoldete Gemeindevorsteher nicht anstellen und sind an die trotzdem erfolgte Anstellung auch dann nicht gebunden, wenn der Kreisausschuß die Anstellung genehmigt, der Landrat sie bestätigt und der Gemeindevorstand eine Anstellungsurkunde erteilt hat.†)

Nach der LGemO. v. 3. Juli 1891 sind die Gemeindevorsteher unbesoldete Ehrenbeamte. § 86 Abs. 1 LGemO. billigt ihnen nur den Ersatz ihrer baren Auslagen und die Gewährung einer mit ihrer amtlichen Mühewaltung in billigem Verhältnisse stehenden Entschädigung zu. Diese Entschädigung ist keine Besoldung. Der ehrenamtliche Charakter des Gemeindevorsteheramtes erleidet eine Einschränkung durch § 75 Abs. 2 LGemO., der bestimmt: „In Gemeinden mit mehr als 3000 Einwohnern kann die Gemeindevertretung die Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers beschließen. Die Wahl desselben erfolgt auf die Dauer von 12 Jahren und ist beschränkt auf die Gemeindeglieder." Die Vorschrift gilt nicht für Gemeinden mit weniger als 3000 Einwohnern. Ihnen gestattet sie nicht, einen besoldeten Gemeindevorsteher anzustellen, so daß es für diese Gemeinden bei der Regel der ehrenamtlichen Verwaltung der Stelle des Gemeindevorstehers verbleibt. Beschließt sie trotzdem die Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers, so verstößt sie gegen das Gesetz.

Zu 17. Der Kl. ist zunächst am 16. Juni 1920 zum Gemeindevorsteher gegen eine Dienstentschädigung von 6000 ℳ gewählt worden. Die Papiermark stand damals auf 10,64%, der Index auf 1280%. Es steht nicht fest, ob er nach § 75 I LGemO. aus der Zahl der Gemeindeglieder gewählt worden ist; die Dienstentschädigung ist nicht nach § 87 LGemO. vom Kreisausschuß, sondern durch Gemeindebeschluß festgesetzt worden. Nach der Anstellung hat die Gemeinde beschlossen, dem Kl. statt der Dienstentschädigung Gehalt (Gruppe IX, später Gruppe X) zu geben und ihm eine Anstellungsurkunde ausgehändigt. Auf Grund des § 9 des Ges. v. 9. April 1923/12. Febr. 1924 wurde der Kl. erneut zur Wahl gestellt und nicht wiedergewählt. Der Streit bezieht sich auf Fortzahlung des Gehalts nach dem Ausscheiden aus dem Amte bis zum Ablauf der zwölfjährigen Wahlzeit.

Unzweifelhaft ist nach der Begründung der RGEntsch., daß die Wahl des Klägers zum besoldeten Gemeindevorsteher gesetzwidrig ist, und es entspricht auch der Rspr. des OVG., daß diese Gesetzwidrigkeit nicht durch die Genehmigung durch den Kreisausschuß geheilt ist und trotz derselben vom Gericht geprüft werden kann. Wenn gefragt wird, ob die Gesetzwidrigkeit als gesetzliches Verbot oder als Unmöglichkeit aufzufassen sei, so möchte ich mich für die Unmöglichkeit entscheiden; denn etwas Unrechtes oder Anstößiges hat die Bewilligung einer Besoldung jedenfalls nicht. Das

setz. Einem solchen Beschluß ist die rechtliche Wirksamkeit zu versagen. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht nicht gegen, sondern, wie das VG. zutreffend dargelegt hat, für diese Auffassung. Der dem § 75 des Gesetzes entsprechende § 73 des Entw. der LGemO. (StenBer. des AbgeordHauses 1890/91, Anl. 1, Aktenstück Nr. 7) enthielt den jetzigen Abs. 2 noch nicht. Er ist eingefügt durch die Annahme eines bei der dritten Beratung des Gesetzes vom Abg. Richter gestellten Antrages (Anl. a. a. O. Bd. 3 S. 2019, Aktenstück Nr. 291). Der Antragsteller hat in der Sitzung v. 21. April 1891 (StenBer. S. 1894) bei Begründung seines Antrages betont, er schlage vor, die Wahl besoldeter Gemeindevorsteher nur zu gestatten, wenn die Gemeinde mindestens 3000 Einwohner zähle, war also der oben aus dem Gesetzeswortlaut gewonnenen Ansicht, daß für Gemeinden mit geringerer Einwohnerzahl die Wahl eines besoldeten Gemeindevorstehers unstatthaft sei. Der Gesetz gewordene Antrag Richter blieb zurück hinter einem zunächst von der Kommission des Abgeordnetenhauses angenommenen, in der zweiten Lesung des Gesetzes wieder gestrichenen Antrage, der dahin ging, in einem Abs. 2 zu § 73 des Entw. der Gemeindevertretung ohne Einschränkung zu gestatten, die Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers zu beschließen. Bei Erörterung dieses Antrages in der zweiten Beratung hat der Abg. v. Heydebrand und der Lasa (StenBer. S. 1771) allerdings ausgeführt, daß auch bei Ablehnung des beantragten Abs. 2 zulässig bleibe eine mit Genehmigung des Kreisausschusses getroffene Einigung zwischen der Gemeindevertretung und dem Gemeindevorstand, durch die der Entschädigung der Charakter einer Besoldung, evtl. mit Pensionsberechtigung, gegeben werde. Irgendeine Begründung, etwa durch Bezugnahme auf bestimmte Vorschriften des Gesetzentwurfs, hat der Abgeordnete für seine Ansicht indessen nicht gegeben. Andere Abgeordnete haben denn auch die Möglichkeit, die allein zulässige Gewährung einer Entschädigung an den Gemeindevorsteher zu einer Besoldung auszugestalten, bezweifelt (Abg. Barth, Berichterstatter, StenBer. S. 1772, in der dritten Lesung Abg. Richter, S. 1894 das.). So kann dieser gelegentlichen Äußerung eines Abgeordneten, die noch dazu gefallen ist, ehe der später Gesetz gewordene Antrag Richter gestellt worden war, für die Deutung des Gesetzes kein Gewicht beigemessen werden. Insbes. bietet sie keine genügende Grundlage für die Auffassung, die Vorschrift des § 75 Abs. 2 LGemO. bedeute nur, daß die Gemeinden mit mehr als 3000 Einwohnern zur Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers ohne Genehmigung des Kreisausschusses schreiten könnten, während die kleineren Gemeinden dieser Genehmigung bedürften. Die Auslegung des § 75 Abs. 2 LGemO. dahin, daß er lediglich die größeren Gemeinden von einer sonst erforderlichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde befreie, kann auch nicht auf § 114 Abs. 2 LGemO. gestützt werden. Wenn diese Vorschrift zur neuen Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung die Genehmigung des Kreisausschusses erfordert, so sagt sie doch nicht, daß jede Belastung der Gemeinde (diese selbst ist mit dem Ausdruck „Gemeindeangehörige" gemeint) dadurch zulässig wird, daß der Kreisausschuß zustimmt. Es muß sich stets um eine Maßnahme handeln, die gesetzlich überhaupt statthaft ist. Und das ist nach dem oben Gesagten die Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers für eine Gemeinde mit nicht mehr als 3000 Einwohnern eben nicht. Deshalb kann sie auch durch den Kreisausschuß nicht gedeckt werden. Die allgemeine Norm des § 114 Abs. 2 LGemO. berührt die besondere Regelung der Stellung der Gemeindevorsteher, die das Gesetz getroffen hat, überhaupt nicht. Dem OLG. ist auch darin beizustimmen, daß die spätere Rechtsentwicklung die dargelegte Tragweite des § 75 Abs. 2 LGemO. nicht geschmälert hat. Durch Ges. v. 20. Mai 1902 (GS. 143) ist in den § 75 folgender Abs. 3 eingeschaltet worden: „In größeren Gemeinden kann, sofern der Umfang oder die Eigenart der Gemeindeverwaltungsgeschäfte es erfordert, mit Zustimmung des Ministers des Innern durch Ortsstatut vorgeschrieben werden, daß die Anstellung eines oder mehrerer Schöffen, jedoch höchstens eines Drittels ihrer Gesamtzahl, gegen Besoldung geschehen soll. Die Wahl dieser Schöffen erfolgt auf die Dauer von 12 Jahren und ist nicht auf Gemeindeglieder beschränkt." Er bezieht sich nur auf die Wahl besoldeter Schöffen, nicht auf die von besoldeten Gemeindevorstehern, für die deshalb die ursprüngliche Gesetzesvorschrift in Geltung geblieben ist. Allerdings sieht er davon ab, die Anstellung von Schöffen gegen Besoldung nur solchen Gemeinden zu gestatten, die eine bestimmte Einwohnerzahl erreicht haben. Die von ihm aufgestellten formellen und sachlichen Erfordernisse werden aber bei den Gemeinden von nicht mehr als 3000 Einwohnern niemals zutreffen. Es wird deshalb nicht vorkommen, daß eine Gemeinde zwar einen besoldeten Schöffen anstellen darf, während ihr die Wahl eines besoldeten Gemeindevorstehers versagt bleibt. Der neue Abs. 3 durfte deshalb, ohne in Widerspruch zu dem alten Abs. 2 zu treten, von einer zahlenmäßigen Begrenzung absehen. Trifft

RG. läßt dahingestellt, ob aus der Gesetzwidrigkeit des Anstellungsbeschlusses seine uneingeschränkte Nichtigkeit folge mit der Wirkung, daß er überhaupt keine rechtliche Wirkung zu zeitigen vermöge. In dieser Beziehung ist folgendes zu sagen:

Die Gültigkeit der Amtshandlungen des Kl. und der etwa von ihm angestellten Gemeindebeamten kann im vorl. Falle deshalb nicht in Frage gestellt werden, weil er schon vorher durch die Wahl v. 16. Juni 1920 wirksam zum Gemeindevorsteher bestellt war. Das Amt hat er nicht etwa dadurch verloren, daß ihm später in unwirksamer Weise eine Besoldung bewilligt wurde. Aber selbst wenn schon die erste Wahl gesetzwidrig gewesen wäre, so wäre die Gültigkeit der Amtshandlungen nicht anzuzweifeln. Der Kl. war nicht Amtsanmaßer, sondern Amtsbesitzer. Die Handlungen eines Amtsbesitzers, dessen Berufung einen äußerlich nicht erkennbaren Mangel hat, sind gültig, aber die des Amtsanmaßers können es auch sein. Die Rspr. und das Schrifttum sind sich einig darüber, daß sie keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Anstellungsfehler (Zuchthausstrafe, gefälschte Zeugnisse, Geisteskrankheit, jugendliches Alter, Widerspruch zu den Beschlüssen der Gemeindevertretung) machen, im übrigen gehen sie weit auseinander. Am weitesten geht nach der einen Seite Ortel: „Eine Anfechtung der Anstellungsurkunde, eine Nichtigkeitserklärung des Beamtendienstverhältnisses ist dem Beamtenrecht fremd"; nach der anderen Seite Kormann und andere, wonach die Anstellung nichtig, der Angestellte nie Beamter geworden sei. Richtig wohl die Auffassung von Meyer-Anschütz, wonach der Beamte außer Besitz zu setzen ist (aber bis dahin Beamter bleibt). Weitere Nachweise in meinem Preuß. Kommunalbeamtenrecht S. 14, 15 und in Gesetz und Recht 1918, 147. Nachzutragen sind einige neuere Entscheidungen und Aussprüche, wonach die Amtserschleichung kein Dienstvergehen ist, das im Disziplinarwege zu bestrafen sei, sondern nur die Anstellung wegen arglistiger Täuschung angefochten, die Gehaltszahlung eingestellt und dem Amtserschleicher die Klage im ordentlichen Rechtswege anheimgestellt werden kann (VerwDiszH. v. 28. Juni 1926 [DJZ. 1926, 1784; Die Polizei 1927, 385; Beamtenbund Nr. 14; Der Bürgermeister 1928, 44]; RDiszH. v. 29. Nov. 1926 [DJZ. 1927, 467]; Kollath: JW. 1927, 2184).

Im vorl. Falle kam eine Entfernung aus dem Amte wegen Gesetzwidrigkeit nicht in Frage, da der Kl. jedenfalls zu Recht als Gemeindevorsteher angestellt worden war. Es handelte sich nur um Anwendung des § 9 des Ges. v. 9. April 1923/12. Febr. 1924: „Gleichzeitig mit der Wahlzeit der jetzigen Gemeindevertretungen endigt die Wahlzeit der im Amte befindlichen ... unbesoldeten Gemeinde- ... Vorsteher ..." Wenn der Kl. unbesoldeter Gemeindevorsteher war, so endete sein Amt auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung; wenn er besoldeter Gemeindevorsteher war, so war die Neuwahl gegenstandslos, weil das Amt nicht erledigt war. Er hatte dann wenigstens Fortzahlung seines Gehalts zu verlangen, und dieser Anspruch konnte dem ordentlichen Gericht unterbreitet werden.

Wegen der Gehaltsansprüche sagt das RG., sie seien nicht zur Entstehung gelangt. Das mußte in dieser Weise ausgesprochen werden, denn der Kl. hatte entweder einen Gehaltsanspruch auf zwölf Jahre oder gar keinen Gehaltsanspruch. Die letzte Folgewirkung dieses Anspruchs wäre dann aber, daß er auch das Gehalt, welches er für die Dauer seiner Tätigkeit bezogen hat, zurückbezahlen müßte. Diese Folge ist aber nicht zu ziehen. Der Anspruch der Gemeinde oder des Staates auf Rückzahlung zuviel erhobenen Gehalts ist von der Rspr. einmütig als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgefaßt worden, der dem BGB. untersteht, auch dem § 818 III (Wegfall der Bereicherung): RG. 83, 159 = JW. 1910, 108[7]; 83, 161 = JW. 1914, 190[7]; RG.: JW. 1911, 323[5]; vgl. RG. 62, 248 (59); OLG. Königsberg: JW. 1919, 517[10]; dazu Bovensiepen: Die Polizei 1921, 268; Bucerius: PrVerwBl. 39, 251 (links); Josef: Die Polizei 1921, 275; DJZ. 1924, 474. Anders einige ältere Gesetze, auf die es hier nicht ankommt, und neuere Gesetze, die der Rspr. des RG. entgegentreten wollen. Das RBesoldG. v. 30. April 1920/26. Okt. 1922 erhielt durch Art. 9 Nr. 5 PersAbbVO. v. 27. Okt. 1923 (RGBl. I, 999) folgenden Absatz (4) zu § 34: „In allen übrigen Fällen sind zuviel erhobene Dienstbezüge, Wartegelder, Ruhegehälter und Hinterbliebenenbezüge

Abs. 3 a. a. O. die Wahl eines besoldeten Gemeindevorstehers überhaupt nicht, so bedarf es auch keiner Erörterung, ob ihm bei der Anstellung des Kl. durch die Bekl. genügt worden ist. Den § 18 KommBeamtG. v. 30. Juli 1899 (GS. 141) hat die Vorinstanz zutreffend dahin ausgelegt, daß er die ortsstatutarische Regelung der Besoldungsverhältnisse nur für solche Beamten der Landgemeinden vorsieht, die überhaupt eine Besoldung beziehen dürfen. Eine Änderung des § 75 Abs. 2 LGemO. ist endlich auch nicht dem Gesetz, betr. vorläufige Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechts, v. 18. Juli 1919 (GS. 118) und der zu ihm vom Minister des Innern erlassenen AusfAnw. v. 9. Aug. 1919 (InnMinBl. 360) zu entnehmen. Das Gesetz selbst bestimmte nur, daß die Wahlzeit der unbesoldeten Gemeindevorsteher mit dem 31. Aug. 1919 endigt (§ 2) und daß bis zu diesem Tage die Neuwahlen vorzunehmen seien (§ 4 Abs. 1 Satz 1). Erst die AusfAnw. erläuterte den § 2 des Ges. folgendermaßen: „Auf besoldete Gemeindevorstandsmitglieder erstreckt sich die Neuwahl nicht. Hauptberuflich angestellte Gemeindevorsteher, die eine einem vollen Gehalt gleichkommende Dienstaufwandsentschädigung beziehen, sind i. S. dieses Gesetzes als besoldete Gemeindevorsteher auch dann anzusehen, wenn die Gemeinde nicht mehr als 3000 Seelen zählt." Diese Anordnung des Ministers beschränkt sich nach ihrem klaren Wortlaut auf den Bereich des Ges. v. 18. Juli 1919 („i. S. dieses Ges.") und läßt den § 75 Abs. 2 LGemO. unberührt, mag seine Handhabung auch diese Erläuterung zu dem neuen Gesetz notwendig gemacht haben. Außerdem spricht sie nicht von einer Besoldung der hauptamtlich angestellten Gemeindevorsteher, sondern von ihrer einem vollen Gehalt gleichkommenden Dienstaufwandsentschädigung. Der Minister steht also ersichtlich auf dem Standpunkt, daß das, was die Gemeindevorsteher in Gemeinden von nicht mehr als 3000 Einwohnern für ihre Tätigkeit beziehen, rechtlich niemals Gehalt, sondern immer nur eine Entschädigung ist, auch wenn diese einem Gehalt gleich bemessen worden ist. Er legt also die nur im Zusammenhang zu verstehenden §§ 86 Abs. 1 und 75 Abs. 2 LGemO. so aus, wie das oben geschehen ist. Die gleiche Stellungnahme des Ministers des Innern tritt zutage in seiner AusfAnw. v. 6. Okt. 1920 (InnMinBl. 359) zu dem Gesetz, betr. vorläufige Regelung verschiedener Punkte des Gemeindebeamtenrechts, v. 8. Juli 1920 (GS. 383). Dieses Gesetz verpflichtete die Gemeinden zur Neuregelung der Besoldung ihrer hauptamtlich angestellten Beamten. Über die Begrenzung des Kreises der von dem Gesetze betroffenen Beamten sagte die AusfAnw. (S. 362): „Hauptberuflich angestellte Beamte, die keine Besoldung, wohl aber einem vollen Diensteinkommen entsprechende Dienstaufwandsentschädigung erhalten, fallen nicht unter das Gesetz. Falls die Dienstunkostenentschädigung im Einzelfalle den gegenwärtigen Teuerungsverhältnissen nicht entsprechen sollte, wird es Sache der nach den Gemeindeverfassungsgesetzen zuständigen Behörden sein (vgl. z. B. § 87 östl. LGemO.; § 32 Ziff. 4 ZustG.), hierüber entsprechend zu beschließen." Wie der Hinweis auf § 87 LGemO. zeigt, hatte der Minister bei dieser Stelle seiner AusfAnw. gerade die Entschädigung der Gemeindevorsteher im Auge. Hätte er diejenigen unter ihnen, die eine einem vollen Gehalt gleichkommende Dienstaufwandsentschädigung bezogen, als besoldete Beamte im eigentlichen Sinne auch dann angesehen, wenn ihre Gemeinde keine 3000 Einwohner zählte, so würde er das an dieser Stelle entsprechend der vorerörterten AusfAnw. v. 9. Aug. 1919 sicherlich zum Ausdruck gebracht haben. Die Möglichkeit, daß sich entgegen dem § 75 Abs. 2 LGemO. ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, nach dem auch Gemeinden von nicht mehr als 3000 Einwohnern besoldete Gemeindevorsteher anzustellen befugt sind, hat der VR. mit Recht zurückgewiesen. Der Beschluß der Gemeindevertretung der Bekl. v. 18. Dez. 1920, durch den dem Kl. an Stelle der von ihm bis dahin bezogenen Dienstentschädigung eine bestimmte Besoldung als Gemeindebeamter bewilligt wurde, verstößt nach alledem gegen die LGemO. Es fragt sich deshalb nur noch, ob er trotzdem Gehaltsansprüche des Kl. hat zur Entstehung gelangen lassen. Auch das hat das OLG. zutreffend verneint. Die ehrenamtliche Verwaltung des Gemeindevorsteheramtes ist ein wesentlicher Grundsatz der LGemO. Wie die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses gerade zum § 73 Entw. der LGemO. (§ 75 des Ges.) ergeben, hat man sich nur schwer entschlossen, seine Einschränkung für die größeren Gemeinden zuzulassen. Für die Gemeinden von nicht mehr als 3000 Einwohnern hat man auf seine strenge Durchführung großen Wert gelegt. Eine Abweichung von der Regel des § 86 Abs. 1 LGemO., daß den Gemeindevorstehern nur Ersatz ihrer Auslagen und eine billige Entschädigung gewährt werden darf, verletzt deshalb das Gesetz in einem wesentlichen Punkte, sofern sie nicht durch die Ausnahme des § 75 Abs. 2 gedeckt wird. Der Beschluß einer Gemeinde von nicht mehr als 3000 Einwohnern, einen besoldeten Gemeindevorsteher anzustellen, entbehrt als gegen einen der grundlegenden Sätze der LGemO. verstoßend völlig der rechtlichen Grundlage. Ob daraus seine unein-

zurückzuzahlen." Diese Vorschrift gilt nur für die Reichsbeamten und ist auf die Landes- und Gemeindebeamten nicht anzuwenden, auch nicht mit Hilfe des BesoldSperrG. v. 21. Dez. 1920, denn dieses bezieht sich nur auf die Zulassung von neuen landes- und gemeinderechtlichen Regelungen, übt aber keinen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsverhältnisse der Gemeindebeamten aus. Aber Art. 18 PersAbbVO. schreibt vor, daß die Länder berechtigt und verpflichtet sind, für die Landesbeamten sowie für die Beamten der Gemeinden (Gemeindeverbände) eine den allgemeinen Grundsätzen der Art. 1—9 u. 15 der VO. entsprechende Regelung zu treffen. Eine mit dem § 34 (4) wörtlich übereinstimmende Vorschrift ist nun enthalten in § 24 (4) PrBeamtDienstEinkG. v. 13. Mai 1924 (GS. 487), wiederholt in § 39 (3) PrBesoldG. v. 17. Dez. 1927. Aber diese Vorschriften gelten nur für preußische unmittelbare Staatsbeamte. Eine landesrechtlich für Gemeindebeamte gültige Norm ist nicht erlassen worden. Zwar bestimmt § 43 (1) BesoldG. v. 17. Dez. 1927 in Nachfolge des RSperrG., daß die Gemeinden und Gemeindeverbände verpflichtet sind, ... die Dienstbezüge ... so zu regeln, daß diese Bezüge den Grundsätzen dieses Gesetzes entsprechen. Eine Abänderung des § 818 III BGB. ist darin nicht enthalten. Zu dieser Abänderung war das Land Preußen nach Art. 18 PersAbbVO. zuständig, hat aber keinen Gebrauch davon gemacht, ebensowenig wie Bayern in der GemO. v. 17. Okt. 1927. Die Gemeinden sind nicht zuständig, den § 818 III BGB. zu durchbrechen, können auch nicht durch Landesgesetz für zuständig erklärt werden. In dieser Beziehung weiche ich, soweit es sich um Gemeindebeamte handelt, ab von Boeters, Raasch, Delius, Menzel: PrVerwBl. 48, 39, 119, 143, 448.

Im übrigen nehme ich aber, auch wegen der Reichs- und unmittelbaren Staatsbeamten, an, daß „zuviel erhobene Dienstbezüge" sich immer nur auf Unterschiede bei der Eingruppierung und Einstufung beziehen kann, nicht auf die vollständige Rückzahlung eines zu Unrecht gezahlten Gehalts. Über diese Frage haben § 34 RBesoldG. und § 39 PrBesoldG. gar keine Bestimmung getroffen und treffen wollen. Bemerkt sei ferner, daß § 39 RBesoldG. v. 16. Dez. 1927 den besprochenen Absatz nicht mehr enthält. Für Reichsbeamte bewendet es also wieder bei §§ 812—822 BGB. Ob die Länder noch jetzt, nachdem der Personalabbau beendet ist, auf Grund der PersAbbVO. eine entsprechende Rechtsnorm für die Gemeindebeamten einführen könnten, ist mir sehr zweifelhaft.

Wendet man nun die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung auf die Bezüge des Gemeindevorstehers an, so ist er jedenfalls nicht um den ganzen Betrag seines Gehalts bereichert, denn er hat dafür gearbeitet, einen seiner Stellung entsprechenden Aufwand getrieben und auf andere Einnahmen verzichten müssen. Eventuell steht ihm auch eine Aufrechnung zu. Der ehrenamtliche Gemeindevorsteher hat die Gewährung einer mit seiner amtlichen Mühewaltung in billigem Verhältnis stehenden Entschädigung zu beanspruchen (§ 86 I LGemO.). Über die Festsetzung beschließt der Kreisausschuß auf Antrag der Beteiligten (§ 87 LGemO.). Dieser Beschluß ist noch nicht gefaßt worden. Weder der Gemeindebeschluß noch die verschiedenen Beschlüsse des Kreisausschusses über die Genehmigung der Dienstentschädigung und der Besoldungsordnungen können den eigenen konstitutiven Beschluß des Kreisausschusses ersetzen. Wenigstens hat das OVG. vor dem Kriege in einer Sache Hochemmerich w. Hochemmerich streng auf die Wahrung der Zuständigkeit gehalten. Der Bürgermeister mußte eine ihm vom Bürgermeistereirat (statt des Kreisausschusses) zugebilligte Winterzulage als gesetzwidrig beanstanden und gewann in dem folgenden Streit mit der Wirkung, daß er die Zulage nicht bekam. Die Möglichkeit, daß der Kreisausschuß den Beschluß des Bürgermeistereirats hätte genehmigen können, heilte die Unzuständigkeit nicht. Es steht also im vorl. Falle fest, daß der Gemeindevorsteher für die Dauer seiner aktiven Tätigkeit eine Geldforderung erworben hat, deren Höhe nicht bekannt ist, und nicht vom Gericht, sondern nur vom Kreisausschuß bestimmt werden kann. Solange noch die Möglichkeit vorliegt, daß der Kreisausschuß die Dienstentschädigung in Höhe des bezogenen Gehalts bestimmt, kann das Gericht keinen Anspruch auf Rückforderung zusprechen. Der Kl. hat auch die Arbeit geleistet, die von der Gemeinde und dem Kreisausschuß mit einer Besoldung aus Gruppe IX, später X, bewertet worden ist. Der Umstand, daß er i. J. 1925 nicht wiedergewählt ist,

geschränkte Nichtigkeit folgt in dem Sinne, daß er überhaupt keine rechtliche Wirkung zu zeitigen vermag, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann die Gemeinde den ihrem Beschluß anhaftenden wesentlichen Rechtsmangel jederzeit geltend machen. Sie darf sich unter Widerruf ihres früheren Beschlusses auf den Boden des geltenden Rechtes stellen und die Zahlung der Besoldung verweigern. Eine Verletzung wohlerworbener Rechte liegt darin nicht, da ein gesetzwidriger Beschluß auf Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers solche Rechte überhaupt nicht zu erzeugen vermag. Daß die Vorschrift des § 75 Abs. 2 LGemO. nur etatsrechtliche Bedeutung besitze, den Gemeinden mit nicht mehr als 3000 Einwohnern nur die Einsetzung der Stelle eines besoldeten Gemeindevorstehers in ihren Haushaltplan verbiete, die Anstellung selbst aber nicht berühre, ist eine weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zwecke des Gesetzes zu rechtfertigende Aufstellung. Die rechtliche Statthaftigkeit der Gewährung einer Besoldung an den Gemeindevorsteher der Bekl. zu prüfen, sind die Gerichte befugt (vgl. RG. 83, 431). Die Genehmigung des Gemeindebeschlusses durch den Kreisausschuß hat zwar die Frage, ob die Anstellung eines besoldeten Gemeindevorstehers zweckmäßig sei, abschließend erledigt. Ebenso wäre nunmehr eine Beanstandung des Beschlusses wegen Verstoßes gegen gesetzliche Ordnungsvorschriften, gegen Sollvorschriften, nicht mehr zulässig. Dagegen konnte die Genehmigung die rechtliche Unzulässigkeit der Anstellung des Kl. als besoldeter Gemeindevorsteher der Bekl. nicht aus der Welt schaffen. Die dem Beschluß fehlende gesetzliche Grundlage wurde durch die Genehmigung des Kreisausschusses nicht ersetzt und kann deshalb, selbst wenn letzterer in gewissem Sinne abstrakte Rechtswirkungen zukommen sollten, trotzdem immer noch geltend gemacht werden. Dasselbe gilt von der Bestätigung des Kl. durch den Landrat wie auch von der Aushändigung der Anstellungsurkunde an ihn. Die vom Kl. betonte sog. konstitutive Wirkung dieser Aushändigung besteht nach § 1 KBG. darin, daß erst durch sie die Anstellung erfolgt. Sie macht aber eine gesetzlich unstatthafte Anstellung nicht rechtlich wirksam. Wohlerworbene Rechte haben auch die Genehmigung des Kreisausschusses, die Bestätigung des Landrats und die Übergabe der Anstellungsurkunde dem Kl. nicht verschaffen können. Das OLG. hat dem Kl. demnach mit Recht Gehaltsansprüche versagt. Auch den Versuch, die Klageforderung auf ein privatrechtliches Dienstverhältnis oder auf unerlaubte Handlung zu stützen, hat es ohne Rechtsirrtum zurückgewiesen.

(U. v. 20. April 1928; 363/27 III. — Stettin.) [Sch.]

18. Art. 30 EGBGB.; § 6 Abs. 1 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923; § 256 ZPO. In der Tschechoslowakei ohne die Form des § 313 BGB. abgeschlossene Grundstücksverkäufe sind in Deutschland anzuerkennen. Jeder Vertragschließende kann Feststellung dahin verlangen, daß der Vertragsinhalt der Verwaltungsbehörde vollständig und richtig mitgeteilt worden sei. Wegen der Wirkung eines solchen Urteils auf die Entschließung der Verwaltungsbehörde über die Genehmigung ist das Feststellungsinteresse insoweit gegeben. Ein dahingehender Widerklageantrag ist nicht nur eine Einkleidung des Antrags auf Abweisung der negativen Feststellungsklage, daß dem Bekl. keine Rechte aus dem Kaufvertrag zustehen. †)

Durch einen in Mährisch-Ostrau (Tschechoslowakei) mündlich abgeschlossenen und dort privatbrieflich bestätigten Kaufvertrag verkaufte der Bekl. am 20. Jan. 1925 seine in Berlin gelegenen Grundstücke an den Kl.

Mit der Kl. verlangt der Kl. Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises und Feststellung, daß dem Bekl. aus der Vereinbarung v. 20. Jan. 1925 keinerlei Rechte zustehen. Der Bekl. hinwieder erstrebt mittels Widerklage die Feststellung, daß der dem Magistrat der Stadt Berlin mit Antrag des Bekl. v. 26. Febr. 1926 zum Zwecke der Genehmigung auf Grund des Ges. v. 10. Febr. 1923 mitgeteilte Vertrag richtig und vollständig mitgeteilt ist, insbes. der Vertragsinhalt mit den tatsächlich getroffenen Vereinbarungen übereinstimmt und keine weiteren Nebenabreden getroffen worden sind.

Die Widerklage ist auf die Behauptung gestützt, der Kl. sei nach dem gültigen, schwebend wirksamen Kaufvertrage verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der Kaufvertrag die nach dem PrGrVerkG. erforderliche Genehmigung erhalte. Der Kl. macht demgegenüber geltend, der mündlich abgeschlossene und privatbrieflich bestätigte Kaufvertrag ermangele ebenso wie die dem Bekl. erteilte unwiderrufliche Vollmacht zum Verkaufe des Grundstücks v. 20. Jan. 1925, ausgestellt in Mährisch-Ostrau, der Form des § 313 BGB., sei aber auch deswegen gleich wie die Vollmacht nichtig, weil die nach dem GrVerkG. erforderliche Genehmigung nicht erteilt sei, weil auch damit eine Umgehung steuerlicher Vorschriften bezweckt worden sei.

Die Widerklage wurde in allen Rechtszügen zugesprochen.

Der Rev. kann nicht zugegeben werden, daß die Feststellungswiderklage entgegen seiner Annahme aus dem Gesichtspunkte mangelnden Interesses an der Feststellung gem. § 256 ZPO. schon deshalb unzulässig sei, weil ihr Antrag ein bloßes Leugnen des Antrags der vom Kl. erhobenen negativen Feststellungsklage darstelle. Mit der letzteren will der Kl. verneint wissen, daß dem Bekl. Rechte aus dem Kaufgeschäfte zustehen; sie richtet sich mithin gegen dessen Rechtsbestand nach Maßgabe des bisherigen Sachverhaltes. Im Gegensatz hierzu will der Bekl. den bisherigen Sachverhalt dadurch ergänzen und seine rechtliche Beurteilung dadurch abändern, daß er mittels der von ihm erstrebten Feststellung ein noch nicht gegebenes Erfordernis der Rechtsbeständigkeit durch Richterspruch bestätigen läßt. Darum enthält der Widerklageantrag

---

beweist nichts dagegen, denn wer nichts tun kann, was die Leute verdreußt, ist kein rechter Schultheiß.

Die einzige praktische Folge der Bestellung des Kl. zum vollbesoldeten Gemeindevorsteher ist also die, daß der Kl. sich i. J. 1925 zur Wahl stellen mußte und mit Eintritt seines Nachfolgers aus dem Amte ausschied, ohne Anspruch auf Weiterzahlung, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung.

Die Vorschrift der östl. LGemO. gilt nicht in ganz Preußen. In Schleswig-Holstein kann ein besoldeter Gemeindevorsteher in Gemeinden mit mehr als 2000 Einwohnern und in den Koogsgemeinden des Kreises Tondern bestellt werden (§ 75 II LGemO. v. 4. Juli 1892), in Hessen-Nassau beträgt die Einwohnerzahl 1200 (§ 46 II LGemO. v. 4. Aug. 1897), in Hohenzollern 1000 (§ 55 II GemO. v. 2. Juli 1900), in Westfalen gibt es nur Dienstunkosten (§ 40 LGemO. v. 19. März 1856), die Bürgermeister der Ämter können unabhängig von der Einwohnerzahl mit Besoldung angestellt werden, wenn kein Ehrenbürgermeister zu gewinnen ist (§ 71). In der Rheinprovinz bekommt der Gemeindevorsteher eine Entschädigung von höchstens 10 Pfennigen für den Kopf der Bevölkerung (§ 75 GemO. v. 23. Juli 1845), wegen der Bürgermeister gilt dasselbe wie in Westfalen (§ 103). In Hannover kann eine mäßige Besoldung für alle Gemeindebeamten, auch für die Vorstandsbeamten, ausgesetzt werden (§ 35 III GemO. v. 28. April 1859). Es wäre Zeit, jetzt alle diese Schranken zu beseitigen, zumal da durch die Eingemeindung von Gutsbezirken Mehrarbeiten entstehen werden, welche sich nicht an der Einwohnerzahl messen lassen.

JR. Karl Friedrichs, Ilmenau.

Zu 18. I. Bei Veräußerungsverträgen über inländische Grundstücke genügt die Wahrung der Form des Errichtungsortes. Die RGEntsch. folgt hierbei den bereits in RG. 79, 78 = JW. 1912, 634, OLG. 44, 153 dargelegten Grundsätzen. Der Ausnahmesatz des Abs. 2 des § 11 gilt nur für dingliche Rechtsgeschäfte, während er auf obligatorische Verträge auf Veräußerung von Grundstücken keine Anwendung findet. Auch in Österreich ist gemäß § 883 ABGB. der Grundstücksveräußerungsvertrag keiner Form unterworfen.

In dem in der Entsch. zugrunde liegenden Fall scheint es sich, wie in dem Fall OLG. 44, 153, um eine Veräußerung seitens eines Ausländers zu handeln. Bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 30 EinfG. bemerkt die Entsch. nämlich, daß der vorl. Sachverhalt keinen Anlaß für die Anwendung des Art. 30 EinfG. bietet. Nach der herrschenden Auffassung wird aber die Formfreiheit des ausländischen Rechts gemäß § 11 Abs. 2 selbst dann zu berücksichtigen sein, wenn die Parteien gerade zu dem Zweck, um die Form zu vermeiden, sich in das Ausland zur Vornahme des Rechtsgeschäfts begeben haben (P. VI, 35; Staudinger zu Art. 11 EinfG., D. 2; Planck, Bem. 4). Die in einem ausländischen Recht anerkannte Formlosigkeit der Grundstückskaufverträge verstößt nicht gegen die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens, noch ist sie mit dem deutschen Kulturempfinden oder Rechtsgefühl völlig unvereinbar: Art. 30 EinfG. kommt also nicht in Frage (RG. 60, 296; 63, 19 = JW. 1906, 219; 108, 244).

II. Entsprechend der ständigen Rspr. des 5. Sen. läßt die Entsch. eine Feststellungsklage über den Inhalt des Kaufvertrages als Ersatz der vom Verkäufer abzugebenden Versicherungen zu. Aber auch die

nicht lediglich eine sachlich bedeutungslose Einkleidung des Antrags auf Abweisung der Feststellungsklage und ermangelt keineswegs aus diesem Grunde des besonderen Rechtsschutzanspruches. Die Widerklage verteidigt vielmehr ein selbständiges, aus der Treupflicht des Kl. hergeleitetes Recht des Bekl. darauf, daß der Kl. auf dem Wege richterlicher Feststellung dasjenige dulde, was ihm noch zu dulden obliegt, damit der wider die Klage geltend gemachte Anspruch endgültig durchzudringen vermag.

Fraglich bleibt und von Amts wegen zu prüfen ist indessen, ob nicht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 ZPO. aus anderen Gründen verneint werden muß. Diese Prüfung erfordert zunächst das Eingehen auf die Sachentscheidung des BG. über die Rechtswirksamkeit der streitigen Abmachungen. Denn der erk. Sen. hat in seinem Urt. v. 4. Jan. 1928 (RG. 119, 356[1]) die Rechtsschutzwürdigkeit eines Feststellungsbegehrens, welches dasselbe Ziel wie das gegenwärtige verfolgte, deswegen für ausgeschlossen erachtet, weil dort ein genehmigungspflichtiges Grundstückskaufgeschäft in Betracht kam, aus dem mangels Einhaltung der im § 313 Satz 1 BGB. vorgeschriebenen Form bürgerlich-rechtliche Pflichten erst dann hätten erwachsen können, wenn durch Hinzukommen der behördlichen Genehmigung die im Satz 2 des § 313 BGB. zugelassene Heilung der Formwidrigkeit eingetreten war. Eine solche ist jedoch hier nicht festzustellen. Denn es ist der von der Rev. insoweit nicht angefochtenen Begründung des BU. beizupflichten, wenn sie, im wesentlichen auf die in OLG. 44, 152 niedergelegten Erwägungen gestützt, die Form des § 313 Satz 1 BGB. bei in der Tschechoslowakei abgeschlossenen Rechtsgeschäften der hier fraglichen Art als entbehrlich ansieht. Namentlich bietet der vorliegende Sachverhalt keinen Anlaß für die Anwendung des Art. 30 EG. zum BGB.

Demnach ist lediglich noch zu untersuchen, ob bei einem sonst wirksamen Verpflichtungsgeschäft über einen Grundstückskauf, das in dem Zeitraum abgeschlossen worden ist, für welchen nach den GrVerkG. eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Widerklageinhalts als eines Rechtsverhältnisses besteht, und ob ein Recht des Bekl. auf diese Feststellung vom BG. zutreffend aus den Parteiabreden entnommen worden ist. Beides muß bejaht werden. Der erk. Sen. hat bereits (JW. 1926, 1427) aus Verträgen der gekennzeichneten Art die gegenseitige Treupflicht der Vertragsgegner hergeleitet, die im § 6 Abs. 1 GrVerkG. v. 10. Febr. 1923 vorgeschriebenen Versicherungen, nötigenfalls eidesstattlich, der zuständigen Verwaltungsbehörde gegenüber abzugeben, um dadurch das Genehmigungsverfahren in Lauf zu setzen. Er hat zwar die Abgabe der Versicherung aus Gründen, die in der Natur einer derartigen Versicherung beruhen, für im Rechtswege nicht erzwingbar gehalten, hat aber auf die Feststellungsklage als Ersatzmittel ausdrücklich hingewiesen. Hieraus geht die sachliche Rechtfertigung und die Rechtsschutzwürdigkeit des Widerklageanspruchs ohne weiteres hervor.

Als wesentlichstes Bedenken gegen die verfahrensrechtliche Zulässigkeit der dementsprechend erhobenen Widerklage kommt der Zweifel in Betracht, ob es sich bei ihr um das Bestehen eines Rechtsverhältnisses handelt (d. h. der Beziehung einer Person zu einer anderen, woraus nach den Rechtsnormen Rechte und Pflichten sich ergeben) oder lediglich um die Richtigkeit von Tatsachen, die für ein solches Rechtsverhältnis möglicherweise erheblich sind. Im letzteren Falle wäre die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach der ständigen Rspr. des RG. zu verneinen. Indessen wird ein Antrag, wie derjenige der Widerklage, der darauf abzielt, sämtliche auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezüglichen Parteiabreden klarzulegen, auch wenn er bloß Tatsachen aufzählt, ausnahmsweise zugelassen werden müssen, eben deswegen, weil aus dem Bestehen eines Vertragsschlusses in seiner Gesamtheit das Rechte und Pflichten erzeugende Rechtsverhältnis als notwendige Folge sich unmittelbar ergibt (vgl. auch RG.: GruchBeitr. 49, 659). Das rechtliche Interesse des Bekl. an der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses erhellt daraus, daß der Kl. den mit der Widerklage behaupteten Vertragsinhalt zwar nicht bestreitet, aber trotzdem den Vertragsanspruch des Bekl. nicht anerkennt. Die Feststellung ist auf Grund des § 6 GrVerkG. v. 10. Febr. 1923 bedeutsam, weil sie dem Bekl. die Aussicht eröffnet, die Verwaltungsbehörde werde auf eine dem Widerklagantrag willfahrende richterliche Feststellung Gewicht legen, deswegen die Genehmigung erteilen und damit die schwebend bedingte Wirksamkeit des Vertrages zu einer endgültigen gestalten. Ein rechtliches Feststellungsinteresse hat das RG. stets dann für vorhanden angesehen, wenn zu erwarten steht, daß durch den Richterspruch eine gesicherte Grundlage der Anerkennung eines vor anderen Behörden zu verfolgenden Anspruches geschaffen werde (vgl. RG. 92, 8; 106, 49; WarnRspr. 1915 Nr. 184). Endlich geht die Erforderlichkeit alsbaldiger Feststellung zugunsten des Bekl. daraus hervor, daß der Kl. mit der gegenwärtigen Klage aus der Unwirksamkeit des Vertrages Rechte herleitet, dessen Vollwirksamkeit mit Hilfe der Widerklage erstrebt wird, daß also durch die vom Bekl. verlangte Feststellung der Ausgang des Rechtsstreits zu seinem Vorteil beeinflußt werden soll.

(U. v. 16. Mai 1928; 458/27 V. — Berlin.) [Sch.]

**19. §§ 3 Nr. 2, 7 Nr. 1 Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918; § 817 Abs. 2 BGB. Zur Umgehung der durch die Bekanntmachung gegebenen Hindernisse tritt im Einverständnis des Verkäufers für den wirklichen Käufer eines Landgutes, einen Kaufmann, ein Landwirt auf, der als Eigentümer eingetragen wird. Der wirtschaftliche Erwerber leistet die Anzahlung im Namen des Scheineigentümers; demnächst vereinbart der Verkäufer mit dem Scheineigentümer die Aufhebung des Kaufvertrages, nimmt das Gut wieder in Besitz und rechnet gegenüber der Forderung des Scheineigentümers auf Rückgewähr der Anzahlung mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restkaufgeldes auf. Der ursprüngliche Vertrag ist nichtig; dem wirklichen Käufer stehen daraus und auch aus anderen Rechtsgründen keine Ansprüche gegen den Verkäufer zu.†)

Alles in allem sollte also der Behörde vorgetäuscht werden, das Gut werde von einem Landwirt (St.) bewirtschaftet, während in Wirklichkeit die Besitzübertragung an den Kl., einen Nichtlandwirt, erfolgte, der die für die Bewirtschaftung maßgebende Persönlichkeit war. Der Kl. übte die tatsächliche Gewalt auf dem Gute aus, er allein gab das zur Bewirtschaftung des Gutes erforderliche Geld, er also war Besitzer im Rechtssinne (§ 854 BGB.), während St. als sein Angestellter von ihm abhängig, seinen auf das Gut sich beziehenden Weisungen unterworfen, mithin Besitzdiener i. S. § 855 BGB. war. Dieses auf Umgehung des Gesetzes und auf Vortäuschung eines ihm entsprechenden Zustandes gerichtete Verhalten der Parteien und St., bei dem der von der Behörde zuzulassende Erwerber äußerlich als der Verfügungsberechtigte erschien, in Wirklichkeit aber die Verfügungsmacht einem von der Behörde nicht zuzulassenden Nichtlandwirt zustand, verstieß entgegen der Annahme des BG. gegen Sinn

---

Entsch. macht die Zulässigkeit der Feststellungsklage davon abhängig, daß, abgesehen von dem Genehmigungsfordernis, der zugrunde liegende Kaufvertrag voll wirksam ist. Für den Schwarzkauf scheitert hingegen das Feststellungsbegehen über den wahren Inhalt des Vertrages an der Verneinung der Rechtsschutzwürdigkeit; ist das Grundgeschäft wegen Formmangels nichtig, so will der 5. Sen. das Feststellungsurteil zur Beschaffung des Beweismittels für die Genehmigungsbehörde nicht zulassen, weil für dessen Erzwingung keine Rechtsgrundlage vorhanden ist (RG. 119, 359 = JW. 1928, 506).

RA. Dr. Adolf Asch, Berlin.

[1]) JW. 1928, 506.

Zu 19. Das Urt. des 6. ZS. wird vielfaches Aufsehen und schwerlich allgemeine Zustimmung finden. Es ist dabei weniger an die Auslegung des in seinen gesetzgeberischen Grundlagen vielfach angegriffenen § 817 BGB. zu denken, als an die Rspr. des 5. ZS. zu dem inzwischen aufgehobenen PrGrVerkG. Sowohl nach der hier, der Entsch. zugrunde liegenden BundesratsVO. v. 15. März 1918 wie nach dem genannten Preuß. Ges. herrscht bis zur endgültigen Entsch. der Genehmigungsbehörde ein Zustand schwebender Ungewißheit. Das hat der 5. ZS. stets, so zuerst JW. 1924, 810[18] gegenüber dem 1. ZS. des KG. ausgesprochen. Solange diese schwebende Ungewißheit fortbesteht, kann an sich der Bereicherungs-

und Zweck der Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 (RGBl. I, 123), welche im Interesse der Volksernährung die Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Grundstücke durch Berufslandwirte sicherstellen will; es verletzte insbes. die §§ 3 Nr. 2 und 7 Nr. 1 der Bek. Rechtsirrtümlich erblickt das BG. in dem Verhalten der Parteien und St. keine Vereitelung der von der Bek. verfolgten Ziele. Träfe seine Beurteilung zu, so könnte jeder Nichtlandwirt die nach der Bek. erforderliche behördliche Genehmigung erlangen, sofern er einen landwirtschaftlich vorgebildeten Beamten anstellt. Ein unter solchen wie den hier vorliegenden Umständen geschlossener Vertrag war und ist vielmehr, da er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, trotz der erteilten behördlichen Genehmigung gem. § 134 BGB. nichtig (vgl. auch RG. Urt. v. 16. März 1928 [II 354/27]). Die Nichtigkeit begründet jedoch weder den erhobenen Bereicherungsanspruch noch einen Anspruch aus dem Vertrage oder einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung.

Es mag zweifelhaft sein, ob dem Kl. überhaupt ein Bereicherungsanspruch zusteht, da — rein äußerlich betrachtet — die Vermögensverschiebung nach dem Kaufvertrag v. 23. April 1924 zwischen St. und den Bekl. erfolgt ist und, nachdem dieser Vertrag durch den zwischen denselben Personen geschlossenen Vertrag v. 14. Sept. 1924 hinfällig geworden war, St. und nicht der Kl. gegenüber den Bekl. hinsichtlich der angezahlten 40000 GM. als kondiktionsberechtigt zu gelten hätte (vgl. RGRKomm. z. BGB. 6. Aufl. zu § 812 Erl. 4 unter 2b S. 501, sowie RG. Urt. v. 17. März 1913 — IV 559/12 — in Recht 1913 Nr. 1451 und v. 4. Jan. 1923 [IV 68/22]). Jedenfalls steht dem Kl. infolge seiner zweifelsfreien Beteiligung an dem Verstoß gegen die fragliche Bek. insoweit die für alle Bereicherungsansprüche maßgebende Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. entgegen (vgl. RG. 111, 153[1]). Auch aus dem Kaufvertrage kann der Kl. von den Bekl. nicht Erstattung der angezahlten 40000 GM. verlangen, weil er, wie das BG. insoweit rechtsbedenkenfrei feststellt, nicht Vertragspartei war, alleiniger Vertragsgegner der Bekl. vielmehr St. war und blieb. Was endlich die Frage betrifft, ob sich die Bekl. dem Kl. gegenüber einer zum Schadensersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung schuldig gemacht haben, so ist diese Frage in wesentlicher Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil zu verneinen. Einmal stellt das BG. tatsächlich fest, daß nach dem Beweggrund für die Handlungsweise der Bekl., welcher in der nicht unberechtigten Sorge, die ihnen gefährdet erscheinenden Ansprüche zu sichern, bestanden habe, von einer Schädigungsabsicht keine Rede sein könne. Wenn es mit Rücksicht auf diese, das Revisionsgericht bindende tatsächliche Feststellung das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten verneint und die Anwendbarkeit des § 826 BGB. ablehnt, so ist darin kein Rechtsverstoß zu finden. Gleiches gilt nach der tatsächlichen Feststellung des BG. hinsichtlich der Behauptung des Kl. von dem Gebrauch unrichtiger eidesstattlicher Versicherungen seitens der Bekl. zur Erwirkung der Herausgabe des Gutes. Ebensowenig rechtsirrig sind die Ausführungen des BG. zu § 823 Abs. 2 BGB. i. Verb. m. § 266 StGB.; denn aus seiner tatsächlichen Feststellung ist nicht zu entnehmen, daß eine Forderung oder ein Vermögensstück in das Vermögen des Kl. gelangt ist, worüber St. zu dessen Nachteil verfügt hätte. Eine Untreue des letzteren, zu der ihn die Bekl. hätten anstiften können, kommt daher nicht in Betracht.

Da der Kl. selbst keinen anderen Schaden als den Verlust der Anzahlung geltend macht, der Ersatz dieses Schadens aber an den vorstehend erörterten rechtlichen Gesichtspunkten scheitert, war nach alledem dem BG. — wenn auch zum Teil aus anderen Rechtsgründen — im Ergebnis beizutreten und deshalb die Rev., wie geschehen, zurückzuweisen.

(U. v. 23. April 1928; 429/27 VI. — Berlin.) [Sch.]

20. PrWasserG. v. 7. April 1913; § 9 Ges. über den Staatsvertrag betr. Übergang der Wasserstraßen an das Reich v. 29. Juli 1921. Bei dem Übergang des Eigentums auf das Reich bleiben auch die aus dem Eigentum fließenden Jagdberechtigungen dem bisherigen Eigentümer erhalten. Verleihung des Privateigentums an öffentlichen Flüssen durch den Landesherrn.†)

Der Kl. ist im Grundbuch als Eigentümer gewisser zur Stromelbe gehöriger Parzellen der Gemarkung Seestermühe eingetragen. Der Bekl. hat durch Vertrag v. 13. April 1922 vom Lande Preußen die Jagd auf den Eigenjagdbezirken Oberelbe und Unterelbe gepachtet und nimmt das Jagdrecht auf den oben erwähnten Parzellen auf Grund dieses Vertrags in Anspruch. Mit der vorliegenden Klage hat der Kl. die Feststellung begehrt, daß dem Bekl. die Befugnis zur Jagdausübung auf den oben bezeichneten Parzellen nicht zustehe. Das LG. hat die Klage abgewiesen, das BG. nach dem Klagantrag erkannt. Die Rev. ist zurückgewiesen. Das angefochtene Urt. beruht auf folgendem Gedankengang. Im Jahre 1494 hat Hans v. Ahlefeld das Eigentum der streitigen Parzellen durch den Landesherrn Johann, Herzog von Holstein (und König von Dänemark) verliehen bekommen. Der Kl. ist Rechtsnachfolger dieses Ritters im Eigentum der Parzellen. Er hat das Eigentum nicht durch das PrWasserG. v. 7. April 1913 verloren, es ist vielmehr nach § 9 Abs. 1 bestehen geblieben. Durch das Reichsgesetz über den Staatsvertrag betr. den Übergang der Wasserstraßen auf das Reich, v. 29. Juli 1921 ist das Eigentum der Parzellen zwar auf das Reich übergegangen, die Jagdberechtigung ist dem Kl. aber nach § 1 Abs. 2 verblieben. Daher konnte der Preußische Staat die Jagd auf diesen Parzellen nicht an den Bekl. verpachten. Die in Rede stehenden Parzellen liegen am rechten (holsteinischen) Elbufer. Das Herzogtum Holstein gehörte seit dem frühen Mittelalter zum Deutschen Reich, wenn es auch zeitweise durch Personalunion mit Dänemark verbunden war. Das in Holstein geltende Privatrecht war also deutsches Recht, und zwar — mangels einer Kodifikation — gemeines Recht. Daraus ergibt sich die Revisibilität der vom BG. angewendeten allgemeinen Rechtsnormen auch soweit, als nicht Gesetze Preußens und des Reichs in Frage kommen. Die Rev. wünscht zunächst Nachprüfung der Annahme des BG., daß der Vertrag von 1494 eine Verleihung der Parzellen zu Eigentum enthalte.

anspruch wegen Rückgabe der aufgewendeten Kaufgelder zweifelhaft erscheinen. Hier steht der 5. Sen. auf einem anderen Standpunkt als vorl. der 6., indem er in ständ. Rspr. gegenüber dem Anspruch auf Grundbuchberichtigung dem besitzenden Käufer ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Anzahlung zuspricht. Es kann auf die Entsch. RG. 115, 46 = JW. 1927, 765 und 119, 169 statt vieler anderen verwiesen werden. Eine unterschiedliche Beurteilung, je nachdem, ob es sich um das eine oder das andere Gesetz handelt, läßt sich nicht begründen. Der 5. Sen. hat mit Recht ausgeführt, daß in beiden Fällen die Ungültigkeit der ohne Genehmigung vollzogenen Auflassung und Übergabe heilbar ist. Die in der BundesratsVO. angedrohte Strafe kann daher nur als Ordnungsvorschrift betrachtet werden. Es ist zu bedauern, daß das RG. in dem hier vorl. Falle sich mit dem klaren Widerspruch gegenüber einem anderen Senat nicht auseinandergesetzt und die VerbS., wenn es abweichen wollte, nicht angerufen hat. Dem Empfinden aller billig Denkenden wird auch sachlich das Urteil kaum entsprechen. Der Bekl., der nach der Behauptung des Kl. von ihm das beträchtliche Kaufgeld in Empfang genommen und ohne Gegenleistung behalten hat, soll sich dieses Vorteils lediglich deshalb erfreuen, weil er sich mit dem Kl. selbst zur Umgehung eines Gesetzes verbunden hatte. Da dachte das ALR. 1, 16 § 173, doch wohl der Gerechtigkeit besser entsprechend, indem es in einem solchen Falle den Fiskus als berechtigt erklärte, dem Übeltäter diese Bereicherung zu entreißen. Sollte nicht eine freiere Auslegung des § 817, wie sie der RGRKomm. selber andeutet (Anm. 6 zu § 817 BGB.), eine Weiterentwicklung durch die Praxis i. S. der wahren Gerechtigkeit ermöglichen?

JR. Dr. Martin Lövinson, Berlin.

[1]) JW. 1926, 248.

Zu 20. Das Urt. beruht auf einer Urkunde aus dem 15. Jahrhundert. Man kann es trotzdem nicht als unmodern bezeichnen, denn auch das geltende preuß. WasserG. v. 7. April 1913 erkennt ein privates Eigentum selbst an den großen schiffbaren Strömen an.

Das Eigentum Privater und dasjenige der einzelnen Länder ist nach der VO. vom Jahre 1921 bei den wichtigsten Strömen aufgehoben und auf das Reich übergegangen. Das Bestehenbleiben einzelner Nutzungen, mit denen sich das Urt. beschäftigt, ist also nur ein Überbleibsel des alten eigenartigen Rechtszustandes, wonach an wichtigen schiffbaren Wasserläufen Eigentumsrechte von privaten Personen bestehen konnten.

JR. Dr. Riemann, Breslau.

Daß der Herzog von Holstein zu einer solchen Verleihung befugt war, ist durch die zutreffende Ausführung des BG., daß im Jahre 1494 die römisch rechtlichen Grundsätze über das Eigentum an öffentlichen Gewässern noch nicht galten, vielmehr der Landesherr zur Verfügung über die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen berechtigt war, nachgewiesen. Die Ausführungen des BG. über den Inhalt der Verleihung können nicht nachgeprüft werden, weil die Verleihung eine landesrechtliche irrevisibele Rechtsnorm darstellt. Nach der Feststellung des BG. ist das Gut mit den in Rede stehenden Parzellen im Jahre 1752 aus dem Besitz der Familie v. Ahlefeld in den der Grafen K. gelangt. Näher ist der Rechtsakt, der diese Folge gehabt hat, im Urteil nicht bezeichnet; der Kl. hat behauptet, das Gut Seestermühe sei in dem bisherigen Umfang an den Grafen Georg Ludwig K. verkauft worden, und es ist anzunehmen, daß das BG. in diesem Sinne die oben bezeichnete Feststellung getroffen hat. Die Rev. meint, damals hätte der Strom schon als eine verkehrsunfähige Sache gegolten, ohne eine neue Verleihung sei daher das Eigentum der Parzellen nicht übergegangen. Nach der herrschenden Auffassung des gemeinen Rechts stehen schiffbare Flüsse (einschließlich des Flußbetts) nicht im Privateigentum, auch nicht im Eigentum des Staates, sondern sind res omnium communes (Stobbe, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., § 64, RG. 3, 233, 80, 368). Trotzdem ist anerkannt, daß durch landesherrliche Verleihung Eigentumsrechte am Flußbett zu einer Zeit, zu der dem Landesherrn noch die gesetzgebende Gewalt zustand, begründet werden konnten, und daß so begründete Rechte bis in die neueste Zeit fortbestanden (RG. 52, 381; 80, 369). Der in der Zwischenzeit zur Anerkennung gelangte Grundsatz, daß das Flußbett schiffbarer Flüsse dem Rechtsverkehr entzogen sei, berührte also nicht das durch landesherrliche Verleihung begründete Eigentum. Richtig ist nur, daß der Eigentümer des Flußbetts nicht befugt war, dem gemeinen Gebrauch des Flusses hindernd entgegenzutreten, dadurch wurde er in der Ausübung seines Eigentums, soweit es der Gemeingebrauch erforderte, beschränkt, aber ein Verlust dieses Rechtes trat nicht ein, und sein Recht zur Ausübung der übrigen sich aus dem Eigentum ergebenden Befugnisse blieb bestehen. Dazu gehörte auch die Veräußerungsbefugnis. Einer erneuten Verleihung bedurfte es nicht. Die Verleihung im Jahre 1494 war nach der Feststellung des BG. erfolgt „zu einem ewigen und unwiderruflichen Erbkauf", das Gut war „als Erbe zu eigen gegeben". Es handelte sich also nicht um eine Belehnung, sondern um die Übertragung zu freiem Eigentum, die als ewige und unwiderrufliche auch die Rechtsnachfolger des Landesherrn band, so daß der Fortbestand der verliehenen Rechte nicht von ihrer Bestätigung oder Neuverleihung abhängig war. Auch die Ausführung der Rev., die Jagdberechtigung des Kl. sei durch das RGes. v. 29. Juli 1921 erloschen, geht fehl. Nach § 1 Abs. 2 das. sind Jagdberechtigungen von dem Übergang auf das Reich ausgeschlossen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie Ausfluß des Eigentums waren oder selbständige Natur hatten. Soweit nach Landesrecht die Trennung des Jagdrechts vom Eigentum nicht zulässig ist (PrJagdO. v. 15. Juli 1907), verbleibt dem seitherigen Eigentümer jedenfalls das Recht zur Jagdausübung. Auf die Bestimmung des § 2c das., nach der die seitherigen Eigentümer die ihnen zustehenden Nutzungen behalten sollen, kommt es somit nicht an, doch erscheint die Auslegung des BG., daß zu diesen Nutzungen auch die auf dem Eigentum beruhende Jagdberechtigung gehört, als zutreffend. Der entgegengesetzte Standpunkt der Motive des Gesetzes, demzufolge die Nutzungsrechte nicht lediglich Ausfluß des Eigentums aus den an das Reich übergehenden Gegenständen sein dürften, da sie insoweit mit dem Eigentum auf das Reich übergingen, ist nicht zu billigen. § 2c behält den seitherigen Eigentümern gerade die ihnen auf Grund ihres Eigentums zustehenden Nutzungen vor. Die Aktivlegitimation des Kl. ergibt sich hiernach aus der ihm auch heute noch zustehenden Berechtigung zur Ausübung der Jagd. Dadurch wird auch die Annahme des Beklagten widerlegt, daß die Jagd auf den in Rede stehenden Parzellen jedem freistehe.

(U. v. 9. März 1928; 581/27 VII. — Kiel.) [Ku.]

21. § 3 Abs. 3 Preuß. VO. v. 15. Nov. 1899. Der Konkursverwalter kann eine gegen die Konkursmasse gerichtete im Verwaltungszwangsverfahren erwirkte Pfändung und Überweisung als Dritter im ordentlichen Rechtswege bekämpfen.†)

In dem am 9. Mai 1925 eröffneten Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns D. war ein zur Masse gehörendes Grundstück den Hypothekengläubigern vom Kl. (Konkursverwalter) zur Befriedigung freigegeben und demnächst auf deren Betreiben zwangsweise versteigert worden. Die seit dem 1. April 1925 laufenden öffentlichen Abgaben, Grundvermögenssteuer, Hauszinssteuer und Kanalgebühr nebst Verzugszuschlägen, waren auf Anmeldung der beklagten Stadtgemeinde in den bar zu berichtigenden Teil des geringsten Gebotes aufgenommen, demnächst aber auf den im Verteilungstermin von der Ersteherin gestellten Antrag in Höhe von 6144,18 *RM* am 9. Dez. 1926 mit Zustimmung der Bekl. gerichtlich hinterlegt worden. Am 8. Jan. 1927 wurde der Kl. von der Bekl. durch Mahnzettel aufgefordert, an sie aus der Konkursmasse für diese Ansprüche 6143,78 *RM* binnen drei Tagen zu zahlen. Am 20. desselben Monats wurde das Guthaben der Konkursmasse bei der Getreidekreditbank AktG. in Magdeburg durch das Vollstreckungsamt der Bekl. für diese Beträge im Verwaltungszwangsverfahren gepfändet und der Bekl. zur Einziehung überwiesen. Der Kl. verlangte mit der zugestellten Klage Erklärung der Unzulässigkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, hilfsweise dessen Aufhebung oder die Feststellung, daß der Bekl. gegen ihn keine Masseansprüche zustehen, äußerstenfalls die Erklärung, daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Abtretung der Ansprüche der Bekl. gegen die Ersteherin und gegen das AG. auf Auszahlung des hinterlegten Betrages zulässig sei. Er begründete diese Klage damit, daß die Abgabeforderungen der Bekl. keine Masseansprüche und daß sie im Zwangsversteigerungsverfahren getilgt seien. Die Bekl. erhob die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges und stellte auf, daß ihre Forderungen durch die Hinterlegung nicht getilgt und daß sie Masseansprüche seien. Das BG. hält den Rechtsweg für die Klage deshalb für zulässig, weil dieser im Verwaltungszwangsverfahren nach § 3 Abs. 3 Preuß. VO. v. 15. Nov. 1899 dem Dritten offenstehe, der seine Verpflichtung zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung bestreite und als Dritter i. S. dieser Vorschrift derjenige anzusehen sei, der zwar zur Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet, aber nicht der wirkliche Träger des Vermögens sei, in welches die Zwangsvollstreckung ausgebracht werde. Dies treffe auf den Konkursverwalter als den Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, des wirklichen Steuerschuldners und eigentlichen Trägers des Massevermögens, zu. Die Rev. bezeichnet diese Auffassung als rechtsirrig, weil einmal Dritter i. S. des § 3 nur sei, wer die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Vermögen wegen der von dem anderen geschuldeten Steuer dulden müsse, was beim Konkursverwalter nie gelte, sodann, weil im vorliegenden Falle der Konkursverwalter für eine seit der Konkurseröffnung entstandene Steuerforderung in

---

Zu 21. I. Nach der reichsgerichtl. Rspr. ist die Entsch. der Frage, ob für einen einzelnen bestimmten Anspruch der Rechtsweg zulässig sei, nicht aus dem § 13 GVG. zu entnehmen, da es hier an einer Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten fehlt. Setzt doch der § 4 EGGVG. selbst der Landesgesetzgebung hinsichtlich der Zuweisung solcher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte keine Schranken. Deshalb kommt es für die Beantwortung der erwähnten Frage auf die ausdrücklichen Bestimmungen und — bei deren Fehlen — auf den Gesamtinhalt der einzelnen bezüglichen Reichsgesetze und — soweit auch diese schweigen — auf den der Landesgesetze an (RG. 68, 26; 75, 429 = JW. 1911, 460; 76, 124 = JW. 1911, 550; 92, 313; 93, 203; 96, 75 = JW. 1919, 729; 106, 179 = JW. 1923, 291; 107, 328). Demgemäß kann der ordentliche Rechtsweg auch einem an sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses und infolge heutiger Anschauung dem öffentlichen Recht und nicht dem privatrechtlichen Gebiet angehörenden Anspruch offen stehen (RG. 96, 75 = JW. 1919, 729; 11, 213). Die Klagebegründung wird hier ausschlaggebend sein.

II. Im vorl. Falle ist das maßgebende Gesetz, wie das RG. in übereinstimmung mit dem zweiten Richter zutreffend annimmt, die PrVO. v. 15. Nov. 1899, in deren § 3 Abs. 3 die Befugnis zur wahlweisen Anrufung der ordentlichen Gerichte denjenigen Dritten gewährt wird, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts kraft Gesetzes zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung

Anspruch genommen werde, für die er als Verwalter der Masse der ursprüngliche Steuerschuldner sei. Nach § 3 Abs. 1 VO. v. 15. Nov. 1899 (GS. 545) kann das im übrigen nur gegen den Steuerschuldner zulässige Verwaltungszwangsverfahren „auch gegen dritte Personen angeordnet werden, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbes. als Erben, Ehegatten, Eltern oder Nießbraucher kraft Gesetzes zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet sind". Nach Abs. 3 desselben Paragraphen steht den auf Grund dieser Vorschrift in Anspruch genommenen Personen, sofern sie ihre Verpflichtung bestreiten oder wegen der ihnen zustehenden bürgerlich-rechtlichen Haftungsbeschränkung Einwendungen erheben, frei, die Entscheidung der Behörde anzurufen, für deren Rechnung die Zwangsvollstreckung betrieben wird, und gegen deren Bescheid entweder die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde oder binnen einer einmonatigen Ausschlußfrist die gerichtliche Klage zu erheben. Hiernach ist als Dritter wahlweise zur Anrufung der ordentlichen Gerichte berechtigt, wer, ohne selbst Steuerschuldner zu sein, von der die Zwangsvollstreckung veranlassenden Behörde auf Grund von Vorschriften des bürgerlichen Rechtes für die beizutreibende Steuerschuld an Stelle des Steuerschuldners oder neben diesem als haftbar oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet in Anspruch genommen wird (vgl. RG. 72, 98[1]); 93, 204). Die Begriffsbestimmung des BG., Dritter i. S. der Vorschrift sei der zur Leistung oder Vollstreckungsduldung Verpflichtete, wenn er nicht der wirkliche Träger des von der Vollstreckung betroffenen Vermögens sei, ist also insofern unrichtig, als der Träger dieses Vermögens sehr wohl zur Beschreitung des Klageweges berechtigt sein kann, wenn er von der Steuerbehörde ungerechtfertigterweise als für die Steuerschuld (beispielsweise als Erbe) haftbar herangezogen wird. Diese rechtsirrige Fassung des BG. beeinträchtigt aber die Richtigkeit seiner Entscheidung nicht, denn auch bei richtiger Auslegung des § 3 Abs. 3 treffen dessen Voraussetzungen auf den Konkursverwalter im vorliegenden Falle zu. Daß eine rechtskräftige Veranlagung des Konkursverwalters als solchen zu den streitigen Abgaben stattgefunden hätte, ist weder festgestellt noch behauptet. Es besteht auch keine steuerrechtliche Vorschrift, nach der er zu deren Entrichtung an Stelle des Gemeinschuldners verpflichtet wäre. Vielmehr bestimmt sich ausschließlich nach den Vorschriften der KO. über die Rechte und Pflichten des Konkursverwalters als des amtlich bestellten Organs zur Verfügung über das Vermögen des Gemeinschuldners, inwieweit er mit dieser Masse für die an sich den Gemeinschuldner als den Eigentümer treffenden Steuerschulden haftbar gemacht werden kann. Da jene Vorschriften als Teile des materiellen Konkursrechtes bürgerlich-rechtlicher Art sind, treffen somit auf den Konkursverwalter die eben bezeichneten Merkmale eines „Dritten" i. S. des § 3 VO. v. 15. Nov. 1899 zu. Die Ansicht der Rev., daß der Abs. 3 dieser Vorschrift dem Dritten den Rechtsweg nur eröffne, wenn die Vollstreckung in sein persönliches Vermögen betrieben werde, findet in dem Wortlaute der Stelle keinen Anhalt. Die ausnahmslose Gleichstellung der zur Duldung der Zwangsvollstreckung Verpflichteten mit den Leistungspflichtigen und die Bezugnahme auf den von der Zwangsvollstreckung gegen Testamentsvollstrecker handelnden § 748 ZPO. im Abs. 1 Satz 2 weisen vielmehr darauf hin, daß auch der nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zur Verfügung über das Vermögen des Steuerschuldners Berechtigte als „Dritter" angesehen und zur Beschreitung des Rechtsweges gegen die Beitreibung der Steuern befugt werden sollte. Auch der weitere Revisionsangriff ist nicht stichhaltig, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Vollstreckung wegen Massekosten handle, für die der Konkursverwalter der ursprüngliche Steuerschuldner sei. Ob eine den Eigentümer als solchen treffende Abgabenschuld mit Rücksicht auf den Konkurs über dessen Vermögen zu den Massekosten gehört und demgemäß vom Konkursverwalter aus der Masse zum vollen Betrage zu begleichen ist, ist eine Frage des bürgerlichen Rechtes, daher im Streitfalle auf dem im § 3 VO. v. 15. Nov. 1899 bezeichneten Wege auszutragen, sofern der Verwalter wegen dieser Abgabenschuld nicht bereits selbst rechtskräftig veranlagt worden ist. Im vorliegenden Falle gilt dies um so mehr, als in Betracht zu ziehen ist, ob infolge der Erklärung des Konkursverwalters über Freigabe des Grundstücks an die dinglich Berechtigten dessen Erlös, soweit er nicht durch diese in Anspruch genommen wird, etwa zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört (s. RG. 60, 107).

(U. v. 24. April 1928; 670/27 VII. — Naumburg.)
[Ku.]

---

verpflichtet sind, sofern sie, gegenüber der Inanspruchnahme auf Grund dieser Vorschrift, ihre Verpflichtung bestreiten. Diese gesetzlichen Voraussetzungen haben vorgelegen.

1. Die Bekl. hat von dem Kl. ohne dessen formelle Veranlagung die Bezahlung der seit dem 1. April 1925 laufenden öffentlichen Abgaben aus der Konkursmasse — der Konkurs war am 9. Mai 1925 eröffnet worden — beansprucht, und da die Aufforderung erfolglos blieb, die Pfändung eines Guthabens der Konkursmasse und dessen Überweisung zur Einziehung durch sie erwirkt.

2. Der Kl. hat sein Klagebegehren darauf gestützt, daß die Abgabenforderungen der Bekl. keine Masseansprüche und daß sie durch die Hinterlegung des Betrags im Zwangsversteigerungsverfahren getilgt seien. Er bestreitet also seine Zahlungsverpflichtung auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nämlich der Bestimmungen der KO., zumal in deren §§ 57 ff., sowie wegen der Freigabe des belasteten Grundstücks und Hinterlegung des Versteigerungserlöses, während die Bekl. ihn als ihren ursprünglichen Steuerschuldner bezeichnet.

3. Der Kl. ist ein Dritter i. S. des in Rede stehenden Abs. 3 § 3 PrVO. Mit zutreffenden Gründen hat das RG. die Begriffsbestimmung des BR. sowie die Ansicht der Rev. widerlegt. Es trifft nicht zu, daß als dritte Person nur in Betracht kommen könne, wer nicht der wirkliche Träger des von der Vollstreckung betroffenen Vermögens sei, aber ebensowenig nur jemand, in dessen persönliches Vermögen die Vollstreckung betrieben werde. Der Konkursverwalter hat Massekosten und Masseschulden vorweg aus der Konkursmasse zu berichtigen, kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts in Ansehung der Masse (§ 6 KO.); er ist aber persönlich dafür nicht haftbar außer im Falle des § 82 das. und auch nicht der Träger dieser Verbindlichkeiten, also auch nicht der eigentliche Steuerschuldner; solcher ist und bleibt der Gemeinschuldner selbst.

III. Wenn nach den Darlegungen zu II die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht Platz greift, so folgt daraus noch keineswegs, daß einer der Klageanträge begründet sei. Hierüber wird erst das LG. zu befinden haben. M. E. ist die Klage nicht schlüssig.

[1]) JW. 1910, 10.

Insonderheit werden folgende Punkte einer Aufklärung und richterlichen Prüfung bedürfen:

1. Die Haftung der Konkursmasse für die fraglichen öffentlichen Grundstücksabgaben würde meines Dafürhaltens entfallen, sofern der Kl. das Grundstück rechtswirksam freigegeben hat, zum mindesten für den erst nach der Freigabe entstandenen Teil derselben. Ich vermag aber mich der Ansicht des Revisionsurteils nicht anzuschließen, daß diese Wirkung eingetreten sein könnte auf Grund einer Freigabeerklärung an die dinglich Berechtigten. Nur durch eine rechtsgültige Freigabe verzichtet der Konkursverwalter auf die Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Konkursmasse, so daß derselbe fortan zum konkursfreien Vermögen gehört. Rechtswirksam aber ist die Freigabeerklärung nur, wenn sie dem Gemeinschuldner gegenüber erfolgt; ob Dritten gegenüber, wenn es sich um ein Grundstück handelt, außerdem noch die Löschung des Konkursvermerks hinzutreten muß, lasse ich hier dahingestellt. Ergibt sich bei der freiwilligen Veräußerung oder bei der Zwangsversteigerung eines ordnungsmäßig aus der Zugehörigkeit zur Konkursmasse entlassenen Grundstücks noch ein Überschuß, so steht der Anspruch hierauf nicht dem Konkursverwalter, sondern allein dem Gemeinschuldner als konkursfreies Vermögen zu (RG. 60, 107).

2. Die rechtswirksame Freigabe des Grundstücks würde die unter 1 erwähnte Bedeutung gehabt haben, aber nur für diejenigen öffentlichen Abgaben, welche auf dem Grundbesitz ruhten. Dies ist der Fall in betreff der Grundvermögensteuer und der Hauszinssteuer (RG. 116, 111 = JW. 1927, 1930), dagegen sind die Kanalgebühren begrifflich als rein persönliche Lasten der jeweiligen Grundstückseigentümer bzw. Grundstücksraumінhaber zu erachten. Ob ihre Verdinglichung durch ein Ortsstatut überhaupt stattfinden kann, erscheint zweifelhaft; ob sie stattgefunden hat, ist bejahendenfalls zu prüfen (RG. 83, 206 = JW. 1914, 104; OLGRspr. 31, 193; 35, 204).

3. Die Bedeutung der Hinterlegung des Versteigerungserlöses für die öffentlichen Abgaben wird nach § 49 ZwVG., namentlich Abs. 3 das., zu beurteilen sein. Da den Kanalgebühren meiner Meinung nach ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück bzw. aus dem Versteigerungserlöse nicht einzuräumen ist, findet der § 10 Nr. 3 ZwVG. in bezug auf sie keine Anwendung.

JR. Bendix, Breslau.

22. §§ 21 ff. PrJagdO. v. 15. Juli 1907; § 14 PrAusfG. z. ZPO. Fass. v. 1879, § 5 Fass. v. 1899; § 5 VO. v. 15. Nov. 1899. Keine erschöpfende Regelung der Nichtigkeit von Pachtverträgen in der JagdO. Keine Bindung des Jagdvorstehers an die ausgelegten Jagdpachtbedingungen. Nichtigkeit von solchen Bedingungen, die für Streitigkeiten und Vollstreckungen die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden bestimmen. Prüfung der Nichtigkeit des ganzen Vertrages.†)

Die Bekl. haben durch den schriftlichen Vertrag v. 19. April 1924 von der Kl. einen Jagdbezirk für die Zeit v. 1. Febr. 1924 bis zum 31. Jan. 1933 gegen einen Zins von 2850 *RM* jährlich gepachtet. Dem Vertrage sind Allgemeine Bedingungen beigefügt. Nach ihrem § 7 ist das Pachtgeld jährlich am 15. Febr. im voraus zu bezahlen, widrigenfalls es im Verwaltungszwangsverfahren eingezogen werden soll. Der § 14 handelt von der Festsetzung der Feldschäden durch Sachverständige und bestimmt, daß die durch das Verfahren entstehenden Kosten von dem Pächter zu bezahlen sind, widrigenfalls sie im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden sollen. Im § 19 Abs. 2 endlich heißt es: „Streitigkeiten zwischen dem Jagdvorsteher und dem Pächter wegen Erfüllung der in diesem Vertrage enthaltenen Bestimmungen, insbes. wegen Festsetzung der Vertragsstrafen, werden mit Ausnahme des Rechtsweges, auf welchen der Pächter ausdrücklich verzichtet, von der Jagdaufsichtsbehörde entschieden." Die Bekl. haben die am 15. Febr. 1926 und 1927 fälligen Pachtbeträge nicht bezahlt. Die Kl. verlangte in erster Instanz Zahlung von 2850 *RM*, in zweiter Instanz Zahlung von 5700 *RM* nebst Zinsen. Die Bekl. wandten ein, daß der Vertrag aus verschiedenen Gründen nichtig sei. Das LG. hat der Klage stattgegeben, das BG. hat sie abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben. 1. Das LG. sieht die im Tatbestand mitgeteilte Vorschrift des § 19 der Allgemeinen Bedingungen im Anschluß an RG. 111, 276 ff. für nichtig an und unterstellt, daß auch die im Tatbestand weiter angeführten Vorschriften in den §§ 7 und 14 a. a. O. nichtig seien, es hält den Pachtvertrag im ganzen aber für gültig, weil er auch ohne die nichtigen Teile abgeschlossen sein würde (§ 139 BGB.). Das BG. sieht die Vorschrift des § 19 a. a. O. ebenfalls für nichtig an, meint aber, daß der Jagdvorsteher den Vertrag ohne jene Klausel nicht abgeschlossen haben würde, und gelangt so dazu, den ganzen Pachtvertrag für nichtig zu erachten. 2. Die Rev. bekämpft die Auslegung, welche die streitige Vorschrift bei den Vorinstanzen gefunden hat, sie will darin einen Schiedsvertrag erblicken. Dem ist der erk. Sen. schon RG. 111, 276 ff. entgegengetreten und auf denselben Standpunkt hat er sich später in der Entsch. v. 20. Dez. 1927, VII 491/27, gestellt. Daran hat der Senat auch jetzt nach erneuter Prüfung festgehalten. Die abweichende Ansicht des BG. in Köln in seinem Urt. v. 2. Nov. 1926, 7 U 90/25, beruht wesentlich auf der Annahme, daß die Verwaltungsbehörden den Jagdgenossenschaften nicht Allgemeine Bedingungen empfehlen würden, in denen nichtige Vorschriften enthalten seien. Diese Erwägung vermag nicht zu überzeugen, zumal da auch die oben mitgeteilten Vorschriften in den §§ 7 und 14 der Allgemeinen Bedingungen, wie noch darzulegen sein wird, für nichtig erachtet werden müssen. 3. In zweiter Linie meint die Rev., daß § 139 BGB. vorliegend nicht anwendbar sei, weil die Frage der Nichtigkeit von Pachtverträgen in den §§ 21 ff. JagdO. v. 15. Juli 1907 erschöpfend geregelt sei. Das ist indessen nicht richtig. Solche erschöpfende Regelungen finden sich wohl in dem § 75 GmbHG. und dem § 309 HGB., diesen Vorschriften liegt aber „die Erwägung zugrunde, daß das allgemeine öffentliche Interesse es verlangt, die Vernichtung einer durch Eintragung nach außen einmal in den Verkehr getretenen Gesellschaft, die als selbständige juristische Person Trägerin der verschiedensten Rechte und Pflichten geworden ist, nur aus besonderen, im Gesetz hervorgehobenen zwingenden Gründen zu gestatten" (RG. 114, 80). Ein derartiges öffentliches Interesse spricht nicht mit, wenn es sich um den Bestand von Jagdpachtverträgen handelt. Insoweit behält es bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Verträgen sein Bewenden. 4. Die Rev. versucht ferner, den § 139 BGB. deshalb auszuschalten, weil die Vorschrift des § 19 der Allgemeinen Bedingungen nicht „den Teil eines Rechtsgeschäfts" bilde; es handle sich insoweit um ein Prozeßrechtsgeschäft, das neben dem materiell-rechtlichen Rechtsgeschäft, dem Pachtvertrag, liege und diesen jedenfalls unberührt lasse. Auch das ist indessen nicht richtig. Aus der von der Rev. für ihre Ansicht herangezogenen Entsch. RG. 87, 7 ff. folgt das auch nicht. Dort ist die Vereinbarung, ein an sich unzuständiges Gericht solle etwaige Streitigkeiten entscheiden, die sich aus dem Hauptgeschäft ergeben könnten, trotz unterstellter Nichtigkeit des Hauptgeschäftes für gültig erachtet worden, weil jenes Gericht gerade auch über die Frage des Bestandes des Hauptgeschäftes habe entscheiden sollen. Nur so erhielt die Zuständigkeitsabrede selbständige Bedeutung neben dem Hauptgeschäft. Im gegenwärtigen Falle ist gerade die Zuständigkeitsabrede nichtig und, da sie unverkennbar einen Teil des Pachtvertrages bildet, ist nach § 139 BGB. zu entscheiden, ob ihre Nichtigkeit den ganzen Pachtvertrag nichtig macht. 5. Die hiermit aufgeworfene Frage hat das BG. im Gegensatz zu dem LG. verneint, weil es meint, daß der Jagdvorsteher den Pachtvertrag nur zu den durch Auslegung bekanntgemachten Bedingungen abschließen dürfe und daß er das ganze Verpachtungsverfahren, insbes. die Bekanntmachung der Pachtbedingungen, frist- und formgerecht wiederholen müsse, wenn er zu veränderten Bedingungen abschließen wolle. Für diese Annahme gewährt das Gesetz aber keinen Anhalt. Nach § 21 Abs. 3 Satz 2 JagdO. hat der Jagdvorsteher die von ihm „in Aussicht genommenen Pachtbedingungen" bekannt zu machen. Werden diese Bedingungen nach § 21 Abs. 4 JagdO. „festgestellt", weil keine Einsprüche erhoben oder etwa erhobene Einsprüche zurückgewiesen sind, so darf kein Jagdgenosse mehr dagegen Einspruch erheben, daß der Jagdvorsteher zu diesen Bedingungen abgeschlossen hat (§ 23 Abs. 2 Satz 2 a. a. O.). Daraus ergibt sich, was ja auch nur der Natur der Sache entspricht, daß der Jagdvorsteher sehr wohl zu anderen Bedingungen als den in Aussicht genommenen und bekannt gemachten abschließen darf. Die Rechte der Jagdgenossen werden dadurch gewahrt, daß der Pacht-

---

Zu 22. 1. Daß die Frage der Nichtigkeit von Jagdpachtverträgen über gemeinschaftliche Jagdbezirke in den §§ 21 ff. JagdO. nicht völlig erschöpfend geregelt sein sollte und auch nicht so geregelt ist, sollte eigentlich wohl einer besonderen Begründung nicht bedürfen. Schon der Gebrauch des Wortes „Pachtvertrag" im § 24 bringt ohne weiteres zum Ausdruck, daß der Jagdpachtvertrag von vornherein die überhaupt für Pachtverträge geltenden Vorschriften privatrechtlicher Natur erfüllen und deshalb auch den dafür vom BGB. aufgestellten Voraussetzungen entsprechen muß. Der Jagdpachtvertrag ist eben auch wie alle sonstigen Pachtverträge ohne weiteres nichtig, wenn er z. B. von dem Jagdvorsteher mit einem wegen Geisteskrankheit Entmündigten geschlossen ist. Die JagdO. hat eben zu diesen allgemeinen privatrechtlichen Erfordernissen lediglich noch einige weitere Sonderbestimmungen für den Jagdpachtvertrag hinzugefügt, welche bei Vermeidung der Nichtigkeit bei dieser Art Pachtvertrag außerdem innezuhalten sind. Eine Bestätigung dafür ergibt sich ja auch mittelbar daraus, daß nach Literatur und Rspr. diejenigen Nichtigkeitsfragen, die sich aus privatrechtlichen Mängeln des Jagdpachtvertrags ergeben, von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sind (OVG. 66, 373). Sogar nicht einmal die durch die JagdO. für den Jagdpachtvertrag besonders eingeführten Nichtigkeitsgründe sind in den §§ 21 ff. erschöpfend aufgezählt. Denn nichtig ist z. B. auch der Jagdpachtvertrag, welcher im Widerspruch mit den Bestimmungen der JagdO. über Jagdbezirke abgeschlossen ist (RG. 73, 363 = JW. 1910, 720).

2. Der Entsch., daß der Jagdvorsteher beim Abschluß des Jagdpachtvertrags nicht strikt an die vorher ausgelegten Bedingungen gebunden ist, muß beigetreten werden. Schon der im § 21 Abs. 3 Satz 2 gewählte Ausdruck, daß die von ihm in Aussicht genommenen Bedingungen öffentlich auszulegen sind, lassen sprachlich vermuten, daß er dadurch nicht unbedingt zum Pachtabschluß genau auf Grund nur gerade dieser Bedingungen verpflichtet sein soll. Er unterbreitet vielmehr dadurch den Jagdgenossen nur seine Absicht, in welchem Sinne er Pachtlustigen die Jagdpachtofferte machen will. Bezüglich der letzteren stimmen die Jagdgenossen durch Unterlassung des Einspruchs zu. Sobald er unter Abweichung von diesen Bedingungen im Interesse und im Sinne der Jagdgenossen einen zweckmäßigen Pachtvertrag erzielen zu können glaubt, ist er nach seiner Amtspflicht nicht nur berechtigt, sondern auch zu einer Abänderung verpflichtet. Allerdings steht gegen diese Abweichung den Jagdgenossen ein Einspruchsrecht bei der Auslegung des wirklich abgeschlossenen Vertrags zu. Gerade diese im § 23 gesetzlich vorgeschriebene erneute Auslegung be-

vertrag selbst nochmals öffentlich auszulegen ist (§ 23 Abs. 1 a. a. O.), und daß die Jagdgenossen dann gegen jede durch den Pachtvertrag bewirkte Änderung der in Aussicht genommenen und festgestellten Bedingungen Einspruch erheben dürfen (§ 23 Abs. 2 a. a. O.). Ein solcher Einspruch kann aber nicht darauf gestützt werden, daß die Bedingungen überhaupt geändert seien, der Jagdgenosse hat vielmehr darzulegen, daß die Änderung seine Rechte verletze oder wenigstens ihm oder der Jagdgenossenschaft nachteilig sei. Tritt also ein Pachtlustiger an den Jagdvorsteher mit dem Verlangen heran, die ausgelegten Bedingungen zu ändern, so kann der Jagdvorsteher das sofort und ohne besonderes Verfahren tun. Er hat nur zu prüfen, ob er deshalb Einsprüche der Jagdgenossen zu gewärtigen und ob er zu befürchten hat, daß etwaige Einsprüche aus sachlichen Gründen durchdringen könnten. Die nach § 139 BGB. aufzuwerfende Frage ist also dahin zu stellen, ob der Jagdvorsteher die von den Bekl. etwa geforderte Streichung der streitigen Vorschrift in § 19 der Allgemeinen Bedingungen aus sachlichen Gründen abgelehnt haben würde. Diese Frage hat das BG. noch nicht beantwortet und deshalb muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. 6. Bei der Prüfung jener Frage werden alle diejenigen Momente ins Gewicht fallen, welche das BG. jetzt wegen der unrichtig beurteilten formellen Rechtslage ausschalten zu können glaubt. Daß etwa die Bekl. auf die streitige Vorschrift irgendwelchen Nachdruck gelegt hätten, ist vom BR. nicht festgestellt worden. Er hält es — bei Erörterung der Arglisteinrede — nur für denkbar, daß die Bekl. an jener Vorschrift Interesse gehabt haben könnten. Das genügt offenbar nicht als Unterlage für die — etwaige — Annahme, daß die Bekl. den Vertrag ohne die streitige Vorschrift des § 19 der Allgemeinen Bedingungen nicht abgeschlossen hätten. 7. Die Einrede der Arglist kommt erst dann in Betracht, wenn der BR. auf Grund der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß der ganze Pachtvertrag nichtig ist. Alsdann wird zunächst zu prüfen sein, ob die wesentliche Voraussetzung der Arglisteinrede gegeben ist, daß nämlich die Kl. die nichtige Vorschrift in § 19 der Allgemeinen Bedingungen verzichtend auszuschalten und an dem sonstigen Inhalt des Vertrages festzuhalten gewillt ist (vgl. RG.: JW. 1916, 390[1] und 1926, 1144[1]). Eine eindeutige Erklärung darüber hat die Kl. noch nicht abgegeben. Sie vertritt grundsätzlich die Gültigkeit der Vorschrift, und nur hilfsweise ist sie der Ansicht, daß der Vertrag auch ohne die Vorschrift abgeschlossen worden wäre. In zweiter Linie fragt sich gegebenenfalls, ob die nichtige Vorschrift allein zugunsten der Kl. in den Vertrag eingefügt worden und ob diese deshalb als die an der nichtigen Klausel allein interessierte Partei anzusehen ist. Für den Regelfall darf allerdings davon ausgegangen werden, daß eine Verpächterin in die von ihr entworfenen Pachtbedingungen den Ausschluß des Rechtsweges und die Zuständigkeit der Jagdaufsichtsbehörde deshalb hineinbringt, weil sie davon für sich selbst Vorteile erwartet. An der vom RG. (RG. 91, 361) weiter aufgestellten Voraussetzung für die Arglisteinrede würde es vorliegend nicht fehlen. Die Bekl. wollten tatsächlich in gewissem Umfange sich ihrer Vertragspflichten entledigen, gleichzeitig aber das auf Grund des Vertrages Empfangene behalten. Nach der unbestrittenen Behauptung der Kl. haben die Bekl. im Pachtjahre 1926 die Jagd v. 1. Febr. bis zum 22. Sept. genutzt, sie wollen dafür aber keine Pacht, auch keine sonstige Entschädigung bezahlen. Auch gegenüber der Bereicherungsklage haben sie vollständige Abweisung der Klage beantragt. Unter diesen Umständen kann es unerörtert bleiben, ob der Entsch. RG. 91, 361 grundsätzlich beizutreten wäre. 8. Hilfsweise hat sich die Kl. noch auf den Standpunkt gestellt, daß die Vorschrift in § 19 der Allgemeinen Bedingungen, wenn sie als Abrede über die Zuständigkeit der Behörden nichtig sei, dann immer noch den Erfordernissen eines Schiedsvertrages entspreche und als solcher nach § 140 BGB. gültig sei, weil anzunehmen sei, daß die Parteien bei Kenntnis von der Nichtigkeit der Zuständigkeitsabrede den Schiedsvertrag gewollt haben würden. Diesen Willen der Parteien hat das BG. aus tatrichterlichen und mit der Rev. nicht anfechtbaren Erwägungen aber gerade verneint. In rechtlicher Beziehung bemängelt die Rev. hier die Fragestellung des BR., indessen zu Unrecht. Er hat nicht gefragt: „Haben die Parteien jenen Willen gehabt?", er hat vielmehr dem Gesetz entsprechend gefragt: „Hätten die Parteien jenen Willen gehabt, wenn sie bei Abschluß des Vertrages gewußt hätten, es sei unzulässig, die Jagdaufsichtsbehörde in ihrer Eigenschaft als Behörde mit der Entscheidung der sich aus dem Vertrage ergebenden Streitigkeiten zu betrauen?" Entsprechend sagt dann auch das BG. bei der Beantwortung der richtig aufgeworfenen Frage, daß man den Parteien jenen Willen nicht unterstellen könne. Danach sind rechtliche Bedenken gegen die Nichtanwendung des § 140 BGB. durch den BR. nicht zu erheben. 9. Auf die Klauseln wegen des Verwaltungszwangsverfahrens in den §§ 7 und 14 der Allgemeinen Bedingungen ist der BR. nicht eingegangen, brauchte er von seinem Standpunkt aus auch nicht einzugehen. Das LG. hat die Nichtigkeit jener Vorschriften nur unterstellt, sie ist aber unbedenklich anzuerkennen. Die VO. betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen v. 15. Nov. 1899 (GS. 545) beruht auf einer Vorschrift des preuß. AusfG. z. ZPO.; i. d. Fass. des Gesetzes von 1879 (GS. 281) war es der § 14, i. d. Fass. von 1899 (GS. 388) ist es der § 5. Diese Vorschrift betrifft die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen aus den Entscheidungen und Anordnungen der zuständigen Verwaltungsbehörden, eines Verwaltungsgerichts, einer Auseinandersetzungsbehörde oder eines solchen Instituts, welchem die Befugnis zur Zwangsvollstreckung zusteht. Um alles das handelt es sich nicht, wenn die Kosten einer Feldschädenfestsetzung durch Sachverständige (§ 14 der Allgemeinen Bedingungen) oder wenn die Pachtgelder (§ 7 a. a. O.) beigetrieben werden sollen. Die Entscheidung einer zuständigen Verwaltungsbehörde kommt auch in letzterer Hinsicht nicht in Frage, weil die streitige Vorschrift im § 19 der Allgemeinen Bedingungen für nichtig erachtet werden mußte. Da die VO. betr. das Verwaltungszwangsverfahren öffentliches Recht enthält, so kann sie durch Verträge von Privatpersonen nicht geändert, namentlich nicht erweitert werden. Wie sich Privatpersonen wegen privatrechtlicher Schulden durch Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen können, ist im § 794 Nr. 5 ZPO. geregelt. Den hier gebotenen Weg haben die Parteien nicht gewählt, der von ihnen gewählte steht ihnen nicht offen. Sind hiernach die im Tatbestand mitgeteilten Vorschriften

stätigt aber indirekt die Zulässigkeit für jene Abweichung von den vorher schon ausgelegten Bedingungen. Denn diese zweite Auslegungspflicht wäre nicht recht verständlich, wenn dadurch nicht gerade Abänderungen der früheren Pachtofferte zur Kenntnis der Jagdgenossen zwecks etwaigen Einspruchs gebracht werden sollten. Damit übereinstimmend sagt auch die amtliche Ausführungsanweisung zum § 23, daß dieser jetzige Einspruch sich nur gegen diejenigen Teile des Pachtvertrags richten dürfe, welche noch nicht in dem früheren Verfahren festgestellt seien, damit nicht über dieselbe Angelegenheit ein doppeltes Verfahren stattfinde.

3. Bei den Jagdpolizeibehörden herrscht vielfach das Bestreben, möglichst ausnahmslos alle Jagdpachtstreitigkeiten unter ihre Jurisdiktion zu bringen. Augenscheinlich aus diesem Bestreben heraus ist auch der Inhalt des hier in Betracht kommenden Jagdpachtvertrags, der, wie die Gründe nebenher erkennen lassen, den Parteien von den Verwaltungsbehörden empfohlen ist, hinsichtlich des Ausschlusses des ordentlichen Rechtswegs und der Zulässigkeit des Verwaltungszwangsverfahrens zu erklären. Mit Recht hat die Entsch. beide Vertragsbestimmungen für nichtig erklärt. Die Zuständigkeit der Jagdpolizeibehörde zur Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten aus einem Jagdpachtvertrage zu erreichen, ist der einzige rechtlich zulässige Weg die Vereinbarung eines Schiedsgerichts unter den in §§ 1025 ff. ZPO. festgesetzten Voraussetzungen. Ihr Vorhandensein ist im vorl. Falle mit Recht verneint worden. Alle anderen Vereinbarungsarten über die Zuständigkeit der Behörden sind, weil sie sich gegen öffentlichrechtliche Vorschriften richten, nichtig. An sich würde gegen die ordnungsmäßige Einsetzung des Jagdpolizeibeamten in einem Jagdpachtvertrag kaum etwas eingewendet werden können.

Abmachungen, daß solche rein zivilrechtlichen Forderungen wie Jagdpachtzins und Flurschadenersatz im Verwaltungszwangsverfahren beitreibbar sein sollen, sind nur dann nicht nichtig, wenn diese Geldbeträge nach den bestehenden Vorschriften, wie es in der VO. v. 15. Nov. 1899 heißt, der Beitreibung in diesem Verfahren unterliegen. Eine solche Vorschrift für Ansprüche aus einem Jagdpachtvertrage gibt es nicht, bestehen aber z. B. für Forstgefälle des Fiskus, insbes. für Holzkaufsgelder (siehe dazu RGSt. 15, 326).

AGR. Görcke, Eberswalde.

in den §§ 7 und 14 der Allgemeinen Bedingungen für nichtig zu erachten, so werden sich bei ihnen im Hinblick auf den § 139 BGB. und wegen der Arglisteinrede im wesentlichen dieselben Fragen ergeben, wie sie oben mit Rücksicht auf den § 19 der Allgemeinen Bedingungen erörtert worden sind. Auch über diese Fragen wird das BG. gegebenenfalls zu entscheiden haben.

(U. v. 20. April 1928; 646/27 VII. — Düsseldorf.) [Ku.]

II. Verfahren.

23. §§ 1, 4, 9 RSiedlG. Zulässigkeit des Rechtsweges. Das den gemeinnützigen Siedlungsunternehmern verliehene Vorkaufsrecht kann nur „zur Schaffung neuer Ansiedlungen, sowie zur Hebung bestehender Kleinbetriebe" — § 1 —, nicht auch zu anderen Zwecken, namentlich nicht zu eigenem Gebrauche ausgeübt werden. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes hängt nicht vom freien Ermessen des Siedlungsunternehmens ab; dieses hat sich vielmehr von einer auf die Zwecke der Siedlung und auf die berechtigten volkswirtschaftlichen zu billigenden Belangen des Grundstückskäufers zu nehmenden Rücksicht leiten zu lassen.†)

Die Rev. meint, es sei nicht zutreffend, daß das durch das RSiedlG. den Siedlungsunternehmen verliehene Vorkaufsrecht ausschließlich dem Zwecke diene, neue Ansiedlungen zu schaffen und bestehende Kleinbetriebe zu heben; vielmehr könne das Siedlungsunternehmen von dem Vorkaufsrecht auch zu anderen Zwecken Gebrauch machen, wie sich ohne weiteres aus der Bestimmung des § 9 Abs. 2 RSiedlG. ergebe. Diese Auffassung der Kl. findet in dem RSiedlG. keine Stütze. Nach § 1 Abs. 1 RSiedlG. sollen gemeinnützige Siedlungsunternehmungen „zur Schaffung neuer Ansiedlungen sowie zur Hebung bestehender Kleinbetriebe" begründet werden. Damit ist die Aufgabe der Siedlungsunternehmen und der Zweck des RSiedlG. klar zum Ausdruck gebracht. Lediglich zur Erfüllung dieser Aufgabe und zur Erreichung dieses Zweckes ist den gemeinnützigen Siedlungsunternehmen das Vorkaufsrecht in § 4 RSiedlG. verliehen, mag dies auch in § 4 nicht besonders betont sein, weil es sich aus § 1 Abs. 1 als selbstverständlich ergibt. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird überdies bestätigt durch die Vorschrift des § 9 Abs. 2 RSiedlG. Denn hier wird den Siedlungsunternehmen die Verpflichtung auferlegt, den auf Grund ihres Vorkaufsrechts erworbenen Grundbesitz den im Abs. 1 das. bezeichneten Berechtigten insoweit zum Kaufe anzubieten, als sie den Grundbesitz innerhalb zehn Jahren nicht für Siedlungszwecke verwendet haben. Auch die Ausführungsanweisungen III und IV des preußischen Landwirtschaftsministers (MinBl. 1920, 48 und 51) stehen ersichtlich (vgl. insbes. die Ziff. 1) auf dem hier vertretenen Standpunkt, ebenso auch das Schrifttum. Insbes. betont Krause (PrSiedlG., 2. Aufl., S. 164 Anm. 21), das Siedlungsunternehmen habe das Vorkaufsrecht nur zu Zwecken der Siedlung (ebenso auch von Gehe, RSiedlG., 2. Aufl., S. 102), nicht aber zur Verwendung des Grundstücks zum eigenen dauernden Gebrauch, und Ponfick und Wenzel (RSiedlG., 2. Aufl., S. 142) heben hervor, es werde oft der Vorwurf gegen die Landgesellschaften erhoben, daß ihnen das Vorkaufsrecht mehr als Mittel zur Geldbeschaffung denn als Mittel zur Landbeschaffung diene; es seien sogar Einzelfälle vorgebracht, wonach Landgesellschaften für Nichtausübung des Vorkaufsrechts Abstandsgeld vereinbart hätten; daß ein solches Verfahren dem Geiste und Zwecke des RSiedlG. zuwiderlaufe, bedürfe keiner Betonung. Sodann trägt die Rev. vor, die Ausübung des Vorkaufsrechts stehe im freien Ermessen des Siedlungsunternehmens, das dabei an keine Vorschriften gebunden sei. Auch diese Auffassung steht im Widerspruch mit dem Geist und Zweck des RSiedlG. und den Ausführungsanweisungen des preußischen Landwirtschaftsministers. Hier wird in der Ausführungsanweisung III in Ziff. 4 (MinBl. S. 49, 50) darauf hingewiesen, daß bei der Ausübung des Vorkaufsrechts eine sorgfältige Auswahl unter den zum Verkauf gelangenden landwirtschaftlichen Grundstücken vorzunehmen sei; in erster Linie werde der Landbedarf und die Eignung für Siedlungszwecke ausschlaggebend sein; daneben müsse aber auch den sonstigen Interessen der Volkswirtschaft Rechnung getragen werden; Fälle des Besitzwechsels, welche vom Standpunkt dieser Interessen unbedenklich seien, sollten nach Möglichkeit geschont werden. Als einen solchen Fall führt Krause a. a. O. S. 242 Anm. 9 den Fall an, daß ein Berufslandwirt ein Landgut kauft, um sich eine Existenz zu gründen; das sei volkswirtschaftlich unbedenklich und zu fördern; in ein solches Geschäft dürfe nicht ohne Not eingegriffen werden. Pflichtmäßiges, von sachlichen Gesichtspunkten geleitetes, die Zwecke der Siedlung in erster Linie, daneben aber auch die berechtigten, volkswirtschaftlich zu billigenden Belange des Grundstückskäufers tunlichst berücksichtigendes Ermessen und nicht freies Ermessen ist es also, von dem die Siedlungsunternehmen sich bei der Entschließung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes leiten lassen sollen. Die Nachprüfung, ob die Siedlungsunternehmen sich innerhalb dieser Schranken halten, steht zwar im allgemeinen nicht den Gerichten, sondern den Verwaltungsbehörden (AusfAnw. III Ziff. 6; MinBl. S. 50) zu, aber die hiervon verschiedene Frage, ob ein Rechtsgeschäft, das den Verzicht eines Siedlungsunternehmens auf das Vorkaufsrecht zum Gegenstande hat, als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig ist (§ 138 Abs. 1 BGB.), unterliegt als eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit der Entscheidung der Gerichte (§ 13 GVG.).

(U. v. 9. Febr. 1928; 261/27 VI. — Hamburg.) [Sch.]

24. § 13 GVG.; §§ 200 Abs. 2, 203, 50, 76 PreußWasserG. Für den Entschädigungsanspruch des durch eine nicht genehmigte Wassergewinnung Geschädigten ist der Rechtsweg zulässig.†)

Die Parteien sind Eigentümer zweier benachbarter, nur durch eine Straße getrennter Grundstücke. Die Bekl. hat auf ihrem Grundstück Tiefbrunnen angelegt und aus diesen zur

---

Zu 23. Das Urteil ist außerordentlich erfreulich. Es mehren sich bedauerlicherweise die Fälle, daß in Deutschland Behörden oder mit besonderen Vorrechten und obrigkeitlichen Funktionen betraute Stellen damit Mißbrauch treiben, und es ist nur zu begrüßen, wenn die Gerichte und vorl. das RG. deutlich dagegen Stellung nehmen. Im vorl. Falle hatte ein sog. „gemeinnütziges Siedlungsunternehmen" sich für den Verzicht auf sein Vorkaufsrecht ein Ankaufsrecht zu mäßigem Preise einräumen lassen und dann auf dieses nur gegen eine namhafte Abstandssumme verzichtet. Die Gültigkeit des letzteren Geschäfts stand zur Erörterung.

Das gesamte Schrifttum zum RSiedlG. ist sich darüber einig, daß die gemeinnützigen Siedlungsunternehmungen gem. § 1 nur zu Siedlungszwecken von dem ihnen verliehenen Vorkaufsrecht Gebrauch machen dürfen. Nur darüber gehen die Meinungen auseinander, ob auch eine mittelbare Verwendung zu Siedlungszwecken ausreiche (so Haack: Die Siedlungsgesetze II, 21 und Peters bei Brauchitsch: Die preuß. Verwaltungsgesetze IV, 163 ff.; dagegen Ponfick-Wenzel, RSiedlG., Anm. 2 zu § 4). Aber auch die Vertreter der ersteren Ansicht, von denen sich Haack etwas formalistisch auf den Wortlaut — „Siedlungszwecke" nicht „Besiedlungszwecke" — stützt, denken dabei nur an einen Tausch des durch Vorkauf beschafften Landes gegen anderes zur Siedlung geeignetes Land und der Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts gegen Entgelt wird sogar von Peters a. a. O. ausdrücklich abgelehnt. Nun ist zwar richtig, daß die Verwendung des Landes zu Siedlungszwecken in dem eben erörterten Sinn nicht Tatbestandsvoraussetzung der Ausübung des Vorkaufsrechtes ist und daß nur die zu der Aufsicht über die gemeinnützigen Siedlungsunternehmen berufenen staatlichen Stellen über die richtige Ausübung des Vorkaufsrechts zu wachen haben. Das hindert aber nicht, daß unabhängig davon, ob sie ihrer Überwachungspflicht genügen, die Gerichte über die privatrechtliche Gültigkeit der so getätigten Rechtsgeschäfte entscheiden.

Prof. Dr. E. Molitor, Leipzig.

Zu 24. Die Entsch. ist durchaus zu billigen. Die gegenteilige Ansicht der Rev. ist auch nirgends im Schrifttum vertreten. Sogar in allen den Fällen, in denen der Bezirksausschuß im Beschlußverfahren über Entschädigungsansprüche entscheidet, gewährt das WG. als Rechtsmittel den Rechtsweg nach Analogie des Enteignungsgesetzes (vgl. die Zuständigkeitstabelle bei Herrmann, PrWG. S. 234 ff.). Dasselbe gilt nach der herrschenden Meinung auch für den vom RG. erwähnten § 82 WG.

RA. Max Herrmann, Berlin.

Speisung ihrer Wasserleitung Wasser gefördert, ohne daß ihr ein Wassergewinnungsrecht verliehen war. Die Kl. hat mit der Behauptung, daß dadurch den auf ihrem Grundstück befindlichen Gartenpumpen Wasser entzogen und sie genötigt worden sei, die Brunnen zu vertiefen, auf Ersatz des so entstandenen Schadens geklagt. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges wurde verworfen. Das LG. ist der Auffassung, daß für den hier erhobenen Schadensersatzanspruch aus § 200 Abs. 2 PrWasserG. der Rechtsweg unbedenklich zulässig sei, weil es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handle und der Rechtsweg nirgends ausgeschlossen sei. Das ist rechtlich zutreffend und steht in Einklang mit der Rspr. des RG. (RG. 91, 148[1]). Die Klage wird darauf gegründet, daß die Bekl. zu einer Zeit, wo ihr ein besonderes Wassergewinnungsrecht aus § 203 WasserG. nicht verliehen war, der die Wassergewinnung beschränkenden Vorschrift des § 200 Abs. 1 WasserG. zuwider Wasser gefördert habe, wodurch die jetzt geltend gemachte Schadensersatzpflicht gem. § 200 Abs. 2 WasserG. ausgelöst sei. Es handelt sich hier nicht um einen Anspruch, der sich auf ein durch die Unterwerfung unter die öffentliche Gewalt ausgestaltetes Verhältnis gründet, nicht um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, sondern lediglich um das Rechtsgut und den Rechtskreis einer Privatperson. Dieser Streit ist seinem Wesen nach eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG. Es ist nun nirgends, insbes. nicht im WasserG., eine Vorschrift gegeben, durch die diese bürgerliche Rechtsstreitigkeit dem ordentlichen Rechtswege entzogen wäre. Weil Schadensersatz gefordert wird für Schädigungen, die durch unberechtigte Entnahme vor Verleihung eines seitens der Bekl. gem. § 203 WasserG. nachgesuchten Gewinnungsrechtes entstanden sein sollen, läßt sich gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht der Umstand verwerten, daß in diesem Verleihungsverfahren über einen etwaigen Anspruch der Kl. auf Anlage besonderer Schaden verhütender Einrichtungen und auch über einen Entschädigungsanspruch in Geld die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat (§§ 203, 50, 76 WasserG.). Übrigens ist auch in jenem Verfahren gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Entschädigungsanspruch der Rechtsweg zulässig (§ 76 Abs. 2 WasserG.). Ebensowenig spricht gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges für den vorliegenden Schadensersatzanspruch der Umstand, daß über etwaige nach Verleihung eines Wassergewinnungsrechtes sich nachträglich ergebende Ansprüche (§§ 203, 82 WasserG.) die Verleihungsbehörde zu entscheiden hat, wobei aber auch da für einen Geldentschädigungsanspruch der Rechtsweg für zulässig gehalten wird (Holtz-Kreutz, 4. Aufl., Anm. 14 zu § 82 WasserG.). Da nirgends die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts für einen Anspruch aus § 200 Abs. 2 WasserG. angeordnet ist, so ist auch kein Grund für die Meinung der Bekl. vorhanden, es wäre möglicherweise derselbe Anspruch in zwei nebeneinander laufenden Verfahren zu erörtern. Wenn auch die Anführung des Urt. RG. 91, 150[1]), daß bei der Gesetzesberatung ein Antrag auf Ausschließung des Rechtsweges für Ansprüche aus § 200 Abs. 2 (§ 178 des Entwurfs) abgelehnt sei, nicht zutreffend ist (Holtz-Kreutz, Anm. 11 zu § 200), so ergibt sich doch die damals vom RG. gezogene Folgerung ebensogut daraus, daß ein solcher Antrag in Aussicht genommen war, dann aber doch nicht gestellt worden ist. In der Kommissionsberatung ist übereinstimmend die rein privatrechtliche Natur des Anspruchs aus § 200 Abs. 2 WasserG. festgestellt worden (KomBer. S. 308). Es ist danach bei dem Standpunkt des früheren Urt. des RG. zu verbleiben. Über die durch die prozeßhindernde Einrede entstandenen besonderen Kosten ist erst im Endurteil zu entscheiden (RG. 13, 413; GruchBeitr. 29, 1062; JW. 1897, 4). Es folgt dies daraus, daß erst dann ersichtlich ist, ob besondere Kosten durch das Vorbringen der Einrede entstanden sind und wer in der Hauptsache obsiegt.

(U. v. 17. März 1928; 285/27 V. — LG. I Berlin.)
[Sch.]

25. §§ 935, 938 ZPO.; §§ 135, 136, 313, 878 BGB. Durch eine einstw. Verf. kann dem GBA. nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zur Pflicht gemacht werden. Eine einstw. Verf., welche dem Käufer verbietet, bei dem GBA. den Antrag auf Umschreibung des Eigentums zu stellen, bedeutet, daß ihm zugleich auch verboten werden soll, einen bereits gestellten Antrag auf Umschreibung aufrechtzuerhalten. Es kann nicht nur das in § 938 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich aufgestellte Veräußerungsverbot, sondern auch ein Erwerbsverbot erlassen werden. Eine einstw. Verf. begründet dann ein von dem Grundbuchrichter zu beachtendes Eintragungshindernis. Eine diesem Erwerbsverbot zuwider getroffene Verfügung ist demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist, unwirksam. Die vom Grundbuchrichter trotzdem vorgenommene Eintragung hat dann nicht die Wirkung der Eigentumsübertragung. Auch eine nach Eingang des Eintragungsantrages beim GBA. eingegangene solche einstw. Verf. hat die Wirkung.†)

Durch notariellen, aber wegen unrichtiger Kaufpreisangabe nichtigen Kaufvertrag vom September 1922 verkaufte der Kl. dem Bekl. seine Grundstücke und ließ sie ihm auf. Nach Einreichung der Urkunden mit Umschreibungsantrag beim GBA. ging dort eine vom Kl. beim AG. erwirkte einstw. Verf. ein, durch die dem Bekl. untersagt wurde, den Antrag auf Umschreibung der Grundstücke zu stellen und das GBA. ersucht wurde, einem Umschreibungsantrag nicht stattzugeben. Dem Ersuchen des AG. um Eintragung der einstw. Verf. leistete das GBA. Folge. Es löschte jedoch am 13. März 1923 den Eintrag insoweit von Amts wegen, als zum Ausdruck gebracht war, daß dem gestellten Antrag auf Umschreibung der Grundstücke nicht stattgegeben werden dürfe. Am 20. April 1923 trug es sodann den Bekl. als Eigentümer ein. Am 24. Juli 1923 ist auf Grund eines Beschlusses des LG. für den Kl. ein Widerspruch gegen die Eintragung des Bekl. als Eigentümer eingetragen worden. Die Klage auf Rückauflassung ist vom BG. abgewiesen. Die Rev. des Kl. hatte Erfolg. Die Rev. erscheint insoweit begründet, als das BG. der

---

Zu 25. Das Wesentliche dieser Entsch. liegt in der Ausschaltung der Vorschrift des § 878 BGB. Diese bestimmt, daß eine von dem Berechtigten in Gemäßheit des § 873 BGB. abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam wird, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt ist. Es ist richtig, daß sich der § 878 BGB. nicht auf absolute Erwerbsbeschränkungen bezieht. Aber der weitere Satz des RG., daß er auch auf ein relatives Erwerbsverbot der hier fraglichen Art keine Anwendung finden könne, ist nicht näher begründet. Dagegen trete ich den weiteren Ausführungen des RG. durchaus bei, weil eine gemäß § 873 BGB. abgegebene Erklärung nicht vorliegt. Eine Bindung i. S. dieser Vorschrift ist deshalb nicht gegeben, weil der Erwerber infolge der einstweiligen Verfügung zur dinglichen Einigung nicht berechtigt ist und deshalb auch nicht zur Stellung des Eintragungsantrags. Mit Recht hebt das RG. hervor, daß es sich um die Sicherung des Anspruchs des Veräußerers auf Kondiktion der Auflassung im Wege der einstw. Verf. handelt. Der § 935 ZPO. läßt eine einstw. Verf. in bezug auf den Streitgegenstand zu, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt werden könnte. Dieser Tatbestand ist hier gegeben und da das Ermessen des Richters entscheidet, kann Gegenstand der einstw. Verf. auch ein Erwerbsverbot sein.

Die Frage, ob der Grundbuchrichter, wenn ihm die wirksam gewordene einstw. Verf. zur Kenntnis gelangt ist, den Eintragungsantrag abzulehnen oder mindestens den Erlaß einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO. zu veranlassen hat, ist unbedingt zu bejahen. Nach dem auch das Grundbuchrecht beherrschenden Legalitätsprinzip hat der Grundbuchrichter über das ihm von den Beteiligten beigebrachte oder durch Bezugnahme auf das Grundbuch- oder Handelsregister in Bezug genommene Urkundenmaterial hinaus, auch anderes ihm bekannt gewordene Material bei der Eintragung zu berücksichtigen. Die entgegengesetzte Ansicht der Motive zur Grundbuchordnung S. 73, 74 sind nicht zutreffend (vgl. darüber näheres Oberneck, Grundbuchrecht[4], I, 205—207; DNotV. 23, 158 ff.).

Die Bedenken, die Münzel (DNotV. 28, 282) gegen die Auffassung des RG. geltend gemacht hat, erscheinen mir, mit Rücksicht auf das Vorhergesagte, nicht begründet. Vor allem deswegen, weil in dem vorl. Falle die Bindung des Erwerbes i. S.

vom Kl. erwirkten einstw. Verf. jede Bedeutung abspricht. Dem BG. ist zwar insoweit zuzustimmen, als durch eine einstw. Verf. dem GBA. nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zur Pflicht gemacht werden kann (RG.: JW. 1927, 2204). Vielmehr hat der Grundbuchbeamte aus eigener Machtvollkommenheit und unter eigener Verantwortlichkeit darüber zu befinden, ob eine zu seiner Kenntnis gebrachte, inhaltlich nicht dem § 941 ZPO. unterfallende einstw. Verf. gegenüber einem der Streitteile eine von diesem beantragte Eintragung hindert. Jedoch kann der Auslegung, die der BR. der einstw. Verf., die hier zugunsten des Kl. erlassen ist, im übrigen gegeben hat, nicht zugestimmt werden. Da es sich um eine richterliche Anordnung handelt, so ist das RevG. zu einer selbständigen Auslegung ihrer Bedeutung befugt. Wenn das BG. meint, das an den Bekl. ergangene Verbot, den Umschreibungsantrag beim GBA. zu stellen, könne, da es sich um eine lästige Anordnung handle, nicht ausdehnend ausgelegt werden, die einstw. Verf. sei daher, da zur Zeit ihrer Zustellung an den Bekl. der Eintragungsantrag bereits gestellt gewesen sei, gegenstandslos, so kann dem nicht beigetreten werden. Anordnungen einer Behörde, und zwar auch solche, welche eine für den Adressaten lästige Auflage enthalten, sind nicht nach ihrem bloßen Wortlaut, sondern nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Eine einstw. Verf., welche dem Käufer verbietet, bei dem GBA. den Antrag auf Umschreibung des Eigentums zu stellen, kann aber ihrem Sinn und Zweck nach nur dahin gedeutet werden, daß dem Käufer zugleich auch verboten werden soll, einen etwa bereits gestellten Antrag auf Umschreibung aufrechtzuerhalten und so die zu seinem Rechtserwerbe erforderliche Eintragung herbeizuführen. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit und Wirkung einer derartigen einstw. Verf. tritt der Senat den Erwägungen des 3. ZS. im Urt. v. 21. Juni 1927, III 282/26 (JW. 1927, 2454) bei. Hiernach ist die Zulässigkeit einer solchen, auf Grund der §§ 935, 938 Abs. 2 ZPO. erlassenen einstw. Verf. nicht zu bezweifeln. Der § 938 Abs. 2 ZPO. spricht allerdings ausdrücklich nur von einem Veräußerungsverbot. Doch ist die daselbst gegebene Aufzählung nicht erschöpfend. Wenn zur Erreichung des Zweckes der einstw. Verf. ein Erwerbsverbot erforderlich ist, so muß dieses gem. Abs. 1 das. ebenfalls für zulässig gehalten werden. Bejaht man dies, so muß ein solches Erwerbsverbot auch in seiner bürgerlich-rechtlichen Wirkung einem Veräußerungsverbot gleichgestellt werden. Diese geht dahin, daß sie die Befugnis des Erwerbers, sich das Eigentum zu verschaffen, zugunsten des Veräußerers beschränkt und zugleich ein von dem Grundbuchrichter zu beachtendes Eintragungshindernis begründet. Eine dem Erwerbsverbot zuwider getroffene Verfügung ist daher gemäß den entsprechend anwendbaren §§ 135, 136 BGB. demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist, unwirksam. Als Verfügung kommt hier die Stellung des Antrags in Betracht, den vom Vertragsgegner bereits bewilligten Eigentumswechsel durch Eintrag im Grundbuch zu vollziehen. Läßt sich das GBA. trotz Kenntnis des Erwerbsverbots herbei, einem dadurch betroffenen Umschreibungsantrage stattzugeben, so müssen innerhalb des Wirkungskreises des Verbotes die Rechtsfolgen entfallen, die eine widersprechende Eintragung sonst mit sich bringen würde; hier insbes. die ihr durch § 313 Satz 2 BGB. verliehene Kraft, im Verein mit der Auflassung die Nichtigkeit eines formwidrigen Rechtsgeschäfts zu heilen. Der Wirksamkeit der einstw. Verf. steht im vorliegenden Falle der Umstand nicht entgegen, daß der Eintragungsantrag bereits bei dem GBA. eingegangen war, als die einstw. Verf. zugestellt wurde. Denn, wie der § 878 BGB. sich nicht auf absolute Erwerbsbeschränkungen i. S. der Art. 86—88 EGBGB. bezieht, so kann er auch auf ein relatives Erwerbsverbot der hier fraglichen Art keine Anwendung finden. Dazu kommt, daß die hier fragliche einstw. Verf. gerade den Zweck hat, den Anspruch des Veräußerers auf Kondiktion der Auflassung zu sichern. Sie hat daher auch die rechtliche Bedeutung, daß die in § 878 BGB. außer dem Eingange des Eintragungsantrags weiter vorausgesetzte Bindung der Parteien ebenso wie der etwa bereits gestellte Antrag selbst vorläufig außer Kraft gesetzt ist (vgl. auch RGRKomm., 6. Aufl., zu § 878 Anm. 3 Abs. 1 a. E.; KG. u. JW. 1, 385; Rosenberg, Sachenrecht, Anm. II 4 zu § 878 BGB.). Hiernach war das BU. aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen. Ob die vorerörterten Wirkungen der einstw. Verf. auch dann eingetreten sind, wenn diese materiell ungerechtfertigt war, weil, wie der Bekl. behauptet, der Kl. bei der Auflassung gewußt hat, daß der Kaufvertrag wegen Formmangels nichtig war und der Kondiktion dann die Vorschrift des § 814 BGB. entgegensteht (RG. 108, 329[1]), wird das BG. zu prüfen haben. Der für den Kl. am 24. Juli 1923 eingetragene Widerspruch gegen die Eigentumseintragung des Bekl. ist dagegen für die Frage des Verlustes des Kondiktionsrechts des Kl. ohne Bedeutung. Ebenso unerheblich ist, ob sich der Bekl. nur auf Drängen des Kl. herbeigelassen hat, der unrichtigen Angabe des Kaufpreises zuzustimmen. Denn der Bekl. behauptet nicht, daß er durch den Kl. in den Glauben versetzt worden sei, es komme auf den Mangel der Form des Kaufvertrags nicht an (vgl. RG. 107, 361).

(U. v. 4. Febr. 1928; 117/27 V. — Köln.) [Sch.]

---

b) Strafsachen.

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

26. § 308 StGB.; § 244 StPO.

1. Begriff des Gebäudes i. S. des § 308 StGB.

2. Der Beweisantrag, daß auf einen Belastungszeugen eingewirkt ist, kann wegen der sich aus dem Gelingen des Beweises ergebenden anderen Bewertung der Aussage dieses Belastungszeugen erheblich sein.†)

Den Begriff des „Gebäudes" (§ 308 StGB.) hat das Schwurgericht nicht verkannt. Ob ein durch Brand oder auf andere Weise beschädigtes Haus noch als Gebäude anzusprechen ist, hängt von dem Zustand des Bauwerks ab. Im Urteil ist der Zustand genau geschildert. Der Dachstuhl war

---

des § 873 BGB. nicht wirksam werden konnte und somit keine Verfügungsmacht zur Herbeiführung der Eintragung für den Käufer des Grundstücks vorlag. Insofern hat aber Münzel recht, wenn er die Auffassung des KG. (JFG. 1, 382; 2, 324), daß der Erlaß einer Zwischenverfügung nicht geboten sei, bekämpft. Das KG. kommt zu diesem Ergebnis, weil das Hindernis nicht leicht zu beseitigen sei. Mit Recht weist Münzel darauf hin, daß die einstw. Verf. zur Sicherung, nicht aber zur Befriedigung dienen und keine vollendeten Tatsachen schaffen soll. Er nimmt Bezug auf die Entsch. des OLG. Dresden in JFG. 3, 303, 306, wonach die Setzung einer Frist zur Behebung des Hindernisses bis zur rechtskräftigen Entsch. in solchen Fällen als geboten bzw. für zulässig erklärt wird. Es ist vor allem in Betracht zu ziehen, daß es sich um eine relative Verfügungsbeschränkung handelt, die durch Zustimmung des Begünstigten oder unter Umständen durch sehr baldige Behebung der einstw. Verf. beseitigt werden kann. Ist aber der Eintragungsantrag endgültig vom Grundbuchamt abgelehnt worden, so kann der Eigentümer an einen gutgläubigen Dritten das Grundstück übereignen und dadurch den vollen Verlust des Rechtes des Käufers bzw. des Erwerbers herbeiführen. Das aber widerspricht dem legislativen Zwecke des § 935 ZPO.

Geh. JR. Dr. Oberneck, Berlin.

[1]) JW. 1926, 159.

Zu 26 u. 27. I. Prozessuales: Das Urt. v. 3. Mai hebt auf die Verfahrensrüge des Angekl. hin das angefochtene Urteil auf, weil der Vorderrichter einen hilfsweise gestellten Beweisantrag des Angekl. weder durch Beschluß beschieden noch in den Urteilsgründen gewürdigt, ihn also vollständig übergangen hatte. Interessant ist dabei, wie das RG. das Beruhen des Urteils auf dem unzweifelhaft vorliegenden Verfahrensverstoß nachprüft. Die fehlende sachliche Würdigung des Beweisantrags holt das RG. selbst nach, indem es untersucht, ob der Beweisantrag unter irgendeinem, wenn auch noch so entfernten Gesichtspunkt von Bedeutung sein konnte. Diese Frage wird bejaht, obwohl es immerhin etwas fernliegend ist, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen deshalb als eine möglicherweise mindere anzuerkennen, weil ein anderer auf ihn eingewirkt hat. Die Glaubwürdigkeit des Einwirkenden wird sicher durch ein solches Verhalten berührt, aber die Glaubwürdigkeit dessen, auf den eingewirkt worden ist, doch im allgemeinen nur ausnahmsweise. Das Instanzgericht hätte denn auch sehr wohl sagen können, daß es keine Veranlassung habe, dem Zeugen deshalb nicht zu glauben, weil auf ihn eingewirkt sei. Hätte es den Beweisantrag mit dieser Begründung abgelehnt, so brauchte es den Tadel des RevG. nicht zu fürchten, hat das RG. es

völlig niedergebrannt, der Ostgiebel und das Mauerwerk der Mansarde waren eingeworfen, die Decken in den mittleren und östlich gelegenen Räumen durchgebrannt. Dagegen waren die Haupträume des Westflügels vollständig erhalten, auch die Decken dort nicht durchgebrochen. Dementsprechend stellt das Urteil fest, daß das zum Teil noch stehende Haus immer noch „ein mit Decken und Wand umgebenes, nach außen ausreichend abgeschlossenes und mit der Erdoberfläche verbundenes selbständiges unbewegliches Bauwerk" war, noch zum Schutze von Menschen, Tieren oder Sachen dienen konnte und zur Abhaltung Unberufener geeignet war. Mehr ist zum Begriff „Gebäude" nicht erforderlich (RGSt. 32, 128). Es wird insbesondere nicht vorausgesetzt, daß das Bauwerk mit einem Dach im baufachlichen Sinne bedeckt sei. Es genügt jeder Abschluß nach oben, der Schutz gewährt, also auch Zimmerdecken. In der Entsch. des RGSt. 49, 51 wurde einem Turnhallenneubau mit aufgebautem Dachstuhl ohne Dach nicht deshalb die Eigenschaft eines „Gebäudes" abgesprochen, weil ein Dach im fachlichen *Sinne* erforderlich sei, sondern weil der Dachstuhl ohne Bedeckung keinen Schutz gegen äußere Einwirkungen gewährte.

Das Bauwerk braucht ferner nicht in seinem ganzen Umfang umschlossen zu sein, nötig ist nur, daß der umschlossene Teil einen größeren Umfang hat, so daß er den Eintritt und den Aufenthalt von Menschen ermöglicht (RGSt. 10, 103; 32, 128). Dieses Erfordernis war erfüllt. Ein erheblicher Teil des ganzen Hauses, das in der Hauptsache aus fünf Zimmern bestanden hatte, war noch in diesem Zustand der Abgrenzung nach oben und nach den Seiten.

Mag auch der erste Brand noch da und dort geschwelt haben, so konnte doch das Haus an anderer Stelle in einer nach § 308 StGB. strafbaren Weise von neuem in Brand gesetzt werden. Denn das Gesetz will den Eigentümer vor völliger Zerstörung seines Gebäudes und die Nachbarschaft vor Übergreifen des Feuers auf ihr Hab und Gut bewahren. Diese Gefahr, die nach dem ersten gelöschten Brand so gut wie beseitigt war, hat der Angekl. durch seine Tat von neuem herbeigeführt. Daß die von ihm bewirkte Zufuhr von Brennstoffen unbewegliche Teile des Hauses entzündet hat, ist dem Urteil zu entnehmen und wurde von der Rev. nicht in Abrede gestellt.

Die Sachbeschwerde ist somit nicht begründet. Dagegen greift die Verfahrensrüge durch. Der Schuldbeweis gegen den Angekl. beruht in der Hauptsache auf den Angaben des Zeugen Kr. Der Angekl. hat aber gerade die Zuverlässigkeit dieses Zeugen angegriffen; indem er geltend machte, daß der Zeuge A. auf Kr. eingewirkt habe. Gemeint kann damit nur sein, daß A. versucht habe, Kr. zuungunsten des Angekl. zu beeinflussen. Dafür hat der Beschwerdeführer Beweis angetreten, indem er sich auf zwei Zeugen berief. Diesen hilfsweise gestellten Beweisantrag hat das Schwurgericht verfahrenswidrig weder im Sitzungsprotokoll noch auch im Urteil beschieden (§ 244 StPO.; RGSt. 29, 438). Das Urteil kann auf diesem Rechtsverstoß beruhen, denn es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die benannten Zeugen nicht vernommen worden sind, und die Möglichkeit kann nicht als ausgeschlossen betrachtet werden, daß das Gericht nach ihrer Vernehmung das Zeugnis des Kr. anders bewertet hätte, als es geschehen ist. Das Urteil ist deshalb aufzuheben.

(2. Sen. v. 3. Mai 1928; 2 D 186/28.) [A.]

27. § 308 *StGB. Selbst verdorrtes, halb verfaultes Gras kann zu den „Früchten auf dem Felde" i. S. des § 308 StGB. gerechnet werden.*†)

Der gesetzgeberische Grund für die Strafnorm des § 308 StGB., welche auf die §§ 286 und 287 PrStGB. zurückgeht (vgl. auch Art. 434 Code pénal), war die mit der Inbrandsetzung der dort genannten Gegenstände in der Regel verbundene Gemeingefahr. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob diese Gegenstände einen besonderen Wert haben. Dieser bildet auch kein Tatbestandsmerkmal der angeführten Bestimmung. Zu „Früchten auf dem Felde" wird man zwar nur solche Erzeugnisse des Bodens zu rechnen haben, welche von den Menschen genutzt werden können. Der Grad des Nutzungswertes ist aber unerheblich.

So hat der 4. StSen. des RG. in der Entsch. D 5623/04 v. 9. Mai 1905 Gras, in der Entsch. RGSt. 38, 140 Wiesenstoppeln und der 5. Sen. im Urt. D 174/12 v. 14. Mai 1912 das in einer Sandgrube wachsende Gras zu den „Früchten auf dem Felde" gezählt (vgl. ferner RGSt. 27, 14). Auch wildwachsendes Gras und selbst verdorrtes, halbverfaultes Gras, welches im vorliegenden Falle in Brand gesetzt wurde, ist dazu zu zählen. Denn beides ist nicht ganz nutzlos.

Die Gefahr, welche bei der Inbrandsetzung entstehen

---

doch verschiedentlich gebilligt, daß sogar dem Zeugen, der nach der als wahr unterstellten Behauptung des abgelehnten Beweisantrags selbst auf andere Aussagepersonen unerlaubt eingewirkt haben sollte, um sie zu einer unwahren Aussage zu verleiten, Glauben geschenkt und auf seine Angaben die Verurteilung des Angekl. gestützt wurde (so die ungedruckten Urt. des 4. StS. v. 15. Mai 1914, 4 D 470/14, und des 1. StS. v. 20. Dez. 1927, 1 D 922/27). So zeigt das Urteil, was vom Standpunkt der nachträglichen Prognose des RevR. alles erheblich sein kann, wenn der Vorderrichter die Erheblichkeit nicht geprüft hat. Erheblich ist i. S. des RevR. nicht nur das, was nach der Erfahrung des Lebens einen bestimmten Schluß geradezu aufzwingt, sondern schon das, was den Schluß überhaupt möglich macht. Mit dieser gewissenhaften Wahrung des Rechts der Parteien auf ordnungsmäßige Erledigung der gestellten Beweisanträge ist es nicht recht in Einklang zu bringen, daß das RG., wenn einmal der Vorderrichter die Beweise, auf deren Erhebung die Partei einen Anspruch hatte, erhoben hat, auf jede Kontrolle in der Richtung verzichtet, ob der Vorderrichter die Beweisergebnisse pflichtgemäß verwertet hat oder ob die Beweisaufnahme wirkungslos an ihm vorübergegangen ist. Wenn der Instanzrichter sich gegenüber einem Beweisantrag nicht ausgesprochen hat, ist der RevR. in die Lage versetzt, alle Möglichkeiten, unter denen der Beweisantrag hätte bedeutsam sein können, in Betracht zu ziehen, während, wenn der Beweis erhoben ist, ihm nach der Auffassung des RG. verwehrt ist, dem Instanzrichter entgegenzuhalten, daß er sich über den betreffenden Punkt überhaupt nicht geäußert hat. Aber die Vorschrift des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO., auf die sich das RG. zur Rechtfertigung seines Standpunktes ständig beruft, und die dem Richter die Angabe der Tatsachen, aus denen er das Vorhandensein der den gesetzlichen Tatbestand erfüllenden Tatsachen gefolgert hat, nur als ein nachgiebiges „Soll" und nicht als ein zwingendes „Muß" zur Pflicht macht, deckt nicht jeden Begründungsmangel des angefochtenen Urteils; sie gibt nur das für die Urteilsbegründung im allgemeinen geltende Prinzip an und läßt die Möglichkeit offen, daß der Einzelfall stärkere Anforderungen stellt. Das RG. verlangt ja auch, obwohl § 267 davon nichts verrät, daß der Vorderrichter sich mit der *als wahr unterstellten* Tatsache in den Urteilsgründen auseinandersetzt, wenn ihre Irrelevanz nicht ganz klar zutage liegt. Darüber hinaus bin ich allerdings der Ansicht, daß das RevG. auch nicht vor jeder „tatsächlichen Feststellung" oder was sich so nennt, haltmachen muß, wenn sie ihm willkürlich und auf einer unsicheren Beweisgrundlage beruhend erscheint. Ich habe diese Frage in meinem Gutachten für den 35. Deutschen Juristentag (1928 S. 464 ff.) behandelt. Hier muß ich mich auf den Hinweis beschränken, daß zwischen der Stellungnahme des Tatsachenrichters gegenüber einem angebotenen und gegenüber einem bereits erhobenen Beweis ein weitgehender innerer Zusammenhang besteht, der es nicht gestattet, die Dinge so verschieden zu behandeln, wie dies das RG. tut. So ist die vorliegende Entsch. ein erneuter Beleg für die innere Unausgeglichenheit der Rspr. zur Frage der freien Beweiswürdigung, auf die schon *Mamroth*: JW. 1923, 125 zu Nr. 4 aufmerksam gemacht hat.

II. *Materiellrechtliches*: Beide Entsch. behandeln die Anwendbarkeit des § 308 StGB., die sie aus ganz verschiedenen Gesichtspunkten heraus bejahen. Das Urt. v. 3. Mai 1928 erklärt den § 308 StGB. für anwendbar, weil dem Eigentümer ein erheblicher Schaden drohte; das Urt. v. 10. Mai 1928 legt umgekehrt hierauf kein Gewicht und hält die Anwendbarkeit des § 308 für gegeben, obwohl das verdorrte Gras, das unter den Begriff „Früchte auf dem Felde" fallen soll, so gut wie keinen Nutzwert hat. Die Bestimmung des § 308 StGB. hat der dogmatischen Erfassung seit jeher besondere Schwierigkeiten bereitet. *Binding* hatte sie lange Zeit als einen Fall qualifizierter Sachbeschädigung angesehen (Die Normen und ihre Übertretung, 1. Aufl., Bd. 2 S. 578 ff.), sich später aber zu der herrschenden Auffassung bekannt, die im § 308 einen eigentümlichen Tatbestand der durch Brandstiftung geschaffenen Gefährdung findet (Lehrbuch, Bes. Teil Bd. 2, 1. Abt. S. 14; Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl., Bd. 2, 2. Hälfte S. 1124). Es ist wohl so, daß sich in der Bestimmung verschiedene, nicht ganz zu vereinende Tendenzen kreuzen. Die Gegenstände, die § 308 in erster Linie als taugliches Objekt bezeichnet, sind Sachen von einem mutmaßlichen Wert, die sich in fremdem Eigentum befinden. Man darf sie nicht, soweit sie fremdes Eigentum sind, in Brand setzen, und man darf auch nicht an eigenen Gegenständen eine Brandstiftung herbeiführen, soweit die Gefahr für solche fremden Gegenstände entsteht. Also kommt es letzten Endes doch auf den Sachwert an, denn § 308 bestraft nun einmal die — vollendete oder drohende — Schädigung fremden Eigentums.

kann, ist bei verdorrtem noch erheblich größer als bei frischem Gras. Diese Gefahr ist auch im ersten Fall offenbar geworden, indem das Feuer über einen 3—4 m breiten Wassergraben auf das Nachbargrundstück hinübergegriffen hat.

Die Nichtanwendung des § 308 StGB. ist deshalb in beiden Fällen der Inbrandsetzung von Rechtsirrtum beeinflußt.

Bei der neuen Verhandlung wird auch zu prüfen sein, ob sich der Angekl. für den Eigentümer des auf seinem Pachtgrund stehenden Grases gehalten, und ob er im zweiten Falle die Zustimmung des Eigentümers zum Anzünden vorausgesetzt hat. Wäre dies der Fall, und hätte dem Angekl. das Bewußtsein gefehlt, daß die angezündeten Pflanzen ihrer Lage und Beschaffenheit nach geeignet waren, das Feuer einer der in § 306 StGB. bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der in § 308 das. bezeichneten fremden Gegenstände mitzuteilen, dann käme mangels des erforderlichen Vorsatzes fahrlässige Brandstiftung in Frage. Sie läge dann vor, wenn die Unkenntnis (Irrtum) des Angekl. durch Fahrlässigkeit verschuldet wäre (§ 59 Abs. 2 StGB.).

(2. Sen. v. 10. Mai 1928; 2 D 407/28.) [A.]

28. 1. Vorsatz der Grunderwerbssteuerhinterziehung durch Angabe eines zu niedrigen Kaufpreises, trotz der Voraussicht, daß nicht er, sondern der gemeine Wert der Besteuerung zugrunde gelegt werden würde.

2. § 50 Abs. 2 ZuwStG. nicht nur anwendbar bei auf Verlangen der Steuerbehörde gemachten Angaben. †)

1. Der Vorsatz der Steuerverkürzung (§ 359 RAbgO.) erfordert allerdings das mindestens bedingte Wissen und Wollen des Täters, durch sein Verhalten eine nach dem Gesetz nicht gerechtfertigte Minderung von Steuereinnahmen herbeizuführen. Wäre also einwandfrei festgestellt, daß mit Einschluß des als Verkaufsvermittler tätig gewesenen Angekl. alle „Beteiligten" bei der Verbriefung des Grundstücksverkaufs die Überzeugung hatten, die Verheimlichung eines Teiles des Veräußerungspreises — als welcher in dem notariellen Vertrage außer der vereinbarten Übernahme der Hypothek von 140 000 ℳ. statt des in Wirklichkeit zu entrichtenden Barbetrages von 22 000 *RM* ein solcher von nur 15 000 *RM* angegeben wurde —, werde eine zu niedrige Festsetzung der Grunderwerbssteuer nicht zur Folge haben, so würde die Verneinung einer durch unrichtige Angabe des Barpreises vorsätzlich versuchten Hinterziehung dieser Steuer rechtlich nicht zu beanstanden sein. Indes geben die Gründe, aus denen der Hinterziehungsvorsatz verneint wird, zu rechtlichen Bedenken Anlaß.

Selbst wenn alle Beteiligten „wußten" und „sich darüber im klaren waren", daß „bei dem niedrigen (Bar-) Preise von 22 000 *RM*" — erst recht also bei dem tatsächlich angegebenen Preise von nur 15 000 *RM* —, die vereinbarungsgemäß von dem Käufer zu entrichtende Grunderwerbssteuer nicht nach dem „Kaufpreis" berechnet, sondern daß die zuständige Steuerbehörde den gemeinen Wert des Anwesens zugrunde legen werde, so ist es doch rechtsirrig, wenn das LG. infolgedessen die Verheimlichung eines Teiles des Barkaufpreises für gänzlich belanglos ansieht. Der „gemeine Wert" wird nach § 138 RAbgO. durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstandes unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände „bei einer Veräußerung zu erzielen wäre". Hiernach ist zwar im Falle einer Grundstücksveräußerung der tatsächlich erzielte Kaufpreis nicht mehr die allein maßgebende Grundlage für die Wertberechnung, und gerade für die Grunderwerbssteuer wird in §§ 11, 12 GrErwStG. vorgeschrieben, daß sie von dem „gemeinen Wert", nach dem Veräußerungspreise aber nur dann zu berechnen sei, wenn dieser höher ist als der gemeine Wert. Gleichwohl ist dem tatsächlichen Kaufpreis auch jetzt noch erhebliche Bedeutung für die Ermittlung des Wertes beizumessen, da er, wie auch der RFH. wiederholt (vgl. z. B. RFHEntsch. 6, 123) hervorgehoben hat, in der Regel den besten oder doch einen besonders wichtigen Anhalt für die Wertfestsetzung bietet; denn im allgemeinen wird es den Vertragsparteien fernliegen, die eine auf Kosten der anderen zu bereichern, und sie werden deshalb regelmäßig den Preis ausbedingen, der nach ihrer Schätzung und Berechnung dem wirklichen — also dem durch die Veräußerung erzielbaren — und somit dem „gemeinen" Werte entspricht oder ihm doch möglichst nahe kommt.

Auch im vorliegenden Falle konnte es daher für die Ermittlung des gemeinen Wertes des Grundstücks und die nach ihm festzusetzende Grunderwerbssteuer von wesentlicher Bedeutung sein, ob neben der übernommenen Papiermarkhypothek von 140 000 ℳ, deren Wert unter Berücksichtigung der damals — Juli 1924 — geltenden Aufwertungsvorschriften (Art. I §§ 1 ff. III. SteuerNotVO.) in Goldmark umzurechnen war (§ 11 Satz 2 GrErwStG. i. d. Fassung von Art. VIII II. SteuerNotVO.; §§ 1 ff. DurchfBest. zu § 11 GrErwStG. v. 27. Febr. 1924, RGBl. I, 136), 22 000 *RM* oder nur 15 000 *RM* als Barpreis vereinbart waren. Soweit die Beteiligten das erkannten und wenigstens auf die Gefahr hin handelten, daß die Verheimlichung eines Teiles des Barpreises eine zu niedrige Festsetzung des gemeinen Wertes und der nach ihm zu berechnenden Grunderwerbssteuer bewirken werde, hätte daher ungeachtet ihrer Annahme, daß die Steuerbehörde den Veräußerungspreis nicht unmittelbar zugrunde legen werde, der äußere und innere Tatbestand des Versuches einer vorsätzlichen Steuerhinterziehung bereits durch die Kaufpreisverheimlichung im notariellen Vertrage erfüllt sein können (RGSt. 58, 54; 60, 6). Insbes. konnten als-

Daß sie nur eine ernsthafte Schädigung treffen will, zeigt die Bestimmung dadurch, daß sie, statt jede fremde Sache zum Brandstiftungsobjekt zu machen, einen Katalog von Sachen bringt, die nach dem Gesichtspunkt ihrer Nützlichkeit für den Eigentümer zusammengestellt sind. Wenn sie dabei auch die „Früchte auf dem Felde" erwähnt, so muß man darunter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas anderes und Höherwertiges als verdorrtes, halbverfaultes Gras oder Wiesenstoppeln verstehen, die das Urt. v. 10. Mai 1928 in Übereinstimmung mit der bisherigen RSpr. hierher rechnen will. Für die Richtigkeit der restriktiven Auslegung, die sich mit der verkehrsüblichen Bedeutung der Worte deckt, spricht vor allem die Aneinanderreihung mit den übrigen privilegierten Schutzobjekten. Bei der Auslegung eines vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffes muß aber der Zusammenhang des Ganzen höherstehen als die Etymologie und die abstrakte logische Erforschung des Begriffsinhalts (s. Binding, Lehrb. d. Strafrechts, 2. Aufl., Bes. Teil Bd. 2 1. Abt. Einl. S. 3). Mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit erweiternder Auslegung von Strafgesetzen (§ 2 StGB.) darf vor allem solchen Strafbedürfnissen, denen der Gesetzgeber mit Recht oder Unrecht keine Beachtung geschenkt hat, und die erst später hervorgetreten oder erkannt worden sind, maßgebender Einfluß für die Gesetzesauslegung nicht eingeräumt werden (s. meinen Aufsatz „Zum Kettenhandelsverbot; zugleich Grundsätzliches über die Auslegung wirtschaftlicher Strafgesetze" JW. 1928, 713 ff. auf S. 714; ferner RGSt. 33, 61). Aus diesen Gründen scheint es mir, daß das Urt. v. 10. Mai 1928 aus dem Begriff „Früchte auf dem Felde" mehr herausholt, als es mit der Idee des Gesetzes zu vereinbaren ist.

Beachtlich ist im Urt. v. 10. Mai 1928 der Hinweis darauf, daß der Angekl. trotz seines Irrtums über die Eigentumsverhältnisse wegen fahrlässiger Brandstiftung bestraft werden kann, wenn dieser Irrtum durch Fahrlässigkeit verschuldet war. Bei Prüfung der Fahrlässigkeitsfrage wird gewöhnlich davon ausgegangen, daß der Täter die Folgen der Tat schuldhaft übersehen haben müsse. Der Fall des § 59 Abs. 2 StGB. lehrt aber, was in der Praxis oft übersehen wird, daß auch die mangelhafte Unterrichtung über die zur Zeit der Tat schon vorhandene Sachlage den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründen kann (s. — speziell für den hier in Frage stehenden Fall — Frank unter VIII, 3 zu § 59 StGB.).

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 28. Daß die Angabe eines zu niedrigen Kaufpreises auch für den Fall der Festsetzung der Grunderwerbsteuer nach dem gemeinen Wert von Einfluß sein und in ihr daher der Versuch einer Steuerhinterziehung gesehen werden kann, ist unbedenklich zuzugeben. Grundsätzlich liegt die Sache ebenso für die Zuwachssteuer (die sich hier noch nach dem sonst fast überall durch neue örtliche Steuerordnungen verdrängten Reichsgesetz von 1911 geregelt zu haben scheint und auf die mit Recht die RAbgO. nicht angewendet wird). Der einfache Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung liegt darin, daß die falsche Angabe doch kaum gemacht würde, wenn von ihr nicht steuerliche Vorteile zu erhoffen wären. Wenn die Urheber der falschen Angabe zur Zeit der Angabe noch nicht wissen, welchen Maßstab die Steuerbehörde anlegen wird, so handeln sie in einer Art dolus eventualis, der aber, da die RAbgO. in Beziehung auf den Vorsatz vom allgemeinen Strafrecht nicht abweichen wollte, für den Tatbestand des § 359 genügt. Prof. Dr. Bühler, Münster.

dann bei dem Angekl. nicht nur die Voraussetzungen einer — sei es nach § 49 StGB., sei es, falls er seines Vorteils als Kaufvermittler wegen handelte, nach § 361 RAbgO. strafbaren — Beihilfe hierzu vorliegen, sondern er konnte sogar selber dadurch zum Täter oder Mittäter der versuchten Steuerhinterziehung werden, daß er — wenn auch nur zum Vorteil des die Steuerschuld vertraglich übernehmenden Käufers — durch seine Einwirkung auf die Vertragschließenden die unrichtige Angabe des Barpreises in dem Kaufbrief vorsätzlich herbeiführte oder mit herbeiführte.

Der als unwiderlegt angesehene Einwand des Angekl., er habe, gleich den übrigen Beteiligten, erwartet, daß die Steuerbehörde nicht den Veräußerungspreis, sondern den gemeinen Wert des Grundstücks der Wertberechnung zugrunde legen werde, vermag daher nicht ohne weiteres seine Freisprechung zu rechtfertigen. Daß die Angabe eines zu niedrigen Preises eine Verkürzung der dem Verkäufer obliegenden Wertzuwachssteuer bezweckte, ist erst recht nicht geeignet, die Annahme einer zugleich mindestens bedingt gewollten Hinterziehung von Grunderwerbssteuer auszuschließen. Denn abgesehen davon, daß hiernach den Beteiligten der Gedanke einer Steuerhinterziehung nicht fremd war, kam es noch nach § 8 ZuwStG. v. 14. Febr. 1911 (i. d. Fass. v. 3. Juli 1913) für die Berechnung des Wertzuwachses zwar zunächst auf den Unterschied zwischen dem Erwerbspreise und dem „Veräußerungspreise" an, der, wie nach § 12 Abs. 2 GrErwStG., nach dem Gesamtbetrage der Gegenleistung" zu bestimmen war. Da hierzu aber auch die übernommene Papiermarkhypothek gehörte, deren wirtschaftl. Wert wegen der damals in Betracht kommenden Aufwertungsvorschriften und -aussichten nicht von vornherein zahlenmäßig feststand, so war auch für die Zuwachssteuer damit zu rechnen, daß der gemeine Wert des Anwesens zugrunde gelegt wurde (§ 11 ZuwStG.). Wenn die Beteiligten das erkannt, gleichwohl aber von einer Verheimlichung eines Teiles des Barpreises erwartet haben, daß sie zu einer zu niedrigen Berechnung des Wertzuwachses führen werde, so würde das die Annahme nahelegen, daß bei richtiger Beurteilung der Rechtslage das LG. in der anerkannten Absicht der Beteiligten, den geschuldeten Wertzuwachs zugunsten des Verkäufers zu verkürzen, mindestens keinen dem Vorsatz gleichzeitiger Hinterziehung der Grunderwerbssteuer entgegenstehenden Umstand erblickt hätte.

2. Zu Bedenken gibt aber die Begründung der Freisprechung des Angekl. auch dadurch Anlaß, daß eine Verfehlung gegen das ZuwStG. — die, wenn sie vorlag, als durch dieselbe Handlung (§ 73 StGB., § 383 RAbgO., § 264 StPO.) begangen, ebenfalls zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden mußte — um deswillen verneint wird, weil eine solche strafbare Zuwiderhandlung erst dann vorliege, wenn — was hier nicht zutreffe — die für die Veranlagung bedeutsamen falschen Angaben infolge einer von der Steuerbehörde verlangten Auskunft hierüber gemacht worden seien. Nach § 50 Abs. 2 ZuwStG. trifft jedoch die in § 50 Abs. 1 vorgesehene Strafe des Vierfachen der verkürzten Steuer auch denjenigen, der — einerlei, ob es sich um eine auf Verlangen der Steuerbehörde eingereichte Zuwachssteuererklärung (§ 39 ZuwStG.) handelt — wissentlich unrichtige Angaben macht, die geeignet sind, zu einer Verkürzung der Steuer zu führen. Daß das auch durch Verheimlichung des richtigen Veräußerungspreises im Kaufbriefe geschehen und daß bei dieser Zuwiderhandlung, auf die freilich die RAbgO. nach deren § 1 Abs. 2 infolge des Wegfalles des Reichsanteiles an der Zuwachssteuer (§ 1 Abs. 3 Ges. v. 8. Juli 1913, RGBl. 521) keine unmittelbare Anwendung findet, auch Beihilfe (§ 49 StGB.) in Frage kommen kann, liegt auf der Hand.

(2. Sen. v. 9. Febr. 1928; 2 D 484/27.) [D.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Preußen.

1. Verfügungsverbote dürfen im Grundbuch vor Zustellung der sie anordnenden einstweiligen Verfügung eingetragen werden. †)

Der Antragsteller hatte im Wege einer einstw. Verf. beim LG. ein Verfügungsverbot erwirkt, nach welchem dem in Wien wohnhaften Antragsgegner verboten wurde, eine für ihn eingetragene Grundschuld zu veräußern, zu verpfänden und zu belasten. Das LG. hat das GBA. um Eintragung dieses Verfügungsverbots ersucht. Dieses Ersuchen wurde vom Grundbuchrichter durch eine Zwischenverfügung beanstandet, nach welcher die Vorlegung des Grundschuldbriefes und der Nachweis gefordert wurde, daß die einstw. Verf. dem Antragsgegner wirklich zugestellt sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschl., soweit der Nachweis der Zustellung der einstw. Verf. verlangt wurde.

Das KG. bestätigt zunächst die Beschwerdebefugnis des BeschwF. als früheren Grundstückseigentümers, obwohl die Beanstandungen des Grundbuchrichters sich auf ein Ersuchen des Verfügungsgerichts beziehen, unter Hinweis darauf, daß nach der Rspr. des Sen. (KGJ. 21 A, 96; 34 A, 257; 41, 253; 52, 154) neben der ersuchenden Behörde auch der betroffene Beteiligte, zu dessen Gunsten die Eintragung des Verfügungsverbots erfolgen soll, beschwerdeberechtigt ist.

Alsdann führt das KG. aus, daß das Verlangen nach Vorlegung des Grundschuldbriefs gem. § 42 GBO. begründet sei (KGJ. 30 A, 240; 38 A, 296; 49, 285; RJA. 15, 79), da das Erfordernis der Briefvorlegung ausnahmsweise nur für die Eintragung von Widersprüchen entfallen würde, die sich auf eine einstw. Verf. und auf bestimmte Tatbestände gründen (KGJ. 27 A, 82 bzw. 85, 86) und das Ersuchen des Gerichts die durch § 42 GBO. vorgeschriebene Briefvorlegung nicht ersetze (OLG. 7, 369; Güthe-Triebel, §§ 39a, 51, 50).

Hiernach fährt das KG. fort:

Dagegen kann die Ansicht des BeschwG., daß der Grundbuchrichter mit Recht den Nachweis der Zustellung der einstw. Verf. fordere, nicht gebilligt werden. Richtig ist allerdings seine Ausgangserwägung, daß es sich bei der Eintragung eines durch einstw. Verf. angeordneten Veräußerungsverbots um eine Grundbuchberichtigung handelt. Mit Recht macht die Vorinstanz in dieser Hinsicht auch keine Unterscheidung, ob die einstw. Verf. sich auf die Erlassung des Veräußerungsverbots beschränkt oder auch, wie es bei der vorl. Verf. geschehen ist, seine Eintragung anordnet. Damit weicht es zwar von den in RJA. 15, 79 (vgl. auch RJA. 14, 236) aufgestellten Grundsätzen ab. Die dort in der Frage der Vollziehung für möglich erachtete unterschiedliche Behandlung der einstw. Verf., je nachdem ob sie nur das Verfügungsverbot oder auch dessen Eintragung zum Inhalte hat, läßt sich jedoch bei erneuter Prüfung nicht rechtfertigen. Die frühere Stellungnahme des Sen. beruht mit auf der Erwägung, daß im Wege der einstw. Verf. alle Eintragungen, soweit sie nicht inhaltlich unzulässig sind, angeordnet werden können. Auf diesem Standpunkt steht auch Güthe-Triebel (§ 19 A S. 127). Diese Ansicht ist aber nicht richtig. Sie kann insbes. nicht auf § 938 Abs. 1 ZPO. gestützt werden. Wenn es in dieser Vorschrift heißt, daß das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind, so sind damit die im Rahmen der Zwangsvollstreckung zulässigen und möglichen Anordnungen gemeint. Da nach § 19 GBO. eine Eintragung grundsätzlich auf freiwillig erteilte oder durch rechtskräftiges Urt. (§ 894 ZPO.) erzwungene Bewilligung desjenigen erfolgt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, so ist eine gegen den Betroffenen erwirkte, auf eine Eintragung gerichtete einstw. Verf. nur dann geeignet, für die angeordnete Eintragung unmittelbar als Unterlage zu dienen, wenn sie entweder gem. § 894 ZPO. die Bewilligung des Betroffenen enthält oder auf Grund besonderer Vorschrift ersetzt. Die erste Möglichkeit scheidet aus, da § 894 ZPO. auf einstw. Verf. keine Anwendung findet. Bei einer einstw. Verf., die die Eintragung eines Veräußerungsverbots zum Inhalte hat, würde aber selbst eine gem. §§ 894, 928, 936 ZPO. erzwungene Bewilligung des Antragsgegners keine Grundlage für die Eintragung abzugeben vermögen, da im Hinblick auf § 137 BGB. auf Grund der Bewilligung des Betroffenen die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung unzulässig ist (KGJ. 21 A, 133). Eine gesetzliche Vorschrift, daß eine Verfügungsbeschränkung auf Grund einer ihre Eintragung anordnenden einstw. Verf. einzutragen sei, besteht nicht. Solche Bestimmungen sind nur für Vormerkungs- und Widerspruchseintragungen gegeben (§§ 885 Abs. 1, 899 Abs. 2 BGB.). Bei ihnen tritt die einstw. Verf. an die Stelle der Bewilligung des Betroffenen. Hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung kam eine solche Ersetzung der Bewilligung durch die einstw. Verf. mit Rücksicht auf § 137 BGB. für das Gesetz nicht in Frage. Aus diesen Erwägungen folgt, daß der Eintragungs-

---

Zu 1. Das Schwergewicht der Entsch. liegt in der Aufgabe des früheren Rechtsstandpunkts, nach welchem die Eintragung von im Wege einstw. Verf. erlassener Verfügungsverbote im Grundbuche von der Zustellung der einstw. Verf. abhängig zu machen waren; dieser Fortschritt ist praktisch und wirtschaftlich außerordentlich zu begrüßen.

Erst jetzt genügen derartige Veräußerungsverbote dem Interessenschutzbedürfnis des Gläubigers, in dessen Hand sie bisher eine ohnmächtige Waffe bildeten, insbes. dann, wenn es sich um Verfügungsverbote gegen Ausländer handelt, die erst im Wege des umständlichen und für den Gläubiger zeitlich unabsehbaren Weges eines diplomatischen Ersuchens zugestellt werden müssen.

RA. Dr. Heinz Kuznitzky, Berlin.

anordnung, welche in einer ein Verfügungsverbot aussprechenden einstw. Verf. dem Verbot angefügt ist, für die Eintragung keine rechtliche Bedeutung zukommt. Sie ist insbes. nicht als eine Anweisung an das GBA. aufzufassen. Denn die Anordnung richtet sich gegen den Antragsgegner. Wenn in den Fällen, in denen durch einstw. Verf. die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs angeordnet wird, das GBA. demgemäß die Eintragung vorzunehmen hat, so geschieht dies nicht, weil das Gericht ihm in der einstw. Verf. eine dahingehende Anweisung erteilt hat, sondern weil das Gesetz in den §§ 885, 899 BGB. dem GBA. vorgeschrieben hat, auf Grund einer solchen einstw. Verf. die Buchung zu bewirken. Im übrigen würde ein Gebot an das GBA., eine Eintragung vorzunehmen, ebenso unzulässig sein, wie ein Verbot, eine Eintragung zu unterlassen (OLG. Dresden: ZBlFG. 1, 244; KGJ. 32 A, 185; 43, 205; JFG. 2, 320; RG.: JW. 1927, 2204). Gebote und Verbote können in einstw. Verf. nur an den Antragsgegner, nicht an Dritte ergehen (RG. a. a. O.; Stein-Jonas, § 938 I). Für die Eintragung des Verfügungsverbots ist daher allein der Teil der einstw. Verf. maßgebend, der das Verbot anordnet und sich hinsichtlich seiner Zulässigkeit auf § 938 Abs. 2 ZPO. gründet. Der daneben in der einstw. Verf. noch enthaltene Ausspruch, daß das Verbot in das Grundbuch eingetragen und das GBA. um die Eintragung ersucht werden solle, kennzeichnet sich nur als Bekundung der Absicht des Gerichts, von der Ersuchensbefugnis des § 941 ZPO. Gebrauch zu machen.

Eine einstw. Verf., welche dem Antragsgegner ein Verfügungsverbot auferlegt, wird wirksam und vollzogen mit der Zustellung der Verfügung an diesen (RG. 51, 129; RJA. 15, 79 bzw. 81; JFG. 1, 383; Stein-Jonas, § 938 III 1; Förster-Kann, § 936 A 3a). Damit entsteht auch die Verfügungsbeschränkung. Der Eintragung in das Grundbuch bedarf sie, soweit sie sich auf eingetragene Rechte erstreckt, nur, um gegenüber den Vorschriften der §§ 136, 135 Abs. 2 BGB. den guten Glauben dritter Erwerber auszuschließen. Aus den erwähnten Vorschriften i. Verb. m. § 892 Abs. 1 BGB. ergibt sich zugleich die Eintragungsfähigkeit des Verfügungsverbots (KGJ. 30 A, 240; RG. 67, 39 bes. 42)[1]). Die Eintragung selbst erfolgt, da die Verfügungsbeschränkung außerhalb des Grundbuchs besteht, im Wege der Grundbuchberichtigung (Güthe-Triebel, Vorbem. zu II. Abschn. Anm. 63; RGRKomm., § 892 Anm. 12; RJA. 6, 239; Kretzschmer: DNotZ. 1917, 349). Wenn du Chesne: DNotZ. 1917, 213/14 die Möglichkeit einer Grundbuchberichtigung verneint, weil ein Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vorliege, so wird seine Ansicht durch § 22 Abs. 1 Satz 2 GBO. widerlegt, wonach zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, dann nicht erforderlich ist, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Aus der genannten Gesetzesbestimmung folgt unzweideutig, daß bei einem Veräußerungsverbot eine berichtigende Eintragung zulässig ist. Ist aber die Eintragung des durch einstw. Verf. angeordneten Verfügungsverbots ohne weiteres im Wege der Grundbuchberichtigung erreichbar, so bedarf es nicht, wie du Chesne a. a. O. S. 210 meint, der Anordnung der Eintragung durch einstw. Verf., um überhaupt die grundbuchliche Verlautbarung des erlassenen Verbots zu ermöglichen.

Die Bedeutungslosigkeit der in der einstw. Verf. neben der Erlassung des Verfügungsverbots enthaltenen Eintragungsanordnung hat aber nicht zur Folge, daß damit auch die Ersuchensbefugnis des Gerichts entfällt. Wenn in § 941 ZPO. diese Berechtigung an die Voraussetzung geknüpft ist, daß „auf Grund der einstw. Verf. eine Eintragung in das Grundbuch zu erfolgen hat", so könnte allerdings daraus entnommen werden, daß die Eintragung eine durch die einstw. Verf. angeordnete Maßnahme sein müsse (so Förster-Kann, § 941 A. 1 und wohl auch Stein-Jonas, § 941 A. 1). Der Wortlaut der Vorschrift zwingt jedoch nicht zu dieser Auffassung. Er läßt vielmehr auch die Auslegung zu, daß es genüge, wenn zur vollen, unbedingten Wirksamkeit der von der einstw. Verf. getroffenen Anordnung gegenüber jedermann deren Eintragung notwendig ist, wie es bei erlassenen Verfügungsverboten der Fall ist. So nehmen denn auch die beiden Erläuterungswerke trotz ihrer anscheinend strengeren Grundauffassung an, daß das Gericht befugt ist, das GBA. um die Eintragung von Veräußerungsverboten zu ersuchen, die durch einstw. Verf. angeordnet sind (Förster-Kann, § 938 Abs. 1d; Stein-Jonas, § 941 Abs. 1; ebenso Kretzschmer a. a. O. S. 350; Güthe-Triebel, Vorbem. zu II. Abschn. A. 83 Abs. 2). Da im Falle des § 941 ZPO. das Gericht nur im Interesse und an Stelle des Gläubigers (Antragstellers), der ebenfalls antragsberechtigt ist (KGJ. 41, 221), um die Eintragung ersucht, so hat in diesem Falle das Ersuchen nur die rechtliche Bedeutung des Antrags. Hieraus würde grundsätzlich folgen, daß das ersuchende Gericht ebenso wie der beantragende Gläubiger das Vorliegen der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des einzutragenden Verfügungsverbots nachzuweisen hätte. Da, wie oben ausgeführt, das Verbot erst mit der Zustellung der es anordnenden einstw. Verf. an den Schuldner wirksam wird und entsteht, so würde dem Gericht der Nachweis obliegen, daß die einstw. Verf. innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. dem Schuldner zugestellt ist. Im vorl. Falle, wo die Schuldner außerhalb des Deutschen Reiches (Wien) wohnen, würde dazu auch der Nachweis gehören, daß die wirkliche Zustellung erfolgt ist. Denn der Zeitpunkt des bei dem Gericht gestellten Gesuchs auf Herbeiführung der Zustellung gemäß dem Vertrage über Rechtsschutz und Rechtshilfe zwischen dem Deutschen Reiche und der Republik Österreich v. 21. Juni 1923 (RGBl. 1924 II, 55) ist nach § 207 ZPO. für die Einhaltung der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. nur entscheidend, wenn die Zustellung auch wirklich nachträglich erfolgt ist. Es leuchtet ein, daß von diesem Standpunkt aus gegenüber einem ausländischen Schuldner eine schnelle Eintragung des angeordneten Verfügungsverbots nicht erreicht werden kann und damit auch der mit der Zustellung des Eintragungsersuchens beabsichtigte Erfolg, nämlich eine Beschleunigung bei der Herbeiführung der Eintragung (Begründung zur ZPO-Novelle von 1898 — zu § 819a) nicht erzielt wird. Der erwähnte gesetzgeberische Grund für die Zulassung der Ersuchensberechtigung des die einstw. Verf. erlassenden Gerichts (§ 941 ZPO.) zwingt daher zu der Annahme, daß, wie bei der auf Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gerichteten einstw. Verf. (RG. 67, 159[2]); 81, 288[3])) auch in dem Falle, daß auf Grund einer einstw. Verf. im Wege der Grundbuchberichtigung ein Verfügungsverbot auf Ersuchen des Gerichts eingetragen werden soll, der Grundsatz des § 929 Abs. 3 S. 1 ZPO. zur Anwendung kommt, obwohl es sich bei der Eintragung des durch die einstw. Verf. angeordneten Verfügungsverbots nicht um die Vollziehung der einstw. Verf. im eigentlichen Sinne handelt, diese vielmehr in der Zustellung an den Schuldner liegt. Es ist also aus dem Zweck der Ersuchensbefugnis zu entnehmen, daß die Eintragung des Verfügungsverbots, wenn sie auf Ersuchen des Gerichts erfolgt, nicht den Nachweis der Zustellung der das Verbot anordnenden einstw. Verf. erfordert. Der gegenteilige Standpunkt der Entsch. RJA. 15, 79 bes. 82 wird aufgegeben. Ob der erwähnte Nachweis auch, wie Güthe-Triebel § 22 A. 40 Abs. 1 meinen, dann entbehrlich ist, wenn der Gläubiger selbst auf Grund der einstw. Verf. die Eintragung des Verbots beantragt, bedarf keiner Entsch.

(KG., 1. ZS., Beschl. v. 15. März 1928, 1 X 28/28.)

*

2. §§ 12, 14 RHeimstättG. **Auch der vertragliche Heimfallanspruch hat kraft Gesetzes die Wirkung einer Vormerkung.**

Nach § 14 RHeimstättG. hat das Vorkaufsrecht (§ 11 des Ges.) und der Heimfallsanspruch (§ 12 des Ges.) Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Hier wird die Wirkung des Vorkaufsrechtes und des Heimfallsanspruchs gegenüber dritten Personen im Anschlusse an die für das dingliche Vorkaufsrecht in § 1098 II BGB. gegebene Vorschrift geregelt (Krüger, Anm. 1 zu § 14). Nach dem Wortlaut des § 14 des Ges. tritt diese Wirkung einer Vormerkung für den Heimfallsanspruch ein. Da hier keine Beschränkung ausgesprochen worden ist, muß angenommen werden, daß damit nicht nur der gesetzliche, sondern auch der darüber hinaus vereinbarte Heimfallsanspruch nach § 12 II gemeint ist (vgl. Bendix, GruchBeitr. 64, 688; Pesl: BayRpflZ. 1920, 281, die beide die Wirkung einer Vormerkung beim Vorkaufsrecht und Heimfallsanspruch erwähnen, ohne dabei zwischen den einzelnen Arten des Heimfallsanspruchs zu unterscheiden. Ebenso Wolff, Sachenrecht 1927, 308). Ein gesetzgeberischer Grund, die Wirkung einer Vormerkung nur dem gesetzlichen, nicht aber dem vertraglichen Heimfallsanspruch zu geben, ist nicht ersichtlich. Hat aber auch der vertragliche Heimfallsanspruch kraft Gesetzes die Wirkung einer Vormerkung, so ist die Eintragung einer solchen Vormerkung für den Heimfallsanspruch unzulässig (vgl. Güthe-Triebel, 4. Aufl. Bd. I S. 205 und Bd. II S. 1831).

(KG., 1. ZS., Beschl. v. 19. April 1928, 1 X 136/28.)

Mitgeteilt von LGR. Dr. Bibergeil, Dessau.

Rechtsentscheide in Miet- und Pachtsachen.

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

1. § 1 Abs. 1 PrPSchO. **Die Vereinbarung des Pächters mit einem Dritten, wonach der Pächter seine Pachtrechte auf den Dritten gegen Entgelt überträgt, gehört zu den sonstigen Vereinbarungen i. S. § 1 Abs. 1 Satz 2 PrPSchO.** †)

Der VerBekl. war Pächter des Ritterguts. Er hat mit Zustimmung der Verpächter seine Rechte aus dem Pachtvertrage gegen ein jährlich zu zahlendes Entgelt auf die VerKl. übertragen, so daß er selbst aus dem Pachtvertrage ausgeschieden ist. Die

[1]) JW. 1907, 833.

[2]) JW. 1908, 47. [3]) JW. 1913, 438.

Zu 1. Der Fall, daß eine Pachtung „gekauft" wird, bildet eine interessante Ausnahmeerscheinung. Der mit Zustimmung des Ver-

BerKl. haben eine Herabsetzung dieses laufenden Entgelts beantragt, sind aber beim PEA. unterlegen. Sie haben Berufung eingelegt. Das LG. sucht einen RE. nach über folgende Frage: Ist die Vereinbarung eines Pächters, wonach er vorbehaltlich der Zustimmung des Verpächters mit einem Dritten vereinbart, daß dieser gegen Gewährung eines Abstandes in die Rechte des bisherigen Pächters eintritt, eine gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 PSchO. dem Pachtvertrage gleichstehende sonstige Vereinbarung, die die Übertragung des Genusses der Erzeugnisse eines Grundstücks gegen Entgelt zum Gegenstande hat? Es will die Frage bejahen. Da die Frage grundsätzlich, für den Fall erheblich und bisher durch RE. nicht beantwortet ist, liegen die Voraussetzungen des RE. vor. Der Ansicht des LG. war zuzustimmen.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 preuß. PSchO. stehen den Pachtverträgen alle sonstigen Vereinbarungen gleich, die die Übertragung des Genusses der Erzeugnisse eines Grundstücks gegen Entgelt zum Gegenstand haben. Eine solche Vereinbarung liegt auch vor, wenn der Pächter seine Befugnisse, die Erzeugnisse des Grundstücks zu nutzen, gegen Entgelt auf einen anderen überträgt. Das kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, wenn die Übertragung in der Form der Unterpacht erfolgt, weil dann sogar ein Pachtverhältnis zwischen beiden besteht. Das gleiche muß aber gelten, wenn in Verfolg des Abkommens der bisherige Pächter aus dem Rechtsverhältnis zum Verpächter völlig ausscheidet, denn auch in solchem Falle leitet der neue Pächter den Genuß der Erzeugnisse aus der Vereinbarung mit dem früheren Pächter her. Gewährt er diesem eine Abstandssumme durch einmalige oder durch wiederkehrende Zahlung, so hat die Vereinbarung beider die Übertragung des Genusses der Erzeugnisse gegen Entgelt zum Gegenstande, fällt also unter den Wortlaut der bezeichneten Vorschrift. Dies entspricht auch durchaus dem Sinn des Pachtschutzrechts. Schon der RE. v. 4. Jan. 1923, 17 Y 13/22 (AgrarZ. 2, 264), weist darauf hin, daß der PSchO. regelmäßig jedes Rechtsverhältnis unterstellt sein muß, das wirtschaftlich ähnliche Beziehungen zwischen den Beteiligten schafft wie ein Pachtvertrag, indem es sich als Überlassung des Fruchtgenusses gegen Entgelt darstellt. Im RE. v. 14. Jan. 1924, 17 Y 27/23 (PächtZ. 1924, 50; Verpächter 1924, 21; JW. 1924, 832), ist dann mit näherer Begründung dargelegt, daß die Pachtschutzgesetzgebung die Leistungen aus den Pachtverträgen derart regeln soll, daß eine gedeihliche Fortführung der Wirtschaft auch auf den Pachtländereien im Interesse der deutschen Volkswirtschaft gesichert ist. Hieraus ergibt sich wiederum die Bejahung der gestellten Rechtsfrage, denn für den Pächter, der an die Stelle eines anderen gegen Gewährung einer geldlichen Abfindung eintritt, bedeutet diese Abfindung einen Zuschlag zum eigentlichen Pachtzinse. Wie aber die wirtschaftliche Fortführung des Betriebes in Abhängigkeit von der Höhe des Pachtzinses steht, so muß sie in solchen Fällen auch von der Höhe des an den früheren Pächter zu zahlenden Entgelts beeinflußt werden. In gleichem Maße wie den eigentlichen Pachtvertrag muß deshalb die PSchO. zur Verfolgung ihres Zwecks auch den Abfindungsvertrag in ihren Geltungsbereich einbeziehen. Dabei macht es keinen grundsätzlichen Unterschied, ob die Abfindung durch einmalige Zahlung oder durch wiederkehrende Leistungen zu erledigen ist. Diese Verschiedenheit kann bei der Anwendung des § 2, nicht aber schon bei der Frage nach der Geltung der PSchO. für Verträge dieser Art Bedeutung gewinnen.

(KG., 17. ZS., RE. v. 19. Dez. 1927, 17 Y 85/27.) [G.]

*

2. § 1 RPSchO.; § 2 PrPSchO. Tritt in einen bestehenden Pachtvertrag an Stelle des bisherigen Pächters ein neuer Pächter durch Vereinbarung mit dem Verpächter ein, so kann eine Leistungsänderung gemäß § 2 PrPSchO. nicht deshalb erfolgen, weil sich die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse während der Pachtdauer, aber vor dem Abschluß des Vertrages mit dem neuen Pächter verändert haben. †)

Der Vater des Pächters hat das Rittergut des Verpächters durch Vertrag v. 1. Juli 1922 bis zum 30. Juni 1940 gepachtet. In dieses Pachtverhältnis ist an Stelle seines Vaters der jetzige Pächter durch Vertrag v. 7. Aug. 1925 eingetreten. Er behauptet, der Vater habe das Gut nur gepachtet, um es ihm, dem Sohne, späterhin zu überlassen, wenn er zur selbständigen Führung des Pachtbetriebes alt genug geworden sei. Schon beim Abschluß 1922 sei deshalb die Abtretung der Pachtrechte an den Sohn tatsächlich in Aussicht genommen worden. Das PEA. hat dem Antrage des Pächters auf Minderung des Pachtzinses entsprochen, indem es bei der Prüfung der Verhältnisse von dem Abschluß i. J. 1922 ausgegangen ist. Auf die Berufung des Verpächters sucht das LG. einen RE. nach über folgende Frage: Gilt bei einer Pachtübernahme als Stichtag für die Festsetzung des Pachtzinses nach § 2 Abs. 1 PSchO. der Tag, an dem der ursprüngliche Pachtvertrag abgeschlossen ist, oder der Tag, an dem der neue Pächter in den unveränderten Pachtvertrag eingetreten und der bisherige Pächter ausgeschieden ist?

Das LG. hält den späteren Zeitpunkt für maßgebend. Da die Frage grundsätzlich, für den Fall erheblich und noch nicht durch RE. beantwortet ist, liegen die Voraussetzungen für den RE. vor. Dem LG. war zuzustimmen.

Nach der ständigen Rspr. des Sen., die auch im Schrifttum allgemein gebilligt wird, bietet § 2 PSchO. keine Handhabe, um den Vertragsteilen die nachteiligen Folgen einer unrichtigen Beurteilung der beim Abschluß des Pachtvertrages bestehenden Verhältnisse abzunehmen. Hiernach kann die Leistungsänderung nur durch solche Veränderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt werden, die nach dem Zeitpunkt eingetreten sind, in dem die Vertragsteile in freier Betätigung ihres Willens die vertragliche Bindung eingegangen sind. Dabei einen Unterschied zu machen zwischen dem Abschluß eines im ganzen Umfange neuen Vertrages und dem Eintritt in ein bereits bestehendes Pachtverhältnis mit Übernahme der bisherigen Vertragsbestimmungen unter Ausscheidung des früheren Pächters, fehlt jeder ersichtliche Grund. Auch beim Eintritt in das Pachtverhältnis handelt der neue Pächter in freier Entschließung, da seine rechtsgeschäftliche Betätigung in keiner Weise rechtlichen Einflüssen unterliegt. Wie er sich zur Übernahme der Pachtung entschließt, kann er auch von dieser Übernahme absehen. Ob er in den Vertrag eintritt, weil er sonst keine Gelegenheit hat, sich selbständig zu machen, insbes. ein anderes Gut zu pachten, sei es, daß keines angeboten ist, sei es, daß ihm die ausreichenden Mittel fehlen, ist rechtlich bedeutungslos, denn diese Umstände mögen Beweggründe für seinen Entschluß abgeben, mindern aber die rechtliche Ungebundenheit seiner Entschließung nicht. Deshalb ist es auch ohne Belang, ob sein Eintritt in den Pachtvertrag schon zu einem früheren Zeitpunkt erwogen oder in Aussicht genommen worden ist. Solange für ihn keine Rechtspflicht zum Eintritt gegeben war, ist sein Wille frei. Nur seine freie Willensbildung ist die Ursache, wenn er beim Eintritt in die

---

pächters — der Genehmigung des Landrates nach § 1 VO. mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 bedarf der Vertrag nicht, da es sich um einen laufenden, also bereits genehmigten Pachtvertrag handelt, in den ein neuer Pächter eintritt — ausscheidende Pächter läßt sich eine laufende Abfindung vom neuen Pächter zahlen, die wirtschaftlich einer Pachtzinserhöhung gleichkommt, nur daß dieselbe dem Verpächter nicht zugute kommt.

Das KG. nimmt mit Recht an, daß diese unter Zustimmung des Verpächters zwischen den Pächtern getroffene Vereinbarung dem Willen des Pachtschutzgesetzes entsprechend einer „sonstigen Vereinbarung, die die Übertragung des Genusses der Erzeugnisse eines Grundstückes gegen Entgelt zum Gegenstand hat", gleichsteht.

Erörtert werden muß die dem Rechtsentscheide nicht unterliegende Frage, ob auf diesem Wege nicht entgegen der VO. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 die landrätliche Genehmigung umgangen werden kann.

Dies muß bejaht werden. Es ist die auch heute noch für die Sicherstellung der landwirtschaftlichen Ernährung wichtige NotVO. durch eine Nov. dahin zu ergänzen, daß die Übertragung der Pachtrechte aus dem laufenden Pachtvertrage — vom Erbfalle abgesehen — der landrätlichen Genehmigung bedarf, falls auf diesem Umwege Nichtlandwirte eine Pachtung sich zu verschaffen versuchen sollten.

RA. Ernst Böttger, Berlin.

Zu 2. Der KGEntsch. scheint für den vorliegenden Fall richtig zu sein. Bedenklich sind die vom KG. zu dem Entsch. gegebenen Gründe. Der Kernpunkt des von dem Rechtsentscheid berührten Fragenkomplexes besteht darin, ob der Leistungs-Änderungsanspruch (so etwa i. S. Mügel über den Begriff usw. des Aufwertungsanspruchs S. 180—184 der 5. Auflage des Aufwertungsrechts) oder der Rechtsschutzanspruch auf eine rechtsgestaltende Abänderungsentscheidung (i. S. von Wagemann, die PrPSchO. Vorbemerkung zu §§ 2—7 Anm. 1) abtretbar ist oder nicht. Das muß bejaht werden, ebenso wie bei der Abtretung einer Aufwertungsforderung auch der Aufwertungsanspruch mit abgetreten wird, zum mindesten aber werden kann (vgl. dazu Mügel, das gesamte Aufwertungsrecht, 1. Teil § 14 Übertragung der Geldforderung und Schuldübernahme). Man nehme für das Pachtschutzrecht folgende Fälle:

1. Der Pächter, der nach seinem Pachtvertrage das unbedingte Zessionsrecht hat, ohne vom Verpächter eine Genehmigung einholen zu müssen, und aus irgendwelchem Grunde, um etwa einem Streit mit dem Verpächter aus dem Wege zu gehen, die Pachtung an einen neuen Pächter abtritt, muß dies mit der Maßgabe tun können, auch dem neuen Pächter eine etwaige Pachtzinsänderungsmöglichkeit, die bereits gegeben ist, zu übertragen. Andernfalls würde er in der Ausübung seines Zessionsrechtes entweder dadurch gebunden sein, daß er Schwierigkeiten in der Findung eines neuen Pächters haben würde, oder dadurch, daß er gezwungen wäre, mit seinem Verpächter selber den Prozeß aufzunehmen. Beides würde ungerechtfertigt sein.

2. Dem Verpächter, der aus irgendwelchen Gründen mit seinem Pächter keinen Pachtstreit haben will und, um diesen zu umgehen, sein Gut verkauft, würde die Möglichkeit fehlen, einen Käufer zu finden, da dieser davor zurückschrecken würde, etwa noch 10 Jahre lang ein Pachtverhältnis mit zu geringen Pachtzinsen auszuhalten, ohne die Möglichkeit zu haben, dies zu ändern. Ein solcher Verpächter müßte entweder unter Preis verkaufen (falls er überhaupt

Pachtung einen zu hohen Pachtzins zusagt. Die Folgen der Zusage können ihm nicht mittels der PSchO. abgenommen werden. Deshalb können nur Ereignisse, die zeitlich hinter seinem Eintritt liegen, bei Prüfung seines Antrags auf Leistungsänderung ins Gewicht fallen.

(KG., 17. ZS., RE. v. 20. Febr. 1928, 17 Y 10/28.) [G.]

*

3. § 1 RPSchO.; § 2 PrPSchO. Seit der Festigung der deutschen Währung ist eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten, die auch bei Jagdpachtverträgen die Änderung des Pachtzinses rechtfertigen kann. Der RE. v. 9. Juli 1926, 17 Y 50/26, trifft für die PrPSchO. v. 18. Aug. 1927 nicht zu. †)

Die Pächter haben am 14. Mai 1924 die Gemeindejagd der Verpächterin auf 6 Jahre gepachtet. Sie begehren die Herabsetzung des Pachtzinses, da er unter den veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr gerechtfertigt sei. Das PEA. hat jedoch den Antrag abgewiesen, indem es unter Hinweis auf den für die frühere PSchO. ergangenen RE. v. 9. Juli 1926, 17 Y 50/26, ausführt, daß die eingetretene wirtschaftliche Veränderung die Herabsetzung eines Jagdpachtzinses, der im Mai 1924 vereinbart ist, nicht rechtfertige. Dagegen haben die Pächter Berufung eingelegt. Das LG. sucht einen RE. darüber nach, ob der erwähnte RE. auch für die heutigen Verhältnisse aufrecht erhalten wird. Es legt ausweislich der beigegebenen Begründung die Frage nicht vor, weil es sich trotz der inzwischen eingetretenen Rechtsänderung durch den RE. für gebunden erachtet, sondern weil sie grundsätzlich ist. Die Voraussetzungen für den RE. liegen daher vor, denn die Frage ist grundsätzlich, für den Fall erheblich und unter dem geltenden Recht in einem RE. noch nicht beantwortet. Dem BG. war darin beizutreten, daß der RE. v. 9. Juli 1926 für die Auslegung der neuesten preuß. PSchO. v. 18. Aug. 1927 nicht mehr zutrifft.

In dem RE. 17 Y 50/26 (JW. 1926, 2639; Verpächter 1926, 96; PächterZ. 1926, 159) ist ausgesprochen worden, daß bei Jagdpachtverträgen, die nach der Festigung der deutschen Währung geschlossen sind, eine inzwischen eingetretene Veränderung des Geldwertes für sich allein die Ermäßigung des Pachtzinses nicht rechtfertigt. Die Begründung dieser Entsch. verweist auf eine Reihe wirtschaftlicher Veränderungen, so auf die Erschwerung der Kreditbeschaffung, auf die Zunahme der Erwerbslosigkeit und den Zusammenbruch zahlreicher Wirtschaftsbetriebe seit der Festigung der Währung, erwähnt auch, daß man inzwischen zu einer richtigeren Wertung der Zahlen gelangt sei, verneint aber das Vorliegen einer allgemeinen wirtschaftlichen Veränderung in bezug auf Jagdpachtverträge, weil die angeführten Erscheinungen sich nicht gleichmäßig auf alle Wirtschaftsgebiete ausgewirkt haben und bei Jagdpachtverträgen an die Voraussetzungen der Leistungsänderung besonders strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Für die PSchO. v. 30. Sept. 1925 kann dieser RE. auch heute noch als zutreffend angesehen werden. Seine Bestätigung liegt darin, daß die PSchO. v. 30. Sept. 1925 nach ihrem § 58 Abs. 4 auf Pachtverträge keine Anwendung fand, die in der Zeit v. 1. März 1924 bis zum 30. Sept. 1925 abgeschlossen waren. Damit hat das Gesetz zum Ausdruck gebracht, daß eine allgemeine wirtschaftliche Veränderung nicht durch Ereignisse begründet werden konnte, die sich nach dem 1. März 1924, also im wesentlichen in der Zeit nach der Währungsfestigung einstellten und vorher nicht vorgefallen sein konnten, weil sie von der Währungsfestigung verursacht, jedenfalls ohne sie nicht möglich gewesen wären.

Es bedeutet deshalb das Inkrafttreten der preuß. PSchO. in ihrer neuesten Fassung, die auf der VO. v. 18. Aug. 1927 beruht und nach der VO. v. 19. Sept. 1927 (GS. S. 177) auch für Jagdpachtverträge gilt, in Hinsicht auf die gestellte Rechtsfrage eine grundlegende Rechtsänderung. Nach § 58 Abs. 4 dieser neuesten PSchO. gilt § 2 auch für solche Pachtverträge aus den Jahren 1924 und 1925, die bisher keinen Pachtschutz genossen. Durch ihre nachträgliche Einbeziehung wird erwiesen, daß das Gesetz in Abweichung von der früheren Anschauung auch bei solchen Verträgen die Befugnis des PEA. zur Änderung des Pachtzinses für notwendig erachtet. Das wäre aber nicht wohl möglich, wenn nicht die Grundlage für die Neufassung der maßgeblichen Vorschriften die Annahme gewesen wäre, daß eine allgemeine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse i. S. des § 2 seit dem 1. März 1924 eingetreten ist. Die Gleichstellung der Jagdpachten mit landwirtschaftlichen Pachtverträgen zwingt dazu, die allgemeine wirtschaftliche Veränderung in dem Sinne, den dieser Begriff durch die Neufassung der PSchO. erhalten hat, auch für Jagdpachtverträge zu bejahen.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der gestellten Rechtsfrage muß hiernach sein, daß die Erscheinungen des Wirtschaftslebens, die seit Anfang 1924, also seit der Festigung der Währung, zu beobach-

---

einen Käufer findet), oder er wäre in die Zwangslage versetzt, mit seinem Pächter den Pachtstreit doch selber führen zu müssen. Beides würde unbefriedigend sein.

Muß nun so die Möglichkeit angenommen werden, den Anspruch auf Abänderung des Pachtzinses mit abzutreten, so kann sehr wohl die freie Entschließung des neuen Pächters sich auf den Umstand ausdehnen, daß er gerade wegen der Möglichkeit der Abänderung des Pachtzinses die Pachtung übernimmt. In solchem Falle können die Gründe des Rechtsentscheids des KG. nicht durchschlagen. Das würde z. B. der Fall sein, wenn der frühere Pächter das Recht der freien Zession hatte. Anders ist dies natürlich, wenn der Eintritt des neuen Pächters von dem Willen des Verpächters abhängt und dieser seine Genehmigung zum Eintritt in den Pachtvertrag nur mit der Maßgabe erklärt, daß der frühere Pachtvertrag vom Tage des Eintritts ab wie ein neuer zu behandeln sei. Diese Erklärung braucht natürlich nicht ausdrücklich gegeben zu werden, kann vielmehr auch aus den Umständen folgen, so z. B. wenn der alte und neue Pächter bis zum Eintritt des neuen Pächters in das Pachtverhältnis von einer Leistungsänderung nichts erwähnt haben und Verpächter nunmehr annehmen muß, daß beide Pächter das alte Pachtverhältnis in dem ungeänderten Zustande so wie bisher fortbestehen lassen wollen. Der neue Pächter muß dann mit dieser Stellungnahme des Verpächters rechnen und nimmt, wenn er trotzdem eintritt, insoweit in freier Entschließung diese Beschränkung seiner Rechtsgestaltungsmöglichkeit auf sich.

RA. Beitzen IV, Hildesheim.

Zu 3. Der vorl. RE. des KG. behandelt die für den wirtschaftlichen Pachtschutz seit der Deflation wichtigste Frage der Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit Stabilisierung der Währung, die nach § 2 preuß. PSchO. unerläßliche Voraussetzung für die Abänderung von Pachtleistungen ist. Der RE. hat in Verpächterkreisen heftigen Widerspruch ausgelöst (vgl. Wilke: Der Verpächter 1928, 37/38; Liman: ebenda 1928, 57 ff.; Meyer: ebenda 1928, 70). KGR. Günther hat ebenda 1928, 46 ff. ausführlich gegen Wilke Stellung genommen und den RE. verteidigt.

Den Ausführungen des RE. ist beizutreten.

1. Zutreffend geht der RE. davon aus, daß durch die neue PSchO. v. 18. Aug. 1927 eine grundlegende Rechtsänderung gegenüber der PSchO. von 1924 insofern eingetreten sei, als die bis dahin pachtschutzlosen Verträge (abgeschlossen zwischen dem 1. März 1924 und 30. Sept. 1925) wiederum dem Pachtschutz unterstellt wurden. Das KG. ist der Ansicht, daß die nachträgliche Einbeziehung der pachtschutzlosen Verträge durch den Gesetzgeber auf der Annahme beruhe, daß eine allgemeine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

---

(gemeint ist: eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse) i. S. des § 2 PSchO. seit 1. März 1924 eingetreten sei. Diese Auffassung des KG. deckt sich mit der amtlichen Begründung zur RPSchO. von 1927, auf der die preuß. PSchO. von 1927 beruht. In ihr heißt es: „Die Voraussetzungen, die zur Schaffung der RPSchO. Veranlassung gegeben haben, liegen zum Teil auch jetzt noch vor. Namentlich sind die wirtschaftlichen Verhältnisse noch nicht wieder völlig konsolidiert." Wenn der Reichstag sich diese amtliche Begründung des Reichsernährungs- und Reichsarbeitsministeriums zu eigen machte, so bejahte er damit die Tatsache, daß trotz Stabilisierung der Währung noch keine Stabilisierung der Wirtschaft vorhanden ist. Die Labilität der wirtschaftlichen Verhältnisse ist also die causa für die grundlegende Rechtsänderung (Einbeziehung der pachtschutzlosen Verträge) gewesen.

2. War und ist aber die Wirtschaft labil, so ist es auch zutreffend, wenn das KG. in seiner Begründung des RE. weiter darauf hinweist, die vom Gesetz berücksichtigte Veränderung sei vornehmlich darin zu finden, daß die in der Zeit nach Stabilisierung der Währung zunächst ziemlich allgemein verbreitete Erwartung eines schnellen Aufstiegs der deutschen Wirtschaft nicht eingetreten sei, daß vielmehr ausgedehnte Wirtschaftskrisen sich einstellten. Wenn das KG. diese Erscheinung weiterhin als einen allgemeinen Kalkulationsfehler bezeichnet (gegen dieses subjektive Moment wenden sich die Angriffe der Verpächterseite besonders), so hat das KG. damit offenbar lediglich sagen wollen, daß die Unsicherheit der wirtschaftlichen Verhältnisse außerhalb einer möglichen und normalen Kalkulation liege. Damit wird aber der scheinbare Kalkulationsfehler objektiviert, d. h. auf das objektive Moment der Labilität der Wirtschaft zurückgeführt. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind eben stärker als menschliche Voraussicht. Das hat das KG. in einem früheren RE., der von der Verpächterseite begrüßt und gebilligt wurde, anerkannt, indem es Inflationsabkommen gerade mit Rücksicht auf die damalige völlige Labilität der Wirtschaft als Ausgangspunkt für Leistungsänderungen ausschied (vgl. RE. des KG. v. 9. Febr. 1925, 17 Y 11/25: JMBl. 102).

3. Wenn Wilke und Meyer a. a. O. die gesetzliche Voraussetzung der Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse dahin auslegen, daß nur eine grundstürzende Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse die causa für eine Leistungsänderung bilden können, so ist das unzutreffend. Der wirtschaftliche Pachtschutz stellt eine spezifizierte clausula rebus sic stantibus dar. Nun hat zweifellos schon bei der allgemeinen Clausula-Lehre nach dem bürgerlichen Recht das RG. in der bekannten Entsch. v. 19. Nov. 1926 i. S. Hoppenrath w. v. Wilamowitz (III 309/26: Ztschr. d. Reichsbundes landw. Pächter 1927, 39) mit dem Grundsatz gebrochen, daß zu einer Änderung von Vertragsleistungen eine katastrophale Ver-

ten sind, diese vom Gesetz als vorliegend betrachtete allgemeine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse darstellen. Dann aber müssen alle diejenigen Entwicklungen und Ereignisse als Teile dieser allgemeinen Veränderung betrachtet werden, die, wenn auch vielleicht nicht das gesamte Wirtschaftsleben einheitlich, so doch breite Schichten der Wirtschaft beeinflußt haben. Damit entfallen die Gründe des früheren RE. für das neue Recht. Er kann für dieses Recht nicht mehr gelten.

Die vom Gesetz berücksichtigte Veränderung wird vornehmlich darin zu finden sein, daß die in der Zeit nach Festigung der Währung zunächst ziemlich allgemein verbreitete Erwartung eines schnellen Aufstiegs der deutschen Wirtschaft nicht eingetroffen ist, daß vielmehr ausgedehnte Wirtschaftskrisen sich einstellten. So kamen in zahlreichen Fällen wirtschaftlich verfehlte Abmachungen zustande, deren wahre Bedeutung erst im Laufe der Zeit erkannt wurde. Die PSchO. gestattet grundsätzlich die Richtigstellung fehlerhafter Abschlüsse allerdings nicht. Diese Begrenzung der Befugnisse zur Leistungsänderung gilt aber nur, sofern es sich um ein Versehen handelt, das ein Vertragsteil beim Abschluß des Rechtsgeschäfts begangen hat. Ein solches Versehen liegt aber nur vor, wenn der irrende Vertragsteil den Wert von Leistung und Gegenleistung aus Gründen, die in seiner Person liegen, falsch einschätzt. Dagegen ist es nicht als Kalkulationsfehler, sondern als eine allgemeine wirtschaftliche Erscheinung aufzufassen, wenn das Wertverhältnis der Leistungen z. B. des Vertragsschlusses ganz allgemein ebenso eingeschätzt wurde, wie es der abschließende Vertragsteil tat, wenn also der Fehler nicht auf Gründen beruht, die gerade in der Person dieses Vertragsteils liegen. Die unrichtige Beurteilung der Zukunft war in der ersten Zeit nach der Währungsänderung so allgemein verbreitet, daß sie in ziemlich weiten Grenzen zur Bewilligung zu hoher Preise führte und sicherlich auch gerade beim Abschluß von Jagdpachtverträgen sehr häufig zu einer unrichtigen Bewertung des Pachtrechts verleitete. Soweit damals der in Wirklichkeit zu hohe Pachtzins infolge der verbreiteten Irrtümer als angemessen galt, handelt es sich deshalb nicht um einen Irrtum des Vertragsteils, der trotz der PSchO. bestehen bleiben muß.

Hiernach ist das Vorliegen einer allgemeinen wirtschaftlichen Veränderung i. S. der PSchO. auch für Jagdpachtverträge, die nach der Festigung der Währung abgeschlossen sind, im allgemeinen zu bejahen. Ob die Voraussetzungen zur Änderung des Pachtzinses im Einzelfalle gegeben sind, bleibt aber jedesmal selbständig zu prüfen. Bei dieser Prüfung wird, wie schon die Gründe des früheren RE. hervorheben, besonders streng zu verfahren sein, weil Jagdpachten zumeist der Befriedigung von Luxusbedürfnissen dienen.

(KG., 17. ZS., RE. v. 20. Febr. 1928, 17 Y 5/28.) [G.]

änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erforderlich sei. Es hat vielmehr den Grundsatz ausgesprochen, daß schon eine solche Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse genüge, welche das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem gegenseitigen Vertrage als grob unbillig erscheinen lasse. Beim wirtschaftlichen Pachtschutz liegt nun eine spezifizierte Clausula insofern vor, als die PSchO. nicht von einer katastrophalen oder sogar wesentlichen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse spricht, sondern ganz allgemein von einer Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Bezüglich des Grades der Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse kommt es nicht auf eine grobe Unbilligkeit, sondern auf eine einfache Unbilligkeit an. Denn das Gesetz sagt, daß Leistungen, die unter den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr gerechtfertigt sind, anderweit festgesetzt werden können, soweit dies der Billigkeit entspricht. Es genügt hiernach, daß eine solche Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse nachgewiesen wird, welche den Pachtzins nicht mehr als billig erscheinen läßt. Demgemäß muß jede durch die Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse erzeugte Unbilligkeit zu einer Abänderung des Pachtzinses führen.

4. Daß sich die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse seit Stabilisierung der Währung stetig wachsend zuungunsten des Pächterstandes geändert haben, wird im Einklang mit obigem RE. des KG. von der sonstigen Rspr. im Pachtschutz jetzt allenthalben anerkannt. Ich verweise auf OLG. Rostock v. 10. Okt. 1927, I Wi 512/6825: Ztschr. d. Reichsbundes landw. Pächter 1927, 273; LG. Magdeburg: ebenda 1926, 201; ObPEA. Gera: ebenda 1927, 131; KreisPEA. Bernburg: ebenda S. 37; PEA. Haynau: ebenda S. 170; PEA. Königsberg: ebenda S. 36 u. 186; LG. Königsberg: ebenda 1928, 73 u. 186; LandesPEA. Braunschweig: ebenda S. 74 u. 133; PEA. Glogau: ebenda S. 75; LG. Glogau: ebenda S. 135; PEA. Dahme: ebenda S. 134. Die Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse wird in diesen Entsch. vornehmlich in der außerordentlichen Steigerung der Produktionsunkosten, vor allem der Löhne und sozialen Lasten, gefunden, die in der Preissteigerung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse keineswegs ihr Gegengewicht findet, da diese wesentlich durch die gesunkene Kaufkraft des Geldes wettgemacht wird. Dazu kommt die Steigerung der Frachten und der Steuern (insbes. der Kommunalzuschläge zur preuß. Steuer vom Grundvermögen) und vor allem die — nach der Deflation infolge der Entkapitalisierung in der Landwirtschaft allmählich einsetzende und in ungeheuerem Ausmaße sich weiter entwickelnde Verschuldung.

Während die Verschuldung der Landwirtschaft i. J. 1924/25 auf 800 Millionen anwuchs, betrug diese im Wirtschaftsjahr 1925/26 bereits etwa 3 Milliarden. Nach den vom Enqueteausschuß des Reichstages und dem deutschen Landwirtschaftsrat ermittelten Zahlen betrug die Verschuldung i. J. 1927/28 11 Milliarden. Darunter haben die nicht fluktuierenden Kredite die Summe von 1,3 Milliarden Mark erreicht. Der Reichsbankdiskont ist von 5 auf 7% erhöht worden, so daß Kredite in der Landwirtschaft durchschnittlich 10—12% Verzinsung erfordern, und das in einer Zeit, wo das landwirtschaftliche Kapital, wenn es sich überhaupt verzinst, sich höchstens mit 1½—2% verzinst!

RA. Dr. Hermann Richter, Halle a. S.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

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

1. § 370 Nr. 4 StGB.; BayFischG. Der Erwerber des Fischereirechtes des Mitgliedes einer öffentl. Fischereigenossenschaft wird nicht ohne weiteres Mitglied der Genossenschaft und kann auch durch die Satzung hierzu nicht gezwungen werden. Für die Verpachtung von selbständigen Fischereirechten gilt § 581 Abs. 2 BGB. †)

Verschiedene Fischereiberechtigte bildeten eine öffentliche Fischereigenossenschaft nach Abschn. 5 FischG. Die Satzung schrieb vor, daß die Mitglieder ihr Fischrecht nur unter der Bedingung verkaufen dürfen, daß der Käufer der Genossenschaft beitrete. Die Genossenschaft verpachtete das Fischereirecht der Genossenschaft in W. Der Genosse N. verkaufte seinen Fischereianteil an den Angekl. M.; der Kaufvertrag wurde notariell beurkundet und grundbuchmäßig eingetragen. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob die Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärung zu einem privaten Kapitalverein wegen Willensmängel und die Übertragung dieses Grundsatzes auf das öffentliche Recht, für welche Auffassung auch die von der Rspr. (RGSt. 57, 83; BayObLGSt. 26, 145) anerkannte Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit rechtsförmlich abgegebener prozessualer Willenserklärungen im Strafprozeß angeführt wird, zu billigen ist. Die durch freiwillige Vereinbarung der Beteiligten zustandegekommene Fischereigenossenschaft ist zwar eine Genossenschaft öffentlichen Rechts; indessen finden, soweit das öffentliche Recht des FischG. nicht einschlägt oder Gegenteiliges bestimmt, die im bürgerlichen Recht entwickelten allgemeinen Grundsätze Anwendung. Nun enthält das FischG. keine diesen Grundsätzen widersprechende Bestimmung, wonach insbes. für den Fall, daß das Fischereirecht seinen Inhaber wechselt, der neue Inhaber ohne weiteres Mitglied der Genossenschaft würde. Während das zeitlich und inhaltlich mit dem FischG. eng zusammenhängende WasserG. die Mitgliedschaft der Wassergenossenschaft an das Eigentum der in die Genossenschaft einbezogenen Grundstücke und Anlagen knüpft und in Durchführung des sog. Realprinzips bei einem Eigentumswechsel den neuen Erwerber automatisch Mitglied der Genossenschaft werden läßt (WasserG. Art. 113 II, 136, 125), tritt durch die auf dem sog. Personalprinzip fußende Fischereigenossenschaft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur eine obligatorische Bindung der Genossen gegenüber der Genossenschaft und den Mitgenossen ein, wenn auch diese Bindung sich auf das dingliche Fischereirecht bezieht und es zur Voraussetzung hat (vgl. hierzu Bleyer, FischG. 3. Aufl. S. 89). Über den Fall, daß das Fischereirecht seinen Inhaber wechselt, äußert sich das FischG., das von den obligatorisch zur Fischerei Berechtigten den

Zu 1. I. Die Überschrift nimmt nur auf § 370 Nr. 4 RStGB. Bezug und ist nicht aus dem Tatbestand zu erkennen, welcher der in dem Art. 68 sowie Abschn. VII BayFischereiG. niedergelegten Tatbestände den Gegenstand der Straftat bildet. Vermutlich ist der Angekl. M. freigesprochen worden, da das unberechtigte Fischen nach § 370 Nr. 4 RStGB. als vorsätzliches Delikt für den inneren Tatbestand das Bewußtsein verlangt, daß der Täter da, wo er gefischt hat, kein Recht zur Ausübung der Fischerei hat. Irrtum in dieser Beziehung schließt, selbst wenn es ein Strafrechtsirrtum ist, den Vorsatz aus. Entsprechend ist die Rechtsauslegung zu § 292 RStGB. anzuwenden (Frank, Note V zu § 292 RStGB.). Hier liegt aber in erster Linie ein Tatsachenirrtum vor; der Angekl. M. ist mit Recht des Glaubens, daß, wenn er das Fischereirecht gekauft hat, auch frei von Rechten Dritter das Recht der Ausübung desselben erworben hat.

II. Unstreitig ist der Kaufvertrag über das selbständige Fischereirecht gültig, da nach Art. 9 Abs. 2 i. Verb. mit Art. 9 Abs. 1 BayFischereiG. auch auf die selbständigen, das sind die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehenden Fischereirechte die Vorschriften des BGB. über Grundstückserwerb und für die Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung finden. Der Käufer M. kann auch nicht mangels einer fischereigesetzlichen Bestimmung gezwungen werden, Genosse der öffentlich-rechtlichen Fischereigenossenschaft zu werden, trotzdem deren Satzung dies vorsieht, es sei denn,

Pächter als Mitglied der Genossenschaft zuläßt, im Gegensatz zum WasserG. überhaupt nicht. Hierüber mag die Satzung Bestimmungen treffen; selbstverständlich kann sie aber außerhalb der Genossenschaft Stehende nicht unmittelbar binden. Überträgt der Inhaber des Fischereirechts das Recht auf einen Dritten, so braucht dieser grundsätzlich die mit der Mitgliedschaft seines Vorgängers verbundene und nur diesen obligatorisch bindende Beschränkung in der Ausübung des Rechts nicht gegen sich gelten zu lassen. Er wird Mitglied der Genossenschaft nur durch freiwilligen Beitritt. Handelt der Genosse durch Übertragung des Rechts gegen die Satzung und seine Verpflichtung als Genossenschaftsmitglied, so mag er sich dadurch der Genossenschaft und den Mitgenossen schadensersatzpflichtig machen. Eine mittelbare Bestätigung dieser Auffassung ergibt sich auch daraus, daß nach Art. 62 Abs. 2 FischG. bei Verpachtung eines zur Genossenschaft gehörigen Rechtes zwar der Pächter als Mitglied in die Genossenschaft eintritt, eine entsprechende Bestimmung für den Fall der Veräußerung indessen fehlt.

Im Zweifel wird durch die Verpachtung eines Fischereirechts dessen Ausübung vom Inhaber vollständig dem Pächter überlassen; für den Inhaber ist damit das Recht, selbst zu fischen, regelmäßig aufgehoben (vgl. Bleyer, Anm. 2 zu Art. 31 FischG., ferner S. 188). Diese Wirkungen des Pachtvertrags treten, wie sich von selbst versteht, auch dann ein, wenn nicht der Inhaber, sondern ein Dritter an seiner Stelle und mit Wirkung für ihn das Recht verpachtet hat. Da nach Art. 9 FischG. auf selbständige Fischereirechte die Vorschriften für Grundstücke anzuwenden sind, so gilt gemäß § 581 Abs. 2 BGB. für die Verpachtung von selbständigen Fischereirechten auch der Grundsatz des § 571 BGB., daß Kauf Miete oder Pacht nicht bricht. Daraus ergibt sich als Folgerung: Wenn der Pachtvertrag, den die Genossenschaft in W. über das Fischwasser abgeschlossen hat, rechtsgültig ist, und wenn der käufliche Übergang des Fischereirechts von N. auf den Angekl. M. erst nach dieser Verpachtung und der Überlassung des Pachtobjektes durch die Eintragung im Grundbuch wirksam geworden ist, so ist der Angekl. für die Dauer seiner Rechtsinnehabung in die Rechte, aber auch in die Pflichten seines Veräußerers aus dem Pachtvertrag eingetreten; er ist dann von der eigenen Ausübung des Fischereirechts für diese Zeitdauer ausgeschlossen.

(BayObLG., StS., Urt. v. 10. Jan. 1928, RevReg. I Nr. 631/27.)

---

daß er sich im Kaufvertrage dazu verpflichtet hat. Wohl ist er nach dem Urt. mit allen Rechten und Pflichten in das Anteilsrecht des verkaufenden Genossen eingetreten und durch diesen Eintritt an die Verpflichtung gebunden worden, daß sein Recht zur Ausübung der Fischerei ruht, solange das Anteilsrecht von der Genossenschaft verpachtet ist und diese Verpachtung vor dem Verkauf des Anteils liegt.

Die Besitzstörungsklage aus § 1004 steht gemäß § 1027 BGB. dem M. als dinglich Berechtigten zu (Art. 9 BayFischereiG.; § 18 PrGes. verweist ausdrücklich den Inhaber des selbständigen Fischereirechtes auf § 1004 BGB.).

Trotzdem ist er aber infolge Verpachtung der Ausübung des Fischereirechtes an die Genossenschaft in W. vor Kaufabschluß ebensowenig strafrechtlich wie zivilrechtlich berechtigt zum Fischen, steht vielmehr gleich dem Eigentümer eines kleinen Grundstückes, auf dem das Jagdrecht zwar besteht, dem aber durch Pachtvertrag mehrerer Grundeigentümer, zu denen er gehört, mit Dritten die Jagdausübung entzogen ist. Er macht sich der Wilderei schuldig, wenn er das Ausübungsrecht der Jagdpächter verletzt (Frank, StGB., 15. Aufl. Note III zu § 292).

III. Noch ein Wort zum Verhältnis des Pächters zur Genossenschaft. Einen Beitrittszwang des Pächters für den Fall, daß das verpachtete Fischerrecht in eine Zwangsgenossenschaft behufs gemeinsamer Bewirtschaftung und Nutzung der Fischwasser einbezogen wird, schließt Art. 32 BayFischereiG. aus. Das Pachtverhältnis erlischt vielmehr, es sei denn, daß der Pächter der Genossenschaft als Mitglied beitritt. Auch das preuß. Fischereirecht kennt keinen Beitrittszwang für den Pächter. Diese übereinstimmende gesetzliche Regelung entspringt einem auf dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Zwangsgenossenschaften wiederkehrenden Gedanken, wie er sich z. B. in den Bestimmungen des PrWasserG. für die Meliorationsgenossenschaften befindet. Nur der Grundeigentümer soll Genosse der Zwangsgenossenschaft sein. Hat er die Nutzungen des Grundeigentums verpachtet, so lassen manche Gesetze, z. B. § 229 PrWasserG., es wohl zu, daß die vom Grundeigentümer zu tragenden rückständigen Beiträge auch von dem Pächter und anderen Nutzungsberechtigten zwangsweise beigetrieben werden können; Gesetz und Rechtsprechung geben aber für diesen Fall dem Pächter einen Erstattungsanspruch gegen den Grundeigentümer (vgl. PrOVG. 13, 226 im preuß. VerwBl. 35, 365). Die Vorteile der Zwangsgenossenschaften wirken sich ja meistens in der kurzen Dauer einer Pachtzeit gar nicht aus und es würde eine Unbilligkeit sein, den Pächter oder andere Nutzungsberechtigte zu den in einem Mißverhältnis zu dem Werte der Nutzungen stehenden Umlagelasten und Genossenschaftsbeiträgen heranzuziehen. Die Vorteile davon hat der Grundeigentümer; das gleiche gilt auch auf dem

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin. Materielles Recht.

1. §§ 254, 823, 833, 960 BGB. Gefangengehaltene Rehböcke sind gefangene wilde Tiere. Der Eigentümer verliert sein Eigentum an ihnen erst durch Aufgabe der Verfolgung. †)

Der Bekl. hielt in einem Gehege zwei Rehe. Am 10. Aug. 1927 brachen diese Rehe aus dem Gehege aus, ein nach dem Bemerken ihres Verschwindens am Morgen eingeleitetes Nachforschen nach ihrem Verbleib war ergebnislos. Am Nachmittag desselben Tages wurden der Kl. und seine Ehefrau, die im Walde spazieren gingen, von dem Rehbock angegriffen, sie versuchten, das Tier abzuwehren und erlitten bei dieser Gelegenheit körperliche Verletzungen und Sachschaden. Der Rehbock ist dann kurz nach dem Vorfall von einem dritten getötet und von dem Bekl. in Anspruch genommen worden.

LG. und KG. haben zu Schadensersatz verurteilt.

Der Bekl. hat den Rehbock im eigenen Interesse monatelang in einem Gehege gehalten, er ist mithin Tierhalter i. S. des § 833 BGB. Diese Eigenschaft hat er auch noch zu der Zeit besessen, als der Rehbock den Kl. und dessen Frau angriff und verletzte. Der Rehbock war kein gezähmtes Tier i. S. des § 960 Abs. 3 BGB.; er wurde in einem Gehege gehalten; für eine Gewohnheit des Tieres, freiwillig in der Gewalt des Bekl. zu bleiben oder nach vorübergehender Abwesenheit wieder in sie zurückzukehren, ist nichts dargetan; infolgedessen ist mit dem LG. anzunehmen, daß der Rehbock als ein in der Gefangenschaft gehaltenes wildes Tier zu erachten ist, das im Eigentum des Bekl. stand. Der Bekl. hat sein Eigentum auch nicht durch das Entweichen des Tieres verloren, er hat alsbald nach der Feststellung, daß die Rehe aus dem Gehege entwichen waren, Nachforschungen nach ihrem Verbleib angestellt und versucht, wieder in den Besitz der Tiere zu gelangen. Er hat sie also unverzüglich verfolgt. Wenn er nach einigen Stunden mit den Nachforschungen aufgehört hat, so kann darin nach Lage der Sache kein Aufgeben der Verfolgung, sondern nur eine einstweilige Einstellung erblickt werden. Der Bekl. hat selbst vorgetragen, daß er den Revierförster von dem Ausbrechen der Tiere benachrichtigt habe. Der Sen. hat keinen Zweifel, daß das lediglich zu dem Zwecke erfolgt ist, um mit seiner Hilfe die Tiere zu ermitteln und ihrer dann wieder habhaft zu werden. Der Bekl. ist also auch nach der Einstellung der Nachforschungen am Vormittag noch Eigentümer des Tiers geblieben. Daß er sich selbst als solcher angesehen hat, folgt aus dem Umstand, daß er nach Tötung des Tiers dieses für sich in Anspruch genommen hat, was er ohne Eingriff in die Rechte des Jagdberechtigten eben nur als Eigentümer des Tiers konnte.

Mit Recht erachtet das LG. den Bekl. deshalb als Tierhalter haftbar, so daß sich eine Prüfung der weiteren Frage, ob der Bekl. auch aus § 823 BGB. wegen mangelhafter Verwahrung haftet, erübrigt. Von einem mitwirkenden Verschulden des Kl. und

---

Gebiete des Fischereirechtes. So würde, wie das hier besprochene Urt. des BayObLGSt. zutreffend ausführt, der Käufer eines Fischereianteiles nur auf Grund freiwilligen Beitritts aus den gleichen Erwägungen heraus Zwangsgenosse werden können, und zwar selbst dann, wenn die Satzung den Genossen für den Fall des Verkaufes verpflichtet, den Käufer zum Beitritt zur Zwangsgenossenschaft zu veranlassen.

RA. Ernst Böttger, Berlin.

Zu 1. Der schadenstiftende Rehbock war nach dem Sprachgebrauch des BGB. ein gefangenes wildes, nicht-gezähmtes Tier, da es lediglich physisch — durch die Einsperrung — beherrscht wurde. Das Eigentum an dem Rehbock wurde gemäß § 960 Abs. II BGB. nicht schon in dem Augenblick verloren, in dem er die Freiheit wieder erlangte; es wäre erst durch Aufgabe der unverzüglich eingeleiteten Verfolgung verloren gegangen. Das Ablassen von dem ersten, vom Tierhalter selbst unternommenen Versuch, den Rehbock wieder einzufangen, ist mit Recht noch nicht als ein Aufgeben der Verfolgung angesehen worden, da die Verfolgung ja keine körperliche zu sein braucht: durch die Mitteilung des Verlustes an den Förster wurde die Verfolgung aufrechterhalten. In dieser Richtung hätte allerdings die Sachlage noch weiter geklärt werden können; es wäre insbes. von Interesse gewesen, wann der Bekl. den Förster von dem Verlust benachrichtigt hat: wenn dies nämlich erst nach der Einstellung der eigenen Verfolgungstätigkeit war, so wäre das ein besonders deutlicher Beweis dafür, daß der Bekl. am Nachmittag, zur Zeit des Eintritts des Schadens, die Verfolgung noch nicht aufgegeben hatte.

Solange der Bekl. noch Eigentümer des Rehbocks war, war er auch Tierhalter und haftete als solcher. Ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten ist nicht dargetan.

Die Entsch. ist also zutreffend.

Prof. Dr. Kern, Freiburg i. Br.

seiner Frau kann keine Rede sein. Allerdings verlieren längere Zeit in Gefangenschaft gehaltene Rehböcke die Scheu vor Menschen, sie neigen besonders in den Monaten des Jahres, in denen sie das fertige Gehörn tragen, eben weil sie die Scheu verloren haben, zu unvermuteten Angriffen auf diese. Infolgedessen ist ihnen gegenüber stets eine gewisse Vorsicht am Platze; daß in der Freiheit aufgewachsene und befindliche Rehböcke gleichfalls zu derartigen Angriffen neigen, trifft nicht zu, sie verlieren auch in der Brunstzeit keineswegs, wie der Sen. aus eigener Sachkunde feststellen kann, die Scheu vor den Menschen. Der Kl. und seine Frau konnten nicht ahnen, daß der Rehbock, den sie im Walde erblickten, ein längere Zeit in Gefangenschaft gehaltenes und erst vor einigen Stunden aus ihr entwichenes Tier war, mußten vielmehr annehmen, daß sie ein in der Freiheit aufgewachsenes Reh vor sich hatten. Infolgedessen war es in keiner Weise fahrlässig gehandelt, wenn sie sich dem Tiere nähern und es zu photographieren suchten.

(KG., 7. ZS., Urt. v. 26. April 1928, 7 U 576/28.)

Mitgeteilt von RA. Littmann, Berlin.

*

2. § 3 preuß. Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918; § 4 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923.

1. Die nach dem Gesetz über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken erforderliche behördliche Genehmigung ist auch rechtswirksam, wenn der genehmigte Kaufvertrag einen unrichtigen Kaufpreis enthielt.

2. Der Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. kann auch ohne Zustimmung des Gegners jederzeit zurückgenommen werden. †)

Die Hauptsache war schon dadurch außer Streit gekommen, daß der VerfKl. im Laufe des Verfahrens erklärte, den Antrag auf Erlaß der einstw. Verf. nicht weiter verfolgen zu wollen. Denn anders als im ordentlichen Verfahren, in dem die Rücknahme der Klage von der Einwilligung des Gegners gem. § 271 ZPO. abhängig ist, findet eine solche Bindung im Verfahren der einstw. Verf. nicht statt. Andererseits ist die Hauptsache auf jeden Fall dadurch erledigt worden, daß im Laufe des Verfahrens die Grundstücksübereignung des VerfKl. auf den VerfBekl. nochmals die landrätliche Genehmigung gefunden hat. Damit war der Grundbuchberichtigungsklage und gleichzeitig auch der zu dem Schutze des Grundbuchberichtigungsanspruchs erlassenen einstw. Verf. selbst dann jede Unterlage entzogen, wenn sie jemals begründet gewesen wäre. Denn das Grundbuch würde unzweifelhaft mit der Erteilung der Genehmigung richtig.

Es kann sich daher jetzt nur noch fragen, wer unterlegen wäre, wenn dies erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre, m. a. W.: die Kosten des Verfahrens sind der Partei aufzuerlegen, welche unterlegen wäre, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dies aber ist der VerfKl. Unstreitig war die landrätliche Genehmigung zu dem notariellen Kaufvertrage auf Grund der Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 erfolgt. Diese Genehmigung umfaßte aber nach ihrem Zweck nicht nur den Kaufvertrag als solchen, sondern das Veräußerungsgeschäft als solches. Die Rechtslage ist bei der Genehmigung der Veräußerung von landwirtschaftlichen Grundstücken eine andere als bei der Genehmigung, welche auf Grund des PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923 zu erfolgen hat. Letztere hat in Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, die Verschleuderung des Grundbesitzes in der Inflationszeit zum Nachteil der Volkswirtschaft zu verhindern, allerdings nur dann zu erfolgen, wenn sich aus den Bedingungen der Verträge ein Anlaß zu einer Beanstandung nicht ergab. Der Zweck der VO. von 1918 war jedoch lediglich der, den Übergang vom Grundbesitz an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken in zum Betrieb der Land- und Forstwirtschaft ungeeignete Hände zu verhindern. Dies folgt aus § 3 der Bek., durch den die Versagungsgründe abschließend geregelt sind, während in dem PrGrVerkG. von 1923 die Versagung der Genehmigung grundsätzlich in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt war. Denn in § 4 des Ges. von 1923 ist die Versagung aus „gewichtigen Allgemeininteressen" an sich schon für zulässig erklärt, sind die einzelnen Fälle des § 4 Ziff. 1—5 nur beispielsweise angeführt. § 3 der Bek. von 1918 dagegen enthält eine solche Generalklausel nicht. Ziff. 1—4 des § 3 befassen sich ausschließlich mit den Belangen der Landwirtschaft. Die Ziff. 5 besagt allerdings, daß die Genehmigung auch bei einer Ausbeutung der Notlage des Eigentümers zu unbilligen Bedingungen zu versagen ist. Dies kommt aber nicht in Frage, wenn ein höherer Kaufpreis, als in dem Vertrage vorgesehen, bewilligt ist. So umfaßt die Genehmigung des Veräußerungsgeschäfts durch den Landrat, wenn er schon bei geringerer Angabe des Kaufpreises den Vertrag genehmigt, jedenfalls auch den zugunsten des Eigentümers ausgeworfenen höheren Kaufpreis. Die in der Bek. vorgesehene Genehmigung der Behörde ist danach auch in einem solchen Falle zu niedriger Kaufpreisangabe mit voller Wirksamkeit erteilt.

Hieraus folgt, daß das Veräußerungsgeschäft zwischen den Parteien von Anfang an gültig genehmigt und infolgedessen wirksam war. Ein Grundbuchberechtigungsanspruch des VerfKl. bestand nicht. Dementsprechend war auch sein Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. zu seinem Schutze von Anfang an nicht begründet.

(KG., 8. ZS., Beschl. v. 17. Febr. 1928, 8 W 10169/27.)

Mitgeteilt von RA. Wiese, Neuruppin.

*

3. PrGrVerkG. vom 10. Febr. 1923. Arglisteinrede gegen eine Schwarzkaufklage auf Grund fahrlässigen Verhaltens eines als Gehilfen des Verkäufers — nicht als Urkundsperson — tätig gewesenen Notars[1]).

Die unrichtige Beurkundung des Vertrages findet die Verkäuferin, jetzt ihr Erbe, darin, daß die notarielle Urkunde nicht die Wertzuwachssteuer erwähnt, die der Käufer übernommen haben soll. Die Einrede der Arglist hatte Erfolg.

Die Verkäuferin, eine geschäftsungewandte alte Witwe, hat sich, als sie das Grundstück verkaufen wollte, an ihren Bruder, einen älteren Notar, um seinen Beistand gewandt. Er sollte, wie sie sagte, sie vor Übervorteilung schützen und das Geld für sie in Empfang nehmen. Wie immer sie sich auch ausgedrückt haben mag, den Umständen nach war es die nächste Aufgabe ihres Bruders, sie mit seinen Rechtskenntnissen und seinen Erfahrungen zu unterstützen, damit der Vertrag nicht ungültig oder sonst nachteilig abgefaßt wurde. Dem entsprach es, daß er mit ihrem Einverständnis die Abfassung der Vertragsurkunde zusagte und tatsächlich übernahm. Sein Beistand blieb aber nicht nur eine innere Angelegenheit der Verkäuferin. Die Vorverhandlungen wurden zwar durch die Makler soweit vorbereitet, daß mit dem Abschluß gerechnet werden konnte. Aber die Zusammenkunft der Parteien selbst, die zum Abschluß führen sollte, und der Abschluß waren im Büro des Bruders der Kl. und unter seiner Zuziehung vorgesehen. Als sie bei ihm erschienen, hat er ihnen seinen Entwurf vorgelesen, in seinem Beisein wurde die weitere Vereinbarung über die Wertzuwachssteuer getroffen, und nachdem darüber Einigkeit erzielt war, ein jüngerer Kollege herbeigerufen. In Gegenwart des Bruders der Verkäuferin haben die Parteien dessen Entwurf dann vor diesem Notar unverändert als den Inhalt der Vereinbarungen dem Notar überreicht. Hieran schloß sich die Zahlung, die

---

Zu 2. I. Gegen den formellrechtlichen Teil der Entsch., insbes. gegen die Schlußfolgerung, daß der Antragsteller bei der einstw. Verf. den Antrag jederzeit auch ohne die Zustimmung des Gegners zurücknehmen oder als erledigt bezeichnen kann, wird sich nichts einwenden lassen.

II. Um so bedenklicher ist der materiellrechtliche Teil der Entsch.

Für das Gebiet des GrSperrG. v. 10. Febr. 1923 ist es in der Rspr. seit langer Zeit anerkannten Rechts, daß eine Genehmigung unwirksam ist, wenn sie auf Grund der Mitteilung eines in Wahrheit zwischen den Parteien nicht vereinbarten, insbes. zu niedrig angegebenen Kaufpreises erteilt ist. Die gleiche Schlußfolgerung wird aber auch mit Notwendigkeit für das Geltungsgebiet der Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 gelten müssen. In beiden Fällen handelt es sich um behördliche Genehmigungserklärungen, bei denen man zur Rechtswirksamkeit unbedingt wird fordern müssen, daß ihrer Erteilung die wirklich zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen zugrunde gelegt werden. Wenn das KG. für das Gebiet der Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken deshalb etwas anderes zur Geltung bringen will, weil dort im § 3 der VO. die Versagungsfälle erschöpfend bestimmt sind, und unter den Einzelziffern der Versagungsfälle nur die Ziff. 5 des § 3 in Frage kommen kann, während im GrSperrG. allgemein angeordnet sei, daß die Genehmigung nur versagt werden dürfe, wenn wichtige Allgemeininteressen es erfordern, die im § 4 unter Ziff. 1 bis 5 aufgeführten Fälle daher nur als Beispiele zu betrachten seien, so mag diese Unterscheidung an sich richtig und zutreffend sein; sie kann aber nichts daran ändern, daß die Bedeutung der behördlichen Genehmigung in beiden Fällen die gleiche ist und daher auch die Voraussetzung der Bek. der richtigen Vertragsgrundlagen an die Behörde durchgreifen muß.

Eine Unterscheidung zwischen den beiden Gesetzen in dieser Beziehung erscheint künstlich, auch nicht den Bedürfnissen des Verkehrs zu entsprechen. Man wird vielmehr für beide Gesetze entweder die Vorlegung falscher Vertragsunterlagen als entscheidend oder als belanglos ansehen müssen; man kann aber nicht in einem Falle die Vorlegung falscher Unterlagen als belanglos und im anderen Falle als die Rechtswirksamkeit der Genehmigung vernichtend behandeln.

Es ist bedauerlich, daß die vorliegende außerordentlich bedeutsame Frage anläßlich einer Beschwerde über eine Kostenentscheidung zu höchstrichterlicher Entscheidung gekommen ist. Hoffentlich bietet sich bald einmal Gelegenheit, die Frage da, wo sie von erheblicher materiellrechtlicher Bedeutung ist, der reichsgerichtlichen Entsch. zuzuführen.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

[1]) Das RG. hat das Armenrecht für die Revisionsinstanz versagt.

ebenfalls zu Händen des Bruders der Verkäuferin erfolgte. Gegenüber den Bekl. bedeutet das Verhalten der Verkäuferin bei dieser Verhandlung, daß sie die Fürsorge für die gesetzmäßige Niederschrift des Vertrages übernahm. Es war mehr, als wenn sonst eine Partei einen Vertragsentwurf vorlegt und damit nur eine sachliche Zusammenfassung der Bedingungen gibt, unter denen sie abzuschließen bereit ist. Die Verkäuferin bot den Entwurf hier als den eines Notars an, der ihn in ihrem Auftrage angefertigt hatte. Sie zog den Notar auch für die Verhandlungen über den Entwurf und für den Abschluß zu, so daß der zweite Notar nur zum Schlusse der Form wegen den fertigen Vertrag entgegenzunehmen hatte. Als nächster Zweck der Zuziehung ergab sich hiernach für den Bekl. von selbst, daß der Bruder der Kl. als ihr Beauftragter auf Grund seiner Rechtskenntnisse für die Herstellung eines gültigen Vertrages sorgte. Er hat das verabsäumt, und damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen. Daß die Vereinbarung über die Steuer nach der damaligen Rechtsauffassung nicht der Beurkundung bedurfte, davon kann keine Rede sein. Der RFH., auf dessen Rspr. der Kl. verweist, hatte sich nur mit der Frage zu befassen, ob bei der Berechnung der Steuer diese dem Kaufpreis zuzurechnen ist, wenn der Käufer sie übernommen hat. Hingegen hat die Rspr. des RG. zu § 313 BGB. von jeher den Grundsatz aufgestellt und mit großer Schärfe durchgeführt, daß alle Bestandteile des Grundstücksveräußerungsvertrages zu seiner Gültigkeit der notariellen Beurkundung bedürfen und nur ganz unwesentliche Nebenabreden davon ausgenommen seien. Damit steht der alte Brauch im Einklang, in jeden Grundstückskaufvertrag Bestimmungen über die Kosten und die Steuern aufzunehmen. Auch hier erwähnte der von dem Bruder der Verkäuferin aufgesetzte Entwurf, daß die Käufer die Kosten und die Grunderwerbssteuer zu tragen hätten, trotzdem sie insgesamt offenbar weit geringer zu veranschlagen waren, als die Wertzuwachssteuer. Der Kl. macht geltend, bei der Anfertigung des Entwurfs habe noch keine Einigung über die Wertzuwachssteuer bestanden. Aber darauf kommt es nicht an, weil die Aufgabe und die Tätigkeit des JR. X. damit augenscheinlich nicht abgeschlossen gewesen ist, sondern bis zur Beurkundung durch den Notar B. fortgedauert hat. Übrigens versteht sich von selbst, daß nicht zu seiner Überraschung die geschäftsungewandte Verkäuferin den Käufern die Übernahme der Wertzuwachssteuer angesonnen hat; vielmehr unterliegt es keinem Zweifel, daß der Notar X. von vornherein eine Regelung dieser Frage erwartet und für notwendig gehalten hat. Da der Nennbetrag der Grundstückspreise in jener Zeit den Friedenspreis bereits erheblich überstieg, die Steuerbehörde aber den Grundsatz Mark gleich Mark befolgte, so war regelmäßig eine im Verhältnis zum Preise hohe Wertzuwachssteuer zu besorgen und der Verkäufer nur dann in der Lage abzuschließen, wenn er entweder den Käufer zur Übernahme der Steuer bestimmte oder eine Erhöhung des Preises erlangte. Natürlich war es auch nicht erforderlich, daß eine von den Parteien den Notar X. zur Aufnahme der Bestimmung in seinem Entwurfe anregte, in welchem Falle er nach seiner nicht beanstandeten Versicherung der Anregung Folge gegeben hätte. Die Anregung war gerade seine Sache. Endlich ist es unerheblich, wenn der Bekl. wie der Kl. behauptet, in seinem Zwiegespräch mit dem Vermittler dessen Frage, ob die Vereinbarung in den Entwurf aufgenommen werden soll, in der angegebenen Weise für unnötig erklärt hätte. Zunächst ist festzustellen, daß der Bekl. nicht etwa in der Absicht gehandelt hat, eine falsche Beurkundung herbeizuführen, um Steuern zu sparen. Das wirft der Kl. den Bekl. so wenig vor, wie es die Bekl. gegenüber der Verkäuferin und dem JR. X. tun, und der Senat hat, wenn auch die rechtliche Möglichkeit, doch keinen genügenden Anlaß, in dieser Beziehung den Parteien zu mißtrauen. Wenn der Bekl. die Aufnahme der Vereinbarung in den Vertrag für unnötig erklärte, so ist es nach dem näheren Inhalt seiner Erklärung, wie der Kl. sie vorträgt, geschehen, weil er meinte, die Vereinbarung sei bei sofortiger Zahlung erledigt und ihre Beurkundung in diesem Falle zwecklos. Die Möglichkeit, daß die Aufnahme in die Vertragsurkunde zur Gültigkeit des Kaufvertrages gehört, hat er offenbar nicht bedacht, weil dieser Gedanke ihm als einen mit dem deutschen Grundstücksrecht nicht näher vertrauten Ausländer fernlag. Er brauchte sich darüber auch keine Gedanken zu machen, weil er erwarten durfte, daß das nach dem deutschen Gesetze Nötige von JR. X. veranlaßt werden würde. Den JR. X. hat er durch seine Erklärung nicht beeinflußt. Auch der Makler beschränkte sich nach Abschluß seiner leisen Unterhaltung mit dem Bekl. darauf, laut mitzuteilen, daß die neue Bedingung der Verkäuferin von dem Bekl. angenommen sei. Dadurch, daß nunmehr der Notar X. es unterließ, die neue Vereinbarung in den Vertrag einzufügen, mußte der Bekl. in den Rechtsirrtum versetzt oder, wenn ein solcher bei ihm schon vorhanden war, in dem Rechtsirrtum bestärkt werden, daß die Vereinbarung nach deutschem Recht zur Gültigkeit des Kaufvertrages nicht in die notarielle Urkunde hineingehöre. Hätte der Notar X. die richtige Ansicht auch nur angedeutet, so würde der Bekl. sicher die Vervollständigung des Entwurfs verlangt oder gebilligt haben, um nicht auf Grund eines ungültigen Geschäfts den Kaufpreis zu zahlen. Unerheblich ist es, ob der Notar X. bei den Kaufverhandlungen den Bekl. von der Zuziehung eines Rechtsbeistandes zurückgehalten und ihn unter Berufung auf seine Eigenschaft als Notar der loyalen und neutralen Mitwirkung versichert hat. Der Kl., der diese Behauptung der Bekl. bestreitet, meint, sie schließe die Möglichkeit aus, den Notar X. als Vertreter der Verkäuferin anzusehen. Das trifft aber nicht zu. X. hatte für die Verkäuferin bei den Verhandlungen mit den Käufern über den Abschluß mitzuwirken und dabei die rechtsgültige Fassung der Urkunde vorzubereiten. Sein Verschulden bei diesen Verhandlungen, auf die es bei der Ungültigkeit des Kaufvertrages allein ankommt, ist es, das der Kl. vertreten soll. Die Bemerkung des Notars X., er sei loyal und neutral, war ungeeignet, seine gekennzeichnete Stellung zu ändern. Es blieb dabei, daß er nur im Auftrage und zur Unterstützung der Verkäuferin an ihrer Verhandlung mit dem Käufer teilnahm; er versicherte lediglich, was sich von selbst verstand, seine Kenntnisse nicht zum Nachteil der Käufer mißbrauchen zu wollen. Weiter gibt der Kl. zu bedenken, daß bei solcher Beurteilung Schwarzkaufprozesse überhaupt nicht durchführbar seien; das ist ebensowenig anzuerkennen. Zunächst wird der Fall, daß der Notar die Abrede der Parteien richtig und vollständig erfährt und auch richtig und vollständig beurkunden soll, aber aus Rechtsirrtum nicht so beurkundet, selten vorkommen. Auch in einem solchen Falle übt der Notar seine Tätigkeit aber der Regel nach nicht für eine Partei, die ihn vielleicht auswählt und bezahlt, derart aus, daß er für die andere nur als Gehilfe der Gegenpartei in Betracht kommt und sein Rechtsirrtum von dieser der anderen Partei gegenüber zu vertreten ist. Der gegebene Fall liegt hierin besonders.

(KG., 14. ZS., Urt. v. 10. Jan. 1928, 14 U 7286/27.)

Mitgeteilt von KGR. Cohn, Berlin.

*

4. § 5 JndBelG. Die auf Grund des JndBelG. zu zahlenden Beträge sind als eine Vermögensteuer bzw. -abgabe anzusehen, die auf dem Vermögen als Einheit ruht.

Der Bekl. ist Mieter eines Grundstücks der Kl. Die Parteien schlossen zur Schlichtung der aus dem Mietvertrage entstandenen Streitigkeiten den Vergleich v. 27. Febr. 1927. Nach II des Vergleiches hat der Bekl. sämtliche für das Grundstück zu zahlenden Abgaben und Steuern zu tragen. Etwa verauslagte Steuern und Abgaben sind zu erstatten. Die Kl. hat auf Grund des JndBelG. für die Jahre 1926 und 1927 Zahlungen geleistet. In der zugrunde liegenden Vermögenserklärung ist auch das hier fragliche Grundstück berücksichtigt. Die Kl. rechnet von den gezahlten Leistungen auf das Grundstück für beide Jahre zusammen 577,11 *RM* und verlangt diesen Betrag von dem Bekl. Sie ist der Ansicht, daß dieser Betrag als eine für das Grundstück zu zahlende Abgabe bezw. Steuer anzusehen ist.

LG. und KG. haben die Klage abgewiesen.

Die Beträge, die nach dem JndBelG. v. 30. Aug. 1924 erforderlich sind, werden nach dem Gesetz zur Aufbringung der Industriebelastung (AufbringungsG.) v. 30. Aug. 1924 aufgebracht.

Nach § 5 JndBelG. wird der Betrag, mit dem der einzelne Unternehmer gem. § 1 d. Ges. belastet wird, auf Grund seines zur VermSt. veranlagten Betriebsvermögens festgestellt. Der zu erhebende Betrag ist daher als eine Vermögenssteuer bzw. -abgabe anzusehen. Dabei ist es gänzlich unerheblich, ob zu dem Vermögen auch ein Grundstück gehört. Ebensowenig wie bei der gewöhnlichen VermSt. der auf das zum Vermögen gehörende Grundstück rechnungsmäßig entfallende Betrag als eine Steuer oder Abgabe für das Grundstück angesehen werden kann, ebensowenig kann dies bei den auf Grund des JndBelG. zu entrichtenden Beträgen angenommen werden. Die VermSt. ist eine auf dem Vermögen als Einheit ruhende Belastung. Der Wert eines zum zu besteuernden Vermögen gehörenden Grundstücks bildet lediglich einen Rechnungsfaktor bei Ermittlung des Vermögens.

Auch der Umstand, daß nach den §§ 1, 41 JndBelG. die nach diesem Gesetz aufzuerlegende Last durch eine Hypothek des öffentlichen Rechts (eine öffentliche Last) an erster Stelle gesichert wird, läßt sich nicht dafür verwerten, den auf das Grundstück entfallenden Teil der Last als eine Abgabe oder Steuer für das Grundstück anzusehen. Die öffentliche Last, welche durch das JndBelG. eingeführt ist, dient zur Sicherung für die Ansprüche auf die Jahresleistungen an Zinsen und Tilgungsbeträgen. Auf sie finden die Vorschriften der §§ 1120, 1137, 1148, 1150 BGB. entsprechende Anwendung, ohne daß es ihrer Eintragung im Grundbuche bedarf.

Im Falle der Veräußerung eines Grundstücks geht die öffentliche Last nur in der Höhe auf den Erwerber über, die sich aus der im Zeitpunkt der Veräußerung maßgebenden Umlegung ergibt.

Jedenfalls hat die Kl. die nach dem JndBelG. zu entrichtenden Zahlungen nicht als Eigentümerin des Grundstücks, sondern als Eigentümerin ihres Betriebsvermögens zu leisten. Auch bei der Veräußerung des Grundstücks geht lediglich die öffentliche Last mit der oben angeführten Begrenzung auf den Erwerber über.

Die GrVermSt. ist dagegen eine reine Grundsteuer. Bei ihr bildet nicht das Vermögen, sondern allein das Grundstück als sol-

ches die Bemessungsgrundlage. Dabei ist es gleichgültig, zu wessen Vermögen das Grundstück gehört.

(KG., 16. ZS., Urt. v. 22. Febr. 1928, 16 U 11717/27.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dullien, Berlin.

*

5. § 5 KlGartO. muß dahin ausgelegt werden, daß mit der Entziehung der Anerkennung der Gemeinnützigkeit der Weiterverpächter so dastehen soll, wie jeder andere nicht gemeinnützige Verpächter, daß also ein Vertrag mit ihm nach § 5 Abs. 1 Satz 2 nunmehr nichtig ist.

Allein durch eine derartige Auslegung des Gesetzes wird sein Zweck erreicht. Denn sonst wären bei langdauernden Verträgen die Unterpächter trotz des Willens des Gesetzes, nur zuverlässige Weiterverpächter zuzulassen, dem als unzuverlässig erkannten Weiterverpächter bis zum Ablauf des Vertrages, also möglicherweise auf lange Jahre, ausgeliefert. Wenn die Bekl. demgegenüber meinen, sie „fielen dadurch in das Leere", so trifft dies nicht zu. Allerdings steht ihnen nicht § 9 KlGartO. und seine Ausführungsbestimmung zur Seite, da durch sie nur der Übergang bei Einführung der KlGartO. geregelt ist. § 5 Abs. 2 trifft aber Bestimmungen für zwei Fälle: den Fall des Mangels an Kleingartenland und den Fall der Nichtigkeit des Hauptvertrages. Im letzteren Falle kann also, auch wenn kein Mangel an Kleingartenland besteht, die untere Verwaltungsbehörde (das Kleingartenamt) den Kleingärtnern durch Festsetzung eines Zwangspachtvertrages helfen. Der Vertrag der Kl. mit der Landpachtgenossenschaft ist daher auch unwirksam geworden. Die Bekl. können also in keiner Weise aus ihm Rechte herleiten. Nach dem Ende jenes Vertrages haben die Bekl. das Wohnlaubenland weiter benutzt, die Kl. hat dafür ein Entgelt angenommen. Ein Vertrag über diese Nutzung ist durch dieses Verhalten der Streitteile aber nicht zustande gekommen. Denn die Kl. hat bei Empfangnahme der Zahlungen ausdrücklich ihre Rechte vorbehalten, wie sich aus dem von ihr überreichten Quittungsformular ergibt, vor allem aber sind die Verhandlungen zwischen beiden Teilen ergebnislos weitergeführt worden, so daß die Bekl. das Kleingartenamt anriefen. Auf eine unmittelbar zwischen den Streitteilen getroffene Vereinbarung können die Bekl. ihr Recht zum Besitz der streitigen Flächen daher nicht stützen. Nach dem ergebnislosen Verlauf unmittelbarer Verhandlungen hat das Kleingartenamt den Zwangspachtvertrag mit dem Provinzialverband Groß-Berlin, E. V., durch rechtskräftig gewordenen Beschluß v. 24. Juli 1926 festgesetzt. Dieser Beschluß nimmt aber die streitigen Wohnlaubenflächen ausdrücklich von der Zwangspacht aus. Ob eine anderweitige Festsetzung des Vertrages zweckmäßig gewesen wäre, hat das ordentliche Gericht nicht nachzuprüfen. Eine Auslegung des Vertrages dahin — etwa entsprechend den Ausführungen des Sen. im RE. v. 21. Febr. 1927, 17 Y 5/27: JFG., ErgBd. 6, 36; JW. 1927, 1652; JurR. 1927 Nr. 1532; DRZ. 1927 Nr. 786; EA. 1927, 558; MietG. 1927, 48; Hertel, Mieterschutz Nr. 314 —, daß die Zwangspacht sich ohne weiteres auf das Laubenland erstrecke (so Sokolowski-Mirels, Kleingartenwacht 1927, 127), ist bei dem ausdrücklich entgegenstehenden Inhalt des Zwangspachtbescheides ausgeschlossen. Denn das ordentliche Gericht kann die in jenem Bescheide enthaltene Enteignung nicht gegen den Willen der Enteignungsbehörde ausdehnen. Also auch auf den Zwangspachtvertrag können die Bekl. ihre Rechte nicht stützen. Der Anspruch auf Räumung des Wohnlaubenlandes ist daher begründet.

(KG., 17. ZS., Urt. v. 26. März 1928, 17 U 8735/27.

Mitgeteilt von KGR. Dahmann, Berlin.

*

Zu 6. Die Entsch. läßt sich dem geltenden Rechte gegenüber nicht halten. Das OLG. wendet den § 1227 BGB. analog an, ohne für diese Analogie die entsprechende Basis zu haben. Nach § 1227 sollen die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften auf die Ansprüche des Pfandgläubigers entsprechende Anwendung finden. Das ist möglich, weil es sich in beiden Fällen um eine Herrschaft über eine Sache handelt; diese Herrschaft ist beim Pfandrecht zwar eine beschränkte, aber schädigende Eingriffe gegen die Sache verletzen das Herrschaftsrecht in beiden Fällen in gleicher Weise. Diese Gleichheit der Rechtslage ist aber immer nur dann gegeben, wenn das Objekt der Herrschaft eine Sache ist. So hat denn auch das RG. v. 14. Mai 1918 (vgl. Sörgel 1918 § 1227 BGB.) mit Recht entschieden, daß eine entsprechende Anwendung auf das Pfandrecht an einem Rechte höchstens dann möglich ist, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstands, z. B. einer Urkunde, gelangt ist. Davon ist hier jedoch keine Rede. Es spricht indessen noch ein zweiter Grund gegen eine analoge Anwendung des § 1227 in der Weise, daß der Pfandgläubiger, wenn seine Rechte beeinträchtigt werden, beim Pfand am Rechte, insbes. an der Hypothek, Ansprüche gegen den Eigentümer des Grundstücks geltend machen kann. Die Ansprüche, die § 1227 gewährt, setzen ebenso wie die Ansprüche aus dem Eigentume voraus, daß derjenige, gegen den sie sich richten, sich eines aktiven Eingriffs in die Rechtssphäre des Berechtigten schuldig gemacht hat. Sie greifen jedoch niemals Platz, wenn der Gegner lediglich Handlungen unterlassen hat, deren Vornahme im Interesse der Sache zwar dienlich war, zu denen aber eine Rechtspflicht nicht bestand. Das Gesetz gibt beim Sachpfand in den §§ 1219 ff. dem Pfandgläubiger solchenfalls nur ein Recht auf schleunige Verwertung der Sache.

Aber auch wenn wir von diesem Gesichtspunkt aus die Rechtslage betrachten, läßt sich die Entsch. nicht aufrechterhalten. Das Herunterwirtschaften des Gutes wird mittelbar eine Entwertung der Hypothek zur Folge haben. Das würde jedoch den Pfandgläubiger höchstens zu einer schleunigen Verwertung seines Pfandes, das ist die Hypothek, nicht aber das Grundstück, berechtigen. Ein Recht zu unmittelbarem Vorgehen gegen den Eigentümer des Grundstücks folgt daraus nicht.

Es fragt sich schließlich, ob nicht aus dem Pfandrecht an der Hypothek zu folgern ist, daß der Pfandgläubiger diejenigen Rechte des Verpfänders, die dieser zur Erhaltung seines Rechtes geltend zu machen in der Lage ist, wenn dies zur Erhaltung seines eigenen Pfandrechts erforderlich ist, ausüben darf. Daß muß indessen verneint werden. Gerade die vorhin berührten §§ 1219 ff. zeigen, daß der Pfandgläubiger bei drohender Verschlechterung nur das Recht zu schneller Verwertung, nicht aber darüber hinaus zu unmittelbarer Einwirkung auf die Sache selbst hat. Dementsprechend kann man dem Pfandgläubiger, der ein Pfandrecht an der Hypothek hat, auch nicht die Geltendmachung der §§ 1133, 1134 BGB. zugestehen. Er hat nur die Möglichkeit beschleunigter Verwertung seines Pfandes, und er kann sich immer nur an seinen Vertragskontrahenten halten, nicht aber gegen den Drittschuldner andere Rechte geltend machen als diejenigen, die unmittelbar auf Einziehung und Verwertung zwecks Befriedigung seiner Forderung gerichtet sind.

Prof. Dr. Hans Walsmann, Rostock.

Breslau.

6. §§ 1004, 1133, 1134, 1227 BGB. Recht des Pfandgläubigers an einer Hypothek im Falle der §§ 1133, 1134 BGB. †)

Der Antragstellerin ist eine auf dem Grundstück des Antragsgegners haftende Hypothek von 100000 *RM* verpfändet. Die Antragstellerin hat mit der Behauptung, daß der Antragsgegner das Gut völlig heruntergewirtschaftet habe und daß dadurch die Sicherheit der Hypothek und ihres Pfandrechts gefährdet sei, eine einstw. Verf. erwirkt, durch welche das Gut in Sequestration genommen wurde. Das LG. hat die einstw. Verf. aufgehoben. Das OLG. führt aus:

Einen Anspruch auf Abwendung der angeblichen Hypothekengefährdung wird man der Antragstellerin zubilligen müssen. Es erscheint zwar nicht unzweifelhaft, ob die Antragstellerin diesen Anspruch auf die §§ 1133, 1134 BGB. stützen kann. Denn die Rechte aus diesen Bestimmungen stehen nur dem Hypothekengläubiger, wie das Gesetz sagt, zu. Die Antragstellerin ist aber nicht Hypothekengläubigerin, sondern sie hat nur ein Pfandrecht an der Hypothek. Der Pfandgläubiger an der Hypothek wird, da ihm lediglich die Rechte aus § 1218 BGB. zur Seite stehen, nicht ohne weiteres für berechtigt angesehen werden können, ohne Zustimmung des Verpfänders die Rechte aus §§ 1133 ff. BGB. geltend zu machen. Das Gesetz gibt dem Pfandgläubiger lediglich Rechte gegen den Verpfänder, nicht aber auch gegen Dritte. Immerhin wird dadurch eine analoge Anwendung auf die Rechte des Pfandgläubigers grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden können.

Ohne Rücksicht hierauf wird dem Pfandgläubiger, welcher durch das Verhalten des Hypothekenschuldners Gefahr läuft, der ihm gewährten Sicherheit verlustig gehen, noch auf anderem Wege geholfen werden können. Nach § 1227 BGB. finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers, wenn dessen Rechte beeinträchtigt werden, die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften Anwendung. Diese auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltende Bestimmung wird man auch auf das Pfandrecht an Rechten, z. B. an einer Hypothek, anwenden können. Denn in den maßgebenden §§ 1273 ff. BGB. ist nirgends die Anwendbarkeit des § 1227 BGB. ausgeschlossen. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, warum der Pfandgläubiger an beweglichen Sachen durch das Gesetz günstiger gestellt werden sollte, als der Pfandgläubiger an Rechten. Gerade ein Fall wie der vorl. beweist, daß dem Pfandgläubiger die Möglichkeit gegeben sein muß, die Sicherheit seiner Forderung, ähnlich wie ein Pfandgläubiger an beweglichen Sachen, zu bewirken. Der Auffassung des RG. (RGR-Komm. § 1227 Anm. 2), daß § 1227 BGB. nur für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gilt, kann daher nicht beigetreten werden.

Stehen aber die Ansprüche aus dem Eigentum auch dem Pfandgläubiger an einem Recht zur Seite, dann kann der Pfandgläubiger von jedem Störer seines Pfandrechts, also auch von dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks, die Beseitigung jeder Beeinträchtigung seines Pfandrechts erlangen (§ 1004 BGB.). Er kann, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Sicherheit der verpfändeten Hypothek gefährdet wird, im Wege der einstw. Verf. die Beeinträchtigung seines Rechts von sich abwenden (§ 935 ZPO.).

(OLG. Breslau, Urt. v. 25. Febr. 1928, 5 U 548/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Hertel, Breslau.

*

7. § 66 AufwG. Der Verpächter braucht die von ihm bei einer Bank angelegte Pachtkaution dem Pächter nicht aufzuwerten, wenn die Parteien darüber einig waren, daß das Geld bei einer Bank eingezahlt wurde und sich hier ohne Bereicherung des Verpächters entwertete. †)

Kl. hatte von der Bekl. ein Gartenlokal gepachtet und in der Zeit vom Aug. 1920 bis Juni 1923 eine Kaution von insgesamt 217 250 *M* gezahlt, die einem Goldmarkbetrage von 952,15 GM. entsprachen. Die Kautionsbeträge waren von der Bekl. im Einverständnis mit dem Kl. bei einer Bank auf ein Spezialkonto eingezahlt worden, über welches der Bekl. die Verfügung zustand. Am 22. Aug. 1923 wurde dann der Betrag auf ein Sparkassenbuch eingezahlt. Der Kl. verlangt nach Beendigung der Pachtzeit am 1. Okt. 1926 eine Aufwertung der Kaution von 75%. Das LG. gab der Klage statt. Das BG. wies dagegen die Klage ab und führte aus:

Das LG. leitet die Verpflichtung der Bekl. zur Aufwertung der Kautionsbeträge daraus her, daß der Bekl. nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien das freie Verfügungsrecht über die Kautionsbeträge zustehen sollte. In Fällen dieser Art, so führt das LG. aus, entspricht es mit Rücksicht darauf, daß dem Kautionssteller jede Möglichkeit, das Geld vor der Entwertung zu schützen, genommen sei, der Billigkeit, dem Empfänger der Kaution die Verpflichtung zur Aufwertung der Kautionsbeträge unter Abzug des allgemeinen Verarmungsfaktors aufzuerlegen. Das LG. bezieht sich zur Stützung dieser Auffassung auf das Urt. des RG., 4. ZS., v. 15. Dez. 1924 (JW. 1925, 1379), in welchem die Aufwertung einer in das Vermögen des Vertragsgegners übergegangenen Sicherheit zugelassen wird.

Die Auffassung des LG. erscheint im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben, nach welchen das Aufwertungsverlangen zu beurteilen ist, nicht unbedenklich. Mag man auch annehmen, daß die Bekl. über die eingezahlten Kautionsbeträge nicht nur gegenüber der Bank oder der Sparkasse frei verfügen konnte, sondern daß ihr das freie Verfügungsrecht auch im Verhältnis zu dem Kl. zustand, so kommt es doch immer darauf an, wie damals, also in den Jahren 1920 bis in den Sommer 1923 hinein, ein verständiger Mensch mit dem Gelde, dessen Aufwertung hier verlangt wird, umgehen durfte. Legte damals der Empfänger einer Barkaution das Geld verzinslich bei einer Bank oder einer Sparkasse an, so entsprach sein Handeln den Gepflogenheiten jedes verständigen und gewissenhaften Menschen. Der Kl. behauptet nicht, daß er damals eine andere Anlegungsart gewählt hätte. Wäre die Kautionssumme in seinem Besitz und Eigentum verblieben, so würde das Geld den gleichen Weg gegangen sein, wie bei der Bekl. Der Kl. kann also der Bekl. keinen Vorwurf daraus machen, daß die Bekl. sich so verhalten hat, wie sich der Kl. selbst verhalten haben würde. Das Wesen der Inflation war damals allgemein noch nicht erkannt. Selbst der Reichsregierung ist diese Erkenntnis nach den Regierungserklärungen bei Beratung des AufwG. erst später gekommen. Als die Geldentwertung in ihrem Wesen allgemein erkannt wurde, war es zu spät, und es war kaum noch etwas zu retten. Auch der Kl. hatte damals ebensowenig, wie die Bekl., von dem Wesen der Inflation Kenntnis. Er wußte, daß das Geld, welches zunächst bei der Dresdner Bank in Gleiwitz sich befand, später bei der dortigen städtischen Sparkasse eingezahlt werden würde. Er hat gegen diese Art der Anlegung Bedenken nicht erhoben. Er ist weder wegen anderweitiger Anlegung an die Bekl. herangetreten, noch hat er der Bekl. hierüber bestimmte Weisungen zukommen lassen. Er hat sich vollkommen untätig verhalten. Diese Untätigkeit muß er, da ja die Erhaltung der Kaution wesentlich in seinem eigenen Interesse lag, nunmehr gegen sich gelten lassen (RG.: JW. 1926, 2620; 1927, 1466; SeuffArch. 80, 10; Klein: AufwPrax. 1926, 78; Mügel, 5. Aufl. S. 309).

Trotz alledem würde für das Aufwertungsverlangen dann die Grundlage gegeben sein, wenn die Bekl. aus irgendeinem Grunde infolge der Kautionsbestellung bereichert wäre. Denn die Aufwertung ist zweifellos dazu bestimmt, für den nach strengem Recht geltenden Satze Mark = Mark nach Treu und Glauben einen Ausgleich zu schaffen. Treu und Glauben verbieten es aber, was als Grundgedanke der Aufwertung ständig in die Erscheinung tritt, daß sich der Schuldner zum Schaden seines Gläubigers bereichert (RG.: JW. 1925, 1380; Nadler, 3. Aufl. S. 66 und 64).

Eine Bereicherung der Bekl. liegt indes nicht vor.

Die Bekl. hat dargetan, daß sie die Kautionsbeträge von Anfang an, also seit Aug. 1920, restlos zunächst auf ein Sonderkonto bei der Dresdner Bank und später bei der städtischen Sparkasse in Gleiwitz eingezahlt hat. Der von ihr vorgetragene Kontoauszug und das Sparbuch sind lückenlos. Sie ergeben, daß auch die Zinsbeträge in den Konten in voller Höhe erscheinen. Auch sie sind, ebenso, wie das Kapital, von der Bekl. weder bezogen, noch in ihrem Interesse verbraucht worden.

Der Bekl. ist also von den eingezahlten Kautionsbeträgen nichts verblieben. Sie ist keineswegs um diese oder auch nur einen Teil derselben bereichert.

(OLG. Breslau, Urt. v. 18. Jan. 1928, 5 U 369/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Hertel, Oppeln.

*

Dresden.

8. § 415 BGB. Genehmigung der Schuldübernahme durch Verhandlung des Gläubigers mit dem Schuldübernehmer über die Hypothek.

Die Mitteilung der Schuldübernahme an den Gläubiger durch den Schuldner oder den Schuldübernehmer ist für den Regelfall vorgeschrieben, weil dem Gläubiger nicht das Recht beigelegt werden sollte, durch eine von den Vertragschließenden gar nicht veranlaßte Genehmigung in deren Vertragsverhältnisse einzugreifen und ihrem Rechte zu nachträglicher Aufhebung oder Änderung des Schuldübernahmevertrags vorzugreifen (vgl. Staudinger zu § 415 BGB. und RG.: Warn. 1914 Nr. 281). Hiernach hat eine vor dieser Mitteilung erklärte Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger noch keine Wirksamkeit für die Parteien, die die Schuldübernahme vereinbart haben. Sie sollen an diese Vereinbarung endgültig erst gebunden sein, wenn mindestens einer von ihnen dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt und daraufhin der Gläubiger sie genehmigt hat (§ 415 BGB.).

Das hat aber nicht die Bedeutung einer unerläßlichen Formvorschrift. So wird z. B. der Fall anders beurteilt, daß die Einwilligung des Gläubigers in die Schuldübernahme bereits vor oder beim Abschluß des Schuldübernahmevertrags erklärt worden ist. Hier bedarf es nicht nochmals einer Mitteilung oder Genehmigung der Schuldübernahme, weil davon ausgegangen wird, daß der Übernahmevertrag bereits mit Rücksicht auf die vorliegende Einwilligung des Gläubigers abgeschlossen und damit auch für den Schuldübernehmer endgültig wirksam geworden ist.

Eine ähnliche Rechtslage kann sich dann ergeben, wenn der Gläubiger nach dem Abschluß des Schuldübernahmevertrags mit einer der an diesem Vertrage beteiligten Parteien verhandelt und die Übernahme hierbei genehmigt.

Bei der zwischen den Partein geführten Verhandlung ist zwar nur davon die Rede gewesen, in welchem Umfange die Hypotheken

---

Zu 7. Der Entsch. kann nur in vollem Umfange beigepflichtet werden. Sie betont mit erfreulicher Klarheit, daß als Grundgedanke der Aufwertung stets die Tatsache in die Erscheinung treten müsse, daß sich der Schuldner nicht zum Schaden seines Gläubigers bereichern solle (RG.: JW. 1925, 1380; Nadler, 3. Aufl. S. 66 und 64). Der vom OLG. Breslau entschiedene Fall bezieht sich auf eine Kaution, die im Einverständnis beider Parteien bei einer Bank angelegt wurde und sich dort entwertete. Das OLG. führt aus, daß in einem solchen Falle der Gläubiger die vereinbarungsgemäß gewählte Art der Anlage des Geldes gegen sich gelten lassen müsse, und daß eine Aufwertung dem Schuldner gegenüber unzulässig sei, wenn mit Rücksicht auf diese Art der Anlage, insbes. die Nichtaufwertbarkeit der Bankguthaben eine Bereicherung des Schuldners nicht vorliegt. Die Entsch. steht im Einklang mit der neueren reichsgerichtlichen Rspr. Ich nehme insoweit besonders Bezug auf die RGEntsch. v. 3. Febr. 1928: Rspr. i. AufwS. 1928, 204 Nr. 116 (vereinbarungsgemäße Bildung eines besonderen Depots für einen Pensionsanspruch); ferner RG. v. 24. Okt. 1927: AufwRspr. 1928, 11 (vereinbarungsgemäße Anlage eines Darlehns in Kriegsanleihestücke); RGEntsch. v. 22. Dez. 1927, IV 385/27 = JW. 1928, 898 (Anlage einer Mitgift in mündelsicherer Form); ferner RWG.: DJZ. 1928, 944; OLG. Rostock: AufwRspr. 1928, 3. Sonderh. S. 78 Nr. 43 (Darlehn zwecks Zeichnung von Kriegsanleihe). Eine gesetzliche Bestimmung, in der gleichartige Rechtsgedanken zum Ausdruck gelangen, ist § 63 Abs. 2 Ziff. 6, Schlußs., AufwG., wonach für Guthaben bei Fabrik- oder Werkspartkassen sowie Ansprüche an Betriebspensionskassen eine Aufwertung über 25% ausgeschlossen ist, wenn das Vermögen der Kasse gesondert vom Betriebsvermögen des Arbeitgebers zu verwalten und anzulegen war und verwaltet und angelegt worden ist. Auch hier wirkt die vereinbarungsgemäße Vermögensanlage als Beschränkung der Aufwertung.

Andererseits kann die vereinbarte Vermögensanlage auch die Aufwertung begünstigen. Ist z. B. mit einer Bank vereinbart, daß das Geld in wertbeständigen oder aufgewerteten Vermögensgegenständen anzulegen sei, so tritt insoweit das gesetzliche Aufwertungsverbot des § 66 AufwG. außer Kraft (§ 66 Abs. 1).

Der Sieg dieses Rechtsgedankens kann nur mit Genugtuung begrüßt werden. Verantwortung und Risiko werden entsprechend den getroffenen Parteivereinbarungen verteilt. (Im Interesse unparteiischer Berichterstattung und im Hinblick auf den JW. 1928, 91 vertretenen Standpunkt hält sich der Unterzeichnete für verpflichtet, zum Ausdruck zu bringen, daß er in einem bedeutungsvollen Komplex schwebender Rechtsstreitigkeiten die vorstehende Rechtsauffassung entsprechend seiner objektiven Rechtsüberzeugung vertritt.)

RA. Dr. H. F. Abraham, Berlin.

stehen bleiben sollten. Nach der Auffassung der Beteiligten hat das aber dieselbe Bedeutung gehabt, wie die Übernahme der persönlichen Schuld durch den Verkl. Sie haben der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechend keinen Unterschied zwischen Forderung und Hypothek gemacht.

(OLG. Dresden, 7. ZS., Urt. v. 27. März 1928, 7 O 148/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Scheuffler, Plauen i. V.

*

Hamburg.

9. § 53 ZwVG.; §§ 415, 416 BGB. Der Gläubiger kann die gesetzliche Schuldübernahme des § 53 ZwVG. auch ohne Mitteilung durch den Schuldner genehmigen. In der Klagerhebung gegen den Ersteher liegt eine stillschweigende Genehmigung der Schuldübernahme durch ihn.

Bekl. war bei der Zwangsversteigerung Ersteher des Th.schen Grundstücks geworden, in dem für Kl. zwei Hypotheken von je 2000 *M* eingetragen waren. Th. war persönlicher Schuldner dieser Hypotheken; beide Hypotheken blieben bei der Zwangsversteigerung bestehen. Nach § 53 ZwVG. hatte also Bekl. diese beiden Hypotheken als persönlicher Schuldner übernommen.

Dies bedingt zunächst nur ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem früheren Schuldner Th., demgegenüber er verpflichtet war, ihn von Ansprüchen des Gläubigers freizuhalten. Die weitere Wirkung der Schuldübernahme, d. h. der Übergang der Schuld von dem bisherigen Schuldner Th. auf den Bekl. als Ersteher mit der Wirkung, daß Th. von der persönlichen Schuldverbindlichkeit frei würde, hing von der Entschließung des Kl. als Gläubiger ab.

Um dem Schuldner, dessen Befreiung von der Schuld der Zweck der Vorschrift des § 53 ZwVG. ist, eine Einwirkung auf die Entschließung des Gläubigers einzuräumen, ist im § 53 ZwVG. die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 416 BGB. vorgeschrieben mit der Maßgabe, daß als Veräußerer i. S. dieser Vorschrift der Schuldner anzusehen ist. Nach § 416 BGB. kann durch die Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme mit dem Hinweise, daß der Erwerber an Stelle des Veräußerers trete, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb sechs Monaten erkläre, ein Zwang auf die Entschließung des Gläubigers ausgeübt werden. Erklärt er sich binnen sechs Monaten nach Erhalt einer der Vorschrift des § 416 BGB. entsprechenden Mitteilung nicht, so gilt seine Genehmigung als erteilt. Die Fassung des § 416 BGB. hat zu der auch vom LG. geteilten Meinung Veranlassung gegeben, daß eine Genehmigung des Gläubigers nicht anders erfolgen könne, als indem eine der Vorschrift des § 416 BGB. entsprechende Mitteilung des Veräußerers stattfände. In RG. 63, 43 ist aber überzeugend nachgewiesen, daß eine derartige Auslegung des § 416 dem aus der Entstehungsgeschichte sich ergebenden Zwecke dieser Bestimmung widersprechen würde, der dahin geht, die Genehmigung des Gläubigers zu der Übernahme von Hypothekenschulden und die Entlassung des Veräußerers aus dem Schuldverhältnisse zu fördern und zu beschleunigen. Der Schwerpunkt des § 416 liegt in der Bestimmung, daß der Gläubiger bei Verwirkung fingierter Genehmigung verpflichtet ist, binnen sechs Monaten nach Empfang der Mitteilung die Verweigerung der Genehmigung zu erklären. Hierin liegt auch der wesentliche Unterschied gegenüber der Vorschrift des § 415 BGB., der die Möglichkeit einer fingierten Genehmigung nicht kennt. Das RG. weist nach, daß bei der zweiten Lesung in der Kommission ein Satz eingestellt worden sei, der klarstellen sollte, daß nur der Veräußerer das Recht habe, dem Gläubiger die entscheidende Mitteilung zu machen, und daß dies so gefaßt worden sei, daß nur der Veräußerer zur Mitteilung befugt sei. In der ihm in der Reichstagsvorlage gegebenen und Gesetz gewordenen Fassung lautet der Satz allerdings dahin, daß der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen könne, wenn der Veräußerer sie ihm mitteile. Der Sinn habe dadurch aber nicht verändert werden sollen, wie sich daraus ergebe, daß die Denkschrift S. 84/85 diese Bestimmung mit denselben Gründen motiviere, die in den Beratungen der zweiten Kommission für die Beschränkung des Mitteilungsrechtes auf die Person des Veräußerers geltend gemacht worden sei.

Diesem Urteil folgend haben Rspr. und Schrifttum die Genehmigung des Gläubigers auch außerhalb des Rahmens des § 416 BGB. für möglich erklärt, sei es durch ausdrückliche, sei es durch stillschweigende Erklärung (HansGZ. 1923, 49; BayObLG.: Seuff. Arch. 60 Nr. 32; Wolff zur Rspr. 1925, I, 2538 ff.). Daß eine solche stillschweigende Genehmigung des Gläubigers in der Klagerhebung gegen den Ersteher zu finden sei und daß die Genehmigung auch noch möglich sei, wenn der Ersteher das Grundstück weiter veräußert hat, ist gleichfalls mehrfach mit Recht angenommen worden.

(OLG. Hamburg, 3. ZS., Urt. v. 15. März 1928, Bf III 697/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Hübbe, Hamburg.

*

Jena.

10. § 419 BGB. Entgeltlichkeit der Übernahme ist unerheblich.

Der Verkl. haftet als übernehmer des väterlichen Vermögens mit dessen Bestand für die Schulden des Vaters. Der Vertrag v. 12. Mai 1926 ist ein regelrechter Gutsüberlassungsvertrag mit Insitz und Auszugsrecht für den Abtretenden. Die Haftung des Sohnes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er als Unternehmer dem Vater eine Gegenleistung schuldete. Der Anspruch auf sie bestand zwar noch nicht bei Abschluß des Vertrags, sondern entstand erst durch ihn. Ob die Übernahme entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte, ist für die Haftung unerheblich. Sie ist nur abhängig von der Übertragung des gesamten, bei Abschluß vorhandenen Vermögens. Die entgegengesetzte Ansicht würde dem § 419 BGB. in zahlreichen Fällen die praktische Bedeutung nehmen (vgl. RG. 69, 288; RGRKomm., 6. Aufl. Nr. 1 a zu § 419).

(OLG. Jena, 1. ZS, Urt. v. 29. Febr. 1928, 1 U 1120/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Böckel, Jena.

*

10a. §§ 516, 2325 BGB. Eine Grundstücksveräußerung in der Inflation ist keine Schenkung.

Kl. kann nur dann von seinem Bruder, dem Bekl., nach § 2325 BGB. seinen Pflichtteil ergänzt verlangen, wenn der Vater sein Haus an den Bekl. nicht verkauft, sondern geschenkt hat. Beide mußten darüber einig gewesen sein, daß die Zuwendung des Hauses unentgeltlich habe erfolgen sollen. Die Umstände deuten im Gegenteil darauf hin, daß Bekl. und sein Vater das, was sie als Gegenleistung für die Hingabe des Hauses vereinbarten, am 20. Sept. 1923 als angemessenes Entgelt angesehen haben. Der Kaufpreis ist freilich nur 100 000 000 *M*, das sind, über den Dollar umgerechnet, nur 2,31 GM. Es bleibt aber doch die Frage offen, ob Vater und Sohn sich darüber klar gewesen sind, daß der vereinbarte Kaufpreis gleich Null war gegenüber dem wahren Wert des Hauses. Und die Frage ist unbedingt zu verneinen. Auch im Sept. 1923 noch war man sich nicht allgemein darüber klar, wie denn der Markverfall zu werten sei. Besonders wußte man da allgemein noch nicht, was denn eine Sache wirklich wert war und wie dieser wahre Wert in Millionen-, Milliarden- und schließlich Billionenziffern auszudrücken sei. Man wertete nicht einfach über den Dollar um, sondern man setzte als Kaufpreis für eine Sache einen Betrag ein, von dem man annahm, daß er etwa dem Wert der Sache gleichkomme. Hinterher merkte man dann regelmäßig, daß der Kaufpreis, der ziffernmäßig unfaßbar hoch erschien, viel zu niedrig gewesen war. So war's besonders auf dem Grundstücksmarkte. Das lehrt die tägliche Erfahrung der Gerichte, die jetzt, nachdem die Zeit des Geldunwertes längst vorüber ist, helfen sollen, Kaufverträge zu beseitigen, in denen lächerlich geringe Preise für wertvolle Grundstücke festgesetzt worden sind und die so zu einer Bereicherung des Käufers geführt haben. So ist es auch hier gewesen.

Dem Kl. ist der Beweis nicht geglückt, daß der Vater dem Sohne das Haus ganz oder teilweise geschenkt hat. Für eine Schenkung spricht allein, daß der vereinbarte Barkaufpreis, wenn man ihn auf seinen wahren Wert zurückführt, gegenüber dem Hauswerte gleich Null ist. Darauf kommt's aber nicht an. Wesentlich ist nur, wie hoch die Beteiligten die gegenseitigen Leistungen einschätzen wollten und eingeschätzt haben. Der Vater wollte das Haus nicht verschenken, sondern wollte es verkaufen. Und er hat es verkauft. Daß sich im Ergebnis wirtschaftlich der Verkauf als volle oder teilweise Schenkung ausgewirkt hat, ändert daran nichts. Vater und Sohn sind nicht darüber einig gewesen, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen sollte. Deshalb hat der Kl. auch keinen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils nach § 2325 BGB.

(OLG. Jena, 3. ZS., Urt. v. 16. Juni 1927, 3 U 473/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Böckel, Jena.

*

Köln.

11. § 24 PrJagdO.; §§ 812, 818 BGB. Umfang der Bereicherung bei Ausübung einer Jagdpacht auf Grund eines wegen Formmangels ungültigen Pachtvertrages.

Laut schriftlichem Pachtvertrag v. 28. März 1924 verpachtete die Bekl. an den Kl. ihre Gemeindejagd für die Zeit v. 1. April 1924 bis 31. März 1933 zu einem jährlichen Pachtzins von 2510 *RM*, mit welchem Betrage der Kl. gelegentlich der Ausbietung der Jagd Höchstbietender geblieben war.

Der Kl. hat am 7. April 1924 den Pachtzins für das Jahr 1924 und am 13. Mai 1924 denselben für das Jahr 1925 mit je 2510 *RM* gezahlt.

Durch Beschluß des zuständigen Pachteinigungsamtes K. v. 30. April 1927 ist der Pachtzins auf jährlich 1700 *RM* festgesetzt worden. Der Kl. hat die Jagd mindestens drei Jahre und zwei Monate lang ausgeübt.

Im Jahr 1927 stellte sich heraus, daß der Jagdvertrag mangels Beobachtung der in § 23 PrJagdO. vorgesehenen Form nichtig ist.

Der Kl. verlangt von der Bekl. Rückzahlung des Betrages, um den sie grundlos bereichert sei. Er behauptet, daß eine jährliche Entschädigung von 600 *RM* für die Ausübung der Jagd an-

gemessen sei, daß die Bekl. sonach nur einen Anspruch auf Zahlung von 1820 *RM* habe, auch daß sie zur Rückzahlung von 3200 *RM* verpflichtet sei.

Die Bekl. vertrat den Standpunkt, daß der Kl. trotz der Nichtigkeit des Vertrages für die Jahre 1924—1925 den vereinbarten Pachtzins, nur für die restlichen 14 Monate entsprechend dem vom PEA. festgesetzten Pachtzins weitere 1983,33 *RM* zahlen mußte.

Die Bekl. hat ausgeführt, daß die vom LG. festgesetzte Entschädigung für die Ausübung der Jagd auf Kosten des Kl. nicht vorliege.

Eine solche komme schon deshalb nicht in Frage, weil, wenn der Kl. die Jagd nicht gepachtet hätte, sie anderweitig zu einem gleichen Pachtzinse verpachtet worden wäre.

Eine Benachteiligung des Kl. liege nicht vor, weil dieser, wenn er die streitige Jagd nicht gepachtet hätte, jedenfalls eine andere zu den gleichen Bedingungen gepachtet hätte.

Schließlich bestehe ein Bereicherungsanspruch nicht mehr, weil der Pachtzins unter die Jagdgenossen verteilt oder zu gemeinnützigen Zwecken verwandt worden sei.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

Unstreitig ist der zwischen den Parteien geschlossene Pachtvertrag mangels der aus § 23 JagdO. vorgesehenen Form nichtig; die Beteiligten sind daher verpflichtet, nach Maßgabe des § 812 ff. BGB. das durch den Vertrag erlangte, soweit eine Bereicherung noch besteht, an den Gegner herauszugeben.

Nach § 818 Abs. 2 BGB. hat der Kl., da eine Herausgabe des Erlangten nicht möglich ist, den Wert zu erstatten, er erkennt diese Verpflichtung dem Grunde nach an und ist bereit, insoweit seinen Anspruch gegen die Bekl. zu kürzen, die aber eine Bereicherung überhaupt in Abrede stellt.

Der Kl. hat drei Jahre und zwei Monate lang die Jagd ausgeübt.

Für die Bemessung der der Bekl. zuzubilligenden Entschädigung sind verschiedene Faktoren maßgeblich: Die Ansicht der Bekl., sie habe, weil der Bekl. für die Jagd 2510 *RM* geboten und diesen Pachtzins auch zwei Jahre lang bezahlt habe, nun auch einen Anspruch auf diesen Betrag für die Jahre 1924—1925, ist rechtsirrig; sie kann nicht, da der Vertrag ja nichtig ist, den vereinbarten Pachtzins als Entschädigung verlangen, ihr steht vielmehr nur eine angemessene Vergütung zu.

Nun war aber, wie auch die Akten des PEA. ergeben, der Pachtzins übermäßig hoch. Andererseits kommt hierfür nicht lediglich das Ergebnis der Jagden in Frage, denn neben dem erlegten Wild sind die idealen Werte der Jagd, wie die Berührung mit der Natur, die Freude an der Beobachtung des Wildes, die Gelegenheit zur körperlichen Bewegung und der Reiz des Jagdsports als wesentliche Faktoren nicht außer Betracht zu lassen.

Würdigt man aber aus diesen verschiedenen Gesichtspunkten die Vorteile, die der Kl. aus der Ausübung der Jagd gehabt hat, berücksichtigt man als weitere Unterlage den vom Kl. gebotenen Pachtzins, durch dessen Gebot er doch immerhin zu erkennen gegeben hat, welchen Wert für ihn damals die Jagd hatte, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß der vom PEA. K. festgesetzte Pachtzins von jährlich 1700 *RM* als angemessene, billige und den Interessen beider Parteien entsprechende Entschädigung auszusprechen ist.

(OLG. Köln, Urt. v. 12. Juli 1928, 6 U 443/28.)

Mitgeteilt von RA. Th. Dronke, Koblenz.

*

12. §§ 308, 309, 817 BGB. **Wirkung eines nichtigen Kastellanvertrages auf einen im Zusammenhang mit ihm abgeschlossenen Darlehensvertrage. § 817 Satz 2 BGB. findet auf den Darlehensrückforderungsanspruch keine Anwendung.** †)

1. Auch wenn man unterstellt, daß die Parteien die Vertragsbestimmung über die Konzessionsübertragung ernstlich gewollt hätten, wären die Ausführungen der Bekl. über die Wirksamkeit des streitigen Vertrages unzutreffend. Die §§ 308, 309 BGB. sind nur auf Fälle anwendbar, wo ein an sich unbehebbares Wirksamkeitshindernis durch ein Ereignis beseitigt wird, das in dem Verbotsgesetz nicht vorgesehen ist, sondern sich außerhalb desselben vollzieht, wie z. B. eine Aufhebung oder Abänderung des Verbotsgesetzes. Ein solcher Fall liegt z. B. auch der Entsch. des RG. 105, 137[1]) zugrunde.

2. Der Sen. sieht den Pachtvertrag aber auch deshalb als nichtig an, weil er die Scheinnatur der Abrede über die Konzessionsübertragung als erwiesen erachtet. (Wird ausgeführt.)

3. Die Nichtigkeit des Pachtvertrages ergreift nach § 139 BGB. auch den gleichzeitig geschlossenen Darlehnsvertrag; denn beide Verträge bilden eine von den Parteien gewollte Einheit. Der einheitlichen Beurkundung entspricht ein innerer Zusammenhang. Er wird durch die Worte „Mit Rücksicht auf die obige Darlehnshingabe vermietet ..." klargestellt und tritt weiter in den Bestimmungen über die gleiche Dauer beider Verträge und die Verrechnung der Mieten und Darlehnszinsen deutlich hervor.

4. Aus der auch den Darlehnsvertrag erfassenden Nichtigkeit des Vertrages v. 16. April 1925 folgt ohne weiteres, daß die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde v. 16. April 1925 unzulässig, der erste Klageantrag der Kl. also begründet ist. Die weitere Folge ist die, daß das Grundbuch hinsichtlich der von der Kl. für das Darlehn bestellten Hypothek unrichtig ist. Nach § 894 BGB. ist also der Klageantrag 3 begründet. Da, wie sich aus den späteren Ausführungen ergeben wird, nicht etwa die Hypothekenbestellung selbst (als Erfüllungsgeschäft) nichtig ist, ist die Hypothek nach § 1163 BGB. auf die Kl. übergegangen. Diese kann daher nicht nur nach § 896 Vorlegung des über die Hypothek gebildeten Briefes an das Grundbuchamt, sondern nach § 952 Abs. 2 BGB. Herausgabe des Hypothekenbriefs an sich verlangen. Deshalb ist auch der Klageantrag 2 begründet.

5. Die Bekl. beruft sich gegenüber den Klageanträgen 2 und 3 auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihres angeblichen Anspruchs auf Rückzahlung der an die Kl. in Erfüllung des nichtigen Darlehnsvertrages gezahlten 12000 *RM* nebst Prozeßzinsen. Die Kl. hält den Gegenanspruch mit dem LG. nach § 817 S. 2 BGB. für unbegründet. Diese Ansicht billigt der Sen. nicht. Die unmittelbaren Leistungen aus dem Pachtvertrag (Überlassung der Pachträume, Zahlung der Pacht) sollten freilich zur Erfüllung des verbotswidrigen Grundgeschäftes erfolgen, hatten also eine — auch beiden Parteien ohne Zweifel bewußte — verbotswidrige Zweckbestimmung. Die Leistungen aus dem Darlehnsvertrage hatten eine verbotswidrige Zweckbestimmung aber nur als Folge der synallagmatischen Verknüpfung des Darlehnsvertrages mit dem Pachtvertrag: auf sie treffen die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB. also doch auch nur zu, wenn und soweit sie gleichzeitig als Leistungen aus dem Pachtvertrag erscheinen. Mit Recht weist aber die Bekl. darauf hin, daß nicht die Auszahlung der Darlehnsvaluta als eine weitere Gegenleistung der Bekl. für die Überlassung und Nutzung der Pachträume anzusehen ist, sondern die Gewährung der Kapitalsnutzung. Nur auf die Vorteile, die die Kl. aus der Kapitalsnutzung gezogen hat, ist § 817 S. 2 BGB. anwendbar. Ihre Herausgabe verlangt die Bekl. aber nicht. Die hier vertretene Rechtsansicht ist derjenigen gleich, die in der Rspr. so ausgedrückt worden ist, daß sich § 817 S. 2 BGB. nur auf solche Leistungen beziehe, die den geleisteten Gegenstand **dauernd** in das Vermögen des Empfängers zu überführen bestimmt seien. Die Kl. meint, die Darlehnshingabe sei eine solche dauernde Leistung. Nicht dauernde Leistungen seien bedingte Leistungen, wie z. B. die Sicherungsübereignung, Verpfändung oder Kautionsleistung. Eine Begründung für ihre Ansicht gibt die Bekl. aber nicht. Auch die Darlehnshingabe erfolgt mit der Verpflichtung zur Rückgabe. Daß das geliehene Geld in das Eigentum des Empfängers übergeht, kann eine verschiedene Beurteilung nicht begründen, da das auch bei einer Kaution geschehen kann. Überhaupt kann der Sen. nicht erkennen, welcher innere Grund eine verschiedene Behandlung des vorl. Falles gegenüber dem im RG. Bd. 67 S. 325[2]) entschiedenen rechtfertigen sollte. Daß in dem früher entschiedenen Fall die Hingabe von Geld mit der Verpflichtung zur Rückerstattung des Empfangenen (§ 607 BGB.) zu einem ausgesprochenen Sicherungszweck erfolgte, ist unwesentlich. Das ergibt sich u. a. aus § 700 BGB., wonach auf die Hinterlegung vertretbarer Sachen, die in das Eigentum des Verwahrers übergehen sollen, die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden. Übrigens spricht im vorl. Falle auch nichts dagegen, daß das Darlehn nicht **auch** der Sicherung des Verpächters dienen sollte.

Die Kl. verweist zur Begründung ihrer Ansicht auch auf die Entsch., in denen die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 auf Darlehnsverträge bejaht worden sei. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß diese Rspr. nicht unbestritten ist (vgl. RGRKomm. Anm. 3 zu § 817 BGB.). Außerdem liegt den von der Kl. angezogenen Entsch. durchgehends ein von dem vorl. wesensverschiedener Sachverhalt zugrunde. Es handelt sich dabei um Fälle, wo ein Darlehnsvertrag nicht erst

---

Zu 12. Dem Urt. ist im Ergebnis beizutreten. Doch geben die Gründe, zumal mit Rücksicht auf die Schwächen des vielfach angegriffenen § 817 BGB., zu einigen Bedenken und Überlegungen Anlaß.

Die Feststellung eines Kastellanvertrages wegen der Scheinnatur der Konzessionsbestimmung ist nicht zu beanstanden, der Vertrag daher nach § 134 bzw. 138 BGB. nichtig. Das Urt. stützt sich im Gegensatz zu RG. 67, 325, wo § 138 BGB. angezogen ist, auf § 134 BGB. Dieses macht jedoch im Ergebnis keinen Unterschied.

Indem das Urt. weiter feststellt, daß Kastellansvertrag und Darlehnsvertrag als einheitlicher Vertrag zu behandeln sind, konnte es ohne weiteres die Nichtigkeit des Darlehnsvertrages nach § 139 BGB. annehmen. Dabei läßt aber das Urt. ununtersucht, ob bei der anzunehmenden Einheit beider Verträge der Darlehnsvertrag nicht auch

[1]) JW. 1923, 175.

[2]) JW. 1908, 139.

folgeweise, nämlich als rechtsgeschäftliche Gegenleistung aus einem anderen, mit dem Darlehnsvertrag verknüpften Vertrag verbots- oder sittenwidrig erscheint, sondern wo der Makel der Verbots- oder Sittenwidrigkeit auch schon dem getrennt für sich betrachteten Darlehnsvertrag anhaftet. In den meisten Fällen ist auch die verbots- oder sittenwidrige Zweckbestimmung schon mit der Zahlung der Darlehnsvaluta selbst, nicht erst mit der Gewährung der Kapitalsnutzung verknüpft (Darlehn zu Spielzwecken oder zur wucherlichen Weiterverleihung).

Die Forderung, wegen deren die Bekl. das Zurückbehaltungsrecht geltend macht, ist also nach § 812 BGB. begründet. Sie ist auch nicht durch Aufrechnung getilgt. Mit der zur Aufrechnung gestellten Forderung wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Ein Erfüllungsanspruch bestand aber wegen der Nichtigkeit des Vertrags nicht. Also kann auch kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung entstanden sein. Einen Wegfall der Bereicherung hat die Kl. nicht behauptet.

Da auch der in § 273 BGB. vorausgesetzte rechtliche Zusammenhang unbedenklich gegeben ist, war die Bekl. zu den durch die Anträge 2 und 3 verlangten Leistungen nach § 274 BGB. Zug um Zug gegen Rückzahlung der 12000 *RM* nebst Zinsen §§ 818 Abs. 4, 291, 288 BGB.) durch die Kl. zu verurteilen.

(OLG. Köln, Urt. v. 2. Nov. 1927. 5 U 125/27.)

Mitgeteilt von OLGR. Siller, Köln-Lindenthal.

*

von § 134 BGB. mitbetroffen wird. Es heißt später in den Gründen des Urt., daß die Leistungen aus dem Darlehnsvertrage eine verbotswidrige Zweckbestimmung nur als Folge der synallagmatischen Verknüpfung des Darlehnsvertrages mit dem Pachtvertrage hätten; inwieweit aber eine solche Verknüpfung vorliegt oder nicht vorliegt, ist nicht festgestellt. Zwar sagt das Urt., daß eine solche Verknüpfung in bezug auf die Kapitalshingabe nicht vorliegen könne, wohl aber in bezug auf die Kapitalsnutzung. Auf diese aber komme es nicht an, da sie nicht Gegenstand des Streites seien. Das ist mit Bezug auf die Einrede aus § 817 Abs. 2 freilich richtig. Gleichwohl würde dann der Darlehnsvertrag nicht nur nach § 139 BGB., sondern auch nach § 134 BGB. nichtig sein. Im übrigen hätte die Feststellung, daß auch die Nutzung des Kapitals in einem synallagmatischen Verhältnis zu dem Pachtvertrage nicht gestanden hätte, dahin führen müssen, mit RG. 67, S. 325 = JW. 1908, 139 anzunehmen, daß die Leistungen aus dem Darlehnsvertrage überhaupt keine verbotswidrige Zweckbestimmung hatten und bereits darum der § 817 Abs. 2 keine Anwendung finden könne. Hätte aber festgestellt werden müssen, daß auch der Darlehnsvertrag wegen der synallagmatischen Verknüpfung der Kapitalsnutzung mit dem Pachtvertrage den § 134 BGB. unterfalle, dann hätte dies zwar nach § 817 Abs. 2 zuungunsten des Bekl. seine Wirkung wegen der Kapitalnutzung ausgeübt, dagegen mußte den Klaganträgen zu 2 und 3 ohne Rücksicht auf § 817 Abs. 2 stattgegeben werden, nach der feststehenden Meinung über den Inhalt des § 817 Abs. 2, welche dieser Einrede gegenüber Vindikationsansprüchen und sonstigen dinglichen Ansprüchen keine Wirkung zugesteht, und andererseits in solchen Fällen (allerdings mit Ausnahmen) die exceptio doli generalis gegenüber der Einrede aus § 817 Abs. 2 nicht zuläßt. Dies liegt an einer mangelhaften Technik des Gesetzgebers oder aber der Gesetzesanwendung, wie sich aus folgender auf den vorl. Fall gerichteten Überlegung ergibt.

Das Urt. spricht davon, daß der Darlehnsvertrag und der Pachtvertrag in einer Urk. aufgenommen sei. Es werden außerdem die Worte angeführt „Mit Rücksicht auf die obige Darlehnshingabe". Daraus läßt sich schließen, daß es sich um einen Darlehnsrealvertrag handelt, und nicht um einen Darlehnsvorvertrag. Nimmt man dieses an, so ist die Eigentumsübertragung an den Darlehnsgeldern Teil des Darlehnsvertrages, da der Darlehnsvertrag als Realvertrag ohne die Hingabe des Darlehns zu Eigentum nicht gedacht werden kann. Wenngleich nun im allgemeinen die Nichtigkeit des Kausalgeschäftes das abstrakte Geschäft nicht ergreift, so läßt sich doch im vorl. Fall zum mindesten mit Rücksicht auf § 139 mit der Nichtigkeit des Darlehnsvertrages auch die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung an den Darlehnsgeldern annehmen. Dem steht nicht entgegen, daß man bei Nichtigkeit von Darlehnsverträgen gewöhnlich von Kondiktionsansprüchen spricht, weil die dem Darlehnsempfänger übergebenen Gelder gewöhnlich nicht mehr vorhanden bzw. durch Vermischung in fremdes Eigentum übergegangen sind, und damit die Kondiktion nach § 951 BGB. gegeben ist. Da nun wie bereits bemerkt gegenüber Vindikationsansprüchen und damit auch (vgl. RGRKomm. Bd. II 6. Aufl. S. 521 zu § 817 BGB.) den als Ersatz zu Vindikationsansprüchen gegebenen Kondiktionsansprüchen nach § 951 die Einrede aus § 817 Abs. 2 BGB. nicht durchschlägt, so würde bei dieser Konstruktion und Rechtstechnik, obwohl die Sache selbst dem Wesen nach gänzlich gleich liegt, eine Übervorteilung einer Partei auf Kosten der anderen ausgeschlossen sein. Worin aber der Grund liegen soll, einander so gleichliegende Verhältnisse, je nach der angewandten Technik verschieden zu entscheiden, ist schlechterdings unverständlich.

RA. Beitzen IV, Hildesheim.

13. § 254 BGB. Vorteilsausgleichung. Anwendbarkeit 1. auf vertragsmäßige Schadensersatzansprüche, 2. auf ein Garantieversprechen, 3. bei einer Ausbietungsverpflichtung. †)

Das LG. will einen Unterschied machen zwischen der Übernahme einer Ausbietungsgarantie, wie sie hier in Frage steht, und der Übernahme der Verpflichtung, eine Hypothek selbst auszubieten. Für die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung erscheint aber eine unterschiedliche Beurteilung beider Fälle nicht gerechtfertigt. Das LG. geht mit Recht davon aus, daß die Vorteilsausgleichung einen Schadensersatzanspruch voraussetze. Es scheint aber anzunehmen, daß es sich immer um einen kraft Gesetzes entstandenen Schadensersatzanspruch handeln müsse. Das ist irrig. So wie auch die Schadensersatzansprüche nach den §§ 323 ff. BGB. mittelbar auf Vertrag beruhen, können auch mittelbare Schadensersatzansprüche durch Vertrag begründet werden. Ein solcher Vertrag ist die Ausbietungsgarantie. Der Garant haftet dem Versprechungsempfänger für den diesem durch den Nichteintritt des gewährleisteten Erfolges entstandenen Schaden. Diese Auslegung der Ausbietungsgarantie erscheint als die verkehrsübliche. Der Senat ist der Ansicht, daß nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung der Ausbietungsgarant, der also dafür haftet, daß die Hypothek überhaupt ausgeboten wird, jedenfalls hinsichtlich der Vorteilsausgleichung nicht schlechter gestellt sein kann als derjenige, der

Zu 13. 1. Das Urt. des OLG. Köln entspricht der herrschenden Praxis. Bedeutsam ist die Feststellung, daß die Vorteilsausgleichung auch bei vertragsmäßigen Schadensersatzansprüchen zu berücksichtigen sei, wie das RG. im nicht veröffentlichten Teil des Urt. RG. 100, 255 ff. = JW. 1921, 268 bereits entschieden habe.

2. Gerade die Ausdehnung des Gedankens der Vorteilsausgleichung auf vertragliche Schadensersatzansprüche, wie überhaupt die ganze Begründung des OLG. Köln zeigt, daß die Frage der Vorteilsausgleichung aus einem reinen Kausalitätsproblem immer mehr zu einer Billigkeitserwägung verwässert. Diese Entwicklung begegnet schweren Bedenken; denn die in der Praxis allmählich in immer weiterem Umfang anerkannten Fälle der Vorteilsausgleichung sind längst nicht mehr von einem einheitlichen Prinzip getragen; es sei nur an die feststehende, aber gänzlich inkonsequente Praxis erinnert, nach der bei Tod eines versicherten Beamten die Witwe sich zwar die Witwenpension, nicht aber die Versicherungssumme auf ihren Schadensersatzanspruch (Unterhalt) anrechnen lassen muß — eine Lösung, die nicht nur widerspruchsvoll ist, weil in beiden Fällen der Eintritt des Vorteils durch die Tötung in genau gleicher Weise adäquat verursacht ist (richtig Siber-Planck, Komm., II, 1 zu § 249 S. 82), sondern auch durchaus ungerecht, weil sie den Charakter der Beamtenpension als Teilvergütung für geleistete Dienste überhaupt nicht beachtet. Das tritt geradezu kränkend in der Begründung hervor, daß durch Gegenleistung erworbene Vorteile nicht auszugleichen seien —, als ob die Dienste eines Beamten nicht eine mindestens ebenso wertvolle Gegenleistung wären, wie die Prämienzahlung!

3. Der Grundsatz der Vorteilsausgleichung — er beruht übrigens vermutlich auf dem verweichlichten Rechtsdenken der Byzantiner — läßt sich hören, wenn man darauf abhebt, die Verpflichtung zum Schadensersatz gehe nur dahin, den wirklich entstandenen Schaden wieder gutzumachen, solle aber dem Geschädigten keinen Vorteil verschaffen. Deshalb ging die Rspr. zunächst mit Recht davon aus, daß ein und dasselbe Ereignis kausal gewesen sein muß sowohl für die Entstehung des Schadens wie den Eintritt des Vorteils. Heute wird nur noch verlangt, daß „Schaden und Vorteil die gleiche Wurzel haben". Mit der „Erkenntnis", daß nicht notwendig „ein und dasselbe Ereignis" Schaden und Vorteil verursacht haben müsse (RG. 80, 155), geriet man auf gefährliche Bahn; jetzt darf „der Begriff des ursächlichen Zusammenhangs nicht zu eng" gefaßt werden; es soll der „der Natur der Sache entsprechende Zusammenhang maßgebend sein und auch die Billigkeit berücksichtigt werden" (RG.: JW. 1912, 791 [6]). Damit ist die feste Basis aufgegeben, die Billigkeitserwägung kann ihr unstetes Wesen treiben. Um nicht mißverstanden zu werden, sei ausdrücklich betont, daß ich den Wert der Billigkeitsentsch. zu würdigen weiß in Fällen, in denen unter ihrem Mantel neue Rechtsgedanken sich Bahn brechen. Aber sie sind nur eine vorübergehende Erscheinung; ist der neue Rechtsgedanke zum Durchbruch gekommen, so müssen für ihn auch festumgrenzte Voraussetzungen geschaffen werden. Daran fehlt es bei der Vorteilsausgleichung noch durchaus.

4. Bei der Ausbietungsverpflichtung ist der Schuldner stets zur Ausbietung der Hypothek verpflichtet, bei der bloßen Ausbietungsgarantie dagegen hat er nur für den Erfolg einzustehen, daß die Hypothek bei einer Versteigerung nicht ausfällt (vgl. die Aufsätze von Stillschweig: JW. 1914, 334 ff. und Oertmann: DJZ. 1919, 228 ff.). Das OLG. Köln spitzt diesen Gegensatz sogar dahin zu, daß bei der Ausbietungsgarantie die Verpflichtung des Garanten bei Nichteintritt des gewährleisteten Erfolges nur eine mittelbare vertragliche Schadensersatzpflicht sei, während bei der Ausbietungsverpflichtung die Schadensersatzpflicht des

sich verpflichtet, die Hypothek selbst auszubieten. Ein anderes Ergebnis entspräche nicht der Billigkeit.

Daß solche unmittelbar auf Vertrag beruhende Schadensersatzansprüche sonstigen Schadensersatzansprüchen gleichzuachten sind, ist auch in der Rspr. anerkannt. So wird z. B. § 254 BGB. auch auf ein Garantieversprechen angewendet (vgl. Soergel, Bd. I S. 365 Anm. 1 zu § 254 BGB.). Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung auf vertragsmäßige Schadensersatzansprüche hat das RG. bejaht in dem nicht veröffentlichen Teil des Urteils RG. 100, 255 ff.

Mit dem LG. ist die Frage zu bejahen, ob Schaden und Vorteil die gleiche Wurzel haben. Das ist für Fälle der Nichterfüllung einer Ausbietungsverpflichtung mehrfach entschieden worden (vgl. Gruch. 56, 902). Der Senat findet keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzuweichen. Was der Kl. gegen sie vorbringt, ist nicht überzeugend. Ob der Eintritt des vorteilbringenden Ereignisses vom freien Willen des Kl. abhing, ist nicht entscheidend. Wenn sich der Kl. ferner darauf beruft, die Vorteilsausgleichung in einem so gelagerten Fall verstoße gegen den Satz, daß, wer die Gefahr trage, auch den Vorteil genieße, so setzt er dabei als selbstverständlich voraus, daß der ansteigernde Versprechensempfänger gegen den Garanten keinen Anspruch auf Ersatz eines Schadens habe, der über den Ausfall an der Hypothek hinausgehe. Ein solcher Anspruch kann aber sehr wohl, wenn nicht unmittelbar auf Grund der Garantie, so doch auf Grund auftragloser Geschäftsführung begründet sein.

Die Unbilligkeit einer Nichtanrechnung des Vorteils tritt gerade im vorl. Fall besonders klar vor Augen, wo der Kl. noch vor dem Zuschlag die Rechte aus dem Meistgebot zu einem seinen Ausfall übersteigenden Preis veräußern konnte. Der Bieter gab sozusagen ein den Ausfall des Kl. deckendes Nachgebot ab.

Da der Kl. für die Hypothek in dem Preis für die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot Deckung gefunden hat, auch die Entstehung sonstiger Aufwendungen nicht behauptet ist, war die Klage abzuweisen.

(OLG. Köln, 5. ZS., Urt. v. 11. Jan. 1928, 5 U 161/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ellscheid II, Köln.

*

Schuldners zweifellos eine Schadensersatzverpflichtung wegen Nichterfüllung, also gesetzliche Schadensersatzpflicht ist. M. E. ist es jedoch richtiger, mit Stillschweig den Unterschied beider Arten nur darin zu sehen, daß der Ausbietungsgarant nicht in jedem Fall zum Herausbieten verpflichtet ist, sondern nur, wenn der Ausfall anders nicht abzuwenden ist (Pflicht zur Ausfallverhütung), so daß auch bei der Ausbietungsgarantie die Schadensersatzpflicht auf schuldhaftem Verhalten des Garanten beruht, gesetzliche Schadensersatzpflicht ist. Jedenfalls läßt die Auffassung des KG. die Vorteilsausgleichung noch bedenklicher erscheinen, als sie schon nach herrschender Praxis ist.

5. Bei der Ausbietungsverpflichtung hat das RG. die Vorteilsausgleichung wesentlich aus dem Grunde anerkannt, weil erst das Unterlassen des Mitbietens, zu dem der Schuldner verpflichtet ist, es dem Versprechensempfänger ermöglicht, das Grundstück zu so niederem Preise zu erwerben, daß er durch den Mehrwert des Grundstücks für den Ausfall der Hypothek gedeckt ist (RG.: Gruch. 56, 902 = JW. 1912, 791 [6]). Indessen sah sich das RG. zweimal veranlaßt, den Gedanken der Vorteilsausgleichung aufzugeben, beidemal ist die Begründung überaus bezeichnend dafür, wie wenig gefestigt die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung sind. RG. 65, 61 verneint die Anwendung des Gedankens der Vorteilsausgleichung, weil der Berechtigte den Mehrwert dadurch erhielt, daß er kraft selbständigen Entschlusses, zu dessen Vornahme er rechtlich nicht verpflichtet war, das Grundstück erwarb. RG.: JW. 1912, 791 [6] will diese Entsch. nicht gelten lassen — nicht etwa, weil es sich bei ihr nicht um eine Ausbietungsgarantie handelte, sondern weil es sich nicht um „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" handelte, vielmehr um eine „Schädigung dadurch, daß der Notar es unterließ, sie (die Kl.) von einer bereits eingetragenen Grundstückslast zu benachrichtigen" (!), — also doch wohl um gesetzliche Schadensersatzverpflichtung. In einem weiteren Fall (RG. 91, 213) lehnte das RG. es ab, die Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen, weil der Versprechensempfänger und Ersteher den Mehrwert nicht behalten wollte, sondern — gemäß der Sonderabrede das Garantievertrages — die Hypothek als solche sich erhalten wollte. Da eine Naturalrestitution möglich und der Anspruch hierauf begründet sei, käme eine Schadensberechnung durch Vergleich des Verlorenen und Erworbenen nicht in Betracht.

6. Wenn es sich um eine Ausbietungsgarantie handelt, ist der Versprechensempfänger nicht verpflichtet, selbst zu bieten (§ 254 ist nicht anwendbar; Stillschweig a. a. O. S. 340); falls er sich doch beteiligt, handelt er lediglich im eigenen Interesse, diese gebieten ihm diesen Entschluß (RG. 91, 213 = JW. 1918, 217). Von einer Geschäftsführung ohne Auftrag kann keine Rede sein, auch erfolgt die Tätigkeit kraft eigenen, selbständigen Entschlusses (RG. 65, 61).

Nimmt man nun gar noch mit dem OLG. Köln an, daß auch der Garant nicht zum Ausbieten verpflichtet ist, sondern nur vertraglich mittelbar für den etwaigen Schaden haftet, so ist es gänzlich unersindlich, welches die Ursache sein soll, die zugleich Schaden und Vorteil verursacht hat. Aber selbst wenn man — richtig — auch bei Ausbietungsgarantie, den Garanten für verpflichtet hält, nötigenfalls mitzubieten, und mit dem RG. das Versäumen dieser Pflicht als kausal für das Gebot des Verspechensempfängers glaubt ansprechen zu dürfen, so ist es doch sehr zweifelhaft, ob denn der Ersteher im Mehrwert des Grundstücks schon einen kompensablen Vorteil hat. Erst wenn es ihm gelingt, den Mehrwert zu realisieren, ist der Schaden wirklich gut gemacht. Das aber hängt so sehr von seinen Verhältnissen und Fähigkeiten ab, daß man nicht mehr von kausaler Schadensminderung, sondern nur noch von einer nicht ausgleichspflichtigen, selbständigen reparatio damni des schon endgültig entstandenen Schadens sprechen kann. Das war der gesunde Gedanke der klägerischen Ausführung. Das OLG. Köln beruft sich nicht weniger wie dreimal auf Billigkeit und Treu und Glauben, um trotzdem die Vorteilsausgleichung zu rechtfertigen; ja es glaubt, die Unbilligkeit der Nichtanrechnung liege hier besonders klar vor Augen, wo der Kl. noch vor dem Zuschlag die Rechte aus dem Meistgebot zu einem seinen Ausfall übersteigenden Preis veräußern konnte. Ich vermag nicht einzusehen, warum es billig ist, daß gerade der seine Pflicht Verletzende den Vorteil davon haben soll, wenn es der Tätigkeit und Tüchtigkeit des Geschädigten, der zum Eingreifen nicht verpflichtet war, gelingt, einen Gewinn zu erzielen. Davon, daß ein derartiger Gewinn durch die Pflichtverletzung des Schuldners adäquat verursacht worden sei, kann ernstlich nicht gesprochen werden, wie schon RG. 65, 61 richtig erkannte. Aber auch der Billigkeit würde es mehr entsprechen, die Vorteilsausgleichung nur dann vorzunehmen, wenn der Geschädigte zur Tätigkeit verpflichtet war, was beim Deckungskauf der Fall sein mag, für die Ausbietungsgarantie aber nicht zutrifft.

Prof. Dr. Heinrich Stoll, Tübingen.

München.

14. § 419 BGB. Haftung des Übernehmers eines bäuerlichen Anwesens als persönlicher Schuldner für Aufwertungsforderungen gegen den Übergeber aus Hypotheken die zur Zeit der Gutsübergabe (Februar 1925) zurückbezahlt und gelöscht waren. †)

Nach der Klage soll der Bekl. nicht zur Aufwertung verpflichtet sein, sondern für die Aufwertungsforderung der Kl. gegen die Übergeber und persönlichen Schuldner gem. § 419 als Gesamtschuldner haften. Die Aufwertungsanmeldung für die im Jan. 1925 zurückbezahlte Hypothekenforderung der Kl. gegenüber den Eltern des Bekl. und dem Bekl. erfolgte rechtzeitig. Die Eltern erhoben keinen Einspruch, so daß die Aufwertungsforderung gegen die Übergeber als persönliche Schuldner feststeht, nach Ansicht des OLG. allerdings noch nicht der Höhe nach. Nach dem Zweck und der Bedeutung des § 419 BGB., daß der, welcher von einem anderen das Vermögen erhält, auch für dessen Verpflichtungen mithaften soll, müssen Gutsüberlassungsverträge in der Regel als Vermögensübernahmen angesehen werden (vgl. die Komm. zu § 419 BGB.; RG. 69, 289 [1]), 419 [2]); 80, 260 [3]); BayZ. 1927, 115; JW. 1927, 1872). Der Annahme einer Vermögensübernahme steht nicht entgegen, daß einzelne Vermögensstücke von verhältnismäßig unerheblichem Umfang ausgenommen werden (RG. 69, 289 [4]; 80, 258 [5]); JW. 1919, 822; 1927, 1872), daß der Vertrag entgeltlich ist und daß ein Altenteil usw. als Gegenleistung vereinbart wird (OLG. 40, 90; RG.: Recht 1917, 102; RG. 69, 289 [6]; 76, 4; 80, 260 [7])); daß die Beteiligten sich dessen nicht bewußt sind, daß eine Vermögensübernahme vorliegt (RG. 85, 168); daß der Übernehmer die Forderungen, für die er kraft Gesetzes die Haftung übernimmt, gar nicht kennt oder daß die Haftung ausgeschlossen wird (RG. 69, 284 [8]); OLG.: DJZ. 1904, 414). Weiter wird ausgeführt, daß in den bay. Gebieten der älteste Sohn gegenüber den anderen Geschwistern immer bevorzugt wird und daß er trotz Altenteil und Verpflichtungen gegenüber den Geschwistern in der Regel im Vorteil ist, daß die Zurückbehaltung von einigen kleineren Grundstücksteilen usw., Verpflichtungen gegenüber den Geschwistern, Wohnungs-, Austrags- und Nutzleistungsrechte gegenüber den Übergebern der Annahme des § 419 nicht entgegenstehen.

Zu 14. A. Es steht fest, daß die ursprünglichen persönlichen Schuldner, die Übergeber, innerhalb der dreimonatlichen Frist des § 16 AufwG. keinen Einspruch eingelegt, auch nicht bis 1. April 1926 Herabsetzungsantrag nach § 8 gestellt haben. Damit gelten die Voraussetzungen einer Aufwertung kraft Rückwirkung als gegeben. Wegen Fristablaufs können die Schuldner sich nicht mehr auf die Härteklausel berufen und nicht mehr Herabsetzung der Aufwertung verlangen (vgl. RG.: Rspr. i. AufwS. 1926, 613 und OLG. ebd. S. 487; OLG. Stettin: Rspr. i. AufwS. 4. Sonderh. S. 23; Quassowski, § 16 A II). Die Übernehmer haften für die gegen die Übergeber

[1]) JW. 1908, 548. [2]) JW. 1909, 11. [3]) JW. 1913, 26.
[4]) JW. 1908, 548. [5]) JW. 1913, 26. [6]) JW. 1908, 548.
[7]) JW. 1913, 26. [8]) JW. 1908, 548.

Auch die weitere Voraussetzung, daß die Forderung, für die der Übernehmer haften soll, zur Zeit des Abschlusses des Übergabevertrages bestanden hat, ist erfüllt. Im Gegensatz zum LG. stellt das OLG. fest, daß auf Grund Rückwirkung das Aufwertungsrecht ex tunc nach der dinglichen und persönlichen Seite wieder auflebt (BayObLG.: DJZ. 1926, 1715; Schlegelberger 5, Anm. 4 zu § 15; Quassowski S. 231). Heute steht auf Grund des AufwG. fest, daß zur Zeit der Gutsübernahme eine Aufwertungsforderung der Kl. gegen die Übergeber als persönliche Schuldner bestand. Eine Aufwertungsverpflichtung des Bekl. kommt nicht in Frage, insbes. nicht eine Aufwertung der Hypothek. Dies ist nicht verlangt und würde an dem gutgläubigen Erwerb scheitern (§ 892 BGB., § 20 AufwG.). Die Haftung nach § 419 entspricht auch der Billigkeit, da es billig ist, daß der Sohn, der das Gut übernahm, neben seinen Eltern, die nichts mehr haben, für die Aufwertungsforderung haftet.

(OLG. München, ZS., Urt. v. 25. Jan. 1928, L 1147/27 I.)

*

Naumburg.

15. §§ 157, 415 BGB. Vereinbaren Verkäufer und Käufer eines Grundstücks, daß der Käufer die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis als Selbstschuldner übernehmen soll, ist jedoch Verkäufer wegen Mangels der Genehmigung seiner Schuldübernahme durch den Gläubiger selbst noch nicht Schuldner geworden, so ist anzunehmen, daß die Beteiligten die Schuldübernahme für den Fall wollten, daß der Verkäufer durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers Schuldner würde. †)

Das Bedenken, das gegen die Wirksamkeit der zwischen der Frau G. und dem Bekl. vereinbarten Schuldübernahme geltend zu machen ist, leitet sich daraus her, daß zwar der erste Abkäufer, W., persönlicher Schuldner der Kl. geworden war und deshalb die Übernahme seiner Schuld durch die Frau G. später noch von der Kl. genehmigt werden konnte, daß dagegen die Frau G. noch nicht in die persönliche Schuld eingetreten war, als sie den Kaufvertrag mit dem Bekl. schloß. Denn unstreitig hatte die Kl. zu dieser Zeit die Schuldübernahme der Frau G. noch nicht genehmigt, weder nach § 415 noch nach § 416 BGB. Erst mit dieser Genehmigung wurde aber diese Schuldübernahme im Verhältnis zu W. wirksam und trat die Frau G. als Schuldnerin an der Stelle W. in dessen Verbindlichkeit ein. Der Bekl. hat also in dem Kaufvertrage v. 15. Mai mit Frau G. die Übernahme einer Schuld vereinbart, obwohl sie nicht Schuldnerin der übernommenen Schuld war. Das Gesetz kennt nur zwei Arten der Schuldübernahme: eine solche durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer und eine solche durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer; dagegen ist ein Schuldübernahmevertrag zwischen dem Übernehmer und einem Dritten dem Gesetze fremd. Solange Frau G. noch nicht persönliche Schuldnerin der Kl. war, muß sie im strengen Rechtssinne als Dritte gelten; es können deshalb mit Recht Zweifel auftauchen, ob die von ihr mit dem Bekl. vereinbarte Schuldübernahme Rechtswirksamkeit besitzt. RG. 75, 344 vertritt die Ansicht, daß der zwischen dem Übernehmer und einer dritten, nicht im Schuldverhältnis befindlichen Person vereinbarte Schuldübernahmevertrag rechtsunwirksam ist. Diese Auffassung wird bekämpft von Wolff (JW. 1925, 2539); auch Nadler (Grundbuch- und Aufwertungsfragen, 3. Aufl. S. 148) tritt ihr entgegen, allerdings ohne Angaben von Gründen. Es muß demgegenüber jedoch daran festgehalten werden, daß die Regelung, welche die Schuldübernahme im Gesetz gefunden hat, grundsätzlich allein der Auffassung des RG. Recht gibt. Aus dieser Auffassung folgt jedoch noch nicht, daß nunmehr alle Schuldübernahmeverträge, welche zwischen dem Übernehmer und einem Nichtschuldner geschlossen werden, rechtsunwirksam sein müssen. Es wäre ein höchst unbefriedigendes, vom Gesetzgeber kaum gewolltes Ergebnis, wenn man solchen Verträgen die rechtliche Wirksamkeit absprechen müßte, bei welchen die Parteien die Übernahme einer Schuld vereinbaren, in welche zwar der Vertragsgegner des Übernehmers noch nicht eingetreten ist, in die er aber jederzeit ohne eigenes Zutun eintreten kann, an deren Übernahme durch den Übernehmer er also schon jetzt ein erhebliches Interesse hat, und das lediglich nur deshalb, weil die Parteien von einer Rechtslage ausgehen, die zur Zeit noch nicht vorliegt, deren Verwirklichung aber bevorsteht und ihren Geschäftswillen entspricht. Wenn in einem solchen Falle der vermeintliche Schuldner im Vertrage die Übernahme der von beiden Parteien als bestehend angenommenen Schuld sich versprechen läßt, so ist er nicht mehr Dritter, steht vielmehr bereits in enger Beziehung zu der übernommenen Schuld. Sein Eintritt in das Schuldverhältnis ist von der Verwirklichung einer Bedingung, hier der Erteilung der noch ausstehenden Genehmigung des Gläubigers, abhängig. Würden die Parteien die Rechtslage kennen, so hätten sie es natürlich in der Hand, ihr Rechnung zu tragen und jeden Zweifel an der Rechtswirksamkeit der Schuldübernahme dadurch zu beseitigen, daß sie ihre Geltung ausdrücklich auch für den Fall vereinbaren, daß die Genehmigung erst noch zu erteilen ist. Darin läge die übernahme einer bedingten Schuld, deren rechtliche Zulässigkeit denn auch allgemein anerkannt wird (RG. a. a. O.; Warneyer 1910 Nr. 428; 1916 Nr. 68; RGRKomm. § 414 Anm. 2). Die Möglichkeit einer derartigen übernahme einer bedingten Schuld läßt aber immer noch die hier zu entscheidende Frage offen, ob die Schuldübernahme auch dann wirksam werden kann, wenn die Parteien angenommen haben, daß der Vertragsgegner des übernehmers bereits Schuldner der übernommenen Schuld ist, und es deshalb im Vertrage unterlassen haben, die Schuldübernahme auf die dergestalt bedingte Schuld zu erstrecken. RG. a. a. O. verneint die Frage und meint, daß der auf die übernahme einer bedingten Schuld gerichtete übernahmewille einen anderen Inhalt habe, als ein solcher, der auf eine unbedingte Schuld gerichtet sei, daß es daher für eine bloß bedingte Schuld überhaupt an einer Willenseinigung fehle, wenn die Parteien annehmen, eine bereits in der Person des Verkäufers bestehende Schuld zu übernehmen. Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Es ist nicht einzusehen, warum in einem solchen Falle eine Willenseinigung der Parteien nicht zustande gekommen sein soll. Welche Schuld übernommen werden soll, steht zwischen den Parteien fest, nämlich die auf dem verkauften Grundstück eingetragene, durch die Eintragung und die Eintragungsbewilligung in allen Einzelheiten ausgewiesene Forderung der Kl. Die Parteien sind sich darüber einig, daß diese Forderung übernommen werden soll, sie befinden sich aber übereinstimmend in einem Irrtum über eine Modalität dieser Forderung, indem sie annehmen, daß der Verkäufer bereits Schuldner dieser Forderung sei, daß es sich also um eine unbedingte Schuld handele, während es in Wirklichkeit eine bedingte ist. Durch diesen übereinstimmenden Irrtum wird aber das Zustandekommen einer Willenseinigung der

---

festgestellten Aufwertungsforderungen, sie können sich daher überhaupt nicht auf die Härteklausel berufen oder Herabsetzung verlangen, die Höhe der Forderung der Kl. dürfte daher feststehen.

Im übrigen ist der Entsch. beizupflichten. Hierdurch wird ermöglicht, teilweise die Härten auszugleichen, die für den Gläubiger die Berufung des Sachbesitzers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit sich bringen kann. Dieselben Grundsätze gelten natürlich bei übernahme einer Gesellschaft oder einer anderen Vermögensübernahme nach § 419 BGB.

RA. Dr. Winkelmann, München.

B. Wenn mit dem OLG. München angenommen wird, daß eine Vermögensübernahme i. S. § 419 BGB. bestehe, wogegen m. E. Bedenken nicht zu erheben sind, ist die Haftung des übernehmers für den gegen den Vermögensübergeber bestehenden Aufwertungsanspruch begründet. Zwar bestand zur Zeit der Vermögensübernahme ein Aufwertungsanspruch nicht. Es ist aber dem OLG. darin beizustimmen, daß durch das AufwG. der Aufwertungsanspruch mit rückwirkender Kraft begründet ist. Ich lasse dahingestellt, ob diese Rückwirkung so weit geht, daß es für alle rechtlichen Beziehungen so angesehen wird, als habe der Aufwertungsanspruch stets bestanden. Es ist jedenfalls anzunehmen, daß die Rückwirkung auch gegenüber dem Vermögensübernehmer vom Gesetze gewollt ist, da sonst die vom Gesetz beabsichtigte Begünstigung des früheren Gläubigers in Fällen der Vermögensübernahme wirkungslos sein würde.

Staatssekr. i. R. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

Zu 15. A. verkauft sein Grundstück an B. B. übernimmt eine durch Hypothek gesicherte Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis als Selbstschuldner. Bevor der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt hat, verkaufte B. das Grundstück an C.; B. und C. vereinbaren hinsichtlich dieser Schuld eine gleiche Schuldübernahme. Da der Gläubiger die erste übernahme bisher nicht genehmigt hat, ist B. nicht Schuldner geworden, die zweite übernahme bewirkt daher nicht, daß C. Schuldner wird; die zweite übernahme ist gegenstandslos, selbst wenn der Gläubiger sie genehmigt; er hat ein nichts genehmigt. Der Gläubiger kann aber in das Rechtsverhältnis noch jetzt gestaltend eingreifen, indem er die erste Schuldübernahme genehmigt. Hierdurch wird — die ordnungsmäßige Mitteilung der Schuldübernahme vorausgesetzt — B. Schuldner. Damit ist aber auch die Voraussetzung eingetreten, unter der die Beteiligten B. und C. die zweite Schuldübernahme vereinbart haben. Der Gläubiger hat es nunmehr in der Hand, auch die zweite Schuldübernahme zu genehmigen, wodurch er — bei deren befreiendem Charakter — erreicht, daß B. aus der Schuld entlassen wird und C. als Schuldner eintritt. Dies war schon in meinem Aufsatz JW. 1925, 2535 angenommen worden; es ist auch der Standpunkt der Textentscheidung. Diese polemisiert gegen RG. 75, 344 = JW. 1911, 442, das eine entgegengesetzte Auffassung vertreten hatte. Neuerdings hat aber das RG. (Ring, Rspr. 1928, 329) diese seine anscheinend entgegengesetzte Annahme mit den Besonderheiten des damals zur Entsch. stehenden Falles erklärt und ist grundsätzlich zu dem gleichen Ergebnis gelangt, wie die Textentscheidung. Damit dürfte die namentlich für das Gebiet der Aufwertung bedeutungsvolle Streitfrage eine endgültige Lösung gefunden haben, die den Erfordernissen der Rechtslogik, den Absichten der Beteiligten und den Bedürfnissen des Verkehrs in gleicher Weise entspricht.

JR. Stillschweig, Berlin.

Parteien ebensowenig gehindert, wie auch in sonstigen Fällen, in denen die Parteien sich über einen Gegenstand vertraglich einigten, über dessen Eigenschaften sie beide irrten. Die Rechtslage unterscheidet sich, abgesehen davon, daß es sich um die Schuldnerseite der Forderung handelt, in nichts von dem in § 437 BGB. geregelten Fall des Verkaufs einer nicht bestehenden Forderung. Auch hier geht das Gesetz davon aus, daß beide Parteien übereinstimmend den Bestand einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Forderung annehmen, und regelt die Folgen dieses Irrtums, wozu es keine Veranlassung hatte, wenn es das Zustandekommen einer Willenseinigung nicht anerkennen wollte. Inwieweit und ob überhaupt der Irrtum der Parteien über die Modalität der übernommenen Schuld zu einer Anfechtung des Vertrages berechtigt, oder ob vielmehr, wenn in einem solchen Falle die Bedingung ausfällt, die vertraglichen Beziehungen nach den Vorschriften über objektive (§§ 306 f. BGB.) oder subjektive (§§ 320 f. BGB.) Unmöglichkeit der Leistung sich regeln, braucht nicht erörtert zu werden, da es hier nur darauf ankommt, nachzuweisen, daß die Parteien sich in Wirklichkeit geeinigt haben. Freilich wird damit allein die Wirksamkeit der Schuldübernahme des Bekl. noch nicht außer Zweifel gestellt. Der Unterschied des Übernahmewillens der Parteien, wie ihn das RG. kennzeichnet, ist natürlich nicht ohne Einfluß für das Zustandekommen des Schuldübernahmevertrages, nur gewinnt er in einem anderen Sinne Bedeutung, als es das RG. meint. Es wird nicht bezweifelt werden können, daß der Vertrag dann unwirksam ist, wenn die Parteien, sei es ausdrücklich, sei es durch andere, im Wege der Auslegung sich ergebenden Erklärungen ihren Geschäftswillen dahin bestimmen, daß die vereinbarte Schuldübernahme nur für den Fall, daß der Verkäufer bereits unbedingter Schuldner der zu übernehmenden Schuld ist, gelten soll, nicht aber, wenn sein Eintritt in die Schuldverbindlichkeit noch von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Dagegen beeinträchtigt es die Wirksamkeit der Schuldübernahme nicht, wenn die Parteien einen dergestalt beschränkten Übernahmewillen nicht hatten, ihr Wille vielmehr ganz allgemein dahin ging, den Verkäufer unter allen Umständen, bekannten oder unbekannten, von der ihn betreffenden Schuldverbindlichkeit zu befreien. Die Ermittelung des Geschäftswillens der Parteien ist Sache der Auslegung unter Berücksichtigung des § 157 BGB. Dabei wird man davon auszugehen haben, daß die Parteien vernünftigerweise den Vertragszweck erreichen wollten, daher, falls nicht besondere Umstände zu einer gegenteiligen Auslegung des Vertragswillens zwingen, auch wollten, daß die Übernahme auch dann in die Schuld des Veräußerers eintreten sollte, wenn dieser zur Zeit des Vertragsschlusses noch unter einer Bedingung stand, sofern die Bedingung nur später verwirklicht wurde. Legt man nach diesem Grundsatz den Kaufvertrag, welchen der Bekl. mit der Frau G. geschlossen hat, aus, so ist auch hier festzustellen, daß der Wille der Vertragschließenden sich nicht darauf beschränkt hat, nur eine unbedingte und bereits feststehende Schuld der Frau G. auf den Bekl. übergehen zu lassen, daß ihr Wille vielmehr dahin ging, daß ohne jede Einschränkung die Schuld der Frau G., wie sie in dem durch die dingliche Haftung des Grundstückes festgelegten Umfang jemals sie treffen würde, von dem Bekl. übernommen werden sollte.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 9. Dez. 1927, 4 U 301/27.)

Mitgeteilt von RA. Gleser, Naumburg.

Zu 16. Die Entsch. steht mit der herrsch. Rechtslehre und Rspr. auf den ersten Blick in einem Widerspruch, der einer Nachprüfung daraufhin bedarf, ob er vielleicht nur ein vermeintlicher und mit der bisherigen Auffassung vereinbar ist. Im Sinne der GewO. ist nicht als Gewerbe anzusehen die auf Gewinnung roher Naturerzeugnisse gerichtete Tätigkeit, die Urproduktion; die Viehzucht ist ausdrücklich in § 6 GewO. hervorgehoben. Ein nicht unter die GewO. fallender landwirtschaftlicher Nebenbetrieb wird von der herrschenden Auffassung nur dann angenommen, wenn diese Verarbeitung in der Landwirtschaft üblich ist; es liegt also Gewerbe i. S. jenes Gesetzes vor, wenn das Maß dieser Üblichkeit überschritten ist. Immerhin stellt Landmann, Komm. z. GewO., (1928) I, 48 fest, daß in dieser Frage keine vollständige Übereinstimmung im Vollzuge und in der Rspr. besteht und nimmt hierfür Bezug auf einen preuß. MinErl. v. 1. Nov. 1894 (MBliV. 218), der die Anwendung der GewO. dann verlangt, wenn die landwirtschaftlichen Betriebe regelmäßig die selbstgewonnenen Rohstoffe durch Zukauf ergänzen. Wenn RGSt. 36, 305 den Begriff der landwirtschaftlichen Nebenbetriebe deshalb nicht „zu sehr" ausgedehnt wissen möchte, weil dies sonst der den möglichsten Schutz der Arbeiter bezweckenden Tendenz der neueren Gewerbegesetzgebung entgegen wäre, so kann dieses Moment nicht entscheidend sein. Denn zunächst und grundsätzlich kommt es auf den Begriff des Gewerbes an, und es geht nicht an, die Entsch. der Frage primär beeinflussen zu lassen von einer Erwägung, die mit dem Gewerbebegriff nichts zu tun hat; ist ein der GewO. unterfallender Gewerbebetrieb vorhanden, so wird sich die Anwendung der arbeiterschutzrechtlichen Bestimmungen, soweit sie in jenem Gesetz geordnet sind, ohne weiteres ergeben, und sie ist ausgeschlossen, wenn ein Gewerbebetrieb nicht anzunehmen ist. Man kann aber nicht, um die Anwendung dieser Bestimmungen erzielen zu können, den Begriff im voraus mit Rücksicht auf jene erwähnte Tendenz umformen wollen. Schaltet man daher diese Auffassung des RG. aus, so bleibt das Moment des „landwirtschaftlich üblichen". Nun ist zwar der Auffassung des OLG. Celle, es handele sich um eine neue Wirtschaftsform oder Betriebsform (beide Ausdrücke werden gebraucht) nicht beizutreten. Der Landwirt und Viehzüchter, der die Tiere, statt sie zu ungemein niedrigen Preisen lebend zu verkaufen, schlachtet, hat keine neue Wirtschaftsform gesucht und gefunden, sondern eine nicht mehr zur Urproduktion gehörige gewerbliche Tätigkeit vollzogen. Er hat gehandelt, „um seinen Betrieb ertragsfähig zu gestalten", wie das OLG. selber sagt. Dann läge aber zweifellos ein von der GewO. beherrschtes Gewerbe, das in der Landwirtschaft übliche des Nebenbetriebes übersteigt, vor. Es bleibt aber immerhin die Frage offen, ob die Zahl der geschlachteten Tiere dieses übliche Maß übersteigt, womit die Entsch. nicht grundsätzlich von der bisherigen herrschenden Auffassung abweicht. Es wird abgestellt auf den Tatbestand, durch den das übliche Maß festgestellt wird. Kann ich daher der Begründung des Urteils des OLG. nicht zustimmen, so glaube ich doch, daß es zutreffend ist, weil es auf dem hier bezeichneten Wege mit der richtigen Meinung in Einklang zu bringen ist.

Prof. Dr. Stier-Somlo, Köln.

Celle.

b) Strafsachen.

16. §§ 14, 16, 147 II, 148 I RGewO. Der Verkauf selbstgemästeter und selbstgeschlachteter Schweine ist ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft. †)

Der Angekl. (Landwirt) bewirtschaftet seinen 220 Morgen großen Hof, und betreibt daneben Schweinezucht und Schweinemästerei unter ausschließlicher Verwendung seiner eigenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse. Er hat i. J. 1927 im ganzen etwa 120—150 Schweine teils als Ferkel oder kleine Schweine verkauft, teils gemästet. In der Zeit v. 9. Juni bis 25. Aug. 1927 hat er in seinen Wirtschaftsräumen wöchentlich 2 bis 3 (im ganzen etwa 26) von seinen gemästeten Schweinen schlachten lassen und die Fleischwaren in kleinen Mengen an die Bevölkerung des Ortes S. verkauft. Das AG. ist der Ansicht, daß ein in diesem Maße betriebenes Schlachten nicht einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb, sondern einen die üblichen Grenzen der Landwirtschaft übersteigenden Betrieb darstelle, der als Gewerbebetrieb anzusehen sei. Die vom Angekl. hervorgehobene Tatsache, daß er sich bei den ungemein niedrigen Preisen für lebende Schweine vor allzugroßem Schaden habe bewahren wollen und deshalb die Tiere geschlachtet und das Fleisch verkauft habe, spiele hierbei keine Rolle. Das AG. bestrafte daher den Angekl. wegen Nichtanmeldung des Gewerbes und Nichteinholung der Genehmigung zu der Errichtung der Anlage der Schlächterei aus §§ 14, 16, 147 II, 148 I RGewO.

Der Rechtsauffassung des AG. ist nicht zuzustimmen. Hinsichtlich der Frage, ob sich der Schlachtbetrieb des Angekl. als ein Nebenbetrieb seiner Landwirtschaft und seiner Viehzucht darstellt, ist neben den Ausmaßen des Betriebes nicht (wie Landmann, GewO., 8. Aufl. Bd. I S. 48 annimmt) schlechthin entscheidend, ob eine solche Betriebsform in der Landwirtschaft und Viehzucht üblich ist. In den bewegten Zeiten, wie sie unsere Wirtschaft in diesen Jahren durchmacht, sind die Wirtschaftsformen vielfach in Fluß geraten. Auch der Landwirt und Viehzüchter kann Anlaß haben, nach neuen Wirtschaftsformen zu suchen, um seinen Betrieb ertragsfähig zu gestalten oder auch nur aufrechtzuerhalten. Man darf daher bei dem vorl. Falle, selbst wenn es sich um eine einzelne Erscheinung handeln sollte, nicht an den Gründen vorübergehen, die den Angekl. dazu geführt haben, einen Teil seiner Tiere zu schlachten und das Fleisch selbst zu verkaufen. In dieser Hinsicht ergibt die Urteilsfeststellung, daß der Angekl. deshalb so, wie geschehen, gehandelt hat, weil er bei den damals ungemein niedrigen Preisen durch den Lebendverkauf der Schweine allzugroßen Schaden erlitten hätte. Er hat also, um seine Viehzucht ertragsfähig zu erhalten, um also ihr und seiner Landwirtschaft mit seinem Vorgehen zu dienen, selbst geschlachtet und das Fleisch verkauft. Nicht dagegen hat er in diesem Verfahren einen gewerblichen Selbstzweck erblickt und verfolgt. Das geht außerdem deutlich sowohl aus der vorübergehenden Dauer der Ausübung der neuen Betriebsform, wie auch aus ihrem im Verhältnis doch nur mäßigen Umfange hervor. Alles zeigt, daß es sich hier um ein hilfsweise betriebenes Nebengewerbe in enger Verbindung mit der Landwirtschaft und der Viehzucht des Angekl. gehandelt hat.

Die Art des Nebenbetriebes kann auch nicht als irgendwie wesensfremd derjenigen des Hauptbetriebes bezeichnet werden, so daß etwa wegen mangelnder innerer Zugehörigkeit zum Hauptbetriebe von einem Nebenbetriebe nicht gesprochen werden könnte.

Das Schlachten des Schweines und der Verkauf des Fleisches ist die naturgemäße Verwertung des Schweines als des durch den Hauptbetrieb gewonnenen Produktes. Der Landwirt und Viehzüchter entfernt sich mit ihr von seiner Haupttätigkeit nicht weiter als derjenige Landwirt, der aus Milch Käse herstellt und verkauft, aus Kartoffeln Spiritus brennt und veräußert — damit nach anerkannter Rspr. nur landwirtschaftliche Nebenbetriebe ausübend.

Wie das RevG. als ihm gerichtsbekannt verwerten darf, haben übrigens in der letzten Zeit auch anderwärts die Landwirte und Viehzüchter, um bei den niedrigen Schweinepreisen sich vor zu großem Schaden zu bewahren, zu dem Aushilfsmittel des eigenen Schlachtens und Veräußern des Fleisches gegriffen. Es wäre also selbst von dem Standpunkte des AG. aus sehr wohl zu prüfen, ob hier nicht bereits von einer üblichen Nebenbetriebsform zu sprechen ist.

(OLG. Celle, StS., Urt. v. 9. März 1928, M 22/28.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Deiter, Hannover.

Landgerichte.

Schwäbisch Hall. Zivilsachen.

1. §§ 459, 481, 482 BGB. Gewährschaft für Trächtigkeit, Beginn der Verjährung, Kalbgewährschaft mit Vereinbarung eines bestimmten Endtermins enthält keine Vereinbarung einer Gewährfrist. †)

Der Kl. kaufte am 1. April 1927 vom Bekl. eine Kuh, wobei dieser Gewährschaft für ein Kalb im Juni leistete. Das Kalb kam aber erst am 6. Aug. 1927. Am 10. Aug. 1927 stellte der Kl. beim AG. Mergentheim Antrag auf Erlassung eines Zahlungsbefehls auf den Betrag von 66,60 ℳ nebst 8% Zinsen seit 6. Aug. 1927 als Schadensersatz für die Verspätung des Kalbens. Das AG. Mergentheim erkannte auf Abweisung der Klage. Die Berufung hatte Erfolg.

I. Von der einfachen Zusicherung der Trächtigkeitseigenschaft unterscheidet sich die vorl. dadurch, daß die Zusicherung nicht nur für das Vorhandensein der Trächtigkeit an sich gilt, sondern für eine Trächtigkeit der Art, daß die Kuh auch ein Kalb zur Welt bringe, sowie, daß dies Ereignis nicht vor Juni und nicht später als Juni eintreten werde. Entsprechend der Regel beim Viehkauf ist hierin nicht ein Garantievertrag, sondern nur die Zusicherung einer Eigenschaft zu erblicken (vgl. Stölzle, Viehkauf, 6. Aufl., S. 453 ff, 473).

Gewollt ist Übernahme der Haftung i. S. des Einstehens für vertragsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache zur Zeit des Gefahrübergangs, d. h. für Gewährleistungsansprüche, nicht aber darüber hinaus für einen Erfolg (vgl. Staub, § 377 Anm. 46). Das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft würde einen Mangel der gelieferten Kaufsache darstellen, für den der Verkäufer schon auf Grund der bloßen Zusicherung haften müßte; für eine darüber hinausgehende Garantie ist kein Raum.

II. Für die Entsch. der Frage, ob durch die Zusicherung „im Juni ein Kalb" eine Gewährfrist vereinbart wurde oder etwa eine die Verjährungsfrist betreffende Abmachung getroffen werden wollte, ist die Natur der zugesicherten Eigenschaft von grundlegender Bedeutung.

Die in § 482 BGB. angezogenen Gewährfristen für Hauptmängel sind nicht willkürlich, sondern nach sorgfältiger Beobachtung der natürlichen Reifezeiten der Hauptmängel festgestellt worden. Die Dauer stellt einen billigen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Vertragsteile dar. Sie ist jeweils so bemessen, daß, wenn Fehler nach Ablauf der Frist auftreten, die Erfahrung dafür spricht, daß dieselben ihrer Natur nach erst nach Gefahrübergang ihren Anfang genommen haben können. Die Haftung des Verkäufers soll nicht unnötig lange Zeit dauern. Deshalb tritt zu der Gewährfrist die Mängelanzeigefrist von zwei Tagen hinzu (s. § 485 BGB.). Diese ist ob ihrer knappen Bemessung für den Käufer besonders gefährlich. Sie ist nur tragbar dort, wo die Verhältnisse auf rasche Klärung drängen und diese auch ermöglichen. Solche, insbes. bei den Hauptmängeln vorl. Voraussetzungen (hinreichend übersehbare Entwicklungsmöglichkeiten und Zeiträume, Notwendigkeit zur raschen Klärung) sind aber bei der Trächtigkeitseigenschaft nicht gegeben.

Nach allgemeiner Erfahrung setzt das untrügliche Offenbarwerden der Trächtigkeit allein oder der Zeitpunkt des Eintritts des Kalbens einen Naturvorgang von höchst unsicherem und oft lang andauerndem Ablauf voraus. Jede Berechnung kann nicht nur um Tage, sondern sehr leicht um Wochen und Monate nicht stimmen. Eine Untersuchungspflicht obliegt dem Käufer nicht (vgl. § 490 i. Verb. m. § 482 BGB.). Er darf abwarten, bis das Gebrechen, der Mangel, sich innerhalb der Gewährfrist zeigt. Ganz abgesehen davon wird es stets Fälle geben, in denen ein sicherer Beweis nicht erwartet werden kann, weil selbst ein besonders erfahrener Viehzüchter oder besonders tüchtiger Tierarzt ein bestimmtes Gutachten nicht abgeben kann oder aber das Gutachten fehlgeht. Zudem kann man doch billigerweise dem Käufer nicht zumuten, Spezialisten zur Untersuchung herbeizurufen.

Wenn nun die Vertragsteile in Kenntnis dieser, der Trächtigkeit naturhaft innewohnenden großen Unsicherheiten vertragsmäßige Bindung über die Trächtigkeit trotzdem eingehen wollen und dies erklären, so kann nicht unterlegt werden, daß sie gleichwohl nur sechs Wochen lang vom Tag der Übergabe an (§§ 492, 490 BGB.) Gewährleistung zubilligen bzw. damit vorliebnehmen wollen. Der die Viehmängelgewährschaft beherrschende Grundgedanke, durch die Gewähr- und abgekürzten Verjährungsfristen rasch klare Verhältnisse zu schaffen, kann eine derartige Auslegung allein nicht rechtfertigen, führt doch das Gesetz diesen Grundsatz selbst nicht starr durch, indem es abweichende Vereinbarungen zuläßt.

Zu 1. Für das Viehgewährschaftsrecht spielt wohl kaum eine Streitfrage eine größere Rolle als die, ob bei der Gewährschaft für Trächtigkeit die sechswöchige Verjährungsfrist mit der Ablieferung oder erst mit dem Ablauf der Trächtigkeitsdauer beginnt. Entgegen der Ansicht Stölzles, der die Verjährung in diesem Fall schon mit der Ablieferung beginnen läßt, nimmt das LG. mit der nunmehr herrschenden Meinung an, daß der Beginn der Verjährung durch stillschweigende Vereinbarung auf den Ablauf der Trächtigkeitsperiode hinausgeschoben ist.

Ebenso LG. Marburg v. 1. April 1909; LG. Memmingen v. 8. Mai 1909 u. 8. Juli 1910 (SeuffBl. 75, 776); LG. Mosbach v. 6. Nov. 1909 (BadRspr. 1910, 16); LG. Karlsruhe v. 24. Sept. 1910 (Gruch. 55, 228); LG. Schweinfurt v. 17. Nov. 1911 (BayZ. 1911, 471); LG. Marburg v. 15. Jan. 1912; LG. Würzburg v. 5. März 1912 (BayZ. 1913, 53, bei Gewährschaft für ein Kalb); LG. Gießen v. 15. Sept. 1914 (HessRspr. 1915, 279); OLG. Kiel v. 13. Dez. 1919 (OLG. 40, 320); LG. Frankenthal v. 4. März 1926 (JW. 1926, 1058). Das RG. (JW. 1914, 590) hat für den gleichgelagerten Fall der Gewährschaft für Zuchttauglichkeit eines Hengstes entschieden, daß der Beginn der Verjährung durch stillschweigende Vereinbarung bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben ist, in welchem sich zeigt, ob die vom Hengst gedeckten Stuten aufgenommen haben.

Seit dem Jahre 1909 wird die von Stölzle noch jetzt festgehaltene Ansicht, daß bei Trächtigkeitsgewähr die Verjährung schon mit der Ablieferung beginnt, nur noch von folgenden Kollegialgerichten gebilligt: LG. Aschaffenburg v. 3. Mai 1912 (BayZ. 1913, 52; LG. Schneidemühl v. 23. Nov. 1915 (Pos. MSchr. 1915, 152); LG. Augsburg v. 11. Nov. 1916; LG. Freiburg v. 28. Okt. 1919; LG. Göttingen v. 1. Juni 1921.

Auch das Schrifttum lehnt weitaus überwiegend die Ansicht Stölzles ab: Staudinger-Kober, Bem. 1d zu § 492; Planck, Bem. 2 zu § 492; Frommherz: Gruch. 58, 628; Andrae: HessRspr. 1920, 44; Ohnsorge: SächsArch. 1913, 82; Hanke: Gruch. 58, 625; Hirsch: WürttJ. 1914, 244; Schefold: Recht 1910, 803 u. JW. 1914, 780; Krückmann: 68 u. JW. 1912, 578; Meisner, Viehgewährschaft, 3. Aufl. S. 249 ff.

Die Ansicht Stölzles wird nur noch geteilt vom RGRKomm. Bem. 3 u. 4 zu § 492; Soergel-Lindemann, Bem. zu § 492; Fischer-Henle, Bem. 3 zu § 477.

Auch die weitere Streitfrage, ob bei Gewährschaft für Kalben (Fohlen) bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Vereinbarung einer Gewährfrist zu unterstellen ist, so daß die Mängelrüge innerhalb der zweitägigen Frist des § 485 erstattet werden müßte, wird vom LG. Schwäb. Hall mit Recht (gegen Stölzle) verneint, so auch LG. Neuburg: SeuffBl. 75, 773; Malkmus, Handb. der gerichtl. Tierheilkunde (1921) 600; Staudinger-Kober, Bem. 1d zu § 492; Hanke: Gruch. 58, 616; Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels 127; Krückmann, Anfechtung, Wandlung und Schadensersatz beim Viehkauf 65; LG. Marburg (SeuffBl. 1910, 773); Meisner, Viehgewährschaft 261 ff.

Dagegen nehmen mit Stölzle im Falle der Zusicherung des Kalbens (Fohlens) bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die stillschweigende Vereinbarung einer Gewährfrist an: RGRKomm. Bem. 3 zu § 492; Wrede 82; Schwarz, Das BürgR. 1, 515; Bürgner, Gewährleistung 22; Frommherz: Gruch. 55, 233; LG. Aschaffenburg (BayZ. 1913, 52); LG. Würzburg (SeuffBl. 1911, 273); Hirsch: WürttJ. 1927, 244.

Endlich billigt das LG. Schwäb. Hall Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die Verspätung des Kalbens zu. Auch hierin ist ihm beizupflichten. Die gegenteilige Auffassung, die in meiner Viehgewährschaft 264 vertreten wird, kann nicht aufrechterhalten werden; denn der Sinn der Zusicherung der Gewährleistung für Kalben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ist als Zusicherung einer schon beim Vertragsschluß vorhandenen derartigen Beschaffenheit der Kuh zu erachten, da sie eben bis zu dem bestimmten Zeitpunkt das Kalb bringen wird (vgl. mein Viehgewährschaftsrecht 79 ff.).

RA. Christian Meisner, Würzburg.

Nach Treu und Glauben muß man annehmen, daß die Vertragschließenden die Entsch. über die Haftung so lange aufzuschieben wünschen, bis Gewißheit vorhanden ist, ob die werterhöhende Eigenschaft der Trächtigkeit bei dem Tiere auch wirklich vorliegt. Dann aber enthält die Trächtigkeitszusage die Vereinbarung, daß der Beginn der sechswöchigen Verjährungsfrist des § 490 BGB. bis zum Eintritt dieser Gewißheit hinausgerückt werden soll.

III. Dies hat auch für den Fall zu gelten, daß ein gewisser Zeitraum angegeben wird, innerhalb dessen sich die Gewißheit ergeben solle. Denn da der Zeitpunkt des Offenbarwerdens der Trächtigkeit bzw. des Eintritts des Kalbens um einige Tage mindestens leicht sich verschieben kann und der Landwirt hiermit von allem Anfang an rechnet und rechnen muß, kommt es ihm auf einige Tage nicht an. Er wartet deshalb, bäuerlichem Gebrauch entsprechend, noch einige Zeit zu, um sicher zu sein, wenn er sich mit einer Rüge an den Verkäufer wendet. Deshalb kann es auch nicht i. S. der Vertragschließenden gelegen haben, durch die Zeitbestimmung „im Juni ein Kalb" eine Gewährfrist zu vereinbaren, weil dies die Anwendung der kurzen Anzeigefrist von zwei Tagen des § 485 BGB. im Gefolge hätte, dies aber dem geschilderten Brauch entgegensteht. Die Annahme der Vereinbarung einer Gewährfrist würde den Verhältnissen der ländlichen Viehzüchter nicht gerecht. Eine Notwendigkeit zu dieser Annahme liegt nicht vor. Die Trächtigkeit ist also eine gewährfristfeindliche Eigenschaft, und es sind Zeitangaben im Zusammenhang mit der Trächtigkeitszusicherung nicht als Gewährfristsetzung anzusehen. Wenn die Meinung vertreten wird (vgl. Stölzle a. a. O. 477), es könne kraft Gesetzes nur zwei Möglichkeiten geben, entweder Vereinbarung einer Gewährfrist oder alsbaldiger Lauf der sechswöchigen Verjährungsfrist von der Übergabe an, so ist das nach dem Gesagten nicht stichhaltig. Die Rspr. hat auch schon anerkannt, daß keine Gewährfristvereinbarung, wohl aber eine stillschweigende Vereinbarung des späteren Beginns der Verjährungsfrist vorliegen könne (vgl. RG.: JW. 1914, 589[6]; RGRKomm. § 492 Anm. 4); und wenn Stölzle: JW. 1927, 2489 seine Ansicht damit stützt, daß andernfalls der Verkäufer dem etwa unredlichen Käufer schutzlos ausgeliefert sei, weil dieser z. B. ein Verwerfen (Verkalben) verheimlichen könne, so greift auch dieser Einwand nicht durch; der Viehverkäufer teilt diese Lage mit jedem anderen Verkäufer, der ebenfalls vom Augenblick der Übergabe an das weitere Schicksal der aus der Hand gegebenen Kaufsache nicht mehr überwachen kann.

Die Abmachung „im Juni ein Kalb" hat daher die Bedeutung, daß die Parteien die Verjährungsfrist nicht vor Ende Juni in Lauf setzen wollen, daß aber, falls das Kalb schon vor Juni kommen sollte, die Verjährungsfrist von diesem Zeitpunkt an zu laufen beginne. Ein anderer Wille ist aus ihrer Erklärung nicht zu entnehmen.

IV. Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn als Ausgangspunkt das Wesen der Gewährfrist genommen wird, wie es in § 482 BGB. bestimmt wird. Danach muß sich innerhalb der bestimmten Frist der Mangel oder die Abwesenheit der zugesicherten Eigenschaft zeigen. Bei der Trächtigkeitszusage aber soll sich das Vorhandensein der Trächtigkeit im angegebenen Zeitraum offenbaren. Dieser Zeitraum kann also begrifflich nicht als Gewährfrist angesehen werden. Dazu kommt, daß die Gewährfrist mit dem Ablauf des Tages beginnt, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht (§ 483 BGB.). Man müßte daher zum Monat Juni, in dem sich die Trächtigkeit erweisen soll, die Monate April und Mai hinzunehmen, um von einer Gewährfrist reden zu können. Im April und Mai soll aber die Trächtigkeit gerade sich nicht zeigen. Eine Gewährfrist solcher Art kennt aber das Gesetz nicht.

V. Auf Grund seiner Zusicherung (§ 492 BGB.) haftet der Bekl. dafür, daß das Kalb erst am 6. Aug. gekommen ist. Er ist nach § 463 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet.

(LG. Schwäb. Hall, Urt. v. 3. Dez. 1927, S 45/27.)

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. Oppermann, Bautzen.

1. § 35 BetrRG.; §§ 84, 86 ArbGG. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern. Verfahrensgrundsätze in dem hierauf gerichteten Beschlußverfahren. †)

Bei dem Bezirksbetriebsrat der Reichsbahndirektion Oppeln ist der erste Vorsitzende vom Dienst freigestellt. Unter der Behauptung, daß der Umfang der Geschäfte die Freistellung eines zweiten Mitglieds des Betriebsrats erforderlich mache, hat der Betriebsrat auf Grund des § 89 Nr. 3, 4 BetrRVO. v. 26. März 1924 (RGBl. I, 383) bei dem ArbG. in Oppeln beantragt, zu entscheiden, daß neben dem Vorsitzenden noch ein weiteres Mitglied des Betriebsrats vollig vom Dienst freigestellt werde. Durch Beschl. v. 28. Jan. 1928 hat das ArbG. die Gegnerin für verpflichtet erklärt, für die Tätigkeit bei dem Antragsteller $1\frac{1}{2}$ Arbeitskräfte vom Dienst freizustellen. Der hiergegen erhobenen Rechtsbeschwerde, zu deren Erledigung das RArbG. zuständig ist, da die Verwaltung der Reichsbahn an ihr beteiligt ist, war der Erfolg zu versagen.

Bei der ihm obliegenden Entsch. sah sich das ArbG. der Schwierigkeit gegenüber, daß eine genaue Feststellung der tatsächlichen Arbeitslast des Betriebsrats kaum möglich war. Das ArbG. hat daher eine Anzahl anderer Reichsbahndirektionen, bei denen die Verhältnisse ähnlich lagen („Nichtwerkstättendirektion") zur Vergleichung herangezogen; es hat sich durch Umfrage im Geschäftsbereich dieser Direktionen die Beweisunterlagen verschafft und ist im Wege der Würdigung dieses Stoffes zu seinem Ergebnis gelangt. Die Beschwerde beanstandet dieses Verfahren. Ihre Angriffe sind nicht begründet. — Gewiß ist der Arbeitnehmer auch als Mitglied des Betriebsrats seiner Arbeitspflicht nicht schlechtweg enthoben, sondern soll im Betrieb Arbeit leisten und seine Betriebsratsaufgaben außerhalb seiner Dienstzeit erledigen. Das läßt sich aber, wie das Gesetz selbst anerkennt, in Großbetrieben nicht durchführen, wie ja auch die Reichsbahn selbst regelmäßig mindestens einen, vielfach auch zwei Arbeitnehmer für die Zwecke des Betriebsrats völlig dienstfrei stellt. Die Beschwerde leitet aus jener Erwägung schließlich auch bloß so viel ab, daß die Gewährung der Vergütung für versäumte Arbeitszeit eine Ausnahme bilden müsse, zu der man nur in besonderen Fällen und nur unter sorgfältiger Berücksichtigung aller Verhältnisse kommen dürfe. Das mag richtig sein; aber das ArbG. hat keinen Anlaß zu der Annahme gegeben, daß es diese naheliegende Erwägung übersehen habe. Ebensowenig bestehen Anhaltspunkte dafür, daß das ArbG. verkannt habe, daß der Antragsteller die Notwendigkeit der beantragten Maßnahme darzutun habe.

Auf Grund der Ergebnisse des Verf. hatte das ArbG. nach freier Überzeugung zu beschließen (§ 84 Abs. 1 ArbGG.). Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß der Beschl. des ArbG. auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung beruhe (§ 86 Abs. 1 ArbGG.). Die Beschwerde will das nicht verkennen. Sie meint aber, es sei nicht dargetan, daß die Überzeugung des ersten Richters auf hinreichender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung des Sachverhalts beruhe, und sie meint auch, daß das Rechtsbeschwerdegericht das nachprüfen könne. Auch diese Ausführungen vermögen der Beschwerde nicht zum Obsieg verhelfen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Beschwerdegericht an eine Beweisannahme des ersten Richters gebunden wäre, die sich nur scheinbar als Ergebnis sachlicher Würdigung, in Wirklichkeit als bare Willkür darstellte. Denn so liegt die Sache hier nicht; auch die Beschwerdeführerin behauptet das nicht. Nur aus der, auch von der Beschwerde nicht in Abrede gezogenen Schwierigkeit der Nachprüfung der Verhältnisse heraus ist der erste Richter dazu gekommen, andere Bezirke mit ähnlichen Verhältnissen

---

Zu 1. I. Die beweisrechtlichen Bedenken der Rev. gegen das vom ArbG. beobachtete Verfahren zur Beschaffung der nötigen Beweisunterlagen sind zweifellos unbegründet. Das ArbG. stand vor der Frage, ob und in welchem Umfang im Geschäftsbereich einer bestimmten Reichsbahndirektion angemessen sei, Betriebsratsmitglieder vom Dienst freizustellen. Die tatsächliche Arbeitslast genau festzustellen, war weder für diesen noch für andere Direktionsbezirke möglich. Wohl aber konnte aus den in anderen Direktionsbezirken von annähernd gleichem Umfange verfügten Freistellungen ein Rückschluß gezogen werden auf das Maß des Bedürfnisses nach solchen Freistellungen. Diese Schlußfolgerung lag durchaus im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 84 ArbGG.

II. In materiellrechtlicher Hinsicht ist bemerkenswert, daß das RArbG. sich der herrschenden Meinung anschließt, welche die völlige Freistellung eines oder mehrerer Betriebsrätemitglieder, wie sie tatsächlich in Großbetrieben vielfach geübt wird, für gesetzlich zulässig ansieht (vgl. Flatow zu § 35 BGB. Anm. 5, 12. Aufl. S. 162). Die Bedenken, die gegen die Vereinbarkeit solcher Freistellungen mit dem Gesetz geltend gemacht worden sind, liegen weniger auf juristischem als auf sozialpolitischem Gebiete. Namentlich Aufhäuser hat in der von Potthoff herausgegebenen Sammlung „Die sozialen Probleme des Betriebes" (1925), S. 112 ff. auf gewisse Gefahren hingewiesen, die in der Freistellung des Betriebsrats liegen, insofern er nicht selten sich zu einer Art Personalsekretär der Unternehmensleitung entwickle und durch Entfernung von seiner Berufsarbeit den Bedürfnissen seiner Berufsgenossen entfremdet werde, auch den nötigen Einblick und Einfluß in das Getriebe des Unternehmens verliere. Diese Bedenken können auf dem Boden des geltenden Rechts als erledigt angesehen werden, nachdem von höchster Stelle die herrschende Meinung anerkannt worden ist.

RA. Dr. W. Oppermann, Bautzen.

zur Vergleichung heranzuziehen. Das mochte ein Notbehelf sein; aber es ist ein brauchbarer und auch sonst vielfach üblicher Behelf, dessen sich gerade auch öffentliche Verwaltungen großen Umfangs nicht selten bedienen. Der vom ArbG. eingeschlagene Weg ist also keineswegs an sich schon zu mißbilligen. Insbesondere aber hat — und das ist ausschlaggebend — die Rechtsbeschwerde selbst nicht einmal zu behaupten vermocht, daß der vom ArbG. eingeschlagene Weg zu falschen Ergebnissen geführt habe. Die Beschwerde hat nichts dafür vorgebracht, daß die Verhältnisse in den vom ArbG. herangezogenen anderen Bezirken dergestalt von den Verhältnissen in Oppeln abwichen, daß die Vergleichung nicht beweiskräftig wäre. Daß die Aufgabe des Betriebsrats im Bezirk Oppeln nicht leichter ist als in anderen Bezirken, hat der Vorderrichter unter Hinweis auf die sprachlichen Schwierigkeiten und auf die ungünstigen Bahnverbindungen ausdrücklich festgestellt. Die Rechtsbeschwerde kämpft weder hiergegen an noch hat sie sonst Tatsachen vorgebracht, aus denen sich ergäbe, daß das Verfahren des ArbG. zu unrichtigen Ergebnissen geführt hat. Bei dieser Sachlage sind die von der Beschwerde erhobenen Bedenken mehr theoretischer Art und nicht geeignet, die Beweiswürdigung des ersten Richters zu entkräften.

Übrigens hat das ArbG. dem Antrag des Betriebsrats nicht einmal voll, sondern nur zur Hälfte entsprochen. Es ist mithin nicht anzunehmen, daß der erste Richter etwa einseitig nur die Belange der Arbeitnehmerschaft berücksichtigt hätte.

(RArbG., Beschl. v. 24. März 1928, RAG RB 7/28.) [D.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Senatspräs. Dr. G. Strutz, Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt u. Reichsfinanzrat Dr. Gg. Schmauser, München.

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

I. Großer Senat.

1. §§ 20, 5 GrErwStG. Wenn ein Grundstück vom eingetragenen Eigentümer A. an B., von B. in eigenem Namen an C. weiterverkauft, hierauf von A. an C. aufgelassen und C. im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird, so ist für die Besteuerung des dinglichen Übereignungsgeschäftes (A.—C.) nicht A., sondern B. als Veräußerer i. S. § 20 Abs. 1 Satz 1 GrErwStG. anzusehen. †)

Wie im ZuwStG. v. 14. Febr. 1911, so ist auch im GrErwStG. Ausgangspunkt der Besteuerung der Eigentumsübergang. Daher hat auch das ZuwStG. im § 29 Abs. 1 als den Steuerpflichtigen und eigentlichen Steuerträger den bisher eingetragenen Eigentümer bezeichnet. Aber schon bei Erlaß des ZuwStG. erschien es dem Gesetzgeber unerträglich, daß die Vertragsbeteiligten die Entstehung der Zuwachssteuerpflicht beliebig sollten hinausschieben dürfen, indem sie dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfte die Eigentumsübertragung im formalrechtlichen Sinne nicht folgen ließen, und es wurde daher im § 5 bestimmt, daß, wenn der Übergang des Eigentums nicht innerhalb eines Jahres dem Abschluß des zur Übertragung des Eigentums verpflichtenden Veräußerungsgeschäfts folge, die Zuwachssteuer aus Anlaß dieses Rechtsgeschäfts zur Hebung gelange. Dagegen wurde an der Bestimmung über den Steuerpflichtigen nichts geändert. Das hätte zur Folge haben müssen, daß, wenn der Eigentümer A. das Grundstück an B. und dieser, ohne als Eigentümer eingetragen zu werden, es nach Jahresfrist an C. weiterveräußerte und A. an C. auflieg, der A., der schon die WertzuwSt. für das Geschäft A.—B. zu zahlen hatte, auch noch den Zuwachs aus dem Geschäfte B.—C. hätte versteuern müssen, der ihm nicht zufiel. Diese Folgerung hat indessen weder das Schrifttum noch die Rspr. gezogen. Insbes. hat Cuno in seinem Erläuterungsbuche zum ZuwStG. S. 289 (ebenso Zimmermann zu § 29 Anm. 2, anders nur Lion, S. 222, 223 Anm. 16, 17) ausgeführt, daß § 29 Abs. 1 nur auf den Fall der Steuerpflicht aus Anlaß eines Eigentumsüberganges abgestellt sei und daher auf den Eintritt der Steuerpflicht aus anderem Anlaß keine wörtliche, sondern nur sinngemäße Anwendung derart finden könne, daß bei Eintritt der Steuerpflicht ohne Berührung des Eigentums als Steuerpflichtiger derjenige anzusehen ist, dem vor dem steuerpflichtigen Rechtsvorgang das durch diesen übertragene Recht zustand, also der Veräußerer, und daß daher im Falle einer Veräußerung von A. an B. und nach Jahresfrist von B. an C. und einer Eigentumsübertragung von A. an C. Steuerpflichtiger aus dem Geschäft A.—B. der A. und aus der Eigentumsübertragung A.—C. der B. ist. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das PrOVG. im Urt. seines 7. Sen. v. 16. April 1915 (PrOVG. 70, 6 ff.) gestellt. Es hat ausgesprochen, daß, wenn § 5 ZuwStG. den einjährigen Nichtvollzug schuldrechtlicher Vorgänge einem bereits erfolgten Eigentumsübergange steuerlich gleichstelle, dies die unabweisliche Folge nach sich ziehen müsse, den Zwischenerwerber bei dem nächsten steuerpflichtigen Rechtsvorgang in jeder Hinsicht so zu behandeln, als wäre er der bisherige Eigentümer, so daß, wenn für den zweiten Steuerfall die Eigentumsübertragung das steuerbegründende Ereignis sei, die Steuerpflicht nicht wieder den bisherigen Eigentümer, sondern den schuldrechtlichen Veräußerer des zweiten Steuerfalls treffe.

Für die GrErwSt. liegt die Sache nicht anders. Auch das GrErwStG. hat die Fälle der Grunderwerbsteuerpflicht über den Fall des Eigentumsüberganges hinaus auf die Fälle bloßer schuldrechtlicher Veräußerung ausgedehnt, nur daß es bisher noch weiter geht als das ZuwStG. und die Steuerpflicht nicht nur bei einjährigem Nichtvollzuge des schuldrechtlichen Vertrags (§ 5 Abs. 1), sondern auch bei Aufeinanderfolge mehrerer schuldrechtlicher Verträge innerhalb der Jahresfrist bis auf den letzten eintreten läßt, der zum Eigentumsübergange geführt hat (§ 5 Abs. 3). Aber auch bei diesem letzteren Falle bleibt die Verbindung mit dem schuldrechtlichen Vertrage gewahrt, indem zwar an sich der Eigentumsübergang steuerpflichtig gemacht wird, aber doch nach Maßgabe des im schuldrechtlichen Vertrage vereinbarten Kaufpreises, falls dieser höher ist als der gemeine Wert. Demnach ergibt sich auch für das GrErwStG. daraus, daß das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft steuerlich der Eigentumsübertragung gleichgestellt und die Sache so angesehen wird, als hätte der bisherige Eigentümer sein Eigentum auf den ersten Erwerber übertragen, die notwendige Folge, daß diese Unterstellung bei einem folgenden steuerpflichtigen Rechtsvorgang, auch wenn es

---

Zu 1. Nach der bisherigen Rspr. (RFH. 5, 173 = JW. 1921, 1126 [25]), die vom Großen Senat bestätigt worden ist (GrS. 9, 19 [26]) bestand bei einer nicht unerheblichen Zahl von Grundstücksgeschäften die Gefahr, daß der Veräußerer durch die Steuerbehörde zweimal für die GrErwSt. in Anspruch genommen werden konnte, obwohl er wirtschaftlich nur an einem Grundstücksveräußerungsgeschäft beteiligt war. — Wenn z. B. A. ein Grundstück an B. verkaufte, B. das Grundstück an C. weiterveräußerte oder ihm den Anspruch auf Auflassung abtrat und dann A. unmittelbar an C. das Grundstück aufließ, so galt A. sowohl für das obligatorische Kaufgeschäft mit B. als auch für das dingliche Erfüllungsgeschäft mit C. (Auflassung A.—C.) als „Veräußerer" i. S. § 20 GrErwStG.; das hatte zur Folge, daß er aus beiden Geschäften der Steuerbehörde gegenüber zusammen mit dem Erwerber gesamtschuldnerisch für die GrErwSt. haftete (§ 20 Abs. 1 GrErwStG.).

In JW. 1922, 868 war ich dieser Rspr. unter Hinweis auf die damit verbundenen Haftungsgefahren entgegengetreten und hatte dargetan, daß man bei Kettengeschäften dieser Art nur den Zwischenerwerber, der hinsichtlich des gleichen Grundstücks als Erwerber und Veräußerer tätig geworden sei, für zwei Geschäfte zur GrErwSt. heranziehen könne, nicht jedoch den Verkäufer A., der bei der unmittelbaren Auflassung an C. nicht nochmals als „Veräußerer" tätig werde. —

Ich hatte auch auf Möglichkeiten hingewiesen, die Gefahr der doppelten Haftung durch besondere Vereinbarungen zu vermeiden.

Durch vorstehendes Urteil des Großen Senats ist eine völlige Wendung in der Rspr. des RFH. eingetreten.

Die Gefahr der doppelten Haftung des Veräußerers ist nunmehr also für Fälle der behandelten Art ausgeschlossen. Abreden besonderer Art sind daher zum Schutze des Veräußerers nicht mehr erforderlich.

Ein befremdliches Ergebnis bleibt auch nach der neuesten Rspr des RFH. in einem Sonderfall, nämlich eine Doppelhaftung des Erwerbers in einem Fall, in welchem er wirtschaftlich nur einmal Erwerber ist, während der eigentliche Zwischenhändler, der wirtschaftlich Erwerber und Veräußerer zugleich ist, aus formalrechtlichen Erwägungen nur einmal zur Steuer soll herangezogen werden können.

Es handelt sich um den Fall, daß A. dem B. oder einem von diesem zu benennenden Dritten ein Grundstücksverkaufsangebot macht, B. als Dritten den C. benennt und dann A. das Grundstück unmittelbar an C. auflässt, oder, wie es der RFH. allgemeiner ausdrückt, um den Fall, daß B. das ihm von A. gemachte Grundstücksverkaufsangebot an C. abtritt und C. das Angebot annimmt und dann A. in Erfüllung des Veräußerungsvertrages das Grundstück an C. auflässt. Hier soll C. als Erwerber aus zwei Grundstücksveräußerungsgeschäften haften. In dieser Hinsicht hält der Große Senat (RFH. 23, 171) seine frühere Entsch. aufrecht.

Zu der vom Großen Senat hierfür gegebenen Begründung ist zunächst zu bemerken, daß das Rechtsgeschäft B.—C. keineswegs „außer rechtlichem Zusammenhange" mit dem Geschäft A.—C. steht. — Ist etwa das Abtretungsgeschäft B.—C. nichtig, so könnte C. rechtswirksam das Vertragsangebot des A. nicht annehmen. Der Auflassungsanspruch des C. gegen A. hat eben zwei Voraussetzungen; gültige Abtretung des Angebots von B. an C. bzw. gültige Benennung von C. durch B. und Annahme des Veräußerungsangebotes des A. durch C.

Wenn der RFH. (a. a. O. S. 171) hervorhebt, daß bei einer Abtretung der Rechte aus dem Angebot A.—B. dem B. kein Auf-

die wirkliche Eigentumsübertragung ist, nicht beiseitegeschoben und nicht mit einer Eigentumsübertragung vom bisherigen Eigentümer auf den dritten steuerlich gerechnet werden darf. Vielmehr muß die Unterstellung weitergeführt werden und die Sache so angesehen werden, als ob der Zwischenerwerber Eigentümer geworden wäre. Aus den gleichen Erwägungen hat der 2. Sen. (Urt. v. 24. Nov. 1922, II A 185/22: RFH. 11, 67 und in der unveröffentlichten Entsch. v. 24. Sept. 1926, II A 211/26) den Standpunkt vertreten, daß die Frage der Steuerfreiheit des dinglichen Übereignungsgeschäfts A.—C. nach der Art des ihm unmittelbar vorhergehenden obligatorischen Geschäfts zu beurteilen sei. Das Ergebnis entspricht auch den wirtschaftlichen Verhältnissen, denen der Gesetzgeber bei Aufstellung jener Unterstellung Rechnung getragen hat. Es hat keinen Sinn, den bisherigen Eigentümer, der nur einen schuldrechtlichen Vertrag abgeschlossen hat, zweimal haften zu lassen, und zum zweiten Male sogar aus einem Kaufpreis, an dem er gar keinen Teil hat, andererseits aber den Zwischenhändler, der zwei Verträge abgeschlossen und aus dem zweiten allein Gewinn gezogen hat, aus der Steuerpflicht für diesen zweiten Vertrag oder, soweit sie auf diesem zweiten Vertrage beruht, völlig auszuscheiden.

Bei der WertzuwSt. hat der Gesetzgeber den bisherigen Eigentümer als den zunächst Steuerpflichtigen erklärt in der Annahme, daß ihm der Wertzuwachs im Zweifel zugute kommen werde. Bei der GrErwSt. hat er im § 20 GrErwStG. Veräußerer und Erwerber gesamtschuldnerisch für die Steuer haftbar gemacht, weil im Regelfalle bei dem unter den Beteiligten endgültig vereinbarten Veräußerungspreise sowohl der Veräußerer als der Erwerber auf seine Rechnung zu kommen hofft (Ott, GrErwSt., 3. Aufl., S. 409 Anm. 2). Diese Erwägung führt von selbst dazu, unter dem Veräußerer den Veräußerer des schuldrechtlichen Vertrags zu verstehen, mag er der ursprüngliche Eigentümer sein oder nicht, zumal die Eigentumsübertragung, die nach dem GrErwStG. der Steuer unterliegt, mit verschwindenden Ausnahmen stets Erfüllungsgeschäft eines schuldrechtlichen Verhältnisses ist, da die Fälle des Erb- und Eherechts aus der Steuerpflicht ausscheiden.

Gerade der erwähnte Umstand, daß für das GrErwStG. die Eigentumsübertragung regelmäßig nur als Erfüllungsgeschäft eines schuldrechtlichen Vertrags in Betracht kommt, erleichtert es, auch im Falle der Steuerpflicht des Eigentumsüberganges den Veräußerer aus dem schuldrechtlichen Zwischengeschäft als Veräußerer i. S. § 20 Abs. 1 anzusehen. Denn bei einem Kettengeschäft A.—B., B.—C. wird durch die Auflassung von A. an C. nicht nur der Auflassungsanspruch des B. an A., sondern auch der Auflassungsanspruch des C. an B. erfüllt, indem dieser (B.) auf Grund des ihm zustehenden Auflassungsanspruchs an A. den A. anweist, statt an ihn an C. aufzulassen. Ist die Auflassung an C. also die Erfüllung der Auflassungsverpflichtung des B., so kann es auch aus diesem Grunde keinem Bedenken unterliegen, den B. als Veräußerer bei der Übertragung des Eigentums an C. anzusehen.

Durch die vom Großen Senat nunmehr vertretene Auffassung, nach der der Zwischenveräußerer B. als Veräußerer bei der Übereignung von A. an C. anzusehen ist, wird an dem Ergebnis seiner Entsch. im Urt. v. 20. März 1922 (RFH. 9, 19) in der ihm damals vorgelegenen Sache nichts geändert. Denn das Wesentliche der Entsch. ging gerade dahin, daß B. dort nicht Zwischenveräußerer war. Der damalige Tatbestand war der: A. hatte mit Bindung für sich ein Kaufangebot an B. gemacht, das B., ohne es selbst anzunehmen, an C. abtrat; C. hat dann für sich die Annahme ausgesprochen und sich auf Grund des damit zwischen ihm und A. zustande gekommenen Veräußerungsgeschäfts das Grundstückseigentum von A. übertragen lassen. Der Große Senat hat ausgesprochen, daß das Kaufangebot A.—B. ein Veräußerungsgeschäft i. S. § 5 nicht darstelle, B. mithin nicht Zwischenveräußerer war, sondern überhaupt nur an einem Vertrage, dem Vertrage B.—C. beteiligt war. Für den Eigentümsübergang A.—C. konnte B. nicht in Anpruch genommen werden, da dieser Eigentumsübergang auf dem zwischen A. und C. unmittelbar zustande gekommenen schuldrechtlichen Vertrage beruhte, Veräußerer und Erwerber also sowohl bei dem dinglichen wie dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfte dieselben Personen waren und B. zu ihnen nicht gehörte. Dort handelte es sich überhaupt nicht um ein Zwischengeschäft und um die zweimalige Haftung eines Zwischenhändlers als Erwerbers und Veräußerers, sondern um eine zweimalige Haftung derselben Person, nämlich C., als Erwerbers in zwei Geschäften. Mit Recht hat der Große Senat hier die zweimalige Haftung des C. als Erwerbers im Abtretungsgeschäft B.—C. und im dinglichen Geschäft A.—C. ausgesprochen. Denn einen Auflassungsanspruch hatte nur C. an A. auf Grund des schuldrechtlichen Geschäfts A.—C.; dem B. stand kein Auflassungsanspruch an A. zu, auf Grund dessen er von ihm die Auflassung an C. hätte fordern können. Das Geschäft B.—C. stand also außer rechtlichem Zusammenhange mit dem Geschäft A.—C. und war neben diesem steuerpflichtig.

(RFH., Gr. Sen., Urt. v. 28. April 1928, Gr S 3/28.)

II. Einzelne Senate.

Reichsabgabenordnung.

2. § 96 RAbgO. Der Veräußerung eines Unternehmens im ganzen ist die Verpachtung gleichzuachten. †)

Die Firma R., deren alleiniger Inhaber der inzwischen verstorbene Kaufmann gleichen Namens war, schuldete aus rechts-

---

lassungsanspruch gegen A. zustehe, auf Grund dessen er von A. die Auflassung an C. fordern könne, so ist der Fall doch kaum verschieden von Grundstückskettengeschäften, bei denen nicht die Rechte aus einem Grundstücksverkaufsangebot, sondern aus einem Grundstücksverkaufsgeschäft von B. an C. abgetreten sind. Hat etwa B. aus einem mit A. abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag seine Rechte an C. abgetreten (§ 5 Abs. 4 Ziff. 1 GrErwStG.), so kann B. nach der Abtretung seiner Rechte an C. von A. auch nicht mehr Auflassung an C. fordern; bis zur Abtretung steht aber dem B. im Falle des Verkaufsangebots das — durch die Annahmeerklärung — bedingte, im Falle des Kaufgeschäfts A.—B. das unbedingte Recht zu, von C. Auflassung zu fordern; nach der Abtretung der Rechte durch B. an C. hat in beiden Fällen nur noch C. die entsprechenden Rechte. — Aus Rechtsgründen besteht also insoweit kein Zwang, den B. im Falle der Abtretung der Rechte aus einem Angebot anders zu behandeln als im Fall der Abtretung der Rechte aus einem Kaufvertrag.

Die Schwierigkeit, den B. als Zwischenveräußerer, als Beteiligten an einem Erwerbs- und an einem Veräußerungsgeschäft zu behandeln, beruht nur darauf, daß die bloße Veräußerungsofferte nach RFH. 9, 19 ff. (GrS.) nicht als „Veräußerungsgeschäft" i. S. des GrErwStG. gilt.

Der RFH. folgert daraus, daß der Angebotsempfänger B. keinesfalls in der Reihe der an den Kettengeschäften Beteiligten als Erwerber gelten könne. — Nun darf man m. E. die juristische Konstruktion nicht überspitzen; wenn auch das bloße Angebot steuerlich nicht erfaßt wird, so ändert dies doch nichts daran, daß es ein — bedingtes — Veräußerungsgeschäft ist; B. kann die Rechte aus dem Antrag zur Schließung eines Veräußerungsgeschäfts doch nur deshalb abtreten, weil er vorher diese Rechte erworben hat. — Man kann m. E., ohne dem Gesetz Zwang anzutun, darin die Auffassung vertreten finden, daß die Offerte an sich zwar kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft ist, daß sie jedoch steuerpflichtig wird, sobald sie durch den Angebotsempfänger oder durch den von ihm zu benennenden Dritten oder denjenigen, an den die Rechte aus dem Angebot sonstwie abgetreten sind, angenommen wird. — Damit stimmt z. B. auch der Wortlaut des § 23 b Ziff. 4 überein, wonach die Steuer zu erlassen oder zu erstatten ist, „wenn der Antrag zur Schließung eines Veräußerungsgeschäfts ... fortgefallen ist, ohne daß das Veräußerungsgeschäft zustande gekommen ist."

Diese theoretische Auffassung erscheint mir durchaus ungezwungen. — Sie führt zu der sachgemäßen Folgerung, daß bei Zwischengeschäften, auch wenn das vermittelnde Geschäft eine Grundstücksveräußerungsofferte ist, der Zwischenhändler zweimal haftet und nicht der letzte Erwerber C., der wirtschaftlich nur ein Erwerbsgeschäft abschließt.

B. ist also Erwerber in dem durch die Annahmeerklärung des C. steuerbar gewordenen Angebot A.—B.; er ist der Veräußerer bei dem Abtretungsgeschäft B.—C., und er gilt als Veräußerer bei dem Erfüllungsgeschäft A.—C.

Für das schuldrechtliche Geschäft A.—B. haftet also B. — nach der Annahme durch C. — als Erwerber; für das dingliche Erfüllungsgeschäft A.—C. haftet B. als Veräußerer, weil das Geschäft so anzusehen ist, als ob B. das Grundstück auf C. übertragen hätte; die Steuerpflicht für das (i. S. des GrErwStG. „schuldrechtliche") Abtretungsgeschäft B.—C. entfällt, weil dies Geschäft zum Eigentumsübergang führt (§ 5 Abs. 3 GrErwStG.). Es bliebe also nur die Doppelhaftung des Zwischenhändlers B.

Indessen steht, wie oben dargelegt, die Rspr. des RFH. auf anderem Standpunkt; nach Auffassung des RFH. haftet bei dem durch bloßes Grundstücksangebot vermittelten Kettengeschäft der Angebotsempfänger (B.) nur einmal, und zwar für die Abtretung seiner Rechte aus dem Angebot, während der Abtretungsempfänger (C.), der durch seine Annahmeerklärung das Grundstücksveräußerungsgeschäft zum Abschluß bringt, sowohl für die GrErwSt. aus dem Abtretungsgeschäft (B.—C.) als auch für die GrErwSt. haftet, die daraus entsteht, daß der Angebotsverpflichtete A. in Erfüllung des Vertrages A.—C. das Grundstück auf den Abtretungsempfänger (C.) überträgt, eine Haftungsgefahr, die C. nur dadurch vermeiden kann, daß er die Auflassung seitens des A. erst entgegennimmt, nachdem für die GrErwSt. durch A. oder auch durch B. Sicherheit geleistet ist. Einen Anspruch auf solche Sicherheitsleistung hat C. jedoch nur, wenn er es vertraglich ausbedingt.

RA. Dr. Oppenheim, Kassel.

Zu 2. Das Urteil läßt den Pächter des Unternehmens gem.

kräftig gewordenen Steuerbescheiden Umsatzsteuer auf die Kalenderjahre 1925 und 1926. Für diese Steuerrückstände ist die BeschwF. nach § 96 RAbgO. als Haftende in Anspruch genommen worden im wesentlichen auf Grund der Tatsachen, daß sie das Unternehmen, eine Maschinenfabrik, im ganzen mit Grundstücken, Zubehör, Rohmaterialien, Fertig- und Halbfabrikaten durch Vertrag v. 4. Jan. 1927 mit Kaufrecht gepachtet und, wenn auch unter teilweiser Umstellung des Betriebs, betrieben hat.

Das FinGer. hat unter Bezugnahme auf RFH. 22, 71 und V A 218/25 die Verpachtung als Veräußerung i. S. von § 96 RAbgO. angesehen, weil wirtschaftlich ein tatsächlicher Zustand geschaffen sei, der dem Übergang des Unternehmens als Ganzen auf den neuen Betriebsinhaber gleichkomme (§ 4 RAbgO.). Durch die Mitüberlassung von verbrauchbarem Rohmaterial, Fertig- und Halbfabrikaten betrachtet das Gericht das Nutzungsrecht zum Verfügungsrechte gesteigert. Aus dem Ankaufsrechte des Pächters leitet es ein wirtschaftliches Eigentum des Pächters her.

Die RBeschw. ist unbegründet.

Der IV. Sen. hat in dem Urt. v. 21. März 1928, IV A 35/28, RFH. 23, 109, ausgesprochen, daß die Haftung des Unternehmers nach § 96 RAbgO. sowohl beim Erwerbe durch den Pächter als auch beim nachmaligen Rückfall des Unternehmens an den Verpächter eintrete. Er verbreitet sich auch über die Frage der bloßen Verpachtung, ohne daß dies den Gegenstand seiner Entsch. bildet.

Der V. Sen. hat die Voraussetzungen des § 96 RAbgO. bisher für gegeben erachtet, wenn ein Erwerb des Unternehmens vorliegt und dieser Erwerb durch Veräußerung erfolgt ist (vgl. Urt. v. 20. Dez. 1927, V A 733/27). Eine solche hat der Sen. auch nicht in dem Verhältnis des Treuhänders gesehen und dessen Haftung aus § 96 RAbgO. deshalb in den Urt. v. 17. April 1928, V A 41/28 und v. 9. Juli 1926, V A 421/26 verneint. Er hat im letzten Falle erfordert, daß der Erwerber nicht nur das Unternehmen wirtschaftlich für sich ausnützen dürfe, sondern auch über das Geschäft wie ein selbständiger Unternehmer müsse verfügen können. Ein derartiges Verfügungsrecht wird bei der Verpachtung nicht begründet.

Gleichwohl gelangt der erk. Sen. zu demselben Ergebnis wie der IV. Wie der IV. Sen. in der angezogenen Entsch. hervorgehoben hat, entsprach § 12 UmsStG. 1918, der Vorbild für den § 96 RAbgO. gewesen ist, nach der Gesetzesbegründung den Anschauungen des Verkehrs und den Vorschriften des Handelsrechts über die Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsschulden. Wenn danach unter bestimmten Voraussetzungen der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet, so kann es auch für die Anwendung des § 96 nicht ohne Bedeutung sein, daß dieser Grundsatz nach der herrschenden Meinung in Schrifttum und Rspr. zu § 25 HGB. (vgl. Staub, 12. und 13. Aufl., Bd. I S. 191 Anm. 1a; Düringer-Hachenburg, 2. Aufl., Anm. 37; KG.: DJZ. 1906, 86) im Hinblick auf § 22 Abs. 2 nicht unmittelbar, aber entsprechend auf die Übernahme eines Handelsgeschäfts auf Grund Nießbrauchs, Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses angewendet wird, weil der Pächter im Verkehr als der Inhaber des lebendigen Betriebs mit seinen wesentlichen Bestandteilen gilt. Danach wäre es zwar nicht gerechtfertigt, zu sagen, daß der Pächter für die Steuerschulden haftet, weil er nach den Vorschriften des HGB. überhaupt für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Dann wäre die Haftung im vorl. Falle, wo die bisherige Firma nicht als mit übernommen anzusehen und die Übernahme der Verbindlichkeiten vom Pächter im Pachtvertrag ausdrücklich abgelehnt worden ist, ausgeschlossen. Es würde aber dem Willen des Gesetzgebers nach der erwähnten Entstehungsgeschichte widersprechen, die Haftung des Pächters für die Steuerschulden bei einem nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des HGB. der Veräußerung und dem Erwerb des Unternehmens im ganzen ähnlichen Verhältnis zu versagen. Das würde der Vorschrift des § 4 RAbgO., bei Auslegung der Steuergesetze ihren Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen, widerstreiten. Der Gesetzgeber hat die Haftung des Übernehmers in § 96 RAbgO. so angesehen wissen wollen, als ob die Steuer auf dem lebenden Betrieb als solchem ruhte, und es liegt in diesem Gesetzeszwecke, darunter auch ein Verhältnis zu begreifen, bei dem der Betrieb in den Händen des Pächters, der die Vorteile daraus zieht und auch nach außen als sein Inhaber gilt, lebendig ist. Daß dies bei der BeschwF. der Fall ist, hat das VG. im Urteil einwandfrei dargelegt. Ein vorheriges längeres Stilliegen des Betriebs kommt nicht in Frage.

Da auch sonst die Voraussetzungen des § 96 RAbgO. erfüllt sind, war die RBeschw. als unbegründet zurückzuweisen.

(RFH., V. Sen., Urt v. 12. Juni 1928, V A 219/28 S.)

Umsatzsteuergesetz.

3. § 2 Nr. 4 UmsStG. Der Weidevertrag unterscheidet sich vom Grasgewinnungsvertrag und ist regelmäßig als Grundstückspachtvertrag anzusehen.

Es ist im Urt. festgestellt, daß die steuerpflichtige Stadtgemeinde Viehbesitzern gegen eine jährliche Abgabe das Recht einräumt, ihr Vieh auf den städtischen Weiden weiden zu lassen. Das FinGer. hat den Vertrag als Grundstückspachtvertrag i. S. von § 2 Nr. 4 UmsStG. angesehen und die Stadtgemeinde von der UmsSt. für die daraus vereinnahmten Entgelte freigestellt, weil eine Überlassung der Weiden auch zur Benutzung, also auch zu anderen Zwecken als lediglich zur Aneignung des darauf wachsenden Grases, erfolge. Es ist davon ausgegangen, daß der Wille der Viehbesitzer nicht nur dahin gehe, das auf den Weiden wachsende Gras als Viehfutter zu erwerben, sondern daß es ihnen wesentlich auch darauf ankomme, das Vieh im Freien auf der Weide sich aufhalten und bewegen zu lassen. Hierin kann kein Rechtsirrtum erblickt werden.

Nach der Rspr. des RFH. (vgl. RFH. 6, 123; 10, 95) liegt nicht ein reiner, dem Kaufvertrag über das Gras zu vergleichender Grasgewinnungsvertrag, sondern ein Pachtvertrag über das Grundstück dann vor, wenn dem Berechtigten ein, wenn auch nur beschränkter Gebrauch der nutzbaren Sache, des Grundstücks, eingeräumt wird, der nicht unbedingt mit der Gewinnung der Frucht verbunden sein müßte. Der RFH. ist daher auch in dem zweiten der von ihm entschiedenen Fälle bei Bejahung der Steuerpflicht von der Feststellung ausgegangen, daß insbes. eine Nutzung der Wiesen durch Abweiden ausgeschlossen sei (RFH. 10, 96). Ein solcher Gebrauch des Grundstücks ist aber im vorl. Falle gerade das Wesentliche. Mit ihm ist das für die Grünfütterung bedeutsame Sichaufhalten und Bewegen des Viehes auf der Weide verbunden. Der Vertrag ist weder auf einen Erwerb des Graswuchses zu den regelmäßigen Erntezeiten und im geordneten Ernteverfahren, noch auch, wie es sein könnte, auf einen solchen eines jeweils zur sofortigen Verfütterung benötigten Grünschnittes beschränkt. Durch die vorliegende Entsch. zeigt, für die Heranziehung des Pächters rein steuerrechtliche Vorschriften (§§ 79 II, 98, 99, 226 II, 299 III RAbgO.). RFH. verweist deshalb auch ausdrücklich auf § 4 RAbgO. und stützt seine Entsch. nicht auf § 25 HGB. Im Falle der Haftungsausdehnung aus § 100 RAbgO. stehen dem Pächter zwar auch nur die Rechtsbehelfe des Steuerrechts (Beschwerde gegen das Leistungsgebot nach § 14 Abs. 5 BeitrO.) und der Erstattungsanspruch nach § 199 RAbgO. zur Verfügung. Hier kommt aber die bürgerlich-rechtliche Natur der Haftungsausdehnung zum Ausdruck in der Gewährung der Klage vor den ordentlichen Gerichten für die Nachprüfung der Frage der Haftung als solcher gem. § 303 Abs. 2 RAbgO., welche bei der Haftungsausdehnung aus § 96 RAbgO. nicht in Frage kommt. Das FinA. kann das Zwangsverfahren auch gegen Personen anordnen, die nach bürgerlichem Recht kraft Gesetzes verpflichtet sind, die Schuld zu erfüllen. In diesem Falle gibt es gegen das Leistungsgebot die übliche Beschwerde nach Maßgabe des § 14 Abs. 5 BeitrO. und bei deren Erfolglosigkeit eine Klage in Zivilprozesse, welche gegen das Reich zu richten ist, mit dem Antrag auf Feststellung, daß eine Haftung nach bürgerlichem Recht nicht besteht.

Hiernach bleibt die vom RFH. auf Grund des § 4 RAbgO. ausgesprochene Ausdehnung der Haftung auf Grund des § 96 RAbgO. trotz der daneben bestehenden Vorschrift des § 100 RAbgO. von Bedeutung.

RA. Dr. Herbert Schachian, Berlin.

---

§ 96 RAbgO. für die auf dem Betrieb eines Unternehmens ruhenden und den sonstigen Voraussetzungen des § 96 RAbgO. entsprechenden Steuern, also im wesentlichen für die Umsatzsteuer und für die Verbrauchssteuer haften (vgl. auch RFH., Kartei, § 96 RAbgO.; Rspr. 14, 24). Für rückständige, aber noch nicht festgesetzte Steuern dieser Art und für alle nicht der vorgedachten Art angehörende Steuern, also für Einkommensteuer, Körperschaftssteuer und Vermögensteuer besteht die Haftung nur gem. § 100 RAbgO. im Rahmen des § 25 HGB. (vgl. Becker, Anm. 3 zu § 96 RAbgO.).

Interessant ist der materiellrechtliche Unterschied einer Haftung aus §§ 96, 100 RAbgO. mit § 25 HGB. § 96 RAbgO. setzt weder die Fortführung der Firma noch die übernahme der Aktiven und Passiven noch die Weiterführung des bisherigen Geschäftszweiges voraus (vgl. Kartei, Rspr. 1, 10, 12 zu § 96 RAbgO.). Andererseits wird man die Haftung aus § 96 auch nur dann anwenden dürfen, wenn bei der Verpachtung, ebenso wie es der RFH. für die Veräußerung verlangt, das wesentliche Substrat des Geschäfts zum mindesten teilweise dem Pächter zur Verfügung gestellt wird, also ein fortsetzbarer und zum wenigsten wiederausbaufähiger Betrieb (RFH., Kartei, Rspr. 7, 10, 26 zu § 96). Verlangt wird nicht, daß der Pächter den Betrieb wieder aufnimmt.

Die Haftung aus § 100 RAbgO. i. Verb. m. § 25 HGB. ist gegenüber derjenigen aus § 96 RAbgO. eine rein bürgerlich-rechtliche. Bei der Haftungsausdehnung aus § 96 RAbgO. gelten, wie

den von ihrer Hudekommission angenommenen Hirten können die Viehbesitzer auch, wenn auch in einem durch den Zweck beschränkten Maße, Besitzerrechte am Grundstück durch Fernhaltung Unberechtigter u. dgl. ausüben. Da nach diesem Zweck eine besondere Pflege des Grundstücks durch die Berechtigten nicht nötig ist, hat das Fehlen einer solchen für die Entsch. keine Bedeutung.

Auch die Behandlung des in dem Entgelt enthaltenen Hirtenlohns als eines bei der Stadtgemeinde durchlaufenden steuerfreien Postens ist frei von Rechtsirrtum, nachdem das FinGer. bindend festgestellt hat, daß der Hirt von der Hudekommission als Vertreterin der eine Art Gesellschaft des bürgerl. Rechtes bildenden Weideberechtigten angenommen und von der Stadt nur die Einhebung und Auszahlung des Lohnes unentgeltlich besorgt wird.

(RFH., Urt. v. 31. Jan. 1928, V A 38/28.)

Grunderwerbsteuergesetz.

× 4. §§ 1, 23 Abs. 1a Nr. 3 GrErwStG. **Für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung ist Grunderwerbsteuer nicht zu erheben, wenn und soweit der Ersteher im Zeitpunkt des Zuschlags schon Eigentümer des Grundstücks war.** †)

Steuerpflichtig ist nach § 1 der Übergang des Eigentums an inländischen Grundstücken und der ihm ausdrücklich gleichgestellte Erwerb an herrenlosen Grundstücken, der begrifflich keinen Eigentumsübergang darstellt. Ein Eigentumsübergang findet schon seinem Wortsinn nach nur dann statt, wenn das Eigentum von einer Person auf eine andere übergeht, der es vorher nicht zustand, wenn also ein Wechsel in der Person des Eigentümers eintritt (vgl. RFH. 14, 10). Nun ist allerdings allgemein anerkannt, daß Steuerpflicht nach § 1 nicht nur bei dem sog. abgeleiteten Erwerb eintritt, sondern auch bei dem im Zwangsversteigerungsverfahren durch den Zuschlag eintretenden ursprünglichen Erwerbe, dessen Wesen darin besteht, daß der Ersteher durch den Zuschlag ein vom Eigentume des Vollstreckungsschuldners unabhängiges und daher dem Entstehungsgrunde nach neues Eigentum erwirbt, indem er auch dann Eigentümer wird, wenn der Vollstreckungsschuldner nicht Eigentümer war. Dies gilt in gleicher Weise, wenn der Vollstreckungsschuldner selbst den Zuschlag erhält. Gleichwohl kann es sich fragen, ob nicht in solchem Falle das Vorliegen eines Eigentumsüberganges i. S. eines Wechsels in der Person des Eigentümers wenigstens dann zu verneinen ist, wenn feststeht, daß der Ersteher auch bis zum Zuschlag Eigentümer gewesen ist. Die Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung.

Will man sich nämlich der gegenteiligen Auffassung (vgl. Ott, Anm. 15 zu § 1 sowie das Urt. des PrOVG. v. 28. März 1912 [PrVerwBl. 34, 77 Nr. 51) anschließen und im Streitfall einen unter § 1 fallenden Eigentumsübergang schon um deswillen annehmen, weil der Eigentümer durch den Zuschlag einerseits sein bisheriges Eigentum verloren, andererseits neues Eigentum wiedererworben hat, dann muß folgerichtig hierin auch der Tatbestand eines nach § 23 Abs. 1a Nr. 3 GrErwStG. steuerfreien Rückerwerbes des Eigentums gefunden werden. Daß diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn der frühere Eigentümer in einem gegen den Erwerber eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zurückerwirbt, hat der Sen. schon in seinem Urt. v. 29. Dez. 1926, II A 554/26 anerkannt. Ist aber ein solcher Rückerwerb des auf eine andere Person übergegangenen Eigentums auf Antrag steuerfrei zu lassen, so wäre es widersinnig, die Steuerfreiheit dann zu versagen, wenn, wie im vorl. Falle, der Eigentümer selbst den Zuschlag erhalten und damit das Eigentum zurückerworben hat, ohne daß es vorher auf einen anderen Ersteher übergegangen war. Alles vorstehend Gesagte gilt natürlich auch insoweit, als es sich, wie im Streitfall, nur um den Rückerwerb von Bruchteilseigentum handelt. Der frühere Eigentumsanteil des Beschwerdegegners hat also steuerfrei zu bleiben.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 22. April 1927, II A 122/27.)

*

5. § 8 Nr. 5 u. 6 GrErwStG. a) **Die Übertragung von Grundstücken, die einer aus dem Erblasser und einem Miterben bestehenden offenen Handelsgesellschaft gehörten, auf eine aus allen Miterben bestehende Aktiengesellschaft hat keinen Anspruch auf Steuerfreiheit, wenn die Miterben die nach dem Tode des Erblassers aufgelöste Handelsgesellschaft weiter fortgesetzt haben.** b) **Wie im Falle der Nr. 5 wird auch nicht im Falle der Nr. 6 die Anwendung der Befreiungsvorschrift dadurch ausgeschlossen, daß bei der Gründung der Vereinigung, der zugleich Grundstücke übereignet wurden, vorgeschobene Personen mitgewirkt haben, die nicht zu den Abkömmlingen gehörten. Zur Feststellung, daß dem so ist, genügt aber nicht die Feststellung, daß die zugezogenen fremden Personen als Treuhänder der Abkömmlinge bezw. Miterben verpflichtet sind, ihre Anteile an der Gesellschaft an die steuerbegünstigten Personen abzutreten, sondern es muß an der Hand von Tatsachen festgestellt werden, daß die Zuziehung nicht zugleich auf wirtschaftlichen Gründen beruht.**[1]) †)

(RFH., II. Sen., Urt. v. 24. Juni 1927, II A 268/27.)

*

Zu 4. Der Entsch. ist unbedenklich zuzustimmen. Erhält der bisherige Eigentümer im Versteigerungsverfahren — sei es Vollstreckungs-, sei es Auseinandersetzungsverfahren — den Zuschlag, so erwirbt er nach der herrschenden und zutreffenden Lehre neues, nicht abgeleitetes Eigentum. Dieser Neuerwerb ist aber Rückerwerb i. S. des § 23 Abs. 1 zu a Nr. 3 GrErwStG. Wollte man dies nicht annehmen, so würde man, wie in der Entsch. zutreffend hervorgehoben, zu einem widersinnigen Ergebnis kommen.

JR. Stillschweig, Berlin.

Zu 5. Die OffHG. bereitet der grunderwerbsteuerlichen Behandlung immer neue Schwierigkeiten. Die vorl. Entsch., die auch zivilrechtlich interessante Fragen aufwirft, betrifft die Anwendbarkeit der BefrBest. des § 8 Nr. 6 GrErwStG. Hiernach ist das Einbringen von Nachlaßgegenständen in eine ausschließlich von Miterben gebildete Vereinigung steuerfrei. Der Tatbestand der Entsch. (aus dem Abdruck ist er nicht so klar ersichtlich) ist folgender: Der verstorbene Vater war seit 1915 Alleininhaber der Firma M. 1920 gründete er eine OffHG., indem er seinen Sohn Georg M. als Teilhaber in das Geschäft aufnahm, das unter derselben Firma fortgesetzt wurde. Die Gesellschaft wurde ins Handelsregister eingetragen. Am 26. Juni 1922 starb der Vater und wurde von seiner Witwe, seinem Sohn und seiner Tochter beerbt. Diese drei Erben sowie die Ehegatten der beiden Kinder gründeten dann unterm 5. Mai 1923 in not. Verhandlung zur Fortführung des Unternehmens eine AktG., in die sie verschiedene Grundstücke einbrachten, die teils für die Firma M., teils für den verstorbenen Vater persönlich im Grundbuch eingetragen waren. Bezüglich der letzteren Grundstücke bewilligte das FinA. Steuerfreiheit auf Grund des § 8 Nr. 6 GrErwStG., bez. der auf die Firma M. eingetragenen Grundstücke erhob es dagegen GrErwSt. FinGer. stellte auf Grund vorbezeichneter BefrBest. ganz frei. Hiergegen erhob FinA. Rechtsbeschwerde.

Die Entsch. geht zunächst davon aus, daß die Grundstücke im Eigentum der OffHG. standen. Mit dem Tode des Vaters ist die OffHG. mangels abweichender Bestimmung des Gesellschaftsvertrags aufgelöst worden (§ 131 Nr. 4 HGB.). RFH. will nun unterscheiden, ob die Erben die OffHG. zunächst fortgesetzt haben und deren Umwandlung in eine AktG. erst nachträglich erfolgte oder ob die OffHG. mit dem Tode des Vaters aufgelöst wurde und die Grundstücke von den Miterben auf die AktG. übertragen wurden. Nur in letzterem Fall sollen die Grundstücke zum Nachlaß des Vaters gehören, im ersteren dagegen nicht. Ob dies richtig ist, erscheint mir sehr zweifelhaft. Schon im Fall des § 139 HGB. (wenn im Gesellschaftsvertrag das Fortbestehen der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters vereinbart ist). ist bestritten, ob der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters zum Nachlaß gehört oder nicht (vgl. Staub, Anm. 7 zu § 139 HGB.). Vereinbaren aber die Erben das Fortbestehen der Gesellschaft, ohne daß § 139 HGB. zutrifft, so kann m. E. nicht zweifelhaft sein, daß der Anteil Nachlaßbestandteil ist; denn mit dem Tode des Gesellschafters ist — im Gegensatz zum Fall des § 139 HGB. — die Gesellschaft aufgelöst; damit gewinnt auch der Gesellschaftsanteil des Erblassers Nachlaßeigenschaft. Das Gegenteil wäre so exzeptionell, daß zu dessen Annahme schon eine besondere gesetzliche Bestimmung erforderlich wäre. Die Tatsache der Nachlaßeigenschaft kann auch nicht durch die nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten über die Fortsetzung der OffHG. aus der Welt geschafft werden; vielmehr besteht in diesem Fall neben dem Vermögen der OffHG. nach außen der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Erblassers als Nachlaßvermögen nach innen. Auf diese nicht einfachen Fragen kann hier nicht näher eingegangen werden. Übrigens möchte ich annehmen, daß auch, wenn man der Ansicht des RFH. folgt, das Erlöschen der OffHG. daraus zu folgern wäre, daß nach Vereinbarung der Beteiligten der Betrieb des in die AktG. eingebrachten Geschäfts ab 1. Juli 1922 als für Rechnung der AG. geführt gelten sollte. RFH. gelangt aber trotz seines abweichenden Standpunktes ebenfalls zu dem Ergebnis, daß es sich um Nachlaßgrundstücke handelt. Denn, wie er in zutreffender Weise feststellt, sind auch die auf den Namen der Firma M. eingetragenen Grundstücke vom verstorbenen Vater zu einer Zeit erworben worden, als er Alleininhaber der Firma war; die OffHG. hätte daher Eigentum nur auf Grund Auflassung erwerben können, die aber nicht stattfand (hier scheint mir allerdings ein Widerspruch in der Entsch. zu sein, wenn sie als Eigentümer der Grundstücke die jeweiligen Firmeninhaber ansieht, dann aber doch die OffHG. nicht als Eigentümerin erachtet).

Standen sonach die Grundstücke im Alleineigentum des ver-

[1]) Die vorstehende Anmerkung gehört an die Stelle der irrigerweise JW. 1927, 2594 abgedruckten, nicht zu der Entscheidung gehörigen Anmerkung. D. S.

6. § 8 Nr. 9 GrErwStG. Ob eine Grundstücksübertragung dem begünstigten Zwecke zu dienen bestimmt ist, entscheidet sich objektiv nach den Absichten der Vertragsparteien ohne Rücksicht darauf, ob sie der Gegenpartei bekannt waren. †)

Das FinGer. hat die Beschwerdegegner von der GrErwSt. freigestellt. Sie waren gem. § 20 als Veräußerer der sämtlichen Anteile der nur ein Grundstück besitzenden gleichnamigen GmbH. an die gemeinnützige Siedlungs-AktG. herangezogen. Der Erwerb wurde zunächst, da die Erwerberin statutarisch die Voraussetzungen des § 8 Nr. 9 erfüllte, als steuerfrei angesehen. Tatsächlich führte die Erwerberin indes die Bebauung nicht durch, sondern geriet durch satzungswidrige Machenschaften in Konkurs.

Das FinGer. läßt es dahingestellt, ob ein Anteilsveräußerer als Veräußerer i. S. des § 20 angesehen und ob überhaupt eine Veranlagung bei späterem Fortfall der Voraussetzungen des § 8 Nr. 9 vorgenommen werden könne; denn keinesfalls könne aus den in RFH. 9, 339 angegebenen Gründen der an der Änderung unbeteiligte Veräußerer für solche Steuer haften. Bei Abschluß des Vertrags habe auch auf seiten der Erwerberin der Befreiungsgrund vorgelegen, weil kein genügender Anhalt dafür vorliege, daß sie schon damals die Absicht gehabt hätte, von ihrem statutarischen Zwecke abzuweichen oder sich der Unmöglichkeit seiner Verfolgung bewußt gewesen sei.

Die Rechtsbeschwerde der Steuerstelle muß Erfolg haben.

Keinem Bedenken unterliegt es allerdings, vorliegend die Beschwerdegegner als Veräußerer i. S. des § 20 anzusehen.

Der Vorderrichter erachtet aber eine Steuerpflicht des Veräußerers hier um deswillen nicht als gegeben, weil diese ohne sein Zutun eingetreten sei, wenn sie sich überhaupt aus § 8 Nr. 9 rechtfertige. Diese Schlußfolgerung setzt voraus, daß das Grundstück beim Erwerbe der Anteile, dem Tage der Entstehung der Steuerpflicht, der Schaffung gesunder Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu dienen bestimmt war und daß diese Bestimmung erst später aufgegeben wurde. Bestand sie von Anfang an nicht, so kann, da es sich um eine objektive Steuerfreiheit des Rechtsgeschäfts handelt, die Steuerhaftung für den Veräußerer auch dann nicht entfallen, wenn er sich über die Absicht des Erwerbers täuschte oder sich sogar eine gegenteilige Absicht bescheinigen ließ. Trat die Änderung der Absicht erst später ein, so entsteht die Frage, ob dadurch eine Steuerpflicht überhaupt noch bewirkt werden kann. Das ist sehr streitig. Ott (Anm. 152 zu § 8) und Hagelberg (Anm. 12 zu § 8) verneinen es unter Hinweis auf die Sondervorschrift im § 8 Nr. 10. Der Sen. hat die Frage noch nicht entschieden. Allerdings hat er in einem Urt. v. 29. Dez. 1924, II A 1127/24 daraus, daß Nr. 9 keinen Nachsatz wie Nr. 10 enthalte, gefolgert, daß das weitere Schicksal des Grundstücks unerheblich und deshalb ein Rückerwerb zur Sicherung des Kleinwohnungszwecks nicht steuerfrei sei. Ebenso hat er anderen Vorgängen, die nach Eintritt des Steuerfalls entstehen, einen Einfluß auf die Steuer versagt (RFH. 7, 133; 22, 30). Ob trotzdem etwa in Fortbildung des Gedankens des § 78 Abs. 1 Nr. 3 RAbgO. das Gesetz durch die Anerkennung einer Steuerpflicht bei späterer Aufgabe des begünstigten Zweckes ergänzt werden könne, hat er in einer Entsch. v. 7. Dez. 1926, II A 564/26 zwar erwogen, aber unentschieden gelassen. Auch hier braucht die Frage nicht entschieden zu werden. Denn wenn man eine solche nachträgliche Steuerpflicht anerkennen wollte, so würde der neueingetretene Tatbestand einen neuen Steuerfall bilden, an welchem der Veräußerer überhaupt nicht mehr beteiligt wäre und auf den daher alle diejenigen Erwägungen zutreffen würden, welche in RFH. 9, 339, überdies unter ausdrücklichem Hinweis auf die entsprechende Bestimmung im § 8 Nr. 10 zu einer Ablehnung der Mithaftung geführt haben.

Nur wenn die Voraussetzung, daß es sich um eine spätere Bestimmungsänderung handle, zutrifft, ist daher die Entsch. des FinGer. gerechtfertigt. Hier setzt der von der Rechtsbeschwerde erhobene Vorwurf ungenügender Aufklärung ein; er ist begründet. Das FinGer. beschränkt sich auf die Bemerkung, dafür, daß die Erwerberin bereits beim Ankauf die Absicht, von ihrem satzungsmäßigen Zwecke abzuweichen, gehabt oder ihn als undurchführbar erkannt habe, liege kein genügender Anhalt vor. Das durfte es aber nach vorstehendem gegenüber dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Steuerstelle nicht. Ob eine Grundstücksübertragung der Schaffung von Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu dienen bestimmt ist, ist wesentlich Tatfrage, und kann, da sie sich auf innere Vorgänge stützt, nur aus der Gesamtheit aller Begleitumstände abgeleitet werden; unrichtig ist die Annahme der Rechtsbeschwerde, die Steuerfreiheit sei nur gegeben, wenn der begünstigte Zweck tatsächlich erreicht sei; es genügt vielmehr jede Grundlage, welche einen berechtigten Schluß auf die mit dem Erwerbe verbundene Absicht zuläßt. Über alles dies hat sich der Sen. bereits in der Entsch. v. 7. Dez. 1926, II A 564/26 ausgesprochen (vgl. auch RFH. 7, 133). Wieweit nun solche Schlüsse auf die damaligen Absichten der gesetzlichen Vertreter der Erwerberin aus dem angebotenen Beweismateriale gezogen werden können, läßt sich erst aus dessen Würdigung entscheiden. Wenn auch bei dieser Würdigung nicht außer acht zu lassen sein wird, daß Schlüsse aus späterer Erkenntnis heraus nur mit Vorsicht gezogen werden dürfen, weil eine Siedlungsgesellschaft gerade wenn sie auf den Zweck einer Täuschung hinarbeitete, der ihr anscheinend nicht nur der Steuerbehörde, sondern auch den öffentlichen Finanzverwaltungen gegenüber gelungen ist, zunächst bestrebt sein mußte, im Rahmen ihrer Statuten zu handeln, so kann doch die Verwertung eines später gesammelten Beweismaterials nicht völlig abgelehnt werden.

Die Vorentscheidung mußte deshalb aufgehoben und die nichtspruchreife Sache zur weiteren Feststellung an der Hand obiger Ausführungen an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 8. Febr. 1928, II A 28/28.)

*

7. § 8 Nr. 10 GrErwStG. Flugplätze (Landungsplätze für Flugzeuge) gehören nicht zu den öffentlichen Plätzen i. S. der Vorschrift. †)

In der Entsch. v. 30. Sept. 1921 (RFH. 7, 9) hat der Sen. die Befreiungsvorschrift dahin gedeutet, daß, wenn sie auch im finanziellen Interesse der Gemeinden getroffen sei und man bei ihr Rücksichten auf den Verkehr habe maßgebend sein lassen, damit jedenfalls nicht alle Maßnahmen zur Erleichterung oder Hebung des Verkehrs haben eingeschlossen werden sollen, wie sich daraus ergäbe, daß die Eisenbahnen zweifelsohne nicht unter die Befreiung fielen. Die Entsch. ist daher zu dem Schlusse gekommen, daß es dem Gesetzgeber nur darum zu tun gewesen sei, die Straßenbau- und Straßenunterhaltungskosten der Gemeinden nicht noch durch Neuauflagen für das Reich zu vermehren, und hat die An-

---

storbenen Vaters, so gehörten sie zweifellos zu seinem Nachlaß und war insoweit § 8 Nr. 6 GrErwStG. anwendbar. Dagegen fehlt es an der weiteren Voraussetzung dieser Bestimmung, daß die Vereinigung ausschließlich aus Miterben besteht; denn bei der Gründung der AktG. haben nicht nur Witwe und Kinder, sondern auch die Ehegatten der letzteren mitgewirkt. Hiernach wäre der Rechtsbeschwerde des FinA. ohne weiteres stattzugeben gewesen. Gleichwohl hat RFH. die Sache zurückverwiesen, da er — m. E. zu weitgehend — in einem früheren Fall des § 8 Nr. 5 GrErwStG., der übrigens bisher vereinzelt geblieben ist, die Zuziehung nicht steuerbegünstigter Personen, die lediglich aus formalrechtlichen Gründen im Hinblick auf § 182 Abs. I S. 1 HGB. erfolgt war, für nicht schädlich erklärt hatte und das FinGer. daher feststellen sollte, ob etwa die Verhältnisse hier ähnliche waren.

RA. Dr. Hans Berolzheimer, München.

Zu 6—8. Die Befreiungsvorschriften des § 8 GrErwStG. teilen sich in zwei Gruppen: In Befreiungen aus Familien- bzw. Erbrechtsgründen (Nr. 1—6) und in solche aus Gründen des öffentlichen Interesses an der Erleichterung von bestimmten Grundstücksumsätzen (Nr. 7—10). Die Vorschriften, die in allen wesentlichen Punkten seit Erlaß des GrErwStG. vom Jahre 1919 unverändert geblieben sind — eine große Seltenheit im Reichssteuerrecht —, haben zu zahllosen Streit- und Zweifelsfragen Anlaß gegeben, wovon eine lange Reihe oberstrichterlicher Entsch. Zeugnis gibt. Von dem überholten Satz, daß Befreiungsvorschriften eng auszulegen seien, hat sich der RFH. dabei längst frei gemacht. Dennoch macht seine Judikatur teilweise einen recht zurückhaltenden Eindruck. Auch die hier zu besprechenden Urt. geben zu gewissen Bedenken Anlaß.

1. Das Urt. II A 28/28 ist zu § 8 Nr. 9 ergangen, welche Bestimmung Verkäufe zu Siedlungszwecken privilegiert. Der Sen. ist der Ansicht, daß, wenn die erwerbende Siedlungsgesellschaft beim Erwerb gar nicht die Absicht gehabt habe, das Grundstück zu Siedlungszwecken zu verwenden, der Tatbestand der Befreiungsvorschrift nicht gegeben sei, auch wenn der Veräußerer an die Siedlungsabsicht seines Vertragspartners geglaubt habe und glauben durfte. Auf Grund § 20 GrErwStG. hafte dann der Veräußerer für die wider sein Erwarten angefallene Steuer. Wenn ein Siedlungsunternehmen mißbräuchlich spekulative Erwerbe tätigt, hat es zweifellos den Anspruch auf steuerliche Vorteile für diese Geschäfte verwirkt. Den gutgläubigen Vertragspartner, der bei Bemessung des Verkaufspreises und seinen weiteren Dispositionen mit Steuerfreiheit rechnen durfte, dafür mit büßen zu lassen, erscheint aber nicht angängig. Wenn der Käufer erst nachträglich, sei es freiwillig, sei es unter dem Zwange der Verhältnisse, seine ursprüngliche Verwendungsabsicht aufgibt, so lehnt der RFH. selber eine Mithaftung des Veräußerers ab. Für diesen besteht aber offenbar gar kein Unterschied in den beiden Fällen, und er wird es nicht verstehen, wenn er infolge von inneren Vorgängen bei seinem Vertragspartner, die er weder wahrnehmen noch beeinflussen konnte, nachträglich in Anspruch genommen wird.

2. Der Zweck der Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 10, mit welcher sich das Urteil II A 51/28 beschäftigt, ist, die durch Straßenbaukosten ohnedies meist schwer belasteten Gemeinden mit

wendung der Befreiung in dem dem Sen. damals vorliegenden Falle auf den Erwerb von Grundstücken zum Ausbau einer Wasserstraße abgelehnt. Nimmt man dies als Sinn der Bestimmung, so ist es unabweislich, daß unter öffentlichen Wegen und Plätzen nur die für den allgemeinen Verkehr von Fuhrwerken und Fußgängern oder mit Tieren von Ort zu Ort bestimmten Wege auf der Erdoberfläche und die mit diesen in unmittelbarer Verbindung stehenden Wegeerweiterungen in geschlossenen Ortschaften und außerhalb dieser verstanden werden können (Entsch. v. 7. Okt. 1921, II A 490/21: RFH. 9, 23). Bei dieser als vom Gesetzgeber gewollt angenommenen Beschränkung läßt sich der Vorschrift auch nicht mit Hilfe des § 4 RAbgO. eine erweiterte Auslegung geben, zumal der Flugverkehr zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bereits im wesentlichen seine heutige Ausdehnung gehabt hat.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 14. Febr. 1928, II A 51/28.)

*

8. § 8 Nr. 1 GrErwStG. **Heißt es in einem Schenkungsvertrag über ein Grundstück, daß die Lasten und Nutzungen von einem bestimmten Tage an auf den Beschenkten übergehen, so bedeutet das in der Regel keine Übernahme der persönlichen Hypothekenschuld. Schenkung unter einer Auflage kann nur dann angenommen werden, wenn sich die Beteiligten bewußt waren, daß der Schenker zur Tilgung der persönlichen Schuld seinerzeit außerstande sein wird.** †)

Laut notarieller Verhandlung „schenkte" der Kaufmann S. seiner Ehefrau, der Beschwerdegegnerin, die ideelle Hälfte seines Grundstücks.

Im § 2 des Vertrags heißt es: „Lasten und Nutzungen der Hälfte des Grundstücks gehen vom 1. Okt. 1926 ab auf die Erschienene zu 2 (die Ehefrau) über." Auf dem Grundstück ruht eine Hypothek, deren Wert auf 25000 *RM* festgestellt ist. Die Steuerstelle nahm an, daß die Ehefrau diese Hypothek mit übernommen habe und daß deshalb in Höhe von 12500 *RM* eine Schenkung unter einer Auflage vorliege. Dementsprechend setzte sie nach § 24 eine Vorauszahlung fest. Die Berufung führte zur Freistellung. Der von der Steuerstelle eingelegten Rechtsbeschwerde konnte nicht stattgegeben werden.

Könnte man annehmen, daß die Ehefrau die persönliche Hypothekenschuld übernommen habe, so wäre die Ansicht der Steuerstelle, daß eine Schenkung unter einer Auflage vorliege, nicht zu beanstanden. War hingegen die persönliche Schuld nicht übernommen, so kann von einer Auflage nicht die Rede sein, weil in diesem Falle die Beschenkte zu keiner Leistung verpflichtet worden ist (vgl. § 1940 BGB.). Die Hypothek als dingliche Last geht zwar mit Rechtsnotwendigkeit auf den Erwerber des Grundstücks über. Dieser hat jedoch bei Fälligkeit der Hypothek nichts zu leisten. Vielmehr steht dem Gläubiger nur das Recht zu, Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen (§ 1113 Abs. 1 BGB.). Der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, hat das Recht, den Gläubiger zu befriedigen. Soweit er das tut, geht die persönliche Forderung auf ihn über (§§ 1142, 1143 BGB.). Für die in der Befriedigung des Gläubigers liegende Leistung, zu der er aber nicht verpflichtet ist, erhält er also in der Forderung vollen Ersatz.

Einen anderen Standpunkt hat der RFH. nur dann eingenommen, wenn sich die Beteiligten bei der Schenkung bewußt waren, daß der Schenker als persönlich haftbar bleibender Schuldner bei Fälligkeit der Schuld keine Zahlung werde leisten können. Denn in einem solchen Falle bleibt dem Beschenkten im Ergebnis die Hypothekenschuld zur Last, da der Übergang der persönlichen Forderung auf ihn dann keinen Wert hat (vgl. Urt. v. 13. Febr. 1923, II A 20/23, v. 17. Aug. 1926, II A 323/26; Mrozek, Kartei, GrErwStG., § 8 Nr. 1, Rechtsspr. 2, 12). Die Steuerstelle stellt als wesentliches Unterscheidungsmerkmal das auf, daß der Beschenkte die persönliche Haftung für die Hypotheken abgelehnt haben müsse. Dem Urt. v. 17. Aug. 1926 lag allerdings ein Fall zugrunde, daß die Beschenkte die persönliche Haftung ausdrücklich abgelehnt hatte. Daraus folgt aber nicht, daß anders zu entscheiden ist, wenn einerseits die Haftung zwar nicht ausdrücklich abgelehnt ist, andererseits der Beschenkte die persönliche Schuld auch nicht übernommen hat.

Die Entsch. hängt hiernach von der Frage ab, ob darin, daß nach § 2 des Vertrags die Lasten v. 1. Okt. 1926 ab auf die Beschenkte übergehen sollten, die Übernahme der persönlichen Hypothekenschuld zu finden ist. Das hat das FinGer. unter Bezugnahme auf eine dienstliche Äußerung des Notars verneint. Ein Rechtsirrtum ist hierin um so weniger zu finden, als der Ausdruck „Lasten" nicht auf persönliche Hypothekenschulden, die sich als Leistungen darstellen, hindeutet. Die Steuerstelle hat nichts Tatsächliches beigebracht, was zu einer anderen Auslegung des Vertrags führen könnte.

Schließlich ist das angefochtene Urt. auch insofern nicht zu beanstanden, als es erklärt, die Zahlungsunfähigkeit des Schenkers sei nicht erwiesen. Für die Zahlungsunfähigkeit spricht nicht die Vermutung. Es wäre deshalb Sache der Steuerstelle gewesen, nach dieser Richtung hin den erforderlichen Beweis anzutreten. Das ist nicht geschehen. Zu Ermittlungen von sich aus war für das FinGer. nach Lage der Sache kein Anlaß vorhanden.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 14. Febr. 1928, II A 54/28.)

*

9. §§ 11, 12 GrErwStG. **Über die Bedeutung eines Pachtrechts, wenn jemand das verpachtete Grundstück erwirbt und gleichzeitig sämtliche Geschäftsanteile der Pächter-GmbH. übernimmt. Kann das Pachtrecht einen besonderen Wert haben?** †)

Der in Streit befangene Grundbesitz, auf dem ein Steinbruch betrieben wird, war zur Zeit der Veräußerung an die D. verpachtet, die in ihrer auf den 1. Jan. 1924 aufgestellten Goldmarkbilanz den Wert dieses Pachtrechts mit 80000 *RM* eingesetzt hat. An einem und demselben Tage, dem 15. Febr. 1925, hat der BeschwF. den Grundbesitz um den Preis von 125000 *RM*, wovon 25000 *RM* auf bewegliches Zubehör gerechnet wurden, unter Übernahme der vollen GrErwSt. gekauft und von der W.-AktG. die in deren Alleinbesitz befindlichen sämtlichen Anteile der Granitwerke D.-GmbH. im Nennwert von 100000 *RM* erworben. Der Berechnung der GrErwSt. von dem am 21. März 1925 auf den BeschwF. im Grundbuch umgeschriebenen Grundbesitz hat die Steuerstelle einen gemeinen Wert dieses Besitzes von 190700 *RM* zugrunde gelegt.

Das FinGer. stützt seine Annahme eines gemeinen Wertes des veräußerten Grundbesitzes von rund 190000 *RM* darauf, daß der Erwerber sich den Erwerb des Grundbesitzes einschl. der eigenen Ausbeutungsmöglichkeit im ganzen so viel habe kosten lassen, indem er außer dem, was er den Eigentümern an Kaufpreis gezahlt habe, durch Erwerb sämtlicher Anteile der Pachtgesellschaft auch noch für das „Pachtrecht" einen Betrag von 80 bis 90000 *RM* gezahlt habe. Das beruht auf einem Trugschlusse, der seinerseits in einer Verkennung der rechtlichen Natur des Kaufpreises begründet ist.

Auflagen für das Reich beim Erwerb von Verkehrsgrundstücken zu verschonen. Die Gemeinde hatte diese Befreiung für den Erwerb eines Flugplatzes in Anspruch genommen. Der Sen. hat abgelehnt unter Anlehnung an seine alte Definition (RFH. 9, 23), wonach „unter öffentlichen Wegen und Plätzen nur die für den allgemeinen Verkehr von Fuhrwerken und Fußgängern oder mit Tieren von Ort zu Ort bestimmten Wege auf der Erdoberfläche und die mit diesen in unmittelbarer Verbindung stehenden Wegeerweiterungen in geschlossenen Ortschaften und außerhalb dieser verstanden werden können". Es kann dahingestellt bleiben, ob die damalige 1921 in einer Wasserstraßensache ergangene Entsch. zutreffend war. Jedenfalls hat die Verkehrsentwicklung und die Bedeutung der Verkehrspolitik seit 1921 eine so gewaltige Steigerung erfahren, daß Anlaß bestanden hätte, die damalige Auffassung zu überprüfen. Den Hinweis auf § 4 RAbgO. tut der Sen. damit ab, daß zur Zeit des Erlasses des Gesetzes (also 1919!) der Flugverkehr im wesentlichen bereits seine heutige Ausdehnung gehabt habe. Diese Feststellung ist offensichtlich unrichtig. Die Zahl der Linien und der beförderten Personen, Postsachen und Frachttonnen hat sich seitdem und insbes. seit der Lockerung der Beschränkungen des VV. vervielfacht. Der Flugverkehr hat eine gewaltige und immer steigende Bedeutung gewonnen, während er 1919 praktisch gar keine Rolle spielte. Es wäre geboten gewesen, dies in Erwägung zu ziehen. Der Sen. hätte dann dazu kommen müssen, anzuerkennen, daß heute für eine aufstrebende Stadtgemeinde der Erwerb eines Flugplatzes keine geringere Bedeutung hat als manche Straßenbauverpflichtungen und daß daher die Gründe, die für die Befreiung der letzteren sprechen, auch dem Erwerb von Fluggelände zugute kommen müssen.

3. Die Entsch. II A 54/28 entspricht der darin zitierten bisherigen Rspr. Bei Schenkungen unter einer Auflage wird Schenkungssteuer nur von dem Betrag erhoben, um den der Beschenkte bereichert ist. Dies hat dazu geführt, in § 8 Nr. 1 Satz 2 GrErwStG. bei Schenkungen unter einer Auflage den Wert der Auflage, für welchen eine Kollision mit Schenkungssteuer nicht besteht, der GrErwSt. zu unterwerfen. Die Begründung des Urt., das im vorl. Falle eine Schenkung unter Auflage nicht für gegeben ansieht, ist einwandfrei und recht instruktiv.

RA. Frhr. Riederer v. Paar, München.

Zu 9. Das Urt. zeigt, wie schwierig im Grunderwerbsteuerrecht mit seiner Mischung von formaler und wirtschaftlicher Betrachtung die Grenze für die Beurteilung zu ziehen ist. Hier war ein Grundstück an eine GmbH. verpachtet. Die Parteien schlossen zwei Rechtsgeschäfte ab: derselbe Erwerber kaufte von der GmbH. das Grundstück, und ferner von den Gesellschaftern die Anteile. Er hatte damit die volle Gewalt über das Grundstück gewonnen, da er ja nun den Pachtvertrag als Alleinbesitzer der Anteile sofort aufheben konnte. Das FinA. wollte die Verträge als Einheit zusammenfassen, den Wert des Pachtrechts zum Kaufpreise für das Grund-

Soweit im Kaufpreis der Wert des Grundstücks zum Ausdruck kommt, ist diese Preisgestaltung vom Bestehen eines Miet- oder Pachtverhältnisses an sich unabhängig, soweit der Miet- oder Pachtzins angemessen ist. Denn in diesem Zins erhält der Erwerber die Vergütung für das zeitlich abgetrennte Nutzungsrecht. Auch im vorl. Falle hat der zwischen den Grundstücksbesitzern und der D.-GmbH. geschlossene Vertrag vorgesehen, daß letztere Gesellschaft den Besitzern den durch Abbau des Granitbruchs entstandenen Substanzminderwert nach einem Jahresdurchschnittswerte zu vergüten habe, und es ist nicht ersichtlich, daß das Recht auf diese Vergütung nicht auf den neuen Erwerber übergegangen wäre. Daß er zugleich Eigentümer sämtlicher Anteile der D.-GmbH. geworden ist, ändert hieran an sich nichts. Die bloße Tatsache, daß im Zeitpunkt der Grundstücksveräußerung das Ausbeutungsrecht den Granitwerken zustand, durfte daher dem FinGer. nicht Anlaß geben, ohne weiteres anzunehmen, daß der Kaufpreis sich auf das nackte Eigentum ohne das Ausbeutungsrecht bezogen habe.

Auf dem gleichen Irrtum beruht es, wenn das FinGer. ohne weiteres annahm, daß der für das Pachtrecht in der Goldmarkeröffnungsbilanz eingesetzte Betrag von 80000 GM. oder der vom FinGer. errechnete höhere Betrag den gemeinen Wert des Ausbeutungsrechts darstellte. Das konnte er schon um deswillen nicht, weil ja die Granitwerke den durch den Abbau des Granitbruchs entstandenen Substanzminderwert nach einem Jahresdurchschnittswerte dem Eigentümer zu vergüten haben.

Wenn ein Pachtzins angemessen ist, kann das Pachtrecht bei gemeinüblicher Bewirtschaftung einen besonderen gemeinen Wert überhaupt nicht haben, da das, was der Pächter über den Pachtzins herausbewirtschaftet, dann das Ergebnis seiner Arbeit oder seines in das Grundstück verwendeten Kapitals, nicht aber Bodenrente ist. Legen die Beteiligten dem Pachtverhältnisse gleichwohl einen besonderen Wert bei, so ist dies ein „Geschäftswert", der möglicherweise darin seinen Grund hat, daß der Pachtzins des auf weite Sicht geschlossenen Pachtvertrags unter dem angemessenen Pachtzins bleibt, und dann könnte sich in diesem Werte ein Teil des gemeinen Grundstückswerts verbergen, der im Kaufpreis nicht zum Ausdruck gekommen ist. Notwendig ist dies aber nicht, denn der besondere Geschäftswert kann auch seinen Grund in Verhältnissen des auf dem Grundstück betriebenen Geschäfts haben, die mit dem Bodenwert und der Lage des Grundstücks als solchem in keiner Beziehung stehen.

An sich stand es dem FinGer. frei, welche Methode der Wertermittlung es für den Grundbesitz wählen wollte, und es war nicht darauf angewiesen, zur Ermittlung des gemeinen Wertes den Weg der sachverständigen unmittelbaren Schätzung zu beschreiten. Wollte es mit dem Kreisausschusse vom Vermögensteuerwert ausgehen und zur Kontrolle den Betrag heranziehen, den der Erwerber für den Erwerb des Grundbesitzes tatsächlich aufgewendet hat, so durfte es sich nicht der Untersuchung entziehen, welche Bedeutung der Einstellung eines besonderen Pachtwerts in der Goldmarkeröffnungsbilanz der Granitwerke zukam.

Da es die Vorentscheidung an dieser Untersuchung hat fehlen lassen, war sie aufzuheben, und es war die nicht spruchreife Sache an das FinGer. zur erneuten Prüfung zurückzuverweisen.

Will das FinGer. an seiner Methode der Ermittlung des gemeinen Wertes festhalten, so wird es aufzuklären haben, welche persönlichen Verhältnisse zwischen den Eigentümern und den Granitwerken bestanden haben, und welches die Gründe waren, die die Granitwerke dazu führten, das „Pachtrecht" besonders zu bewerten.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 27. Sept. 1927, II A 265/27.)

*

10. § 12 GrErwStG. Werden einem Mühlenunternehmer auf Grund der §§ 46 ff. des preuß. Wassergesetzes v. 7. April 1913 Rechte verliehen, so ist, wenn das Grundstück mit Unternehmen veräußert wird, bei Feststellung des für die Steuer maßgebenden Preisbetrags, ähnlich wie bei Gastwirtschaften und Apotheken neueren Rechtes, der auf die Wasserrechte entfallende Teil des Preises mit einzurechnen. †)

Wenn es sich nur um Rechte handelt, die dem Uferanlieger schon nach Gesetz oder Herkommen zustehen, so sind sie nicht anders zu beurteilen als die Lage eines Wohnhauses in schöner Gegend oder einer Fabrik an einem Orte mit guten Verkehrsverbindungen. Die Rechte wirken also ohne weiteres werterhöhend auf das Grundstück.

Handelt es sich aber um verliehene Rechte, so kommt ihnen die Rechtsnatur zu, die ihnen das WasserG. verleiht. Soweit hier der BezAusschuß neue Rechte verliehen hat, ist das geschehen ohne Angabe, daß sie mit dem Eigentum an dem Grundstück des Beliehenen verbunden werden. Die Verleihung gilt deshalb für das Unternehmen, dem die Rechte zugute kommen sollen, ohne Rücksicht darauf, wer Grundeigentümer ist (§§ 46 Abs. 3, 48 WasserG.). Sie haften an dem Mühlenunternehmen, nicht am Grundstück als solchem. Wären sie mit dem Grundstück verbunden, so würden sie als dessen Bestandteile gelten (§ 96 BGB.) und ohne weiteres der GrErwSt. unterliegen. Sie sind aber auch keine Berechtigungen, auf die die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke Anwendung finden, so daß sie selbständig nach § 2 GrErwStG. besteuert werden könnten. Denn das WasserG. schreibt nicht vor, daß für solche Rechte die Vorschriften über Grundstücke anwendbar sein sollen. Die Wasserrechte müssen als unselbständige Berechtigungen bezeichnet werden, die nur gleichzeitig mit dem Unternehmen, an dem sie haften, veräußert und vererbt werden sowie erlöschen können, falls nicht auf sie verzichtet wird. Sie gleichen in gewisser Hinsicht der für eine Gastwirtschaft erteilten Betriebserlaubnis. Beide sind rechtlich vom Grundstückseigentum unabhängig; die Gastwirtschaftserlaubnis kann überdies, wenigstens mit Zustimmung der Genehmigungsbehörde, auf ein anderes Grundstück erstreckt werden. Ähnlich ist es bei den neueren Apothekenbetriebserlaubnissen, soweit sie vor 1894 erteilt sind. Alle haben das Gemeinsame, daß sie tatsächlich mit dem Grundstück, auf dem das Unternehmen betrieben wird, verbunden sind und daß deshalb nach der Verkehrsanschauung der Wert des Grundstücks um den Wert der Erlaubnis erhöht wird. Vorliegend kommt noch hinzu, daß die Wasserrechte dauernd, d. h. solange das Unternehmen besteht, verliehen sind, während die Gastwirtschaftserlaubnis nur für die Person gilt, der sie erteilt ist. Indessen kann auch hier damit gerechnet werden, daß die Erlaubnis einem geeigneten Nachfolger tatsächlich erteilt werden wird. Ähnliches gilt im Vergleich mit den Apothekenberechtigungen. Deshalb kommen auch für die hier verliehenen Wasserrechte die Grundsätze zur Anwendung, die der Senat in ständiger Rspr. für Gastwirtschaften und Apotheken aufgestellt hat. Besonders

---

stück hinzurechnen und danach versteuern. Der RFH. dagegen beläßt es bei der Trennung der Verträge. Es muß gesondert untersucht werden, welchen Wert das Pachtrecht hat. Dabei spricht der Gerichtshof den auch für andere Steuergebiete (z. B. die Gesellschaftssteuer) wichtigen Grundsatz aus: „Wenn ein Pachtzins angemessen ist, kann das Pachtrecht bei gemeinüblicher Bewirtschaftung einen besonderen gemeinen Wert überhaupt nicht haben." Die Folgerungen dieses Satzes und die weiteren Richtlinien, die der RFH. dem FinGer. bei der Zurückverweisung der Sache gibt, werden genügen, um einer naheliegenden Ausbeutung der Entsch. zu Umgehungen vorzubeugen. Denn wenn der Pachtzins übermäßig bemessen wird, so wird man häufig genug doch zur Zusammenrechnung mit dem Grundstückskaufpreis kommen.

RA. Dr. Max Lion, Berlin.

Zu 10. Die steuerliche Behandlung der Wasserbenutzungsrechte hat schon bei der Feststellung der Einheitswerte lebhafte Kontroversen hervorgerufen und zu dem Erl. des RFM. v. 15. Jan. 1927 (III v 220) geführt. Darin wurde zwischen den subjektiv dinglichen und den subjektiv persönlichen Wassernutzungsrechten unterschieden. Diese Unterscheidung spielt in der Entsch. des RFH. keine wesentliche Rolle, sondern wird nur gestreift. Zutreffend führt der RFH. aus, daß im Falle der Verbindung mit einem Grundstücke die Wasserrechte als dessen Bestandteile gem. § 96 BGB. zu behandeln wären. Im übrigen aber vermag ich die Auffassung des RFH. nicht zu teilen.

Was die Rechtsnatur der verliehenen Wasserbenutzungsrechte anlangt, so sind sie dingliche Privatrechte, die durch den Verwaltungsakt der Verleihung zur Entstehung gelangt sind. Auf der anderen Seite stellen sie eine Belastung des Wasserlaufs dar, an dem sie erworben sind; denn der Wasserlauf ist als ein Grundstück anzusehen. Sie sind Rechtsgebilde eigener Art, die sich noch am ehesten mit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit des § 1090 BGB. vergleichen lassen, von der sie sich aber durch ihre freie Übertragbarkeit unterscheiden. Keines dieser wesentlichen Merkmale trifft auf die Apothekengerechtigkeit, noch weniger auf die Gastwirtschaftserlaubnis zu, so daß letztere beiden zum Vergleich mit den Wasserrechten wenig geeignet sind.

Richtig ist allerdings, daß das Wasserbenutzungsrecht ein bestimmtes Unternehmen voraussetzt, mit dem es steht und fällt. Diese Tatsache rechtfertigt aber nicht die vom RFH. daraus gezogenen Folgerungen. Die Wasserrechte bilden zwar mit dem Unternehmen eine Einheit, aber diese Einheit ist in Fällen wie dem vorl. weder an ein Grundstück noch an eine bestimmte Person gebunden, also nicht unselbständig, sondern selbständig.

Die Anwendbarkeit des § 2 GrErwStG. wird mit Recht vom RFH. verneint, ebenso das Vorhandensein einer werterhöhenden Eigenschaft des Grundstücks. Alle diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß es sich um die Veräußerung eines Grundstücks und einer selbständigen Gerechtigkeit handelt, und daß daher der für die Gerechtigkeit ausgeworfene Betrag für die Berechnung der GrErwSt. außer Ansatz zu bleiben hat. Der entgegengesetzte Standpunkt des RFH. muß als eine Überspannung des in § 4 RAbgO. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes über die Auslegung der Steuergesetze angesehen werden.

RA. Max Herrmann, Berlin.

wird auf die zusammenfassende Entsch. v. 8. Jan. 1922, II A 552/21 (RFH. 8, 9) verwiesen, weiter auch auf die Entsch. v. 15. Jan. 1926 (Mrozek, Steuerkartei § 2 Rechtsspr. 3), wo sogar der Wert einer nichteingetragenen selbständigen Berechtigung (Apothekenrecht) dem Grundstückswerte zugerechnet ist. Bei den nach § 46 WasserG. verliehenen Wasserrechten einen anderen Standpunkt einzunehmen, besteht kein Anlaß.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 17. April 1928, II A 96/28.)

*

11. § 13 GrErwStG. **Außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens vom Ersteher übernommene Leistungen bleiben bei Feststellung des der Grunderwerbsteuer nach § 13 an Stelle des Veräußerungspreises zugrunde zu legenden Betrags außer Betracht.** †)

Der Beschwerdegegnerin sind Grundstücke am 14. Febr. 1927 im Zwangsversteigerungsverfahren auf ihr Meistgebot von 600 RM zugeschlagen worden. Auf den Grundstücken war eine Grundschuld von 5000 RM eingetragen, die dem Kfm. L. für eine Schuld an den Eigentümer von 6430,30 RM verpfändet war. Aus diesem Pfandrecht ist die Zwangsversteigerung betrieben worden. In der Vereinbarung v. 31. Jan. 1927 hatten sich die Beschwerdegegnerin und ihr Ehemann dem Kfm. L., der auf das Ausbieten der ihm verpfändeten Grundschuld verzichtete, verpflichtet, ihm im Falle, daß Beschwerdegegnerin den Zuschlag erhielt, 3000 RM bar zu zahlen und für den Rest seiner Forderung eine Sicherungshypothek auf den Grundstücken eintragen zu lassen. Der Kreisausschuß, der die Beschwerdegegnerin aus dem Eigentumsübergang im Wege der Zwangsversteigerung nach dem gemeinen Werte des Grundstücks von 3180 RM zu einer GrErwSt. von 159 RM herangezogen hatte, hat, als er von der Vereinbarung v. 31. Jan. 1927 Kenntnis erlangt hatte, die Beschwerdegegnerin nach § 212 Abs. 2 RAbgO. neu veranlagt und unter Zugrundelegung eines Gesamtbetrags von 7030,30 RM, nämlich 600 RM Meistgebot und 6430,30 RM außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens übernommene Verpflichtungen, eine Steuer von 351,50 RM festgesetzt, indem er diese nach der Begründung des Einspruchsbescheids als vom Ersteher übernommene Leistungen i. S. des § 13 ansah. Auf Berufung hat das FinGer. die GrErwSt. erneut auf 159 RM festgesetzt. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Kreisausschusses.

Das FinGer. hat sich auf die aus dem im § 13 angeführten § 12 Abs. 2 hergeleitete Anschauung gestützt, daß unter den vom Ersteher übernommenen Leistungen nur solche verstanden werden könnten, die vom Ersteher innerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens, und zwar dem Gerichte gegenüber, übernommen worden sind, und daß außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens übernommene Verpflichtungen nicht anders behandelt werden könnten, wie wenn ein Grundstückskäufer einem Dritten, der sich ebenfalls für das Grundstück interessiert, zur Vermeidung der Steigerung des Kaufpreises eine Abstandssumme zahle. Der Kreisausschuß nimmt einen entgegengesetzten Standpunkt ein. Seine Stellung deckt sich mit der von Stillschweig: JW. 1920, 90 u. 539 sowie von Ott, 3. Aufl., S. 359 Anm. 12 zu § 13 vertretenen Anschauung.

Der erk. Sen. hat sich in seiner Entsch. v. 23. April 1926, II A 31/26 (Mrozek, Steuerkartei, Rechtsspruch 2 zu § 13) bereits auf den Standpunkt des FinGer. gestellt. Zwar kam es bei dem damals zu entscheidenden Falle nur darauf an, festzustellen, daß dem Meistgebot in jedem Falle die Rechte hinzuzurechnen sind, die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung gedeckt sind. Allein die Begründung hat unter Beziehung auf die Entstehungsgeschichte zu erkennen gegeben, daß der Senat auch nur diese Rechte i. S. von § 13 als die Leistungen ansehe, die dem Meistgebot hinzuzurechnen sind.

Es mag den angeführten Schriftstellern zugegeben werden, daß sich die gegenteilige Meinung an sich aus den bereits vom Kreisausschusse geltend gemachten Gründen und der Erwägung wohl rechtfertigen ließe, daß die im § 13 gemeinten Leistungen, wenn sie dem Veräußerungspreis i. S. des § 12 gleichstehen sollen, alle Leistungen des Erwerbers umfassen müßten, die dem Grundstückseigentümer zugute kommen, und daß es in dieser Hinsicht keinen Unterschied begründen könne, ob bei Festsetzung der Versteigerungsbedingungen unter den Beteiligten das Stehenbleiben einer Hypothek vereinbart oder ob außerhalb des Versteigerungsverfahrens unter ihnen eine Schadloshaltung des Hypothekenbesitzers für die ausfallende Hypothek zugestanden wird. Gleichwohl hält der Senat an dem seinerzeit eingenommenen Standpunkt fest, der der früheren Rspr. entspricht, da nicht zu erkennen ist, daß das GrErwStG. etwas von der bisherigen Gesetzgebung Abweichendes habe bestimmen wollen. Hierbei ist auch die Erwägung maßgebend, daß man bei Annahme der gegenteiligen Ansicht jedenfalls fordern müßte, daß die in Betracht kommenden Leistungen nachweisbar dem Grundstückseigentümer zugute kommen, und daß dies durchaus nicht immer der Fall zu sein braucht. Zu der Annahme, daß die gesetzliche Vorschrift in dem weiteren Sinne gemeint sei, liegt um so weniger ein Anlaß vor, als auch im Falle des § 13 der Steuerberechnung ohnehin mindestens der gemeine Wert des versteigerten Grundstücks zugrunde zu legen ist und der Ersteher außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens kaum Leistungen übernehmen wird, die zusammen mit den ihn sonst treffenden Verpflichtungen den gemeinen Wert übersteigen werden.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 30. Dez. 1927, II A 524/27.)

Reichsversorgungsgericht.

Berichtet von Oberregierungsrat Dr. Arendts, Berlin.

1. Bei der Kürzung von Ruhegehältern nach Art. 10 §§ 1—8 PAV. v. 27. Okt. 1923 ist in der Regel die Veranlagung zur Einkommensteuer zugrunde zu legen. Eine Ausnahme von dieser Regel findet aber statt, wenn zwischen dem Steuerzahler und der Steuerbehörde Einigkeit darüber besteht, daß in dem maßgebenden Zeitraum überhaupt kein steuerbares Einkommen vorhanden war, auch eine Veranlagung nach dem Verbrauch nicht in Frage kam.

(RVGer., Urt. v. 4. Juni 1928, M Nr. 3389/27. 10.)

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVGR. Geh. RegRat von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Eine polizeiliche Verfügung ist nur dann eine baupolizeiliche, wenn sie eine bauliche Maßnahme betrifft. †)

Auf einem Grundstück des S. in Berlin-Lichtenrade befindet sich eine Jauchegrube, deren Inhalt durch eine künstliche Leitung auf das daneben liegende Gelände geleitet wird. Da sich dort ein Jauchetümpel gebildet hatte, dessen Ausdünstungen nach seiner Ansicht die Gesundheit der Anwohner gefährdeten, gab der Oberbürgermeister (städt. Baupolizei) von Berlin dem S. auf Grund § 10 II 17 ALR. aus gesundheitspolizeilichen Gründen auf, den Grubeninhalt abfahren zu lassen. Das OVG. setzte die angefochtene Verfügung außer Kraft.

Ortspolizeibehörde in Berlin ist der Polizeipräsident. Eine Übertragung polizeilicher Befugnisse auf die Stadt Berlin hat durch Ministerialerlaß v. 5. März 1918 insofern stattgefunden, als dem Oberbürgermeister „die Verwaltung der Bau- und Fluchtlinienpolizei auf Grund § 1 PolVG. v. 11. März 1850" übertragen ist. Inhaber der städtischen Baupolizei, aus deren Befugnissen die streitige Verfügung hergeleitet wird, ist also der Oberbürgermeister von Berlin. Aber diese baupolizeilichen Befugnisse schließen ein Recht zum Erlasse der streitigen Verfügung nicht in sich. Die Verfügung bezeichnet sich selbst als „eine aus gesundheitspolizeilichen Gründen" erlassene. Dies trifft auch zu; denn sie bezweckt den Schutz der Öffentlichkeit vor Gesundheitsgefahren, die dadurch erwachsen, daß der Inhalt der Jauchegrube durch eine künstliche Leitung auf das neben der Grube befindliche Gelände gebracht wird und dort, da ein Versickern infolge Übersättigung des Bodens nicht mehr erfolgen kann, einen Tümpel bildet, der schädliche Dünste verbreitet. Die Tatsache, daß die Senkgrube selbst ein mit baupolizeilicher Genehmigung hergestelltes Bauwerk ist, ändert nichts an dieser Rechtslage. Zahlreiche aus den verschiedensten polizeilichen Gesichtspunkten erlassene und gerechtfertigte polizeiliche Verfügungen beziehen sich auf Bauwerke und deren Benutzung, ohne dadurch den Charakter einer baupolizeilichen Verfügung

---

Zu 11. Der Entsch. ist lediglich beizutreten. Wenngleich nicht zu bestreiten ist, daß durch Sonderabmachungen mit einem Hypothekengläubiger außerhalb des Verfahrens eine Herabminderung des Meistgebots bewirkt werden kann, so darf dieser Gesichtspunkt doch nicht dazu führen, die Vorschrift des § 13 ins Uferlose zu erweitern. Auch wenn der Ersteher vor dem Versteigerungstermin einem Gläubiger seine Hypothek abkauft und sie dann ausfallen läßt, könnte man nicht von einer übernommenen Leistung sprechen. Eine Schädigung des Steuerfiskus wird in genügender Weise dadurch verhindert, daß an Stelle des Meistgebots der gemeine Wert des Grundstücks maßgebend ist, falls er das Meistgebot übersteigt.

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Zu 1. Durch das Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin v. 27. April 1920 sind 8 Stadtgemeinden, 59 Landgemeinden und 27 Gutsbezirke zu dem neuen Stadtkreis Berlin vereinigt worden, der nach § 33 des Gesetzes den neuen Ortspolizeibezirk Berlin bildet. Ortspolizeibehörde ist der Polizeipräsident von Berlin. Es hätte nahegelegen, bei dieser Gelegenheit die Grenzen der staatlichen und der Gemeindepolizei neu zu ziehen. Das ist, aus hier nicht zu erörternden Gründen, leider unterblieben. Das OVG. geht davon aus, daß die vor Erlaß des Gesetzes erfolgte Übertragung gewisser Zweige der Ortspolizei auf die Gemeinde ihre Wirkung behalten hat. Man wird das nicht ohne weiteres für zwingend halten. Am wenigsten wird man ohne weiteres es für überzeugend ansehen, daß

anzunehmen. Z. B. wird das gewerbepolizeiliche Verbot eines lärmenden Fabrikbetriebs nicht dadurch eine baupolizeiliche Maßnahme, daß der Gewerbebetrieb in einem Hause, also einem Bauwerke, stattfindet. Allerdings gibt es Fälle, in denen Gesundheits- und Baupolizei schwer zu trennen sind. Entscheidend ist nach der ständigen Rspr. des OVG. das überwiegende polizeiliche Motiv. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß einer polizeilichen Verfügung nicht schon deshalb der Charakter einer baupolizeilichen Verfügung zukommt, „weil sie eine bauliche Maßnahme fordert, zumal die Notwendigkeit einer solchen sich auf Gebieten ergeben kann, die nicht zur Baupolizei gehören, z. B. auf dem Gebiete der Gesundheitspolizei" (Bitter, Handwörterbuch d. preuß. Verwaltung, Artikel Baupolizei). Für den vorliegenden Fall kann dahingestellt beiben, unter welchen Umständen eine bauliche Maßnahme den Charakter einer nicht baupolizeilichen z. B. gesundheitspolizeilichen annimmt. Denn in jedem Falle ist daran festzuhalten, daß niemals eine baupolizeiliche Verfügung vorliegt, wenn nicht eine bauliche Maßnahme in Frage steht. Daran fehlt es vorliegend. Der bauliche Bestand der Senkgrube bleibt unberührt, nur der Inhalt soll beseitigt und ausgeräumt werden. Zu dieser Anordnung fehlt der städtischen Baupolizei die Zuständigkeit.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 2. Febr. 1928, III St 69/27.)

*

2. Jagdsteuer. Pachtjagden müssen grundsätzlich mit den Eigenjagden gleichmäßig zur Steuer herangezogen werden.

Die JagdsteuerO. des Kreises T. bestimmt in § 9: „Für jeden in einem verpachteten Jagdbezirk in einem Bereiche von 500 m von der Nachbargrenze errichteten Hochsitz und Tiefsitz sowie für jede Jagdhütte in diesem Bereiche hat der Jagdberechtigte, sofern sie zur Ausübung des Jagdrechts benutzt werden, unbeschadet der Steuerpflicht nach § 2 eine jährliche Steuer von 40 *RM* zu entrichten ..."

Das OVG. erachtete diese Vorschrift für rechtsungültig: Der für alle indirekten Steuern geltende Grundsatz der gleichmäßigen Besteuerung aller gleichartigen steuerlichen Tatbestände erfordert hinsichtlich der Jagdsteuer, wie das OVG. in ständiger Rspr. entschieden hat (vgl. PrVerwBl. 49, 28), daß die Pachtjagden mit den Eigenjagden grundsätzlich gleichmäßig zur Steuer herangezogen werden. Dieser Grundsatz wird durch die bezeichnete Bestimmung in § 9 a. a. O., welche nach ihrem klaren Wortlaute nur auf verpachtete Jagdbezirke, nicht aber auf Eigenjagdbezirke Anwendung finden soll, verletzt, und kann die Vorschrift daher als rechtsgültig nicht angesehen werden, wenn auch die Rechtsgültigkeit der Steuerordnung im übrigen dadurch nicht berührt wird.

(PrOVG., II. Sen., Urt. v. 13. März 1928, II C 164/27.)

*

3. Pr. GenG. v. 1. Mai 1889 / 20. Mai 1898. Pr. Ges. über Regelung des Körwesens usw. v. 4. Aug. 1922. Eine Pferdezuchtgenossenschaft, die einer Polizeiverordnung zuwider Kaltblutzucht betreibt, macht sich damit noch nicht einer gesetzwidrigen, das Gemeinwohl gefährdenden Handlung i. S. § 81 Abs. 1 GenG. schuldig.†)

Eine Pferdezuchtgenossenschaft im Kreise L. hatte Kaltblutzucht betrieben, obwohl nach einer auf Grund des Ges. über Regelung des Körwesens usw. v. 4. Aug. 1922 (GS. 225) erlassenen PolVO. des OberPräs. v. Hannover v. 4. Jan. 1923 kaltblütige Hengste im Kreise L. nicht angekört werden dürfen. Der RegPräs. klagte auf Grund § 81 Abs. 1 GenG. auf Auflösung der Genossenschaft, weil sie durch die verbotene Durchkreuzung der Absichten der Landespferdezucht das Gemeinwohl gefährde. Das OVG. wies zweitinstanzlich die Klage ab.

Die Kaltblutzucht als solche ist keine an sich unzulässige Zuchtart. Sie ist schon in der Nachbarprovinz Westfalen nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien neben der Warmblutzucht zugelassen, aber ebenso auch teilweise in der hier fraglichen Provinz Hannover, z. B. im Regierungsbezirk Aurich. Die Art der Abgrenzung der Kaltblutzuchtbezirke von den Warmblutzuchtbezirken ist aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt, gestattet aber nicht ein Werturteil darüber, ob Kaltblutzucht grundsätzlich zu verwerfen sei und die Interessen der amtlich betriebenen Förderung der Landespferdezucht beeinträchtige. Daraus, daß in einem an sich für Warmblutzucht bestimmten Bezirk in beschränktem Umfange versucht wird, Kaltblutzucht zu treiben, kann daher nicht ohne weiteres eine Gefährdung des Gemeinwohls hergeleitet werden, zumal die beklagte Genossenschaft sinngemäß behauptet, in ihrer Weise und auf ihrem Wege ebenfalls bemüht zu sein, in ihrem Bezirke das Gemeinwohl zu fördern, und zumal der durch ihre Maßnahmen etwa wirklich bewirkte Schaden für die Wirtschaft jedenfalls ein geringer und auf engen Raum beschränkter sein würde. Aber es kommt darauf nicht einmal wesentlich an. Denn jedenfalls ergeben die Landtagsverhandlungen über das die Grundlage der Polizeiverordnung bildende Ges. v. 4. Aug. 1922 ganz deutlich, daß der Gesetzgeber weit davon entfernt war, mit diesem Gesetze Handhaben zu gewähren, um die von der Zuchtrichtung der Landespferdezucht oder der von ihr in einem Bezirke begünstigten Zuchtart abweichenden Minderheitszuchtbestrebungen auszuschalten oder zu unterdrücken (vgl. Drucks. d. LT., 1. Wahlper., 1. Tag. 1921/22, 5. Bd. Nr. 2787 S. 3222 und Sitzungsber. d. LT. 1921/23, 1. Wahlper., 7. Bd. S. 10539—10541).

Hat aber der Gesetzgeber klar zu erkennen gegeben, daß er die von der allgemein herrschenden Pferdezuchtrichtung abweichenden Bestrebungen von Minderheitsrichtungen zum mindesten keineswegs als „Gefährdung des Gemeinwohls" erachte, so

---

diese Teilung, welche sich nur auf die örtlichen Grenzen der alten Stadtgemeinde Berlin bezog, selbsttätig auch die neu angegliederten Außenbezirke betrifft. Besonders in den früheren Landgemeinden war der Amtsvorsteher uneingeschränkt Träger der Polizeigewalt, nicht nur für die Sicherheits-, sondern auch für die Wohlfahrts-, insbes. die landwirtschaftliche Polizei. Der hier entschiedene Fall zeigt die Besonderheit, daß die Baupolizei, welche nach der Praxis der Behörden auf den Oberbürgermeister für den ganzen Bezirk der Gemeinde Großberlin übergegangen ist, hier auf das Gebiet der Gesundheits-, Landwirtschafts- oder Wasser-Polizei sich begeben hat. Weshalb aber der Polizeipräsident bei dem augenscheinlichen Notstande seinerseits nicht eingegriffen hat, um zu verhindern, daß der Inhalt einer Jauchegrube seine gesundheitsschädlichen Ausdünstungen in den Luftraum von Großberlin entsandte, erscheint nicht ohne weiteres verständlich. Wenn es richtig ist, daß auf Grund des PolVerwG. das Ministerium auch im Gebiete von Großberlin aus Zweckmäßigkeitsgründen Teile der Ortspolizei dem staatlichen Polizeipräsidenten entziehen und dem Oberbürgermeister übertragen kann, so weist der vorliegende Tatbestand für solche Maßnahmen zwingend die Richtung. Zweckmäßig ist es sicher, daß in den rein ländlichen Außenbezirken der größten Stadt der Welt — der Fläche nach ist diese Stellung Berlins jetzt unzweifelhaft anerkannt — nicht der am Alexanderplatz residierende Polizeipräsident, sondern das örtlich nächste Bezirksamt in Fällen der vorliegenden Art einschreitet. Aber auch die Verwaltung ist, wie der ordentliche Richter, an das bestehende Recht gebunden und kann hier nicht eingreifen.

JR. Dr. Martin Lövinson, Berlin.

Zu 3. Das Urteil ist wichtig. Zu begrüßen auch für unsere in Zucht warmblütigen und kaltblütigen Pferdematerials vorbildlichen Provinz Ostpreußen. Der Staat hat die Landespferdezucht geregelt und ist gewillt, sie fest in der Hand zu behalten. Einseitige Dressur schwererer Rassen im Mittelalter für den Fracht- und Turnierdienst führte, wie die Geschichte lehrt, vorübergehend zur Überlegenheit der leichten Reiterscharen mongolischer und sarazenischer Heere über die unbehilflichen schwer gerüsteten Ritter und Rosse. Man erkannte, daß das Vollblutpferd jeden warmblütigen Schlag verbessern kann. Man machte sich aber auch die Gefahr der Überzüchtung klar und die Notwendigkeit, das Kaltblut nicht zu vernachlässigen, seinen hohen Nutzwert nicht zu verkennen. Auch wächst sichtlich das Bestreben, sich von der Abhängigkeit vom Auslande zu befreien, Einführen kaltblütiger Pferde unnötig zu machen. Der Druck des Gewaltfriedens, die Friedfertigkeit Deutschlands und die Entwicklung des Kraftwagenverkehrs haben den Bedarf an Pferden für berittene Waffen und für Luxuspferde zurückgedrängt. Das Arbeitspferd wird zur Zeit viel verlangt. Der Staat leitet amtlich die Zucht in die für das einzelne Gebiet geeigneten Wege; so, wie es die volks- und privatwirtschaftlichen Rücksichten und das Interesse der Landesverteidigung gebieten. Geleitet von der gebotenen hohen Wertung der Bedürfnisse der Reichswehr und der heimischen Wirtschaft. Durchkreuzen der maßgebenden staatlichen Anordnungen durch Gesetzwidrigkeiten kann gemeinschädlich sein. § 81 gestattet Auflösung der Genossenschaft, wenn Gesetzwidrigkeit und Gefährdung des Gemeinwohls festgestellt wird. Voraussetzung ist, daß beides vorliegt. Im vorl. Falle fehlte es an beidem, fehlte es außerdem an der Notwendigkeit, von der facultas zur Auflösung der Genossenschaft Gebrauch zu machen. Eine Mußvorschrift, die zu dem schwerwiegenden Entschlusse der Auflösung zwingen, kennt das Gesetz nicht. Die materielle Voraussetzung der Klage, daß eine Gefährdung des Gemeinwohls durch die Handlungen der Bekl. in Frage komme, haben beide Instanzen verneint, die Bezirksabgrenzung wollte nicht schematisch den Versuchen von Minderheiten, sich durchzuringen — und durch Erfolge dann Änderung der Grenzbestimmungen zu erzielen — entgegenwirken; also konnte nicht einmal ein Handeln gegen den Willen des Gesetzgebers festgestellt werden, geschweige denn eine Gefährdung des Gemeinwohls. Konkret sprach gegen Gemeinschädlichkeit auch, daß die Genossenschaft nach Hinweis auf die Bedenken ihre Kaltbluthengste verkauft und ihre Genossenschaftsbetätigung zum Ruhen gebracht hatte.

Überdies war die Polizeiverordnung formell ungültig, weil sie nicht „gemäß dem LVerwG. erlassen", dessen

kann eine Überschreitung der in einer Polizeiverordnung aufgestellten Grenze für Kaltblutzucht nicht bereits eine „Gefährdung des Gemeinwohls" darstellen.

(PrOVG., III. Sen., Urt. v. 21. April 1927, III B 12/27.)

*

4. PrGewStVO. v. 23. Nov. 1923. Zur Frage der Gewerbesteuerpflicht einer Molkereigenossenschaft.

Streitig ist lediglich, ob BeschwF. — eine Molkerei-GmbH. — gewerbesteuerpflichtig ist oder nicht. Der BerAussch. hat die Gewerbesteuerpflicht bejaht mit der Begründung, daß Bedingung der nach § 3 Ziff. 1 Abs. 4 GewStVO. i. d. Fass. der Bek. v. 6. Mai 1926 (GS. 149) zu gewährenden Steuerfreiheit sei, daß sich der Gewerbebetrieb, einschl. der für die Verarbeitungszwecke hergestellten Einrichtungen, doch nur als Betrieb der Land- und Forstwirtschaft darstelle. Das treffe bei Fabriken und sonstigen gewerblichen Anlagen nicht zu, welche nicht dem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb entschieden untergeordnet seien und im Verhältnisse zu diesem nur eine nebensächliche Bedeutung hätten, vielmehr regelmäßig auch als selbständige Unternehmungen von anderen als Land- und Forstwirten des Fabrikationsgewinnes wegen betrieben würden. Betriebe dieser Art seien, auch wenn sich die Verarbeitung auf selbstgewonnene Erzeugnisse beschränke, gewerbesteuerpflichtig, ebenso wie der Betrieb einer Molkerei seitens eines einzelnen Landwirts, auch wenn sich die Arbeit auf selbstgewonnene Milch beschränke, der Gewerbesteuer unterliege, so gelte dies auch von einer Molkerei, die eine Vereinigung von Landwirten betreibe. Da sich im vorl. Falle die Verarbeitung aber auf selbstgewonnene Milch nicht beschränke, weil nach der Geschäfts- und Milchlieferungsordnung Milch zugekauft werden könnte, so sei jeder Zweifel an der Gewerbesteuerpflicht der von der Steuerpflichtigen betriebenen Molkerei ausgeschlossen. Mit Recht fühlt sich BeschwF. durch diese Ausführungen beschwert. Es ist schon unzutreffend, wenn der BerAussch. daraus, daß sich die Verarbeitung auf die selbstgewonnene Milch der Genossen nicht beschränke, die Steuerpflicht der von der BeschwF. betriebenen Molkerei *im ganzen* folgert. Es ist allerdings richtig, daß BeschwF. nach ihrer Geschäfts- und Milchlieferungsordnung berechtigt ist, Milch von Nichtgenossen zuzukaufen und zu verarbeiten. In ihrer Rechtsbeschwerde bestreitet sie aber, daß dies tatsächlich geschehe. Mag nun ein Zukauf stattfinden oder nicht, jedenfalls ist es unrichtig, daraus die Gewerbesteuerpflicht der BeschwF. für ihren *ganzen* Betrieb zu folgern. Die Steuerfreiheit des § 3 Ziff. 1 Abs. 4 a. a. O. erstreckt sich zwar nicht auf die Verarbeitung und den Verkauf der fremden, von Nichtgenossen zugekauften Milch, und nur insoweit der Betrieb sich mit diesem Zukauf und Verkauf der fremden Erzeugnisse befaßt, würde er, wenn er im übrigen steuerfrei wäre, der Gewerbesteuerpflicht unterliegen. Die Annahme des BerAussch. aber, daß daraus die Gewerbesteuerpflicht der BeschwF. für den ganzen Betrieb folge, ist unrichtig. Aber auch der weiteren Annahme des BerAussch., daß der Betrieb einer Molkerei seitens eines einzelnen Landwirts, auch wenn sich die Arbeit auf selbstgewonnene Milch beschränke, der Gewerbesteuerpflicht unterliege, weil bei der Verarbeitung der selbstgewonnenen Erzeugnisse Bedingung der Steuerfreiheit sei, daß diese Verarbeitung dem landwirtschaftlichen Betrieb untergeordnet werde und im Verhältnisse zu diesem nur eine nebensächliche Bedeutung habe, kann nicht gefolgt werden. Es ist der BeschwF. darin beizutreten, daß die Verwendung, die Verarbeitung und der Verkauf der in einem landwirtschaftlichen Betriebe gewonnenen Milch der Landwirtschaft des einzelnen Landwirts nicht untergeordnet und nicht nebensächlich ist, sondern zu den landwirtschaftlichen Aufgaben gehört, die ein landwirtschaftlicher Betrieb, in dem Rindvieh gehalten wird, zu erfüllen hat. Nur unter der Voraussetzung des Abs. 3 im § 3 a. a. O. ist der Molkereibetrieb des einzelnen Landwirts hinsichtlich der selbstgewonnenen Milch gewerbesteuerpflichtig, wenn und soweit nämlich die Milch von Vieh stammt, das der Landwirt gewerbsmäßig überwiegend von erkauftem Futter unterhält, um mit der von ihm gewonnenen Milch zu handeln. Daß der Gesetzgeber mit dieser Maßgabe den Molkereibetrieb eines Landwirts, soweit selbstgewonnene Milch verarbeitet wird, als einen Teil des steuerfreien landwirtschaftlichen Betriebs ansieht, folgt schon daraus, daß er die Molkereigenossenschaften unter denjenigen Vereinigungen aufzählt, welche nur unter denselben Voraussetzungen der Gewerbesteuerpflicht unterliegen, unter denen auch der Geschäftsbetrieb des einzelnen Mitglieds hinsichtlich seiner selbstgewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse der Gewerbesteuerpflicht unterworfen ist. Würde der Molkereibetrieb eines einzelnen Landwirts unbedingt steuerpflichtig sein, dann würde die Erwähnung der Molkereigenossenschaften unter den Vereinigungen, die unter gewissen Umständen steuerfrei zu bleiben haben, keinen Sinn gehabt haben; die Molkereigenossenschaften würden dann ebenfalls wie die Molkereibetriebe des einzelnen Landwirts *unter allen Umständen* steuerpflichtig sein. Das wollte der Gesetzgeber aber nicht. Er rechnete den Molkereibetrieb des einzelnen Landwirts, soweit in ihm nur selbstgewonnene Milch verarbeitet wird und nicht die Voraussetzungen des Abs. 3 des § 3 vorliegen, mit Recht zu den steuerfreien landwirtschaftlichen Betrieben. Ist das aber der Fall, dann steht die Steuerfreiheit des § 3 Ziff. 1 a. a. O. nach dem Abs. 4 hinsichtlich der im Betrieb ihrer Genossen erzeugten Milch insoweit auch den Molkereigenossenschaften zu; denn sie sind durch jene Vorschrift unter denselben Voraussetzungen von der Gewerbesteuer befreit worden, unter denen der Geschäftsbetrieb ihrer Mitglieder hinsichtlich der selbstgewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse dies ist. Wegen dieser Rechtsirrtümer ist die Entsch. des BerAussch. aufzuheben.

(PrOVG., VIII. Sen., Entsch. v. 8. Mai 1928, VIII GSt 225, 226/27.)

*

5. PrFluchtlG. Gemeindliche Anliegerbeitragsbarforderungen i. S. § 15 PrFluchtlG. haben wertbeständigen Charakter. †)

Gegen die Zubilligung eines Ersatzes der städtischen Aufwendungen zur Herrichtung der Straße nach ihrem tatsächlichen Werte, wie sie das OVG. im Urt. v. 17. Febr. 1927 (81, 125) und anderen Entsch. für zulässig erachtet hat, erhebt der Kl. besonders den Einwand, daß es sich bei der im § 15 PrFluchtlG. gegebenen Befugnis der Gemeinde, statutarisch den angrenzenden Eigentümern die Einrichtung der neuen Straße, bzw. die Leistung eines verhältnismäßigen Beitrags oder den Ersatz der Kosten aufzuerlegen, um eine Alternativobligation i. S. des § 262 BGB. handele, weshalb nach erfolgter Wahl die gewählte Leistung als die allein geschuldete gelte und daher bei statutarischer Einführung der Beitragspflicht an Stelle der Naturalherstellung nur ein bestimmter Geldanspruch in Frage stehe, welcher den Folgen der Geldentwertung in demselben Maße, wie jeder andere Geldanspruch, unterliege. Demgegenüber ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen des OVG. in dem erwähnten Urt. als leitender Grundgedanke des zit. § 15 hervorzuheben, daß die Gemeinde, wie aus dem Worte „beziehungsweise" hervorgeht, von der wirtschaftlichen Last der Straßenherstellung, sei es im Wege der unmittelbaren Herstellung der Straße durch die Unternehmer oder die Anlieger, sei es durch Erstattung des von der Gemeinde geleisteten Aufwandes an Bar- und Sachaufwendungen (Landhergabe) entlastet werden sollte. Dieser Aufwand sollte nicht der Allgemeinheit, sondern den infolge der Lage ihrer Grundstücke an der Straße wirtschaftlich interessierten Anliegern zur Last fallen, so daß die Gemeinde bei Einziehung der Kosten ebenso gestellt werden sollte, wie, wenn die Anlieger die Einrichtung der Straße nach Maßgabe des Gesetzes selbst ausgeführt hätten. Die Herstellung des betr. Straßenteils durch die Anlieger oder die Beitragserhebung sollte im Endergebnisse für die Entlastung der Gemeinde gleichbedeutend sein. Hieraus ergibt sich, daß die Beitragsforderung des § 15 bereits nach ihrer gesetzlichen Grundlage einen wertbeständigen Charakter hatte, zu dessen Betonung allerdings, solange der Geldwert im wesentlichen unverändert blieb, keinerlei Anlaß vorlag. Der Beitragsanspruch hat seiner rechtlichen Natur nach den Charakter eines anteiligen

---

§ 140 nicht beobachtet hatte. § 1 KörungsG. v. 4. Aug. 1922 war also von der Landespolizeibehörde nicht gewahrt.

Die Wirkung der Entscheidung darf nicht chaotische *Willkür* der Genossenschaften beim Züchten sein. Gemeinschädliches Nichtachten des Gesetzes könnte Übertretern schlecht bekommen. Das ist gut so; wie es andererseits gut ist, daß gesunde wirtschaftliche Bestrebungen nicht rücksichtslos unterdrückt werden, sondern *ihr Recht* bekommen sollen, wie es eine vom OVG. angezogene Zusage des Oberlandstallmeisters G. als Vertreters der Staatsregierung versprochen hat.

Freilich sollten die Verwaltungsbehörden stets bei Erlaß von Polizeiverordnungen den *Formvorschriften* genügen. Deren Formalismus mag zu weit gehen und verdrießen. Aber nur der Gesetzgeber kann ihn mildern. Setzt sich die Behörde über die Form hinweg, so schadet das der *Rechtssicherheit*. Die aber ist des Volksstaates festestes Fundament.

JR. Dr. *Carl Sichr*, Königsberg.

Zu 5. Außer wirtschaftsrechtlichen aus § 4 RAbgO. hergeleiteten Bedenken hatte ich in Anm. 1 zur zit. Entsch. darauf hingewiesen, daß der „absolute Ersatzwert" in dem Augenblicke die Schicksale des allgemeinen Wertmessers Geld zu teilen beginnt, in dem der Ersatzberechtigte *statt der Naturalerfüllung Geld verlangt*. In obiger Tertentscheidung tritt der Sen. meinen Ausführungen entgegen, indem er insbes. unter Hinweis auf den Ausdruck „beziehungsweise" der Barersatzforderung einen *wertbeständigen Charakter* zuschreibt als eines anteiligen Ausgleichs der Gemeindeaufwendungen. Der Senat will also keineswegs aufwerten, d. h. den infolge der Geldentwertung gesunkenen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen wieder auf 100% in die Höhe schrauben, sondern er will den Anspruch der Gemeinde auf *vollen Gegenwert* seiner im Frieden gemachten Aufwendungen *aller Inflation ungeachtet durchhalten* bis auf den heutigen Tag.

Das scheitert m. E. an der Gesetzgebung v. 4. Aug. 1914, sowie an Art. 2 alt. RVerf., Art. 13 Abs. 1 neue RVerf. Selbst wenn

Ausgleichs der Aufwendungen der Gemeinde zur Herstellung der Straße. Es mag eingeräumt werden, daß sich hieraus bei den gegenwärtigen bedrückten wirtschaftlichen Verhältnissen unter Umständen eine unbillige Belastung der Anlieger ergeben könnte. Doch würde diesem Gesichtspunkte nicht von dem Verwaltungsrichter, sondern nur von dem Gesetzgeber Rechnung getragen werden können.

(PrOVG., IV. Sen., Urt. v. 19. April 1928, IV C 47/27.)

*

6. §§ 40, 46, 65, 69, 91 WasserG. Die Beschwerdeinstanz hat ohne Rücksicht auf den Umfang der gestellten Anträge von Amts wegen zu prüfen, ob das Verleihungsverfahren zulässig ist. Bei dem Verleihungsbeschluß betr. Anlage eines Stauwerks ist zwischen dem Recht zur Stauung zwecks Abwendung der Hochwassergefahr und dem Recht zur Verwertung für gewerbliche Zwecke zu unterscheiden. Ersteres folgt aus dem Wassergesetz; letzteres bedarf der Verleihung nur, wenn es über die Grenzen des Eigentumsrechts hinausgeht. †)

Der Provinzialverband der Provinz Schlesien hat in Ausführung des Gesetzes betr. Maßnahmen zur Verhütung von Hochwassergefahren in der Provinz Schlesien v. 3. Juli 1900 (GS. S. 171) in den Jahren 1907 bis 1912 im B. bei M. eine Talsperre errichtet und nach Fertigstellung in Betrieb genommen. Sie dient dem doppelten Zwecke, Schadenwassermenge zurückzuhalten und die angesammelten Wassermengen zur Erzeugung elektrischer Energie in einem der Provinz gehörenden, unmittelbar an der Sperrmauer belegenen Elektrizitätswerke zu verwenden, das mehrere Kreise der jetzigen Provinz Niederschlesien mit elektrischem Strome für Beleuchtungszwecke, landwirtschaftliche und gewerbliche Betriebe mittels eines Überlandverteilungsnetzes versorgt. Der Betrieb der Talsperre wird geregelt durch eine von der Provinzialverwaltung für den Betriebsleiter erlassene Dienstanweisung. Sie enthält Vorschriften über die Regelung des Abflusses aus dem Staubecken und bestimmt u. a., daß von dem 50 Millionen cbm betragenden Gesamtstauraume von Ende Mai bis Anfang September 25 Millionen cbm und in den übrigen Monaten 33 Millionen cbm für die gewerbliche Ausnutzung freigegeben werden dürfen.

Nach Inkrafttreten des Wassergesetzes v. 7. April 1913 entstanden Zweifel darüber, ob und inwieweit für die bereits auf Grund des Gesetzes v. 3. Juli 1900 errichteten Talsperren eine gewerbepolizeiliche Genehmigung und eine Verleihung erforderlich seien. Der Minister f. Landwirtschaft, Domänen und Forsten stellte sich in einem an den Oberpräsidenten der Provinz Schlesien gerichteten Erlasse v. 18. Febr. 1915 im Einvernehmen mit den Ministern für Handel und Gewerbe und für öffentliche Arbeiten auf den Standpunkt, daß sowohl die Talsperre bei M. wie die Queistalsperre in M., da sie nicht nur dem Hochwasserschutze dienten, sondern auch zum Betriebe von Kraftwerken ausgenützt würden und daher Stauanlagen für Wasserkraftwerke darstellten, der gewerbepolizeilichen Genehmigung bedürften, und daß auch für das Staurecht, soweit der Stau nicht nur zur Verhütung von Hochwassergefahren notwendig sei, sondern auch für Triebwerkszwecke ausgenützt würde, die Verleihung gemäß § 46 WasserG. nachgesucht werden müsse. Daraufhin stellte der Landeshauptmann der Provinz Schlesien, jetzt der Provinz Niederschlesien, auf Veranlassung des Oberpräsidenten unter dem 31. Okt. 1919 bei dem Bezirksausschuß in Liegnitz unter Vorlegung von Planunterlagen den Antrag, dem Provinzialverbande von Schlesien entsprechend dem beigefügten Erläuterungsbericht und der beigegebenen, als Betriebsordnung anzusehenden Dienstanweisung für den Betriebsleiter der Talsperre (im folgenden Dienstanweisung genannt) das Recht zu verleihen, das Wasser des Boberflußlaufs auf den in dem Antrage bezeichneten Grundstücken zurückzuhalten und zwecks Ausnutzung der durch die geschaffene Anlage gewonnenen Wasserkraft durch die Durchlässe in der Sperrmauer der Talsperre bei M. abzuleiten. Auf die öffentliche Bekanntmachung des Antrags gingen zahlreiche Widersprüche ein, die vor allem einige in der Dienstanweisung enthaltene Bestimmungen über Regelung des Staues und des Abflusses aus der Talsperre beanstandeten mit der Begründung, daß durch die bisherige unzweckmäßig gehandhabte Regelung des Abflusses des Staubeckens die unterhalb der Sperre an dem Bober belegenen, in dem vorgenannten Bobervereine zusammengeschlossenen Triebwerksbesitzer in ihren Betrieben teils durch zu starke Zurückhaltung, teils und vornehmlich durch übermäßiges Ablassen des Talsperrenwassers schwer geschädigt worden seien. Nach längeren Verhandlungen verlieh der Bezirksausschuß durch Beschluß v. 13. März 1926 unter teilweiser Abweichung von dem gestellten und veröffentlichten Antrage dem Provinzialverbande von Schlesien das Recht, nach Maßgabe der vorgelegten technischen Unterlagen, Beschreibungen und Dienstanweisungen das Wasser des Bobers durch eine 2 km oberhalb der Boberbrücke des Dorfes M. — im Boberlaufe gemessen — errichtete Sperrmauer, deren Krone auf der Wasserseite auf 288,2, auf der Luftseite auf 288,5 und deren Hochwasserüberlauf auf 286,70 m über N.N. liegen, auf näher bezeichneten Grundstücken zurückzuhalten, das gewonnene Staubecken in erster Linie zum Hochwasserschutz auf Grund des obengenannten Ges. v. 3. Juli 1900 und das gestaute Wasser weiterhin zur Erzeugung elektrischer Kraft durch Turbinen mittels der Durchlässe in der Sperrmauer zu verwenden. In den Verleihungsbedingungen wurde u. a. bestimmt, daß der Betrieb nach der in den Ortsterminen vom 19. Aug. und 18. Dez. 1924 zwischen dem Provinzialverband und den Widersprechenden vereinbarten, als Teil des Beschlusses geltenden Dienstanweisung zu erfolgen habe. Zugleich setzte der Bezirksausschuß mehrere Änderungen der vereinbarten Dienstanweisung fest, die ihren Inhalt in mehrfacher Hinsicht nach von dem Unternehmer abgelehnten Vorschlägen der Widersprechenden umformten, und erklärte die bis dahin geltende, von der Provinzialverwaltung erlassene Dienstanweisung für ungültig. Er behielt sich ferner vor, nach Ablauf von sechs Jahren die Dienstanweisung nachzuprüfen und etwaige Änderungen, die sich als notwendig oder erwünscht herausstellen sollten, anzuordnen.

Gegen den Verleihungsbeschluß erhob der Landeshauptmann von Niederschlesien rechtzeitig Beschwerde, mit der er sich zunächst gegen einige Bestimmungen der von dem Bezirksausschusse festgesetzten Dienstanweisung wandte. In späteren Schriftsätzen wurde hervorgehoben, daß die Talsperre, soweit sie dem Hochwasserschutze diene, ihre gesetzliche Grundlage bereits in den Bestimmungen des Schlesischen Hochwasserschutzgesetzes v. 3. Juli 1900 habe. Die für den Hochwasserschutzdienst erforderlichen Betriebsvorschriften zu erlassen, stehe nach diesem Gesetz allein dem Oberpräsidenten der Provinz

---

der preuß. Gesetzgeber mit der juristisch fragwürdigen Erscheinung des „beziehungsweise" in § 15 FluchtlG. den vom Sen. hervorgehobenen Sinn zu verknüpfen ausdrücklich beabsichtigt hätte, so nutzte ihm dies nichts gegenüber der Vorschrift des Reichsgesetzgebers, daß alle Verpflichtungen ohne Ausnahme in Zukunft mittelst Papiergeld getilgt werden konnten. Selbst die Unterhaltsansprüche des BGB. waren mit der gleichen urteilsmäßigen Papiergeldmenge zu befriedigen wie z. B. des alten Geldwertstandes. Von ihnen mußte man doch bestimmt annehmen, daß sie den Gegenwert der dafür anzuschaffenden Lebensmittel usw. selbstverständlich decken sollten. Nutzte nichts — der Unterhaltsberechtigte konnte erst durch Prozeßnovellen zu höheren Nominalwertansprüchen gelangen. Was den hungernden Kindern nicht ohne ausdrückliche Reichsgesetzesvorschrift zu verschaffen war, können die Gemeinden ohne solche noch weniger für sich beanspruchen.

Daß unter dem Gesichtspunkte der Aufwertung der gemeindliche Anspruch in vielen Fällen manches für sich hat, sei zugegeben.

RA. Dr. Görres, Berlin.

Zu 6. Die im Ergebnis zutreffende Entsch. berührt wichtige Fragen des Wasserrechts und ist deshalb einer eingehenden Besprechung wert. Während im allgemeinen die Verleihung für Unternehmen beantragt wird, die erst geplant sind, ist sie hier auf Veranlassung der Minister für ein schon seit einer Reihe von Jahren im Gange befindliches Unternehmen nachgesucht worden. Darin besteht die tatsächliche Eigenart des Falles.

Bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage, die ihren deutlichsten Ausdruck in der Ablehnung des ministeriellen Standpunkts durch das OVG. findet, hätte es nahegelegen, den Antrag auf Verleihung mit dem Hilfsantrag auf Sicherstellung (§ 86 WasserG.) zu verbinden. Diese hat wie die Verleihung die Wirkung, dem Berechtigten sowohl der Polizei wie jedem Dritten gegenüber eine völlig gefestigte Rechtsstellung zu gewähren. Als Grundlage der Sicherstellung wäre § 379 Abs. 2 WasserG. in Betracht gekommen, der freilich das Vorhandensein „rechtmäßiger" Anlagen voraussetzt, d. h. solcher, die weder in privatrechtlicher noch in öffentlich-rechtlicher Beziehung eine Handhabe zum Einschreiten gegen sie boten. An diesem Erfordernis hätte es gefehlt, wenn die Auffassung der Minister von der Notwendigkeit der gewerbepolizeilichen Genehmigung richtig gewesen wäre, eine Frage, zu der das OVG. im Rahmen des bloßen Verleihungsverfahrens keine Stellung zu nehmen hatte.

Außerdem erübrigt sich bei der rechtlichen Beurteilung, die die Sachlage durch das OVG. gefunden hat, die Berufung auf § 379 Abs. 2 WasserG. Er soll diejenigen Rechte schützen, die nicht auf besonderem Titel, sondern unmittelbar auf einer Rechtsnorm beruhen. Sie würden sonst mit der Beseitigung der sie begründenden Rechtsnorm in Fortfall kommen. Es ist dabei an die allgemeine Bestimmung des § 399 WasserG. gedacht, der in Abs. 1 grundsätzlich alle früheren wasserrechtlichen Vorschriften außer Kraft setzt und in Abs. 2 in den 79 einzelnen Ziffern nur die wesentlichsten von diesem Schicksal betroffenen Bestimmungen aufführt. Entgegen dieser Regel sind in § 395 eine Anzahl der neueren Wassergesetze, die sich mit dem Ausbau von Strömen befassen, ausdrücklich aufrecht erhalten, darunter auch (Nr. 5) das Ges. v. 3. Juli 1900. Deshalb bleiben alle Wasserbenutzungsrechte unberührt, die ihre Grundlage in diesem Ges. haben, ohne daß sie des Schutzes des § 379 Abs. 2 WasserG. bedürfen.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen sei nachstehend auf den Beschluß des OVG. im einzelnen eingegangen:

1. Nach dem Sprachgebrauche des WasserG. ist unter „Ver-

Niederschlesien als Aufsichtsbehörde zu, nicht aber der Verleihungsbehörde, die insoweit ihre Befugnisse überschritten habe und insbes. auch nicht befugt gewesen sei, in Abweichung von dem gestellten Antrag in der Verleihungsformel den Hochwasserschutz als Verwendungszweck der Talsperrenunternehmung aufzuführen und damit auch den Stau für den Hochwasserschutz als Gegenstand der Verleihung zu bezeichnen.

Die Widersprechenden behaupteten dagegen, daß ein ausreichender Hochwasserschutz nur durch Herabsetzung des sog. Nutzraums des Staubeckens auf 15 Millionen cbm gewährleistet werden könne, und beantragten, eine entsprechende Änderung der Dienstanweisung vorzuschreiben, ferner aber dem Provinzialverband aufzugeben, daß er innerhalb einer von der Verleihungsbehörde zu bestimmenden Frist den Flußlauf des Bobers unterhalb der Talsperre für einen Wasserabfluß von 250 cbm/sec. aufnahmefähig mache, weil nur dadurch die bisher vorgekommenen Schädigungen der Unterlieger der Talsperre infolge Ablassens von zu großen, den Fassungsraum des Bobers überschreitenden Wassermengen vermieden werden könnten.

Es war, wie geschehen, zu entscheiden.

Nach § 69 WasserG. hat die Verleihungsbehörde von Amts wegen zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verleihung vorliegen. Diese Verpflichtung liegt folgerichtig auch dem Senat als Beschwerdeinstanz ob, wenn er infolge einer Beschwerde des Unternehmers oder einer Gegenpartei endgültig über einen Verleihungsantrag zu entscheiden hat. Nach § 46 Abs. 2 a. a. O. darf eine Verleihung nicht erteilt werden, wenn sich die Rechte, deren Verleihung beansprucht werden, bereits aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergeben. Trifft, das zu, dann erweist sich der Verleihungsantrag als offenbar unzulässig i. S. des § 65 Abs. 2 WasserG. Es mußte deshalb im vorl. Falle, ohne Rücksicht darauf, daß die Beschwerde des Unternehmers sich zunächst nur gegen einige Verleihungsbedingungen richtete und deren Abänderung verlangte, an erster Stelle geprüft werden, ob nicht der Beschwerdeführer die beanspruchten und in dem angefochtenen Beschlusse verliehenen Rechte bereits besitzt. Diese Prüfung war um so mehr geboten, als der Beschwerdeführer selbst jetzt die Zulässigkeit des Verfahrens anzweifelt und hierüber in erster Linie eine Entsch. begehrt. Verliehen ist dem Beschwerdeführer nach der oben wiedergegebenen Verleihungsformel das Recht, auf bestimmten, ihm gehörenden Grundstücken das Wasser des Bobers durch eine Sperrmauer zurückzuhalten und das gestaute Wasser oder das Staubecken einerseits zum Hochwasserschutze gemäß dem Gesetze v. 3. Juli 1900, andererseits zur Erzeugung von elektrischer Kraft durch Turbinen zu verwenden. Es handelt sich hiernach in Wirklichkeit um zwei verschiedene Wasserbenutzungsrechte, und zwar zunächst offenbar um ein Staurecht i. S. des § 40 Abs. 2 Ziff. 3, §§ 91 ff. WasserG., sodann um ein Gebrauchsrecht i. S. des § 40 Abs. 2 Ziff. 1 daselbst. Für die zur Erörterung stehende Frage der Zulässigkeit der Verleihung ist von ausschlaggebender Bedeutung die Tatsache, daß die Stauanlage, die Talsperre, mittels deren der Stau ausgeübt wird, von dem Beschwerdeführer bereits vor dem Inkrafttreten des WasserG. auf Grund des Schlesischen HochwasserschutzG. v. 3. Juli 1900 errichtet und in Betrieb genommen worden ist. Dieses Gesetz ist durch das WasserG. nach dessen § 395 Ziff. 5, abgesehen von den in dem § 104 Aff. 4, §§ 107, 109 hinsichtlich der Talsperren vorgeschriebenen Abänderungen, nicht berührt worden. Es übertrug dem Provinzialverbande der damaligen Provinz Schlesien die Aufgabe, bestimmte hochwassergefährliche Flüsse, darunter den Bober, nach den im Gesetze selbst gegebenen näheren Vorschriften auszubauen. Zu den Maßnahmen, die das Gesetz unter „Ausbau" zusammenfaßt, gehört nach § 2 auch die Errichtung von Anlagen zur Zurückhaltung des Wassers. Darunter fiel in erster Linie die im Ausbauplane von vornherein vorgesehene, hier in Rede stehende Talsperre bei M., die also der Provinzialverband errichten mußte, um die ihm auferlegte Aufgabe zu erfüllen. Das Recht, durch diese Talsperre das Wasser des Bobers zurückzuhalten und anzusammeln, ergibt sich somit bereits aus dem Ges. v. 3. Juli 1900 und ist deshalb nach § 46 Abs. 2 WasserG. nicht zu verleihen. Dies ist auch der grundsätzliche Standpunkt des Ministerialerlasses v. 18. Febr. 1915, der den Anlaß zur Einleitung des gegenwärtigen Verfahrens gegeben hat. Jedoch wird darin unterschieden zwischen dem Stau, der zur Verhütung von Hochwassergefahr notwendig sei, und dem Stau, der Triebwerkszwecken diene. Nur das Recht zum Stau für erstere Zwecke wird aus dem Ges. v. 3. Juli 1900 hergeleitet. Dagegen wird für den Stau zu dem zweiten Zwecke der Erwerb eines besonderen Rechtes im Wege der Verleihung für notwendig gehalten, sofern nicht dem Provinzialverbande hierfür ein anderer besonderer Titel zur Seite stehe oder nachteilige Wirkungen der in den §§ 40, 41 WasserG. bezeichneten Art nicht zu erwarten seien. Es wird also das Recht zum Aufstauen des Boberwassers in zwei selbständige, nebeneinander bestehende Berechtigungen zerlegt und jede dieser beiden Berechtigungen einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung unterworfen. Allerdings sah § 1 des Ges. v. 3. Juli 1900 den Ausbau des Bobers und der anderen hochwassergefährlichen Flüsse „zur Verhütung von Hochwassergefahren" vor und bezeichnete so den allgemeinen Zweck der in den folgenden Abschn. I bis V angeführten Maßnahmen. Doch rechnete bereits das Gesetz damit, daß die zum Zwecke des Hochwasserschutzes anzulegenden Sammelbecken neben der Verfolgung dieses Zweckes auch eine Verwertung der aufgespeicherten Wasserkraft für den Betrieb gewerblicher Anlagen oder des Wassers selbst für Wasserleitungen gestatteten, und schrieb für diesen Zweck die Heranziehung der Unternehmer zu einem ihrem Vorteil entsprechenden Anteil an den Herstellungs- und Unterhaltungskosten vor (§ 43 Abs. 2 a. a. O.). Wenn hierbei auch in erster Linie an dritte Unternehmer gedacht war, die von der Vermehrung des Betriebswassers in dem Unterlaufe der Flüsse Vorteil hatten, so ergibt sich doch, daß das Gesetz die Nutzbarmachung der Triebkraft des in der Talsperre zurückgehaltenen Wassers zuließ und als Folgewirkung der Wasseransammlung ansah. Indem das Gesetz dem Provinzialverbande die Pflicht zur Errichtung der Talsperre auferlegte, gab es ihm zugleich das Recht zur Zurückhaltung des schädlich abfließenden Wassers, ohne ihn in dessen Verwendung zu beschränken. Eine Trennung des Rechtes in ein Zurückhaltungsrecht zur Verhütung von Hochwassergefahren und in ein

---

leihungsbehörde" der Bezirksausschuß zu verstehen. Das ergibt sich nicht nur aus der Begriffsbestimmung in § 64 Abs. 1, sondern auch aus den §§ 70, 78, 82 Abs. 3, 84, 85, 86, in denen mit dieser Bezeichnung nur der BezAussch. gemeint sein kann. Das OVG. begreift nun unter dem Wort „Verleihungsbehörde" in § 69 WasserG. die jeweilige Behörde, die in einem bestimmten Stadium des Verfahrens mit einem Verleihungsantrag befaßt ist, in der Beschwerdeinstanz also sich selbst.

Ich halte diese Auslegung für bedenklich und überflüssig. § 46 Abs. 2 WasserG. enthält in negativer Fassung eine der gesetzlichen Voraussetzungen der Verleihung. Erfüllt ein Verleihungsantrag die gesetzlichen Voraussetzungen nicht, so ist er nicht schlüssig. Die Schlüssigkeit von Anträgen aber ist schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen stets von Amts wegen zu prüfen. Deshalb hätte das OVG. auch ohne die Anwendung des § 69 von Amts wegen untersuchen müssen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verleihung vorlagen.

2. Das OVG. stellt in formeller Beziehung den Grundsatz auf, daß der Verleihungsbeschluß die verliehenen Rechte genau dem Wortlaute des Gesetzes entsprechend zu kennzeichnen habe. Es bemängelt die bloße Bezeichnung der verliehenen Befugnis als eines Rechtes zur Zurückhaltung des Wassers und als Staurechts, wenn auch das in Rede stehende Recht im Grunde nichts anderes darstellt. Es sind also in dem Verleihungsbeschluß die einzelnen vom Gesetze bestimmten Merkmale der Berechtigung aufzuführen. Gleichzeitig aber bringt das OVG. zum Ausdruck, daß es für den Antrag auf Verleihung genügt, wenn er erkennen läßt, welches Recht in Anspruch genommen wird. Eine ungenaue Bezeichnung ist also unschädlich.

Gleichfalls, wenigstens zum Teil, formeller Natur ist die Beanstandung, daß der Bezirksausschuß über den Antrag des Provinzialverbands hinaus und ohne in der öffentlichen Bekanntmachung darauf hinzuweisen, auch die Befugnis verliehen hat, das Staubecken dem Hochwasserschutze dienstbar zu machen. Auch im Verwaltungsrecht gilt der Grundsatz: „ne eat iudex ultra petita partium." Es kann also nur ein Recht verliehen werden, das beantragt ist. Ergibt die Prüfung des Antrages die Zweckmäßigkeit für den Antragsteller, sein Gesuch zu erweitern, so wird man es als nobile officium der Verleihungsbehörde betrachten können, ihn darauf hinzuweisen.

Es sind auch Fälle denkbar, wo eine solche Erweiterung des Antrages erforderlich ist, um ihn schlüssig zu machen. Dann wird der Bezirksausschuß darauf hinwirken müssen, daß diese Ergänzung erfolgt. Unterbleibt sie, so ist der Antrag als offenbar unzulässig gemäß § 65 Abs. 2 WasserG. zurückzuweisen. In vorliegendem Falle jedoch hat der Bezirksausschuß dem Antragsteller ein gar nicht nachgesuchtes Recht verliehen, es ihm gewissermaßen als Danaergeschenk aufgezwungen. Er ist dabei dem Wunsche der Widersprechenden, also der Antragsgegner, nachgekommen, offenbar um gewisse Bedingungen (d. h. Auflagen) zu deren Gunsten in den Beschluß aufnehmen zu können. Die Unzulässigkeit dieses Verfahrens liegt auf der Hand. Dazu kommt noch, daß in der öffentlichen Bekanntmachung dieses Benutzungsrecht nicht erwähnt worden ist. Schon das Landeswasseramt (das jetzt im OVG. aufgegangen ist) hat in der Entsch. Bd. 4 S. 79 betont, daß der Bekanntmachung der Anträge wegen ihrer schwerwiegenden Folgen besondere Bedeutung zukomme und dabei alle Förmlichkeiten aufs genaueste beachtet werden müßten. Daher ist eine neue Bekanntmachung vorzunehmen, wenn aus irgendeinem Grunde ein den Gegenstand des Verfahrens bildendes Recht in der früheren Bekanntmachung nicht erwähnt war. Auch gegen diesen Grundsatz hat der Bezirksausschuß verstoßen. In materieller Beziehung hat das OVG. überzeugend dargetan, daß nach § 46 Abs. 2 WasserG. die in Rede stehende Berechtigung nicht verliehen werden kann, weil sie bereits dem Provinzialverband gemäß § 2 Ges. v. 3. Juli 1900 zustand, das ihn zur Errichtung der Talsperre ermächtigte.

3. Zutreffend wird die von den Ministern konstruierte Trennung des Staurechts in die Befugnis zur Zurückhaltung des schädlich abfließenden und in eine Berechtigung zur Ansammlung von Betriebswasser für gewerbliche Zwecke verworfen. Dagegen halte ich

solches zur Ansammlung von Betriebswasser für gewerbliche Zwecke ist dem Ges. v. 3. Juli 1900 fremd. Auch im WasserG. findet sie keine Stütze; wohl ist nach diesem der Inhalt des Staurechts verschieden, je nachdem die Hemmung des Wasserabflusses der Ableitung des Wassers oder der Hebung des Wasserspiegels zur Erzielung von nutzbarem Gefälle oder der Ansammlung von Wasser dient; aber das Recht, durch Hemmung des Abflusses eines Wasserlaufs Wasser anzusammeln, wird nicht weiter rechtlich geschieden nach dem Zwecke, der durch die Ansammlung erreicht werden soll. Auch i. S. des WasserG. ist daher das durch Ges. v. 3. Juli 1900 begründete Recht des Provinzialverbandes auf Ansammlung von Wasser des Bobers durch die Talsperrenmauer ein einheitliches Recht. Ein Verleihungsverfahren, das dahin geht, ihm dieses Recht zu Triebwerkszwecken zu verleihen, ist also nicht statthaft. Der abweichenden Rechtsauffassung der Minister konnte hiernach nicht beigetreten werden, vielmehr erweist sich der gestellte Verleihungsantrag, soweit er auf die Begründung des Staurechts gerichtet ist, im vollen Umfang als offenbar unzulässig.

Begrifflich verschieden von dem verliehenen Staurecht ist, wie bereits erwähnt, das weiter verliehene Recht, das gestaute Wasser oder das durch den Stau erhöhte Gefälle des Bobers zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken zu verwenden. Der Verleihungsbeschluß spricht von den Rechten, das gewonnene Staubecken in erster Linie zum Hochwasserschutz und das gestaute Wasser ferner zur Erzeugung elektrischer Kraft zu verwenden. Die Befugnis, das Staubecken dem Hochwasserschutze dienstbar zu machen, ist jedoch in dem durch das Ges. v. 3. Juli 1900 begründeten Rechte zur Errichtung der Talsperre als Anlage zur Zurückhaltung des Wassers (§ 2 des Ges.) bereits enthalten und deshalb nicht mehr verleihbar. Der Beschwerdeführer hatte demgemäß auch mit Recht in seinen Verleihungsantrag das hier in Rede stehende Gebrauchsrecht nicht mit aufgenommen. Auch in der öffentlichen Bekanntmachung des Antrags war davon nicht die Rede, und der Bezirksausschuß überschritt deshalb nicht nur sachlich, sondern auch formell seine Befugnisse, wenn er in dem angefochtenen Beschluß, einem Wunsche der Widersprechenden folgend, die Verleihung auf das fragliche Recht ausdehnte. Was dagegen das weiter verliehene Recht zum Gebrauche des angestauten Wassers für den Betrieb des Provinzialelektrizitätswerkes anlangt, so läßt sich allerdings dessen Bestehen aus dem Ges. v. 3. Juli 1900 nicht ableiten. Weder das Gesetz selbst noch seine Begründung gewähren einen Anhalt dafür, daß es dem Provinzialverband ein Recht zur Errichtung und zum Betrieb einer der Elektrizitätsversorgung dienenden Kraftanlage habe gewähren wollen. Hierzu hätte es einer klaren ausdrücklichen Bestimmung bedurft, an der es jedoch fehlt. Der Provinzialverband steht daher hinsichtlich seines Kraftwerkes dem allgemeinen Wasserrechte gegenüber nicht anders da als jeder andere Unternehmer, der das Gefälle eines rechtmäßig bestehenden Staues für ein Kraftwerk verwerten will. Das Staubecken der Talsperre ist rechtlich nichts weiter als das erweiterte Wasserlaufbett des Bobers, und der Ablauf aus diesem Becken stellt den Wasserlauf des Bobers selbst dar. Nach den Planunterlagen und einer vom Senat erforderten amtlichen Auskunft des Provinzialverbandes steht fest, daß das Kraftwerk im Bober selbst unmittelbar an der Sperrmauer errichtet ist und daß die Provinz an dieser Stelle und noch mehrere Kilometer unterhalb Eigentümerin des Wasserlaufs ist. Als Eigentümerin des Wasserlaufs hat sie das Recht, das Wasser zum Antriebe der Turbine des Kraftwerkes zu gebrauchen und bedarf hierzu einer Verleihung nur, wenn anzunehmen wäre, daß die Benutzung des Wasserlaufs über die Grenzen des Eigentümerrechts hinausgeht, d. h. also, wenn sie Nachteile der in den §§ 41 ff. bezeichneten Art verursacht. Dafür fehlt es aber an jedem Anhalte. Nach Lage der Sache können solche Nachteile, wie sie namentlich auch von den Widersprechenden geltend gemacht werden, durch den bloßen Gebrauch des Wassers für das Kraftwerk nicht verursacht werden, sondern höchstens eine Folge der Art der Regelung des Wasserabflusses aus dem Staubecken sein. Diese Regelung fällt aber unter den Betrieb der Talsperre. Sie stellt sich als Ausübung des Staurechts dar, für das nach den obigen Ausführungen allein das Ges. v. 3. Juli 1900 maßgebend ist. Hiernach greift auch hinsichtlich des hier in Frage stehenden Gebrauchsrechts der § 46 Abs. 2 WasserG. Platz, und es durfte auch insoweit eine Verleihung nicht erteilt werden.

Der Verleihungsbeschluß des Bezirksausschusses mußte demgemäß aufgehoben und der Verleihungsantrag des Provinzialverbandes in vollem Umfang als unzulässig abgewiesen werden. Eine Abänderung von Verleihungsbedingungen zu dessen Gunsten oder Ungunsten kam somit nicht mehr in Frage.

(PrOVG., Beschl. v. 16. Febr. 1928, V W 111/26.)

Mitgeteilt von JR. Riemann, Breslau.

*

7. GewStVO. v. 23. Nov. 1923. Zur Frage der Gewerbesteuerpflicht eines mit einem landwirtschaftlichen Betriebe verbundenen Kalkofens.

In Übereinstimmung mit dem alten Gewerbesteuerrecht erstreckt sich nach § 3 Ziff. 1 GewStVO. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) die grundsätzliche Befreiung der Landwirtschaft von der Gewerbesteuer nur auf den Absatz selbstgewonnener Erzeugnisse in rohem Zustand oder nach einer Verarbeitung, die in dem Bereiche der Landwirtschaft liegt. Nach der ständigen Rspr. des OVG. liegt jedoch eine Verarbeitung nur dann im Bereiche der Landwirtschaft, wenn sie in solchen gewerblichen Anlagen vorgenommen wird, welche lediglich dem landwirtschaftlichen Betriebe dienen, demselben entschieden untergeordnet sind und nur eine nebensächliche Bedeutung haben, aber nicht in Anlagen, welche regelmäßig auch als selbständige Unternehmen von andern als Landwirten des Fabrikationsgewinns wegen betrieben werden (OVG. i. StSt. 3, 336, 338; 5, 112 ff., 116).

(PrOVG., VIII. Sen., Entsch. v. 17. April 1928, VIII G St 67/27.)

*

8. § 2 GrVermStG. Zur Auslegung der Begriffe „Weidewirtschaft" und „Viehhandel". †)

W. besitzt in O. ein Hausgrundstück mit Hofraum und mehrere Ackergrundstücke in Größe von ca. 12 ha. Bei Heranziehung zur GrVermSt. ist das Hausgrundstück unter Buchst. a d. § 2 Abs. 1 GrVermSt. eingeordnet worden, die Ackergrundstücke unter Buchst. b. Einspruch und Berufung gegen die Veranlagung blieben erfolglos. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Steuerpfl., ebenso wie schon die im Zusammenhang damit gemachten Ausführungen über den Inhalt des Staurechts für unrichtig. Die Unterscheidung des Inhalts von Staurechten danach, ob die Hemmung des Wasserabflusses der Ableitung des Wassers oder der Hebung des Wasserspiegels zur Erzielung von nutzbarem Gefälle oder der Ansammlung von Wasser dient, findet im Gesetze keine Stütze. Die angeführten Merkmale betreffen vielmehr den Zweck des Staus und bilden überdies besondere Wasserbenutzungsrechte gemäß Ziff. 1 und 2 des § 40 Abs. 2 WasserG. Der Inhalt des Staurechts erschöpft sich in der Befugnis, einen künstlichen Wasserstand in gewisser Höhe und gewissem Umfange zu schaffen.

4. Gesondert von dem Staurecht zu betrachten ist die Berechtigung, das gestaute Wasser für den Betrieb des Provinzialelektrizitätswerkes zu gebrauchen. Ersteres fällt unter § 40 Abs. 2 Nr. 3 WasserG., letzteres unter § 40 Abs. 2 Nr. 1 WasserG. Auch das Gebrauchsrecht hat der Bezirksausschuß dem Provinzialverband verliehen. Es wird allerdings, wie das OVG. zutreffend ausführt, nicht durch § 2 des Ges. v. 3. Juli 1900 gedeckt. Der maßgebende § 2 sieht nämlich neben den Maßnahmen zur ordnungsmäßigen Herstellung von Bett und Ufer sowie der Freilegung des Hochwasserabflußgebiets nur die Errichtung von Anlagen zur Zurückhaltung des Wassers vor, also Stauanlagen, zu denen auch Talsperren gehören. Das OVG. kommt jedoch aus anderen Erwägungen dazu, gleichfalls unter Anwendung des § 46 Abs. 2 WasserG. auch die Verleihung dieses Rechtes zu versagen. Die Talsperre ist nach seiner einwandfreien Feststellung ein Teil des Wasserlaufs (des Bobers) und die Provinz an der Stelle des Kraftwerks und mehrere Kilometer unterhalb Eigentümerin des Wasserlaufs. Die in § 40 Abs. 2 WasserG. angeführten Benutzungsrechte stehen gemäß § 903 BGB. in Verbindung mit § 40 Abs. 1 WasserG. ohne weiteres dem Eigentümer zu. Zugunsten der Allgemeinheit und anderer an dem Wasserlauf Berechtigten aber hat das Gesetz diese Befugnisse in den §§ 19 bis 23, 24 und 41 bis 45 eingeschränkt. Hält sich der Eigentümer bei der Benutzung des Wasserlaufs innerhalb dieser Grenzen, so ist für eine Verleihung kein Raum, sie darf ihm sogar nach § 46 Abs. 2 WasserG. nicht gewährt werden. Es war also zu prüfen, und zwar von Amts wegen, ob die mit dem Gebrauchsrecht ausgeübte Wasserbenutzung durch den Provinzialverband über die dem Eigentümer gezogenen Grenzen hinausgeht. Bei der Sachlage kommen dafür nur die §§ 41 bis 45 WasserG. in Betracht, namentlich § 41 Abs. 1 (Veränderung des Wasserstandes), vielleicht auch § 42 (Schutz der am 4. März 1843 bereits vorhanden gewesenen Triebwerke). Die Antragsgegner bemängelten vor allem die Bestimmungen der Dienstanweisung über die Regelung des Staus und des Abflusses der Talsperre. Die Zurückweisung dieser Beanstandungen durch das OVG. als unerheblich ist zu billigen. Denn sie betrafen nur das Staurecht, das dem Provinzialverbande nach dem Ges. v. 3. Juli 1900 zusteht und von den Schranken der §§ 41 ff. WasserG. befreit ist. Zwar kommen diese Begrenzungen rechtlich für die Befugnis, das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen (§ 40 Abs. 1 WasserG.) in Frage, also für die Benutzung des Wassers für das Kraftwerk. Sie fielen indes in tatsächlicher Beziehung dabei nicht ins Gewicht, weil dieser Gebrauch und Verbrauch des Wassers sich innerhalb des Kraftwerks oder jedenfalls außerhalb der Zurückhaltung und der Ablassung des Wassers vollzieht.

RA. Max Herrmann, Berlin.

Zu 8. Die von einem tiefen Verständnis für die Eigenart der landwirtschaftlichen Betriebszweige getragene Entsch. des PrOVG. gelangt zu einem Ergebnis, dem grundsätzlich zuzustimmen ist. Die vom OVG. aufgehobene Vorentscheidung, wonach ein Landwirt für gewerbesteuerpflichtig erklärt ist, weil er im Frühjahr Nutzvieh

mit Einspruch und Berufung, Einordnung auch des Hausgrundstücks unter Buchst. b, da er von seinem Hausgrundstück aus auf seinem Grund und Boden, der Weideland sei, Weidewirtschaft betreibe; im Frühjahre kaufe er Vieh an, stelle es auf die Weide und verkaufe es im Herbst wieder. Zu dieser Wirtschaft benötige er weder Ställe noch Scheunen. Sein Hausgrundstück sei somit dauernd landwirtschaftlich genutzt und deshalb nach Buchst. b einzustufen.

Das OVG. gab der Rechtsbeschwerde statt.

Der Steuerpfl. hat stets bestritten, Viehhändler zu sein und auf die durch Akteninhalt bestätigte Tatsache hingewiesen, daß er auf seinen Einspruch von der GewSt. für 1923 befreit worden ist.

Unter Landwirtschaft wird die Benutzung der trockenen Erdoberfläche zur regelmäßigen Gewinnung pflanzlicher oder tierischer bzw. pflanzlicher und tierischer Erzeugnisse verstanden. Sie umfaßt herkömmlicherweise den Betrieb des Ackerbaues und der Viehzucht. Ebenso wie es sog. viehlose Landwirtschaftsbetriebe gibt, bei denen außer Gespannen und etwa dem für die Hauswirtschaft des Landwirts bestimmten Kleinvieh keinerlei Nutzvieh gehalten wird, gibt es namentlich in Gegenden, in denen Grund und Boden sich weniger zum Ackerbau als zur Benutzung als Weideland eignen, auch landwirtschaftl. Betriebe, die von jedem Ackerbau absehen und lediglich der Viehzucht gewidmet sind. Als landwirtschaftl. Betrieb wird aber auch eine Weidewirtschaft gelten müssen, bei der das Vieh nicht gezüchtet und sodann durch Fütterung und Weidegang im Wege der Mast zum gewinnbringenden Verkaufe geeignet gemacht und verkauft wird, bei der vielmehr alljährlich im Frühjahr Vieh angekauft, während der folgenden Jahreszeit auf den Weiden fett gemacht und dann zum Verkauf gestellt wird. Daß eine solche Weidewirtschaft landwirtschaftl. und nicht gewerbesteuerpflicht. Betrieb, also auch nicht Viehhandel ist, bestätigen u. a. auch die Ausführungen der Entsch. des OVG. v. 30. Juni 1911 (OVG. 59, 150 ff.), die dahin gehen: „Die Viehhaltung gilt beim Vorhandensein zweier Merkmale als gewerbl. Betrieb: Sie muß, losgelöst aus dem Zusammenhang eines landwirtschaftl. Gesamtbetriebs, den ausschließlichen Sonderzweck verfolgen, Vieh zu mästen oder mit der Milch zu handeln, und muß zur Erreichung dieses Zweckes mit erkauftem Futter betrieben werden, welchem letzteren begrifflich das auf einer ausschließlich zum vorgedachten Zwecke in Pacht genommenen Wiese oder Weide gewonnene Futter gleichzuachten ist. Wenn eines dieser beiden Merkmale nicht zutrifft ..., ist sie (die Viehhaltung) der — gewerbesteuerfreien — Landwirtschaft zuzurechnen."

Bei derartigen Weidewirtschaften sind Viehstallungen entbehrlich, und für den Bau von Scheunen liegt bei dem Fehlen jedes Ackerbaues keinerlei zwingende Veranlassung vor. Die Gründe der Einspruchsentsch. für die Verneinung der landwirtschaftl. Zweckbestimmung des Hausgrundstücks sind demnach hinfällig. Aber auch die Entsch. des BerAussch. enthält einen Rechtsfehler, indem sie den Begriff des Viehhandels verkennt (folgen diesbezügl. Ausführ.)

Die BerEntsch. unterlag daher wegen unrichtiger Anwendung des geltenden Rechtes der Aufhebung. Bei freier Beurteilung war die Sache spruchreif. Nach dem vom BerAussch. nicht in Zweifel gezogenen tatsächl. Vorbringen des Steuerpfl. muß davon ausgegangen werden, daß die maßgebende Tätigkeit des Beschwerdeführers darin besteht, Vieh anzukaufen, es auf seinem eigenen Weideland zu mästen und alsdann zu verkaufen. Diese Tätigkeit ist jedoch Viehhaltung i. Verb. m. Weidewirtschaft, also landwirtschaftl. Betrieb, nicht aber Viehhandel.

(PrOVG., VI. Sen., Entsch. v. 7. Febr. 1928, VI D 70/26.)

Sachsen.

Sächsisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von RA. Dr. Taeschner, Leipzig.

9. §§ 40, 41 WassG. Eine Gemeinde, die die einen Wasserlauf speisenden Quellen zum Zwecke ihrer Wasserversorgung ableitet, wird hierdurch nicht schadensersatzpflichtig gegenüber den dem Wasserlauf anliegenden Triebwerksbesitzern.

Das den Gegenstand des Streites bildende Quellwasser gehört zu den Eigentumsgewässern i. S. von § 1 Abs. 2 WasserG. Auf sie finden ausschließlich die Vorschriften §§ 40 ff. WasserG. Anwendung. Nach dem klaren Wortlaut von § 41 Abs. 2 WasserG. sind

---

ankauft, es im Wege der Weidewirtschaft ausschließlich auf eigenem Weideland durchfüttert und im Herbst verkauft, ist unhaltbar.

Mit Rücksicht auf verwandte Fälle, in denen unter ev. unzutreffender Heranziehung der Terminologie des OVG. in dieser Entsch., die Gewerbesteuerpflicht des Landwirts anerkannt werden könnte, sei Stellung genommen zu den Begriffsbestimmungen der Entsch.

Weshalb das OVG. den Begriff „Landwirtschaft" auf die Benutzung der trockenen Erdoberfläche beschränkt, statt von Bodennutzung zwecks Gewinnung tierischer und (oder) pflanzlicher Erzeugnisse allgemein zu sprechen, ist nicht verständlich; außerdem ist ein wichtiges Begriffsmerkmal „die Energiequelle" fortgelassen.

Der Sammelbegriff Landwirtschaft umfaßt auch die Teichwirtschaft; auch bei ihr werden regelmäßig pflanzliche (Schilfgewinnung; Ansaat von Pflanzen zur Bildung von Laichplätzen) und tierische (Fische, Krebse) Erzeugnisse gewonnen, und zwar auf nasser Bodenoberfläche.

Trotzdem die Bürokratie ein Ministerium für Land- und Forstwirtschaft geschaffen hat, fällt auch die Forstwirtschaft mit unter die Landwirtschaft.

Die „Energiequelle" ist ein Begriffsbestandteil, weil es ohne Sonne und Regen eine Landwirtschaft nicht gibt; das trifft besonders beim Weideland zu.

„Landwirtschaft" ist: Bodennutzung zwecks dauernder Gewinnung tierischer und (oder) pflanzlicher Erzeugnisse unter Anpassung an Energiequellen der Natur (Sonne und Wasser).

Gleich dem Bergbau pflegt die Landwirtschaft vorwiegend die Urproduktion, nur in der Gewinnung der Art der Erzeugnisse unterscheiden sie sich; die Urproduktion der L. beschränkt sich auf die Erdoberfläche.

Man könnte nun im Zweifel sein, ob der Ankauf nicht selbstgezüchteten Viehes zum Zwecke des Verkaufes nach Durchgang durch die Weidewirtschaft nicht aus dem Rahmen der Urproduktion herausfällt. Das ist zu verneinen; denn jeder Landwirt kauft z. B. Saatgut an und verkauft die daraus gewonnene Ernte, ohne damit Saatguthändler zu werden. Allerdings rechnet die Rechtslehre (RGKomm. zu § 99 BGB.) Tierjunge gleich den Pflanzen zu den „Erzeugnissen der Sache", die auf einem Grundstücke befindlichen Tiere dagegen nicht zu den Erzeugnissen des Grund und Bodens. Diese juristische Begriffsabgrenzung ist aber nicht bindend; sagt ja der RGKomm. selbst, daß es auf die Auffassung des gewöhnlichen Lebens ankomme.

Und ihr wird das OVG. gerecht, indem es die Entsch. abstellt auf den Wirtschaftszweck.

Der Weidewirt hat eine einzige Haupterwerbsquelle — seine Weide. Sie gewährt ihm den Futterbestand als Einnahmequelle, ihn kultiviert er noch unter Zufuhr künstlicher Düngemittel, er schafft, soweit dies erforderlich ist, besondere Berieselungsanlagen für die Wiesen, meliorirt und legt sogar künstliche Wiesen an und das Vieh mästet er auf diesen Weiden heran, um aus dem Verkauf im Herbste neue Mittel zur Fortführung der Weidewirtschaft zu gewinnen. Dieser Verkauf erfolgt nicht zum Zwecke des Umschlages eines Viehstapels; wollte er das, so würde er nicht das beste Land zur hochwertigen Weide machen und das schlechteste Land als Acker benutzen; der Acker dient meist nur der Futtergewinnung und Streustrohbeschaffung.

Die Weidewirtschaft, bei der das Vieh nur Mittel zum Zwecke der Fortführung dieses Wirtschaftszweiges ist, weicht von dem Händlerbetrieb völlig ab. Der Händler nutzt meistens fremdes Land; er pachtet nicht einmal, wie das OVG. ausführt, die Wiesen, sondern kauft die Wiesenschnitte (Heuwerbung), um sie zur Stallfütterung, die der Weidewirt völlig ausschließt (von seinem Zugvieh abgesehen), zu verwerten. Der Händler oder die Viehverwertungsgemeinschaften, niemals aber der Weidewirt, sind der Vermittler zwischen den Verbraucherbezirken der Großstädte und den Produktionsgebieten.

Bedenklich für andere Entsch. ist die Festlegung der Begriffsmerkmale der gewerbsmäßigen Viehhaltung in der Entsch. des PrOVG. v. 30. Jan. 1911 (OVG. 59, 150).

Sie erblickt das Wesen der gewerbsmäßigen Viehhaltung in deren Loslösung aus dem Zusammenhang eines landwirtschaftlichen Gesamtbetriebes. Dann würden entgegen der Entsch. des OVG., die wir hier erörtern und die sogenannte viehlose, besser gesagt, nur auf Zugvieh beschränkte und daher vieharme Betriebe als nicht unter die gewerbsmäßige Viehhaltung fallend rechnet, sämtliche Weidewirtschaftsbetriebe, sofern sie von jedem Ackerbau absehen und den Weidewirtschaftsbetrieb in der hier geschilderten Form ausschließlich betreiben, als „aus dem Zusammenhang eines landwirtschaftlichen Gesamtbetriebes" losgelöste Viehhaltungsbetriebe bewertet werden können und damit der Gewerbesteuerpflicht unterworfen werden — ein Ergebnis, das die hier kritisierte Entsch. ausdrücklich ablehnt.

Eine Lehre, daß man mit Begriffsfestlegungen da vorsichtig sein soll, wo nur von Fall zu Fall die zutreffende mit den Wirtschaftsanschauungen übereinstimmende Entsch. getroffen werden kann! —

Loslösung aus dem Landwirtschaftsbetrieb, Stallfütterung statt Weidebetrieb, Zupachtung von Land zwecks Futtergewinnung anstatt Futtereigenwirtschaft können Merkmale der gewerbsmäßigen Viehhaltung sein. Die nichtgewerbsmäßige Viehhaltung, abhängig von den Energiequellen, kann aber gezwungen werden, vorübergehend (z. B. bei Überschwemmungen oder Dürre) gleichfalls zu diesen Hilfsmitteln zu greifen, ohne dadurch ihres Charakters als gewerbesteuerfreier Weidewirtschaftsbetrieb entkleidet zu werden.

RA. Ernst Böttger, Berlin.

aber diejenigen, die an einem fließenden Gewässer eine Sonderbenutzung, namentlich in Gestalt der Verwendung des Wassers als Triebkraft ausüben, gegen deren Störung nur dann geschützt, wenn die Voraussetzungen in § 40 Abs. 1 Ziff. 2 vorliegen, d. h. wenn den Quellen auf dem Ursprungsgrundstück Stoffe zugeführt werden, die die Sonderbenutzung beeinträchtigen: ein Fall, der hier nicht vorliegt. Dagegen genießen sie mangels positiver Gesetzesvorschrift, die das Gegenteil aussprächen, keinen Rechtsschutz, wenn ihnen die seitherige Sonderbenutzung am fließenden Gewässer dadurch geschmälert wird, daß den Wasserlauf speisende Quellen zum Zwecke der Wasserversorgung einer Gemeinde abgeleitet werden. Die Verwaltungsbehörde war daher nicht in der Lage, wegen etwaiger Beeinträchtigungen dieser Art, wären sie auch als erhebliche anzusprechen, die Ableitung des Quellwassers von der Gewährung einer Entschädigung an die Nutzungsberechtigten abhängig zu machen.

(SächsOVG., Entsch. v. 17. Sept 1927, Nr. 81/82.)

*

10. § 4 Abs. 2 Sächs. GemeindeO., Sächs. Ges. über den Verkehr mit Grundstücken v. 20. Nov. 1920. Grundsätzliche Unterscheidung zwischen eigenen und übertragenen Geschäften der Gemeinde und die hierbei in Betracht kommenden Merkmale. Die dem Stadtrate zustehende Entschließung über Genehmigung oder Nichtgenehmigung von Grundstücksveräußerungen ist ein übertragenes Geschäft der Gemeinde, ebenso die Entscheidung über die hierfür anzusetzenden Kosten. †)

Die Kreishauptmannschaft untersagte kraft ihres Aufsichtsrechtes aus § 173 GemO. der Stadtgemeinde die Erhebung von Gebühren für ihre Entschließungen aus § 1 des Ges. vom 20. Nov. 1920 (Genehmigung von Grundstücksveräußerungen). Die Stadtgemeinde nahm dagegen die Erhebung der Gebühren als ihr eigenes Geschäft in Anspruch und erhob aus § 175 GemO. Anfechtungsklage. Das OVG. weist die Klage ab: Die Ausführung des Ges. v. 20. Nov. 1920 mit Einschluß der Gebührenerhebung für Amtshandlungen nach diesem Gesetze ist ein übertragenes Geschäft, denn die den Stadträten zugewiesene Aufgabe wird durch die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Ersatzes ausdrücklich als eine über den örtlichen Interessenkreis hinausgehende unmittelbar der Volkswohlfahrt dienende Angelegenheit gekennzeichnet. Der Hauptzweck des Gesetzes ist eine ungesunde Entwicklung auf dem Grundstücksmarkt zu verhüten und insbes. dem Bodenwucher einen Riegel vorzuschieben; es sollten für das Wirtschaftsleben bedrohliche Erscheinungen, die für das ganze Land bestanden und in ihren Wirkungen die ganze Volkswirtschaft gefährden müßten, nach einheitlichen Grundsätzen bekämpft werden. Allerdings können bei dem einzelnen Grundstücksgeschäft bei der Entschließung über die Genehmigung desselben auch örtliche Verhältnisse mit zu berücksichtigen sein, doch ändert dies nichts an der grundsätzlichen Bedeutung des Genehmigungsverfahrens für die gesamte Volkswirtschaft. Für die in den Bereich der Bodenpolitik fallenden örtlichen Interessen wird das im Gesetze mit vorgesehene Vorkaufsrecht der Gemeinden größere Bedeutung gewinnen können, auch kommen bei diesem Rechte nicht die für die Genehmigung oder Nichtgenehmigung erörterten Gesichtspunkte in Betracht, da es sich bei dem Vorkaufsrecht nicht um eine den Gemeinden zugewiesene Aufgabe, sondern um ein ihnen einzuräumendes Recht handelt.

Die Erhebung der Kosten für Amtshandlungen steht mit der Sachentscheidung in Zusammenhang. Obschon nach § 5 Abs. 2 GemO. die Gebühren, zu deren Erhebung die Gemeinde berechtigt ist, grundsätzlich in die Gemeindekasse fließen, so ist doch die Gebührenerhebung für Amtshandlungen in übertragenen Geschäften selbst als übertragenes Geschäft anzusehen, so daß das in § 173 GemO. der Staatsbehörde eingeräumte Anweisungsrecht sich auch auf die Gebührenerhebung erstreckt, sofern übertragene Geschäfte zugrunde liegen.

(SächsOVG., III. Sen., Urt. v. 5. Jan. 1927.)

*

Zu 10. Der Entsch. ist insoweit unbedingt zuzustimmen, als die Erteilung oder Versagung der Genehmigung von Grundstücksveräußerungen den übertragenen Geschäften der Gemeinde zugerechnet wird; nicht zweifelsfrei ist aber die Ansicht des OVG., daß auch die Gebührenerhebung für diese Amtshandlungen übertragene Geschäfte seien. Die Gebühren fließen der Gemeindekasse zu, sind bestimmt, den Aufwand der Gemeinde zu decken und können von der Gemeinde — auch wenn sie für übertragene Geschäfte erhoben werden — erlassen werden. Hieraus ließe sich folgern, daß die Gebührenerhebung den Gemeinden als eigenes Geschäft schlechthin überlassen werden sollte, also auch dann, wenn übertragene Geschäfte zugrunde liegen. Der Ansicht des OVG. ist indessen der Vorzug zu geben, denn die Gebührenerhebung als solche kann als ein eigenes Geschäft der Gemeinde nicht betrachtet werden, sie steht mit dem Geschäfte, für das die Gebühr erhoben wird, in untrennbarem Zusammenhange und kann daher keinen anderen rechtlichen Charakter als das zugrunde liegende Geschäft haben.

RA. Dr. Taeschner, Leipzig.

11. § 21 Sächs. VerwKostG. i. d. Fass. v. 27. Mai 1924 (GVBl. 332); § 31 Abs. 2 OrganisG. Für die Berechnung der den Grundstückseigentümern ortsgesetzlich auferlegten Schleusengebühr kann der Nutzungswert der Grundstücke als Grundlage verwendet werden. Beginn der Rekursfristen bei öffentlicher Bekanntgabe der Einheitssätze. †)

Die Gemeinde L. erhebt auf Grund des Ortsgesetzes v. 14. März 1927 von den Eigentümern der im Stadtgebiet gelegenen bebauten und unbebauten Grundstücke Schleusengebühren zur Deckung des Aufwandes, der durch die Benutzung des städtischen Schleusennetzes und durch die Hebung und Reinigung der Abfallwässer entsteht. Die Gebühren werden bei bebauten Grundstücken nach dem Friedensmietwert, wie er bei der Veranlagung zur Wohnungsbauabgabe nach dem sächs. Ges. v. 2. Juli 1922 festgesetzt ist, bemessen. Für das Rechnungsjahr 1926 wurde durch öffentliche Bekantmachung die Schleusengebühr auf 70 Pf. je 100 ℳ Friedensmietwert festgesetzt (Einheitssatz).

Auf Anfechtungsklage einiger gebührenpflichtiger Grundstückseigentümer führt das OVG. aus:

Gegen die Bemessungsgrundlage der Schleusengebühr ist nichts einzuwenden. Wie schon in früheren Entsch. (Jahrb. Bd. 29 S. 234) dargelegt ist, stellt der nach dem Gesetz v. 2. Juli 1922 ermittelte Friedensmietwert einen geeigneten und zulässigen Maßstab für die Berechnung der Gebühr dar. Im Gegensatz zur Müllabfuhr- und Straßenreinigungsgebühr, bei deren Bemessung ein unmittelbarer Maßstab zur Anwendung zu kommen hat, kann bei der Schleusengebühr aus praktischen Gründen nur ein mittelbarer Maßstab, wie der Nutzungswert der Gebäude, verwandt werden. Es ist auch nicht durchführbar, die Abfallwässer, wie es die Anfechtungskläger vorschlagen, von den Regenwässern zu trennen und für die ersteren die Gebühr auf der Grundlage der Wasserentnahme vom städtischen Werke zu berechnen. Dieser Maßstab würde nur ein angenommener, also auf einer Wahrscheinlichkeit beruhender Maßstab sein, der übrigens voraussetzt, daß ebensoviel Wasser als Abfallwasser der Schleuse zugeführt wird, als es zuvor in dem betr. Grundstücke der städtischen Wasserleitung entnommen worden ist. Diese Voraussetzung trifft aber vielfach nicht zu. Dazu kommt, daß auf diese Weise nur die Gebühr für die Abfallwässer, nicht auch die Gebühr für die Tagewässer ermittelt werden könnte. Die Grundstücksbesitzer führen aber auch die auf ihre Grundstücke niedergefallenen Regenwässer dem Schleusennetze zu. Zudem würde bei Einführung der getrennten Berechnung der Abfallwässer und Regenwässer ein unverhältnismäßig großer Verwaltungsaufwand verursacht werden. Es muß sonach zu einem mittelbaren Maßstab gegriffen werden, wie ihn der Nutzungswert der Grundstücke bietet.

Abfall- und Tagewässer, die von öffentlichen Straßen und Plätzen der Schleuse zugeführt werden, und zur Entwässerung der öffentlichen Grundstücke dienen, sind bei Berechnung des Aufwandes für die Unterhaltung der Schleusenanlagen gesondert zu berücksichtigen. Der durch die Aufnahme dieser Wässer verursachte Unterhaltungsaufwand darf nicht umgelegt werden.

Die öffentliche Bekanntmachung des Einheitssatzes für die Schleusengebühr ist noch kein Verwaltungsakt, setzt daher die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf; erst durch die Abforderung der Gebühr wird die Frist, und zwar mit dem Tage, an dem dem Gebührenpflichtigen die Zahlungsaufforderung zugeht, in Lauf gesetzt.

(SächsOVG., II. Sen., Urt. v. 19. April 1928, II 66/28.)

Zu 11. Das OVG., II. Sen., hat bereits im Urt. v. 9. Juni 1926 sich dahin ausgesprochen, daß die Schleusengebühr den Grundstückseigentümern auferlegt werden könne und daß gegen die Bemessung der Gebühr nach dem jährlichen Miet- oder Nutzungswerte der gebührenpflichtigen Grundstücke und Grundstücksteile keine Bedenken zu erheben seien (zu vgl. Jahrb. der Entsch. Bd. 29 S. 234 ff.). Daß diesem Maßstab Mängel anhaften, ist nicht zu leugnen, es ist aber zutreffend vom Gerichte dargelegt, warum ein anderer und besserer Maßstab nicht zu finden ist. Auch der von den Anfechtungsklägern empfohlene Maßstab ist nicht geeignet, Härten zu vermeiden und versagt überall, wo Wasser nicht aus der städtischen Leitung, sondern aus Brunnen oder Flüssen entnommen und dann dem Schleusennetze zugeführt wird. Bei industriellen Betrieben ist dieser Vorgang nicht selten.

Was die Frage der Bekanntmachung einer Vervielfältigungszahl anlangt, nach der der Gebührenpflichtige die regelmäßig wiederkehrende Gebührenzahlung berechnen kann, so nimmt das OVG. laut seinem Urt. v. 16. März 1925 (Jahrb. Bd. 30 S. 267) den Standpunkt ein, daß eine solche Bekanntmachung ein Verwaltungsakt sei; gegen ihn sind daher die im Ges. geordneten Rechtsmittel zulässig. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß dem Gebührenpflichtigen ein besonderer Bescheid zur Entrichtung der ihrem Einheitssatze nach festgesetzten Gebühren zugestellt und wegen der Höhe der Gebühr auf die spätere Bekanntgabe der jeweiligen Vervielfältigungszahl hingewiesen wird. Es muß also dem Gebührenpflichtigen ein Bescheid zur Entrichtung der Gebühr unter Hinweis auf die spä-

Thüringen.

Thüringisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVGR. Dr. Knauth, Jena.

12. Grenzen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsräumen. Zur Frage der Möglichkeit stillschweigender Erteilung einer Polizeierlaubnis. Befugnis der Polizei, gegen eine Beeinträchtigung der „Leichtigkeit des Verkehrs" einzuschreiten.

In der Begründung des Urteils, durch das die Anfechtungsklage einer Gewerbetreibenden gegen eine polizeiliche Verfügung zurückgewiesen wird, durch die ihr verboten worden war, während näher bezeichneter Tagesstunden auf der Straße vor ihrem Geschäftshause Kisten abzuladen und stehenzulassen oder auszupacken, führt das OVG. u. a. aus:

„Ob eine Beeinträchtigung oder Gefährdung des Verkehrs vorliegt, ist an sich für die Entsch. unerheblich. Denn die dauernde oder mehr oder weniger regelmäßige Benutzung eines öffentlichen Verkehrsraums zum Aufstellen und Auspacken von Kisten hält sich nicht in den Grenzen des jedem zustehenden Gemeingebrauchs, sondern stellt sich als Ausübung eines gesteigerten Gemeingebrauchs und Inanspruchnahme einer Sondernutzung an der öffentlichen Sache dar, und beides bedarf polizeilicher Erlaubnis und kann deshalb, soweit eine solche Erlaubnis nicht erteilt ist, unabhängig davon verboten werden, ob dadurch tatsächlich der Gemeingebrauch beeinträchtigt oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet wird. Die Kl. behauptet aber selbst nicht, daß ihr eine solche Erlaubnis erteilt worden sei, sondern hat nur gelegentlich darauf hingewiesen, daß sie die jetzt verbotenen Verrichtungen schon seit 30 Jahren auf der Straße vornehme, ohne bisher behördlich daran gehindert worden zu sein. Damit könnte sie allerdings geltend machen wollen, daß ihr die erforderliche Polizeierlaubnis stillschweigend erteilt worden sei. Das wäre aber abzulehnen. Denn für die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung käme nur das Verhalten der verantwortlichen Stellen der Polizeiverwaltung in Betracht (Jahrb. Bd. 1 S. 67), und es spricht nichts dafür, daß diese überhaupt gewußt haben, daß die Kl. den Verkehrsraum in der B.gasse in unerlaubter Weise benutzt, oder daß sie in Kenntnis der jetzt beanstandeten Benutzung der Straße irgend etwas getan haben, woraus zu entnehmen gewesen wäre, daß sie der Kl. diese Benutzung zugestehen wollten; sie sind vielmehr sofort eingeschritten, als Beschwerden darüber einliefen. Aus einem bloßen Dulden und Entgegenkommen, das möglicherweise, mindestens von den nachgeordneten Vollzugsorganen, gegenüber dem unstatthaften Verhalten der Kl. geübt worden ist, konnte dieser auch durch Zeitablauf kein Recht erwachsen (Jahrb. a. a. O. S. 69).

Das Verbot ist jedoch auch unter dem Gesichtspunkte gerechtfertigt, daß durch die Verrichtungen, die die Kl. gewohnheitsmäßig in der B.gasse vornehmen läßt, der Verkehr behindert oder die Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt wird. Denn daß dies geschieht, ist durch die polizeilichen Ermittelungen festgestellt und ist auch bei der Art der Verrichtungen (Aufstellen und Auspacken großer Warenkisten) und den örtlichen Verhältnissen (enge Straße) schon nach den Erfahrungen des täglichen Lebens anzunehmen. Die Polizei ist aber auch in solchen Fällen berechtigt, einzugreifen.

Zwar ergibt sich diese Ermächtigung nicht aus § 35 LVerwO. ... Sie ist jedoch in § 31 I Thür. Straßenverkehrsordnung v. 3. Dez. 1926 (GS. 409) enthalten, wo bestimmt ist, daß es Unbefugten — d. h. solchen, die keine besondere polizeiliche Erlaubnis dazu haben — verboten ist, „Gegenstände, durch welche der freie Verkehr behindert oder die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt wird, auf öffentlichen Wegen aufzustellen, hinzulegen, hinzuwerfen oder liegenzulassen". Diese Bestimmung würde allerdings ungültig sein, wenn es für Thüringen an einer Ermächtigung für die zur Handhabung der Polizeigewalt berufenen Behörden, für die Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Wegen zu sorgen, fehlte. Diese Ermächtigung enthält jedoch, wenigstens soweit der Erlaß von Polizeiverordnungen in Frage kommt, § 32 LVerwO. (der die Aufgaben der Polizei inhaltlich ebenso wie § 10 II 17 ALR. umschreibt. D. B.). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich überhaupt begrifflich und tatsächlich eine zuverlässige Unterscheidung zwischen bloßer Beeinträchtigung der Leichtigkeit und Gefährdung der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs machen läßt und wie gegebenenfalls die Grenzen zu bestimmen sind. Bei der ungeheuren Steigerung, die der Verkehr auf öffentlichen Wegen in den letzten Jahren im allgemeinen erfahren hat und andauernd noch erfährt, und den Anforderungen, die insbes. das ständige Anwachsen des Kraftfahrverkehrs an eine glatte und reibungslose Abwicklung des Straßenverkehrs stellt, bedeutet jedenfalls schon jede Beeinträchtigung der Leichtigkeit des Verkehrs, nicht nur in Großstädten und an anderen Verkehrsbrennpunkten, sondern im allgemeinen überhaupt, auch eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Für den Erlaß einer Polizeiverordnung ist aber mehr als dies, d. h. daß das öffentliche Interesse, das ein polizeiliches Eingreifen rechtfertigt, für den Geltungsbereich der VO. im allgemeinen festzustellen ist, nicht erforderlich. Dadurch, daß durch die generelle Regelung möglicherweise einzelne Fälle betroffen werden, für die das in concreto nicht zutrifft, wird ihre Gültigkeit nicht berührt.

(ThürOVG., Urt. v. 14. April 1928, A 90/27.)

Hamburg.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

13. Grundsteuerermäßigung bei nur unerheblicher Vermietung des Einzelhauses.

Die Entsch. darüber, ob ein teilweise vermietetes Eigenhaus als vermietet oder als nicht vermietet i. S. von § 10 GrStG. anzusehen ist, wird nach dem von § 4 RAbgO. aufgestellten Auslegungsgrundsatz den Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Gesetzesvorschrift sowie die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen haben.

Nicht ist anzuerkennen, daß von der Vermietung eines Hauses und besonders eines Eigenhauses im wirtschaftlichen Sinne nur da gesprochen wird, wo das Haus als Ganzes vermietet ist. Vermietet ist auch ein Haus, das zu einem erheblichen Teile Dritten zur entgeltlichen Benutzung überlassen worden ist. Auf der anderen Seite wird als nicht vermietet im wirtschaftlichen Sinne nicht nur das ganz unvermietete Einzelhaus bezeichnet, sondern auch dasjenige Einzel- oder Eigenhaus, das zu einem nur unerheblichen Teile vermietet ist. Diese aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten sich ergebende Auffassung findet im GrStG. selbst ihre Bestätigung; denn § 16 Abs. 4 bestimmt „für vom Eigentümer bewohnte Einfamilienhäuser, d. h. Grundstücke, die ausschließlich oder weitaus überwiegend von dem Eigentümer und seinen Angehörigen bewohnt werden", als angemessene Miete schlechthin 7% des gemeinen Vorkriegswerts. Das Gesetz zieht also hier die teilweise Vermietung des Hauses nicht in Betracht, sofern das Haus weitaus überwiegend von der Familie des Eigentümers bewohnt bleibt. Die gleichen Gesichtspunkte, die im § 16 GrStG. zu einer Steuererleichterung vom Standpunkt der Bemessung der steuerlich maßgeblichen Miete führen, sind aber auch für die Steuererleichterung durch Ermäßigung des Zuschlags bei Eigenhäusern im § 10 GrStG. anzuwenden.

Es kommt also lediglich darauf an, ob ein nur unerheblicher Teil des Eigenhauses vermietet ist oder nicht.

Unstreitig sind von dem neun Zimmer umfassenden Eigenhaus des Kl. nur zwei im zweiten Stock belegene Zimmer vermietet. Eine derartige Vermietung, bei welcher der weitaus überwiegende Teil des Eigenhauses nach wie vor von dem Eigentümer und seinen Angehörigen bewohnt wird, ist als eine nur unerhebliche anzusehen, d. h. i. S. der steuerrechtlichen Vorschrift des § 10 GrStG. ist das Eigenhaus nicht vermietet. Der Grundsteuerzuschlag ermäßigt sich also um ein Viertel.

(HambOVG., Entsch. v. 22. Nov. 1927, AZ 65/27.)

---

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Landesamt für Familiengüter.

Berichtet von Ministerialdirigent Kübler und Ministerialdirigent Kläffel, Berlin.

1. § 18 GebO. f. Auflösung d. FamG. Die Erteilung des Gutsfolgezeugnisses für den Waldgutserben fällt i. S. der GebO. für Auflösung von FamG. v. 11. Jan. / 31. Mai 1924 (GS. 29 u. 545) unter die Aufsichtstätigkeit der Behörden. †)

Der § 18 GebO. v. 11. Jan. 1924/31. Mai 1924 bestimmt in Abs. 1 Ziff. 6, daß eine Gebühr von zwei Zehnteilen der vollen Ge-

---

teren öffentlichen Bekanntgaben der jeweiligen Vervielfältigungszahl vorangehen, wenn die späteren Bekanntgaben als rekursfähige Verwaltungsakte angesehen werden sollen. Da die Zustellung eines solchen Bescheides an die Anfechtungskläger vorliegendenfalls nicht dargetan war, wurde die Rekursfrist erst mit der den Anfechtungsklägern zugestellten Zahlungsaufforderung in Lauf gesetzt, nicht schon mit der zeitlich vorangegangenen Bekanntgabe des Einheitssatzes. Die Rekursfrist war sonach vorliegendenfalls gewahrt.

RA. Dr. Taeschner, Leipzig.

Zu 1. Daß das vom Nachlaßrichter auszustellende Gutsfolgezeugnis bei Waldgütern durch die Waldgutaufsichtsgebühr des Auf-

bühr erhoben wird für die Führung der gesamten Aufsicht über ein Waldgut „einschließlich" der gem. §§ 12 u. 13 ZwAVO. vorkommenden Geschäfte. Die Erteilung des Gutsfolgezeugnisses ist in dem vorstehend angezogenen § 13 ZwAVO. geregelt. Die Aufsicht über das Waldgut im allgemeinen führen die Auflösungsbehörden. Dazu gehört auch, wie die Einzelvorschriften des § 13 ergeben, die Regelung der Gutsfolge bei eintretendem Folgefall. Wenn die Erteilung des Gutsfolgezeugnisses dem Nachlaßgericht übertragen ist, so hat dies lediglich darin seinen Grund, daß nach dem BGB. die Erteilung des Erbscheins, d. h. des Zeugnisses über das Erbrecht (§ 2353 BGB.), dem Nachlaßgericht obliegt, daß ein solches Zeugnis nur einheitlich über den gesamten Nachlaß erteilt werden kann, und daß auch das Waldgut, das kein Sondervermögen wie das Familiengut darstellt, zum Nachlaß des Waldgutsbesitzers gehört. Nun bestimmt § 27 GebO., daß die Vorschriften der GebO. auch anwendbar seien, wenn in den durch sie getroffenen Angelegenheiten an Stelle der Auflösungsbehörden ein Gericht tätig wird, und ein solcher Fall liegt hier vor. Zu den durch die GebO. getroffenen Angelegenheiten gehört nach den §§ 12 ff. ZwAVO. die Aufsicht über die Waldgüter auch über die Beendigung des Auflösungsverfahrens hinaus, und es gehört zu dieser Aufsicht auch, wie oben ausgeführt, die Regelung der Gutsfolge bei eintretendem Folgefall und die Mitwirkung bei der Auseinandersetzung. Diese ist in der ZwAVO. nicht von der Tätigkeit der Auflösungsbehörden ausgeschieden, vielmehr ergibt der § 13 Abs. 4, daß die Auflösungsbehörden dabei tätig zu sein haben. Stelle daher das Nachlaßgericht gemäß der Vorschrift des § 13 Abs. 1 ein Gutsfolgezeugnis aus, so wird es damit i. S. des § 27 GebO. an Stelle der Auflösungsbehörden tätig. Wenn schon bei den nur dem Familieninteresse dienenden Fideikommissen neben der Aufsichtsgebühr eine besondere Gebühr für das Fideikommißfolgezeugnis nicht erhoben, sondern seine Erteilung durch die Aufsichtsgebühr abgegolten wurde (vgl. Mügel-Ehm, Die preuß. Kostengesetze, 7. Aufl., zu §§ 96, 97 S. 416/17 Anm. 2), so lag bei den aus der von der RVers. angeordneten Fideikommißauflösung hervorgehenden Waldgütern, die lediglich im öffentlichen Interesse vorgesehen sind, gewiß kein Grund vor, besondere Gebühren für Folgezeugnisse einzuführen und somit einen Nachlaß, zu dem ein solches dem öffentlichen Interesse dienendes Waldgut gehört, schwerer zu belasten als einen Nachlaß, der allein privaten Interessen dienstbar ist. Solche widersinnigen Gedanken können dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Hiermit steht im Einklang, daß die Kostengesetze keine Bestimmung über Erhebung einer Gebühr für das Waldgutsfolgezeugnis enthalten. Ohne solche Bestimmung ist aber die Erhebung einer Gebühr unstatthaft.

(LA. f. FamG., RE. Nr. 72, v. 15. Febr. 1928.)

*

2. Nach Fideikommißrecht besteht keine Verpflichtung, die zu einem Fideikommißvermögen gehörigen Wertpapiere und Geldbeträge zu hinterlegen, es sei denn, daß dies durch die Satzung oder durch besondere Anordnung der Auflösungsbehörden vorgeschrieben ist. †)

In einer bei dem Auflösungsamt für Familiengüter in B. anhängigen Fideikommißsache war ein aus dem Verkauf von Fideikommißgrundstücken herrührender, aus Wertpapieren und Geld bestehender Fonds bei der Preuß. Staatsbank (Seehandlung) hinterlegt worden. Eine Vorschrift der Satzung oder eine Anordnung der Auflösungsbehörde, die Hinterlegung erforderten, lag nicht vor. Die Staatsbank behandelte die Hinterlegung als eine solche i. S. der Hinterlegungsordnung, zahlte also auf die hinterlegten Gelder nicht die gewöhnlichen Bankzinsen, sondern die wesentlich niedrigeren Zinssätze der Hinterlegungsordnung.

Das Auflösungsamt in B. hat aus diesem Anlaß die Frage aufgeworfen, ob eine Hinterlegung derartiger Fonds fideikommißrechtlich, ohne besondere Vorschrift der Satzung oder Anordnung der Auflösungsbehörden, erforderlich sei, und hat die Sache dem Landesamt vorgelegt mit dem Antrage, über diese Frage gem. § 27 Abs. 4 ZwAVO. einen Rechtsentscheid zu erlassen. Es hat sich gutachtlich dahin geäußert, daß die Frage zu verneinen sei.

Die grundsätzliche Bedeutung der Frage ist anzuerkennen.

Das Landesamt trägt kein Bedenken, die Frage ebenso wie das Auflösungsamt B. und fast alle übrigen Auflösungsämter zu verneinen.

Was zunächst das geschriebene Recht betrifft, so findet sich im Rechtsgebiet des gemeinen und des rheinischen Rechts keine fideikommißrechtliche Vorschrift, die eine Hinterlegung anordnet. Das ALR. enthält in § 112 II 4 die Bestimmung, daß der Käufer eines wegen Substanzschulden gerichtlich verkauften Fideikommißgutes „nur in das gerichtliche Depositum mit Sicherheit zahlen kann". Eine ähnliche Bestimmung enthält § 131 II 4 ALR., wonach der Schuldner eines Geldfideikommißkapitals, der diese Eigenschaft kennt oder kennen muß, „dasselbe nur auf richterlichen Befehl oder in das gerichtliche Depositum sicher bezahlen" kann. Beide Bestimmungen kommen hier nicht in Betracht. Es handelt sich in beiden Fällen um eine Hinterlegung im Interesse des Schuldners, dem eine sichere Möglichkeit geboten werden soll, sich von seiner Schuld zu befreien. Bei der hier zu entscheidenden Frage aber handelt es sich um eine Hinterlegung im Interesse des Fideikommißvermögens, zur Sicherstellung der dazu gehörigen Werte. Hierüber findet sich auch im ALR. keine Bestimmung.

Es bleibt sonach die Frage zu prüfen, ob ein Hinterlegungszwang sich etwa gewohnheitsrechtlich ausgebildet hat. Auch diese Frage ist zu verneinen. Wie die Berichte der Auflösungsämter erkennen lassen, fehlt es schon an der zur Bildung eines Gewohnheitsrechts erforderlichen dauernden tatsächlichen Übung. Es herrscht vielmehr eine große Verschiedenheit in der Behandlung der Fideikommißfonds. Zwar bestehen bei einer großen Zahl von Fideikommissen Hinterlegungsmassen bei der Preuß. Staatsbank. Dieser Zustand ist bei mehreren Auflösungsämtern von früher übernommen und nicht geändert worden, obwohl Zweifel an der Notwendigkeit einer förmlichen Hinterlegung bestanden. Man hielt diesen Zustand wohl in vielen Fällen auch lediglich deshalb aufrecht, weil die Hinterlegung für zweckmäßig erachtet wurde. Allgemein ist das Streben nach möglichst sicherer Verwahrung unter der Aufsicht der Auflösungsbehörden; die zu diesem Zwecke eingeschlagenen Wege aber sind durchaus verschieden. Häufig ist statt förmlicher Hinterlegung anderweite Verwahrung für ausreichend erachtet worden. Auch die Staatsbank ist mehrfach zur Verwahrung der Fonds benutzt worden, jedoch durchaus nicht ausschließlich, sondern neben landschaftlichen Kreditinstituten und solchen privater Art. Die Verwahrung pflegt dann mit der Maßgabe zu erfolgen, daß die Verfügung über das Depot von der Zustimmung der Aufsichtsbehörde abhängig ist. Dies hat auch den Vorteil, daß für Geld erheblich höhere Zinssätze als die gesetzlichen Hinterlegungszinsen erzielt werden.

Der Entw. eines Ges. über Familienfideikommisse von 1913 sah in § 37 allerdings vor, daß die Anlegung des Familienfideikommißfonds entsprechend den für die Anlegung von Mündelvermögen geltenden Vorschriften erfolgen solle. Ähnliches war auch in dem Entw. von 1903 (§§ 56—58) enthalten. Diese Bestimmungen lassen jedoch nicht erkennen, daß damit geltendes Recht wiedergegeben werden sollte; vielmehr sollte dadurch einem vielfach geübten Brauch wohl erst die gesetzliche Grundlage gegeben werden. Bedeutsam ist, daß der JustMin. in einem Erlaß v. 8. Jan. 1915, I 2862 an den OLGPräs. in Kiel sich dahin ausgesprochen hat, daß die „Hinterlegung" in Lehns-, Familienfideikommiß- und Stiftungssachen gesetzlich nur für Sonderfälle (z. B. in § 131 II 4 ALR.) vorgeschrieben ist, daß sie aber im übrigen nur dann zu erfolgen hat, wenn die Stiftungsurkunde sie vorschreibt oder die Aufsichtsbehörde sie verlangt.

---

lösungsamts (§ 18 N. 6 GebO.) abgegolten wird, erscheint auf den ersten Blick etwas merkwürdig. Aber die Begründung ist überzeugend. Nach § 27 GebO. fällt auch die Tätigkeit des Gerichts, wenn sie sich auf diese Dinge bezieht, unter die GebO. Auch die ausdrückliche Bezugnahme auf § 13 ZwAVO. im § 18 Pos. 6 GebO. bestätigt die im RE. gebilligte Auslegung.

Daß beim Erlaß der ZwAVO. die Notwendigkeit bestand, die Gutsfolgezeugnisse den Nachlaßgerichten statt den Auflösungsämtern zuzuweisen, kann ich nicht anerkennen. Wenn auch der Nachlaßrichter zuständig für den Erbschein ist und dieser gegebenenfalls präjudiziell sein mag für das Gutsfolgezeugnis, so wäre es doch zweckmäßiger gewesen, dem als Aufsichtsstelle mit den Verhältnissen vertrauten Auflösungsamt die Bescheinigung der Gutsfolge vorzubehalten.

Die Nachlaßgerichte pflegen nicht sehr geneigt zu sein, auf diese ihnen oft wenig bekannten Pfade sich zu begeben, wie man insbes. erfahren kann, wenn es gilt, den Nachweis der Nacherbenfolge gem. § 9c FamGVO. zu führen. JR. Dr. Stahl, Kassel.

Zu 2. Da, wie der vorstehende Rechtsentscheid zutreffend ausführt, weder gesetzliche noch gewohnheitsrechtliche Bestimmungen über die Anlegung von Fideikommißkapitalien bestehen, hat die Auflösungsbehörde über die Anlegung von Fideikommißkapitalien nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Sie wird hierbei einerseits die Sicherstellung der Kapitalien, andererseits aber auch deren möglichst nutzbringende Anlegung im Auge haben. Beiden Gesichtspunkten wird Rechnung getragen, wenn die Anlegung der Fideikommißkapitalien bei einer einwandfreien Bank derart erfolgt, daß der Fideikommißbesitzer über die Kapitalien nur mit Zustimmung der Auflösungsbehörden verfügen kann. Dies ermöglicht die Anlegung des Fideikommißkapitals zu einem angemessenen Zinssatze, während die Hinterlegung bei den amtlichen Hinterlegungsstellen eine zeitgemäße Verzinsung der Fideikommißkapitalien ausschließen würde.

Vorstehendes gilt nur, wenn das Fideikommißkapital nur vorübergehend anzulegen ist. Bei längerer Investierung kommt in erster Linie die Anlegung in mündelsicheren Papieren und deren Niederlegung bei einer einwandfreien Bank mit der Maßgabe in Frage, daß der Fideikommißbesitzer über das Depot nur mit Zustimmung der Auflösungsbehörden verfügen darf.

RA. Dr. Wilhelm Beutner, Berlin.

Nur das Auflösungsamt in H., in dessen Bezirk die ständige Praxis herrscht, Fideikommißvermögen wie Mündelvermögen zu behandeln und demnach Wertpapiere gem. § 1814 BGB. zu hinterlegen, ist der Auffassung, daß sich ein dahingehendes Gewohnheitsrecht gebildet habe.

Angesichts der oben angeführten Tatsachen kann jedoch eine allgemeine von Rechtsüberzeugung getragene dauernde tatsächliche Übung, wie sie zur Bildung eines Gewohnheitsrechts erforderlich wäre, nicht festgestellt werden. Die Bildung eines Sondergewohnheitsrechts für einen nicht autonomen Teil eines Rechtsgebiets ist unmöglich.

Hiernach ergab sich die Beantwortung der gestellten Fragen dahin, daß — abgesehen von besonderen Vorschriften der Satzung und Anordnungen der Auflösungsbehörden — ein fideikommißrechtlicher Zwang zur förmlichen Hinterlegung von Wertpapieren und Geldern, die zu einem Fideikommißvermögen gehören, nicht besteht. Eine andere sichere Verwahrung unter der Aufsicht der Auflösungsbehörde genügt und verdient bei Geld in der Regel den Vorzug, wenn dadurch höhere Zinssätze als die gesetzlichen Hinterlegungszinsen erzielt werden können.

(LA. f. FamGüt., RE. Nr. 73 v. 27. Juni 1928.)

Übersicht der Rechtsprechung.

(Die rechtsstehenden Ziffern bedeuten die Seitenzahlen des Heftes.)

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Art. 11, 30 EGBGB.; § 6 Abs. 1 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923; § 256 ZPO. In der Tschechoslowakei ohne die Form des § 313 BGB. abgeschlossene Grundstücksverkäufe sind in Deutschland anzuerkennen. Jeder Vertragschließende kann Feststellung dahin verlangen, daß der Vertragsinhalt der Verwaltungsbehörde vollständig und richtig mitgeteilt worden sei. Wegen der Wirkung eines solchen Urteils auf die Entschließung der Verwaltungsbehörde über die Genehmigung ist das Feststellungsinteresse insoweit gegeben. Ein dahingehender Widerklageantrag ist nicht nur eine Einkleidung des Antrags auf Abweisung der negativen Feststellungsklage, daß dem Bell. keine Rechte aus dem Kaufvertrag zustehen. RG. . . . . 2454[18]

Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 31, 89, 179, 254 BGB. 1. Eine kleine Landgemeinde beschließt Bürgschaft für einen Fabrikanten zu übernehmen; der Bürgermeister setzt eigenmächtig das Akzept der Gemeinde auf einen Blankowechsel, der dann auf 10000 RM. ausgefüllt wird. Die Gemeinde kann zwar nicht aus dem Wechsel in Anspruch genommen werden, haftet aber für die unerlaubte Handlung des Bürgermeisters, die als im Rahmen seiner Befugnisse liegend anzusehen ist. 2. Bei Abwägung von Arglist und Vorsatz einerseits, Fahrlässigkeit anderseits widerspricht es im allgemeinen der Billigkeit, mitwirkendes Verschulden des vorsätzlich oder arglistig Geschädigten anzunehmen. RG. . . . . 2433[1]

§§ 134, 817 Abs. 2 BGB.; §§ 3 Nr. 2, 7 Nr. 1. Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1928. Zur Umgehung der durch die Bekanntmachung gegebenen Hindernisse tritt im Einverständnis des Verkäufers für den wirklichen Käufer eines Landgutes, einen Kaufmann, ein Landwirt auf, der als Eigentümer eingetragen wird. Der wirtschaftliche Erwerber leistet die Anzahlung im Namen des Scheineigentümers; demnächst vereinbart der Verkäufer mit dem Scheineigentümer die Aufhebung des Kaufvertrages, nimmt das Gut wieder in Besitz und rechnet gegenüber der Forderung des Scheineigentümers auf Rückgewähr der Anzahlung mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restkaufgeldes auf. Der ursprüngliche Vertrag ist nichtig; dem wirklichen Käufer stehen daraus und auch aus anderen Rechtsgründen keine Ansprüche gegen den Verkäufer zu. RG. . . . . 2455[19]

§§ 138, 817 BGB. Wirkung eines nichtigen Kastellanvertrages auf einen im Zusammenhang mit ihm abgeschlossenen Darlehensvertrage. Keine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB. auf den Darlehensrückforderungsanspruch. OLG. Köln . . . . . 2477[13]

§ 138 BGB.; §§ 1, 4, 9 RSiedlG. Zulässigkeit des Rechtsweges. Das den gemeinnützigen Siedlungsunternehmen verliehene Vorkaufsrecht kann nur „zur Schaffung neuer Ansiedlungen, sowie zur Hebung bestehender Kleinbetriebe" — § 1 —, nicht auch zu anderen Zwecken, namentlich nicht zu eigenem Gebrauche ausgeübt werden. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes hängt nicht vom freien Ermessen des Siedlungsunternehmens ab; dieses hat sich vielmehr von einer auf die Zwecke der Siedlung und auf die berechtigten volkswirtschaftlichen zu billigenden Belangen des Grundstückskäufers zu nehmenden Rücksicht leiten zu lassen. RG. . . . . 2461[23]

§§ 171—173 BGB. Die Vollmacht deckt den gutgläubigen Erwerb vom Bevollmächtigten nur dann, wenn sie bei Abschluß des Rechtsgeschäfts vorgelegt wird, nicht auch dann, wenn sie als bei den Grundakten vorhanden erwähnt wird. RG. . . . . 2436[2]

§§ 249, 254 BGB. Vorteilsausgleichung. Anwendbarkeit 1. auf vertragsmäßige Schadensersatzansprüche, 2. auf ein Garantieversprechen, 3. bei einer Ausbietungsverpflichtung. OLG. Köln . . . 2478[13]

§ 254 BGB. Bei Abwägung von Arglist und Vorsatz einerseits, Fahrlässigkeit anderseits widerspricht es im allgemeinen der Billigkeit, mitwirkendes Verschulden des vorsätzlich oder arglistig Geschädigten anzunehmen. RG. . . . . 2433[1]

§ 313 BGB. Schwarzkauf. Die Einrede der Arglist setzt Täuschung über das Erfordernis der Beurkundung des richtigen Vertragsinhalts voraus. Grundsätze über den Ausgleich der Aufwendungen des zur Rückauflassung verurteilten Käufers mit den inzwischen gezogenen Nutzungen. RG. . . . . 2437[3]

§§ 313, 344 BGB. Die Zusage einer Vertragsstrafe in einem auf Vermittlung des Ankaufs eines Grundstücks gerichteten Vertrage unterliegt dem Formzwange nicht. RG. . . . . 2438[4]

§§ 313, 826 BGB. Arglisteinrede gegen eine Schwarzkaufklage auf Grund fahrlässigen Verhaltens eines als Gehilfen des Verkäufers — nicht als Urkundsperson — tätig gewesenen Notars. KG. . . 2472[3]

§§ 415, 416 BGB.; § 53 ZwVG. Der Gläubiger kann die gesetzliche Schuldübernahme des § 53 ZwVG. auch ohne Mitteilung durch den Schuldner genehmigen. In der Klagerhebnung gegen den Ersteher liegt eine stillschweigende Genehmigung der Schuldübernahme durch ihn. OLG. Hamburg . . . . . 2476[9]

§§ 415, 416 BGB. Die Schuldübernahme ist, wenn sie nicht als unbedingte gewollt ist, auch dann möglich, wenn der zu befreiende Veräußerer mangels Schuldübernahme von seinem Vormann noch nicht persönlicher Schuldner geworden war, sofern er es nur später wurde. RG. . . . . 2440[6]

§ 415 BGB. Genehmigung der Schuldübernahme durch Verhandlung des Gläubigers mit dem Schuldübernehmer über die Hypothek. OLG. Dresden . . . . . 2475[8]

§§ 415, 157 BGB. Vereinbaren Verkäufer und Käufer eines Grundstücks, daß der Käufer die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis als Selbstschuldner übernehmen soll, ist jedoch Verkäufer wegen Mangels der Genehmigung seiner Schuldübernahme durch den Gläubiger selbst noch nicht Schuldner geworden, so ist anzunehmen, daß die Beteiligten die Schuldübernahme für den Fall wollten, daß der Verkäufer durch die nachträgliche Genehmigung des Gläubigers Schuldner würde. OLG. Naumburg . . . . . 2480[15]

§ 419 BGB. Haftung des Übernehmers eines bäuerlichen Anwesens als persönlicher Schuldner für Aufwertungsforderungen gegen den Übergeber aus Hypotheken, die zur Zeit der Gutsübergabe (Februar 1925) zurückbezahlt und gelöscht waren. OLG. München 2479[14]

§ 419 BGB. Entgeltlichkeit der Übernahme ist unerheblich. OLG. Jena . . . . . 2476[10]

§ 481 f. BGB. Gewährschaft für Trächtigkeit, Beginn der Verjährung, Kalbgewährschaft mit Vereinbarung eines bestimmten Endtermins enthält keine Vereinbarung einer Gewährfrist. LG. Schwäbisch Hall . . . . . 2482[1]

§§ 516, 2325 BGB. Eine Grundstücksverschleuderung in der Inflation ist keine Schenkung. OLG. Jena . . . . . 2476[10a]

§§ 812, 814 Abs. 1 BGB. Konditktion der Auflassung auf Grund eines Schwarzkaufes unter Geltung des PrGrVerkG. Wegen der verschiedenen Rechtsfolgen ist klarzustellen, ob der Kondiktionsfall des § 812 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 vorliegt. RG. . . . . 2444[8]

§§ 812, 818 BGB.; § 23 PrJagdO. Umfang der Bereicherung bei Ausübung einer Jagdpacht auf Grund eines wegen Formmangels ungültigen Pachtvertrages. OLG. Köln. . . . . 2476[11]

§§ 812, 816 BGB. Zuwendung eines gegen einen Dritten gerichteten Auflassungsanspruchs als Erlangung „auf Kosten" eines Anderen; auch der zufolge nichtiger Auflassung eingetretene bloße Bucherwerb stellt einen kondizierbaren Wert dar. Der Anspruch aus § 816 setzt voraus, daß der durch die unberechtigte Verfügung Betroffene zu dieser Verfügung selbst berechtigt gewesen wäre; der schuldrechtliche Auflassungsanspruch stellt in diesem Sinne kein Berechtigung zur Verfügung über das Grundstück dar; die Weiterauflassung des durch eine nichtige und kondizierbare Auflassung erworbenen Grundstücke ist keine Verfügung über den dem Nichtberechtigten zugewendeten Auflassungsanspruch des Veräußerers an einen Dritten. RG. . 2442[7]

§ 817 Abs. 2 BGB.; §§ 3 Nr. 2, 7 Nr. 1. Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918. Zur Umgehung der durch die Bekanntmachung gegebenen Hindernisse tritt im Ein-

verständnis des Verkäufers für den wirklichen Käufer eines Landgutes, einen Kaufmann, ein Landwirt auf, der als Eigentümer eingetragen wird. Der wirtschaftliche Erwerber leistet die Anzahlung im Namen des Scheineigentümers; demnächst vereinbart der Verkäufer mit dem Scheineigentümer die Aufhebung des Kaufvertrages nimmt, das Gut wieder in Besitz und rechnet gegenüber der Forderung des Scheineigentümers auf Rückgewähr der Anzahlung mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restkaufgeldes auf. Der ursprüngliche Vertrag ist nichtig; dem wirklichen Käufer stehen daraus und auch aus anderen Rechtsgründen keine Ansprüche gegen den Verkäufer zu. RG. . . . . 2455[19]

§§ 817, 138 BGB. Wirkung eines nichtigen Kastellanvertrages auf einen im Zusammenhang mit ihm abgeschlossenen Darlehensvertrage. Keine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB. auf den Darlehensrückforderungsanspruch. OLG. Köln . . . . . 2477[12]

§ 819 BGB. Der im Abs. 1 dieser Gesetzesstelle bestimmte Zeitpunkt für die strengere Haftung des Bereicherten ist genau zu nehmen; später eintretende Verluste sind nur zu beachten, wenn sie im entscheidenden Zeitpunkte schon unausbleiblich waren. RG. . . . . 2444[9]

§ 826 BGB.; § 445 ZPO. Erschleichung eines Grundstückes durch dolloses Zusammenwirken mit dem zur Verschaffung des Grundstückes verpflichteten stillen Stellvertreter. Die Zuschiebung eines auf die Kenntnis von Vorgängen zwischen dritten Personen abgestellten Eides braucht nicht anzugeben, wie die Partei, welche die Nichtkenntnis beschwören soll, die Kenntnis erlangt haben soll. RG. . . . . 2446[10]

§§ 833, 254, 823, 960 BGB. Gefangengehaltene Rehböcke sind gefangene wilde Tiere. Der Eigentümer verliert sein Eigentum an ihnen erst durch Aufgabe der Verfolgung. KG. . . . . 2471[1]

§§ 878, 135, 136, 313 BGB.; §§ 935, 938 ZPO. Durch eine einstw. Verf. kann dem GBA. nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zur Pflicht gemacht werden. Eine einstw. Verf., welche dem Käufer verbietet, bei dem GBA. den Antrag auf Umschreibung des Eigentums zu stellen, bedeutet, daß ihm zugleich auch verboten werden soll, einen bereits gestellten Antrag auf Umschreibung aufrechtzuerhalten. Es kann nicht nur das in § 938 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich aufgestellte Veräußerungsverbot, sondern auch ein Erwerbsverbot erlassen werden. Eine einstw. Verf. begründet dann ein von dem Grundbuchrichter zu beachtendes Eintragungshindernis. Eine diesem Erwerbsverbot zuwider getroffene Verfügung ist demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist, unwirksam. Die vom Grundbuchrichter trotzdem vorgenommene Eintragung hat dann nicht die Wirkung der Eigentumsübertragung. Auch eine nach Eingang des Eintragungsantrages beim GBA. eingegangene solche einstw. Verf. hat die Wirkung. RG. . . . . 2462[25]

§§ 947, 950 BGB. Die Okulierung von fremden Rosenwildlingen mit eigenen Edelreisern ist keine Verarbeitung oder Umbildung, durch welche eine neue Sache entstünde, an der der Veredelnde das Eigentum erwürbe. RG. . . . . 2448[13]

§§ 989, 990, 1004 BGB. Schwarzkauf. Die Pflicht zur Beseitigung der neuen Belastungen beurteilt sich nach §§ 988, 990, nicht nach § 1004, setzt also die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers bei der Bestellung voraus. RG. . . . . 2447[12]

§§ 1004, 1133, 1134, 1227 BGB. Recht des Pfandgläubigers an einer Hypothek im Falle der §§ 1133, 1134 BGB. OLG. Breslau 2474[6]

§§ 1004, 989, 990 BGB. Schwarzkauf. Die Pflicht zur Beseitigung der neuen Belastungen beurteilt sich nach §§ 988, 990, nicht nach § 1004, setzt also die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers bei der Bestellung voraus. RG. . . . . 2447[12]

§§ 1113, 1115 BGB. Eine Höchstbetraghypothek kann für die Verbindlichkeiten mehrerer Schuldner, die nicht Gesamtschuldner sind, nicht wirksam eingetragen werden. RG. . . . . 2449[14]

§§ 1133, 1134, 1227, 1004 BGB. Recht des Pfandgläubigers an einer Hypothek im Falle der §§ 1133, 1134 BGB. OLG. Breslau 2474[6]

Pachtschutz.

§ 1 RPSchO.; **§ 2 PrPSchO.** Seit der Festigung der deutschen Währung ist eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten, die auch bei Jagdpachtverträgen die Änderung des Pachtzinses rechtfertigen kann. Der RE. v. 9. Juli 1926, 17 Y 50/26, trifft für die PrPSchO. v. 18. Aug. 1927 nicht zu. KG. . . . . 2469[3]

§ 1 RPSchO.; **§ 2 PrPSchO.** Tritt in einen bestehenden Pachtvertrag an Stelle des bisherigen Pächters ein neuer Pächter durch Vereinbarung mit dem Verpächter ein, so kann eine Leistungsänderung gemäß § 2 PrPSchO. nicht deshalb erfolgen, weil sich die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse während der Pachtdauer, aber vor dem Abschluß des Vertrages mit dem neuen Pächter verändert haben. KG. 2468[2]

§ 1 Abs. 1 PrPSchO. Die Vereinbarung des Pächters mit einem Dritten, wonach der Pächter seine Pachtrechte auf den Dritten gegen Entgelt überträgt, gehört zu den sonstigen Vereinbarungen i. S. § 1 Abs. 1 Satz 2 PrPSchO. KG. . . . . 2467[1]

Kleingartenordnung.

§ 5 KlGartO. muß dahin ausgelegt werden, daß mit der Entziehung der Anerkennung der Gemeinnützigkeit der Weiterverpächter so dastehen soll, wie jeder andere nicht gemeinnützige Verpächter, daß also ein Vertrag mit ihm nach § 5 Abs. 1 Satz 2 nunmehr nichtig ist. KG. . . . . 2474[5]

Reichsheimstättengesetz.

§ 12, 14 RHeimstättG. Auch der vertragliche Heimfallanspruch hat kraft Gesetzes die Wirkung einer Vormerkung. KG. . . . . 2467[2]

Reichssiedlungsgesetz.

§§ 1, 4, 9 RSiedlG. Zulässigkeit des Rechtsweges. Das den gemeinnützigen Siedlungsunternehmern verliehene Vorkaufsrecht kann nur „zur Schaffung neuer Ansiedlungen, sowie zur Hebung bestehender Kleinbetriebe" — § 1 —, nicht auch zu anderen Zwecken, namentlich nicht zu eigenem Gebrauche ausgeübt werden. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes hängt nicht vom freien Ermessen des Siedlungsunternehmens ab; dieses hat sich vielmehr von einer auf die Zwecke der Siedlung und auf die berechtigten volkswirtschaftlichen zu billigenden Belangen des Grundstückskäufers zu nehmenden Rücksicht leiten zu lassen. RG. . . . . 2461[23]

Aufwertungsgesetz.

§ 66 AufwG. Der Verpächter braucht die von ihm bei einer Bank angelegte Pachtkaution dem Pächter nicht aufzuwerten, wenn die Parteien darüber einig waren, daß das Geld bei einer Bank eingezahlt wurde und sich hier ohne Bereicherung des Verpächters entwertete. OLG. Breslau . . . . . 2475[7]

Betriebsrätegesetz.

§ 35 BetrRG.; **§§ 84, 86 ArbGG.** Freistellung von Betriebsratsmitgliedern. Verfahrensgrundsätze in dem hierauf gerichteten Beschlußverfahren. RArbG. . . . . 2483[1]

Genossenschaftsgesetz.

§ 81 GenG. Eine Pferdezuchtgenossenschaft, die einer Polizeiverordnung zuwider Kaltblutzucht betreibt, macht sich damit noch nicht einer gesetzwidrigen, das Gemeinwohl gefährdenden Handlung i. S. § 81 Abs. 1 GenG. schuldig. PrOVG. . . . . 2493[3]

2. Verfahrensrecht.

Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 13 GVG.; §§ 200 Abs. 2, 203, 50, 76 PreußWasserG. Für den Entschädigungsanspruch des durch eine nicht genehmigte Wassergewinnung Geschädigten ist der Rechtsweg zulässig. RG. . . 2461[24]

§ 13 GVG. Zulässigkeit des Rechtsweges. Das den gemeinnützigen Siedlungsunternehmern verliehene Vorkaufsrecht kann nur „zur Schaffung neuer Ansiedlungen, sowie zur Hebung bestehender Kleinbetriebe" — § 1 —, nicht auch zu anderen Zwecken, namentlich nicht zu eigenem Gebrauche ausgeübt werden. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes hängt nicht vom freien Ermessen des Siedlungsunternehmens ab; dieses hat sich vielmehr von einer auf die Zwecke der Siedlung und auf die berechtigten volkswirtschaftlichen zu billigenden Belangen des Grundstückskäufers zu nehmenden Rücksicht leiten zu lassen. RG. . . . . 2461[23]

Zivilprozeßordnung.

§ 256 ZPO.; Art. 30 EGBGB.; § 6 Abs. 1 PrGrVerkG. v. 10. Febr 1923. In der Tschechoslowakei ohne die Form des § 313 BGB. abgeschlossene Grundstücksverkäufe sind in Deutschland anzuerkennen. Jeder Vertragschließende kann Feststellung dahin verlangen, daß der Vertragsinhalt der Verwaltungsbehörde vollständig und richtig mitgeteilt worden sei. Wegen der Wirkung eines solchen Urteils auf die Entschließung der Verwaltungsbehörde über die Genehmigung ist das Feststellungsinteresse insoweit gegeben. Ein dahingehender Widerklageantrag ist nicht nur eine Einkleidung des Antrags auf Abweisung der negativen Feststellungsklage, daß dem Bekl. keine Rechte aus dem Kaufvertrag zustehen. RG. . . . . 2454[18]

§ 271 ZPO. Der Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. kann auch ohne Zustimmung des Gegners jederzeit zurückgenommen werden. KG. . . . . 2472[2]

§ 445 ZPO. Die Zuschiebung eines auf die Kenntnis von Vorgängen zwischen dritten Personen abgestellten Eides braucht nicht anzugeben, wie die Partei, welche die Nichtkenntnis beschwören soll, die Kenntnis erlangt haben soll. RG. . . . . 2446[10]

§§ 935, 938 ZPO.; §§ 135, 136, 313, 878 BGB. Durch eine einstw. Verf. kann dem GBA. nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zur Pflicht gemacht werden. Eine einstw. Verf., welche dem Käufer verbietet, bei dem GBA. den Antrag auf Umschreibung des Eigentums zu stellen, bedeutet, daß ihm zugleich auch verboten werden soll, einen bereits gestellten Antrag auf Umschreibung aufrechtzuerhalten. Es kann nicht nur das in § 938 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich aufgestellte Veräußerungsverbot, sondern auch ein Erwerbsverbot erlassen werden. Eine einstw. Verf. begründet dann ein von dem Grund-

buchrichter zu beachtendes Eintragungshindernis. Eine diesem Erwerbsverbot zuwider getroffene Verfügung ist demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist, unwirksam. Die vom Grundbuchrichter trotzdem vorgenommene Eintragung hat dann nicht die Wirkung der Eigentumsübertragung. Auch eine nach Eingang des Eintragungsantrages beim GBA. eingegangene solche einstw. Verf. hat die Wirkung. RG. . . . . 2462[25]

§ 941 ZPO. Verfügungsverbote dürfen im Grundbuch vor Zustellung der sie anordnenden einstweiligen Verfügung eingetragen werden. KG. . . . . 2466[1]

Arbeitsgerichtsgesetz.

§§ 84, 86 ArbGG.; § 35 BetrRG. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern. Verfahrensgrundsätze in dem hierauf gerichteten Beschlußverfahren. RArbG. . . . . 2483[1]

Zwangsversteigerungsgesetz.

§ 53 ZwVG.; §§ 415, 416 BGB. Der Gläubiger kann die gesetzliche Schuldübernahme des § 53 ZwVG. auch ohne Mitteilung durch den Schuldner genehmigen. In der Klagerhebung gegen den Ersteher liegt eine stillschweigende Genehmigung der Schuldübernahme durch ihn. OLG. Hamburg . . . . . 2476[9]

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 308 StGB. Selbst verdorrtes, halb verfaultes Gras kann zu den „Früchten auf dem Felde" i. S. des § 308 StGB. gerechnet werden. RG. . . . . 2464[27]

Begriff des Gebäudes i. S. des § 308 StGB. RG. . 2463[26]

§ 370 Nr. 4 StGB.; BayFischG. Der Erwerber des Fischereirechtes des Mitgliedes einer öffentl. Fischereigenossenschaft wird nicht ohne weiteres Mitglied der Genossenschaft und kann auch durch die Satzung hierzu nicht gezwungen werden. Für die Verpachtung von selbständigen Fischereirechten gilt § 581 Abs. 2 BGB. BayObLG. 2470[1]

Strafprozeßordnung.

§ 244 StPO. Der Beweisantrag, daß auf einen Belastungszeugen eingewirkt ist, kann wegen der sich aus dem Gelingen des Beweises ergebenden anderen Bewertung der Aussage dieses Belastungszeugen erheblich sein. RG. . . . . 2463[26]

C.

Steuerrecht.

1. Reich.

Reichsabgabenordnung.

§ 96 RAbgO. Der Veräußerung eines Unternehmens im ganzen ist die Verpachtung gleichzuachten. RFH. . . . . 2485[2]

§ 359 RAbgO. Vorsatz der Grunderwerbssteuerhinterziehung durch Angabe eines zu niedrigen Kaufpreises, trotz der Voraussicht, daß nicht er, sondern der gemeine Wert der Besteuerung zugrunde gelegt werden würde. § 50 Abs. 2 ZuwStG. nicht nur anwendbar bei auf Verlangen der Steuerbehörde gemachten Angaben. RG. . . 2465[28]

Umsatzsteuergesetz.

§ 2 Nr. 4 UmsStG. Der Weidevertrag unterscheidet sich vom Grasgewinnungsvertrag und ist regelmäßig als Grundstückspachtvertrag anzusehen. RFH. . . . . 2486[3]

Grunderwerbsteuergesetz.

§§ 1, 23 Abs. 1a Nr. 3 GrErwStG. Für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung ist Grunderwerbsteuer nicht zu erheben, wenn und soweit der Ersteher im Zeitpunkt des Zuschlags schon Eigentümer des Grundstücks war. RFH. . . . . 2487[4]

§ 8 Nr. 1 GrErwStG. Heißt es in einem Schenkungsvertrag über ein Grundstück, daß die Lasten und Nutzungen von einem bestimmten Tage an auf den Beschenkten übergehen, so bedeutet das in der Regel keine Übernahme der persönlichen Hypothekenschuld. Schenkung unter einer Auflage kann nur dann angenommen werden, wenn sich die Beteiligten bewußt waren, daß der Schenker zur Tilgung der persönlichen Schuld seinerzeit außerstande sein wird. RFH. . . . . 2489[8]

§ 8 Nr. 5 u. 6 GrErwStG. a) Die Übertragung von Grundstücken, die einer aus dem Erblasser und einem Miterben bestehenden offenen Handelsgesellschaft gehörten, auf eine aus allen Miterben bestehende Aktiengesellschaft hat keinen Anspruch auf Steuerfreiheit, wenn die Miterben die nach dem Tode des Erblassers aufgelöste Handelsgesellschaft weiter fortgesetzt haben. b) Wie im Falle der Nr. 5 wird auch nicht im Falle der Nr. 6 die Anwendung der Befreiungsvorschrift dadurch ausgeschlossen, daß bei der Gründung der Vereinigung, der zugleich Grundstücke übereignet wurden, vorgeschobene Personen mitgewirkt haben, die nicht zu den Abkömmlingen gehörten. Zur Feststellung, daß dem so ist, genügt aber nicht die Feststellung, daß die zugezogenen fremden Personen als Treuhänder der Abkömmlinge bzw. Miterben verpflichtet sind, ihre Anteile an der Gesellschaft an die steuerbegünstigten Personen abzutreten, sondern es muß an der Hand von Tatsachen festgestellt werden, daß die Zuziehung nicht zugleich auf wirtschaftlichen Gründen beruht. RFH. . . . . 2487[5]

§ 8 Nr. 9 GrErwStG. Ob eine Grundstücksübertragung dem begünstigten Zwecke zu dienen bestimmt ist, entscheidet sich objektiv nach den Absichten der Vertragsparteien ohne Rücksicht darauf, ob sie der Gegenpartei bekannt waren. RFH. . . . . 2488[6]

§ 8 Nr. 10 GrErwStG. Flugplätze (Landungsplätze für Flugzeuge) gehören nicht zu den öffentlichen Plätzen i. S. der Vorschrift. RFH. . . . . 2488[7]

§§ 11, 12 GrErwStG. Über die Bedeutung eines Pachtrechts, wenn jemand das verpachtete Grundstück erwirbt und gleichzeitig sämtliche Geschäftsanteile der Pächter-GmbH. übernimmt. Kann das Pachtrecht einen besonderen Wert haben? RFH. . . . . 2489[9]

§ 12 GrErwStG. Werden einem Mühlenunternehmer auf Grund der §§ 46 ff. des preuß. Wassergesetzes v. 7. April 1913 Rechte verliehen, so ist, wenn das Grundstück mit Unternehmen veräußert wird, bei Feststellung des für die Steuer maßgebenden Preisbetrags, ähnlich wie bei Gastwirtschaften und Apotheken neueren Rechtes, der auf die Wasserrechte entfallende Teil des Preises mit einzurechnen. RFH. . 2490[10]

§ 13 GrErwStG. Außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens vom Ersteher übernommene Leistungen bleiben bei Feststellung des der Grunderwerbsteuer nach § 13 an Stelle des Veräußerungspreises zugrunde zu legenden Betrags außer Betracht. RFH. . . . . 2491[11]

§§ 20, 5 GrErwStG. Wenn ein Grundstück vom eingetragenen Eigentümer A an B., von B. in eigenem Namen an C. weiterverkauft, hierauf von A. an C. aufgelassen und C. im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird, so ist für die Besteuerung des dinglichen Übereignungsgeschäftes (A.—C.) nicht A., sondern B. als Veräußerer i. S. § 20 Abs. 1 Satz 1 GrErwStG. anzusehen. RFH. 2484[1]

2. Länder.

Preuß. Grundvermögensteuergesetz.

§ 2 GrVermStG. Zur Auslegung der Begriffe „Weidewirtschaft" und „Viehhandel". PrOVG. . . . . 2496[3]

Preuß. Gewerbesteuerverordnung.

PrGewStVO. v. 23. Nov. 1923. Zur Frage der Gewerbesteuerpflicht eines mit einem landwirtschaftlichen Betriebe verbundenen Kalkofens. PrOVG. . . . . 2496[7]

PrGewStVO. v. 23. Nov. 1923. Zur Frage der Gewerbesteuerpflicht einer Molkereigenossenschaft. PrOVG. . . . . 2493[4]

Preuß. Jagdsteuer.

Jagdsteuer. Pachtjagden müssen grundsätzlich mit den Eigenjagden gleichmäßig zur Steuer herangezogen werden. PrOVG. 2492[2]

Hamb. Grundsteuer.

Grundsteuerermäßigung bei nur unerheblicher Vermietung des Einzelhauses. HambOVG. . . . . 2499[13]

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

1. Reich.

Reichsverfassung.

Art. 131 RVerf.; §§ 831, 839 BGB. Auch wenn ein Beamter seine örtliche Zuständigkeit überschreitet, bleibt seine Handlung die eines Beamten, wenn er sich für zuständig gehalten und das hat erkennen lassen. Die Haftung der Körperschaft, in deren Dienste er steht, richtet sich deshalb auch in diesem Falle nur nach § 839 BGB., nicht nach § 831 BGB. Überwachung der Amtsführung eines Forstschutzbeamten durch eine kleine Landgemeinde. RG. . . . . 2449[15]

Gewerbeordnung.

§§ 14, 16, 147 II, 148 I RGewO. Der Verkauf selbstgemästeter und selbstgeschlachteter Schweine ist ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft. OLG. Celle . . . . . 2481[16]

Bekanntmachung des Bundesrats über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken.

Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918. Ein Vertrag, nach dem der Waldeigentümer sich verpflichtet, Holz zu schlagen und dann der Käuferin zu über-

eignen, fällt nicht unter die Bek. des Bundesrats v. 15. März 1918. RG. . . . . 2451[16]

§§ 3 Nr. 2, 7 Nr. 1 Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918; § 817 Abs. 2 BGB. Zur Umgehung der durch die Bekanntmachung gegebenen Hindernisse tritt im Einverständnis des Verkäufers für den wirklichen Käufer eines Landgutes, einen Kaufmann, ein Landwirt auf, der als Eigentümer eingetragen wird. Der wirtschaftliche Erwerber leistet die Anzahlung im Namen des Scheineigentümers; demnächst vereinbart der Verkäufer mit dem Scheineigentümer die Aufhebung des Kaufvertrages, nimmt das Gut wieder in Besitz und rechnet gegenüber der Forderung des Scheineigentümers auf Rückgewähr der Anzahlung mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restkaufgeldes auf. Der ursprüngliche Vertrag ist nichtig; dem wirklichen Käufer stehen daraus und auch aus anderen Rechtsgründen keine Ansprüche gegen den Verkäufer zu. RG. . . . . 2455[19]

§ 3 Bek. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918; § 4 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923. 1. Die nach dem Gesetz über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken erforderliche behördliche Genehmigung ist auch rechtswirksam, wenn der genehmigte Kaufvertrag einen unrichtigen Kaufpreis enthielt. 2. Der Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. kann auch ohne Zustimmung des Gegners jederzeit zurückgenommen werden. KG. 2472[3]

Industriebelastungsgesetz.

§ 5 IndBelG. Die auf Grund des IndBelG. zu zahlenden Beträge sind als eine Vermögenssteuer bzw. -abgabe anzusehen, die auf dem Vermögen als Einheit ruht. KG. . . . . 2473[4]

2. Länder.

Preuß. Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen.

§ 75 Abs. 2 PrLGemO. Landgemeinden mit weniger als 3000 Einwohnern können besoldete Gemeindevorsteher nicht anstellen und sind an die trotzdem erfolgte Anstellung auch dann nicht gebunden, wenn der Kreisausschuß die Anstellung genehmigt, der Landrat sie bestätigt und der Gemeindevorstand eine Anstellungsurkunde erteilt hat. RG. . . . . 2451[17]

Preuß. Grundstücksverkehrsgesetz.

PrGrVerkG. vom 10. Febr. 1923. Arglisteinrede gegen eine Schwarzkaufklage auf Grund fahrlässigen Verhaltens eines als Gehilfen des Verkäufers — nicht als Urkundsperson — tätig gewesenen Notars. KG.. . . . . 2472[3]

§ 6 Abs. 1 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923; Art. 30 EGBGB.; § 256 ZPO. In der Tschechoslowakei ohne die Form des § 313 BGB. abgeschlossene Grundstücksverkäufe sind in Deutschland anzuerkennen. Jeder Vertragschließende kann Feststellung dahin verlangen, daß der Vertragsinhalt der Verwaltungsbehörde vollständig und richtig mitgeteilt worden sei. Wegen der Wirkung eines solchen Urteils auf die Entschließung der Verwaltungsbehörde über die Genehmigung ist das Feststellungsinteresse insoweit gegeben. Ein dahingehender Widerklageantrag ist nicht nur eine Einkleidung des Antrags auf Abweisung der negativen Feststellungsklage, daß dem Bekl. keine Rechte aus dem Kaufvertrag zustehen. RG.. . . . . 2454[18]

Polizeirecht.

Eine polizeiliche Verfügung ist nur dann eine baupolizeiliche, wenn sie eine bauliche Maßnahme betrifft. PrOVG. . . . 2491[1]

Verordnung über das Verwaltungszwangsverfahren.

§ 3 Abs. 3 Preuß. VO. v. 15. Nov. 1899. Der Konkursverwalter kann eine gegen die Konkursmasse gerichtete im Verwaltungszwangsverfahren erwirkte Pfändung und Überweisung als Dritter im ordentlichen Rechtswege bekämpfen. RG. . . . . 2457[21]

Preuß. Wassergesetz.

PrWasserG. v. 7. April 1913; § 9 Ges. über den Staatsvertrag betr. Übergang der Wasserstraßen an das Reich v. 29. Juli 1921. Bei dem Übergang des Eigentums auf das Reich bleiben auch die aus dem Eigentum fließenden Jagdberechtigungen dem bisherigen Eigentümer erhalten. Verleihung des Privateigentums an öffentlichen Flüssen durch den Landesherrn. RG.. . . . . 2456[20]

§§ 40, 46, 65, 69, 91 WasserG. Die Beschwerdeinstanz hat ohne Rücksicht auf den Umfang der gestellten Anträge von Amts wegen zu prüfen, ob das Verleihungsverfahren zulässig ist. Bei dem Verleihungsbeschluß betr. Anlage eines Stauwerks ist zwischen dem Recht zur Stauung zwecks Abwendung der Hochwassergefahr und dem Recht zur Verwertung für gewerbliche Zwecke zu unterscheiden. Ersteres folgt aus dem Wassergesetz; letzteres bedarf der Verleihung nur, wenn es über die Grenzen des Eigentumsrechts hinausgeht. PrOVG. 2494[6]

§§ 200 Abs. 2, 203, 50, 76 PreußWasserG.; § 13 GVG. Für den Entschädigungsanspruch des durch eine nicht genehmigte Wassergewinnung Geschädigten ist der Rechtsweg zulässig. RG. . . 2461[24]

Preuß. Jagdordnung.

§§ 21 ff. PrJagdO. v. 15. Juli 1907; § 14 PrAusfG. z. ZPO. Fass. v. 1879, § 5 Fass. v. 1899; § 5 VO. v. 15. Nov. 1899. Keine erschöpfende Regelung der Nichtigkeit von Pachtverträgen in der JagdO. Keine Bindung des Jagdvorstehers an die ausgelegten Jagdpachtbedingungen. Nichtigkeit von solchen Bedingungen, die für Streitigkeiten und Vollstreckungen die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden bestimmen. Prüfung der Nichtigkeit des ganzen Vertrages. RG. 2459[22]

§ 24 PrJagdO.; §§ 812, 818 GBG. Umfang der Bereicherung bei Ausübung einer Jagdpacht auf Grund eines wegen Formmangels ungültigen Pachtvertrages. OLG. Köln . . . . . 2476[11]

Preuß. Gesetz über die Regelung des Körwesens.

Pr. Ges. über Regelung des Körwesens usw. v. 4. Aug. 1922. Eine Pferdezuchtgenossenschaft, die einer Polizeiverordnung zuwider Kaltblutzucht betreibt, macht sich damit noch nicht einer gesetzwidrigen, das Gemeinwohl gefährdenden Handlung i. S. § 81 Abs. 1 GenG. schuldig. PrOVG. . . . . 2492[9]

Preuß. Fluchtliniengesetz.

PrFluchtlG. Gemeindliche Anliegerbeitragsbarforderungen i. S. § 15 PrFluchtlG. haben wertbeständigen Charakter. PrOVG. 2493[5]

Fideikommißrecht.

§ 18 GebO. f. Auflösung d. FamG. Die Erteilung des Gutsfolgezeugnisses für den Waldsguterben fällt i. S. der GebO. für Auflösung von FamG. v. 11. Jan./31. Mai 1924 (GS. 29 u. 545) unter die Aufsichtstätigkeit der Behörden. PrLAfFamG. . . . . 2499[1]

Nach Fideikommißrecht besteht keine Verpflichtung, die zu einem Fideikommißvermögen gehörigen Wertpapiere und Geldbeträge zu hinterlegen, es sei denn, daß dies durch die Satzung oder durch besondere Anordnung der Auflösungsbehörden vorgeschrieben ist. PrLAfFamG. . . . . 2500[2]

Sächs. Verwaltungskostengesetz.

§ 21 Sächs. VerwKostG. i. d. Fass. v. 27. Mai 1924 (GBl. 332); § 31 Abs. 2 OrganisG. Für die Berechnung der den Grundstückseigentümern ortsgesetzlich auferlegten Schleusengebühr kann der Nutzungswert der Grundstücke als Grundlage verwendet werden. Beginn der Rekursfristen bei öffentlicher Bekanntgabe der Einheitssätze. SächsOVG. . . . . 2498[11]

Sächs. Gemeindeordnung.

§ 4 Abs. 2 Sächs. GemeindeO.; Sächs. Ges. über den Verkehr mit Grundstücken v. 20. Mai 1920. Grundsätzliche Unterscheidung zwischen eigenen und übertragenen Geschäften der Gemeinde und die hierbei in Betracht kommenden Merkmale. Die dem Stadtrate zustehende Entschließung über Genehmigung oder Nichtgenehmigung von Grundstücksveräußerungen ist ein übertragenes Geschäft der Gemeinde, ebenso die Entscheidung über die hierfür anzusetzenden Kosten. SächsOVG. . . . . 2498[10]

Sächs. Wassergesetz.

§§ 40, 41 Sächs. WasserG. Eine Gemeinde, die die einen Wasserlauf speisenden Quellen zum Zwecke ihrer Wasserversorgung ableitet, wird hierdurch nicht schadensersatzpflichtig gegenüber den dem Wasserlauf anliegenden Triebwerksbesitzern. SächsOVG. . . . . 2497[9]

Thür. Verwaltungsrecht.

Grenzen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Verkehrsräumen. Zur Frage der Möglichkeit stillschweigender Erteilung einer Polizeierlaubnis. Befugnis der Polizei, gegen eine Beeinträchtigung der „Leichtigkeit des Verkehrs" einzuschreiten. ThürOVG. . . . 2499[12]

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Nollendorf 6330.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.