

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.

Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63 673.

Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217 u. 218.

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

Anzeigen die 6 gepaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 155.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postcheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63 673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Berlin W 62, Maagenstr. 5, Zahlungen auf Postcheckkonto Berlin 55 445 zu richten.

Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maagenstr. 27 erbeten.

Kompetenzfragen unter Miterben.

Von Justizrat Dr. Preßler, Düsseldorf.

Das Miterbenverhältnis ist eine Gesamthandgemeinschaft, aber mit begrifflichen Abweichungen, weil sie nicht wie z. B. die Gütergemeinschaft für die Dauer, sondern für die Auf-
lösung bestimmt ist. Daher auch finden gewisse Vorschriften aus dem Titel über die Bruchteilsgemeinschaft Anwendung, die § 2038 Abs. 2 BGB. aufzählt, darunter auch § 745, wonach Handlungen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses gehören, mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden können. Den Gegensatz bilden Verfügungen, d. h. dingliche Veränderungen, die wie bei der Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 747 auch bei der Erbengemeinschaft gemäß § 2040 nur mit Stimmeinheit beschlossen werden können. Da nun aber die Grenze zwischen Verwaltung und Verfügung flüchtig ist, so entstehen Kompetenzkonflikte. In zahlreichen Fällen sind Verwaltungsmaßnahmen gleichzeitig Verfügungen oder bedingen Verfügungen. Zur Bestellung eines Hausverwalters bedarf es der Lohnzahlung, zur Eintragung einer fälligen Forderung, die zweifellos zur Verwaltung gehört (Staudinger, zu § 2038 Anm. 1 und 2), eines Gerichtskostenvorschusses, in beiden Fällen also einer Verfügung über die Erbschaftskasse. Oft sind auch Verfügungen verwaltungsmäßig nötig: Bei der Vermietung eines Hauses, die eine Verwaltungsmaßnahme ist (Staudinger, zu § 747 I), verlangt der Mieter den Ankauf vorhandener Treppenläufer. Oft ist auch eine Verpfändung erforderlich: Die Inbestimmung der Nachlassgegenstände, also ein Verwaltungsakt im engeren Sinn, erfordert die speditionsmäßige Beförderung von Sachen an den Ort der Verwaltung und somit die Hingabe in das Speditionspfand. Veräußerung und Verpfändung ist aber Verfügung. Diese Beispiele lassen sich so vermehren, daß Verwaltungsmaßnahmen ohne Verfügung die Ausnahme bilden. Der Konflikt zwischen § 2038 und § 2040 ist nur so zu lösen, daß man die erstere Bestimmung als die stärkere ansieht und somit alle Verfügungen, die durch ordnungsmäßige Verwaltung bedingt sind, der Kompetenz der Mehrheitsbeschlüsse unterwirft. So auch Staudinger, zu § 2038, 1, Abs. 2, „wonach zur Bornahme aller zur Sicherung der Nachlassgegenstände dienlichen Maßnahmen unter Umständen auch Veräußerungen gehören“. Pland, 4. Aufl., zu § 2038, 1, 2. Satz, wonach „zwar grundsätzlich Verfügungen nur mit Stimmeinheit, Verwaltungshandlungen aber, auch wenn eine Verfügung in Frage steht, durch Stimmenmehrheit beschlossen werden können“.

OLG. Posen: OLGsPr. 18, 328, wonach, wenn die Erbmasse einen landwirtschaftlichen Betrieb hat, die Veräußerung der dort gewonnenen Agrarprodukte nach § 2038 vor sich gehen kann. In Konsequenz dieser Auffassung muß auch die Erbenmehrheit berechtigt sein, die Veräußerung von Wertpapieren zu beschließen, wenn deren Abstoßung zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört.

Die §§ 2038 und 745 BGB. sprechen aber nur von Beschlüssen und nicht von deren Ausführung. Ist von der Mehrheit beschlossen, daß ein Mietvertrag getätigt werden soll, so fragt es sich, ob sie auch dieses Rechtsgeschäft mit Dritten wirksam abschließen kann, oder ob dazu die Mitwirkung aller nötig ist. Die letztere Ansicht vertritt OLG. Königsberg: OLGsPr. 18, 34. Danach müßte die Mehrheit zunächst den von § 2038 zugelassenen Weg beschreiten und die Minderheit auf Mitwirkung zum Abschluß des Mietvertrages einklagen. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt OLG. Kiel: SeuffArch. 61 Nr. 131; OLGsPr. 13, 428. Danach hat der Mehrheitsbeschuß nicht nur Innenwirkung, sondern auch Außenwirkung. Die Auffassung Kiel überwiegt jetzt in der Literatur: RGKomm. zu § 745 Anm. 1; Pland, zu § 2038, 1 (4. Aufl.); Staudinger, zu § 745, 1e. RGKomm. und Pland billigen auch die Konstruktion des OLG. Kiel, wonach die Mehrheit als von der Minderheit stillschweigend bevollmächtigt gilt, das Rechtsgeschäft mit Dritten zu tätigen. Diese stillschweigende Bevollmächtigung gibt dem Dritten die Rechtsföcherheit, weil eine Bevollmächtigung — selbstverständlich auch eine stillschweigende — abstrakter Natur ist, also unabhängig von der Gültigkeit des unterliegenden causa, also hier des Erbenbeschlusses (RG. 69, 234 = JW. 1908, 655). Daher bleibt, wie das OLG. Kiel hervorhebt, das Rechtsgeschäft wirksam, auch wenn der Beschluß nicht ordnungsmäßig zustande gekommen ist, z. B. wegen mangelnden Gehörs der Minderheit. Anders ist es aber auch nicht, wenn der Beschluß nicht formal, sondern materiell-rechtlich fehlerhaft ist, wenn er also z. B. die Grenzen der ordnungsmäßigen Verwaltung überschreitet oder Verfügungen trifft, die durch eine ordnungsmäßige Verwaltung nicht bedingt sind. Der Käufer von Agrarprodukten in dem oben genannten Fall braucht also nicht die Nichtigkeit des Kaufes zu befürchten, wenn auch sonst die gegen § 2040 verstoßenden Akte absolute Nichtigkeit nach sich ziehen (RG. 93, 292). Natürlich ist der Dritte nicht gesichert, wenn er den mit ihm

getätigten Akt nicht als fehlerfrei halten darf, denn auch hier herrscht der Grundsatz, daß ein dem Dritten erkennbarer Mißbrauch der Vollmacht keinen gültigen Vertrag erzeugt (Staudinger, zu § 167, 8b). So ist die Minderheit beispielsweise gegen offensichtliche Wertverschleuderung geschützt, indem der Verkauf ungültig ist. Aber auch in den Fällen, wo die Minderheit dem Dritten gegenüber die Gültigkeit der Verträge anerkennen muß, ist sie nicht ohne Schutz. Sie kann gegen die beschlußfassenden Erben Schadensansprüche erheben und fehlerhafte Beschlüsse den Erben gegenüber anfechten.

Beispiel: Die Mehrheit hat einen Hausverwalter ernannt, obwohl sie seinen schlechten Ruf kannte; oder die Mehrheit beläßt einen Hausverwalter im Amt, trotzdem sie nachher von dessen Unzuverlässigkeit hört. Über das Verfahren solcher Anfechtungsklage siehe JW. 1919, 688⁵. Eine Kompetenzüberschreitung der Mehrheit kann also für diese schwerwiegenden Folgen haben. Hier ist nun folgendes anzumerken. Zunächst: Ein Mehrheitsbeschluss ist nicht schon deshalb fehlerhaft und anfechtbar, weil er unzumutbar ist (Staudinger, zu § 745 Anm. 3a). Ferner: Ein Dritter kann nicht den Einwand der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses erheben. Der Mieter kann einem von der Majorität ernannten Hausverwalter den Mietzins nicht verweigern, weil dieser wegen Untreue hätte gar nicht ernannt werden dürfen. Die Anfechtung eines Beschlusses durch einen Miterben gegen die übrigen Erben wirkt auch nicht etwa auf den Vertrag mit dem Dritten zurück, wenn dieser gültig geschlossen ist.

Eine besondere Erörterung verlangt die Frage: Ist Schuldenregulierung Sache der Erbenmehrheit oder der Gesamtheit? Staudinger meint, daß dabei „je nach Lage des Falles“ ein Verwaltungsakt in Frage kommen könne (zu § 2038, 1). Das OLG. Posen: OLGPr. 18, 328 spricht der Schuldenregulierung den Verwaltungscharakter ab, unterwirft sie der Kompetenz der Erbengesamtheit und gibt auch dem Miterben keine Klage gegen die anderen auf Zustimmung zum Verkauf gewisser Nachlassgegenstände zwecks Befriedigung von Gläubigern. Ist also ein Querkopf unter den Erben, der mit der Zahlung einer Schuld nicht einverstanden ist, so müßte die Gemeinschaft warten, bis der Gläubiger klagt und vollstreckt und Kosten verursacht. Dem kann man nicht beitreten. Die Schuldenregulierung ist der vornehmste Verwaltungsakt. Anders natürlich, wenn die Schuld unter den Erben bestritten ist. Dann muß gemäß § 2046 ein entsprechender Betrag reserviert werden. Das hindert aber nicht, die anderen unbestrittenen Schulden zu zahlen. Über den Fall, daß Schuldzahlung zwecks notwendiger Substanzerhaltung dringlich ist, siehe noch unten. Übrigens: Schulden sind nicht nur die vom Erblasser herrührenden, sondern auch nach dem Tode entstandene, wie überhaupt das Erbrecht zwischen beiden Arten Nachlassverbindlichkeiten nicht unterscheidet (Staudinger, Vorbem. vor § 1967 II).

§ 2038 gewährt nun noch dem einzelnen Miterben eine besondere Verwaltungsbefugnis (nach dem Vorbild von § 741), die er ohne Mitwirkung der übrigen Erben und ohne deren Willen ausüben kann. Er kann nämlich „die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln“ allein treffen, d. h. Akte, die zur Erhaltung der Werte nicht nur nützlich, sondern notwendig sind (auch wirtschaftlicher Werte; OLGPr. 45, 257). Dieses in das Erbenbeschlussrecht eingreifende Individualrecht darf, wie die Kommentare besonders betonen, durch Mehrheitsbeschlüsse nicht beeinträchtigt werden (Vertmann, zu § 744 Anm. 4; Staudinger, zu § 744 zu U. 4 [unter Hinweis auf die Motive]). Das darf man nun aber nicht mißverstehen. Erhaltungsmaßregeln gehören zur ordnungsmäßigen Verwaltung, also in allererster Linie zum Machtbereich der Erbenmehrheit. Beschließt diese, so ist für das Individualrecht des einzelnen kein Raum mehr. Beauftragt die Mehrheit einen Dachdecker für eine dringende Dachreparatur, so kann nicht der einzelne einen anderen Dachdecker für dieselbe Arbeit bestellen. Anders wenn die Erbenmehrheit säumig ist. Für diesen Fall wollte der Gesetzgeber Vorkehrungen treffen. Selbstverständlich kann die Erbenmehrheit auch nicht durch gegenseitigen Beschluss die Vornahme einer notwendigen Handlung des einzelnen verhindern. Zu solchen

Erhaltungsmaßregeln zählen unter Umständen Verfügungen. Die Kommentare führen an Beispielen an: „Zahlung von Hypothekenzinsen, die Zwangsvollstreckung abzuwenden“, „Beschaffung von Mitteln zur Abwendung der Zwangsvollstreckung“, „Zahlung öffentlich-rechtlicher auf dem gemeinschaftlichen Gegenstand ruhender Ansprüche“ (RGKomm. zu § 744 Anm. 3; Staudinger Anm. II A Satz 2; Planck Anm. 3). Also besonders Schuldenregulierung und Veräußerung von Nachlassgegenständen zu diesem Zweck. Hier greife ich auf das zurück, was oben über Schuldenregulierung gesagt worden ist. Ist sie nicht vielleicht immer ein notwendiger Erhaltungsakt, weil beim Vorhandensein fälliger Schulden stets alsbaldige Klage und Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers droht? Ist nun zur notwendigen Erhaltung ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten nötig, so ist zweifelhaft, ob der einzelne Miterbe die Gemeinschaft verpflichtet, ob er also als stillschweigender Bevollmächtigter der übrigen handelt. Nach dem RGKomm. zu § 744, 3 hat der einzelne gesetzliche Vertretungsmacht nach außen; nach Staudinger Anm. 3 hat er sie aber nur, wenn er die in § 744 vorgesehene Vorauserteilung der Zustimmung der anderen erzwungen hat. Dieses Recht auf vorausgehende Zustimmung der anderen fehlt übrigens dem Miterben, da § 2038 Abs. 1 nicht davon spricht und Abs. 2 den § 744 nicht erwähnt. Ist der einzelne nicht Bevollmächtigter der anderen, so muß man ihn als negotiorum gestor behandeln, obwohl er nicht eine fremde Angelegenheit, sondern eine eigene besorgt. Dann verpflichtet er also nur sich und hat einen Rückgriff gegen die übrigen Erben. Als Beitrag zu dieser noch ungeklärten Frage mag dienen, daß das RG., wenn auch in einer beiläufigen Bemerkung, einen vom einzelnen abgeschlossenen notwendigen Verwahrungsvertrag als für die Gemeinschaft bindend anfieht (RG. 111, 407 = JW. 1926, 549).

Eine weitere besondere Verwaltungsbefugnis hat der einzelne Miterbe nach § 2039, wonach er die Einziehung fälliger Forderungen allein vornehmen kann. Auch hier ein Eingriff in die Verwaltungskompetenz der Erben, denn schon oben wurde gezeigt, daß Einziehen und Einlagen einer fälligen Forderung ein Verwaltungsakt ist. Das wird von Planck gerade zu § 2039 im ersten Satz nochmal betont. Da auch hier der Gesetzgeber nur an den Fall der Säumigkeit der übrigen Erben denkt, so ist auch hier für das Einziehungsrecht des einzelnen kein Raum, wenn die Erbenmehrheit die Einziehung beschließt. Es kann also nicht heute die Erbenmehrheit Rechtsanwalt K. mit der Einflagung beauftragen und morgen der einzelne Erbe dem Rechtsanwalt Y. denselben Auftrag erteilen. § 2039 ist eine Anwendung des § 432, der bestimmt, daß, wenn mehrere eine unteilbare Leistung verlangen können und keine Gesamtgläubigerschaft vorliegt, der einzelne eine der Gemeinschaft geschuldete Leistung vom Schuldner verlangen kann. § 2039 erstreckt dieses Recht auch auf teilbare Leistungen. Die Rspr. versagt aber das Individualrecht des § 432, wo seine Ausübung sich erübrigt, nämlich überall, wo eine Geschäftsführung besteht, da dieser die Forderungseintreibung als natürliches Recht obliegt. Daher lehnt die Rspr. die Anwendung des § 432 auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften ab (RG. 86, 70 = JW. 1915, 273; JW. 1916, 837), obwohl also an und für sich die Voraussetzungen des § 432 gegeben wären, indem auch bei der Gesellschaft keine Gesamtgläubigerschaft, sondern eine Gesamthandschaft vorliegt. Hat also die Erbengemeinschaft den Hausverwalter mit der Einziehung der Mieten und somit eventuell mit deren Einflagung beauftragt, so kann nicht der einzelne Miterbe seinerseits gegen die Mieter für rückständigen Mietzins vorgehen.

Eine weitere Beschränkung des Individualrechts des § 2039 gegenüber dem Mehrheitsrecht des § 2038 ist folgende:

Nach dem Wortlaut des § 2039 kann der einzelne nicht sog. Gestaltungsrechte ausüben, z. B. Kündigung, Anfechtung, Rücktritt (so alle Kommentare, siehe auch Staudinger, zu § 2039 Anm. 2). Das wichtige Recht der Kündigung unterliegt also den Erbenbeschlüssen, aber nicht immer nur Einheitsbeschlüssen, denn wenn auch die Kündigung eine Verfügung ist, so können aber auch Verfügungen wie oben ge-

zeigt, zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehören. Daher sagt auch Pland, zu § 2038 Ann. 2, daß die Ausübung von Gestaltungsrechten (also auch die Kündigung) verwaltungsweise vorgenommen werden kann. Ebenso Staudinger, zu § 747 II 3. Nun gibt es aber doch Fälle, wo der einzelne kündigen kann, aber nicht nach seinem Individualrecht gemäß § 2039, sondern nach jenem gemäß § 2038, da die Kündigung unter Umständen notwendige Erhaltungsmaßregel sein kann.

Ferner ist das Einziehungsrecht des einzelnen gegenüber dem der Erbengemeinschaft insoweit beschränkt, als der einzelne gemäß § 2039 immer nur Leistung an alle verlangen kann.

Nun ist bei Geldschulden eine Leistung an alle Berechtigten in der Regel nicht möglich. Daher kann der einzelne nur amtliche Hinterlegung für alle verlangen, wie es auch § 2039 vorsieht. Daraus folgt aber eine weitere Beschränkung seines Rechts in den Fällen, wo die amtliche Hinterlegung der Erbengemeinschaft schädlich ist. Kein Erbe

darf zum Schaden der Gemeinschaft das Individualrecht des § 2039 ausüben (RG.: LZ. 1916, 817). Kommt also der einzelne einem Verwaltungsbeschlusse nach § 2038 zuvor und klagt einen Mieter auf Hinterlegung des Mietzinses ein, so darf er die Klage nicht weiter verfolgen, wenn die Erbengemeinschaft nun ihrerseits einen Hausverwalter zum Inkassobevollmächtigten bestellt, und zwar dann immer, wenn die Erbengemeinschaft die Mietzinsen nötig hat, um ordnungsmäßige Verwaltungsausgaben zu machen. Die amtliche Hinterlegung entzieht der Erbengemeinschaft das Bargeld, indem die Hinterlegungsstelle immer nur mit Einwilligung aller Erben auszahlt. Widerspricht ein Erbe dieser Auszahlung, so kann er freilich nach § 2038 unter Umständen von den übrigen Erben auf Rücknahme des Widerspruches verklagt werden, aber bis zur Beendigung dieser Prozesse fehlt der Verwaltung für laufende Ausgaben das Geld. Daher muß das Individualrecht des § 2039 zurücktreten. Diese Kompetenzbeschränkung des einzelnen entspricht dem gesetzgeberischen Willen, ist aber auch eine dringende Forderung der Praxis.

Nachlasspflegschaft und Ausländernachlaß.

§ 1960 BGB. verpflichtet das Nachlassgericht, bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen. Es hat diese Aufgabe auch dann, wenn der Erbe unbekannt ist oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Als Maßnahme kommt insbes. auch die Bestellung eines Nachlasspflegers für denjenigen, welcher Erbe wird, in Frage.

Während diese Bestimmung eine Sicherung des Nachlasses bezweckt, berücksichtigt § 1961 BGB. die Interessen der Gläubiger insoweit, als er das Nachlassgericht verpflichtet, einen Nachlasspfleger zu bestellen, wenn diese Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen Verfolgung eines gegen den Nachlaß gerichteten Anspruches beantragt wird.

Bei Ausländernachlässen geht die herrschende Meinung dahin, daß die deutschen Nachlassgerichte unzuständig sind, weil gemäß Art. 25 EWGV. ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inland hatte, nach dem Gesetz seines Heimatstaates beerbt wird (vgl. RG.: JurMisch. 1927 Rpr. Nr. 480 und Staudinger 6, II. Teil, S. 726/727).

Wie Staudinger a. a. O. ausführt, gilt jedoch von diesem Grundsatz eine Ausnahme:

Das Nachlassgericht kann nach § 1960 Sicherungsmaßnahmen treffen, und dies soll nicht nur sein Recht, sondern auch seine Pflicht sein, für die es zwar an jeder positiven gesetzlichen Bestimmung fehlt, die von den Vertretern dieser Meinung aber entweder als selbstverständlich angenommen oder aus allgemeinen internationalen Grundgesätzen hergeleitet oder aus einer Vermutung, daß das ausländische Recht die Fürsorge wünsche, gefolgert wird (vgl. die einzelnen Zitate bei Staudinger a. a. O.).

Die Anwendbarkeit des § 1961 wird dagegen abgelehnt, und zwar deshalb, weil es sich hier nicht um Fürsorgemaßnahmen zugunsten des Nachlasses, sondern „nur“ um die Wahrung von Gläubigerinteressen handelt.

Bedenkt man, daß das Nachlassgericht auf Grund des § 1960 zur Bestellung eines Pflegers kommen muß, wenn für den Nachlaß gerichtliche Maßnahmen beschleunigt (z. B. wegen der Gefahr der Verjährung oder des Ablaufs von Fristen) durchgeführt werden müssen, dann haben wir das kaum anders als erstaunlich zu bezeichnende Ergebnis, daß deutsche Gerichte und die deutsche Rechtslehre es für sachgemäß halten, das deutsche Nachlassgericht zum Schutz des Nachlasses eines Ausländers gegen Deutsche tätig werden zu lassen, daß aber dem deutschen Gläubiger der Rechtsschutz, den er beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1960, 1961 gegen einen Ausländernachlaß benötigt, verweigert wird.

Es soll nun gewiß nichts dagegen gesagt werden, daß das deutsche Nachlassgericht seine Fürsorge nach § 1960 auch einem Ausländernachlaß angeheihen läßt; es erscheint aber dringend geboten, die Frage, ob die Ablehnung der Zuständigkeit des deutschen Gerichts für die Fälle des § 1961 begründet ist, einer sehr ernsthaften Nachprüfung zu unterziehen.

Sieht man die oben erwähnte RGEntsch., die die Bestellung eines Pflegers für einen Ausländernachlaß nach § 1961 ablehnt, nach einer stichhaltigen Begründung des eingenommenen Standpunktes durch, so findet man lediglich die allgemeine Behauptung, daß für die Frage der Zuständigkeit des Nachlassgerichtes das materielle Recht anwendbar sei, für Ausländer aber das materielle deutsche Erbrecht nicht in Frage komme. Diese Feststellung hindert das RG. dagegen nicht,

die Zulässigkeit der Anwendbarkeit des § 1960, der ebenso wenig oder ebenso sehr wie § 1961 materielles deutsches Erbrecht darstellt, zu bejahen, um dann fortzufahren:

„Immer aber muß es sich, entspr. dem Zwecke des Eingreifens des deutschen Gerichts, das der Sicherung des ausländischen Nachlasses dienen soll, um eine Fürsorgemaßregel handeln, die dem Interesse des Nachlassers bzw. der Erbberechtigten zu dienen bestimmt ist.“

Es ist eigenartig, daß dem RG. nicht die Unlogik dieser Beweisführung, die letzten Endes das, was zu beweisen ist, schon als Voraussetzung annimmt, zum Bewußtsein gekommen ist, und daß — soweit dies aus der Entscheidung zu ersehen ist — in keiner Weise die schwerwiegenden Bedenken, die gegen diesen Standpunkt bestehen, gewürdigt worden sind.

Die Frage, ob es sich bei den §§ 1960 oder 1961 um materielle Bestimmungen des deutschen Erbrechts handelt oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Unzweifelhaft ist jedenfalls, daß die Rechtsnatur dieser beiden Bestimmungen die gleiche ist, so daß, wenn eine Durchbrechung des Prinzips, daß für Ausländernachlässe nur das ausländische materielle Erbrecht maßgebend ist, bei der einen Bestimmung möglich ist, diese Durchbrechung des Prinzips auch bei der anderen Bestimmung möglich sein muß, sofern entscheidende Gründe hierfür sprechen.

Auf diesen Gesichtspunkt hat Niemeyer, der — soweit ich feststellen konnte — als einziger für die Anwendbarkeit des § 1961 auch bei Ausländernachlässen eingetreten ist, in NiemeyersZ. Bd. XIII, S. 25—28, hingewiesen. Niemeyer begehrt dort zwar den Fehler, auch § 1961 als Sicherungsmaßnahme für den Nachlaß anzusprechen, während das RG. a. a. O. zutreffend darauf hinweist, daß § 1961 den Interessen des Gläubigers dient. Der Wert der Niemeyer'schen Ausführungen liegt aber in dem Nachweis, daß die Behauptung falsch ist, die „Zuständigkeit“ der deutschen Nachlassgerichte sei in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen materielles ausländisches Recht maßgebend ist. Man könne nicht von einer „Unzuständigkeit“, sondern nur von einer „Beschränkung der Verrichtungen“ sprechen, wenn man zum mindesten die Aufgaben des § 1960 den deutschen Nachlassgerichten auch bei Ausländernachlässen zuweie.

Da also nach der herrschenden Lehre von einer Unzuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts im Hinblick auf die Bejahung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 1960 nicht gesprochen werden kann, läßt sich die Nichtanwendbarkeit des § 1961 nicht einfach mit der aus der Anwendbarkeit des materiellen ausländischen Erbrechts folgenden generellen Unzuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts begründen. Die Zuständigkeit muß aber bejaht werden, wenn man erwägt, daß es sich weniger um die Frage handelt, wie der verstorbene Ausländer zu beerben ist, wofür nach Art. 25 EWGV. das ausländische Recht maßgebend ist, sondern um die Frage, wie der deutsche (und natürlich auch der ausländische) Gläubiger bei Unbekanntheit des Erben seine Rechte gegen den im Inland befindlichen Nachlaß geltend machen soll. Es ist ein unmöglicher Rechtszustand, daß der deutsche Gläubiger nicht die Möglichkeit haben soll, seine Rechte gegen den Nachlaß geltend zu machen, nur weil der Eigentümer ein Ausländer gewesen ist. Im Regelfall hat der Ausländer dadurch, daß er seinen Wohnsitz in Deutschland nahm oder zum mindesten hier Vermögenwerte unterhielt (ich verweise auf den zeitweise sehr umfangreichen ausländischen Hausbesitz in Deutschland), das deutsche Gastrecht und den deutschen Rechtsschutz in Anspruch genommen, und wie es im Sinne einer vernünft-

gemäß Rechtsordnung liegt, daß für Klagen gegen Ausländer, die im Inland keinen Wohnsitz haben, der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO.) geschaffen worden ist, liegt es in gleicher Weise im Sinne einer solchen Rechtsordnung, daß für den zunächst einmal herrenlosen Nachlaß („herrenlos“ i. S. der Unbekanntheit des Eigentümers) ein Pfleger bestellt wird, damit die Gläubiger die Möglichkeit haben, ihren Anspruch gegen diesen Nachlaß geltend zu machen.

Es gibt auch kein einziges Bedenken, das gegen die Bestellung eines Pflegers gemäß § 1961 sprechen könnte. Insbes. ist auch nach der herrschenden Meinung die durch das Nachlaßgericht angeordnete Pflegschaft als solche keine der Rechtsordnung widerstreitende Maßnahme, denn das Nachlaßgericht kann ja nach dem anerkannt anwendbaren § 1960 einen Pfleger bestellen, wenn dies im Interesse einer Sicherung des Nachlasses erforderlich ist, und es besteht bezüglich der praktischen Auswirkung kein Unterschied, ob die Pflegschaft nach § 1960 oder § 1961 angeordnet worden ist.

Aus der Person oder der Staatsangehörigkeit der Erben lassen sich Bedenken nicht herleiten, denn abgesehen davon, daß der Erbe des Ausländers ein Inländer und der Erbe eines Inländers auch ein Ausländer sein kann, würde für Klagen gegen die ausländischen Erben, sobald sie bekannt sind, die Zuständigkeit der deutschen Gerichte auf Grund der §§ 23, 28 ZPO. gegeben sein.

Es wäre auch ein mehr als sonderbares Ergebnis, wenn der deutsche Gläubiger zu seinem Recht kommen würde, der das Glück hat, daß seine Ansprüche sich gegen einen Nachlaß richten, dessen Sicherung die Bestellung eines Pflegers nach § 1960 erfordert, während der andere Gläubiger diese Möglichkeit nicht hat, weil zur Sicherung des Nachlasses die Siegelung oder die Hinterlegung etwa vorhandener Wertpapiere ausreicht.

Schließlich ist noch die Frage zu stellen, was werden soll, wenn ein Nachlaß zwar erhebliche Vermögenswerte enthält, trotzdem aber überschuldet ist, und wenn deshalb weder die Behörden des Heimatstaates noch die etwa als Erben in Frage kommenden Personen sich um den Nachlaß kümmern. Soll in einem solchen Fall den Gläubigern die mühselige und kostspielige Arbeit zugemutet werden, die mit der Feststellung der einschlägigen Bestimmungen des ausländischen Rechtes und mit der Ermittlung der nach diesem Recht als Erben in Frage kommenden Personen verbunden ist? Und wenn diese Ermittlungen ergebnislos bleiben, soll dann der deutsche Gläubiger sich bei dem Gedanken beruhigen, daß zwar genügend Vermögenswerte vorhanden sind, um seine Forderung wenigstens zum Teil zu decken, daß er aber seine Forderung nicht durchsetzen kann, weil der deutsche Jurist dem deutschen Gläubiger den ihm nach deutschem Recht zustehenden Schutz aus § 1961 auf Grund eines Prinzips verweigert, das derselbe Jurist bedenkenlos hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 1960 zugunsten des Nachlasses eines Ausländers lediglich aus allgemeinen Rechtsbetrachtungen heraus durchbricht?

Ich hoffe, daß die in den vorstehenden Ausführungen erfolgte Herausarbeitung des Problems beweis, daß sich die herrschende Lehre auf einem Irrweg befindet und daß Riemeyer in seiner vor fast 30 Jahren erfolgten Veröffentlichung bereits das richtige Gefühl für das erörterte Problem gehabt hat.

Nachschrift: Nach Drucklegung habe ich erfahren, daß die Nachlaßabteilung des AG. Dresden in der Nachlaßsache des polnischen Staatsangehörigen Str. (8 N Reg Str 20/32) auf Grund gleicher Ausführungen, wie ich sie vorstehend gemacht habe, gemäß § 1961 BGB. einen Nachlaßpfleger bestellt hat.

NA. Dr. v. Karger, Berlin.

Entgegnungen.

Teilweiser Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung.

A.

Bei Erörterung dieser von Herzfelder: JW. 1932, 1330 ff. zur Diskussion gestellten Frage muß man m. E. folgendes unterscheiden:

a) Der Erblasser kann sein Testament jederzeit widerrufen (§ 2253 Abs. 1 BGB.). Was die Form des Widerrufs betrifft, so genügt es, wenn der Erblasser in Aufhebungsabsicht das Testament durchstreicht (§ 2255 BGB.). Gegen die Rechtsprechung des RG., daß sich der in solcher Form vollziehende Widerruf eines Privattestaments auf einzelne in ihm enthaltene Verfügungen beschränken kann, scheinen mir an sich durchgreifende Bedenken nicht zu bestehen. Denn das Gesetz befaßt ausdrücklich, daß auch derartige Verfügungen allein widerrufen werden können (§ 2253 Abs. 1 BGB.). Die §§ 2254 ff. BGB. regeln lediglich die Art, wie der Widerruf erfolgen kann, geben also nur die Methode an, mit der das Rechtsobjekt den juristischen Erfolg des § 2253 BGB. herbeizuführen vermag. Es ist nicht einzusehen, warum nicht die in den §§ 2254 ff. genannten Methoden alle in § 2253 vorgesehenen Wirkungen auslösen können. Demgemäß bedurfte es in § 2255

der besonderen Erwähnung des Teilwiderrufs überhaupt nicht. Aber abgesehen hiervon ist auf die unterschiedliche Textfassung kein allzu großes Gewicht zu legen, und zwar gerade, weil, wie Herzfelder hervorhebt, das holographische Testament erst vom Reichstag in das BGB. aufgenommen worden ist (vgl. hierzu den interessantesten Parallelfall des § 96 Abs. 2 Ziff. 2 BRG. und die einschlägigen Kommentare).

b) Den gleichen rechtlichen Effekt vermag der Erblasser u. a. auch dadurch zu erzielen, daß er ein entgegenstehendes Testament errichtet. Das hat dann nach § 2258 Abs. 1 BGB. die Folge, daß das frühere Testament insoweit aufgehoben wird, als das spätere mit ihm in Widerspruch steht. Zur Errichtung des neuen entgegenstehenden Testaments bedarf es der für die Errichtung von Testamenten vorgezeichneten Form.

c) Verbindet man die zu a und b entwickelten Sätze, so ergibt sich zugleich eine Grenze für die Zulässigkeit des teilweisen Widerrufs eines Privattestaments. Es läßt sich dann nämlich der Satz aufstellen: Der teilweife Widerruf eines Privattestaments mittels Durchstreichung ohne neue Datierung ist nur insoweit zulässig, als nicht in dem (gültigen) Widerruf zugleich eine positive Veränderung des Testaments liegen würde. Das bedarf der Erläuterung.

1. In der Tat sind Fälle denkbar, in denen der Widerruf durch Streichung lediglich negative Bedeutung hat. Beispiel: der Erblasser hat angeordnet, daß X. zu $\frac{1}{3}$ Erbe sein soll, über die restlichen $\frac{2}{3}$ hat er anderweitig verfügt. Diese anderweitige Verfügung streicht er. Dies ist ein reiner Widerruf. Denn das erbrechtliche Schicksal der restlichen $\frac{2}{3}$ wird jetzt nur noch nach dem Gesetz, nicht mehr durch den erklärten Willen des Erblassers bestimmt. Indem der Erblasser widerrufen, hat er somit nur eine von ihm getroffene Verfügung beseitigt; er hat aber nicht zugleich eine testamentarische Verfügung positiven Inhalts getroffen. Nicht anders ist es aber auch vielfach, wenn Pflichten des Erben widerrufen werden. Streicht der Erblasser z. B. ein dem Erben aufliegendes Vermächtnis, so ist auch das eine rein negative Maßnahme: dem Erben wird eine Pflicht abgenommen, ohne daß in positiver Hinsicht etwas Neues verfügt wird. Es ist deshalb durchaus zu billigen, wenn RG. 111, 261 = JW. 1926, 165 derartige Streichungen von Vermächtnissen für zulässig erklärt. Ähnlich ist es auch, wenn der Erblasser jemanden zum befreiten Vorerben eingesetzt hat und nachträglich die Befreiung streicht.

2. Die Rechtslage ist aber wesentlich anders, wenn im Einzelfalle die Streichung zugleich eine positive Veränderung darstellt, ja ohne eine in ihr enthaltene positive Veränderung begrifflich überhaupt nicht vorgestellt werden kann. Bei positiven Veränderungen denkt man unwillkürlich zunächst an Zusätze; aber sie sind nicht die einzigen möglichen positiven Veränderungen eines Testaments. Auch in RG. 71, 293 = JW. 1909, 449 ist zutreffend die Rede von „positiven Veränderungen, insbes. (1) nachträglich hinzugelegten Worten oder Sätzen“. Es gibt eben auch positive Veränderungen anderer Art, wie folgende Beispiele zeigen mögen: der Erblasser hat angeordnet, seine Erben sollten zu gleichen Teilen erben. Als Erben hat er X., Y. und Z. eingesetzt. Streicht er nachträglich Z., so erben X. und Y. nicht mehr zu je $\frac{1}{3}$, sondern zu je $\frac{1}{2}$. Durch die Streichung wird folglich nicht nur Z. als Erbe ausgeschaltet, vielmehr auch das Erbrecht des X. und des Y. geändert. Diese Streichung hat also mehr als nur negative Bedeutung; sie ist, der Sache nach, zugleich eine positive Unverfügung; sie ist, der Sache nach, zugleich eine positive Unverfügung; sie ist, der Sache nach, zugleich eine positive Unverfügung. Als solche bedarf sie aber der für die Testamentserrichtung vorgeschriebenen Form. Oder: der Erblasser hat jemanden zum Nacherben eingesetzt. Später streicht er den Vorerben und die ihn betreffenden Sätze. Auch das scheint mir mehr als eine bloße Streichung, scheint mir eine positive Veränderung des Testamentinhalts zu sein. Das gleiche dürfte gelten, wenn der Erblasser jemanden zum Vorerben eingesetzt hat und später den Nacherben streicht. Allgemein läßt sich sagen: nur da, wo die Streichung einer einzelnen testamentarischen Verfügung lediglich eine Zurücknahme des bisher Erklärten ist, genügt die Form des § 2255 Abs. 1 BGB.; wo aber durch sie zugleich eine neue letztwillig-rechtsgeschäftliche Verfügung getroffen wird, wo also von dem ursprünglich in Testament Angeordneten nicht nur etwas substrahirt, sondern auch dem nicht gestrichenen Teil indirekt ein anderer materieller Inhalt gegeben wird, wo mit anderen Worten die Streichung der Ausdruck einer auch in Positiven geänderten Willensrichtung des Erblassers ist, bedarf es derselben Form, die schlechthin bei positiven Veränderungen eines Testaments erforderlich ist.

Folgt man dieser Rechtsauffassung, so bewegt man sich innerhalb des positiven Rechts, vermeidet aber in zahlreichen Fällen das unerwünschte Ergebnis, daß ein Testament aus rein formellen Gründen nichtig wird und der letzte Wille des Erblassers nicht vollzogen werden kann. Aus solchen Erwägungen heraus wird man auch — unter Zugrundelegung eines Rechtsgedankens, der dem des

§ 2084 BGB. ähmt — in der Praxis nach Möglichkeit versuchen müssen, Erreichungen als rein negative Maßnahmen zu deuten, um so den Bestand des Testaments nicht zu gefährden.

Prof. Dr. Wilhelm Herzfel, Köln.

B.

Herzfelder kommt im Gegensatz zu RG. und RG. zu dem Schlusse, daß die formlose, nicht in die Form des § 2231 Ziff. 2 gekleidete Aufhebung einer einzelnen Testamentsbestimmung das ganze Testament ungültig mache, weil der Gesamthalt verändert und der geänderte Inhalt auf den Tag der Änderung hinausgeschoben sei, ein Umstand, der nach seiner Auffassung zum mindesten eine Neubatierung gemäß dem Zeitpunkt der Änderung erfordere. Nur eine Ausnahme will Herzfelder zulassen, nämlich die Fortgeltung des Testaments in der alten Fassung, wenn festgelegt werden müsse, daß der Erblasser lieber die alte Fassung hätte gelten lassen wollen.

Der Auffassung Herzfelders wird nicht zugestimmt werden können. Wenn auch im System des BGB. das Testament, insbes. das Privat testament, in Anbetracht seiner überragenden Bedeutung für Personen- und Familienschicksale formalistisch geordnet ist, so bleibt doch der Grundgedanke des Gesetzes, daß letztwillige Verfügungen möglichst aufrechterhalten werden sollen, ein Gedanke, der in § 2084 BGB. Ausdruck gefunden hat. Das Gesetz steht weiter auf dem Standpunkt, daß dieser Grundsatz nicht nur für das Testament als Ganzes, sondern auch für die einzelnen, im Testament enthaltenen, an sich selbständigen und voneinander abtrennbaren Verfügungen gelten soll. Dies ergibt sich aus § 2085 dabelst. Wenn hier von der Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung die Rede ist, so fallen auch die Formalbestimmungen der §§ 2229 ff. darunter. RG. 63, 23 ff. (28). Auch der Fall des Widerrufs ist in § 2253 Abf. 1 dahin geordnet, daß nicht nur das ganze Testament,

sondern auch jede einzelne darin enthaltene Verfügung für sich widerruflich ist. Wenn § 2255, obigen Bestimmungen in der Reihenfolge der Paragraphen nachfolgend, eine erleichterte Form des Widerrufs zuläßt, so ist davon auszugehen, daß diese Vorschrift nicht bloß für ganze Testamente, sondern auch für einzelne Verfügungen Geltung hat. Es ist dies auch der allgemeine Standpunkt der Rechtslehre und Rechtsprechung.

Der Zusammenhang der vorstehend erörterten Gesetzesvorschriften nötigt zu der Annahme, daß Durchstreichungen und nach der Verkehrsauffassung gleichbedeutende Annullierungen einer einzelnen, absonderungsfähigen Verfügung die Gültigkeit des sonstigen Testamentsinhaltes unberührt lassen. Zu den unberührt bleibenden Bestandteilen des Testaments gehört auch das Datum, dessen objektive Richtigkeit durch die Aufhebung der einzelnen Verfügung nicht zerstört wird. Nicht folgerichtig ist es, wenn Herzfelder von seiner Auffassung aus nur eine neue Datierung verlangt, er müßte auch eine neue Unterschrift des Testators erfordern, was aber die Notwendigkeit eines neuen Testaments im wesentlichen in sich schließt, so daß die erleichternde Bestimmung des § 2255 ausgeschaltet wäre. Die von Herzfelder geforderte neue Datierung könnte sogar die gegenteilige Wirkung äußern, denn diese Datierung wäre für den unverändert gebliebenen Teil des Testaments unrichtig.

Wenn schließlich Herzfelder damit argumentiert, daß statt der Durchstreichung eine andere verkehrsmäßliche Aufhebungsform gewählt werden könne, und er für ganz unzweifelhaft erklärt, daß in den von ihm gewählten Beispiele („die §§ 1 und 2 hebe ich auf“) der aufhebende Zusatz allen Erfordernissen eines neuen Testaments genügen müsse, so kann ihm auch hierin nicht beigetreten werden. Der § 2255 ist — offenbar absichtlich, um alle möglichen Ausdrucksfälle zu erzeihen — so allgemein gefaßt, daß auch in einem solchen Falle die erleichterte Form des Widerrufs ausreicht, und das übrige Testament unangetastet bleibt.

JR. Dr. Albert Breslau, Breslau.

Schrifttum.

Dr. Hans Helmuth Kühnke: Die vertragliche Ermöglichung und Erleichterung der Ehescheidung. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. Preis 5 RM.

Der Verfasser behandelt in eingehender Darstellung unter Verwertung des bekanntlich sehr umfangreichen Schrifttums die Rechtsprechung zu der Frage der Wirksamkeit der „Verträge zur Erleichterung und Ermöglichung der Ehescheidung“. Das Fehlen einer zweifelsfreien einheitlichen Linie in dieser Rechtsprechung, das auch dem Verfasser die Behandlung des Themas erschweren mußte, ist im Schrifttum schon Gegenstand eingehender kritischer Würdigung gewesen, ebenso wie die Neigung des RG., solche Verträge im Einzelfalle auch da für nichtig zu erklären, wo sich dieses mit den „Anschauungen aller gerecht und billig Denkenden“ keineswegs rechtfertigen läßt. Darauf weist auch der Verfasser (S. 21) mit Recht hin. In diesem Zusammenhang hätte vielleicht eine, wenn auch nur kurze Erörterung der Verhandlungen nahe gelegen, die im Rechtsausschuß des Reichstages gepflogen worden sind und zu Vorschlägen führten, nach denen eine gesetzliche Erleichterung der Ehescheidung gerade von dem vorhergehenden Abschluß eines Vertrages abhängig gemacht werden sollte, der die finanzielle Auseinandersetzung unter den Ehegatten zum Inhalt hat. Formulierung ist die eigene Stellungnahme des Verfassers, deren Formulierung noch dazu vielfach wenig glücklich ist, nicht überall sehr überzeugend begründet. Es mangelt hier offenbar an der wissenschaftlichen Durchbildung, die die Behandlung dieses Problems erfordert. So erscheint es z. B. abwegig, wenn der Verfasser (S. 16) meint, das RG. habe eine brauchbare Definition des Begriffs der „Erleichterung oder Ermöglichung der Ehescheidung“ deshalb unterlassen, weil „darunter die Brauchbarkeit des Begriffs... zur Bekämpfung der Ehescheidungsverträge leiden würde“. Diese Auffassung, die eine mit dieser Begründung ungerschertete Kritik des RG. darstellt, verkennet, daß ja die einschlägigen Verträge — worauf der Verfasser selbst hinweist — nicht etwa ausnahmslos oder grundsätzlich nichtig sind, sondern daß die Entscheidung hierüber von der Lagerung des Einzelfalles abhängt. Daß dabei das RG. für die Entscheidung dieser Frage gewisse, wenn auch keineswegs überall konsequente Grundsätze herausgearbeitet hat, wird auch vom Verfasser nicht bezweifelt. Ebenjowenig erscheinen mir z. B. die Ausführungen überzeugend, in denen der Verfasser (S. 31 ff.) sich für die im Schrifttum bestrittene Nichtigkeit eines Vertrages einsetzt, wenn tatsächlich ein Ehescheidungsgrund vorliegt, aber aus an sich billigen Gründen im Prozeß ein anderer Scheidungsgrund vorgebracht wird. Der Wert des Buches liegt daher weniger in

der Wiedergabe der eigenen Auffassung des Verfassers, als in der weitgehend erfolgten Verwertung der Rechtsprechung, deren Benutzung durch eine übersichtliche Gruppierung für den Praktiker sehr erleichtert wird.

RA. Dr. Frhr. v. Hohenberg, Celle.

Dr. Charlotte Cohn: Gleichberechtigung der Geschlechter im künftigen Eherecht. (Reichsverfassung Art. 119.) Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg. Hamburger Rechtsstudien. Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Hamburgischen Universität. Heft 14. Hamburg 1932. Friederichsen, de Gruyter & Co. XI u. 56 S. Preis 3,50 RM.

Eine sehr verdienstliche Schrift: Sie unternimmt den Versuch, das geltende Elternrecht des BGB. auf seine Reformbedürftigkeit unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung der Geschlechter zu untersuchen. De lege ferenda ist der leitende Gesichtspunkt der Verfasserin in fast allen wesentlichen Fragen: Das gemeinsame Bestimmungsrecht der Eltern, d. h. etwa Gesamtbetreuung usw. Selbstverständlich wird die Beseitigung so unhaltbarer Bestimmungen wie der Trennung von Sorge für die Person des Kindes und Betreuungsmacht seitens des schuldig geschiedenen Vaters gefordert; allerdings hätte man hier im Sinne des Vorworts von Reichel eine etwas schärfere Herausarbeitung der systematischen Gesichtspunkte, wie des Verhältnisses von Sorgerecht und Betreuungsmacht (etwa bezüglich mit dem Verhältnis von Geschäftsführung und Betreuungsmacht) sowie im ganzen eine stärkere Berücksichtigung des Wohlw. wünschen können.

Unter dem Thema Gleichberechtigung der Geschlechter im künftigen Elternrecht wäre vielleicht auch eine Behandlung des Rechts der unmündlichen Kinder, des vielleicht wichtigsten Problems, für etwaige künftige Auflagen zu empfehlen.

D. S.

Dr. Franz Leonhard, o. Prof. d. Rechte an der Universität Marburg, Geh. Justizrat: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 3. neubearb. Aufl. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 211 S. Preis 7 RM.

Die neue Auflage des kleinen weitaus an der Spitze aller Wiederholungsbücher stehenden Werkes ist sehr zu begrüßen. Nach seinem pädagogischen und praktischen Wert hätte es schon einen weit größeren äußeren Erfolg verdient. Hinsichtlich der Eigenarten des Buches darf hier kurz auf die Besprechung der zweiten Auflage durch T i e b e: ZW.

1927, 2891 verwiesen werden. Manchmal führt der kurze Telegammstil zu Unklarheiten, die dem, der das, was der Verf. sagen will, kennt, nicht leicht als solche aufstoßen, für den Anfänger aber gefährlich sind; z. B. wenn auf S. 145 gesagt wird, daß das Herstellungsverlangen ausgeschlossen sei, wenn der klagende Teil einen Scheidungsgrund gegeben hat, während es darauf ankommt, ob der andere Ehegatte noch berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen. Auch S. 154 ist es mißverständlich, wenn gesagt wird, daß bei Eheverträgen beschränkte Geschäftsfähigkeit genüge; es legt die Annahme nahe, der beschränkt Geschäftsfähige sei für Eheverträge grundsätzlich unbeschränkt geschäftsfähig. Auch zu unfreiwilliger Komik führt die Kürze manchmal, so wenn es S. 186 lapidar heißt: „Der andere Teil kann beschränkt sein.“ Im allgemeinen gibt der Verf. bei den wesentlichen Abweichungen seiner Lehre von der herrschenden Ansicht dies an. Dann hätte aber auch gesagt werden müssen (S. 73), daß das RG. nicht die bloße einseitige und nicht garantierende Zusage für die Anwendung von § 459 II ausreichen läßt.

Der Verf. wünscht, daß sein Buch Anfängern und fortgeschrittenen Juristen dienen möge. Vorzugsweise wird es aber wohl für den Anfänger in Betracht kommen; dem fertigen Juristen fehlt meist die Muße, das Gebiet des bürgerlichen Rechts noch einmal ganz systematisch zu durchackern. Um so dankenswerter wäre es, wenn der Verf. — etwa in Aufsatzform — die vielen Punkte, in denen er eigen- und neuartige systematische und dogmatische Anregungen gibt, näher ausführen würde. Schon die bisherigen kurzen Andeutungen genügen, um solcher Abhandlung viel aufmerksame Leser zu prophezeien.

D. S.

Assessor Dr. Adolf Bing, München: Die Unterhaltspflichten im deutschen internationalen Privatrecht. München und Leipzig 1932. Otto Meidl Verlag.

Der Verfasser behandelt die private Unterhaltspflicht, d. h. „die rechtliche Verpflichtung einer Person, für die Lebensbedürfnisse einer andern aufzukommen“ unter dem Gesichtswinkel des deutschen internationalen Privatrechts. Die Ausführungen werden durch zahlreiche Hinweise auf die ausländische Gesetzgebung erläutert und belebt. Wenn in dem Nachwort auch die Unterhaltspflicht als dem Familienrecht angehörend bezeichnet wird, so ist den Ausführungen doch ein weiterer Raum gegeben, indem neben der aus dem Familienverhältnis erwachsenen Unterhaltspflicht auch diejenigen Unterhaltungsverpflichtungen in den Kreis der Erörterungen gezogen sind, welche durch eine unerlaubte Handlung entstanden und begründet worden sind.

Der I. Teil beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit das für die Unterhaltspflicht maßgebende Recht eingreift. Die Bedeutung dieser Frage wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Verletzung einer Unterhaltspflicht unter Umständen rechtliche Folgen nach sich ziehen kann, deren Beurteilung einem anderen Rechte als dem für den Unterhalt selbst maßgebenden zu entnehmen ist. Im II. Teil werden die grundsätzlichen Anknüpfungspunkte für die verschiedenen Unterhaltspflichten in minutöser Kleinarbeit zusammengestellt. Den breitesten Raum nehmen naturgemäß dabei die familienrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und ehelichen Kindern, und weiterhin die auf Grund von Legitimation, Adoption, unehelicher Kindtschaft, Verwandtschaft in weiteren Graden und Schwägerchaft bestehenden Beziehungen in Anspruch. Daneben werden aber, wie schon erwähnt, auch deliktische und vertragliche Unterhaltsansprüche erörtert. Der III. Teil befaßt sich mit der Einwirkung der Art. 27, 28 und 30 GGVBG. und der IV. schließlich mit der Frage der Anerkennung ausländischer Urteile in Unterhaltfragen.

Die Materie nötigt den Verfasser, sich mit einer ganzen Reihe grundsätzlicher und auch heute noch nicht restlos geklärter Fragen des internationalen Privatrechts auseinanderzusetzen. Außer dem Problem der Rückverweisung und des ordre public sei hier nur die Frage der Parteiautonomie erwähnt. Der Verfasser ist bemüht, diese Probleme an Hand der gegenwärtig maßgebenden Literatur zu klären und, ohne sie wesentlich zu vertiefen, zu einer praktischen Lösung zu gelangen.

Mag man in Einzelfragen auch abweichender Ansicht sein, so enthält die Arbeit doch zahlreiche Anregungen und wird von jedem, der sich im internationalen Recht mit Unterhaltfragen zu befassen hat, mit Nutzen herangezogen werden.

LGPräs. Dr. A. Bergmann, Wiesbaden.

Justizinspektor Jozs. Leitfaden für Vormünder. Berlin 1932. Verlag Georg Stifte. 32 S. Preis 0,50 RM.

Eine nicht für Juristen bestimmte, aber für Laien nützliche Darstellung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nebst einigen Mustern für Rechnungslegungen von Vormündern. D. S.

Beiträge zur Jugendhilfe. Flugschriften des Archivs Deutscher Berufs-vormünder. Herausgeber Dr. S. Weblex, Frankfurt a. M. Heft 1: Dr. Alice Eisner: Die letzten zivil- und öffentlich-rechtlichen Mittel gegen böswillige Unterhaltspflichtige. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. Preis 2 RM.

Die Befriedigung rechtlich begründeter Unterhaltsansprüche bietet besondere Schwierigkeiten in der jetzigen wirtschaftlichen Notzeit, in der einem großen Teil der Bevölkerung kaum das Existenzminimum an Einkommen zufließt. Die Gesetzgebung, insbes. die RotWD. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 294) (vgl. Volkmar: JW. 1932, 1950), hat die Pfändungsgrenze stark herabgesetzt. Die Rpr. versucht, sich bezüglich der Feststellung des notwendigen Unterhalts den veränderten Verhältnissen anzupassen.

Die vorliegende 3. Aufl., die eine völlige Neubearbeitung darstellt, entspricht dem neuesten Stand der Gesetzgebung und berücksichtigt die Rpr. bis in die neueste Zeit.

Bei einer späteren Auflage würde es sich wohl empfehlen, wenn die Verf. ihre Angaben über die Rpr., die z. B. auf S. 9 Abs. 2 enthalten sind, noch etwas erweitert, insbes. die zit. Gerichtsentsch. mit Angaben über Datum und Aktenzeichen verieht und vielleicht eine Übersichtstabelle über eine größere Reihe von Entsch. und verchiedene wirtschaftliche Berufsgruppen von Unterhaltspflichtigen beifügt. Das Buch ist nicht nur für Vormünder und sonstige Vertreter von Unterhaltsberechtigten ein wertvoller Ratgeber, sondern auch für den Anwalt ein praktisches Hilfsmittel. D. S.

Das westfälische eheliche Güter- und Anerbenrecht. Textausgabe des Gesetzes betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. v. 16. April 1860 und des Gesetzes betr. das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen usw. v. 2. Juli 1898. Gütersloh 1930. Verlag von L. Flötmann.

Dr. phil. G. H. Wiltz, Meyer, Justizrat: Westfälisches Auerbenrecht. Gesetz v. 2. Juli 1898. Bielefeld 1931. Julius Dpig. 154 S.

Unter den Auerbenrechten Preußens steht das westfälische, gewürdigt nach Umfang des Geltungsgebiets und praktischer Bedeutung in diesem, an zweiter Stelle (hinter Hannover), an Schärfe der gesetzlichen Durchsetzung des anerbenrechtlichen Gedankens übertrifft es die meisten deutschen Ordnungen, indem es mit dem System der Zwangseintragung (auf behördlichen Antrag) den Eigentümer bei der Begründung der Auerbenguteigenschaft ausschaltet. Es ist daher, zumal die Bemühungen um eine Reform des bäuerlichen Erbrechts heute allgemeineres Interesse finden, zu begrüßen, daß in der erstgenannten Ausgabe der Text des grundlegenden Gesetzes (zusammen mit dem nach Überleitungsnormen noch in Geltung befindlichen Gesetz betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. und dort in bezug genommenen Vorschriften des PrAM.) uns in einer handlichen Form zugänglich gemacht wird. Erst recht aber dürfen wir für die Erläuterung jenes Gesetzes dankbar sein, die in der zweitgenannten Schrift vorgelegt wird. Die Landesprivatrechte werden wissenschaftlich heute zugunsten des Reichsrechts mehr vernachlässigt, als ihrem Gehalt und ihrer Bedeutung für die beteiligten Kreise angemessen ist. Einzeldarstellungen deutschen Auerbenrechts insbesondere sind im letzten Jahrzehnt fast nur dem hannoverschen Recht gewidmet worden. Für Westfalen wird das Veräumte hier mit großer Umficht — unter Eingehen auch auf die erbrechtlichen Fragen des westfälischen ehelichen Güterrechts — und Gründlichkeit nachgeholt. Der Verf. verwertet dabei nicht nur das allen offenliegende Material, namentlich die veröffentlichte Judikatur und die Literatur zu den Nachbar- und Parallelsystemen, sondern erhöht den Wert des Buches durch eine Zustreuer von eigener Note: Vor allem erschließt er die anerbenrechtliche Rechtsprechung insbes. des OVG. Hamm (auch des RG.) weit über den geringen Umfang hinaus, in dem sie veröffentlicht ist, er führt sie an und würdigt sie kritisch — übrigens sehr selbständig —; er ist auch mit den Verwaltungsverordnungen und -verfügungen vertraut, die der Ausführung des Gesetzes zugrunde liegen; und er verfügt offenbar über eine reiche praktische Erfahrung in der Handhabung des Gesetzes (wohl auch in der Praxis der Güterüberlassungsverträge), wie namentlich die Erläuterungen zu den Fragen des Schätzungswezens erkennen lassen. Er hat demnach Grund zu seiner Hoffnung, daß das Buch nicht nur Richtern und Anwälten, sondern „auch dem gerichtlichen Schächer und dem Aufklärer suchenden Landwirte dienen“ möge; aber auch die Rechtspolitik und die wissenschaftliche Erkenntnis werden durch die die Spezialmaterie mit großer Treue durchforschende Schrift gefördert.

Prof. Dr. W. Hallstein, Rostock.

Prof. Dr. Ludwig D. Vell: Das Auerbenrecht. Schriften zur politischen Bildung, herausgegeben von der Gesellschaft „Deutscher Staat“. IV. Reihe. Heft 3. Langensalza 1932. 106 S. Preis 4,50 RM.

Der Verf. — Prof. der Volkswirtschaftslehre in Würzburg — gibt in der ersten Hälfte der Arbeit ein allgemeinverständliches Referat über Entwicklung und Stand des Auerbenrechts in Deutschland und das Altenteilswesen, das zur Einführung von Laien in die Materie und die ihr zugrunde liegenden Wertungen wohl geeignet ist und nur gelegentlich die juristische Kritik herausfordert — so S. 30 f., wo von der Freiheit der Verfügung über das Auerbengut unter Lebenden und von Todes wegen gesprochen und fortgefahren wird: „Nur wo das Testamentauerbenrecht herrscht, ist ein Antrag auf Vöschung der Auerben(gut)s-eigenchaft erforderlich und ausreichend“ (Art. 64 Abs. 2 GGWB.), und auf den folg. Seiten, wo ein Gesetz als „gut“, ja „vorzüglich“ gerühmt wird, das — wie der Verf. selbst zugibt — nahezu eine Totgeburt war (BayErbGüterG. v. 22. Febr. 1855). Die zweite Hälfte ist der ja durch die Lösung des GGWB. längst nicht beruhigten rechtspolitischen Frage einer Verbreiterung des Geltungsgebietes des Auerbenrechts gewidmet. Der Verf. teilt den auch für den Juristen interessanten Entwurf eines Reichstrahmengesetzes über das Auerbenrecht mit, den der Reichs-Landbund 1924 vorgelegt hat (ohne weiteres eintretendes gesetzliches Auerbenrecht in den Gebieten der Auerbensitte — auf Antrag des Eigentümers eintretendes sonst, Aufrechterhaltung des Rechts des Eigentümers zur Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen, in den übrigen Ausführung durch den Landesgesetzgeber). Er selbst ist im gleichfalls — wie wohl überwiegend die Agrarpolitiker — Freund einer Ausdehnung des Auerbenrechts, schießt aber mit den von ihm selbständig formulierten Forderungen weit über das Ziel (Zwangsauerbenrecht überall mit reichsrechtlicher Auerbfolgeordnung, Ausschluß der Veräußerung von Auerbengut unter Lebenden und von Todes wegen — außer mit Einwilligung der Verwaltungsbehörde —, Nachtragsauseinanderbesetzung im Falle der Veräußerung von Auerbengut innerhalb von 30 Jahren; offenbar auch [vgl. S. 89 unten] kein Recht des Eigentümers auf Aufhebung der Auerbengutseigenchaft).

Prof. Dr. W. Hallstein, Rostock.

Dr. Werner Spohr: Familienangehörige als Arbeitnehmer im eigenen Betriebe. Aus der Sammlung: Moderne Handlungsbroschüren. Stuttgart 1932. Muthsche Verlagsbuchhandlung. Preis kart. 2,25 RM.

Die Schrift ist „ein gemeinverständlicher Führer durch das einschlägige Recht“ in den vielgestaltigen Fällen, in denen insbes. Kinder und Ehegatten in Betrieb ihrer nächsten Familienangehörigen beschäftigt werden. Der Verf., beratender Volkswirt und Bearbeiter eines Kommentars zur RAbgD. (Stilles Rechtsbibl. Bd. 97), hat besonderes Gewicht auf die steuerrechtliche Behandlung der gedachten Fälle gelegt. Trotzdem — oder auch eben deshalb — ist das Studium der Schrift auch dem Ziviljuristen, insbes. dem Richter beim Arbeits- oder Vollstreckungsgericht und dem beratenden Anwalt zu empfehlen. Sie geht von der Tatsache aus, daß in immer stärkerem Umfang bei Betrieben aller Art fremde Arbeitskräfte durch Angehörige ersetzt werden, sei es, um so die Betriebsunkosten zu senken, sei es, um die Angehörigen dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen — was übrigens in Deutschland schon längst vor Beginn der Notlage unserer Zeit, ja selbst in den Vorkriegsjahren größter Wirtschaftsblüte immer stärker eingetrisen war.

Wenn im Vorwort hervorgehoben wird, es solle namentlich auch dem Laien nicht nur gezeigt werden, wie die beabsichtigte Mitarbeit eines Familienangehörigen am zweckmäßigsten geregelt werden kann, sondern auch, wie er sich als Gläubiger vor unlaunlicheren Machenschaften zu schützen vermag, so muß ich hierzu freilich ein allgemeines Bedenken erheben: ob nicht der Verf. durch seine Fingerzeige und seine Stellungnahme, sicher gegen seine Absicht, manchmal eher dem Schuldner die Wege weist, wie er dem Gläubiger entfliehen kann. Jedenfalls scheint mir, daß er in der Stellungnahme gegen solche Machenschaften mehrfach gar zu ängstlich verfährt und sich zu enge an eine zwar immer noch gern als herrschende Meinung angeführte, aber von einem großen Teil der Praktiker nie anerkannte Rechtsprechung hält, die ungewollt den böswilligen Schuldner schützt, gewiß nie zu den Ruhmestiteln deutscher Judikatur zu zählen war, und seit einiger Zeit — in der Theorie wie in der Praxis der unteren und mittleren Gerichte angegriffen — wohl als erschüttert gelten kann. Daß Verf. sich namentlich bei üblen Kämpfen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, der angeblich oder auch wirklich ohne Entgelt oder unpfindbar bei seinen Eltern oder bei der Gattin arbeitet (der er meist vorher sein Geschäft übertragen hatte), geneigt wäre, sich grundsätzlich auf die Seite des Schuldners zu stellen, ist sicher nicht anzunehmen. Aber es kann z. B. mißverständlich wirken, wenn

(S. 32) ausgeführt wird, dort wo dem Sohne nur freier Unterhalt gewährt werde, obgleich ein erheblich höherer Verdienst erzielt und gezahlt werden könnte bestehe die „Gefahr“, daß die Gerichte den Versuch etwa des unehelichen Kindes, einen angeblichen Lohnanspruch des unehelichen Vaters gegen seinen Vater zu pfänden, „unterstützen“, indem sie „unterstellen“, daß ein angemessener Lohn gezahlt werde. Auch war es m. E. zum mindesten entbehrlich, in der Schrift (S. 57) das mißglückte, wohl alleseitig abgelehnte Urteil des RRrbG. vom 23. Juli 1930 ziemlich ausführlich wiederzugeben, in dem ausgeführt ist, der Ehemann sei nicht gehindert, den der Pfändung unterliegenden Teil seiner Tariflohnforderung gegen seine Ehefrau an diese abzutreten, was auch stillschweigend geschehen könne, und hieran geradezu den Ratsschlag anzuknüpfen, daß der Ehemann, „und zwar am besten schriftlich“, den unpfindbaren Teil der Lohnforderung wieder an die Ehefrau abtrete.

Die Schrift betont mit Recht den Unterschied der Grenzfälle zwischen Familienrecht und Arbeitsrecht, in denen es sich entweder um ein nur familienhaftes Verhältnis oder um einen regulären Arbeitsvertrag handelt und zeigt im wesentlichen zutreffend sowohl die Kriterien der Unterscheidung als namentlich deren vielfach praktische Tragweite auf. Ein familienrechtliches Beschäftigungsverhältnis nimmt Verf. (S. 8) immer dann an, wenn keine genügenden positiven Anhaltspunkte für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden können; dies dürfte in der Regel einer richtigen Beantwortung der Beweislastfrage entsprechen. In der Sache wird (S. 12) darauf abgestellt, ob der Gesichtspunkt der Familienbeziehung oder der des Arbeitsvertrages überwiegt. Nur wird im Einzelfalle damit häufig wenig gewonnen sein. Praktisch wird es im wesentlichen darauf ankommen, ob Wert, Umfang und Dauer den Rahmen der sich aus dem Familienverhältnis ergebenden Pflichten wesentlich übersteigen und ein Lohnanspruch nicht irgendwie ausgeschlossen worden ist.

Wenn Verf. den Arbeitsvertrag zwischen Vater und Sohn als sittenwidrig nur dann ansieht, wenn ausschließlich bezweckt ist, den Sohn der ihm obliegenden Alimentationspflicht zu entziehen, so dürfte dies zu eng sein (vgl. S. 9); es wird in solchen Fällen wiederum auf den wesentlichen, ausschlaggebenden Zweck ankommen. Ähnlich erscheint es als zu eng und außerdem irreführend, wenn (S. 14) gesagt wird, das Entgelt könne, wenn die Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht offenkundig sei, so gewählt werden, daß es pfändungsfrei bleibe. Dadurch möchten manche sich verleiten lassen, eine solche Form der Vereinbarung zu wählen, bei der die böse Absicht nicht „offenkundig“ hervortritt; es kommt aber nicht sowohl auf die Offenkundigkeit, sondern auf die Tatsache und auf die Nachweisbarkeit der Absicht oder auch auf die Unmöglichkeit an, das Gegenteil zu erweisen.

In den beiden vorgedachten Fällen, aber auch an anderen Stellen (z. B. S. 15, 31, 32, 54, 55, 56) will Verf. einen grundlegenden Unterschied der Behandlung annehmen, je nachdem der Schuldner sich einer Unterhaltspflicht oder einer anderen Verpflichtung entziehen will. Während z. B. „gewöhnliche“ Gläubiger den Vertrag nur dann ansprechen könnten, wenn die niedrige Entlohnung den Zugriff auf das Einkommen abschneiden solle (S. 32) und nicht verhindern könnten, daß der Schuldner seine Person anderen unentgeltlich dienstbar macht, soll es sich hier wie hinsichtlich der Sittenwidrigkeit grundsätzlich anders verhalten, wenn es sich um einen unterhaltsberechtigten Gläubiger handelt. Gegenüber Unterhaltsansprüchen soll eine Beschäftigung im Anstellungsverhältnis bei Vereinbarung pfändungsfreier Entgelts den Ehegatten sogar „niemals“ vor Gläubigeransprüchen schützen (S. 15). Mit dieser Schärfe kann eine solche, in der Schrift folgerichtig durchgeführte Auffassung indessen weder nach der einen noch nach der anderen Richtung gebilligt werden. Auch aus den mitgeteilten Entscheidungen ist dies nicht zu entnehmen (vgl. z. B. das S. 56 Anm. 1 mitgeteilte Urteil des RRrbG.). Gewiß sind die mannigfachen Winkelzüge gegen die Durchföhrung von Ansprüchen erst recht verwerflich und treten im allgemeinen Sittenwidrigkeit und böswillige Absicht besonders stark dann in die Erscheinung, wenn Unterhaltsansprüche bereitelt werden sollen; auch hat das Gesetz ihren Schutz in den Vorschriften des § 361 Ziff. 10 StGB. und des § 850 IV BPO. wie §§ 4, 4 a LohnbeschG. verstärkt. Daß aber die übrigen Gläubiger im Gegensatz zu den Unterhaltsberechtigten grundsätzlich vom Gesetzgeber abweichend behandelt und schutzlos gelassen wären, wie Spohr anzunehmen scheint, trifft keineswegs zu. Umgekehrt führt es auch zu weit, anzunehmen, daß eine unentgeltliche oder pfändungsfreie Beschäftigung von Ehegatten und Kindern gegenüber Unterhaltsansprüchen niemals statthaft wäre (S. 15). Es ist z. B. gerade unter den heutigen Verhältnissen sehr wohl möglich, daß der arbeitslos gewordene Sohn im elterlichen Betrieb als an und für sich hier überzählige Arbeitskraft nur gegen Kost oder ein weit hinter dem tatsächlichen Wert seiner Leistungen zurückbleibendes Taschengeld beschäftigt wird, ohne daß seine Gläubiger, und seien es selbst

Unterhaltsberechtigten, daraus gegen den Arbeitgeber, irgendwelche Ansprüche — aus Lohn, Bereicherung, Anfechtung, sittenwidrigem Vorgehen — herleiten könnten.

Im allgemeinen ist aber der Verf. in der Anerkennung solcher Ansprüche m. E. zu zaghaft und zurückhaltend, berücksichtigt er — insbes. S. 54 ff. — viel zu wenig die dem früheren, allzu lagen oder ängstlichen Gerichtsgebrauch namentlich der höchsten Gerichte abweichenden Meinungen und Sprüche namentlich der ARbG. Daß aber hier in letzter Zeit auch beim ARbG. eine Wendung zum Besseren, d. h. zugunsten eines wirksameren Schutzes der Gläubiger gegen böswillige Schuldner eingetreten ist, beweist das Urteil des ARbG. vom 6. April 1932 betreffend Pfändung von Ansprüchen des Ehemannes, der im Geschäft der Ehefrau tätig ist. An diesem Beispiel zeigt sich namentlich, eine wie große Bedeutung für den Gläubigerschutz die wirksame Anwendung des § 612 BGB. besitzt. Daß diese Vorschrift — wie ich, freilich entgegen der bisher vorherrschenden Auffassung, mehrfach dargelegt

habe — selbst in den Fällen anwendbar ist, in denen die getroffene Lohnabrede wegen Sittenwidrigkeit als nichtig erscheint, wird jetzt auch von Volkmar in der Ann. zur vorgedachten Entscheidung (in Rspr. in ArbG. 1932, 155) anerkannt; vgl. zu der Frage meine Darlegungen JW. 1932, 1679 und Ann. zum gedachten Ur. d. ARbG. v. 6. April 1932: JW. 1932, 2747 sowie im übrigen zu der ganzen Materie meinen Aufsatz über „Die Scheidung unter Ehegatten“ JW. 1931, 2548. Die Anerkennung der hier vertretenen Thesen würde in mehrfacher Beziehung eine weit wirksamere Wahrung der Gläubigerinteressen gegenüber böswilligen Schuldnern ermöglichen.

Die Annahme des Verf., daß von der Ehefrau selbständig betriebene Erwerbsgeschäfte sei stets Vorbehaltsgut (vgl. S. 15, 54) trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. — Dem Gesamtwerk der Schrift, der hauptsächlich in ihren steuerrechtlichen Teilen liegt, tut der gelegentliche Mangel juristischer Schärfe keinen Eintrag.
Präs. d. Jur. Landprüfungsamt Sch w i s t e r, Berlin.

Rechtspredung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

I. Devisen-Notrecht.

1. §§ 12, 18 W.D. des RPräs. über Devisenbewirtschaftung v. 1. Aug. 1931 (vgl. §§ 29, 36 W.D. über Devisenbewirtschaftung v. 23. Mai 1932). — Eine Verurteilung zu einer genehmigungsbedürftigen und ohne diese Genehmigung gesetzlich verbotenen Handlung ist nicht zulässig. †)

Die Ausf. des W.D., daß die W.D. v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 421) und ihre Durchf.W.D. einer Verurteilung des Bekl. zur Freistellung nicht entgegenstünden, sind nicht ohne weiteres zu billigen. Ob die erst nach Erlaß des BU. ergangene W.D. über die Devisenbewirtschaftung v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231) §§ 12 ff. in der RevInst. zu beachten ist (vgl. u. a. RG. 133, 185), kann dabei auf sich beruhen. Denn schon nach den zur Zeit der Verkündung des BU. in Geltung gewesenen Vorschr. hätte sich das RG. die Frage vorlegen sollen, ob denn der Bekl., mag er auch formell nur zur Freistellung des Kl. und nicht unmittelbar zur Zahlung an die Streitgehilfen verurteilt sein, in der Lage ist, dem Urteil zu genügen, ohne sich der zivilrechtlichen Wichtigkeit der die Freistellung des Kl. bezweckenden Rechtsgeschäfte (§ 12 W.D. v. 1. Aug. 1931) und der straf-

Zu 1. Nach der in ihrer rechtlichen Tragweite zweifelhaften Entsch. des 4. ZivSen. in JW. 1932, 2277⁴ (vgl. dazu Ann. von Hoffmann) spricht nunmehr der 6. ZivSen. mit aller Deutlichkeit aus, daß zu einer nach Devisenrecht genehmigungsbedürftigen Handlung, solange die Genehmigung nicht erteilt ist, nicht verurteilt werden darf. Das Berufungsgericht hatte einen Aussetzungsantrag nach § 23 DevW.D. (v. 23. Mai 1932) abgelehnt, weil es der Auffassung war, die mit der Klage geforderte Freistellung des Kl. von gewissen Verpflichtungen könne ohne Verstoß gegen die Devisenvorschriften durchgeführt werden. Das RG. hält dies im vorl. Fall für nicht einwandfrei feststehend, und schon die Möglichkeit der Entstehung eines solchen Konflikts genügt ihm, um die Verurteilung für unzulässig zu erklären. Es schließt sich also der in den amtlichen Richtlinien (Abschn. II Nr. 69) vertretenen und in der Literatur herrschenden Auffassung (vgl. Lion-Gartenstein, Dem. 3, 4 zu § 23 DevW.D.; neuerdings auch Rheinström: JW. 1932, 3605) an, wonach das Fehlen der devisenrechtlichen Genehmigung materiellrechtliche Bedeutung hat und schon im Ur. zu berücksichtigen ist. Es ist zu hoffen, daß nunmehr auch die Praxis der unteren Gerichte, die leider gegenwärtig — z. T. wohl infolge der nicht ganz klaren, eingangs erwähnten Entsch. des RG. — recht uneinheitlich ist, im Interesse der Rechtssicherheit (vgl. Hoffmann a. a. O.) allgemein

gerichtlichen Verfolgung aus § 18 das. anzusetzen. Dies mag, zumal wenn die Behauptung des Kl. über die Ausländereigenschaft des Bekl. zutrifft, auch ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung immerhin denkbar sein, aber diese etwaigen Möglichkeiten hätten doch nach Anhörung der Parteien erörtert, oder es hätte diesen Gelegenheit zur Beibringung jener Genehmigung gegeben werden müssen. Zur Vornahme von Handlungen, durch die er mittelbar mutmaßlich zu einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot genötigt werden würde, durfte der Bekl. nicht verurteilt werden (vgl. Gartenstein: JW. 1932, 315 ff.), wie auch die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil nur mit Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle zulässig sein würde (§ 10 W.D. v. 10. Nov. 1931 [RGBl. I, 673]).

(U. v. 22. Sept. 1932; 159/32 VI.)

II. Familienrecht.

1. Eherecht.

2. §§ 254, 398, 831, 845, 1356, 1380 BGB.; §§ 7, 11 Kraftf.G. Ansprüchen der Ehefrau, die der Ehemann gemäß § 1380 BGB. erhebt, kann eigenes mitwirkendes Verschulden des Ehemannes dann entgegengehalten werden, wenn eine Abtretung der Ansprüche an ihn erfolgt ist. Kommt eigenes Verschulden des Ehemannes in Frage, so muß bei jedem einzelnen Anspruch genau geprüft werden, ob es sich um einen Anspruch des Vorbehaltsgutes, des eingebrachten Gutes oder des Mannes selbst handelt. Der einem Dritten zustehende Schadensersatzanspruch, der sich auf

diesem Standpunkt folgt. — Für die vom RG. offengelassene Frage, ob die nach Erlaß des BU. ergangene DevW.D. v. 23. Mai 1932 in der RevInst. zu beachten war, kommt es darauf an, ob die neuen Best. ihrem Sinn und Zweck nach sich auf Vorgänge beziehen sollen, die in der Zeit vor ihrem Inkrafttreten liegen (vgl. neben der vom RG. bereits erwähnten RG. 133, 185 auch RG. 101, 141; 107, 373; 111, 321). Für die eigentliche Neufassung der DevW.D. ist die Frage offenbar zu bejahen, da diese auf Grund der Ermächtigung in der W.D. des RPräs. v. 15. April 1932 (RGBl. I, 177) nur eine Neubekanntmachung der im Zeitpunkt der Bekanntmachung geltenden Devisengesetzgebung bedeutet. Für die vorangehenden, seit dem BU. erlassenen Durchf.W.D. müßte die Frage von Fall zu Fall geprüft werden. Die in den Durchf.W.D. enthaltenen neuen Beschränkungen und Verbote sollen, wenn sich aus ihrer Fassung nichts anderes ergibt, wohl in der Regel nur für Rechts-handlungen gelten, die nach ihrem Inkrafttreten vorgenommen werden. Dabei ist aber zu beachten, daß in Fällen, wie dem vorliegenden, die verbotene Handlung (z. B. Zahlung an den Ausländer) erst auf Grund des Ur. erfolgen soll. In der RevInst. wäre also gegebenenfalls zu prüfen, ob die zur Zeit des BU. noch erlaubte Handlung nicht inzwischen zu einer verbotenen wurde.
RegR. Dr. Gartenstein, Berlin.

die Entziehung von Diensten des Verletzten gründet, ist nur im Falle der Haftung nach §§ 823 ff. BGB. gegeben, dagegen nicht bei einer Haftung, die sich auf den Rahmen des KraftfG. beschränkt. Wenn der Mitinhaber eines gemeinschaftlichen Geschäftes aus eigenem Entschluß tätig wird, ist der andere Mitinhaber nicht ohne weiteres als Besteller i. S. des § 831 BGB. anzusehen.

Das von dem Kl. geleitete Schlächterfuhrwerk stieß mit einem dem Bekl. zu 1 gehörenden, von dem Bekl. zu 2 geleiteten Kraftwagen zusammen. Der Kl. nimmt beide Bekl. mit Leistungs- und allgemeiner Feststellungsklage auf Leistung von Schadenersatz in Anspruch. Er verlangt neben Heilungskosten — die teils auf ihn selbst und teils auf seine Frau entfallen — und einem angemessenen Schmerzensgeld weiter Sachschadensersatz und Ersatz des Verdienstausfalls. Dazu hat er folgendes vorgebracht. Er habe das Geschäft bis zu dem Unfall gemeinsam mit seiner Frau betrieben; sie hätten durchschnittlich einen Reinverdienst von monatlich mindestens 300 RM erzielt; infolge der Unfallverletzungen seien sie nicht mehr in der Lage gewesen, das Geschäft weiterzubetreiben, und dadurch, zumal angesichts ihres Alters, vollkommen erwerbslos geworden.

BG. wies ab, soweit Ansprüche über den Rahmen des KraftfG. hinaus erhoben werden, ferner zu $\frac{3}{4}$ innerhalb der Haftung nach diesem Gesetz. Zum restlichen $\frac{1}{4}$ verurteilte es. BG. verurteilte, indem es die Berufung der Bekl. ganz, die des Kl. im übrigen zurückwies, den Bekl. zu 2 auch nach § 823 BGB., ferner beide Bekl. in vollem Umfang, soweit Ansprüche aus der Person der Ehefrau erhoben seien. Dagegen ließ es die Abweisung der auf § 831 BGB. gestützten Ansprüche gegen den Bekl. zu 1 und der $\frac{3}{4}$ der Ansprüche, soweit sie aus der Person des Kl. erhoben seien, bestehen.

Die Rev. der beiden Bekl. führte zur teilweisen Aufhebung und Zurückverweisung.

Die Rev. wendet sich dagegen, daß das BG. das mitwirkende Verschulden des Kl. bei der Beurteilung des seiner Ehefrau erwachsenen Schadens außer Betracht läßt. Der Angriff muß Erfolg haben.

In der Ehe des Kl. gilt das gesetzliche Güterrecht des BGB. Für den Regelfall trifft es allerdings zu, daß den Schadenersatzansprüchen der Ehefrau, die als Inasse (Fahrgast) des von ihr benutzten Fahrzeugs ihres Ehemanns bei einem Zusammenstoß dieses Fahrzeugs mit einem anderen Fahrzeug verletzt ist, das etwaige Verschulden des Lenkers ihres Fahrzeugs nicht aus dem Gesichtspunkt der Abwägung mehrerer Schadensursachen (§§ 17, 18, 9 KraftfG.; § 254 BGB.) entgegengehalten werden kann, sondern nur eigenes Verschulden. Es ist auch weiterhin richtig, daß es in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht, ob die Ansprüche im Rechtsstreit von der Ehefrau selbst (vgl. § 1400 Abs. 2 BGB.) oder vom Ehemann kraft seiner Befugnis nach § 1380 BGB., soweit diese reicht, erhoben werden (RG. 138, 1 ff. = JZ. 1932, 3711). Anders ist die Sachlage aber, sofern und soweit der Ehemann Schadenersatzansprüche der Frau kraft zulässiger Abtretung geltend macht. Durch die Abtretung werden die Ansprüche zu seinen eigenen (§ 398 Satz 2 BGB.), und aus diesem Grunde kann ihnen gegenüber, auch soweit eine Abtretung an sich zufolge § 1380 BGB. nicht erforderlich wäre, sein eigenes mitwirkendes Verschulden geltend gemacht werden (vgl. u. a. Ur. des erf. Sen. v. 18. Jan. 1932, VI 347/31). Das hat das BG. übersehen, obwohl es eine Abtretung von Ansprüchen der Ehefrau an den Kl. als unstreitig anführt. Das angef. Ur. ist daher an sich schon ohne weiteres aufzuheben insofern, als diese Abtretung reicht. Wie weit letzteres freilich zutrifft, unterliegt angesichts der Unklarheit, die in diesem Punkt nach dem Inhalt des angef. Ur. besteht, erheblichen Bedenken. An sich bedurfte der Kl. zur Geltendmachung von Ansprüchen seiner Frau einer besonderen Abtretung nur insofern, als diese nicht zum eingebrachten Gut gehörten (§ 1380 BGB.). Anscheinend ist sich das BG. dieser Sachlage zwar bewußt gewesen, da es für die Sachbefugnis des Kl. hinsichtlich des Schmerzensgeldanspruchs seiner Frau (§ 847 BGB.) zutreffend seine Befugnis nach § 1380 BGB. für ausreichend erklärt. Ob damit aber zum Ausdruck gebracht

sein soll, daß die Abtretung nur diesen Anspruch nicht mitumfasse, wohl aber alle anderen Ansprüche der Frau, bleibt unklar. Sollte es sich etwa nach der Meinung des BG. um eine nur vorsorglich vorgenommene Abtretung lediglich derjenigen Ansprüche handeln, die nicht zum eingebrachten Gut gehörten (§ 1380 BGB.), — was an sich denkbar und dahin zu verstehen wäre, daß die Abtretung nur diejenigen Ansprüche betreffe, zu deren Geltendmachung der Kl. einer Abtretung bedürfe, — so würde es für die Sachbefugnis des Kl. einer solchen Abtretung nicht bedürfen hinsichtlich der für die Frau bereits aufgewandten und etwa in Zukunft noch aufzuwendenden Heilungskosten. Der hierauf bezügliche Erstattungsanspruch könnte vielmehr vom Kl. gemäß § 1380 BGB. zum Leistungs- und Feststellungsanspruch geltend gemacht werden ohne Rücksicht darauf, ob und von welchem der beiden Ehegatten bereits solche Kosten tatsächlich verauslagt sind (RG. 132, 223¹); 129, 55²). Ob das BG. diesen rechtlichen Gesichtspunkt beachtet hat und namentlich, wie der Kl. und seine Ehefrau bei der Vollziehung der Abtretung sich dazu gestellt haben, ist nirgendwo erkennbar. Auf der anderen Seite ist — falls es sich nicht um eine im obigen Sinne nur vorsorgliche, sondern unbeschränkt bewirkte Abtretung handelt — zu berücksichtigen, daß auch der Schmerzensgeldanspruch nach der Rechtshängigkeit abtretbar ist (§ 847 Abs. 1 Satz 2 BGB.) und möglicherweise hier der Zeitpunkt der Abtretung, über den nirgendwo etwas mitgeteilt wird, nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit liegt. Auch hier ist nicht erkennbar, wie weit das BG. diese Rechtslage bei seiner rechtlichen Würdigung beachtet hat. Für die Rev.Jnst. muß allerdings angeführt werden, daß die Unklarheiten davon ausgegangen werden, daß die Abtretung sich auf alle Ansprüche der Frau bezieht. Mangels tatsächlicher Unterlagen kann insbes. nicht festgestellt werden, daß der Rechtswirklichkeit der Abtretung hinsichtlich eines Teiles der Forderung gesetzliche Best. aus dem Gesichtspunkt der Unfallrente nach Maßgabe des § 850 Abs. 3 ZPO., § 400 BGB. entgegenstehen (Gruch. 61, 302; 62, 393). Demgemäß ergibt sich die Aufhebung des angef. Ur. zu allen Ansprüchen der Ehefrau des Kl., soweit sie zu mehr als einem Viertel zuerkannt sind. Dazu ist jedoch noch weiter folgendes zu bemerken.

Welche Ansprüche der Ehefrau tatsächlich im Rechtsstreit erhoben sind, bleibt mit Ausnahme der im Leistungsanspruch enthaltenen Heilungskosten völlig unklar. Das gilt sowohl vom Feststellungsanspruch wie auch von dem Schmerzensgeldanspruch, dem Sachschaden und dem Verdienstausfall, welcher letztere anscheinend den Hauptanteil des Feststellungsbegehrens ausmacht. Die Bedenken, die nach dieser Richtung zu erheben sind, können möglicherweise zur Anrechnung des festgestellten mitwirkenden Verschuldens des Kl. auch insofern, als eine Abtretung nicht in Betracht kommt, deswegen führen, weil in Wirklichkeit nicht Ansprüche der Frau, sondern des Kl. selbst erhoben sind.

Es kann zweifelhaft sein, ob im vorl. Rechtsstreit überhaupt bereits ein Schmerzensgeldanspruch der Ehefrau erhoben worden ist. Die Beantwortung dieser Frage könnte sich aber nicht nur hinsichtlich des Ausspruchs zur Sache, sondern namentlich auch zur Kostenentsch. auswirken. Jedenfalls ist die einwandfreie Klärung dieser Frage, gegebenenfalls mit Hilfe des § 139 ZPO., schon wegen der Tragweite des Grundurteils für das Bettragsverfahren (§§ 304, 318 ZPO.) erforderlich. Daß die Rev. nach dieser Richtung keinen Angriff erhoben hat, ist unerheblich.

Das BG. scheint der Auffassung zu sein, daß auch der Anspruch der Ehefrau des Kl. Erstattung von Sachschaden und von Verdienstausfall umfasse. Das ist jedoch weder in der Formel zum Ausdruck gebracht, noch ist in den Gründen des Ur. irgendwie erkennbar gemacht, inwieweit das der Fall ist, inwieweit überhaupt ein solcher Anspruch der Ehefrau im Rechtsstreit bereits erhoben ist, wie er namentlich rechtlich aus dem vorgebrachten Sachverhalt abzuleiten sein soll. Nur im Feststellungsbegehren und demzufolge auch in dem Erstattungsanspruch zu diesem Begehren ist die Pflicht zur Erstattung des „der Ehefrau entstandenen (weiteren) Schadens“ unmiß-

1) JZ. 1931, 3338.

2) JZ. 1930, 2857.

verständlich zum Ausdruck gebracht. Das mag zu diesem Begehren ausreichen, da es der Beurteilung eines etwaigen späteren Leistungsbegehrens auf Grund dieses Feststellungsausspruchs überlassen werden könnte, welchen (weiteren) Schaden die Ehefrau wirklich erlitten hat. Anders ist es dagegen bei dem jetzt bereits anhängigen Leistungsbegehren. Soweit Sachschaden und Verdienstaussfall damit erstattet verlangt werden, ist weder in den Klageanträgen noch in deren schriftlicher Begründung irgendwie zum Ausdruck gebracht, wie das Beteiligungsverhältnis der beiden Eheleute hinsichtlich dieser in einheitlicher Summe erhobenen Posten tatsächlich und rechtlich zu beurteilen ist. Auch aus dem Ur. des BG. läßt sich nach dieser Richtung nichts erkennen. Das BG. begnügt sich mit der Feststellung: „Das von dem Kl. betriebene Schlächtergeschäft gehöre nach dem Klagevortrag beiden Eheleuten gemeinsam.“ Es würdigt aber diese Feststellung nur hinsichtlich der Sachbefugnis des Kl., und zwar in der Weise, daß es die sich „hieraus“ ergebenden Bedenken gegen diese Sachbefugnis durch die oben erörterte Abtretung für behoben erklärt. Eine Abtretung würde aber hinsichtlich der Ansprüche der Ehefrau auf Ersatz von Sachschaden und Erwerbzausfall nur dann unerläßliche Voraussetzung für die Sachbefugnis des Kl. sein, wenn diese Ansprüche zum Vorbehaltsgut der Ehefrau gehörten (§§ 1355 ff. BGB.). Anscheinend hat das BG. diese Voraussetzung als gegeben angesehen. Worauf es diese Annahme stützt, ist freilich nicht ohne weiteres erkennbar. In Betracht kommen könnte nur § 1367 BGB., nach der Vorbehaltsgut ist, was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, i. Verb. m. § 1370 BGB., die auf Vorbehaltsgutsbestandteile bez. Ersatzansprüche betrifft. Welcher der beiden Tatbestände des § 1367 BGB. nach der Meinung des BG. hier erfüllt sein soll, ergibt das angef. Ur. nicht. Darüber enthielt übrigens auch das Vorbringen des Kl. nichts. Nach diesem Vorbringen war der Kl. „Inhaber“ des Geschäfts, und dieses wurde von ihm „zusammen mit seiner Ehefrau betrieben“: aus diesem Geschäft hatte „er“ den behaupteten und der Berechnung des Verdienstaussfalls zugrunde gelegten Reinerdienst gehabt. Sachlich-rechtlich liegt daher die Annahme nicht fern, daß es sich bei der Tätigkeit der Ehefrau in dem „gemeinsamen“ oder „gemeinsam betriebenen“ Geschäft um die ihr nach § 1356 Abs. 2 BGB. obliegende Verpflichtung zur Leistung von Arbeiten in dem Geschäft ihres Mannes, des Kl., handelte. Jedenfalls kann die Voraussetzung des § 1367 BGB. hinsichtlich dieser Arbeit — der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts scheint nach dem bisherigen Sachverhalt auszuschließen — nur dann und nur insoweit erfüllt sein, als diese Tätigkeit über das Maß des der Frau nach § 1356 Abs. 2 BGB. Obliegenden hinausging. Nur der Ertrag einer solchen Arbeit würde nach § 1367 BGB. in das Vorbehaltsgut fallen, während der Ertrag ihrer nach § 1356 Abs. 2 BGB. gebotenen Mitwirkung weder dem Vorbehaltsgut noch dem eingebrachten Gut, sondern dem Manne selbst zugefallen sein würde. Nur im ersteren Falle würde es sich überhaupt um einen der Frau selbst erwachsenen Schadenersatzanspruch (§ 1370 BGB.) handeln können, während im letzteren Falle nur der Mann, und zwar nach Maßgabe des § 845 BGB., anspruchsberechtigt sein würde. Daß das BG. diese Rechtslage erkannt hat, ergibt das angef. Ur. nicht. Aus dieser Rechtslage können sich aber weitere Folgerungen ergeben. Handelt es sich um einen Anspruch der Frau selbst, so gehört er zum Vorbehaltsgut. Es bedarf dann der — u. U. jedoch durch § 850 Abs. 3 ZPO. in ihrer Zulässigkeit eingeschränkten — Abtretung für die Sachbefugnis des Kl. Diese Abtretung aber hat zur weiteren Folge, daß auch dem von ihr rechtsgültig betroffenen Anspruch das mitwirkende Verschulden des Kl. entgegengelegt werden kann. Handelt es sich aber um einen Anspruch des Kl. nach § 845 BGB., so muß dieses mitwirkende Verschulden ohne weiteres in Rücksicht gezogen werden. Dabei ist aber zugleich noch folgendes zu beachten. Der einem Dritten zustehende Schadenersatzanspruch, der sich auf die Entziehung von Diensten des Verletzten gründet, ist nur im Falle der Haftung nach §§ 823 ff. BGB. gegeben, dagegen nicht bei einer Haftung, die sich auf den Rahmen des KraftfG. beschränkt, da das letztere Gesetz die

Erfüllung jenes Schadens nicht vorsieht. Diese Beschränkung der Haftung trifft nach dem Urteilsauspruch des BG. bei dem Bekl. zu 1 zu. Er haftet dem Kl. also — neben der Beschränkung seiner summenmäßigen Haftung nach § 12 KraftfG. — für Verdienstaussfall nicht, soweit dieser durch einen Tatbestand bedingt ist, wie er §§ 1356 Abs. 2, 845 BGB. zugrunde liegt. Dem Bekl. zu 1 gegenüber ist dem bereits infolge der Abweisung der über das KraftfG. hinausgehenden Ansprüche Rechnung getragen. Anders aber möglicherweise gegenüber dem Bekl. zu 2, dessen Haftung auch nach § 823 BGB. ausgesprochen ist. Diesem Bekl. gegenüber wird daher das BG. — notfalls wiederum unter Anwendung des § 139 ZPO. — den Anspruch auf Erstattung von Sachschaden und Verdienstaussfall auch unter diesem sachlich-rechtlichen Gesichtspunkt der §§ 1356 Abs. 2, 845 BGB. prüfen müssen. Auch insoweit muß die Entsch. in dem Ur. über den Grund des Anspruchs getroffen werden, und zwar in einer Weise, die Mißverständnisse ausschließt. Im Beträgsverfahren, für das die Bindung an das Zwischenurteil gemäß §§ 304, 318 ZPO. gegeben ist, läßt sich das nicht nachholen.

Ist hiernach zwar schon die erste Rüge der Rev. begründet, so ist doch weiterhin festzustellen, daß ihre Berechtigung bei dem bisher zu unterstellenden Sachverhalt nicht auch aus § 831 BGB. abgeleitet werden kann. Das in § 831 BGB. behandelte Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson glaubt die Rev. hinsichtlich der Lenkung des Schlächterwagens durch den Kl., soweit die Verletzung der Ehefrau in Betracht kommt, deswegen auf die beiden Eheleute anwenden zu können, weil die Ehefrau Mitinhaberin des Geschäfts, demnach Miteigentümerin des Fuhrwerks gewesen sei und der Kl. das Fuhrwerk in ihrem Einverständnis gelenkt habe. Darin kann ihr jedoch nicht gefolgt werden. Es mag außer Betracht bleiben, daß die Bekl. nach dieser Richtung in den Vorinstanzen nichts vorgebracht haben. Das Vorbringen der Rev. läuft darauf hinaus, daß der Kl. bei der Lenkung des Fuhrwerks gleichzeitig einmal aus eigener Veranlassung, sodann aber auch als von seiner Frau bestellte Hilfsperson tätig geworden sei. Daß auch der Ehemann Hilfsperson seiner Frau sein kann, ist z. B. für den Fall angenommen, daß er bei Gütertrennung das Vermögen der Frau verwaltet (RG. 91, 363). Hier ist der Sachverhalt aber anders. Daß nach ihm sich eine solche Annahme rechtlich auch dann nicht begründen läßt, wenn das Geschäft nicht als lediglich dem Kl. gehörend von beiden Eheleuten „gemeinsam betrieben“ wurde — also im Falle des § 1356 Abs. 2 BGB. —, sondern beiden Eheleuten „gemeinsam gehörte“ — also bei einer über § 1356 Abs. 2 BGB. hinausgehenden Betätigung der Ehefrau —, kann nicht zweifelhaft sein. Für den Begriff der Hilfsperson nach § 831 BGB. ist wesentlich, daß die als solche angesprochene Person auf Veranlassung eines anderen, des Bestellers, in dem an sich diesem zufallenden Tätigkeitsbereich tätig wird. Auch wenn man nicht so weit gehen würde — woran jedoch in der Rspr. des RG. stets festgehalten ist —, die Entsch. darauf abzustellen, daß die „Hilfsperson“ mehr oder weniger von den Weisungen des „Bestellers“ abhängig ist, so würde doch der bisher vorliegende Sachverhalt rechtlich nicht ausreichen zu der Annahme, daß der Kl. nicht lediglich aus eigener Veranlassung und unabhängig von einer Einwirkung der Ehefrau sich der Lenkung des Fuhrwerks unterzogen habe und die Ehefrau sich demnach lediglich der bereits von ihrem Ehemann selbständig und aus eigenem Recht geschaffenen Sachlage angepaßt habe. Etwas anderes wird auch von der Rev. in Wirklichkeit nicht vorgebracht, wenn sie zur Begr. ihrer Auffassung darlegt, der Kl. habe im „Einverständnis“ seiner Ehefrau die Lenkung des Fuhrwerks besorgt. Ob Fälle denkbar sind, in denen das Einverständnis einer Bestellung i. S. des § 831 BGB. rechtlich gleichzustellen wäre, kann auf sich beruhen. Bei dem bisher zu beurteilenden Sachverhalt kann jedenfalls eine solche Gleichstellung nicht anerkannt werden.

(U. v. 28. Nov. 1932; 280/32 VI. — Berlin.)

[5.]

3. § 138 BGB. Abkommen über die Unterhaltsrente innerhalb eines Eheprozesses. Es ist nicht richtig, wenn das Ergebnis des Ehepro-

zesses dadurch nicht beeinflusst worden, sondern der Streit nur abgekürzt worden ist. — Zur Frage der Unentgeltlichkeit.

Die Ehe der Parteien wurde durch Ur. des LG. München I vom 1. Juli 1930 wegen ehewidriger Beziehungen der jetzigen Kl. zu L. geschieden. Vor der letzten mündlichen Verhandlung am 28. Juni 1930 hatten die Parteien eine Vereinbarung dahin getroffen, daß der jetzige Befl. die erhobene Eheanfechtungsklage zurückziehe und die Scheidungsklage nur auf die ehewidrigen Beziehungen der Kl. zu L. stützen, während die Kl. ihre Scheidungswiderklage zurücknehmen sollte. Nach Scheidung sollten beide Teile auf Rechtsmittel verzichten.

Dementsprechend ist im letzten Termin verfahren.

Weiter wurde in jener Vereinbarung bestimmt, daß der Befl. u. a. an die Kl. bis zu deren etwaigen Wiederverheiratung monatlich 400 RM zu bezahlen habe, während die Kl. auf ihre Auseinandersetzungsansprüche hinsichtlich ihres in die Ehe eingebrachten Vermögens mit Ausnahme einzelner bestimmter Gegenstände verzichtete.

Der Befl. hat sich Ende Dezember 1930 auf den Standpunkt gestellt, daß die Vereinbarung v. 28. Juni 1930 nichtig sei, und Bezahlung künftiger Unterhaltsbeträge verweigert.

Er ist aber in allen Instanzen verurteilt worden.

Das BG. stellt auf Grund der erhobenen Beweise fest, daß die ehewidrigen Beziehungen der Kl., die die Grundlage des Scheidungsurteils bildeten, tatsächlich bestanden haben und andererseits die von der Kl. erhobene Scheidungswiderklage aussichtslos gewesen sei. Das BG. nimmt deswegen an, daß das Scheidungsurteil auch nicht anders ergangen wäre, wenn die Parteien die Vereinbarung v. 28. Juni 1930 nicht getroffen hätten. Diese habe nur zu einer Abföhrung des Scheidungsverfahrens geführt.

Die Rev. beanstandet die Feststellungen zur Widerklage.

Der hiergegen gerichtete RevAngriff konnte schon deswegen keinen Erfolg haben, weil, wie das BG. mit Recht hervorhebt, die Rücknahme der Widerklage an sich schon nicht geeignet war, die Scheidung herbeizuföhren oder zu erleichtern. Dies gilt auch für die mit der Rücknahme der Widerklage verbundene Unterlassung von Behauptungen, auf die nach der Meinung der Rev. die Scheidungswiderklage hätte gestützt werden können. Sie waren für die Beurteilung der Scheidungsklage, insbes. bei Beantwortung der Zumutungsfrage ohne Bedeutung. Die Ehe der Parteien wäre auf die Scheidungsklage geschieden worden, mochte die Kl. die Scheidungswiderklage aufrechterhalten oder nicht. Diese konnte nur bewirken, daß die Scheidung auch aus Verschulden des Befl. ausgesprochen wurde. Eine Vereinbarung, die dies verhinderte, verstieß aber gegen kein gesetzliches Verbot. Ebensovienig enthält sie für sich allein schon einen Verstoß gegen die guten Sitten. Besondere Umstände, die die Annahme der Unfittlichkeit rechtfertigen könnten, sind nicht hervorgetreten.

Die Zufolge der Unterhaltsrente erfolgte nach der Behauptung des Befl. unentgeltlich. Der Befl. sieht deswegen in ihr ein mangels Wahrung der vorgeschriebenen Form nichtiges Schenkungsversprechen. Das BG. ist auch hierin dem Befl. nicht gefolgt. Es nimmt an, daß dem Versprechen der Unterhaltsrente eine Gegenleistung gegenüberstand, der Verzicht auf die Auseinandersetzungsansprüche der Kl. Die Rev. rügt hierzu die Nichtvernehmung des JN. A. Es ist der Rev. zuzugeben, daß nicht alle Gründe, die das BG. für die Ablehnung der Vernehmung anführt, einwandfrei sind. Entscheidend ist, daß das BG. auch die Tatsachen, für die das Zeugnis des JN. A. angerufen wurde, für unerheblich gehalten hat. Diese Begr. ist nicht zu beanstanden. Mit Recht weist das BG. darauf hin, daß es für die zu beantwortende Frage der Unentgeltlichkeit nicht darauf ankommt, ob und in welcher Höhe die Kl. Auseinandersetzungsansprüche hatte, sondern ob sie solche zu haben glaubte und geltend gemacht hatte und ob sie für diese von ihr erhobenen Ansprüche abgefunden werden sollte.

(U. v. 23. Juni 1932; 105/32 IV. — München.) [Ra.]

4. § 138 BGB. Abkommen über die Unterhaltsrente innerhalb eines Eheprozesses. Keine

Nichtigkeit, wenn die Parteien überzeugt sind, daß der Scheidungsanspruch auf alle Fälle durchbringen wird.

Die Parteien waren Eheleute. Sie streiten um die Rechtsgültigkeit eines Unterhaltsvertrages auf Grund des folgenden Sachverhalts. Im Vorprozeß klagte die Ehefrau mit dem Antrage, die Ehe aus alleinigen Verschulden des Ehemanns zu scheiden, hilfsweise sie auf die Anfechtung hin für nichtig zu erklären. Der Befl. hat um Aufweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Antrag, die Ehe aus Verschulden der Kl. zu scheiden. Im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung v. 6. Febr. 1926 stellte der Befl. keinen Antrag, die Kl. nur noch denjenigen auf Scheidung. Ihm entsprach das LG. wegen ehewidriger Beziehungen des Befl. zu der (am 11. Dez. 1925 als Zeugin vernommenen) Schauspielerin W. Unmittelbar nach Verkündung des Ur. verzichteten die ProZBev. auf Einlegung eines Rechtsmittels.

Am Tage vorher, dem 5. Febr. 1926, hatten die Parteien einen Vertrag folgenden Inhalts geschlossen. Sie erklärten, daß sie im Begriff ständen, ihre Ehe scheiden zu lassen. Nach Lage des Rechtsstreits sei zu erwarten, daß der Ehemann für den allein schuldigen Teil erklärt werde. Ohne Rücksicht auf das Ergebnis des Prozesses schlossen die Parteien zur Regelung aller gegenseitigen Beziehungen folgenden Vergleich. Der Ehemann verpflichtete sich, an seine Ehefrau, die auf etwa rückständigen Unterhalt verzichtete und erklärte, weitere Unterhaltsansprüche nicht zu haben, bis zum 30. Sept. 1927 monatlich eine Rente von 350 RM zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Parteien bevollmächtigten gleichzeitig unwiderruflich ihre Anwälte, den Vergleich nach Rechtskraft des im Scheidungsprozeß ergehenden Urteils in notarieller Urkunde in unveränderter Form zu bestätigen.

Dementsprechend erklärten die Anwälte am 6. Febr. 1926 zu Protokoll eines Notars, durch den Vergleich vom 5. Febr. sei beschlossen, ihn nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe zu bestätigen; sie bekannnten sich, nachdem die Eheleute rechtskräftig geschieden seien, in ihrem Namen zu jenem Vergleich und bestätigten ihn in allen Punkten.

Die Kl. vertritt den Standpunkt, der Vergleich sei zur Erleichterung der Scheidung abgeschlossen und verstoße gegen die guten Sitten. Ihr Klageantrag ging dahin, den Befl. zu verurteilen, an sie mit Wirkung v. 13. März 1931 (dem Tage des Bezugs) eine Unterhaltsrente von monatlich 350 RM zu zahlen. Der Befl. erhob Widerklage auf Feststellung, daß der Vertrag v. 5./6. Febr. 1926 rechtsgültig sei. Das LG. wies die Klage ab und erkannte nach dem Antrag des Widerklägers. Das BG. stellte dagegen den Klageanspruch dem Grunde nach fest und wies die Widerklage ab.

Das BG. hob auf.

Die Kl. hat die Nichtigkeit des Abkommens v. 5. Febr. 1926 aus folgenden Behauptungen hergeleitet. Sie habe den Wunsch gehabt, von der für sie unerträglichen Ehe befreit zu werden, dabei aber den Widerstand des Befl. überwinden müssen. Dieser habe die behaupteten ehewidrigen Beziehungen zur W. auch dann noch entschieden bestritten, nachdem sie auf die entsprechende Beweisfrage das Zeugnis verweigert habe. Der Ausgang des Scheidungsprozesses sei daher ungewiß gewesen. Er sei es nach ihrer Vorstellung geblieben, obwohl der Befl. später im Termin v. 9. Jan. 1926 den Austausch von Zärtlichkeiten (Küssen und Umarmungen) an einem Juniabend 1925 zugegeben habe. Da ferner mit einer Scheidung auf die erst am 9. Jan. 1926 gemäß Schriftsatz vom selben Tage erhobene Widerklage nicht mit Bestimmtheit habe gerechnet werden können, sei ihr nichts übriggeblieben, als dem Vorschlag des Befl. zuzustimmen, nämlich dem Gericht einen Ehebruch des letzteren vorzutauschen und dafür sich mit der Zahlung einer Unterhaltsrente bis zum 30. Sept. 1927 zu begnügen.

Das BG. hat ausgeführt, es müsse nach den zwischen den beiderseitigen Anwälten gewechselten Briefen v. 11. Jan. und 1. Febr. 1926 angenommen werden, daß die von der Kl. behauptete Ungewißheit zwar nicht objektiv, aber doch nach der Vorstellung der Parteien bestanden habe und daß das streitige Abkommen v. 5. Febr. zur Erleichterung der Scheidung getroffen sei; es verstoße gegen die guten Sitten und werde

von diesem Verstoß nicht dadurch befreit, daß die Scheidung nicht wegen des in Aussicht genommenen fingierten Ehebruchs, sondern wegen der Beziehungen des Bekl. zur Zeugin B. erfolgt sei, die das Gericht des Scheidungsprozesses auf Grund der Zeugnisverweigerung in Verbindung mit dem Zugeständnis des Bekl. für nachgewiesen erachtet hat. Von dem Mafel der Sittenwidrigkeit werde auch die Bestätigung des Abkommens durch den nach Rechtskraft des Scheidungsurteils abgeschlossenen Vertrag v. 6. Febr. 1926 betroffen.

Die Rev. macht demgegenüber geltend, daß beim Abschluß des Vertrages v. 6. Febr. die Vereinbarung der Scheidungserleichterung inzwischen aufgegeben gewesen sei. Dem BG. kann aber insoweit nicht entgegengetreten werden. Nach der Fassung des Vertrages v. 6. Febr. handelte es sich lediglich um die Erfüllung des am 5. Febr. getroffenen Abkommens und nicht um eine davon abhängige neue Vereinbarung. War jenes Abkommen sittenwidrig, so war es auch dasjenige v. 6. Febr. Daß die Scheidung von dem vorzutäuschenden Ehebruch unberührt ausgesprochen worden ist, kann eine Sittenwidrigkeit des Vertrags nicht beseitigen (RGW. 1923/24 Nr. 169).

Bedenken ergeben sich aber, wie die Rev. mit Recht ausführt, aus den weiteren Darlegungen des VerR. Er läßt hier ausdrücklich dahingestellt, ob die Parteien sich entgegen dem Inhalt der Briefe v. 11. Jan. und 1. Febr. darüber klar waren, daß die Scheidungsklage auf alle Fälle durchdringen würde, ob Ungewißheit nur über das Schicksal der Widerklage herrschte und das Abkommen lediglich geschlossen wurde, um der Kl. die Unannehmlichkeiten des Widerklageverfahrens zu ersparen und sie vor einer Mitschuldigerklärung zu bewahren. Dafür, daß es sich hierbei nur um eine Hilserwägung handeln möchte, fehlt schon nach der Fassung der Urteilsgründe genügender Anhalt. Es kommt die Einleitung zum Vertrage v. 5. Febr. (vor dessen § 1) sowie der Umstand hinzu, daß nach dem Vorbringen der Parteien wie auch nach dem Inhalt der Scheidungsakten die Kl. im Verhandlungstermin vom 6. Febr. die vorzutäuschende Behauptung des Ehebruchs nicht aufgestellt hat. Handelt es sich aber um keine Hilserwägung, so wird der vorhergehenden Feststellung über den Zweck und Inhalt des Unterhaltsabkommens durch die Unterstellung der Boden entzogen. Es kann sich dann nur fragen, ob die Nichtigkeit der Abrede auch bei Zugrundelegung der als wahr unterstellten Tatsachen gegeben wäre. Das nimmt der VerR. an, weil über die Schuldfrage gem. § 1574 BGB. allein das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme zu entscheiden habe und es nur zulässig sei, die vermögensrechtlichen Wirkungen eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden richterlichen Schuldausspruchs abweichend vom Gesetz zu regeln. Dem ist nicht beizutreten. Der erf. Sen. hat bereits ausgesprochen (Urt. v. 23. Juni 1932, IV 105/32), daß Vereinbarungen der fraglichen Art an und für sich nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

(U. v. 26. Sept. 1932; 122/32 IV. — Berlin.) [Ra.]

5. §§ 1565, 1568 BGB.; § 286 ZPO.

1. Hat ein Zeuge zu dem Beweissatz, daß er mit einem Teil die Ehe gebrochen und daß der andere Teil dem Ehebruch zugestimmt habe, die Aussage verweigert, so rechtfertigt das nicht die Feststellung, daß er die Zustimmung nicht bezeugt habe.

2. Ist streitig, ob Zustimmung zu dem unsittlichen, auch Ehebruch umfassenden Lebenswandel des anderen Teiles vorliegt, so hat der diesen Lebenswandel geltend machende Teil die Behauptung über seine Zustimmung zu widerlegen (es handelte sich in der RevInst. nur um die Scheidungswiderklage des ehebererischen Teiles). †)

Abged. JW. 1932, 1345².

(U. v. 17. Dez. 1930; 313/30 IX. — Hamm.) [S.]

Zu 5. A. Anm. Levis, ebenda.

B. Die Scheidungsbekl. hat gewohnheitsmäßig Ehebruch getrieben. Im Prozeß behauptet sie, Kl. habe zugestimmt, und

6. § 1568 BGB. Beziehungen des einen Ehegatten zu einer dritten Person, wenn auch objektiv nicht ehewidrig, können zum Scheidungsgrund dienen, wenn sie unter Erregung von Verdacht gegen den Willen des anderen Ehegatten gepflogen werden.

Die Rev. wendet sich sowohl gegen die Ablehnung der Scheidung auf die Klage als auch gegen den Ausspruch der Scheidung auf die Widerklage. Sie ist aber in beiden Richtungen nicht begründet.

Die Scheidungsklage ist nach den beiden Urteilen darauf gestützt worden, daß die Bekl. dem Kl. unbegründete Eifersuchtszweifel, namentlich in bezug auf ein FrL. M. und eine Frau K., gemacht, insbes. bei seinem Arbeitgeber, dem Ser. Beamtenverein, verbreitet habe, er unterhalte ehewidrige Beziehungen zur M., sowie daß sie ihn beschimpft habe. Zur Widerklage hat die Bekl. geltend gemacht, der Kl. habe in der Tat ehewidrige Beziehungen zur M. und Frau K. unterhalten, er habe sie, die Bekl., vernachlässigt und auffällig oft Vergnügungen ohne sie besucht, sie auch beschimpft und ihr einmal eine Ohrfeige versetzt.

Das BG. hat betr. der Frau K. festgestellt, daß irgendwelche ehewidrige Beziehungen des Kl. zu ihr nicht anzunehmen seien, ihr Verkehr vielmehr völlig harmlos gewesen sei, daß aber das Verhalten des Kl. zu ihr doch den Argwohn der Bekl. habe erwecken können, da dieser die, die Harmlosigkeit ergebenden mitwirkenden Zufälle des einen Zusammenstreffens nicht bekannt gewesen seien.

Bezüglich der M. hat das BG. angenommen, daß es auch zwischen ihr und dem Kl. weder zu einem Geschlechtsverkehr, noch auch nur zu ehewidrigen erotischen Handlungen gekommen sei, daß aber die Bekl. subjektiv berechtigten Argwohn in dieser Beziehung gehabt habe, und daß der Kl. sich mit der Fortsetzung des Verkehrs mit der M. entgegen dem Wunsche der Bekl. trotz ihrer Vorstellungen einer schweren Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten schuldig gemacht habe. Als allgemein geeignet, die Bekl. argwöhnisch zu machen, ist im Urteil ein mehrere Jahre zurückliegender, an sich verziehener Vorgang erwähnt, bei dem der Kl. die Zeugin B. geküßt hatte. Hinsichtlich der M. insonderheit aber hat das Urteil festgestellt, daß die Bekl. den früheren Familienverkehr mit ihr und ihrer Schwester im Sommer 1929 abgebrochen habe, daß dem Kl. damals schon und besonders bei einer Unterredung im November 1929 klar geworden sei, daß die Bekl. einen weiteren Verkehr von ihm mit der M. wegen des Argwohns zärtlicher Beziehungen nicht wünsche, daß er aber trotzdem die Besuche in der M.'schen Wohnung fortgesetzt habe, wo er naturgemäß auch sie getroffen habe, daß er sie insbes. im Februar 1930 — allerdings auf Wunsch des Abteilungsleiters, den er aber leicht hätte ablehnen können — während einer Krankheit aufgesucht und im Mai 1931 an einer Geburtstagsfeier ihres Bruders W. im Kreise der Familie M. teigegenommen habe, sowie daß er im Juni 1930 mit B. M. nach Misdroy gefahren sei, wo er auch, wie vorgelesen, mit der gleichfalls dorthin gereisten M., wenn auch

benannt Zeugen, deren einer die Aussage verweigert. Das OLG. findet, die Zeugen hätten die Zustimmung nicht bestätigt, und erkennt hiernach zutreffend auf Scheidung. Das RG. beanstandet dies: nicht Bekl. habe die Zustimmung, sondern Kl. habe die Nichtzustimmung zu beweisen. Levis (III) billigt diese Beweislastverteilung. Sie ist jedoch schon aus sittlichen Gründen abzulehnen; denn sie läuft auf die anstößige Präsumption hinaus, ein Ehegatte stimme im Zw. der Treupflichtverletzung des anderen zu — eine Unterstellung, die überdies erfahrungswidrig ist. Sie begründet aber auch eine offensbare Beweisnot für den Kl., der das Negativum der Nichtzustimmung anders als durch richterlichen Eid kaum beweisen kann. Die Folge ist eine frivole Prozeßführung des Bekl. Ehebrechers: er wird frischweg Zustimmung behaupten und hierfür — falls er hinreichend raffiniert ist — nahe Angehörige als Zeugen benennen, die abredegemäß das Zeugnis verweigern. Was eine solche Rspr. mit dem „sittlichen Wesen der Ehe“ zu tun haben soll, ist mir unverständlich.

Der 9. ZivSen. hat seine vom 7. ZivSen.: JW. 1932, 2276³ mißbilligte Ansicht aufgegeben (vgl. die Ausführungen JW. 1932, 2276³).

Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

nur auf kurze Zeit, zusammengetroffen sei. Das BG. hat noch besonders hervorgehoben, daß der Verkehr auch fortgesetzt worden sei, obgleich die Bekl. im Juni 1930 zur Begründung ihrer Widerklage sich gerade auf die ehewidrigen Beziehungen und den Ehebruch des Kl. mit der M. bezogen habe.

Angeichts dieser Feststellungen über den durch das Verhalten des Kl. subjektiv berechtigten Argwohn der Bekl. konnte das BG. zur Klage ohne Rechtsirrtum aussprechen, daß in den von der Bekl. gegen und über den Kl. ausgesprochenen Beschuldigungen und abfälligen Äußerungen betr. seines Verhaltens gegenüber der M. und der Frau K., sowie in ihrem Verhalten hinsichtlich des Verkehrs des Kl. mit der Familie M. überhaupt keine Eheverfehlung zu finden sei. Bezüglich der Äußerung der Bekl. über die Beziehungen des Kl. zur M. zu dem Zeugen G., dem Vorsitzenden des Beamtenvereins, hat das Urteil noch besonders erwähnt, daß die Bekl. dabei sich zurückhaltend geäußert und nur soviel erzählt habe, als für den, die Zahlung von Unterhalt betr. Zweck des Besuches erforderlich gewesen sei. Beschimpfungen des Kl. durch die Bekl. hat aber das BG. nicht für erwiesen erachtet.

Was sodann die Widerklage anlangt, so ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das BG. in dem oben wiedergegebenen Verhalten des Kl. zur M., der Fortsetzung des Verkehrs mit ihr trotz des ihm bekanntgewordenen Verdachts der Bekl. und trotz ihrer mißbilligenden Willenskundgebungen, eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, und sogar eine schwere, gefunden hat. Die Rev. des Kl. bestreitet, daß in diesem seinen Verhalten überhaupt eine Eheverfehlung liege, da der Argwohn der Bekl. objektiv nicht berechtigt und ein Weiterverkehren des Kl. mit der M., mit der er bei der gleichen Stelle Dienst getan habe, deshalb unbedenklich gewesen sei. Nun hat allerdings das RG. verschiedentlich ausgesprochen, daß nicht jeder ganz unberechtigte Argwohn, nicht jede unbegründete Eifersuchtsanwendung genügen könne, vom andern Ehegatten den Abbruch aller Beziehungen zu einer Person des anderen Geschlechtes zu verlangen (vgl. Ur. des erf. Sen. v. 15. Jan. 1929, VII 363/28, v. 8. Febr. 1929, VII 464/28; WarnRspr. 1929 Nr. 66, v. 16. Febr. 1932, VII 285/31; WarnRspr. 1932 Nr. 80, v. 12. Juli 1932, VII 120/32, auch des 8. ZivSen. v. 7. Nov. 1930, VIII 416/30). Aber im allgemeinen ist doch an dem vom RG. vielfach ausgesprochenen Satze festzuhalten, daß es eine Verletzung der Treupflicht und der dem anderen Ehegatten geschuldeten Achtung darstellen und den Tatbestand des § 1568 BGB. erfüllen kann, wenn ein Ehegatte durch seinen Verkehr mit einer Person des anderen Geschlechtes dem Verdacht ehewidriger Handlungen in geschlechtlicher Beziehung erweckt hat (mag es auch tatsächlich nicht zu solchen gekommen sein) und er diesen Verkehr dann trotz Kenntnis von dem Argwohn des andern Ehegatten und von seinem Wunsche nach Abbruch der Beziehungen fortsetzt. Insbes. kann der Ausdruck im oben erwähnten Ur. v. 16. Febr. 1932, der RevKl. hätte feststellen müssen, daß der Verdacht auch objektiv begründet war, nur so verstanden werden, daß ein rein subjektiver völlig unbegründeter Verdacht ehewidriger Handlungen in geschlechtlicher Beziehung nicht ausreicht, daß vielmehr objektive Gründe vorliegen müssen, die bei vernünftiger Würdigung der Sachlage den Verdacht rechtfertigen. Ob dies der Fall ist, liegt in erheblichem Umfange auf dem Gebiete der tatrichterlichen Würdigung. Im vorliegenden Falle ist aber der Verdacht der Bekl., daß es zu ehewidrigen Betätigungen zwischen dem Kl. und der M. gekommen sei, vom BG. mit Rücksicht auf den früheren Vorgang mit der B. und auf den fortdauernden Verkehr des Kl. mit der Familie der M. und dieser selbst, besonders auch noch nach Stützung der Widerklage gerade mit auf diesen Punkt, mit Recht als begründet angesehen worden, so daß der Fall anders liegt, als die Fälle der oben erwähnten Entsch. Insbes. haben sich die weiteren Beziehungen des Kl. zur M. auch nicht auf den durch das Arbeiten an derselben Stelle bedingten Verkehr beschränkt. Konnte aber nach dem Ausgeführten das BG. dieses Verhalten des Kl. gegenüber der M. überhaupt als eine Eheverfehlung ansehen, so ist auch die Bewertung als eine schwere Verfehlung nicht zu beanstanden, da insonderheit diese Beurteilung Sache des Tatrichters ist.

Überdies hat aber das BG. für die Scheidung auf die Widerklage auch noch weitere Verfehlungen des Kl. mit herangezogen, die allerdings an sich verziehen, aber doch nach § 1573 BGB. verwertbar waren, so das Küssen der B., ferner die mehrfachen schweren Beschimpfungen der Bekl., und endlich, daß der Kl. ihr im November 1929 im Beisein der M. eine Ohrfeige gegeben hat. Namentlich in diesem Gesamtverhalten des Kl. konnte das BG., selbst wenn man das Verhalten gegenüber der M. allein noch nicht als schwere Eheverfehlung ansehen wollte, rechtlich unbedenklich eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten finden; und es hat auch die weiteren Voraussetzungen des § 1568 BGB. rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß durch dieses schuldhafte Gesamtverhalten des Kl. die Entfremdung der Parteien vertieft worden sei (also die Ehe noch weiter zerrüttet worden sei) und daß der Bekl. eine Fortsetzung der Ehe mit Rücksicht darauf nicht zugemutet werden könne. Diese Beurteilung ist insbes. auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kl. zu seiner Handlungsweise einigermassen durch die von seinem Standpunkt aus unberechtigten Verdächtigungen der Bekl. wegen seines Verkehrs mit der M. bestimmt worden sein mag.

(U. v. 18. Okt. 1932; 158/32 VII. — Stettin.) [Ru.]

7. §§ 578 ff., 606 ff. ZPD. Ist die Ehe rechtskräftig geschieden, so kann im Restitutionsverfahren ein neuer, früher nicht erörterter Einwand nicht beachtet werden.

Der Kl. hatte i. J. 1928 die Ehescheidungsklage erhoben, die Bekl. durch Widerklage ebenfalls Scheidung verlangt. Im zweiten Rechtszuge hatte das OLG. zur Klage die Entsch. von einem Eide der Bekl. abhängig gemacht, ob sie mit K. die Ehe gebrochen habe. Die Bekl. hat den ihr auferlegten Eid geleistet. Daraufhin ist die Klage abgewiesen und die Scheidung nur auf Grund der Widerklage ausgesprochen.

Auf eine Strafanzeige des Kl. ist die Bekl. wegen dieser Eidesleistung rechtskräftig wegen Meineides zu einem Jahr Zuchthaus sowie Nebenstrafen verurteilt worden.

Nunmehr hat der Kl. Restitutionsklage erhoben, der die Bekl. u. a. mit dem Einwand der Verzeihung entgegengetreten ist. OLG. wies ab. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. hält die formellen Voraussetzungen für die Restitutionsklage für erfüllt, auch einen Restitutionsgrund für gegeben. Trotzdem ist es zur Abweisung gelangt, weil es sich für verpflichtet hielt, von Amts wegen zu prüfen, ob wirklich ein Ehescheidungsgrund vorliege, und weil es die Ehebrüche mit K. für verziehen hielt. Hierin liegt ein Rechtsirrtum. Die Pflicht, von Amts wegen zu prüfen, ob ein Ehescheidungsgrund wirklich vorliegt, findet ihre Begrenzung mit dem eigenen Urteilspruch; ist dieser rechtskräftig, so ist ein Ehescheidungsurteil ebenso unantastbar wie jedes andere (vgl. RG. 106, 222¹). Daher hätte das BG. in eine erneute sachlich-rechtliche Nachprüfung der Verzeihung nicht mehr eintreten dürfen, nachdem das bedingte Ur. gesprochen, sogar rechtskräftig geworden war. Ein Fall der Eidesunfähigkeit liegt nicht vor (§ 471 Abs. 1 ZPD.), ein Antrag des Gegners auf Rücknahme des richterlichen Eides gleichfalls nicht (§ 477 Abs. 2 ZPD.). Es durfte lediglich noch geprüft werden, wenn sich die Schwurpflichtige zur Leistung eines beschränkteren Eides erboten hätte, welche Wirkung die Leistung eines beschränkteren Eides gehabt hätte (§ 469 ZPD., vgl. RG. 30, 362).

(U. v. 19. Sept. 1932; 190/32 IV. — Hamburg.) [Ra.]

**8. §§ 580 Nr. 1, 3, 625 ZPD.

1. Das BU., durch welches eine gegen ein Scheidungsurteil gerichtete Restitutionsklage zurückgewiesen wird, ist nicht auf Scheidung gerichtet und nicht von Amts wegen zuzustellen.

2. Die Restitutionsklage ist zulässig, wenn ein Zeuge, auf dessen Beeidigung das Urteil gestützt ist, und der wegen Verletzung der Eides-

¹) ZB. 1924, 968.

pfligt rechtskräftig verurteilt ist, die Eidespflicht nur in bezug auf die die Scheidung begründende Tatsache verletzt hat.)

Die Kl. hat die Scheidungsklage erhoben, der Bekl. hat Klageabweisung beantragt. Ein Hilfsantrag des Bekl. ging dahin, die Kl. für mitschuldig an der Scheidung zu erklären. Das LG. hat die Ehe geschieden und beide Parteien für schuldig erklärt. Die Kl. legte Ver. ein und bat, nur den Bekl. für schuldig zu erklären. Das OLG. hat durch Ur. v. 26. Juni 1930 der Berufung stattgegeben und die Ehe nur aus Verschulden des Bekl. geschieden. Der Bekl. hatte der Kl. u. a. ehewidrige Beziehungen zu einem Kaufmann M. vorgeworfen. Dazu führt das OLG. aus: „M. hat eidlich abgeleugnet, mit der Kl. ehewidrige Beziehungen unterhalten zu haben, und das übrige Beweisergebnis bietet keinen Anhalt, dieser Aussage zu mißtrauen. Wenn die Mutter des Bekl., die Witwe D., bekundet, daß die Kl. einmal M. in ihrer Gegenwart empfangen habe, der ihr Blumen mitgebracht habe, so ist das harmlos, und die von B. bekundete, von M. in Abrede gestellte Äußerung desselben, alle Frauen seien zu haben, auch Frau D., kann eine hohle Prahlerei sein.“ Das BU. ist am 16. Sept. 1930 rechtskräftig geworden. Am 16. April 1931 ist M. vom SchwG. in D. wegen fahrlässigen Falscheides, wegen Meineides und wegen Unternehmens der Verleitung zum Meineide zu einem Jahr und drei Monaten Zuchthaus verurteilt worden. Das SchwG. hat u. a. festgestellt, die Zeugenaussage M.s sei insofern wissentlich unrichtig gewesen, als er abgeleugnet habe, die Äußerung getan zu haben, alle Frauen seien zu haben, auch Frau D. M.s Rev. ist vom RG. verworfen worden.

Der Bekl. hat gegen das Ur. des OLG. unter Ver. auf § 580 Nr. 3 ZPO. die Restitutionsklage erhoben und beantragt, das Ur. des OLG. aufzuheben und die Ver. der Kl. gegen das landgerichtliche Ur. zurückzuweisen. Das OLG. hat die Restitutionsklage des Bekl. als unzulässig zurückgewiesen. Sein Ur. ist den Parteien von Amts wegen am 21. Jan. 1932 zugestellt worden. Im Parteibetriebe ist die Zustellung von Anwalt zu Anwalt am 8. Febr. 1932 bewirkt worden. Am 4. März 1932 wurde für den Bekl. die Rev. eingelegt.

1. Die Rev. ist rechtzeitig eingelegt.

Das angef. Ur. ist zwar in einem Rechtsstreit ergangen, in welchem es sich um die Scheidung der Ehe — nicht ihre Richtigkeit — handelt, durch das Ur. ist aber nicht auf Scheidung erkannt. Deshalb fällt es nicht unter den § 625 ZPO. und brauchte nicht von Amts wegen zugestellt zu werden. In dieser Weise durfte es also auch nicht zugestellt werden und, wenn dies gleichwohl geschehen ist, so bleibt das unbeachtlich. Die Rev. vertritt dabei die Ansicht, daß durch die vorl. Restitutionsklage nicht der Bestand der Ehe, sondern nur die Schuldfrage in den Streit gezogen worden sei. Das ist nicht richtig. Die Fragen der Scheidung und der Schuld lassen sich nicht voneinander trennen, in der Schuldfrage wird auch die Scheidungsfrage stets mitbehandelt (vgl. RG. 58, 318; 100, 101). Wenn der gegenwärtig erhobenen Restitutionsklage stattgegeben werden sollte, würde durch das ergehende Ur. die Entsch. des OLG. v. 26. Juni 1930 aufgehoben, ihre Rechtskraft damit beendet, und es würde anderweitig dahin erkannt werden, daß die Ver. der Kl. zurückgewiesen werde. Damit würde die Scheidung aus Schuld beider Parteien ausgesprochen sein. Dieses Ur. müßte von Amts wegen zugestellt werden. Schon das widerlegt die An-

sicht der Rev. Entscheidend ist aber folgende Erwägung. Das angef. Ur. hat die Restitutionsklage als unzulässig verworfen. Das bedeutet im Ergebnis zwar, daß der Scheidungs- und Schuldausspruch des OLG. v. 26. Juni 1930 bestehen bleiben soll, aber dieser Ausspruch ist schon längst rechtskräftig, war in seiner Rechtskraft auch durch die erhobene Restitutionsklage nicht erschüttert und bleibt rechtskräftig, bis er etwa im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wird. Deshalb läßt sich nicht sagen, daß durch das angef. Ur. die Scheidung auch nur mittelbar erst ausgesprochen worden wäre. Schließlich hat das Ur. auch keinen Schwebezustand herbeigeführt, zu dessen baldiger Beseitigung eine Zustellung von Amts wegen erforderlich wäre. Es hat das ebensowenig getan, wie das ein Ur. tut, welches eine Scheidungsklage abweist. Maßgebend ist also die im Parteibetrieb bewirkte Zustellung, und dann ist die Rev. noch innerhalb der Rev. Frist erhoben.

2. Die Rev. ist auch begründet.

Die vorl. Restitutionsklage ist auf den § 580 Nr. 3 ZPO. gestützt. Danach findet sie statt, „wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Ur. gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat“. Der Verkl. legt diese Vorschr. dahin aus, daß gerade der Teil des Zeugnisses durch das Straferekenntnis als unrichtig nachgewiesen sein müsse, auf welchen das Ur. des Zivilgerichts gegründet sei, und dieser Tatbestand sei vorl. nicht gegeben; das Ur. des OLG. beruhe auf der Bekundung des M., daß er mit der Kl. keine ehewidrigen Beziehungen unterhalten habe, in diesem Punkte habe er aber seine Eidespflicht nicht verletzt; was er wirklich falsch beschworen habe, stehe mit dem Ur. in keinem ursächlichen Zusammenhang.

Diese Auslegung ist zu eng. Sieht man zunächst den Satzbau an, so wird in dem Wort „welche“ der oben mitgeteilten Gesetzesstelle nicht das „Zeugnis“ und das „Gutachten“ zusammengefaßt, wie man bei oberflächlicher Betrachtung vielleicht meinen könnte. „Zeugnis“ und „Gutachten“ stehen dort sich ausschließend nebeneinander und, wenn an sie der Relativsatz hätte angeknüpft werden sollen, hätte es heißen müssen: „auf welches das Ur. gegründet ist“. Das Wort „welche“ weist vielmehr auf die „Beeidigung“ zurück. Erfordert wird also, daß ein Zeugnis oder ein Gutachten beeidigt, daß auf diese Beeidigung das Ur. gegründet ist und daß der Zeuge oder der Sachverständige sich durch die Beeidigung einer Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat. Entsprechend heißt es im § 580 Nr. 1 ZPO., daß die Restitutionsklage stattfindet, „wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Ur. gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat“. Hier kann ein Zweifel daran, daß das Wort „welche“ auf die „Leistung“ zu beziehen ist, überhaupt nicht auftauchen. In beiden Fällen ist es also der einheitliche und unteilbare Eid, welcher die Restitutionsklage eröffnet, wenn er als falsch nachgewiesen ist und das Ur. auf ihn gegründet war. Die Rev. Beantwortung hat die Ansicht des OLG. zu stützen versucht mit dem Hinweis darauf, daß unter dem beeidigten Zeugnis sowohl das ganze Zeugnis verstanden werden könne als auch der einzelne Satz der Aussage, auf welchem gerade das Ur. beruhe; sie hat gemeint, daß nur die zweite Auffassung richtig sein könne, weil sonst das Wiederaufnahmeverfahren statt-

Zu 8. I. § 625 ZPO. Von Amts wegen zuzustellen sind auch Urteile der Ver. oder Rev.Just., durch die ein Rechtsmittel gegen ein auf Scheidung usw. erkennendes Urteil zurückgewiesen oder als unzulässig verworfen wird: Stein-Jonas¹⁴, § 625 I 2, Rosenbergs³ 569, Baumbach, ZPO.⁶ N. 1, RG. 7, 363 und JW. 1899, 436. Mit Recht dehnt das vorliegende Urteil dies nicht aus auf Urteile nach Restitutionsklage gegen ein Scheidungsurteil. Denn hier fehlt das Wesentliche: der „Schwebezustand“.

II. § 580 Ziff. 3 ZPO. Es trifft nicht zu, daß der Wortlaut dieser Best. in sich klar wäre und nur „bei oberflächlicher Betrachtung“ mißverstanden werden könnte. Denn das „welche“ des Relativsatzes könnte sich rein sprachlich ebensowohl auf „Beeidigung“ (Femininum!) wie auf „Zeugnis oder Gutachtens“ (Plural!) be-

ziehen. Wohl aber spricht die Parallele mit der „gleichlaufenden“ Vorschr. des § 580 Ziff. 1 ZPO. dafür, daß sich das „welche“, wie in Ziff. 1 sicher auf „Leistung“, so in Ziff. 3 überwiegend wahrscheinlich auf „Beeidigung“ bezieht. Entscheidend für das Urteil sind aber vor allem die sachlichen Erwägungen: man wird sich nie oder mindestens nicht immer „völlig in die Gedankengänge des früher erkennenden Gerichts zu versetzen“ vermögen; deshalb muß die Verletzung der Eidespflicht zu § 581 Ziff. 3 ZPO. genügen, ohne daß der Zusammenhang mit dem Urteilsinhalt im einzelnen nachgewiesen werden müßte. Daß das Urteil als solches auf der Eidesverletzung „beruhen“ muß (Stein-Jonas § 580 bei N. 11), steht damit u. E. nicht im Widerspruch.

Prof. Dr. Edm. Mezger, Marburg-München.

finden müsse, wenn die beschworene Zeugenaussage auch nur in einem einzigen, für die Entsch. völlig gleichgültigen Punkt unrichtig sei. Diese Schlussfolgerung ist in der Tat nicht abzulehnen, aber das Ges. geht nun einmal davon aus, daß das Ur. nicht auf das „Zeugnis“, sondern daß es auf die „Beerdigung“ gegründet ist, und der Zeuge leistet nur einen Eid, er beeidigt nicht jeden Satz seiner Aussage einzeln. Das Ges. nimmt an, daß der geleistete Eid für das eine beschworene Aussage verwendende Gericht stets bedeutungsvoll gewesen ist, und es läßt deshalb eine Nachprüfung zu, wenn diese Unterlage überhaupt als trügerisch erwiesen ist. Der in einem Punkt als falsch nachgewiesene Eid ist eben in seiner Beweiskraft im ganzen erkümmert. Für § 580 Nr. 1 — damals § 543 Nr. 1 — ZPO. hat das RG. diese Auffassung bereits ausgesprochen (vgl. RG. 14, 325). Die fast wörtlich gleichlautende und jedenfalls gleichlaufende Vorchrift in Nr. 3 a. a. O. ist aber ebenso auszulegen.

Müßte man vor Zulassung der Restitutionsklage immer erst nachprüfen, ob die Entsch. auf den als falsch nachgewiesenen Satz der beschworenen Zeugenaussage gegründet ist, so würde damit dem Gericht eine besonders schwierige und manchmal kaum lösbare Aufgabe gestellt. Namentlich wenn die Bezeugung des Gerichts gewechselt hat, wird es schwerlich in der Lage sein, sich völlig in die Gedankengänge des früher erkennenden Gerichts zu versetzen. Wie heikel die Aufgabe wäre, zeigt auch der gegenwärtige Fall. Nachdem der BerR. zweimal hervorgehoben hat, daß der falsch beschworene Satz der Zeugenaussage mit dem früheren Ur. in keinem ursächlichen Zusammenhang stehe, erkennt er schließlich doch an, daß die beiden Sätze in der Aussage des M., der als falsch nachgewiesene und der nicht als falsch nachgewiesene, sich innerlich berühren; der erstere sei aber „für das Beweisthema, ob M. mit der Klägerin ehewidrige Beziehungen unterhalten habe, nur von nachgeordneter Bedeutung gewesen“. Auch die nachgeordnete Bedeutung ist immerhin eine Bedeutung. Und wenn die Schlüsse, welche aus dem als falsch nachgewiesenen Satz für jenes Beweisthema gezogen werden sollten, wie das BG. weiter ausführt, nicht zwingend waren und vom BG. in seinem ersten Ur. auch nicht für zwingend erachtet wurden, so waren solche Schlüsse jedenfalls möglich, und es ist doch gerade die jetzt aufgeworfene Frage, ob das mit der Restitutionsklage befaßte Gericht diese Schlüsse ziehen wird oder nicht. Will man das, wie es das BG. anscheinend tut, schon bei dem Prüfen, ob die Restitutionsklage zulässig ist, entscheiden, so wird ein Teil der sachlichen Entsch. schon bei dem Prüfen der Formlichkeiten vorweggenommen. Alle diese Schwierigkeiten und Bedenken fallen weg, wenn man das, was das RG. für § 580 Nr. 1 ZPO. ausgesprochen hat, auch für die Nr. 3 das. gelten läßt.

(U. v. 28. Juni 1932; 61/32 VII. — Naumburg.)

[Ru.]

<= RG. 137, 90.>

2. Sonstiges Familienrecht.

****9.** Die §§ 1814, 1815 BGB. verpflichten den Vormund nicht ohne weiteres zu einer diesen Bestimmungen entsprechenden Umwandlung einer vorgefundenen Vermögensanlage.†)

Der Vekl. war vom Nov. 1923 bis Dez. 1924 Vormund der damals wegen Geisteskrankheit entmündigten Kl. Deren

Zu 9. Die Entsch. lehnt eine rein wirtschaftliche Betrachtung des aus §§ 1814, 1833 abgeleiteten Klageanspruchs ab und stellt die Anwendbarkeit des § 1814 BGB. auf die strenge Auslegung des Gesetzeswortlautes ab. Diese Auffassung ist zu begrüßen. Die Versuche, einen Rechtsfall aus rein wirtschaftlichen Betrachtungen unter sehr freier Auslegung bestimmter Rechtsnormen zu lösen, haben schon genug Unheil angerichtet. Die jüngst in der Öffentlichkeit betonte Gefahr einer Rechtskrise nach der Währungskrise und neben der Wirtschaftskrise wird nicht zuletzt durch die Neigung zu wirtschaftlichen Werturteilen statt zu Rechtsurteilen verstärkt. Je mehr sich unsere Rpt. von dieser Neigung abkehren, desto mehr erhöht sie das Vertrauen des Volkes in der Rechtspflege. Selbst der Vorwurf einer zu strengen formalen Beurteilung läßt sich auf die Dauer eher ertragen als eine ständige Unsicherheit in der Abschätzung des wahrscheinlichen

Ende 1921 verstorbener und von ihr beerbter Vater hatte durch das Bankhaus K. eine Anzahl Aktien gekauft, die er auf Stückkonto bei dem genannten Bankhaus stehenließ.

Im Juni 1924 wurde über das Bankhaus K. das Konkursverfahren eröffnet. In diesem meldete die Kl. eine Wertersatzforderung an, für die sie in Höhe von 20% befriedigt wurde. Die Kl. wirft dem Vekl. vor, daß er seine Pflicht als Vormund schuldhaft verletzt habe. Er hätte die Papiere sofort nach seinem Amtsantritt von dem Bankhaus K. fornehmen und sie entspr. dem § 1814 BGB. bei der Reichsbank hinterlegen müssen. Sie verlangt von dem Vekl. Schadensersatz.

VG. hat abgewiesen, BG. den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. RG. hob auf.

Das BG. tritt der Auffassung der Kl. bei, daß der Vekl. den zwingenden § 1814 BGB. zuwidergehandelt.

Zunächst ist es nicht ganz folgerichtig, wenn das BG. aus § 1814 BGB. ableitet, daß der Vekl. jedenfalls verpflichtet gewesen wäre, die Einreichung eines Stückverzeichnis zu verlangen und für dessen unverzügliche Überfendung zu sorgen. Die Absendung des Stückverzeichnis hätte zwar das Eigentum an den Aktien auf die Kl. nach § 7 Abs. 1 DepG. übertragen. Die Aktien wären aber in der Verwahrung des Bankhauses verblieben. Geändert hätte sich nur die Art der Verwahrung. An Stelle der bisherigen uneigentlichen Verwahrung, dem irregulären Depot, wäre eine eigentliche Verwahrung, ein reguläres Depot mit den besonderen, nach § 7 Abs. 2 DepG. dem Verwahrer auferlegten Verpflichtungen getreten. Die Herbeiführung dieses Rechtszustandes dient aber anderen Zwecken als die Hinterlegung nach § 1814 BGB. Sie bildet auch für diese keine notwendige Vorbereitungsbehandlung. Die Vornahme der Hinterlegung nach § 1814 BGB. erfordert die Aufhebung der Verwahrung durch das Bankhaus. Aus einer dem Vekl. obliegenden Hinterlegungspflicht könnte daher nur gefolgert werden, daß der Vekl. die Aktien bei dem Bankhaus abheben mußte, um so nicht nur für die Kl. das Eigentum, sondern auch für sich den unmittelbaren Besitz zu erlangen. Nicht zutreffend ist auch, daß das BG. die besondere Gefährlichkeit des Verbleibens der Papiere auf Stückkonto darin erblickt, daß im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Bank der Kl. nur eine gewöhnliche Konkursforderung zustand. Nach § 7a DepG. hatte die Kl. für ihre nur schuldrechtliche Forderung ein Konkursvorrecht. Dieses konnte, falls sich bei der Konkurseröffnung eine ausreichende Anzahl Aktien gleicher Gattungen in der Masse vorfinden, denselben wirtschaftlichen Wert haben wie das Aussonderungsrecht, das die Kl. bei Überfendung eines Stückverzeichnis hatte. Die Gefahr bestand daher vor allem darin, daß das Bankhaus über die für den Vater der Kl. angeschafften Aktien oder über die gleichartigen Aktien anderer Kunden verfügte, ohne für entsprechenden Ersatz zu sorgen. Es muß sogar zweifelhaft sein, ob diese Gefahr bei Überfendung eines Stückverzeichnis ausgeschlossen war. Das Bankhaus war nicht nur zahlungsunfähig geworden. Der letzte Inhaber des Bankhauses hat sich auch Verfehlungen zuschulden kommen lassen, die zu seiner strafgerichtlichen Verurteilung geführt haben. Nach der Behauptung des Vekl. hat er Veruntreuungen begangen. Ursächlich für den Verlust, den die Kl. erlitten hat, war auch nicht die Unterlassung der Hinterlegung, sondern schon allein der Anstand, daß der Vekl. die Papiere sich nicht von dem Bankhaus ausfolgen ließ. Auch wenn der Vekl. die Papiere selbst in den Händen behalten hätte, würde die Kl. vor den Folgen des Zusammenbruchs des Bankhauses geschützt worden

Ausganges von Prozessen bei deren Einleitung und Fortsetzung; eine solche Unsicherheit aber wird durch eine rein wirtschaftliche Betrachtung von Rechtsfällen erzeugt, die immer eine willkürliche, von der jeweiligen Betonung eines wirtschaftlichen Standpunktes abhängige Lösung bringen muß.

Das RG. betont mit Recht, daß § 1814 BGB. sich nur auf Inhaberpapiere beziehen kann, die als solche zum Vermögen des Mündels gehören; man kann noch hinzufügen, daß das Gesetz sogar das Miteigentum des Mündels an dem fraglichen Inhaberpapier verlangt, und daß der § 1814 BGB. bereits verfügt, wenn es sich um den Fall des Miteigentums oder des Gesamtguts handelt. Bei der strengen rechtlichen Scheidung zwischen dem Recht an einer Sache und dem schuldrechtlichen Anspruch auf Beschaffung eines solchen Rechts, die gerade das BGB. kennzeichnet, durfte § 1814 BGB. auf

sein. Es steht also in Frage, ob der Bekl. zur Vorbereitung der Hinterlegung gem. § 1814 BGB. verpflichtet war, die Papiere von dem Bankhause fortzunehmen.

Der § 1814 BGB. setzt voraus, daß die Wertpapiere zum Vermögen des Mündels gehören. Bei der Entmündigung der Kl. wie auch noch beim Amtsantritt des Bekl. gehörten aber zum Vermögen der Kl. nicht die Aktien selbst, sondern nur schuldrechtliche Ansprüche auf Übereignung der Aktien. Wirtschaftlich betrachtet mögen allerdings Wertpapiere, die auf Stückkonto gutgeschrieben sind, bereits als zum Vermögen des Berechtigten gehörig angesehen werden können. Rechtlich geht es aber nicht an, das Eigentum an Wertpapieren ihrer Gutschrift auf Stückkonto schlechthin gleichzusetzen. Gerade deswegen ist in einzelnen gesetzlichen Best. eine solche Gleichsetzung ausdrücklich erfolgt (vgl. § 230 a HGB., § 63 Abs. 2 ABerG. i. d. Fass. der AnpassungsV. v. 23. Dez. 1931 [RGBl. 779], § 9 DevW. v. 23. Mai 1932).

Sinn und Zweck des § 1814 BGB. ist, den Mündel gegen eine etwaige Untreue des Vormundes und die Gefahr eines zufälligen Verlustes der durch den Vormund selbst verwahrten Papiere zu schützen (Mot. IV, 1129). Hier aber handelt es sich um eine ganz anders geartete Gefahr. Sie lag nicht in der Person des Vormundes und der Verwahrung durch ihn, sondern darin, daß der Kl. nur ein schuldrechtlicher Anspruch zustand und Schuldnerin dieses Anspruchs eine Privatbank war. Zur Beseitigung dieser Gefahr bedurfte es gar nicht einer Hinterlegung. Hierzu genügte, daß der Bekl. die Papiere bei der Bank abhob und selbst in Besitz nahm. Der in § 1814 BGB. dem Vormund auferlegten Hinterlegungspflicht ent-

den vorl. Fall nicht bezogen werden. Andernfalls hätte das Gesetz die Gleichstellung des Eigentums und des schuldrechtlichen Anspruchs auf Beschaffung eines solchen hervorzuheben. Neben den Beispielen die die Entsch. für derartige ausnahmsweise Gleichstellungen unter Beschränkung auf Wertpapiere anführt, empfiehlt sich in diesem Gedankengange der Hinweis auf § 1551 Abs. 2 BGB., wo der Gesetzgeber Ansprüche auf Erwerb von Rechten an Grundstücken mit den Rechten gleichstellt und hierbei ausdrücklich sagt, daß diese Gleichstellung auf die in dem vorangehenden Absatz umschriebene Rechtsregel beschränkt bleibt.

Dem Ergebnisse in der obigen Entsch. ist daher beizutreten, soweit die Begr. des Klageanspruchs auf §§ 1814, 1833 BGB. grundsätzlich abgelehnt wird. Da die weitere Klagebegründung aus §§ 1793, 1833 BGB. noch nicht geklärt war, mußte auch die Zurückweisung an die Vorinstanz erfolgen. Bedenken entstehen aber gegenüber den Ausführungen der Entsch. insoweit, als das RG. anscheinend nicht nur die Schließigkeit, sondern auch die Begründetheit des Klageanspruches aus §§ 1814, 1833 BGB. für gegeben hält, wenn in dem fraglichen Falle die Inhaberpapiere als Alleineigentum des Mündels in einer regulären Verwahrung bei dem Bankhause sich früher befunden hätten. Gegen eine solche etwaige Auffassung müßte in zweifacher Hinsicht Stellung genommen werden:

Zunächst wird man dem § 1814 BGB. nur Inhaberpapiere unterstellen dürfen, die sich im unmittelbaren Besitz des Vormundes befinden. Das ergibt sich aus den von der Entsch. angezogenen Gesetzesmaterialien, wonach die Best. verhüten soll, daß sich die Papiere in dem für derartige Werte immer unsicheren Hause des Vormundes — eines Privatmannes — als Verwahrungsort befinden. Dieser gesetzgeberische Grund gilt nicht für Papiere, die von Anfang an schon fern vom Hause des Vormundes bei solchen Dritten lagern, die allgemein im Verkehr als sichere Verwahrer gelten. Man überlege nur, welche Folgen aus der gegenteiligen Auffassung entstehen müßten; hiernach wären sämtliche Inhaberpapiere von Mündeln aus den seit Jahren für diese Papiere von den Erblässern der Mündel ausgewählten Bankdepots an die öffentliche Hand zur Verwahrung zu überführen! Abgesehen von der Anhäufung von Depots in der öffentlichen Hand und von der bekannten Erschwerung der Verwahrung mit diesen Verwahrungsstellen, verglichen mit denjenigen mit privaten Stellen, muß schon die Gefahr von Verlusten bei solchen zahllosen Veränderungen des Verwahrungsortes vor einer solchen Auslegung der Gesetzesstelle zurückschrecken.

Sodann stellt der § 1814 BGB. kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. dar; er enthält vielmehr eine Regel für das familienrechtliche Verhältnis zwischen Vormund und Mündel.

Diese Unterscheidung ist von Erheblichkeit für den Begriff des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einem etwa eingetretenen Verlust der Papiere und dem Verhalten des Vormundes. Ein Schutzgesetz entspringt der Vorstellung des Gesetzgebers, der jede nur erdenkbare Gefahr durch die Schutznorm verhüten will; hier tritt an Stelle der Überlegung des einzelnen über den ursächlichen Zu-

sprechen §§ 1806 ff. BGB. Nach diesen hat der Vormund zum Vermögen des Mündels gehöriges Geld in bestimmter Weise anzulegen. Auch hiernach ist der Vormund nicht verpflichtet, eine vorgefundene anderweitige Vermögensanlage flüssig zu machen, um dann das erhaltene Bargeld entsprechend den gegebenen Vorsch. anzulegen. Ebenso liegt es im vorl. Falle. Zu einer Umwandlung der vorgefundenen Vermögensanlage der Kl. bei dem Bankhause K. in eine solche, die dem § 1814 BGB. oder dem § 1815 BGB. entsprach, war der Bekl. nicht schon durch diese Vorsch. verpflichtet. Er war daher auch nicht ohne weiteres gehalten, die Papiere dem Bankhause abzufordern, um sie dann der Hinterlegung zuzuführen. Eine solche Verpflichtung konnte sich allerdings aus den Umständen des Falles ergeben. Die Grundlage für diese Verpflichtung bildete aber nicht § 1814 BGB., sondern § 1783 BGB., durch den dem Vormund die Sorge für das Vermögen des Mündels auferlegt ist.

Hiernach bestimmt sich auch, ob der Bekl. zur Einforderung eines Stückeverzeichnis verpflichtet war. Nach dieser Richtung hat das BG. das Verhalten des Bekl. nicht geprüft. Begründet ist ferner die Rüge der Rev., daß die Behauptung des Bekl. nicht berücksichtigt ist, wonach der Kl. auch dann die Papiere nicht erhalten geblieben wären, wenn sie der Bekl. beim Bankhause K. abgehoben hätte.

(U. v. 29. Sept. 1932; 131/32 IV. — Berlin.) [Pa.]
=< RG. 137, 320.)

10. § 640 ZPO. Annahmevertrag an Kindesstat. Stirbt ein Beteiligter während des Rechts-

sammenhang (der ja in der Rechtsordnung nicht der Zusammenhang von natürlicher Ursache und Wirkung, sondern derjenige zwischen Erkenntnisgrund und Erkenntnisfolge ist) das umfassendere Denken des Gesetzgebers über diesen Zusammenhang. Deshalb genügt zur Bejahung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einem Schaden und dem Verstoß gegen ein Schutzgesetz der Umstand, daß dieser Verstoß auch nur eine noch so entfernte Voraussetzung (eine der vielen *conditiones fiendi*) für den Schaden ist. Wäre der § 1814 BGB. ein Schutzgesetz, so müßte allerdings bei Anwendung auf den Fall des mittelbaren Besitzes auch die Handlung eines Dritten wie die Unterschlagung oder Untreue des Bankiers den Vormund verhaften, der durch die Unterlassung der Ableitung der Papiere aus der einen in die andere Verwahrung diese Handlung mitermöglicht hat. Das würde in Wahrheit die Ausdehnung der Haftung des Vormundes aus § 1833 BGB. über eigenes Verschulden hinaus auf das Verschulden aller jener Personen bedeuten, die er bei der Behandlung der Inhaberpapiere des Mündels zu irgendwelchen Aufgaben heranzieht; eine solche Ausdehnung der Haftung des Vormundes auf Erfüllungshilfen wird aber mit Recht von den Kommentaren zu § 1833 BGB. abgelehnt, da das Gesetz ausdrücklich nur von dem eigenen Verschulden des Vormundes spricht und eine Haftung für Erfüllungshilfen bei Verwaltung eines ganzen Vermögens eine durch nichts zu rechtfertigende Härte wäre. Da der § 1814 BGB. aber kein Schutzgesetz ist, sondern nur eine Verpflichtung des Vormundes innerhalb seines familienrechtlichen Verhältnisses zu dem Mündel ausspricht, kann als ursächlicher Zusammenhang zwischen einem Verstoß des Vormundes gegen diese Vorsch. und dem eingetretenen Verlust von Inhaberpapieren nur der sog. adäquate Zusammenhang verstanden werden, den der einzelne bei der verkehrslüblichen Vorsicht hat überblicken können. Hierunter würden in der Regel Handlungen dritter Personen nicht fallen, die unerwartet von außen her Schaden stiften; der Vormund braucht also nur die allgemeine Unsicherheit und die etwa in seinem eigenen Leben liegenden besondern Gefährdungen durch Dritte in Anschlag zu bringen, wenn er es riskiert, die Papiere des Mündels bei sich selbst aufzuheben oder, falls man den § 1814 BGB. auch auf mittelbaren Besitz erstreckt, in dritter Verwahrerhand zu belassen. Zugriffe eines Bankiers nach fremden Wertpapieren liegen nicht im Bereiche einer allgemeinen Erwägung; sonst könnten alle Bankhäuser schließen. Wer etwa glaubt, für die Gegenwart hiervon eine Ausnahme machen zu können, würde der gesamten Wirtschaft den schwersten Schlag versetzen, indem er von Grund aus das Vertrauen zerstört, ohne daß ein wirtschaftlicher Aufstieg überhaupt nicht möglich ist. Der Vormund würde also bei Anwendung des § 1814 BGB. auf den mittelbaren Besitz nur dann für Zugriffe des Bankiers haften, wenn er mit diesen im besondern Falle als möglich hätte rechnen müssen; diesen ursächlichen Zusammenhang zu belegen und zu beweisen, ist Sache des Klägers.

Dr. Dr. Richard Graßhoff, Berlin.

strettes, so ist die Erledigung der Hauptsache im Urteil anzusprechen. †)

Das BG. hat die Feststellung des Adoptionsverhältnisses zwischen dem Kl. und der Frau H. bestätigt, also in der Hauptsache entschieden. Das ist rechtlich zu beanstanden. Es handelt sich um einen Rechtsstreit i. S. des § 640 ZPO., der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen dem Kl. und der zunächst bekl. Frau H. zum Gegenstand hat. Das würde ohne weiteres erhellen, wenn Frau H. ihrerseits die Anfechtung des Adoptionsvertrages durch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit dieses Vertrages durchzuführen gesucht hätte. Dasselbe muß für die vorliegende Klage gelten, mit der der Kl. die Feststellung verlangt, daß der Annahmevertrag trotz der Anfechtung zu Recht bestehe. Handelt es sich aber um eine Klage nach § 640 ZPO., so hatte, da nach dieser Vorschr. die Best. des § 628 entsprechend anzuwenden ist, der nach Einlegung der Berufung eingetretene Tod der Bekl., Frau H., zur Folge, daß der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen war. Die Rev. hat allerdings die Nichtanwendung dieser Vorschr. nicht gerügt. Das war aber nicht erforderlich, da es sich um einen von Amts wegen zu beachtenden Mangel des angefochtenen Urts. handelt. Die Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache brachte es unabhängig vom Willen der Parteien unmittelbar mit sich, daß das ergangene Urts. seine Wirkung verlor und daß eine Fortsetzung des Rechtsstreites in der Hauptsache nicht mehr möglich, für eine Bestätigung des ersten Urts. durch das BG. also kein Raum mehr war. Wie nach dem Tode eines der Beteiligten eine Klageerhebung aus § 640 ZPO. nicht mehr zuzulassen ist, so erscheint die Fortsetzung eines anhängigen Verfahrens in der Hauptsache vom Eintritt des Todes eines der Beteiligten an nicht zulässig. Das BG. hätte also von Amts wegen die Erledigung der Hauptsache berücksichtigen müssen (vgl. RG.: JW. 1906, 318¹⁸; 1910, 945²⁷; Skonieczki und Gelpcke, Komm., Anm. 7; Stein-Jonasz, Komm., Anm. 1 Abs. 1 zu § 628 ZPO.). (U. v. 21. März 1932; 405/31 IV. — Dresden.) [Ra.]

III. Erbrecht.

**** 11.** §§ 1944, 2073, 2260 BGB. Die Erteilung eines Erbscheines kann u. U. auch schon angefochten werden, bevor erteilt oder seine Erteilung angeordnet ist. — Ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten ist nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Gatten nochmals zu eröffnen und zu verkünden. †)

L. G. und seine Ehefrau M. G. errichteten am 12. April 1907 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und bestimmten, daß nach ihrem beiderseitigen Ableben ihre beiden Söhne L. und D. sich in den Nachlaß gleichmäßig teilen sollten. Den Söhnen substituieren sie für den Fall, daß sie

Zu 10. Gegen die Entsch. des RG. bestehen irgendwelche Bedenken m. E. nicht. Die Klage auf Feststellung, daß der am 2. Jan. 1926 von Kl. mit Frau H. geschlossene notarielle Vertrag über seine Annahme an Kindes Statt zu Recht bestehe, betrifft einen Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens eines Kindesverhältnisses zwischen den Parteien i. S. des § 640 ZPO. zum Gegenstand hat. Ein solcher Rechtsstreit erledigt sich gemäß dem in § 640 ZPO. für anwendbar erklärten § 628 ZPO., wenn eine der Parteien vor der Rechtskraft des Urteils stirbt. Daß hier formell auf Feststellung des Annahmevertrages geklagt wird, ändert an der Rechtslage nichts, denn der Gegenstand bleibt trotzdem nach seinem Inhalt das Bestehen des Kindesverhältnisses, und nur, daß der Rechtsstreit inhaltlich ein solches betrifft, ist entscheidend. Mit Recht erklärt das RG., daß die Erledigung von Amts wegen zu berücksichtigen war und daß schon das OLG. das Urts. des LG. aufheben und die Sache für erledigt erklären mußte.

Prof. Dr. Hans Walzmann, Rostock.

Zu 11. Der Entsch. und ihrer Begründung kann rückhaltlos zugestimmt werden, denn sie entspricht nicht nur dem Zweck und Sinn der gesetzlichen Best., sondern auch einem praktischen Bedürfnis.

Es ist zunächst nicht einzusehen, warum nicht gegen die Ver-

vor den Eltern mit Hinterlassung von Nachkommen sterben sollten, diese Nachkommenschaft. Nach dem Tode des Ehemannes wurde dieses Testament am 22. Nov. 1907 eröffnet und seinem ganzen Inhalt nach verkündet. Das Nachlaßgericht erteilte der Witwe G. einen Erbschein dahin, daß ihr Ehemann von ihr als Vorerbin beerbt worden sei und daß die gen. Söhne Nacherben seien. Der Sohn L. starb im Mai 1925 ohne Nachkommen.

Nachdem die Witwe G. gestorben war, ging ein notariell beglaubigtes Schreiben D. G.s von demselben Tage beim Nachlaßgericht ein, in dem er unter Hinweis auf das gemeinschaftliche Testament der Eltern die Erbschaft ausschlug. Sodann beantragte er in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter seiner drei minderjährigen Kinder einen Erbschein dahin zu erteilen, daß diese Nacherben für die Erbschaft des L. G. sen. bzw. Erben der Ehefrau, und zwar zu je 1/3 geworden seien. Der Antrag wurde vom Nachlaßgericht abgelehnt, die Beschw. zurückgewiesen. Die Entsch. beruhen auf der Erwägung, daß die Kinder durch ihren Vater von der Erbfolge ausgeschlossen seien, da dieser die Ausschlagung verspätet erklärt habe. Die weitere Beschw. wurde zurückgewiesen.

Nunmehr beantragte D. G. einen Erbschein nach der Witwe G., seiner Mutter, dahin zu erteilen, daß diese von ihm beerbt worden sei. Daraufhin legte der Nachlaßrichter die Blattsammlung der Vormundschaftsabteilung zur Kenntnisnahme vor, wobei er seine Ansicht dahin aussprach, daß zur Prüfung der Frage, ob D. G. die Erbschaft wirksam ausgeschlagen habe, seinen Kindern ein Pfleger zu bestellen sei. Nachdem der R. B. Pfleger „behufs Wahrnehmung der Rechte der Kinder im Rechtsstreit um die Erbschaft ihrer Großeltern L. und M. G. bzw. behufs Vertretung im Erbscheinsverfahren“ bestellt worden war und der Erteilung des beantragten Erbscheines widersprochen hatte, fertigte der Nachlaßrichter zwar die Urschrift eines Erbscheins, wonach D. G. laut Testament v. 12. April 1907 seine Mutter M. G. beerbt habe, legte aber die Blattsammlung vor Ausfertigung des Erbscheins dem VormGer. zwecks Entsch. vor, ob im Interesse der Kinder der Erbschein mit der Beschw. angefochten werden solle. Diese Beschw. wurde vom Pfleger mit der Begr. eingelegt, daß D. G. wirksam ausgeschlagen habe. Das LG. wies die Beschw. zurück. Die weitere Beschw. ist vom RG. dem RG. vorgelegt worden mit der Begr.:

Eine beschwerdefähige Entsch. des Nachlaßgerichts liegt nicht vor. Dieses habe den beantragten Erbschein lediglich entworfen. Ob die Herstellung des Entw. und seine einseitige Bekanntgabe an die Beschw. sich überhaupt als Erläuterung der Verfügung des Nachlaßgerichts i. S. der §§ 18, 19 ZGB. darstelle und ob diese Verfügung wirksam i. S. des § 16 sei, könne dahingestellt bleiben, zumal da das Wirkungsgegenstandsein der angef. Bsg. keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschw. bilde. Denn der Beschw. zugänglich seien nur solche Verfügungen, die eine auf die Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtete Anordnung des Gerichts enthielten. Der bei der Verfügung der Herstellung eines Erbscheins in Betracht kommende Rechtserfolg sei die Erteilung

füßung, welche die Erteilung eines bestimmten Erbscheins anordnet, und gegen die sachlich einer solchen Anordnung gleichstehende Ankündigung des Nachlaßgerichts, daß es einen bestimmten Erbschein zu erteilen beabsichtige, eine Beschw. zulässig sein soll, zumal ja eine solche Ankündigung regelmäßig den Zweck verfolgen wird, den Beteiligten Gelegenheit zu geben, den nach ihrer Ansicht im Falle der Erteilung des Erbscheins für sie eintretenden nachteiligen Wirkungen vorzubeugen. Es erscheint die Zulassung der Beschw. gegenüber einer solchen Anordnung bzw. Ankündigung insbes. zweckmäßig, wenn ein Beteiligter der Erteilung des Erbscheins bereits widersprochen hat oder wenn nach der Sachlage ein solcher Widerspruch zu erwarten ist. Das BayObLG. hat gegen berartige Ankündigungen und gegen die noch nicht ausgeführte Anordnung der Erteilung eines bestimmten Erbscheins außer in den vom RG. bei seiner Vorlage an das RG. nach § 28 Abs. 2 ZGB. angeführten Fällen auch in BayObLG. 14, 148 und 20, A, 173 mit Recht die Beschw. für zulässig erachtet (übrigens ist in OVGPr. 42, 145 Fußnote 1d auch eine Entsch. des RG. selbst v. 27. April 1922 angeführt, dahingehend, daß schon in der Ankündigung eines bestimmten Erbscheins eine nach § 19 ZGB. ansehbare Entsch. zu erblicken sei). Daß auch das RG. diesen Standpunkt teilt und ausdrücklich billigt, ist zu begrüßen; denn es wird dadurch sicherlich die höchst praktische richterliche

einer Ausfertigung des Erbscheins an den darin bezeichneten Erben, damit dieser die Möglichkeit erhalte, davon den Gebrauch zu machen, den das Gesetz mit seinen Best. über den Erbschein bezweckt. Diesen Erfolg habe das Nachlassgericht mit der Fertigung des Erbscheinsentwurfs bis auf weiteres aber gerade nicht herbeiführen wollen. Der von ihm entworfene Erbschein habe nicht alsbald in Ausfertigung zum bestimmungsmäßigen Gebrauch an den Erben hinausgehen, sondern so lange lediglich Entw. bleiben sollen, bis seine Richtigkeit auch von den oberen Instanzen anerkannt worden wäre. Es handele sich hiernach um nichts weiter als um die Anklündigung einer vom Nachlassgericht lediglich in Aussicht genommenen Maßnahme, deren Durchführung von der Stellungnahme der höheren Instanzen und der Verantwortungsübernahme durch sie habe abhängig sein sollen. Eine derartige Anklündigung unterliege nicht der Anfechtung mit der Beschw. Da die Beschw. f. dadurch, daß das LG. die hiernach unzulässige Beschw. aus sachlichen Gründen zurückgewiesen habe, nicht beschwert seien, würde das RG. zur Zurückweisung der weiteren Beschw. gelangen. Es sehe sich aber daran gehindert durch BayObLG. 10, 208; 18, 180; 19, 211. Auch in den dort entschiedenen Fällen handele es sich um Beschw. gegen die bloße Anklündigung in Aussicht genommener Maßnahmen. Das ObLG. habe jedoch die Zulässigkeit der Beschw. in den dort in Zweifel gezogen. (Wird angeführt.)

Der Sen. erachtet die Beschw. für zulässig.

I. Die Anfechtbarkeit der Verfügung des Nachlassgerichts ist in Übereinstimmung mit den oben angeführten Beschl. des BayObLG. zu bejahen. Im allgemeinen wird man allerdings demjenigen, dessen vermeintliche Erbrechte durch die Erteilung eines Erbscheins an einen anderen verletzt werden, ein Beschw.Recht erst dann zuzugestehen haben, wenn der Erbschein erteilt oder wenigstens seine Erteilung angeordnet ist. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Das RG. übersieht aber folgendes: In der Verfügung des Nachlassgerichts, die mit dessen offensichtlichem Einverständnis vom VormGer. dem Pfleger der Kinder des D. G. mitgeteilt worden ist, liegt zugleich die Eröffnung, daß das Nachlassgericht die Kinder nicht als Erben ansehe und einem etwaigen Antrage des Pflegers, einen Erbschein für die Kinder zu erteilen, keine Folge gegeben werde. Es entspricht der herrschenden Ansicht, daß auch die Mitteilung einer Rechtsansicht von Seiten des Gerichts in einer bestimmten Angelegenheit ein Beschw.Recht begründet, insofern an diese Mitteilung die Eröffnung geknüpft wird, daß das Gericht die auf einer abweichenden Rechtsauffassung beruhenden, bereits angekündigten Anträge ablehnen werde (Schlegelberger, Anm. 5 Abs. 2 zu § 19 ZGB. u. Nachw.). So liegt der Fall im wesentlichen hier. Daß das Gericht mit dem Antrage des Pflegers, einen Erbschein für die Kinder zu erteilen, rechnen mußte, ergibt sich ohne weiteres aus der Eingabe des Pflegers an das Nachlassgericht, in der der Erteilung eines Erbscheins an D. G. mit der ausdrücklichen Begr. widersprochen war, daß die Kinder Erben seien.

Diese Beurteilung entspricht auch den praktischen Bedürfnissen. Ist der Erbschein erst einmal erteilt, so kann durch Verfügungen des durch ihn als Erben Ausgewiesenen beträchtlicher Schaden verursacht werden, bis der andere Teil die Wiedereinziehung des Erbscheins erreicht hat. Übrigens würde auch vom Standpunkt des RG. aus die Beschw. gegeben sein, wenn der Nachlassrichter noch die Ausfertigung und Absendung des Erbscheins verfügt hätte. Hätte er von dieser Verfügung alsbald dem Pfleger Kenntnis gegeben und hätte dieser noch vor der Absendung des Erbscheins an D. G. Beschw. eingelegt, so wäre der Nachlassrichter nach § 24 Abs. 2 ZGB. in der Lage gewesen, die Zurückbehaltung und gericht-

liche Verwahrung des Erbscheins anzuordnen (Schlegelberger a. a. D., Anm. 7 Nr. 1 zu § 24 ZGB.). Es läßt sich sachlich nicht rechtfertigen, die Beschw. bloß deswegen nicht zuzulassen, weil der Nachlassrichter von der Anordnung einer Aushändigung des Erbscheins schon nach dessen Entw. abgesehen hat. Das Ergebnis würde schließlich wenig befriedigend sein, wenn man das Beschw.Verfahren, zu dem der Pfleger vom Gericht selbst veranlaßt worden ist, als unzulässig ansehen wollte, nachdem es in die letzte Instanz gelangt ist und Kosten verursacht hat.

II. Zutreffend geht das RG. davon aus, daß durch das gemeinschaftliche Testament v. 12. April 1907 D. G., nachdem seine Mutter Alleinerbin des verstorbenen Ehemannes geworden und sein Bruder L. G. vor ihr ohne Nachkommen verstorben ist, zum alleinigen Erben seiner Mutter berufen ist. Sein Antrag, ihm einen Erbschein zu erteilen, der ihn als alleinigen Erben seiner verstorbenen Mutter ausweist, wäre also begründet, sofern nicht seine Ausschlagung der Erbschaft wirksam ist.

a) Nach § 1944 beginnt die sechswöchige Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe vom Anfall und vom Grunde der Ver. Kenntnis erlangt hat. D. G. hatte diese Kenntnis bereits beim Tode seiner Mutter i. J. 1928 erlangt. Hätte die Ausschlagungsfrist an diesem Tage begonnen, so wäre sie in der Tat um einen Tag überschritten. Nun bestimmt aber § 1944 in Abs. 2 S. 2, daß die Frist, sofern der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, nicht vor der Verkündung der Verfügung beginne. Das fragliche gemeinschaftliche Testament ist nach dem Tode der Witwe G. nicht verkündet worden. Das RG. ist der Ansicht, daß dieser Umstand auf den Fristbeginn keinen Einfluß habe, weil das Testament bereits nach dem Tode des erstverstorbenen Ehemannes seinem vollen Inhalte nach verkündet worden ist. Es hält jene Testamentsverkündung um deswillen für wirksam, weil nach § 2273 bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments die Verkündung auch auf die Verfügungen des überlebenden Ehegatten zu erstrecken sei, soweit sie sich nicht von denen des Verstorbenen sondern lassen, und weil im vorl. Falle eine solche Sonderung der beiderseitigen Verfügungen nicht möglich gewesen sei. In der Beurteilung der Trennbarkeit der beiderseitigen Verfügungen will es von seiner früheren Anspr. abgehen, die — übrigen in Übereinstimmung mit dem BayObLG. — § 2273 S. 1 auf solche gemeinschaftlichen Verfügungen für anwendbar ansah, die nur für den Fall des früheren Todes des überlebenden Ehegatten, also von jedem Ehegatten nur für den Fall seines Überlebens getroffen sind, und die mithin mit dem Tode des Erstverstorbenen bzgl. seiner gegenstandslos werden (RGZ. 24, 183; 31, 365; 34, 102; 35, 103/09; BayObLG.: NZM. 1, 45). Vom Standpunkt dieser Anspr. aus würde es sich fragen, ob nicht im vorl. Fall die gemeinschaftliche Verfügung der Ehegatten, daß die beiden Söhne nach dem Tode des letztverstorbenen Ehegatten berufen sein sollen, von der Verkündung auszunehmen und demzufolge erst nach dem Tode der Ehefrau zu verkünden gewesen wäre. Ob der früheren oder der jetzigen Rechtsauffassung des RG. der Vorzug zu geben ist, bedarf hier nicht der Entsch. Auch wenn man annimmt, daß die beiderseitigen Verfügungen der Eheleute G. sich nicht sondern lassen und daß deshalb das Nachlassgericht die Verkündung m. R. auf den Gesamthalt des Testaments ausgedehnt hat, kann doch der Ansicht des RG. nicht beigetreten werden, daß eine nochmalige Testamentsöffnung und Verkündung hinsichtlich der Verfügungen der Ehefrau G. nach deren Tode nicht erforderlich gewesen sei.

Die Frage, ob in solchen Fällen das bereits seinem ganzen Inhalte nach verkündete Testament nach dem Tode des

chieden hat. Die in obiger Entsch. dafür geltend gemachten Gründe sind in der Tat durchaus zutreffend, insbes. der Hinweis auf die Best. der §§ 2260 und 2273 und auf den notwendig daraus zu ziehenden Schluß, daß die beim Tode des erstverstorbenen Gatten etwa wegen Untrennbarkeit erfolgte Mitverkündung der Verfügungen des überlebenden keine Eröffnung und Verkündung i. S. bez § 2260 hinsichtlich der letzteren Verfügungen ist. Ebenso zutreffend ist die Widerlegung der für die gegenteilige Ansicht im Schrifttum vorgebrachten Gründe.

Geh. RA. Dr. Felix Herzfelder, München.

überlebenden Ehegatten hinsichtlich der von diesen getroffenen Verfügungen nochmals zu eröffnen und zu verkünden sei, ist in RPr. und Schrifttum streitig. Sie wird bejaht von Strohal, Erbr. § 48 Anm. 22; Leonhard § 2273 BGB. Anm. 4; Staudinger-Herzfelder Anm. II; Ripp, Erbr. § 29 a. E.; Kresschmar, Erbr. § 48 Nr. 65; Neumann: SächsArch. 7, 292; Mantey: NotW. 17, 429; DLG. München: SeuffBl. 72, 1000; DLG. Darmstadt: HessRPr. 1928, 22; HessJustMinVg. v. 10. Jan. 1918 unter 9 (MABl. Nr. 1); verneint von Dernburg, Erbr. § 89 a. E.; Endemann, Erbr. § 63 a. E.; Pland § 2373 Anm. 5; Paul Meher, Gemeinsh. Test. S. 363; RG. RGZ. 24, B 58; 53, 85; DLG. 13, 278; DLG. Hamburg: RZ. 1, 185 = DLG. 2, 63; DLG. Rostock: SeuffArch. 78 Nr. 194; DLG. Dresden: JFG. 2, 160; DLG. Kiel: DLG. 21, 336. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt der RGR-Komm. § 2273 Anm. 3 ein, der eine nochmalige Verkündung nur dann für erforderlich hält, wenn beim zweiten Erbfall andere Beteiligte, insbes. gesetzliche Erben des Überlebenden in Betracht kommen. Die Streitfrage ist im bejahenden Sinne zu entscheiden.

Es herrscht Einigkeit darüber, daß die allgemeinen Vorschriften über die Eröffnung und Verkündung von Testamenten (§§ 2260 ff. BGB.) auch für gemeinschaftliche Testamente gelten, soweit nicht § 2273 etwas anderes bestimmt. Auszugehen ist daher von § 2260, wonach eine Testamentseröffnung den Tod des Erblassers voraussetzt. Daraus ergibt sich, daß grundsätzlich die nach dem Tode des einen Ehegatten vorzunehmende Eröffnung und Verkündung eines gemeinschaftlichen Testaments sich nicht auf die Verfügungen des Überlebenden zu erstrecken hat, daß dessen Verfügungen vielmehr erst nach seinem Tode zu verkünden sind. Haben nun die Ehegatten die beiderseitigen Verfügungen so gefaßt, daß sie sich voneinander nicht sondern lassen, so ist eine Verkündung der Verfügungen des Erstverstorbenen ohne gleichzeitige Verkündung der Verfügungen des Überlebenden nicht ausführbar. Mit Rücksicht darauf, daß das vielfach der Fall sein wird, hätte der Gesetzgeber für gemeinschaftliche Testamente eine einmalige Eröffnung und Verkündung nach dem ersten Todesfall vorschreiben können, wie sie beispielsweise das PrALR. als Regelfall vor sah (Dernburg, PrPrivR. Bd. 3 § 215 Anm. 8). Eine solche Vorschrift ist indessen in § 2273 nicht enthalten. Wenn S. 1 bestimmt, daß die Verfügungen des Überlebenden, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind, so ist damit positiv nur das bestätigt, was eigentlich schon aus der allgemeinen Vorschr. des § 2260 folgt, nämlich, daß grundsätzlich die Eröffnung und Verkündung nur auf die Verfügungen des verstorbenen Ehegatten zu beschränken ist und daß lediglich zur Ermöglichung der Verkündung der Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten die untrennbaren Verfügungen des Überlebenden mit zu verkünden sind. Daraus folgt, daß die Mitverkündung, auch wenn sie sich wegen völliger Untrennbarkeit der beiderseitigen Verfügungen auf die des Überlebenden Teils in ihrem vollen Umfange erstreckt, hinsichtlich der letzteren keine Verkündung i. S. des § 2260 ist, daß sie vielmehr nur die Bedeutung eines tatsächlichen Vorgangs hat, mit dem die Rechtsfolgen der Eröffnung und Verkündung hinsichtlich der Verfügungen des Überlebenden Teils nicht verbunden sein können. Das führt zu dem Ergebnis, daß nach dem Tode des Überlebenden Ehegatten eine nochmalige Eröffnung und Verkündung vorzunehmen ist, auch wenn bei der ersten Eröffnung der ganze Testamentsinhalt bekanntgegeben worden ist.

Dem entsprechen auch § 2273 S. 2 u. 3. Sie ordnen ohne Ausnahme an, daß von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten eine beglaubigte Abschrift für die Testamentsakten anzufertigen, das Testament selbst aber wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen ist. Mit keinem Wort ist angedeutet, daß diese Maßnahmen unterbleiben sollten, falls der gesamte Testamentsinhalt wegen Untrennbarkeit der beiderseitigen Verfügungen verkündet werden muß, und auch aus dem Zusammenhang mit S. 1 läßt sich Derartiges nicht folgern. Die hiernach strikt angeordnete weitere amtliche Verwahrung

der Urschrift des Testaments kann aber nur auf eine nochmalige Eröffnung und Verkündung nach dem Tode des überlebenden Ehegatten abzielen, die somit in jedem Falle vorzunehmen ist.

Die gegenteilige Ansicht, die damit begründet wird, daß eine nochmalige Eröffnung und Verkündung im gedachten Falle zwecklos wäre und auf eine leere Förmlichkeit hinauslaufen würde, beruht auf einer Verkennung des Wesens der Testamentseröffnung. Diese ist, wie im römischen Recht (Endemann a. a. O. § 69 Anm. 49), nicht lediglich Ausfluß der Rechte der Beteiligten, sondern eine von Amts wegen vorzunehmende gerichtliche Handlung, die auch dem öffentlichen Interesse dient. Dernburg, Erbr. § 38 Anm. 4 weist m. R. auf die Möglichkeit hin, daß das Nachlassgericht auf Grund der testamentarischen Anordnungen Verfügungen von Amts wegen zu treffen hat, z. B. Einholung der staatlichen Genehmigung einer letztwillig errichteten Stiftung (§ 83 BGB.), Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2200 BGB.). Auch der Wahrung der Rechte der Steuerbehörden dient die Testamentseröffnung (§ 27 Abs. 2 ErbschStG. i. d. Fass. v. 22. Aug. 1925 u. 25. Juni 1931, § 16 AusfBest. vom 13. Juli 1926). Es kann daher nicht entscheidend darauf ankommen, ob die zweite Testamentseröffnung im einzelnen Falle den Beteiligten Vorteile bringt oder nicht. Selbst wenn man aber die Belange der Beteiligten in den Vordergrund stellen wollte, so wird doch die nochmalige Testamentseröffnung und Verkündung jedenfalls regelmäßig nicht zwecklos sein. Es wird häufig vorkommen, daß beim zweiten Erbfall andere Beteiligte in Frage kommen. Wenn der RGR-Komm. a. a. O. die nochmalige Eröffnung und Verkündung nur dann für erforderlich ansieht, wenn diese Voraussetzung gegeben ist, so ist dabei, von den dargelegten grundsätzlichen Bedenken abgesehen, folgendes außer acht gelassen: Nach § 2260 BGB. ist der Eröffnungstermin zu bestimmen, sobald das Nachlassgericht vom Tode des Erblassers Kenntnis erlangt. Die gesetzlichen Erben und die sonstigen Beteiligten sollen, soweit tunlich, geladen werden, woraus erhellt, daß das Gericht weiltläufige Ermittlungen der Beteiligten im Interesse der Beschleunigung vermeiden wissen will. Das Nachlassgericht wird also in den seltensten Fällen nach Eintritt des zweiten Todesfalls beurteilen können, ob andere Beteiligte in Betracht kommen. Auch das läßt eine nochmalige Eröffnung und Verkündung erforderlich erscheinen.

Daß die vom LG. festgestellte Kenntnis D. G. s vom Testamentsinhalt die nochmalige Eröffnung und Verkündung nicht überflüssig machte, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Darlegung. Das gleiche gilt von der Tatsache, daß das Nachlassgericht nach der aus Anlaß des Todes des Ehegatten G. vorgenommenen Testamentseröffnung das Testament nicht wieder zur amtlichen Verwahrung zurückgebracht und damit den Beteiligten die Möglichkeit gegeben hat, vom Testamentsinhalt Kenntnis zu nehmen.

Da das gemeinschaftliche Testament v. 12. April 1907 nach dem Tode der Ehefrau G. bisher nicht verkündet worden ist, hat hiernach der Lauf der Ausschlagungsfrist für D. G. nach § 1944 Abs. 2 S. 2 BGB. noch nicht begonnen. Seine Ausschlagung war also rechtzeitig.

(Beichl. v. 14. Juli 1932; 12/32 IV B. — Berlin.)

[Ra.]

****12.** §§ 2033, 2371, 140 BGB. Wird ein Erbschafts Kauf formlos geschlossen und demnächst auch erfüllt, so haftet der Käufer nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Zum Anwendungsgebiet des § 819 BGB. f)

Die Kl. ist alleinige Erbin ihres am 9. Nov. 1929 verstorbenen Ehemannes, des Schriftstellers Dr. jur. Eduard R. Dieser und die Bekl. waren zusammen mit drei weiteren Geschwistern je zu $\frac{1}{6}$ des Erbes ihres am 29. Dez. 1906 verstorbenen Vaters, des Rentners Eduard R. in H. Dr. R. und die Bekl., diese vertreten durch ihren Ehemann, den Generaldirektor A., kamen dahin überein, daß die Bekl. den

Zu 12. Der Entsch. wird man durchaus beistimmen. Von ihren Ausprüchen seien als bemerkenswert folgende hervorgehoben:

1. Die Formvorschrift des § 2371 und die des § 2033 stehen

Erteil Dr. R.s kaufen solle. Am 26. Febr. 1923 erklärten Dr. R. und K., dieser für sich und als Bevollmächtigter seiner Ehefrau handelnd, zu Protokoll des Notars Dr. F. in B., daß Dr. R. seinen Anteil am Nachlasse der Bekl. übereigne und bekenne, das Entgelt in voller Höhe durch Berechnung erhalten zu haben, daß durch die Übertragung des Erbteils die Forderungen R.s an Dr. R. auf Grund von Darlehen und Vorschüssen, die er ihm auf seinen Erteil gemährt habe, befriedigt seien, sowie daß die durch Urkunden v. 30. Dez. 1913 und 31. Aug. 1914 seitens Dr. R.s an K. bewirkte Verpfändung des Erbteils mit seiner Übertragung hinfällig werde. Der Wert wurde von den Vertragsschließenden auf 500 000 M angegeben. Einigkeit besteht zwischen den Parteien darüber, daß die notarielle Urkunde nicht den richtigen Gegenwert enthält. Dieser betrug nach Angabe der Kl. 10 Millionen, nach Angabe der Bekl. 12 Millionen Mark. Der Kaufpreis ist bar bezahlt worden.

Die Kl. ist der Meinung, daß ein gültiger Kaufvertrag über den Erteil wegen Verletzung von Formvorschriften und Verstoßes gegen die guten Sitten sowie wegen Wuchers auf Seiten der Bekl. nicht zustande gekommen sei.

Das OVG. hat festgestellt, daß der zwischen der Bekl. und Dr. R. im Februar 1923 abgeschlossene Erbschafts Kaufvertrag nichtig ist. Ferner hat es die Bekl. verurteilt, der Kl. 6000 RM nebst 9% Zinsen seit dem 1. März 1927 und 13 350 RM nebst 9% Zinsen seit dem 1. Dez. 1928 zu zahlen, im übrigen den Erteil des Ehemannes der Kl. an sie zurückzuübertragen und in die Berichtigung des Grundbuchs von H.-R. Bl. 282 einzuwilligen dahin, daß der Anteil Dr. R.s auf die Kl. übergegangen sei.

Die Rev. der Bekl. hatte nur wegen der — hier nicht interessierenden — Höhe teilweisen Erfolg.

Das BG. geht davon aus, daß die Verhandlungen zwischen dem Erblasser der Kl. und der durch ihren Ehemann vertretenen Bekl. im Februar 1923 den Verkauf des Anteils Dr. R.s am Nachlasse seines Vaters an die Bekl. bezweckten. Eine Beurkundung dieses Kaufvertrags habe, führt das BG. aus, nach dem Willen der Vertragsschließenden unterbleiben sollen und sei auch nicht erfolgt. Die notarielle Urkunde v. 26. Febr. 1923 enthalte nur die dingliche Verfügung über den Anteil nach § 2033 BGB., nicht aber den obligatorischen Kaufvertrag. Der Erbschafts Kauf habe nach § 2371 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft. Der nur mündlich abgeschlossene Kaufvertrag sei daher nichtig. Der Formmangel sei auch durch die formgültige Übertragung des Anteils nicht geheilt worden. Die Nichtigkeit des Grundgeschäftes mache zwar diese Übertragung nicht nichtig. Die Kl. könne den Anteil aber nach den Vorsch. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, da die Übertragung ohne rechtlichen Grund erfolgt sei.

Daß der Wille der Vertragsschließenden auf Überlassung des Erbteils Dr. R.s an die Bekl. gegen Zahlung eines Entgelts, also auf einen Verkauf des Erbteils gerichtet war, kann nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht zweifelhaft sein. Die Rev. meint aber, daß die Anwendung des § 2371 BGB. auf die Fälle beschränkt werden müsse, in denen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft auseinanderfallen, d. h. das erstere dem letzteren vorangeht. § 2371 könne nicht dahin ausgelegt werden, daß er die notarielle Form, insbes. die Beurkundung des Kaufpreises, auch dann fordere, wenn die Parteien einen dem Leistungsaustausch vorausgehenden hin-

den Vertrag gar nicht wollten, denn damit würde ein dem Gesetz sonst unbekannter Zwang ausgeübt werden, dem Leistungsaustausch einen obligatorischen Vertrag voranzugehen zu lassen oder mit ihm zu verbinden.

Diesen Ausführungen der Rev. kann nicht beigetreten werden. Die Formvorschrift des § 2371 und die des § 2033 stehen selbständig nebeneinander. Nach § 2371 bedarf ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Dies gilt zufolge des § 1922 Abs. 2 auch für den Verkauf eines Erbteils. Während nun der Miterbe nicht in der Lage ist, den gesamten Nachlaß durch einheitlichen Akt auf den Erbschaftskäufer zu übertragen, gibt § 2033 dem Miterben die Möglichkeit, seine Verpflichtung gegenüber dem Käufer des Erbteils in einem einheitlichen Akt mit dinglicher Wirkung zu erfüllen. Es ist selbstverständlich zulässig, das Verpflichtungs- und das Verfügungs geschäft in einer Urkunde zu verbinden. Ob dies der Wille der Vertragsschließenden ist, ist eine Frage der Auslegung (RGW. 1915 Nr. 264). Auch im Falle der Verbindung muß aber die einheitliche Urkunde beiden Formerfordernissen Rechnung tragen. Sie muß also sowohl die Best. des Kaufvertrags, insbes. die Angabe des Kaufpreises, als auch die dingliche Einigung über den Übergang des Erbteils enthalten. Die Ansicht der Rev., daß dann, wenn die Vertragsschließenden sogleich die Übertragung des Erbteils vornehmen, eine Beurkundung des zugrunde liegenden Kaufvertrags nicht erforderlich sei, findet mithin im Gesetz keine Stütze. Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes kann für diese Ansicht nichts entnommen werden. Die Gründe, die zur Ausnahme der Vorsch. des § 2371 geführt haben, waren verschiedener Art. Die Formvorschrift wurde einmal deshalb für erforderlich gehalten, weil es sich in der Regel um Gegenstände von besonderem Wert handle und ein Schutz des Verkäufers gegen Übervorteilung geboten sei, zumal Erbschaftskäufe oft von gewerbsmäßigen Käufern zum Zwecke der Spekulation geschlossen würden. Sodann wurde die Form auch zur Klarstellung des Rechtsverhältnisses und zur Erleichterung des Nachweises des Rechtes des Käufers gegenüber Dritten für wünschenswert gehalten (Protokoll II S. 114 f.). Daß der Schutz des Verkäufers gegen Übervorteilung und die Klarstellung des Rechtsverhältnisses dann nicht minder geboten ist, wenn die Parteien ohne vorausgegangene Bindung sogleich zur Übertragung des Erbteils schreiten, als wenn sie zunächst nur eine Verpflichtung zur Übertragung des Erbteils begründen, bedarf keiner näheren Ausführung. Durch die bloße Beurkundung der Erbteilsübertragung würde der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Formvorschrift des § 2371 verfolgt hat, nicht oder doch nur unvollkommen erreicht werden. Es steht der zwingenden Vorsch. des § 2371 gegenüber auch nicht in der Macht der Vertragsschließenden, von der Beurkundung des Kaufs überhaupt abzusehen. Das Unterbleiben dieser Beurkundung hat jedenfalls die Folge, daß es für die Übertragung des Erbteils an einem vom Gesetz anerkannten Rechtsgrunde fehlt. Unerheblich ist es, ob die Parteien von der Beurkundung des Kaufvertrags deshalb abgesehen haben, weil sie sich zunächst noch nicht binden wollten, oder deshalb, weil sie glaubten, daß der mündlich geschlossene Kaufvertrag auch ohne Beurkundung durch formgerechte Übertragung des Erbteils Wirksamkeit erlange. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob die Vertragsschließenden, wie die Rev. für diesen Rechtszug unter-

selbständig nebeneinander; das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft können zwar in einer Urkunde verbunden werden, es ist aber Auslegungsfrage im Einzelfall, ob die Parteien dies gewollt haben.

2. Im Gesetz und in dessen Entstehungsgeschichte findet die Ansicht keine Stütze, daß bei sofortiger Vornahme der Erbteilsübertragung eine Beurkundung des zugrunde liegenden Kaufvertrages nicht erforderlich sei. Für eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. ist (wie vom RG. schon früher ausgesprochen) kein Raum, der Mangel der Form des § 2371 wird nicht durch die dem § 2033 entsprechende Übertragung des Erbteils geheilt. Auch aus § 15 Abs. 4 GmbHG. ist mangels entsprechender ausdrücklicher Vorsch. des BGB. nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Der Meinung einiger Schriftsteller, daß § 313 Satz 2 entsprechend anzuwenden sei, pflichtet also das RG. nicht bei, ebenso wie die im Schrifttum und in der

Rspr. überwiegende Meinung (vgl. Staudinger-Herzfelder, Bem. 1 a. E. zu § 2371).

Was aber von Staudinger a. a. O. und vom RGWRomm., Bem. 3 a. E. zu § 2371, ausdrücklich betont wird, daß es möglicherweise dem Parteivillen im Einzelfall entspricht, anzunehmen, die dingliche Übertragung enthalte eine formgerechte Wiederholung und Bestätigung der Verpflichtungserklärung, ist vom RG. nicht bestritten, es hält nur diese Annahme offenbar im gegebenen Falle nicht für gerechtfertigt.

3. Der vom RG.: RGW. 1925 Nr. 162 vertretenen Ansicht aber, daß trotz Nichtigkeit des Kaufvertrages die in der gleichen Urkunde enthaltene dingliche Erbteilsübertragung gültig sei, wenn die Parteien die dingliche Wirkung auch für den Fall der Nichtigkeit des schiedsrechtlichen Vertrages gewollt haben, was anzunehmen sei, wenn sie sich durch die sofortige Zahlung des Kaufpreises und die mündliche

stellt haben will, vor dem 26. Febr. 1923 eine Bindung nicht gewollt haben, oder ob sie sich bereits vorher haben binden wollen und binden zu können geglaubt haben.

Daß der Mangel der Form des § 2371 nicht durch die dem § 2033 entsprechende Übertragung des Erbteils geheilt wird, weil für eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. kein Raum ist, hat der Senat bereits in dem Ur. v. 22. Mai 1930 (RG. 129, 123¹)) ausgesprochen. Hieran ist festzuhalten. Die Rev. meint, daß die Abgrenzung des Formerfordernisses des § 2371 nicht wohl abweichend von der Abgrenzung des Formerfordernisses in ähnlichen Fällen erfolgen könne, und sie verweist in diesem Zusammenhange auf die Vorschr. des § 15 Abs. 4 GmbHG. Dieser Hinweis geht fehl. Nach § 15 Abs. 3 des gen. Ges. bedarf es zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter eines in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Vertrages. Abs. 4 bestimmt, daß der gleichen Form auch eine Vereinbarung bedarf, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, daß jedoch eine ohne diese Form getroffene Vereinbarung durch den nach Maßgabe des Abs. 3 geschlossenen Abtretungsvertrag gültig wird. Hier ist also ausdrücklich vorgeschrieben, daß der formlos geschlossene schuldrechtliche Vertrag durch formgerechten Abschluß des dinglichen Abtretungsvertrages gültig wird. An einer entsprechenden Vorschr. fehlt es aber für die Fälle der §§ 2033, 2371 BGB.

Die Rev. macht dem BG. sodann noch zum Vorwurf, daß es eine Prüfung unterlassen habe, ob die Parteien, weil sie sich durch die sofortige Zahlung des Kaufpreises für gesichert hielten, die dingliche Wirkung auch für den Fall der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäfts gewollt haben. War dies der Fall, so ist die Klage nach der Meinung der Rev. unbegründet. Diese Ausführungen übersehen, daß das BG. keineswegs angenommen hat, daß auch die Übertragung des Erbteils nichtig sei. Vielmehr hat es ausdrücklich erhoben, daß N. gültig über den Erbteil verfügt habe und daß die Nichtigkeit des obligatorischen Grundgeschäfts diese Verfügung nicht nichtig mache. Daraus folgt aber nicht, daß die Klage unbegründet ist, sondern nur, daß die Befl. zur Rückgewähr des Erbteils nach den Vorschr. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist. Dies ist auch der Standpunkt der Klage, der den im zweiten Rechtszuge gestellten Anträgen unter 1 und 2a zugrunde liegt (§ 4, 5 des BU.). Die von der Rev. angezogenen Ausführungen bei Staudinger Anm. 3 Abs. 5 (nicht Abs. 6) zu § 2371 nehmen auf das Ur. des Sen. v. 14. Mai 1925 (RGWarn. 1925 Nr. 162) Bezug. Dort ist auf Grund des § 139 BGB. ausgesprochen worden, daß trotz Nichtigkeit des Kaufvertrages die in der gleichen Urkunde enthaltene Übertragung des Erbteils gültig sei. Dies ist damit begründet worden, daß die Parteien die dingliche Wirkung der Übertragung des Erbteils auch für den Fall der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags gewollt hätten, weil sie sich durch die sofortige Zahlung des Kaufpreises und die mündliche Vereinbarung für gesichert hielten. Hier liegt ein Fall des § 139 BGB. nicht vor, da die Vertragsschließenden nach der Feststellung des BG. eine Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrags gar nicht gewollt haben, die Urkunde v. 26. Febr. 1923 vielmehr nur das dingliche Rechtsgeschäft enthalten sollte und enthielt. In der gen. Entsch. ist dann weiter der Standpunkt des damaligen BG. gebilligt worden, daß die an sich gültige Erbteilsübertragung der Rückforderung nach § 812 BGB. unterliege, weil sie eines Rechtsgrundes entbehre.

Als rechtsirrig bezeichnet die Rev. schließlich noch die Ausführungen des BG., mit denen es das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 BGB. verneint hat. In Be-

weil mangels gültigen Kaufvertrages des Rechtsgrundes entbehrend, zurückgefordert werden könne.

5. Im vorwärtigen Falle hält das RG. den § 819 Abs. 1 für anwendbar, weil der Ehemann der Befl. den Mangel des Rechtsgrundes aus der Tatsache herleitete, daß im Vertrage der vereinbarte Kaufpreis nicht genannt war. Die strengere Fassung des Empfängers nach § 819 Abs. 1 entfällt, wenn er gewußt oder angenommen hat, daß der Leistende selbst den Mangel des Rechtsgrundes kennt. Beweispflichtig hierfür ist aber der Empfänger. Dies entspricht der herrschenden Meinung.

4. Wie in jener früheren Entsch. hat das RG. auch hier den § 812 BGB. für anwendbar erachtet, wonach die Erbteilsübertragung,

tracht gekommen wäre insoweit die Umdeutung des nichtigen Erbschaftsverkaufs in eine Abtretung der sich bei der Auseinandersetzung für N. ergebenden Ansprüche. Hierzu war zu ermitteln, ob die Vertragsschließenden gegebenenfalls wenigstens eine solche Abtretung gewollt hätten. Das BG. hat dies verneint, weil die Rechtswirkungen einer solchen Abtretung zweifelhaft sind (vgl. einerseits RG. 60, 131 ff., andererseits u. a. RGKomm., Anm. 1 zu § 2033), und weil die Vertragsschließenden eben wegen der Zweifelhaftheit der Rechtslage eine bloße Abtretung der sich bei der künftigen Erbauseinandersetzung ergebenden Ansprüche nicht vorgenommen hätten. Insoweit handelt es sich um eine tatsächliche Annahme, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt und daher der Nachprüfung des RevG. entzogen ist. Zu der streitigen Frage selbst brauchte das BG. keine Stellung zu nehmen.

Das BG. hat nach alledem ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Übertragung des Erbteils an die Befl. ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. Die Befl. ist daher nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB. zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Für die Entsch. über die von der Kl. erhobenen Leistungsansprüche ist es insbes. von Bedeutung, ob die Befl. die Vorschr. des § 819 Abs. 1 BGB. gegen sich gelten lassen muß. Ist dies der Fall, so kann sie sich nicht darauf berufen, daß sie zur Rückübertragung des Erbteils infolge der inzwischen erfolgten Veräußerung an ihre Geschwister nicht mehr in stande sei, denn eine etwaige Unmöglichkeit wäre von ihr zu vertreten. Es liegt auch nicht so, daß die Unmöglichkeit der Wiedererlangung des Erbteils schon jetzt feststünde. Zur Herausgabe des Erlangten gehört auch die Mitwirkung der Befl. dazu, daß die Kl. im Grundbuche als Miteigentümerin zu ihrem Anteil wieder eingetragen werde (RG. 112, 268; RG.: JW. 1931, 2723).

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 819 Abs. 1 BGB. führt das BG. aus, daß der Ehemann der Befl., wie aus ihrem eigenen Vortrag hervorgehe, von Anfang an den notariellen Vertrag v. 26. Febr. 1923 für nichtig gehalten habe, weil in ihm die wahre Kaufsumme verschwiegen gewesen sei. Diese Auffassung sei zwar nicht richtig, denn in der Urkunde, die nur die dingliche Übereignung des Erbteils enthalte, habe der Kaufpreis nicht genannt zu werden brauchen. Der Ehemann der Befl. habe aber den Vertrag für nichtig gehalten und sei der Auffassung gewesen, daß an sich Dr. N. zur Übereignung nicht verpflichtet sei. Er habe also gewußt, daß dieser ohne Rechtsgrund leiste. Daß dies Wissen auf einer unrichtigen Grundlage beruht habe, sei gleichgültig. Die Kenntnis ihres Ehemannes als ihres Vertreters müsse die Befl. gegen sich gelten lassen. Den ihr obliegenden Beweis, daß auch der Erblasser der Kl. beim Abschluß des Vertrags vom 26. Febr. 1923 gewußt habe, daß er zur Leistung nicht verpflichtet sei, habe die Befl. nicht erbracht.

Gegen diese Ausführungen erhebt die Rev. mehrere Angriffe. Sie hält zunächst die Auffassung des BG. für unrichtig, daß es unerheblich sei, auf Grund welcher Tatsachen der Ehemann der Befl. den Vertrag für nichtig gehalten habe. Die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich der Mangel des rechtlichen Grundes ergebe, genüge zwar nicht (RGWarn. 1927 Nr. 91), sei aber erforderlich. Unlogisch sei außerdem der Schluß, daß der Ehemann der Befl., weil er der Auffassung gewesen sei, daß an sich Dr. N. zur Übereignung nicht verpflichtet sei, gewußt habe, daß dieser ohne Rechtsgrund leiste. Daß Dr. N. bei Beginn der notariellen Verhandlung noch nicht rechtlich gebunden gewesen sei, habe nicht ausgeschlossen, daß — durch bloße Kaufnahme des Kaufpreises in

weil mangels gültigen Kaufvertrages des Rechtsgrundes entbehrend, zurückgefordert werden könne.

5. Im vorwärtigen Falle hält das RG. den § 819 Abs. 1 für anwendbar, weil der Ehemann der Befl. den Mangel des Rechtsgrundes aus der Tatsache herleitete, daß im Vertrage der vereinbarte Kaufpreis nicht genannt war. Die strengere Fassung des Empfängers nach § 819 Abs. 1 entfällt, wenn er gewußt oder angenommen hat, daß der Leistende selbst den Mangel des Rechtsgrundes kennt. Beweispflichtig hierfür ist aber der Empfänger. Dies entspricht der herrschenden Meinung.

Geh. SR. Dr. Felix Herzfelder, München.

¹) JW. 1931, 308.

den notariellen Kaufvertrag — durch diesen der Rechtsgrund geschaffen werde.

Mit diesem Angriff kam die Rev. keinen Erfolg haben. Die Feststellung des BG., der Ehemann der Bekl. habe gewußt, daß an sich Dr. R. zur Übereignung nicht verpflichtet sei, daß er also ohne Rechtsgrund leiste, ist tatsächlicher Art. Sie findet in dem Vortrag der Bekl. eine ausreichende Stütze. Daß sie durch einen Rechtsirrtum beeinflusst sei, kann der Rev. nicht zugegeben werden. Die Tatsache, aus welcher der Ehemann der Bekl. den Mangel des Rechtsgrundes herleitete, war die, daß im Vertrage v. 26. Febr. 1923 der vereinbarte Kaufpreis nicht genannt war. Es läßt sich daher nicht einmal sagen, daß der Ehemann der Bekl. sich, wie das BG. meint, über die den Mangel des Rechtsgrundes ergebenden Tatsachen in einem Irrtum befunden habe. Der Kaufpreis brauchte zwar in dem die dingliche Übereignung des Erbteils enthaltenden Vertrage nicht genannt zu werden. Wäre er aber genannt worden, so hätte nichts entgegenstanden, in der Urkunde v. 26. Febr. 1923 zugleich die der Form des § 2371 entsprechende Beurkundung des den Rechtsgrund bildenden schuldrechtlichen Geschäfts zu erblicken. Die Rev. führt daher richtig aus, daß durch bloße Aufnahme des Kaufpreises in den notariellen Vertrag durch diesen der Rechtsgrund hätte geschaffen werden können. Das ist aber gerade unterblieben, und das Unterbleiben dieser Beurkundung war nach dem eigenen Vortrag der Bekl. der Grund, weswegen ihr Ehemann, und zwar mit Recht, den Vertrag für der vollen Rechtswirksamkeit entbehrend ansah.

Weiter macht die Rev. geltend, die Haftung der Bekl. aus § 819 BGB. entfalle auch deshalb, weil auch dem Erblasser der Kl. der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt gewesen sei. Wenn das BG. den Vortrag der Bekl. gegen sie verwertet habe, so habe es ihn nur entweder ganz oder gar nicht berücksichtigen dürfen. Behauptet gewesen sei nicht eine einseitige Meinung des Ehemannes der Bekl., sondern ein zwischen ihm und Dr. R. bestehendes Einverständnis. Wenn daher das BG. eine Kenntnis gegen die Bekl. festgestellt habe, so habe es dieselbe Kenntnis auch bezüglich des Ehemannes der Kl. gegen diese feststellen müssen. Es habe bei der Behandlung der Kenntnis des Erblassers der Kl. den prozeßualen Grundsatz verletzt, daß eine Behauptung nur gegen den Behauptenden verwertet werden darf, wenn sie in Übereinstimmung mit den sonstigen Feststellungen des BG. steht. Aus materiellem Rechtsirrtum habe das BG. auch außer acht gelassen, daß die Anwendung des § 819 ferner voraussetze, daß der Empfänger davon ausgehe, der Leistende habe den Mangel des rechtlichen Grundes nicht gekannt. Die Haftung aus § 819 setze das Bewußtsein des Empfängers voraus, daß dem Leistenden der Mangel unbekannt ist.

An diesen Ausführungen ist richtig, daß der Empfänger von der strengeren Haftung nach § 819 Abs. 1 dann verschont bleiben muß, wenn er gewußt oder angenommen hat, daß der Leistende selbst den Mangel des Rechtsgrundes kennt. Beweispflichtig ist hierfür der Empfänger (Planck § 819 Anm. I b 4; RWRAnm. § 819 Anm. 2a; Staudinger § 819 Anm. I, 1c; Prot. II S. 711). Nicht beigetreten werden kann der Ansicht der Rev., daß das BG., wenn es auf Grund des Vorbringens der Bekl. die Kenntnis ihres Ehemannes vom Mangel des Rechtsgrundes festgestellt habe, die gleiche Kenntnis auch auf Seiten des Erblassers der Kl. habe feststellen müssen. (Wird ausgeführt.)

Die Bekl. war hiernach nicht der Notwendigkeit des Beweises enthoben, daß auch Dr. R. den Mangel des Rechtsgrundes gekannt oder daß der Ehemann R. wenigstens eine solche Kenntnis vorausgesetzt habe.

(U. v. 30. Juni 1932; 62/32 IV. — Celle.) [Ra.]
(= RG. 137, 171.)

13. § 2039 BGB. ist auf die anderen Gesamthandsverhältnisse des BGB. anwendbar, so auf die Gesellschaft und auf die eheliche Gütergemeinschaft. Darüber hinaus ist die Schaffung von Gesamthandsgemeinschaften in anderen als den vom Gesetz bestimmten Fällen durch Vertrag nicht möglich.

Der Vater der Kl. und der Bekl. sowie dreier weiterer

Schwestern hatte durch Vertrag v. J. 1908 der Bekl. die freie Verwaltung eines Mühlenbesitzes überlassen mit der Bestimmung: „Erst nach einer etwa erfolgten Veräußerung der sämtlichen Werte soll jede Miterbin Teilung zu verlangen berechtigt sein.“ Der Vater starb 1912. 1913 erfolgte die Veräußerung der Werte. Mit der Behauptung, die Bekl. habe u. a. 300 000 M veruntreut, klagte die Kl. auf Zahlung dieses Betrages an eine für die fünf Schwestern gemeinschaftlich zu bildende Masse. BG. erklärte den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. RG. wies ab.

Es ist davon auszugehen, daß die Veräußerung der sämtlichen Werte des Mühlenvermögens durch die Bekl. erfolgt ist und daß deshalb jede der Schwestern nach dem Vertrage von 1908 die Teilung des Liquidationserlöses zu verlangen berechtigt ist. Es ist aber rechtsirrig, wenn das BG. die Kl. für befugt hält, die Zahlung in eine für die fünf Schwestern gemeinschaftlich zu bildende Masse zu verlangen, weil zwischen ihnen ein Gesamthandsverhältnis vorliege. Nach § 2039 BGB. kann jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern. Diese Vorschr. wird vom RG. auf die anderen Gesamthandsverhältnisse des BGB. als anwendbar erklärt, so auf die Gesellschaft und auf die eheliche Gütergemeinschaft. Darüber hinaus ist aber die Schaffung von Gesamthandsgemeinschaften in anderen als den vom Gesetz bestimmten Fällen durch Vertrag nicht möglich. Eine Erbengemeinschaft hat zwischen den fünf Schwestern in Anlehnung des Mühlenvermögens nicht bestanden. Das Eigentum daran ist auf die Bekl. zu 1 allein übertragen worden, damit sie es für die Schwestern verwalte. Ein im Gesetz begründetes Gesamthandsverhältnis bestand daher zwischen ihnen nicht. Es konnte nicht deshalb angenommen werden, weil in dem Vertrage v. J. 1908 von einem Gesamteigentum der Schwestern an den vorhandenen Werten die Rede ist, die Schwestern darin unrichtig als Miterben bezeichnet werden und das BG. meint, ein Gesamthandsverhältnis habe den von dem Vater verfolgten Zwecken am besten entsprochen. Soweit durch den Vertrag für die Schwestern gemeinschaftliche Rechte begründet worden sind, käme eine Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB.) in Betracht. Da die Schwestern aber nur einen Anspruch auf Teilung des Liquidationserlöses haben und es sich dabei um eine teilbare Leistung handelt, so liegen hier nur gewöhnliche Teilforderungen ohne Gemeinschaftsverhältnis vor (§ 420 BGB.). Jede der Schwestern konnte über ihre Teilforderung am Liquidationserlös für sich verfügen. Ob im Vertrage v. J. 1908 eine alle Beteiligten verpflichtende Abmachung dahin hätte getroffen werden können, daß jede der Schwestern die Zahlung des Liquidationserlöses gemeinschaftlich für alle in eine zu bildende Masse sollte verlangen können, unterliegt nicht der Nachprüfung, weil der Vertrag eine solche Best. nicht enthält, auch eine dahingehende Behauptung gar nicht aufgestellt worden ist.

Danach hätte die Kl. nur die Auszahlung ihres Anteils an dem Liquidationserlös verlangen können. Das ergibt sich im vorl. Falle auch daraus, daß sie eine Schadensforderung aus unerlaubter Handlung der Bekl. geltend macht. Es ist der Rev. darin recht zu geben, daß die Kl. aus unerlaubter Handlung nur zur Geltendmachung ihrer eigenen, von den Bekl. verletzten Rechte, nicht aber zur Klageweisen Wahrnehmung auch der Rechte der Schwestern befugt ist. Eine Legitimation zur Vertretung dieser steht ihr nicht zur Seite. Auch von mehreren durch eine unerlaubte Handlung innerhalb eines Personenkreises verletzten Personen kann eine jede nur ihren eigenen Schaden geltend machen (RG. 56, 271).

Daraus ergibt sich, daß die Kl. nicht befugt war, von den Bekl. die Zahlung des Erlöses aus dem Mühlenvermögen in eine für die fünf Schwestern zu bildende Masse zu verlangen. Aus dem Klagegrund der unerlaubten Handlung hätte sie nur die Erstattung des ihr durch das angeblich ungetreue Verhalten der Bekl. entstandenen Schadens fordern können.

(U. v. 26. Nov. 1932; IX 228/32. — Berlin.) [S.]

14. Bei den gem. § 2055 BGB. anrechnungspflichtigen Zuwendungen entscheidet der Zeit-

punkt der Zuwendung als Stichtag für die Wertbemessung — trotz eingetretener Inflation. †)

Am 30. Okt. 1910 verstarb der Regierungsbaumeister Friedrich Sch. in W. In einem gemeinschaftlichen Testamente v. 22. Okt. 1909 waren seine Witwe, die Bfkl. zu 5, zu einem Viertel und die fünf gemeinschaftlichen Kinder, nämlich die Bfkl. zu 1 bis 4 und der am 13. Juli 1925 verstorbene Sohn Karl Sch., zu Erben berufen, und zwar die Kinder zu insgesamt drei Vierteln des Nachlasses. Karl Sch. ist von seiner Ehefrau und von seinem am 26. Juni 1925 geborenen Sohne Herbert Sch., dem Kl., nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschr. beerbt worden.

In dem gemeinschaftlichen Testamente der Eheleute Friedrich Sch. war bestimmt, daß sich die fünf Kinder alles, was sie von dem Vater als Mitgift oder Aussteuer erhalten hätten und was ihnen sonst mit der Bestimmung der Anrechnung gegeben wäre, auf ihre Erbteile anrechnen lassen müßten (Ziff. IV des Testamentes). Die als Mitgift oder Aussteuer zu verrechnenden Beträge aus der Zeit bis zur Testamenterrichtung waren für die Bfkl. zu 1, 2, 3 und 4 auf 88 000, 70 000, 63 000 und 63 000 M festgestellt (Testament Ziff. V). Der Miterbe Karl Sch., der Vater des Kl., hat irgendetwas nach diesen Best. anzurechnende Vorempfänge nicht erhalten.

Der Nachlaß des Friedrich Sch. ist bis auf eine Beteiligung an einem Grundstückskomplex verteilt.

Mit der Klage wird Feststellung begehrt, daß 1. die Bfkl. zu 1 bis 4 ihre Vorempfänge in Höhe von 88 000, 70 000, 63 000 und 63 000 RM zur Ausgleichung zu bringen hätten und daß 2. die Testamentvollstrecker gehalten seien, bei der Verteilung der Erlöse des Grundstückskomplexes in Berlin-Panow die Vorempfänge den vier Miterben in der bezeichneten Höhe auf ihre Anteile anzurechnen.

LG. und OLG. haben der Klage mit der Maßgabe stattgegeben, daß die Vorempfänge in Höhe von 60% der angegebenen Nennwerte bei der Auseinandersetzung zur Ausgleichung zu bringen seien.

Das RG. hat ganz verurteilt.

Das BG. stellt fest, daß die Vorempfänge i. d. F. 1895 bis 1903 und in der vom Erblasser bestimmten Höhe in Friedensmark, und zwar zu einem erheblichen Teile in wertbeständigen Vermögensstücken (Möbel, Wäsche u. dgl.) gewährt sind. Gefordert ist vom Kl. die Ausgleichung zu den in Reichsmark bezifferten, den Friedensmarkbeträgen zahlenmäßig entsprechenden Beträgen. Im BU. ist nicht verkannt, daß die Vorempfänge gem. § 2055 BGB. nach ihrem Werte zur Zeit der Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen sind. Doch ist es nicht für angängig erachtet, die Vorempfänge mit

Zu 14. Die Entsch. entspricht der bisherigen Praxis bei Forderungen, die auf Ersatz von Sachwerten zu einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit gerichtet sind und der schon früher (RG. 108, 339 f.) ausgesprochenen Ansicht, daß bloße Anrechnungspflichten, wie die des § 2055 Abs. 2 BGB. der gleichen Behandlung wie Leistungspflichten unterliegen. Beides trifft im allgemeinen zu. Das Wort „wertbeständig“ hat heute, auch in der Gesetzesprache, meist nur die negative Bedeutung, daß ein Wert von Schwankungen der Inlandswährung unabhängig ist; so sind die nach dem Kaufpreis für Feingold, Roggen und andere Waren festzusetzenden Werte (Ges. üb. „wertbeständige“ Hypotheken v. 23. Juni 1923, § 1) sowie die in ausländischer Währung anzugebenden Beträge (Bd. üb. Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung v. 13. Febr. 1920, § 1 verb. m. Ges. v. 12. März 1931) nicht beständig, sondern von den Schwankungen der Warenpreise und der ausländischen Währung abhängig. Positiv beständig sind dagegen Werte, die kraft Vertrages oder Gesetzes nach einem bestimmten Stichtag der Vergangenheit festgelegt sind, so der Wert anrechnungspflichtiger Vorempfänge unter Miterben „nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist“. Die „freie Aufwertung“ ersetzt eine durch Währungsschwund himfällige gewordene frühere Wertbestimmung durch eine neue, die nach Treu und Glauben zwischen den Parteieninteressen zu vermitteln hat; bei positiv beständigen Werten besteht die Aufgabe nur in der Ermittlung unter Zugrundelegung des Stichtages und in der Umrechnung in einen Betrag der heutigen Währung. Die „freie Aufwertung“, auch eine solche mit 100%, ist Willensentscheidung, die Ermittlung eines wirklich beständigen Wertes nebst der Umrechnung in heutige Währung bloße Willensentscheidung; ihr grundsätzlicher Unterschied von der Aufwertung wäre wohl allgemeiner anerkannt, wenn nicht leider der dafür passende Ausdruck „Umwertung“ eine zu vieldeutige, auch

ihrer im Testament bestimmten Marktwerten bei der noch bevorstehenden Auseinandersetzung anzusetzen. Die Umrechnung der damaligen Werte in Reichsmark hat nach Ansicht des BG. im Wege der Aufw. nach allgemeinen Grundsätzen auf der Grundlage allgemeiner Billigkeit zu erfolgen. Dabei ist hervorgehoben, daß eine solche Aufw. keineswegs mit der Vorschrift in Widerspruch stehe, daß der Wert der Zuwendungszeit in Anrechnung zu bringen sei.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist das BG. in Würdigung der Angaben der Parteien, insbes. der Bfkl., über den Nachlaßwert im Zeitpunkte des Erbansfalls und über die Entwicklung, welche das Nachlaßvermögen später, vor allem während der Inflationsperiode, genommen hat, ferner über die Art und die Zeit der einzelnen Verteilungen und den Wert des noch ungeteilten Vermögens sowie über die gegenwärtigen Vermögensverhältnisse der Beteiligten zu dem in dem BU. niedergelegten Ergebnis gelangt.

Die dieser Entsch. zugrunde liegenden Erwägungen sind jedoch richtig.

Nach § 2055 BGB. wird jedem Miterben bei der Auseinandersetzung der Wert der Zuwendung, die er zur Ausgleichung zu bringen hat, auf seinen Erbteil angerechnet. Da in dem hier streitigen Falle eine solche Anrechnung noch nicht stattgefunden hat, so muß sie bei der noch ausstehenden Auseinandersetzung erfolgen. Der Anrechnungswert bestimmt sich gem. § 2055 Abs. 2 BGB. nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist. Auf den mehr oder minder von der Willkür der Beteiligten oder von Zufällen abhängigen Zeitpunkt der Auseinandersetzung kann es dagegen für die Wertbemessung der Ausgleichspflichten nicht ankommen. Bei dieser Wertbemessung handelt es sich nicht um einen Geldanspruch, der aufzuwerten wäre, sondern um einen Rechnungsposten, der nach dem Werte einer früheren Zeit zugrunde zu legen, aber in einer dem heutigen Geldstand entsprechenden Weise zu beziffern ist (vgl. Mügel, 5. Aufl., S. 321 und die dortigen Nachweise sowie das Ur. des erf. Sen. v. 30. Juni 1930, IV 512/29; Zeiler Bd. 11 Nr. 2201). Wenn der Kl. sein Feststellungsbegehren darauf richtet, daß für die Ausgleichspflicht die Friedensmark von 1895 bis 1903 der Reichsmark gleichgesetzt wird, so greift diese Bewertung nicht zu hoch, da die Kaufkraft der Reichsmark hinter der der Friedensmark zurückbleibt. Es bestehen daher keine Bedenken, die vom Kl. geforderte Umrechnung zuzulassen. Auf die vom BG. — nach Aufwertungsgrundsätzen — in Betracht gezogenen Umstände kommt es nicht an. Da der Wert zur Zeit der Zuwendungen entscheidend ist, so war es ohne Bedeutung, ob die Zuwendungen noch vorhanden sind und welche Veränderungen der Wert des Nachlasses inzwischen

wirkliche Aufwertungsfälle umfassende Anwendung gefunden hätte (vgl. A. Roth, Umwertung und Aufwertung, S. 39 f.). Daß sich das RG. im vorliegenden Falle bei der Umrechnung mit einer Gleichsetzung von Friedensmark und RM begnügt hat, weil die Kaufkraft der Friedensmark größer war, ist aus prozeßlichen Gründen berechtigt, wenn eine exaktere Umrechnung für den Kl. noch günstiger ausgefallen, also ultra petita gegangen wäre. — Aus der Entsch. darf jedoch nicht geschlossen werden, daß die Vorschriften über Berechnung der ausgleichenden Werte (§§ 2050 Abs. 3, 2315 Abs. 2 BGB.) bei gewillkürten Anrechnungsanordnungen des Erblassers (§§ 2050 Abs. 3, 2315 Abs. 1 BGB.) einer Korrektur durch ergänzende Willensauslegung (Mpr. und Lit. bei Siber, RGPraxis, Fests. 1929, III, 358 ff.) ganz entzogen wären. Daß bei gesetzlichen Ausgleichsposten (§ 2050 Abs. 1, 2 BGB.) der ursprüngliche Wert abzugiehen, also z. B. auf Abnutzung der erhaltenen Aussteuer keine Rücksicht zu nehmen ist, wird immer sachgemäß sein. Dagegen kann die gleiche Behandlung von Ausgleichsanordnungen des Erblassers bei Sachentwertungen durch Änderung der allgemeinen Wirtschaftslage, z. B. bei Sinken der Grundstückspreise, zu ähnlichen Unbilligkeiten führen wie eine Nichtberücksichtigung der Geldentwertung. Die bekannte Entsch., die Anordnungen des Erblassers der letzteren anpaßt (RG. 108, 83 = JW. 1924, 1970), war keine echte „Aufwertungsentscheidung“, denn sie stützte sich in erster Linie auf ergänzende Auslegung des Erblasserwillens und nur hilfsweise auf den Grundbesitz der Aufwertungspraxis bildenden § 242 BGB.; ihre Tragweite reicht deshalb über die Geldentwertung hinaus und kann auf allgemeine Entwertung des Sachwertes erstreckt werden, so daß auch hier auf Grund eines nur hypothetischen Erblasserwillens Anpassungen an die Veränderung nicht ausgeschlossen sind.

Prof. Dr. Siber, Leipzig.

erfahren hat und ob der Restbestand des Nachlasses noch zur Deckung der Ausgleichsansprüche des Kl. ausreicht.

Nach dem festgestellten Sachverhalt hätte das BG. in vollem Umfange nach dem Antrage des Kl. erkennen müssen. (U. v. 15. Febr. 1932; 287/31 IV. — Karlsruhe.)

[Ka.]

****15.** §§ 2111, 2113 BGB. Wird ein Grundstück wegen einer hypothekarisch gesicherten, zum Nachlaß gehörigen Forderung zwangsweise versteigert und dann eingesteigert, so wird es nicht ein Recht i. S. des § 2111 BGB. Der Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung wegen der auf dem Grundstück lastenden Hypothek ist keine Verfügung über das Recht i. S. des § 2113 BGB. +)

Die Kl. sind die Söhne erster Ehe des am 23. Juni 1922 verstorbenen Winzers Johann Josef R. Dieser hatte mit seiner ersten Ehefrau, der Mutter der Kl., ein gemeinschaftliches Testament errichtet, worin sie gegenseitig den Überlebenden zum Vorerben ihres Nachlasses einsetzten. Nach dem i. J. 1903 erfolgten Tode der Mutter der Kl. betrieb deren Vater auf Grund eines Erbscheins, der ihn als alleinigen Erben seiner Frau auswies, i. J. 1906 die Zwangsvollstreckung aus einer zum Nachlaß der Mutter gehörigen Hypothek in die Grundstücke und erhielt in der Zwangsversteigerung den Zuschlag. Der Steigpreis wurde auf die zur Auszahlung zu bringende Hypothek verrechnet. Später wurde der Erbschein als unrichtig eingezogen und dem Vater ein neuer Erbschein erteilt, wonach der Vorerbe und die Kl. Nacherben sind. J. J. 1907 heiratete der Vater der Kl. die Bekl. Die genannten Grundstücke ließ er i. J. 1920 auf den Namen der Bekl. eintragen und vereinbarte mit ihr in einem am 21. Sept. 1921 geschlossenen Ehevertrage, daß sie zu ihrem Vorbehaltsgut gehören sollten.

Den Anspruch auf Ersatz des Wertes der Grundstücke hat das BG. für unbegründet erachtet. Der Vater der Kl. sei, da die Voraussetzungen des § 2111 BGB. nicht gegeben gewesen seien, auf Grund des Zuschlags uneingeschränkter Eigentümer der Grundstücke geworden. Er habe daher bei der Übertragung an die Bekl. nicht als Nichtberechtigter i. S. des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. gehandelt. Auch ein Ersatzanspruch der Kl. nach den §§ 2130, 2131 BGB. sei nicht

Zu 15. I. Der Entsch. ist beizupflichten. Der Erwerb des Grundstücks ist zweifellos nicht als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erfolgt. Ein Erwerb, durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft liegt nicht vor. Der Vorerbe aber hat Eigentum nicht auf Grund eines zu der Erbschaft gehörigen Rechts erworben, sondern lediglich originär durch den Zuschlag. Der Erwerb auf Grund eines zu der Erbschaft gehörigen Rechts trifft nach herrschender Meinung schon nach den Motiven lediglich den Erwerb (S. 177), welcher auf Grund des zur Erbschaft gehörigen Rechts unmittelbar kraft Gesetzes zufällt oder der zwar eines vermittelnden Rechtsgeschäftes bedarf, aber dennoch lediglich Folge eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes ist. Weibes liegt nicht vor.

II. Weder der Antrag auf Einleitung der Zwangsversteigerung eines Grundstückes, noch die, diesem Antrag etwa folgenden weiteren Handlungen des Hypothekengläubigers können als eine Verfügung i. S. des § 2113 BGB. angesehen werden. Verfügungen sind bekanntlich nur solche Rechtsgeschäfte, welche die Rechtslage des Gegenstandes unmittelbar ändern. Wenn auch der Antrag auf Zwangsversteigerung eines Hypothekengläubigers häufig zur Folge haben kann, daß eine Änderung des Hypothekenrechtes eintritt, so ist es dennoch ausgeschlossen, ein Rechtsgeschäft, das lediglich eine der Voraussetzungen für die künftige Rechtsänderung schafft, bereits als Verfügung anzusehen.

Ist es somit schon begrifflich ausgeschlossen, den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung als eine Verfügung über die Hypothek anzusehen, so ist auch der weitere Hinweis des Kl. auf die Vorschr. des § 181 Satz 2 ZivVerfG. schlechterdings zwingend.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß allgemein der Antrag auf Einleitung der Zwangsversteigerung sich nicht als eine Verfügung des Hypothekengläubigers, der aus der Hypothek die Zwangsversteigerung betreiben will, über sein Recht darstellt.

Infolgedessen bedarf die in gesetzlichem Güterstande Lebende Ehefrau, welche nach § 1395 BGB. zur Verfügung über das eingebrachte Gut der Zustimmung des Mannes bedarf, zum Antrag

begründet. Der Vater der Kl. habe in dem Glauben, allein verfügungsberechtigt zu sein, das Zwangsvollstreckungsverfahren betrieben, als handle es sich um eine eigene Angelegenheit. Wenn er die nach seiner Meinung zu seinem eigenen Vermögen gehörige Hypothek möglichst niedrig ausgeben habe, um das Haus billig zu ersteigern, so könne ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden. Ein Ersatzanspruch stehe den Kl. nur nach § 2134 BGB. insoweit zu, als der Vater der Kl. mit dem Bestandteil der Erbschaft gewordenen Forderung aus dem Erlös den an sich aus seinem eigenen Vermögen zu deckenden Steigpreis getilgt habe. Wegen des sonach auf die Hypothek entfallenen Steigerlöses könne die Bekl. von den Kl. nur in Höhe ihres Erbteils, also zu $\frac{1}{4}$ in Anspruch genommen werden.

Die Rev. hatte keinen Erfolg.

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß die Kl. zwar Nacherben ihrer Mutter sind (§§ 2104, 2106 BGB.), daß jedoch die Grundstücke uneingeschränktes Eigentum des Vaters der Kl. geworden sind. Bestandteil der Erbschaft wären sie nur dann geworden, wenn einer der Fälle des § 2111 BGB. vorgelegen hätte. Das ist vom BG. mit Recht verneint worden. „Auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes“ war der Erwerb nicht erfolgt. Die Tatsache, daß die Zwangsversteigerung wegen eines dinglichen Rechtes erfolgt, ist zwar von Einfluß auf die Festsetzung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen. Das ändert aber nichts daran, daß der Erwerb durch den Ersteher lediglich auf dem Zuschlag beruht. Dieser Erwerb ist ursprünglich, nicht abgeleitet. Er gründet sich insbes. nicht auf Rechte, die vor dem Zuschlag an dem Grundstück bestanden. Eine abweichende Beurteilung ist auch für den hier gegebenen Fall nicht gerechtfertigt, daß Ersteher des Grundstücks der die Zwangsversteigerung betreibende Hypothekengläubiger ist. Daß der Erwerb nicht „als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes“ erfolgt ist, bedarf keiner Ausführung und wird auch von den Kl. selbst nicht geltend gemacht. Schließlich liegt auch kein Erwerb „durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft“ vor, da der Erwerb durch den Zuschlag kein rechtsgeschäftlicher ist. Eine ausdehnende Auslegung der Vorschr. des § 2111 ist, wie der 7. ZivSen. im Ur. v. 20. April 1928 (HöchstNspr. 1928 Nr. 1592) ausgesprochen hat, nicht angängig, da es sich

auf Einleitung der Zwangsversteigerung wegen einer zum eingebrachten Gut gehörigen Hypothek nicht der Einwilligung des Mannes. Auch aus sonstigen Vorschr. läßt sich eine solche Notwendigkeit der Zustimmung nicht herleiten, insbes. auch nicht aus § 1400 Abs. 2 BGB., da diese Vorschr. sich lediglich auf die Geltendmachung von zum eingebrachten Gut gehörige Rechte im Wege der Klage, bezieht.

Die Meinung der Kommentare von Reinhardt-Müller, § 16 Anm. I Abs. 2, und Fackel-Gütke § 16 Anm. 4 muß infolgedessen als unrichtig bezeichnet werden, die zwar den Vorwurf zum Stellung des Antrages auf Zwangsversteigerung wegen einer Mündelhypothek, nicht der Genehmigung des VormGer. bedürfen läßt, wohl aber die im gesetzlichen Güterstand lebende Ehefrau der Zustimmung des Ehemannes, hinsichtlich einer zum eingebrachten Gut gehörigen Hypothek. Diese Auffassung wird lediglich durch einen Hinweis auf einen Artikel von Boehm: DZ. 1913, 1135 begründet, der indessen ausschließlich Zweckmäßigkeitsargumente vorbringt, die in keiner Weise überzeugen können.

III. Das vom RG. gewonnene Ergebnis kann auf den ersten Blick unbillig erscheinen, denn der gutgläubige Vorerbe hat auf Grund eines Verzeichens praktisch das der Nacherbschaft unterliegende Vermögen in sein freies Vermögen verwandelt, soweit es sich um die Differenz zwischen dem Betrag der Hypothek und dem Steigpreis handelt. Es muß jedoch daran festgehalten werden, daß auch etwaige obligatorische Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben dieserhalb nur bestehen können, falls ein Verschulden des Vorerben vorliegt. Die angeschnittene Frage war vom RG. nicht zu entscheiden, da der Anspruch gegen die Witwe des Vorerben lediglich auf § 816 BGB. gestützt werden konnte, und infolgedessen in keinem Falle, auch wenn obligatorische Ansprüche gegen den Vorerben bestanden hätten, Ansprüche gegen die Witwe hätten erhoben werden können. Auch Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben obligatorischer Art, etwa unter Zuhilfenahme des § 242 BGB. könnten nicht anerkannt werden. Das Recht der Vor- und Nacherbschaft ist im BGB. erschöpfend geregelt. Es würde zu einer Verwischung dieses genau geregelten Systems führen, falls darüber hinaus noch weitere An-

bei ihr um eine auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Ausnahmevorschrift handelt. Dem tritt der erf. Sen. bei.

Erfreute sich hiernach die durch die Nacherbeinsetzung begründete Anwartschaft der Kl. nicht auf die vom Vorerben durch Zuschlag erworbenen Grundstücke, so fehlt es an jeder Grundlage für ihre auf die §§ 812 und 816 BGB. gestützten Ansprüche.

Das BG. erörtert sodann noch, ob etwa die Vorschr. des § 2113 BGB. den Kl. zustatten kommen kann. Danach sind Verfügungen des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Eine Verfügung über die Hypothek von 20000 RM erblickt das BG. in dem Antrag auf Einleitung der Zwangsversteigerung des Grundstücks, da durch das Zwangsversteigerungsverfahren nach den Grundzügen über die Bildung des geringsten Gebotes das dingliche Recht zum Erlöschen gebracht werde. Das BG. meint jedoch, daß diese im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung trotz des § 2113 voll wirksam sei, da eine an sich materiell nicht berechnete Zwangsvollstreckung, wenn nur formgültig durchgeführt, mangels Rüge seitens eines Berechtigten voll gültig sei. Ob diese letztere Erwägung ausreichend wäre, auch Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche des Berechtigten auszuschließen, kann auf sich beruhen, denn die Annahme des BG., daß eine Verfügung über die Hypothek vorliege, ist unzutreffend. Der Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung wegen einer auf dem Grundstück lastenden Hypothek führt zwar zum Erlöschen des dinglichen Rechtes, er ist aber deswegen nicht selbst eine Verfügung über dieses Recht. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit dem Antrag auf Zwangsversteigerung eines im Miteigentum stehenden Grundstücks zwecks Aufhebung der Gemeinschaft. Auch dieser Antrag führt zur Veräußerung des Grundstücks. Wäre er aus diesem Grunde als eine Verfügung über das Grundstück i. S. des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. anzusehen, so hätte es der Vorschr. des § 181 Abs. 2 Satz 2 ZivVerstG. nicht bedurft, nach der von dem Vormund eines Miteigentümers der Antrag nur mit Genehmigung des VormGer. gestellt werden kann. Diese Vorschr. beruht auf der Erwägung, daß der Antrag auf Teilungsversteigerung, wenn er auch nicht eine Veräußerung enthalte, doch zu einer solchen führe, und es daher jedenfalls materiell gerechtfertigt sei, ihn wie eine Veräußerung zu behandeln und demgemäß an die Genehmigung des VormGer. zu binden (Prot. IV S. 795). Der Antrag auf Zwangsversteigerung eines Grundstücks wegen einer auf diesem lastenden Hypothek ist an sich nur ein Akt der dem Vorerben zustehenden Verwaltung des Nachlasses. Er fällt unter den Begriff der „Einzziehung“ der Hypothekenforderung i. S. des § 2114 Satz 1 BGB. Nur hätte nach Satz 2 dieser Vorschr. das Kapital, falls nicht die Einwilligung der Nacherben zur Zahlung an den Vorerben beigebracht wurde, für den Vorerben und die Nacherben hinterlegt werden müssen. Statt dessen hat der Vater der Kl. die zum Nachlaß gehörende Forderung auf Auszahlung des Erlöses zur Aufrechnung gegen die Forderung auf Zahlung des Steigpreises verwendet, die aus seinem Eigenermögen zu berechnen gewesen wäre. Insofern ergibt sich die Ersatzpflicht des Vorerben und nummehr seiner Erben nach der zutreffenden Annahme des BG. aus § 2134 BGB.

Ein Rechtsirrtum fällt dem BG. schließlich auch insoweit nicht zur Last, als es bei der Berechnung des nach § 2134 BGB. zu ersetzenden Betrags die Kosten der Rechtsverfolgung und den auf die Zinsen der Hypothek entfallenden Betrag abgesetzt hat. Die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung

sprünge, zum Ausgleich von Härten eingeführt werden sollten, Anders wäre m. E. diese Frage zu entscheiden, falls etwa eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau, wegen einer zum Vorbehaltsgut gehörigen Hypothek, das Grundstück ersteigert hätte. Dieses Grundstück wäre, da es analog den Ausführungen des RG. gem. § 1370 BGB. nicht als Surrogat an Stelle der Hypothek getreten wäre, eingebrachtes Gut geworden. Hier aber müßte man wohl einen Anspruch der Ehefrau gegen den Ehemann anerkennen, ihr dieses ersteigerte Grundstück wieder als Vorbehaltsgut zu überlassen.

RM. Dr. Robert Fischer, Breslau.

gehören zu den Aufwendungen, die der Vorerbe nach § 2124 Abs. 2 Satz 1 BGB. aus der Erbschaft bestreiten kann. Die Zinsen gebühren als Nutzungen der Erbschaft dem Vorerben.

(U. v. 26. Mai 1932; 388/31 IV. — Rdn.) [Ra.]

16. §§ 134, 2197, 2278, 2280, 2289 BGB. Unwirksamkeit eines Auftrages, wenn durch ihn letztwillige Verfügungen umgangen oder die Beschränkung der Rechte des Vertragserben herbeigeführt werden soll.

Die Befl. ist in einem von ihren Eltern abgeschlossenen Erbvertrage zur Vertragserbin des überlebenden Elternteils eingesetzt worden. Die den Vater überlebende Mutter hat in eigenhändigem Testament den Kl. zum Testamentsvollstrecker ernannt behufs Verwaltung der zum Nachlaß gehörigen Aktien.

Die Befl. hat die Gültigkeit der testamentarischen Anordnung bestritten und von dem Kl. Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen Aktien verlangt. Der Kl. wurde auch zur Herausgabe verurteilt. Schon vor Erlaß des rechtskräftig gewordenen Ur. hat die Befl. eine durch Ur. ausgesprochene EinstwVg. erwirkt, durch die dem Kl. die Herausgabe der Aktien an eine Treuhandgesellschaft aufgegeben wurde. Auf Grund der beiden Ur. ergingen über die von dem Kl. der Befl. zu erstattenden Kosten Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Der Kl. verlangt, daß die Zwangsvollstreckung aus diesen Beschlüssen für unzulässig erklärt werde, hilfsweise, Feststellung dahin, daß der Befl. Ansprüche aus diesen Beschlüssen nicht zustünden. Die Mutter der Befl. habe dem Kl. den Auftrag erteilt, die Aktien nicht herauszugeben, bis im Prozeßwege entschieden sei, daß ihre Testamente ungültig seien. Dabei habe die Mutter der Befl. die Verpflichtung übernommen, dem Kl. alle Kosten zu ersetzen, die aus der Erfüllung des Auftrags, entstünden, insbes. auch die Kosten eines Rechtsstreits wegen Herausgabe der Aktien.

LG. hat dem Klagebegehren entsprochen, RG. hat auf Sprungrevision abgewiesen.

Gegen die Zulässigkeit der in erster Linie erhobenen Vollstreckungsgegenklage bestehen keine rechtlichen Bedenken (vgl. RG. 124, 2¹).

Das LG. hält den Auftrag sowie die dabei gegebene Zusicherung über den Kostenersatz für erwiesen. Dieser Zusicherung mißt das LG. mit Recht keine selbständige Bedeutung bei. Die Verpflichtung hierzu ergab sich ohne weiteres aus dem Auftrag selbst, sofern er gültig war und auch noch bestand, als die Befl. Klage auf Herausgabe der Aktien erhob. Die Rechtswirksamkeit des Auftrags wird vom LG. bejaht. Weiter wird angenommen, daß der Auftrag bis zur rechtskräftigen Beurteilung des Kl. zur Herausgabe der Aktien fortgalt. Die Mutter der Befl. hätte wohl den Auftrag widerrufen können, nicht aber die Befl. Nach Sinn und Zweck der mit dem Kl. getroffenen Vereinbarung sei die Befugnis der Befl. zum Widerruf ausgeschlossen worden. Der dem Kl. erteilte Auftrag war allerdings nicht durchführbar, wenn die Befl. nach ihrem Erbeintritt seine Ausführung untersagen konnte.

Ein Auftrag kann mit Wirkung über den Tod des Auftraggebers hinaus und sogar für den Fall des Todes erteilt werden, so daß er gegenüber den Erben des Auftraggebers wirksam ist. Der Auftrag ist aber nach § 671 BGB. vom Auftraggeber jederzeit widerruflich. Hier wurde die Widerruflichkeit für den Erben ausgeschlossen. Ob auf die Widerruflichkeit eines Auftrages überhaupt rechtswirksam verzichtet werden kann, bedarf nicht der Erörterung. Denn jedenfalls war die von der Mutter der Befl. mit dem Kl. getroffene Vereinbarung ihrem ganzen Inhalt nach ungültig. Sie widerspricht den über letztwillige Verfügungen gegebenen Best. des Gesetzes. Durch die Vereinbarung sollte erreicht werden, daß der Kl. wenigstens so lange die ihm in den unwirksamen Testamenten zuge dachte Stellung eines Testamentsvollstreckers einnehmen sollte, als dies tatsächlich möglich war, nämlich so lange bis die Befl. durch Ur. die Herausgabe der Aktien erzwang. Bis dahin sollte der Kl.

1) ZB. 1929, 1398.

der Befl. den Besitz der Aktien entziehen dürfen und selbst sie in Verwahrung behalten. Das Ziel dieses Rechtsgeschäfts unter Lebenden war eine dem Willen des Erben unabhängige Verwaltung eines Teiles des Nachlasses durch einen Dritten herbeizuführen, die nur in der Form einer testamentarischen Verfügung, im vorl. Falle aber überhaupt nicht angeordnet werden konnte, weil sie eine nach §§ 2278, 2280, 2289 BGB. unzulässige Beschränkung der Rechte des Vertragserten enthielt. Das LG. meint, die auch von ihm erwogene Umgehung der Vorschr. über letztwillige Verfügungen um deswillen verneinen zu können, weil der Kl. nach dem Inhalt der Vereinbarung nicht befugt war, der Befl. endgültig die Aktien vorzuenthalten, sondern nur solange bis ihre Berechtigung als unbeschränkte Erbin rechtskräftig festgestellt wurde. Dabei wird übersehen, daß der Befl. dadurch zeitweise der Besitz und die Verwaltung der Nachlassaktien entzogen werden sollte und daß diese Zeit eine recht erhebliche sein konnte. Auch eine zeitlich beschränkte Verwaltung des Nachlasses kann nur im Wege des § 2197 BGB. angeordnet werden und war gegenüber der Befl. schlechthin unzulässig.

(U. v. 28. Nov. 1932; 263/32 IV. — Nürnberg.) [Ra.]

****17. § 2219 BGB.** Ein neu ernannter Testamentvollstrecker kann Schadenersatzansprüche des Erben gegen einen früheren Testamentvollstrecker geltend machen. Ist der Schaden von dem Erben selbst verursacht, so steht dem Vollstrecker der Einwand der Arglist entgegen.

Der im Jan. 1923 verstorbene S. hat in seinem Testament v. 3. März 1922 einer Reihe von Personen Sachen oder bestimmte Geldbeträge vermacht. Dann heißt es:

„Den Rest meines Vermögens vermache ich der Stadt A. zur Unterstützung hilfsbedürftiger Hinterbliebenen gefallener Krieger der Stadt R.“

Zum Testamentvollstrecker war im Testament S., der Erblasser der Befl., ernannt worden, der das Amt annahm. Seine Aufgaben waren nach den Best. des Testaments die Verwaltung des Nachlasses und die Auseinandersetzung zwischen den „Erben“. Er war ermächtigt, die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke zum Zwecke der Teilung oder der Hypothekenentlastung freihändig zu veräußern. Die zugewendeten Sachen gab er den Bedachten heraus und zahlte die Geldzuwendungen an 7 der 22 Bedachten im Nennbetrage der alten Währung aus. Die übrigen Bedachten weigerten sich, die Nennbeträge in Empfang zu nehmen, und verlangten „Geldentwertung“. Der Nachlaß bestand in der Hauptsache noch aus zwei Grundstücken. Da S. sein Amt als Testamentvollstrecker als erledigt betrachtete und die Stadt A. nach seiner Auslegung des Testaments für die Alleinerbin hielt, rechnete er im Dez. 1923 mit ihr ab und übergab ihr seine Aktien und den Nachlaß.

Im März 1928 teilte S. dem NachlaßG. mit, daß er das Amt als Testamentvollstrecker niedergelegt habe.

Zur Zeit der Errichtung des Testaments gehörten zum Vermögen des Erblassers zwei Kaufpreishypotheken.

Beide Hypotheken sind Ende 1922 an den Erblasser zurückgezahlt und im Grundbuche gelöscht worden. Ihre Anmeldung zur Aufwertung ist nicht erfolgt.

Im Aug. 1929 hat das NachlaßG. auf Grund des Erbschens im Testament:

„Wenn der Testamentvollstrecker vor der vollständigen Erledigung meines Testamentes sterben sollte, so ersuche ich das LG., einen anderen Testamentvollstrecker zu ernennen ...“

den Kl. zum Testamentvollstrecker ernannt, nachdem S. eine Wiederübernahme des Amtes abgelehnt hatte.

Der Kl. verlangt unter der Behauptung, daß die Nachlassmasse infolge der Unterlassung der Anmeldung der beiden Hypotheken zur Aufwertung geschmälert worden sei.

LG. und OLG. haben den Anspruch dem Grunde nach festgestellt. RG. hob auf und wies die Klage ab.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob das ProzGer. die Gültigkeit der Ernennung des Kl. zum Testamentvollstrecker nachzuprüfen berechtigt ist. Jedenfalls legt es das Testament mit dem NachlaßG. dahin aus, daß dieses nicht nur beim

Tode, sondern auch dann, wenn der vom Erblasser ernannte Testamentvollstrecker aus einem anderen Grunde wegfallt, zur Ernennung eines anderen Testamentvollstreckers befugt sein solle. Bedenken bestehen gegen diese Auslegung nicht.

Das BG. bejaht sodann die Befugnis des Testamentvollstreckers, den dem Erben nach § 2219 BGB. aus einer Pflichtverletzung des früheren Testamentvollstreckers erwachsenen Ersatzanspruch gegen diesen geltend zu machen. Hiergegen wendet sich die Rev. ohne Erfolg. Nach § 2205 Satz 1 BGB. hat der Testamentvollstrecker den Nachlaß zu verwalten. Eine abweichende Best. des Erblassers (§ 2208 BGB.) liegt nicht vor. Das Testament weist vielmehr dem Testamentvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses noch ausdrücklich zu. Nach § 2212 kann ein der Verwaltung des Testamentvollstreckers unterliegendes Recht nur vom Testamentvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden. Die Frage ist daher die, ob der dem Erben nach § 2219 zustehende Ersatzanspruch zum Nachlaß gehört. Dies bejaht das BG. auf Grund des § 2041, der zwar an sich nur für die Erbengemeinschaft gegeben sei, aber auch dann angewendet werden müsse, wenn nur ein Erbe vorhanden sei und eine Testamentvollstreckung bestehe. Dem ist zuzustimmen. Allerdings hat § 2041 seinen Platz im 4. Titel des 2. Abschn. des 5. Buchs gefunden, der die Überschrift trägt: „Mehrheit von Erben“. Weder seine Stellung im Gesetze noch seine Fassung hindert aber seine Anwendung auf den Fall, daß nur ein Erbe vorhanden ist, der Nachlaß aber deshalb ein Sondervermögen bildet, weil eine Testamentvollstreckung angeordnet ist. § 2041 enthält einen Anwendungsfall des Grundsatzes der sog. dinglichen Surrogation, der für die verschiedenen familienrechtlichen Sondervermögen sowie für den Nachlaß anerkannt ist, soweit es seiner Sonderung vom Eigenvermögen des Erben oder des Erbschaftsbesitzers bedarf. Dieser Grundsatz besagt, daß alles das Sondervermögen wird, was auf Grund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Sondervermögen gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Sondervermögen bezieht (§§ 1370, 1440, 1473, 1486, 1497, 1524, 1526, 1546, 1550, 1554, 1638, 1651, 2041, 2111), oder auch das, was mit den Mitteln des Sondervermögens erworben wird (§§ 1381, 1646, 2019, 2111). Um ein Sondervermögen handelt es sich beim Nachlaß während der Dauer des Bestehens der Erbengemeinschaft. Ein Sondervermögen bildet der Nachlaß aber auch, solange er der Verwaltung des Testamentvollstreckers unterliegt, gleichviel ob er einer Mehrheit von Erben oder einem Alleinerben zusteht. Die Anwendung des § 2041 auf den durch einen Testamentvollstrecker verwalteten Nachlaß ist daher zulässig und geboten (ebenso Enneccerus-Ripp, Erbrecht, § 123 VI, 6). Nicht gebilligt werden kann sonach die vom OLG. Kiel: SchlHoltzAnz. 1917, 169 vertretene Ansicht, daß ein Schadenersatzanspruch beim Vorhandensein von Miterben jedem einzelnen von ihnen insoweit zustehe, als er für seine Person und hinsichtlich seines Erbteils geschädigt sei. Richtig ist daran nur soviel, daß dann, wenn nicht der Nachlaß als solcher, sondern nur ein einzelner Miterbe geschädigt ist (z. B. durch Benachteiligung bei der Auseinandersetzung), der Ersatzanspruch nicht zum Nachlaß gehört und daher nicht vom Testamentvollstrecker, sondern von dem geschädigten Miterben geltend zu machen ist (Enneccerus-Ripp a. a. O.). Hervorgehoben mag ferner noch werden, daß der nach § 2219 BGB. einem Vermächtnisnehmer u. U. zustehende Ersatzanspruch nicht zum Nachlaß gehört, da der Vermächtnisnehmer die Stellung eines Nachlassgläubigers hat und eine dem § 1935 Abs. 2 i. Verb. m. § 1978 Abs. 2 entsprechende Vorschr. fehlt. Es ist daher für den vorl. Rechtsstreit ohne Bedeutung, ob die Vermächtnisnehmer in der Lage wären, von der im Besitze des Nachlasses befindlichen Stadt A. Ersatz zu verlangen.

Für den Eintritt der dinglichen Surrogation kommt es auch nicht darauf an, ob der Testamentvollstrecker zur Erfüllung seiner Obliegenheiten der dem Nachlaß entzogenen Werte bedarf. Er ist nur verpflichtet, Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu

überlassen; erst mit dieser Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände (§ 2217 Abs. 1 BGB.).

Gegen die hier vertretene Rechtsauffassung äußert die Rev. das Bedenken, daß dann dem geschädigten Erben das Vorgehen gegen einen seine Ersatzpflicht bestreitenden Vollstrecker solange unmöglich sei, als er dessen Abiegung nicht herbeigeführt habe. Dieses Bedenken ist nicht begründet. Soweit der Testamentsvollstrecker die Stellung eines Nachlassschuldners hat, ist er infolge rechtlicher Verhinderung von der Vertretung des Nachlasses ausgeschaltet (RG. 98, 175; Z. 1914 Sp. 1714). Für diesen Fall steht daher das Recht zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs dem Erben selbst zu.

Die Rev. vertritt ferner die Ansicht, daß i. S. des § 2014 BGB. an die Stelle des entzogenen Nachlassgegenstandes nicht schon der Ersatzanspruch, sondern erst das auf Grund dieses Anspruchs Erworbene trete. Auch das ist nicht zutreffend. Als Ersatz für die Zerstörung eines Nachlassgegenstandes — um diesen Fall handelt es sich bei dem durch das Unterbleiben der Anmeldung eingetretenen Untergang der Hypotheken und der ihnen zugrunde liegenden Forderungen — ist alles anzusehen, was vom Ersatzpflichtigen geschuldet oder geleistet wird, also auch bereits der Ersatzanspruch selbst.

Daß das Amt des Testamentsvollstreckers im Dez. 1923 objektiv noch nicht beendet und der Erblasser der Vekl. noch bis zum März 1928 Testamentsvollstrecker war, hat das BG. mit Recht angenommen. Es trifft nicht zu, daß er die Stellung des Testamentsvollstreckers ein für allemal verloren habe und eine Kündigung nicht mehr in Frage gekommen sei, nachdem er in der Überzeugung, die Verwaltung sei beendet, nach dem er in der Überzeugung, die Verwaltung sei beendet, seinen Nachlassrest der Stadt K. ausgehändigt gehabt habe. Solange das Amt nicht durch Erledigung aller Aufgaben oder durch Kündigung gem. § 2226 erloschen war, blieb er Testamentsvollstrecker und traf ihn die sich aus den §§ 2216, 2219 BGB. ergebende Verantwortlichkeit. Die Frage kann nur die sein, ob er sich ohne Verschulden als seiner Testamentsvollstreckerpflichten entziehen konnte oder nicht. Das BG. bejaht das Verschulden im Hinblick auf die im Testament angeordneten und größtenteils noch nicht erfüllten Vermächtnisse. Seine Ausführungen unterliegen jedoch insoweit erheblichen Bedenken. § 79 AufwG. trifft allerdings im vorl. Falle nicht zu, da es sich nicht um Annahme von Leistungen oder um sonstige Verfügungen über Ansprüche handelt, die der Aufwertung nach dem AufwG. unterliegen. Das schließt aber nicht aus, daß ein zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden eines Vermögensverwalters auch bei sonstigen, von ihm im Vertrauen auf den Stand der Gesetzgebung oder der Rspr. getroffenen Maßnahmen zu verneinen ist. Nach Ansicht des BG. ist aus dem Inhalt des Testaments klar zu erkennen, daß der Erblasser bei den Gelbzuhaltungen die ausgesetzten Beträge nicht nach einem bestimmten Goldmarkwert zur Zeit der Testamenterrichtung, sondern erheblich höher habe bewertet wissen wollen. Das BG. setzt also als selbstverständlich voraus, daß eine Aufwertung der Vermächtnisse stattfinden müsse. Für die hier in Betracht kommende Zeit war das aber keineswegs selbstverständlich, sondern es war damals im Gegenteil im höchsten Grade zweifelhaft, ob eine Aufwertung erbrechtlicher Ansprüche überhaupt möglich sei. In der Rspr. des RG. ist eine Aufwertung solcher Ansprüche zum ersten Male durch RG. 108, 83¹⁾ als zulässig anerkannt worden. Nur für einen auf Vermächtnis beruhenden Unterhaltsanspruch war schon früher im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung sowie in Anwendung der Grundzüge über den Einfluß veränderter Umstände die „Erhöhung“ der Rente auf einen dem jeweiligen Geldwert entsprechenden Betrag für zulässig erklärt worden (RG.: WarnRspr. 1923 Nr. 3). Im Schrifttum ist, wenn auch nur vereinzelt, sogar noch i. J. 1925 die Auffassung vertreten worden, daß eine Aufwertung von Vermächtnissen nicht möglich sei (Paffa: ZB. 1925, 347).

Die Frage, ob die Stadtgemeinde K. die Alleinerbin S. geworden sei, hat das BG. dahingestellt gelassen, weil auch dann, wenn dies der Fall sei, zum Tätigkeitsbereich des Testamentsvollstreckers die Erfüllung der 22 Geldvermächtnisse

gehört hätte. Auch die Einrede der Arglist will es für den Fall, daß die Stadt K., die den Schaden selbst verursacht hat, Alleinerbin geworden sei, nicht durchgreifen lassen, weil der Kl. nicht einen Schadenersatzanspruch der Stadt K. geltend mache, sondern einen Anspruch, der zur Nachlassmasse gehöre und dessen er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten im Interesse sämtlicher Beteiligten bedürfe.

Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Sie lassen es zunächst zweifelhaft erscheinen, ob das BG. sich dessen bewußt ist, daß für den vorl. Rechtsstreit nur der dem Erben, nicht auch die den Vermächtnisnehmern zustehenden Schadenersatzansprüche in Betracht kommen. Vor allem aber beruhen diese Ausführungen auf einer Verkennung der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Es ist zwar richtig, daß der Testamentsvollstrecker nach der festen Rspr. des RG. im Rechtsinne nicht Vertreter des Erben, sondern Inhaber eines Amtes zu eigenem Rechte ist. Die Rechte, die er kraft seines Amtes wahrzunehmen berufen ist, sind aber solche des Erben. Er muß sich daher, wenn er zum Nachlass gehörende Rechte geltend macht, solche Einwendungen gefallen lassen, die dem Erben gegenüber begründet sind, soweit sie nicht etwa auf Verfügungen des Erben beruhen, zu denen dieser nach § 2211 BGB. nicht befugt ist. Der Stadtgemeinde K. könnte der mit dem Schadenersatzanspruch aus § 2219 BGB. belangte Testamentsvollstrecker mit Recht den Einwand entgegensetzen, daß sie selbst den Schaden verursacht habe (§ 254 BGB.). Dieser Einwand ist daher, wenn die Stadtgemeinde K. Alleinerbin ist, auch dem jetzt klagenden Testamentsvollstrecker gegenüber begründet. Er müßte zur Abweisung der Klage führen. Aus diesem Grunde konnte die Frage, wer der Erbe S. geworden ist, nicht offenbleiben.

Nach dem Inhalt des Testaments kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Stadtgemeinde K. die Alleinerbin S. geworden ist. Eine andere Auslegung läßt das Testament nicht zu.

(U. v. 3. Nov. 1932; 295/32 IV. — Rdn.) [Sa.]

**** 18.** § 2231 Nr. 2 BGB. Wenn sich die Errichtung eines privatschriftlichen Testaments über die Mitternachtsstunde hinauszieht und das Testament mit dem Datum des soeben abgelaufenen Tages versehen wird, so schadet diese Ungenauigkeit der Gültigkeit des Testaments nicht.†)

Das RG. hat in ständiger Rspr. angenommen, daß der nach § 2231 Nr. 2 BGB. erforderlichen Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung die rechtliche Bedeutung nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zukommt und daß sie deshalb bei Vermeidung der Richtigkeit des Testaments der Wahrheit entsprechen muß (vgl. die im RGR-Komm. § 2231 Anm. 5 angef. Ur.). Die hier vom BG. festgestellte Echtheit der Urkunden begründet aber die Vermutung der Richtigkeit der darin enthaltenen Orts- und Zeitangaben

Zu 18. Man kann dem Ergebnis des Urteils unbedenklich zustimmen. Über seine Begr. läßt sich einiges sagen. Das spätere römische Recht hatte im Anschluß an das Manzipationstestament noch das Gebot der ununterbrochenen Einheit des Testieraktes beibehalten. Aus den Worten: die Errichtung müsse uno eodemque die ac tempore geschehen, wurde sogar noch im gemeinen Rechte von einigen Gelehrten die Einheit des Kalendertages gefordert: der Errichtungsakt dürfe sich nicht über die Mitternacht hinausziehen. Man konnte dabei an die auf das Zwölftafelgesetz zurückgehende Regel denken, wonach der Prozeß vor dem Iudex an einem Tage zu Ende geführt und das Urteil noch vor Sonnenuntergang gesprochen sein sollte. Für uns hat das keine Bedeutung mehr. Der Geschäftsbetrieb und der Lebenswandel beachten nicht mehr das einstige Geheimnis und Ruhegebot der „Geisterstunde“. Die Mitternacht schafft nach dem allgemeinen Volksempfinden überhaupt nicht mehr eine die Tage streng abteilende Pajur. Wir sprechen allgemein und unbekannt davon, daß die „gestrige“ Abendjüngung am Montag bis gegen zwei Uhr nachts gedauert hat. Für das Verkehrsleben beginnt der neue Tag nicht nach dem Kalender um die zwölfte Stunde, sondern mit der Tageshellung. Dementsprechend benennen und beziffern wir die Zeit, zu der wir rechtsgeschäftlich handelnd auftreten. Es fällt keinem Menschen ein und kann von niemand verlangt werden, daß bei einer zu nächtlicher Weise vorgenomme-

¹⁾ ZB. 1924, 1970.

(RG. 64, 423; RGWarn. 1919 Nr. 70). Das BG. nimmt also zutreffend an, daß die Kl. für die Unrichtigkeit der Datierung v. 2. Aug. 1928 beweispflichtig ist. Die Kl. hat nun vorgebracht, A. L. müsse bis in den 3. Aug. hinein an den Testamenten geschrieben haben; denn er habe erst nach der gegen 1/2 1 Uhr erfolgten Abstellung des Rundfunks erklärt, er sei jetzt mit Schreiben fertig. Das BG. hat diese Behauptung, für die sich die Kl. auf das Zeugnis der Krankenschwester Z. und die Auskunft der Funkstunde A. G. berufen hat, für unerheblich angesehen, indem es erwägt, daß auch bei Unterstellung der Richtigkeit dieser Behauptung die Möglichkeit offen bleibe, daß die Niederschrift der Testamente vor Mitternacht beendet war und daß der Erblasser sich später nur mit der Durchsicht der Urkunden beschäftigt hat. Diese Beurteilung liegt auf tatsächlichem Gebiet und gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

Hilfsweise führt das BG. aus, daß dem Erfordernis der richtigen Zeitangabe auch dann genügt wäre, wenn A. L. noch etwa eine halbe Stunde über Mitternacht hinaus an den Urkunden geschrieben und sie erst am 3. Aug. gegen 1/2 1 Uhr fertiggestellt haben sollte. Es kann sich dabei nach Lage der Sache nur um die später verfaßte der beiden Urkunden handeln, die ausdrücklich als „Nachtrag zu meinem heutigen Testament“ bezeichnet ist, aber äußerlich eine selbständige letztwillige Verfügung darstellt und allen Erfordernissen einer solchen genügen muß. Auch gegen diese hiernach lediglich den Nachtrag betreffende Beurteilung des BG. sind keine rechtlichen Bedenken zu erheben. In einer Reihe von Entsch., die Fälle betreffen, in denen ein privatschriftliches Testament in mehreren zeitlich auseinanderfallenden Absätzen errichtet worden oder durch einen späteren Zusatz ergänzt oder abgeändert worden ist, hat der Sen. ausgesprochen, daß es für die Frage der Richtigkeit der Datierung auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Testaments, regelmäßig also der unterschriftlichen Vollziehung, entscheidend ankommt (RG. 71, 302¹); 111, 262²); 115, 112³); JW. 1917, 925; RGWarn. 1919 Nr. 70 u. a.). Hier liegt der Fall insofern anders, als die Errichtungshandlung keine Unterbrechung erfahren hat, sich aber über Mitternacht hinaus ausgedehnt hat. Wenn der Testator in einem solchen Falle nicht darauf achtet, daß die Mitternacht vorüber ist, und die Urkunde mit dem Datum des eben erst abgegangenen Tages versieht, so ist diese Zeitangabe zwar ungenau, aber insofern nicht unrichtig, als ja die Errichtungshandlung wenigstens teilweise dem bereits abgelaufenen Tage angehört hat. Eine solche Zeitangabe genügt den hinsichtlich der Richtigkeit vernünftigerweise zu stellenden Anforderungen und kann deshalb die Gültigkeit des Testaments trotz einer gewissen Ungenauigkeit nicht in Frage

nen Beurkundung mit der Uhr in der Hand genau verfolgt werde, ob es bereits 12 Uhr geschlagen habe. Folglich kann man vernünftigerweise das auch nicht für die Errichtung eines eigenhändigen Testaments als Gesetzesgebot aufstellen. Wichtig ist die Tagesbenennung, die dem Empfänger und dem Sprachgebrauch der Volksgemeinschaft entspricht.

Diese Erwägungen müssen das rechte Maß einhalten. Es kann immerhin einen Unterschied machen, ob der Erblasser die Zeitangabe bei Beginn der Beurkundung niedergeschrieben oder erst einige Zeit später beim Abschluß hinzugefügt hat. Die Datierung von Montag kann die Vollenbung von Mittwoch nicht decken. Bei besserer Überlegung wird man seine Urkunde am Ende der Niederschrift datieren, weil damit erst der endgültige Abschluß der Errichtung vollzogen wird. Das Wesentliche ist die Einheit des Errichtungsvorganges und Zeitablaufes, nicht aber die Einheit des Kalendertages. Insofern sollte nicht von einer „teilweisen“ Errichtungshandlung gesprochen werden; es gibt für die Vollenbung der Beurkundung durch die Unterschrift und die gebotenen Angaben nach Zeit und Ort nur eine einheitliche Abschlusserklärung. Auch die versuchte Unterscheidung zwischen der vernichtenden Unrichtigkeit und der noch erträglichen Ungenauigkeit wird leicht die Rechtssicherheit gefährden. Für den vorl. Fall genügt der Rechtsgedanke: im Sinne und nach dem Zwecke des Gesetzes enthält die benutzte allgemeinverständliche und verkehrsübliche Bezeichnung der Errichtungszeit die geforderte wahrheitsgetreue richtige Angabe des Tages der Errichtung.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

¹) JW. 1909, 449. ²) JW. 1926, 165. ³) JW. 1927, 1208.

stellen, mag sie am Kopf oder am Ende der Urkunde stehen. Die gegenteilige Ansicht würde auf einen die Bedürfnisse des Lebens aus den Augen verlierenden Formalismus hinauslaufen (ebenso Staudinger-Herzfelder, Komm. Anmerkung VC 5 Abs. 2; RGWarn. § 2231 Anm. 5; RG.: OLG Rpr. 44, 98 und anscheinend auch Ripp, Erbrecht 8. Bearb. § 13 Anm. 14 und Planck, Komm. Anm. II 4 b a). (U. v. 29. Febr. 1932; 244/31 IV. — Berlin.) [Ra.]
(= RG. 136, 125.)

19. § 2231 Nr. 2 BGB. Privatschriftliches Testament. Bei einem Briefe unter nahen Angehörigen genügt die Unterzeichnung mit dem Vornamen der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB.; auch eine Abkürzung des Vornamens schadet nicht, wenn die Identität des Schreibers keinem Zweifel unterliegt. Briefumschlag mit Anschrift bilden einen Teil der Urkunde.†)

Unter eigenhändiger Unterschrift i. S. des § 2231 Nr. 2 BGB. ist nach allgemeiner Ansicht die Namensunterschrift zu verstehen, zu der die Unterzeichnung mit dem Familiennamen regelmäßig genügt. Der bloße Vorname wird allgemein als ausreichend angesehen, wenn sein alleiniger Gebrauch, wie seinerzeit bei fürstlichen Personen oder kirchlichen Würdenträgern, üblich ist. Eine weitere Ausnahme hat der erf. Sen. in RG. 87, 109¹) bei Testamenten in Briefform zugelassen, sofern es sich um Schreiben an nahe Angehörige handelt: Die in solchen Fällen übliche Unterzeichnung mit dem bloßen Vornamen ist mindestens dann als zulässig und ausreichend angesehen worden, wenn sich aus dem durch die Unterschrift gedeckten Texte des Briefes die Person des Ausstellers für jeden Dritten mit Sicherheit ergibt.

Diese Entsch. hat das RG. veranlaßt, nicht nur seine frühere Rpr. aufzugeben, die die Unterzeichnung mit dem Familiennamen — von dem oben erwähnten allgemein anerkannten Ausnahmefall abgesehen — für ein unerlässliches Formerfordernis ansah, sondern sogar über den Standpunkt

Zu 19. Diese Entsch. ist durchaus zu billigen, sie entspricht auch vollkommen der von mir in JW. 1915, 1382 f. und in Bem. V, B zu § 2231 im Staudinger'schen Komm. (9. Aufl.) Bd. V S. 742/3 (im Einklang mit früheren, daselbst angeführten höchstgerichtlichen Entsch.) vertretenen Ansicht. Dieselbe läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Unter der „Unterschrift“ i. S. des § 2231 Nr. 2 BGB. ist die Namensunterschrift zu verstehen, es genügt regelmäßig auch die Unterzeichnung mit dem Familiennamen, während die Unterschrift mit dem Vornamen allein gewöhnlich nicht als ausreichend angesehen wird mit Ausnahme der Fälle, in welchen der alleinige Gebrauch des Vornamens bei Unterschriften üblich ist, wie bei fürstlichen Personen oder kirchlichen Würdenträgern. Eine weitere Ausnahme erscheint für Testamente in Briefform angezeigt, indem hierfür die Unterzeichnung mit dem Vornamen, und zwar auch in einer üblichen Abkürzung, als ausreichend dann erachtet wird, wenn aus dem übrigen Inhalte des Testaments die Person des Testierenden klar zu ersehen ist, und gilt letzteres auch dann, wenn nur aus der Anschrift auf dem zugehörigen verschlossenen Briefumschlag in Verbindung mit dem Briefinhalt genügende tatsächliche Anhaltspunkte dafür sich ergeben, wer der Briefschreiber ist.

Mit Recht wendet sich die Entsch. auch gegen die weitergehende Meinung, die Unterzeichnung mit dem Vornamen sei ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Persönlichkeitsfeststellung aus dem Brieftext in Verbindung mit der Anschrift auf dem Briefumschlag als genügend zu erachten, welche Meinung damit begründet wird, daß die Frage der Identität des Briefschreibers mit der Formfrage nichts zu tun habe. Es ist richtig, wie das RG. betont, daß hier Formfrage und Identitätsfrage sich nicht scharf scheiden lassen, und daß durch die Formvorschrift des Gesetzes nicht nur ein untrügliches Merkmal für den Abschluß der Erklärung begründet, sondern auch ein bestimmter urkundlicher Inhalt für die Person des Ausstellers geschaffen werden soll.

Es ist im Anschluß an das Vorstehende hier aber auch noch auf BayObLG. v. 5. März 1930 (BayObLG. 30, 99 f. = JW. 7, 127 = JW. 1931, 1375, an letzterer Stelle mit dem unrichtigen Datum v. 24. Jan. 1930 angeführt) hinzuweisen, in welchem Beschl. die Unterzeichnung eines Testaments in Briefform mit E. als genügend angesehen wurde, weil der Erblasser sich in seinen Briefen an den gleichen Adressaten (seinen Schwager) der gleichen Abkürzung seines Vornamens Emil zu bedienen pflegte und aus dem Inhalte des Briefes die Persönlichkeit des Erblassers deutlich erkennbar war.

Geh. RR. Dr. Felix Herzfelder, München.

¹) JW. 1915, 1359.

des erf. Sen. hinauszugehen und bei Brieffestamenten die Unterschrift mit dem bloßen Vornamen auch dann für genügend zu erklären, wenn der Brief sich nicht an nahe Angehörige richtet und sich aus seinem Text die Persönlichkeit des Unterzeichnenden nicht ergibt, sofern nur keine Bedenken gegen die Vollständigkeit der Vollziehung der Urkunde vorliegen (RGZ. 48, 85; 50, 79; JW. 1916, 973).

Das BG hat sich dieser neueren Rspr. des RG. angeschlossen und demgemäß den hier vorliegenden Brief als gültiges Testament angesehen. Die bei der Unterzeichnung gebrachte Abkürzung des Vornamens „Dla“ stellt es dem Gebrauch des Vornamens Carola gleich.

Die Rev. meint, der Brief könne für keinen Fall als Testament angesprochen werden, weil er nicht einmal mit dem Vornamen, sondern lediglich mit einem Rosenamen unterzeichnet sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Entspricht ein Brief im übrigen der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB., so reicht es unbedenklich aus, wenn der Vorname nicht vollständig ausgeschrieben, sondern eine der all-gemein üblichen Abkürzungen gebraucht ist (z. B. Fritz für Friedrich, Max für Maximilian, Lotte für Charlotte, Esse für Elisabeth). Dla ist ein Teil des Vornamens Carola, also kein Rosenname, sondern eine eigentliche Abkürzung. Daß die Erblasserin im Krankenhaus meist Schwester Dla genannt worden ist, hat die Kl. nicht bestritten. Das BG. sagt ferner, Dla sei eine häufige Abkürzung des Vornamens Carola. Diese Annahme ist tatsächlicher Art und ergibt, daß eine mindestens in der Umgebung der Beteiligten übliche Abkürzung des Vornamens vorliegt, die zur Unterzeichnung ausreicht.

Hiernach würde nach der Rspr. des RG. allerdings ein gültiges Testament in Briefform vorliegen. Der erf. Sen. vermag aber von dem in RG. 87, 109²⁾ eingenommenen Stand in RGWarn. 1918 Nr. 62 und OJ. 1922, 293 aufrecht-erhaltenen Rechtsstandpunkt nicht abzugehen, von dem aus der Brief, so wie er bisher vorliegt, der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB. nicht genügt.

Das BG. ist mit dem RG. der Ansicht, nachdem das RG. einmal die Unterzeichnung eines in Briefform errichteten Testaments mit dem Vornamen über den oben erwähnten Personenkreis hinaus für zulässig erklärt habe, führe die Folgerichtigkeit dahin, die Unterzeichnung mit dem Vornamen ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Persönlichkeitsfeststellung aus dem Brieftext allgemein freizugeben. Die Frage der Identität des Briefforschreibers habe mit der Formfrage nichts zu tun. Diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend. Formfrage und Identitätsfrage lassen sich nicht scharf scheiden. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Auszugehen ist von der Bedeutung des Namens überhaupt. Der Name ist ein äußeres Kennzeichen der Person zur Unterscheidung von anderen Personen (RG. 91, 352³⁾). Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Name häufig vorkommt und für sich allein zur Best. der Person seines Trägers nicht ausreicht. Wenn daher der Gesetzgeber zur Gültigkeit einer urkundlichen Erklärung die Unterschrift fordert, worunter im Falle des § 2231 die eigenhändige Namensunterschrift zu verstehen ist (RG. 110, 168; 134, 310⁴⁾), so soll durch diese Formvorschrift nicht nur ein untrügliches Merkmal für den Abschluß der Erklärung begründet, sondern auch ein bestimmter urkundlicher Anhalt für die Person des Ausstellers geschaffen werden (RG.: Gruch. 32, 118 f.; RGSt. 43, 232).

Das Formerfordernis der Unterzeichnung mit dem vollen Namen oder wenigstens mit dem Familiennamen muß an sich auch für eigenhändige Testamente in Briefform gelten, da keine Vorschr. besteht, die eine erleichterte Form zuließe, falls der Testator seinen letzten Willen in einem Briefe niederlegt. Die Erfahrung, daß Briefe an nahe Angehörige gewöhnlich nur mit dem Vornamen unterzeichnet werden, kann daher allein noch nicht ausreichen, um einen solchen Brief als gültiges privatschriftliches Testament anzuerkennen. Will man also einen Brief als ein solches Testament zulassen, so kann das nur unter der Voraussetzung geschehen, daß der Brief im einzelnen Fall in seinem Text einen annähernd ebensolchen Anhalt für die Urheberchaft des Schrei-

benden bietet, wie wenn er von diesem mindestens mit dem Familiennamen unterzeichnet wäre. Das ist der Sinn des in RG. 87, 109⁵⁾ aufgestellten Erfordernisses, daß sich aus dem durch die Unterschrift gedeckten Text der Erklärung die Person des Ausstellers für jeden Dritten, d. h. aus der Urkunde selbst, mit Sicherheit ergeben müsse. In diesem Sinne ist an dem bisherigen Rechtsstandpunkt des Senats festzuhalten.

In dem durch den erwähnten Beschl. entschiedenen Fall war im Text des Briefes der Familienname des Briefforschreibers ausdrücklich angegeben. Es genügt aber, wenn in anderer Weise sich aus der Urkunde selbst ein bestimmter Anhalt für den Familiennamen oder für die Person des Ausstellers überhaupt ergibt. Ist der Brief an einen Angehörigen gerichtet, so wird regelmäßig aus dem im Text erwähnten Verwandtschaftsverhältnis des Briefforschreibers zum Empfänger ein genügend sicherer Schluß auf den Namen des Schreibers gezogen werden können. Was die weitere Frage anlangt, ob die lediglich auf dem Umschlag befindliche Anschrift des Briefes als Teil der Urkunde angesehen werden kann, so ist sie grundsätzlich zu bejahen. Nur im geschäftlichen Verkehr ist es üblich, denjenigen im Brief selbst namhaft zu machen, an den sich der Brief richtet. Sonst pflügt man den Empfänger (nebst Bestimmungsort) nur auf dem Umschlag anzugeben. Erst wenn der Brief verschlossen und der Umschlag mit Anschrift versehen ist, kann die gesamte briefliche Erklärung als abgeschlossen gelten. Der verschlossene und mit Anschrift versehene Brief ist daher regelmäßig als einheitliche Urkunde anzusehen, bei der die Anschrift als durch die Unterschrift des Briefes gedeckt erscheint. Hieraus ergibt sich, daß regelmäßig die Unterzeichnung des Briefes mit dem Vornamen genügen wird, wenn sich aus dem dem Briefinhalt selbst zu entnehmenden Verhältnis zwischen dem Briefforscher und dem Empfänger ein bestimmter Anhalt für die Persönlichkeit des Briefforschreibers ergibt. Das ist bei Briefen an nahe Verwandte der Fall. Auch Briefe zwischen Ehegatten und Verlobten sind unbedenklich hierher zu rechnen.

Diesen Erfordernissen genügt der hier vorliegende Brief, wie er dem BG. vorgelegen hat, nicht. Die Anrede „Lieber Conny“ ergibt keinen Anhalt dafür, wer der Empfänger ist. Es kann daher auch keinerlei Schluß auf die Person der nur mit dem Vornamen unterzeichneten Briefforscherin gezogen werden. Der Bekl. hat aber behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Brief sich in einem verschlossenen Umschlag befunden habe, der von der Erblasserin selbst an den Sohn des Bekl., Dr. C. F., adressiert, also zur Absendung an ihn bestimmt worden sei, und daß man den Brief dann auch abgesandt habe. Diese Behauptung ist in diesem Rechtszug als wahr zu unterstellen. Dann läge ein Brief vor, der nach den oben entwickelten Grundsätzen trotz der Unterzeichnung mit dem abgekürzten Vornamen als formgültiges privatschriftliches Testament angesprochen werden könnte, weil aus dem aus seinem Inhalt zu entnehmenden Beziehungen zwischen der Briefforscherin und dem Empfänger ein ausreichender Schluß auf die Person der ersteren gezogen werden könnte. Denn der Brief ergibt mit ausreichender Bestimmtheit, daß die Briefforscherin vier Jahre lang mit dem Angeredeten in vertrauten Beziehungen gestanden hat, daß letzterer durch ein Eheversprechen an sie gebunden war und daß die Briefforscherin ihn durch ihren Tod freigeben wollte.

(U. v. 11. Juli 1932; 80/32 IV. — Hamburg.) [Ra.]
<= RG. 137, 213.>

** 20. §§ 138, 2281, 2079 BGB. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes und einer darauf aufgebauten Anfechtung eines Erbvertrages ist zu verneinen, wenn neben unlauteren auch einwandfreie Beweggründe bestimmend waren.

Der Gastwirt S. und seine Ehefrau schlossen i. J. 1922 einen Erbvertrag, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben, der Überlebende von ihnen aber den Sohn zum alleinigen Erben einsetzte, sowie zum Erbsolger des Sohnes dessen derzeitige Braut — die Kl. —, falls, was zutrifft, kein

¹⁾ JW. 1915, 1359. ²⁾ JW. 1918, 167. ³⁾ JW. 1932, 1361.

⁴⁾ JW. 1915, 1359.

Abkömmling vorhanden wäre. Der Sohn und seine Braut waren bei Errichtung des Erbvertrags zugegen und nahmen die Erbeinfügung an. Am gleichen Tage wurde dem Sohne die Hälfte des Hausanwesens der Eltern zum Eigentum überlassen.

Kurz darauf heirateten die Brautleute. Anfang Mai 1923 starb Frau S. Ende Mai 1923 errichtete der junge S. ein eigenhändiges Testament, in welchem er den Vater zum Erben einsetzte. Im Sept. 1923 starb der junge S. Im Febr. 1925 übertrug der alte S. der Kl., die den Pflichtteil nach ihrem Mann verlangt hatte, ein kleines Haus. Im April 1925 verließ die Kl., die schon seit einiger Zeit Streitigkeiten mit ihrem Schwiegervater gehabt hatte, dessen Anwesen, in welchem sie bisher in der Gastwirtschaft geholfen hatte, und bezog das ihr überlassene Haus. Im Juli 1925 nahm der alte S. seinen Brudersohn, den Bekl., an Kindes Statt an. Er verpachtete bald darauf die Gastwirtschaft, deren Betrieb ihm zu schwer geworden war. Im Nov. 1925 erklärte der alte S. vor dem Notariat in W., daß er im Hinblick darauf, daß er den Nefsen an Kindes Statt angenommen habe, den Erbvertrag anfechte.

Nach seinem Tode erhob die Kl. Klage auf Feststellung, daß die Anfechtungserklärung unwirksam, der Erbvertrag vielmehr wirksam und die Kl. die Alleinerbin ihres Schwiegervaters sei. In zweiter Linie wollte die Kl. festgestellt haben, daß sie wenigstens Alleinerbin ihrer Schwiegermutter sei.

Die Vorinstanzen haben dem Hauptantrag entsprochen, RG. hat abgewiesen.

Das BG. hält die Anfechtungserklärung, weil sittenwidrig (§ 138 BGB.), für nichtig.

Die Kl. habe ihrerseits aus sehr selbstsüchtigen Beweggründen den lungenkranken Sohn des Erblassers, mit dessen baldigem Ableben zu rechnen gewesen sei, geheiratet. Den Eltern S. sei das nicht unbekannt gewesen, dem Sohn zu Liebe aber hätten sie sich durch den Erbvertrag der Kl. gegenüber gebunden. Bald nach der Heirat habe sich der Sohn von der Kl. abgewandt, habe sich über das gleichgültige Verhalten der Kl. beklagt und habe sie enterbt. Den alten S. habe die Kl. nach dem Tode ihres Mannes vielfach gekränkt und verbittert; sie habe ihn in der Wirtschaft nicht genügend unterstützt, habe ihm Betanlassung zu der Meinung gegeben, daß sie sich unbefugt Geld aus der Geschäftskasse angeeignet habe, habe ihn in Zeiten überaus großer Kreditnot gezwungen, sie für den Pflichtteil am Nachlasse ihres Mannes zu befriedigen und ihr angesichts der Unmöglichkeit, eine Barabfindung zu beschaffen, ein Haus zu überlassen, das den Wert des Pflichtteils um ein Mehrfaches überstiegen habe. Sie habe dann noch weitere unberechtigte Forderungen gestellt, insbes. vertragswidrig die Bezahlung der Hausübertragungskosten verlangt, und habe den Erblasser, als er sich weigerte, seinem Schicksal überlassen. Über dieses Verhalten sei der Erblasser nicht mit Unrecht erobert gewesen. Die Neigung zum Trunk auf Seiten des Erblassers bilde keine Entschuldigung für die Kl.

Dazu erklärt das BG. die Äußerungen mehrerer z. T. ausdrücklich als glaubwürdig bezeichneter Zeugen für beachtenswert, die sich dahin ausgelassen haben, sie seien überzeugt, daß andere Gründe den Erblasser zu seinem Entschluß geführt hätten, das Kind anzunehmen: die Vereinsamung, in die der Erblasser geraten sei, das kümmerliche Dasein, das er habe führen müssen, nachdem ihn die Kl. so schnöda verlassen habe, die darauf erfolgte Annäherung an die Verwandten, sein großes Bedürfnis, sich anderen mitzuteilen, seine Kinderliebe und seine Zuneigung zu dem jüngeren Nefsen, dem Patenkind des verstorbenen eigenen Sohnes.

Trotz dieser Feststellungen hält das BG. nicht für widerlegt, daß die Annahme des Kindes den von der Kl. behaupteten Zweck verfolgt habe, der Kl. die ihr vertragsmäßig zustehende Zuwendung zu entziehen. Es kommt zu dieser Überzeugung insbes. in Rücksicht auf die Person des Ratgebers des Erblassers, die mit der Kl. verfeindet war, und auf Grund eigener Äußerungen des Erblassers.

Das BG. spricht an einer Stelle sogar aus, daß der Erblasser beide Rechtsgeschäfte „nur“ zu diesem Zwecke vorgenommen habe. Sollte es sich hierbei nicht etwa nur um ein Bergreifen im Ausdruck handeln — und dafür spricht,

daß das BG. den § 226 BGB. bei seinen Erörterungen nicht heranzieht —, so beruht diese Feststellung auf einem Denkfehler. Denn das BG. stellt selbst die oben angeführten Tatsachen fest, die abgesehen von einer willkürlichen Abneigung gegen die Kl. dem Bekl. den Entschluß zur Adoption und Anfechtung des Erbvertrages nahegelegt haben. Danach aber haben sowohl diese als jene Beweggründe zu dem Entschluß des Erblassers geführt. Dann aber fehlt es an der Voraussetzung, von der die Anwendung des § 226 BGB. abhängt.

Aber auch die Anwendung des § 138 BGB. beruht auf Rechtsirrtum. Die Verneinung einer Schikane (§ 226 BGB.) schließt zwar einen Verstoß gegen die guten Sitten noch nicht aus, aber es würde besonderer Umstände bedürfen, um eine Sittenwidrigkeit annehmen zu können in einem Falle, in welchem die Ausübung eines Rechts vorgenommen wurde, wie hier ein Recht auf Anfechtung für den Erblasser durch §§ 2281, 2079 BGB. gegeben war (vgl. RG. 58, 217; 98, 73). Bei einem objektiv berechtigten und der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch wirklich dienenden Handeln kann jedenfalls allein durch einen verwerflichen Beweggrund dem Rechtsgeschäft der Makel der Sittenwidrigkeit nicht aufgedrückt werden (RG. 71, 173¹⁾). Ebenso wenig besteht eine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechts zu unterlassen, wenn dieselbe einem andern zum Schaden gereicht, und damit das eigene berechtigte Interesse dem Interesse des andern nachzusetzen. Daher ist eine Pflicht des Erblassers nicht anzuerkennen, auf sein Recht auf Anfechtung des Erbvertrags zu verzichten, nur weil die Kl. dadurch geschädigt wurde. Nur die Berücksichtigung der Gesamtumstände führt zu einer gerechten Beurteilung der Frage, ob das Verhalten des Erblassers gegen die guten Sitten verstieß, und dabel darf auch die Einstellung der Kl. gegen ihren verstorbenen Ehemann und gegen den Erblasser nicht ausgeschaltet werden. Wenn auch die selbstsüchtigen Beweggründe der Kl. zum Abschluß ihrer ersten Ehe dem Erblasser von Anfang an bekannt waren, er sich aber trotzdem zu jenem Erbvertrag entschlossen hatte, ihm also auch anzufinnen ist, ohne Rücksicht auf diesen Grund beim Wort zu bleiben, so fällt doch erst in die Folgezeit das gleichgültige Verhalten der Kl. gegenüber ihrem Mann, dem todkranken Sohn des Erblassers, sowie die vom BG. festgestellten Kränkungen des Erblassers durch die Kl., die mangelnde Unterstützung im Geschäft, ihr rücksichtsloses Verlangen nach Auszahlung des Pflichtteils, das den Erblasser zwang, das Mehrfache des Werts zu opfern, ihre vertragswidrigen Forderungen auf Bezahlung der Kosten der Hausübertragung und die gänzliche Abkehr vom Erblasser, als diese Forderung nicht bewilligt wurde. Dazu tritt der berechtigte Wunsch des Erblassers, seiner Vereinsamung zu steuern und seinem Leben ein neues Ziel zu geben. Betrachtet man alle diese Umstände, so wird der Wunsch des Erblassers, seinen Nefsen an Kindes Statt anzunehmen, und seine Abneigung gegen die Kl. soweit verständlich, daß auch die Anfechtung des Erbvertrags als ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht bewertet werden kann; Beweggründe und Zweck bei der Kindesannahme sind, wenn die gesamten Umstände beurteilt werden, nicht nur oder doch nicht im wesentlichen verwerflicher Art gewesen, und daher hat auch die Anfechtung des Erbvertrags nach den Feststellungen des BG. der Wahrnehmung berechtigter Interessen wirklich gedient.

Daher ist jedes Recht der Kl. aus dem Erbvertrag durch die Anfechtung beseitigt worden, ihr steht ein Erbrecht nach dem Erblasser nicht zu; ein solches nach Frau S. hatte von jeher nur der Erblasser als der Überlebende erworben.

(U. v. 1. Dez. 1932; 235/32 IV. — Zweibrücken.) [Ra.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig, und Rechtsanwält Prof. Dr. Lisberg, Berlin.

21. § 40 StGB. Hat der Täter an dem von ihm bei der Tat benutzten Gegenstand lediglich kraft Erbganges Eigentum zur gesamten Hand,

¹⁾ JW. 1909, 387.

so unterliegt der Gegenstand nicht der Einziehung i. S. des § 40 StGB.

Zu beanstanden ist, daß das zur Tat (Mord) benutzte Gewehr nebst Munition nach § 40 StGB. eingezogen worden ist. Das SchwG. begründet das damit, daß Waffe und Munition, die zur Zeit der Tat dem Vater des Angekl. gehörten, durch Erbgang Miteigentum des Angekl. und dadurch einziehbar geworden seien. Da aber das Eigentum an den nachlassigen durch letztwillige Best. des Getöteten oder durch Auseinandersetzung oder sonstige Vereinbarung der Erben nach Ansicht des SchwG. offenbar nicht geregelt worden war, so war der ganze Nachlaß noch gemeinschaftliches Vermögen der Erben; es bestand Gemeinschaft vor gesamtem Hand; über seinen Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen wie den eingezogenen konnte der Angekl. nicht verfügen (§§ 2032, 2033 Abs. 2 BGB.), auch wenn er nicht zufolge Anfechtung der Miterben wegen Erbunwürdigkeit überhaupt aus der Erbengemeinschaft ausgeschlossen wurde. Das Gewehr und die Munition „gehörten“ ihm hiernach zur Zeit der Hauptverhandlung nicht i. S. des § 40 StGB. Die Einziehung war nach dieser Best. schon deshalb nicht zulässig. Es ist auch nicht ersichtlich, daß hier Gewehr und Munition auf Grund einer anderen gesetzlichen Vorschr. ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse hätten eingezogen werden dürfen. Die Anordnung der Einziehung war darum zu streichen, ohne daß noch zu der Streitfrage Stellung genommen zu werden brauchte, ob nach § 40 StGB. Sachen eingezogen werden können, an denen der Täter erst nach Begehung der Tat Eigentum erworben hat (vgl. RGSt. 16, 114 [118]; 53, 181 [183] und dazu Vpzkomm. zu § 40).

(2. Sen. v. 13. Juli 1932; 2 D 741/32.)

[A.]

**** 22.** § 266 Ziff. 1 StGB.; §§ 1915, 1289 BGB. Die Bestellung zum Pfleger bzw. die Erweiterung einer schon bestehenden Plegschaft setzt eine „Verpflichtung“ des Pflegers durch das Vormundschaftsgericht voraus. Erlangt der Pfleger jedoch — ohne diese „Verpflichtung“ — durch einen die Bestellung zum Pfleger aussprechenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts die tatsächliche Möglichkeit, rechtsgeschäftliche Verfügungen für das Mündel vorzunehmen, so gilt er als „Kurator“ i. S. des § 266 Ziff. 1 StGB.

Am 18. Sept. 1924 hat das AG. Berlin-Mitte den Angekl. zum Pfleger für den geistesgebrechlichen Lehrer L. bestellt, um „dessen Rechte in dem Verfahren der Verlegung in den Ruhestand wahrzunehmen“. Am 24. Jan. 1924 beschloß das VormGer. den Wirkungsbereich des Angekl. als Pfleger dahin zu erweitern, daß er „auch berechtigt ist, die Militärverorgungsangelegenheiten des Mündels L. wahrzunehmen“; dem Angekl. wurde hiervon durch Zustellung des Beschl. Kenntnis gegeben. Die Plegschaft ist durch Beschl. v. 16. Mai 1928 wieder aufgehoben und dem inzwischen wegen Geisteskrankheit entmündigten L. am 20. Juli 1928 ein Vormund bestellt. In der Zeit vom Oktober 1926 bis zur Aufhebung der Plegschaft hat der Angekl. rund 6000 RM Pension und Militärrente des L. für diesen bei den zuständigen öffentlichen Kassen erhoben und davon eigenmächtig und unbefugt 2100 RM zu eigenem Nutzen in seinem eigenen Geschäft verbraucht. Er ist deswegen durch das angefochtene Ur. unter der Feststellung, daß er als Pfleger (Kurator) fortgesetzt absichtlich zum Nachteil der seiner Aufsicht anvertrauten Person gehandelt habe, und zwar um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf Grund der §§ 266, 73 StGB. zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Die Rev. macht geltend, daß sich seine Bestallung nicht auf die Verwaltung von Vermögen des Mündels erstreckt habe.

Das Rechtsmittel kann keinen Erfolg haben. Allerdings geschieht die Bestellung eines Vormundes — und das gilt nach § 1915 Abs. 1 BGB. ebenso für einen Pfleger — nach § 1789 ebenda dadurch, daß ihn das VormGer. zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft oder Plegschaft verpflichtet. Die Verpflichtung „soll“ mittels Handzuges an Eides Statt erfolgen, doch ist das, wie

sich aus dem Gebrauche des Wortes „soll“ ergibt, nur eine für die Wirksamkeit der Bestellung unwesentliche Form. Dagegen ist im Gegensatz zu dieser besonderen Form der Verpflichtung die Tatsache, daß eine Verpflichtung überhaupt stattgefunden hat, die unentbehrliche Voraussetzung für die wirksame Übertragung des Amtes. Das ist nicht nur aus der Fassung des § 1789, sondern ebenso auch aus seiner Entstehungsgeschichte zu entnehmen, die in dem Beschl. des RG. v. 25. Juni 1909, 1a X 530/09 (abgedr. in *Johovs* Jahrbuch 38, A 41), ausführlich dargestellt ist. Eine Verpflichtung des Angekl. zum Pfleger des L. hat aber lediglich bei seiner ersten Bestellung am 18. Sept. 1924 stattgefunden. Die Mitteilung des Beschl. v. 24. Jan. 1927, daß er in Zukunft auch berechtigt sei, die in dem Beschl. bezeichneten weiteren Angelegenheiten des Mündels wahrzunehmen, war keine „Verpflichtung“, denn dazu wäre erforderlich gewesen, daß der Angekl. dem VormGer. auf dessen Verlangen die treue und gewissenhafte Führung der ihm neu übertragenen Geschäfte angelobt hätte. Daß der Angekl. damals bereits — jedoch für einen anderen Kreis von Geschäften — zum Pfleger bestellt war, machte seine erneute Verpflichtung nicht entbehrlich. Denn das Amt eines Pflegers ist grundsätzlich auf die Wahrnehmung eines bestimmt begrenzten Pflichtenkreises beschränkt; die nachträgliche Erweiterung des letzteren auf solche Geschäfte, die unzweifelhaft nicht in den Bereich der dem Pfleger bis dahin überwiesenen Angelegenheiten fallen, ist in Wahrheit eine Neubestellung. Eine rechtsgültige Bestellung des Angekl. zum Pfleger des L. ist demnach in bezug auf dessen Militärverorgungsangelegenheiten nicht erfolgt.

Das stand jedoch der Anwendung des § 266 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. auf den Angekl. selbst dann nicht entgegen, wenn — was nach den tatsächlichen Feststellungen der StrR. nicht ausgeschlossen werden kann — die von dem Angekl. für sich verbrauchten 2100 RM in vollem Umfange aus der von ihm erhobenen Militärrente des L. und nicht aus dessen Pension entnommen sein sollten.

Denn die tatsächliche Möglichkeit, durch rechtsgeschäftliche Verfügungen in die Militärverorgungsangelegenheiten des L. eingreifen, insbes. die diesem zustehende Militärrente einzuziehen und über sie verfügen zu können, hat der Angekl. lediglich dadurch erlangt, daß der zuständige Vormundschaftsrichter den Willen gefaßt und kundgegeben hatte, ihm insoweit die Vertretung des L. als dessen Pfleger zu übertragen. Mit der Zustellung des Beschl., in dem er die Befugnis des Angekl. den L. als Pfleger zu vertreten über den bisherigen Umfang hinaus auf dessen Militärverorgungsangelegenheiten erstreckte, bezweckte und glaubte der Vormundschaftsrichter den Angekl. auch für den neu bezeichneten Geschäftskreis zum Pfleger des L. bestellt und ihn nicht minder Dritten gegenüber als solchen ausgewiesen zu haben. In tatsächlicher Hinsicht trat auch diese Wirkung nach beiden Richtungen hin ein: der Angekl. war von da an der Meinung, daß seine früher erfolgte förmliche Verpflichtung nunmehr für den erweiterten Geschäftskreis gelte, und ebenso sahen ihn die Personen, mit denen er von da an in dem neuen Geschäftskreis als Pfleger des L. verhandelte, auf Grund des vormundschaftsgerichtlichen Beschl. als solchen und demgemäß als zur Vertretung des L. berechtigt an. Diese Sachgestaltung reicht aber aus, den Angekl., soweit er bei dieser Geschäftsbeforgung absichtlich zum Nachteil des L. gehandelt hat, nach § 266 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. verantwortlich zu machen.

(2. Sen. v. 26. Nov. 1931; 2 D 926/30.)

[A.]

23. §§ 266 Ziff. 1, 350 StGB.

1. In der Unterlassung zinssbringender Anlegung von Mündelgeld kann eine Untreue des Pflegers liegen, wenn dies geschieht, um das Geld zur eigennützigen freien Verfügung des Pflegers bei etwaigem Bedarf bereitzuhalten.

2. „In amtlicher Eigenschaft empfangen“ sind bereits diejenigen Gelder, deren Hingabe und Empfangnahme im unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang mit der befugten amtlichen Tätigkeit des Beamten standen; ein solcher Zu-

sammenhang ist gegeben, wenn der Beamte irrig seine Zuständigkeit angenommen hat oder wenn der Zahlende sich im Irrtum über die Berechtigung des Beamten zur Empfangnahme der Gelder befand, der Beamte den Irrtum erkannte und trotzdem die Gelder annahm.†)

Daß in der Unterlassung zinsbringender Anlegung von Mündelgeld eine Untreue des Pflegers („Kurators“) liegen kann, nämlich dann, wenn sie — wie nach der Annahme der Strk. im Falle R. s. — absichtlich zum Nachteil des Pflegebefohlenen geschieht, um das Geld zur eigenmächtigen freien Verfügung für etwaigen Bedarf bereitzustellen, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken. Übrigens ist die Untreue nach der erkennbaren Annahme der Strk. vor allem darin erblickt worden, daß der Angekl. die 835 R.M. bewußt ohne Recht für sich verbraucht hat. Demgegenüber spielt die nicht zinsbringende Anlegung dieses Geldes nur eine ganz nebensächliche Rolle. Das Strafmaß ist hierdurch auch nicht zum Nachteil des Angekl. beeinflusst worden. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus den Feststellungen zum Falle S., in dem die Untreue lediglich in dem Verbrauch der 526,90 R.M. gesunden und — wie im Falle R. — ersichtlich auf eine Einzelstrafe von drei Monaten Gefängnis, und zwar mit der Begründung erkannt worden ist, „die Strafzumessungsgründe seien hier die gleichen wie im Falle R.“

Im Falle L. sind die Voraussetzungen der Amtsunterschlagung i. S. des § 350 StGB. ausreichend dargetan. Wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat (vgl. u. a. RGSt. 51, 113, 116 und 63, 433, 434) wird zur Erfüllung des Merkmals „in amtlicher Eigenschaft empfangen“ nicht erfordert, daß der Beamte zum Empfang der Gelder gerade zuständig war. Vorausgesetzt wird nur, daß die Hingabe und Empfangnahme der Gelder im unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang mit der befugten amtlichen Tätigkeit des Beamten standen; ein solcher Zusammenhang ist auch dann gegeben, wenn entweder der Beamte irrig seine Zuständigkeit angenommen oder wenn umgekehrt der Zahlende die Gelder

Zu 23. Das RG. und das O. Lübeck halten den Angekl. aus zwei verschiedenen Gründen für der Untreue schuldig:

1. Der Verbrauch der anvertrauten 835 R.M. kann ohne Rechtsirrtum als Verfügung zum Nachteil des Pflegebefohlenen angesehen werden. Der Schaden des Mündels besteht hier im Verlust der 835 R.M.

2. Auch Unterlassung zinsbringender Anlegung von Mündelgeld dürfte eine Verfügung darstellen, die den Tatbestand der Untreue begründet.

Nach herrschender Meinung kann eine Unterlassung dem Täter dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben ist (Unechtes Unterlassungsdelikt, C h e r m a y e r, StGB., 1929, S. 41 ff.). Eine derartige Rechtspflicht wird im § 1806 BGB. begründet. Mit einer Vereithaltungspflicht hat sich der Täter nicht entschuldigt und offenbar auch nicht entschuldigen können, da er das Geld später selbst verbraucht hat. Dann ist die Unterlassung des Angekl. ursächlich für jedwede etwa später entstandene Schädigung des Mündels gewesen.

Das Unterlassen zinsbringender Anlegung ist aber auch „Verfügung zum Nachteil des Pflegebefohlenen“. — Eine „Veränderung im Verhältnis des Pflegebefohlenen zu seinem Vermögen“ (C h e r m a y e r, StGB., § 266 Anm. 20) dürfte insoweit herbeigeführt worden sein, als dieses Vermögen sich durch Zinsgewinn nicht vergrößert, sondern als zinsloses Kapital in seinem Bestand unverändert geblieben ist. Um die Zinsen, die nicht gezogen sind, aber gezogen werden konnten, ist hier der Pflegebefohlene geschädigt.

Unterlassung zinsbringender Anlegung von Mündelgeld wurde daher schon früher vom RG. als Untreue gewertet (C h e r m a y e r, StGB., § 266 Anm. 2 letzter Abs.).

3. Ob im Falle L. der Tatbestand der Amtsunterschlagung gegeben ist, hängt davon ab, welche Bedeutung dem Tatbestandsmerkmal „in amtlicher Eigenschaft empfangen“ beigelegt wird.

Während die Beamteneigenschaft als solche nach herrschender Meinung als gesetzliches Tatbestandsmerkmal angesehen wird, wird die Frage, ob Geld in amtlicher Eigenschaft empfangen ist, nach subjektiven Gesichtspunkten entschieden. Man geht davon aus, daß der Beamte und die gesamte Tätigkeit desselben, dem Laien besonders vertrauenswürdig erscheint. Dieses Vertrauen des Laien soll durch besondere Qualifizierung der Beamten delikte gestiftet werden. Deshalb hat nicht die Ansicht des Beamten, sondern die Ansicht des Laien zu entscheiden, ob der Beamte „Geld

dem Beamten in der irrigen Meinung ausgehändigt hat, dieser sei zu ihrem Empfang berechtigt, und wenn der Beamte dies erkannt und trotzdem die Gelder angenommen hat. Im angefochtenen Urteile ist aber ein Irrtum der Frau L. über die Berechtigung des Angekl. zur Empfangnahme des Geldes sowie weiter ausdrücklich festgestellt, daß der Angekl. diesen Irrtum der Frau L. erkannte und sich trotzdem das Geld auszahlen ließ.

(3. Sen. v. 5. Okt. 1931; 3 D 753/31.)

[N.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Preußen.

1. §§ 1719, 1736, 1757, 1764 f. BGB. Erfolgt die Legitimation eines unehelichen Kindes durch Eheschließung der Mutter mit dem Erzeuger, nachdem dieser das Kind vorher für ehelich erklärt hat und seine frühere Ehefrau es an Kindes Statt angenommen hat, so erlangt die Mutter nach dem Tode des Vaters nicht die elterliche Gewalt über das Kind.

Durch die Ehelichkeitserklärung hatte der Minderjährige die Stellung eines ehelichen Kindes seines Vaters erlangt (§ 1736 BGB.). Durch die Annahme an Kindes Statt war er in dieselben Beziehungen zu der damaligen Ehefrau des Vaters, Elisabeth geb. Waag, getreten (§ 1757 BGB.). Die Ehelichkeitserklärung oder die Adoption lösen aber nicht in jeder Hinsicht die Rechtsbeziehungen zu der unehelichen Mutter oder den leiblichen Verwandten (§§ 1737 II, 1738, 1764, 1765 BGB.), genau so, wie sie andererseits das für ehelich erklärte Kind oder den Angekommenen nur im Verhältnis zum Vater oder zum Annehmenden in die neue Familie eintreten lassen (§§ 1737 I, 1763 BGB.). Es blieb daher Raum für die Legitimationswirkung, die sich an die nachfolgende Ehe zwischen den leiblichen Eltern des Minderjährigen knüpfte (§ 1719 BGB.). Allerdings konnte diese nur insoweit eintreten, als nicht die Adoption entgegenstand. Die Rechtslage war die gleiche, wie wenn der Minderjährige schon z. B. der Adoption eheliches Kind der Beschw. gewesen wäre. Das durch die Annahme an Kindes Statt begründete Rechtsverhältnis war auch nicht etwa durch den Tod der Annehmenden erloschen. Die Beschw. konnte daher, da allerdings die elterliche Gewalt der Annehmenden durch ihren Tod ein Ende gefunden hatte, unter den weiteren Voraussetzungen des § 1765 II BGB. das Recht der Sorge für die Person der Minderjährigen wiedererlangen, das Recht zu seiner Vertretung blieb ihr dagegen entzogen (§ 1765 II Satz 2 BGB.).

(RG., 1. RivSen., Beschl. v. 8. April 1932, 1a X 346/32.)

Mitgeteilt von Ref. H a r d y B ü n d o r f, Solingen.

2. § 1750 Abs. 2 BGB. Auslegung eines Adoptionsvertrags; Annahme der Offerte, adoptieren zu wollen.†)

In dem Notariatsprotokoll heißt es:

Zwischen dem Erschienenen zu 1 als dem gesetzlichen Vertreter des Kindes W. und den Erschienenen zu 2 und 3 wird folgender Annahmevertrag geschlossen:

§ 1. Die Eheleute Otto M. und Auguste geb. S. nehmen den am 30. Aug. 1930 geborenen W. als gemeinschaftliches Kind an Kindes Statt an.

Es folgen Best. über Führung des Namens, über das Erbrecht und Nutznießungsrecht usw. Schließlich erklärten die Erschienenen zu 2 und 3, daß sie den gesetzlichen Vertreter des Kindes beauftragen, die Befreiung von der Vorschr. des § 1744 BGB.,

in amtlicher Eigenschaft empfangen“ hat, sofern nur der Beamte den Irrtum des Laien erkannt hat oder erkennen mußte.

Allerdings wird erfordert, daß ein gewisser Zusammenhang zu der Tätigkeit des Beamten und der Empfangnahme des Geldes vorgelegen hat (C h e r m a y e r, StGB., § 350 Anm. 2), um das Vertrauen des Laien zu der Beamteneigenschaft auch ursächlich für den entstandenen Schaden erscheinen zu lassen. Dieser Zusammenhang ist im vorl. Falle aber offenbar gegeben gewesen.

Da die Beamteneigenschaft des Angekl. selbst nicht beanstandet wird, dürfte der Entsch. zuzustimmen sein.

RA. Dr. Wilhelm P é e, Halberstadt.

Zu 2. Mit Recht tritt hier das RG. einer früher häufigeren anglistischen Vertragsauslegung entgegen. Wenn die Vertragsschließenden in der Einleitung des Vertrages, das Ergebnis vorwegnehmend, erklären, daß folgender Annahmevertrag geschlossen wird, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der nachfolgende § 1 mit der Erklärung, daß die Eheleute M. den W. als gemeinschaftliches Kind an Kindes Statt annehmen, i. Verb. m. den Ausführungsver-

sowie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und ferner die Bestätigung des Annahmevertrags zu beantragen und die Umschreibung im Geburtsregister zu veranlassen. Das Protokoll enthält den Vorlesungs-, Genehmigungs- und Unterzeichnungsvermerk und die Unterschriften.

Das Jugendamt hat unter Vorlage weiterer Urkunden und des Vertrags um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und Bestätigung gebeten. AG. und VG. haben abgelehnt, RG. hat aufgehoben.

Die Verfassung der Genehmigung und der Bestätigung des Kindesannahmevertrags ist von den VorInst. darauf gestützt worden, daß der zu genehmigende bzw. zu bestätigende Vertrag nicht den gesetzlichen Formerfordernissen entspreche und deshalb unwirksam sei.

Gezündet ist die Rechtsansicht der VorInst. darauf, daß es an einer Beurkundung der Erklärung des gesetzlichen Vertreters des Kindes, daß er „das Vertragsangebot annehme“ fehle. Das VG. legt dar, es sei zwar die Erklärung der Annehmenden, daß sie den Vertrag schließen wollen, in § 1 beurkundet, im übrigen aber enthalte das Protokoll keine Erklärung, die sich als Beurkundung der von dem gesetzlichen Vertreter zu erklärenden Annahme der ihm gemachten Vertragsofferte deuten ließe. Mit Recht wird diese Beurteilung mit der weiteren Beschw. angegriffen.

Gem. § 1750 Abs. 2 BGB. muß der Annahmevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder einem Notar geschlossen werden. Es handelt sich hier um einen Fall der sog. Simultanbeurkundung. Bei einer solchen erklären die Vertragschließenden bei gleichzeitiger Anwesenheit ihren Vertragswillen und durch Beurkundung dieser Erklärungen wird „der Abschluß“ eines Vertrags beurkundet. Mag nun auch regelmäßig ein Vertrag dadurch zustande kommen, daß zunächst der eine Teil seinen Willen erklärt und damit dem anderen Teil einen Vertragsantrag macht, der alsdann von dem anderen Teile angenommen wird, so ist es auch unbedenklich für möglich und zulässig zu erachten, daß die Einigung sich nicht in der Form der äußerlichen Trennung des Antrags und der Annahme der Offerte vollzieht. Gerade in Fällen der simultanen Beurkundung wird es häufig gar nicht möglich sein, zwischen Offerte und Annahme äußerlich zu unterscheiden, wenn die Vertragsparteien ihren übereinstimmenden Willen erklären und beurkunden lassen (vgl. Staudinger, Vorbem. 1 vor § 145 BGB; Enneccerus § 152 Allg. Teil; auch von Tuhr [11], S. 459, Anm. 7 zu § 62, dessen Ansicht auch zu keinem anderen Ergebnis führt). Wenn nun das VG. hier den § 1 des Vertrags als Offerte der Annehmenden auslegt, so setzt es sich mit dem Inhalt dieser Vertragsbest. in Widerspruch. Dieser Paragraph enthält einmal nicht nur eine Erklärung der Annehmenden, zum anderen auch nicht die Erklärung, daß sie „den Vertrag schließen wollen“. Vielmehr stellt dieser Paragraph, wie die einleitenden Worte der Urkunde ergeben, übereinstimmende Erklärungen sämtlicher Beteiligten, also auch des gesetzlichen Vertreters des anzunehmenden Kindes dar. Erst hinter § 3 beginnen die alleinigen Erklärungen der Eheleute M. Der Inhalt dieser Best. (§ 1) ist auch nicht der, daß Annehmende oder Angenommener einen Vertrag schließen wollen, sondern der § 1 besagt, daß die Eheleute M. den W. „als gemeinschaftliches Kind an Kindes Statt annehmen“. Damit i. Verb. m. der einleitenden Bemerkung, daß zwischen den Beteiligten der folgende Annahmevertrag geschlossen wird, ist hinreichend urkundlich zum Ausdruck gebracht, daß sich der Wille der Vertragschließenden zu dem auf die Adoption gerichteten gemeinschaftlichen Vertragswillen zusammengeschlossen hat, und es ist der Vertrag in der Form des § 1750 Abs. 2 BGB. rechtswirksam protokolliert worden.

(AG., Beschl. v. 22. April 1932, 1a X 334/32.)

Mitget. von AGN. Dr. F. Rothschild, Frankfurt a. M.
(Justiziar des Archivs Dtsch. Berufsvormünder.)

3. §§ 37 Nr. 1, 38 Abs. 3 PrGKG. Die Zustimmung des Nacherben zu einer beurkundeten Erklärung des Vorerben, die eine Verfügung über einen der Nacherbsfolge unterliegenden Gegenstand betrifft, ist nicht als Zustimmung eines Teilnehmers i. S. der §§ 37 Nr. 1, 38 Abs. 3 PrGKG. anzusehen. Der Wert der Zustimmungserklärung richtet sich, auch wenn mehrere Nacherben vorhanden sind, nach dem vollen Wert des Gegenstandes, auf den sich die Zustimmung bezieht.

Der VGPräs. hat sich bei seiner Entsch. von der Erwägung leiten lassen, daß die von der Nacherin abgegebenen Erklärungen als Zustimmungen eines Teilnehmers zu den bereits beurkundeten

Einbarungen über Namensführung, Erbrecht usw. nicht nur ein Vertragsangebot der Eheleute M., sondern auch dessen Annahme enthalten. Jede andere Auslegung haftet am Wort und verkennt den Sinn des zumal notariellen Vertrages.

Prof. Dr. Silberschmidt, München.

Erklärungen der Vorerbin i. S. des § 37 Nr. 1 PrGKG. angesehen werden müssen. Demgemäß wendet er diesen Gebührensatz an, soweit nicht lediglich die Gebühr des § 41 Abs. 1 PrGKG. in Betracht kommt, und bestimmt ferner den Gegenstandswert nach § 38 Abs. 3 PrGKG. auf die Hälfte der von der Erklärung der Vorerbin betroffenen Hypothekendbeträge, weil die Nacherin nur zur ideellen Hälfte berechtigt sei. Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden, da es sich bei der Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben nicht um eine zustimmende Erklärung eines einzelnen Teilnehmers zu einer bereits beurkundeten Erklärung i. S. der §§ 37 Nr. 1, 38 Abs. 3 PrGKG. handelt. Teilnehmer an einer Erklärung sind nur Mitberechtignte oder Mitverpflichtete, bei zweiseitigen Verträgen jeder an den Vertragsrechten und Vertragspflichten Beteiligten und Personen, die wegen Handlungsunfähigkeit eines dergestalt Beteiligten dessen Erklärungen zur Wirksamkeit des Vertrages genehmigen müssen (Mügel-Ehm, PrGKG. § 38 a. F. Anm. 1; Bree, PrGKG. § 37 Anm. 1a; auch Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGKG. § 37 Anm. II, 1). Weitergehend nehmen allerdings Beushausen (RGD. 4, § 37 PrGKG. Anm. zu Nr. 1 S. 252) und Rausnik (RGD. 6, § 37 PrGKG. Anm. 2) unter Hinweis auf § 168 S. 2 RFGG. an, daß als Teilnehmer im gebührenrechtlichen Sinne jeder anzusehen sei, der seine Zustimmung zu einer bereits beurkundeten Erklärung beurkunden lasse, ohne daß es auf das Bestehen einer Rechtsgemeinschaft unter den Teilnehmern ankomme, wobei Rausnik insbes. auch rein formelle Zustimmungen zu einer von einem Dritten abgegebenen Erklärung dem § 37 Nr. 1 PrGKG. unterordnet. Abgesehen davon, daß in § 168 S. 2 RFGG. von „Beteiligten“ und nicht von „Teilnehmern“ gesprochen wird und schon diese sprachliche Verschiedenheit eine Gleichstellung der beiden Begriffe nicht ohne weiteres zuläßt, spricht aber gegen die weitergehende Auslegung des Teilnehmerbegriffs i. S. des § 37 Nr. 1 PrGKG. die Fassung des § 38 Abs. 3 PrGKG., die unter besonderer Erwähnung des § 37 Nr. 1 PrGKG. bestimmt, daß nur „der Anteil“ des Teilnehmers (§ 37 Nr. 1) als Wert der zustimmenden Erklärung in Betracht komme. Danach setzt das Gesetz ersichtlich voraus, daß die Teilnehmer hinsichtlich des Gegenstandes der Erklärung in unmittelbaren rechtlichen Beziehungen zueinander stehen. Deshalb muß die von Beushausen und Rausnik vertretene weitgehende Auslegung des Begriffs des Teilnehmers i. S. des § 37 Nr. 1 PrGKG. abgelehnt werden. Dann aber kann auch der Nacherbe, der einer beurkundeten Erklärung des Vorerben zustimmt, nicht als Teilnehmer gem. § 37 Nr. 1 PrGKG. gelten. Er steht zu dem Vorerben wie auch zu etwa vorhandenen weiteren Nacherben in keiner irgendwie gearteten Rechtsgemeinschaft (OLG. 23, 373; 33, 342; RGZ. 49, 303; Staudinger, BGB. § 2040 Anm. Ia). Jeder Nacherbe hat lediglich ein selbständiges Anwartschaftsrecht, das allerdings in verschiedener Hinsicht rechtlich gesichert ist. So sind insbes. nach § 2113 Abs. 1 BGB. die Verfügungen des nicht nach § 2136 BGB. befreiten Vorerben über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbsfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Wenn insolge dessen der Grundbuchrichter auch oft die Zustimmung des Nacherben zu Verfügungen des Vorerben sich wird nachweisen lassen müssen, der Zustimmung auch unter Umständen materiellrechtliche Wirkung zukommen kann, so handelt es sich doch hierbei wegen des Fehlens einer Rechtsgemeinschaft zwischen den Beteiligten nicht um die Zustimmung eines Teilnehmers im kostenrechtlichen Sinne. Es kann daher die Gebühr für die von dem Beschw. aufgenommene Urkunde nicht nach § 37 Nr. 1 PrGKG., sondern nur nach § 33 PrGKG. berechnet werden, während es hinsichtlich der nur beglaubigten Urkunde bei dem Gebührensatz des § 41 Abs. 1 PrGKG. verbleibt.

Aus der Unanwendbarkeit des § 37 Nr. 1 PrGKG. auf die Zustimmung des Nacherben zu einer beurkundeten Erklärung des Vorerben ergibt sich ohne weiteres, daß auch eine Berechnung des Gegenstandswertes nach § 38 Abs. 3 PrGKG. nicht in Betracht kommen kann. Den Gegenstand der Zustimmungserklärungen bilden die Hypotheken, auf die sie sich beziehen. Ihr Wert, der nach § 20 Abs. 3 PrGKG. unbedenklich dem Nennbetrage der Forderungen gleichkommt, muß daher der Gebührensatz des Notars zugrunde gelegt werden (vgl. auch RGZ. 39, B 48; 51, 384). Es mag zwar zutreffen, daß das Interesse der Nacherin an den Geschäften hier ein geringeres sein kann, wie auch möglicherweise der mit den Zustimmungen verfolgte Zweck, sofern sie nur formellrechtlich erforderlich sind, für die Beteiligten von geringer Bedeutung ist. Diese Gesichtspunkte müssen jedoch nach § 18 PrGKG. für die Bewertung des Gegenstandes grundsätzlich ausbleiben (Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGKG. § 18 Anm. 2; Mügel-Ehm, PrGKG. § 19 a. F. Anm. 10).

(AG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 14. Okt. 1932, 1a X 928/32.)

Mitgeteilt von AGN. Seydtmann, Berlin.

4. §§ 1, 2 Abs. 2 Kap. III 4. NotW.D. d. Präf. v. 8. Dez. 1931; Art. 9 DurchfW.D. v. 23. Dez. 1931. Auf Grund § 1 Abs. 3 4. NotW.D. ist eine Abrundung auf volle Viertel auch dann vorzunehmen, wenn zwar der gemäß W.D. herabgesetzte Zinssatz, nicht aber der dem Gläubiger außerdem zustehende Verwaltungs-kostenbeitrag in volle Viertel teilbar ist. f)

Für die Bewilligung v. 25. Aug. und 3. Sept. 1914 eingetragen. Nach dieser Bewilligung war die ursprüngliche Papiermarkhypothek mit 4 $\frac{3}{8}$ %, evtl. 5% jährlich verzinslich.

In notariell beglaubigter Urf. v. 6. April 1932 hat der Grundstückseigentümer erklärt, daß über einen letztwilligen Betrag von 7506,44 GM. nebst Zinsen löschungsfähig quittiert sei und daß er gemäß der Einigung mit der Gläubigerin bewillige und beantrage:

„Bei dem verbleibenden erstwilligen Teilbetrag der Hypothek in das Grundbuch einzutragen:

1. Daß die Zinsen ab 1. Jan. 1932 8% jährlich betragen. Die Zinsen erhöhen sich, falls sie nicht pünktlich gezahlt werden oder der Schuldner mit der Zahlung des Kapitals in Verzug gerät, um 1% auf 9% jährlich für die ganze rückständige Zeit. Sie ermäßigen sich entsprechend der 4. NotW.D. des Präf. v. 8. Dez. 1931 auf 6 $\frac{1}{2}$ %, u. U. 7 $\frac{1}{2}$ % jährlich.

2. Daß die Kündigung des Hypothekenskapitals mit vierteljährlicher Frist nur zu einem Kalendervierteljahrsersten, und zwar frühestens zur Rückzahlung zum 1. Jan. 1933 erfolgen darf.

3. Daß das Recht des Hypothekenschuldners aus § 247 BGB. durch die neuen Best. nicht berührt wird.

4. Daß die eingetragenen sonstigen Best. Geltung behalten.“ Die Gläubigerin bewilligte und beantragte ihrerseits in öffentlicher Urkunde diese Eintragungen.

Der Rechtspfleger beim GBA. erließ Zwischenverfügung dahin, daß die auf 8% jährlich festgesetzten Zinsen sich entsprechend der 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931 nicht auf 6 $\frac{1}{2}$ %, sondern auf 6% jährlich ermäßigen. Hiergegen erhob die Gläubigerin Erinnerung, in der sie geltend machte, daß für sie gem. § 2 Abs. 2 der 4. NotW.D. ein Verwaltungs-kostenbeitrag in Frage komme, der durch Verfügung des PrW.D. auf 3/8% festgesetzt und gem. § 1 Abs. 3 NotW.D. auf 1/2% abzurunden sei. Der Grundbuchrichter beschied sie hierauf durch befristete Verfügung v. 2. Juni 1932 dahin, es

Zu 4. Eingetragen ist eine AufwHyp. mit einem vereinbarten Zinssatz von normal 4 $\frac{3}{8}$ % und einem Zuschlag von 3/8% für den Fall unpünktlicher Zahlung (Strafzins). In einer Vereinbarung v. 24. Nov. 1931 erklärte sich der Eigentümer der Gläubigerin gegenüber mit einer Erhöhung des Zinssatzes einverstanden; dementsprechend bewilligte und beantragte er am 6. April 1932 formgültig Eintragung eines Zinssatzes von 8% bzw. 9% ab 1. Jan. 1932, aber Ermäßigung dieses Satzes nach der 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931 auf 6 $\frac{1}{2}$ % bzw. 7 $\frac{1}{2}$ %, und zwar 6 $\frac{1}{2}$ % als aufgerundeter normaler Zins aus 6% Zinssatz und 3/8% Verwaltungs-kostenbeitrag, dazu 1% Zuschlag als Strafzins. Das RG. wendet die Zinssenkungsvorschr. der 4. NotW.D. v. 8. Dez. 1931 an und hält die Zinsforderung und die zu ihrer Sicherung dienende Hypothek für erloschen, soweit sie über 6% zuzüglich des Verwaltungs-kostenbeitrages und eines Zuschlages für den Fall des Verzugs hinausgeht. Als Verzugszins erkennt das RG. zwar den vereinbarten Satz von 1% in voller Höhe als rechtswirksam an, läßt aber die Eintragung im Grundbuch an der bisherigen Rangstelle nur in der ursprünglich vereinbarten und eingetragenen Höhe von 3/8% zu und verweist den übersteigenden Betrag von 3/8% an die bereitete Rangstelle. Insofern ist gegen die Entsch. kaum etwas einzuwenden, sie wird durch §§ 1, 2, 3, 5 der 4. NotW.D. und Art. 3, 5, 9, 10 DurchfW.D. hierzu gedeckt und entspricht der bisherigen Rpr.

Nicht so leicht kann man sich mit der Aufrundung des Verwaltungs-kostenbeitrages abfinden. Man kann den Verwaltungs-kostenbeitrag nicht allgemein als Teil des Zinssatzes ansprechen, er kann auch „Nebenleistung“ i. S. des § 1115 BGB. sein. Wird er besonders vereinbart und deutlich ausgeschieden, so muß er wohl als „Nebenleistung“ gewertet werden; tritt er aber in der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner gar nicht weiter in die Erscheinung, wird er vielmehr unausgeschieden und stillschweigend durch die Höhe des Zinses abgeglichen, so ist er nichts anderes als ein nach außen nicht erkennbarer Teil des Zinssatzes. Allerdings wird dadurch der Zinssatz zu einer recht verschiedenen zu wertenden Größe. Das schadet im allgemeinen nichts. Die NotW.D. über die Zinssenkung aber konnte sich damit nicht zufrieden geben; denn sie will den Zins nur insoweit senken, als er den reinen Kapitalertrag ohne Nebenleistungen irgendwelcher Art darstellt, sie muß daher den Begriff „Zinssatz“ streng in diesem Sinne abgrenzen (vgl. §§ 1, 2 W.D., Art. 3, 10, 11, 20 DurchfW.D.). Ganz klar wird dieses ausgesprochen in § 3 W.D. über die Zinsersleich-

könne nur ein Zinsfuß von 6% an der bisherigen Rangstelle eingetragen werden, daneben könne nicht noch für den Fall der Aufhebung der NotW.D. ein Zinssatz von 8% eingetragen werden. Der Verwaltungs-kostenbeitrag könne nur an bereitester Rangstelle bemerkt werden. Auf eine weitere Vorstellung der Gläubigerin erließ er am 13. Juni 1932 nochmals einen Bescheid, in welchem folgendes ausgeführt wird.

Mangels Nachweises einer vor dem 8. Dez. 1931 getroffenen Vereinbarung über Zinserhöhung sei davon auszugehen, daß der Zinssatz gem. § 1 AufwHyp. und § 3 der 4. NotW.D. für die Zeit v. 1. Jan. 1932 ab nur 6% betrage. Mangels einer vor dem 8. Dez. 1931 getroffenen Zinsfestsetzung auf 8% sei die 4. NotW.D. gar nicht anwendbar. Ein Fall des Art. 5 DurchfW.D. liege nicht vor. Selbst wenn aber eine formgerechte Urkunde über eine Vereinbarung betreffend die Änderung von Zinsbedingungen vorliegen würde, die in der Zeit zwischen dem 9. und dem 31. Dez. 1931 aufgenommen wäre, würde eine Eintragung in der beantragten Form unzulässig sein. In diesem Falle könnte nur eingetragen werden, daß eine Zinserhöhung z. B. auf 8% vereinbart sei, und daß gem. Art. 5 DurchfW.D. v. 23. Dez. 1931 die Zinsen auf 6% herabgesetzt seien. Würde weiter nachgewiesen, daß gemäß Verfügung der zuständigen Stelle § 2 Abs. 2 NotW.D. i. Verb. m. Art. 9 und 10 DurchfW.D. zur Anwendung komme, so könne weiter eingetragen werden, daß in dem bestehenden Zinssatz von 8% ein Verwaltungs-kostenbeitrag enthalten gewesen sei und dementsprechend der neue Zinssatz sich um diesen Betrag erhöhe. Eine Aufrundung des Verwaltungs-kostenbeitrages gem. § 1 Abs. 3 NotW.D. komme nicht in Frage. Die Eintragung eines besonderen Zinssatzes für den Fall der Gesetzesänderung sei abzulehnen, weil davon Verwirrung des Grundbuchs, insbes. wegen des Ranges zu befürchten sei.

Mit der hiergegen eingelegten Beschw. wurde ein Bescheid des PrW.D. v. 25. Jan. 1932 beigelegt, in welchem der Verwaltungs-kostenbeitrag für Sparkassen auf 3/8% festgesetzt ist, ferner die Abschrift einer Verhandlung v. 24. Nov. 1931, in welcher der Eigentümer sich mit einer Prolongation der abgeänderten Bedingungen und einer Zinserhöhung auf 8% einverstanden erklärt. Die Beschw. wurde zurückgewiesen. Das RG. ist mit dem Grundbuchrichter der Ansicht, daß nur die z. B. gültigen Zinsen von 6% an der bisherigen Rangstelle eintragbar seien, nicht daneben aber für den Fall der Gesetzesänderung ein Zinssatz von

terung für den landwirtschaftlichen Realkredit v. 27. Sept. 1932 (RGBl. I, 480). Ist demnach ein Verwaltungs-kostenbeitrag besonders vereinbart, so steht er völlig abseits von dem Zinssatz i. S. des § 1 NotW.D.; gefenkt und u. U. aufrundet wird nur der „Zinssatz“, dann wird der Verwaltungs-kostenbeitrag unverändert, wie er vereinbart ist, zugeschlagen. Ob dabei Zinssatz und Verwaltungs-kostenbeitrag in ihrer Zusammenfassung noch in volle Viertel teilbar sind, spielt keine Rolle. Der Rechtsatz der Entsch. kann daher für solche Fälle nicht gelten. Anders, wenn mangels einer besonderen Vereinbarung „ein Teil des bisherigen Zinssatzes als Verwaltungs-kostenbeitrag“ zu gelten hat. Diesen Fall allein behandelt die Entsch., und hier wird man ihr schwerlich mit durchschlagenden Gründen entgegenzutreten können. Der Hinweis auf die enge Verbindung zwischen § 1 und § 2 Abs. 2 Halbsatz 2 NotW.D. allein wäre für die Entsch. allerdings nicht zwingend; den Ausschlag geben vielmehr Art. 10 DurchfW.D. und die darauf gestützten Länderanordnungen. Im Art. 10 werden Höchstätze für den Verwaltungs-kostenbeitrag aufgestellt, aber zugleich die Ermächtigung gegeben, „im Einvernehmen mit dem RWiM.“ Abweichungen festzusetzen. Auf Grund dieser Vorschr. ordnete nun das PrW.D. wohl in seinem Erl. v. 21. Jan. 1932 ausdrücklich an, daß der im Zinssatz enthaltene Verwaltungs-kostenbeitrag in der vorgezeichneten Höhe zunächst abzusehen, sobald der verbleibende Rest des Zinssatzes zu senken, hierauf der „gewissermaßen beiseite gelegte Verwaltungs-kostenbeitrag“ wieder hinzuzurechnen und schließlich die hierdurch gefundene Zahl auf volle Viertel aufzurunden sei. Der RWiM. hat diese Art der Aufrundung in diesen Fällen nicht nur gebilligt, sondern sie den Ländern von sich aus sogar nahegelegt. Sie ist auch anderwärts, z. B. in Bayern übernommen worden. Rechtlich wird sie unter diesen Umständen kaum mit Erfolg beanstandet werden können. Wirtschaftlich mag sie in vielen Fällen dem Schuldner nicht gerade schaden, häufig wird sie aber, wie im vorl. Falle, tatsächlich nur zu einer schwer zu begründenden Erhöhung des Verwaltungs-kostenbeitrages führen. Zu vermeiden wäre dieses an sich unbefriedigende Ergebnis nur gewesen, wenn die Aufrundung durch eine ausdrückliche Vorschr. dann ausgeschlossen worden wäre, wenn sie wie hier nur die Wirkung haben kann, den Verwaltungs-kostenbeitrag ohne rechtfertigenden Grund über den Höchst-satz hinaus zu steigern. Es hätte nichts im Wege gestanden, eine solche Vorschr. in die DurchfW.D. aufzunehmen.

MinR. Dr. C h a r d, München.

8%. Außer den 6% Zinsen könne ein Verwaltungskostenbeitrag von $\frac{3}{8}\%$ an der bisherigen Rangstelle vermerkt werden, eine Abrundung des letzteren auf $\frac{1}{2}\%$ sei nicht zulässig. Die vereinbarten Verzugszinsen könnten nur an bereiteter Rangstelle eingetragen werden. Der hiergegen eingelegten weiteren Beschw. war Erfolg zu geben.

Auszugehen ist von der Anwendbarkeit der Zinsvorschr. der 4. RotW. v. 8. Dez. 1931, weil ihre Anwendung durch die Beteiligten nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern unter Ver. auf eine bereits vorher erfolgte Einigung ausdrücklich vereinbart ist. Das hat zur Folge, daß ein Zinssatz von 8% auch nicht als durch eine Gesetzesänderung bedingter eingetragen werden kann, sondern nur der aus §§ 1, 2 RotW. v. 8. Dez. 1931 i. Verb. m. Art. 3, 10 DurchW. sich ergebende niedrigere Zinssatz. Denn vom Standpunkt der RotW. und der DurchW. ist die Zinsforderung in Höhe des Mehrbetrages endgültig erloschen und deshalb die Entstehung einer Hypothek insoweit ausgeschlossen. Dies ist in der grundsätzlichen Entsch. des Sen. 1 X 254/32 = JW. 1932, 1974²; HöchstRspr. 1932 Nr. 1473 eingehend dargelegt.

Hieran hat der Sen. in weiteren Entsch. festgehalten. Zu dem durch die RotW. festgesetzten ermäßigten Zinssatz tritt gem. § 2 Abs. 2 Halbs. 2 RotW., Art. 9 DurchW. ein Verwaltungskostenbeitrag in Höhe der vom Abf. festgesetzten $\frac{3}{8}\%$. Zu Unrecht halten die Vorinst. die von der Antragstellerin beanspruchte Abrundung auf $\frac{1}{2}\%$ nicht für zulässig. § 1 Kap. 3 der 4. RotW. regelt in Abs. 1 und 2 die Höhe des gesenkten Zinssatzes und bestimmt in Abs. 3 sodann folgendes:

„Ergibt sich als herabgesetzter Zinssatz eine Zahl, die nicht in volle Viertel teilbar ist, so wird er nach oben auf ein volles Viertel abgerundet.“

Diese Best. will auf jeden Fall als herabgesetzten Zinssatz einen in Viertel teilbaren Betrag erreichen. Die in § 2 Abs. 2 Halbs. 2 RotW. getroffene Best., daß zugunsten der in Abs. 2 § 1 bezeichneten Kreditinstitute in Ermangelung eines vereinbarten Verwaltungskostenbeitrages nach näherer Best. der DurchW. ein Teil des bisherigen Zinssatzes als Verwaltungskostenbeitrag gelte, läuft auf eine Ergänzung der Vorschr. des § 1 Abs. 1 und 2 RotW. hinaus, insofern, als der der Höhe nach gem. Art. 10 DurchW. festzusetzende Verwaltungskostenbeitrag als ungeführter Bestandteil des bisherigen Zinssatzes zu behandeln ist mit der Folge, daß er zu dem auf Grund des § 1 Abs. 1 und 2 RotW. ermittelten Zinssatz hinzutritt, also als ein diesen erhöhender Bestandteil gelten soll. Ist das letztere aber der Fall, so muß der aus der Zusammenrechnung des gem. § 1 RotW. gefundenen gesenkten Zinssatzes und des festgesetzten Verwaltungskostenbeitrages ermittelte Gesamtbetrag als der herabgesetzte Zinssatz i. S. des § 1 Abs. 3 angesehen werden. Daraus folgt dann aber weiter, daß, wenn die so ermittelte Summe nicht in volle Viertel teilbar ist, eine Abrundung auf volle Viertel vorzunehmen ist, hier also der zugüglich des Verwaltungskostenbeitrages betragende Zinssatz von $6\frac{3}{8}\%$ auf $6\frac{1}{2}\%$ abzurunden ist. Dies ist auch die Auffassung des VfVolkswohlf. in seinem Erlaß v. 21. Jan. 1932 (abgedruckt bei Schlegelberger, Zinsenkung, 4. Aufl., Anm. 9 zu § 2 der 4. RotW. S. 27).

Daraus, daß der festgesetzte Verwaltungskostenbeitrag nach § 2 Abs. 2 RotW. als ein der Kürzung nicht unterliegender Teil des bisherigen Zinssatzes gilt, ergibt sich zugleich, daß er entgegen der Annahme des OVA. den Rang des Hauptrechts teilt, und zwar in der gem. § 1 Abs. 3 RotW. abgerundeten Höhe. (Es wird auch insoweit auf den vorerwähnten Erlaß des VfVolkswohlf. verwiesen.)

Die Verzugszinsen, die nach Art. 3 DurchW. nicht als Zinsen i. S. der RotW. gelten, können nur an bereiteter Stelle eingetragen werden, soweit sie den Betrag der bisher für die Hypothek in Geltung gewesenen Verzugszinsen übersteigen. Soweit das letztere nicht der Fall ist, nehmen sie dagegen an dem Range des Hauptrechts teil. Denn die zunächst durch § 28 AufwG. und sodann durch § 1 AufwFällG. und § 3 der 4. RotW. getroffene Regelung des Zinssatzes ließ die für besondere Fälle, insbes. den Zahlungsverzug, vereinbarten Zinszuschläge unberührt, so daß sie ihren bisherigen Rang bei dem Hauptrecht behalten haben (Dies ist vom Sen. bereits mit näherer Begr. in der Entsch. 1 X 556/32 und 582/32 ausgesprochen). Hiernach sind an der bisherigen Rangstelle einzutragen regelmäßige Zinsen, einschließlich des Verwaltungskostenbeitrages von $6\frac{1}{2}\%$ und Verzugszinsen in Höhe des bisherigen Betrages von $\frac{3}{8}\%$, während der übersteigende Betrag von $\frac{3}{8}\%$ an bereiteter Rangstelle zu vermerken ist.

Nach den vorstehenden Ausführungen kann die Eintragung der Zinsänderungen zwar nicht in der beantragten Weise erfolgen; es bedarf vielmehr einer Einschränkung des Antrages in der Weise, daß vom 1. Jan. 1932 ab der regelmäßige Zinssatz einschließlich des auf $\frac{3}{8}\%$ festgesetzten, auf $\frac{1}{2}\%$ abgerundeten Verwaltungskostenbeitrages $6\frac{1}{2}\%$ beträgt, und daß die Verzugs-

zinsen in Höhe von $\frac{3}{8}\%$ den Rang hinter den dem Hauptrecht nachgehenden Rechten haben.

Auf eine Einschränkung des Antrages in dieser Art hätte vom OVA. durch Zwischenverfügung hingewirkt werden müssen. (RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 6. Okt. 1932, 1 X 5-1/32.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Farge, Berlin.

2. Bayern.

1. §§ 1, 129, 214 RD.; §§ 17, 22, 30 HGB. Weber der Gemeinschuldner noch sein Erbe sind befugt, die Firma des von dem Konkursverwalter fortgeführten Geschäftes löschen zu lassen. Rechtsnatur des Firmenrechts. f)

Der Tod des Gemeinschuldners hat auf den Lauf des Konkursverfahrens keinen Einfluß, das Verfahren wird in Ansehung des jetzt zum Nachlaß gehörenden Vermögens ohne jede Unterbrechung fortgesetzt. Gemeinschuldner im fortgesetzten Verfahren, im nunmehrigen Nachlaßkonkurse (§§ 214 ff. RD.), ist der Erbe als solcher; der Erbe tritt in jeder Hinsicht in die Rechtsstellung des verstorbenen Gemeinschuldners ein (Jaeger, RD., Anm. 7, 21 zu § 214; Mengel, RD., Bem. 1, b zu § 214). Der Erbe hat also auch in Ansehung der Firma des jetzt zum Nachlaß gehörenden Geschäftes nur die Rechte, die dem ursprünglichen Gemeinschuldner zustanden.

Die Firma erlischt mit dem Tode des Geschäftsführers und Firmeninhabers nur dann, wenn das Geschäft nicht sofort mit der Firma fortgeführt wird. Im Erballe geht das Geschäft mit der Firma auf den Erben über, der sie mit oder ohne Befugung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen darf (§ 22 Abs. 1 HGB.).

Über die Fortführung eines zur Masse gehörenden Handelsgeschäftes beschließt zunächst der Konkursverwalter, endgültig die Gläubigerverammlung oder der Gläubigerausschuß (§ 129 Abs. 2 RD.). Die Entschließung, daß das Geschäft des Gemeinschuldners fortzuführen sei, wirkt über den Tod des Gemeinschuldners hinaus, da das Geschäft Massebestandteil ist; es ist gerade einer der Fälle gegeben, in denen der Tod des Geschäftsinhabers auf den Bestand des Geschäftes und damit der Firma ohne Einfluß bleibt.

Zu 1. Der Entsch. ist vollinhaltlich zuzustimmen. Wollte man einem in Konkurs verfallenen Firmeninhaber das Recht zugestehen, ohne Mitwirkung des Konkursverwalters die Firma löschen zu lassen, so würde man ihm geradezu ein Erpressungsmittel gegenüber dem letzteren in die Hand drücken. Der Gemeinschuldner brauchte dem das Handelsgeschäft fortsetzenden Konkursverwalter, von dem er etwas, was dieser nicht zugestehen möchte, erreichen will, nur anzudrohen, bei Ablehnung seiner Wünsche werde er die Firma löschen lassen. Daß dies unter Umständen den Konkurs sehr schädigen kann, liegt auf der Hand. Ebenso, daß die Erben des Gemeinschuldners nicht ein Recht geltend machen können, das dem Verstorbenen selbst nicht zustand.

Der oben entschiedene Fall zwingt erneut zur Erörterung der Frage, ob überhaupt unsere Rpr. und unsere Rechtswissenschaft auf dem richtigen Wege sind, wenn sie das Firmenrecht als ein Persönlichkeitsrecht in dem Sinne ansehen, daß die Verfügung über die Firma auch während des Konkurses dem Gemeinschuldner zusteht. Das BayObLG. sagt in seiner obigen Entsch. vorsichtigerweise, der Konkursverwalter könne die Firma — „wenigstens die den Namen des Gemeinschuldners enthaltende“ — nur mit Einwilligung des Gemeinschuldners und unter dessen Beitritt zum Verträge mit dem Geschäft veräußern. Aber die tatsächliche Übung geht weiter. Die im Staubschen Komm. § 22 Anm. 7 zusammengestellten Rspr. zeigt, daß sogar bei juristischen Personen dem Konkursverwalter bzw. Liquidator das Recht nicht zuerkannt wird, über die Firma zu verfügen. Noch kürzlich hat das O. Münster (JW. 1931, 488 mit zustimmender Anm. von Kirchberger) in diesem Sinne erkannt. Aber hat es wirklich eine sachliche Berechtigung, im Falle der Veräußerung des Geschäftes einer in Konkurs verfallenen AktG. zu verlangen, daß deren Vorstand der Fortführung der Firma zustimmt? Man stelle sich die Sache praktisch vor. Den Vorstand bilden in der Regel Direktoren, die nach Eröffnung des Konkurses sich möglichst bald nach einer anderen Stellung umsehen, die daher an der Firma der in Konkurs verfallenen AktG. nicht mehr das geringste Interesse haben. Mir will, je länger ich mir die Sache überlege, um so mehr scheinen, daß Adler: JHR. 85, 138 doch recht hat, wenn er namentlich für abgeleitete Firmen das Recht zu deren Führung als ein Vermögensrecht ansieht und daher für abgeleitete und Sachfirmen den Konkursverwalter allein und ohne Mitwirkung des Gemeinschuldners zur Veräußerung des Firmenrechts für befugt erachtet. Nur wenn die Firma den bürgerlichen Namen des Gemeinschuldners enthält, sei dessen Zustimmung erforderlich. Es wäre recht sehr zu wünschen, daß bald einmal das RG. in die Lage komme, über diese Frage sich auszusprechen. Namentlich bei den Firmen juristischer Personen scheint mir der Standpunkt, das Firmenrecht sei ein Persönlichkeitsrecht, über das der Konkursverwalter nicht verfügen könne, durchaus unberechtigt.

Gch. ZR. Dr. Felix Bondi, Dresden.

Zur Masse gehört nur das Geschäft des Gemeinschuldners, dagegen nicht die Firma, weil sie kein pfändbares Vermögensrecht darstellt (§ 1 R.D.). Gleichwohl ist der Gemeinschuldner in der Verfügung über die Firma nicht frei von Beschränkungen.

Das Firmenrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, aber kein reines Persönlichkeitsrecht wie das (bürgerlich-rechtliche) Namensrecht; denn es kann, wenn auch nur in Verbindung mit dem Geschäft, von der Person losgelöst werden. Die Firma kann mit dem Geschäft übertragen werden und hat insofern für den Inhaber Vermögenswert. Die Verfügung über die Firma steht auch während des Konkursverfahrens grundsätzlich nur dem Gemeinschuldner zu. Der Konkursverwalter kann zwar das Geschäft veräußern, die Firma — wenigstens die den Namen des Gemeinschuldners enthaltende — kann er nur mit Einwilligung des Gemeinschuldners und unter dessen Beitritt zum Vertrag mit dem Geschäft veräußern. Das ist in Schrifttum und Rspr. als Folge der Freiheit der Firma vom Konkursbeschlage anerkannt (Jaeger, R.D. § 1 Anm. 7; Menzel, R.D. § 1 Bem. 4, c; Düringer-Sachenburg, HGB. § 17 Anm. 7; Staub-Bondy, HGB. § 22 Anm. 7; RG. 58, 169; 74, 380 1).

Eine Beschränkung in der Verfügung über die Firma ergibt sich aber für den Gemeinschuldner zwangsläufig aus konkursrechtlichen Vorschriften. Wird das Geschäft des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens vom Konkursverwalter fortgeführt, so bedarf es notwendig der Firma. Denn die Firma ist der Name, unter dem das Geschäft allein geführt werden kann (§§ 17 ff. HGB.); außerdem gebietet die gewerbepolizeiliche Vorschr. in § 15 a GewD. die Anbringung der Firma an dem offenen Ladengeschäft. Die konkursrechtliche Ermächtigung zur Fortführung des Geschäfts, die für Rechnung des Gemeinschuldners wenn auch zu dem beschränkten Zwecke der Gläubigerbefriedigung erfolgt, bringt es also mit sich, daß der Gemeinschuldner die bisherige Firma für das fortzuführende Geschäft auf die Dauer der Fortführung ungestört zur Verfügung halten muß.

Sowenig der Gemeinschuldner, solange das Geschäft vom Konkursverwalter fortgeführt wird, am gleichen Ort ein Geschäft unter der gleichen Firma beginnen kann (§ 30 HGB.; Menzel a. a. O. S. 19), sowenig darf er dem fortgeführten Geschäft die Firma durch Herbeiführung ihrer Löschung im Handelsregister völlig entziehen. Er würde sonst die im Konkursrecht vorgesehene Fortführung des Geschäfts mittelbar vereiteln und damit auch in die Befriedigung der Gläubiger störend eingreifen. Denn dem Konkursverwalter steht zur Fortführung des Geschäfts nur die bisherige Firma zur Verfügung.

Das Persönlichkeitsrecht an der Firma muß hier nach dem Willen des Gesetzgebers hinter die vermögensrechtlichen Interessen der Gläubiger zurücktreten.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 14. April 1932, Reg. III Nr. 49/32.)

Mitgeteilt von J.R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

Rechtsentscheide in Miet- und Pachtverhältnissen.

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

1. § 13 a RMietG.

1. Eine bauliche Veränderung kann die Festsetzung einer Zusatzmiete auch dann rechtfertigen, wenn sie zugleich mit Instandsetzungsarbeiten vorgenommen wird.

2. Die Zustimmung des Mieters i. S. § 13 a RMietG. muß sich auf bestimmte bauliche Veränderungen beziehen und sein Einverständnis enthalten, daß ihm die Mietfahne mit diesen baulichen Veränderungen gewährt wird. †)

(RG., 17. ZivSen., RE. v. 4. Okt. 1930, 17 Y 40/30.) [D.]

*

1) JW. 1911, 121.

Zu 1. 1. § 13 a RMietG. ist durch Art. I Ziff. 3 Gef. v. 10. Juli 1926 (RGBl. I, 403) eingefügt worden. Er bestimmt, daß der Vermieter bei der Schaffung baulicher Veränderungen, die den Gebrauchswert des Gebäudes oder Gebäudeteils erhöhen, für die angemessene Verzinsung und Tilgung der Kosten einer Zusatzmiete fordern kann. Der Grund für diese Bestimmung war der Umstand, daß die Festsetzung der Friedensmiete wegen baulicher Veränderung nach § 2 Abs. 4 RMietG. dem Vermieter unter Umständen nicht genügend Deckung für die Mehraufwendungen brachte.

2. Darüber, was unter Zustimmung des Mieters i. S. des § 13 a zu verstehen ist, besteht bisher keine Einigkeit. Während von der einen Seite die bloße Billigung der baulichen Arbeiten ohne Kenntnis der Rechtsfolgen als ausreichend angesehen wird (Günther: MietGer. 1926, 76), enthält die Zustimmung nach anderer Auffassung, die Elemente eines Vertragschlusses (so Ebel-Dilienthal, RMietG., 5. Aufl., § 13 a Abs. 2). Man wird, da die Zustimmung die Verpflichtung des Zustimmungenden zur

2. § 5 PrMietzB.D. Bezieht sich ein Mietverhältnis nach dem Sachvortrage des Antragstellers auf Räume, die teils vor, teils nach dem 1. Juli 1918 bezugsfertig geworden sind, und ist nach dem Vortrage des Antragstellers das MietG. auf das ganze Mietverhältnis anwendbar, so hat das MGL. auch nach § 5 PrMietzB.D. i. b. Fass. v. 8. Okt. 1931 die Friedensmiete für das ganze Mietverhältnis festzusetzen.

Im RE. v. 1. Dez. 1928, 17 Y 76/28 (JFG. ErgBd. 8, 98; JW. 1930, 161; HöchstRSpr. 1929 Nr. 613; RGBl. 29, 126; RVerwBl. 1929, 435; Einigungsamt 1929, 774; MietGer. 1929, 13; WohnArch. 1929, 77; Grundeigentum 1929, 610; Gut-Stümper-Jormaier, Entsch. zum Mietrecht Bd. 5 Nr. 3250; Hertel, Mieterschutz, 17. Nachtrag Nr. 462) ist ausgesprochen: Bezieht sich ein Mietverhältnis nach dem Sachvortrag des Antragstellers auf Räume, die teils vor, teils nach dem 1. Juli 1918 bezugsfertig geworden sind, so hat das MGL. die Friedensmiete für das ganze Mietverhältnis festzusetzen und auf einen entsprechenden Antrag auch die Friedensmiete für die vor dem 1. Juli 1918 bezugsfertig gewordenen Räume allein festzustellen oder festzusetzen. Dieser RE. fand seine Stütze in der ständigen Rspr. des RG. über die Bedeutung des Vortrages des Antragstellers bei der Ermittlung der Friedensmiete. Diese Bedeutung besteht darin, daß das MGL. nicht dazu berufen ist, bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, und zwar auch dann, wenn sie Vortragen zur Wirksamkeit seiner Beschlüsse betreffen. Deshalb hat das MGL. in diesen Fällen vom Sachvortrag und, wo dieser den Antrag nicht einwandfrei als überflüssig erkennen läßt, von der Rechtsansicht des Antragstellers auszugehen. Diese Ansicht hat ihre Begr. vor allem in der Begrenzung der dem MGL. bei der Ermittlung der Friedensmiete übertragenen Aufgaben und der daraus folgenden Notwendigkeit, die Entsch. solcher Fragen zu vermeiden, die abschließend und bindend nicht vom MGL., sondern nur im bürgerlichen Rechtsstreit vom ordentlichen Gericht entschieden werden können.

Die Ansicht stand auch in Übereinstimmung mit § 5 B.D. über die Mietensbildung in Preußen, nach dem „der Vermieter sowie jeder Mieter“ den Antrag auf Ermittlung der Friedensmiete stellen konnte. § 5 hat durch die B.D. v. 8. Okt. 1931 eine andere Fassung erhalten. Die Bedeutung dieser Neufassung beschränkt sich aber darauf, daß das MGL. und die Beschwerdestelle zur Entsch. über die Friedensmiete nicht mehr verpflichtet sind, wenn das Mietverhältnis nicht nach dem Vortrage des Antragstellers den Best. des RMietG. unterliegt. Die Verfahren auf Ermittlung der Friedensmiete sind also, wie in den RE. v. 19. Dez. 1931 (JFG. ErgBd. 11, 81; JW. 1932, 3001; WohnArch. 1932, 177; MietR. 32, 1279; MietGer. 32, 69; Grundeigentum 32 140; Grundstücksware 32, 38; Hertel, Mieterschutz, 27. Nachtrag Nr. 682) ausgeführt ist, durch die Neufassung des § 5 nur insofern eingeschränkt, als ein Vortrag des Antragstellers des Inhalts, daß das Mietverhältnis den Best. des RMietG. unterliege, Voraussetzung der Tätigkeit des MGL. ist. Ob dieser Vortrag zutrifft, kann aber endgültig nur vom ordentlichen Gericht mit Verbindlichkeit festgestellt werden. Hieraus ergibt sich, daß, wenn die Mieträume teils Alt- und teils Neubauraum sind, der Antragsteller aber die Anwendbarkeit des RMietG. auf das ganze Mietverhältnis behauptet, die Entsch. dieses Streites nicht vom MGL. zu treffen, sondern dem ordentlichen Gerichte zu überlassen ist, da nur dieses den Streit abschließend und bindend entscheiden kann.

(RG., 17. ZivSen., RE. v. 8. Okt. 1932, 17 Y 22/32.) [D.]

*

3. § 5 PrMietzB.D.; § 7 PrLodB.D. v. 11. Nov. 1926. Sind Wohn- und Geschäftsräume nach der Rechtsaufassung des Antragstellers wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhanges zugleich vermietet, so wird auch nach § 5 PrMietzB.D. i. b. Fass. v. 8. Okt. 1931 an der Verpflichtung des MGL. zur Feststellung oder Festsetzung der Friedensmiete für beide Raumarten zusammen nichts durch den Umstand geändert, daß die Geschäftsräume und die Wohnräume ab 1. Dez. 1926 getrennt vermietet waren.

Im RE. v. 16. März 1929, 17 Y 14/29 (JFG. ErgBd. 9, 114) ist ausgesprochen, „daß das MGL. dann, wenn das Mietverhältnis sich auf Räume bezieht, die teils Wohn- und teils

Zahlung der Zusatzmiete begründen soll, für erforderlich, aber auch als ausreichend erachten müssen, daß aus den Umständen des Falles nach Treu und Glauben der Wille des Mieters zur Übernahme der Zahlungsverpflichtung zu entnehmen ist. Auch nach dem Tatbestand des RE. RG. v. 16. März 1929, 17 Y 16/29: JW. 1929, 2880, lagen vertragliche Rechtsbeziehungen und die Zustimmung des Mieters zu den baulichen Verbesserungen in voller Erkenntnis der Rechtsfolgen vor.

R.A. Dr. Wilhelm Thiele, Berlin.

Geschäftsraum sind, die Friedensmiete stets für das gesamte Mietverhältnis festzusetzen hat". Diese Stellungnahme fand ihre Begründung darin, daß die Frage, ob Geschäftsräume wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs mit Wohnräumen zugleich vermietet sind (§ 4 Abs. 2 PrLocVD. v. 11. Nov. 1926) abschließend und bindend nur im bürgerlichen Rechtsstreit von dem ordentlichen Gericht entschieden werden kann. Wie in allen Fällen, in denen nicht feststeht, ob die Best. des RMietG. Anwendung finden, muß das MGL. deshalb vom Sachvortrag, und wenn dieser Zweifel an der rechtlichen Beurteilung zuläßt, auch von der Rechtsauffassung des Antragstellers ausgehen, wie dies der Senat namentlich in den RE. v. 8. Dez. 1924, 17 Y 140/24 (JFG. ErgBd. 3, 155) und v. 25. Nov. 1925, 17 Y 142/25 (ebenda 4, 153) näher begründet hat.

Dieser Rspr. lag zwar die Vorschr. des § 5 VD. über die Mietzinsbildung in Preußen in ihrer damaligen Fassung mit zugrunde, wonach der „Vermieter sowie jeder Mieter“ den Antrag auf Ermittlung der Friedensmiete stellen konnte. Die Abänderung dieser Best. durch die VD. v. 8. Okt. 1931 dahin, daß nur „der Vermieter oder Mieter, deren Mieträume den Best. des RMietG. unterliegen“, antragsberechtigt sind, hat aber lediglich zur Folge, daß eine Verpflichtung des MGL. zur Entsch. über die Friedensmiete nicht mehr besteht, wenn das Mietverhältnis nach dem eigenen Vortrag des Antragstellers den Best. des RMietG. nicht unterliegt. Wie in den RE. v. 19. Dez. 1931, 17 Y 58/31 und 60/31 (JFG. ErgBd. 11, 81, 79) ausgeführt ist, muß nunmehr, wenn das MGL. die Friedensmiete ermitteln soll, der Antragsteller vortragen, daß auf das Mietverhältnis die Best. des RMietG. anwendbar sind. Läßt sein tatsächliches Vorbringen dies zweifelhaft erscheinen, so ist auch von seiner Rechtsauffassung auszugehen. „Nur wenn die Rechtsauffassung des Antragstellers mit den vorgetragenen Tatsachen zweifellos unvereinbar ist, z. B. wenn der Antragsteller vorträgt, er habe in diesem Jahre keine Geschäftsräume gemietet und auf dieses Mietverhältnis finde das RMietG. Anwendung, kommt der vorgetragenen Rechtsauffassung des Antragstellers keine Bedeutung zu“ (ebenda 80).

Nach diesen Grundsätzen muß das MGL. auch nach der Neufassung des § 5 VD. über die Mietzinsbildung in Preußen auf Antrag eines Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen die Friedensmiete für beide Raumarten zusammen feststellen oder festsetzen, wenn der Antragsteller zum Ausdruck bringt, daß sie nach seiner Rechtsauffassung wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs zugleich vermietet worden sind und das ganze Mietverhältnis deshalb den Best. des RMietG. unterliegt. Räume der bezeichneten Art sind nämlich, ebenso wie nach § 4 Abs. 2 PrLocVD. v. 11. Nov. 1926, die nach § 16 der 7. PrLocVD. v. 26. Okt. 1931 am 5. Nov. 1931 außer Kraft getreten ist, auch nach § 12 Abs. 2 der 7. LocVD. nicht von den Best. des RMietG. befreit, sofern ihre Friedensmiete eine bestimmte Höhe nicht erreicht.

Waren die Geschäftsräume und die Wohnräume am 1. Dez. 1926 getrennt vermietet, so sind die Geschäftsräume freilich von diesem Tage ab nach § 4 Abs. 1 i. Verb. m. § 7 PrLocVD. v. 11. Nov. 1926 von den Best. des RMietG. ausgenommen worden. Sind sie nach diesem Zeitpunkt aber wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs zugleich vermietet worden, so ist die von der Beschwerdestelle abgelehnte Rechtsauffassung, daß nunmehr wieder beide Raumarten den Best. des RMietG. unterliegen, nicht „mit den vorgetragenen Tatsachen zweifellos unvereinbar“. Wenn auch hier dahingestellt bleiben muß, ob sie zutrifft, so läßt sie sich doch jedenfalls mit guten Gründen vertreten. Für sie spricht jetzt auch der Umstand, daß die 7. LocVD. an die Stelle des 1. Dez. 1926 einen neuen Stichtag für die Voraussetzungen der Befreiung von den Best. des RMietG. festsetzt, nämlich den 5. Nov. 1931. Man wird fragen können, weshalb es dessen noch bedurft hätte, wenn alle Räume, die am 1. Dez. 1926 von den Best. des RMietG. befreit wurden, ihnen ohnehin aufs neue nicht unterliegen können. Nebenfalls ist nicht ausgeschlossen, daß in einem bürgerlichen Rechtsstreit das ordentliche Gericht die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Best. auf Geschäftsräume bejaht, die erst nach dem 1. Dez. 1926 wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhangs mit Wohnräumen zugleich vermietet worden sind. Die Friedensmiete für beide Raumarten zusammen festzustellen oder festsetzen bleibt das MGL. deshalb auch in einem solchen Falle verpflichtet.

(RG., 17. ZivSen., RE. v. 8. Okt. 1932, 17 Y 28/32.) [D.]

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Deutsches Eherecht.

Berlin.

1. Materielles Recht.

I. §§ 138, 1565 ff. BGB. Ein Unterhaltsvertrag zwischen Ehegatten, in welchem sich ein Teil verpflichtet,

dem andern Ehegatten für den Scheidungsfall eine bestimmte Unterhaltsrente zu zahlen und bestimmte Scheidungsgründe nicht geltend zu machen, dient nicht zur Erleichterung der Scheidung, denn die Abstandnahme davon, Scheidungsgründe vorzubringen, mußte die Scheidung erschweren.

(RG., 28. ZivSen., Beschl. v. 14. Juli 1932, 28 W 7065/32.)

Mitgeteilt von R. S. Brugsch, Berlin.

Riel.

2. § 1568 BGB. Schwere Eheverfehlungen.

Der Bekl. war zufolge des wie unstrittig jahrelangen Verlöbnisses zwischen den Parteien genau bekannt, daß der (auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft klagende) Ehemann keine eigene Wohnung besaß, sondern gemeinschaftlich, allerdings in getrennten Räumen, mit seiner Mutter und Schwester eine Wohnung benutzte, auch — wenigstens in der ersten Zeit der Ehe — nicht in der Lage war, eine eigene selbständige Wohnung zu mieten und weiter, daß er an seiner Mutter und Schwester mit außerordentlicher Liebe hing. Aus diesen Verhältnissen, insbesondere dem unmittelbaren Nebeneinanderwohnen, ergeben sich — so auch hier — naturgemäß leicht Reibungsflächen und Konfliktstoffe, deren völlige Vermeidung selbst bei alleinigem besten Willen kaum oder doch nur schwer möglich ist. Mit diesen Unannehmlichkeiten mußte die Bekl. vor und bei der Eingehung der Ehe rechnen und hat sie sich auch klar gemacht. Hielt sie dies von der Eingehung der Ehe nicht ab, so hat sie diese Peinlichkeiten in gewissem Umfang eben bewußt mit in den Kauf genommen und kann auf ihrem Vorliegen nur dann ihre Weigerung, die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen, stützen, wenn sie einen besonders hohen Grad erreichen.

(OLG. Riel, Ur. v. 3. Nov. 1932, 1 U 347/31.)

Mitgeteilt von ODRat Dr. Bobenstegen, Riel.

3. § 1568 BGB. Reizbarkeit und Schuldfrage im Scheidungsprozeß.

Ein Verschulden ist nicht nur dann ausgeschlossen, wenn die Bekl. die Handlungen im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangen hat, sondern schon dann, wenn sie sich in einem ohne ihre Schuld entstandenen Zustande der Erregung befand, der ihr jede Selbstbeherrschung nahm. Der Sachverständige ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Bekl. durch ihre körperliche Erkrankung an Schlagaderverkalkung und dem abnorm gesteigerten Blutdruck und durch eine allgemeine Erkrankung des Nervensystems außerordentlich reizbar ist, und daß sich dies in ihrer Unbeherrschtheit äußert. Er ist der Ansicht, daß sie sich in einem solchen stark geminderten Zustande der Zurechnungsfähigkeit z. B. der Unterjuchung befand und schon seit längerer Zeit befunden hat, daß ihr das Gesamtverhalten dem Kl. gegenüber als Verschulden nicht angerechnet werden kann. Das Gericht hat keinen Anlaß, von dem Gutachten abzuweichen. Daher ist nicht festzustellen, daß die Bekl. selbst bei Aufwendung aller ihr möglichen Willenskraft imstande war, sich zu beherrschen und die gegen den Kl. gerichteten Handlungen zu unterlassen.

(OLG. Riel, 4. ZivSen., Ur. v. 27. Jan. 1932, 4 U 63/29.)

Mitgeteilt von OBR. Schumacher, Altona.

4. § 1568 BGB. Strafanzeigen gegen den Eatten sind nicht in allen Fällen ehewidrig.

Nicht jede Strafanzeige des einen Ehegatten gegen den anderen stellt eine schwere Eheverfehlung dar. Es kann freilich u. U. die Erstattung einer Strafanzeige mit der rechten ehelichen Gesinnung unverträglich erscheinen und die Scheidung rechtfertigen, selbst wenn die Anzeige zwar nicht wissentlich falsch, aber doch grob fahrlässig erstattet war. Daß die Anzeige hier grob fahrlässig — wissentlichkeit kommt keinesfalls in Frage — erstattet ist, konnte nicht festgestellt werden. Das Strafverfahren ist allerdings eingestellt worden; gegen die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen L. u. M. bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Es kommt hinzu, daß die Bekl. wohl geglaubt haben kann, zu dieser Strafanzeige zwecks Wahrnehmung eigener Rechte berechtigt gewesen zu sein. Denn tatsächlich hatte der Kl. Silberfachen verbraucht, die zu dem bisher gemeinsamen Haushalt gehört hatten und auf deren Benutzung die Bekl. glauben konnte, Ansprüche für den Fall zu erheben, daß sie wiederum mit dem Kl. zusammenzöge. Eine schwere Eheverfehlung liegt schon deswegen nicht vor, weil die Bekl. sehr wohl darüber empört sein konnte, daß der Kl. ihr selbst keinerlei Unterhalt gewährte und keine Zuwendungen machte, aber wertvolle Haushaltsgegenstände an dritte weitergab, zu denen er nach den Beobachtungen der Bekl. in nicht einwandfreiem Verhältnis zu stehen schien. Derartige Strafanzeigen aber, die zur Wahrnehmung eigener Rechte und nicht in der Absicht, den anderen Ehegatten zu

schädigen, erstattet werden, begründen keinen Ehescheidungsanspruch. (RG.: JW. 1911, 15; RGRKomm. § 1568 Anm. 3, S. 283.)

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Urt. v. 20. Okt. 1932, 1 U 222/32.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

5. § 1568 BGB. Beziehungen zwischen Ehepflichten und Zugehörigkeit zu einer politischen Bewegung.

Der Bekl. meint, daß sein Umgang mit jungen Mädchen unter dem Gesichtswinkel und der Eigenart der sozialistischen Jugendbewegung betrachtet werden könne; man rede sich innerhalb dieser Jugendorganisationen ohne weiteres mit „du“ und als „Genosse“. bzw. als „Genossin“ an, Bekl. habe namentlich besondere Beziehungen zu jungen Mädchen, weil er eine solche Jugendgruppe leite, dieser Vorträge halte und mit den höher begabten Mädchen natürlich auch mehr und näher zusammenkomme, erotische Hintergründe seien nicht vorhanden. Diese Ausführungen des Bekl. vermögen nicht, ihn zu entschuldigen. Eigenarten einer besonderen politischen oder kulturellen Bewegung können die Pflichten, die ein Ehegatte gegen den anderen nach dem Gesetz hat, nicht abändern. Und wenn innerhalb solcher Bewegung ein näherer Umgang stattfindet, als er sonst zwischen Mann und Frau üblich ist, so darf der Umgang doch nie derart intim werden, daß er die Rechte eines Ehegatten verletzt. Das aber ist der Fall, wenn der Umgang das Kameradschaftliche überschreitet und erotische Seiten annimmt.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Urt. v. 12. Mai 1932, 1 U 180/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

6. § 1570 BGB. Zur Frage der Verzeihung im Rechtsinne im Gegensatz zur moralischen Verzeihung.

Der Bekl. erblickt eine Verzeihung darin, daß ihm die Kl., die ihn im Strafverfahren, obwohl sie von seiner Schuld überzeugt war, zu entlasten versucht hat, nach Antritt seiner Strafe von Mitte Juli 1927 bis Anfang 1930 fast 40 liebevolle Briefe und Postkarten geschrieben, ihm Pakete mit Lebensmitteln, Blumen usw., sowie Bargeld in die Strafanstalt geschickt habe, sich von ihm Geld und Pakete habe senden lassen und ihn dort Ende August 1929 zusammen mit den Kindern besucht und ihn beim Abschied im Beisein der Kinder und des Aufsichtsbeamten geküßt habe. Hierin kann dem Bekl. nicht gefolgt werden. Verzeihung ist die Kundgebung eines inneren Vorganges, welche die Bereitwilligkeit, die Ehe fortzusetzen, zum Ausdruck bringt. Weber eine einzelne Handlung der Kl. oder auch selbst ihr Gesamtverhalten entspricht diesem Erfordernis. Gar keinem Zweifel kann dies unterliegen bei der Annahme eines Teiles des Arbeitsverdienstes des Bekl. durch die Kl. Dies erklärt sich vielmehr ohne weiteres daraus, daß sich die Kl. zufolge Abbüßung der Freiheitsstrafe des Bekl. ihres Ernährers beraubt sah und in ihrer und ihrer Kinder wirtschaftlichen Notlage die Geldsendungen des Bekl. als willkommenen Zuschuß zu ihrem Unterhalt betrachtete. Dasselbe gilt von der Annahme der Lebensmittelpakete des Bekl.

Zweifelhaft kann es sein, ob die recht zahlreichen Briefe und Karten der Kl., in denen sie dem Bekl. Worte liebevoller Teilnahme an seinem Geschick ausdrückt, ihm zahlreiche Einzelheiten ihres und der Kinder Alltagslebens, sowie ihrer wirtschaftlichen und seelischen Nöte schildert und auch den Wunsch ausdrückt, ihn in der Strafanstalt zu besuchen, er möge ihr hierzu das Geld senden, als Verzeihung zu bewerten sind. Mit der Deutung der gebrauchten Redewendungen muß man jedoch schon wegen des geringen Bildungsgrades der Kl. vorsichtig sein. Sodann ist anzunehmen, daß die Kl. mit ihren liebevollen Briefen den Bekl. lediglich trösten und ihm sein schweres Los erleichtern wollte. Ein Wille, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen, kann aus ihnen ebensowenig entnommen werden wie aus dem Besuch der Kl. zusammen mit den Kindern in der Strafanstalt. Auch hierin kann nur ein Ausfluß des Willens der Kl. erblickt werden, dem Bekl. eine seelische Erleichterung zukommen zu lassen und ihm die Freude des Wiedersehens mit ihr und den Kindern zu bereiten. In dieser Beurteilung ändert es auch nichts, wenn die Kl. beim Abschiednehmen dem Bekl. auf die Wangen geküßt hat. Ihre Behauptung, daß der Kuß zwecks Vermeidung des Anscheins der Unversöhnlichkeit und Härtherzigkeit vor den Kindern und dem Beamten erfolgt sei, ist nicht zu widerlegen. Als eine Verzeihung im Rechtsinne kann eine solche flüchtige einmalige Erwiderung der Kl. nicht im Zusammenhang mit dem Gesamtverhalten der Kl. nicht angesprochen werden (vgl. Urt. des RG. v. 10. Jan. 1925: DRZ. 1925 Nr. 170).

Bei einer ihrer einzelnen zur Beurteilung stehenden Handlungen hat die Kl. mit der Möglichkeit, die Ehe tatsächlich fortzusetzen, rechnen können und gerechnet. Durch die rechtskräftige Zuerkennung der lebenslänglichen Zuchthausstrafe war die eheliche Lebensgemeinschaft objektiv zerstört, eine Wagnadigung des Bekl.

war so gut wie ausgeschlossen, jedenfalls nur eine in weiter Ferne liegende völlig unberechenbare Hoffnung. Darüber mußte sich die Kl. bei ruhiger Überlegung klar sein und ist sich auch klar gewesen. Es spricht auch trotz einiger Wendungen in den Briefen der Kl. nichts dafür, daß sie ernsthaft an einen Erfolg des Wiederaufnahmegesuchs geglaubt hat. Sowohl die einzelnen Handlungen der Kl. wie ihr Gesamtverhalten können allenfalls nur als sog. „moralische Verzeihung“ (vgl. RGRW. 1908, 324), nicht aber als eine Verzeihung im Rechtsinne angesehen werden.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Urt. v. 31. März 1932, 1 U 46/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

*

Röln.

7. § 1568 BGB. Die Betätigung einer Ehefrau in einer Bar ist ehewidrig.

Die Kl. hat Stellungen in Bars angenommen. Mag es sich auch um noch so „erstklassige“ Geschäfte handeln, so ist doch mit der Tätigkeit einer Barangestellten, wie dem Gericht bekannt ist, in jedem Falle manches verbunden, was sich mit der Stellung einer Ehefrau nicht verträgt. Zum mindesten muß jede Barangestellte durch persönliche Liebenswürdigkeit und weites Entgegenkommen gegenüber den Besuchern der Bar für eine mögliche Steigerung des Verzehrs besorgt sein, zu diesem Zwecke also schon in intimeren Verkehr mit diesen Besuchern treten, als sich für eine Ehefrau ziemt.

(OLG. Röln, Urt. v. 8. März 1932, 6 U 223/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Vonhoff, Aachen.

Berlin.

2. Verfahren.

8. § 940 ZPO.; § 1387 BGB. Die von der Ehefrau gegen den vermögenslosen Ehemann beantragte einseitige Verfügung zur Prozeßkostenvoranschlagszahlung ist zurückzuweisen.

An dem nachgewiesenen Unvermögen des Ehemanns ändert die Tatsache nichts, daß er die für die 2. Instanz erforderliche Prozeßgebühr nach Ablehnung des Armenrechts wegen Ausichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung tatsächlich gezahlt hat, nachdem er sich das dazu nötige Geld von dritter Seite beschafft hatte. Ist hiernach der Ehemann selbst vermögenslos, würde die beantragte EinstwVerf. ganz zwecklos sein. Ihre Verfassung ist daher gerechtfertigt (Friedländer: JW. 1930, 730¹⁷; Stein-Jonas, 14. Aufl., VI 4 vor § 606 ZPO.; Senffert, 12. Aufl., 6a vor § 91 ZPO. S. 169; Sybrow-Busch, 20. Aufl., Nachtrag 1932 S. 70, zu § 627 ZPO.).

(RG., 14. ZivSen., Beschl. v. 22. Nov. 1932, 14 U 7300/32.)

Mitgeteilt von OGR. Körner, Berlin.

Hamburg.

9. §§ 627, 940, 919, 943, 916 ZPO.; §§ 1361, 1580, 760 BGB. Das Ehescheidungsgericht ist nicht zuständig für einen Arrest zur Sicherung künftiger Unterhaltsansprüche der Ehegatten untereinander.

EinstwVerf. unter Ehegatten sind auch außerhalb der in § 627 ZPO. genannten Fälle nach § 940 ZPO. zulässig, zuständig ist aber das Ehescheidungsgericht für EinstwVerf. nur im Rahmen des § 627 ZPO., während für Verfügungen und Arreste auf Grund von §§ 940, 916 ZPO. nach §§ 943, 919 ZPO. das Gericht der Hauptsache zuständig ist; dies ist für Unterhaltsstreitigkeiten zwischen Eheleuten nach § 23 BGB. lit. f das AG. Eine Zuständigkeit des Ehescheidungsgerichts nach § 627 ZPO. zum Erlass eines Arrestes für Unterhaltsforderungen könnte nur dann in Frage kommen, wenn die Antragstellerin einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hätte. Einen solchen Anspruch vermag aber der § 1361 BGB. den Gatten während bestehender Ehe im Gegensatz zu § 1580 BGB., welcher nach der Scheidung einen solchen Anspruch zuläßt (vgl. Staudinger, Anm. 3a zu § 1361 BGB.; OLG. Hamburg: OLGRRpr. 3, 240 ff.). § 627 ZPO. gestattet ausdrücklich dem Ehescheidungsgericht nur, die Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1361 BGB. zu ordnen; nach diesem Paragraphen und dem darin in bezug genommenen § 760 BGB. könnte das Ehescheidungsgericht allenfalls die Vorauszahlung der Unterhaltsrente für 3 Monate durch EinstwVerf. anordnen, nicht aber den beantragten Arrest erlassen, durch welchen die Unterhaltsforderung der Kl. für 3 Jahre, also sogar über die vorausgerichtliche Dauer dieses Ehescheidungsprozesses hinaus, gesichert werden soll.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 30. Juli 1932, Bs Z VI 248/32.)

Mitgeteilt von OGRat Mah, Hamburg.

*

Kiel.

10. § 618 Abs. 5 ZPO. Auch auf den Mitschuldigerklärungsantrag hin kann gegen den Gegner kein Verjährensurteil ergehen.

Es ist erwiesen, daß der Kl. mit der Zeugin E. unversehrt die Ehe gebrochen hat. Da das VG., ohne daß die Bekl. insoweit das Urteil angefochten hat, die Ehe der Parteien wegen Ehebruchs der Bekl. geschieden hat, so mußte auf die Ver. der Bekl. für Mitschuldigerklärung an der Scheidung erklärt werden. Da der Antrag auf Mitschuldigerklärung für das Anwendungsgebiet des § 618 Abs. 5 ZPO. der Erhebung einer Widerklage gleichzustellen ist, war das Urteil des VG. nicht im Wege des Verjährensurteils, sondern im Wege des kontradiktorischen Urteils abzuändern.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Ur. v. 26. Mai 1932, 1 U 16/32.)

Mitgeteilt von OWR. Schumacher, Altona.

II. Ausländisches Scheidungsrecht.

Frankfurt a. M.

11. Art. 17 GGVB. Die niederländische Scheidung van tafel en bed ist mit der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht wesensgleich. †)

Die Ver. ist zulässig, aber sachlich unbegründet. Der Kl. war und ist niederländischer Staatsangehöriger. Die Bekl. ist es durch die Eheschließung geworden; Art. 12 des niederländischen StAngeh-

Zu 11. Im Ergebnis ist das Ur. sicher richtig. Auch die Untersuchungsmethode ist durchaus zu billigen. Das Gericht hat mit vollem Recht nicht ohne weiteres auf Grund des Umstandes, daß in Deutschland die Trennung von Tisch und Bett nicht anerkannt wird, die Anwendung der holländischen „scheidung van tafel en bed“ abgelehnt. Es hat richtigen Qualifikationsgrundsätzen entsprechend die holländische Bezeichnung nicht als entscheidend angesehen, sondern deren Inhalt geprüft. Aber bei dieser Prüfung hat es den wesentlichsten Grund, welcher die „scheidung van tafel en bed“ von der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unterscheidet, nicht berücksichtigt: Auch wenn die „scheidung van tafel en bed“ fünf Jahre lang bestanden hat, kann nach holländischem Recht nicht etwa jeder der Ehegatten die Scheidung verlangen. Vielmehr muß, wenn einer der Ehegatten auf Grund einer fünfjährigen Trennung von Tisch und Bett die Scheidung beantragt, und der andere Ehegatte entweder in drei, von Monat zu Monat anzusetzenden Terminen nicht erscheint, oder dem Ehescheidungsantrag widerspricht, der Antrag zurückgewiesen werden (Art. 256 des holländischen Burgerlijk Wetboek). Der durch die holländische „scheidung van tafel en bed“ herbeigeführte Rechtszustand unterscheidet sich also in dem wesentlichsten Punkt von den Folgen der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft: Nach holländischem Recht bleibt für jeden Ehegatten auch die von Tisch und Bett getrennte Ehe eine dauernde Bindung, wenn der andere Ehegatte ihn nicht davon befreien will. Bei der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann jeder Ehegatte einseitig die Vernichtung des Ehebandes herbeiführen. Die holländische „scheidung van tafel en bed“ ist also ein klarer Fall der Trennung von Tisch und Bett, die seit dem Ur. der VerZivSen. des RG. v. 12. Okt. 1903: RG. 55, 345 ff. in Deutschland von der Praxis nicht mehr zugelassen wird (vgl. insbes. HansRG. v. 10. Mai 1926; HansGZ. BBl. 1926, 170 f., bestätigt durch RG. v. 28. Febr. 1927: WarnRpr. 1927, 165 f. = HansGZ. BBl. 1927, 150 f.).

Die nicht so einfache Frage, wie zu erkennen gewesen wäre, wenn die holländische „scheidung van tafel en bed“ der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wesensgleich sein würde, hätte in dem Ur. also keiner Erörterung bedurft. Da sie aber angeschnitten ist, kann ich nicht umhin, meine Bedenken gegen die Ansicht des Gerichts zum Ausdruck zu bringen, daß das Haager Abkommen v. 12. Juni 1902 auf die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unanwendbar ist. Dieses betrifft „divorce“ und „séparation de corps“. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft scheint nach der Ansicht des OLG. Frankfurt ihrer Wirksamkeit nach zwischen diesen beiden Rechtsinstituten zu stehen. Das Gericht ist also der Ansicht, daß das Haager Abkommen zwar die weitestgehende Scheidung und die weniger weitgehende Trennung von Tisch und Bett hat regeln wollen, aber nicht ein zwischen beiden liegendes Rechtsinstitut. Aus dem Wortlaut des Haager Vertrages kann man einen derartigen Schluß nicht ziehen, weil in internationalen Verträgen zwischen Staaten mit sehr verschiedenen Rechten die Terminologie notwendigerweise weiter (unbestimmter) sein muß als in einer inneren Rechtsvorschr. Man muß, um nicht zu unzumutbaren Ergebnissen zu kommen, versuchen i. S. des Haager Vertrages die deutsche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unter „divorce“ oder „séparation de corps“ unterzubringen. Das deutsche RG. sieht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als suspensiv bedingte Ehescheidung an, die gegenüber der

G. v. 12. Dez. 1892 i. d. Fassung v. 31. Dez. 1920. Die deutsche Staatsangehörigkeit hat sie verloren; § 17 Nr. 6 des RGes. v. 22. Juli 1913. Infolgedessen ist das HaagEhescheidAbf. anzuwenden.

Die deutsche Gerichtsbarkeit ist durch dies Abkommen gegeben. Scheidung und Trennung von Tisch und Bett können nur verlangt werden, wenn das einzelne Gebahren nach deutschem und zugleich nach niederländischem Recht zulässig und begründet ist. Eine Rückverweisung auf das Recht des Wohnsitzes kommt auf dem Boden des HaagAbf. nicht in Frage (RG. 105, 341). Überdies liegt die Rückverweisung dem niederländischen Recht fern.

Der auf die Ehescheidung gerichtete Hauptantrag des Kl. braucht hier nach deutschem Recht nicht näher geprüft zu werden, da er nach niederländischem Recht nicht schlüssig begründet ist. Auf die zutreffenden Erwägungen des angefochtenen Ur. wird Bezug genommen.

Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, wie sie hier in zweiter Linie beantragt ist, enthält das HaagAbf. keine Best. Für den deutschen Richter wird die Lücke durch Art. 17 GGVB. ausgefüllt. Nach dem Wortlaut des Abs. 4 kann auf die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur dann erkannt werden, wenn nach dem ausländischen Recht die Scheidung zulässig wäre. Danach wäre hier auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ohne weiteres ausgeschlossen. Indessen muß es nach Sinn und Zweck des Art. 17 zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft genügen, wenn (abgesehen von den Voraussetzungen des sachlichen deutschen Rechts) die Aufhebung nach dem ausländischen Recht zulässig und begründet ist.

vollständigen Scheidung nur ein „minus“ aber nicht ein „aliud“ darstelle (30. April 1901: RG. 48, 144 ff. [148]; 23. Okt. 1902: NiemeyersZ. 1903, 160 ff. [168]; ebenso das vorstehend erwähnte Ur. des HansRG. v. 10. Mai 1926; vgl. auch ROHRomm. § 1575 Ann. 3). Auf demselben Standpunkt steht holländischer „Hooge Raad“ v. 25. Juni 1920, welches ein Ur. des „Gerechtshof“ (Oberlandesgerichts) Haag v. 26. Jan. 1920 bestätigt. In diesem Fall wurde ausgeführt, daß die deutsche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Scheidung mit Heiratsverbot sei (Kosters et Bellemans, Les Conventions de la Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé, 1921, S. 591 ff. und 577 ff.). Dagegen hat der Gerechtshof Arnhem am 1. Juni 1920 (Kosters et Bellemans a. a. O. S. 581 ff.) die deutsche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft i. S. des Haager Vertrages als „separation de corps“ qualifiziert. Derselben Ansicht sind Rahm II, 345 ff.; Travers, La Convention de la Haye relative au Divorce et à la Séparation de Corps (1909, S. 73 ff.).

Ich glaube, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unter das HaagAbf. fällt, weil es nicht dessen Sinn gewesen sein kann, eine Mittelstufe — die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft — von der Regelung auszuschließen, während weiter voneinander entfernte Rechtsinstitutionen, nämlich die vollkommene Scheidung und die bloße Trennung zweifellos unter das Abkommen fallen. Darüber, unter welchen der beiden in Frage kommenden Begriffe „divorce“ oder „séparation de corps“ die deutsche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft einzureihen ist, kann ohne praktischen Schaden die Rpr. in den verschiedenen Vertragsstaaten verschieden sein. Denn „divorce“ und „séparation de corps“ werden im HaagAbf. auf völlig gleiche Weise behandelt. Es kommt nur darauf an, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft i. S. des Haager Abkommens unter den einen oder den andern Begriff fällt. Die Frage nach der Anwendbarkeit des HaagAbf. auf die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist für Deutschland selbst dann wichtig, wenn die „séparation de corps“ der andern Vertragsstaaten in Deutschland als wesensgleich gegenüber der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft angesehen wird. Denn wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht unter das HaagAbf. fällt, so wird ein in einem andern Vertragsstaat erlassenes Ur., durch welches eine deutschrechtliche eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird, in Deutschland in der Regel wegen Fehlens der Gegenseitigkeit nicht anerkannt werden (§ 328 Abs. 1 Nr. 5 i. Verb. m. Abs. 2 a. E. und § 606 Abs. 2 ZPO.). Im gleichen Falle würde aber die Scheidung anerkannt werden, weil im Bereich des HaagEhescheidAbf. die Gegenseitigkeit im Verhältnis zu den Vertragsstaaten als verbürgt anzusehen ist (RG. 102, 82 ff.). Dem in einem der andern Vertragsstaaten wohnhaften Deutschen, welcher Wert auf die Anerkennung seines Personenstandes in Deutschland legt, würde also der bequeme Weg der Klage in seinem Wohnsitz offen stehen, wenn er auf Scheidung klagen würde, und verschlossen sein, wenn er auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen wollte, selbst wenn die Gerichte des Wohnsitzes bereit sind einer solchen Klage stattzugeben. Das ist ein durch nichts gerechtfertigtes Ergebnis und widerspricht der bei Schaffung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft maßgebenden Absicht, die Gewissensbedenken des katholischen Volksteils zu berücksichtigen.

Dr. George Melchior, den Haag.

Nun kennt das niederländische Recht als Minderes gegenüber der Scheidung (rechtscheidung, Lösung des Bandes) nur die scheidung van tafel en bed. Sie kann unter wesentlich leichteren Voraussetzungen erwirkt werden, steht aber auch in ihren Rechtswirkungen hinter der Ehescheidung weit zurück. Sie läßt das Band der Ehe unberührt. Erst nach weiteren fünf Jahren kann die Auflösung der Ehe verlangt werden. Hierdurch unterscheidet sich diese niederländische Rechtseinrichtung grundlegend auch von der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, deren Umwandlung in eine Ehescheidung von jedem Gatten jederzeit verlangt werden kann. Fünf Jahre machen fast ein Viertel der mittleren Gesamtdauer einer Ehe aus. Da der Wunsch, von dem Bande der Ehe frei zu werden, ganz überwiegend durch erotische oder wirtschaftliche Beweggründe bestimmt wird, so überragen für die Beteiligten die nächsten fünf Jahre die spätere Zukunft an Wichtigkeit. Nur in ganz ungewöhnlichen Verhältnissen wird es vorkommen, daß einer erst nach fünf Jahren in Aussicht stehenden Freiheit die annähernd gleiche Bedeutung beigemessen wird, wie einer sofortigen Befreiungsmöglichkeit. Mit gutem Grund hat daher das deutsche Gesetz die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft an dieselben sachlichen Voraussetzungen geknüpft wie die Ehescheidung, während das niederländische Gesetz die überaus stark befristete Befreiung an erleichterte sachliche Voraussetzungen knüpfen konnte. Der fundamentale sachliche Unterschied zwischen den beiden Rechtseinrichtungen wird auch nicht dadurch beseitigt, sondern höchstens etwas verdunkelt, daß durch das zur Aufhebung oder zur scheidung van tafel en bed führende Verfahren ohnehin viel Zeit verlorengehen kann.

So ergibt sich, daß eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach niederländischem Recht unzulässig ist, während umgekehrt das deutsche Recht keinen Richterspruch zuläßt, der in seiner Wirkung der niederländisch-rechtlichen Trennung von Tisch und Bett gleichkommt oder auch nur ähnelt.

Hierbei ist zugunsten des *RL.* angenommen worden, daß es bei der Vergleichung der Rechtseinrichtungen nicht auf ihren Namen, sondern auf ihre Wirkung ankommt, so daß die vom österreichischen Recht ausgehende Entsch. *RG.* (Verz. *ZivSen.*) 55, 345 sich nicht unbesorgen auf andere Rechtsordnungen übertragen läßt und daß auch die ablehnende Bemerkung von *Stein-Jonas* vor *BPD.* § 606 III 1d Anm. 17 zu allgemein gehalten ist.

(*OLG.* Frankfurt, 3. *ZivSen.*, Ur. v. 20. Juni 1932, 3 U 91/32.)

Mitget. v. *RA.* Dr. *Karl Ernst Möhring*, Frankfurt a. M.

Berlin.

III. Erbrecht.

12. §§ 1085, 1089 *BGB.* Das Vermächtnis eines Nießbrauchs an einem Nachlaß kann als Vermächtnis lediglich des obligatorischen Anspruchs auf die Nutzungen des Nachlasses angesehen werden.

Die *Vorentsch.* beruht auf der Erwägung, daß der *RL.* unstreitig „der Nießbrauch an dem ganzen Nachlaß“ vermacht und sie deshalb berechtigt sei, die Bestellung des Nießbrauchs an den Nachlaßgegenständen, insonderheit an den Hypotheken, zu verlangen. Das trafe zu, wenn es sich um einen Nießbrauch i. S. d. §§ 1085, 1089 *BGB.* handelte. Einer solchen Annahme stehen aber die sonstigen Bestimmungen des Testaments entgegen. Wenn der Erblasser seinen Söhnen als Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertrug und ihnen zur Pflicht machte, alle Einkünfte an die *KL.* abzuführen und ihr alljährlich über die Verwaltung Rechnung zu legen, so schloß er sie damit von jeder Mitwirkung an der Verwaltung aus und wendet ihr nur einen Anspruch auf Ausfolgung der reinen Einkünfte zu. Sonst hätten diese Bestimmungen keinen Sinn. Noch klarer wird dies, wenn man den § 3 hinzunimmt. Danach haben die Testamentsvollstrecker das Recht — aber nicht die Pflicht — einem unverschuldet in Not geratenen Kinde des Erblassers ein Darlehn bis zu 15 000 *RM.* zu geben. Es ist also in ihr Ermessen gestellt, ob sie von dieser Befugnis Gebrauch machen wollen. In der Freiheit ihrer Entscheidung wären sie aber gehindert, wenn sie an die Mitwirkung der *KL.* gebunden wären. Ersichtlich ging der Wille des Erblassers eben dahin, seiner Witwe den Genuß aller reinen Einkünfte zu lassen, die Verwaltung aber ausschließlich in die Hand seiner Söhne zu legen, die ihm dazu geeigneter erschienen.

(*RG.*, 3. *ZivSen.*, Ur. v. 30. April 1932, 3 U 796/32.)

Mitgeteilt von *RA.* Dr. *Fritz H. Strauß*, Berlin.

*

Jena.

13. Das Vorkaufrecht des § 2034 *BGB.* an dem Erbanteil eines Miterben steht den übrigen Miterben nur gemeinschaftlich zu. Jedoch können es auch einzelne Miterben geltend machen, wenn die anderen ihr Recht nicht ausüben oder wenn es erloschen ist (§ 513 *BGB.*). Das Vor-

kaufrecht wird für einzelne Miterben auch unter der aufschließenden Bedingung wirksam, daß die anderen Erben ihr Vorkaufrecht nicht ausüben. — Es kann die Erklärung einzelner Miterben, das Vorkaufrecht ausüben zu wollen, unter der Bedingung abgegeben werden, daß die anderen Miterben das Rechtsgeschäft genehmigen. Eine Verzichtserklärung der an der Ausübung des Vorkaufrechts nicht beteiligten Miterben braucht während der gesetzlichen Ausschlussfrist des § 2034 Abs. 2 *BGB.* nicht beigebracht zu werden. f)

(*OLG.* Jena, 2. *ZivSen.*, Ur. v. 24. Nov. 1931, 2 U 1058/31.)

Abgedruckt *ZB.* 1932, 1399^a.

Berlin.

IV. Sonstiges Bürgerliches Recht.

14. § 1909 *BGB.* Sorgfaltspflicht des Vormundes bei Verwaltung des Mündelvermögens. — Schadenersatzpflicht, wenn die erhöhte Aufwertung der persönlichen Forderung durch Verschulden des Vormunds unterblieben ist.

Da der Antrag auf erhöhte Aufwertung sich nicht gegen einen Dritten, sondern gegen die *Bekl.* selbst als Schuldnerin der aufzuwertenden Hypothekenforderung hätte richten müssen, war die *Bekl.* von der Vertretung der *KL.* bei der Stellung des Antrages gemäß den §§ 1795, 181 *BGB.* ausgeschlossen. Die Anmeldung der Hypothekenforderung zur Aufwertung nach §§ 10 Ziff. 2, 18 *AufwG.* war eine Angelegenheit, an deren Besorgung die *Bekl.* als Vormund kraft Gesetzes verhindert war und für die daher der *KL.* einen Pfleger hätte bestellt werden müssen (§ 1909 Abs. 1 *BGB.*). Die *Bekl.* war nach § 1909 Abs. 2 *BGB.* aber verpflichtet, dem *VormGer.* davon Anzeige zu machen, daß ein Bedürfnis für eine Pflegschaft eingetreten sei. — Ebenso wie die Pflicht des Vormundes zur Stellung eines Antrages auf erhöhte Aufwertung — wo eine solche in Frage kam und der Vormund den Antrag stellen konnte —, ist auch die Verpflichtung zur Erstattung der Anzeige nach § 1909 Abs. 1 *BGB.* eine Pflicht, die zur Fürsorge für das Vermögen des

Zu 13. A. Anm. *Pohl*, ebenda.

B. Der Auffassung von *Pohl a. a. O.*, derzufolge § 513 Satz 2 *BGB.* dann nicht anwendbar sein soll, wenn gegen einen von mehreren Miterben die Frist des § 2035 verstrichen ist, kann nicht beigetreten werden. Ihr liegt eine Überspitzung des Gemeinschaftsgedankens zugrunde. Gewiß ist es richtig, daß eine von einer Gemeinschaft abzugebende Willenserklärung nur dann als fristgemäß abgegeben gelten kann, wenn sie von allen Gemeinschaftern innerhalb der Frist abgegeben worden ist. Aber es liegt in der Hand des Gesetzgebers, von dieser Regel Ausnahmen zu machen. Das ist in § 513 Satz 2 geschehen. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob — wie *Pohl* ausführt — die erste der hier genannten Alternativen Platz greift. Die Anwendbarkeit der zweiten Alternative läßt sich nicht bestreiten: sie wäre gegenstandslos, wenn sie nicht in Fällen von der Art des vorl. zur Anwendung käme. Gerade für die Miterbengemeinschaft des § 2034 eine Ausnahme zu machen, besteht keinerlei Anlaß, da der Gesetzgeber selbst bei der Regelung des § 513 gerade an sie gedacht hat (vgl. *Mot.* II S. 348). Die Auffassung *Pohls*, derzufolge das Vorkaufrecht erlischt, wenn einer der Erben es nicht geltend machen will, widerspricht zudem der *ratio legis*: das gesetzliche Vorkaufrecht soll den Nachlaß nach Möglichkeit ungeschmälert im Vermögen der Familie erhalten; es kann nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, daß jeder einzelne Miterbe ihn der Familie entziehen können soll. Die hier vertretene Meinung ist daher mit Recht herrschende Lehre (vgl. die *Comm.* zu § 2034 sowie *Strohhal*, *Erbrecht*, 3. Aufl., II S. 100; *Ripp*, *Lehrb.* V § 83 a. Anf.; *Siber*, *Grundriß des Erbrechts* S. 123; *Jung*: *Stammeler*, *Das ges. dtsh. Recht* I S. 1161 u. a.).

Wenn die Frist des § 2035 *BGB.* gegen alle Erben gleichzeitig zu laufen begonnen hat, können diejenigen Erben, die das Vorkaufrecht auszuüben wünschen, nicht abwarten, bis die Frist für die Erklärungen der anderen Erben verstrichen ist. Sie müssen ihrerseits die Erklärung gem. § 505 abgeben, bevor die Frist verstrichen ist. Es entspricht dem aus § 513 Satz 2 mit durchaus hinreichender Deutlichkeit ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, daß diese Erklärungen dann zugunsten der Erklärenden die rechtswirksame Ausübung des Vorkaufrechts bedeuten, ohne daß es zur Erzielung dieses Ergebnisses der künstlichen Konstruktionen des *OLG.* Jena bedarf. Eine Rechtsunsicherheit für den Dritten oder den Verkäufer entsteht keineswegs. Er kann die Benachrichtigung des § 510, mit der die Frist des § 2035 zu laufen beginnt, so absenden, daß er über den Fristenlauf Klarheit erlangt (Einschreiben mit Rückschein, Zustellung). Sind dann die Fristen gegen alle Erben abgelaufen, so sind nur diejenigen Erben Käufer, die innerhalb der gegen sie laufend Frist die Vorkaufserklärung abgegeben haben.

Prof. Dr. *Ernst Cohn*, Breslau.

Mündels gehört und den Vormund im Falle ihrer Verletzung gemäß § 1833 Abs. 1 BGB. dem Mündel gegenüber schadensersatzpflichtig macht, wenn ihn ein Verschulden trifft.

Darauf, daß der Vormü. aus dem Inhalt der Vormundschafts-akten hätte erkennen können, daß die Hypothek der M. aus einer Erbauseinanderlegung herrührte, kann sich die Bekl. nicht be-rufen. Die Anzeigepflicht des § 1909 Abs. 1 BGB. besteht ohne Rücksicht darauf, ob die Sachlage, die die Anordnung einer Pflegschaft erforderlich macht, aus den Vormundschaftsakten ersichtlich ist oder nicht. Die Anzeige soll geradezu dazu dienen, den Vormü. auf das Bedürfnis für die Einleitung einer Pflegschaft aufmerksam zu machen. Dieser Zweck wird durch eine bei anderer Gelegenheit erfolgende Mitteilung derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Notwendigkeit der Pflegschaft ergibt, in der Regel nicht erreicht.

Die Bekl. hätte sich zum mindesten bei dem Vormü. über die zur ordnungsmäßigen Erledigung der AufwAngelegenheiten notwendigen Maßnahmen erkundigen müssen. Hätte sie dort eine falsche Belehrung erhalten und dann nichts weiter unternommen, so hätte die von ihr be-gangene Pflichtverletzung durch Unterlassung der Anzeige aus § 1909 Abs. 2 BGB. vielleicht als entschuldigend angesehen werden können, obwohl grundsätzlich auch eine Auskunft oder Anweisung des Vormü. den Vormund nicht der Verpflichtung enthebt, selbständig zu prüfen, welche Maßnahmen zur Wahrung der Interessen des Mündels er-forderlich sind (vgl. RMKomm., Anl. 1 zu § 1833 BGB.; RG.: JW. 1922, 1006²; LZ. 1922, 329 Nr. 4).

Auch daß der Vormü. bei ordnungsmäßiger Bearbeitung der Akten das Bedürfnis für Einleitung einer Pflegschaft hätte er-kennen können, entlastet die Bekl. nicht. Die Aufsicht des Vormü. ist vom Gesetz nicht im Interesse des Vormundes, sondern zum Schutze des Mündels als weitere Sicherungsmaßregel für die Wahr-nehmung der persönlichen und Vermögensinteressen des Mündels an-geordnet. Durch die Nachprüfung der Vermögensverwaltung des Vor-mundes durch das Vormü. an Hand der alljährlichen Rechnungs-legenden und die fortlaufende Bearbeitung der Akten wird eine Entlastung des Vormundes nicht herbeigeführt und die Verantwort-lichkeit für ein dem Vormunde bei der Vermögensverwaltung zur Last fallendes Verschulden nicht beseitigt (vgl. RG.: LZ. 1922, 329 Nr. 4; OLG. Dresden: SeuffArch. 32 Nr. 222).

Die M. trifft ein mitwirkendes Verschulden insofern, als sie die unterbliebene Anmeldung der Hypothekenforderung nicht innerhalb dreier Monate nach Eintritt ihrer Volljährigkeit nachgeholt, wo-zu sie gem. § 12 AufwG., § 204 BGB. berechtigt gewesen wäre. Wenn die M. mit Rücksicht darauf noch nicht ganz die Hälfte des ihr durch die Pflichtverletzung der Bekl. entstandenen Schadens ersetzt verlangt, so hat sie damit ihrem mitwirkenden Verschulden in an-gemessenem und ausreichendem Maße bei Erhebung der Klage Rech-nung getragen.

Der Schaden selbst besteht in der zu niedrigen Aufwertung der in Rede stehenden Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung der M. Nach § 10 Ziff. 2 AufwG. hätte diese als For-derung aus einer Erbauseinanderlegung im Falle rechtzeitiger An-meldung nach den allg. Best. ausgewertet werden können. In Fällen der vorl. Art richtet sich bei einer Aufwertung nach den allg. Best. die Höhe des AufwMaßstabes in erster Linie nach der Entwicklung des Grundstückswertes in der Zeit seit Bestellung der Hypothek bis zur Entsch. über die Aufwertung (vgl. Mügel, AufwG. S. 614). Hat das Grundstück des Schuldners bis zu dem vorgenannten Zeit-punkt durch die Inflation nicht an Wert verloren, so ist es berechtigt, daß auch der Gläubiger durch die Inflation keinen Schaden erleidet und seine Forderung voll ausgewertet wird. Einen Anspruch darauf, daß eine Erhöhung des Grundstückswertes durch nachträgliche Ver-besserungen zu seinen Gunsten berücksichtigt wird, hat der Gläu-biger allerdings regelmäßig nicht (vgl. Mügel a. a. O. S. 614; Duassowski, Komm. z. AufwG., Anm. III B zu § 10), da durch die Aufwertung nur die durch die Inflation verursachte Entwertung der Forderung ausgeglichen werden soll, der Gläubiger dagegen nicht eine höhere Forderung erlangen soll, als er ohne Inflation und Ent-wertung gehabt hätte. Da nur die durch die Inflation hervor-generfene Wertbewegung für die Höhe der Aufwertung von Bedeu-tung ist, muß andererseits aber auch eine Wertverminderung anker Betracht bleiben, die ein Grundstück nicht durch die Inflation, son-dern unabhängig von der Geldentwertung durch schlechte Bewirtschaf-tung oder Belastungen durch den Eigentümer erlitten hat.

Wird daher durch eine bessere Bewirtschaftung des Grundstücks des Schuldners ohne besondere materielle Aufwendungen nur eine noch Eintragung der Hypothek durch schlechte Bewirtschaftung, aber nicht durch die Inflation bedingte vorübergehende Wertverminderung bis vor dem Zeitpunkte der Entsch. über die Aufwertung wieder ausgeglichen und ist im übrigen der Wert des Grundstücks durch die Inflation bis dahin nicht beeinträchtigt worden, so ist der volle Gegenwartswert des Grundstücks zur Zeit der Entsch. über die Aufwertung der Bemessung des AufwBetrages zugrunde zu legen und die Forderung des Gläubigers auf 100% aufzuwerten. An die Stelle des Zeitpunktes der tatsächlichen Entsch. über die Aufwertung muß aber in Fällen wie dem vorl., in denen der Vormund schuldhaft

die rechtzeitige Anmeldung der höheren Aufwertung der persönlichen Forderung seines Mündels unterlassen hat, der Zeitpunkt treten, in dem bei rechtzeitiger Anmeldung der höheren Aufwertung der Forderung des Mündels die Entsch. durch den dafür zuständigen Richter hätte erfolgen können (§ 249 BGB.).

(RG., 15. Zivilsen., Ur. v. 2. April 1932, 15 U 307/32.)

Mitgeteilt von M. Dr. Ernst Gans, Berlin.

*

Kiel.

15. § 1357 BGB. Umfang der häuslichen Schlüssel-gewalt.

Die Schlüsselgewalt der Ehefrau umfaßt nicht nur die eigent-lichen Haushaltungsgeschäfte, sondern alle den ehelichen Aufwand betr. Besorgungen, deren besondere Beschaffenheit nach der be-stehenden Sitte auf die Erledigung durch die Frau hinweist (vgl. Warneher, BGB., Bem. 1; RMKomm., Anm. 3 zu § 1357 und RG. 61, 80). Dazu gehört aber nicht der Abschluß eines Ver-trags über einen vierwöchentlichen Badeaufenthalt der bell. Ehe-frau mit ihren beiden Kindern und ihrer Haushilfe, selbst wenn die Verhältnisse der Ehegatten gute sind und der Zuschnitt des Hauses dem entspricht. Nach der bestehenden Sitte pflegt solche Rechts-geschäfte die Ehefrau nicht zu erledigen.

(OLG. Kiel, 3. Zivilsen., Ur. v. 3. Mai 1931, 3 U 43/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Bobensiepen, Kiel.

*

16. § 1584 BGB. regelt die Pflicht der geschiedenen Ehegatten zur Herausgabe von Geschenken des anderen Ehegatten erschöpfend. Daneben kann nicht auch wegen Weg-falls der Geschäftsgrundlage Rückgabe verlangt werden.

(OLG. Kiel, 1. Zivilsen., Ur. v. 22. Dez. 1932, 1 U 201/32.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Bobensiepen, Kiel.

*

17. §§ 1591ff. BGB. Kein Zwang und keine Umkeh-rung der Beweislast, wenn die Kindsmutter im Anseh-ungsprozeß die Blutgruppenuntersuchung verweigert.

Die Erbringung des Beweises der offensbaren Unmöglichkeit muß an der Weigerung der Kindsmutter (KM.) scheitern, sich für eine solche Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Ein Zwang kann gegen die KM. nicht ausgeübt werden (vgl. RG.: JW. 1930, 1606 und das dort zit. Schrifttum). Auch verbietet es sich aus den im zit. Urteil ausgeführten Gründen, zumal die KM. im Rechts-streit nur als Zeugin aufgetreten ist, aus ihrer Weigerung, sich zur Blutuntersuchung zu stellen, in der Richtung einer sog. Um-kehrung der Beweislast für die Bekl. nachteilige Schlüsse zu ziehen. Denn wenn überhaupt die Vereitlung eines Beweismittels, das nach wissenschaftlicher Erfahrung nur in einem sehr beschränkten Hundertatz der untersuchten Fälle ein positives Ergebnis liefert, wie die Blutuntersuchung, auf dem Wege einer sog. Umkehrung der Beweislast die Beweisführung durch den M. zu ersetzen vermöchte, so würde eine so weitgehende Folgerung bei der Sachlage des gegenwärtigen Rechtsstreits doch jedenfalls voraussetzen, daß die KM. mit ihrer Weigerung, sich zu einer Blutuntersuchung her-zugeben, und zwar im Einverständnis mit dem Bf-leger des bell. Kindes, eine Vereitlung der Beweisführung des M. bezweckt hätte. Für ein derartiges Zusammenpiel zwischen KM. und Pfleger zur Vereitlung der klägerischen Beweisführung fehlt es an jedem Anhalt.

(OLG. Kiel, 1. Zivilsen., Ur. v. 20. Juni 1932, 1 U 67/32.)

Mitgeteilt von OLG. Schumacher, Altona.

*

Döbenburg.

18. §§ 1374, 1395 BGB. Im gesetzlichen Güterstande kann die Frau nicht gegen den Mann auf Zustimmung zu einer Vermögensverfügung klagen.

Die M. beantragt, den Bekl. zu verurteilen, darin einzuwil-ligen, daß sie ein zu ihrem eingebrachten Gute gehöriges Grund-stück an einen Dritten auflasse.

RG. und OLG. haben der M. das Armenrecht verweigert. Nach § 1374 BGB. hat die Frau Anspruch darauf, daß der Mann ihr Vermögen ordnungsmäßig verwalte. Es läßt sich die Ansicht vertreten, daß dieser Anspruch grundsätzlich klagbar sei. Wenn etwa der Mann es ganz unterlassen würde, sich der Verwal-tung zu unterziehen, so würde man vielleicht annehmen müssen, daß die Frau ihn im Klagewege dazu anhalten könnte. Entspre-chendes müßte gelten, wenn er zwar verwaltet, aber unordent-lich. Es fragt sich nun, ob man noch einen Schritt weiter gehen darf und der Frau auch einen Anspruch auf Vornahme einer be-stimmten Rechtshandlung gewähren soll auf Grund der Dar-legung, daß diese zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sei. Man kann hiergegen nicht einwenden, daß das dem Manne

geseklich eingeräumte Verwaltungsrecht begrifflich seine Befugnis in sich schließe, nach seinem eigenen Ermessen seine bezüglichlichen Entschlieungen zu treffen, und daß es daher eine Beeinträchtigung seines Rechts bedeuten würde, wenn an seiner Stelle das Gericht die Entsch. treffen würde. Dieser Einwurf würde zwar gegen eine solche Gerichtsentsch. zu erheben sein, die aus Zweckmäßigkeitgründen an die Stelle der von dem Manne getroffenen Entschlieung eine andere setzen würde. Im übrigen aber muß doch davon ausgegangen werden, daß dem Ehemanne die Befugnis, nach seinem Ermessen zu handeln, vom Gesetz nur innerhalb der Grenzen der Ordnungsmäßigkeit gewährt ist. Die Frage, ob diese Grenzen im allgemeinen oder auch in einem bestimmten Einzelfalle innegehalten sind, läßt sich nach objektiven Merkmalen entscheiden, und es dürfte an sich kein zwingender Grund zu der Annahme vorliegen, daß sie der richterlichen Kognition entzogen sein sollte.

Auffallend ist indessen, daß das BGB. keine ausdrückliche, in der angegebenen Richtung liegende Vorschr. enthält, während für den Fall, daß die ordnungsmäßige Beforgung der *persönlichen* Angelegenheiten der Frau ein Rechtsgeschäft erfordert, durch den § 1402 Fürsorge getroffen ist, und während für den umgekehrten Fall, daß der Mann zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Frauengutes einer Zustimmungserklärung der Frau zu einem Rechtsgeschäft bedarf, er bei grundloser Verweigerung dieser Zustimmung nach § 1379 den Antrag stellen kann, daß das VormGer. die Zustimmung erzeuge. Es hätte nahegelegen, daß der Gesetzgeber, wenn er auch der Frau gegen grundlose Verweigerung einer Vermögensverwaltungshandlung oder der Zustimmung zu einer solchen seitens des Mannes seine Hilfe angeeiden lassen wollte, zu ihren Gunsten entweder eine dem § 1379 entsprechende Best. getroffen oder das Verhältnis ähnlich geregelt hätte, wie es im § 2120 für Vorerben und Nacherben geschehen ist.

In der Tat enthielt der erste Entwurf des BGB. im § 1320 die folgende Vorschr.:

„Wird ein Rechtsgeschäft zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung des Ehegutes erforderlich, so kann die Ehefrau von dem Ehemann verlangen, daß dieser nach ihrer Wahl entweder als ihr Bevollmächtigter das Geschäft vornehme oder in dessen Vornahme durch sie selbst einwillige.“

Die Motive IV, 280 bezeichnen diese Vorschr. als eine Konsequenz der Verwaltungspflicht des Mannes.

Gleichwohl ist sie bei der II. Lesung des Entw. gestrichen (vgl. Entw. II. Lesung, S. 404, Anm. 2).

Wie die Prot. der Komm. für die II. Lesung, IV, Prot. 275 nebst Anlagen, ergeben, war in der zur Vorberatung des Abschn. über das eheliche Güterrecht eingesetzten Subkommission die folgende Vorschr. beantragt (s. Anl. I z. 1. Prot. der Subkomm., Anl. II des Prot. 275 [S. 146/147]):

„Ist ein Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Eheguts oder zur ordnungsmäßigen Beforgung der persönlichen Angelegenheiten der Ehefrau erforderlich und weigert sich der Ehemann, dasselbe vorzunehmen oder der Vornahme seitens der Ehefrau zuzustimmen, so kann die Ehefrau mit Zustimmung des VormG. das Rechtsgeschäft vornehmen.“

Die Vorschr. findet auch auf Rechtsstreitigk. Anwendung.“

Die Subkomm. hat sich mit diesem Vorschlage beschäftigt. In dem Prot. über die 7. Sitzung derselben (Anl. VIII z. Prot. 275, S. 181, 182) ist hierzu folgendes gesagt:

„Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, es liege kein Grund vor, der Ehefrau ein selbständiges Handeln zu gestatten, wenn der Ehemann nicht handeln könne..., dagegen nicht, wenn er nicht handeln wolle; die vorgeschlagene Best. sei zur Sicherung der Ehefrau unerlässlich. Der Vorschlag wurde jedoch, soweit er sich auf die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Eheguts erforderlichen Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten der Ehefrau bezieht, mit Stimmengleichheit durch Ständisch. des Vorsitzenden abgelehnt. Gegen denselben wurde geltend gemacht, er sei mit einer selbständigen Verwaltung des Ehemannes nicht vereinbar und erreiche seinen Zweck nur sehr unvollständig, da der Ehemann doch nicht zu den tatsächlichen Handlungen gezwungen werden könne, die infolge des von der Ehefrau vorgenommenen Rechtsgeschäfts notwendig würden. Das Fehlen einer entsprechenden Vorschr. im geltenden Rechte beweise, daß für eine solche kein Bedürfnis bestehe.“

In der Hauptkommission ist dann, soweit ersichtlich, auf den weitergehenden Vorschlag von keiner Seite zurückgekommen.

In Anbetracht dieser Sachlage erscheint es nicht angängig, den von der Kl. für sich geltend gemachten Rechtsatz beim Fehlen einer positiven Vorschr. mittels Ableitung aus der dem Ehemanne obliegenden Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder mittels der Analogie von anderen Gesetzesbest. in das BGB. hineinzutragen.

(OLG. Oldenburg, Beschl. v. 10. Aug. 1932, W 101/32.)

Mitgeteilt von OLG. S o y e r, Oldenburg.

V. Fürsorgepflichtverordnung.

Frankfurt a. M.

19. § 25 RFürsPfV. d. i. d. Fass. der RotV. v. 5. Juni 1931 gilt nur für solche Fürsorgeleistungen, die nach dem Inkrafttreten der RotV. gewährt wurden. †)

Der Fürsorgeverband hat die Eltern der beklagten Erbin in der Zeit vom Jan. 1924 bis zu ihrem, bereits vor dem Inkrafttreten der RotV. (7. Juni 1931) erfolgten Tode fortlaufend unterstützt. Mit der noch auf die ursprüngliche Fassung des § 25 Abs. 2 RFürsPfV. gestützten, am 14. Nov. 1931 erhobenen Klage, der das O. stattgegeben hat, wird die Rückerstattung der den Erblassern gewährten Unterstützungen begehrt.

Die Einrede der Vekl., der Klageanspruch sei größtenteils verjährt, greift nicht durch. Es fragt sich zunächst, ob — statt § 26 RFürsPfV. (a. F.) — die Verjährungsvorschr. des § 25 b RFürsPfV. d. i. d. Fass. der am 7. Juni 1931 in Kraft getretenen RotV. v. 5. Juni 1931 anzuwenden ist, die eine vierjährige Verjährungsfrist vorsieht. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn, wenn der Klageanspruch gegen die Vekl. überhaupt entstanden ist, ist er bereits vor dem Inkrafttreten der RotV. entstanden, weil die erwähnten Unterstützungen mit dem am 29. Mai 1931 erfolgten Tode des Vaters der beklagten Erbin — die Mutter war schon am 18. Okt. 1926 verstorben — aufgehört haben, und weil die Erbfälle zugunsten der Erbin bezüglich des Vermögens ihrer Eltern ebenfalls vor jenem Zeitpunkt eingetreten sind. Nur soweit der Klageanspruch z. B. des Inkrafttretens der RotV. noch nicht verjährt gewesen ist, kann die neue Verjährungsvorschr. des § 25 b a. a. D. Anwendung finden.

Der Klageanspruch ist, auch wenn (was bestritten ist) die Verjährungsvorschr. des § 26 a. a. D. auf die Ansprüche aus § 25 a. a. D. anwendbar ist, bezüglich der ganzen gewährten Unterstützungen, auch der aus den Jahren 1924 bis 1928, nicht ver-

Ju 19. Das Ur., dem im Ergebnis beizutreten ist, entscheidet eine der umstrittensten Fragen des gegenwärtigen Fürsorgetrechts — die Frage, ob die Erstattungsvorschr. der RotV. v. 5. Juni 1931 auf die bereits vor ihrem Inkrafttreten gewährten Fürsorgeleistungen anzuwenden sind — i. S. der von dem Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge (Nachrichtendienst 1931, 165, 173) sowie von Dieffenbach vertretenen Auffassung. Demgegenüber hat sich eine Reihe von Gerichten mit Recht auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und die neuen Erstattungsbest. auch auf die vor dem Inkrafttreten der RotV. aufgewendeten Fürsorgeleistungen angewendet (so die Entsch. des BayVGH. v. 14. Juli 1931: WohlfRpr., 3. Jahrg., 1932, 45 = Dt. Zeitschr. f. Wohlfahrtspf., 1932, Sp. 29; OLG. Königsberg v. 11. Dez. 1931: Nachrichtendienst 1932, 239; O. Magdeburg v. 23. Febr. 1932: ZfS. 1932, 398). Damit wird den erstattungspflichtigen Vorschr. der RotV. keine rückwirkende Kraft beigelegt, wie dies u. a. (vgl. Sommer: ZfS. 1932, 305) von Wittelschöfer (Anm. zu der angeführten Entsch. des BayVGH.: WohlfRpr. a. a. D.) eingewendet worden ist. Es handelt sich hier vielmehr um jene besondere Eigentümlichkeit des Erstattungsanspruchs, die dadurch bedingt ist, daß der Anspruch die in der Gegenwart begehrte Rückerstattung einer bereits in der Vergangenheit gewährten Leistung zum Gegenstand hat. Diese Eigenart wird vielfach übersehen und mit der Rückerstattung verwechselt. Die Berücksichtigung jener Eigentümlichkeit des Erstattungsanspruchs führt zu dem Ergebnis, daß die n. F. des § 25 RFürsPfV. lediglich die Voraussetzungen festlegt, unter denen v. 7. Juni 1931 an eine Fürsorgeleistung zu erstatten ist, und daß es daher — da nur die in der Gegenwart sich vollziehende Erstattung in Frage steht — gleichgültig ist, ob die zu erstattende Leistung vor oder nach dem 7. Juni 1931 gewährt wurde.

Gegen den Standpunkt des Senats ließe sich auch anführen, daß die Erstattung auf Grund des § 25 Abs. 2 RFürsPfV. (a. F.) nach dem 7. Juni 1931 (die Klage ist am 14. Nov. 1931 erhoben) schon deswegen nicht mehr verlangt werden kann, weil diese Vorschr. mit dem 7. Juni 1931 in Wegfall gekommen ist. Wenn andererseits die RotV. in Teil 5 Kap. VIII Art. 1 ausdrücklich anordnet, daß die RFürsPfV. in der folgenden (n. F.) anzuwenden sei, so spricht dies ebenfalls dafür, daß die neuen Erstattungsbest. der RFürsPfV. auch auf die bereits früher gewährten Fürsorgeleistungen anzuwenden sind (so OLG. Königsberg a. a. D.).

Das Ergebnis, zu dem der Senat gelangt ist, wäre auch bei Anwendung der neuen Erstattungsvorschr. kein anderes gewesen, da die hier in Frage kommende Rechtslage insofern durch die RotV. nicht verändert worden ist. Der Senat wäre nämlich mit Rücksicht auf § 25 Abs. 3 S. 2 RFürsPfV. (n. F.), wonach die Haftung des Erben kraft ausdrücklicher Vorschr. auf den Nachlaß (der nach der unwiderlegten Behauptung der Vekl. überschuldet ist) beschränkt ist, zweifellos zu dem gleichen Ur. gekommen.

GerRf. R r a e g e l o h, Frankfurt a. M.

jährt. Denn die zweijährige Verjährungsfrist des § 26 a. a. D. beginnt erst vom Ablauf des Jahres ab, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Erbschaftspruch gegen die Eltern der Erbin kann aber frühestens in dem Zeitpunkt entstanden sein, in welchem sie zu hinreichendem Vermögen oder Einkommen gelangten, um die aufgewendeten Kosten dem Fürsorgeverband ersetzen zu können. Dies ergibt sich aus § 25 Abs. 1 RZürfPflWD. (a. F.). Die n. F. des § 25 Abs. 1 RZürfPflWD., die den Erbschaftspruch gegen den Unterstützten schon mit der Gewährung der Unterstützung entfallen läßt, gilt nur für solche Unterstützungen, die nach dem Inkrafttreten der Nov. D. gewährt worden sind (vgl. Dieffenbach: ZfS. 1932, 20).

Unstreitig haben aber die Eltern der Bfll. bei ihren Lebzeiten keine Besserung ihrer Vermögenslage erfahren, welche ihnen die Erstattung der aufgewendeten Fürsorgekosten ermöglicht hätte. Ihr geringes Vermögen, das bei ihren Lebzeiten mit Rücksicht auf ihre Hilfsbedürftigkeit nicht hingereicht hat, die Aufwendungen des Fürsorgeverbandes zu ersetzen, könnte jedoch nach ihrem Tode hinreichend hierfür geworden sein (vgl. OLG. Raumburg v. 8. April 1927: ZfS. 1927, Sp. 340 und Braunschweig v. 24. Jan. 1930: ZfS. 1930, 430). Unterstellt man daher, daß der Nachlaß der Eltern ausreichen würde, die aufgewendeten Beträge ganz oder teilweise zurückzuerstatten, so würde es — da der Erbe nach § 25 Abs. 2 RZürfPflWD. (a. F.) i. Verb. m. der aus Begriff und Wesen der öffentlichen Fürsorgeleistung herzuleitenden Erstattungspflicht (vgl. Ur. des RG. v. 15. Mai 1928: ZfS. 1928, Sp. 989) der Erblasser für die Rückertattung haftet — an einer rechtlichen Grundlage für die Erstattungspflicht der Bfll. nicht fehlen, obwohl in den wirtschaftlichen Verhältnissen ihrer Eltern bis zu deren Tode keine Wendung zum Besseren eingetreten war. Das BG. weist jedoch die Klage ab, weil die Behauptung der Bfll., der Nachlaß ihrer Eltern sei überschuldet und gestatte daher keine Rückertattung, von der Kl., die für das Gegenteil beweispflichtig ist, nicht widerlegt wurde.

(OLG. Frankfurt a. M., 1. ZivSen., Ur. v. 27. Juli 1932, 1 U 83/32.)

Karlsruhe.

20. § 25 RZürfPflWD. und §§ 17, 18 BadAusfWD. v. 9. Okt. 1931 (GWBl. 397). Zurüchdigkeit für den Erlaß eines vollstreckbaren Titels wegen der Erbschaftsprüche einer bad. Gemeinde gegen die auf Grund der RZürfPflWD. unterstützte Person.

Es kann unerörtert bleiben, daß die Eintragung einer Zwangshypothek als Höchsthypothek unzulässig ist und daß eine Ausnahme nur bei Arresthypotheken besteht. Die Beschwerde muß schon daran

Zu 21. Die Entsch. fordert Widerspruch heraus. Es besteht keinerlei Grund, den neuerlich vom RG. (ZB. 1930, 1487) bzgl. des Testamentvollstreckers eingenommenen Standpunkt nicht auch auf den Nachlaßverwalter (sowie Konkursverwalter) auszudehnen. Die Frage kann natürlich hier nicht erschöpfend erörtert werden, es seien aber einige Bemerkungen dazu gestattet:

1. Zunächst sei erwähnt, daß der Entw. einer ZPD. (1931) im § 51 Abs. 2 „im Sinne der Amtstheorie“ — wie es in der Begründung heißt — bestimmt: „Partei ist auch, wer bei Führung eines Rechtsstreits fremde Interessen kraft Amtes wahrnimmt, ohne dabei gesetzlicher Vertreter bestimmter Personen zu sein (Testamentvollstreckter, Konkursverwalter u. a.)“ Nach § 117 Entw. setzt der Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts voraus, daß die betr. Partei außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu befrachten, und hat auch „eine Partei kraft Amtes auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn der Inhaber der von ihr vertretenen Vermögensmasse, sofern er verfügungsberechtigt wäre, den Rechtsstreit selbst führen könnte und dabei auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch haben würde.“ Letztere Einschränkung begründen die Erläuterungen damit, daß dadurch verhindert werden soll, daß ein Prozeß vom Konkursverwalter im Armenrecht geführt werden kann, „um die Anfechtungsrechte der Konkursgläubiger zu verfolgen“, wodurch „praktisch die Konkursgläubiger ihre Anfechtungsrechte auf öffentliche Kosten zur Durchführung brächten“. Der Entw. soll nach der Begründung sich dabei „durchaus im Einklang“ mit dem RG. (ZB. 1930, 1487 = GruchBeitr. 1930, 396 f. und RWarn. 1930 Nr. 65) befinden.

2. Diese Stellungnahme des Entw. einer ZPD. kann — wie im Nachstehenden ausgeführt ist — nicht gebilligt werden, insofern der Begriff einer „Partei kraft Amtes“ verwendet wird und insofern bei Anfechtungsprozessen des Konkursverwalters angenommen wird, es handle sich dabei lediglich um „Anfechtungsrechte der Konkursgläubiger“. (Mit Recht nennt Jaeger, RD. Anm. 7 zu § 6 die „Partei kraft Amtes“ ein „Tuggebilde“, eine „Konstruktion, die nicht nur mit den positiven Sätzen des Prozeßrechts unvereinbar, sondern auch in sich widersprüchlich ist“. Im gleichen Sinne wie Jaeger äußern sich Riisch: RW-Praxis, Festg. 1929, VI, S. 38 bis 40, und Rosenbergs: ZPrLehrbuch³, § 39 Ziff. II, 3. Auch

schettern, daß kein ordnungsgemäßer vollstreckbarer Titel vorliegt. Die Rückertattungsforderung des Fürsorgeverbandes ist, worüber auch kein Streit besteht, nach den Best. des bad. Rechts eine öffentlich-rechtliche Forderung. In welcher Form für sie im Verwaltungswege ein Vollstreckungstitel zu schaffen ist, ergibt sich aus der BadAusfWD. z. RZürfPflWD. (in seiner neuen Fassung) v. 9. Okt. 1931. Nach § 18 wird den Fürsorgeverbänden das Recht eingeräumt, wegen ihres Erbschaftspruchs gegen den Unterstützten eine vorläufige Entsch. zu erlassen. Diese soll sich nach den Grundsätzen richten, die für Entsch. gegeben sind, kraft deren unterhaltspflichtige Angehörige des Unterstützten dem Fürsorgeverband Ersatz zu leisten haben. Hierfür ist gem. § 17 a. a. D. die Entsch. des Bezirksamts einzuholen. Nur in den verbandsfreien Städten ist der Oberbürgermeister hierfür zuständig. E. gehört nicht zu ihnen. Sonach ist das Zivl. G. zur Fällung der Entsch., auch insbes. bei Geltendmachung des Anspruchs aus § 25 Abs. 1 RZürfPflWD., nicht berufen. Die von der Stadt E. abgegebene vollstreckbare Erklärung war also ungeeignet, als Grundlage für eine Vollstreckung zu dienen. Aus diesem Grund hat die Vorentscheidung mit Recht abgelehnt, eine Vollstreckungshypothek einzutragen.

(OLG. Karlsruhe, 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Juli 1932, ZHA 14/32.)
Mitget. v. UGF. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

VI. Sonstiges Verfahrensrecht.

Berlin.

21. § 114 ZPD. Dem Nachlaßverwalter steht kein Armenrecht zu. †)

(RG., 23. ZivSen., Beschl. v. 26. Mai 1932, 23 W 5158/32.)

Abgedr. ZB. 1932, 2912⁴.

*

Petschek: DJZ. 1932, 474/5 bringt verschiedene richtige Einwendungen gegenüber dem Entw. der ZPD., vertritt aber selbst den unhaltbaren Standpunkt, daß die in Frage stehende „Vermögensmasse“ als Rechtssubjekt und Partei zu betrachten sei.)

Dagegen ist als richtig anzuerkennen und jedenfalls als bemerkenswert festzustellen, daß der Entw. grundsätzlich den Testamentvollstreckter, Nachlaßverwalter und Konkursverwalter in bezug auf die Möglichkeit der Erlangung des Armenrechts gleich behandelt und es für maßgebend erachtet, ob der Inhaber der von den genannten Verwaltern „vertretenen Vermögensmassen“ auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch haben würde, wenn er selbst den Rechtsstreit führen könnte.

Zu beanstanden hinwiederum ist der Ausdruck in den Erläuterungen des Entw., daß die genannten Verwalter und der Testamentvollstreckter Vermögensmassen „vertreten“, denn sie sind nur Verwalter von Vermögensmassen (Nachlaß oder Konkursmasse), eine „Vertretung“ gibt es nur von (natürlichen oder juristischen) Personen, nicht von Vermögensmassen (vgl. Strohalz Dem.: Erbr. II § 79 Nr. 25, daß die Hellwigsche Lehre vom „Vertreter“ eines Sondervermögens „die hausbackene Wahrheit nicht zu erschüttern vermag, daß nur natürliche oder juristische Personen vertreten werden können, dagegen nicht etwas Gegenständliches“ (vgl. auch Jaeger, RD. Anm. 16 zu § 6, wo betont ist, daß man sich immer darüber klar sein müsse, „daß die Masse nicht selber Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt ist“; f. ferner v. Tuhr, Allg. R. § 19 Nr. VII u. R. 43).

3. Der Hinweis des RG. auf die §§ 1932, 1988 Abs. 2 BGB. muß als verfehlt bezeichnet werden. Denn gerade weil mangels einer den Kosten entsprechenden Masse die Nachlaßverwaltung vom Gericht abgelehnt oder wieder aufgehoben werden kann, ist es von ungemein großer praktischer Bedeutung, daß der Nachlaßverwalter Anspruch auf Armenrechtsbewilligung hat, wenn ein ausfichtreicher Prozeß von ihm geführt werden kann, um für den Nachlaß Mittel zu gewinnen oder flüssig zu machen oder Verluste abzuwehren. Und gerade die Möglichkeit der Einleitung und Durchführung solcher ausfichtreichen Prozesse mittels des Armenrechts bildet einen wichtigen aktiven Bestandteil der betreffenden Vermögensmasse derart, daß von dem Mangel einer den Kosten entsprechenden Masse nicht mehr soll gesprochen werden können (Riisch a. a. D. S. 40 nennt mit Recht die Anfechtungsbefugnis „Bestandteil der Konkursmasse“).

4. Verfehlt ist weiter der Hinweis darauf, daß die Nachlaßverwaltung vom Gesetz als „Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger“ bezeichnet ist, was ja übrigens in erster Linie zur Unterscheidung von der Nachlaßpflegschaft i. S. der §§ 1960 f. BGB. geschieht ist. Aber es ist überhaupt nicht an dem, daß der Zweck der Nachlaßverwaltung (und ähnlich liegt ja die Sache bei der Konkursverwaltung) etwa die Gläubiger als diejenigen erscheinen ließe, für welche die Prozesse vom Verwalter zu führen sind. Gewiß soll durch Nachlaß- und Konkursverwaltung entweder eine Befriedigung der Gläubiger überhaupt oder wenigstens eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger herbeigeführt werden. Aber Schuldner dieser Gläubiger ist doch immer eine bestimmte Person, nämlich der

22. §§ 739, 741, 808 ZPO. Auch im Falle des § 741 ZPO. genügt zur Pfändung von Sachen des eingebrachten Gutes, an denen der Ehemann Gewahrsam hat, ein allein gegen die Frau ergangener Titel nicht. †)

Von der Regel des § 739 ZPO. enthält § 741 insofern eine Ausnahme, als er grundsätzlich ein allein gegen die Frau ergangenes Urteil zu solcher Vollstreckung genügen läßt, wenn die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. In diesem Falle muß sich also der Ehemann die Vollstreckung in das seiner Verwaltung und Nutzung unterliegende Vermögen gefallen lassen, ohne zur Duldung verurteilt worden zu sein. Wenn aber hiernach auch das Urteil gegen die Frau gleichzeitig gegenüber dem Manne Wirksamkeit hat, so wird doch dieser dadurch nicht zum Vollstreckungsschuldner in vollem Umfange, sondern nur, soweit sein ehemännliches Recht in Frage steht. Im übrigen bleibt er Dritter. Damit entsteht die Frage, ob er berechtigt ist, der Pfändung derjenigen Vermögensstücke zu widersprechen, an denen er Gewahrsam hat, weil nach §§ 808, 809 ZPO. die Pfändung von Gegen-

ständen, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, nur mit dessen Zustimmung zulässig ist.

Der Senat hat diese Frage in OLG. 25, 197 allerdings verneint. Er ist indessen von der dort zum Ausdruck gebrachten Auffassung über die Tragweite des § 741 ZPO. schon seit längerer Zeit abgewichen, wie denn auch der überwiegende Teil des Schrifttums auf einem anderen Standpunkt steht (vgl. den Stand der Ansichten bei Stein-Jonas, Note 6 zu Vorbem. vor § 735). Wenn § 741 ZPO. zur Pfändung in das eingebrachte Gut ein Urteil gegen die Frau genügen läßt, so greift er damit in die Rechte des Ehemannes lediglich insofern ein, als er bestimmt, daß sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht keine Berücksichtigung finden soll. Im übrigen läßt er aber die Befugnisse des Mannes, wie sie sich aus seiner Stellung als dritter Person ergeben, unberührt. Dies gilt namentlich auch für den Gewahrsam; es muß dem Ehemann ebenso wie jedem anderen Dritten das Recht zugestanden werden, der Pfändung der in seinem Gewahrsam befindlichen Vermögensstücke gem. §§ 766, 809 ZPO. zu wider-

Erbe bzw. der Gemeinschaftsschuldner, und um dessen Befreiung von den Schulden, soweit die betreffende Vermögensmasse dazu ausreicht, handelt es sich selbstverständlich bei der Befriedigung seiner Gläubiger. Jene Einrichtungen sollen nur die Gewähr dafür bieten, daß die von den betreffenden Verwaltern verwaltete Vermögensmasse auch wirklich für die Befriedigung der Gläubiger verwendet wird, daß also deren Interessen gewahrt werden; aber dieses Interesse, wenn es auch noch so groß und stark sein sollte, kann nicht bewirken, daß die Gläubiger als vom Verwalter „vertreten“ erscheinen würden, oder daß, was der Verwalter erstrebt, für die Gläubiger als erworben gelten könnte: Vielmehr wird es für den Erben bzw. Gemeinschaftsschuldner erworben, es muß nur zu einem bestimmten Zwecke, dem der Gläubigerbefriedigung verwendet werden.

Gerade damit dies geschehen kann, damit der Zweck dieser Verwaltungen erfüllt werden kann, muß dem Verwalter das Armenrecht zu ausdehnungreichen Rechtsverfolgungen gewährt werden können, er kann nicht auf freiwillige Vorschüsseleistungen der Gläubiger verwiesen werden, die er ja nicht erzwingen kann; wie sollte auch eine (sei es auch nur moralische) Pflicht der Gläubiger konstruiert werden können, daß sie dem Schuldner, der sie befriedigen sollte, weitere Mittel zur Verfügung stellen, damit er vielleicht in die Lage komme, Mittel zu ihrer Befriedigung zu gewinnen? (Vgl. hierzu die treffende Bem. von Simons nach dem Zitat Heinemann: JW. 1930, 527.) Was soll denn aber der Hinweis darauf bedeuten, daß die Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung ihrer eigenen Forderungen Vorschüsse dem Verwalter leisten können, nachdem dieser sie dazu doch nicht anhalten kann? Und wie soll andererseits der Verwalter seine Aufgabe erfüllen können, wenn ihm die Mittel zur Prozeßführung fehlen und er nur durch diese das für die Gläubiger traurige Ergebnis, die Verwaltung mangels Masse aufheben lassen zu müssen, abwenden kann? Wenn der Staat zum Schutz der Gläubigerinteressen Verwaltungen einführt und Verwalter aufstellt, dann muß diesen auch vom Staat die Durchführung ihrer Aufgabe ermöglicht werden. Der Mißbrauch staatlicher Mittel für Privatinteressen kommt dabei überhaupt nicht in Frage oder doch jedenfalls nicht in anderer Weise oder in höherem Grade als bei der Bewilligung des Armenrechts überhaupt, die Bewilligung des Armenrechts soll ja doch immer nur in aussichtsreichen Fällen bewilligt werden. Wenn aber eben Aussicht besteht, daß durch einen Prozeß Mittel für die Masse gewonnen oder Verluste für die Masse abgewendet werden, so muß dem Verwalter der Masse behufs Erfüllung seiner Aufgabe auch das Armenrecht bewilligt werden können (vgl. zum Vorstehenden die trefflichen Ausführungen von Jaeger, RD.⁷ Anm. 29 zu § 10).

5. Würde man nicht an unhaltbaren Anschauungen vielfach festhalten, wie es die Annahme einer „Partei kraft Amtes“ und die Befreiung der Vertretereigenschaft des Testamentsvollstreckers, Nachlaß- und Konkursverwalters ist, so wäre überhaupt kein Zweifel über die richtige Entscheidung unserer Frage möglich (übereinstimmend Rosenberg: Lehrb. des ZPR.⁸ § 82 Nr. 1, 2).

Der Testamentsvollstrecker ebenso wie der Nachlaßverwalter vertritt den Erben insofern, als der Nachlaß in Frage kommt, der Konkursverwalter den Gemeinschaftsschuldner hinsichtlich der Konkursmasse. Der Testamentsvollstrecker und Nachlaßverwalter erwirbt Rechte nur für den Erben, dieser ist und bleibt Inhaber des Nachlasses, seine Rechte und Pflichten sind es, die der Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter wahrnimmt. Dies ist im Beschl. des RG.: JW. 1930, 1487 ausdrücklich anerkannt, nur die nötigen Folgerungen zu ziehen, hat das RG. leider unterlassen. Darauf, wessen Interessen der Verwalter wahrzunehmen hat, und auch darauf, ob der Verwalter „kraft Amtes“ berufen ist, den Erben zu vertreten, kommt es nicht an, denn auch der Vormund und Pfleger sind zu ihrem „Amt“ auf Grund Gesetzes berufen und dennoch anerkanntermaßen gesetzliche Vertreter der Personen, deren Interessen sie zu wahren haben: Die Vertretereigenschaft wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter

auch andere Interessen als die der von ihm vertretenen Personen wahrzunehmen hat oder die Verwaltung als „Amt“ übertragen erhielt. Der Kürze halber verweise ich in diesen Beziehungen auf meine Anm.: JW. 1930, 2047 und sämtliche dortige Anf. aus dem Schrifttum; ferner auf Kann³, Anm. 3 vor § 50, Vent: RG.-Praxis, Festg., VI, S. 275 f., insbes. S. 286 und 294 f. und 307, und Jaeger, RD.⁷ Anm. 2—17 und 31 zu § 6 RD., sowie (allerdings erst in der 3. Aufl.) Rosenberg, ZPRLehrb. § 39 Biff. II, 3.

Vgl. übrigens auch Risch a. a. O. und in Krit. Wschr. 1932 S. 393, wo Zustimmung zu meinem in Staudinger'schen Komm. vertretenen Standpunkt erklärt ist, daß „sowohl der Nachlaßverwalter als auch der Testamentsvollstrecker privatrechtlich und prozeßrechtlich als Vertreter des Erben in bezug auf den Nachlaß und nicht als ein im eigenen Namen auftretender Amtsträger anzusehen sei“. Der von Jaeger (s. o. unter 1) zutreffend als in sich widerspruchsvolle Konstruktion und als Truggebilde charakterisierte Begriff der „Partei kraft Amtes“ erscheint also als vollkommen untaugliches Mittel, über die Schwierigkeiten hinwegzukommen, die durch die unbegründete Ablehnung der Anwendung des Vertreterbegriffes auf Nachlaß- und Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker erwachsen; es wird bei der Annahme, daß diese Personen, welche in bezug auf die von ihnen (kraft eines ihnen übertragenen Amtes) verwaltete Vermögensmasse nicht Vertreter der Inhaber dieser Vermögensmasse seien, verkannt, daß nur diese Träger der in Frage kommenden Rechte und Pflichten in Wirklichkeit die Parteien im Prozeß sind, der für sie geführt wird, und daß nur die Prozeßführungsmacht ihnen mangelt und ihren Vertretern, eben den genannten Verwaltern, zukommt (vgl. meine Ausf. im Staudinger'schen Komm.⁹ V, 213 f., übrigens auch OLG. Königsberg: OchsRspr. 1928 Nr. 2052).

6. Was die abweichenden Anschauungen hinsichtlich des Armenrechts für den Nachlaß- und Konkursverwalter anlangt, wie sie z. B. neuerlich wieder vom OLG. München: BanZ. 1931, 30 und von Rulbaum: Festschr. für Heilberg S. 84 und JW. 1930, 2049 vertreten und begründet werden, so kann nach dem Vorstehenden für den Nachlaß- und Konkursverwalter kein anderer Standpunkt eingenommen werden wie für den Testamentsvollstrecker. Inzbes. ist es nicht richtig, daß die Prozesse des Konkursverwalters ausschließlich oder vorwiegend im Interesse der Konkursgläubiger geführt werden, ferner aber kommt es gar nicht darauf an, in wessen Interesse der Prozeß geführt wird, sondern darauf, für wen er geführt wird, d. h. wessen Rechte in demselben geltend gemacht werden (vgl. übrigens auch Heinemann und Rüdemann: JW. 1930, 527 f. und 1476, ferner Heinemann: JW. 1930, 2049 Anm.; beide Schriftsteller wenden sich scharf gegen die „herrschende Amtstheorie“; allerdings wollen sie an die Stelle des „Vertreters“ den Begriff des „Ermächtigten“ bzw. der „Ersaperson“ setzen).

Auch die Anfechtung im Konkurse, die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs nach § 37 RD. geschieht nur für den Gemeinschaftsschuldner durch dessen Vertreter, den Konkursverwalter, wenn auch gleichzeitig im Interesse der Konkursgläubiger; denn die Anfechtungsbefugnis, wie Risch a. a. O. richtig sagt, ist „Bestandteil der Konkursmasse“; s. insbes. auch Jaeger, RD.⁷ Anm. 15 zu § 6 und Anm. 4 zu § 36.

Gch. FR. Dr. Felix Herzfelder, München.

Zu 22. Der Standpunkt des RG. wird wohl jetzt als der herrschende bezeichnet werden müssen. Die überreiche Literatur und Judikatur zur Frage sind, wie die Entsch. selbst hervorhebt, bei Stein-Jonas, Vorbem. II vor §§ 735—749 Anm. 6 ausführlich wiedergegeben. Hervorzuheben wäre hierbei nur, daß auch der § 57 der preuß. Geschäftsanweisung für die Gerichtsbauzähler i. d. Fassung v. 24. März 1914 auf dem früheren vom RG.: selbst in OLGsRpr. 25, 197 eingenommenen Standpunkt steht. Von den Komm. zur ZPO. steht Baumbach in Anm. 1 zu § 741 auch auf

sprechen. Will also der Gläubiger die Vollstreckung in diese Gegenstände betreiben, so bedarf er, wenn der Mann nicht auch zur Leistung verurteilt ist, auch im Falle des § 741 ZPO, mindestens eines Duldungstitels gegen ihn. Hierdurch wird die Vorschr. des § 741 nicht gegenstandslos gemacht. Denn wenn auch der Ehemann in der Regel an den beweglichen Sachen des eingebrachten Gutes Gewahrhaftig haben wird, und daher auch im Falle des § 741 ZPO, der Vollstreckung widersprechen kann, so können doch auch Vermögensgegenstände der Vollstreckung sein, bei denen — wie bei Rechten oder Grundstücken — ein Gewahrhaftig entweder nicht in Frage kommt oder nicht entscheidet.

Das Verhältnis zwischen den §§ 741 und 808, 809 ZPO. ist mithin dahin zu bestimmen, daß durch die erstgenannte Bestimmung die letzteren nicht außer Kraft gesetzt werden.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 20. Mai 1932, 8 W 5336/32.)

Mitgeteilt von RG. Dr. von der Groeben, Berlin.

*

23. § 794 ZPO. Genehmigung der Erklärung der Ehefrau, daß sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut unterwerfe, durch den Ehemann in derselben notariellen Urkunde gilt als Bewilligung des Ehemannes nach § 794 Abs. 2 ZPO.

Schrifttum und Rspr. sind geteilter Meinung darüber, ob die in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde enthaltene Zustimmung des Ehemannes zu der Erklärung seiner Ehefrau, daß sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, die in § 794 Abs. 2 ZPO. vorgesehene Bewilligung des Ehemannes ersetze. Jädel-Gütke, 6. Aufl., 1929, § 17 Anm. 3; Armstross: NotW. 1931, 269, W. I Berlin v. 22. Sept. 1908 und 15. Febr. 1910; RGBl. 1908, 98 und 1910, 52, bejahen die Frage. Verneint wird sie von Stein-Jonas, 14. Aufl., 1928, § 794 VII 4; Baumbach, 6. Aufl., 1931, § 794 Anm. 9; Sellner, ZPO., 1928, § 794 Anm. 15; Sternberg, Festgabe des NotW. für Dberned, 1930, 83; RG. v. 7. Mai 1909: Recht 1909 Nr. 1848; Soergel: Rspr. 1909, 669 (zu § 739 ZPO.); W. Kiel v. 26. Nov. 1927: SchLPolstAnz. 1928, 75; W. Halle v. 23. Aug. 1928: NaumbAnz. 1928, 160.

Bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutzung ist nach § 793 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau erforderlich, daß der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist. Statt eines Duldungsurteils genügt es, daß der Ehemann in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt (§ 794 Abs. 2 ZPO.). Bei dieser Bewilligung handelt es sich um eine prozessuale Willenserklärung (Stein-Jonas, § 794 VII 3). Ihre Bedeutung besteht darin, daß der Beteiligte in urkundlicher Form klar zum Ausdruck bringt, daß er mit der sofortigen Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände einverstanden ist. Auf den Gebrauch des in § 794 Abs. 2 ZPO. verwendeten Wortes „Bewilligung“ kommt es nicht an, wenn nur das Einverständnis des Berechtigten mit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus seinen in der Form des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. abgegebenen Erklärungen deutlich hervorgeht. Im vorl. Falle hat der Ehemann die in notarieller Form abgegebenen Erklärungen seiner Ehefrau, daß sie ein Darlehn aufnehme, für das Darlehn eine Hypothek an ihrem Grundstüd bestelle und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstüd unterwerfe, in derselben Urkunde genehmigt. Soweit der

dem jetzt vom RG. eingenommenen Standpunkt. Auf abweichendem Standpunkt steht: Sydow-Busch-Kranz, Anm. 4 zu § 741 unter Bezugnahme auf die frühere Entsch. des RG.

In Fragen wie der vorliegenden ist es wesentlich, daß die Praxis sich überhaupt zu einer herrschenden Lehre durchringt, als in welchem Sinne die Entsch. ausfällt; schließlich ließe sich wohl allerdings gegenüber der jetzigen Entsch. des RG. auch der Standpunkt vertreten, daß § 741 ZPO. auch diejenigen Probleme hat mit erledigen wollen, die sich aus der Gewahrhaftig-Inhaberschaft des Mannes ergeben.

Für die Anwaltschaft ergibt sich aus der Entsch., zumal sie niemals wissen kann, ob die Praxis der älteren oder der jetzigen RG-Entsch. folgen wird, die zwingende Lehre, daß auch bei Klagen gegen eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Ehefrau der Mann zweckmäßig auf Duldung der Zwangsvollstreckung mit verklagt wird; es ergibt sich weiter daraus die Lehre, daß die Praxis nicht in der Richtung engherzig sein darf, daß sie nun die Kosten dieser Klagen, wenn die Ehefrau ein Erwerbsgeschäft betreibt, dem Kläger auferlegt.

ZR. Dr. Lemberg, Breslau.

Chemann die Darlehensverpflichtung seiner Ehefrau und die Bestellung der Hypothek an dem zum eingebrachten Gut gehörigen Grundstüd genehmigt hat, hat die Genehmigung des Ehemannes die sachlich-rechtliche Bedeutung, daß diese Rechtsgeschäfte der Ehefrau ihm gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam sind (§§ 1395, 1396, 1399, 1412 BGB.). Zu der Erklärung der Ehefrau, daß sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstüd unterwerfe, bedarf es aber einer Zustimmung des Ehemannes nicht, weil es sich dabei nicht um eine Verfügung über eingebrachtes Gut i. S. des § 1395 BGB. handelt, sondern nur um eine Vereinfachung der Zwangsvollstreckung (BayObLG. v. 3. Okt. 1913, SA 69 Nr. 201). Insofern kommt also der Genehmigung des Ehemannes eine sachlich-rechtliche Bedeutung nicht zu. Die in der notariellen Urkunde ausgesprochene Genehmigung des Ehemannes hat daher soweit, die von der Genehmigung des Ehemannes mitumfaßte Unterwerfungserklärung der Ehefrau unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich ihres Grundstüds in Betracht kommt, lediglich prozessuale Bedeutung. Sie ist als das Einverständnis des Ehemannes mit der sofortigen Zwangsvollstreckung in das seinem ehemännlichen Rechte unterworfenen Grundstüd seiner Ehefrau zu bewerten. Damit sind die Erfordernisse der in § 794 Abs. 2 ZPO. für den Ehemann vorgeschriebenen Bewilligung der sofortigen Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände erfüllt.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 28. Sept. 1932, 12 W 9415/32.)

Mitgeteilt von RG. Dr. Winkler, Berlin.

b) Strafsachen.

Dresden.

24. §§ 298 Abs. 1, 345 Abs. 2 StPO. Der Ehemann ist kraft Auftrags seiner Frau ohne weiteres berechtigt, für diese eine Revision zu Protokoll zu rechtfertigen. †)

Dem Antrag, die Rev. der Angekl. als unzulässig zu verwerfen, konnte der Sen. nicht stattgeben. Der Wirksamkeit der von dem Angekl. im Auftrag seiner Frau für diese erklärten RevBegründung steht der Umstand, daß der Angekl. nicht als Verteidiger seiner Frau in Frage kam, bei der Einlegung und Begründung des Rechtsmittels auch nicht kraft eigenen Rechts (§ 298 Abs. 1 StPO.) handelte, nicht entgegen. Denn nach der vom Sen. vertretenen Rechtsauffassung durfte sich die Angekl. ihres Ehemannes als Bevollmächtigten bedienen. Daß ein entsprechender Auftrag der Angekl. vorlag, ergibt sich aus den Sachakten, so daß der Mangel einer schriftlichen Vollmacht ohne Belang ist.

(RG. Dresden, 1. StrSen., Beschl. v. 30. März 1932, 1 Ost 91/32.)

Mitgeteilt von OStl. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Nachen.

I. Materielles Recht.

1. §§ 1400 Abs. 2, 1402 BGB. Die ehemännliche Genehmigung zur Prozeßführung der Ehefrau kann nicht durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden.

Gem. § 1400 Abs. 2 BGB. kann die Ehefrau D. den Anspruch nur mit Zustimmung ihres Mannes geltend machen. Diese Zustimmung, die der Beschw. verweigert, kann durch das VormGer. nicht ersetzt werden. § 1402 BGB., die einzige hier in Betracht kommende Vorschr., findet keine Anwendung, weil nach dieser Best. die Zustimmung des Ehemannes nur zu einem Rechtsgeschäft ersetzt werden kann, das zur ordnungsmäßigen Versorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist. Die Prozeßführung ist aber nach der herrschenden Lehre (Warr.Komm. § 1400, I; Staudinger-Engelmann, § 1402, 4) und Rspr. (RG.:

Zu 24. Es ist auffällig, daß der obige Beschl. kein Wort der Rechtfertigung für die Annahme des Sen. enthält, daß der bloße Auftrag einer Ehefrau an ihren Mann diesen zur RevBegründung legitimiere. Und doch wäre eine solche notwendig gewesen, da § 345 Abs. 2 StPO. klar und unzweideutig bestimmt, daß der Angekl. die RevAnträge und ihre Begründung nur in einer von dem Verteidiger oder einem RM. unterzeichneten Schrift oder durch eigene Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeamten anbringen kann. Der Sen. verweist lediglich auf seine frühere Entsch.: ZR. 1931, 1850⁶⁶. Diese Entsch. betrifft lediglich die Einlegung von Rechtsmitteln. Der Sen. hat demnach übersehen, daß § 298 Abs. 1 StPO. für die Einlegung einer Rev. andere Best. getroffen hat, als wie sie nach § 345 Abs. 2 StPO. für die RevBegründung gelten. OStl. Dr. Alfred Weber, Dresden.

DNZ. 1932 Nr. 645) kein Rechtsgeschäft. Unter einem Rechtsgeschäft ist eine private Willenserklärung zu verstehen, die zu dem Zweck abgegeben wird, um private Rechtsverhältnisse herbeizuführen. Bei der Führung eines Rechtsstreits handelt es sich jedoch nicht um eine solche Willenserklärung, sondern um eine Verwaltungshandlung.

(LG. Aachen, 4. ZR., Beschl. v. 27. Okt. 1932, 4 T 1074/32.)

Mitgeteilt von Ger. Ass. Dr. G. I. a. f. e. r., Düren.

*

Essen.

2. Art. 17 EGVGB.; §§ 1564 ff. BGB. Hat der Ehemann, der früher Österreicher gewesen ist, die deutsche Reichsangehörigkeit erworben, so kann Ehescheidung auf Grund der deutschen Gesetze begehrt werden, auch wenn die Ehe nach österreichischem Recht von Tisch und Bett getrennt worden und auf Grund Dispenses vom Ehehindernis des Ehebandes erneute Eheschließung erfolgt ist. *)

Zur Zeit der Eingehung der Ehe i. J. 1919 war der Kl. katholischer Österreicher, die Bekl. evangelische Preufin.

Im Jahre 1926 trat der Kl. zur evangelischen Landeskirche über. 1926 erhob der Kl. Klage auf Scheidung der Ehe, weil die Bekl. mit M. Ehebruch getrieben habe.

Im Jahre 1927 wurden Klage und Widerklage abgewiesen, weil eine Scheidung der Ehe der Parteien, die die österr. Staatsangehörigkeit damals besaßen, nach Art. 17 EGVGB., Art. 111 ABGB. trotz des erwiesenen Ehebruchs nicht zulässig sei.

Im Jahre 1929 wurde in Österreich auf die Klage der Bekl. die Ehe der Parteien aus dem alleinigen Verschulden des Kl. von Tisch und Bett geschieden.

1930 hat die Bekl. in Deutschland mit M. die Ehe geschlossen. Der Magistrat der Stadt Wien hatte durch Ehesfähigkeitszeugnis bescheinigt, daß kein Umstand bekannt sei, welcher nach österr. Recht dem Abschluß der Ehe entgegenstände.

1931 hat der Kl. die preuß. Staatsangehörigkeit erworben.

Nunmehr hat der Kl. auf Scheidung wegen Ehebruchs mit M. geklagt.

Der Kl., früher österr. Staatsangehöriger, kann die Scheidung der Ehe jetzt nach deutschem Recht begehren, da nach Art. 17 Abs. 1 EGVGB. für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, und er vor Erhebung der Klage die preuß. Staatsangehörigkeit erworben hat.

Dem Begehren auf Scheidung der Ehe nach deutschem Recht steht nicht entgegen, daß die Ehe der Parteien durch Art. des ÖG. Wien nach österr. Recht von Tisch und Bett geschieden worden ist.

Die Scheidung nach österr. Recht hat nicht die Wirkung, daß die Ehe der Parteien aufgelöst wird, sondern die Ehe dauert fort (Ehrenzweig, Syst. des österr. allg. Privat., Wien 1924, Bd. 2, 2. Hälfte S. 91/92). Aufgehoben ist der gemeinsame Wohnsitz (§ 92 ABGB.), aufgehoben ist die Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht (§ 90 ABGB.), aber die Eheleute sind nicht entbunden der Pflicht zur anständigen Begegnung und ehelichen Treue (§ 90 ABGB.).

Das Bestehenbleiben der nach Tisch und Bett geschiedenen Ehe äußert sich in der Möglichkeit der Ehegatten, die Ehe durch Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft und Anzeige beim ordentlichen Gericht wiederherzustellen (§ 110 ABGB.).

Die nach Tisch und Bett geschiedene Ehe i. S. des österr. Rechts ist also eine nur von einigen Erfordernissen befreite, an sich bestehende Ehe.

Sie wirkt als solche auch im Deutschen Reiche. Die Tatsache,

Zu 2. Dem sorgfältigen Urte. ist zuzustimmen. Der Satz: „Der in Art. 7 EGVGB. zum Ausdruck kommende Grundsatz usw.“ beweist freilich nicht recht, was er soll; auch dann nicht, wenn, wie zu vermuten, im Urte. steht: „in Art. 7 folgende EGVGB.“

Auch der Satz: „Das österr. Recht kennt die Scheidung des BGB. nicht“ ist ungenau. Bei Protestanten und Juden kennt es die Scheidung des BGB. sehr wohl. Daß der Kl. i. J. 1926 zur evangelischen Landeskirche übertrat, so daß nunmehr beide Eheleute evangelisch waren, änderte freilich nichts an der Unauflösbarkeit der Ehe; denn sie ist schon dann gegeben, wenn „ein Teil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugetan war“ (§ 111 Satz 2 ABGB.).

Die Eheschließung der Bekl. mit M. i. J. 1930 ist nicht nur nach deutschem Recht vollzogen worden, wie das Urte. annimmt, denn zu dieser Zeit war die Bekl. noch österr. Staatsangehörige. Ob also diese zweite Ehe der Bekl. gültig war, beurteilte sich gem. Art. 13 BGB. auch nach österr. Recht. Das Ergebnis ist allerdings im wesentlichen dasselbe wie nach deutschem Recht, die Ehe ist nichtig.

Das Gericht spricht eine Scheidung dem Bande nach von Eheleuten aus, die bereits durch österr. Urte. bereits von Tisch und Bett getrennt waren. Zu der Fragenreihe, die sich an diesen Tatbestand anknüpft, vgl. Staubinger-Kaape S. 384 ff.

Prof. Dr. Leo Kaape, Hamburg.

daß die Ehe nach deutschem Recht hätte geschieden werden können, ist kein Grund dafür, das Scheidungsurt. nach Tisch und Bett so zu behandeln, „als wenn die Ehe im Sinne des BGB. geschieden wäre“ (LG. Nürnberg: J. Ausl. Int. Pr. R. 2. Jahrg. Sonderheft S. 54). Der in Art. 7 EGVGB. zum Ausdruck kommende Grundsatz des deutschen Rechtes, daß ein Ausländer hinsichtlich seiner persönlichen Verhältnisse nach den Gesetzen des Staates beurteilt wird, dem er angehöre, steht dem entgegen. Das österr. Recht kennt die Scheidung des BGB. nicht.

Die Scheidung der Ehe nach dem BGB. zu verlangen, muß daher auch dem gestattet sein, der zwar von Tisch und Bett geschieden, dessen Ehe aber damit noch nicht aufgelöst ist (dies. Ansicht Staubinger S. 385).

Auch der Dispens von dem Hindernis des Ehebandes (§ 62 ABGB.), den der Wiener Magistrat unter Berufung auf die Ermächtigung des § 83 ABGB. der Bekl. i. J. 1930 erteilt hat, dessen Rechtsgültigkeit umstritten ist, hat die Ehe der Parteien nicht auflösen können.

Auf Grund des Dispenses gilt die Ehe der Parteien nicht als aufgelöst. Denn die Dispens von dem Hindernis des Ehebruchs dient nur dazu, die Wiederverhehlung der Parteien in den Fällen zu gestatten, in denen sie das Gesetz nicht zuläßt (Ehrenzweig S. 65).

Nicht einmal die auf Grund des Dispenses nach österr. Recht eingegangene neue Ehe löst die alte auf. Der frühere Ehegatte hat jederzeit das Recht, durch Klage auf Nichtigkeit der Dispensche die Nichtigkeit der Dispensche herbeizuführen (Staubinger S. 241; Ehrenzweig S. 67 Anm. 66) und den alten Zustand wiederherzustellen, der gem. § 110 ABGB. die formlose Wiedervereinigung der Ehegatten gestattet.

Die i. J. 1930 gem. Art. 13 EGVGB. nach deutschem Recht vollzogene Eheschließung der Bekl. mit M. hat ebenfalls auf die bestehende Ehe nicht auflösend gewirkt. Denn auch die Wirkungen dieser Ehe unterliegen deutschem Recht. Die Bekl., die durch die Eheschließung mit dem Kl. nach § 17 Ziff. 6 DStAngehG. und § 6 DStBundGes. über den Erwerb der Landes- und Bundesangehörigkeit Österreicherin geworden war, ist durch die Eheschließung mit dem preuß. Staatsangehörigen M. gem. § 6 des zit. deutschen Ges. und § 9 des zit. österr. Ges. wieder Preufin geworden.

Es besteht nach deutschem Recht keine Best. des Inhalts, daß durch Eingehung einer Ehe eine noch bestehende Ehe, bei der der andere Ehegatte noch lebt, aufgelöst wird. §§ 1348 ff. BGB. können nicht analog angewandt werden, da sie nur für den Fall der Todeserklärung Geltung haben.

Die Bekl. ist am 9. Aug. 1930 mit M. die Ehe eingegangen. Beide leben seither zusammen. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß sie auch geschlechtlichen Verkehr miteinander gehabt haben. Eine Scheidung der Ehe der Parteien nach § 1565 BGB. ist aber nur dann zulässig, wenn der Bekl. dieser Geschlechtsverkehr als Verschulden an gerechnet werden könnte. Das ist hier nicht der Fall. Der irrtümliche Glaube, daß die Ehe mit dem Kl. bereits aufgelöst sei, entschuldigt die Bekl. (RMKomm. 1929, Anm. 3 zu § 1565). Die Ehe kann daher aus diesem Grunde nicht geschieden werden.

Soweit die Bekl. aber vor der Eheschließung mit M. und vor dem Erwerb der preuß. Staatsangehörigkeit durch den damaligen österr. Kl. Ehebruch getrieben hat, kann nach Art. 17 Abs. 2 EGVGB. dieser nur dann als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wenn er auch nach den Gesetzen Österreichs ein Scheidungs- oder ein Trennungsgrund ist. Auch das österr. Recht kennt in § 109 ABGB. den Ehebruch als Grund zur Scheidung einer Ehe von Tisch und Bett.

(LG. Essen, 2. ZR., Urte. v. 16. Juni 1932, 2/15 R 173/31.)

Mitgeteilt von Ref. Dr. Beck, Recklinghausen.

*

3. §§ 117, 138 BGB. Vermögensverschiebungen unter Ehegatten sind nichtig.

Der Bekl. betreibt gegen den Ehemann der Kl. die Zwangsvollstreckung und hat aus einem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse, eine dem Ehemann der Kl. zustehende Forderung gegen den kath. Kirchenbauverein gepfändet und sich überweisen lassen. Die Kl. behauptet, sie sei Gläubigerin dieser Forderung, da das Dachbedeckungsgeschäft auf ihren Namen gehe und sie Geschäftsinhaberin sei. Der Bekl. bestreitet dies und macht durch einredeweise Anfechtung geltend, der Werkvertrag mit dem Kirchenbauverein sei nicht von der Kl., sondern von ihrem Ehemann abgeschlossen worden. Wenn das Geschäft bei der Gewerbebehörde auch auf den Namen der Kl. angemeldet sei, so sei die Anmeldung überhaupt nur zum Schein erfolgt. Um die im Gange befindliche Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann der Kl. zu vereiteln, habe dieser nach außen hin das Dachbedeckungsgeschäft auf die Kl. übertragen und so die Forderung gegen den Kirchenbauverein auf die Kl. hingeleitet.

Das LG. Essen wies die Klage ab.

Die Frage, ob die Möglichkeit vorliegt, mit Erfolg anfechten zu können, hat das BG. nicht weiter geprüft, weil auch ohnedies ihm die Klage nicht als begründet erschien. Es hielt nämlich erst

Scheingeschäft und auch ein sittenwidriges, also nach § 138 BGB. nichtiges Geschäft für vorliegend, weil die Beweisaufnahme durch die Vernehmung des Architekten dargetan hat, daß die Kl. nur vor ihren Ehemann getreten ist, um dem Bekl. die Vollstreckung des erlangten Ur. unmöglich zu machen. Schon der zeitliche Zusammenhang zwischen den Vollstreckungsmaßnahmen des Bekl. und der Geschäftseröffnung angeblich durch die Kl. sprachen hierfür. Denn unrichtig ist es auch, wenn die Kl. unter Hinweis auf RG. 67, 169 ausgeführt hat, daß es sich nicht um ein Scheingeschäft handle, auch nicht um ein sittenwidriges und also nichtiges Geschäft. Wie Schwister: JW. 1931, 2548 vielmehr überzeugend dargetan hat, ist die von der Kl. angeführte RGEntsch. nicht nur lückenhaft und durch die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse infolge des Weltkrieges und der Inflation längst überholt, sondern vor allem auch deswegen nicht zu befolgen, weil sie die ohnedies bestehende große Gläubigernot geradezu untragbar macht. Daher hat auch das unterzeichnete BG., und zwar schon vor Bekanntwerden des vorstehend angeführten Abhandlung Vorgänge wie hier als Schein sowie auch als sittenwidrige Geschäfte bezeichnet.

(LG. Essen, Ur. v. 1. Juli 1932, 1 S 195/32.)

Mitgeteilt von N. Dr. Detmar Löwenstern, Essen.

*

Frankfurt a. M.

4. Art. 21 EGBGB. Das Personalstatut des Erzeugers ist auch für die Feststellung der Vaterschaft maßgebend. Die Wirksamkeit der Anfechtung ist nach der für die Willenserklärungen maßgebenden Rechtsordnung zu bestimmen. Konditionanprüche beurteilen sich nach dem Recht, dem die zu kondizierenden Gegenstände unterliegen. †)

Der Antragsteller ist Deutscher, während die Antragsgegner und deren Mutter die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen. Der Antragsteller unterhielt mit der Mutter der Antragsgegner von 1911 bis vor einigen Jahren dauernde Beziehungen und lebte mit ihr zusammen. F. J. 1922 erkannte er in öffentlichen Urkunden die Vaterschaft der beiden Antragsgegner an. Dieses Ankenntnis wiederholte er i. J. 1928 vor dem Jugendamt in Frankfurt a. M. und verpflichtete sich in vollstreckbarer öffentlicher Urkunde zu Unterhaltsleistungen an die Antragsgegner.

Zur Begr. der Vollstreckungsgegenklage hat er vorgetragen, er habe erst vor kurzem erfahren, daß die Kindesmutter während der Empfängniszeit auch mit anderen Männern geschlechtlich

Zu 4. Die Begründung gibt zu schweren Bedenken Anlaß. Der Unterhaltsanspruch der Kinder unterstand nach Art. 21 EGBGB., der auf das Heimatrecht der Mutter verweist, zunächst dem Schweizer Recht. Dieses enthält jedoch, nach der Jubilatur des Schweizer Bundesgerichts, eine Rückverweisung auf das Recht am Wohnsitz des Erzeugers (R u f b a u m, IntPrR., S. 179, Anm. 2, mit Nachw.). Da im vorl. Fall der Erzeuger in Deutschland lebte, hätte das BG. prüfen müssen, ob im Rahmen des Art. 21 die Rückverweisung des Schweizer Rechts anzuerkennen ist. Die Frage ist bestritten. Für die Rückverweisung haben sich das BG. Düsseldorf: Niemeyers J. 14, 76, sowie, in einer sorgfältig begründeten Entsch., das BG. Stuttgart: JW. 1931, 157, dagegen besonders Staudinger-Raape, Anm. K II zu Art. 21 (mit Nachw.), ausgesprochen. Die der Rückverweisung günstige Ansicht dürfte den Vorzug verdienen, da sie dem Richter die Anwendung des ihm geläufigen heimischen Rechts ermöglicht, welches nach Art. 21 S. 2 ohnedies in gewissem Umfang beachtet werden muß.

Geht man mit dem BG. von der Maßgeblichkeit des Schweizer Rechts aus, so ist nach diesem auch die Zulässigkeit der Einrede des Mehrverkehrs zu beurteilen (OLG. Frankfurt: JW. 1926, 2858; LG. Schweidnitz: JW. 1929, 1603; LG. Hirschberg, IntPrRpr. 1929 Nr. 86; R u f b a u m S. 176 Anm. 4; Staudinger-Raape, Anm. B II zu Art. 21; das für die Gegenmeinung angeführte Ur. des BG. II Berlin: RWL. 1929, 98 = IntPrRpr. 1929 Nr. 82 läßt in Wahrheit die Frage offen). Das Schweizer Recht schließt, ebenso wie das deutsche, die Einrede (Art. 314 II SchwZGB.) aus, sobald der Erzeuger die Vaterschaft in öffentlicher Urkunde anerkannt hat (Art. 302, 303, 325 SchwZGB.). Dies führt zu der Frage, ob der Erzeuger seine Anerkennungserklärung wegen der von der Mutter begangenen arglistigen Täuschung ansprechen konnte.

Das BG. will auch diese Vorfrage der Unterhaltspflicht gem. Art. 21 dem Schweizer Recht unterstellen. Dem ist zwar grundsätzlich beizupflichten (vgl. auch S a u d e l, Bedeutung des Parteivollens im IntPrR., 1931, S. 68 Anm. 1, 3; die vom BG. als abweichend zitierten Ausführungen L e w a l d s (Nr. 296) dürften nur die Anfechtung obligatorischer Rechtsgeschäfte betreffen). Aber das BG. übersieht, daß nach Art. 21 S. 2 der Erzeuger keinesfalls weitergehend in Anspruch genommen werden kann als nach deut-

verkehrt habe; hierüber habe sie ihn jedoch getäuscht. Durch ihre ausdrückliche Angabe, sie habe zu anderen Männern keinerlei Beziehungen gehabt, habe er sich zu den Vaterschaftsanerkennnissen bestimmen lassen. Nunmehr habe er die Anerkenntniserklärungen und auch die Unterhaltsverpflichtungsanerkennnisse bezüglich der beiden Kinder angefochten. Überdies stütze er seinen Anspruch auch auf § 812 BGB., da er die Erklärungen ohne Rechtsgrund abgegeben habe.

Das BG. hat durch den angefochtenen Beschluß den Armenrechtsantrag zurückgewiesen. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung sei aus materiellen Gründen aussichtslos. Zwar sei die Unterhaltspflicht des Antragstellers nach schweizerischem Recht zu beurteilen nach Art. 21 EGBGB. Eine Anerkennung i. S. des Art. 303 ff. SchwZGB. liege jedoch nicht vor, da der Antragsteller eine solche Erklärung personenrechtlicher Art nach dem insoweit maßgebenden deutschen Recht als seinem Personalstatut gar nicht abgeben könne. Sie sei vielmehr nach § 1718 BGB. zu beurteilen, da Art. 21 EGBGB. eine solche Erklärung nicht ausschließe, die nach deutschem Recht lediglich einen Verzicht auf die Einrede des Mehrverkehrs nach § 1717 BGB. darstelle. Auch wenn die Frage der Vaterschaft, soweit sie Vorfrage für die Unterhaltspflicht ist, dem schweizerischen Recht unterstehe, könne der Erzeuger eine Willenserklärung nach § 1718 BGB. abgeben und diese mit einem schuldrechtlichen Unterhaltsversprechen verbinden. Diese Möglichkeit bestehe neben der formellen Anerkennung nach Art. 303 ff. SchwZGB. Indessen sei die Anfechtung dieser Erklärungen vorliegend nicht begründet, da nicht der Täuschende Anfechtungsgegner sei. Die Anfechtung sei nicht wie die Unterhaltspflicht nach schweizerischem, sondern nach dem als besonderes Anfechtungsstatut in Betracht kommenden deutschen Recht zu behandeln. Danach stehe aber § 123 II BGB. der Anfechtung entgegen, dem im übrigen inhaltlich auch Art. 28 II SchwZGB. entspricht. Somit sei mangels Anfechtungsmöglichkeit die von dem Antragsteller beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos, da er wegen der Unanfechtbarkeit der Vaterschaftsanerkennung die Einrede des Mehrverkehrs nicht mehr geltend machen könne.

In der Beschw. ist ausgeführt, das BG. habe im Beschl. v. 25. Juni 1931 die Möglichkeit der Kondition des Unterhaltsversprechens übersehen, für die nach dem maßgebenden Recht der Beweis des Mehrverkehrs dem Antragsteller nicht entzogen sei. Diese Beschw. ist begründet.

Die beabsichtigte Vollstreckungsgegenklage soll sich gegen die Beitreibung der nach dem Inhalt der Urkunden des Jugendamts geschuldeten Unterhaltsbeträge richten. Die Forderung, wegen der

schem Recht. Versagte ihm also das Schweizer Recht die Anfechtung, so mußte geprüft werden, ob nicht der Erzeuger nach deutschem Recht günstiger gestellt war.

Auch in der Beurteilung des materiellen Anfechtungsrechts ist dem BG. ein Mißgriff unterlaufen. Die Anfechtung wird abgelehnt, weil der Anfechtungsgegner, das uneheliche Kind, die Täuschung nicht verübt hat und sie weder kannte noch kennen konnte. Hierauf kommt es jedoch weder nach deutschem noch nach Schweizer Recht an. Die besonderen Best., die § 123 II BGB. für die Täuschung seitens eines Dritten ausstellt, gelten nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen, zu welchen aber die Vaterschaftsanerkennung nach § 1718 BGB., Art. 303 SchwZGB. nicht gehört. Das Recht des Erzeugers, wegen einer arglistigen Täuschung durch die Mutter die Anerkennung anzufechten, steht deshalb in der Rspr. fest (vgl. RG. 58, 353; 107, 175 = JW. 1924, 290; SeuffArb. 84, 208; OLG. München: OLGArpr. 40, 91. Nach Schweizer Recht liegt es nicht anders. Art. 28 OBR. gilt nur für Verträge, nicht aber für das Vaterschaftsankenntnis; dieses kann vielmehr nach Analogie zu Art. 306, 257 SchwZGB. auch wegen arglistiger Täuschung durch einen Dritten beim Richter des zuständigen Zivilstandsamtes binnen drei Monaten seit Kenntniserlangung angefochten werden (vgl. Egger, Anm. 3 zu Art. 306 SchwZGB.; v o n T u h r, Allg. Teil des Schweizer Obligationenrechts, 1924, I, S. 268).

Nicht minder bedenklich sind die weiteren Ausführungen des BG. zur Frage der ungerechtfertigten Bereicherung. Eine Kondition des Vaterschaftsankenntnisses ist weder dem deutschen (vgl. RGWarn. 1930 Nr. 111) noch dem Schweizer Recht bekannt; es scheint sich hier um eine Verweigerung des familienrechtlichen und des schuldrechtlichen Anerkenntnisses zu handeln. Freig ist in diesem Zusammenhang auch die Heranziehung des Art. 314 II SchwZGB., der vielmehr die exceptio plurium nur dem die Anerkennung verweigernden Erzeuger gewährt. Freig ist schließlich die Annahme, daß dem Schweizer Recht eine dem § 1718 BGB. entsprechende Wirkung des Anerkenntnisses unbekannt sei: Nach Art. 325 II SchwZGB. hat vielmehr der Vater nach der Anerkennung für das Kind zu sorgen wie für ein eheliches, ohne daß er noch die Beiwohnung bestreiten oder sich auf den Mehrverkehr der Mutter berufen könnte.

GerUff. Dr. Wilhelm S a u d e l, Berlin.

vollstreckt wird, richtet sich in ihrem Inhalt nach schweizerischem Recht (Art. 21 EGVGB.). Auch die Feststellung der Vaterschaft als entscheidende Vorfrage ist dem im Art. 21 EGVGB. vorgesehenen Statut zu unterstellen, soweit es sich um die Frage der Unterhaltspflicht handelt (so *Lewald*, *JPR.*, Nr. 204; a. M. *LG. Frankfurt a. M.*: *WZntPr.* 3, 259; *W. II* Berlin: *AGBl.* 1929, 98). Die Anwendung dieses Statuts auf die Beurteilung der Vaterschaft ist allerdings nur auf Fälle wie den vorliegenden beschränkt, bei denen es sich um die unterhaltsrechtliche Auswirkung der Vaterschaft handelt; für andere, insbes. personen- und namensrechtliche Fragen ist das Personalstatut des Erzeugers maßgebend, so daß die Vaterschaftsanerkennungen nicht die Wirkungen des Art. 325 SchvZGB. ausgelöst haben.

Das Vaterschaftsanerkennnis ist nach deutschem wie nach schweizerischem Recht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Nach § 1718 BGB. hat sie den Ausschluß der *exceptio plurium* zur Folge, nach Art. 325 SchvZGB. die personenrechtlichen Wirkungen der Ständesfolge nach Abs. 1 und die vermögensrechtlichen Unterhaltsansprüche des Abs. 2, denen im vorl. Falle eine Grenze durch Art. 21 Halbsatz 2 EGVGB. gesetzt wird. Das *LG.* ist daher davon ausgegangen, daß die vom Antragsteller ausgesprochenen Anerkenntnisse der Anfechtung fähige Willenserklärungen sind. Indessen hat das *LG.* im Beschl. v. 25. Juni 1931 die Anfechtung zu Recht für unbegründet gehalten. Zwar kann die Anfechtung nicht, wie dort angenommen wird (so auch *Lewald* a. a. D. Nr. 296), nach deutschem Recht beurteilt werden. Die Anfechtbarkeit der Erklärung begründet sich nicht aus der Person des Erklärenden, sondern aus den Umständen, die bei Abgabe der Erklärung in bezug auf das gesamte Rechtsverhältnis obgewaltet haben. Dies wird insbes. im Falle der vorl. Täuschungsanfechtung deutlich, da es hier entscheidend auf das Verhalten gerade einer anderen Person ankommt. Die Annahme eines besonderen Anfechtungsstatuts erscheint daher verfehlt; vielmehr ist die Wirksamkeit der Anfechtung nach der für die Willenserklärung maßgeblichen Rechtsordnung zu bestimmen (so auch die bei *Lewald* a. a. D. Nr. 297, S. 240 zitierte ganz allgemeine Praxis). Insbesondere führt hier die Anwendung des Art. 28 II SchvZGB. ebenfalls zur Ablehnung der Anfechtung, da der Anfechtungsgegner nicht getäuscht hat und die Täuschung weder kannte noch hätte kennen sollen.

Das *LG.* hätte nunmehr im angefochtenen Beschl. prüfen müssen, ob der weitere Klagegrund der ungerechtfertigten Bereicherung die beabsichtigte Klage zu begründen vermag. Dies ist jedoch übersehen worden.

Auch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist dem schweizerischen Recht unterworfen, da die zu kondizierenden Gegenstände, nämlich die Vaterschaftsanerkennnisse und Unterhaltsversprechen diesem Statut unterstehen und auf Grund eines nach Art. 21 EGVGB. dieser Rechtsordnung unterstehenden Rechtsverhältnisses überhaupt erst zur Entstehung gelangt sind. Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 62 SchvZGB. gegeben sind, die allerdings inhaltlich denen des § 812 BGB. entsprechen.

Rechtsgrund für die Abgabe der Vaterschaftsanerkennnisse wie der Unterhaltsversprechen ist die Vaterschaft des Antragstellers, die ihm z. B. der Erklärung nach seiner Angabe unzweifelhaft erschien. Er bestreitet nicht, der Kindesmutter in der Empfängniszeit betenwohnt zu haben, so daß seine Vaterschaft nach Art. 314 SchvZGB. zu vermuten ist; er hat daher nach Art. 314 II SchvZGB. solche Tatsachen nachzuweisen, die erhebliche Zweifel über seine Vaterschaft rechtfertigen. Bereits im Vorprozess hat der Antragsteller vorgebracht, es sei ihm aus medizinischen Gründen unmöglich gewesen, Kinder zu erzeugen; ferner habe die Kindesmutter während der Empfängniszeit mit anderen Männern Geschlechtsverkehr unterhalten. Über die erste Behauptung ist damals mit negativem Ergebnis Beweis erhoben worden, auf den es allerdings nach der Rechtsauffassung des Gerichts gar nicht ankommen konnte. Die Behauptung des Mehrverkehrs ist jedoch nach beiden Rechten erheblich, da sie auch nach schweizerischem Recht geeignet ist, die Vermutung der Vaterschaft zu beseitigen (vgl. Art. 314 II, 315 SchvZGB.).

Zwar müßte er nach schweizerischem Recht positiv seine Nichtvaterschaft zur Begr. der Kondition nachweisen; denn Art. 314 SchvZGB. gibt lediglich eine Beweislastregelung für den Prozeß; aber in einem Rechtsstreit, in dem die negative Feststellung wie hier Vorfrage ist, genügt es nicht, die ihn belastende Vermutung zu beseitigen, vielmehr trifft ihn hier nach allgemeinen Regeln als Kläger die volle Beweislast für das Nichtvorliegen der Vaterschaft, aus dem sich im vorl. Falle den Mangel des rechtlichen Grundes ergäbe.

Indessen ist insoweit die Anwendung des schweizerischen Rechts durch Art. 21 Halbsatz 2 EGVGB. ausgeschlossen, da der Erzeuger nach deutschem Recht günstiger gestellt ist. § 1717 BGB. gibt nicht nur eine Beweisvermutung, sondern eine Fiktion, nach der unter bestimmten Voraussetzungen ein Mann als Vater des

Kindes gilt; hier genügt es auch für die negative Feststellung, nur diese Fiktion zu entkräften, da er alsdann nicht mehr als Vater des unehelichen Kindes gilt.

Es kommt daher darauf an, ob der Antragsteller den Beweis des Mehrverkehrs führen darf und erbringen kann. Die Beweismöglichkeit kann ihm vorliegend nicht durch die Vaterschaftsanerkennnisse nach § 1718 BGB. entzogen sein, da diese Anerkenntnisse, soweit sie für die Unterhaltsfolgen maßgebend sind, nicht deutschem Recht unterliegen, der schweizerischen Rechtsordnung aber die Folge des § 1718 BGB. unbekannt ist. Zwar ist ein Verzicht auf die Einrede des Mehrverkehrs dem Antragsteller ebenfalls möglich. Dieser Verzicht kann aber nicht, wie bei einer nach deutschem Recht zu beurteilenden Erklärung die unbedingt gesetzliche Folge der Erklärung der Vaterschaftsanerkennnisses sein ohne Rücksicht auf den persönlichen Willen des Erklärenden. Es müßte vielmehr der ausdrückliche oder stillschweigend gedäuernte Wille des Erklärenden dahin zielen. Hierfür ergibt sich aber vorliegend nicht der geringste Anhaltspunkt; Voraussetzung wäre, daß dem Antragsteller die Vorschr. des § 1718 BGB. ihrem rechtlichen Inhalt nach bekannt ist. Es ist aber unwahrscheinlich, daß der den Antragsgegner obliegende Beweis dieser Rechtskenntnis erbracht werden wird, und daß fernerhin der Wille zum Verzicht auf die *exceptio plurium* nachweisbar ist, so daß ein Beweisantritt bezüglich des Mehrverkehrs innerhalb der Empfängniszeit (Art. 314 II SchvZGB.) dem Antragsteller nicht entzogen ist.

Gelingt ihm dieser Beweis, fällt damit die Fiktion seiner Vaterschaft, so daß der Mangel des rechtlichen Grundes für die Abgabe der Vaterschaftsanerkennnisse und der Unterhaltsversprechen feststeht, so ist die auf Art. 62 SchvZGB. gestützte Vollstreckungsgegenklage nach § 797 ZPO. begründet.

(*LG. Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 17. Aug. 1932, 279 T 282a/32.)

Gera.

§ 1093 BGB.; § 42 ThürAusfBd. z. BGB. Zur Auslegung des Begriffs „Familie“.)

Der Begriff „Familie“ in § 42 Abs. 1 ThürAusfBd. z. BGB. (*GS.* 1923, 287) ist dahin auszulegen, daß es nicht auf Verwandtschaft im juristischen Sinne ankommt, sondern auf die tatsächliche Verbundenheit. In diesem Sinne gehören die Bekl. und das uneheliche Kind ihres Sohnes zu einer Familie, nachdem die Bekl. das Kind bei sich aufgenommen hat. Zum gleichen Ergebnis führt ein Vergleich des § 42 Abs. 1 mit § 41 Abs. 2 AusfBd. z. BGB. Während bei gemeinsamer Wohnung der Kreis der Aufnahmeberech-

Zu § 5. Der Auslegung, die der Beschl. dem § 42 Abs. 1 Thür. AusfBd. z. BGB. zuteil werden läßt, ist durchaus beizutreten. Es handelt sich um die Anwendung dieser Bd. auf einen nach Art. 96 EGVGB. der Landesrechtlichen Normierung überlassenen Auszugs- (Altenteils-) Vertrag. Der Wortlaut der angeführten Stelle:

Wenn dem Berechtigten eine abgeordnete Wohnung zu gewähren ist, so ist er befugt, seine Familie und die zur Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

bedeutet sich fast wörtlich mit § 1093 Abs. 2 BGB., der den Wohnungsberechtigten dazu ermächtigt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen. Der beiden Bestimmungen gemeinsame Begriff „Familie“ ist, da das neben dem BGB. weitergeltende Landesrecht in dem ius commune des BGB. seine notwendige Ergänzung findet (vgl. *Crusen-Müller*, *Das PrAGBGB.* S. 27), i. S. des § 1093 Abs. 2 BGB. zu verstehen. Danach ist die in die Wohnung aufnehmbare Familie nicht, wie dies freilich *Böckel*, *Landesprivatrecht der Thür. Staaten* S. 141 anzunehmen scheint und auch vor dem Inkrafttreten des BGB. bei Auslegung des Inhalts von Altenteilsverträgen mitunter behauptet wurde (*SeuffArch.* 13, 64; *Stobbe*, *Handbuch*, Bd. 5 S. 413), mit der Familie im streng juristischen Sinne, also mit dem durch Ehe, Verwandtschaft und Schwägerschaft zusammengefallenen Personenkreis identisch. Als Glieder der aufnehmbaren Familie sind vielmehr im Anschluß an die Ausführungen der *Not.* 3, 571 alle diejenigen Personen anzusehen, die wegen ihrer tatsächlichen Verbundenheit mit dem Wohnungsberechtigten, mag sie auf ehelicher oder außerehelicher Beziehung beruhen, nach der Lebensauffassung zu seiner Familie gezählt werden, so daß ihr Zusammenleben und Zusammenwohnen mit ihm im einzelnen Fall als das normale erscheint (*Biermann*, *Sachenrecht* [2] S. 281; *Dernburg*, *Bürgerl. Recht* [4] Bd. 3 S. 617; *RGWRomM.* § 1093, 3; v. *Staudinger* § 1093 Bem. IIIa). Hatte in concreto die altenteilsberechtignte Bekl. das außereheliche Kind ihres Sohnes in die Altenteilswohnung aufgenommen, so hatte sie damit das Vorhandensein einer engen Verbundenheit dieses Kindes mit sich klargestellt. Die normale Lebensauffassung betrachtet ein solches Kind als faktisches Glied der Familie der Altenteilerin; seine Aufnahme in deren Wohnung entspringt also einer befugten Ausübung des Wohnungsrechts.

der Kindesmutter englischer Staatsangehöriger war, ist gem. § 22 EGBGB, die Frage, ob durch diese Eheschließung das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt hat, nach englischem Recht zu beurteilen. Maßgebend sind daher in erster Linie die Best. des engl. Gesetzes über die Verhältnisse der außerehelichen Kinder v. 15. Dez. 1926 (Legitimacy act. 1926). Nach diesem Gesetz muß aber die Frage, ob das Kind durch nachfolgende Eheschließung legitimiert worden ist, verneint werden, und zwar unabhängig davon, ob der Erzeuger des Kindes zur Zeit der Eheschließung, wie deren Ort (London) vermuten lassen könnte, seinen Wohnsitz in England hatte, oder ob er damals, wie in der Beschw. geltend gemacht ist, im Haag in den Niederlanden ansässig war.

In beiden Fällen konnte nämlich die Eheschließung die Legitimation des Kindes deshalb nicht bewirken, weil zur Zeit seiner Geburt der Vater des Kindes noch in anderer Ehe verheiratet war, das Kind mithin einem ehebrevierischen Verkehr entstammte.

Für den Fall, daß der Vater des Kindes zur Zeit der Eheschließung in England seinen Wohnsitz gehabt haben sollte, ergibt sich dies unmittelbar aus der Best. der sect. I (2) der Legitimacy act 1926. War der Vater des Kindes aber damals im Haag ansässig, so ändert das an dem Ergebnis nichts, weil auch nach dem holländ. Recht (vgl. Art. 327 Niederl. BGB.), das dann gemäß sect. 8 (1) Legitimacy act maßgeblich ist, aus Ehebruch stammende Kinder durch die Eheschließung ihrer Eltern nicht legitimiert werden.

Hat hiernach der Minderjährige durch die Eheschließung seiner

Legitimation für die Anerkennung der Legitimation sollen und können im folgenden nur mehr angedeutet als endgültig geklärt werden.

Die von unserer Rspr. und Rechtslehre (vgl. statt vieler Kaape, Art. 22 A I; dort auch unter IV 1 u. 2 eingehende Erörterung der Verweisung auf engl. Recht) zur zweifeligen Kollisionsnorm ausgeweitete Best. des Art. 22 I EGBGB. verweist für die Legitimation eines unehelichen Kindes auf das Heimatrecht des Vaters zur Zeit der Legitimation. Das engl. Heimatrecht des Vaters kennt seit 1926 die legitimation per subsequens matrimonium, soweit das Kind kein Ehebruchskind ist. Kollisionsrechtlich bestimmt der engl. Legitimacy Act, 1926 (Einleitung, Text und Übersetzung: Nabels. 1, 769 ff.) in sect. 8 ss. 1, daß ein uneheliches Kind in England dann als legitimiert betrachtet werden soll, wenn der Vater zur Zeit der Eheschließung in einem Lande seinen Wohnsitz hatte, auf Grund dessen Rechtes das uneheliche Kind durch die nachfolgende Eheschließung legitimiert wird. Auch diese kollisionsrechtliche Best. wird aber durch die in sect. 1 ss. 2 enthaltene Best. beschränkt: „Keine Best. dieses Gesetzes soll die Legitimation eines unehelichen Kindes bewirken, dessen Vater oder Mutter zur Zeit seiner Geburt mit einer dritten Person verheiratet war.“ Die engl. Rspr. hat in der Entsch. Re Askew (Marjoribanks v. Askew 99 L. J. Ch. 466 = [1930] 2 Ch. 259 = 143 L. T. Rep. 616 = 46 T. L. R. 539 = Nabels. 5, 422) angenommen, daß neben der Kollisionsnorm der sect. 8 die von dem common law vor dem Gesetz angewandte Kollisionsnorm für die Legitimation unehelicher Kinder weiter in Wirkung bleibt. (In Nabels. 6, 620 habe ich dargelegt, daß auch die neue Entsch. Collins v. Attorney General 145 L. T. R. 551 dieses Prinzip nicht aufgibt.) Nach dieser Kollisionsnorm wird die Legitimation eines unehelichen Kindes dann anerkannt, wenn sie das Domizilrecht des Vaters zur Zeit der Eheschließung und zur Zeit der Geburt des Kindes anerkennen (vgl. Dicey-Keith, Conflict of Laws, 5. Aufl., S. 558 ff.). Für diese nicht auf Statute Law beruhende Kollisionsnorm gilt nicht das in sect. 1 ss. 2 Legitimacy Act, 1926, enthaltene Verbot der Legitimation von Ehebruchskindern. Hieraus folgt für den obigen Fall, daß das engl. Recht die Legitimation des unehelichen Kindes dann anerkennen würde, wenn das Wohnsitzrecht des Vaters in den erwähnten beiden Zeitpunkten das niederl. Recht gewesen wäre und dieses Recht die Legitimation anerkennen würde. Das engl. Kollisionsrecht erkennt die Verweisung des von ihm für zuständig erachteten fremden Rechts auf ein anderes Recht an (vgl. dazu mein Referat der Entsch. Re Askew; Marjoribanks v. Askew: Nabels. 5, 422f. und dort Zit. sowie die zahlreichen bei Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts S. 194 Anm. 2 zit. engl. Entsch.).

Nach dem Grundgedanken des von der Rspr. ausgebildeten deutschen internationalen Privatrechts zum renvoi würde eine Verweisung des von engl. Recht bezogenen niederl. Rechts auf ein legitimationsfreundliches Recht anzuerkennen sein (vgl. Melchior a. a. D. §§ 133 ff. und bes. die dort S. 208 f. zit. Entsch.). Es ist nicht anzunehmen, daß das LG. von dieser Subikatur abgehen wollte.

Es kommt also zunächst nicht auf die vom LG. erwähnte Norm des Art. 327 niederl. Bürgerlijk Weetboek, sondern auf die Normen des niederl. internationalen Privatrechts an. Die für den vorl. Fall in Betracht kommende Frage ist nicht gesetzlich geregelt, in der Rspr. nicht behandelt und in der Rechtslehre unstritten.

Ohne entscheiden zu wollen, ob das LG. auf Grund dieser Rechtsfrage zu einer Anwendung des legitimationsfreundlichen deutschen Rechts hätte kommen müssen, seien hier die in Betracht kom-

menen Rechtsfrage kurz erwähnt. Es handelt sich um die für die Legitimation unehelicher Kinder geltende Kollisionsnorm. Rspr. ist, soweit ich feststellen konnte, hierzu bisher nicht vorhanden. In der Lehre werden zwei Ansichten vertreten. Koters, Internationaal Burgerlijk Recht 550 und Hasselt in Lapradelle-Niboyet, Répertoire de droit international 6, 635 nehmen an, daß über die Legitimation das Heimatrecht der Eltern entscheidet; Koters mit der Modifikation, daß das Kind, wenn sein Recht abweicht, die Richtigerklärung der Legitimation fordern kann und daß bei verschiedenem Heimatrecht der Eltern vor der Eheschließung das Recht des Vaters den Vorrang hat; das wäre das engl. Recht, da dieses ebenso wie das niederl., eine Legitimation hier nicht zuläßt, kann die Frage, wo die Verweisung endet, unerörtert bleiben. Mulder, Nederlandsch Internationaal Privaatrecht 120—122 dagegen will das Heimatrecht des Kindes über die Legitimation entscheiden lassen; das ist, da die uneheliche Mutter zur Zeit der Geburt Deutsche war, das deutsche Recht.

Da das deutsche Recht, wie erwähnt, die schließliche Rückverweisung annimmt, braucht auch jetzt auf die gleichfalls sehr zweifelhafte Frage der Anerkennung des renvoi in den Niederlanden (vgl. Melchior a. a. D. 198) nicht eingegangen zu werden.

Für den Fall, daß der Vater zur Zeit der Geburt wie zur Zeit der Eheschließung seinen Wohnsitz in den Niederlanden gehabt hat und daß man die Ansicht von Mulder zugrunde legt, wäre aber auch noch nicht ohne weiteres die Legitimation des Kindes anzunehmen. Das LG. hätte dann erst prüfen müssen, ob nicht der niederl. ordre public gebietet, daß Ehebruchskinder vom niederl. Richter unter keinen Umständen als legitimiert angesehen werden. Eine schwierige Frage: so unbekümmert die engl. Richter in den erwähnten Entsch. Re Askew und Collins v. Attorney General trotz der sect. 1 ss. 2 Legitimacy Act, 1926, ausländische Gesetze anwenden, wie die Legitimation von Ehebruchskindern zulassen, so entschieden wird sie im franz. Recht unter Berufung auf die öffentliche Ordnung allgemein abgelehnt (vgl. Batiffol s. v. filiation in Lapradelle-Niboyet, Répertoire de droit international 8, 425 N. 135 und dort zit. Entsch.). In den Niederlanden hat — soweit ich sehe — nur Koters a. a. D. 554 i. Verb. m. 538 die Frage behandelt; anscheinend würde er die Legitimation eines Ehebruchskindes nach ausländischem Recht dann anerkennen, wenn alle Beteiligten Ausländer sind. Würde das niederl. Recht nach dem Vorbild des franz. ausgelegt, so hätte das deutsche Gericht diesen ordre public-Satz hier anerkennen müssen. Die engl. Verweisung verpflichtet den Richter so zu entscheiden, wie der niederl. Richter entscheiden würde. Dem Hauptargument der deutschen Rspr. für die Anerkennung des renvoi (die Gleichheit der Entsch. unabhängig vom Gerichtsort) entspricht es, in solchen Fälle auch den ausländischen ordre public zu berücksichtigen.

Gr. Uff. Dr. Carl Arndt, Berlin,
Referent am Institut für ausländ. und internat. Privatrecht.

Eltern die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes nicht erlangen können, so war die mit dem angefochtenen Beschl. getroffene Wiederanordnung der Vormundschaft gerechtfertigt.

(LG. Wiesbaden, 4. Rk., Beschl. v. 10. Okt. 1932, 5a T 221/32.)
Mitgeteilt von O. Präf. Bergmann, Wiesbaden.

Berlin.

II. Verfahren.

S. § 766 ZPO. Hat der Ehemann in einem gegen ihn gerichteten Räumungsverfahren sich durch gerichtlichen Vergleich zur Räumung der Wohnung verpflichtet, dann hat die Ehefrau kein Recht zur Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, mit der Begründung, daß sie Mitmieterin sei, aber gegen sie ein Schuldtitel nicht vorliege.

Der Räumungstitel muß sich gegen den Gewahrsamsinhaber richten. Den Gewahrsam einer Familienwohnung hat aber allein der Ehemann als Oberhaupt der Familie, auch wenn die Frau Mitmieterin ist. Es ist überhaupt nicht entscheidend, wer die Wohnung gemietet hat (vgl. Goldmann, Die Zwangsvollstreckung, S. 143. Stein-Jonas, Anm. II, 2 zu § 808 ZPO. und Baumhach, Anm. 1 zu § 885 ZPO.). Für die Frage der Innehabung des Gewahrsams durch den Ehemann ist es unerheblich, ob die Ehefrau den Mietvertrag mitunterzeichnet hat. Auch wenn ein Mietvertrag zugunsten der Ehefrau vorgelegen hätte, würde sie zur Räumung verpflichtet gewesen sein, da die Schuldner in ehelicher Gemeinschaft leben und der abgeschlossene Räumungsvergleich auch der Ehefrau gegenüber Wirkung hat, ohne daß sie bei dem Vergleich unmittelbar mitgewirkt hat (vgl. auch RG.: JW. 1927, 1946 und LG. v. 13. Juni 1930 (25 T 347/30).

(LG. I Berlin, 9. Rk., Beschl. v. 14. Mai 1932, 209 T 3132/32.)
Mitgeteilt von RA. Dr. Mejerich, Berlin.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

1. §§ 15, 40, 52 Abs. 1 Nr. 2, 56 EinkStG.; §§ 1578 ff. BGB. Bedeutung der Zahlung von Unterhalt an die geschiedene Ehefrau nach Wiederverheiratung des Mannes.

Der Beschw. ist Prokurist und in zweiter Ehe verheiratet. Er begehrt den Abzug von 4200 RM, die er im Steuerabschnitt als Unterhaltsrente an seine geschiedene erste Ehefrau gezahlt hat. Das FinA. hat den Abzug dieses Betrages abgelehnt und auch wegen dieser Ausgabe eine Steuerermäßigung nach § 56 des EinkStG. nicht bewilligt. Das FinGer. hat die Voraussetzungen für die Anwendung des § 56 Abs. 2 EinkStG. für vorliegend erachtet, aber übersehen, daß der Beschw. wieder verheiratet ist, und angenommen, daß das FinA. unrichtigermode die Steuer unter Berücksichtigung der Ermäßigung für die geschiedene Ehefrau nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. berechnet habe. Es hat deshalb die vom FinA. für die Ehefrau gewährte Familienermäßigung dem Beschw. als Ermäßigung nach § 56 Abs. 2 EinkStG. zugebilligt und so im Ergebnis die vom FinA. festgesetzte Steuer aufrecht erhalten.

Die RBeschw. ist teilweise begründet.

Die Vorbehörden haben zutreffend den Abzug der an die geschiedene Frau gezahlten Unterhaltsrente nicht zugelassen. Da der Beschw. nach der RBeschw. zur Zeit mit seiner geschiedenen Frau wegen Herabsetzung der Rente einen Prozeß führt, kann davon ausgegangen werden, daß es sich bei der Rente um Aufwendungen zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht nach §§ 1578 ff. BGB. handelt. Derartige Unterhaltsleistungen sind weder beim Geber (§ 15 EinkStG.) abzugsfähig, noch begründen sie bei der Frau eine Steuerpflicht (§ 40 EinkStG.). Auch den weiteren Ausführungen des FinGer. über die Anwendbarkeit des § 56 Abs. 2 EinkStG. kann beigetreten werden. Es fragt sich lediglich, ob diese Befreiungsbestimmung auch Platz greift, wenn der Pflichtige wieder geheiratet hat und ihm die Familienermäßigung für die Ehefrau bereits nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. zusteht. Das FinA. vertritt anscheinend die Auffassung, daß nur eine Steuerermäßigung nach § 56 Abs. 1 EinkStG. in Frage kommen könne. Diese Ansicht wäre rechtsirrig. Nach der vom FinGer. angezogenen Entsch. des Senats v. 28. Mai 1929 (VI A 616, 617/29; StB. 1929 Nr. 724), ist für die Frage der Anwendung des § 56 Abs. 2 EinkStG. bei der für das Steuerrecht erforderlichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise maßgebend, ob der Unterhalt in Auswirkung des früher bestandenen ehelichen Verhältnisses geleistet wird. Ist das der Fall, ist das eheliche Verhältnis also auch nach der Scheidung noch bedeutsam, dann muß ihm auch noch für den Fall des § 56 Abs. 2 EinkStG. die maßgebliche Auswirkung zuerkannt werden, so daß die nach dieser Bestimmung vorgesehene Ermäßigung für die geschiedene Ehefrau, die vom Pflichtigen im wesentlichen unterhalten wird, auch dann zu gewähren ist, wenn ihm im Hinblick auf seine Wiederverheiratung die Familienermäßigung für die Ehefrau bereits nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. zusteht.

(RFS., 6. Sen., Ur. v. 20. April 1932, VI A 303/32.)

*

2. § 5 ErbschStG. Behandlung ausgleichspflichtiger Vorempfänge, wenn der Anteil des Erblassers an der fortgesetzten Gütergemeinschaft des westfälischen Rechts seinen Geschwistern angewachsen ist. †)

Das ErbschStG. geht bei der Behandlung der fortgesetzten Gütergemeinschaft andere Wege als das bürgerliche Recht. Nach diesem gehört, wenn mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten die Güter-

Zu 2. 1. Das Ur. gibt eine belehrende wissenschaftliche Abhandlung im Anschluß an die Frage, welche Rechtsnormen anzuwenden sind auf die Besteuerung des einem Abkömmling bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft angefallenen Anteils. Man muß diesen Einzelfall als ein leuchtendes Spiegelbild bewerten in des Rechtszustand, in dem juristisch zu arbeiten wir heute verurteilt sind. Wenn irgendwo, so sollte über die familienrechtlichen und die mit dem Güterrecht verknüpften erbrechtlichen Verhältnisse durchsichtige Klarheit herrschen. Davon ist gar keine Rede. Das Volk steht hier vor Geheimnissen, die Argwohn und Abneigung hervorzurufen. Und auch dem zünftigen Juristen wird, wenn er nicht einer der wenigen Spezialisten auf diesem Gebiete ist, eine Arbeit zugemutet, die in gar keinem Verhältnis steht zu dem mageren Ergebnis. Aus allen Ecken muß man die zerstreuten

gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt wird, der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft nicht zu seinem Nachlaß; er wird also nach dem bürgerlichen Recht nicht vererbt (§ 1483 BGB.). Dasselbe gilt, wenn während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling stirbt, für dessen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1490 BGB.). Da somit in beiden Fällen hinsichtlich des Gesamtguts auch keine Auseinandersetzung stattfindet, kommt, soweit es sich um das Gesamtgut handelt, nach bürgerlichem Recht in beiden Fällen auch keine Ausgleichung der Vorempfänge in Frage, die die anteilsberechtigten Abkömmlinge aus dem Gesamtgut der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft erhalten haben. Erst wenn nach Anwendung der fortgesetzten Gütergemeinschaft in Ansehung des Gesamtguts die Auseinandersetzung stattfindet, werden die Vorempfänge der Abkömmlinge nach den für die Ausgleichung unter Abkömmlingen bei der Erbauseinandersetzung geltenden Vorschriften (§§ 2050 ff. BGB.) unter den Abkömmlingen auszugleichen, soweit sie nicht etwa schon bei der Teilung eines vom erstverstorbenen Ehegatten hinterlassenen Nachlasses (Vorbehalts- oder Sonderguts) ausgeglichen worden waren (§ 1503 BGB.). Und zwar werden, wenn die anteilsberechtigten Abkömmlinge Vorempfänge aus dem Gesamtgut der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft erhalten haben, die nach § 2054 BGB. als von jedem Ehegatten zur Hälfte gegeben anzusehen sind, diese Vorempfänge nun nach § 1503 Abs. 2 i. Verb. m. §§ 2050 ff. BGB. unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen bei der Auseinandersetzung in Ansehung des ihnen zustehenden Anteils am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zur Hälfte auszugleichen. Hinsichtlich der anderen Hälfte findet die Ausgleichung nach den hier unmittelbar zur Anwendung kommenden Vorschriften der §§ 2050 ff. BGB. erst statt, wenn nach dem Tode des überlebenden Ehegatten dessen Nachlaß geteilt wird.

Das ErbschStG. (§ 5) behandelt dagegen im Falle des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft den Anteil des erstverstorbenen Ehegatten am Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft so, wie wenn er mit seinem Tode als sein Nachlaß den anteilsberechtigten Abkömmlingen als Erben angefallen wäre, und im Falle des Todes eines anteilsberechtigten Abkömmlings seinen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft so, wie wenn er als Nachlaß des verstorbenen Abkömmlings den Personen als Erben angefallen wäre, denen nach § 1490 BGB. der Gesamtgutsanteil eines verstorbenen Abkömmlings zufällt oder anwächst. Da somit in beiden Fällen das ErbschStG. im Gegensatz zum bürgerlichen Recht eine Erbfolge unterstellt, so müssen, wenn beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten mehrere Abkömmlinge vorhanden waren, in beiden Fällen die Anteile der einzelnen Abkömmlinge am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ermittelt werden, wie wenn keine fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten wäre. Es müssen also im ersten Falle die Anteile der gemeinschaftlichen Abkömmlinge am Gesamtgutsanteil des erstverstorbenen Ehegatten und im zweiten Falle der Anteil des verstorbenen Abkömmlings am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft unter entsprechender Anwendung der Vorschr. des bürgerlichen Rechts über die Ausgleichung unter Abkömmlingen berechnet werden.

Hiernach muß es, wenn z. B. beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten nur Gesamtgut im Werte von 100 000 RM da war und von den vorhandenen drei Abkömmlingen einer (A) am Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft einen Vorempfang im Werte von 20 000 RM erhalten hatte, der nach § 2054 BGB. als von jedem Ehegatten zur Hälfte gegeben zu gelten hat, vom Standpunkt des Erbschaftssteuerrechts so angesehen werden, wie wenn von dem Gesamtgutsanteil des erstverstorbenen Ehegatten (50 000 RM) angefallen wären dem Abkömmling

$$\begin{array}{l} A \frac{1}{3} (50\,000 + 10\,000) - 10\,000 = 10\,000 \text{ RM} \\ B \frac{1}{3} (50\,000 + 10\,000) = 20\,000 \text{ RM} \\ C \frac{1}{3} (50\,000 + 10\,000) = 20\,000 \text{ RM} \end{array}$$

Stirbt nun während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Abkömmling A, so muß für die Zwecke der Erbschaftsteuer sein Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach dem Stande an seinem Todestag unter entsprechender Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Ausg.Vorschr. ermittelt werden. Ist das Gesamt-

Vorschr. zusammentragen und versuchen, wie sie miteinander in den erforderlichen Einklang gesetzt werden könnten. Ob das Gefundene von gestern heute noch gilt, bleibt bei der überhasteten Art der Gesetzgebung wie der NotWd., die überall Stücke herausreißt und Flicker aufsetzt, ein schwieriges Problem. Der vorl. Fall zeigt, wie in den festen Rechtsbau des BGB. rücksichtslos die öffentlichen Steuergehege einschneiden, und andererseits wie Vorbehalte der Landesgesetze das Reichsrecht durchbrechen. Das fordert eine genauere Betrachtung und zugleich die kritische Überlegung, ob nicht der von den Gesetzen gestiftete Wirrwarr zu vermeiden gewesen wäre, wenn wir die rechtsbildenden Gedanken hätten ausreifen lassen unter Bestimmung auf einfache allbeherrschende Grundätze.

2. Die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ist besonders in den

gutsvermögen seit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten unverändert geblieben, so ist hiernach der Gesamtgutsanteil des A wie beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten, also auf 10 000 RM, zu berechnen. Ist das Gesamtgutsvermögen in der Zwischenzeit infolge wirtschaftlicher Verhältnisse zurückgegangen, so daß es sich beim Tode des A z. B. nur noch auf 88 000 RM beläuft, so beträgt der Gesamtgutsanteil des A $\frac{1}{3} \cdot (44 000 + 10 000) - 10 000 = 8000$ RM. Wäre an Stelle des Abkömmlings A der Abkömmling B gestorben, nachdem er aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft einen Vorempfang von 12 000 RM erhalten hat, der nach § 2054 BGB. als aus beiden Gesamtguthälften stammend anzusehen ist, so wäre der Gesamtgutsanteil des B, wenn bei seinem Tode das Gesamtgutsvermögen noch 88 000 RM betragen hat, auf $\frac{1}{3} \cdot (44 000 + 10 000 + 6000) - 6000 = 14 000$ RM. zu bemessen. Wird später die fortgesetzte Gütergemeinschaft — z. B. durch Aufhebung seitens des überlebenden Ehegatten (§ 1492 BGB.) — beendet, so haben bei der nun stattfindenden Gesamtgutsauseinanderlegung die noch vorhandenen Abkömmlinge nach § 1503 Abs. 2 i. Verb. m. §§ 2050 ff. BGB. die nach der Vermutung des § 2054 als von dem erstverstorbenen Ehegatten oder aus dem Anteil der Abkömmlinge am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft stammende erste Hälfte der Vorempfänge auszugleichen. Was die Abkömmlinge hierbei erhalten, ist jedoch für die Erbschaftsteuer ohne Bedeutung, da nach § 5 ErbschaftStG. die Abkömmlinge die vom erstverstorbenen Ehegatten stammende Gesamtguthälfte schon bei dessen Tode und außerdem beim Tode der vorverstorbenen Abkömmlinge versteuert haben. Erst wenn der überlebende Ehegatte stirbt und sein Nachlaß den dann vorhandenen

ländlichen Kreisen vieler Gebiete treubewahrtes, deutschrechtliches Erbgut. Wird dieser Güterstand anerkannt, so muß folgerichtig eingesehen werden, daß das Gesamtgut nicht bloß vorübergehend für die Ehegatten selbst geschaffen wird, sondern als Hausvermögen für sie mit samt ihren gemeinsamen Abkömmlingen bestehen soll. Die zwingende und ganz naturgemäße Folgerung aus dieser familiengebundenen und vermögensrechtlichen Gemeinschaft ist (vgl. Prot. IV 306), daß beim Tode eines der Ehegatten die Gesamthand einfach fortbesteht; die Abkömmlinge treten in diese nicht erst hinein, sie standen in ihr bereits von Anbeginn. Wenn § 1483 Abs. 1 Satz 2 hierzu sagt: der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört im Falle der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht zu dessen Nachlaß: so bedeutet das keine enuntiative besondere Rechtsnorm, sondern nur die aufklärende Festlegung einer sich bereits aus der Rechtslage ergebenden Rechtsfolge.

3. Für die Steuererträge bilden auch die fundamentalen Rechtsgebilde des BGB. kein Hindernis. „Was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu versteuern!“ In Steuerfragen ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, gleichviel ob sich diese mit den Regeln und den formalen Tatbeständen des bürgerlichen Rechts deckt oder nicht (vgl. hierüber die ausgezeichnete weisshauende Darstellung von E. Becker zu der von ihm mit erschöpfender Schärfe und Selbstständigkeit verfaßten RAbgD., 7. Aufl., § 4). Insofern ist es verständlich, daß in § 5 Abs. 1 ErbschaftStG. versucht wird, den Anteil des verstorbenen Ehegatten als ein den Abkömmlingen angefallenes Erbgut zu besteuern. Es fragt sich nur, wie sich eine derartige konträre Norm in den bestehenden Gesetzesbau einfügen läßt. Als naturgemäße und kaum umzusetzende Maxime hat zu gelten: die Besteuerung soll der Leistungsfähigkeit angepaßt werden. Leistungsfähig ist, wer die Mittel und einen Erwerb tatsächlich in den Händen hat. Wer eine Sache als ihm gehörig besitzt, wird deshalb folgerichtig i. S. der Steuererträge wie ein Eigentümer behandelt (§ 18 RAbgD., Fass. nach der RAbgD. v. 1. Dez. 1930; bisher § 80). Davon ist bei den Abkömmlingen während der fortgesetzten Gütergemeinschaft keine Rede. Ihr sog. Anteil am Gesamtgut existiert als juristisches Gedankenkonstrukt. Eine wirtschaftliche Bedeutung oder effektive Bewertung kommt diesem „Idealanteil“ aber nicht zu. Der Abkömmling hat daran weder Besitz noch ein Recht zur Verwaltung oder Nutzung; er kann den Anteil weder veräußern noch sonst darüber verfügen; der Anteil ist auch schlechthin dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen (§ 860 Abs. 1 ZPO.); auch die proleptische Pfändung des nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu ermittelnden Anteils ist unzulässig. Die Verbindlichkeiten des anteilberechtigten Abkömmlings sind niemals Gesamtgutverbindlichkeiten (§ 1488 BGB.); also auch nicht seine Steuerschulden. Der Konkurs des Abkömmlings berührt das Gesamtgut nicht (§ 2 RD.).

4. Es widerspricht der natürlichen Vernunft und Billigkeit, den Abkömmling mit einer Steuerschuld zu belasten, wenn und solange er aus dem fingierten Anteilserwerb in keiner Weise die Mittel zur Entrichtung der Steuer zu beschaffen vermag. Es ist auch nicht gut einzusehen, wie das FinA. nach § 330 RAbgD. das Zwangsverfahren in den Anteil betreiben könnte. Welchen Sinn und praktischen Zweck hat danach noch der umstürzende § 5 ErbschaftStG.; lohnt sich die durch ihn hervorgerufene Verwirrung der sachgemäßen bürgerlichen Ordnung? Tatsächlich scheint man das auch eingesehen zu haben. Denn hinterher verordnet § 15 Abs. 2: im Falle des § 5 sind die Abkömmlinge im Verhältnis der auf sie entfallenden Anteile,

Abkömmlingen als gesetzlichen Erben anfällt, ist die hierbei unter ihnen stattfindende Ausgleichung der zweiten Hälfte der Vorempfänge aus dem Gesamtgut der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft für die nun vorzunehmende Versteuerung dieses Erwerbs der Abkömmlinge, der ein gewöhnlicher Erwerb von Todes wegen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) ist, von Bedeutung. Sind z. B. beim Tode des überlebenden Ehegatten noch die Abkömmlinge A und C am Leben, so beträgt bei einem Nachlaß des überlebenden Ehegatten von 40 000 RM der Erwerb des

$$\begin{aligned} A & \frac{1}{2} \cdot (40 000 + 10 000) - 10 000 = 15 000 \text{ RM} \\ C & \frac{1}{2} \cdot (40 000 + 10 000) = 25 000 \text{ RM}. \end{aligned}$$

(Zu demselben Ergebnis gelangt man auch, wenn man annimmt, daß nun die Abkömmlinge A und C auch die zweite Hälfte des oben erwähnten Vorempfanges des vorverstorbenen Abkömmlings B auszugleichen haben: Erwerb des

$$\begin{aligned} A & \frac{1}{2} \cdot (40 000 + 10 000 + 6000) - 10 000 - 3000 = 15 000 \text{ RM} \\ C & \frac{1}{2} \cdot (40 000 + 10 000 + 6000) - 3000 = 25 000 \text{ RM}. \end{aligned}$$

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Vorbehörden bei der Berechnung des nach § 5 Abs. 2 ErbschaftStG. zu besteuerten Erwerbs der Beschw. von ihrem verstorbenen Bruder mit Recht nur die Hälfte der Vorempfänge berücksichtigt hätten, wenn bei dieser Berechnung die Vorschr. des BGB. entsprechend anzuwenden wären, d. h. wenn sich nicht aus den Vorschr. des preuß. Ges. v. 16. April 1860 die Notwendigkeit ergäbe, von anderen Grundsätzen über die Ausgleichung der Vorempfänge auszugehen. Dies ist jedoch der Fall. Nach § 15 Abs. 3 a. a. D. in der nach Art. 15 des preuß. WGB. sich er-

ber überlebende Ehegatte für den gesamten Steuerbetrag Steuerschuldner; und neben ihnen haftet der Nachlaß. Der Ehegatte mit dem Gesamtgut (trotz § 1488 BGB.): das genügt doch. Mehr an Haftungvermögen kann auch die gewagteste steuerrechtliche Fiktion nicht herbeischaffen.

Nimmt man hinzu, daß nach § 86 RAbgD. bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft das ganze Gesamtgut dem Vermögen des überlebenden Ehegatten zugerechnet wird, so läßt sich der durch § 4 gebotenen freierwilligen Auslegung die Frage und der Wunsch nahelegen, den § 5 ErbschaftStG. als erledigt anzusehen, da er in Widerspruch mit der neueren Entwicklung des Steuerrechtes steht. Daß die Anteile den Abkömmlingen nicht als „Erbschaft“ angefallen sind, steht nach dem BGB. unerrückbar fest. Aber auch die Lehre, daß ein Erwerb von Todes wegen stattfindet, ist verfehlt. Das Einrücken in die erledigte Stelle findet kraft eigenen Rechtes statt und gerade nicht als Nachfolge in das verwaiste Gut.

5. Das Ur. nimmt unmittelbar zum Ausgang, daß der Anteil berechnet werden muß, der dem einzelnen Abkömmling nach der Fiktion des Gesetzes angefallen ist. Das wird an einem Lehrbeispiel anschaulich vorgeführt. Praktisch werden sich allerdings bereits bei dem Ansatze erhebliche Schwierigkeiten herausstellen. Zuerst muß das ganze Gesamtgut ermittelt werden. § 68 RVerfG. v. 22. Mai 1931 sieht eine Einheitsbewertung vor; das ganze Gesamtgut wird bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten zugerechnet, da er allein es verwaltet und daran die Nutzung genießt. Dieser sehr vernünftigen Regelung steht aber anscheinend § 22 Abs. 1 Nr. 10 ErbschaftStG. entgegen: eine solche Zusammenrechnung von Vermögen soll nicht stattfinden; man verbeißt sich auf die Idee, daß das Gesamtgut halbsofortig in Anteile der Abkömmlinge zerfallen ist. Oben ist dargelegt, daß dies praktisch ohne jeden Wert ist und von dem § 15 Abs. 2 ErbschaftStG. selbst steuerlich erledigt wird, indem es den überlebenden Ehegatten zum Steuerschuldner für das ganze Gesamtgut stempelt.

6. Hat es danach schwerlich einen Zweck, noch in die genaue Berechnung der den Abkömmlingen der leblosen Idee nach angefallenen Anteile einzutreten, so schwindet auch das unmittelbare Interesse an der im Ur. als besonders bedeutungsvoll behandelten Frage, wie steuerrechtlich der ausgleichungspflichtige Vorempfang des einen der Abkömmlinge zu behandeln sei. Den Hauptfall bildet die Ausstattung. Die Aussteuerlast wird bei der Bewertung des Vermögens bereits als Schuld berücksichtigt (E. Becker § 4 Anm. 24 S. 89 RAbgD.). Danach wird ihre den Verhältnissen entsprechende Ausrichtung grundsätzlich nicht als Schenkung versteuert (§ 3 Abs. 5 ErbschaftStG.). Aber nach dem Grundgedanken, daß die Eltern ihre Abkömmlinge gleichheitlich stellen wollen, ist die Zuwendung an den einen nicht bloß als Vorausgabe auf den künftigen Erbeil, sondern auch auf den bei der Auseinanderlegung entfallenden Anteil am Gesamtgut zu betrachten. Dabei muß jedoch scharf im Auge behalten werden, daß der Vorempfang weder rechtlich noch wirtschaftlich einen Bestandteil des Gesamtgutes bildet. Er ist demgemäß auch nicht etwa als proleptischer Erbanfall zu versteuern. Daran kann auch § 5 Abs. 1 ErbschaftStG. nichts ändern.

Dem Gesamtgute wird bei der Auseinanderlegung der ausgleichungspflichtige Vorempfang zur Erhöhung der Teilungsmasse hinzugerechnet und dem Empfänger dann abgerechnet. Es handelt sich bei dieser „Idealakkontation“ um eine gedankliche Ein- und Abrechnungsmethode. Die Anteile der Abkömmlinge werden bei be-

gebenden Fassung muß bei der Auseinanderetzung (Schichtung) der fortgesetzten Gütergemeinschaft des westfälischen Rechts, die nach § 10 des Gef. beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den unabgefundenen eigenen Kindern eintritt, jedes Kind sowohl dem überlebenden Ehegatten als auch den Geschwistern gegenüber das Vorempfangene nach den für die Ausgleichung unter Abkömmlingen geltenden Vorschriften zur Ausgleichung bringen, während nach dem Recht des BGB. Vorempfänge nur unter den Abkömmlingen auszugleichen sind. Aus dieser Vorschr. des Gef. v. 16. April 1860 wird für das Recht der westfälischen Gütergemeinschaft mit Recht gefolgert, daß die Abkömmlinge ihre Vorempfänge aus dem Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten und den anderen Abkömmlingen gegenüber bei der Auseinanderetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft voll zur Ausgleichung zu bringen haben (vgl. Böttlich, Die westfälische Gütergemeinschaft, 4. Aufl., S. 101 ff.). Würde die Ausgleichung der Vorempfänge entsprechend dem § 2054 BGB. auf die erste Hälfte beschränkt und die Ausgleichung wegen der zwei-

tehenden Gemeinschaft sachlich hierdurch weder gemindert noch erhöht, weil der effektive Bestand des Gesamtgutes davon unberührt bleibt. Auch das Steuergesetz sollte die Anteile nur nach ihrem Verhältnis zu dem wirklich vorhandenen Gesamtgut aufsetzen. Im Gegensatz dazu erklärt § 98 Abs. 2 Satz 2 RMbgD., daß die Höhe der Anteile auch nach Verhältnis dessen zu bestimmen sind, was den am Gesamtgut Beteiligten bei Auflösung der Gemeinschaft zufallen würde. Also wiederum soll das Steuerobjekt nicht nach seinem wirklichen gegenwärtigen Sachbestande bewertet werden, sondern nach einem spekulativ erdachten Zukunftswerte. Und wie wirkt sich hier das Steuergesetz aus, wenn der ausgleichungspflichtige Abkömmling, was er jederzeit nach § 1491 BGB. kann, auf seinen Anteil verzichtet und sich hierfür von den Mitbeteiligten abfinden läßt?

Wenn ein Abkömmling stirbt, so wiederholen sich alle bisher dargelegten Vorgänge für seine Abkömmlinge; § 1490. Auch er kann für seinen Anteil nicht beerbt werden; aber steuerrechtlich wird doch ein Erbanfall fingiert (§ 5 Abs. 2 ErbschStG.). Es lohnt sich nicht, hierauf noch weiter einzugehen.

7. Die letzte Fußangel wird durch das Partikularrecht gelegt. Da Art. 200 GG/BGB. vor der Umwandlung der ehelichen Güterstände ängstlich zurückscheute, haben fast alle Landesgesetze diese vollzogen. Vorbildlich war die von Greiff mit genialer Kraft im Art. 44—67 PrUBGB. geschaffene Überleitung der bisherigen Güterstände in die des Reichsrechts. Um so auffällender ist es, daß Art. 48 hierin eine Lücke reißt zugunsten der Westf. Allg. Gütergemeinschaft. Die breit ausgetretene Begr. (abgedr. bei Crusen Müller, PrAusG. S. 433 und auch RG. 60, 170), wonach die Grundzüge des Gef. v. 16. April 1860 sich bewährt hätten und auch dem Laien geläufig und liebgeworden seien, haben keine überzeugende Kraft. Damit könnte man alle Reformbestrebungen zurücklagen. Und welchen Nutzen hat im vorl. Falle die Fortgeltung des dem BGB. nur mangelhaft angepaßten alten Gesetzes?

8. Für die Schlussauführungen des Art. müssen schärfer die zwei möglichen Rechtslagen getrennt werden. a) Solange die Gütergemeinschaft zwischen der Witwe und den noch nicht abgefundenen Abkömmlingen fortbesteht, was § 10 als die normale Gestaltung ansieht, bleibt es bei den bisher erörterten allgemeinen Rechtsregeln. Von einer Ausgleichung der Vorempfänge zugunsten der Witwe kann vorab keine Rede sein. Oder soll die Fiktion des § 5 Abs. 1 ErbschStG. dahin ausgedeutet werden, daß steuerrechtlich eine Erbfolge der Abkömmlinge in jeder Beziehung hinsichtlich des Halbtails des verstorbenen Elternteiles zu unterstellen sei? b) Jedenfalls trifft diese Annahme zu, sobald zu der Schichtung als der vollständigen Auseinanderetzung des Gesamtgutes geschritten worden ist. Das Gesetz erleichtert diese. Der überlebende Ehegatte behält hierbei nach § 7 die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens. Die andere Hälfte wird als Nachlaß des Verstorbenen nach den auch heute noch geltenden Vorschriften des RM. vererbt; aber mit dem Zusatz, daß jedes Kind den ihm gewidmeten Vorempfang nicht bloß den Geschwistern, sondern auch dem überlebenden Elternteil gegenüber zum Ausgleich zu bringen hat, und zwar so, daß der volle Betrag der Vorempfänge bereits auf den als Erbschaft gedachten Anteil des verstorbenen Ehegatten angerechnet wird (§ 15 Abs. 3). Eine Kollisionspflicht zugunsten der Eltern wird mit Recht überall vom bürgerlichen Rechte und besonders auch vom PrRM. als widersinnig abgelehnt (vgl. Eccius, Preuß. Privatrecht 4, § 274 Anm. 29 und 115). Es wäre sehr belehrend gewesen, wenn in dem Art. an Stelle der vorausgehenden bekannten Beispiele mit aller Deutlichkeit vorgezeichnet worden wäre, was bei der seltenen Anrechnungsmethode des westf. Gesetzes schließlich herauskommt. Die Mutter erhält infolge der Abschichtung die Hälfte der Ausstattung gutgeschrieben, die sie einstens mit ihrem Ehemane aus dem Gesamtgut ihrer Tochter gewährt hat, und dieser Rückgewinn wird bei ihr als erbrechtlicher Erwerb versteuert? Und dazu diese innerlich widerspruchsvolle, vertwickelte Gesetzgebung.

Geh. Rat Prof. Dr. Dr. Endemann, Heidelberg.

ten Hälfte erst bei der Auseinanderetzung des Nachlasses des überlebenden Ehegatten zugelassen, so käme diesem entgegen der Vorschr. in § 15 Abs. 3 des Gef. v. 16. April 1860 die Ausgleichung der zweiten Hälfte der Vorempfänge nicht zugute. Soweit hiernach die Vorempfänge voll zur Ausgleichung kommen, können sie natürlich beim Tode des überlebenden Ehegatten nicht nochmals die Höhe der Erbteile der zur Erbschaft gelangenden Abkömmlinge beeinflussen.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 22. Juli 1932, VeA 1004/31 S.)

Mitgeteilt von N. Dr. Richard Rosenthal, Duisburg.

*

3. § 22 Abs. 2 ErbschStG. 1925. In den Fällen, in denen nach § 22 Abs. 2 Satz 1 ErbschStG. der Einheitswert zugrunde zu legen ist, sind die Erbschaftsteuerbehörden zwar an dem im Einheitswertbescheid festgestellten Wert, aber nicht an die darin getroffene Feststellung der Berechtigten und ihrer Anteile gebunden. f)

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 22. Juli 1932, VeA 1013/31, RFS. 31, 226.)

Abgedr. ZB. 1932, 3734^a.

Zu 3. Die Entsch. setzt auf den ersten Blick in Erstaunen; sie verdient jedoch Beifall.

Es handelte sich um folgenden Sachverhalt:

Die Erblasserin des Beschw. war als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. An dem Grundstück war jedoch ein gewisser S. „beteiligt“. Über die Beteiligung des S. bestand zwischen diesem und der Erblasserin ein recht komplizierter Vertrag, der in seinen Einzelheiten nicht weiter interessiert. Bei der dem Tode der Erblasserin vorangegangenen Einheitsbewertung 1928 war das Grundstück zu je 1/2 der Erblasserin und dem S. zugerechnet worden. Nach dem Tode der Erblasserin war für Erbschaftsteuerzwecke festzustellen, wie groß der Anteil der Erblasserin an dem Grundstück war. FinA. und FinGer. hatten die „Beteiligung“ der Erblasserin an dem Grundstück auf Grund des zwischen ihr und dem S. abgeschlossenen Vertrages festzustellen versucht (dieser Vertrag sah nicht einfach eine Beteiligung von 50:50 vor). Der RFS. hat mit Recht in erster Linie geprüft, ob nicht ohne weiteres die Feststellung bei der vorangegangenen Einheitsbewertung, bei der das Grundstück zur Hälfte als Eigentum der Erblasserin behandelt worden war, für die Erbschaftsteuer maßgebend ist. Er hat diese Frage verneint.

In der neueren Steuerrechtsprechung herrscht das Bestreben vor, das Bewertungsverfahren von dem Veranlagungsverfahren zu trennen und die einmal vorgenommene Bewertung für möglichst viele Steuern und Steuerarten maßgebend sein zu lassen (vgl. §§ 214 ff. RMbgD. n. F.). In das Bewertungsverfahren hinein gehört auch die Feststellung, wer als Eigentümer anzusehen ist; die Entsch. über die Eigentumsverhältnisse kann nicht dem Veranlagungsverfahren überlassen werden (vgl. § 215 Abs. 4 RMbgD. n. F. und RFS. 22, 181; 25, 302; 26, 173). Wer bei der Einheitsbewertung als Eigentümer eines Grundstücks behandelt ist, kann, nachdem der Einheitswertbescheid rechtskräftig geworden ist, im Veranlagungsverfahren (z. B. betr. die Vermögensteuer) nicht mehr geltend machen, daß er überhaupt nicht als steuerrechtlicher Eigentümer in Betracht kommt.

Nach § 22 ErbschStG. i. d. Fass. der Bek. v. 25. Juni 1931 (RMBl. 346) ist für Grundstücke regelmäßig der nach den Vorschriften des RMVerg. auf den letzten Feststellungszeitpunkt vor dem Entstehen der Erbschaftsschuld festgestellte Einheitswert zugrunde zu legen. Nur in Ausnahmefällen kommt eine Stichtagsbewertung in Betracht (vgl. im einzelnen die Best. zur Durchführung der Wertermittlung bei der Erbschaftsteuer v. 25. Juni 1931 [RMBl. S. 347]).

Es hätte nun nahegelegen, dann, wenn der Einheitswert zugrunde zu legen ist, auch von den Feststellungen, die im Einheitswertbescheid über das steuerrechtliche Eigentum getroffen worden sind, auszugehen. Dies würde auch der allgemeinen Tendenz des RFS. entsprechen haben, der z. B. in Ausnahmefällen in weitem Umfang die Entsch. des Bewertungsverfahrens zugrunde legt.

Der RFS. ist diesen Weg jedoch nicht gegangen; er weist mit Recht darauf hin, daß hinsichtlich der Feststellung des steuerrechtlichen Eigentums erhebliche Abweichungen zwischen den Vorschriften des RMVerg. und des ErbschStG. (§ 22 Abs. 1) bestehen. Insbes. aber leuchtet der praktische Gesichtspunkt ein, daß bei den verhältnismäßig niedrigen Sätzen der Vermögensteuer der richtigen Feststellung der steuerrechtlichen Eigentümer und ihrer Anteile sowohl von den Finanzbehörden wie auch von den beteiligten Eigentümern nicht immer die notwendige Beachtung geschenkt wird. Die Feststellung der Berechtigten und ihrer Anteile ist daher von der Erbschaftsteuerbehörde zu treffen. Hat die Erbschaftsteuerbehörde eine gesonderte Feststellung des maßgeblichen Werts gemäß § 15 Durchf. Best. zu treffen, so müssen die Berechtigten und ihre Anteile in diesem Verfahren — nicht bei der eigentlichen Veranlagung — festgestellt werden.

Die vom RFS. getroffene Entsch. bringt den Nachteil mit sich,

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

1. Reichsversicherungsordnung.

** 01. § 205 Abs. 1 RVO. Nur solche ehelichen Kinder, die einen begründeten familienrechtlichen Unterhaltsanspruch gegen den Versicherten haben, sind unterhaltsberechtigter Kinder i. S. dieser Vorschrift.

Die K., die jahrelang Pflichtmitglied der bekl. Kasse war und dieser seit ihrer Verheiratung mit einem städtischen Beamten als weiter-versichertes Mitglied angehört, beantragte Familienkrankenpflege für ihr erkranktes und damals vier Monate altes eheliches Kind. Die Kasse versagte die Familienhilfe mit Rücksicht darauf, daß der Ehemann der K. imstande und nach § 1606 Abs. 2 BGB. auch verpflichtet sei, dem Kinde den vollen Unterhalt zu gewähren, und mit Rücksicht darauf, daß er tatsächlich auch das Kind bisher unterhalten habe. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen hat das RVerfA. die Klage abgewiesen. Die Familienkrankenpflege des § 205 Abs. 1 RVO. erhalten nach dieser Vorschrift die Versicherten, die innerhalb der letzten sechs Monate mindestens drei Monate auf Grund eines Gef. für den Fall der Krankheit versichert waren, für die unterhaltsberechtigten Kinder, wenn diese sich gewöhnlich im Inland aufhalten und nicht anderweit einen gesetzlichen Anspruch auf Krankenpflege haben. Der Versicherte ist danach der Träger des Familienhilfsanspruchs. In bezug auf seine Person, nicht auf die eines Dritten, müssen daher auch die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Mithin können, da der Anspruch des Versicherten auf Gewährung der Krankenpflege für Kinder nach § 205 Abs. 1 voraussetzt, daß es sich um unterhaltsberechtigter Kinder handelt, als solche Kinder nur Personen angesehen werden, die gegenüber dem Versicherten im Kindesverhältnis stehen und ihm gegenüber unterhaltsberechtigter sind. Dem steht die Vorschrift des § 205 Abs. 4 RVO. nicht entgegen; denn sie bezieht sich lediglich auf die Fälle, in denen das Kind gegenüber mehreren versicherten Personen unterhaltsberechtigter ist.

Im vorliegenden Falle ist das Kindesverhältnis zur Versicherten gegeben. Denn als Kinder i. S. des § 205 Abs. 1 RVO. gelten nach Abs. 2 Nr. 1 dieses Paragraphen in erster Reihe die ehelichen Kinder des Versicherten. Fraglich ist aber, ob die weitere Anspruchsvoraussetzung, die Unterhaltsberechtigung des Kindes gegenüber der versicherten Mutter, vorliegt. Bei der Unterhaltsberechtigung in diesem Sinne handelt es sich um einen Rechtsbegriff, nicht um einen tatsächlichen Zustand. Demnach ist jedenfalls nicht erforderlich, daß ein etwaiger Unterhaltsanspruch auch erfüllt wird, der Versicherte also tatsächlich den Unterhalt gewährt. Andererseits würde die tatsächliche Unterhaltsgewährung nicht genügen, wenn eine Unterhaltsberechtigung des Kindes nicht vorliegt. Somit bedarf es der Feststellung, was unter dem Begriffe „unterhaltsberechtigter Kinder“ i. S. des § 205 Abs. 1 RVO. zu verstehen ist. Dies ist in letzterer Vorschrift selbst nicht näher bestimmt. Es handelt sich dabei auch nicht um einen gerade dem Rechte der Sozialversicherung eigentümlichen Begriff, vielmehr bedient sich die RVO. hier, wo es erforderlich wird, einen Kreis von Familienangehörigen in gewissem Umfang zu umschreiben, eines Begriffs des Familienrechts im Rahmen des BGB., der somit nach den familienrechtlichen Vorschriften dieses Gef. zu bestimmen ist (vgl. auch Grieser-Sauerborn, Erläut. der RVO. v. 26. Juli 1930, 219 Anm. zu § 205). Hiernach ist aber nur derjenige unterhaltsberechtigter, der einen familienrechtlichen Unterhaltsanspruch gegenüber einem Dritten hat. Die Annahme, für die begriffliche Festlegung der Unterhaltsberechtigung komme es nicht darauf an, ob der Dritte bei Inanspruchnahme des Unterhalts tatsächlich unterhaltspflichtig sei oder ob seine Unterhaltspflicht nicht nach besonderen Vorschriften des Familienrechts (z. B. nach § 1603 Abs. 1 BGB.) ausgeschlossen sei, ist nicht mit dem Sinn und Wortlaut dieser Vorschriften vereinbar. Das BGB. geht zunächst, wie auch die Titelüberschrift vor § 1601 zeigt, von dem Begriffe der „Unterhaltspflicht“ aus und stellt im § 1601 den Grundsatz auf, daß Verwandte in gerader Linie verpflichtet sind, einander

Unterhalt zu gewähren. Schon hiernach kann von einem Unterhaltsberechtigten nur im Verhältnis zu einem Unterhaltsverpflichteten gesprochen werden. Den absoluten Begriff des „Unterhaltsberechtigten“ ohne Bezug auf das Vorhandensein eines rechtlich zur Unterhaltsgewährung Verpflichteten, etwa in dem Sinne, daß die Unterhaltsberechtigung als solche durch das Verwandtschaftsverhältnis erzeugt und nur in ihren auf einzelne Leistungen gerichteten Auswirkungen an weitere im Gesetz festgelegte Voraussetzungen gebunden sei, kennt das BGB. nicht. Es betrachtet vielmehr den Familienverband nur als die Grundlage, auf welcher der Unterhaltsanspruch als wesentlicher Inhalt der Unterhaltsberechtigung beim Eintritt gewisser Voraussetzungen, wie Bedürftigkeit des den Anspruch geltend Machenden (§ 1602 BGB.) einerseits und Leistungsfähigkeit des in Anspruch Genommenen (§ 1603 BGB.) andererseits, zur Entstehung gelangt (S taubinger, Komm. z. BGB., 9. Aufl., IV, 2. Teil, S. 888, Vorbem. 2a, und Enneccerus-Ripp-Wolff, IV, 7. Bearbeitung, S. 429 unter III 1). Unterhaltsberechtigter ist hiernach insbes. nur derjenige, dem ein zur Gewährung des Unterhalts Verpflichteter gegenübersteht. Wenn also der Anspruch auf Familienhilfe gemäß § 205 Abs. 1 RVO. davon abhängt, daß die Unterhaltsberechtigung des Kindes nach dem Familienrecht gegeben ist, so wird damit das Bestehen eines familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs gegenüber dem Versicherten vorausgesetzt, der mithin seinerseits dem Kinde gegenüber unterhaltspflichtig sein muß (ebenso mit eingehender Begründung B ültmann: „Deutsche Krankenkasse“ 1932 Sp. 57 ff.).

Demgegenüber ist zwar wiederholt im Schrifttum und in der Rpr. (vgl. „Deutsche Krankenkasse“ 1931 Sp. 1039; „Arbeiter-Versorgung“ 1931, 473) unter Hinweis auf die Vorschrift des § 1602 Abs. 1 BGB. die Auffassung vertreten worden, daß jedenfalls eheliche Kinder schon dann als „unterhaltsberechtigter“ i. S. des § 205 Abs. 1 RVO. anzusehen seien, wenn sie außerstande sind, sich selbst zu unterhalten. Diese Auffassung geht aber von dem falschen Schluß aus, daß das Wort „unterhaltsberechtigter“ im § 1602 Abs. 1 BGB. in diesem Sinne zu verstehen sei. Im § 1602 Abs. 1 BGB. ist jedoch kein von dem oben erörterten allgemeinen familienrechtlichen Begriffe der Unterhaltsberechtigung abweichender Begriff des Unterhaltsberechtigten aufgestellt worden. Es sollte damit vielmehr, wie schon aus der Fassung „Unterhaltsberechtigter ist nur“ zweifelsfrei hervorgeht, lediglich der Unterhaltsanspruch, wie er sich aus den übrigen Vorschriften an sich ergeben würde, eingengt werden. Wer imstande ist, sich selbst zu unterhalten, soll jedenfalls als unterhaltsberechtigter nicht in Betracht kommen, unbeschadet der sonstigen familienrechtlichen Merkmale dieses Begriffs (übereinstimmend B ültmann a. a. D.).

Auch aus dem Zweck der Vorschrift des § 205 Abs. 1 RVO. ist zu entnehmen, daß der darin enthaltene Begriff „unterhaltsberechtigter“ nur in dem vorstehend dargelegten Sinne verstanden werden kann, also das Bestehen eines begründeten Unterhaltsanspruchs und somit auch einer gesetzlichen Verpflichtung des Versicherten zur Gewährung des Unterhalts voraussetzt. Denn dem Versicherten sollte gerade die Erfüllung dieser seiner Rechtspflicht durch den ihm gegebenen Anspruch auf Familienkrankenpflege ermöglicht werden. Seine nach § 1610 Abs. 2 BGB. den gesamten Lebensbedarf umfassende Unterhaltspflichtung, die dadurch eine erhebliche Steigerung erfahren kann, daß neben dem sonstigen Unterhalt in Krankheitszeiten auch noch für die notwendigen Ausgaben der Krankenpflege aufzukommen ist, sollte ihm insoweit wirtschaftlich tragbar gemacht werden. Dieser Gedanke entspricht auch den Gesichtspunkten, aus denen im übrigen in der Krankenversicherung Anspruch auf Leistungen der Krankenhilfe von den Unterhaltsverhältnissen des Versicherten abhängig gemacht sind (vgl. z. B. §§ 186, 191, 205 Abs. 2 Nr. 6 und Abs. 3 S. 1, 216 Nr. 1 und 431 RVO.). Ein Unterschied besteht nur insoweit, als in jenen Fällen bezweckt ist, dem Versicherten zu ermöglichen, die tatsächlich getragene Unterhaltslast mit Hilfe der Versicherungsleistungen weiter zu gewähren, während es sich hier um die Ermöglichung zur Erfüllung der Unterhaltsverbindlichkeit, also der rechtlichen Unterhaltslast, handelt (vgl. auch B ültmann a. a. D.).

Der Klageanspruch hängt mithin davon ab, ob das eheliche Kind der K. dieser gegenüber einen begründeten Unterhaltsanspruch zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles hatte. Das war nach Lage der Sache zu verneinen. Die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten ist in den §§ 1601 ff. BGB. geregelt. § 1601 schreibt vor, daß Verwandte in gerader Linie verpflichtet sind, einander Unterhalt zu gewähren. Danach steht den ehelichen Kindern grundsätzlich ein von ihrem Lebensalter unabhängiger Unterhaltsanspruch gegenüber jedem Elternteil zu, wenn die in den Folgevorschriften, insbes. den §§ 1602, 1603 BGB., aufgestellten weiteren Voraussetzungen gegeben sind. Im vorliegenden Falle ist nach Lage der Sache außer Zweifel, daß jedenfalls in bezug auf den Vater alle den Unterhaltsanspruch begründenden Voraussetzungen vorliegen, denn weder ist die Unterhaltsberechtigung des Kindes nach § 1602 BGB. ausgeschlossen, noch ist der Vater unfähig, den standesmäßigen Unterhalt (§ 1610 BGB.) für das Kind zu leisten. Ist aber der Anspruch des ehelichen Kindes gegen den Vater auf Gewährung des standesmäßigen Unterhalts in voller Höhe begründet, dann entfällt der Anspruch auf Unterhalt gegen die

daß von einer Vereinheitlichung des Eigentumsbegriffs im Steuerrecht weniger denn je die Rede sein kann. Für die Grundsteuer (GrVermSt.) ist das juristische Eigentum maßgebend, für die Vermögensteuer und die Erbschaftsteuer zwar gleichermaßen das wirtschaftliche Eigentum (§ 98 RAbgD.); jedoch können dieses wirtschaftliche Eigentum und die Anteile der einzelnen Eigentümer im Bewertungsverfahren anders als im Verfahren zur Veranlagung der Erbschaftsteuer festgestellt werden. Aber dieser Nachteil muß in Kauf genommen werden.

Mutter. Denn selbst, wenn diese in gleicher Weise leistungsfähig wäre, würde nach § 1606 Abs. 2 S. 2 BGB. — von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen — der Vater vor der Mutter haften. Das Kind hätte also weder in dem einen noch im anderen Falle ein Recht auf Gewährung des Unterhalts gegen die Mutter, diese umgekehrt eine Verpflichtung, den Unterhalt ganz oder teilweise zu leisten. Damit ist aber auch die erforderliche Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch auf Familienhilfe — die Unterhaltsberechtigung des Kindes im Verhältnis zu der Versicherten — nicht gegeben.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 10. Juni 1932, IIa K 194/31²) [R.]

*

2. § 559b RVD. Die Voraussetzung des § 559b Satz 1 RVD. für die Gewährung von Kinderzulagen ist auch dann erfüllt, wenn die laufende Rente, die einem Schwerverletzten nach Abfindung eines Teiles seiner Rente nach der Zweiten V.D. über die Abfindungen für Unfallrenten vom 10. Febr. 1928 (RWB. I, 22), noch ausbezahlt wird, weniger als 50 % der Vollrente beträgt.)

Es handelt sich um die Rechtsfrage, ob einem Schwerverletzten die Kinderzulage nach der Vorschr. des § 559b Satz 1 RVD. auch dann zu gewähren ist, wenn die ihm zuerkannte Rente teilweise durch Kapitalzahlung abgefunden und hierdurch der ihm noch laufend gezahlte Betrag unter 50 % der Vollrente gesunken ist. Der Senat hat unter Berücksichtigung der über die rechtl. Auswirkung von Kapitalabfindungen nach § 616 RVD. bereits ergangenen Entsch. des RVerfA. und im Hinblick auf die vom Gesetzgeber bei Schaffung des § 559b RVD. offenbar verfolgten Absichten keine Bedenken getragen, diese Frage zu bejahen. In früheren grundsätzl. Entsch. ist der Standpunkt vertreten, daß die Gewährung der Kapitalabfindung eine besondere Form der Zahlung der festgestellten Entschädigungsleistung ist. In einer weiteren Entsch. ist ausgeführt, daß die Vorschr. des § 616 Abs. 1 Satz 2 RVD. in den Worten „Anspruch auf eine andere Verletztenrente“ nicht nur eine noch laufende, sondern auch eine bereits durch Kapitalzahlung abgefundene Rente umfaßt. Die gleiche Bedeutung muß aber nach Ansicht des Senats dem 1. Satz des § 559b RVD. hinsichtlich des Wortes „bezieht“ beigelegt werden, zumal da die Abfindung nur eine besondere, hinsichtlich der Art der Auszahlung der Entschädigung abweichende Form des Rentenbezuges darstellt. Auch der Umstand, daß nach § 10 der 2. V.D. über die Abfindung für Unfallrenten dem Abgefundenen die Rente gegen Rückzahlung der Abfindungssumme wieder bewilligt werden kann, daß er also dann den gesamten Rentenbetrag wieder laufend erhält, spricht für die Auffassung, daß es bei der Gewährung von Kinderzulagen keinen Unterschied machen kann, ob dem Verletzten die Rente insgesamt laufend gezahlt wird, oder ob ein Teil hiervon abgefunden ist. Weiterhin ergibt sich auch aus der erläuternden Einfügung der Bezeichnung „Schwerverletzter“ in Satz 1 des § 559b RVD., daß es die Absicht des Gesetzgebers war, die Kinderzulage allen solchen Verletzten zukommen zu lassen, deren

Zu 2. Dem Ur. ist in jeder Beziehung beizupflichten. Wenn im § 559b RVD. als Voraussetzung für die Gewährung von Kinderzulagen der Bezug einer Rente von 50 oder mehr vom Hundert festgelegt ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß effektiv auch diese Rente gezahlt werden muß, wenn der Anspruch auf Kinderzulage entstehen soll. Im § 559b sollte lediglich ausgedrückt werden, daß derjenige, dem eine Berechtigung auf eine Rente von 50 oder mehr vom Hundert zusteht, auch Kinderzulage erhalten soll. Unerheblich ist es dabei, ob tatsächlich im Augenblick ein Anspruch auf die Rente durchgesetzt werden kann, weil die Rente durch Kapitalzahlung abgelöst ist. Die Kapitalzahlung bedeutet ja keinen dauernden Verlust des Rentenanspruchs, sondern lediglich eine vorläufige Erfüllung dieses Anspruchs (§ 616 Abs. 3 RVD., ferner die V.D. v. 14. Juni 1926 [RWB. I, 269], §§ 12 und 13), der als solcher unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder teilweise wieder ausleben kann. Außerdem geht auch aus der Art, wie die Zahlung der Kinderzulage im § 559b geregelt ist, einmündig hervor, daß diese etwa nicht dadurch ausgeschlossen werden soll, daß jemand durch Kapitalabfindung eine eigentliche Rente nicht mehr bezieht. Die Kinderzulagen haben eine gewisse Selbständigkeit. Sie werden dem ausbezahlt, der tatsächlich den Unterhalt der Kinder bestreitet, wenn sie auch grundsätzlich dem Rentenberechtigten zuerkennen sind, falls er nicht nachweisbar sich dem Unterhalt und der Pflege seiner Kinder entzieht.

Sie werden ferner auch für Kinder zugebilligt, für die eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht besteht. Sie sind also enger an die Person der Kinder als an die des Rentenberechtigten geknüpft.

Dazu kommt noch, daß zur Zeit der Kapitalabfindung in sehr vielen Fällen gar nicht vorauszusehen ist, ob und inwieweit überhaupt Ansprüche auf Kinderzulage einmal entstehen können, da sie ja abhängig davon sind, ob während des Bezuges der Rente Kinder hinzutreten oder nicht.

Erwerbsfähigkeit durch Folgen eines oder mehrerer Unfälle auf mindestens die Hälfte der normalen herabgesetzt ist, was sich in der Feststellung einer oder mehrerer Renten in Höhe von insgesamt 50% der Vollrente ausdrückt.

(RVerfA., Ur. v. 23. Juni 1931, Ia 2556/31, CuM. 30, 333.) [3.]

*

3. Die Stiefeltern gehören nicht zu den Verwandten der aufsteigenden Linie i. S. des § 593 RVD.

Im Sinne des BGB. sind miteinander verwandt nur leibliche Verwandte, ist dagegen eine Stiefmutter mit ihrem Stiefkind lediglich verschwägert (zu vgl. §§ 1589, 1590 BGB.). Auch auf die Vorschr. des § 559b Abs. 2 RVD. kann sich die Kl. nicht berufen. Wenn dort zu Nr. 6 ausgesprochen worden ist, daß als Kinder unter gewissen Voraussetzungen auch die Stiefkinder gelten, so kann hieraus keineswegs gefolgert werden, daß umgekehrt auch Stiefeltern als Eltern und somit als Verwandte aufsteigender Linie i. S. des § 593 RVD. zu gelten haben. Wenn der Gesetzgeber den Begriff „Kinder“ weit gefaßt hat, um den Kreis der unter dem Schutze der reichsgesetzlichen Unfallversicherung stehenden hinsichtlich einer Gruppe von Personen, die in besonderem Maße hilfsbedürftig zu sein pflegen, zu erweitern, so kann daraus nicht auf seinen Willen geschlossen werden, daß über den Wortsinne hinaus der Begriff der Verwandten aufsteigender Linie, die in der Regel weniger hilfs- und schutzbedürftig sind, in einem gleich umfassenden Sinne aufgefaßt werde.

(RVerfA., Ur. v. 19. Mai 1932, Ia 8420/30, CuM. 32, 224.) [3.]

*

**04. § 1260 RVD. i. d. Fass. des Gef. v. 25. Juni 1926 (RWB. I, 311). Für die Gewährung von Waisenrente ist Voraussetzung, daß die verstorbene Ehefrau aus ihrem Arbeitsverdienst zum Unterhalt der Kinder in einem Umfange beigetragen hat, der von wirtschaftlicher Bedeutung gewesen ist.

Der Sinn des § 1260 RVD. geht nicht dahin, daß den Kindern der Anspruch auf Waisenrente schon dann zusteht, wenn der tatsächlich geleistete Unterhalt sich in einem Beitrag erschöpft hat, der wirtschaftlich ohne jeden Belang ist. Vielmehr ist für die Gewährung der Waisenrente im Falle des § 1260 zu verlangen, daß die verstorbene Ehefrau aus ihrem Arbeitsverdienst zum Unterhalt der Kinder in einem Umfange beigetragen hat, der von wirtschaftlicher Bedeutung gewesen ist.

Dieser Auffassung entspricht die Entstehungsgeschichte der erwähnten Vorschrift. Bis zur Änderung der RVD. durch das Gef. v. 25. Juni 1926 war ein Anspruch auf Waisenrente nach dem Tode der versicherten Ehefrau in zwei voneinander getrennten Fällen gegeben, die in den §§ 1260 u. 1261 geregelt waren. Danach erhielten die ehelichen Kinder unter der Voraussetzung ihrer Bedürftigkeit Waisenrente gem. § 1260, wenn der Ehemann erwerbsunfähig war und die Ehefrau den Lebensunterhalt ihrer Familie ganz oder überwiegend aus ihrem Arbeitsverdienst bestritten hat, ferner gem. § 1261, wenn der Ehemann sich ohne gesetzlichen Grund von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten und seiner väterlichen Unterhaltspflicht entzogen hat. Diese beiden Vorschriften sind durch die neue Fassung der RVD. im § 1260 zusammengefaßt und hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Waisenrente erheblich erweitert worden; denn den Kindern einer versicherten Ehefrau, die eheliche Kinder des hinterbliebenen Ehemanns sind oder deren rechtliche Stellung haben, ist der Anspruch auf Waisenrente nur noch in dem Ausnahmefalle verweigert, daß die verstorbene Ehefrau aus ihrem Arbeitsverdienst zum Unterhalt der Kinder nicht beigetragen hat. Der Bezug der Waisenrente ist sonach nicht mehr davon abhängig, daß die Hauptlast der Unterhaltspflege für die Kinder der Ehefrau zugefallen war. Aber diese Neuregelung des Gesetzes zwingt nicht zu der Annahme, daß durch sie eine so weitgehende Erleichterung für die Gewährung der Waisenrente bezweckt wäre, daß nunmehr auch der geringfügigste Unterhaltsbeitrag der verstorbenen Ehefrau zur Begründung des Rentenanspruchs genügen könnte. Das folgt aus dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedanken. Sie beruht, wie in den Entsch. des RVerfA. wiederholt ausgeführt ist (vgl. E. 3438, NachrRVerf. 1929, IV 221; CuM. 24, 371 Nr. 149; E. 2518, NachrRVerf. 1929, IV 341; CuM. 25, 341 Nr. 143; E. 3333, NachrRVerf. 1930, IV 381; CuM. 28, 122 Nr. 53¹), auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß die Kinder dann eine Hinterbliebenenrente nicht erhalten sollen, wenn durch den Tod der Mutter ein Ausfall von Arbeitsverdienst nicht eingetreten ist. Der Sinn und Zweck des § 1260 geht also dahin, eine durch den Wegfall des Arbeitsverdienstes der Mutter entstandene Lücke in den für den Unterhalt der Kinder zur Verfügung stehenden Mitteln auszugleichen. Von dem Ausgleich einer solchen Lücke kann aber nur dann die Rede sein, wenn der Unterhaltsbeitrag der Mutter nicht ohne wirtschaftliche Bedeutung gewesen ist. Ein bestimmter Maßstab, wann ein solcher

Beitrag anzunehmen ist, läßt sich freilich nicht geben. Diese Frage bedarf vielmehr je nach der Lage des Einzelfalles einer besonderen Prüfung, und zwar unter Berücksichtigung der gesamten Lebenshaltung der Familie. Gemessen an der hierdurch bedingten, von Fall zu Fall unterschiedlichen Verhältnissen kann ein bestimmter Unterhaltsbeitrag in dem einen Falle wirtschaftliche Bedeutung haben, während er in einem anderen nicht ins Gewicht fällt. Immer ist allerdings voranzusetzen, daß der Unterhaltsbeitrag der Mutter mit einer gewissen Regelmäßigkeit geleistet worden ist, so daß daraus ihre Absicht, zum Unterhalt beizusteuern, zu erkennen ist. Abzulehnen ist dagegen die Annahme, daß der Beitrag mindestens die Höhe der Rentenrente erreicht haben müsse. Ebenowenig trifft zu, daß, wie das OVerfA. annimmt, der Begriff „Arbeitsverdienst“ das Vorliegen eines an sich versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses und einen Verdienst voraussetze, der mindestens ein Drittel des Durchschnittslohnes gleichartiger Arbeiter erreicht. Unter Arbeitsverdienst i. S. des § 1260 ArbV. ist nach der grunds. E. 3391 (Nachr.-Berf. 1929, IV 162; CuM. 24, 210 Nr. 87) zwar nur ein Entgelt für die auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses geleistete Arbeit zu verstehen. Allein es ist nicht notwendig, daß dieses Beschäftigungsverhältnis der Versicherungspflicht unterliegt. Voraussetzung ist vielmehr lediglich, daß die Beschäftigung entgeltlich gewesen und daß aus diesem auf Grund einer Beschäftigung gewonnene Entgelt zum Unterhalt beigetragen worden ist.

(RVerfA., 9. RevSen., Ur. v. 5. Febr. 1931, IIa 1871/39^a). [R.]

2. ReichsKnappschaftsgesetz.

6. §§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 81, 250 Abs. 2 RKnappschtG. Unter Witwe ist nach ständiger Rechtsprechung des RVerfA. nur eine solche weibliche Person zu verstehen, die mit dem Versicherten oder Rentenempfänger bis zu seinem Tode ehelich verbunden war. Eine Auflösung der Ehe durch Scheidung steht dem Witwe-Werden nicht gleich.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappschtSen.], Ur. v. 28. April 1932, IIIa Kn 1210/31^a). [R.]

*

7. §§ 250 Abs. 2, 81 Abs. 3 RKnappschtG. Das Wiederaufleben der ersten Witwenpension ist nicht davon abhängig, daß der Witwe aus der zweiten Ehe kein Anspruch auf Witwenpension erwachsen ist. Sind die Voraussetzungen für die beiden Witwenpensionen gegeben, so ist nach § 99 RKnappschtG. die höchste von beiden zu zahlen.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappschtSen.], Ur. v. 21. April 1932, IIIa Kn 28/31^a). [R.]

3. Arbeitsvermittlungsgesetz.

**** OS.** §§ 117, 120 ArbVermG.; § 195a ArbV. Das einer auf Grund ArbVermG. gegen Krankheit versicherten Schwangeren oder Wöchnerin zu zahlende Wochen- oder Stillgeld ist für jeden Kalendertag zu gewähren.

Zur Entsch. der Frage, ob den auf Grund des ArbVermG. versicherten Schwangeren und Wöchnerinnen das Wochen- und Stillgeld für jeden Kalendertag oder nur für jeden Werttag zu gewähren ist, war davon auszugehen, daß nach § 117 ArbVermG. für die Krankenversicherung der Arbeitslosen die Vorschr. der ArbV. über Pflichtversicherte gelten, soweit sich nicht aus dem Gesetz Abweichendes ergibt. Hinsichtlich des Wochen- und Stillgeldes enthält das ArbVermG. keine besondere Vorschr. Demnach wären die Vorschr. der ArbV. über die Pflichtversicherten maßgebend. Nach ihnen sind die betreffenden Wochenhilfeleistungen für jeden Kalendertag zu gewähren. Dies hat das RVerfA. bereits zu einer Zeit, als das Krankengeld lediglich für jeden „Arbeitstag“, das Wochengeld aber „in Höhe des Krankengeldes“ gewährt wurde, für den Fall des Wochengeldes, damit aber auch für den insoweit rechtlich gleichgelagerten Fall des Stillgeldes (RVerfA. Nachr. 1916, 626 = CuM. 8, 90) festgestellt. Allerdings würde der Schluß, daß dieser sich aus der ArbV. ergebende Grundsatz auch für die Krankenversicherung der Arbeitslosen gilt, nur dann gerechtfertigt sein, wenn aus den Beziehungen, die § 195a Abs. 1 Nr. 3 u. 4 ArbV. zwischen Wochen- und Stillgeld einerseits und dem Krankengeld andererseits setzen, sowie aus dem Umstand, daß für dieses letztere die besondere Vorschr. des § 120 ArbVermG. gilt, nichts Gegenteiliges folgt. Das ist zu verneinen. Wenn in § 195a ArbV. gesagt ist, daß die Versicherten als Wochenhilfe „ein Wochengeld in Höhe des Krankengeldes“ und „ein Stillgeld in Höhe des halben Krankengeldes“ erhalten, so

ergibt sich daraus eindeutig, daß das Krankengeld nur maßgebend ist für die Höhe der Leistungen (vgl. auch die zit. Entsch.). Sie folgt dem Betrag des Krankengeldes, und nur soweit hat § 120 ArbVermG. für die Bemessung des Wochen- und Stillgeldes Bedeutung, als sie diesen bestimmt. Aus ihr kann aber nichts entnommen werden für die hier zu entscheidende Frage, ob die betreffenden Wochenhilfeleistungen für jeden Kalendertag zu gewähren sind. Fehlt es demnach insoweit an einer besonderen Vorschr. im ArbVermG., so muß der für die Pflichtversicherten geltende Grundsatz, daß die Leistungen für jeden Kalendertag zu gewähren sind, auch für die Krankenversicherung der Arbeitslosen Geltung haben.

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 10. Juni 1932, IIa K 390/31^a). [R.]

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. v. v. Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. Keine Wiederaufnahme des Verfahrens im Hauszinssteuer-Beschwerdeverfahren. †)

Durch Entsch. des Gerichtshofs v. 12. April 1930, auf deren Begründung Bezug genommen wird, ist die Freistellung des dem Antragsteller gehörigen Hauses von der Hauszinssteuer gem. § 6 Abs. 2 PrStMotW. i. Verb. m. § 3 3. DurchfW. z. PrStMotW. v. 12. Juli 1924 (GS. 578) und § 2 5. DurchfW. z. PrStMotW. v. 18. Dez. 1924 (GS. 763) — jetzt § 4 2. DurchfW. z. HauszinsStW. v. 2. Juli 1926 (GS. 218) — abgelehnt worden, weil das Haus mit Beihilfen aus öffentlichen Mitteln errichtet worden und diese Beihilfe nicht bis zum 31. März 1925 mit wenigstens 40% ihres Goldmarkwertes zurückgezahlt worden sei. Gegen dieses Urteil hat der Antragsteller gem. § 100 WVerfG. die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens erhoben.

Dem Antrage des StPfl. konnte nicht stattgegeben werden. Wie der Gerichtshof bereits in seinem nicht veröffentlichten Beschl. v. 22. Dez. 1931 (VI D 48/30) festgestellt hat, ist eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 100 WVerfG. v. 30. Juli 1883 nach den hier maßgebenden Bestimmungen des GrVermStG. im Hauszinssteuerrecht nicht gegeben. Durch die Entsch. des Gerichtshofs v. 12. April 1930 ist der Steuerstreit somit endgültig erledigt.

(PrOVG., 6. Sen., Beschl. v. 12. April 1932, VI D 71/29.)

Mitgeteilt von FR. Dr. G. Kaufmann I, Krefeld.

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Bayern.

Bayerisches Landesversorgungsgesetz.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arenbts, Berlin.

2. Hat die Verwaltungsbehörde die für einen vor dem 1. April 1927 verstorbenen Sohn gewährte Elternrente nach dem 31. März 1930 wegen Wegfalls der Bedürftigkeit entzogen, so darf das VersorgGer., wenn es die Entziehung im Berufungsverfahren bestätigt, nicht von einem späteren Zeitpunkt an die Elternrente wieder zusprechen. Das Urteil ist auf den Rekurs des Reichsiskus insoweit aufzuheben.

(BayLVerfOrgGer., Ur. v. 4. Aug. 1932, II MV Nr. 724/32.)

Zu 1. Die Entsch. erklärt sich aus dem Rechtsgrundsatz, daß das Spezialgesetz dem allgemeinen Gesetz vorgeht. Allerdings wird dies nur aus dem Zusammenhang der Vorschr. im GrVermStG. gefolgert, ohne daß dort sich eine ausdrückliche Bestimmung über die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vorfindet.

FR. Dr. Schlichting, Berlin.