

# Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwarter Rechtsanwalt Dr. Droege, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Hanns Fritzsche, Leipzig; Dr. Hawlişky, Forst i. L.; Dr. Ernst Ladwig, Berlin; Dr. Ferdinand Möfmer, München; Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilhelm Scholz, Berlin; Dr. Artur Schüßler, Weinheim; Dr. Emil Schwarz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ulrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13  
 Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postkassenkonto Leipzig Nr. 63673  
 Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

## Das freie Kündigungsrecht des Vermieters

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

### I. Die Fragestellung

Das geltende Recht unterscheidet zwei große Gruppen von Wohnungen: Solche, die dem Mieterschutz unterliegen, und solche, die mieterschutzfrei sind. Zur ersteren Gruppe gehören hauptsächlich Klein- und Mittelwohnungen in Altbauten, zur letzteren hauptsächlich die Großwohnungen in Neubauten sowie alle Wohnungen in Neubauten. Der grundlegende Unterschied in der rechtlichen Behandlung der beiden Gruppen von Wohnungen besteht in der Art der Beendigung des Mietverhältnisses: Bei der ersten Gruppe können die Mietverhältnisse ohne Zustimmung des Mieters nur durch gerichtliches Gestaltungsurteil aufgehoben werden, während bei der zweiten Gruppe der Vermieter selbst das Gestaltungsrecht hat, indem er durch Kündigung die Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführen kann.

Die großen Schwierigkeiten, die sich auf dem Wohnungsmarkt in den letzten Jahren entwickelt haben, haben den Gesetzgeber veranlaßt, jetzt eine Reihe von Wohnungen, die bisher mieterschutzfrei waren, wieder dem Mieterschutz zu unterstellen (Ges. v. 18. April 1936), um eine erweiterte gerichtliche Kontrolle bei Aufhebung von Mietverhältnissen zu schaffen. Damit ist der gesetzliche Bestandsschutz der Mietverhältnisse erweitert worden. Die Schwierigkeiten auf dem Wohnungsmarkt wirken sich nun aber nicht lediglich bei solchen Wohnungen aus, die dem Mieterschutz unterliegen, sondern auch bei allen anderen Arten von Wohnungen. Klein- und Mittelwohnungen in Neubauten sind ebenso knapp wie in Altbauten; der Mieter einer solchen Wohnung hat, wenn er zur Räumung verurteilt wird, genau die gleichen oft unüberwindlichen Schwierigkeiten bei der Beschaffung einer anderen Wohnung, wie die Mieter in Altbauten. Und auch bei Großwohnungen bestehen ähnliche Schwierigkeiten. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob solche Wohnungen überhaupt keinen Bestandsschutz genießen<sup>1)</sup>, oder ob auch für sie gewisse Einschränkungen gegenüber dem freien Kündigungsrecht des Vermieters gegeben sind.

Das Problem, das damit aufgeworfen ist, hat noch keine eingehende Erörterung gefunden. Da es aber angesichts der gegenwärtigen schwierigen Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt allgemein akut ist, soll im nachstehenden der Versuch gemacht werden, es einmal vom grundsätzlichen Standpunkt aus zu erfassen und einer Lösung zuzuführen.

### II. Kritik der herrschenden Meinung

Die Regelung des BGB. sieht für die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts nur die Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen vor. Danach ist jede Kündigung rechtsgültig, die unter Einhaltung der Fristen ausgesprochen wird. Das Vorhandensein besonderer Gründe, die die Kündigung rechtfertigen könnten, wird nicht erfordert. So liest man in jedem Erläuterungsbuch und in jeder Einzeldarstellung des Mietrechts. Die Ausübung des Kündigungsrechts findet nur an den allgemeinen Schranken, die das BGB. jeder Rechtsausübung gesetzt hat, nämlich Schikaneverbot, Sittenverstoß usw., ihre Grenze. Dieser Rechtszustand, der dem Wortlaut des BGB. entspricht, wird für die mieterschutzfreien Räume auch heute noch als gültig angenommen. Das OLG. Königsberg hat sich z. B. in der Entscheidung v. 10. Okt. 1935 (1 S 407/35) mit sehr eingehender Begründung zu dieser Rechtsauffassung bekannt. Es gibt damit den Standpunkt der herrschenden Meinung wieder.

Ich halte die herrschende Rechtsauffassung nicht für zurechtend. Sie wird den gegenwärtigen Verhältnissen und den heutigen Rechtsanschauungen nicht mehr gerecht. Es sind deshalb auch schon Stimmen laut geworden, die ein Abgehen von dieser Rechtsauffassung anzubahnen scheinen. Danielcik: JW. 1936, 705 untersucht die Frage nach der Rechtsgültigkeit von Kündigungen, die zum Zwecke der Mietsteigerung von Wohnungen vorgenommen sind, und kommt zu dem Ergebnis, daß solche Kündigungen nur dann rechtmäßig seien, wenn die beabsichtigte Mietsteigerung gerechtfertigt sei, daß dagegen Kündigungen zur Erzwingung einer nicht gerechtfertigten Mietsteigerung ungültig seien. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Maerker: JW. 1936, 1114 bei der Untersuchung der gleichen Rechtsfrage für gewerbliche Räume. Beide gehen von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit aus und erklären, daß Kündigungen zwecks ungerechtfertigter Mietsteigerung einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellen und als solche der Nichtigkeit unterliegen<sup>2)</sup>. Zur Begründung der Auffassung, daß es sich um einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit handelt, werden von ihnen die Vorschriften der §§ 226, 134, 138, 157, 242 BGB. herangezogen und betont, daß eine Sittenwidrigkeit darin gefunden werden müsse, wenn ein Hauseigentümer ungerechtfertigte Mietsteigerungen erstrebe, denn dieses bedente

<sup>1)</sup> Der Gedanke des „Bestandsschutzinteresses“ stammt von Mollitor, Die Kündigung, 1935, S. 149.

<sup>2)</sup> Der Ausdruck „Mißbrauch der Vertragsfreiheit“ ist wohl richtiger durch „Mißbrauch der Gestaltungsfreiheit“ zu ersetzen. Vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934, S. 57.

eine Verletzung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“. Beide Aufsätze zeigen die Tatsache auf, daß man allein mit der formalen Regelung des BGB. über das freie Kündigungsrecht des Vermieters den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden kann und daß deshalb neue Wege gefunden werden müssen. Von dieser Tatsache, die auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bereits zu einer sehr bedeutsamen und viel beachteten Rechtsprechung geführt hat, ist für die nachstehenden Erörterungen auszugehen.

Mit der Verweisung auf die Schranken der Rechtsausübung, wie es Danielcik und Maerker tun, kann man einen leitenden Rechtsgedanken nicht gewinnen, selbst wenn man betont — was an sich selbstverständlich ist —, daß die entsprechenden Vorschriften des BGB. mit nationalsozialistischem Inhalt erfüllt werden müssen. Man kommt dabei über eine Kasuistik kaum hinaus. Außerdem reichen auch die Schranken der Rechtsausübung nicht weit genug. Das Schikaneverbot des § 226 BGB. wird fast nie zur Anwendung kommen können, denn es setzt voraus, daß die Ausübung des Kündigungsrechts den alleinigen Zweck verfolgt, einem anderen Schaden zuzufügen, es versagt, wo auch noch andere Zwecke neben der Schädigung des anderen beabsichtigt sind, und das wird für Kündigungen wohl stets zutreffen. Mit dem Hinweis auf das Verbot, im Rechtsleben gegen die guten Sitten zu verstoßen, das im BGB. wiederholten Ausdruck gefunden hat, wird man auch nur in seltenen Fällen die Unrechtmäßigkeit einer Kündigung begründen können. Ein Sittenverstoß liegt nur dann vor, wenn nach Inhalt, Beweggrund und Zweck die betreffende Rechts Handlung das gesamte Volksempfinden verletzt. Ihrem Inhalt nach kann eine Kündigung nicht sittenwidrig sein, denn als Gestaltungsrecht ist sie — nach der geltenden Rechtsmeinung — ihrem Inhalt nach notwendig abstrakt. Nach Beweggrund und Zweck kann sie aber auch nur in ganz besonders gelagerten Fällen das gesunde Volksempfinden verletzen, denn zum Beweggrund und Zweck einer Kündigung gehören nicht die nachteiligen Folgen, die sich mit der Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter angesichts der Wohnungsnot ergeben. Diese sind es aber gerade, die die Frage nach dem Bestandschutz des Mietverhältnisses, also das oben aufgeworfene Problem, haben entstehen lassen. Demnach kommt man mit der Anwendung der allgemeinen Schranken der Rechtsausübung nicht an den Kern der Sache heran. Auch dürfte die Auslegung, die Danielcik und Maerker den Schranken der Rechtsausübung geben, den Rahmen überschreiten, der selbst unter der neuen Rechtslehre den Generalklauseln gegeben werden kann.

Die Frage nach dem Bestandschutz des Mietverhältnisses kann nach dem Ausgeführten nicht aus der Lehre vom Rechtsmißbrauch her beantwortet werden, es muß vielmehr ermittelt werden, ob sich aus dem Inhalt des Mietverhältnisses selbst die Frage beantworten läßt.

### III. Versuch einer neuen Grundlegung

Die Rechtsauffassung, die die rechtliche Gestaltung des BGB. als gegebene Tatsache hinnimmt und sie inhaltlich keiner Korrektur an Hand der neuen Rechtslehre unterwirft, kann sich von der liberalistischen Grundlegung nicht lösen, auf der das BGB. beruht. Wenn das BGB. dem Vermieter das ordentliche Kündigungsrecht gab und es nur an die Einhaltung von Fristen band, so ging es davon aus, daß jedermann innerhalb seines Rechtskreises in der Ausübung und Gestaltung seiner Rechte vollkommen frei sei, und daß er nur an der Peripherie seines Rechtskreises auf Verbotstafeln wie Sittenverstoß, Schikaneverbot od. dgl. stieß. Die heutige Rechtslehre kennt nicht mehr den geschützten Rechtskreis der Persönlichkeit. Sie stellt die Pflichtgebundenheit des Rechtsinhalts in den Vordergrund und betont damit die Einheit von Recht und Sittlichkeit. Sie gewinnt den Inhalt des Rechts nicht aus abstrakten Überlegungen und logischen Abstraktionen, sondern aus der konkreten Gestaltung

der Lebensordnung<sup>3)</sup>. Auch bei solchen Rechtsgebilden, die ihre gesetzliche Formulierung noch im BGB. gefunden haben, ist der Rechtsinhalt stets an Hand der Grundgedanken der neuen Rechtslehre zu überprüfen.

Das freie Kündigungsrecht des Vermieters kann nur dann richtig erkannt und seinem Inhalt nach bestimmt werden, wenn man die soziale Funktion der Wohnungsmiete im Dienste der Volksgemeinschaft betrachtet. Für das heutige Rechtsdenken ist die abstrakt logische Betrachtungsweise der Wohnungsmiete als eines isolierten Rechtsverhältnisses der Gebrauchsüberlassung gegen Mietzahlungspflicht nicht mehr ausreichend; vielmehr muß die Wohnungsmiete im Zusammenhang mit allen wirtschaftlichen Faktoren und dem gesamten Wohnungsproblem gesehen werden. Das Recht kann die Tatsache nicht übersehen, daß der Vermieter nicht nur eine einzelne Wohnung, sondern ganze Häuser oder Häuserblocks zu Wohnzwecken zur Verfügung stellt. Auf der anderen Seite ist die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Mieter die Wohnung als Heim für sich und seine Familie in Anspruch nimmt.

Bei der Darstellung des Mietrechts ist noch niemals das Miethaus als solches mit all seinen rechtlichen Auswirkungen berücksichtigt worden. Das Miethaus ist von vornherein einem bestimmten Zwecke gewidmet, nämlich daß darin Volksgenossen Wohnung nehmen sollen. Diese Zweckbindung wird grundlegend bedeutsam für alle Rechte und Pflichten des Hauseigentümers an dem Miethause. Das Miethaus gewinnt überhaupt erst Wert für den Eigentümer, wenn die Wohnungen vermietet sind; es ist für ihn völlig wertlos, wenn es nicht zu Wohnzwecken benutzt wird. Das Eigentum des Vermieters erhält nur dadurch einen Sinn, daß es seinem Zweck entsprechend benutzt wird. Die Zweckbindung liegt also im Interesse des Eigentümers. Darüber hinaus hat aber auch die Allgemeinheit ein wesentliches Interesse an der Zweckbindung. Der Hauseigentümer hebt dadurch, daß er sein Haus Wohnzwecken widmet, dieses sein Eigentum aus dem Kreise rein privater Interessen heraus und stellt es in den Dienst der Volksgemeinschaft, denn diese nimmt an dem Zweck, dem das Haus gewidmet ist, besonderes Interesse, da sie bestrebt ist, jedem Volksgenossen nach Möglichkeit seine Wohnung zu verschaffen. Durch die Zweckbindung übernimmt der Hauseigentümer zugleich eine Zweckbindung. Er kann nicht mehr nach freiem Belieben oder nach Willkür die Nutzung des Hauses bestimmen, sondern nur im Rahmen der Zweckbestimmung und Zweckbindung. Darin liegt in erster Linie die Verpflichtung zur Bereitstellung und Erhaltung der Räume und sodann die Pflicht, den Interessen der Volksgemeinschaft auf dem Gebiet des Wohnungswesens Rechnung zu tragen. Diese Feststellungen wirken sich auch auf den einzelnen Mietvertrag aus, der über eine einzelne Mietwohnung in einem Miethause abgeschlossen wird.

Auf der anderen Seite läßt sich die Bedeutung der Wohnungsmiete nicht von den Imponderabilien trennen, die für den Mieter mit dem Besitz einer Wohnung verbunden sind. Will man die Funktion der Wohnungsmiete ermitteln, so genügt es keineswegs festzustellen, daß der Mietvertrag eine „Sachherrschaft des Berechtigten“ herstelle und eine besonders enge Beziehung zwischen dem Mieter und der vermieteten Sache schaffe, sowie daß diese Dauerbeziehung durch den Besitzschutz und die dingliche Wirkung gegenüber dem Nachfolger im Eigentum „sachenrechtsähnlichen Charakter“ erhalte<sup>4)</sup>. Die Bedeutung der Wohnungsmiete erschöpft sich keineswegs in den materiellen Beziehungen des Mieters zu seiner Wohnung, in dem Herrschaftsverhältnis mit sachenrechtsähnlichem Charakter. Die Wohnung ist mehr als ein bloßer Unterkunftsraum. Sie ist für den arbeitenden Volksgenossen die Stätte, in der er seine Ruhe nach der Arbeit und der Last des Tages sucht. Sie bildet den Mittelpunkt für das Familienleben. Ist die Familie die Keimzelle der Volksgemeinschaft, so ist die Wohnung das Heim, in dem sich diese Keim-

<sup>3)</sup> Vgl. Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs 1935, S. 202, 203.

<sup>4)</sup> Vgl. Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages. Berlin 1926, S. 153f.

zelle entwickelt und entfaltet<sup>5)</sup>. Das ist der Grund, weshalb jeder Volksgenosse ein Recht auf ein Heim hat. Das Heim hat für ihn unschätzbare Werte, die nicht gemessen oder gewogen werden können. Das Rechtsgebilde der Wohnungsmiete ist eines der Hilfsmittel, durch das sich ein Volksgenosse ein Heim verschaffen kann. Der Staat erkennt die immateriellen Werte an, die für den Volksgenossen in dem Begriff „Heim“ verborgen liegen. Er fördert durch gesetzgeberische und Verwaltungsmaßnahmen das Wohnungsweien in dem Bestreben, einem jeden Volksgenossen zu seinem Heim zu verhelfen. So steht das Heim unter dem besonderen fördernden Schutz der Volksgemeinschaft. Die immateriellen Werte des Heimes und der Schutz, unter dem das Heim steht, müssen auch in dem Einzelmietverhältnis ihren Niederschlag finden.

Die isolierte Betrachtung der Miete, wie sie der liberalistischen Epoche eigen war, ließ die persönlichen Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter vollkommen außer acht. Daher übersehen die BGB. geblieben die Auswirkungen, die in den persönlichen Beziehungen der Vertragsteile ihren Grund haben. So ist es nach dem Wortlaut des BGB. unmöglich, einen langfristigen Mietvertrag zur Auflösung zu bringen, wenn die persönlichen Beziehungen der Vertragsteile zu unerträglichen Spannungen und Feindseligkeiten geführt haben. Die Rechtsprechung des RG. hat hier eine Brezche geschlagen. Sie hat solche unerträglichen Zustände zwischen den Vertragsteilen als wichtigen Grund für die Auflösung eines Miet- oder Pachtvertrages anerkannt. Dem ersten Urteil v. 12. Dez. 1918 (RGZ. 94, 235 = JW. 1919, 181) ist die weitere Rechtsprechung gefolgt und hat noch gerade in letzter Zeit erneut ein derartiges kündigungsfreies Kündigungsrecht bestätigt (JW. 1936, 503, 916 und 1353). Das heutige Recht, wie es in dem deutschen Einheitsmietvertrag niedergelegt ist, stellt die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter in den Vordergrund und verlangt ein vertrauensvolles Zusammenarbeiten beider Vertragsteile innerhalb der Hausgemeinschaft, zu der außer Mieter und Vermieter auch die übrigen Hausbewohner gehören. Der Gedanke der Hausgemeinschaft trägt der Tatsache Rechnung, daß bei einem Dauerrechtsverhältnis wie dem Mietvertrage das Rechtsband zwischen den Vertragsteilen gerade infolge der langen Dauer des Vertrages besonders fest ist, und andererseits dem Bestreben, jede Gegensätzlichkeit innerhalb des Hauses auszuschließen und den Frieden des Hauses, der die Grundlage für ein wahres Heim ist, zu bewahren. Die Hausgemeinschaft ist eine echte Gemeinschaftsform innerhalb der Volksgemeinschaft. Sie beruht zwar nicht auf dem Führer-Gefolgschafts-Gedanken, wie z. B. die Betriebsgemeinschaft im Arbeitsrecht, aber sie ist wie diese auf dem gegenseitigen Vertrauen der Beteiligten gegründet und gewinnt dadurch ihre innere Festigkeit. Dem Gemeinschaftsgedanken ist der Fürsorgegedanke und der Pflichtgedanke immanent<sup>6)</sup>. Nicht ein Gegeneinanderarbeiten der verschiedenen Interessen von Mieter und Vermieter, sondern ein Füreinanderarbeiten innerhalb derselben Gemeinschaft und ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen im Pflichtgedanken: Das macht den Inhalt des Gemeinschaftsdenkens aus und hat auch seine Anwendung im Mietverhältnis. Der Gedanke der Hausgemeinschaft verlangt von allen Beteiligten ein besonderes Maß von Verantwortungs- und Pflichtbewußtsein.

In einer Zeit der Wohnungsknappheit erscheint die Bedeutung der Wohnung als Heim für den Volksgenossen besonders gesteigert. Je geringer das Angebot von Wohnungen und daher die Möglichkeit des Wohnungswechsels ist, desto wertvoller ist der Besitz einer Wohnung für den Wohnungsinhaber. Dieser gesteigerten Bedeutung entspringt das Bestreben nach Bestandschutz: Wer Besitzer einer Wohnung ist, muß bestrebt sein, solange wie irgend möglich im Besitze der Wohnung zu verbleiben, da der Wohnungsmarkt einen häufigen Wohnungswechsel nicht ermöglicht. In dem Bestreben nach Bestandschutz liegt weit mehr als ein wirtschaftliches Interesse, es ist vielmehr eine Forderung, die dem Recht ent-

springt. Das Recht, das ja von der Volksgemeinschaft ausgeht und in ihr wurzelt, hat das Heim des Volksgenossen unter seinen fördernden Schutz gestellt. Wo das Heim gefährdet erscheint, greift der Schutz des Rechtes ein. Das trifft nicht nur für solche Wohnheime zu, die dem MietSchG. unterliegen, vielmehr liegt hierin ein allgemeiner Rechtsgedanke. Der Gedanke des Bestandschutzes ist in jedem Mietverhältnis enthalten. Nur ist das Mittel des Bestandschutzes bei den beiden eingangs erwähnten Gruppen von Wohnungen verschieden. Bei mieterschutzfreien Wohnungen liegt es in dem Gedanken der Zweckwidmung und in dem Gedanken der Hausgemeinschaft begründet. Die Zweckwidmung verpflichtet zur Bereitstellung des Wohnraumes und der Gemeinschaftsgedanke zur Achtung des besonders festen Bandes, das den Mieter und Vermieter in der Hausgemeinschaft verknüpft. Im Gemeinschaftsgedanken liegt ferner die Verpflichtung begründet, die immateriellen Werte, die für den Mieter in dem Besitz einer Wohnung liegen, zu achten, sowie auch die schwerwiegenden Folgen fürsorglich mitzubedenken, die mit der Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter verbunden sind. Die Lösung des festen Rechtsbandes, die Wegnahme des Heimes und die Störung des Heimfriedens durch Kündigung, die Zurückziehung der Bereitstellung des Wohnraumes bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, die sich stets im Einklang mit dem Gedanken der Zweckwidmung und der Hausgemeinschaft zu halten hat. Das bedeutet, daß der Vermieter zur Kündigung nicht berechtigt ist, solange der Mieter seinen Pflichten aus dem Vertrage nachkommt und die Pflichten, die sich aus der Hausgemeinschaft ergeben, voll erfüllt. Eine Kündigung, die ohne rechtfertigenden Grund ausgesprochen wird, steht im Widerspruch mit den Grundlagen, auf denen das einzelne Mietverhältnis sich aufbaut, und muß deshalb vom Recht verworfen werden.

Man darf diesen Ausführungen nicht entgegenhalten, daß diese Beschränkung des Vermieters in der Ausübung des Kündigungsrechts wohl vom sittlichen Standpunkt aus richtig sei, daß aber das Recht diese Beschränkung nicht kenne. Wohl ist es richtig, daß dem geschriebenen Recht, wie es im BGB. steht, diese Beschränkungen fremd sind. Trotzdem sind sie auch schon jetzt als geltendes Recht anzusehen. Eine Rechtsordnung, die wie die unsrige von der konkreten Gestaltung der Rechtsverhältnisse ausgeht und sich von der abstrakt-logischen Gewinnung von Rechtsgedanken und Rechtsätzen freimachen will, kann nicht mehr reine Gestaltungsrechte als abstrakte Rechtsgebilde ohne sachlichen Inhalt anerkennen. Wie sie jedes Recht mit einem ihrer Grundordnung entsprechenden Inhalt füllt, so müssen auch die Gestaltungsrechte einen gleichen Inhalt erhalten. Es liegt im Zuge der neuen Rechtslehre, das freie Kündigungsrecht des Vermieters mit konkretem Pflichtdenken zu erfüllen und aus diesem heraus — unter Anwendung des Gedankens der Zweckwidmung und der Hausgemeinschaft — die Grenzen des Rechtsinhalts zu bestimmen.

Ich habe bereits in meinem Aufsatz „Das Mietrecht im Licht des Gedankens der Volksgemeinschaft“: JW. 1935, 1670 darauf hingewiesen, daß die allgemeine Rechtsanschauung eine solche Beschränkung des freien Kündigungsrechts des Vermieters anerkenne. Ich bin daraufhin verschiedentlich um Angabe von gerichtlichen Entscheidungen gebeten worden, in denen diese Rechtsanschauung zum Ausdruck komme. Ich konnte diesen Wunsch nicht erfüllen. Denn die gerichtliche Praxis hält sich wohl allgemein noch an die formale Regelung des BGB. Trotzdem war meine damalige Angabe zutreffend. Sie stützte sich auf die Erfahrung, daß sachlich unbegründete Kündigungen von den betroffenen Mietern als unsozial empfunden wurden, und daß oftmals auf die Vorstellung solcher betroffenen Mieter hin hierzu berufene Stellen, auf der gleichen Auffassung fußend, an den Vermieter mit der Aufforderung herantraten, die Kündigung zurückzunehmen, was denn auch in der Regel geschah. So wurden sozial nicht begründete Kündigungen in ihrer Wir-

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Lange, Vom alten zum neuen Schulrecht 1924, S. 61 und Roquette: JW. 1935, 1670.

<sup>6)</sup> Vgl. Roquette: JW. 1935, 1670 ff.

kung beseitigt, bevor es zu einem gerichtlichen Austrag kommen konnte. Das Bestehen der allgemeinen Rechtsanschauung erhielt gerade dadurch seine Bestätigung.

#### IV. Einzelfragen, insbesondere die Kündigung zwecks Mietsteigerung

Geht man nun an die Untersuchung heran, welche einzelnen Tatsachen zur Rechtfertigung einer Kündigung dienen könnten, so läßt sich naturgemäß ein vollständiger Katalog nicht aufstellen. Man kann nur beispielsweise erörtern, was als rechtfertigender Grund für eine Kündigung zu betrachten sein wird.

In erster Linie berechtigt gemeinschaftswidriges Verhalten des Mieters selbstverständlich zur Kündigung. Denn es liegt auf der Hand, daß nur derjenige Mieter Anspruch auf den Bestandschutz an seinem Heim hat, der selbst sich so verhält, wie es der Mietvertrag sowie die Hausgemeinschaft, in die ihn der Mietvertrag hineingestellt hat, verlangt. Belästigungen des Hauswirts oder der Hauseinwohner, des Hausverwalters oder sonstigen Bevollmächtigten des Vermieters stellen ein pflichtwidriges Verhalten des Mieters dar. Auch andauernde unpünktliche Mietzahlung ist eine Verletzung der Mieterpflichten, selbst wenn der einzelne Mietrückstand nie so groß wird, daß das außerordentliche Kündigungsrecht des § 554 BGB. oder des § 6 des Einheitsmietvertrages in Kraft treten kann.

Man kann auch berechnete Interessen des Vermieters als Kündigungsgrund nicht ausschließen, nur wird man hier einen strengen Maßstab anzulegen haben, wie weit angesichts der Lage auf dem Wohnungsmarkt und angesichts der Zweckwidmung des Hauses als Miethaus sowie aus dem Gesichtspunkt der Hausgemeinschaft heraus ein Interesse des Vermieters als berechtigt anerkannt werden kann. Der bloße Wunsch des Vermieters, die Räume nutzbringender zu verwerten, kann für sich allein noch nicht ausreichend sein. Das reine Erwerbsinteresse des Vermieters muß — trotzdem es sich um sein Eigentum handelt — hinter die öffentlichen Belange, unter denen ein Miethaus steht, zurücktreten. Nur dann wird man die Absicht des Vermieters auf bessere Verwertung der Räume als berechtigt anerkennen können, wenn die bisherigen Einkünfte aus dem Hause nicht den an die Verzinsung eines Hauses zu stellenden Anforderungen entsprechen. In diesem Zusammenhang zeigt sich wiederum die rechtliche Bedeutung, die das Miethaus im Mietrecht hat: Nicht das einzelne Mietverhältnis kann aus sich heraus beurteilt werden, vielmehr muß die Gesamtheit der Mietverhältnisse in dem Miethause zur Beurteilung herangezogen werden. Es ist anerkanntes Recht, daß der Vermieter für das im Hause angelegte Eigenkapital eine angemessene Verzinsung zu beanspruchen hat. Wollte man diese als ungerechtfertigt bezeichnen, dann würde kein Privatmann mehr Interesse daran haben, seine Ersparnisse in Miethäusern anzulegen. Wenn man aber die private Bautätigkeit anregen will, darf von Rechts wegen nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, daß das im Hause angelegte Kapital eine angemessene Verzinsung bringt. Kann nun der Hauseigentümer nachweisen, daß die bisherige Verwertung des Hauses ihm nicht eine angemessene Verzinsung seines Kapitals erbringt, dann muß eine von ihm zwecks besserer Verwertung ausgesprochene Kündigung als berechtigt anerkannt werden. Dies trifft dann insbes. für beabsichtigte Mietsteigerungen zu. Will dagegen der Hausbesitzer durch die beabsichtigte anderweitige Verwertung der Wohnung oder durch die beabsichtigte Mietsteigerung eine Verzinsung erzielen, die über das angemessene Maß hinausgeht, dann ist die von ihm ausgesprochene Kündigung inhaltlich unzulässig. Denn sie entspricht dann nicht dem Pflicht- und Gemeinschaftsgebanten, von dem die Ausübung des Kündigungsrechts beherrscht ist.

Bei der Mietsteigerung ist noch folgendes zu berücksichtigen: Eine Mietsteigerung ist nicht allein eine Angelegenheit zwischen Mieter und Vermieter, sie steht vielmehr als Problem in dem großen Fragenkomplex, der mit den Bestrebungen der Reichsregierung auf Erhaltung des Lohn- und Preisniveaus

zusammenhängt<sup>7)</sup>. Da das Lohnniveau sich nur halten läßt, wenn die Preise für die vom Lohn zu bestreitenden notwendigen Ausgaben auf der gleichen Höhe bleiben, ist auch die Erhaltung des Preisniveaus, das mit der Lohnhöhe in Wechselbeziehung steht, von der gleichen Voraussetzung abhängig. Eine Steigerung der Mieten, die allein in der Verknappung des Angebots von Wohnungen begründet wäre, läßt sich deshalb nicht rechtfertigen. Es genügt auch keineswegs, wenn in diesem Zusammenhang auf die Vorschriften über Mietwucher hingewiesen wird, denn das Mietwucherverbot setzt lediglich eine Höchstgrenze für die Miete, die bei einer Steigerung der Miete durchaus noch nicht erreicht, geschweige denn überschritten zu werden braucht, dagegen verlangt das Verbot der Mietsteigerung, das in den Belangen der Volksgemeinschaft begründet ist, ein Festhalten an der gegenwärtigen Miethöhe. Eine Mietsteigerung kann deshalb nur in Einzelfällen zulässig sein, wo nämlich die Gesamtmiete eines Hauses die ordnungsmäßige Verwaltung und eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals nicht gewährleistet. Daß auch diese Beschränkung des freien Kündigungsrechts des Vermieters bereits als geltendes Recht zu betrachten ist, dürfte keiner weiteren Ausführung bedürfen und wird auch bestätigt durch die Ausführungen von Danielcik und Maerker, die ich oben angeführt habe. Auch sie folgt unmittelbar aus den von mir entwickelten Grundsätzen, die ihrerseits wieder in den Satz „Gemeinnutz geht vor Eigenmütz“ ausmünden.

Des weiteren wird in der Regel als berechtigter Kündigungsgrund anzunehmen sein, daß der Vermieter die betreffende Wohnung selbst in Benutzung nehmen will. Denn man kann den Wunsch eines Hausbesitzers, in seinem Hause eine eigene Wohnung zu beziehen, keineswegs als ungerechtfertigt ansprechen, jedoch muß er auf die Belange des betreffenden Wohnungsmieters in ausreichender Weise Rücksicht nehmen.

Die Aufzählung der einzelnen Gründe, die zur Rechtfertigung einer Kündigung dienen können, kann natürlich nicht vollständig sein. Die Vielgestaltigkeit des Lebens läßt zu viel Möglichkeiten zu, als daß man sie in ein Verzeichnis zusammenfassen könnte. Jeder einzelne Fall muß vielmehr an den großen Richtlinien, die ich oben entwickelt habe, geprüft werden. Die Gerichte haben schon heute die Möglichkeit, das freie Kündigungsrecht des Vermieters in diesem Sinne auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen. Sie brauchen nicht auf die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung zurückzugreifen, die ihnen ohnehin nicht ausreichende Mittel zu einer sozial gerechten Entscheidung in die Hand geben, sondern haben lediglich das Recht mit seinem neuen Inhalt zu erfüllen. Es kann wohl kein Zweifel mehr daran bestehen, daß das allgemeine Rechtsbewußtsein des Volkes verlangt, daß die Gerichte über die Ausübung des freien Kündigungsrechts des Vermieters eine Kontrolle im Sinne eines sozialen Verantwortungsbewußtseins ausüben müssen. Auf dem nahegelegenen Gebiet des Arbeitsrechts hat hier die Rechtsprechung bereits dem gleichen Bestreben Geltung verschafft und die Kündigung von Arbeitsplätzen in diesem Sinne einer Kontrolle unterworfen.

#### V. Schlußbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen stellen an das Rechtsgewissen des Vermieters sehr hohe Anforderungen. Aber selbst da, wo es für den Einzelnen ein Opfer bedeutet, wird man diese Anforderungen nicht zurückschrauben können, weil das Interesse der Volksgemeinschaft an der Regelung der Rechtsverhältnisse der Volksgenossen an den Wohnungen sowie an der Angleichung der Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt den Belangen des einzelnen Hausbesitzers vorangeht und der Besitz eines Miethauses nicht mehr alleinige Angelegenheit des Hausbesitzers ist. Die große Masse der Hausbesitzer empfindet auch die besondere Verpflichtung, die ihnen der Besitz eines Miethauses auferlegt, und richtet danach ihr Handeln ein, zumal in

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Art. I § 1 Ges. zur Änderung des MietG. und des MietSchG. vom 18. April 1936 (RGBl. I, 371) und die Begründung zu diesem Gesetz im Abschnitt „Allgemeines“.

der richtigen Erkenntnis der Schwierigkeiten des heutigen Wohnungsmarktes. Es steht auf Grund von Erhebungen fest, daß nur eine kleiner Teil der Kündigungen vom Vermieter ausgeht, während die unverhältnismäßig größere Anzahl von Kündigungen von den Mietern ausgeht<sup>5)</sup>. Nur ein kleiner Bruchteil aus der Gesamtheit der Hausbesitzer hat die Zeichen der Zeit noch nicht erkannt. In vorstehenden Ausführungen handelte es sich darum, einmal grundsätzlich von einem neuen Standpunkt aus das freie Kündigungsrecht des Vermieters zu beleuchten und seinen Inhalt zu bestimmen. Das Ergebnis zeigt, daß das Recht selbst in sich den Schutz trägt, den der einzelne Volksgenosse für sein Heim benötigt. Es bedarf nicht eines besonderen Schutzes des einen Volksgenossen gegen den anderen, um ihm den Bestandschutz an seinem Heim zu gewähren. Daraus folgt dann aber weiter, daß die Ausdehnung des „Mieterschutzes“ auf weitere Wohnungen nicht erforderlich ist, daß vielmehr auch

<sup>5)</sup> Vgl. die Broschüre „Die wirtschaftliche Bedeutung und sozialen Aufgaben des deutschen Hausbesitzes“, Schriften des Zentralverbandes deutscher Haus- und Grundbesitzervereine e. V. S. 17.

hier ein Abbau möglich erscheint mit dem Ziel, alle Wohnungen unter die einheitliche Regelung eines neuen Mietrechts zu stellen, das aus sich heraus dem Volksgenossen den Bestandschutz an seinem Heim gewährt, ohne daß das Gericht zwischen die beteiligten Volksgenossen als Gestalter des Rechtsverhältnisses zu treten braucht. Die Übertragung einer gestaltenden Funktion auf das Gericht hielt die Notgesetzgebung einer Zeit des Klassenkampfes im Mietrecht für notwendig. Um dem Geist des neuen Rechts zur Durchführung zu verhelfen, bedarf es in erster Linie der erzieherischen Einwirkung der Organisationen von Vermietern und Mietern auf die Volksgenossen und erst in zweiter Linie des Eingreifens des Gerichtes, das nur eine Kontrollfunktion über die rechte Handhabung des neuen Rechtes durch die Volksgenossen auszuüben hat. Das Recht soll nicht dem Vermieter die Verantwortung für soziales Handeln abnehmen und dem Gericht übertragen, sondern vielmehr das Pflichtbewußtsein vertiefen und in dem Gedanken der Hausgemeinschaft das soziale Verantwortungsbewußtsein des Hausbesitzers verankern. Das will mir als die richtige Grundlage für ein wirklich soziales Mietrecht erscheinen.

## Die Frage der ehrengerichtlichen Bestrafung der Hinterziehung von Beiträgen zur Reichsversicherung

### I.

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Graf von der Goltz,  
Berlin

Im Nachstehenden wird unter deutlicher Heranziehung von Gedankengängen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zur Frage der Schutzgesetzverletzung versucht nachzuweisen, daß die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge keine ehrengerichtlich verfolgbare Ehrenverletzung sei. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, daß keiner der nach dem Gesetzesinnung auszulegenden Straftatbestände des ArbDG. erfüllt sei. Er geht hierbei davon aus, daß die Versicherungsbeiträge vom Arbeitgeber nicht dem Arbeiter und Angestellten, sondern dem öffentlich-rechtlichen Versicherungsträger geschuldet würden, die Frage ihrer Zahlung also das Betriebs- und Gefolgschaftsverhältnis, auf das es § 36 ArbDG. allein abstelle, nicht berühre. Nun erkennt der Verfasser selbst an, daß jedenfalls in der Renten- und Arbeitslosenversicherung die Nichtzahlung der Beiträge im Versicherungsfalle unmittelbare Schadensfolgen für die Gefolgschaftsmitglieder haben kann. Insofern ist also das Betriebsverhältnis sehr wohl betroffen. Darüber hinaus aber scheint mir die vom Verfasser geübte Scheidung in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche, d. h. durch das Arbeitsverhältnis selbst bedingte Verpflichtungen des Arbeitgebers für die hier vorliegende Frage nicht entscheidend. Nach Sinn und Leitgedanken des ArbDG. muß der Begriff der „Sozialen Ehre“ als ein ungeteilter angesehen werden. Es kann nicht auf die rechtliche Klassifizierung der dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten ankommen, sondern erheblich ist nur, in welcher Weise sich die Verletzung der bestehenden Pflichten für die Gefolgschaft, sei es tatsächlich, sei es möglicherweise, auswirkt. Eine nachteilige Auswirkung, für deren Verursachung im übrigen die sonstigen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Ziff. 1, wie Böswilligkeit usw., gegeben sein müssen, verstößt gegen die sozialen Pflichten und unterliegt der ehrengerichtlichen Bestrafung. Natürlich kommt es stark auf den einzelnen Fall an.

Trotzdem halte ich die nachstehenden Ausführungen, die zu einem anderen Ergebnis kommen, für beachtlich. Allein eine grundsätzliche Untersuchung und Stellungnahme kann die baldigst erforderliche Klärung der praktisch hochbedeutsamen Frage

### II.

Von Dr. Werner Spohr, Kiel

In letzter Zeit haben sich Entscheidungen der sozialen Ehrengerichte und Stimmen im Schrifttum gehäuft, die eine Bestrafung eines Unternehmers durch das soziale Ehrengericht wegen Hinterziehung von Beiträgen zur Reichsversicherung ausgesprochen bzw. gefordert und gebilligt haben. In den zur Entscheidung durch die Ehrengerichte gelangten Fällen hatte der Unternehmer Beitragsteile der Versicherten, die er den Versicherten bei der Lohnzahlung einbehalten (oder von ihnen erhalten hatte), der berechtigten Kasse vorenthalten oder pflichtwidrig nicht für Zwecke der Versicherung verwendet und sich damit einer Beitragshinterziehung schuldig gemacht (§§ 533, 1492 RWo.; § 338 AngVerfG.; § 270 ArbVermG.; § 233 RKnappschG.). Die erste Entscheidung dieser Art war ein Beschluß des sozialen Ehrengerichts für den Treuhänderbezirk Südbwestdeutschland vom 22. Nov. 1934, Eh 3/34<sup>1)</sup>. Bereits in meiner Abhandlung „Ist Beitragshinterziehung ein Verstoß gegen die soziale Ehre i. S. des ArbDG.“ (NArbBl. 1935, II, 67) habe ich diesen Beschluß einer ausführlichen Kritik unterzogen. Da aber weiterhin Bestrafungen der genannten Art erfolgt sind<sup>2)</sup>, sei die Frage nochmals unter umfassenden Gesichtspunkten geprüft. Diese Prüfung führt zu dem Ergebnis, daß solche Bestrafungen durch das ArbDG. nicht gedeckt sind. Es ist aber zwischen der Ehrengerichtbarkeit des Handwerks und der Ehrengerichtbarkeit der Wirtschaft zu unterscheiden.

### A. Die ehrengerichtliche Bestrafung eines der Ehrengerichtbarkeit des Handwerks unterstehenden Täters wegen Beitrags-hinterziehung ist möglich

Nach § 59 der 1. W.D. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934 (RGBl. I, 493) wird ein Innungsmitglied ehrengerichtlich bestraft, das sich einer Verletzung der Standesehre oder eines Verstoßes gegen den Gemeingeist schuldig gemacht hat. Das Verfahren ist in § 78 a. a. O. geregelt. Mit dieser Bestimmung hat die W.D. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks in bewußtem Gegensatz zum ArbDG. (vgl. nachstehend B) nicht nur bestimmte, festumrissene Tatbestände für ehrengerichtlich strafbar erklärt,

<sup>1)</sup> ArbSamml. 22, 135; Arbeitsrecht und Volkstum 1934, 406; GuM. 37, 237; Arbeiterversorgung 1935, 5 und 112.

<sup>2)</sup> Es sei z. B. genannt: Urteil des Sozialen Ehrengerichts für den Treuhänderbezirk Sachsen v. 18. Dez. 1934, Eh 8/34; Volkstümliche Btschr. für die gesamte Sozialversicherung 1935, 198.

sondern „eine allgemeine Formel als soziale Ehrenordnung aufgestellt und alle Zuwiderhandlungen gegen dieses Pflichten-gebot für strafbar erklärt“ (Doerner, Die neue Ehrengerichtsbarkeit, 1934, S. 190).

Wenn nach Doerner (a. a. O. S. 191) grundsätzlich „eine Verletzung staatlicher Gesetze oder ein grob unsittliches Verhalten beim Handwerker eine Verletzung der Standesehre bedeutet“, so kann kein Zweifel bestehen, daß Verstöße eines Handwerkers gegen die Strafbestimmungen der Reichsversicherung, insbes. aber der schwerste unter ihnen, die Beitrags-hinterziehung, nach der genannten Vorschrift in § 59 a. a. O. grundsätzlich ehrengerichtlich bestraft werden können<sup>3)</sup>. Ein Handwerker, der Innungsmitglied ist (§ 59 a. a. O. findet nur auf solche Anwendung) und seine Beitragspflichten nicht erfüllt, ist aus jedem der beiden Tatbestände des § 59 a. a. O. ehrengerichtlich strafbar. Denn wer seine Pflichten gegenüber der Reichsversicherung nicht erfüllt, begeht sowohl eine Verletzung der Standesehre als auch einen Verstoß gegen den Gemeingeist. Zur ehrengerichtlichen Bestrafung würde bereits die Erfüllung eines dieser Tatbestände, d. h. entweder ein Verstoß gegen die Standesehre oder ein Verstoß gegen den Gemeingeist, genügen.

### B. Die ehrengerichtliche Bestrafung eines der Ehrengerichtsbarkeit nach dem ArbDG. unterstehenden Täters wegen einer Beitrags-hinterziehung ist dagegen nicht möglich

Es ist davon auszugehen, daß die Tatbestände der Beitrags-hinterziehung nach den Gesetzen der Reichsversicherung (§§ 533, 1492 RVD., § 333 AngVersG., § 233 RKnappshG., § 270 RArbVermG.) und die Tatbestände der Ehrendelikte nach § 36 ArbDG., die auch für den Bereich des Ges. zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben gleicherweise gelten (vgl. § 20 dieses Gesetzes), sich nicht decken. Eine Frage der Konkurrenz ist deshalb nicht zu entscheiden, sondern festzustellen, daß infolge des völlig selbständigen Charakters und Aufbaus der sozialen Ehrengerichtsbarkeit eine Bestrafung wegen Beitrags-hinterziehung eine solche wegen eines Verstoßes gegen die soziale Ehre durchaus nicht ausschließt. Es könnte danach ein und derselbe Tatbestand, der sich nach § 533 RVD. usw. als kriminell strafbare Beitrags-hinterziehung darstellt, zugleich auch einen Verstoß gegen die soziale Ehre enthalten, sofern die Voraussetzungen, die das Gesetz für einen solchen aufgestellt hat, gegeben sind. Sollten irgendwelche Zweifel an dieser Feststellung bestehen, so würden sie durch das Vorhandensein und den Wortlaut des § 39 ArbDG. zerstört, der das Verhältnis des Kriminalstrafverfahrens und des Ehrengerichtsverfahrens zueinander regelt und gerade den Fall

betrifft, daß beide Verfahren „wegen der gleichen Tatsachen“ durchgeführt werden.

### I. Die ehrengerichtlichen Tatbestände sind streng ausschließlich auszulegen

Die Beitrags-hinterziehung könnte, wenn sie als Verstoß gegen die soziale Ehre anzusehen wäre, nur aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. bestraft werden, wonach eine ehrengerichtlich strafbare gröbliche Verletzung der durch die Betriebs-gemeinschaft begründeten sozialen Pflichten vorliegt, wenn Unternehmer, Führer des Betriebes oder sonstige Aufsichtspersonen unter Mißbrauch ihrer Machtstellung im Betriebe böswillig die Arbeitskraft der Angehörigen der Gefolgschaft ausnützen (oder ihre Ehre kränken). Nur wenn die Beitrags-hinterziehung diesen Tatbestand erfüllt, kann sie ehrengerichtlich bestraft werden. Denn § 36 Abs. 1 Satz 1 ArbDG. enthält keine Generalklausel<sup>4)</sup>, vielmehr ist die Aufzählung der einzelnen Tatbestände in § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 bis 4 ArbDG. eine abschließende, ausschließliche, nicht eine beispielsweise (Reichs-ehrengerichtshof: ArbRSamm. 25, 87<sup>5)</sup>), und die Strafrohungen der Ziff. 2 bis 4 können nicht in Betracht kommen, weil sie sich nicht ausschließlich gegen den Unternehmer als solchen, sondern gegen Angehörige der Gefolgschaft, der Betriebs-gemeinschaft und gegen Mitglieder des Vertrauensrates richten.

### II. Kann die Beitrags-hinterziehung als eine gröbliche Verletzung der durch die Betriebs-gemeinschaft begründeten sozialen Pflichten bezeichnet werden?

Diese Frage, die im Hinblick auf § 36 Abs. 1 Satz 1 ArbDG. zunächst der Erörterung bedarf, ist zu verneinen. Die Pflichten aus der Reichsversicherung sind nicht durch die Betriebs-gemeinschaft begründet, sie obliegen dem Unternehmer (dem „Arbeitgeber“, wie die Gesetze der Reichsversicherung — mit Ausnahme der Unfallversicherung — noch sagen) nicht kraft Arbeitsvertrags, sondern kraft öffentlichen Rechts, wobei es in diesem Zusammenhang unerheblich ist, daß auch die Zahlung des Tariflohnes eine öffentlich-rechtliche Seite hat (RArbG. v. 13. Juli 1935, 16/35: JW. 1935, 3177<sup>6)</sup> m. Anm. = ArbRSamm. 24, 93). Denn die Pflichten aus der Reichsversicherung obliegen dem Unternehmer nicht gegenüber dem Gefolgsmann („Arbeitnehmer“), sondern gegenüber dem Versicherungs-träger. Insbes. ist die Pflicht zur Abführung einbehaltenen Versichertenbeiträge an den berechtigten Versicherungs-träger gleicher Art wie die Pflicht zur Abführung einbehaltenen

<sup>3)</sup> Zutreffend hat aber Doerner, Strafrecht und Strafverfahren in der Sozialversicherung: Die Distriktenkassen 1935, 1047, auf folgende Einschränkung hingewiesen: „Nur ist aber die Ehrengerichtsbarkeit des Handwerks in ihrem ganzen Aufbau von dem Grundgedanken beherrscht, daß die unsoziale Gesinnung des Täters, also ein Gesamtverhalten, bestraft werden soll. Daraus ergibt sich, daß ein Einzelverstoß gegen diese Gesinnung, ein einzelner Fall einer unehrenhaften Gesinnung, zu einer ehrengerichtlichen Bestrafung noch nicht ausreicht. Es kann nicht jede auch noch so geringe Verletzung eines staatlichen Gesetzes als eine Verletzung der Standesehre oder als ein Verstoß gegen den Gemeingeist angesehen werden. Damit würde dem Gemeinschaftsbewußtsein und dem Gemeinschaftsgefühl der Standesangehörigen ein schlechter Dienst erwiesen werden. Die gesinnungsmäßige Einstellung des Täters wird man erst aus einer besonders schweren Zuwiderhandlung oder aus einer Reihe von Zuwiderhandlungen entnehmen können. Daher wird anzunehmen sein, daß im allgemeinen eine einmalige Zuwiderhandlung gegen Strafvorschriften der Sozialversicherung, insbes. eine einmalige Hinterziehung von Beiträgen zur ehrengerichtlichen Bestrafung nach der Handwerksverordnung noch nicht ausreicht. Ergibt sich jedoch aus den gesamten Umständen des Falls, insbes. aus der Dauer der Zuwiderhandlungen, aus der Höhe des Vermögensvorteils, den der Täter aus der Tat gezogen hat, und aus seiner Einstellung zur Tat, daß er bei seinem Verhalten die Schädigung des Allgemeinwohls und die Verletzung der Interessen der Innung und des handwerklichen Berufsstandes beruht in Kauf genommen hat, so wird man unbedenklich von einer Verletzung der Standesehre und einem Verstoß gegen den Gemeingeist sprechen können.“

<sup>4)</sup> „Das soziale Ehrenrecht unterscheidet sich von anderen Ehrengerichtsordnungen dadurch, daß es nicht eine allgemeine Bestimmung, eine sog. Generalklausel, zur Grundlage der Strafanordnung macht“, sondern „festumgrenzte Tatbestände“, „somit ist nicht jeder Verstoß gegen die soziale Ehre mit Strafe belegt, also nicht jede als sozial unehrenhaft sich darstellende Handlung, nicht somit das sozial unehrenhafte Verhalten überhaupt, sondern nur bestimmt umschriebene Äußerungen der sozial unehrenhaften Haltung“ (Foerges, Das soziale Ehrenrecht in seinen Beziehungen zum Strafrecht, zum Schuldrecht und zur Ehrenordnung des Handwerks: Arbeitsrecht und Volkstum 1935, 136).

<sup>5)</sup> Über die strenge Ausschließlichkeit der in § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 bis 4 ArbDG. aufgezählten, den Begriff des Ehrendelictes erschöpfenden Tatbestände — womit sich das ArbDG. übrigens in gewolltem Gegensatz zu den Grundfragen sonstiger Ehrengerichtsbarkeit befindet (vgl. §§ 28, 62 RVD.; §§ 10, 72 RVD.; § 2 PrD. StrD.; §§ 59 ff. RVD. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks; vgl. vorstehend A) — vgl. Manzfeld, Pohl, Steimann, Krause, Komm. z. ArbDG. zu § 36; Dersch, Komm. z. ArbDG. S. 230; Hueck, Ripperden, Dieck, Komm. z. ArbDG., Anm. 2 zu § 36; Deneke: JW. 1934, 1010; Grunhendorff, Komm. z. ArbDG. S. 50; Doerner, Die neue Ehrengerichtsbarkeit der Wirtschaft und des Handwerks, Berlin 1934, S. 89; Hirschfeld-Vergmann, Neues Arbeitsrecht, 2. Aufl., Leipzig 1934, 35; Krause, Die Arbeitsverfassung im neuen Reich, Stuttgart 1934, S. 73; Buchmann, Der Verstoß gegen die soziale Ehre, Mannheim 1936, S. 29 ff.; abweichend — aber zu Unrecht — Huber: JW. 1934, 1031; Goerrig: JW. 1934, 324; Thiemer: Deutsches Recht 1935, 214.

ner Lohnsteuer an das FinA. Beides sind öffentlich-rechtliche Pflichten gegenüber dem Staat. „Die Versicherung von Arbeitern und Angestellten gehört zu den großen Verwaltungsaufgaben des Reichs“ (PrDWB. v. 18. Dez. 1928, VI D 236/27; JW. 1929, 2474<sup>1</sup> m. Anm.; vgl. Art. 7 Ziff. 9 und 161 der — insofern noch gültigen — RVerf.). Die Pflicht zur Beitragsabführung ist mithin keine Pflicht, die der Betriebsgemeinschaft ihre Entstehung verdankt und in ihr wurzelt, mithin auch aus ihrem Geiste zu erfüllen und zu beurteilen wäre, sondern sie ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber dem Gemeinwesen. Sie ist dem Unternehmer nicht im Interesse seiner Gefolgschaft auferlegt, sondern im Interesse des Staates, der ihrer Erfüllung bedarf, um die ihm selbst obliegende Aufgabe der Durchführung der Reichsversicherung wahrnehmen zu können. Im übrigen kann es auch sogar Pflichten geben, die unmittelbar durch die Betriebsgemeinschaft begründet sind, deren Verletzung aber dennoch mangels Zutreffens eines der Tatbestände des § 36 Abs. 1 ArbDG. nicht ehrengerichtlich bestraft werden kann. So wird niemand bestreiten, daß ein Unternehmer, der seinen Gefolgsmann bestiehlt, in schärfster Weise gegen den Gedanken der Betriebsgemeinschaft verstößt. Trotzdem ist § 36 Abs. 1 nicht anwendbar, weil keiner seiner Tatbestände zutrifft und eine Ausdehnung dieser Normen auf andere Tatbestände dem erklärten Willen des Gesetzgebers widerspricht.

Es ist aber auch nicht möglich, in der Beitrags hinterziehung deshalb eine gröbliche Verletzung der sozialen Ehre zu erblicken, weil die Reichsversicherung eine soziale Einrichtung ist. Denn Tatbestandsmerkmale dürfen ebensowenig wie Verdachtsgründe strafschärfend berücksichtigt werden (RGSt. 57, 379; 59, 254); es ist schon im kriminellen Strafrecht unzulässig, strafserhöhend zu berücksichtigen, daß die Versicherung eine Sozialeinrichtung ist (RG., 4. Sen., 134/29, 174/28, 92/31).

### III. Die Beitrags hinterziehung kann nicht aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. bestraft werden

Nachdem festgestellt ist, daß die Beitrags hinterziehung keine (gröbliche) Verletzung der durch die Betriebsgemeinschaft begründeten sozialen Pflichten ist (§ 36 Abs. 1 Satz 1 ArbDG.), insfolgedessen schon allgemein nicht als Verstoß gegen die soziale Ehre aufgefaßt werden kann, ist noch eingehend der Nachweis zu führen, daß auch die Tatbestandsmerkmale des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. nicht auf die Beitrags hinterziehung zutreffen. Der Tatbestand des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. enthält zwei objektive Merkmale: Ausnutzung der Arbeitskraft der Gefolgschaft, und zwar unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe, und als subjektives Merkmal die Böswilligkeit. „Eine ehrengerichtliche Strafe kann nur erfolgen, wenn alle Tatbestandsmerkmale der in § 36 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 ArbDG. unter Ehrenstrafe gestellten Handlungen erfüllt sind“ (so zutreffend Joerges a. a. D. Sp. 136).

a) Die Beitrags hinterziehung ist keine Ausnutzung der Arbeitskraft der Gefolgschaft. „Als Ausnutzung der Arbeitskraft ist eine über den Rahmen des wirtschaftlich Gebotenen und der persönlichen Leistungsfähigkeit hinausgehende, durch kein vernünftiges Interesse zu rechtfertigende Inanspruchnahme der Arbeitskraft anzusehen“ (Völkischer Beobachter Nr. 213 am 1. Aug. 1935 S. 13). Ausnutzung der Arbeitskraft wäre z. B. untertarifliche Entlohnung oder — erst recht — Schuldigbleiben des Lohnes, Verlangen geschwidriger Mehrarbeit usw. Versicherungsbeiträge und Lohn sind insofern völlig verschieden, als der Lohn dem Gefolgsmann zusteht, die Versicherungsbeiträge aber dem Versicherungsträger. Geschädigt ist deshalb durch Beitrags hinterziehung der Versicherungsträger. Das bedarf eingehender Begründung.

1. Das Wesen der Beitrags hinterziehung besteht darin, daß der Unternehmer Beitragsanteile der Versicherten, die er ihnen einbehalten oder von ihnen erhalten hat, vorsätzlich der berechtigten Krankenkasse vorenthält (indem er sie nicht an diese abführt) bzw. nicht für die Versicherung verwendet (indem er die Anschaffung von Versicherungsmarken und ihre

Einklebung in die Versicherungskarte unterläßt). Die Beitrags hinterziehung ist ebenso wie die Lohnsteuerhinterziehung der Unterziehung verwandt. Die Beitrags hinterziehung ist ein Vergehen gegenüber dem Versicherungsträger, der sie begehende Unternehmer verlegt ein Recht des Versicherungsträgers, nicht ein solches des Gefolgsmannes. Denn Anspruch auf Erhalt der Beiträge hat ausschließlich der Versicherungsträger. Sein Anspruch auf die Beiträge der Versicherten ist das von der Strafandrohung des § 533 RVD. usw. geschützte Rechtsgut. „Die gesamte gesetzliche Regelung des Beitragsverfahrens hat ... nur den Zweck, durch Sicherung des Eingangs der Beiträge den ordnungsmäßigen Lauf der Versicherungseinrichtungen im ganzen zu gewährleisten, soll aber nicht unmittelbar dazu dienen, für jeden einzelnen Versicherten die Erlangung der Versicherungsleistungen sicherzustellen“ (RABG. v. 3. April 1935, 6/35: JW. 1935, 486 = ArbRSamml. 24, 84).

Solange der Unternehmer den Versicherten die von ihnen aufzubringenden Beiträge zur Sozialversicherung noch nicht abgezogen hat, besteht der Anspruch des Versicherungsträgers — unbeschadet einer Haftung des Unternehmers — noch gegenüber dem Versicherten (vgl. z. B. § 380 RVD.). Sobald der Unternehmer aber bei der Lohnzahlung (z. B. gem. §§ 393, 394 RVD.) den Lohn um den Beitragsanteil des Versicherten kürzt, also diesen „einbehält“, besteht der Anspruch des Versicherungsträgers nicht mehr gegen den Versicherten, sondern ausschließlich gegen den Unternehmer. Ohne Lohnzahlung ist eine Beitrags hinterziehung unmöglich (wie das RG. 4 S 73/30, 145/29: JW. 1930, 1610 und das OLG. Hamburg: JW. 1933, 789 zutreffend dargelegt haben). Die Beitrags hinterziehung ist eine Straftat, die ausschließlich im Rahmen der (gesetzlichen Beziehungen) zwischen Unternehmer und Versicherungsträger und nicht im Rahmen der (vertraglichen) Beziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann begangen werden kann. Denn mit dem Zeitpunkt der Entlohnung verliert der einbehaltene Beitragsanteil des Versicherten seinen Charakter als Teil des allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Lohnanspruchs des Gefolgsmannes gegenüber dem Unternehmer und wird kraft Gesetzes Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Anspruchs des Versicherungsträgers gegen den Unternehmer. Träger des Anspruchs und rechtliche Natur des Anspruchs sind mithin vollständig verwandelt. Einen einbehaltenen Versichertenanteil kann der Versicherte nicht einklagen, kann dagegen der Versicherungsträger in dem besonders dafür vorgesehenen Verfahren betreiben. Der entscheidende Gesichtspunkt, der sich aus dieser kurzen Überlegung über das Wesen der Beitrags hinterziehung ergibt, ist folgender: Das durch die Strafandrohung des § 533 RVD. usw. geschützte und durch eine Beitrags hinterziehung verletzte Rechtsgut ist ausschließlich der Anspruch des Versicherungsträgers auf Abführung des einbehaltenen Beitragsanteils des Versicherten an ihn bzw. — in den Rentenversicherungen — auf Verwendung des einbehaltenen Beitragsanteiles des Versicherten für die Versicherung.

2. Erscheint es somit schon deshalb ausgeschlossen, die Beitrags hinterziehung als eine Ausnutzung der Arbeitskraft des Gefolgsmannes anzusehen, weil sie nicht innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann, sondern innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und einem Dritten (dem Versicherungsträger) begangen wird und begrifflich nur begangen werden kann, so verstärkt ein Hinweis auf wirkliche Fälle einer Ausnutzung der Arbeitskraft des Gefolgsmannes diese Feststellung noch. Hueck, Ripperdey, Diez sagen (a. a. D. S. 376) zutreffend: „Unter Ausnutzung der Arbeitskraft ist eine über den Rahmen des wirtschaftlich Gebotenen und der persönlichen Leistungsfähigkeit hinausgehende, durch kein vernünftiges Interesse zu rechtfertigende Inanspruchnahme der Arbeitskraft zu verstehen. Sie kann sowohl in dem Verlangen besonders schwerer oder besonders langer Arbeit liegen, wie auch darin, daß die Arbeit unter ganz besonders widrigen Bedingungen erbracht werden muß. Gleichgültig ist, ob die Ausnutzung der Arbeit durch Einzelanweisung oder durch Gestaltung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, insbes. auch der Betriebsordnung, erfolgt.“ Als Beispiele geben Hueck, Ripperdey

perden, Diez an: Verlangen einer längeren als der gesetzlich zulässigen Arbeitszeit, Zumutung schwieriger, die Kraft des einzelnen übersteigender Arbeitsleistung, übermäßige Frauen- und Kinderarbeit, übermäßige Beschäftigung Minderleistungsfähiger oder Schwerbeschädigter. Eine Ausnutzung der Arbeitskraft i. S. von § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. kann jedenfalls nur dann vorliegen, wenn sich der Unternehmer von seinem Gefolgsmann einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft. Bei der Beitrags hinterziehung verschafft sich der Unternehmer zwar einen unrechtmäßigen Vorteil, aber nicht von seinem Gefolgsmann, sondern von dem berechtigten Versicherungs träger.

b) Schon wegen des somit erwiesenen Fehlens des einen objektiven Tatbestandsmerkmals des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG., Ausnutzung der Arbeitskraft der Gefolgshaft, kann die Beitrags hinterziehung nicht ehrengerichtlich bestraft werden. Außerdem ist aber auch das zweite objektive Tatbestandsmerkmal, der Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe, nicht erfüllt.

Ein Unternehmer, der einbehaltene Versichertenbeiträge nicht an die berechnete Kasse abführt, mißbraucht nicht seine Machtstellung gegenüber seinem Gefolgshaft Angehörigen, sondern seine Stellung als Treuhänder gegenüber dem Versicherungs träger. Der Unternehmer behält auch schon die Beiträge vom Lohn nicht kraft seiner Machtstellung im Betrieb ein, sondern erfüllt bei der Begleichung seiner Lohnschuld mit dieser Einbehaltung eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Es kommt ausschließlich darauf an, ob der Unternehmer im Augenblick der Einbehaltung des Versichertenbeitrages bei der Lohnzahlung und bei dem Unterlassen der Abführung unter Mißbrauch der Machtstellung handelt oder nicht. Das anzunehmen ist unmöglich, weil eher umgekehrt gesagt werden kann, daß der Unternehmer insofern unter pflichtgemäßem Gebrauch seiner Machtstellung handelt. Es darf auch nicht übersehen werden, daß die Beitrags hinterziehung nicht schon mit dem Einbehalten vollendet ist, sondern erst in dem Zeitpunkt, in welchem die Abführung der einbehaltenen Beiträge an die Kasse zu erfolgen hätte, aber nicht erfolgt (RG.: GoldArch. 74, 303). Vielsach hat der Unternehmer bei der Einbehaltung der Beitragsteile der Versicherten vom Lohn noch gar nicht die Absicht, die einbehaltenen Beiträge nicht auch abzuführen, vielmehr faßt er diesen Vorfall oft erst später (vgl. den Fall JW. 1933, 2149). Nur wenn der Nachweis gelänge, daß der Unternehmer sowohl bei der Einbehaltung wie bei dem Vorenthalten unter Mißbrauch der Machtstellung handelt, könnte eine Erfüllung dieses Merkmals des Tatbestandes des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. anerkannt werden. Dieser Nachweis kann nicht gelingen, weil — um das vorstehend Gesagte nochmals kurz zusammenzufassen — der Unternehmer bei der Einbehaltung, wenn überhaupt in Ausübung seiner Machtstellung, so höchstens in pflichtgemäßer Ausübung seiner Machtstellung handelt, bei dem Vorenthalten aber überhaupt nicht mehr gegenüber dem Gefolgsmann handelt, sondern gegenüber dem Versicherungs träger (oder richtiger: diesem gegenüber eine pflichtgemäß gebotene Handlung, nämlich die Abführung der einbehaltenen Beiträge, unterläßt). Es kann mithin auch keine Rede davon sein, daß das zweite objektive Merkmal des Tatbestandes aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. bei der Beitrags hinterziehung irgendwie erfüllt wäre.

c) In subjektiver Hinsicht erfordert § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. „böswillige“ Ausnutzung der Arbeitskraft. Von einer Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals bei der Beitrags hinterziehung dürfte ebenfalls nicht die Rede sein können. „Vorsatz“ i. S. von §§ 533, 1492 ABW. usw. und „Böswilligkeit“ i. S. von § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. sind nicht dasselbe. Böswilligkeit setzt Vorsatz voraus, enthält aber darüber hinaus das erschwerende Moment der Eigennüchigkeit oder des Mangels an anständiger Gesinnung. Selbst wenn der Täter einer Zuwiderhandlung gegen §§ 533, 1492 ABW. usw. eine Schädigungsabsicht hat (was zur Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes der Beitrags hinterziehung nach RGSt. 25, 204; 26, 122; RG. 4 S 118/28, 168/29, 64/30 nicht erforderlich ist), so wird er kaum jemals die Absicht einer Schädigung der Gefolgshaft, vielmehr stets die Absicht der Schädigung des Versiche-

rungsträgers haben. Im übrigen ist auch insofern festzuhalten, daß sich die böswillige Ausnutzung der Arbeitskraft der Gefolgshaft, wenn sie aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. bestraft werden soll, gegen den Gefolgsmann richten muß, der Vorsatz bei der Beitrags hinterziehung aber gegen den Versicherungs träger gerichtet ist. Daß eine gegen einen anderen als gegen einen Gefolgsmann gerichtete Böswilligkeit den subjektiven Tatbestand des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. erfüllen könnte, kann nicht behauptet werden.

IV. Die mögliche Schädigung der Versicherten, der Gedanke des Schutzgesetzes und die Strafrechtsanalogie können ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen

Das bedarf abschließend noch besonderer Begründung, weil das klare Ergebnis der vorstehenden Erörterungen an Überzeugungskraft einbüßen könnte, wenn es Tatsache wäre, daß der Unternehmer, der eine Beitrags hinterziehung begeht, dem Gefolgsmann dadurch notwendigerweise einen Schaden zufügte oder ein Schutzgesetz verletzte.

a) Die Frage des Schadens

ist jedoch zunächst schon an sich belanglos für die Prüfung, ob Beitrags hinterziehung unter § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. fällt. Denn diese Vorschrift enthält nicht das selbständige Merkmal eines Schadens, der über die in jeder Ausnutzung einer Arbeitskraft liegende Schädigung hinausginge. Sodann aber bedeutet die Beitrags hinterziehung keineswegs stets eine unmittelbare Schädigung des Versicherten, sondern sie kann nur in einigen Zweigen der Reichsversicherung (den Rentenversicherungen und eventuell in der Arbeitslosenversicherung; vgl. § 105 Abs. 4 ArbVermG.) unter Umständen für den Versicherten einen mittelbaren Schaden zur Folge haben. Ob das der Fall ist, ist Tatfrage. Jedenfalls kann die Beitrags hinterziehung in der Krankenversicherung deshalb für den Versicherten niemals einen Schaden herbeiführen, weil in diesem Versicherungszweig die Versicherung mit dem Eintritt in die Beschäftigung beginnt, d. h. der Gefolgshaft Angehörige mit diesem Zeitpunkt Versicherungsansprüche erwirbt, unabhängig davon, ob für ihn Beiträge entrichtet werden oder überhaupt Meldungen erfolgen oder nicht (BayVGH. v. 1. Febr. 1915: MSchrArbVerf. 1915, 668; SächsVerfAmt v. 4. Nov. 1916: GM. 8, 72). Wollte man also dem Gesichtspunkt der Schädigung des Versicherten eine so ausschlaggebende Bedeutung beimessen, daß man die Beitrags hinterziehung um deswillen für ehrengerichtlich strafbar halten wollte, so käme man zu dem höchst ungereimten Ergebnis, daß man eine Beitrags hinterziehung zur Krankenversicherung jedenfalls nicht ehrengerichtlich bestrafen könnte, vielmehr nur eine Hinterziehung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung oder zu den Rentenversicherungen. Diese Folgerung wäre in sich selbst um so widerspruchsvoller, als die Hinterziehungen der Beiträge zu den einzelnen Versicherungszweigen oft in ein und derselben Handlung begangen werden<sup>6)</sup>.

Diesen Widerspruch verkennen die Befürworter einer ehrengerichtlichen Bestrafung der Beitrags hinterziehung, vor allem Doerner<sup>7)</sup> und Häußner<sup>8)</sup> nicht. Sie messen ihm aber keine entscheidende Bedeutung bei, wollen vielmehr in dem dem Versicherten in den Rentenversicherungen und in der Arbeitslosenversicherung durch die Beitrags hinterziehung möglicherweise entstehenden Schaden die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Ausnutzung der Arbeitskraft erblicken. Häußner führt a. a. O. im Anschluß an die wörtliche Heranziehung von

<sup>6)</sup> Das RG. (RGSt. 65, 301) nimmt insofern tateinheitlich Begehung an (anders das RG.: JurWidch. 1930 Nr. 373; JW. 1931, 1251; 1934, 1130; DLG. Darmstadt: HöchstMRspr. 1927, 137; DLG. Breslau: HöchstMRspr. 1930 Nr. 2052 und DLG. Dresden: JW. 1931, 3231).

<sup>7)</sup> Doerner, Strafrecht und Strafverfahren in der Sozialversicherung: Die Ortskrankenkasse 1935, 1041 (1046); Doerner, Nochmals Strafrecht und Strafverfahren in der Sozialversicherung: Die Ortskrankenkasse 1936, 464.

<sup>8)</sup> Häußner, Haftung des Betriebsführers III, Soziale Ehrenstrafen und Unterjagung der Fortführung des Gewerbebetriebes: Arbeitsrecht-Kartei Heft 545.



§ 36 Abs. 1 Satz 1 u. 2 Ziff. 1 ArbZG. aus: „Es muß also zunächst eine gröbliche Verletzung der sozialen Pflichten vorliegen. Sodann muß es sich um eine böswillige Ausnutzung der Arbeitskraft handeln, und endlich muß sie unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe begangen sein. Nur wenn diese drei Voraussetzungen zutreffen, liegt in der Nichterfüllung der sozialen Versicherungspflichten auch ein ehrengerichtlich zu ahnender Verstoß vor. Auf der einen Seite ist daher zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber durch Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflichten aus der sozialen Versicherung seine Gefolgschaftsangehörigen sehr schwer schädigt und daher ihre Arbeitskraft unzulässig ausnützt; dabei ist freilich zu beachten, daß die Gefolgschaftsmitglieder durch die Nichtabführung der abgezogenen Versicherungsbeiträge bei der Kranken- und Arbeitslosenversicherung überhaupt nicht geschädigt werden, weil die Leistungen dieser Versicherungen unabhängig von der Beitragsentrichtung gewährt werden<sup>9)</sup>. Bei diesen Versicherungen kommt somit hinsichtlich der Einbehaltung von Versicherungsbeiträgen eine unzulässige Ausnutzung der Arbeitskraft und demgemäß eine ehrengerichtliche Bestrafung nicht in Frage. Wohl aber ist dies bei der Invaliden- und der Angestelltenversicherung der Fall. Bei diesen letzteren Versicherungen ist aber andererseits nicht jede Nichterfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden Verpflichtungen als „böswillige“ Handlung anzusehen, so sehr es auch zu mißbilligen ist, wenn der Arbeitgeber diese für das Wohl der Gefolgschaftsmitglieder so überaus wichtigen Pflichten und damit den Betriebsgemeinschafts- und Kameradschaftsgeist verletzt. Die Böswilligkeit setzt vielmehr Vorsatz voraus und liegt außerdem nur dann vor, wenn die Handlung oder Unterlassung aus eigennützigen Gründen oder aus Mangel an anständiger Gesinnung erfolgt. Ein Mißbrauch der Machtstellung im Betrieb liegt vor, wenn der Unternehmer ufm. seine überlegene Stellung im Betrieb oder die wirtschaftliche Abhängigkeit des Angestellten oder Arbeiters mißbraucht. An dieser Voraussetzung wird das ehrenamtliche Verfahren häufig scheitern, insbes. dann, wenn der Unternehmer keinerlei unzulässigen Druck auf den Gefolgschaftsangehörigen ausübt und der letztere womöglich von der Nichtabführung der Beiträge gar nichts erfahren hat.“ Doerner, dem Häußner sich angeschlossen hat, hatte bereits früher eine ähnliche Beweisführung gegeben. Aber auch Doerner will die ehrengerichtliche Bestrafung der Beitrags hinterziehung auf besondere Fälle eingeschränkt wissen. Er faßt das Ergebnis seiner Ausführungen dahin zusammen, „daß die ehrengerichtliche Verfolgung wegen mangelhafter Entrichtung der Beiträge in der Krankenversicherung nicht möglich ist, und daß im übrigen in jedem Falle der Beitrags hinterziehung nachgewiesen sein muß, daß der Täter böswillig und unter Mißbrauch seiner Machtstellung gehandelt hat“ (Die Ortskrankenkasse 1936, 405/406). Dazu ist zu sagen: Will man schon jener Aufspaltung des Gesetzes, die auch Doerner und Häußner durchaus anerkennen, keine besondere Bedeutung beimessen, so ist es doch, wie vorstehend zu III b nachgewiesen ist, unmöglich, in bezug auf die Einbehaltung der Beiträge durch den Unternehmer und ihre Nichtabführung an den Versicherungsträger bzw. ihre Nichtverwendung für die Versicherung von einem Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe zu sprechen<sup>10)</sup>. Denn der Unternehmer handelt bei

<sup>9)</sup> Diese Feststellung ist irrig. Vielmehr kann dem Versicherten auch in der Arbeitslosenversicherung ein Schaden erwachsen. Häußner hat offenbar die Vorschrift des § 105 Abs. 4 ArbZG. übersehen.

<sup>10)</sup> Auch Doerner übersieht diese Schwierigkeit keineswegs. Denn er sagt in der Ortskrankenkasse 1935, 1048: „Die ehrengerichtliche Bestrafung scheidet aber in der Regel daran, daß das zweite objektive Tatbestandsmerkmal, Mißbrauch der Machtstellung, nicht gegeben ist. Von einem solchen Mißbrauch kann man nur sprechen, wenn der Täter in unzulässiger Weise einen Druck auf den Beschäftigten ausgeübt hat, wenn er z. B. dem Gefolgsmann unmittelbar oder mittelbar für den Fall der Verweigerung der Arbeitsleistung die Entlassung angedroht oder in sonstiger gesetz- und sittenwidriger Weise seine Machtstellung ausgenützt hat. Von einem Mißbrauch der Machtstellung kann aber keine Rede sein, wenn der Täter zur Erreichung seines Zieles in irgendeiner äußeren Beziehung zu dem Gefolgschaftsangehörigen nicht getreten ist. Weiß der Gefolgsmann

der Einbehaltung nicht für sich, sondern als Treuhänder des Versicherungsträgers. Ebenso unmöglich aber ist es, in der Nichtabführung der einbehaltenen Beiträge bzw. ihrer Nichtverwendung für die Versicherung eine Ausnutzung der Arbeitskraft zu erblicken. Denn (wie vorstehend zu III a ausführlich dargelegt ist) nur der Versicherungsträger hat Ansprüche auf die Beiträge. Aber auch deshalb ist es nicht möglich, von einem dem Versicherten zugefügten Schaden mit der Folge von Rechtswirkungen zu sprechen, weil die Vorschriften der Gesetze der Reichsversicherung über die Beitragsleistung keine Schutzgesetze zugunsten des Versicherten sind. Das bedarf abschließend noch eingehender Begründung. Der irrige Gedanke der Schutzgesetznatur dieser Vorschriften steht ausgesprochen oder unausgesprochen hinter dem Versuch, die Möglichkeit einer ehrengerichtlichen Bestrafung der Beitrags hinterziehung zu erweisen.

b) Die Strafdrohungen der Gesetze der Reichsversicherung sind keine Schutzgesetze zugunsten der Versicherten.

Auch die Auffassung, daß die Strafdrohungen der Gesetze der Reichsversicherung Schutzgesetze zugunsten des Versicherten seien, vermag das gewonnene Ergebnis nicht zu erschüttern. Denn diese Auffassung wäre irrig. Diese Bestimmungen wollen lediglich den Versicherungsträger schützen, wie die Rechtsprechung zur Frage, ob die Verletzung der Pflichten im Beitragsentrichtungsverfahren einen Schadensersatzanspruch des Versicherten aus § 823 Abs. 2 BGB. begründet, festgestellt hat. Erst jüngst hat das RRbG. in sehr eingehender Begründung und unter Rückblick auf die frühere zahlreiche Rechtsprechung erneut nach sorgfältiger Prüfung erkannt, daß die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB. nicht möglich ist (Entsch. v. 6. Dez. 1933, RAG 237/33: JW. 1934, 632<sup>o</sup> = ArbRSamml. 20, 15).

Der Begriff des Schutzgesetzes steht in der Rechtsprechung des RG. und RRbG. seit langem fest. Schutzgesetze sind solche Gesetze, die dem Schutz einzelner im Gegensatz zur Gesamtheit dienen sollen. Ein jedes Gesetz ist bestimmt, dem Volksganzen zu dienen. Erfüllt es diesen seinen Zweck, so kommt diese seine günstige Wirkung mittelbar auch dem einzelnen zugute, wenn auch vielleicht nicht jedem einzelnen im gleichen Grade. Es gibt aber auch Gesetzesvorschriften, die ihr Endziel, das Wohl der Gesamtheit zu fördern, dadurch zu erreichen suchen, daß sie bestimmten Gruppen einzelner — u. U. auch nur einer Einzelperson (RGZ. 100, 146) — einen besonderen Schutz zuteil werden lassen. Solche Gesetzesvorschriften hat § 823 Abs. 2 BGB. im Auge. Schutzgesetz in diesem Sinne ist also eine Gesetzesvorschrift nicht schon dann, wenn ihre Wirkung einer bestimmten Volksgruppe (oder einer Einzelperson) tatsächlich in besonderem Maße zugute kommt. Diese besondere Förderung muß vielmehr gerade unmittelbar bezweckt sein; die Gesetzesvorschrift muß die Bestimmung haben, gerade gewissen einzelnen einen besonderen Rechtsschutz zu verleihen (so erst wieder neuerdings RGZ. 135, 245 = JW. 1932, 1725<sup>o</sup>). Von diesem Begriff des Schutzgesetzes abzugehen besteht kein Anlaß.

In sehr zahlreichen Entscheidungen haben RG. und RRbG. an diesem Maßstab die Schutzgesetznatur derjenigen Vorschriften der Reichsversicherungsgesetze untersucht, die den Arbeitgebern die Pflicht auferlegen, in der einen oder anderen Weise an der Durchführung der Versicherung ihrer Arbeitnehmer mitzuwirken. Durchgehend ist bei den Vorschriften, nach denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Versicherung anzumelden und die Versicherungsbeiträge an die Einziehungsstelle abzuführen hat, die Schutzgesetznatur verneint worden<sup>11)</sup>.

von der Handlungsweise des Führers des Betriebes nichts, wie es bei der Nichtabführung der Beiträge in der Regel der Fall sein wird, so wird schon begrifflich ein Mißbrauch der Machtstellung nicht anzunehmen sein.“ Mit dieser Feststellung schließt aber Doerner beinahe jeden Fall einer Beitrags hinterziehung von der ehrengerichtlichen Bestrafung aus. Denn in welchem praktischen Falle wäre eine Beitrags hinterziehung möglich, wenn der Gefolgsmann von der Nichtabführung unterrichtet ist?

<sup>11)</sup> Aus der Rechtsprechung des RRbG. der letzten Jahre seien folgende Urteile erwähnt: RAG 88/30 v. 5. Juli 1930 = JW. 1931, 1286<sup>30</sup>; BenschSamml. 10, 112; RAG 299/29 v. 15. März 1930; BenschSamml. 9, 563; RAG 209/30 v. 9. Juli 1930; Bensch-

Es ist ständig angenommen worden, die betreffenden Gesetzesvorschriften seien geschaffen worden, um den ordnungsmäßigen Gang der einzelnen Versicherungseinrichtungen zu fördern, sie dienten damit dem Gesamtwohl, das wesentlich beeinflusst werde von dem Bestehen und ordnungsmäßigen Arbeiten der vorhandenen sozialen Versicherungseinrichtungen. Wenn auch die Erfüllung der betreffenden Pflicht durch den Arbeitgeber jeweils tatsächlich bestimmten einzelnen Arbeitnehmern Vorteile bringe, sei doch Zweck jener Vorschriften nicht die Sicherung dieser Einzelvorteile, sondern die Sicherung des ordnungsmäßigen Ganges der betreffenden Versicherungseinrichtung im ganzen. Nicht solle dem jeweils betroffenen einzelnen Arbeitnehmer ein besonderer Rechtsschutz mit der Folge zuteil werden, daß er bürgerlich-rechtliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber aus einer Verletzung seiner Pflichten sollte herleiten können.

Trotz gegenteiliger Meinung im Schrifttum, wie sie besonders von *Dersch* vertreten wird (und ganz vereinzelter Fälle in der Rechtsprechung; vgl. *RG. v. 9. Juli 1927: JW. 1928, 2915*), muß die Frage, ob die Beitragsvorschriften der Reichsversicherung Schutzgesetze sind und insfolgedessen ihre Verletzung den Unternehmer oder Betriebsführer gegenüber dem Gefolgsmann schadensersatzpflichtig macht, damit als endgültig verneint angesehen werden (vgl. auch *OLG. Kiel v. 4. Nov. 1933, 3 U 119/33: SchlesHollfAnz. 1934, 59 f.*)<sup>12</sup>). Wie das *RRbG.* in seinem Urteil vom 3. April 1935, 6/35: *JW. 1935, 486*, ausdrücklich begründet hat, steht die bisherige Rechtsprechung, wonach die Pflicht des Unternehmers zur Mitwirkung bei der Ausführung der Reichsversicherung kein Schutzgesetz zugunsten des Gefolgschaftsangehörigen i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. ist, auch nicht im Widerspruch zu der nationalsozialistischen Auffassung.

Bezwecken aber die Beitragsvorschriften der Reichsversicherung nicht den Schutz des Gefolgsmannes (sondern lediglich den Schutz des Versicherungsträgers), so kann ihre Verletzung auch kein Verstoß gegen die soziale Ehre sein. Denn Verstöße gegen die soziale Ehre können nach dem ganzen Zweck und Sinn der sozialen Ehrengerichtbarkeit nur durch Handlungen begangen werden, die innerhalb des Bereiches der gegenseitigen Beziehungen von Unternehmer und Gefolgschaft liegen<sup>13</sup>).

c) Die Strafrechtsanalogie kann auf die soziale Ehrengerichtbarkeit nicht ausgebehnt werden.

Endlich wird das gewonnene Ergebnis nicht irgendwie durch die Zulassung der Analogie in § 2 StGB. i. d. Fass. des Ges. v. 28. Juli 1935 (*RGBl. I, 839*) erschüttert. Die Übertra-

gung der Grundsätze des § 2 StGB. auf § 36 ArbDG. scheidet schon daran, daß § 2 StGB. nicht angewendet werden kann, wenn der Gesetzgeber selbst den ausschließlichen Charakter einer Strafnorm betont hat. Für die Anwendung des § 2 StGB. gibt die amtliche Begründung (Sonderveröffentlichungen der *DJ. Nr. 10, 1935, 28*) selbst folgende Richtlinien an: Es bedürfe besonderer Beachtung, „daß der einem Strafgesetz zugrunde liegende Rechtsgedanke vielfach eine vom Gesetzgeber gewollte Begrenzung enthält. Die Überschreitung solcher Grenzen gestattet § 2 nicht. Eine solche Begrenzung liegt vor, wenn die Beschränkung eines gesetzlichen Tatbestandes nicht darin ihren Grund hat, daß der Gesetzgeber die Fülle der Möglichkeiten des Lebens nicht hat voraussehen können, sondern darin, daß er aus staats- oder kriminalpolitischen Gründen den gesetzlichen Tatbestand bewußt eng begrenzt hat.“ Das ist bei § 36 ArbDG. der Fall (vgl. das in *Anm. 5* Ausgeführte). Auch der Reichsrengerichtshof hat die Anwendung des § 2 StGB. auf § 36 ArbDG. abgelehnt (vgl. die bei *Doerner, Die Ortskrankenkasse 1936, 405*, angeführte Entsch.).

## V. Schlußbemerkung

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist, daß die Beitrags hinterziehung zwar nach § 59 der 1. VO. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks bestraft werden kann, nicht jedoch nach § 36 ArbDG. Der Grund liegt darin, daß die VO. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks in bezwungenem Gegensatz zum ArbDG. eine Generalklausel enthält.

An einer ehrengerichtlichen Bestrafung der Beitrags hinterziehung besteht auch kein besonderes rechtliches Interesse. Die kriminellen Strafrohungen der Gesetze der Reichsversicherung reichen durchaus aus<sup>14</sup>); sie sehen Gefängnis, Geldstrafe und Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte vor. Außerdem kann das Gericht aus § 421 Abs. 1 StGB. auf Unterfügung der Berufs ausübung oder des Gewerbebetriebes erkennen<sup>15</sup>) und damit eine wirksamere Maßnahme treffen, als es den sozialen Ehrengerichten mit der Aberkennung der Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, möglich ist. Es besteht auch aus allgemeinen rechtspolitischen Erwägungen kein Anlaß, im Ehrengerichtsverfahren eine Tat abzuurteilen, die schon mit gerichtlicher Strafe bedroht ist<sup>16</sup>). Die Rechtsgrundlagen und die Aufgaben sind bei kriminellen und ehrengerichtlichen Strafen ganz verschieden. Sollte gleichwohl im einzelnen Falle aus besonderen Gründen ein Bedürfnis für eine ehrengerichtliche Bestrafung bestehen, so könnte ihm dadurch genügt werden, daß der Treuhänder der Arbeit eine schriftliche Anordnung erläßt, deren Zuwiderhandlung im Wiederholungsfalle aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 ArbDG. ehrengerichtlich bestraft werden könnte<sup>17</sup>).

Samml. 9, 574; RAG 250/30 v. 15. Nov. 1930: *BenzSamml. 11, 180*; RAG 385/30 v. 7. Jan. 1931 = *JW. 1931, 1207*<sup>2</sup>; *BenzSamml. 11, 193*; RAG 446/30 v. 14. Jan. 1931: *BenzSamml. 12, 347*; *RRbG. 8, 161*; RAG 667/678/30 v. 19. Juli 1931: *BenzSamml. 14, 150*; RAG 248/31 v. 23. Jan. 1932 = *JW. 1933, 1550*<sup>3</sup>; *BenzSamml. 15, 141*; RAG 98/32 vom 11. Juni 1932: *BenzSamml. 15, 609*; RAG 174/32 v. 9. Juli 1932 = *JW. 1933, 261*<sup>25</sup>; *BenzSamml. 16, 439*; RAG 17/33 v. 10. Mai 1933: *BenzSamml. 18, 209*.

<sup>12</sup>) Das Problem der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Beitragsentrichtung durch den Unternehmer, die Teilinhalt des Arbeitsvertrages selbst ist, kann außer Betracht bleiben, weil es einmal nur in besonders gelagerten Fällen auftritt — in dem vom Ehrengericht Karlsruhe entschiedenen Falle spielte es offenbar keine Rolle —, und weil seine Erörterung in diesem Zusammenhang ohnehin nicht weiterführen würde. Die Verletzung vertraglich übernommener Beitragspflichten kann kein Verstoß gegen die soziale Ehre sein. Denn nicht jede Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten ist ehrengerichtlich verfolgbar, sondern lediglich eine solche, die unter die ershöpfend im § 36 Abs. 1 ArbDG. aufgezählten Tatbestände fällt (vgl. das vorstehend zu B II Ausgeführte).

<sup>13</sup>) Außerdem würde die Bestrafung der Beitrags hinterziehung aus § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. zu folgendem in sich widersprüchlichen Ergebnis führen: § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbDG. ist zweifelslos ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. Wäre die Beitrags hinterziehung also ehrengerichtlich strafbar, so würde sie — als Verletzung eines Schutzgesetzes — den Unternehmer zum Schadensersatz verpflichten. Daß sie jedoch diese Folge gerade nicht hat, ist das Ergebnis der vorstehend herangezogenen Rechtsprechung des *RG.* und des *RRbG.*

<sup>14</sup>) Um so mehr, als in den Richtlinien für das Strafverfahren (*AbgBz. des RM. v. 13. April 1935: Amtliche Sonderveröffentlichungen der DJ. Nr. 7 S. 178*) eine verschärfte Verfolgung der Beitrags hinterziehung den Staatsanwaltschaften zur Pflicht gemacht ist.

<sup>15</sup>) Vgl. *Spoehr, Besondere Maßnahmen zum Schutz der Versicherungsträger gegen hartnäckige Beitragschuldner: ArbVerf. 1935, 260*.

<sup>16</sup>) So hat der Treuhänder der Arbeit für Berlin-Brandenburg (*Amf. Mitt. Jahrg. 2 Nr. 34*) ausgeführt: Die soziale Ehrengerichtbarkeit sei grundsätzlich nicht dazu da, andere bestehende Rechtswege und Verfahren zu ersetzen oder auszuschießen. So gehören z. B. Streitigkeiten persönlicher Natur, Beleidigungen, die nicht mit der Betriebsgemeinschaft zusammenhängen, vor die Strafgerichte, Entlassungen vor die Arbeitsgerichte. Das Ehrengerichtungsverfahren sei auch nicht dazu da, bei ausgeklagten Forderungen die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers zu ersetzen. Auch die Nichtleistung oder nicht ordnungsmäßige Entrichtung von sozialen Beiträgen könne nur in besonderen Fällen zur Einleitung eines Ehrengerichtsverfahrens führen. Zur Verfolgung dieser Verstöße seien in erster Linie die Vorschriften der Sozialversicherungsgesetze bestimmt; Anzeigen wegen solcher Verstöße seien daher zunächst an die Träger der Sozialversicherung zu richten. Verstöße gegen bestehende Strafgesetze können bei den Polizeibehörden oder der Staatsanwaltschaft vorgebracht werden. Jeder Beschwerdeführer solle dazu beitragen, die von der Ehrengerichtbarkeit erstrebte hohe Aufgabe nicht durch unbegründete und unsachliche Anzeigen zu erschweren.

<sup>17</sup>) Dem Ergebnis dieser Abhandlung steht das Urteil des *RG. v. 12. Dez. 1935 — Arb II 24/35 —* nicht entgegen. Es

handelte sich um folgenden Fall: Die Angell. hatten die Sozialversicherungsbeiträge seit Jahren nur zum Teil entrichtet, so daß an Beiträgen der Krankenkasse, Invaliden- und Arbeitslosenversicherung Rückstände im Gesamtbetrage von mehreren tausend Mark aufgelaufen waren. Auch für die Zeit nach dem 1. Mai 1934, dem Tag des Inkrafttretens des ArbVG, sind an Krankenkassen- und Arbeitslosenversicherungsbeiträgen mehrere hundert Mark und auch für Invalidenversicherung 37,20 RM nicht beglichen worden. Die Löhne wurden ebenfalls nicht pünktlich gezahlt, so daß erhebliche Rückstände bestanden, wie durch Zeugenvernehmung festgestellt wurde. Einer der Zeugen hatte bei seinem Ausscheiden noch 60 RM Lohnrückstand, für den er dann eine Haarschneidemaschine angenommen hat, so daß damit die Forderung ausgeglichen wurde. Die Invalidenkarte, auf der noch wenige Marken zu kleben waren, hat der Zeuge nach vielfachen Bemühungen, auch seitens des Treuhänders der Arbeit, erst im Februar 1934 erhalten können. Eine weitere Zeugin hatte ihre Invalidenarten ebenfalls erst zwei Wochen nach ihrem Abgang bekommen können. Die Zeugen gaben an, daß die Einnahmen des Geschäfts meistens zur vollen Lohnzahlung ausgereicht hätten, daß die Angeklagten zunächst aber ihre alten Schulden damit vordringlich bezahlten. Die Angeklagten gaben das auch zu.

Aus diesem Sachverhalt ergibt sich, so sagt der RGG., „daß die Angeklagten die Neugründungen ihrer Geschäfte bei zum Teil recht hohen Mieten und Ausgaben für Einrichtungen auf dem Rücken ihrer Geldgeber und der Sozialversicherungsanstalten vorgenommen haben, um diese Gläubiger dann leer ausgehen zu lassen, wenn die den Zeitbedürfnissen nicht angepaßten kostspieligen und mit unberechtigtem Optimismus ins Leben gerufenen Unternehmungen fehlschlügen. Die Angeklagten haben ihr Geschäft im Jahre 1934, und zwar nach dem 1. Juni 1934, in gleicher Weise wie vor diesem Zeitpunkt auch nur dadurch noch aufrechterhalten und wieder verlegt, daß sie die einkommenden, aus der Arbeit der Gefolgschaft gewonnenen Mittel nicht zum entsprechenden Teil zur Lohnzahlung ihrer Gefolgschaftsleute verwendeten, sondern diesen wesentlichen oder einen sogar dauernden Schaden zufügten, indem sie den Lohn zum Teil

erst nach sehr langer Zeit oder auch zum Teil gar nicht auszahlten und auch die Invalidenversicherungsbeiträge nicht voll entrichteten, damit auch ihre Gefolgschaftsleute der Gefahr ausgesetzt, daß sie später um einen Teil der Invalidenrente kommen. Die geldliche Lage, in der sich die Angeklagten befanden, im Verein mit ihrer geistigen Regsamkeit und Einsicht ließ keinen Zweifel, daß sie mit dieser Entwicklung gerechnet und die Arbeitsleistungen ihrer Gefolgschaft von vornherein dazu benutzt ausgenutzt haben, um ihre alten und neuen Gläubiger zum Teil zu befriedigen, sich selbst dadurch im Geschäft zu halten und die Lasten dieser Entwicklung auf die Schultern ihrer Gefolgschaftsleute abzuwälzen.

Dieses Verhalten geht über eine rücksichtslose Schädigung von Geldgebern, Hauswirten und Versicherungsanstalten und eine leichtfertige, allzu optimistische Geschäftsgebarung hinaus. Denn es nützt auch die Arbeitskraft der Gefolgschaft in böswilliger, weil von vornherein darauf abgestellter und auf asozialer Gesinnung beruhender Weise zum eigenen Vorteil aus, um es nur einer vielleicht glücklicheren Zukunft zu überlassen, ob die Gefolgsleute noch jemals zu ihrem wohlverdienten Lohne ganz kommen. In solcher Geschäftsführung haben die Angeklagten die Machtstellung als Betriebsführer, über die einkommenden Mittel zu verfügen, willkürlich zum eigenen Vorteil mißbraucht und sich dabei gelegentlich auch nicht geschont, gerechten Anforderungen ihrer Gefolgschaft mit ungehörigen Erwidierungen zu begegnen.

Der Tatbestand des § 36 Abs. 1 Ziff. 1 ArbVG. ist damit erfüllt.“

Infolge des komplexen Tatbestandes, der diesem Urteil zugrunde liegt und der neben der Nichterfüllung der Pflichten zur Abführung der Beiträge in der Invalidenversicherung mehrere Elemente enthält, die bereits jedes für sich die Voraussetzungen für die Anwendung des § 36 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ArbVG. erfüllen (so vor allem die verspätete Lohnzahlung und erst recht die Nichtzahlung des Lohnes), kann das Urteil nicht als eine endgültige Stellungnahme des RGG. zur Frage der ereignisgerichtlichen Bestrafung der Beitragshinterziehung angesehen werden.

## Ein Rückschlag im Rechte der Herkunftsbezeichnungen

Von Rechtsanwalt Dr. Otto Strizke, Nürnberg

Zur Wahrheit und Klarheit der Werbung (Ziff. 6 der 2. Bef. des Werberates der deutschen Wirtschaft) gehört auch der Schutz echter Herkunftsbezeichnungen. Die Gütezeichenbewegung, die neuerdings den besonderen Schutz des Werberates und RPatW. gefunden hat, soll ebenfalls diesem Zwecke dienen. Im Vollzug der Verlauterung des gesamten Wettbewerbsrechtes wird zur Zeit in ganz Deutschland viel Kleinarbeit geleistet, um Verwässerungen der Herkunftsbezeichnungen zu unterbinden.

Aus diesen Gründen hat Deutschland die Fortschritte lebhaft begrüßt, die anlässlich des Internationalen Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in Berlin 1936 erzielt werden konnten. So wurde zu Frage 20 folgendes beschlossen: „Der Kongreß bestätigt den bereits in London ausgesprochenen Wunsch, der in dem Jahrbuch von Luxemburg unter Nr. 20 abgedruckt ist.“ Danach (Ann. S. 32) soll Art. 4 des Madrider Herkunftsabkommens einen neuen Absatz erhalten. Die bisherige Fassung, die unverändert bleiben soll, lautet: „Die Gerichte eines jeden Landes haben zu entscheiden, welche Bezeichnungen gattungsmäßig sind und deswegen nicht unter die Bestimmungen des gegenwärtigen Abkommens fallen; die geographischen Herkunftsbezeichnungen für die Erzeugnisse des Weinbaues sind jedoch in dem Vorbehalte dieses Artikels nicht eingegriffen.“

Der in Berlin bestätigte Londoner Beschluß sieht folgenden weiteren Absatz vor:

„Les fausses indications de provenance de pays vinicoles ne cessent pas de tomber sous le coup des mesures indiquées dans les articles précédents, même si elles sont accompagnées d'une périphrase destinée à leur donner un caractère générique (façon, genre, type etc.), ou encore si elles sont accompagnées de l'indication d'un véritable lieu d'origine (Bourgogne d'Australie)“ d. h. es ist auch ein Verstoß gegen die Herkunftsbezeichnungen, wenn der Herkunftsbezeichnung ein Zusatz, wie Typ Rheintwein,

oder der wahre Herkunftsort zugesetzt wird, z. B. Bourgogne-Wein aus Australien. Es entspricht dies schon bisheriger deutscher Rechtsauffassung. Wir begrüßen es daher, daß diese Rechtsgrundsätze nunmehr auch international verankert werden sollen. Und wir sind auch der festen Überzeugung, daß, wie es auf dem Berliner Kongreß beispielsweise der tschechoslowakische Abgeordnete zum Ausdruck brachte, die nächsten Kongresse, vielleicht schon der nächste Kongreß 1938 in Prag, auch auf anderen Gebieten als auf dem des Weinbaues, eine weitere Fortentwicklung bringen.

Aber ebenso, wie wir mit Genugtuung die Fortschritte auf diesem Gebiete feststellen, haben wir die Pflicht, Erscheinungen kritisch zu beleuchten, die einen bedauerlichen Rückschritt bedeuten.

Der Abbau des prohibition in den Vereinigten Staaten, die dem Madrider Abkommen nicht angeschlossen sind, machte eine Reihe gesetzgeberischer Maßnahmen erforderlich.

Zu erwähnen ist z. B. die „Federal Alcohol Administration Act“. Zu deren Ergänzung erging am 26. Juni 1936 die „Liquor Tax Administration Act“. Sie enthält u. a. die Bestimmung, daß der amerikanische Erzeuger das Recht der Benutzung ausländischer Namen hat. Geschützt bleibt nur Champagne<sup>1)</sup>. Als Beispiele der Namen, die dem amerikanischen Erzeuger erlaubt sind, werden aufgeführt: Barbera, Burgundy, Chablis, Chianti, Claret, Cognac<sup>1)</sup>, Saint Julien,

<sup>1)</sup> Vgl. Art. 275 WB. Deutschland glaubte vor dem Kriege auf Champagner und Cognac nicht verzichten zu können und trat daher vor dem Kriege dem Madrider Abkommen nicht bei. Als der WB. dazu zwang, zeigte es sich, daß die vorher gefürchteten Folgen nicht eintrafen. Schaumwein und Weinbrand sind mindestens ebenso kennzeichnend — und wahr und klar. Nachdem diese Bemerkung gefallen war, trat Deutschland mit Wirkung ab 12. Juni 1925 (RGW. II, 1925, 287) dem Abkommen bei. (Vgl. Matthiolius: GewRsch. 1928, 335.)

Madeira, Malaga, Marsala, Medoc, Moselle, Port, Rhine (Hock), Riesling, (Haute) Sauterne, Vermouth, Zinfandel. Es sind nur folgende Einschränkungen gegeben: das amerikanische Erzeugnis muß vom gleichen Typ sein. Die Werbung muß den amerikanischen Herkunftsort ebenso deutlich kennzeichnen wie die ausländische Bezeichnung. Gerade der Fortschritt, den der Berliner Kongreß brachte, wird also hier wieder befeitigt.

Der einzige schwache Lichtblick besteht darin, daß die Federal Alcohol Administration das Recht hat, Richtlinien aufzustellen. Im Interesse der Verlauterung des internationalen Wettbewerbs ist zu hoffen, daß die F. A. A. von ihrem Recht nach der Richtung Gebrauch macht, daß sich auch das amerikanische Recht in diesem Punkte wieder der allgemeinen internationalen Rechtsfortentwicklung anpaßt.

## Aus der Deutschen Rechtsfront

### Künder und Kämpfer des Rechts

Die aus Anlaß der XI. Olympiade in Berlin stattfindende Ausstellung „Deutschland“ birgt auch eine Reihe wichtiger deutscher Rechtsdenkmäler, darunter den Sachsenspiegel.

Diesem Werk und seinem Schöpfer, Eike von Repgow, war der Rundfunkvortrag gewidmet, den der Reichsrechtsführer, Reichsminister Dr. Frank, am 15. Juli 1936 über den Deutschlandsender hielt.

Den Ausführungen des Reichsrechtsführers ist u. a. folgendes zu entnehmen<sup>1)</sup>:

Der Nationalsozialismus hat in das deutsche Rechtsleben einen neuen gewaltigen Impuls gebracht. Das Reich Adolfs Hitlers baut, getreu im Rahmen der deutschen Rechtsgeschichte, die Macht des Deutschen Reiches neu auf und schafft sie neu.

Eines der wertvollsten Denkmäler, das die deutsche Rechtsgeschichte aufzuweisen hat, ist der Sachsenspiegel. Er wird in seiner Bedeutung für das deutsche Rechtsleben und die deutsche Rechtswicklung von keiner anderen Aufzeichnung ähnlichen Charakters übertroffen. Vor etwas über zwei Jahren hat das nationalsozialistische Deutschland, in dem Bewußtsein seiner Dankspflicht gegenüber den Großen seiner Geschichte, die 700jährige Wiederkehr des Todestages Eikes feierlich begangen. Ein schlichter Gedenkstein an der Dorfkirche zu Repkudau im Anhaltischen, dem Geburtsort Eikes, ist das äußere Zeichen der Ehrung, die das deutsche Volk am 23. Juni 1934 einem seiner ersten Vorkämpfer für ein freies, volksnahes deutsches Recht erwiesen hat.

Mit dem Buch in der einen und dem Schwert in der anderen Hand ist der Verfasser des Sachsenspiegels auf jenem Gedenkstein dargestellt: Eike der Künder und Kämpfer des Rechts.

Eike war Künder des Rechts. Er hat die von den Altvordern überkommenen Rechtsgedanken, die leider mehr und mehr in Vergessenheit zu geraten drohten, aufgezeichnet, um sie in der Seele seiner Stammesgenossen lebendig zu erhalten.

Das Recht der damaligen Zeit war ja nicht Gesetzesrecht, das in Gesetzbüchern jedermann zugänglich gewesen wäre, sondern Gewohnheitsrecht, das sich in der Gerichtsversammlung von Geschlecht zu Geschlecht fortplantzte und namentlich von den im Thing mitwirkenden Schöffen gepflegt und bewahrt wurde.

Eine Folge der Beschränkung der Rechtskenntnis auf kleinere Kreise und Gerichtsprängel war, daß Unstimmigkeiten auftraten und mehr und mehr eine Rechtsunsicherheit eintrat, die die Aufzeichnungen der wichtigsten Grundzüge eines ganzen Stammesrechts als eine wahrhaft befreiende Tat empfinden ließen. Das Rechtsbuch Eikes erlangte bald gesetzgleiche Bedeutung und beeinflusste in der Folge die sämtlichen mittelalterlichen deutschen Rechte, obwohl es nur sächsisches Land- und Lehnrecht behandelte. Mehr als die wissenschaftliche Leistung des schlichten anhaltischen Ritters, der „ohne Hülf und ohne Lehr“ das Sachenrecht aufzeichnete, verdient seine mannhafteste Rechtslichkeit Bewunderung: Eike ist Kämpfer des Rechts. Recht ist für ihn nicht etwas, was man willkürlich setzt, für ihn ist Recht vielmehr der Ausdruck einer höchsten sittlichen Notwendigkeit, an der es kein Drehen und Wenden gibt. Es geht ihm darum, das „Rechtens Pflicht“ zu lehren und niemand zu dienen als der Wahrheit allein.

Das hier aufgezeichnete Recht entspricht der Einfachheit, Sächlichkeit und Echtheit des Verfassers. Der Sachsenspiegel ist kein Gesetzbuch, das systematisch aufgebaut die einzelnen Lebensvorgänge und -beziehungen ordnet. Er ist eine kasuistische Aufzeichnung von Rechtsgewohnheiten und eine Sammlung von Rechtsprüchen, die in der Praxis der Schöffen aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein heraus

gefunden und entwickelt worden waren und für künftig als Richtschnur bei der Entscheidung ähnlich gearteter Fälle dienen konnten.

Der Sachsenspiegel behandelt alle Zweige des rechtlichen Lebens und ist insbesondere nicht auf den Teil des Rechts beschränkt, den wir als Privatrecht dem öffentlichen Recht gegenüberzustellen pflegen. Das Recht erscheint hier als eine einheitliche, alles umfassende und durchdringende Lebensordnung.

Wir finden im Sachsenspiegel daher neben den zahlreichen Rechtsgrundsätzen aus dem Privatrecht, insbesondere Sachen-, Familien- und Erbrecht, vor allem auch Artikel aus dem Staats- und Verfassungsrecht, Strafrecht oder Verfahrensrecht. Die ungezwungene Aneinanderreihung der einzelnen Artikel des Sachsenspiegels sprechen ebenso wie die gemeinverständliche Ausdrucksweise und der Reichtum an Symbolen und Formen für seine echte Volkstümlichkeit.

Der Sachsenspiegel ist aus dem Volke heraus für das Volk geschrieben worden. Er atmet wahrhaft deutschen Geist. Friede, Treue, Treue und Gefolgschaftspflicht sind die Grundwerte, die das ganze Rechtsbild beherrschen.

Hierin liegt bereits angedeutet, was uns der Sachsenspiegel heute zu bedeuten vermag. Die Besinnung auf die hohe Mission des Rechts, von der der Sachsenspiegel in seiner einfachen und schlichten Art Zeugnis gibt, muß auch heute, in einer Zeit der gewaltigsten Umgestaltungen, wieder Raum gewinnen. Die Vorstellung „von des Rechtes Pflicht“, wie Eike sagt, muß wieder lebendig werden nach Jahren des trübseligen Materialismus, in denen das Recht zu einem abstrakten, positiven Formalbegriff herabgesunken ist.

Es ist klar, daß die unmittelbare Übernahme der Vorschriften des mittelalterlichen deutschen Rechts in unsere heutige Zeit nicht in Frage kommen kann. Die einfachen, urtümlichen Lebensformen aus den Tagen des Sachsenspiegels sind durch eine höchstentwickelte differenzierte und komplizierte Wirtschaftsordnung abgelöst worden, die unter ganz neuen und von Grund auf veränderten Gesetzen steht. Wenn aber auch eine moderne Rechtsordnung im einzelnen ganz anders ausgestaltet werden muß, als dies für die mittelalterlichen Rechtsverhältnisse vonnöten war, so kann und muß doch auch sie in ihren Grundlagen ähnlich gefestigt und in ihren Zielen ebenso einheitlich ausgerichtet sein, wie wir dies am Sachsenspiegel noch heute bewundern.

Die nationalsozialistische Rechtserneuerung geht wieder auf die Grundlagen des Rechtsbegriffs zurück und arbeitet tatkräftig und entschlossen an der Anrichtung einer Rechtsordnung, die durch den Schutz der Substanzwerte der Nation völkische Lebenskraft und völkischen Lebenswillen zu sichern und zu entfalten verbürgt.

Die Größe der uns gestellten Aufgabe erfordert Hingabe und Bekenntnis. Wieder ist uns Eike, der Verfasser des Sachsenspiegels, Vorbild und Mahnung.

Wie ein Vermächtnis klingen seine Worte (Reimvorrede, S. 212 ff.):

Ein anderes merket fein,  
Daß nie des Mannes Mut  
Bessere Dienste tut  
Als wenn er den Leuten insgemein  
Groß und klein,  
Das Recht benennt,  
So wie er's kennt:  
Die haben meinen Mut,  
Den dies Buch kund tut.

„Und in diesen Worten“, so schloß der Reichsrechtsführer, „liegt das große Bekenntnis eines deutschen Mannes, dem wir ein großes Werk, den Sachsenspiegel, verdanken.“

<sup>1)</sup> Der Rundfunkvortrag ist ausführlich wiedergegeben im Deutschen Recht 1936 Nr. 15/16 v. 15. Aug. 1936.

# Schrifttum

**J. Kiefersauer: Grundstücksmiets. Mieterschutz, Mietzinsbildung, Einheitsmietvertrag. 5. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1936. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). 187 S. Preis 4,60 RM.**

Die soeben erschienene 5. Auflage von Kiefersauer, Grundstücksmiets trägt den Untertitel: „Mieterschutz — Mietzinsbildung — Einheitsmietvertrag.“ Die hierin enthaltene Beschränkung des Inhalts erklärt der Verfasser im Vorwort. Er hat darauf verzichtet, Erläuterungen zu dem Gesetz zu geben, wo bereits eine gleichmäßige Rechtsprechung gesichert ist und wo die frühere Auflage eine Darstellung bereits gegeben hat. Somit ist die neue Auflage sozusagen nur eine Ergänzung der früheren Auflage. Sie ist veranlaßt worden durch die Neugestaltung der Rechtslage durch das Reichsgesetz vom 18. April 1936. In einer Einführung gibt der Verfasser eine übersichtliche Darstellung der Rechtslage auf dem Gebiet des Mietrechts. Bescheidend für die Rechtslage ist es, daß diese Übersicht nur die Rechtsgebiete aufzählt, die nicht dem MietSchG. oder dem RMietG. unterstehen (§. 7). Das bedeutet, daß man zur richtigen Erfassung der Rechtslage nicht von einer Regelgestaltung des Gesetzes, sondern von Ausnahmetatbeständen auszugehen hat. Diese Tatsache zeigt, daß das Mietrecht gegenwärtig eine unnatürliche Gestaltung aufweist. Die Liste der Ausnahmetatbestände, die der Verfasser auf den S. 7—14 zusammenstellt, ist sozusagen die Verlustliste der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Mietrechts. Man fragt sich, ob die Anzahl der Wohnungen, die bei all diesen Ausnahmen noch dem Gesetz unterliegen, zahlenmäßig so groß ist, daß für sie die Aufrechterhaltung eines Zwangsgesetzes aus früherer Zeit erforderlich ist. Der Verfasser gibt auch nicht zahlenmäßige Angaben hierzu. Zu der Verlustliste der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Mietrechts zählen auch die landesrechtlichen Zuständigkeiten, die das neue Gesetz wieder aufstellt bzw. bestätigt. Die Übersichtlichkeit des geltenden Rechts leidet darunter, daß sowohl sachliche wie örtliche Verschiedenheiten bestehen.

Den Hauptteil des Buches nimmt die Erläuterung der Neuerungen ein, die das neue Gesetz geschaffen hat. Das MietSchG. und das RMietG. sind in ihrer neuen Fassung abgedruckt und besprochen. Außerdem ist aber auch das VollstWitzbG. und das Notverordnungsrecht mit aufgenommen sowie die AusfW. des Reiches und der Länder Preußen und Bayern zu dem neuen Gesetz. Die Besprechung des deutschen Einheitsmietvertrages nimmt einen breiten Raum ein; entsprechend der Bedeutung, die ihm für die einheitliche Rechtsbildung auf dem Gebiet des Mietrechts zukommt.

Die neue Auflage dieses Erläuterungsbuches ist für den Praktiker ein wichtiges Hilfsmittel in der Anwendung des Gesetzes.

RA. u. Notar Dr. Hermann Roquette, Königsberg i. Pr.

**Reichsmietengesetz und Mieterschutzgesetz. Darstellung der geltenden Regelung nebst Text der Gesetze und Ausführungsverordnungen des Reiches und der Länder in der ab 1. Mai 1936 gültigen Fassung. Schriften des Zentralverbandes deutscher Haus- und Grundbesitzervereine e. V. Jahrgang 1936, Nr. 1. Berlin 1936. Verlagsanstalt des deutschen Hausbesitzes GmbH. 95 S. Preis kart. 1 RM.**

Die halb nach der Verkündung der neuen reichs- und landesrechtlichen Vorschriften von der Spitzenorganisation der deutschen Haus- und Grundbesitzer herausgegebene Schrift beginnt mit einer Darstellung der seit 1. Mai 1936 im Reich und in Preußen geltenden Regelung auf dem Gebiete des Mietrechts (RMietG. und MietSchG.) aus der Feder von MinR. Dr. Ebel, des Sachbearbeiters im Reichsarbeitsministerium. An Hand dieser Darstellung wird es jedem Benutzer der Schrift möglich sein, sich über die Grundzüge des geltenden Mietrechts zuverlässig zu unterrichten. Insbesondere der Hausbesitzer, für dessen Gebrauch die Schrift in erster Linie bestimmt ist, findet manche für ihn wichtigen Hinweise auf die praktische Auswirkung der gesetzlichen Vorschriften. In den gemeinverständlich gehaltenen Ausführungen sind auch Einzelheiten keineswegs vernachlässigt, obwohl bei dem beschränkten Umfang der Darstellung naturgemäß nicht allen Wünschen Rechnung getragen werden konnte. Eine ausführlichere Behandlung hat die besonders aktuelle Frage des Mietwuchers gefunden, wobei auch die reichsgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt ist.

Die für die Beurteilung des Geltungsbereichs der beiden

Schutzgesetze bedeutsamen landesrechtlichen Foderungsvorschriften für Wohnungen und für die mit Wohnungen zusammen vermieteten Geschäftsräume sind in einem besonderen Abschnitt zusammengestellt.

Im Anschluß an die einleitende Darstellung enthält die Schrift den Text sämtlicher reichs- und landesrechtlichen Vorschriften in ihrer seit 1. Mai 1936 geltenden Fassung, ein besonderer Vorzug, der neben dem niedrigen Gestehungspreis der Schrift ihrer Verbreitung sicherlich zuzutatten kommt.

StA. L. Kexroth, Berlin.

**ROH. J. Dahmann: Die gesetzliche Miets in Preußen nach den ab 1. Mai 1936 geltenden Vorschriften. Mit einem Anhang: Reichsmietengesetz und Mieterschutzgesetz i. d. Fassung v. 20. April 1936 nebst dem Reichs- und Preuß. Ausführungsbestimmungen. (Schriften des Preuß. Landesverbandes der Haus- und Grundbesitzervereine e. V., Band 3.) München und Berlin 1936. C. F. Beck'sche Verlagsbuchh., Abt. Berlin. X, 100 S. Preis kart. 1,60 RM.**

Das Reichsgesetz vom 18. April 1936, das wesentliche Änderungen des RMietG. gebracht hat, hat auch die Vorschriften über die gesetzliche Miets nicht unerheblich berührt. Die Regelung der gesetzlichen Miets ist nach wie vor den obersten Landesbehörden übertragen worden, die unter Aufhebung aller bisherigen Verordnungen des Reiches für Preußen durch die WD. vom 21. April 1936 gesehen. Um eine übersichtliche Darstellung des neuen Rechts zu geben, hat ROH. Dahmann sich auf Veranlassung des Preußischen Landesverbandes der Haus- und Grundbesitzervereine der Aufgabe unterzogen, in systematischer Form den Rechtszustand der gesetzlichen Miets in Preußen zu schildern. Diese Aufgabe ist von ihm vortrefflich gelöst worden. Die vorliegende Broschüre orientiert in einer knappen, aber vollständigen Weise über alle mit der gesetzlichen Miets zusammenhängenden Fragen. Sie ist nicht nur dem Fachmann, sondern auch dem Nichtrechtskundigen ein guter Führer. Der systematischen Darstellung folgt der Wortlaut der Gesetze und der Reichs- und Preußischen Ausführungsbestimmungen. Dadurch wird die Verfolgung der systematischen Darstellung an Hand des Gesetzestextes ermöglicht. Die amtliche Begründung zum Reichsgesetz vom 18. April 1936, die zum Verständnis der Neuerungen von wesentlicher Bedeutung ist, beschließt die Broschüre. Die Anschaffung dieser Schrift kann jedem Praktiker, der mit diesem Rechtsgebiet zu tun hat, nur bestens empfohlen werden.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

**Förderung der Neubautätigkeit aus Rückflüssen der Hauszinssteuerhypotheken im Jahre 1936. Erlaß und Richtlinien des Reichs- u. Preuß. Arbeitsministers IVa 2 Nr. 7100/145 v. 18. Mai 1936. 12 S. Preis 0,55 RM.**

**Prof. Dr. Friedr. Schmidt, MinR., und Dr. Herm. Beltinger, ORegR. im RArbM.: Die Kleinsiedlung. Die Bestimmungen über die Förderung der Kleinsiedlung v. 21. April 1936 mit den hauptsächlichsten noch in Kraft befindlichen Vorschriften. (Handbücherei des Wohnungs- und Siedlungswesens, Heft 14.) 160 S. Preis geh. 3,40 RM.**

**Dr. Joachim Riehle, ORegR. im R- u. Pr. WirtschM.: Der Realkredit. Begriffe und Grundlagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Wohnungsbaues. (Handbücherei des Wohnungs- und Siedlungswesens, Heft 16.) 118 S. Preis geh. 3,10 RM.**

Eberswalde, Berlin, Leipzig 1936. Sämtliche Werke Verlagsgef. R. Müller mbH.

Die drei Broschüren aus dem Verlag R. Müller GmbH., Eberswalde, befassen sich mit Fragen aus dem Wohnungs- und Siedlungswesen.

Die erste enthält den Wortlaut des Erlasses und der Richt-

Linien des Reichs- u. Preuß. Arbeitsministers v. 18. Mai 1936 über die Förderung der Neubautätigkeit aus Rückflüssen der Hauszinssteuerhypotheken im Jahre 1936. Die Richtlinien sind, wie der Erlaß im Eingang feststellt, eine Zusammenfassung aller bisher auf diesem Gebiet erlassenen ministeriellen Richtlinien, die in ihrer jetzigen Fassung alleinige Geltung beansprucht. Die Rückflüsse der Hauszinssteuerhypotheken 1936 sind wiederum zur Vergebung von Hauszinssteuerhypotheken für Wohnungsbauten bestimmt, die im Jahre 1936 errichtet werden. Über diese Hypotheken geben die Richtlinien eingehende Weisungen: Sie sollen der minderbemittelten Bevölkerung zugute kommen, insbes. sind kinderreiche Familien und Schwertriebsbeschädigte zu bevorzugen. Die Bauvorhaben dürfen nur solche Wohnungen vorsehen, die nach Größe, Anordnung, Raumzahl, Raumhöhe und Ausstattung die notwendigsten Anforderungen nicht überschreiten. Die Wohnfläche soll nur 32 bis 45 qm betragen, bei Familien mit Kindern 60 qm nicht überschreiten. Die Mieten sollen zwischen 20 und 40 RM monatlich liegen. Die Hypotheken dürfen 1000 RM je Wohnung nicht überschreiten, sie werden als Tilgungshypotheken gegeben und zugunsten der Gemeinde eingetragen. Sie sollen in der Regel mit 75% und dürfen ausnahmsweise mit 90% der Gesamterstellungskosten des Bauvorhabens auslaufen. Vorgehende Hypotheken sollen nach Möglichkeit ebenfalls untilgbare Tilgungshypotheken sein. Die Richtlinien enthalten dann weiter eingehende Bestimmungen über Planung, Ausstattung, Bauplatz- und Ausschließungskosten, Vergebung und Ausführung der Bauvorhaben und über das Verfahren.

Die zweite Broschüre befaßt sich mit der Kleinsiedlung. Der Begriff der Kleinsiedlung ist grundverschieden von dem Begriff der Kleinwohnung und Volkswohnung und dergleichen. Die Nr. 6 v. 6. Okt. 1931 hat die vorstädtische Kleinsiedlung geschaffen, die sog. Stadtrand-siedlung. Diese sollte zur Verminderung der Erwerbslosigkeit beitragen und den Erwerbslosen den Lebensunterhalt erleichtern. Der Nationalsozialismus fand andere Wege, um den Erwerbslosen zu helfen, er führte sie in die Arbeitsstätten zurück und verschaffte ihnen so wieder Arbeitseinkommen. Ihm konnte es daher als Aufgabe nicht genügen, die Erwerbslosigkeit durch Schaffung von vorstädtischen Kleinsiedlungen zu bekämpfen. Der Führer schuf daher das Deutsche Siedlungswerk, das es sich zur Aufgabe stellte, den deutschen Arbeiter mit dem Heimatboden zu verbinden und die Lebenshaltung der Arbeiterschaft zu verbessern, auch ihre Krisenfestigkeit zu erhöhen. „Die Kleinsiedlung ist eine Nebenberufssiedlung und erfordert daher regelmäßig als Grundlage ein sicheres Dauereinkommen des Siedlers aus anderen Erwerbsquellen, setzt also in der Regel hauptberufliche Vollarbeit, zumindest aber Saisonarbeit, Kurzarbeit oder sonstige feste Bezüge . . . voraus“ (S. 35). Die zweite Broschüre stellt es sich zur Aufgabe, alle Bestimmungen zusammenzufassen, die auf die Kleinsiedlung Bezug haben. Die grundlegenden Gesetze und Verordnungen sind zunächst vorangestellt. An sie schließt sich der vollständig abgedruckte Erlaß und die Bestimmungen des Reichs- und Preuß. Arbeitsmin. für die Durchführung der Kleinsiedlungen v. 21. April 1936 an. An einzelnen Stellen haben die Herausgeber Erläuterungen in Fußnoten hinzugefügt.

Die dritte Broschüre befaßt sich mit den Fragen des Realcredits. Sie will einen Überblick über die gesetzlichen und verwaltungsmäßigen Grundlagen des Realcredits geben. Zu diesem Zwecke werden die wichtigsten Begriffsbestimmungen erörtert, das Gesetzesrecht wörtlich wiedergegeben und schließlich in eingehender Darstellung die Organisation des Realcredits geschildert. Die gesamte Übersicht ist außerordentlich wertvoll, trotz der gedrängten Kürze auch vollständig. Zwar ist eine erschöpfende Darstellung des Stoffes wegen des beschränkten Raumes naturgemäß nicht möglich, indessen geben die kurzen Darlegungen in Verbindung mit dem Gesetze bzw. dem Text von Verwaltungsanordnungen ein vollständiges Bild des gesamten Fragenkomplexes. Für die Kreise, die mit dem Wohnungswesen zu tun haben, ist diese Übersicht über die mit dem Realcredit zusammenhängenden Fragen von außerordentlichem Wert.

RM. Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

**Kommentar zur Grundbuchordnung.** Begründet von Georg Meikel. 4., neubearb. Aufl. von Dr. Wilhelm Imhof, Reg. I. Kl. in München. München, Berlin und Leipzig 1936. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 1. Lieferung, 96 S. Preis brosch. 3,60 RM.

Seit Erscheinen der 3. Auflage war die vorher lange Jahre vergriffene und durch die vielen Änderungen auch unbrauchbar gewordene Meikelsche GB. in der Neubearbeitung von Imhof für den bayerischen Grundbuchrichter und den bayerischen Notar in allen Zweifelsfragen der erste Ratgeber und eine stets zuverlässige Hilfe. Sie gehört zum Amtsbestand jedes bayerischen Notariats und fehlt bei keinem bayerischen GB. Bedauerlich erschien nur, daß das Buch, dessen vorzügliche Eigenschaften Cammerer: BayNotZ. 1932, 171

hervorgehoben hat, auf bayerisches Landesrecht in erster Linie abgestellt, in seiner Verbreitung auf Bayern beschränkt erschien. Die Neuauflage des Grundbuchrechtes läßt aber hoffen, daß die nun eingeleitete 4. Auflage auch in den übrigen Gebietsteilen des Reiches die Verbreitung finden wird, die sie um ihrer Vorzüge willen verdient.

Die erste Lieferung der neuen Auflage erfüllt alle Erwartungen, die der Kenner der früheren Auflagen hegen konnte. Sie zeigt gegenüber der vorherigen Auflage eine völlige Umarbeitung, die sich aus der Änderung der gesetzlichen Vorschriften, nicht zuletzt aber daraus ergab, daß der Verf. nunmehr neben dem bayerischen auch das in Preußen weitergeltende Landesrecht berücksichtigt. Sie erscheint auch als die ausführlichste bisher erschienene Neubearbeitung der GB., die gerade die Neuerungen außerordentlich gründlich behandelt. Als Beispiel sei hier nur auf die Ausführungen über die selbständige Eintragung von Miteigentumsanteilen (§ 3 Urm. 26—48) verwiesen, die auch für das preußische Grundbuchrecht neu ist. Auch die Grenzgebiete zum Grundbuchrecht, z. B. das Erbhofrecht und das neue Kostenrecht, sind mit seltener Gründlichkeit bearbeitet und nach dem neuesten Stand von Schrifttum und Rechtsprechung verwertet.

Die übersichtliche Gliederung — durch alphabetische Übersichten zu den einzelnen Paragraphen noch handlicher gestaltet —, die einfache Sprache, die klare Entscheidung jeder Frage, die kurze und zutreffende Stellungnahme zu jedem Meinungsstreit, die lückenlose Berücksichtigung der oberstrichterlichen Rechtsprechung und des maßgebenden Schrifttums sind Vorzüge, die ein Zeugnis für unermüdete Arbeitskraft und wissenschaftliche Gründlichkeit des Verf. ablegen. Durch glückliche Druckeranordnung werden diese Vorzüge noch unterstrichen, so daß selbst im Rahmen umfangreicher Erläuterungen jede Einzelfrage mühelos zu finden ist.

Es bleibt nur zu wünschen, daß die einzelnen Lieferungen in einem nicht zu großen zeitlichen Abstand erscheinen. Wenn sie alle die bis in die letzten Kleinigkeiten gehende Gründlichkeit der vorliegenden ersten Lieferung zeigen, wird die 4. Auflage nicht nur eine wesentliche Erweiterung gegenüber früher bringen, sondern im ganzen einen Kommentar darstellen, der zum Besten auf dem Gebiete des Grundbuchrechtes gehört und den selbst der gründlichste Kenner dieses Rechtsgebietes stets mit Gewinn zur Hand nehmen wird.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

**Das Urkundensteuergesetz mit den Durchführungsbestimmungen.** Erläuterte Handausgabe von ORegR. Boruttau, Vorsteher des Finl. B. v. B. Berlin. Berlin 1936. Carl Heymanns Verlag. VIII, 219 S. Preis geb. 6 RM.

**Urkundensteuergesetz.** Textausgabe mit amtlicher Begründung, Durchführungsbestimmung, Verweisungen und Sachregister. Herausgegeben von Dr. Graf Westarp, RM. und Notar. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 220 S. Preis geb. 2,40 RM.

**Urkundensteuergesetz nebst Durchführungsbestimmungen und den einschlägigen Vorschriften der Kostenordnung.** München und Berlin 1936. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. 101 S. Preis kart. 1,40 RM.

Die mit der Reichskostenordnung angebahnte Vereinheitlichung des Kostenwesens für Beurkundungen hat durch die Beseitigung der StempG. und durch das am 1. Juli d. J. in Kraft getretene UrStG. ihren praktischen Abschluß gefunden. Nun besteht endgültige Gleichheit der den Beteiligten bei Beurkundungen usw. entstehenden Gesamtauslagen. Das UrStG. hat insbes. die Verschiedenheit der landesrechtlichen Stempel und die durchaus unvollständigen früheren Bestimmungen für deren gegenseitige Anrechnung beseitigt und an ihre Stelle die Reichsurkundensteuer gesetzt.

Die vorliegende Handausgabe von Boruttau zum UrStG. will der Praxis dienen und — dies wird beim Studium schnell klar — ist auch von einem Praktiker auf diesen Rechtsgebiete verfaßt. Sie bringt im 1. Teil den Text des UrStG., im 2. Teil die Erläuterungen, die sich jeweils an den fettgedruckten Text eines Paragraphen anschließen, im 3. Teil die Durchf. zum UrStG. mit Erläuterungen, die allerdings sehr kurz gehalten sind, schließlich noch im 4. Teil eine alphabetische Übersicht über Steuerfälle und ein Sachverzeichnis. Die Erläuterungen sind nach den Absätzen der einzelnen Paragraphen gegliedert, übersichtlich und gut verständlich. Sie behandeln wohl alle Streitfragen, die in der gewöhnlichen Anwendung des Gesetzes unterlaufen werden. Eine der häufigsten Zweifelsfragen, das Verhältnis der Befreiungsvorschriften des § 4 zu den Ausnahmen von der auf der Form beruhenden Besteuerung (§ 45 Abs. 8) ist klar dargestellt. Leider ist § 45 Abs. 9 in die Erläuterungen nicht einbezogen. Gerade er bietet Zweifelsfragen deswegen, weil die dort erwähnten Beurkundungsstellen für die Beurkundungen des § 45 Abs. 1 fast immer andere, teilweise auch keine Gebühren an-

sehen. Ungeklärt geblieben ist auch die Frage, ob man die entsprechende Anwendung des § 45 Abs. 9 auch auf die §§ 46 und 47 ausdehnen muß oder ob die beglaubigten Abschriften dieser anderen Stellen steuerfrei bleiben. Eine für den Notar nicht selten auftauchende Frage ist die Freiheit von der Steuer aus § 45 bei Bewilligung des Armenrechts oder Erlass der Gebühr auf Grund einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Ausland zu nehmenden Rücksicht. Aus den Erläuterungen zu § 45 Ann. 1 letzter Absatz darf man wohl entnehmen, daß der Verf. auch für diese Fälle Freiheit von der Steuer nach § 45 Abs. 1 annimmt, ohne daß er dies allerdings klar ausspricht. Nicht ganz verständlich ist in diesem Zusammenhang (S. 177) die Erwähnung einer Pauschalgebühr, nachdem die KostD. eine solche nicht vorsieht, durch Gerichte Vereinbarungen regelmäßig nicht getroffen werden und Kostenvereinbarungen der Notare nach § 143 KostD. ausdrücklich für unwirksam erklärt sind.

Die im Verlag Wahlen erschienene Textausgabe von Graf Westarp enthält das UrkStG. mit einer Reihe von Verweisungen, die amtliche Begründung zum UrkStG., die neben einem Abriss über die geschichtliche Entwicklung im Reich und die Entwicklung der Stempelsteuer in den Ländern Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten bringt, die über eine Reihe von Zweifelsfragen aufklären. Im Anschluß hieran sind die Durchf. zum UrkStG. abgedruckt. Den Abschluß bildet ein kurzes alphabetisches Sachregister.

Die Textausgabe der Beschlüsse Verlagsbuchhandlung enthält neben dem Text des UrkStG., der mit wenigen Fußnoten und Gesetzeshinweisen ausgestattet ist, auch den Text der UrkStDurchf., einen Auszug aus dem Text der KostD. v. 25. Nov. 1935 und ein Sachverzeichnis.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

Dr. Hans Höll, RegR. im RM.: Das Urkundensteuergesetz (UrkStG.) vom 5. Mai 1936 mit Durchführungsbestimmungen und ausführlichem Kommentar. Eberswalde-Berlin-Leipzig 1936. Verlagsgesellschaft H. Müller mbH. VII, 511 S. Preis geb. 9,80 RM.

Das Erläuterungswerk behandelt das am 1. Juli 1936 an die Stelle der bisherigen 15 Stempelsteuergesetze der Länder getretene UrkStG. Während durch die meisten anderen Verkehrssteuergesetze unmittelbar nur bestimmte Wirtschaftskreise berührt werden, wird sich jeder, der im täglichen Verkehr Schriftstücke unterzeichnet und sich empfangt, mit dem UrkStG. vertraut zu machen haben, das in entscheidenden Fragen von den bisherigen Stempelgesetzen abweicht und in vier deutschen Ländern überhaupt keinen Vorgänger gehabt hat. Die eingehende Kenntnis der einschlägigen neuen Bestimmungen ist daher von allgemeiner Bedeutung, und diese Kenntnis in weitem Umfang zu vermitteln und zu vertiefen, ist das vorliegende Erläuterungswerk in hervorragendem Maße geeignet.

Besonders wertvoll wird das Werk dadurch, daß der Verf. der Sachbearbeiter des UrkStG. im RM. ist und früher selbst auf dem Gebiet der preuß. Stempelsteuer praktisch bei einem großen Finanzamt tätig war.

Die Erläuterungen zum Gesetz sind auf breitem Raum bei knapper Ausdrucksweise übersichtlich und allgemein verständlich gehalten. Ohne unnütze Ballast aus früheren Gesetzen mitzuschleppen, stellt der Verf. bei grundsätzlichen Änderungen, so z. B. bei den Ausnahmen von der Besteuerung, bei den Wertverträgen, Verfügungen von Todes wegen usw., die alten Vorschriften den neuen gegenüber und lehrt diese so am besten verstehen. Schrifttum, Verwaltungsübung und die mit Quellenangabe angeführten Entscheidungen des RG. und des RFG. zum UrkStG. werden kritisch untersucht, inwieweit sie überholt oder noch von Bedeutung sind. So ist z. B. von Interesse, daß der Verf. entgegen der preussischen Verwaltungsübung außer der Mantelzession auch die Zessionen von Erbsforderungen der Abtretungsteuer unterwerfen will, daß er ferner, entgegen der bisherigen Rechtsprechung des RFG., die Anerkennung der gegen der bisherigen Geschäftsbedingungen einer Bank als eine nach § 20 UrkStG. steuerpflichtige einseitige Vertragsurkunde betrachtet.

Mit Recht widmet der Verf. der Besteuerung der Rechtsvorgänge bei den Personengesellschaften usw., die bis Ende 1934 der Körperschaftsteuer und nicht einem Landesstempel unterlagen, einen größeren Raum, auf dem er auch die Beziehungen zum KapVerkStG. erörtert, wozu bemerkt werde, daß Erklärungen über die Überlassung von Kommanditanteilen in keinem Falle der Bräufungssteuer, mithin stets der Urkundensteuer unterliegen (RFG. v. 5. Okt. 1928: Mitrozet, RW., R. 17 zu § 5).

Wo das UrkStG. in anderen Bestimmungen (WerbG., KostD. usw.) seine Ergänzung findet, sind diese in den Text eingeschoben. Dankenswert ist es besonders, daß bei der Besprechung der Ausnahmen von der Besteuerung, die sich nicht nur im UrkStG. selbst, sondern auch in vielen anderen Reichsgesetzen verstreut finden, die fraglichen Bestimmungen dieser Gesetze (über 40) wörtlich wiedergegeben sind, so daß sich ein zeitraubendes Nachsuchen erübrigt.

Besonders vorteilhaft erscheint es, daß der Verf. zur Erleichterung der Einarbeitung in die Durchf. deren Hauptfragen im Zusammenhang systematisch darstellt. Dabei geht er auf die Steuerfestsetzung, die Steuerentrichtung, den Rechtsmittelweg usw. ein, vor allem aber auf die Zuständigkeit und die besonderen Aufgaben der Kapitalverkehrssteuerämter, bei denen das Schwergewicht der Verwaltung liegt. Diese Ämter sind an besonderer Stelle mit ihren erweiterten Bezirken aufgezählt.

Außerdem enthält das Buch noch den Wortlaut des Gesetzes und der Durchf., die AllgVg. des RM. über den Vollzug des Gesetzes, die Geschäftsanweisung für die Steuermarkenverwalter, eine Übersicht über die Steuerfäge in Tarifform u. a. m.

Das Werk ist also wirklich vielseitig; es hat praktische Bedeutung nicht nur für alle Stellen, die sich amtlich mit dem UrkStG. zu befassen haben, sondern auch für alle Steuerpflichtigen, Gesellschaften, Privatpersonen und Steuerberater.

Der Erwerb des Buches kann daher nur empfohlen werden.

RegR. Sandkaulen, Düsseldorf.

Schnellkartei des Nährstandsrechts. (Bd. 7 der Schnellkartei des Reichsrechts.) Köln 1936. Verlag Dr. Otto Schmidt. Rd. 1200 S. Preis Kunstlederdecke mit Mechanik 8,50 RM.

Die 2. Teillieferung der im Verlag Dr. Otto Schmidt erscheinenden Schnellkartei des Nährstandsrechts bringt zugleich den Abschluß der Koseblattkartei auf diesem Rechtsgebiet. Auf die Besprechung: JW. 1936, 1431 darf nochmals verwiesen werden.

Der 2. Teil enthält die gesammelten Vorschriften über die Bewirtschaftung von Futtermitteln und Mais (X), Zucker und Süßwaren (XI), Fischen (XII), Gartenbau- und Baumzüchterezeugnissen (XIII), Lebensmitteln (XIV), über Tabak, Hopfen, Malz und Brauwirtschaft (XV), Wein und Most (XVI), Wolle und Seide (XVII), Forst- und Holzwirtschaft (XVIII), Jagdwesen und Wildhandel (XIX).

Schließlich sind noch das RErbhG. mit seinen Durchf. (XX), die Vorschriften über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken, Pachtzuschuß und Zinsentzug (XXI) und die gesetzlichen Bestimmungen über Schuldenregelung und Vollstreckungsschutz (XXII) wiedergegeben.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß diese Sammlung gesetzlicher Vorschriften in mancher Richtung willkommen ist, bringt sie doch in geordneter Übersicht alle gesetzlichen Vorschriften, die das Recht des Nährstandes betreffen.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

Vogels-Hopp: Rechtsprechung in Erbhöfischen. 20. bis 22. Lieferung. Berlin 1936. Verlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 0,05 RM und Porto für die Sendung.

Die vorhergehenden Lieferungen der Sammlung wurden besprochen in JW. 1936, 565. Die nun vorliegenden drei weiteren Lieferungen setzen die bewährte Überlieferung der früheren fort. Der 22. Lieferung ist ein neues Leitfahverzeichnis für die Lieferungen 16 bis 22 beigegeben, das wiederum die Übersicht über den Inhalt vereinfacht.

Sachlich sind die letzten Lieferungen wieder sehr reichhaltig, die Anmerkungen gründlich und tiefgründig. Als für die Praxis besonders wichtig seien folgende Entscheidungen aus der Sammlung hervorgehoben:

§ 10 Nr. 21: Die bereits erfolgte Feststellung der Erbhöfenschaft hat zur Folge, daß ein neuer Feststellungsantrag nur bei Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzinteresses zulässig ist.

§ 15 Nr. 52 und 53: Wird sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht einem Bauern entzogen und auf eines seiner minderjährigen Kinder übertragen, so entfällt damit zugleich für den Bauern sein väterliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Vermögen dieses Kindes, dem gegebenenfalls ein Pfleger zu bestellen ist.

Die Entscheidungen zu § 25 Abs. 1 zeigen, daß die Untersuchungen über die bei Inkrafttreten des RErbhG. bestehenden Ankerbräuche fortschreiten.

§ 30 Nr. 12: Das RErbhGer. stellt nunmehr endgültig fest, daß ein Vorausverzicht auf die Heimatnuzsrechte unwirksam ist.

§ 37a Nr. 79 und mehrere andere Entscheidungen sprechen nunmehr abschließend aus, daß bei Veräußerung eines Erbhöfes der Tod des Veräußerers während des Genehmigungsverfahrens letzteres nur dann gegenstandslos macht, wenn Erwerber und Auerbe des Hofes eine Person sind.

§ 37c Nr. 82: Hier entscheidet das oberste Bauerngericht, daß es mit dem RErbhG. nicht vereinbar sei, wenn in einem Übergabevertrage die Leistungen festgelegt würden, die der Übernehmer an die Übergeber zu bewirken hat, wenn letztere aus seinem Verschulden vom

Sofe wegziehen müssen. Diese Entscheidung wird von den Bauern als sehr schwer und hart empfunden werden. Eine zwingende Notwendigkeit kann ihr nicht zugesprochen werden, da ja das AuerbG. jederzeit auf Antrag die Leistungen ändern kann. Die entgegengesetzte Entscheidung wäre daher vom psychologischen Standpunkt aus ansprechender gewesen.

In § 38 Nr. 13 beschäftigt sich das RG. eingehend mit den Fragen, die durch eine Ansetzung eines Gutverkaufs entstehen, wenn das Gut in der Hand des Erwerbers Erbhof geworden ist.

§ 55 Nr. 4: Der RM. billigt beim Eigentumsübergang von Erbhöfen weitgehende Steuerbefreiung zu.

DurchfW. I § 62 Abs. 1 Nr. 10 und DurchfW. II § 5 Nr. 9: Zwei Senate des RErbhGer. erklären nunmehr, daß durch Ehescheidung der Eigentümer von Egegattenerbhöfen die Erbhofeigenschaft der Höfe in keinem Falle beseitigt werde.

In DurchfW. I § 64 Abs. 3 Nr. 21 beschäftigt sich das Gericht in sehr interessanter Weise mit den Voraussetzungen der Abtrennung eines gewerblichen Betriebes von einem Erbhof.

Das RErbhGer. erörtert in DurchfW. I § 68 Abs. 2 Nr. 5 die schwierigen, mit der Vorerbschaft zusammenhängenden Fragen.

DurchfW. II § 13 Nr. 2: Die unzulässige Einsetzung aus einer Genossenschaft ist auch dann ohne Genehmigung des AuerbG. zulässig, wenn der Genossenschaftsanteil zum Erbhof gehörte.

DurchfW. II § 13 Nr. 2: Die unzulässige Einsetzung der Ehefrau zur Auerbin ist regelmäßig dahin auszulegen, daß ihr ein lebenslängliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Erbhof eingeräumt werden sollte.

Diese kleine Auswahl zeigt, daß auch die neuen Lieferungen für die Praxis wiederum sehr wertvoll sind und neben den Veröffentlichungen in unserer JW. von jedem, der mit dem Erbhofrecht zu tun hat, aufmerksam verfolgt werden sollten. Sch.

### Entscheidungen des Reichserbhofgerichts (REHG.)

Herausgegeben von den beamteten Mitgliedern des Gerichtshofes. 2. Band, 4. Heft. Berlin 1936. Verlag von Franz Vahlen. Preis brosch. 2,30 RM.

Heft 4 des 2. Bandes der zuletzt JW. 1936, 1431 besprochenen Sammlung enthält 13 Entscheidungen aus der Zeit vom Februar bis April 1936. Diese sind zum großen Teil im vorliegenden Heft der JW. ebenfalls auszugsweise veröffentlicht, so daß eine nähere Erörterung sich erübrigt. Die Bedeutung der Sammlung ist in den bisherigen Besprechungen, auf die verwiesen wird, ausführlich gewürdigt. D. S.

Dr. G. Mijschke, OGD. im RM.: Das Reichsnatur- schutzgesetz vom 26. Juni 1935 nebst Durchführungs- verordnung vom 31. Oktober 1935 und Naturschutzver- ordnung vom 18. März 1936 sowie ergänzende Bestim- mungen. Berlin 1936. Verlag Paul Parey. XXII, 135 S. Preis brosch. 4,20 RM.

Dem TierSchG., dem Forstlichen ArtG., dem WaldschG. und dem JagdG. ist das NaturschutzG. gefolgt, das i. Verb. m. der DurchfW. und der NaturschutzW. eine bedeutungsvolle Gesetzgebung zu einem vorläufigen Abschluß gebracht hat. Die Regelung des Vereinswesens auf dem Gebiete des NaturschutzG. ist im Gange. Eine Beringungsordnung ist demnächst zu erwarten. Ein Erlaß über Vogelwarten und Vogelschutzwarten steht bevor.

Allen, die sich mit dem Rechte des Naturschutzes, insbes. mit dem Rechtsschutze der Tier- und Pflanzenwelt, beruflich oder aus Liebe zur Natur befassen, ist das kleine Text- und Erläuterungsbuch von Dr. G. Mijschke ein zuverlässiger Führer. Das Buch soll „jedem, insbes. den Naturschutzbehörden und -stellen, allen Juristen, Polizei- und Verwaltungsbeamten, Natursfreunden, Bauern und Jägern ein praktischer Wegweiser sein und zu seinem Teile die Ziele und Zwecke des Gesetzes fördern“. Der Verfasser hat diese Aufgabe vollkommen gelöst. Eine nähere Beschäftigung mit dem Buche ist eine wahre Freude. Es bringt nicht nur eine Zusammenstellung des gesamten Naturschutzrechts nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung. In einer 22 Seiten langen Einführung versteht es der Verfasser, den Leser für den Stoff zu erwärmen, und in kurzen, aber vorzüglichen Anmerkungen gibt er Erläuterungen und Hinweise, die für den Juristen von besonderem Werte sind, weil der Verfasser an den grundlegenden Gesetzen mitgearbeitet hat.

Der Raum verbietet es, auf Einzelheiten einzugehen. Es sei aber erlaubt, kurz die Fragen zu streifen. Das Recht des Grundeigentümers gegenüber revierenden Hunden und Katzen ist lange umstritten gewesen. Die OVG. haben aber in ständiger Praxis ein Notstandsrecht (§ 228 BGB.) des Grundeigentümers gegenüber revierenden Hunden und Katzen anerkannt. Die Voraussetzungen des Notstandes sind, daß durch eine Sache eine Gefahr droht, sei es dem

Handelnden selbst, sei es einem anderen, daß ferner die Vernichtung der Sache zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und schließlich der durch die Vernichtung angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis steht zu der Gefahr, die durch sie droht. Hunde und Katzen sind nach dem Sprachgebrauch des BGB. Sachen. Sie gefährden beim Revieren das Wild und die Vögel, insbes. die Singvögel, und damit den Jagdberechtigten, der ein Aneignungsrecht an dem Wilde hat, sowie den Garten- und Parkbesitzer, der die Pflicht und das Recht hat, die Vogelwelt zu schützen. Wer die von revierenden Hunden und Katzen dem Wilde und den Singvögeln drohende Gefahr abwendet, handelt nicht widerrechtlich. Das ist der Grundsatz. Die Maßnahmen, die im § 16 NaturschutzW. gegen unbeaufsichtigte Katzen zugelassen sind, wirken gegenüber jener obergerichtlichen und gegenwärtigen Rechtsprechung im ersten Augenblick befremdend. Danach darf ich eine in meinem Garten herumstreifende Katze nur „unversehrt“ fangen, ich muß sie auch „pfleglich behandeln“ und den Fang der Polizei oder dem Katzeigentümer anzeigen. Wenn der Eigentümer sie binnen drei Tagen nicht abholt, muß ich die Katze an die Polizei abliefern. Die Polizei kann dann die Katze töten oder „sonst unschädlich machen“. Am Schluß heißt es dann im § 16: „Wird die Katze, deren Eigentümer oder Halter bekannt ist, innerhalb eines Kalenderjahres mehr als zweimal in Verwahrung genommen, so ist sie unschädlich zu machen.“ Diese Rücksicht auf die Katzen, deren Mordlust bekanntlich ganze Parks und Gärten stumm machen kann, bezieht sich jedoch nur auf harmlose „unbeaufsichtigte Katzen“. Gegenüber solchen Raubtieren, die erwiesenermaßen in meinen Garten eindringen, um brütende Singvögel zu zerreißen oder die Jungen zu morden, besteht das Notstandsrecht des § 228 BGB., wie es in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelt worden ist, fort. Es ist dem Verfasser zu danken, daß er in der Anm. 25 auf S. 44 ausdrücklich hierauf hinweist.

M. F. Kersten, Berlin.

Die Wildverkehrsordnung vom 21. März 1936 (RGBl. I, 259). Textausgabe mit einer systematischen Einleitung und Erläuterungen. Herausgegeben von Dr. G. Mijschke, Landgerichtsdirektor im Reichsjustizministerium. Berlin 1936. Verlag Paul Parey. 40 S. Preis 1,20 RM (Partiepreise).

Die vom Referenten des RM. bearbeitete Textausgabe bringt neben einer systematischen Einführung in die wichtigsten Bestimmungen zu allen wesentlichen Fragen kurzgefaßte Erläuterungen, die sich aus der Anwendung der Vorschriften in der Praxis ergeben, sowie eine gemeinverständliche Zusammenfassung aller für den Jäger und den Wildhandel in Betracht kommenden Verhaltungsmaßregeln in Form besonderer Übersichten. D. S.

Dr. Joh. von Leers: Blut und Rasse in der Gesetzgebung. Ein Gang durch die Völkergeschichte. München 1936. J. F. Lehmanns Verlag. 135 S. Preis kart. 2,40 RM.

Es ist erfreulich, daß gerade jetzt, wo die Frage der Rassen- gesetzgebung im Mittelpunkt der Betrachtung steht, der Verfasser sich der Mühe unterzogen hat, einmal das, was bisher rechtsgeschichtlich erarbeitet worden ist, übersichtlich zusammenzufassen. Richtig ist auch die im Vorwort vom Verfasser geäußerte Ansicht, daß weitere Forschungen und Untersuchungen noch Wesentliches ergänzen oder noch neue Gesichtspunkte bringen können. Die Rechtswahrer sollten sich sehr eingehend mit dieser Arbeit beschäftigen. Dr. Rutke, Berlin.

Reichsversicherungsordnung. 27. Aufl. Stuttgart 1936. Verlag W. Kohlhammer. XVI, 545 S. Preis geb. 1,80 RM.

Die von mir JW. 1935, 3528 besprochene Textausgabe der RVO. ist jetzt in der 27. Auflage erschienen. Was ich dort gesagt habe, gilt auch für die neue Auflage, die den Stand der Gesetzgebung bis etwa Mitte April 1936 berücksichtigt. Der weitere Fortschritt der Aufbaugesetzgebung in der Sozialversicherung hat dem Verlage die Herausgabe einer neuen Auflage als dringend notwendig erscheinen lassen. Die 14. AufbauW. vom 25. April 1936 (RGBl. I, 400) ist als Anhang aufgenommen worden. Der mehrfache Abdruck einzelner Verordnungen ist auch in der neuen Auflage aus mir unverständlichen Gründen beibehalten, die Druckfehler sind zum Teil beseitigt worden (die Abkürzung für Landesversicherungsanstalt ist VVA., nicht VVB.). Die „grüne RVO.“, wie der Verlag seine Ausgabe wegen des grünen Leinwandbandes nennt, wird auch in der neuen Auflage ein gutes Hilfsmittel für alle sein, die sich mit der Sozialversicherung beschäftigen müssen.

OGDir. Kersting, Berlin.



# Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

## Reichsgericht: Zivilsachen

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

**1.** §§ 1, 38 RErbhofG. Die Eintragung des Grundstücks in die Erbhöferolle hat nur rechts-erklärende, keine rechtsbegründende Bedeutung (§ 1 Abs. 3 Satz 2). Das im Grundbuch von W. Bl. 19 eingetragene Grundstück war also schon am 1. Okt. 1933 mit dem Inkraft-treten des Gesetzes Erbhof geworden (§ 1 Abs. 1; § 57 Abs. 1). Damit trat es auch sofort unter den Vollstreckungsschutz des § 38 Abs. 1. Das damals noch anhängige Zwangsversteige-rungsverfahren durfte nicht mehr fortgesetzt werden, sondern war — nötigenfalls nach (von Amts wegen vorzunehmenden) Ermittlungen des Versteigerungserrichters über die Erb-hofeigenschaft des Grundstücks — aufzuheben (vgl. § 19 der 2. Durchf. B. d. z. RErbhofG.; Vo-gels, RErbhofG., 3. Aufl., S. 250 f. unter IV 2 a zu § 38 und S. 446 Anm. zu § 19).

(U. v. 11. März 1936; V 265/35. — Königsberg.) [v. B.]

**2.** § 558 BGB. Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Vermwendungen, die nach Beendi-gung des Mietverhältnisses entstanden sind, unterliegen nicht der Verjährungsvorschrift des § 558 BGB.

Das Pachtverhältnis der Parteien hatte mit dem 19. Nov. 1930 sein Ende gefunden. Alle Aufwendungen, die der Kl. auf das Gut seitdem gemacht hat, machte er nicht mehr als Pächter. Soweit er für diese Aufwendungen Ersatz verlangt, kann es sich deshalb auch nicht um einen Verwen-dungsanspruch des Pächters handeln, wie ihn § 558 Abs. 1 BGB. erfordert. Zwar ist diese Vorschrift auch anzuwenden, falls Ansprüche auf einen anderen Rechtsgrund als den Miet-oder Pachtvertrag gestützt werden, z. B. Ersatzansprüche des Vermieters oder Verpächters wegen Veränderungen oder Ver-schlechterungen auf Eigentum oder unerlaubte Handlung (RGZ. 66, 363 = JW. 1907, 709; RGZ. 75, 116 = JW. 1911, 218) oder Verwendungsansprüche des Mieters oder Pächters auf Auftrag (Dertmann, Recht der Schuldver-hältnisse, 5. Aufl., § 558 Anm. 1b); immer aber ist dabei Voraussetzung, daß die Ansprüche für den Vermieter (Ver-pächter) oder den Mieter (Pächter), also in der Vertragszeit, entstanden sind. Es wäre ja auch widersinnig, die Verjährung von Verwendungsansprüchen, die erst nach Beendigung des Miet-oder Pachtverhältnisses entstanden sind, gem. § 558 Abs. 2 BGB. schon mit der Beendigung des Miet-oder Pachtverhältnisses beginnen zu lassen. Aufwendungen des Kl. seit dem 19. Nov. 1930 konnten aber keinerlei Ansprüche in ihm gerade abgelaufenen Vertragsdauer entstehen lassen und unterliegen deshalb nicht dem § 558 BGB. Bei ihnen handelt es sich um spätere Ansprüche aus einem Ge-schäftsbesorgungsvertrage, aus auftragsloser Geschäftsführung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung, je nachdem der Sachverhalt tatsächlich gewürdigt werden muß. Für alle diese Ansprüche war die nicht aus § 558 BGB. zu entnehmende Verjährungsfrist keineswegs abgelaufen, als der Kl. seine Klage zustellte, ist also die Abweisung wegen Verjährung un-richtig. Infolgedessen muß das B. aufgehoben werden, so-wweit es den bezeichneten Verwendungsanspruch betrifft.

(U. v. 17. Febr. 1936; IV 210/35. — Jena.) [R.]

**3.** §§ 611 ff. BGB.; Erste B. D. über den vor-läufigen Aufbau des Reichsnährstandes vom 8. Dez. 1933 (RGBl. I, 1060) i. d. Fass. der Ände-rungs B. D. v. 26. April 1935 (RGBl. I, 582). Kann der Dienstberechtigte das Dienstverhältnis durch Ausübung seines vertraglichen Kün-digungsrechts mit verhältnismäßig kurzer Frist lösen, so kann ihm gegebenenfalls zu-gemutet werden, diese Kündigungsfrist aus-zuhalten, während ihm bei im übrigen gleicher Sachlage die Aushaltung eines lebensläng-lichen Anstellungsvertrages nicht ange-sonnen werden kann. Rechtsverhältnisse eines bei einem in den Reichsnährstand eingegliederten Verband lebenslänglich Angestellten.

Der frühere Bekl. (ein Melkerverband) hatte den 1919 in seine Dienste getretenen Kl. als Revisor angestellt, 1928 zu seinem Geschäftsführer ernannt und 1932 in den Vorstand gewählt. Der erste Anstellungsvertrag bestimmte eine einviertel-jährliche Kündigung; er wurde durch mehrere Nachträge ge-ändert, eine ausdrückliche Änderung der Kündigungs-klausel hat nicht stattgefunden. Im Frühjahr 1933 wurde im Verlauf der Nationalsozialistischen Erhebung ein neuer Vorstand ge-bildet. Dieser beurlaubte zunächst den Kl. und sprach dann mit Schreiben v. 13. Juni 1933 seine fristlose Kündigung aus unter Hinweis auf Verfehlungen, die festgestellt worden seien. Der Kl. widersprach seiner Entlassung alsbald und er-hob zunächst beim ArbG. Klage auf Feststellung, daß die mit Schreiben v. 13. Juni 1933 ausgesprochene Entlassung un-wirksam sei; er behauptete, als Geschäftsführer unwiderruflich angestellt worden zu sein, und bestritt, irgendwelche Verfeh-lungen begangen zu haben. Das ArbG. verwies den Rechts-streit an das LG. Hier hat der Kl. beantragt, festzustellen, daß seine Entlassung unwirksam und er beim Bekl. lebens-länglich angestellt sei.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das LG. die Be-rufung zurückgewiesen.

Für den bisherigen Bekl. ist der Reichsnährstand mit Zustimmung des Kl. in den Rechtsstreit eingetreten. Beide Teile sind darüber einig, daß der bisher bekl. Verband auf Grund des § 7 Abs. 1 und § 10 Abs. 3 der Ersten B. D. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 8. Dez. 1933 (RGBl. I, 1060) in den Reichsnährstand eingegliedert worden ist, nur über den Zeitpunkt der Eingliederung gehen ihre Darstellungen auseinander. Einigkeit besteht auch dar-über, daß am 7. Aug. 1935 in das Vereinsregister des W. N. eingetragen worden ist, daß durch diese Eingliederung der Verein aufgelöst und sein Vermögen mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation auf den Reichsnährstand über-gegangen ist.

Rechtsnachfolge des Reichsnährstandes.

Die unter den Parteien unstrittige Eingliederung des bisher verlagerten Vereins in den Reichsnährstand hat, wo-rüber die Parteien ebenfalls einig sind, nach § 7 Abs. 3 der B. D. v. 8. Dez. 1933 i. d. Fass. der Änderungs B. D. vom 26. April 1935 (RGBl. I, 582) u. a. die Wirkung, daß das Vermögen der eingegliederten Einrichtungen, also hier des früheren Bekl., mit Außenständen und Schulden auf den Reichsnährstand übergeht, die Haftung des Reichsnährstandes aber grundsätzlich nicht über das Sondervermögen hinausgeht.

Danach hat die Eingliederung eine Rechtsnachfolge des Reichsnährstandes i. S. des § 239 ZPO. bewirkt, wie etwa die liquidationslose Verschmelzung einer AktG. oder die Ein-gemeindung. Daß die Haftung des Reichsnährstandes be-schränkt ist, steht dem nicht entgegen. Sein Eintreten in den Rechtsstreit bedeutet die Aufnahme des durch die Eingliede-rung unterbrochenen Verfahrens (§ 250 ZPO.).

## Zulässigkeit der Revision.

Der Bekl. hat die Zulässigkeit der Rev. deshalb bestritten, weil das Rechtsmittel gegen den Meiereiverband eingelegt, dieser aber schon durch Verfügung v. 14. Sept. 1934 in den Reichsnährstand eingegliedert und damit aufgelöst gewesen sei. Diese Rechtsauffassung ist unhaltbar. Die Eingliederung des früheren Bekl. ist verfahrensrechtlich wie der Tod einer Partei zu behandeln (§ 239 ZPO.). Wenn sie schon während des Laufs der Ver. Inst. vor sich gegangen sein sollte, so war das doch dem BG. nicht mitgeteilt, konnte also vom BG. noch nicht beachtet werden. Wenn das BU. deshalb den Meiereiverband noch als Bekl. aufgeführt hat, mußte auch die Rev. des Kl. diesem Bekl. gegenüber eingelegt werden.

## Sachliche Beurteilung.

Das BG. hat angenommen, die anfangs kündbare Anstellung des Kl. sei mit seiner Bestellung zum Geschäftsführer 1928 in eine lebenslängliche umgewandelt worden. Die Revisionsbeantwortung bemängelt diese Annahme. Diesem Zweifel muß nachgegangen werden. Denn wenn die Annahme der Lebenslänglichkeit an sich auch dem Kl. günstig ist, so hat sie sich möglicherweise doch schließlich zu seinen Ungunsten ausgewirkt. Für die Frage nämlich, ob gewisse Tatsachen einen wichtigen Grund zur fristlosen Entlassung darstellen, ist es unter Umständen von Bedeutung, welche Kündigungsfrist besteht. Kann der Dienstberechtigte das Dienstverhältnis durch Ausübung seines vertraglichen Kündigungsrechts mit verhältnismäßig kurzer Frist lösen, so kann ihm gegebenenfalls zugemutet werden, diese Kündigungsfrist auszuhalten, während ihm bei im übrigen gleicher Sachlage die Aushaltung eines lebenslänglichen Anstellungsvertrags nicht angefohlen werden kann. So hat denn auch das BG. bei der Abwägung der Wichtigkeit der vom Bekl. geltend gemachten Kündigungsgründe ausdrücklich auch die Lebenslänglichkeit der Anstellung des Kl. zu dessen Ungunsten berücksichtigt.

Die Unkündbarkeit des Anstellungsvertrages ist in der Tat vom BG. mit unzureichender Begründung bejaht worden. (Wird ausgeführt.)

Aber selbst wenn der Kl., wie er behauptet, durch seine Bestellung zum Geschäftsführer Unkündbarkeit erlangt hat, bleibt zu fragen, ob diese Unkündbarkeit etwa durch die Eingliederung des Meiereiverbandes in den Reichsnährstand wieder beseitigt worden ist.

Die WD. v. 8. Dez. 1933 hatte in § 7 Abs. 3 über die Beamten und Angestellten der eingegliederten Verbände lediglich bestimmt, daß die Gehälter der nicht vom Reichsnährstand übernommenen bis zur Auflösung ihres Dienstverhältnisses, längstens aber bis zum 31. Dez. 1934, vom Reichsnährstand gezahlt werden sollten. Wie es mit den Gehältern für die spätere Zeit gehalten werden sollte, — namentlich also mit den Gehältern der lebenslänglich Angestellten —, war nicht gesagt. Man wird annehmen müssen, daß die Angestellten insoweit auf das Sondervermögen angewiesen waren. Die WD. v. 26. April 1935 (RGBl. I, 582) brachte durch die Neuschaffung des § 7 Abs. 4 folgende Lösung: Dem Reichsbauernführer (oder der von ihm ermächtigten nachgeordneten Stelle: § 10 Abs. 3 der WD. v. 8. Dez. 1933) wurde ein eigenes Kündigungsrecht zugesprochen; auf „das Verfahren und die sich aus der Kündigung ergebenden Rechtsverhältnisse“ sollten die Vorschriften der Nr. 6 Abs. 2—5, Nr. 7 und Nr. 8 der 2. Durchf. WD. z. BGG. sinngemäße Anwendung finden. Damit war die Lebenslänglichkeit der Anstellungsverträge der betreffenden Beamten und Angestellten kraft Gesetzes mit dem Akt der Eingliederung beseitigt. Diese Beseitigung war endgültig und nicht nur für eine gewisse Zwischenzeit befristet. Denn obgleich § 7 Abs. 4 auch den Abs. 4 der Nr. 6 der 2. Durchf. WD. z. BGG. für anwendbar erklärt, wo die Kündigungsbefugnis der Nr. 6 befristet worden ist, — und zwar durch die Fassung v. 7. Mai 1934 letztmalig bis zum 30. Sept. 1934, kann diese Befristung doch unmöglich von der erst am 26. April 1935 erlassenen — wenn auch mit Rückwirkung v. 1. April 1934 ab in Kraft getretenen — WD. übernommen worden sein. § 7 Abs. 4 verweist denn auch nur wegen des „Verfahrens“ und der „Rechtswirkungen der erfolgten Kündigungen“ auf die Vorschriften der 2. Durchf. WD.

z. BGG. Ist das Kündigungsrecht des Reichsbauernführers danach gesetzlich nicht an eine bestimmte Frist geknüpft, so war mit der Eingliederung des Meiereiverbandes die Lebenslänglichkeit der klägerischen Anstellung endgültig beseitigt. Traglich kann nur etwa sein, ob eine unangemessene hinauszögerung gegen Treu und Glauben verstößt und zur Verwirrung des Kündigungsrechts führen kann. Der vorl. Fall bietet aber nach dieser Richtung bisher keinen Anhalt. Der Antrag auf Feststellung, daß der Kl. beim Reichsnährstand lebenslänglich angestellt sei, ist danach jedenfalls dann un begründet, wenn die Eingliederung des Verbands in den Reichsnährstand beachtet wird.

(U. v. 31. März 1936; III 189/35. — Hamm.) [v. B.]

4. Nach § 844 Abs. 2 BGB. kommt es nicht auf den Unterhalt an, den der Getötete tatsächlich zu Lebzeiten geleistet hatte, sondern auf den, zu dessen Erhaltung während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens verpflichtet gewesen wäre. Das Maß dieses Unterhalts richtet sich im Verhältnis zur Ehefrau auch nach der Erwerbsfähigkeit des Ehemanns (§ 1360 Abs. 1 BGB.).

Zwar ist in der Rspr. des RG. anerkannt, daß ein Unterhaltsverlust nicht als eingetreten anzusehen und folglich kein Ersatz zu leisten ist, wenn infolge des Todes an die Witwe und die Kinder Vermögen gelangt, dessen Einkünfte den sonst zu fordernden Unterhalt decken (RGZ. 64, 346, 350; 69, 292 = JW. 1908, 552; RGZ. 72, 437 = JW. 1910, 289; JW. 1907, 130<sup>10</sup>; RGWarn. 1910 Nr. 155; 1933 Nr. 149; SeuffArch. 88, 85; RG-Norm. § 844 BGB. Anm. 6 e). Wenn ferner nach § 843 Abs. 4 und § 844 Abs. 2 BGB. der Ersatzanspruch der Kinder nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß an Stelle des getöteten Vaters die Mutter ihnen Unterhalt gewährt, so ist anerkannt, daß das nicht zutrifft, soweit die Mutter den Unterhalt aus den Einkünften des Vermögens leistet, das infolge des Todes an die Kinder gelangt ist (RGZ. 64, 359; RGWarn. 1910 Nr. 155). Aber das alles setzt doch voraus, daß wirklich Vermögen vorhanden ist, das Einkünfte abwirft. Muß die Witwe erst durch ihre Tätigkeit Einkünfte hervorbringen, so ist sie nur insoweit nicht geschädigt, als sie schon zu Lebzeiten ihres Mannes nach § 1356 Abs. 2 BGB. zu solcher Tätigkeit verpflichtet gewesen war und infolge seines Todes von dieser Pflicht frei geworden ist; entsprechendes gilt für die Kinder nach § 1617 BGB. (JW. 1907, 130<sup>10</sup>; Art. v. 9. Dez. 1927, III 148/27).

(U. v. 14. Mai 1936; VI 486/35. — Kassel.)

[Sn.]

\* \* \* 5. § 883 BGB. Vormerkungsfähigkeit eines aus einem formnichtigen Vertrag hergeleiteten Auflassungsanspruchs: Ein formnichtiger Grundstückskaufvertrag bildet keine ausreichende Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Auflassungs- oder Eigentumsverschaffungsanspruchs. Ein dem Vormerkungsschutz zugänglicher, künftiger Anspruch liegt nur dann vor, wenn bereits der Rechtsboden für seine Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Kaufparteien so weit vorbereitet ist, daß die Entstehung des Anspruchs nur noch von dem Willen des demnach Berechtigten abhängt.)

Der bekl. Notar wurde mit der Vornahme der Auflassung des an den Kl. und seine Ehefrau verkauften Grundstücks beauftragt. Er hatte dabei die Weisung erhalten, von den ihm übersandten Urkunden (Kaufvertrag, Auflassungsvollmacht, Lösungsbewilligung) erst Gebrauch zu machen, nachdem von den Käufern der restliche Kaufpreis von 6000 RM an die Witwe Rosa D. bezahlt war. Die Ausführung des Amtsgeschäfts des Notars umfaßte hiernach auch die Empfangnahme und Absendung des Kaufgeldes an die von der Verkäuferin als Emp-

fängerin bezeichnete Witwe Rosa D. (RGZ.: JW. 1935, 773) und verpflichtete den Bekl., der sich dieser Amtstätigkeit unterzog, zur sorgfältigen Prüfung, ob sie unter Berücksichtigung des von den Kaufparteien mit der Auflassung verfolgten Zwecks, das Kaufgrundstück in das Eigentum der Käufer zu überführen, das ohne Gefährdung der Rechtsinteressen der letzteren vor sich gehen konnte; denn bei der Vornahme der Auflassung handelte der Bekl. nicht lediglich als beauftragter Sachwalter einer Partei, sondern als Urkundsperson kraft eines ihm vom Staat übertragenen Hoheitsrechts. Dieses Amt legte ihm die Pflicht auf, die Interessen aller an dem Amtsgeschäft beteiligten Personen zu wahren (RGZ. 78, 241 = JW. 1912, 349; RGZ. 86, 102 = JW. 1915, 276), über die bloße Beurkundung des ihm unterbreiteten Rechtsgeschäfts hinaus den von den Parteien mit dem Geschäft erstrebten Zweck zu erforschen und dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft die rechtliche Gestaltung zu geben, die der Verwirklichung des Vertragszwecks dienlich war. Zwar ist der Notar nicht der wirtschaftliche Vormund der Parteien und braucht sich weder um die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des abzuschließenden oder schon abgeschlossenen Geschäfts zu kümmern, noch für den wirtschaftlichen Erfolg desselben einzutreten; er hat aber die Parteien darüber aufzuklären, wenn das ihm zur Beurkundung unterbreitete Geschäft nicht den rechtlichen Erfolg erzielen kann, den die Parteien ersichtlich mit ihm verfolgen, und sie auf die rechtlichen Gefahren aufmerksam zu machen, die die Ausführung des Geschäfts in der von ihnen beabsichtigten Weise mit sich bringt (RGZ.: JW. 1933, 1057; 1922, 805). Im vorl. Fall ergab sich nun ohne weiteres aus der Formnichtigkeit des Kaufvertrages für den Kl. die Gefahr von Vermögensverlusten, wenn er ohne jede Sicherung Zahlungen auf den Kaufpreis leistete. Daß dem Kl. die Unwirksamkeit des Kaufvertrages und die Gefahr bekannt war, die für ihn mit der bereits geleisteten Anzahlung von 2500 RM für ihn mit der bereits geleisteten Anzahlung von 2500 RM und weiteren Zahlungen des Kaufgeldes verbunden war, stellt das BG. fest. Dagegen ergibt das Urteil nicht, daß der Bekl. den Kl. auch darüber unterrichtet hat, daß ihm die Auflassung allein noch keine Gewähr verschaffte, auch das Eigentum an dem Grundstück zu erhalten, und daß er daher die Kaufpreiszahlung auf eigene Gefahr leistete. Nach dem vom BG. festgestellten Sachverhalt muß angenommen werden, daß der Bekl. in dieser Hinsicht nicht alles getan hat, was zur Aufklärung und zweckmäßigen Belehrung des Kl. über die drohenden Gefahren und ihre Abwehr (RGZ.: JW. 1928, 1862; 1933, 1055; Art. v. 5. Juli 1932, III 437/31) erforderlich war.

Durch die am 1. Aug. 1931 erfolgte Auflassung war der Gefahrenzustand, der für den Kl. im Hinblick auf seine jeder Sicherung entbehrenden Kaufpreiszahlungen bestand, nicht behoben, vielmehr durch die inzwischen geleisteten Zahlungen noch vergrößert worden. Eine Gewähr, das Eigentum am Grundstück zu erhalten, war auch durch die Auflassung noch nicht geschaffen worden. Dem Kl. kam es aber ersichtlich darauf an, diese Gewähr zu erhalten. Denn nach der Feststellung des BG. fragte der Kl. den Bekl. damals, ob es nicht nötig sei, dem BV. die Bewilligung der Auflassungsvormerkung zur Eintragung einzureichen. Der Bekl. erklärte dies für unnötig; die Eintragung der Auflassungsvormerkung mache nur unnötige Kosten, der Kl. solle sich mit der Beschaffung der Grunderwerbsteuerbescheinigung beissen, dann werde die Eintragung der Käufer in Ordnung gehen. Dieser Rat war im letzteren Teile fehlsam. Der Bekl. hat im Rechtsstreit den Standpunkt vertreten und das BG. teilt ihn, daß die Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch den Käufern keinen Schutz gewährt hätte, da der formnichtige Kaufvertrag ihnen keinen rechtswirksamen Anspruch auf Auflassung gegeben habe und die Eintragung der Vormerkung daher nicht zulässig gewesen wäre. Hierzu ist zu bemerken, daß der Eintragung der Vormerkung selbst ein Hindernis nicht im Wege gestanden hätte, da der Grundbuchrichter nicht zu prüfen hatte, ob der in der Eintragungsbewilligung bezeichnete, durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch bestand. Daß ein gegenwärtiger Anspruch der Käufer auf Auflassung wegen Mangels der gesetzlichen Form des Vertrages (§§ 213, 125 BGB.) nicht gegeben war und daher auch durch die Vormerkung nicht

gesichert werden konnte, bedarf keiner Ausführung. Nicht so zweifellos ist dagegen die Frage, ob im vorl. Falle nicht ein vormerkungsfähiger „künftiger Anspruch“ der Käufer i. S. des § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorlag. Daß bei Bejahung dieser Frage der Schaden des Kl. nicht eingetreten wäre, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken, da der Schutz, den die Vormerkung nach § 883 Abs. 2 BGB. gewährt, auch bei Sicherung eines nur künftigen Anspruchs bereits mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung beginnt und diese Schutzwirkung erst dann entfällt und die Vormerkung selbst hinfällig wird, wenn feststeht, daß der künftige Anspruch nicht entstehen wird (Planck, 5. Aufl., § 883 BGB., Bem. 1e; Pfeiffer: JWZ. 14, 552 und LZ. 1911, 769).

Ein künftiger Anspruch erfordert zunächst, daß er nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist. Diesem Erfordernis ist hier durch den schriftlichen Vertrag genügt. Weiterhin ist aber zu verlangen, daß für die künftige Entstehung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße Möglichkeit, sondern bereits ein Rechtsverhältnis vorliegt, aus dem der künftige Anspruch erwachsen kann. Das ist in der Artpr. beim Vorliegen eines bindenden formgerechten Antrages auf Abschluß eines Grundstückkaufvertrages für den Antragsgegner vor dessen Annahmeerklärung angenommen worden, da ein solcher Antrag bereits eine rechtlich beachtliche Anwartschaft begründet (RGWarn. 1913 Nr. 184; 1927 Nr. 92; JW. 1936, 647 und die im RGRKomm., 8. Aufl., Bem. 10 zu § 883 BGB. angeführten Entsch., besonders RGZ. 37, A 280). In einem Teil der Rechtslehre wird nun auch ein formnichtiger Grundstückkaufvertrag als ausreichende Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Auflassungs- oder Eigentumsverschaffungsanspruchs erachtet, sofern nur die Kaufparteien mit dessen Entstehung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnen konnten und gerechnet haben; dabei wird die Notwendigkeit eines schon vorl. Rechtsverhältnisses, aus dem der vorgemerkte Anspruch erwachsen kann, überwiegend abgelehnt (Warneher, 2. Aufl., Bd. II, 80 II zu Note 53, § 883 BGB.; Planck-Streicher, 5. Aufl., § 883 BGB., Bem. 1a und e; Gütth-riebel, 5. Aufl., § 25 BGB., Bem. 5 und Grund-Beitr. 57, 14 ff.; Predari, BGB., S. 101). Diese Ansicht vertritt auch das RG. in einer SeuffArch. 66, 237 abgedr. Entsch. (a. M. DLG. 26, 5). Das RG. hat die Frage RGZ. 74, 158 für eine im Wege einstweiliger Verfügung angeordnete Vormerkung verneint, weil durch die EinstwVfg. nur ein im Klageweg verfolgbarer, nicht ein erst künftig entstehender Anspruch gesichert werden könne, dagegen für die auf Grund einer — auch vorliegend allein in Frage kommenden — Eintragungsbewilligung des Eigentümers erfolgten Vormerkung offengelassen (ebenso RGWarn. 1928 Nr. 128). In den Entsch. RGZ. 60, 226; JW. 1929, 438 und im Art. v. 10. März 1923, V 655/21, die ebenfalls die Frage der Vormerkungsfähigkeit eines aus einem formnichtigen Vertrag hergeleiteten Auflassungsanspruchs behandeln, ist eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht erfolgt.

Die Frage ist zu verneinen. Die Zulassung einer solchen Vormerkung würde das Grundbuch der Sicherung von Ansprüchen öffnen, für deren künftige Entstehung noch kein Rechtsboden geschaffen ist, sondern nichts weiter vorliegt, als eine mehr oder weniger begründete tatsächliche Aussicht der durch keinerlei rechtlich beachtliche Vereinbarungen gebundenen Parteien, daß es künftig zur Begr. eines formgerechten Kaufvertrages und damit zur Entstehung eines Auflassungsanspruches kommen werde. Im vorl. Falle war überdies der Abschluß eines solchen formgerechten Kaufvertrages von den weit entfernt voneinander wohnenden Parteien überhaupt nicht in Aussicht genommen worden, vielmehr wollten sie die Übereignung des Grundstücks ohne einen solchen durch Auflassung und Eintragung gem. § 313 Satz 2 BGB. herbeiführen, um Kosten zu sparen. Sollte ein solcher Tatbestand für die Eintragung einer Vormerkung ausreichen, so würde dies zu einer Sperre des Grundbuchs auf ganz ungewisse Zeit und damit zu einer Rechtsunsicherheit und Rechtserschwerung

im Grundbuchverkehr führen, die nicht nur der Beleihung und Veräußerung des Grundstücks abträglich wäre, sondern sich auch durch die Abschredung von Bietern in einem Zwangsversteigerungsverfahren ungünstig auswirken und dessen Abwicklung auf unbestimmte Zeit verzögern würde, ganz abgesehen davon, daß die Feststellung, wann ein künftiger Anspruch vorliegt, nach der von der erwähnten Rechtslehre gegebenen Begriffsbestimmung einen weiten, der Rechtssicherheit nicht förderlichen Spielraum läßt. Es muß daher an dem Grundsatz festgehalten werden, daß ein dem Vormerkungsschutz zugänglicher künftiger Anspruch nur dann vorliegt, wenn bereits der Rechtsboden für seine Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Kaufparteien so weit vorbereitet ist, daß die Entstehung des Anspruchs nur noch von dem Willen des demnächst Berechtigten abhängt (RGZ. 37, A 280 ff.; Staudinger, 10. Aufl., § 883 BGB, Bem. 35). Im vorl. Falle bestand nur ein privatschriftlich geschlossener Kaufvertrag, der für sich allein weder gegenwärtig noch künftig Ansprüche zu erzeugen vermochte. Zwar war zu ihm später die Auflassung des Grundstücks an die Käufer hinzugetreten, aber auch diese bildet keine Rechtsgrundlage für die Vormerkung, da sie lediglich die dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung enthält, die zwar die Parteien gem. § 873 Abs. 2 BGB bindet, aber kein schuldrechtliches Verhältnis begründet, aus dem den Käufern ein Anspruch auf eine Leistung, insbes. auf Verschaffung des Eigentums am Grundstück, erwachsen konnte (RGZ. 115, 38). Zwar konnten die Käufer auf Grund der Auflassung nach erfolgter Bezahlung der Grunderwerbsteuer und Beseitigung des der Eintragung der Eintragungunterlagen an das GVL entgegenstehenden Hindernisses, das in der Einbehaltung des Kaufgeldrestes von 2000 RM durch die Käufer lag, ihre Eintragung im Grundbuch als Eigentümer erlangen; dadurch wurde aber der bis dahin jeder Rechtswirkung entbehrende Kaufvertrag bereits zum Vollzuge gebracht. Es fehlte somit auch nach vorgenommener Auflassung noch jeder Rechtsboden für die Entstehung eines durch Vormerkung zu sichernden künftigen Anspruchs auf Eigentumsverschaffung; mit erfolgter Eintragung entfiel aber andererseits jedes Bedürfnis nach dieser Sicherung.

Dem BG. ist hiernach darin beizutreten, daß den Notar der Vorwurf, den Kl. insofern unrichtig beraten zu haben, als er die Eintragung der Auflassungsvormerkung für unnötig erklärte, nicht treffe, da die Vormerkung wirkungslos gewesen wäre und ihre Nichteintragung daher den Kl. nicht habe schädigen können. Dagegen kann eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Bekl. insofern nicht verneint werden, als der Weg, auf den er den Kl. zur Erlangung der Eintragung als Eigentümer hinwies, die schnelle Beschaffung der Grunderwerbsteuer, zur Erreichung des vom Kl. erstrebten rechtlichen Erfolges unzulänglich war. (Wird ausgeführt.)

(U. v. 1. April 1936; V 277/35. — Königsberg.) [v. B.]  
 (= RGZ. 151, 75.)

**Anmerkung:** Der Entsch. ist beizupflichten.

1. Die Entsch. hat durch die V.D. über Auflassungen vom 11. Mai 1934 (RGBl. I, 378) an Bedeutung verloren. Nach § 2 dieser V.D. sollen nämlich Auflassungen nur entgegengenommen werden, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde über das Veräußerungsgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Fälle, in denen Verkäufer und Käufer, um die Kosten eines notariellen Vertrages zu sparen, nur einen mündlichen oder privatschriftlichen Kaufvertrag schließen und sich auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beschränken, werden hiernach in Zukunft nicht mehr vorkommen. Wenn vor der Eintragung doch ein formgerechter Kaufvertrag geschlossen werden muß, hat es keinen Zweck, zuvor einen mündlichen oder privatschriftlichen Kaufvertrag zu schließen und zur Sicherung des Käufers eine Auflassungsvormerkung eintragen zu lassen. Etwas dergleichen wird nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, etwa wenn einzelne Personen, die bei dem notariellen Vertrag mitwirken müssen, nicht anwesend sind, Legitimationen fehlen u. dgl. mehr.

2. Das RG. führt aus: „Ein künftiger Anspruch erfordert zunächst, daß er nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar sei.“ Es knüpft hieran die zutreffende Feststellung, daß diesem Erfordernis bei einem privatschriftlichen Kaufvertrag genügt sei. Darüber hinaus sei aber, so fährt das RG. fort, zu verlangen, daß für die künftige Entstehung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße Möglichkeit, sondern ein Rechtsverhältnis vorliege, aus dem der künftige Anspruch erwachsen könne. — Es wird nicht klar herausgestellt, ob diese weitere Voraussetzung allgemein für alle Verfügungen über künftige Ansprüche erfordert wird, oder ob es sich hier um eine Besonderheit handelt, die nur für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung künftiger Auflassungsansprüche gilt. Offenbar ist das letztere gemeint. Das ergibt sich einmal aus der nachfolgenden Begr. des RG., die von dem Gedanken der Sicherheit des Grundbuchverkehrs getragen wird. Das ergibt sich vor allem aus einer vergleichsweise Heranziehung der Rspr. des RG. über die Abtretung künftiger Ansprüche, wie sie sich insbes. bei dem sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt herausgebildet hat. In dieser Rspr. stellt das RG. bekanntlich an die Bestimmbarkeit künftiger Ansprüche nur außerordentlich geringe Anforderungen (vgl. z. B. RGZ. 136, 100 = JW. 1932, 1965). Es wird keine Bestimmtheit im Augenblick der Verfügung, sondern nur die Bestimmbarkeit im Augenblick des Entstehens des Anspruchs gefordert. Selbst wenn man diese Rspr. des RG. als zu weitgehend emfindet und an die Bestimmtheit künftiger Ansprüche strengere Anforderungen stellt, so gehört doch der vorl. Fall zu den Tatbeständen, bei denen die hinreichende Bestimmbarkeit des künftigen Anspruches nicht ersichtlich in Frage gestellt werden kann. Würde z. B. der Grundstücksverkäufer die künftige Forderung aus einem privatschriftlichen Vertrage an einen Dritten abgetreten haben, so würde von niemandem — auch nicht von denen, die die jetzige Rspr. des RG. bekämpfen — in Zweifel gezogen werden, daß es sich um eine zulässige Abtretung einer künftigen Forderung handelt, und daß diese Forderung mit der Heilung des privatschriftlichen Vertrages durch die nachträgliche Auflassung auf den Abtretungsempfänger übergegangen ist.

3. Die Begr. der Entsch. kann also weniger aus dem Wesen des zukünftigen Anspruchs als aus der besonderen Rechtslage entnommen werden, die durch grundbuchmäßige Vormerkung des Auflassungsanspruches aus formungültigen Kaufverträgen entsteht. Man könnte sagen, daß in diesem Falle ein Auflassungsanspruch, der durch die Vormerkung gesichert werden könnte, in keinem Zeitpunkt, auch künftig nicht, entstehe. Der privatschriftliche Kaufvertrag sei zunächst nichtig. Er werde zwar durch die Eintragung der Eigentumsänderung „geheilt“. Aber in demselben Augenblick, in dem der Auflassungsanspruch auf Grund des „geheilten“ Kaufvertrages entstehen könne, sei er bereits erfüllt. Aber dies wäre doch wohl eine reichlich formale Beweisführung. Näher kommt man der richtigen Begr. schon mit folgender Erwägung: Die Vormerkung dient zur Sicherung des Auflassungsanspruches. Diese Sicherung bedeutet u. a., daß der Auflassungsanspruch auch gegen den Willen des Verpflichteten durchgesetzt und mit dem grundbuchmäßig vorgesehenen Rang verwirklicht werden kann. Liegt nun lediglich ein formnichtiger Kaufvertrag vor, so steht es völlig im Belieben des Grundstücksverkäufers, ob er den zu verwirklichenden Anspruch entstehen lassen will oder nicht. Es steht ihm frei, ob er nach dem formnichtigen Vertrag noch einen formgültigen Vertrag schließen oder den formnichtigen Vertrag durch Auflassung erfüllen und heilen will. Unter diesen Umständen erscheint es mißbräuchlich, ein im Grundbuch einzutragendes Recht zur Sicherung eines Auflassungsanspruches verwenden zu wollen, dessen Erfüllung trotz der Eintragung im Belieben des Schuldners stehen würde. Außerhalb des Grundbuchs mag das vielleicht anders sein. Es mag beispielsweise zulässig sein, daß A. dem B. einen Kraftwagen an Hand gibt, und daß B. für den Fall, daß er den Wagen kauft, dem A. für den alsdann geschuldeten Kaufpreis schon jetzt ein ihm übergebenes Effektendepot verpfändet. Das Grundbuch erfordert aber doch wohl straffere Rechtsverhältnisse. Allerdings dürfte es hier zu weit gehen, wenn es in der Entsch. heißt:

„Die Eintragung einer solchen Vormerkung würde zu einer Sperre des Grundstücks auf ganz ungewisse Zeit führen.“ Hierbei scheint das RG. davon auszugehen, daß eine solche Vormerkung, wenn man ihre Eintragung zuließe, ohne den Willen des Grundstückseigentümers nicht mehr gelöscht werden könne, wenigstens so lange nicht, als nicht feststehe, ob der formnichtige Kaufvertrag erfüllt oder durch einen formgültigen ersetzt werde. Aber so wäre die Rechtslage, wenn man die Auflassungsvormerkung zuließe, doch wohl nicht. Der Grundstückseigentümer, der durch den formnichtigen Vertrag zur Auflassung nicht verpflichtet ist, kann natürlich nicht auf dem Wege über die Auflassungsvormerkung hierzu doch verpflichtet werden. Vielmehr könnte sowohl derjenige, der die Auflassungsvormerkung auf Grund eines formnichtigen Vertrages bewilligt hat, jederzeit die Löschung dieser Vormerkung verlangen, wie auch ein Gläubiger des Grundstückseigentümers den Löschungsanspruch pfänden könnte. Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß durch eine solche Auflassungsvormerkung eine sehr unerfreuliche Verschleierung der grundbuchlichen Verhältnisse eintreten würde. Insbesondere kann der Dritte, der ein Interesse an dem Bestehen der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung hat, aus dem Grundbuch nicht entnehmen, daß dem Grundstückseigentümer ein Löschungsanspruch zusteht. Es dürfte nach alledem richtig sein, wenn das RG. die Eintragung von Auflassungsvormerkungen zugunsten formnichtiger Verträge ablehnt und die Zulässigkeit der Vormerkung auf Fälle beschränkt, in denen bereits irgendeine Bindung des Auflassungsverpflichteten besteht. Es genügt, daß die Bindung des Auflassungsverpflichteten bedingt ist, wobei die Bedingung auch in einer Erklärung des Auflassungsberechtigten bestehen kann. Nicht aber darf die Verpflichtung ausschließlich von dem Willen des Auflassungsverpflichteten abhängen, mag es sich nun darum handeln, ob der Auflassungsverpflichtete einen formnichtigen Vertrag wirksam machen will oder nicht, mag es sich um einen formgültigen Vertrag handeln, dessen Erfüllung in irgendeiner Weise von dem freien Willen des Auflassungsverpflichteten abhängig ist.

4. Außerhalb des grundbuchlichen Verkehrs wird bei der Verfügung über künftige Ansprüche nicht erfordert, daß bereits der „Rechtsboden“ für Ansprüche entstanden sei. Vielmehr wird es hierfür genügend erachtet, daß der Anspruch bestimmt oder bestimmbar ist. Das hat grundsätzlich seine Berechtigung. Insbesondere sollte man die vorl. Entsch. zum Anlaß einer Nachprüfung nehmen, ob man nicht auch außerhalb des Grundbuchrechts bei den Anforderungen an die Bestimmbarkeit künftiger Forderungen, insbes. im Falle der sog. verlängerten Eigentumsvorbehalte, höhere Anforderungen stellen sollte als bisher. Denn wie es im Interesse der Rechtsicherheit des Grundbuchverkehrs liegt, das Grundbuch nicht Ansprüchen zu „öffnen, für deren künftige Entstehung noch kein Rechtsboden geschaffen ist“, so liegt es nicht weniger im Interesse der Rechtsicherheit des gesamten wirtschaftlichen Verkehrs, nicht weiterhin ins Uferlose die vorweggenommene Verfügung über „künftige“ Ansprüche zuzulassen, deren „Rechtsboden“ im Verfügungszeitpunkt nicht einmal in der Vorstellung der Beteiligten besteht.

RM. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

\*

\*\*6. § 929 BGB. Verwirklichung der nach § 929 BGB. zum Eigentumsübergang erforderlichen tatsächlichen Übergabe der Sache bei Bestellung eines Treuhänders für den Erwerber. Es ist notwendig, den Willen der Beteiligten, den Alleinbesitz an der Ware auf den Erwerber zu übertragen, nicht nur äußerlich erkennbar zu machen, sondern auch durch Herstellung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt zu verwirklichen.

Die Kl. hat dem später in Konkurs verfallenen und nachmals verstorbenen Pächter der Malzfabrik Pa. zur Herstellung von Malz auf Grund eines Vertrages v. 4. Dez. 1930 unter Eigentumsvorbehalt Gerste geliefert, die nicht bezahlt worden ist. Sie behauptet, daß 53 300 kg daraus erzeugtes Malz im Pa.schen Silo I gelagert hätten. Am 15. Febr. 1931 schloß

Pa. mit der Zweitbekl. einen Vertrag, womit er an sie 2200 Zentner in Silo I lagernden Gerstenmalzes für ihre Forderungen sicherungsweise zu übereignen erklärte. Die Zweitbekl. machte infolgedessen am Inhalt dieses Silos im Pa.schen Konkurs das Aussonderungsrecht geltend. Die Kl. erachtet einen Eigentumsübergang der Zweitbekl. durch den erwähnten Vertrag nicht als zustande gekommen. Sie hat zunächst auf Herausgabe von 53 300 kg Malz bzw. Einwilligung in deren Herausgabe gegen beide Bekl. Klage erhoben, nach deren erstinstanzlicher Abweisung aber sich mit dem an erster Stelle verlagten Konkursverwalter verglichen und mit Rücksicht auf die durch die Zweitbekl. vorgenommene Veräußerung der in Silo I gelagerten Malzbestände im Berufungsverfahren nur noch von der Zweitbekl. Zahlung von 16 000 RM samt Zinsen als Verkaufserlös der 53 300 kg abzüglich Malzungslohn und Unkosten gefordert. Das BG. hat unter Klageabweisung wegen des Mehrgeforderten die Zweitbekl. zur Zahlung von 13 000 RM samt Zinsen verurteilt. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Zu prüfen ist in der Rev.Just. zwischen den zur Zeit noch allein streitbeteiligten Parteien, der Kl. und der Zweitbekl., nur, ob die letztere auf Grund des Abkommens v. 15. Febr. 1931 Eigentum an den in Silo I der Firma Pa. befindlichen Malzvorräten erlangt hat. Daß der Kl. auf Grund ihres Eigentumsvorbehaltes an diesem teils aus ihren Gerstenlieferungen, teils aus anderen Beständen hervorgegangenen Malz nach dem Verhältnis der von ihr stammenden Menge Miteigentum gehabt hat, ihr Eigentumsrecht insbes. nicht durch Verarbeitung oder Vermischung untergegangen ist, nimmt das angefochtene Urteil bedenkenfrei an und ist auch von der Rev. nicht angefochten. Ebensowenig zu beanstanden ist die Erwägung des Vorderrichters, daß die Zweitbekl., wenn sie nicht nachträglich rechtswirksam ihrerseits Eigentümerin des Malzes geworden ist, der Kl. das durch die von ihr vorgenommene Veräußerung des Malzes Erlangte nach § 816 BGB. herauszugeben hat. Hinsichtlich des Eigentumsübergangs der Zweitbekl. steht nun das BG. auf dem Standpunkt, daß sie diesen Erwerb nicht dargetan habe, da sich aus den Abmachungen vom 15. Febr. 1931 und den zu ihrer Ausführung getroffenen Maßnahmen eine Übergabe des Malzes an sie (§ 929 BGB.) nicht ergebe. Die gegen diese Erwägungen gerichteten Angriffe der Rev. sind nicht begründet.

Bedenklich hinsichtlich der Frage des Eigentumsübergangs auf die Zweitbekl., für den sie die Beweislast trägt, muß schon die Unklarheit stimmen, die bei den Beteiligten selbst wegen der Form der Eigentumsübertragung offenbar nach Inhalt der Vertragsurkunde v. 15. Febr. 1931 bestanden hat. Während darin in § 2 Abs. 1 ausgesprochen wird, daß die Übergabe durch Einräumung des mittelbaren Besitzes an die Rev.Kl. auf Grund von § 930 BGB. ersetzt werde, erkennt in Abs. 3 das Pa. die Zweitbekl. als unmittelbare Besitzerin des Malzes an. Beides wird aus § 3 des Vertrages hergeleitet, nach dem Pa. den Silo I der Zweitbekl. zur Verfügung stellt, sich des Verfügungsrechtes darüber begibt und sich damit einverstanden erklärt, daß dieses Recht auf seinen Malzmeister B. als Vertrauensmann der Zweitbekl. übergehe, der über die in Silo I lagernden Vorräte nur nach deren Weisung und auf Grund besonderer Buchführung solle verfügen dürfen. Das angefochtene Urteil stellt nun fest, daß in Ausführung dieser Vereinbarung an einem der Ausläufe des Silos eine Tafel mit der Aufschrift „Eigentum von A. G. H.“ angebracht worden ist, die Ausläufe aber nicht verschlossen gewesen sind, auch der Raum, in den der Silo auslief, jederzeit frei zugänglich geblieben ist. Danach hat die Verwirklichung der nach § 929 BGB. zum Eigentumsübergang erforderlichen tatsächlichen Übergabe des Malzes an die Rev.Kl. nur in der Bestellung des Treuhänders und der Anbringung der erwähnten Tafel bestanden. Diese Maßnahmen konnten aber für die Besitzübertragung im Sinne der erwähnten Vorschrift allein nicht genügen. Gewiß war eine solche durchaus möglich, auch wenn der Aufbewahrungsraum für das Malz Teil des Pa.schen Fabrikangebotes blieb. Es war aber in einem solchen Falle um so mehr geboten, den Willen der Beteiligten, den Alleinbesitz an der Ware auf die Rev.Kl. zu übertragen, nicht nur äußerlich erkennbar zu machen, sondern auch durch Herstellung

ihre tatsächlichen Herrschaftsgewalt über die Ware sinnfällig zu verwirklichen. Durch Anheftung einer Tafel konnte das ebensowenig geschehen wie durch den schriftlichen Inhalt des Übereignungsvertrages; die bloße Einsetzung eines Treuhänders aber reichte dazu gleichfalls nicht aus, wenn nicht wenigstens diesem der unmittelbare Besitz an der Ware eingeräumt wurde (RG.: BankArch. 1927, 74). Das ist indessen nicht geschehen. Z. war und blieb Malzmeister im Pa.schen Betriebe, seine Anwesenheit dort ließ also an und für sich nicht ohne weiteres auf einen Herrschaftsbereich der RevAl. innerhalb dieses Betriebes äußerlich schließen. In dem tatsächlichen Lagerungs-zustand des Malzes aber hat sich im Anschluß an den Vertragschluß v. 15. Febr. 1931 gegen früher nicht das geringste geändert: Die Ausläufe des Silos blieben unvergeschlossen und waren für die Betriebsangehörigen der Malzfabrik jedem Zugang offen. Ob ein Zugriff ihrerseits auf die Silovorräte der Zweitbchl. gegenüber vertragswidrig war, spielt für die allein durch die tatsächlichen Besitzverhältnisse bedingte dingliche Rechtslage keine Rolle. Auch wenn zur Besitzerlangung seitens der RevAl. nicht erforderlich war, daß das Malz der Einwirkung Pa.s völlig entzogen wurde (RGZ. 66, 263 = JW. 1907, 140; RGZ. 106, 136), so war doch jedenfalls dazu die Herstellung eines Zustands nötig, der die körperliche Innehabung des Silos und seines Inhalts durch die RevAl. in den ihr fremden Räumen fühlbar bewies. Insofern ist aber nichts geschehen, und die bloßen Bestimmungen im Vertrag, daß sich Pa. des eigenen Verfügungsrechts über den Silo begeben und dieses der Bchl. übertrage, vermögen die zur Übereignung neben der Einigung nach § 929 BGB. notwendige tatsächliche Übergabe nicht zu ersetzen.

Mit Recht hat demgemäß das BG., da ein Eigentums-erwerb der Bchl. kraft guten Glaubens nach § 932 BGB., auf den sie allein ihr Recht gründet, die Übergabe des Malzes an sie voraussetzte, den Beweis für ihr Eigentumsrecht als nicht erbracht angesehen und daraufhin in dem aus seinem Urteil ersichtlichen Umfang der Klage entsprochen.

(U. v. 5. Mai 1936; VII 261/35. — Celle.) [Sn.]  
 (= RGZ. 151, 184.)

\*

7. §§ 1157, 1192 BGB. Grundschuldbestel-lung zu Sicherungszwecken. Ist eine Grund-schuld lediglich fiduziarisch gegeben, ohne daß dabei die dem Sicherungsnehmer offenstehen-den Befriedigungsmöglichkeiten ausdrücklich festgelegt sind, so wird der Fiduziar eine Ab-tretung der Grundschuld nur mit der Maß-nahme vornehmen dürfen, daß die Befriedi-gung aus dem Grundstück auch in der Hand einesessionars nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrages zulässig ist. Anders jedoch ist die Sachlage, wenn beson-dere Abmachungen über das Recht des Siche-rungsnehmers zur Verwertung der Grund-schuld getroffen sind.

Die Bchl. haben an dem ihnen gehörigen Grundstück für die D. Bank eine Grundschuld von 25000 RM nebst 8% — jetzt 6% — Zinsen seit 30. Mai 1929 bestellt. Diese sollte dienen als Sicherheit für alle Forderungen der Bank an die OHG. H., deren Inhaber die Bchl. waren. In dem die Ab-rede hierüber bestätigenden Brief der Bchl. heißt es:

„Wir bestätigen Ihnen hierdurch, daß Sie berechtigt sind, sich wegen Ihrer Forderungen an die Firma H. auf Grund dieser Grundschuld aus dem Grundstück zu befriedigen oder die Grundschuld selbst nach ihrer Wahl zu verwerten, sobald die genannte Firma Ihnen gegenüber in Verzug kommt.

Nach Erledigung Ihrer sämtlichen Forderungen haben Sie die nicht in Anspruch genommene Grundschuld auf unsere Kosten an uns oder auf unseren Wunsch an einen Dritten abzutreten oder löschen zu lassen.“

Nachdem die Firma H. der Bank gegenüber mit einer Kontoforrentschuld von 10825,50 RM per 30. Juni 1934 in Verzug geraten war, ließ diese am 21. Sept. 1934 die Grund-

schuld durch einen Notar öffentlich versteigern, nachdem der Versteigerungstermin den Bchl. mitgeteilt und in zwei Zeitun-gen bekanntgemacht worden war. Der Kl. erwarb die Grund-schuld für einen Betrag von 5000 RM. Am 22. Sept. 1934 trat die Bank sie ihm mit Zinsen vom 1. Jan. 1930 an unter Übergabe des Grundschuldbriefs ab. Im Versteigerungstermin war die Kreditabmachung der Bchl. mit der Bank und der Bestand der Bankschuld bekanntgegeben worden. Der oben erwähnte Brief v. 29. Mai 1929 ist in Abschrift dem Versteigerungsprotokoll beigelegt.

Der Kl. vertritt den Standpunkt, er habe die Grund-schuld im vollen Umfange erworben, die Bchl. seien seine dinglichen Schuldner auch über den Betrag der Bankschuld der Firma H. hinaus. Die Bchl. meinen, der Kl. könne nur in Höhe dieser Schuld Zahlung verlangen.

Der Streit geht um den vom Kl. begehrten Zinsbetrag von 16555,02 RM für die Zeit vom 1. Jan. 1930 bis zum 1. Juli 1937. Der Kl. fordert diesen Zinsbetrag, weil er auch Zahlung des vollen Grundschuldkapitals verlangen könne. Die Bchl. dagegen wollen den berechtigigten Anspruch des Kl. auf den Betrag der Schuld der Firma H. an die Bank einschränken.

Die Bank war Gläubigerin der ganzen Grundschuld von 25000 RM nebst Zinsen. Diese Rechtsstellung hat der Kl. auf Grund der Abtretung v. 22. Sept. 1934 erlangt. Es fragt sich, ob ihm nur eine Einrede der Bchl. aus dem der Grundbuchbestellung zugrunde gelegten Kredit- und Siche-rungsverhältnis entgegengesetzt werden kann (§§ 1192, 1157 BGB.). Diese Möglichkeit verneint das BG. mit folgender Begr.: Die Bank sei befugt gewesen, zur Deckung ihrer For-derung von 10825,50 RM zuzüglich der Zinsen und Provi-sionen seit 1. Juli 1934 die ganze Grundschuld zu ver-werten; die Bchl. würden zwar der Bank bei einer Gesten-dmachung der Grundschuld durch sie Einwendungen aus der Bestellung zugrunde liegenden Abrede entgegenstellen können; sie hätten aber keinen Anspruch darauf gehabt, daß die Bank ihnen diese Einwendungen auch gegenüber dem Er-werber der Grundschuld erhielt. Der Kl. habe sich, nachdem die Bank ihn durch Klarstellung ihrer Forderung die Vor-aussetzung ihrer Verkaufsberechtigung dargelegt gehabt habe, darauf verlassen können, die Grundschuld, so wie sie aus-geboten war, zu erwerben, ohne daß ihm seitens der Bchl. die der Bank gegenüber bestehenden Einwendungen entgegen-gehalten werden könnten. Seine Kenntnis des Sicherungs-verhältnisses könne ihm nicht schaden, weil er andererseits ersehen habe, daß die Bank die Grundschuld im vollen Um-fange habe verwerten dürfen. Jedenfalls sei er der Ansicht gewesen, die Einwendungen der Bchl. seien durch die notwen-dige volle Verwertung der Grundschuld ausgeräumt, so daß er in bezug auf den Bestand der ihm zwar in ihrem Tat-bestande bekannten Einwendungen im guten Glauben ge-wesen sei.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rev. greifen nicht durch. Es kommt in erster Linie auf die der Grundschuldbestellung zugrunde liegende Vereinbarung an (vgl. RGZ. 143, 118 = JW. 1934, 685). Denn es handelt sich hier nicht um ein Pfandrecht an der Grundschuld, wo sich die Ver-wertungsmöglichkeiten aus dem Gesetz ergeben, sondern um eine Grundschuldbestellung zu Sicherungszwecken. Die Frage, ob das durch die Abtretung seitens der Bank an der Grundschuld in ihrem vollen Umfange be-gründete dingliche Recht des Kl. durch eine dem Bchl. zu-stehende Einrede eingeschränkt ist, richtet sich zunächst nach dem Inhalt des zwischen der Bank und den Grundschuldbestellern geschlossenen Grundgeschäfts. Erst wenn sich daraus eine Ein-rede herleiten läßt, tritt die weitere Frage auf, ob diese auch gegenüber dem Kl. als dem Rechtsnachfolger der Bank wirkt.

Ist eine Grundschuld lediglich zu Sicherungszwecken (fiduziarisch) gegeben, ohne daß dabei die dem Sicherungsnehmer offenstehenden Befriedigungsmöglichkeiten ausdrücklich fest-gelegt sind, so wird der Fiduziar eine Abtretung der Grund-schuld nur mit der Maßgabe vornehmen dürfen, daß die Be-friedigung aus dem Grundstück auch in der Hand eines Ses-

sionars nur in der jeweiligen Höhe des zu sichernden Schuldbetrags zulässig ist. Anders aber ist die Sachlage, wenn, wie es hier der Fall ist, besondere Abmachungen über das Recht des Sicherungsnachnehmers zur Verwertung der Grundschuld getroffen wurden. Da kommt es auf deren Inhalt an. Die im Brief v. 29. Mai 1929 enthaltene Abrede legt das BG. dahin aus: Die Bank hätte sich wegen der zu sichernden persönlichen Forderung aus dem Grundstück befriedigen dürfen, und zwar dies nur in Höhe dieser Forderung, während der bei einer Zwangsversteigerung auf die Grundschuld entfallende Betrag in seinem Überschuß den Sicherungsgebern zufließen würde. Aber die Bank habe auch die Grundschuld selbst, d. h. die ganze Grundschuld, in ihrem Betrage von 25 000 RM in einer ihr geeignet erscheinenden, auf die Belange der Sicherungsgeber genügend Rücksicht nehmenden Weise verkaufen und dann abtreten dürfen, um so Befriedigung für ihre persönliche Forderung zu erlangen. Im Falle der Beschreibung dieses Wegs habe dann die Grundschuld in der Hand des Rechtsnachfolgers selbständig und losgelöst vom Bestande der ursprünglich durch sie zu sichernden Forderung sein sollen.

Gegen diese Auslegung bestehen keine rechtlichen Bedenken. Für die Rechtsstellung des Kl. ist der Umstand, daß der Verkauf in öffentlicher Versteigerung erfolgte, ohne Bedeutung. Dadurch wurde keine andere Lage herbeigeführt, als wenn freihändig verkauft und dann abgetreten worden wäre. Andererseits berührt das auch nicht den durch Auslegung klarzustellenden Inhalt der Sicherungsabrede. Wenn in ihr nach Festlegung der beiden möglichen Arten der Befriedigung der Bank (durch Beitreibung aus dem Grundstück oder durch Verwertung der Grundschuld) gesagt wird, die Bank habe den für die persönlichen Forderungen nicht in Anspruch genommenen Teil der Grundschuld zurückzugewähren, so hat das für den Fall des Verkaufs der Grundschuld die Bedeutung, daß die Bank einen Verkaufserlös, der den Betrag ihrer Forderung übersteigen würde, an die Sicherungsbesteller herauszugeben habe. Aber das besagt nichts für den Umfang des Rechts, das der Käufer und Zessionar erlangt. Wenn bedungen ist, „die Grundschuld selbst“ dürfe verwertet werden, so ist damit unvereinbar eine Lösung dahin, daß der Käufer, der mit dem Sicherungsverhältnis nichts zu tun hat, im Endergebnis doch nicht eine Grundschuld von 25 000 RM erworben hätte, sondern nur eine solche in dem wechselnden Betrage der jeweiligen persönlichen Forderung der Bank. Dann hätte er — wirtschaftlich betrachtet — nicht eine Grundschuld gekauft, sondern er wäre als Gläubiger in das dinglich gesicherte Schuldbverhältnis zwischen der Bank und deren Kreditnehmerin eingetreten. Die vom BG. getroffene Auslegung entspricht aber nicht nur dem Wortlaut und Sinn der Abrede, sondern auch den Bedürfnissen des Verkehrs. Wird, wie es der Bank gestattet war, die Grundschuld als solche zum Verkauf gestellt, so muß der Erwerber auch wirklich den Kaufgegenstand bekommen und nicht eine im Endergebnis anders gestaltete Berechtigung viel geringeren Umfangs. Andererseits war es Sache der Bank, die Verwertung so zu gestalten, daß den Belangen der Sicherungsgeber möglichst Rechnung getragen wurde. Für die Prüfung des Inhalts der Kreditabrede und des Rechts des Kl. kommt es jedoch nicht darauf an, ob dies geschehen ist oder nicht.

Nach alledem ist die Annahme des BG., für den Fall der Verwertung der Grundschuld habe die völlige Loslösung von der persönlichen Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt war, dem Inhalt der laut Brief v. 29. Mai 1929 getroffenen Sicherungsabmachung entsprochen, rechtlich zu billigen. Da hiernach den dinglichen Schuldneuern nach solcher Verwertung keine Einrede aus ihrem Rechtsverhältnis mit der Bank gegen die Grundschuld zustand, so tritt die Frage einer Wirkung gegenüber dem Kl. und die seines guten Glaubens gar nicht auf. Die Berechtigung des Kl. aus der Grundschuld im vollen Umfange ist nicht zu bezweifeln.

(U. v. 26. Febr. 1936; V 211/35. — Königsberg.) [v. B.]

8. §§ 24, 34, 10, 51 GenG. Der im Genossenschaftsregister eingetragene und nicht abberufene Vorstand ist zur Berufung der Generalversammlung berechtigt, selbst wenn seiner Bestellung Mängel anhaften.

Der Hauptantrag der Klagepartei geht auf Feststellung der Richtigkeit des Wahlbeschlusses der GenVers. der bekl. Genossenschaft v. 1. Okt. 1934. Insofern handelt es sich um eine Feststellungsklage i. S. des § 256 ZPO. Diese ist mit der Anfechtungsklage nach § 51 GenG. verbunden worden, die auf Nichtigklärung des genannten GenVersBeschlusses gerichtet ist — zweiter Antrag der Klage.

Die Zulässigkeit der Erhebung der beiden Klagen nebeneinander ist zu bejahen und auch das für die Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse des Kl. an der alsbaldigen Feststellung der Richtigkeit des GenVersBeschlusses wird durch die Möglichkeit der Anfechtungsklage nicht in Frage gestellt. Die Grundlagen der beiden Klagen sind verschieden. Das Anfechtungsrecht des Genossen aus § 51 GenG. ist zudem noch besonderen Beschränkungen unterworfen.

Die Geltendmachung der beiden Ansprüche in einer Klage (§ 260 ZPO.) beraubte die dadurch nur zum Zwecke der gemeinsamen Verhandlung und Entsch. verbundenen Ansprüche nicht ihrer Selbständigkeit. Für jeden von ihnen war deshalb auch die Zulässigkeit der Rev. gesondert zu prüfen.

Die Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines Genossenschaftsbeschlusses ist ein vermögensrechtlicher Anspruch. Der Wert des Streitgegenstandes war nach § 3 ZPO. nach freiem Ermessen festzusetzen.

Der Kl. hat in der ersten Instanz den Wert des Streitgegenstandes mit 500 RM angegeben. Das BG. hat keinen Anlaß zu einer anderen Festsetzung des Streitwertes gefunden.

Auch für die RevInst. fehlt jeder Anhalt für höhere Bewertung.

Damit ist aber die Revisionssumme für die mit dem Hauptantrag erhobene Feststellungsklage nicht gegeben. Die Rev. war deshalb insoweit unzulässig (§ 546 ZPO.).

Für die Anfechtungsklage aus § 51 GenG. ist nach § 51 Abs. 3 Satz 2 GenG. das LG. ausschließlich zuständig; und in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für die die LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, findet nach § 547 Ziff. 2 ZPO. die Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes statt. Für die auf Nichtigklärung des GenVersBeschlusses erhobene Klage war deshalb die Rev. zulässig.

Die innerhalb der Monatsfrist des § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG. erhobene Anfechtungsklage war aber nur damit begründet, daß die GenVers. der Genossenschaft v. 1. Okt. 1934 von Unbefugten berufen gewesen sei, nämlich von einem gefesselt gewählten Vorstandsmitglied F. und von einem angeblichen Vorsitzenden eines längst nicht mehr arbeitsfähigen Aufsichtsrats. Nach dem Statut — so war in der Klage weiter ausgeführt — habe die Einberufung der GenVers. durch den Vorstand oder den Aufsichtsrat oder durch beide zu geschehen. Weil aber zur Zeit der Einberufung der Versammlung vom 1. Okt. 1934 weder ein handlungsfähiger Vorstand noch ein handlungsfähiger Aufsichtsrat dagewesen sei, könne die GenVers. v. 1. Okt. 1934 nicht als GenVers. der Genossenschaft gelten. Der in dieser Versammlung gefaßte Beschluß sei ein Scheinbeschluß und deshalb nichtig. Wenn aber die in erster Linie beantragte Feststellung der Richtigkeit nicht durchbringe, dann sei der Beschluß doch, weil unter Verletzung des Statuts zustande gekommen, nach § 51 GenG. anfechtbar, und darauf gründe sich der zweite Antrag.

Der Klage war allerdings eine Abschrift des Protokolles über die GenVers. v. 1. Okt. 1934 beigelegt. Aber diese Beilage war nicht etwa als Bestandteil der Klage erklärt. Sie sollte nur zeigen, daß der Kl. in der GenVers. v. 1. Okt. 1934 erschienen war und gegen den gefaßten Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt hatte, also beweisen, daß der Kl. die Klagevoraussetzung nach § 51 Abs. 2 Satz 1 GenG. erfüllt hatte.

Erst in der Berufungsbegründung v. 20. März 1935 ist die Klage auch darauf gestützt worden, daß die Einladung zur GenVers. nicht in der durch § 22 Abs. 2 des Statuts vorgesehenen schriftlichen Form erfolgt sei und daß der Vertreter einer Erbgemeinschaft satzungswidrig nicht zur Beratung und Abstimmung zugelassen worden sei. Damals war aber die Frist des § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG. schon abgelaufen. Die Klage konnte deshalb nicht mehr auf diese verpatet vorgebrachten Anfechtungsgründe gestützt werden.

Die Vekl. hat sich wohl darauf eingelassen und auch das BG. hat die neue Klagebegründung sachlich gewürdigt. Das ist aber belanglos. Denn die Frist des § 51 Abs. 1 Satz 2 ist eine Ausschlussfrist. Ihre Einhaltung ist auch in der Rev.-Inst. von Amts wegen zu prüfen (JW. 1929, 1367).

Auf die erst in der Ber.-Inst. nachgebrachten Klagegründe kann deshalb nicht eingegangen werden.

Auf den Mangel der Schriftlichkeit der Einladung ist die Rev. nicht zurückgekommen. Zu prüfen bleibt deshalb allein der Anfechtungsgrund, die Einladung zur GenVers. sei nicht von einem dazu Befugten ausgegangen.

Nach § 22 der Satzungen der Genossenschaft wird die GenVers. durch den Vorstand berufen; im Falle der Verzögerung und in den sonstigen im Gesetz oder Statut bestimmten Fällen ist auch der Aufsichtsrat dazu befugt. Eine Berufung der GenVers. durch gemeinsame Einladung der beiden Organe ist in den Satzungen nicht vorgesehen. Aber es kann kein Zweifel sein, daß die Beteiligung des Aufsichtsrats an einer vom Vorstand ausgehenden Einladung keinen Mangel der Einladung begründet.

Die Einladung zur GenVers. v. Okt. 1934 war von den beiden Vorstandsmitgliedern unterzeichnet. Damit war dem Erfordernis des § 22 Abs. 1 Satz 1 der Satzungen genügt. Die Mitunterzeichnung der Berufung durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats war überflüssig. Die Erwägungen der Rev. über die Frage, ob der Aufsichtsratsbeschuß über die Einberufung der GenVers. ordnungsmäßig zustande gekommen ist, sind deshalb jedenfalls dann unbeachtlich, wenn sich ergibt, daß die Einberufung durch den Vorstand nicht zu beanstanden war.

Gegen die ordnungsmäßige Bestellung des Vorstands Fr. sind keine Bedenken erhoben worden.

Das BG. geht davon aus, daß die Bestellung des zweiten Vorstandsmitglieds Fr. nicht bedenkenfrei sei. Es hält aber gleichwohl die Berufung der GenVers. durch ihn und seinen Mitvorstand für rechtswirksam, weil Fr. jedenfalls tatsächlich zum Vorstand bestellt und auch in das Genossenschaftsregister eingetragen worden sei. Das BG. beruft sich auf JW. 1911, 330<sup>30</sup>.

Die Rev. hält von ihrem Standpunkt der Nichtigkeit der Bestellung des Fr. zum Vorstand die Einberufung der GenVers. durch den arbeitsunfähigen Vorstand für rechtsunwirksam. Der Mangel der Einberufung führe mindestens zur Anfechtbarkeit des in der GenVers. gefaßten Beschlusses.

Diese Meinung der Rev. ist nicht richtig. Auch wenn man mit dem BG. annimmt, daß die Wahl Fr.s zum Vorstand mit Mängeln behaftet war, wird dadurch die Gültigkeit der Einberufung der GenVers. und des in der GenVers. gefaßten Beschlusses nicht in Frage gestellt. Der 1. Sen. des RG. hat in der vom BG. erwähnten Entsch. der Anschauung Ausdruck gegeben, daß dem tatsächlich Gewählten und auch auf Grund der Eintragung im Genossenschaftsregister im Verkehr als Vorstand Auerkanntem auch bei etwaigen Mängeln seiner Bestellung die Ausübung der Befugnisse des Vorstandes, besonders die Berufung der GenVers. zustehen müsse. Die gegenteilige Meinung führe zu dem unmöglichen Ergebnis, daß sonst der behauptete Mangel der Bestellung nie beseitigt werden könne.

Die Nichtigkeit dieser Meinung wird gerade durch den gegebenen Fall beleuchtet. Denn nach der Aufstellung des Kl. konnte weder der ordnungswidrig gewählte Vorstand noch der nach Meinung der Rev. nicht mehr vorhandene Aufsichtsrat eine GenVers. berufen. Die Berufung durch Genossen, die vom Gerichte besonders zur Berufung ermächtigt werden

(§ 45 Abs. 3 GenG. und § 24 der Satzungen), konnte nicht in Frage kommen, weil der Vorstand und der Aufsichtsrat zur Berufung der GenVers. bereit waren und deshalb die Voraussetzungen für eine Ermächtigung von Genossen zur Berufung fehlte. Es konnte dann noch daran gedacht werden, auf dem Wege über § 29 BGB. die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes durch das Gericht zu erreichen. § 29 BGB. regelt zwar zunächst die Behebung eines Vorstandsmangels nur für das Vereinsrecht und gibt die Möglichkeit, fehlende für die Fortführung der Geschäfte des Vereines notwendige Vorstandsmitglieder in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Behebung des Mangels durch das zuständige AG. bestellen zu lassen. Die Bestimmung findet aber unter Umständen auch Anwendung auf juristische Personen des Handelsrechts. Für die GmbH. ist die Anwendbarkeit in der Rspr. anerkannt. Es können aber auch kaum Bedenken dagegen bestehen, sie auch auf die Genossenschaft anzuwenden. Hätte aber der Kl. mit der Behauptung, die Genossenschaft habe weder einen arbeitsfähigen Vorstand noch einen Aufsichtsrat aus den in diesem Rechtsstreit vorgebrachten Gründen, die Bestellung eines Vorstandes zur Ermöglichung der Einberufung einer GenVers. beantragt, so wäre der Antrag ebenso vom Gerichte abgelehnt worden, wie der Antrag der fünf Genossen zurückgewiesen worden ist, die nach der Erhebung der jetzigen Klage unter Hinweis auf die Klagebegründung und mit der Behauptung, ein ordnungsmäßig bestellter Vorstand sei nicht vorhanden, die Bestellung eines Vorstandes durch das Gericht unter Berufung auf § 29 BGB. verlangt hatten. Das Gericht hätte dem Kl. wie später den anderen fünf Genossen mit Recht erwidert, die Genossenschaft habe nach den Registerakten einen Vorstand. Der Registerrichter habe die äußere Ordnungsmäßigkeit der Bestellung vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister geprüft. Auch wenn der Bestellschluß mangelhaft sei, bleibe er so lange in Wirksamkeit, bis er durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil für unwirksam erklärt sei.

Die Rev. kann dagegen nicht einwenden, daß die Anfechtungsklage des § 51 GenG. nur gegen Beschlüsse der GenVers. gegeben sei. Deshalb müsse der Genosse berechtigt sein, satzungs- und gesetzwidrigen Beschlüssen des Aufsichtsrates durch (freie) Geltendmachung der Nichtigkeit zu begegnen. Denn § 51 GenG. verfolgt (wie auch § 271 BGB. für die AktG.) im Interesse der Verkehrssicherheit gerade den Zweck, die Geltendmachung der Gesetzwidrigkeit von Beschlüssen zu erschweren. Die GenVers. als das oberste Organ der Willensbildung der Genossenschaft ist berufen, Beschlüsse des Aufsichtsrates nachzuprüfen, wenn gegen ihre Ordnungsmäßigkeit Bedenken bestehen, ihre Aufhebung zu veranlassen, nötigenfalls den vom Aufsichtsrat bestellten Vorstand abzu-berufen oder abberufen zu lassen (§§ 36 Abs. 3, 24 Abs. 3 GenG.). Der Beschuß über die Bestellung eines Vorstandes wird seinem Inhalte nach niemals sittenwidrig sein können. Fälle der sogenannten unheilbaren Nichtigkeit eines solchen Beschlusses sind kaum denkbar. Heilbare Mängel werden aber stets durch die GenVers. zu beseitigen sein, die von dem bestellten Vorstand zu berufen ist.

Abgesehen von solchen Zweckmäßigkeitsermägungen führt die richtige Anwendung der Bestimmungen des 3. Abschn. des GenG. „Vertretung und Geschäftsführung“ zu dem gleichen Ergebnis. Wo das Gesetz in den §§ 24 ff. GenG. vom Vorstand spricht, meint es den gem. §§ 10 ff. GenG. im Genossenschaftsregister eingetragenen Vorstand. Durch ihn wird die Genossenschaft nach § 24 GenG. gerichtlich und außergerichtlich vertreten; ihm obliegen die zahlreichen Pflichten, die das Gesetz festlegt. Auf die Eintragung kann sich jeder Dritte verlassen und die Handlungen des eingetragenen muß die Genossenschaft gegen sich gelten lassen (§ 29 GenG.). Der eingetragene Vorstand kann weder seine Haftung der Genossenschaft gegenüber (§ 34 GenG.) noch die strafrechtliche Verantwortung für seine Vorstandstätigkeit mit der Begründung ablehnen, daß der Beschuß über seine Bestellung mangelhaft sei. Daran folgt aber auch, daß ihm trotz etwaiger Mängel seiner Bestellung das Recht der Geschäftsführung



zustehen muß, besonders auch das Recht zur Berufung der GenVerf. (§§ 44 ff. GenG.) so lange, bis er ordnungsmäßig abberufen ist.

(U. v. 20. März 1936; II 187/35. — Raumburg a. d. S.)  
[R.]

\*

9. §§ 34, 41 GenG.; § 254 BGB.; § 364 ZPO.  
Vorstand und Aufsichtsrat einer Genossenschaft sind schadensersatzpflichtig, wenn sie Kredite gewähren, obwohl die Genossenschaft nicht die erforderlichen Barmittel besitzt. — Die Feststellung des eigenen Verschuldens des Geschädigten kann dem Verfahren über die Schadenshöhe vorbehalten werden, wenn das mitwirkende Verschulden zweifellos nur zu einer Minderung, nicht zur völligen Beteiligung des Schadens führen kann.

Zwischen den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat und der Genossenschaft entsteht durch die Wahl und die Annahme der Wahl durch die Gewählten ein Vertragsverhältnis, und zwar ein auf die Besorgung von Geschäften gerichteter Dienstvertrag (§§ 611, 675 BGB.) oder ein Auftrag (§ 662 BGB.), je nachdem ob das Amt mit einer Vergütung verbunden ist oder nicht. Die Haftung der Amtsträger der Genossenschaft aus dem Vertragsverhältnis ist durch §§ 34, 41 GenG. geregelt. Darin ist als Maßstab für die von den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten anzuwendende Umsicht die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmanns bestimmt. Durch die Sagung der Genossenschaft kann die Haftung wohl verschärft, nicht aber gemildert werden, sie unterscheidet sich dadurch von der allgemeinen Vertragshaftung des § 276 BGB., die in den Grenzen des § 276 Abs. 2 BGB. durch Vereinbarung der Vertragsparteien beschränkt werden kann. Wird so der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft ständig von Organen geleitet und beaufsichtigt, die nach unabdingbarer Vorschrift die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten anzuwenden haben, so ist damit zugleich eine erhebliche Sicherheit dafür gegeben, daß die Genossenschaft vor geschädlichem Schaden bewahrt bleibt. Wird gleichwohl durch Maßnahmen oder Unterlassungen der Vertretungskörper eine Schädigung des Vermögens der Genossenschaft herbeigeführt, so spricht die Vermutung dafür, daß die Amtsträger ihrer Sorgfaltspflicht nicht genügt haben.

Der erst. Sen. hat in ständiger Rspr. festgehalten, daß die aus §§ 34, 41 GenG. auf Schadensersatz klagende Genossenschaft nur zu behaupten und nötigen Falles zu beweisen hat, daß sie durch die Geschäftsgebarung des beklagten Vorstandes oder Aufsichtsrates geschädigt worden ist. Sache der Bekl. ist es dann darzutun, daß sie trotz des gegen sie sprechenden Anscheins ihrer Sorgfaltspflicht genügt haben oder zu beweisen, daß ihnen die Erfüllung ihrer Pflicht unmöglich war (vgl. Urt. v. 1. Dez. 1933 zu II 139/33).

Das BG. ist ohne weitere Erörterungen davon ausgegangen, daß die Kl. durch die Kreditgewährung an S. erheblich geschädigt worden ist und daß die Genehmigung und Auszahlung des Darlehens im Aufgabekreis der Bekl. lag. Es ist sich aber über die Beweisspflicht der Bekl. nicht klar geworden. Denn sonst wäre es auf Grund des gegebenen Sachverhaltes wohl zu dem Ergebnis gekommen, daß die Bekl. nicht bewiesen hätten, daß sie vor der Auszahlung des Kredits die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers nach den Grundsätzen und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns geprüft hätten. Denn daß dieser Beweis nicht geführt war, konnte um so weniger zweifelhaft sein, als die Bekl. sich auf die ihnen vorgelegten Schätzungen verlassen und, offenbar der Ansicht des Bekl. St. folgend, die Ansichten des S. in seinem Prozesse mit T. und damit die ganze Grundlage seiner künftigen Kreditwürdigkeit unrichtig beurteilt, dagegen unterlassen hatten, die erforderlichen Auskünfte über S. einzuholen, sich ein verlässiges Urteil über seine Wirtschaftslage zu verschaffen, und vor allem den Zwischenkredit ausgezahlt hatten, ohne daß die im Verträge

v. 28. Juni 1928 als nötige Grundlage einer Kreditgewährung festgelegten Sicherheiten gegeben waren und obwohl die Bank sich nicht einmal einen entsprechenden Einfluß auf die Führung des Rechtsstreites des S. mit T. gesichert hatte.

Das BG. sieht eine Pflichtverletzung der Bekl. darin, daß sie dem S. das Darlehen von 15000 RM — als Zwischenkredit — gegeben haben, obwohl bei der Geschäftslage der Bank die weitere Bewilligung von Darlehen gegen die Grundsätze einer ordentlichen Geschäftsführung verstoßen habe. Es erwägt dazu, daß die schon seit längerem bestehende Knappheit der Genossenschaft an flüssigen Mitteln nach dem Ergebnis der Beweiserhebung auch zur Zeit des Abschlusses des Vertrages mit S. im Juni 1928 sorgfältigen Leitern oder Aufsichtsorganen des Bankbetriebes den Abschluß eines solchen Geschäftes hätte verbieten müssen. Die Bekl. hätten pflichtwidrig gehandelt, wenn sie sich gleichwohl auf den Vertrag mit S. eingelassen hätten. Diese Feststellung ist nicht nur für den Vertrag vom Juni 1928 getroffen, zu dessen Erfüllung es wegen der Unmöglichkeit der Beschaffung der von S. zugesagten Sicherheiten nicht gekommen ist, sondern ausdrücklich auch für die Bewilligung des Zwischenkredits. Das BG. sagt hierzu: „Ein für die Genossenschaft untragbares Kreditgeschäft durfte nicht bevorschlagt werden. Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder hatten vor Gewährung des Zwischenkredits erneut die Liquidität der Gesellschaft zu prüfen. Sie konnten diesen noch ablehnen. Wenn sie dies nicht taten, so sind sie für den entstandenen Schaden verantwortlich. Denn die Möglichkeit eines Schadens konnten sie voraussehen...“

Den Revkl. ist zuzugeben, daß der mit der Klage verfolgte Schadensersatzanspruch nicht gerade in der Richtung einer wegen Illiquidität der Genossenschaft pflichtwidrigen Kreditgewährung lag. Der verlangte Schaden ist dadurch entstanden, daß S. zahlungsunfähig geworden ist, nicht etwa dadurch, daß die Bank infolge einer für sie nicht mehr tragbaren Entblößung von Barmitteln ihren Verpflichtungen nicht mehr hat nachkommen können und selbst schadensersatzpflichtig geworden ist.

Das BG. durfte aber gleichwohl den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Darlehensgewährung und dem Schaden der Kl. annehmen. Denn bei jeder Kreditgewährung ist eine gewisse Verlustgefahr gegeben. Es liegt jedenfalls nicht „jenseits aller Erfahrung und Berechnung“, daß ein Darlehensgeschäft zu einem Verluste führt, auch dann nicht, wenn den Darlehensgeber der Vorwurf zu geringer Sorgfalt bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit des Darlehensempfängers nicht trifft.

Hätten die Bekl. bei ihrer Entschließung, ob S. der erbetene Zwischenkredit bewilligt werden sollte, allein zu prüfen gehabt, ob die von ihm gegebenen Sicherheiten ausreichend waren und ob auch sonst keine Bedenken gegen seine Kreditwürdigkeit bestanden, und wären sie ohne Verstoß gegen ihre Sorgfaltspflicht ordentlicher Geschäftsleute zur Bejahung der Frage gekommen, dann hätten sie für den gleichwohl eingetretenen Schaden naturgemäß nicht zu haften. Das BG. hat aber ausdrücklich festgestellt, daß die Bekl., abgesehen von der Frage der Kreditwürdigkeit des S. — die es als für die Entsch. ohne Belang ungeprüft läßt —, noch zu erwägen hatten, ob bei der gegebenen Knappheit der Bank an flüssigen Mitteln die Bewilligung eines Darlehens an sich vertretbar war. Und das BG. ist zu dem Ergebnis gekommen, daß ein ordentlicher Geschäftsmann der Genossenschaft unter den gegebenen Verhältnissen auf keinen Fall weitere Barmittel entzogen hätte und daß die Bekl. deshalb ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben, wenn sie es gleichwohl taten. Dann durfte das BG., weil die festgestellte pflichtwidrige Handlung der Bekl. in einer Kreditgewährung bestand, die ihrer Natur nach eine gewisse Gefahr des Verlustes des dargelegenen Geldes in sich trug, auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden annehmen, der der Kl. durch den Verlust des Darlehens infolge der Zahlungsunfähigkeit des S. entstanden ist. Denn der Verlust des Geldes wäre nicht eingetreten, wenn die Bekl. nicht die Auszahlung veranlaßt hätten; diese Auszahlung

aber war nach dem zuvor Gesagten pflichtwidrig. Die in der Entsch. des O.G. festgehaltene strenge Haftung der Organe der Kreditgenossenschaften für die von ihnen eingegangenen Kreditgeschäfte entspricht dem Willen des Gesetzes und einer gesunden Verkehrsauffassung in gleicher Weise.

(U. v. 31. März 1936; II 119/35. — Celle.) [R.]

\*

**\*\*10.** §§ 3, 70 VerglD. a. F.; §§ 28, 87 VerglD. n. F.; § 845 ZPO. Erfolgt die Benachrichtigung des Drittschuldners gem. § 845 ZPO. (Pfändungsankündigung) vor der Sperrfrist des Vergleichsverfahrens, der Pfändungsbeschluss aber innerhalb der Sperrfrist, so ist die Pfändung für das Vergleichsverfahren unwirksam; sie gilt als für das Vergleichsverfahren nicht vorhanden. †)

Die Bekl. hat auf Grund eines Versäumnisurteils gegen die Kl. auf Zahlung von 16 381,07 *R.M.* nebst Zinsen der Der Bank und dem Postcheckamt am 9. Nov. 1934 gem. § 845 ZPO. eine Benachrichtigung zustellen lassen, daß die Pfändung der Ansprüche der Kl. gegen die Bank „aus Sparteinlage, Darlehenszusage, laufender Rechnung und Separatkonto und gegen das Postcheckamt aus dem Postcheckvertrag, aus Bareinzahlungen, Darlehen, laufender Rechnung und ungerechtfertigter Bereicherung“ bevorstehe. Der Beschluss des VollstrGer. v. 19. Nov. 1934, durch den diese Ansprüche für die Bekl. gepfändet und ihr überwiesen wurden, wurde den beiden Drittschuldnern am 22. Nov. 1934 zugestellt. Am 12. Dez. 1934 stellte die Kl. Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens, dem durch Beschl. v. 25. Jan. 1935 stattgegeben wurde. Am 16. April 1935 wurde der von den Gläubigern angenommene Vergleich gerichtlich bestätigt.

Mit der Begründung, daß hiernach die Pfändung, weil innerhalb der Sperrfrist des § 3 VerglD. v. 5. Juli 1927 (RGBl. I, 139, 175 = VerglD. a. F.) erfolgt, unwirksam sei, verlangt die Kl. Rückzahlung der an die Bekl. von dem Postcheckamt ausgezahlten 14 291,73 *R.M.*

O.G. und O.V. haben die Klage abgewiesen, RG. hat verurteilt.

Die Rechtslage hat eine gewisse Ähnlichkeit mit derjenigen, die dem Urteile des erf. Sen. v. 5. Dez. 1913 (RGZ. 83, 332 = JW. 1914, 316) zugrunde lag. Dort war zu unterstellen, daß die Vorpfändung (§ 845 ZPO.) mangelfrei, insbes. an sich der Anfechtung nach der R.D. nicht zugänglich war; dagegen unterlag die ihr fristgemäß vor Eröffnung des Konkurses nachgefolgte gerichtliche Pfändung den Voraussetzungen der Anfechtung nach § 30 Ziff. 2 R.D., weil dem Pfändungsgläubiger zur Zeit der gerichtlichen Pfändung die Zahlungseinstellung bekannt gewesen war. Dort handelte es sich also um die Frage, ob die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Pfändung zur Folge hat, daß sich der Pfändungsgläubiger der Anfechtung gegenüber nicht darauf berufen könne, er habe schon durch die von den Voraussetzungen der Anfechtung nicht betroffene Vorpfändung das Pfandrecht erworben. Der erf. Sen. hat in jenem Urteile diese Frage verneint. Er hat ausgeführt, schon die Vorpfändung (§ 845 ZPO.) habe das Pfandrecht begründet; sie habe die Rechtsänderung herbeigeführt, welche das Vermögen des (Gemein-) Schuldners belastet habe. Die gerichtliche Pfändung erzeuge das Pfandrecht nicht erst, es sei bereits erzeugt gewesen. Deshalb genüge das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anfechtung der gerichtlichen Pfändung nicht. Die Überweisung der gepfändeten Forderung stelle keine Vermögensbelastung mehr dar. Der Senat war mit dieser Begründung von derjenigen abgewichen, mit der am 16. Sept. 1898 der 3. ZivSen. die gleiche Frage ebenso entschieden hatte. In diesem Urteile (RGZ. 42, 365) war ausgeführt worden, die Anfechtung der Pfändung habe nur die Wirkung, einen persönlichen Anspruch des Anfechtenden auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zu schaffen; aber nicht des Zustandes „von Anfang an“, sondern nur des Zustandes, der bis zur Anfechtung bestanden habe. Die Folgen, welche die angefochtene Handlung bis dahin ausgelöst habe, blieben bestehen. Zu ihnen gehöre die Herbeiführung

der vollen Wirksamkeit der Vorpfändung durch den gerichtlichen Pfändungsbeschluss, sofern nicht etwa dieser selbst un- gültig, insbes. nach Eröffnung des Konkursverfahrens oder nach Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots erwirkt sei. Der erf. Sen. ist in seinem Ur. v. 5. Dez. 1913 ausdrücklich jener Entsch. nur im Ergebnis beigetreten.

Daß es sich bei der Pfändungsbenachrichtigung des § 845 ZPO. nicht um eine bloße Benachrichtigung, sondern, falls die Pfändung innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgt ist, um eine wirkliche Pfandrechtsbegründung handelt, ist schon in RGZ. 17, 331 ausgesprochen worden; daran hat das RG. immer festgehalten. Freilich spricht der erf. Sen. in RGZ. 83, 332 = JW. 1914, 316 nicht mehr davon, daß diese Pfandrechtsbegründung nur bedingt (sei es aufschiebend, sei es auflösend) erfolge, wie dies u. a. in RGZ. 17, 331 und 26, 425 angenommen worden war. Er stellt vielmehr die vom Gesetz verlangte fristgemäße gerichtliche Pfändung inhaltlich einer bloßen fristgebundenen Nachholung der vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Schuldtitels gleich. Er spricht von der gerichtlichen Pfändung nur mehr als von einem „vorgeschriebenen Erfordernis“, bei dessen Erfüllung sich das Arrestpfandrecht von selbst in ein ordentliches Vollstreckungspfandrecht umwandle. Der Senat hat in jenem Urteil davon abgesehen, das Entstehen des Pfandrechts aus der Vorpfändung als auf zwei gleichwertigen Voraussetzungen beruhend anzusehen, von denen keine ohne die andere in Anspruch sei, das Pfandrecht in dem Zeitpunkte der Benachrichtigung entstehen zu lassen (so RGWarn. 1913 Nr. 351). Der Senat läßt sich dort überhaupt nicht ein auf die Theorien der auf- schiebend oder auflösend bedingten Pfandrechtsbegründung und sonstige Konstruktionen zu § 845 ZPO. Er erklärt die Pfändungsbenachrichtigung schlechthin als einen echten pfandrechtbegründenden (privaten) Vollstreckungsakt, natürlich nur dann, wenn auch das „Erfordernis“ des Abs. 2 erfüllt sei. Der von Jaeger (Anm. 14 zu § 14 R.D.) dem RG. zur Last gelegte unlösbare Widerspruch zu den beiden Entsch. in RGZ. 26, 425 und 42, 366 sowie zu dem vorstehend er- wähnten, bei Warn. 1913 Nr. 351 abgedr. Urteile liegt aber trotzdem nicht vor. Denn nirgends läßt das Urteil des erf. Sen. in RGZ. 83, 332 die Auffassung zu, daß auch eine un- wirksame gerichtliche Pfändung das „Erfordernis“ des § 845 Abs. 2 ZPO. erfülle. Und gerade unter diesem lech- teren Gesichtspunkt fragt es sich, welche Auswirkung für die Anwendung des § 3 (mit § 70) VerglD. a. F. und damit auch für diejenige des § 28 mit § 87 der geltenden VerglD. v. 26. Febr. 1935 die Anwendung der Rechtsgrundsätze haben muß, die der erf. Sen. in jenem Urteile im 83. Band auf- gestellt hat.

Es ist schon eingangs hervorgehoben worden, daß die Rechtslage ähnlich, aber nicht gleich ist derjenigen, die jenem Ur. v. 5. Dez. 1913 zugrunde lag. Denn der Gesetzgeber der alten wie der nunmehr geltenden VerglD. hat es abgelehnt, die mit § 3 bzw. § 28 beabsichtigten Wirkungen durch Ein- führung einer Anfechtbarkeit nach Art der Konkursanfechtung zu erreichen. Vielmehr versagt er den Zwangsvollstreckungs- maßnahmen, die innerhalb der Sperrfrist vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens vorgenommen worden sind, ohne weiteres („automatisch“) die Anerkennung schon für das Vergleichs- verfahren selbst (vgl. Kieselow [4. Aufl.] S. 117/18; Bley S. 144) und nimmt ihnen mit der Bestätigung des Vergleiches überhaupt die sachlich-rechtliche Wirksamkeit (§ 70 VerglD. a. F., § 87 der geltenden VerglD.). Daß die fristgemäß der Pfän- dungsbenachrichtigung folgende gerichtliche Pfändung nicht eine bloße Nachholung gewisser, jener Benachrichtigung fehlender formaler Erfordernisse, auch nicht die bloße Auslösung einer mit der Benachrichtigung gesetzten aufschiebenden oder auflösen- den Bedingung, sondern eine echte Vollstreckungshandlung ist, kann nicht zweifelhaft sein. Daraus ergibt sich nun aber ein grundlegender Unterschied gegenüber der Rechtslage, die bei dem Ur. v. 5. Dez. 1913 gegeben war. Und zwar betrifft dieser Unterschied gerade das in RGZ. 26, 427 und 42, 366 aufgestellte Erfordernis der Wirksamkeit der Vollstreckungs- handlung als einer Pfandrechtsbegründung. Es liegt hier eine

Art von Mittel ding vor zwischen einer bloß der Anfechtbarkeit zugänglichen Pfändung (RGZ. 42, 336; 83, 335) und zwischen einer unzulässigen und deshalb unwirksamen (§ 14 RD.; § 32 VerglD. a. F., § 47 n. F.). Denn die vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens, aber nach Beginn der Sperrfrist des § 3 VerglD. a. F. (§ 28 VerglD. n. F.) bewirkte Pfändung ist nach §§ 3, 70 (28, 87) VerglD. zwar zunächst nicht unzulässig, auch sachenrechtlich wirksam; sie hat also an sich zunächst ein Pfandrecht begründet; denn sie wird nicht rückwirkend unwirksam mit der Bestätigung des Vergleichs. Aber sie gilt doch wieder für das Vergleichsverfahren selbst als nicht vorhanden, sie wird nicht „anerkannt“ (Kiesow), sie bleibt für das Vergleichsverfahren schlechthin außer Betracht (Wley). Sie ist also praktisch auch vor der Bestätigung des Vergleichs nicht vorhanden; wird der Vergleich, wie hier, bestätigt, so ist sie also für den Vergleichsgläubiger und das Vergleichsverfahren überhaupt nicht vorhanden gewesen. — Für einen solchen Fall aber gelten die Grundsätze des Urteils des erf. Sen. im 83. Band nicht; der von Jaeger (§ 14 RD., Anm. 14) dem RG. zum Vorwurf gemachte unlösbare Widerspruch liegt nicht vor. Damit, daß der Gesetzgeber in § 3 VerglD. (a. F.; § 28 n. F.) es gerade abgelehnt hat, die Grundsätze der bloßen Anfechtbarkeit nach Art der RD. zu übernehmen, daß er vielmehr den innerhalb der Sperrfrist vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, also den durch sie an sich erzeugten sachenrechtlichen Wirkungen, die Berücksichtigung während der Dauer des Vergleichsverfahrens schlechthin verweigert, um die durch sie (an sich) begründeten Rechte schließlich (§ 70 VerglD. a. F., § 87 n. F.) für den Fall der Bestätigung des Vergleichs der Wirksamkeit überhaupt zu berauben, hat er eine Rechtslage geschaffen, die im Ergebnis derjenigen entspricht, welche sich ergibt, wenn nach Eröffnung des Konkursverfahrens oder nach dem Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots (§ 106 Abs. 1 Satz 3 RD.; vgl. das Urteil des RG. RGZ. 26, 425 zu § 98 RD. a. F. = [abgeändert] § 106 RD. nunmehriger Fassung) oder nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens (§ 32 VerglD. a. F. = § 47 n. F.) fristgemäß die gerichtliche (Nach-) Pfändung zu einer vor der Eröffnung erfolgten Verpfändung erfolgt. Es kommt für das Vergleichsverfahren mindestens im Ergebnis auf dasselbe hinaus, ob der Gesetzgeber bestimmt, daß Zwangsvollstreckungen nicht mehr vorgenommen werden „können“ (§ 32 VerglD. a. F., § 47 n. F.) oder daß solche „nicht“ mehr „stattfinden“ (§ 14 RD.), und daß Rechte an den Konkursmassgegenständen nicht mehr erworben werden können (§ 15 RD.), oder ob er zunächst die völlige Nichtberücksichtigung solcher Vollstreckungshandlungen für das Vergleichsverfahren anordnet (§ 3 VerglD.) und sie dann endgültig (§ 70) ihrer Wirksamkeit überhaupt beraubt. In beiden Fällen ist — für das Vergleichsverfahren — die Vollstreckungshandlung in Wahrheit schlechthin unwirksam, und darauf kommt es hier an. Deshalb ist durchaus den Erwägungen entsprechend beizutreten, die das RG. in dem Urteile RGZ. 26, 425 (427/28) für den Fall angestellt hatte, daß einer einwandfreien Vorpfändung zwar fristgemäß, aber nach dem Erlaß (der Bekanntmachung) eines gerichtlichen Veräußerungsverbots nach § 98 RD. a. F. (= § 106 RD.) die gerichtliche Pfändung nachgefolgt war, und mit jenem Urteil in entsprechender Fassung für die hier vorliegende Rechtslage zu sagen: „Gleichgültig, ob man in anderen Beziehungen sagen kann, daß nach erwirkter gerichtlicher Pfändung das Arrestpfandrecht des § 845 ZPO. schon als mit der Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner erworben gelte, so will doch die in Rede stehende Bestimmung (hier § 3 VerglD. a. F. = § 28 VerglD. n. F. mit § 70 VerglD. a. F. = § 87 VerglD. n. F.) soviel als möglich verhindern, daß nach der Antragstellung des Vergleichsgläubigers ein einzelner Gläubiger sich durch irgendeine Rechtshandlung noch einen Vorzug vor der Gesamtheit der Vergleichsgläubiger verschaffen könne; es entspricht daher dem Sinne des Gesetzes, unter dem ‚Erlangen‘ bzw. dem ‚Erwerben‘ (§§ 3, 70 VerglD. a. F. und §§ 28, 87 n. F.) von Sicherungen oder Befriedigungen, welches für das Vergleichsverfahren unberücksichtigt bleiben sollte, auch den hier fraglichen Fall mitzuverstehen“, wo die Benachrichtigung nach

§ 845 ZPO. bereits vor dem Beginn jener Sperrfrist stattgefunden hat, „obwohl dies sonst immerhin ein Erwerb mit rückwirkender Kraft sein würde“ (so RGZ. 26, 427—428).

Zu dem gleichen Ergebnis kommen, wenn auch im einzelnen mit etwas anderer Begründung, Kiesow, Anm. 24 a zu § 3 (S. 125/26); Wley, Anm. IV 2 c zu § 3; Bogels (S. 208, § 28 III b); Bernhardt (Die Vollstreckungssperre nach der VerglD., Leipzig 1929, S. 35, 36). Die gegenteilige Meinung ist für die hier zu entscheidende Frage bisher, soweit ersichtlich, weder im Schrifttum noch in der Rspr. vertreten worden.

(U. v. 15. Mai 1936; VII 281/35. — Darmstadt.) [L.]

#### Anmerkung: 1. Beurteilung der Vorpfändung für das Vergleichsverfahren.

Die gemäß § 845 ZPO. erfolgende Pfändungsankündigung erzeugt für den Gläubiger nur dann ein Pfandrecht, wenn ihr eine wirksame gerichtliche Pfändung nachfolgt. Eine erst nach Beginn der Sperrfrist der §§ 28, 87 VerglD. vorgenommene gerichtliche Pfändung wird bei Zustandekommen des gerichtlichen Vergleichs unwirksam; damit entfällt auch die Wirkung der Pfändungsankündigung. Diese Meinung ist bisher einhellig im Schrifttum zur alten und zur neuen VerglD. vertreten worden. In obigem Urteil nimmt das RG. zu dieser Frage zum erstenmal Stellung; erfreulicherweise tritt das RG. der im Schrifttum vertretenen Auffassung bei, so daß in dieser Frage zwischen Rechtslehre und Rspr. Einigkeit besteht.

#### 2. Beurteilung der Vorpfändung für die konkursrechtliche Anfechtung.

Das RG. erörtert noch weiter die Frage, wie die Rechtslage im Falle der Anfechtung auf Grund § 30 Nr. 2 RD. zu beurteilen sei. In RGZ. 42, 365 und 83, 332 hat das RG. sich dahin ausgesprochen, daß eine Anfechtung nicht möglich sei, wenn zwar die Pfändung innerhalb der Sperrfrist, die Pfändungsankündigung aus § 845 ZPO. aber vor Beginn der Sperrfrist erfolgt sei.

Es erscheint mir fraglich, ob sich für die RD. diese vom RG. früher aufgestellte These aufrechterhalten läßt. M. E. hat der Gesetzgeber durch § 30 Nr. 2 RD. verhindern wollen, daß sich ein Konkursgläubiger noch innerhalb des kritischen Zeitraumes durch irgendwelche Rechtshandlungen eine ihm an sich nicht zukommende Sicherung oder Deckung und damit eine Besserstellung gegenüber anderen Konkursgläubigern verschafft. Daher soll die innerhalb der kritischen Zeit vorgenommene Pfändung der Anfechtung unterliegen. Wird die Pfändung angefochten, so muß der Konkursgläubiger sich so behandeln lassen, als wenn der Pfändungsankündigung keine wirksame Pfändung gefolgt wäre. Die Pfändungsankündigung kann ihn also nicht vor den Folgen der Anfechtung schützen (so mit Recht Jaeger, 6. und 7. Aufl., § 30 Anm. 36 und § 14 Anm. 14).

Das RG. hält denn auch in obigem Urteil seine frühere Meinung nicht ausdrücklich aufrecht; es verwahrt sich nur dagegen, daß seine jetzt für die VerglD. vertretene Auffassung mit jenem früheren Urteil, das einen konkursrechtlichen Fall behandelt, im Widerspruch stehe. Richtig ist, daß die in der VerglD. ausgesprochene Unwirksamkeit der in der Sperrfrist vorgenommenen Pfändung etwas anderes ist, als die in der RD. vorgesehene bloße Anfechtbarkeit solcher Pfändungen. Es wäre also immerhin möglich, die Frage für die RD. anders zu beurteilen als für die VerglD.

Das RG. brauchte hiernach in obigem Urteil nicht ausdrücklich seine frühere für die RD. vertretene Auffassung aufzugeben. Es ist aber wohl wenig wahrscheinlich, daß das RG., wenn es die Frage noch einmal für das Konkursrecht zu entscheiden haben sollte, bei seiner früheren Meinung verbleiben wird.

MinR. Dr. Bogels, Berlin.

\*

## \*\*11. § 580 Nr. 7b ZPO.

I. Ein Vergleich, der nur die Verwirklichung der Urteilsforderung betraf, bildet für eine Restitutionsklage keinen Hinderungsgrund (§ 779 Abs. 2 BGB).

II. Der Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens ist es nicht, die Beseitigung aller rechtskräftigen Urteile zu ermöglichen, in denen ein Rechtsstreit unrichtig entschieden ist.

III. Urkunden, auf deren Auffindung oder nachträglich eingetretene Benutzbarkeit die Restitutionsklage gestützt werden soll, müssen grundsätzlich solche sein, die schon z. B. des Vorprozesses vorhanden, aber damals dem Beweisführer unbekannt oder für ihn unbenutzbar gewesen waren.†)

Der Dentist S., dessen Erben die Restitutionsklägerinnen — im folgenden als Kl. bezeichnet — sind, verkaufte in den Jahren 1924 und 1925 Platinabfälle im Gesamtgewicht von 1438,6 g an die Platinschmelze S. und M. und löste dafür nach und nach mehr als 20 000 RM. Als er am 30. Okt. 1925 einen Posten von 900 g Platin überbracht und dafür eine Anzahlung von 10 000 RM erhalten hatte, wurde er unter dem Verdacht der Hehlerei verhaftet. Es wurde angenommen, daß die Platinabfälle bei der Restitutionsbeklagten — im folgenden Bekl. genannt — gestohlen seien, wo bei der Verarbeitung von Platin zu Kontaktschrauben solche Abfälle regelmäßig vorkommen, die aber sorgfältig gesammelt und abgeliefert werden müssen. S. wollte die von ihm verkauften Abfälle von seinem inzwischen verstorbenen Bruder erhalten haben. Er erhängte sich in der Untersuchungshaft. Über seinen Nachlaß wurde die Nachlaßverwaltung angeordnet und zum Nachlaßverwalter der D. bestellt. Gegen diesen richtete die jetzige Bekl. ihre Schadenersatzklage. Das VG. nahm den Wert der von S. veräußerten Platinabfälle ohne den letzten Posten, welcher der Bekl. ausgehändigt worden war, auf 22 000 RM an und verurteilte den Nachlaßverwalter D. zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen. D. legte Berufung ein, nahm diese aber am 2. Sept. 1929 auf Grund eines außergerichtlichen Vergleiches zurück, worin die jetzige Bekl. sich mit insgesamt 24 500 RM begnügte und die Abtretung einer Hypothek von 21 000 RM an Zahlungs Statt annahm.

Mit der Restitutionsklage erstreben die Kl. die Aufhebung des im Vorprozeß ergangenen Urteils und die Abweisung der Schadenersatzklage. Sie behaupten, die von ihrem Erblasser verkauften Platinabfälle rührten nicht von der Bekl., sondern von der M.-Werke AktG. her, deren Mechaniker Pf. sie mit Duldung des Werks gesammelt und an S. verkauft habe. Sie stützen die Restitutionsklage auf Urkunden, nämlich auf die Handelsbücher und Rechnungsbuchschläge der Firmen S. und Si., die an die M.-Werke Platin geliefert hätten, auf eine Auskunft der Firma S. v. 28. Aug. 1934, zwei Aufstellungen der Firma Si. vom selben Tage und eine von dem Notar K. am 23. Nov. 1934 aufgenommene Urkunde über die Ergebnisse seiner Bucheinsicht bei der Firma Si. Die Bekl. bestreitet die Zulässigkeit und Begründetheit der Restitutionsklage. In der Berzinst. hat sie sich hilfsweise darauf berufen, daß ihr die Ansprüche der M.-Werke von deren Rechtsnachfolgerin durch Urkunde v. 21. Sept. 1935 abgetreten worden seien.

Das VG. vernahm Pf. und den ehemaligen technischen Leiter der M.-Werke als Zeugen, hob sodann das im Vorprozeß gegen den Nachlaßverwalter ergangene Urteil auf und wies die Schadenersatzklage ab. Das VG. verwarf dagegen die Restitutionsklage als unzulässig.

Das RG. hat die Rev. mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Restitutionsklage nicht als unzulässig verworfen, sondern als unbegründet abgewiesen wird.

Das VG. hat die Frage, ob das Verfahren wieder aufzunehmen, von der Frage, ob der Vorprozeß richtig entschieden sei, nicht scharf getrennt. In seinem Urteil verneint

es zunächst, daß der Vergleich der Restitutionsklage entgegenstehe, stellt sodann fest, daß sie form- und fristgerecht erhoben worden sei, jetzt aber die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 580 Nr. 7b ZPO. vorliegen, aus, um sich zuvor dem Ergebnis der Vernehmungen der Zeugen zuzuwenden. Pf. hat ausgesagt, er habe als Mechaniker bei den M.-Werken öfter Platinabfallspäne an S. verkauft und von diesem mehrmals „so um 100 RM herum“, im ganzen kaum mehr als 1000 RM erhalten, zum Schluß habe er an S. ein größeres Quantum abgeliefert, dafür aber keine Bezahlung mehr bekommen; seine Handlungsweise sei, wie er zugebe, nicht recht gewesen, nach seiner Ansicht habe auch S. um die Unrechtmäßigkeit gewußt; sie seien beide stillschweigend übereingekommen, die Sache geheimzuhalten. Das VG. hält die Aussage für glaubwürdig und meint, danach sei der Indizienbeweis des Vorprozesses ausgeräumt; wenn diese Aussage schon damals vorgelegt hätte, so würde das Gericht bei der Beweislast der damaligen Kl. zu keiner Verurteilung haben kommen können. Erst nach diesen Erwägungen wendet sich das VG. der Frage zu, ob der Restitutionsgrund des § 580 Nr. 7b ZPO. vorliege, und bejaht das, wobei es als Urkunden, zu deren Benutzung die Kl. erst jetzt instand gesetzt seien, die Buchauszüge und die Auskunft v. 28. Aug. 1934 und die Notariatsurkunde v. 23. Nov. 1934 ansieht. Die Verjagung der Restitution wäre nach der Meinung des VG. mit einem gefundenen Rechtsempfinden nicht in Einklang zu bringen.

Mit Recht lehnt das BG. diese Vermischung von verfahrensrechtlichen und sachlichen Erwägungen ab. In dem Vergleich sieht auch das BG. kein Hindernis für die Restitutionsklage, weil zum mindesten zweifelhaft sei, ob der Vergleich angefochten werden könne, wenn das zugrunde liegende Urteil bei Bestand bleibe. Gegen diese, den Kl. günstige Auffassung ist kein Bedenken zu erheben, da der Vergleich nur die Verwirklichung der Urteilsforderung betraf (§ 779 Abs. 2 BGB.). Das BG. nimmt auch in Übereinstimmung mit dem VG. und ohne Rechtsirrtum an, daß die Restitutionsklage form- und fristgerecht erhoben worden ist. Aber dann untersucht es, abweichend vom VG., ob das Vorbringen der Kl. den in § 580 Nr. 7b ZPO. genannten Restitutionsgrund erkennen läßt. Dieses Verfahren, nicht das des VG., entspricht dem Gesetz. Die ZPO. verfolgt mit dem Wiederaufnahmeverfahren keineswegs den Zweck, die Beseitigung aller rechtskräftigen Urteile zu ermöglichen, in denen ein Rechtsstreit unrichtig entschieden worden ist. Zur Wahrung des Rechtsfriedens hat sie die Wiederaufnahme auf bestimmte Tatbestände eingeschränkt, die das Bedürfnis nach der Beseitigung eines unrichtigen rechtskräftigen Urteils besonders dringend erscheinen lassen. Namentlich läßt sie in bewußtem Gegensatz zu § 359 Nr. 5 StPO. die Wiederaufnahme nicht schon dann zu, wenn irgendwelche neuen Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die ein günstigeres Ergebnis für eine der Parteien, sei es für den Bekl. oder für den Kl., herbeizuführen geeignet sind. Eine Nipr., die das nicht beachtet, widerspricht dem geltenden Gesetz. Auch bei der Neuassung der ZPO. sind jene Tatbestände nicht wesentlich erweitert worden. Darum muß im vorl. Fall ganz ohne Rücksicht darauf, was Pf. als Zeuge ausgesagt hat, zunächst untersucht werden, ob die Voraussetzung für eine Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7b ZPO. gegeben ist, ob also die Kl. Urkunden aufgefunden haben oder zu benutzen in den Stand gesetzt worden sind, die eine ihnen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden.

Dem VG. muß nun unbedenklich darin beigetreten werden, daß als solche Urkunden die Auskunft der Firma S. vom 28. Aug. 1934, die Buchauszüge der Firma Si. vom selben Tage und die Notariatsurkunde v. 23. Nov. 1934 nicht in Frage kommen können. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rev. gehen fehl. Die Urkunden, auf deren Auffindung oder nachträglich eingetretene Benutzbarkeit die Restitutionsklage gestützt werden soll, müssen grundsätzlich solche sein, die schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden, aber damals dem Beweisführer unbekannt oder für ihn unbenutzbar gewesen waren; das ergibt sich aus dem klaren Sinn der Vorschrift (vgl. RGZ. 80, 242 = JW. 1913, 45; RGZ. 123, 305 = JW.

1929, 1659). Wenn der 4. Zivilsen. des RG. in der Entsch. v. 3. April 1933 (Recht 1933 Nr. 388; HöchsteRRspr. 1933 Nr. 1621) eine Ausnahme für die standesamtliche Urkunde über die Geburt eines Kindes gemacht hat, so ist das damit begründet worden, daß diese Urkunde ihrer Natur nach nicht früher habe errichtet werden können. Bei den Urkunden vom 28. Aug. und 23. Nov. 1934 handelt es sich aber weder um nachträglich aufgefundenen noch um nachträglich benutzbar gewordene, sondern um nachträglich auf Veranlassung der Kl. hergestellte Urkunden, und es kommt auch gar nicht in Frage, daß ihrer Natur nach die Herstellung nicht schon zur Zeit des Vorprozesses möglich gewesen wäre.

Als Urkunden i. S. des § 580 Nr. 7b ZPO. können im vorl. Falle nur die Handelsbücher der Firma H. und Si., genauer die Eintragungen in diesen Büchern über die Platinlieferungen an die M.-Werke, und die Rechnungsdurchschläge in Betracht kommen. Diese Eintragungen und Durchschläge waren schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden, aber ihre Erheblichkeit für den Rechtsstreit lag so fern, daß sich von ihnen sagen läßt, sie seien erst neuerdings „aufgefunden“ worden (RGZ. 89, 4 = JW. 1917, 164) und auch ohne Verschulden des Nachlassverwalters nicht auffindbar gewesen (§ 582 ZPO.). Das hat anscheinend auch das BG. angenommen, es vermißt aber die Möglichkeit einer Anreue des Urkundenbeweises. Gegen dieses grundsätzliche Erfordernis ist nichts einzuwenden, auch in der Entsch. des erf. Sen. RGZ. 135, 129 = JW. 1932, 1135, Anm. JW. 1932, 2150\* nichts eingewendet worden. Der dortige Ausnahmefall, daß die Parteien über das Vorhandensein und den Inhalt der Urkunde einig waren, liegt hier nicht vor. Der Rev., die im Widerspruch mit der feststehenden Rpr. des RG., aber im Anschluß an die Ausführungen von Prof. Süß: JW. 1932, 2150 das Erfordernis des Urkundenbeweises überhaupt fallen lassen will, kann insoweit nicht beigetreten werden. Urkunden sind, wenn sie nicht im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden können, von jenem Ausnahmefall abgesehen, für die Restitutionsklage wertlos, weil ein mittelbarer Beweis über den Inhalt der aufgefundenen oder benutzbar gewordenen Urkunden in § 580 Nr. 7b ZPO. so wenig zugelassen ist wie ein anderes Beweismittel für den Parteivortrag überhaupt. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, wird übrigens durch die Sollvorschrift des § 588 Abs. 2 ZPO. bestätigt, auf welche die Revisionsbeantwortung zutreffend hinweist (vgl. auch die Revisionsanträge § 580 ZPO. IV 2).

Danach müssen die Eintragungen in den Handelsbüchern der Firma H. und deren Rechnungsdurchschläge ausscheiden, da nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde diese Firma zur Vorlegung verpflichtet sein sollte (§§ 424 Nr. 5, 428 ff. ZPO.). Anders liegt es aber bei der Firma Si., und insoweit erhebt die Rev. einen berechtigten Angriff. Denn die Kl. haben vortragen, die Firma Si. habe sich bereit erklärt, ihre Bücher dem Gericht zur Einsichtnahme vorzulegen. Hat sie sich dazu erboten, so hat sie mit den Kl. einen Vorlegungsvertrag geschlossen, der sie verpflichtet, ihr Versprechen auch zu erfüllen, da nichts hervorgetreten ist, was gegen eine solche Verpflichtung sprechen könnte. Die Kl. können also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wenn auch nicht des § 810 BGB., so doch des § 305 BGB., die Vorlegung vor dem Her Gericht verlangen (§§ 422, 429 ZPO.). Die Unentgeltlichkeit dieses Vorlegungsvertrages, die darin liegende Gefälligkeit, steht der Annahme einer Verpflichtung nicht entgegen. Das liegt ebenso wie beim unentgeltlichen Auftrag (§ 662 BGB.) und beim unentgeltlichen Leihversprechen (§ 598 BGB.), ohne daß untersucht zu werden braucht, ob das Vorlegungsverprechen der Firma Si. unter eine dieser Vertragsarten fällt. Die Kl. haben also durch ihren Vortrag genügend zu erkennen gegeben, daß sie in Hinsicht auf die Eintragungen in den Büchern der Firma Si. den Urkundenbeweis nach § 428 ZPO. antreten wollen. Daß die Bücher nicht dem ProZGer. in der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden können, sondern nur in H. vor dem dortigen Gericht oder, wie anzunehmen ist, auch vor einem beauftragten Mitglied des ProZGer., bildet nach § 434 ZPO. keinen Grund für die Unwirksamkeit des Beweistritts. Zu

einem Antrag auf Fristbestimmung (§ 428 ZPO.) ist es freilich noch nicht gekommen, aber dessen bedurfte es für die Vorfrage, ob eine im Wege des Urkundenbeweises verwertbare Urkunde bezeichnet worden ist, noch nicht. Die Bezeichnung war genügend. Das BG. hätte daher die Restitutionsklage nicht als unzulässig verwerten dürfen, sondern mußte prüfen, ob die behaupteten Eintragungen in den Büchern der Firma Si. eine den Kl. günstigere Entsch. herbeigeführt haben würden, wenn sie schon im Vorprozeß vorgelegen hätten.

Diese Prüfung hat das BG. hilfsweise vorgenommen, sogar unter Hinzunahme der Eintragungen in den Büchern der Firma H., die aber ausscheiden müssen, weil sie nicht nach § 580 Nr. 7b ZPO. verwertbar sind. Zutreffend hat das BG. im Gegenatz zum LG. aber auch alles ausgeschieden, was mit der Person des Pf. und mit dessen Aussage zusammenhängt. Von diesem war im Vorprozeß noch keine Rede gewesen. Das Gericht muß sich in die Lage zurückschicken, in der sich das LG. vor seiner Entsch. im Vorprozeß befunden hatte, und von diesem Standpunkt aus fragen, ob die Entsch. anders ausgefallen wäre, wenn das BG. gewußt hätte, daß die Firma Si. in den Jahren 1921—1925 Platin-Iridiumkontakte im Gewicht von 34,78 kg an die M.-Werke geliefert habe. Alles übrige, was damals noch nicht vortragen worden war und worauf die Restitutionsklage nicht gestützt werden kann, muß dabei wegbleiben (RGZ. 14, 330; Gruch. 60, 882; JW. 1928, 1493<sup>9a</sup>), namentlich der Umstand, daß Pf. nach seiner Aussage bei den M.-Werken Platinabfälle entwende hat. Von Diebstählen bei den M.-Werken wäre also dem BG. nichts bekannt gewesen. Stellt man die Frage in dieser Begrenzung, so ist zunächst klar, daß die Lieferungen der Firma Si. an die M.-Werke die Feststellung des LG. ganz unberührt gelassen hätten, das von S. verkaufte Platin sei gestohlen und von ihm im Wege der Hehlerei erworben worden. Es konnte sich nur darum handeln, wo es gestohlen worden war. Die Ansicht des BG. ist aber auch nicht rechtlich zu beanstanden, da die damalige Annahme des LG., das Platin sei bei der Kl., jetzigen Besl., gestohlen, durch die genaue Kenntnis des Platinbezugs der M.-Werke von der Firma Si. nicht erschüttert worden wäre. Jene Annahme beruhte nicht nur auf dem weitaus größeren Platinbedarf der damaligen Kl., der die Menge des von S. verkauften Abfalls ohne weiteres erklärlich zu machen schien, während eine Erklärung hierfür bei den M.-Werken fehlte, solange nichts von einer besonders großen Mangelhaftigkeit der dortigen Überwachung bekannt war. Es kam noch hinzu, daß das LG. auch die Übereinstimmung des von S. verkauften Platins mit dem bei der damaligen Kl. verwendeten als bewiesen ansah. Demgegenüber hätte, wie das BG. ohne Rechtsirrtum annimmt, der Platinbezug der M.-Werke von der Firma Si. keine entscheidende Rolle gespielt. Daß das dennoch „möglicherweise“ der Fall gewesen wäre, würde, entgegen der Meinung der Rev., nicht genügen. Denn das Gesetz verlangt, daß die Urkunde eine günstigere Entsch. „herbeigeführt haben würde“, nicht nur „möglicherweise herbeigeführt haben würde“. Die von der Rev. für ihre Meinung angeführte Entsch. RGZ. 123, 304 = JW. 1929, 1659 befaßt sich mit der ganz anderen Frage, wann die Urkunde vorhanden gewesen sein muß.

Entsprechend den Hilfsrwegungen des BG. war also die Restitutionsklage als unbegründet abzuweisen (RGZ. 75, 56 = JW. 1911, 190).

(U. v. 30. April 1936; VI 447/35. — Stuttgart.) [Hn.]

Anmerkung: Das Ur. enthält eine ganze Reihe prozessualer Rechtsfragen, deren Lösung durch das RG. im wesentlichen zugestimmt werden kann. Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß der hier vorliegende außergerichtliche Vergleich kein Hindernis für die Restitutionsklage bilden kann. Zu den besonderen im Vorverfahren festzustellenden Prozeßvoraussetzungen der Restitutionsklage gehört in erster Linie der Umstand, daß die Klage sich gegen ein rechtskräftiges Ur. richtet (§ 578 Abs. 1 ZPO.). Da der Vergleich nach § 779 Abs. 2 BGB. lediglich abgeschlossen ist zur Verwirklichung der Urteilsforderung, so ändert dies ebenso wenig etwas an

der Tatsache eines bestehenden rechtskräftigen Urts. wie eine nachträgliche Vereinbarung über Stundung oder Abzahlung der durch das Ur. festgestellten Schuld. Anders läge der Fall, wenn die Berufung nicht zurückgenommen wäre im Anschluß an einen außergerichtlichen Vergleich, sondern wenn das Verfahren mit einem gerichtlichen Vergleich geendet hätte, der den Klageanspruch selbst regelt und Urteilsjurrogat ist. Durch den Prozeßvergleich wäre der anhängige Rechtsstreit beseitigt. Ein rechtskräftiges Ur. läge also gar nicht vor.

Völlig verfehlt war das Verfahren des LG., das zuerst Zeugen vernahm und dann die Zulässigkeit der Restitutionsklage untersuchte, wobei es die in diesem Falle nicht zu billigende Begründung gibt, daß die Verjagung der Restitution mit einem gefundenen Rechtsempfinden nicht in Einklang zu bringen sei. Hierin liegen zwei Fehler, die das RG. mit Recht rügt. Das Restitutionsverfahren zerfällt in drei Teile, deren Reihenfolge sich logisch ergibt und daher nicht geändert werden kann. Zuerst ist zu prüfen, ob die Restitutionsklage an sich statthaft, d. h. zulässig sei. Dieses Verfahren enthält die Feststellung der besonderen Prozeßvoraussetzungen der Restitution. Dazu gehört vor allem Einhaltung von Form und Frist, sowie die Behauptung eines im Gesetz angeführten Restitutionsgrundes (§ 580 ZPO.). Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so wird die Klage als unzulässig abgewiesen. Sind die prozeßrechtlichen Voraussetzungen vorhanden, so ist als zweites zu prüfen, ob die Restitutionsklage begründet ist, d. h. ob der behauptete Restitutionsgrund auch wirklich vorhanden ist, also im Falle des § 580 Abs. 1 Nr. 7b, den Hauptfall der Restitution, ob die Urkunde nachträglich aufgefunden, ob sie bis zur letzten Tatsachenverhandlung ohne Verschulden (§ 582) unbekannt oder unzugänglich war und ob sie der erlassenen Entsch. eine Wendung zugunsten des Restitutionsklägers gegeben haben würde. Diegt dies nicht vor, so ist die Restitutionsklage als unbegründet abzuweisen, liegt dies vor, so ist der Wiederaufnahmekläger in die Prozeßklage zurückzuversetzen, in der er sich vor Erlassung des angef. Urts. befand. Dieses Ur. ist somit aufzuheben und als dritter Teil des Verfahrens eine neue Verhandlung über die Hauptsache vorzunehmen, die zu einem neuen Ur. führt, mag es mit dem ersten im Endergebnis übereinstimmen oder nicht. Das LG. hat also hier den umgekehrten Weg eingeschlagen und mit dem dritten Teile begonnen.

Daß das LG. dabei die Wiederaufnahme nach „gesundem Rechtsempfinden“ zulassen will, ist eine Verkennung sowohl der Restitution wie des „gesunden Rechtsempfindens“. Es bedarf keiner langen Begründung, daß die Aufrechterhaltung der Rechtskraft eines der wichtigsten Erfordernisse der Rechts- und Verkehrssicherheit ist. Die Wiederaufnahmegründe sind daher im Gesetz genau begrenzt, erschöpfend aufgezählt und durch Analogie nicht zu erweitern. Sie sind die äußerste Konzession an die Aufsechtung rechtskräftiger Urts. Wollte man weitergehen, so könnte dies leicht dazu führen, die Rechtskraft ihrer Wirkung völlig zu entkleiden und Unsicherheit und Verwirrung in das Rechts- und Wirtschaftsleben hineinzutragen. Allzu leicht denkt man hierbei an die feststehende Tatsache, daß das Ur. ein Fehlurteil sei; man vergißt aber, daß dies gerade im Prozeß erst festgestellt werden muß. Es könnte somit jederzeit ein unangenehmes Ur. angefochten und hiermit Prozesse böswillig ins Endlose ausgedehnt werden. Dertmann hat sich treffend einmal zu diesem Problem im Arch. Bürgl. 42, 1 ff. geäußert: „Man halte sich immer den entlarvten ‚Verbrecher‘ vor Augen, vergesse aber, daß seine Entlarbung erst Aufgabe des Gerichtes ist. Jede Nachgiebigkeit auf der Seite der Aufsechtung entspreche einer Verminderung der segensreichen Wirkung der Rechtskraft. Es ist stets das kleinere Übel, daß vereinzelt Fehlurteile aufrechterhalten werden, als daß durch erleichterte Aufsechtungsmöglichkeit die auf der strikten Rechtskraftwirkung aufgebaute Rechtssicherheit umgestoßen wird.“ Das gesunde Rechtsempfinden wird sich immer gegen ein Fehlurteil auflehnen. Es vergißt nur hier, daß erst festgestellt werden muß, ob ein Fehlurteil vorliegt, und daß dadurch der Aufsechtung jeden Urts. und somit der völligen Rechtsunsicherheit Tor und Tür geöffnet ist. —

Mit Recht betont demgegenüber das RG., daß der Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens nicht sei, die Beseitigung aller rechtskräftigen Urts. zu ermöglichen, in denen ein Rechtsstreit unrichtig entschieden sei. —

Auch in dem letzten Hauptpunkt ist dem RG. Urts. zuzustimmen, daß Urkunden, auf deren Auffindung die Restitutionsklage gestützt wird, schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden, aber damals dem Beweisführer unbekannt oder unzugänglich gewesen sein müssen. Eine Urkunde, die wie hier, erst nachträglich hergestellt wird, kann als Restitutionsgrund nicht in Frage kommen; denn sonst könnte man mittels Zeugenprotokollen und Sachverständigengutachten die Beschränkung des Wiederaufnahmeverfahrens auf Urkunden umgehen. Dagegen erscheint mir kein rechtspolitischer Grund vorhanden, Urkunden, die nach der letzten Tatsachenverhandlung aufgefunden wurden, deshalb nicht als Restitutionsgrund zuzulassen, weil sie nicht vorgelegt werden können, d. h. weil der Urkundenbeweis nicht nach § 420 ZPO. angetreten werden kann. § 580 Ziff. 7b sagt hiervon nichts, und ebensowenig besteht ein prozeßpolitischer Grund, das Erfordernis des Urkundenbeweises aufzustellen. Auch § 588 Abs. 2 erscheint mir für die Ablehnung dieses Ausnahmefalles kein zwingender Beweis. Die vereinzelt Fälle, in denen Urkunden auf anderem Wege benutzt werden, sind so selten, daß sie den an sich engen Kreis der Restitutionsfälle sicher nur in unschädlicher Weise etwas erweitern. Das RG. hat dies in seiner Entsch. RGZ. 135, 123 ff. (JW. 1932, 1135, Anm. JW. 1932, 2150<sup>8</sup>) in einem anderen Falle auch ohne weiteres anerkannt. Hier waren sich die Parteien über Vorhandensein und Inhalt der Urkunde einig. Das RG. hat daher von dem Urkundenbeweis abgesehen. Wenn auch dieser Fall im Tatbestande anders liegt, im Prinzip kommt es auf dasselbe hinaus: Frage der Notwendigkeit des Urkundenbeweises bei § 580 Ziff. 7b. Es sei daher auf die Besprechung dieses Urts. JW. 1932, 2150 verwiesen.

Nicht zuzustimmen ist dem RG. aber auch darin, daß es die Restitution deshalb ablehnt, weil die aufgefundenen Urkunden nur möglicherweise eine entscheidende Rolle gespielt hätten. Wie oben dargelegt, zerfällt das Wiederaufnahmeverfahren in drei Teile, von denen der erste, das Vorverfahren lediglich die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen zum Gegenstand hat. Hier muß lediglich ein Restitutionsgrund behauptet sein. Im zweiten Teile ist zu prüfen, ob der behauptete Revisionsgrund auch vorhanden ist. Dazu gehört aber nur die Prüfung, ob eine Urkunde wirklich nach der letzten Tatsachenverhandlung aufgefunden wurde und ob sie eine günstigere Entsch. hätte herbeiführen können. Ob sie aber wirklich eine solche herbeiführt, ist Gegenstand des dritten Teiles des Verfahrens, in dem die Sache — soweit sie in die frühere Lage zurückversetzt ist — neu verhandelt und entschieden wird. Hier kann, auch wenn die Voraussetzungen von § 580 Ziff. 7 anerkannt wurden, im Endergebnis trotzdem „ungünstig“ entschieden werden. § 580 Ziff. 7 kann daher, wenn der dritte Teil des Verfahrens einen Sinn und Zweck haben soll, nur dahin verstanden werden, daß die aufgefundenen Urkunde eine günstigere Entsch. herbeiführen kann. Ob sie es wirklich tut, wird erst die erneute Sachverhandlung ergeben.

Demnach wäre in beiden Fällen die Restitutionsklage zuzulassen, im ersten selbst dann, wenn ein eigentlicher Urkundenbeweis nicht stattfinden kann und im zweiten, da die Urkunde geeignet ist, eine günstigere Entsch. herbeiführen zu können. Ob sie sie bestimmt herbeiführt, ist nicht Frage der Begründetheit der Restitution, sondern der auf Grund der gelassener Restitution neu geführten Verhandlung.

Prof. Dr. Theodor Süß, Berlin.

## Reichsgericht: Strafsachen

**13.** §§ 156, 163 StGB. Die Landesbauernschaft ist eine Behörde.

Mit Recht hat das LG. angenommen, daß die Landesbauernschaft eine Behörde ist. Die Landesbauernschaft, geleitet und vertreten durch den Landesbauernführer, ist nach § 11 der 1. WD. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 8. Dez. 1933 (RGBl. I, 1060) als Glied und Organ des Reichsnährstandes dazu bestellt, in ihrem örtlichen Bereich nach Maßgabe der Vorschr. des RMin. für Ernährung und Landwirtschaft und des Reichsbauernführers die Geschäfte des Reichsnährstandes zu führen; dem Reichsnährstand aber sind vom Staate außerordentlich umfangreiche und wichtige Aufgaben übertragen, die der Reichsnährstand unter eigener Verantwortung auf der Grundlage der Staatsmacht für die Zwecke des Staates zu erledigen hat (vgl. §§ 2 und 3 des Ges. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 13. Sept. 1933 [RGBl. I, 626], ferner § 2 der schon genannten 1. WD. vom 8. Dez. 1933; §§ 2—4 der 2. WD. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 15. Jan. 1934 [RGBl. I, 32] usw. Vgl. ferner RGSt. 69, 143—145 = JW. 1935, 1696<sup>17</sup>). Hieraus ergibt sich die Behördeneigenschaft der Landesbauernschaft ohne weiteres.

Überdies haben die Landesbauernschaften neben neuen Aufgaben im wesentlichen diejenigen Geschäfte übernommen, die in Preußen früher den Landwirtschaftskammern oblagen; das ist in § 6 der 1. WD. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 8. Dez. 1933 angeordnet worden. Schon die preuß. Landwirtschaftskammern aber waren Behörden i. S. des StGB. Es gilt hier entsprechend, was das RG. über die Behördeneigenschaft der preuß. Handelskammern ausgeführt hat (RGSt. 52, 198); maßgebend ist dabei das preuß. Gesetz über die Landwirtschaftskammern v. 30. Juni 1894 (PrGS. 126). Damit stimmt überein, daß die Beamten der Landwirtschaftskammern als mittelbare Staatsbeamte angesehen wurden (Entsch. des PrOvG. 42, 71 und Erl. des PrMin. f. Landw. v. 13. Jan. 1906; MW. f. Landw. 18), und daß jetzt nach der WD. über das Dienststrafrecht für die Beamten des Reichsnährstandes v. 8. Juni 1935 (RGBl. I, 747) auf diese Beamten das Dienststrafrecht der Reichsbeamten sinngemäß anzuwenden ist.

Zu den Geschäften, die der Landesbauernschaft als Behörde obliegen, gehört insbes. auch die Tätigkeit auf dem Gebiete der Überwachung des Saatguthandels, innerhalb dessen die hier zu beurteilende eidesstattliche Versicherung des Angekl. abgegeben worden ist. Die Zuständigkeit der Landesbauernschaft zur Abnahme dieser eidesstattlichen Versicherung ergibt sich aus dem § 5 der oben angeführten Anordnung des Reichsbauernführers v. 31. Dez. 1934 unmittelbar. Diese Anordnung selbst einschließl. der Best., daß zugleich mit jeder zur Prüfung und Anerkennung eines Saatguts eingereichten Probe eine eidesstattliche Versicherung eingeschendet werden müsse, ruht ihrerseits auf den §§ 1 und 2 Nr. 4 WD. des RMin. für Ernährung und Landwirtschaft v. 26. März 1934 (RGBl. I, 248); nach ihnen ist der Reichsnährstand ermächtigt, vorzuschreiben, daß als Saatgut bestimmter Kulturpflanzen nur noch anerkanntes Saatgut in den Verkehr gebracht werden darf, und das Anerkennungsverfahren, also auch das Anerkennungsverfahren und die förmlichen Voraussetzungen einer Anerkennung, zu regeln.

(1. Sen. v. 12. Mai 1936; 1 D 816/35.)

\*

**14.** §§ 164, 193 StGB. Voraussetzung für das Vorliegen der falschen Anschuldigung ist nicht mehr, wie bei der früheren Fassung dieser Gesetzesbestimmung, eine Anzeige, sondern eine einseitige, aus eigenem Antriebe des Anzeigenden hervorgegangene Mitteilung an eine Behörde (RGSt. 8, 162). Es genügt viel-

mehr zur Erfüllung des äußeren Tatbestandes des § 164 StGB. n. F., daß der Täter einen anderen bei einer Behörde einer strafbaren Handlung oder der Verletzung einer Amtspflicht verdächtigt, sei es von sich aus, sei es auf Befragen, in einer Anzeige oder bei einer Vernehmung (RGSt. 69, 173 = JW. 1935, 1858<sup>18</sup> und RG. v. 1. April 1935, 5 D 213/35; JW. 1935, 2636<sup>19</sup>). Wer einen Beamten bei einer Behörde einer Amtspflichtverletzung verdächtigt, handelt leichtfertig, wenn er bei gewissenhafter Prüfung hätte erkennen müssen, daß die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen unzuverlässig oder unzulänglich sind (RG. v. 9. Okt. 1935, 6 D 293/35; JW. 1936, 338<sup>20</sup> und v. 15. Nov. 1935, 4 D 920/35; JW. 1936, 389<sup>21</sup>). Der Schutz des § 193 StGB. kann grundsätzlich dem nicht gewährt werden, der sich durch leichtfertig aufgestellte ehrenrührige Behauptungen tatsächlicher Art gegen § 164 Abs. 5 StGB. verfehlt.

(2. Sen. v. 4. Mai 1936; 2 D 96/36.)

\*

**15.** § 266 StGB. Untreue durch pflichtwidrige Unterlassung einer geordneten Buchführung.

Der Treubruchtatbestand des § 266 n. F. kann schon dadurch verwirklicht werden, daß pflichtwidrig (vgl. dazu RGSt. 69, 203 = JW. 1935, 2374<sup>22</sup> m. Ann.) eine geordnete Buchführung unterlassen und dadurch eine Vermögensschädigung herbeigeführt wird oder eine Vermögensgefährdung, die der Vermögensschädigung gleichkommt. In einer solchen Vermögensschädigung liegt der Nachteil i. S. der Strafvorschrift insbes. dann, wenn das Fehlen oder der mangelhafte Zustand der Buchführung zur Folge hat, daß der Treugeber keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten, mithin über seinen wahren Vermögensstand, zu gewinnen vermag, so daß er an der Geltendmachung berechtigter Ansprüche in beachtlicher Weise verhindert wird, weil er nicht in der Lage ist, seine Ansprüche zu erkennen. Das gilt vor allem auch hinsichtlich seiner Beziehungen zu dem, der mit der Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen betraut ist, insbes. dann, wenn dieser auch mit sich selbst Geschäfte gemacht hat. Diese Grundsätze sind in der Rspr. des RG. stets festgehalten zu § 312 StGB. und § 146 GenG., aber auch bereits zu § 266 Abs. 1 Nr. 1 a. F. StGB. angewendet worden (5 D 257/35 v. 6. Juni 1935). Sie sind ohne weiteres anwendbar auf den § 266 Abs. 1 n. F. (1 D 605/35 v. 10. Dez. 1935; vgl. übrigens auch 1 D 58/35 v. 7. Mai 1935; JW. 1935, 2963<sup>23</sup>).

(1. Sen. v. 26. Mai 1936; 1 D 56/36.)

\*

**\*\*16.** § 271 StGB. Das unrichtige Anerkennnis der Vaterschaft zur Niederschrift des VormGer. (§§ 1719, 1720 BGB.) ist nicht als Bewirkung einer unrichtigen Beurkundung i. S. § 271 StGB. strafbar.

Der Angekl. hat keine unrichtige Beurkundung i. S. des § 271 StGB. bewirkt, als er zur Niederschrift des VormGer. die Vaterschaft des vor der Eheschließung geborenen Kindes anerkannte, obwohl er während der Empfängniszeit überhaupt nicht mit der Mutter des Kindes verkehrt hatte. Denn die Niederschrift des VG. beurkundete nicht die Vaterschaft des Angekl. an dem Kinde, sondern nur, daß er erklärt habe, die Vaterschaft anzuerkennen. Diese Erklärung hat der Angekl. wirklich und ohne Einschränkung abgegeben. Die Beurkundung war also richtig, der Tatbestand des § 271 StGB. demnach insoweit nicht gegeben. Unrichtig war nur der Inhalt der Erklärung des Angekl. Zum Nachweise dieses Inhalts war aber die hier in Betracht kommende Beurkundung nicht bestimmt; der § 1720 BGB. schafft nur außerhalb der Beurkundung eine Vermutung, wonach bis zum Beweise des Gegenteils (§ 292 ZPO.) anzunehmen ist, daß der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit der Mutter des Kindes beigeohnt habe, wenn er nach der Geburt des

Kindes seine Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Unmittelbar durch die öffentliche Urkunde wird also nach dieser gesetzlichen Vorschrift nur die Vaterschaftsanerkennung, nicht die Vaterschaft selbst bewiesen.

Nun stellt das RG. allerdings auch noch fest: der Angekl. habe bei der Anerkennung seiner Vaterschaft in derselben gerichtlichen Urkunde auch noch beantragt, diese Anerkennung im standesamtlichen Geburtsregister einzutragen; er habe also sogar im Geburtsregister als Vater des Kindes vermerkt sein wollen, um auch hierdurch für die Öffentlichkeit jeder künftigen Bezeichnung des K. als unehelichen Vaters den Boden zu entziehen; diesen „erreichten Erfolg“ habe er „bewußt erstrebt“. Daraus ist zu entnehmen, daß das Vaterschaftsanerkennnis des Angekl. alsdann wirklich antragsgemäß in das standesamtliche Geburtsregister eingetragen worden ist. Aber auch dies rechtfertigt nicht, die Angekl. nach § 271 StGB. zu bestrafen.

Das RG. hatte früher angenommen, daß durch Eintragungen im Personenstandsregister über die Anerkennung der außerehelichen oder vorehelichen Vaterschaft vermöge der besonderen Beweiskraft der Standesregister nach § 15 PersStG. (vgl. § 16 Nr. 1 GGPD.) unmittelbar die Vaterschaft als „tatsache“ bewiesen werde; daher wurde gegenüber demjenigen, der eine solche Eintragung durch eine bewußt unrichtige Anerkennung der Vaterschaft bewirkte, der § 271 StGB. — oder gegenüber dem Standesbeamten der § 348 Abs. 1 StGB. — angewendet (RGSt. 1, 9, 11; 21, 411; 26, 408). Diese Rspr. ist aber durch die Bestimmungen des BGB. überholt. Der § 1720 Abs. 2 BGB. macht keinen Unterschied zwischen standesamtlichen und anderen öffentlichen Urkunden. Auch wenn vor dem Standesbeamten die Anerkennung eines unehelichen Kindes erklärt und beurkundet wird (§ 25 PersStG.), hat das also nur die im § 1720 Abs. 2 angeordneten, schon oben besprochenen Rechtsfolgen und Beweiswirkungen. Ebenso wenig kann es weitergehende Wirkungen haben, wenn ein Standesbeamter nicht die vor ihm selbst erklärte Anerkennung eines unehelichen Kindes beurkundet (§ 25 PersStG.), sondern nur auf Grund anderwärts — z. B. bei Gericht — entstandener öffentlicher Urkunden einen Vermerk über die Abstammung des unehelichen Kindes im Standesregister anbringt (§§ 25 und 26 PersStG.). Diese gegenwärtige Rechtslage hat auch in der Rspr. der ZivSen. des RG. schon Anerkennung gefunden (RGZ. 68, 60 = JZ. 1908, 275 und Beschluß v. 28. April 1913, IV B 1/1913: RZ. 12, 195). Somit ergibt sich, daß der Angekl. auch nicht wegen eines Vermerks seiner Vaterschaftsanerkennung im Geburtsregister nach § 271 StGB. strafbar sein kann, weil er die Anerkennungserklärung wirklich abgegeben hat und folglich nichts Unrichtiges beurkundet worden ist.

(1. Sen. v. 12. Juni 1936; 1 D 900/35.)

\*

17. § 4 Nr. 3 LebMittG. Werden Heringe in Fässern verkauft, auf denen die Jahreszahl (Fangjahr) oder das die Größe der Heringe kenntlich machende Zeichen (G, M oder R) entfernt ist, so tragen die Fässer insoweit überhaupt keine Bezeichnung mehr, nicht aber eine „irreführende“ Bezeichnung. Es muß also Freispruch erfolgen.

(3. Sen. v. 25. Mai 1936; 3 D 310/36.)

\*

18. § 267 StPD. Eine Bezugnahme auf die Anklageschrift in den Urteilsgründen ist unzulässig (RGSt. 4, 137). Darin kann auch ein sachlich-rechtlicher Mangel des Urteils dann liegen, falls infolge der Bezugnahme die Tatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung nicht aus dem Urteil selbst ersichtlich sind.

(2. Sen. v. 28. Mai 1936; 2 D 308/36.)

## Reichserbhofgericht

\*\*19. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 11, 17, 37 Abs. 2, 49 Abs. 4 Satz 1, 57, 60 RErbhofG.; § 62 der 1., § 5 der 2., § 1 der 3. Durchf. B. D. zum RErbhofG.; §§ 1483 ff., 2032 ff. BGB.; Art. 64 GG. B. B.; Braunschweig. Hofe. vom 28. März 1874 und 22. März 1919.

1. Zur Frage der Rechtsnatur der „gemeinsamen Were“ des alten braunschweigischen Auerbenrechts.

2. Die Vorschriften, die eine Ausnahme von dem Erfordernis des Alleineigentums am Erbhof zulassen, sind eng auszulegen und nicht auf andere Gemeinschaftsverhältnisse auszudehnen. So kann insbes. wegen der zwischen der fortgesetzten Gütergemeinschaft des bürgerlichen Rechts und der „gemeinsamen Were“ des alten braunschweigischen Auerbenrechts immerhin bestehenden Verschiedenheiten § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. B. D. zum RErbhofG. auf die „gemeinsamen Were“ nicht entsprechend angewendet werden.

3. Wenn auch die Veräußerungsgenehmigung nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. u. U. vorsorglich für den Fall erteilt werden kann, daß ein Erbhof vorliegen sollte, so kommt doch die Erteilung der Genehmigung nicht in Betracht, wenn der Mangel der Erbhofeigenschaft ohne weiteres erkennbar ist.

4. Gegen die förmliche Feststellung des Fehlens der Erbhofeigenschaft im Genehmigungsverfahren bestehen keine Bedenken, wenn nach dem Willen der Antragsteller für den Fall der Entbehrlichkeit der Genehmigung jene Feststellung getroffen werden soll.

Ludwig S. war als Eigentümer des von jeher im Besitze der Familie S. befindlichen Halbmeierhofes Nr. 1 in D. eingetragen. Nach seinem Tode sind am 16. Juli 1912 seine Erben, nämlich seine Witwe Minna S. und seine acht Kinder in gemeinsamer Were eingetragen. Die Witwe S. hat am 16. Sept. 1915 den Bruder ihres verstorbenen Ehemannes, Heinrich S., geheiratet. Am 25. Nov. 1935 sind die nunmehrige Ehefrau des Heinrich S. und die noch lebenden sechs Kinder in ungeteilter Erbgemeinschaft als Eigentümer eingetragen.

Durch gerichtlichen Vertrag vom 26. Sept. 1918 haben die Ludwig S.schen Erben etwa 14 Morgen des Halbmeierhofes Nr. 1 veräußert, und zwar an den Großkötner Heinrich H., den Großkötner Heinrich Ho. und die Ehefrau Minna Sch. geb. K.

Die seit 1918 im Besitze der Erwerber befindlichen Flächen sind am 23. Dez. 1932 aufgelassen. Der Ehemann Heinrich S. ist darauf durch Urteil des RG. v. 14. Juni 1933 verurteilt worden, seine ehemännliche Zustimmung zur Auflassung zu erteilen. Seine Ver. ist als unzulässig verworfen. Der Verwerfungsbefehl ist erst nach dem Inkrafttreten des RErbhofG. rechtskräftig geworden.

Das AuerbG. hat auf Antrag der Erwerber die Veräußerung unter Anwendung des § 15 Abs. 2 der 2. Durchf. B. D. zum RErbhofG. genehmigt. Auf die sofortige Beschw. der Eheleute Heinrich und Minna S. hat das ErbGer. Braunschweig unter Aufhebung des Beschlusses des AuerbG. den Genehmigungsantrag zurückgewiesen, weil der S.sche Hof kein Erbhof sei. Das ErbGer. hält bei einem bäuerlichen Anwesen, wie dem vorliegenden, dessen Eigentümer eine Erbgemeinschaft in der Rechtsform der gemeinsamen Were nach ehemaligem braunschweigischen Auerbenrecht war und noch ist, die Erbhofeigenschaft nicht für gegeben.

Gegen diese Entsch. haben die Eheleute S. sofortige weitere Beschw. eingelegt. Sie bekämpfen die Rechtsansicht des ErbGer. Nach § 49 Abs. 4 RErbhofG. ist die sofortige weitere



Beschw. zulässig, wenn in der Entsch. des ErbGer. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Bei übereinstimmenden Entsch. des AnerbG. und des ErbGer. fehlt regelmäßig ein neuer selbständiger Beschwerdegrund. Im vorl. Fall hat nun das AnerbG. unter stillschweigender Bejahung der Erbhofeigenschaft des S. den Hofes die Veräußerung der in Rede stehenden Grundstücke genehmigt. Das ErbGer. hat dagegen die Erbhofeigenschaft des Hofes ausdrücklich verneint und auf Grund dessen den Genehmigungsantrag zurückgewiesen. Die Beschlüsse des AnerbG. und des ErbGer. weichen danach in der Fassung des entscheidenden Teiles voneinander ab. Allerdings ist die tatsächliche Auswirkung jeder der beiden Entsch., daß der Veräußerung der Teilgrundstücke vom Standpunkt des Erbhofrechts ein Hindernis nicht entgegensteht. Die Beschw., die der Veräußerung widersprochen haben, haben also im praktischen Ergebnisse mit ihrem Widerspruch in den beiden Vor-Rechtzügen keinen Erfolg gehabt. Trotzdem liegen zwei inhaltlich verschiedene Entsch. vor. Denn das ErbGer. hat nicht die Entsch. des AnerbG. bestätigt, sondern hat, ohne zu der vom AnerbG. behaupteten Frage Stellung zu nehmen, ob die Veräußerung nach den Grundätzen des RErbhofG. zu genehmigen sei, im Gegensatz zum AnerbG. die Feststellung getroffen, daß der Hof kein Erbhof ist. Hiernach ist ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben (vgl. REHG. 1, 250 = JW. 1935, 1990<sup>15</sup>).

Der Genehmigungsantrag der Erwerber der Teilflächen zielt auf die Erteilung der anerbengerichtlichen Genehmigung gem. § 37 Abs. 2 RErbhofG. ab. § 37 RErbhofG. setzt voraus, daß es sich um einen Erbhof handelt. Für die Erteilung der Genehmigung nach § 37 RErbhofG. ist freilich im allgemeinen nicht erforderlich, daß die Erbhofeigenschaft zuvor zweifelsfrei festgestellt wird. Die anerbengerichtliche Genehmigung kann im Verfahren nach § 37 RErbhofG. auch vorsorglich für den Fall erteilt werden, daß ein Erbhof vorliegen sollte. Die Erbhofeigenschaft wäre dann gegebenenfalls in einem besonderen Verfahren nach § 10 RErbhofG. festzustellen. Ist jedoch ohne weiteres erkennbar, daß die Erbhofeigenschaft fehlt, so kommt die Erteilung einer Genehmigung nach § 37 RErbhofG. nicht in Betracht. So liegt es hier.

Der S. sche Hof stand bis zum Tode des früheren Besitzers Ludwig S. in dessen Alleineigentum. Da Ludwig S. am 12. Febr. 1912 gestorben ist, findet auf diesen Erbfall das RErbhofG. gem. § 57 Abs. 2 RErbhofG. keine Anwendung. Die Erbfolge richtet sich vielmehr auf Grund des Vorbehalts des Art. 64 GGVB. nach den landesrechtlichen braunschweigischen Best. über das bäuerliche Auerbeirrecht, die durch § 60 RErbhofG. erst mit Wirkung vom 1. Okt. 1933 außer Kraft gesetzt worden sind. Dem alten braunschweigischen Auerbenrecht, das durch § 1 BraunschweigGes. über den bäuerlichen Grundbesitz vom 28. März 1874 (GV. 43), ergänzt durch Ges. v. 22. März 1919 (GV. 81), ausdrücklich aufrechterhalten ist, war die Rechtsform der „gemeinsamen Were“ eigentümlich. Danach ging der Hof mit dem Tode des Hofeigentümers nicht ohne weiteres auf den Auerben über, sondern es trat zunächst zwischen dem überlebenden Ehegatten, der auf den Hof geheiratet hatte, und den miterbenden Abkömmlingen eine Gemeinschaft ein, die als gemeinsame Were bezeichnet wird (vgl. Hampe, Braunschweigisches Privatrecht, 2. Aufl. 1901, § 59 S. 231, § 121 S. 495, § 131 S. 533, § 132 S. 537, § 136 S. 556). Es handelt sich um eine ungeteilte Miterbengemeinschaft zur gesamten Hand; der Hof steht bis zur Auseinandersetzung, die regelmäßig jeder Miterbe sofort mit dem Tode des Erblassers regelmäßig in der Eigentümerschaft der Miterben. Erst nach der Auseinandersetzung mit den übrigen Erben wird der Auerbe Alleineigentümer des Hofes. Im vorl. Falle befindet sich der Hof mangels einer Erbauseinandersetzung noch im Eigentum der Erbengemeinschaft des braunschweigischen bäuerlichen Auerbenrechts.

Die Erbhofeigenschaft ist aber grundsätzlich nur gegeben, wenn der Hof im Alleineigentum einer bauernfähigen Person steht (§§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 11, 17 RErbhofG.). Eine Ausnahme hiervon ist für solchen Grundbesitz zugelassen, der in irgendeiner Rechtsform Eigentum von Ehegatten ist (§ 62 der 1., § 5 der 2., § 1 der 3. Durchf. zum RErbhofG.). Denn die Lebenserfah-

rung zeigt, daß in Fällen, in denen ein Hof im gemeinschaftlichen Eigentum von Ehegatten steht, die Leitung der Wirtschaft infolge der ehelichen Lebensgemeinschaft tatsächlich in der Hand des Mannes als des Oberhauptes der Familie zu liegen pflegt und darum Nachteile für den Hof aus dem Fehlen des Alleineigentums hier regelmäßig nicht zu befürchten sind. Dieser innere Grund, der für die Anerkennung der Erbhoffähigkeit von Ehegattenerbhöfen bestimmend war, ergibt, daß die angeführten Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind und nicht auf andere Gemeinschaftsverhältnisse ausgedehnt werden können. Besizungen, die sich beim Inkrafttreten des RErbhofG. im Gesamteigentum einer Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB.) befinden, erlangen daher nicht die Erbhofeigenschaft. Gleiches muß für einen Hof gelten, der den Miterben in gemeinsamer Were gehört, weil hier ebenfalls das für das Entstehen eines Erbhofes nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 RErbhofG. erforderliche Alleineigentum nicht vorhanden ist.

Die „gemeinsame Were“, die der Erbengemeinschaft des BGB. verwandt ist, unterscheidet sich allerdings von dieser in einem wesentlichen Punkte. Nach § 2038 BGB. sind die Miterben zur gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses befugt. Bei der „gemeinsamen Were“ ist nur der überlebende Ehegatte zur Weiterführung der Wirtschaft berechtigt. Der aufgeheiratete Ehegatte hat für die Regel das Recht der alleinigen und selbständigen Vertretung sowie das Recht der Bewirtschaftung und Nutzung des Hofes (Hampe a. a. O., § 121 S. 495, § 131 S. 533, § 136 S. 559). Insofern bestehen gewisse Anklänge an die fortgesetzte Gütergemeinschaft des BGB., bei der dem überlebenden Ehegatten die Verwaltung des Gesamtgutes gebührt (§§ 1483, 1487, 1443 BGB.). Die in dieser Hinsicht vorhandene Ähnlichkeit zwischen dem Rechtsgebilde der „gemeinsamen Were“ und der fortgesetzten Gütergemeinschaft des bürgerlichen Rechts kann aber nicht zur Annahme der Erbhofeigenschaft auf Grund des § 62 Abs. 4 der 1. Durchf. zum RErbhofG. führen, da, wie vorher dargelegt, die Best. über die Ehegattenerbhöfen Ausnahmeharakter haben und eng auszulegen sind. Die aus der Beerbung eines Alleineigentümers hervorgegangene „gemeinsame Were“ ist auch anderen Ursprunges als die aus der Gütergemeinschaft von Ehegatten entstandene fortgesetzte Gütergemeinschaft. Zudem dient die „gemeinsame Were“ dazu, im Falle der Wiederverheiratung der überlebenden Ehefrau bis zur Volljährigkeit des Auerben die Leitung des Hofes durch den neuen Ehemann, den sogenannten Interimswirt, zu ermöglichen (Hampe, § 131 S. 533, § 136 S. 558, 559). Es bestehen also erhebliche Verschiedenheiten zwischen der „gemeinsamen Were“ und der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Solange sich ein Hof in der Form der „gemeinsamen Were“ befindet, ist danach ein Erbhof nicht vorhanden. Dieser Zustand ist übrigens regelmäßig nur vorübergehender Natur, da ja der Auerbe mit der Vollendung des 21. Lebensjahres einen Anspruch auf Auflösung der Gemeinschaft und auf Übertragung des Alleineigentums am Hofe hat (vgl. § 15 des erwähnten BraunschweigGes. v. 28. März 1874 und wegen der Gebühren- und Steuererleichterungen in diesem Falle § 67 der 1. Durchf. zum RErbhofG.).

Ist also nach dem Vorstehenden der S. sche Grundbesitz kein Erbhof, so ist der auf Grund des § 37 RErbhofG. gestellte Genehmigungsantrag der Käufer gegenstandslos. Das ErbGer. hat daher den Genehmigungsantrag mit Recht zurückgewiesen. Auch der in der Entscheidungsformel des ErbGer. enthaltene, auf § 10 RErbhofG. zu stützende Ausspruch, daß der in Rede stehende Hof kein Erbhof sei, unterliegt keinem Bedenken. Denn dem Vorbringen der Antragsteller ist zu entnehmen, daß diese ausdrückliche Feststellung des Fehlens der Erbhofeigenschaft ihrer Absicht entspricht, falls sich der Genehmigungsantrag aus § 37 RErbhofG. als unnötig herausstellt (vgl. Beschl. des 3. Sen. v. 21. Dez. 1935, 3 RB 228/34 = REHG. 2, 178 = JW. 1936, 1845<sup>23</sup>).

(ErbGer., 3. Sen., Beschl. v. 7. März 1936, 3 RB 331/34.)  
<= REHG. 2, 282.>

\*

**\*\*20.** §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2, 15 Abs. 1, 49 Abs. 4 R ErbhofG.

1. Das Fehlen ordnungsmäßiger Bewirtschaftung kann nicht zur Verneinung der Adernahrung führen; das R ErbhofG. geht von einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung durch einen Bauern von durchschnittlicher Tüchtigkeit aus.

2. Bestehende Verschuldung vermag die Erbhofeigenschaft in der Regel nur zu gefährden, wenn sie auf unzureichende Adernahrung oder auf mangelnde Bauernfähigkeit zurückzuführen ist.

3. Hat das AnerbG. wegen mangelnder Bauernfähigkeit, das ErbhofGer. wegen Fehlens der Adernahrung die Erbhofeigenschaft verneint, so ist trotz äußerlich übereinstimmender Beschlußformeln ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben.

Nach § 49 Abs. 4 R ErbhofG. ist die sofortige weitere Beschw. nur zulässig, wenn in der Entsch. des ErbhofGer. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Ein solcher ist in der Regel dann nicht gegeben, wenn beide Vorentscheidungen in ihrem erkennenden Teil übereinstimmen, mögen sie auch in der Begr. voneinander abweichen. Im vorl. Falle stimmen zwar die Entsch. des AnerbG. und des ErbhofGer. insofern überein, als in beiden Beschlüssen die Erbhofeigenschaft des Besitzes verneint wird. In der Begr. sind sie jedoch völlig verschieden, da das AnerbG. die Erbhofeigenschaft wegen mangelnder Bauernfähigkeit der Eigentümerin, das ErbhofGer. wegen Fehlens einer Adernahrung verneint hat. Das Vorhandensein einer Adernahrung und die Bauernfähigkeit des Eigentümers sind aber zwei selbständige voneinander unabhängige Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft eines Besitzes; fehlt auch nur eine von ihnen, so hat das den Mangel der Erbhofeigenschaft zur Folge. Wenn das AnerbG. — wie hier — lediglich die eine, das ErbhofGer. lediglich die andere Voraussetzung verneint hat, so liegen zwei Beschlüsse vor, die trotz äußerlich übereinstimmender Beschlußformeln in der Begr. in keinem die Entsch. tragenden Gesichtspunkt übereinstimmen.

Würde in derartigen Fällen die sofortige weitere Beschw. mangels eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes unzulässig sein, so würden die Fragen, ob eine Adernahrung vorliegt und ob der Eigentümer bauernfähig ist, nur in je einem Rechtszuge geprüft worden sein. Das ist jedoch nicht der Sinn der Vorschr. des § 49 Abs. 4 R ErbhofG. Diese geht vielmehr dahin, daß einem Beschw. in den Fällen, in denen über sein Vorbringen bereits in zwei Rechtszügen gleichmäßig entschieden worden ist, nicht das Recht zustehen soll, noch im dritten Rechtszuge eine Entsch. hierüber herbeizuführen (RHS. 1, 250 [252] = JW. 1935, 1990<sup>15</sup>), sie will aber trotz äußerlicher Übereinstimmung der Beschlußformeln einer sachlichen Nachprüfung dann nicht im Wege stehen, wenn das AnerbG. — wie hier — nur die Frage der Bauernfähigkeit, das ErbhofGer. nur die Frage der Adernahrung geprüft hat, in beiden Entsch. also die Erbhofeigenschaft eines Besitzes lediglich wegen Fehlens von Voraussetzungen verneint worden ist, die auf einer voneinander völlig abweichenden Grundlage beruhen. Diese Auslegung des § 49 Abs. 4 R ErbhofG. ist mit Rücksicht auf das im Verfahren vor den Auerbenbehörden überwiegende öffentliche Interesse an der Richtigkeit der Entsch. geboten. Die Belange der Allgemeinheit erfordern es in ganz besonderem Maße im Auerbenbehördlichen Verfahren, daß Fehlentscheidungen tunlichst vermieden werden; einerseits soll der Grundbesitz, der Erbhofeigenschaft hat, mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden, und andererseits sollen die mit dem Gesetz verbundenen Vorteile nur solchen Personen zugute kommen, die den an sie gestellten Anforderungen auch tatsächlich genügen. Die Richtigkeit der Entsch. wird aber in der Regel durch die Prüfung desselben Sachverhalts in zwei Rechtszügen in größerem Maße gewährleistet, als wenn lediglich eine Prüfung in einem Rechtszuge erfolgt. Hat das AnerbG. lediglich eine, das ErbhofGer. lediglich eine andere

Voraussetzung der Erbhofeigenschaft des Besitzes verneint, so besteht jedoch nicht in ausreichendem Maße die im öffentlichen Interesse erforderliche Gewähr, daß die tatsächlichen Grundlagen beider Vorentscheidungen in zwei Rechtszügen geprüft worden sind. Um ihre Nachprüfung im dritten Rechtszuge zu ermöglichen, erscheint es in derartigen Fällen geboten, das Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes und die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschw. zu bejahen (vgl. auch den Beschluß des R ErbhofGer. v. 6. Febr. 1936 in 2 RB 690/34).

Die sachliche Prüfung der Beschw. führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung an das ErbhofGer. Die Begr., mit der das ErbhofGer. zur Zurückweisung der ersten Beschw. gelangt ist, kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Es hat das Vorliegen einer Adernahrung i. S. des § 2 Abs. 2 R ErbhofG. verneint, obwohl es sich um einen Besitz von 26,5911 ha Größe mit einem Einheitswert von 39 000 *RM* handelt. Die Größe eines Grundbesitzes ist zwar für die Frage, ob eine Adernahrung vorliegt, nicht unbedingt ausschlaggebend. Hier deuten aber nahezu alle Umstände darauf hin, daß es an einer Adernahrung nicht fehlt. Abgesehen von der Größe des Besitzes und dem hohen Einheitswert spricht dafür auch die Bodenbeschaffenheit und die Ertragsfähigkeit des Kulturlandes, die beide den Durchschnitt übersteigen. Die Lage der Felder in sechs voneinander getrennten Teilen und ihre Entfernung von der Hofstelle, das wellige Gelände und die nur kurze Vegetationszeit mögen die Bewirtschaftung erschweren, sie können aber bei einem derartigen Besitz das Vorliegen einer Adernahrung nicht in Frage stellen. Alle sonstigen in dieser Richtung vom ErbhofGer. angeführten Gründe sind in erster Linie auf das Fehlen einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und auf die hohe Verschuldung des Besitzes zurückzuführen. Beide Umstände können jedoch im vorl. Falle zu keiner Verneinung der Adernahrung führen. Das Gesetz geht bei der Prüfung, ob eine Adernahrung vorliegt, von einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung durch einen Bauern von durchschnittlicher Tüchtigkeit aus. Die bestehende Verschuldung vermag in der Regel die Erbhofeigenschaft des Besitzes dann zu gefährden, wenn sie auf eine unzureichende Adernahrung oder auf die mangelnde Bauernfähigkeit des Eigentümers (§ 15 Abs. 1 Satz 2 R ErbhofG.) zurückzuführen ist. Eine Adernahrung ist hier aber bei ordnungsmäßiger Wirtschaft gegeben; die bestehende Verschuldung läßt sich also aus einer unzureichenden Adernahrung nicht erklären.

(R ErbhofGer., 2. Sen., Beschl. v. 6. Febr. 1936, 2 RB 1215/35.)  
(= RHS. 2, 269.)

**\*\*21.** §§ 1, 7 Abs. 2, 56 R ErbhofG. Die Erbhofeigenschaft darf nicht um deswillen verneint werden, weil der zunächst noch landwirtschaftlich genutzte Grundbesitz für eine künftige Bebauung in Aussicht genommen ist. Wenn auch die Auflockerung der Städte und die Wohnsiedlung als volkswichtige Aufgaben anzuerkennen sind, so braucht doch das R ErbhofG. in seinem Bestreben nach Gewinnung und Erhaltung von Erbhöfen vorhauptpolitischen Bedürfnissen nicht zurückzuweichen, zumal auch bei Wahrung des Erbhofgedankens durchaus Möglichkeiten zum Ausgleich zwischen den einander widerstrebenden Belangen bestehen.

Das Anwesen Haus Nr. 5 in der Jakobstraße in B. mit einer Fläche von 30,106 ha steht im Alleineigentum des Johann Georg H. Der Eigentümer ist in kinderloser Ehe verheiratet; er ist 54, seine Ehefrau 53 Jahre alt. Er hat den Gesamtbesitz bis 1928 selbst bewirtschaftet. Im Jahre 1928 hat er rund 60 Tagewerk an das Kreislehrgut B. auf zehn Jahre verpachtet; den Restbesitz bewirtschaftet er weiter.

Die Gesamtbesitzung ist in das gerichtliche Verzeichnis der Höfe, die in die Erbhöferolle eingetragen werden sollen, aufgenommen worden. Hiergegen hat der Eigentümer beim AnerbG. Einspruch eingelegt. Er hat vorgebracht: Seit der Verpachtung, die auch nach Ablauf der Pachtzeit fortgesetzt werden sollte, bit-

ben für die eigene Bewirtschaftung außer 15 Tagwerk Wald nur 13—14 Tagwerk Kulturland. Dieser Teilbesitz reiche für eine Ackerndahrung nicht aus.

Das Kreislehrgut hat die Angabe des Eigentümers über die Verpachtung bestätigt.

Das AnerbG. hat den Einspruch zurückgewiesen.

Siergegen hat der Eigentümer sofortige Beschw. eingelegt. Er hat vorgetragen: Seine Besizung werde zwar z. B. noch landwirtschaftlich genutzt; der im Stadtgebiet liegende größte Teil seiner Grundstücke sei aber für die alsbaldige Bebauung und für die Erweiterung des bebauten Gebiets der Stadt B. in Aussicht genommen; die Baulinien und Straßenzüge seien bereits festgelegt; dieses Land sei daher als Bauland anzuspochen und werde in absehbarer Zeit als solches verwertet werden; der Zweck des Gesetzes, landwirtschaftlichen Besitz auf Geschlechter hinaus in dieser Wirtschaftsform zu erhalten, sei deshalb bei seinem Grundbesitz unerfüllbar geworden; durch die Erbhofeigenschaft werde vielmehr die Ausdehnung der Stadt B. verhindert werden; bei dieser Sachlage sei auch die Verpachtung die allein zweckmäßige Nutzungsform, so daß sie auch als eine ständige angesehen werden müsse; die in seiner Bewirtschaftung verbliebenen Grundstücke bildeten keine Ackerndahrung.

Das Stadtbauamt und der Stadtrat der Stadt B. haben erklärt, daß der Hauptteil der Besizung in absehbarer Zeit als Baugebiet in Anspruch genommen werden würde; die Stadt habe ein großes Interesse daran, daß der Besitz nicht in die Erbhofrolle eingetragen werde.

Das ErbGer. hat den angefochtenen Beschluß aufgehoben und festgestellt, daß das Anwesen kein Erbhof sei.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die sofortige weitere Beschw. des Landesbauernführers.

Sie ist begründet.

Die Bauernfähigkeit des Eigentümers steht außer Zweifel. Die Besizung bietet bei ihrer Größe und Bodenbeschaffenheit eine Ackerndahrung. Das ErbGer. hat auch die Verpachtungen mit Recht als nur zeitweilige (§ 7 Abs. 2 RErbhofG.) betrachtet. Der Eigentümer hat den ganzen Besitz bis 1928 selbst bewirtschaftet; er ist nur deshalb zu der Verpachtung von rund 20 ha an das Kreislehrgut geschritten, weil ihm und seiner Frau die Bewirtschaftung des ganzen Besitzes beschwerlich wurde und er keine Kinder hatte, die bei der Arbeit helfen und für ihn einspringen konnten. Ohne diese persönlichen Gründe würde der Umstand, daß die Flächen später vielleicht Bauland werden können, keinen Anlaß zu der Verpachtung gegeben haben. Die Grundstücke sind also am 1. Okt. 1933 nicht endgültig aus der Wirtschaftseinheit ausgeschieden.

Das ErbGer. hat trotzdem die Erbhofeigenschaft verneint, weil der Hauptteil der Besizung nach seiner Lage in voraussichtlich kurzer Zeit bebaut werden müsse, wenn die Entwicklung der Stadt B. nicht verhindert werden solle, das Gesetz aber nur Anwesen erfassen wolle, die wahrscheinlich für eine lange Zukunft Bauernhöfe bleiben würden. Das kann nicht gebilligt werden. Die Besizung ist am 1. Okt. 1933 kraft Gesetzes Erbhof geworden, wenn damals die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft vorlagen; später konnten die einzelnen Grundstücke die Erbhofeigenschaft nur mit Genehmigung der Anerbenbehörden verlieren. Es kann nicht anerkannt werden, daß die Bebauung am 1. Okt. 1933 so unmittelbar bevorstand und so unbedingt sicher war, daß sie, soweit künftige Umstände berücksichtigt werden dürfen, die Erbhofeigenschaft hätte verhindern können. In welchem Umfange und wie die Ausdehnung der Stadt B. im Lauf der Jahre und Jahrzehnte sich vollziehen wird, hängt von Umständen ab, die sich nicht mit Sicherheit übersehen lassen, und mehr oder mindergroße Wahrscheinlichkeiten können zur Verneinung der Erbhofeigenschaft nicht ausreichen. Die in Frage stehenden Grundstücke werden sogar heute noch landwirtschaftlich genutzt. Zudem handelt es sich um rund 20 ha, deren Bebauung doch wohl erst nach und nach erfolgen könnte, und bei der Größe der Besizung würde die Abtrennung einzelner Teile die Ackerndahrung noch nicht in Frage stellen. Schon aus diesen tatsächlichen Erwägungen kann nicht zugegeben werden, daß hier am 1. Okt. 1933 eine Voraussetzung der Erbhofeigenschaft fehlte. Die Entsch. mag zwar nur nach der

Lage des einzelnen Falles getroffen werden können. Sie muß aber immer dem Zweck und Ziel des RErbhofG. entsprechen; diese bestimmen die Linie, welche die Anerbenbehörden einhalten müssen. Das ErbGer. verlangt die mindestens wahrscheinlich gesicherte Dauer der landwirtschaftlichen Nutzung als Voraussetzung für die Erbhofeigenschaft. Das Gesetz will aber gerade durch die Erbhofeigenschaft den landwirtschaftlichen Besitz als solchen erhalten, seiner landwirtschaftlichen Nutzung also Dauer verleihen. Dabei weicht es auch nicht vor dem Drang oder dem Bedürfnis der Städte, sich auszudehnen, zurück. Die Auslockerung der Städte und die Wohnsiedlung sind gewiß volkswichtige Aufgaben; die Gewinnung und Erhaltung von Erbhöfen ist das aber auch. Die Erbhofeigenschaft kann deshalb nicht schlechthin mit der Begr. verneint werden, daß sie die Entwicklung der Städte der Weg nicht verlegt werden. Das geschieht aber auch nicht ohne weiteres durch die Wahrung des Erbhofgedankens. Einmal kann das Vorhandensein von Erbhöfen der Ausdehnung und Siedlung eine Richtung geben, die diesen Belangen nicht minder gerecht wird als die zunächst geplante Richtung auf die Erbhöfe. Zum anderen genügen in Fällen, in denen nach Befinden der maßgebenden städtischen oder staatlichen Stellen die geplante Richtung eingehalten werden muß, regelmäßig die im RErbhofG. vorgesehenen Möglichkeiten, daß die Anerbenbehörden die Veräußerung von Baulandflächen genehmigen (§ 37 RErbhofG.) oder solchen Grundstücken die Erbhofeigenschaft mit Genehmigung (§ 64 Abs. 3 Satz 2 der 2. Durchf. VO. zum RErbhofG.) entzogen wird. Gegenüber diesen vom Gesetz gebotenen Lösungen, mit denen ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Belangen gefunden werden kann, besteht kein Grund, den Erbhofgedanken ohne weiteres vor den baupolitischen Bedürfnissen zurücktreten zu lassen und land- oder forstwirtschaftlich genutzten Grundbesitz der Bodenspekulation preiszugeben. Dem Einwand, daß dann die Anerbenbehörden die Baupolitik der Städte beeinflussen könnten, darf schon entgegengehalten werden, daß die andere Auffassung den Städten unter Ausschaltung der Anerbenbehörden weiten Einfluß auf die Entziehung und Erhaltung von Erbhöfen einräumen würde. Außerdem werden die Anerbenbehörden sich berechtigten und notwendigen Plänen der Städte nicht verschließen. Sie behalten es dann aber in der Hand, durch Auflagen, die auch bei der Entziehung der Erbhofeigenschaft zulässig sind, für Ersatzland und auch sonst für eine dem RErbhofG. entsprechende Ver. ndung der aus der Substanz des Erbhofs fließenden Mittel zu sorgen. Damit können auch die Bedenken, die das VErbGer. in Celle in seinem Beschl. v. 29. Jan. 1935 (ErbhRspr., § 1 Abs. 1 Nr. 42) aus der angenommenen Bevorzugung des Anerben herleitet, im wesentlichen beseitigt werden. Die Auflagen gestatten es zu verhindern, daß die aus dem Bauland erzielten hohen Werte dem Anerben allein zugute kommen.

Die Besizung ist also am 1. Okt. 1933 Erbhof geworden.

(RErbGer., 2. Sen., Beschl. v. 13. März 1936, 2 RB 293/34.)  
(= RErbG. 2, 258.)

\*

\*\*22. §§ 1, 7 RErbhofG.; § 5 der 2. Durchf. VO. zum RErbhofG.

1. § 5 der 2. Durchf. VO. zum RErbhofG. will durch die Zusammenfassung des Eigentums von Eheleuten das Anwendungsgebiet des RErbhofG. erweitern. In den Fällen, in denen Ehemann und Ehefrau je einen selbständigen Erbhof haben, ist die Vorschrift überhaupt nicht anwendbar.

2. Der Umstand, daß Ehemann und Ehefrau ihre Höfe einheitlich von einer Hofstelle aus bewirtschaften, rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß die Eheleute die beiden Höfe endgültig und für alle Zukunft zu einer einzigen Wirtschaftseinheit zusammenschließen wollten.

Die Eheleute August und Meta B. geb. Fr. haben i. J. 1900 die Ehe miteinander geschlossen. Aus der Ehe sind ein Sohn und zwei Töchter hervorgegangen. Der Ehemann B. hat

i. J. 1903 von seinem Vater den Kothof Nr. 31 in einer Größe von rund 62 Morgen erworben. Durch notariellen Vertrag vom 12. Aug. 1916 hat der Landwirt Heinrich Fr. seinen Halbspännerhof Nr. 14 nebst Kothof Nr. 9 in der Größe von zusammen rund 140 Morgen „im Wege verfrühter Erbfolge“ auf seine Tochter, die Ehefrau Meta B., übertragen und sich und seiner Ehefrau ein Allenteil vorbehalten. Auflassung und Eintragung sind nicht erfolgt. Die Eheleute B. sind i. J. 1916 auf die Hofstelle des Hofes Nr. 14 gezogen. Sie haben damals das Wohnhaus des Hofes Nr. 31 zu zwei Wohnungen für Hofangestellte umgebaut. Im Jahre 1934 ist in dem Hause eine dritte Wohnung zum gleichen Zwecke geschaffen worden. Der Kuhstall ist zu Schweine- und Holzställen für die auf dem Hofe wohnenden Landarbeiter ausgebaut worden. Die zu dem Hof Nr. 14 und seinen Bestandteilen gehörenden Grundstücke waren 1916 verpachtet. Im Jahre 1922 wurde der größte Teil der Grundstücke pachtfrei, während etwa 44 Morgen in Folge Verlängerung der Verpachtung durch das Pächter noch heute verpachtet sind. Die Eheleute B. haben dann die pachtfrei gewordenen Grundstücke des Hofes Nr. 14 und die zum Hofe Nr. 31 gehörenden Grundstücke von der Hofstelle Nr. 14 aus bewirtschaftet. Dabei haben sie die Scheune und den Schafstall des Hofes Nr. 31 — letzteren zur Unterbringung von Geräten — mitbenutzt. Am 11. Dez. 1932 hat die Ehefrau B. ihren Vater allein beerbt und ist damit Alleineigentümerin des Hofes Nr. 14 geworden.

Die Höfe Nr. 31 und Nr. 14 sind als selbständige Erbhöfe in das gerichtliche Verzeichnis der Höfe, die in die Erbhöferolle eingetragen werden sollen, aufgenommen worden. Hiergegen haben die Eheleute B. beim AnerbG. Einspruch eingelegt. Sie wünschen, daß die beiden Höfe zusammen als ein Erbhof betrachtet werden. Zur Begr. haben sie vorgetragen, beide Höfe würden seit langem von einer Hofstelle aus bewirtschaftet und bildeten eine Wirtschaftseinheit.

Das AnerbG. hat dem Einspruch stattgegeben und ausgesprochen, daß die beiden Höfe einen Erbhof bildeten. Es hat ausgeführt: Beide Höfe, von denen der eine dem Chemann, der andere der Ehefrau B. gehöre, seien z. Z. des Inkrafttretens der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG. von einer Hofstelle aus bewirtschaftet worden; sie seien deshalb nach § 5 der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG. als eine Besizung anzusehen und am 21. Dez. 1933 ein Erbhof geworden.

Hiergegen hat der Kreisbauernführer rechtzeitig sofortige Beschw. eingelegt mit dem Antrag: den angefochtenen Beschl. aufzuheben, den Einspruch zurückzuweisen und zu beschließen, daß die Höfe Nr. 31 und Nr. 14 zwei getrennte Erbhöfe bilden.

Der Chemann August B. ist am 22. Dez. 1934, ohne ein Testament errichtet zu haben, gestorben und von seiner Witwe und seinen drei Kindern Ferdinand B., Frau Elisabeth F. geb. B. und Frau Erika W. geb. B. beerbt worden.

Die Witwe B. hat der Beschw. widersprochen, ihr früheres Vorbringen wiederholt und noch angeführt: Die Höfe seien zu einer wirtschaftlichen Einheit vereinigt worden; die Hofstelle des Hofes Nr. 31 sei seit dem Jahre 1916 aufgegeben; die beiden Höfe ergänzten sich sehr gut, weil der Hof Nr. 14 gute Gebäude, aber weniger gutes Land habe, während zum Hof Nr. 31 gutes Land, aber alte und schlechte Gebäude gehörten.

Das ErbhGer. hat den angefochtenen Beschl. aufgehoben und ausgesprochen, daß der Kothof Nr. 31 und der Halbspännerhof Nr. 14 nebst Kothof Nr. 9 je einen Erbhof bildeten. Es hat ausgeführt: Beide Höfe erfüllten die Voraussetzungen eines Erbhofes; jeder von ihnen habe auch eine Hofstelle, von der aus die zu ihm gehörenden Grundstücke bewirtschaftet werden könnten; § 5 der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG. bezwecke, möglichst viele bäuerliche Anwesen zu erfassen; er treffe nur Höfe, die nach § 17 AErbhofG. mangels Alleineigentums keine Erbhöfe bildeten; Besitzungen, die ohnehin Erbhöfe seien, fielen weder unter § 62 der 1. Durchf. VO. noch unter § 5 der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG.

Dieser Beschl. ist der Witwe B. und den drei Kindern zugestellt worden. Am 18. März 1935 ist die sofortige weitere Beschw. der Witwe B. und des Sohnes Ferdinand B. eingegangen. Die Beschw. wiederholen ihre früheren Anträge und das frühere Vorbringen.

Die weitere Beschw. ist unbegründet.

Wenn beide Höfe — ein jeder für sich — am 1. Okt. 1933 die Voraussetzungen eines Erbhofes erfüllten und noch nicht endgültig zu einer Wirtschaftseinheit zusammengeschlossen waren, sind sie am 1. Okt. 1933 Erbhöfe geworden. Die Ansicht, daß sie dann nach § 5 der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG. mit dem Inkrafttreten dieser VO. am 21. Dez. 1933 zu einem Erbhof zusammengeschlossen seien, wird durch den Wortlaut der Vorschr. nicht gestützt und widerspricht deren Sinn. § 5 der 2. Durchf. VO. zum AErbhofG. will durch die Zusammenfassung des Eigentums von Eheleuten das Anwendungsgebiet des AErbhofG. erweitern. Er will aber nicht die Zahl der Erbhöfe dadurch verringern, daß zwei bestehende Erbhöfe zusammengelegt werden. Er ist vielmehr, wenn der Chemann und die Ehefrau je einen selbständigen Erbhof haben, überhaupt nicht anwendbar.

Der Hof Nr. 31 und der Hof Nr. 14 erfüllten am 1. Okt. 1933 — ein jeder für sich — alle Voraussetzungen eines Erbhofes. Der inzwischen verstorbene Chemann August B. und die Ehefrau B. waren am 1. Okt. 1933 ohne Zweifel bauenzähig. Jeder der beiden Höfe bildet auch eine Ackeranfrucht. Für den Hof Nr. 14 ergibt sich schon die Größe von 140 Morgen und für den Hof Nr. 31 neben der Größe von rund 62 Morgen die durchweg gute Bodenbeschaffenheit. Jeder der beiden Höfe hat auch eine ausreichende Hofstelle. Bei dem Hof Nr. 14 steht das außer Zweifel. Es trifft aber auch für den Hof Nr. 31 zu. Er ist bis zum Jahre 1916 von seiner Hofstelle aus bewirtschaftet worden. Von dieser Hofstelle sind die Scheunen und Pferdeställe noch unverändert vorhanden. In dem Wohnhaus Nr. 31 waren zwar am 1. Okt. 1933 seit dem Jahre 1916 zwei Wohnungen für Landarbeiter eingerichtet und die Kuhställe waren zu Scheunen und Holzställen für die Landarbeiter ausgebaut. Diese Änderungen sind aber unschwer rückgängig zu machen, soweit das nötig ist. Jedenfalls können sie das Vorhandensein einer zur Bewirtschaftung ausreichenden Hofstelle nicht ernstlich in Frage stellen. Daß die Verbindung der Grundstücke mit dieser Hofstelle nicht für die Dauer aufgehoben ist, ergeben die folgenden Ausführungen.

Es bleibt deshalb nur die Frage, ob die Höfe am 1. Okt. 1933 noch selbständig waren. Diese Frage ist zu bejahen. Der Hof Nr. 31 war Eigentum des 1934 verstorbenen Chemanns, der ihn i. J. 1903 von seinem Vater erworben hatte. Der Hof Nr. 14 ist i. J. 1932 durch Erbgang Eigentum der Ehefrau B. geworden. Der Vertrag vom 12. April 1916, auf Grund dessen der Hof schon damals der Ehefrau B. von ihrem Vater übergeben wurde, spricht in keiner Best. für den Zusammenschluß der beiden Höfe. Ob die Hofstelle des Hofes Nr. 14 zur Bewirtschaftung sämtlicher Grundstücke der beiden Höfe ausreichen würde, ist schon deshalb zu bezweifeln, weil die Scheune des Hofes Nr. 31 noch mitbenutzt wird, obgleich von dem Hofe Nr. 14 noch 44 Morgen verpachtet sind. Weiterer Ermittlungen darüber bedarf es jedoch nicht. Die Eheleute B. sind zwar i. J. 1916 auf die Hofstelle des Hofes Nr. 14 gezogen. Es ist aber selbstverständlich, daß Eheleute, denen zwei Höfe zur Verfügung stehen, nur eine Hofstelle bewohnen. Die Wirtschaftlichkeit legt es auch nahe, daß die Eheleute nach Möglichkeit die beiden Höfe einheitlich bewirtschafteten. Aus dem Umzug auf die Hofstelle Nr. 14 und aus der einheitlichen Bewirtschaftung, die übrigens erst seit 1922 besteht und die noch verpachteten 44 Morgen nicht erfaßt hat, ist also kein Schluß darauf zu ziehen, daß die Eheleute B. die beiden Höfe endgültig und für alle Zukunft zu einer Wirtschaftseinheit haben zusammenschließen wollen. Auch die übrigen Maßnahmen der Eheleute bringen einen solchen Willen nicht zum Ausdruck. Durch die Einrichtung des Wohnhauses und des Kuhstalles für die Landarbeiter ist die Hofstelle Nr. 31 weder endgültig aufgegeben worden noch ein selbständiger Teil der Hofstelle Nr. 14 geworden. Diese Maßnahmen waren vielmehr auch dann zweckmäßig und verständlich, wenn die einheitliche Bewirtschaftung nur für die Lebenszeit der Eheleute B. dauern sollte. Der Umstand, daß die Eheleute einen Sohn und zwei Töchter haben, läßt gewiß nicht auf den Willen einer dauernden Vereinheitlichung schließen. Die Eheleute B. haben und hatten jedenfalls vor dem 1. Okt. 1933 auch keine

Best. für die Zeit nach ihrem Tode getroffen, aus der zu ersehen wäre, daß die beiden Besitzungen auch für die Zukunft als eine Wirtschaftseinheit behandelt und vereint werden sollten. Es liegt also nichts Ausreichendes dafür vor, daß der Hof des Eheannes und der Hof der Ehefrau am 1. Okt. 1933 endgültig zu einer Wirtschaftseinheit zusammengeschlossen waren. Die Maßnahmen der Eheleute B. finden vielmehr auch dann ihre Erklärung, wenn sie die Höfe für ihre Besitzzeit — also nur vorübergehend — aus Gründen der Wirtschaftlichkeit einheitlich bewirtschaften wollten. Es würde aber dem RErbhofG. widersprechen, zwei Höfe, die hundert Jahre lang zwei bäuerlichen Familien als gute Heim- und Nahrungsstätte gedient haben, nur deshalb zu einem Erbhof zusammenzuschließen und damit eine bäuerliche Stelle zu vernichten, weil die Eigentümer der Höfe am 1. Okt. 1933 miteinander verheiratet und infolgedessen für ihre Lebenszeit zu einer einheitlichen Bewirtschaftung gelangt waren. Ein solches Ergebnis wäre nur dann vertretbar, wenn die Maßnahmen der Ehegatten keine Zweifel darüber lassen, daß sie für alle Zukunft eine Wirtschaftseinheit haben schaffen wollen und geschaffen haben.

(RErbhGer., 2. Sen., Beschl. v. 13. März 1936, 2 RB 425/35.)  
 (= REHG. 2, 263.)

\*

\*\* 23. §§ 2, 23, 30, 37 Abs. 2 RErbhofG.; §§ 12 Abs. 1, 36, 40, 64 Abs. 3 der 1. DurchfV.D. z. RErbhofG.

1. § 37 Abs. 2 RErbhofG. und § 64 Abs. 3 der 1. DurchfV.D. z. RErbhofG. schließen sich gegenseitig aus.

2. § 64 Abs. 3 Satz 1 der 1. DurchfV.D. regelt die — nur aus wichtigem Grunde statthafte — Teilung eines vorhandenen Erbhofs in mehrere selbständige Erbhöfe. Es handelt sich hierbei lediglich um eine innerbetriebliche Teilung, die mit einem Eigentumswechsel nicht in Verbindung steht. Ist die Zerlegung des Erbhofes zum Zwecke alsbaldiger Übertragung eines Teilhofes geplant, so ist die Abtrennung unter dem Gesichtspunkt des § 37 Abs. 2 RErbhofG. zu beurteilen.

3. § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. DurchfV.D. regelt die — nur aus wichtigem Grunde statthafte — Abtrennung von Grundstücken ohne eigene Erbhofgröße vom Erbhof. Die Aufhebung der Erbhofeigenschaft einzelner Grundstücke bewirkt — ebenso wie die innerbetriebliche Teilung — keine Eigentumsänderung. Wenn daher die Veräußerung des abzutrennenden Grundstücks unmittelbar bevorsteht, so ist nicht die Aufhebung der Erbhofeigenschaft auszusprechen, sondern § 37 Abs. 2 RErbhofG. anzuwenden.

4. Das BeschwG. ist im Genehmigungsverfahren nicht an die Anträge des BeschwF. und an Einschränkungen des Rechtsmittels oder der Rechtsmittelbegründung gebunden; es hat vielmehr alle Erfordernisse der Genehmigung von sich aus nachzuprüfen.

5. Die Abtrennung von Grundstücken vom Erbhofe zur Versorgung von Kindern ist nur in besonderen Fällen zur Vermeidung schwerwiegender Unbilligkeit zulässig.

Die seit 1909 verheirateten, in der Ertrungenschaftsgemeinschaft des bürgerlichen Rechts lebenden Eheleute Georg Sp. und Katharina, geb. E., in Rh. sind Eigentümer eines Anwesens in Größe von 18,224 ha. Der Einheitswert beträgt rund 34 000 RM. Der Grundbesitz besteht aus Acker und etwas Wald (0,099 ha). Infolge der unmittelbar angrenzenden Großstädte sind die Absatzverhältnisse günstig.

Die Eheleute haben drei Kinder: Käthe, geboren 1909, seit 1934 mit dem Landwirt Hermann K. in Rh. verheiratet, der als einziger Sohn den 8,893 ha großen Erbhof seines Vaters

zu erwarten hat. Die Tochter hat vor der Eheschließung im elterlichen Betriebe gearbeitet. — Wilhelm, geboren 1914, auf dem Hofe tätig. — Rudolf, geboren 1919, besucht die Realschule in L.

Der Bauer Sp. hat gegen die Aufnahme seines Grundbesitzes in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe Einspruch eingelegt mit dem Antrage, nur einen Erbhof von 7 1/2 ha zu bilden, da er den Mehrbesitz zur Ausstattung seiner anderen Kinder verwenden wolle, die er auf andere Weise nicht ausstatten könne. Das AnerbG. hat dem Bauern Sp. den eine Größe von 7 1/2 ha übersteigenden Grundbesitz zur freien Verfügung belassen unter der Voraussetzung, daß er seiner Tochter einen entsprechenden Grundbesitz als Ausstattung zuteile. In der Begr. des Beschlusses ist ausgeführt, daß eine Ausstattung der weichen Erben mit Grundbesitz im Interesse des Hofes liege, der dann nicht mehr mit den Ausstattungsansprüchen belastet sei. Der Kreisbauernführer hat sofortige Beschw. erhoben. Auf Veranlassung des ErbhGer. hat der Bauer Sp. sodann die einzelnen Grundstücke bezeichnet, die den Erbhof bilden sollen (7,704 ha) und die für seine Tochter (5,233 ha) und für seinen zweiten Sohn Rudolf (5,019 ha) schon jetzt abgetrennt werden sollen. Das ErbhGer. hat den für die Tochter ausgewählten Grundstücken (5,233 ha) zum Zwecke der Übertragung an die Tochter die Erbhofeigenschaft entzogen und angeordnet, daß, sofern die Übertragung nicht sofort geschehe, bis zum 1. Jan. 1935 oder innerhalb von vier Wochen nach Rechtskraft des Beschlusses eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung dieser Grundstücke zugunsten der Tochter im Grundbuch eingetragen werde. In den Gründen ist bemerkt, daß die Übergabe der Grundstücke an die Tochter gem. § 37 RErbhofG. genehmigt werde, weil sich die Tochter durch ihre Mitarbeit auf dem Hofe bis zu ihrer Heirat ein Anrecht auf Ausstattung in Grundstücken erworben habe, weil ferner der beim Erbhofe verbleibende Restbesitz von 12,991 ha eine sehr reichliche Adernahrung darstelle und die der Tochter zugeteilten Grundstücke Bestandteil des Erbhofes würden, den ihr Ehemann wohl in naher Zukunft von seinem Vater erhalten werde. Die Auflage über die Auflassungsvormerkung solle Verfügungen über die Grundstücke zu einem anderen Zwecke verhindern. Dagegen bestעה bei der Jugend des zweiten Sohnes zur Zeit kein Anlaß, Grundstücke zu dessen Ausstattung freizugeben.

Gegen diese Entsch. hat der Landesbauernführer sofortige weitere Beschw. eingelegt. Er hat gegen die Übertragung von 5,233 ha an die Tochter im vorl. Falle nichts einzuwenden. Er hält es aber für zweckmäßig, diesen Grundstücken nicht nach § 64 Abs. 3 der 1. DurchfV.D. zum RErbhofG. die Erbhofeigenschaft zu entziehen, sondern gem. § 37 Abs. 2 RErbhofG. die Genehmigung zur Veräußerung zu erteilen, und zwar mit der Auflage, daß die Grundstücke mit dem Grundbesitz des Ehemanns Hermann K. in das Miteigentum eines Ehegatten übergehen, damit die abzutrennenden Grundstücke Erbhofeigenschaft erlangen können.

Dem gegenwärtigen Verfahren liegt der Antrag des Eigentümers zugrunde, den Erbhof auf eine Größe von 7,5 ha zu beschränken und ihm den Mehrbesitz zur freien Verfügung zu belassen, damit er später seine anderen Kinder damit ausstatten könne. Der Eigentümer hat diesen Antrag mit dem gem. §§ 36, 40 der 1. DurchfV.D. zum RErbhofG. erhobenen Einspruche gegen die Aufnahme des Hofes in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe verbunden. Der Eigentümer bezweckte aber in Wirklichkeit gar nicht, geltend zu machen, daß sein Grundbesitz, soweit er einen Umfang von 7,5 ha überschritt, zu Unrecht in das Verzeichnis aufgenommen sei, vielmehr wollte er die Freigabe des Mehrbesitzes zur Versorgung der übrigen Kinder erreichen. Der Antrag des Eigentümers hatte demnach keinen Einspruch gegen die Eintragung des über 7,5 ha hinausgehenden Besitzes in das gerichtliche Verzeichnis zum Gegenstande, sondern zielte auf die Entziehung der Erbhofeigenschaft des Mehrbesitzes i. S. des § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. DurchfV.D. zum RErbhofG. Das AnerbG. hat durch seine Entsch. dem wahren Willen des Eigentümers Rechnung getragen. Der Wortlaut der Beschlusformel läßt erkennen, daß nicht im Einspruchsverfahren über die Zugehörigkeit von Grundstücken zum Erbhofe entschie-

den, sondern die Entziehung der Erbhofeigenschaft einzelner Grundstücke unter einer Auflage gem. § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. genehmigt werden sollte. Das Erb. h. G. er. hat dann klar ausgesprochen, daß den für die Tochter bestimmten, vom Bauern einzeln bezeichneten Grundstücken die Erbhofeigenschaft entzogen werde. Gleichzeitig hat das Erb. h. G. die Übertragung der in Rede stehenden Grundstücke an die Tochter gem. § 37 R. Erbhof. G. mit einer Auflage genehmigt. Es hat also den Sachverhalt sowohl unter dem Gesichtspunkte des § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. (Entziehung der Erbhofeigenschaft) wie unter dem des § 37 (Veräußerung von Teilen des Erbhofes) gewürdigt.

Über das Verhältnis des § 64 Abs. 3 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. zu § 37 R. Erbhof. G. ist folgendes zu bemerken: § 64 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. ist in der Überschrift als Ausführungsvorschrift zu § 37 R. Erbhof. G. bezeichnet. Dies deutet auf einen inneren Zusammenhang mit § 37 R. Erbhof. G. hin.

§ 64 Abs. 3 Satz 1 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. regelt die Teilung eines vorhandenen Erbhofes in mehrere, selbständige Erbhöfe. Die Teilung setzt also voraus, daß die zu bildenden Teile die Größe einer Ackerparzelle nach §§ 2, 6 R. Erbhof. G. erhalten und auch dem Erfordernisse des § 3 Abs. 2 R. Erbhof. G. entsprechen. Die Teilung nach § 64 Abs. 3 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. hat zur Folge, daß die neu gebildeten Erbhöfe beim Tode des Hofeigentümers nicht an einen einzigen Auerben, sondern gem. § 23 R. Erbhof. G. (vorbehaltlich der Regelung für die Übergangszeit in § 58 R. Erbhof. G. i. Verb. m. § 4 der 3. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G.) an mehrere Auerben fallen. Die durch § 64 Abs. 3 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. zugelassene Teilung des Erbhofes ist eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Erbhof vor Zerspaltung geschützt und in ungeschmälerter Bestand auf den Auerben vererbt werden soll. Ein Abweichen von diesem Grundsatz, auf dem auch das Veräußerungsverbot des § 37 R. Erbhof. G. beruht, rechtfertigt sich aber dadurch, daß durch Zerlegung eines größeren Erbhofes in lebensfähige Betriebe kleineren oder mittleren Umfangs eine günstigere Verteilung des landwirtschaftlichen Besitzes herbeigeführt werden kann und zugleich die Selbstmachung anderer in der Landwirtschaft tätiger Söhne des Hofeigentümers ermöglicht wird. Aus der grundsätzlichen Anteilbarkeit des Erbhofes ergibt sich jedoch, daß die Teilung nach § 64 Abs. 3 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G., ebenso wie die Veräußerung nach § 37 R. Erbhof. G. nur aus wichtigem Grunde statthaft ist, wenn dies vom Gesetz auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Die durch die Teilung neu gebildeten Erbhöfe bleiben nach wie vor in der Hand des Eigentümers des Stammerbhofes und gehen erst mit dem Erbfall in das Eigentum der Auerben über. Die in § 64 Abs. 3 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. vorgesehene Zerlegung des Erbhofes in Teilerbhöfe ist also eine sog. innerbetriebliche Teilung, die mit einem Eigentumswechsel nicht in Verbindung steht. Wenn der Eigentümer der Teilerbhöfe noch zu seinen Lebzeiten einen der neu gebildeten Höfe auf einen anderen übertragen will oder wenn er von vornherein eine Teilung zwecks alsbaldiger Übertragung an einen anderen beabsichtigt, so ist die Abtrennung unter dem Gesichtspunkte des § 37 Abs. 2 R. Erbhof. G. zu beurteilen, da § 37 R. Erbhof. G. Maß greift, wenn eine Veräußerung, also eine Überführung eines Grundstücks in das Eigentum eines anderen, in Frage kommt.

Ähnlich liegt es im Falle des § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. Dort ist die Möglichkeit vorgesehen, einzelnen Teilen des Erbhofes die Erbhofeigenschaft zu entziehen. Es handelt sich zum Unterschiede von § 64 Abs. 3 Satz 1 um die Abtrennung von Grundstücken, die für sich allein nicht die zur Bildung eines neuen Erbhofes nötige Größe haben. Bei dem Bestreben des R. Erbhof. G., den bäuerlichen Besitz zur Stärkung der angestammten Familie und Sippe zusammenzuhalten, kann aber auch die Aufhebung der Erbhofzugehörigkeit einzelner Grundstücksflächen nur ausnahmsweise zugelassen werden. Die Entziehung der Erbhofeigenschaft gem. § 64 Abs. 3 Satz 2 der

1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. kann also entsprechend den für die Veräußerung nach § 37 R. Erbhof. G. geltenden, hier sinngemäß anwendbaren Grundsätzen nur genehmigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Solche Ausnahmefälle werden z. B. gegeben sein, wenn eine für die Bewirtschaftung des Hofes entbehrliche Fläche vom Eigentümer gewerblich genutzt werden soll oder wenn die Abtrennung aus städtebaulichen Gründen geboten ist. Namentlich wenn in absehbarer Zeit die Inanspruchnahme eines Erbhofgrundstücks als Auland in Frage kommt und bei der Güte des Hofes kein Anlaß besteht, den künftigen Veräußerungserlös dem Auerben allein zukommen zu lassen, kann es unter besonders liegenden Verhältnissen gerechtfertigt sein, das Grundstück schon vorher durch Entziehung der Erbhofeigenschaft aus dem Erbhofverband auszuscheiden und dadurch in das erbhoffreie, dem Veräußerungsverbot des § 37 R. Erbhof. G. nicht unterliegende Vermögen des Hofeigentümers zu überführen. Die Aufhebung der Erbhofeigenschaft einzelner Grundstücke bewirkt ebenso wie die innerbetriebliche Teilung eines Erbhofes in mehrere Erbhöfe gem. § 64 Abs. 3 Satz 1 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. nur eine Abtrennung ohne Eigentumsveränderung und ist daher nicht auszusprechen, wenn eine Veräußerung unmittelbar bevorsteht. In einem solchen Fall ist vielmehr § 37 Abs. 2 R. Erbhof. G. anzuwenden.

Die Unterschiede, die hiernach zwischen den Tatbeständen des § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. und des § 37 Abs. 2 R. Erbhof. G. vorhanden sind, sind in dem angefochtenen Beschluß nicht genügend auseinandergehalten worden. Nur bei dem Land, das der Bauer Sp. für seinen jüngeren Sohn bestimmt hat, handelt es sich um einen Fall der Entziehung der Erbhofeigenschaft nach § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. Denn dies Land will der Bauer zunächst für sich behalten und seinem Sohn erst übertragen, wenn er sich später selbständig machen sollte. Wenn das Erb. h. G. insofern in den Gründen eine „Freigabe“ ablehnt, so ist damit wohl die Veräußerung der in § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. vorgesehenen anerbengerichtlichen Genehmigung zur Entziehung der Erbhofeigenschaft gemeint. Die Tochter des Bauern, die inzwischen geheiratet hat, sollte als bald mit Land ausgestattet werden. Insofern war der Antrag des Bauern allein nach § 37 Abs. 2 R. Erbhof. G. zu beurteilen. Die Entziehung der Erbhofeigenschaft, die das Erb. h. G. ausgesprochen hat, war hier nicht am Platze, weil die baldige Überführung der Grundstücke in das Eigentum der Tochter beabsichtigt war und für einen solchen Fall § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. nicht zutrifft. Das Erb. h. G. hat übrigens, wie die Entscheidungsgründe erkennen lassen, außerdem die Genehmigung zur Übertragung der Grundstücke an die Tochter nach § 37 R. Erbhof. G. erteilt. Die Entsch. durfte aber nicht gleichzeitig auf § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. und auf § 37 R. Erbhof. G. gestützt werden, da die beiden Vorschr. einander ausschließen.

Der Landesbauernführer, der gegen die Übertragung der Grundstücke an die Tochter keine Bedenken hat, bezweckt mit seiner weiteren Beschw., die irtümliche Anwendung des § 64 Abs. 3 Satz 2 der 1. Durchf. V. D. zum R. Erbhof. G. zu befeitigen. Außerdem erstrebt er eine Auflage, die die Überführung des Grundbesitzes der Tochter und ihres Ehemannes in das Miteigentum eines der Ehegatten sicherstellt.

Es erhebt sich die Frage, ob das Beschw. verpflichtet ist, die sachliche Prüfung auf die vom Landesbauernführer in seiner Beschw. Begr. gerügten Punkte zu beschränken, oder ob eine Nachprüfung der angefochtenen Entsch. in ihrem ganzen Umfange zulässig ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist in Betracht zu ziehen, daß die Auerbenbehörden mit dazu berufen sind, die leitenden Gedanken des R. Erbhof. G. durchzusetzen, damit mit das Hauptziel des Gesetzes, die Sicherung der ständigen Erneuerung des Volkes aus dem Bauerntum, verwirklicht wird. Die Tätigkeit der Auerbenbehörden dient danach vornehmlich der Wahrnehmung öffentlicher Belange. Demgemäß ist die Gestaltung des anerbengerichtlichen Verfahrens hauptsächlich in die Hand des Auerben. gelegt (vgl. § 12 der 1. Durchf. V. D. z. R. Erbhof. G.). Die Aufgabe der Auerbenbehör-

den, in erster Linie den allgemeinen Gesichtspunkten Geltung zu verschaffen, besteht ferner in jeder Lage des Verfahrens. Dies hat notwendigerweise die Unabhängigkeit des Beschw. von den Parteianträgen zur Folge. Auf jeden Fall ist, wenn die Genehmigung einer Veräußerung oder Übergabe des Hofes den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet, die Prüfung, ob die Erteilung der Genehmigung mit den Grundgedanken des Reichserbhofrechts im Einklange steht, nur möglich, wenn der gesamte Sachverhalt der Beurteilung des Beschw. uneingeschränkt zugänglich ist und das Beschw. in die Lage versetzt wird, alle Erfordernisse der Genehmigung von sich aus nachzuprüfen. Im Genehmigungsverfahren nach § 37 RErbhofG. sind demnach die Beschw. an die Anträge des Beschw. und an Einschränkungen des Rechtsmittels oder der Rechtsmittelbegründung nicht gebunden (vgl. REStG. 2, 76 = JW. 1936, 1065<sup>10</sup>). Dies muß hier um so mehr gelten, weil das Rechtsmittel von dem Landesbauernführer eingelegt ist, der berufen ist, die Anerkennungsbehörden bei der Wahrung der öffentlichen Belange zu unterstützen.

Wenn also auch der Landesbauernführer die Landabgabe an die Tochter unter den vorl. Umständen in seiner weiteren Beschw. nicht beanstandet hat, so wird dadurch die Nachprüfung nicht ausgeschlossen, er für diese Landabgabe, die sich als eine Veräußerung nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. darstellt, ein wichtiger Grund gegeben ist. Der Bauer Sp. erstrebt, wie der von ihm überreichte Teilungsplan ergibt, daß der Erbhof entsprechend der Zahl seiner Kinder in drei Teile zerlegt wird. Der Auerbe soll 7,704 ha, die Tochter 5,233 ha und der zweite Sohn 5,019 ha erhalten. Es ist also eine regelrechte Erbteilung beabsichtigt, die dem Sinn und Zweck des RErbhofG. widerspricht. Dem für den zweiten Sohn bestimmten Lande (5,019 ha) die Erbhofeigenschaft zu entziehen, hat schon das Erbher. mit Recht abgelehnt, weil gegenwärtig kein Anlaß besteht, die Ausstattung des Sohnes, der noch die Schule besucht, zu erörtern. Es kommt zur Zeit nur in Betracht, ob zur Ausstattung der Tochter Grundstücke im Umfange von 5,233 ha abgetrennt werden sollen. Die Ausstattung der nicht auf dem Hofe verbleibenden Kinder soll nach dem Willen des RErbhofG. regelmäßig in barem Geld aus den Erträgen des Hofes geleistet werden (§ 30 RErbhofG.). Nur in besonders liegenden Fällen ist, um eine schwerwiegende Unbilligkeit zu vermeiden, ausnahmsweise die Abtrennung einzelner Grundstücke von dem Erbhofe zur Versorgung der Kinder zulässig. Im gegenwärtigen Falle besteht jedoch einmal das Bedenken, daß der Erbhof durch den Verlust von fast  $\frac{1}{3}$  seines bisherigen Umfangs erheblich einträchtig würde. Die Zuweisung von Land dient auch nicht dazu, der Tochter ein kleinbäuerliches Dasein zu begründen. Die Tochter ist vielmehr mit dem Sohn eines Erbhofbauern verheiratet, der als gesetzlicher Auerbe künftig den väterlichen Hof erhalten wird. Die Tochter ist also versorgt. Eine Zuteilung von Land an die Tochter zur Vergrößerung des Grundbesitzes ihres Ehemannes kann endlich im jetzigen Augenblicke schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Ehemann noch gar nicht im Besitze des ihm später zufallenden Erbhofes ist und darum die Aufrechterhaltung der Erbhofeigenschaft des von dem Sp.ichen Erbhof abzutrennenden Landes nicht gesichert wäre. Der Bauer braucht gleichwohl nicht zu befürchten, daß seine Tochter bei Veragung der Genehmigung zur Abtrennung der Grundstücke leer ausgehen müsse. Gerade wenn die bisherige Größe des Sp.ichen Hofes erhalten bleibt, wird der Bauer bei der vorhandenen Leistungsfähigkeit des Hofes in der Lage sein, seiner Tochter aus den Überschüssen der nächsten Jahre, wenn diese nicht mehr zum Landerwerb verwendet werden, nach und nach in Jahreszahlungen eine dem Stand und den Kräften des Hofes angemessene Ausstattung zu gewähren. Die Ablehnung der Landzuteilung bedeutet demnach auch keine Unbilligkeit für die Tochter. Bei dieser Sachlage fehlt ein wichtiger Grund zur Veräußerung des Landes an die Tochter.

Hiernach ist der Genehmigungsantrag des Bauern in vollem Umfang abzuweisen.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 7. März 1936, 3 RB 801/34.)

← REStG. 2, 292. >

\*\*24. §10 RErbhofG.; §§11, 36, 37, 39, 40, 61 der 1. Durchf. B. D. zum RErbhofG.

1. Anlegungs- und Feststellungsverfahren sind nicht wesensgleich.

2. Eigentümer und Kreisbauernführer können in jedem Rechtszug die Verbindung des Anlegungsverfahrens mit einem Feststellungsverfahren dadurch herbeiführen, daß sie während des Anlegungsverfahrens auch einen Feststellungsantrag stellen.

3. Stellt ein Dritter während des im ersten Rechtszug anhängigen Anlegungsverfahrens einen Feststellungsantrag, so kann das AuerbG. die beiden Verfahren verbinden. Schwebt das Anlegungsverfahren schon in zweiter Instanz, so kann sich ein Dritter nicht gegen den Willen des Eigentümers und des Bauernführers in dieses hinein drängen. Der Dritte kann die Verbindung auch nicht dadurch herbeiführen, daß er gegen die Entsch. über den Einspruch zwecks Stellung eines Feststellungsantrags Beschw. einlegt.

4. Im Feststellungsverfahren sind alle nach § 61 der 1. Durchf. B. D. zum RErbhofG. Antragsberechtigten beschwerdeberechtigt, auch wenn sie nicht selbst den Antrag gestellt haben.

In diesem Falle spielen das Verhältnis des Anlegungs- zum Feststellungsverfahren, die Möglichkeit, sie zu verbinden, und das Beschwerderecht für diese Verfahren eine Rolle. Die Fragen greifen ineinander über. Deshalb erscheint eine zusammenhängende, wenn auch nicht alle Fälle umfassende Erörterung zweckmäßig.

Im Anlegungsverfahren und in dem die Erbhofeigenschaft betr. Feststellungsverfahren ist zwar die Erbhofeigenschaft in gleicher Weise zu prüfen. Trotzdem sind die beiden Verfahren nicht wesensgleich. Das Anlegungsverfahren wird von Amts wegen eingeleitet, das Feststellungsverfahren nur auf Antrag. Der Einspruch, der ein Rechtsbehelf in dem schon anhängigen Anlegungsverfahren ist, steht nur dem Eigentümer und dem Kreisbauernführer zu; das Antragsrecht im Feststellungsverfahren richtet sich nach § 61 der 1. Durchf. B. D. zum RErbhofG.; das beeinflusst auch das Beschwerderecht in den beiden Verfahren. Das Anlegungsverfahren dient der Anlegung der Erbhöferolle; der Einspruch richtet sich gegen die Aufnahme oder Nichtaufnahme des Hofes in das gerichtliche Verzeichnis; das Ziel ist eine Entsch. darüber, ob der Hof in die Erbhöferolle eingetragen oder nicht eingetragen werden soll; dem muß auch die Beschlusformel entsprechen; die Wirkung ist die Eintragung oder Nichteintragung in die Erbhöferolle und damit die hierdurch gegenüber allen begründete Vermutung für oder gegen die Erbhofeigenschaft.

Ziel des Feststellungsantrags und -verfahrens ist die Feststellung, ob der Hof Erbhof ist oder nicht. Die Wirkung der Entsch. erschöpft sich nicht in dem Einfluß auf die Erbhöferolle, sondern besteht darüber hinaus darin, daß zwischen den Beteiligten, etwa dem antragstellenden Gläubiger, dem Eigentümer und dem Bauernführer die Erbhofeigenschaft als vorhanden oder nicht vorhanden feststeht; diese Wirkung greift also weiter als jene widerlegbare Vermutung. Wenn auch ein neues Feststellungsverfahren nicht unter allen Umständen ausgeschlossen ist, so ist und bleibt die erste Feststellung doch wirksam, bis etwa in einem neuen Feststellungsverfahren eine andere Feststellung getroffen ist.

Der Tatsache, daß die Erbhofeigenschaft in beiden Verfahren in gleicher Weise geprüft wird, und dem praktischen Bedürfnis, eine unnötige Vermehrung der Verfahren zu vermeiden, einerseits sowie dem öffentlichen Interesse an einer richtigen Entsch. andererseits, kann auf folgendem Wege Rechnung getragen werden:

1. Wenn kein Einspruch im Anlegungsverfahren

ingelegt ist, bleibt das Feststellungsverfahren auch für den Eigentümer und den Kreisbauernführer zulässig (REHG. 1, 314 = JW. 1935, 3225<sup>13</sup>). Ist eine formell rechtskräftige sachliche Entsch. über den Einspruch ergangen, so ist der Feststellungsantrag des Eigentümers nur zulässig, wenn er keinen Mißbrauch des Antragsrechts darstellt (REHG. 1, 314 = JW. 1935, 3225<sup>13</sup> mit REHG. 1, 125 = JW. 1935, 1500<sup>13</sup>). Weil der Kreisbauernführer das öffentliche Interesse vertritt und seine Stellung eine sachliche Ausübung des Antragsrechts gewährleistet, wird in solchem Fall der Feststellungsantrag des Kreisbauernführers nur unter ganz besonderen Umständen einen Mißbrauch darstellen können. —

2. Mit dem Anlegungsverfahren kann ein Feststellungsverfahren verbunden werden. Der Eigentümer und der Kreisbauernführer können diese Verbindung ohne weiteres in jedem Rechtszug dadurch herbeiführen, daß sie während des Auslegungsverfahrens auch einen Feststellungsantrag stellen. Steht ein Dritter bei dem AnerbG., bei dem das Einspruchsverfahren anhängig ist, einen Feststellungsantrag, so kann das Gericht die beiden Verfahren verbinden, und die Verbindung wird in aller Regel geboten sein. Bei der Auslegung des Antrags, den der Dritte in solchem Falle stellt, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß er den Antrag stellen will, der für ihn zulässig ist. Oft wird es zweckmäßig sein, daß das AnerbG. den antragsberechtigten Dritten, der sich zu dem Verfahren meldet und seinen Wunsch nach Teilnahme erkennen läßt, zur Stellung des Antrags anregt. Schwebt das Anlegungsverfahren auf Beschw. des Eigentümers oder des Bauernführers in der Beschw. Inst., so kann sich der Dritte nicht gegen den Willen des Eigentümers und des Bauernführers in das Anlegungsverfahren hineindrängen. Der Eigentümer und der Bauernführer können allerdings den erst vor dem BeschwG. gestellten Antrag des Dritten aufnehmen, so daß einer von ihnen oder beide selbst die Antragsteller werden; eine solche Aufnahme des Antrags kann, je nach Lage des Falles, schon darin gefunden werden, daß der Bauernführer oder der Eigentümer, etwa auf Antrage des BeschwG., einer sachlichen Entsch. über den Antrag zustimmen. Wenn eine Entsch. nur über einen Einspruch ergangen ist, so kann die Verbindung nicht dadurch herbeigeführt werden, daß der Dritte gegen die Entsch. über den Einspruch Beschw. zwecks Stellung eines Feststellungsantrages einlegt (REHG. 2, 56 = JW. 1936, 108<sup>13</sup>). Die Beschw. setzt die Beschwerdebefugnis in dem Verfahren, in dem die Beschw. eingelegt werden soll, voraus. Diese Befugnis hat aber der Dritte im Anlegungsverfahren nicht. Deshalb ist die Ansicht, wonach der Dritte sich dem Verfahren „mit der Beschw. anschließen könne“, nicht zu billigen. Diese Ansicht gewährt in Wirklichkeit dem Dritten ein Beschwerderecht, das ihm nicht zusteht, und geht im Grunde auf die bereits abgelehnte Auffassung von der Wesensgleichheit der beiden Verfahren zurück. Wenn der Eigentümer und der Bauernführer, die allein an dem Anlegungsverfahren beteiligt sind, die in diesem Verfahren ergangene Entsch. nicht angreifen wollen, so muß das Anlegungsverfahren damit seine Erledigung finden. Diese auch wünschenswerte Erledigung des Anlegungsverfahrens kann nicht durch die Beschw. eines Dritten, der in dem Verfahren nicht beschwerdeberechtigt ist, aufgehalten werden. Allen praktischen Anforderungen wird durch die dargelegten Verbindungsmöglichkeiten und deren verständige Ausnutzung unter Mithilfe der Auerbenbehörden genügt. —

3. Im Einspruchsverfahren sind nur, aber auch stets der Eigentümer und der Bauernführer beschwerdeberechtigt (REHG. 2, 56 = JW. 1936, 108<sup>13</sup>). Hat das Gericht, obwohl nur ein Einspruch vorlag, allein oder zugleich eine Feststellung ausgesprochen, so ist der im Feststellungsverfahren Beschwerdeberechtigte jedenfalls dann zur Beschw. befugt, wenn das Gericht wirklich eine Feststellung im Feststellungsverfahren hat treffen wollen. Im Feststellungsverfahren muß das Beschwerderecht allen nach § 61 der 1. DurchfV.D. zum KErbhofG. Antragsberechtigten eingeräumt werden, und zwar auch dann, wenn sie nicht selbst den Antrag gestellt haben. Die im wesentlichen zu demselben Ergebnis führende Ansicht,

daß der Antragsberechtigte sich „dem Verfahren mit der Beschw. anschließen könne“, bedeutet in Wahrheit auch nur die Gewährung des Beschwerderechts. Das praktische Bedürfnis und das öffentliche Interesse an einer Verringerung der Feststellungsverfahren verlangen das Beschwerderecht des Antragsberechtigten und rechtfertigen es genügend. Die Best. des FGG., und zwar auch § 20 FGG., können nur insoweit Anwendung finden, als sie den Bedürfnissen des Erbhoferfahrens gerecht zu werden vermögen, und müssen dann ausscheiden, wenn sie die praktische Gestaltung dieses Verfahrens hindern. Zu dieser freien Auffassung kann auch § 11 der 1. DurchfV.D. zum KErbhofG. berechtigen, wonach die Vorschr. des genannten Gesetzes nur sinngemäß Anwendung finden sollen. Außerdem läßt sich das Beschwerderecht aus dem Antragsrecht und damit aus § 61 der 1. DurchfV.D. zum KErbhofG. selbst in der Erwägung ableiten, daß das Gesetz dem, dem es das Recht gibt, das Feststellungsverfahren zu beantragen, damit auch die Befugnis verleiht, die in einem solchen, wenn auch nicht von ihm veranlaßten Verfahren ergangene Entsch. mit der Beschw. anzugreifen. Dann wäre für das Feststellungsverfahren, soweit das Beschwerderecht der Antragsberechtigten in Frage steht, i. S. des § 11 der 1. DurchfV.D. zum KErbhofG. „etwas anderes bestimmt“. Jedenfalls darf die Zahl der Feststellungsverfahren weder durch Unterscheidungen zwischen „rechtl. Interesse“ und „Beeinträchtigung eines Rechts“ noch durch die Erwägung unnütz vermehrt werden, daß die Entsch. in einem Feststellungsverfahren gegen den Dritten, der an ihm nicht teilgenommen hat, nicht wirke und ihn deshalb nicht beeinträchtigen könne. Es bedarf deshalb auch keiner Prüfung, ob und wie weit das rechtliche Interesse i. S. des § 61 der 1. DurchfV.D. zum KErbhofG. und die Beeinträchtigung eines Rechts i. S. des § 20 Abs. 1 FGG. voneinander abweichen. — Der Beschwerdeberechtigte, der an dem Verfahren nicht teilgenommen hat, kann die Beschw. nicht mehr einlegen, wenn das Verfahren hinsichtlich der Beteiligten, die an ihm teilgenommen haben, formell rechtskräftig abgeschlossen ist (REHG. 2, 51 = JW. 1935, 3542<sup>13</sup>).

(KErbhGer., 2. Sen., Beschl. v. 6. Febr. 1936, 2 RB 199/35.)  
(= REHG. 2, 276.)

\*

**\*\*25.** §§ 19, 20, 21 Abs. 3 und 4, 25 Abs. 1, 37 Abs. 3, 49 Abs. 1 und 4 KErbhofG.; §§ 11, 12 Abs. 1 und 2, 17, 21 Abs. 1 der 1., §§ 9 Satz 3, 10, 15 Abs. 1 der 2., § 7 der 3. DurchfV.D. zum KErbhofG.; §§ 12, 16, 20, 22 Abs. 1 Satz 2 FGG.; § 310 BGB.

1. Gegen die Versagung der Genehmigung eines Übergabevertrags steht den beim Vertragsabschluß mitbeteiligten dritten Versorgungsberechtigten jedenfalls dann kein Beschwerderecht zu, wenn die Genehmigung mit Rücksicht auf die Person des Übernehmers verweigert worden ist.

2. Stirbt der Bauer, während das Genehmigungs- (Beschwerde-) Verfahren noch schwebt, so kann dieses von dem Rechtsnachfolger im Eigentum am Erbhof, also dem Auerben, aufgenommen und fortgeführt werden. Den sonstigen Gesamtrechtsnachfolgern (Alleinerben oder Miterben) kann das Recht zur Aufnahme oder Fortführung des Genehmigungs- (Beschwerde-) Verfahrens jedoch nicht zugebilligt werden.

3. Die Zustellung einer Entscheidung begründet für sich allein noch kein Beschwerderecht.

4. Der Umstand, daß das BeschwG. über eine sofortige Beschwerde, die als unzulässig hätte verworfen werden müssen, sachlich entschieden hat, bedeutet noch nicht ohne weiteres einen neuen selbständigen Beschwerdegund. In der Regel wird dadurch, daß — dem Verlangen des BeschwF. entsprechend — über eine



an sich unzulässige Beschwerde sachlich befunden wird, überhaupt kein Beschwerdegrund geschaffen.

Der Bauer Heinrich S. ist als Eigentümer eines 18,4695 ha großen Anwesens in C., dessen Erbhofeigenschaft unbestritten ist, im Grundbuch eingetragen.

Der Bauer ist am 6. Febr. 1935 verstorben. Er war in erster Ehe mit Maria geb. A. verheiratet, die nach kurzer Ehe im Alter von 29 Jahren infolge von Lungentuberkulose verstorben ist. Aus dieser ersten Ehe des Bauern ist der Landwirt Heinrich S. jun. hervorgegangen. Im Jahre 1911 hat der Bauer Heinrich S. eine zweite Ehe mit Johanna geb. N. geschlossen. Aus dieser Ehe sind vier Söhne hervorgegangen, als ältester Sohn der Landwirt Wilhelm S. Mit diesem haben die Eheleute S. am 6. Febr. 1934 zu Protokoll des Notars in B. einen Vertrag geschlossen, inhalt dessen sie „ihr gesamtes Vermögen, insbes. das im Grundbuch eingetragene Auerbengut, den jetzigen Erbhof, ihrem ältesten Sohne Wilhelm S. übertragen“ mit der Best., daß „zu dem übertragenen Vermögen auch dasjenige Vermögen gehört, welches die Eheleute S. etwa noch hinzu erwerben sollten“. In dem Vertrag haben sich die Eheleute bis zum 25. Lebensjahr des Übernehmers das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht an dem gesamten übertragenen Vermögen vorbehalten; ferner sind zugunsten der übrigen Kinder, auch aus erster Ehe des Eheannes S., Ausstattungen sowie sonstige Rechte vereinbart worden.

Namens der Eheleute S. hat der Notar die Vertragsurkunde zwecks Genehmigung der Übergabe bei dem AuerbG. in B. eingereicht. Die Übergabe an den ältesten Sohn zu weiterer Ehe ist damit begründet, daß freie Best. des Auerben in der fraglichen Gegend üblich gewesen sei. Übrigens sei für die Übergabe an diesen ein wichtiger Grund gegeben, weil bei dem erstehelichen Sohne des Eheannes S., Heinrich S. jun., die gleichen Merkmale tuberkulöser Erkrankung, wie bei seiner Mutter aufzutreten seien und er infolgedessen als Hofnachfolger nicht geeignet sei. Der verstorbene Bauer hat noch vorgetragen, er habe bei Eingehung der zweiten Ehe seiner Ehefrau versprochen, daß, falls aus ihrer Ehe ein Sohn hervorgehen sollte, dieser auf dem Hofe bleiben solle.

Auf Grund einer Anordnung des AuerbG. sind die beiden Söhne Heinrich und Wilhelm S. kreisärztlich untersucht worden. Beide sind in gleicher Weise als für die Übernahme eines Erbhofes gesundheitlich geeignet befunden worden. Insbes. hat das Röntgenbild bei Heinrich S. jun. keinen Anhalt für eine tuberkulöse Lungenerkrankung ergeben.

Das AuerbG. hat in der Folge die Genehmigung zur Übergabe des Hofes nach Maßgabe des überreichten Vertrages verweigert. Es ist davon ausgegangen, daß nach § 21 Ziff. 4 AuerbG. grundsätzlich die Söhne der ersten Frau den anderen Söhnen vorgehen, daß eine Abweichung hiervon nur dann möglich sei, wenn beim Inkrafttreten des AuerbG. in der Gegend Auerbenrecht nicht Brauch oder freie Best. des Auerben durch den Bauern üblich gewesen sei oder — mit Zustimmung des AuerbG. — ein wichtiger Grund vorliege (§ 25 AuerbG.). Es hat festgestellt, daß eine freie Bestimmung des Auerben durch den Bauern in der Gemeinde C. nicht üblich gewesen sei, vielmehr stets die Übung bestanden habe, daß der älteste Sohn als Auerbe bestimmt und eine anderweitige Regelung nur aus wichtigen Gründen getroffen worden sei, so daß eine grundsätzliche Übergabe des ältesten Sohnes bei den Bauern Anstoß erregt haben würde. Einen wichtigen Grund zur Übergabe des erstehelichen ältesten Sohnes hat das AuerbG. nicht anerkannt, da das bei Eingehung der zweiten Ehe gegebene Versprechen einen solchen nicht darstelle und die Behauptung des geschwächten Gesundheitszustandes durch das amtsärztliche Zeugnis widerlegt sei.

Gegen diesen den beiden Eheleuten sowie dem Notar und den Söhnen Heinrich und Wilhelm zugestellten Beschluß hat der Notar namens des Bauern Heinrich S. son. fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Er hat die im ersten Rechtszug vorgebrachten Ausführungen wiederholt.

Nach dem im Laufe des Beschwerdeverfahrens eingetretenen Tode des Bauern hat der Notar namens des Sohnes

Wilhelm S., des Übernehmers, beantragt, unter Aufhebung des anerbengerichtlichen Beschlusses die Genehmigung zur Übergabe zu erteilen. Auch die Witwe des Verstorbenen hat in einem von ihr persönlich unterzeichneten Schreiben vom 13. Jan. 1935 gebeten, entsprechend zu entscheiden.

Das AuerbGer. in Celle hat durch Beschl. v. 27. Nov. 1935 „auf die sofortige Beschw. der Witwe Johanna S. und des Landwirts Wilhelm S.“ dahin entschieden: Die Beschw. wird auf Kosten der BeschwF. zurückgewiesen.

Zur Begr. hat das BeschwG. ausgeführt: Die eingehende Beweisaufnahme habe bestätigt, daß in der Gegend von C. A l t e s t e n r e c h t herrsche. Der Stabsleiter des Kreisbauernführers habe eine große Anzahl von Bauern gehört, auch die Stellungnahme von 26 Ortsbauernführern jener Gegend, zahlreichen Bürgermeistern und sonstigen Auskunftspersonen herbeigeführt. Alle Auskunftspersonen, mit Ausnahme eines einzigen Ortsbauernführers, in dessen Bereich nur Pächter wohnten, hätten eingehend und mit aller Bestimmtheit geschilbert, daß in ihrer Gegend seit alters her grundsätzlich der älteste Sohn den Hof bekommen habe, und daß von dieser Regel nur abgewichen sei, wenn ein wichtiger Grund vorgelegen habe, daß alsdann aber grundsätzlich der nächstälteste Sohn Nachfolger auf dem Hofe geworden sei. Das AuerbGer. hat auch auf Grund neuerlicher Erhebungen in Übereinstimmung mit dem AuerbG. einen wichtigen Grund zur Übergabe des ältesten Sohnes (§ 25 Abs. 1 Ziff. 3 AuerbG.) verneint. Den Hauptgrund für den Entschluß des Erblassers, den Hof dem Sohne Wilhelm zu übergeben, glaubt das BeschwG. in dem von ihm seiner zweiten Ehefrau gegebenen Versprechen erblicken zu sollen, hält indessen allein aus solchem Grunde die Beseitigung der wohlverordneten Rechte der Kinder erster Ehe nicht für zulässig, da sie dem Gedanken des Ältestenrechts zuwiderlaufen würde.

Gegen diesen dem Notar am 30. Nov. 1935, der Witwe Johanna S. und dem Heinrich S. jun. sowie dem Wilhelm S. persönlich am 2. Dez. 1935 zugestellten Beschluß hat der Notar namens der Witwe und ihres Sohnes Wilhelm mit dem am 16. Dez. 1935 eingegangenen Schriftsatz sofortige weitere Beschwerde eingelegt, mit der er die Genehmigung der Übergabe nach Maßgabe des Übergabevertrages beantragt.

Die BeschwF. haben unzureichende Aufklärung des Sachverhalts gerügt, insofern eine Klärung durch richterliche Vernehmung der in der Gegend eingeseffenen Hofbesitzer hätte erfolgen müssen, da die von der Kreisbauernschaft aufgenommenen Aussagen eindeutig auf eine vorgefaßte Meinung und Nichterfassung der im AuerbG. maßgeblichen Unterschiede schließen ließen. Die BeschwF. haben ihren Beweisbeitrag vom zweiten Rechtszug dahingehend wiederholt, die beiden seit 25 Jahren in dem fraglichen Bezirk und im Nachbarbezirk tätigen Notare über den bestehenden Brauch zu hören, und noch mehrere Erklärungen eingeseffener Bauern überreicht.

Die sofortige weitere Beschwerde des Wilhelm S. unterliegt schon deshalb der Verwerfung als unzulässig, weil die in § 49 Abs. 1 AuerbG. bestimmte Frist von zwei Wochen zur Einlegung des Rechtsmittels nicht innegehalten ist. Der 3. Sen. des AuerbGer. hat entschieden (AuerbG. 1, 308 ff.), daß, sofern ein Beteiligter im Verfahren vor den AuerbG. einen Bevollmächtigten für das gesamte Verfahren bestellt hat, diesem die Entsch. zugestellt werden müsse, um rechtswirksam zu sein, während die Zustellung an den Beteiligten selbst unwirksam sei. Dieser Auffassung hat sich der 2. Sen. angeschlossen (2 RB 459/34). Schon hieraus geht hervor, daß die Zustellung an den Bevollmächtigten jedenfalls wirksam ist und die Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschw. — ebenso wie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit — gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. m. § 16 ZGB. (§ 11 der 1. DurchfV. zum AuerbG.) in Lauf setzt, ohne daß es auf eine etwa später noch erfolgende Zustellung an den Beteiligten persönlich ankommt. Bevollmächtigter des Wilhelm S. in diesem Sinne war ohne Frage der Notar, und zwar kraft Gesetzes (§ 10 der 2. DurchfV. zum AuerbG.), außerdem aber auch zufolge ausdrücklicher Bevollmächtigung. Da die Zustellung des angefochtenen Beschlusses

an den Bevollmächtigten am 30. Nov. 1935 stattgefunden hat, war die Frist von zwei Wochen beim Eingang der sofortigen weiteren Beschw. des Wilhelm S. am 16. Dez. 1935 bereits verstrichen. Daraus folgt, daß dieses Rechtsmittel verspätet eingelegt und deshalb unzulässig ist.

Anderer liegt es hinsichtlich der sofortigen weiteren Beschwerde der Witwe S. Sie hat zwar den notariellen Vertrag vom 6. Febr. 1934 über das beiderseitige gesamte (auch künftige — vgl. § 310 BGB.) Vermögen mitabgeschlossen und den Notar ausdrücklich bevollmächtigt, die Genehmigung durch das AuerbG. zu beantragen, in der Genehmigungsantrag alsdann auch tatsächlich mit ihrem Namen gestellt worden ist, obschon sie, da sie nicht Eigentümerin oder Miteigentümerin in irgendeiner Rechtsform hinsichtlich des Erbhofes gewesen ist, nicht antragsberechtigt war (§ 15 Abs. 1 der 2. Durchf. VO. zum AuerbG.). Ihr Antrag hätte also an sich als unzulässig — mangels Antragsrechts — abgelehnt werden müssen. Jedoch kann dies ebenso wie die Frage, ob ihr gegen die Versagung der Genehmigung ein Beschwerderecht zustand, hier dahingestellt bleiben, da sie nach Zustellung des anerbengerichtlichen Versagungsbeschlusses am 17. Okt. 1934 die Notfrist hat verstreichen lassen und kein Rechtsmittel eingelegt hat. Die erste sofortige Beschwerde war allein von dem verstorbenen Bauern S. eingelegt. Aus eigenem Recht konnte die Witwe deshalb späterhin nicht mehr sofortige Beschw. einlegen. Dies hat sie auch gar nicht getan, wie sie auch — entgegen der Annahme des ErbGer. — die Beschw. des verstorbenen Bauern Heinrich S., ihres Ehemannes, nicht „fortgeführt“ hat. Es findet sich bei den Akten keine Erklärung der Witwe S., aus der eine solche Aufnahme des Rechtsmittels zu entnehmen wäre, wobei es ganz dahingestellt bleiben kann, ob sie zu einer solchen „Aufnahme“ oder „Fortführung“ überhaupt befugt gewesen wäre. Ihr Schreiben vom 13. Jan. 1935 läßt eine derartige Auslegung nicht zu. Abgesehen hiervon hat der Notar auf die Anfrage des ErbGer. vom 12. Febr. 1935, welche Anträge und für wen er sie stellen wolle, nach Rücksprache mit der Witwe S. allein eine Vollmacht des Wilhelm S. überreicht und im einzelnen begründet, daß dieser entsprechend dem § 9 Satz 3 der 2. Durchf. VO. zum AuerbG. als „Antrags- und Beschwerdeberechtigter“ anzusehen sei, ohne auch nur mit einem Wort zu erwähnen, daß auch für die Witwe die sofortige Beschw. fortgeführt werden solle. Zumal bei Vorhandensein des rechtskundigen Vertreters, der auch in der Folgezeit immer nur von dem Beschw. gesprochen hat, muß man bei richtiger Auslegung des Schreibens der Witwe S. vom 13. Jan. 1935 zu dem Ergebnis gelangen, daß eine sofortige Beschw. dieser am Verträge Beteiligten nicht vorliegt, auch nicht in der Form der „Fortführung“ des Rechtsmittels des verstorbenen Heinrich S. Infolgedessen kann der Notar nicht ihr Bevollmächtigter im Beschwerdeverfahren gewesen sein, mithin war die Zustellung des angefochtenen Beschlusses an ihn ihr gegenüber unwirksam, so daß für sie die Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschw. erst von der an sie am 2. Dez. 1934 erfolgten Zustellung an lief. Die in ihrem Namen eingelegte sofortige weitere Beschw. ist also — da auch § 25 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG. gewahrt ist — form- und fristgerecht erhoben. Dieses Rechtsmittel muß zunächst zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses insoweit führen, als über eine gar nicht von der Witwe S. eingelegte sofortige Beschw. durch Zurückweisung auf ihre Kosten entschieden ist. In diesem Umfang ist ohne weiteres ein Beschwerderecht der Witwe — mindestens zufolge formeller Beschw. — und ein neuer selbständiger Beschwerdegrund (§ 49 Abs. 4 AuerbG.) anzuerkennen.

Es fragt sich alsdann weiter, ob die sofortige weitere Beschw. der Witwe S. etwa insoweit zulässig ist, als der angefochtene Beschluß die erste sofortige Beschwerde ihres Sohnes Wilhelm S. zurückgewiesen hat. Dies ist zu verneinen. Es könnte schon in Zweifel gezogen werden, ob der Witwe S. überhaupt noch ein Beschwerderecht für die weitere Beschw. zugestanden werden kann, nachdem sie gegenüber dem ihr ebenfalls zugestellten Versagungsbeschlusse des AuerbG. kein Rechtsmittel eingelegt hat. Allein dadurch, daß

der angefochtene Beschluß des ErbGer. ihr ebenfalls zugestellt worden ist, ist für sie ein Beschwerderecht nicht begründet worden. Dieses ist ihr jedenfalls deshalb zu versagen, weil sie, wie dargelegt, nicht zu den Antragsberechtigten gehört, insoweit auch durch Nichterteilung der Genehmigung nicht ein Recht von ihr (§ 11 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG., § 20 FGG.) beeinträchtigt sein kann. Wenngleich durch die Versagung der Genehmigung, die das ErbGer. beflätigt hat, die Erfüllung des auch mit ihr abgeschlossenen Vertrages in der Hauptsache unmöglich werden wird und deshalb ihre vertraglichen Versorgungs- und sonstigen Rechte entfallen mögen, so sind dies Rechtsfolgen und Nebenwirkungen der Versagung der Genehmigung, die nicht die Annahme rechtfertigen, daß durch die Versagung selbst eine Beeinträchtigung ihrer Rechte stattgefunden hat. Ob es anders zu beurteilen wäre, wenn die Genehmigung zwar erteilt wäre, im Wege einer Genehmigungsauflage aber Änderungen hinsichtlich der der Witwe zugewilligten vertraglichen Rechte verlangt wären, kann dahingestellt bleiben, da hier die Genehmigung mit Rücksicht auf die Person des Übernehmers versagt worden ist. Gegen eine solche Versagung der Genehmigung steht dritten Versorgungsberechtigten, auch wenn sie den Übergabevertrag mit abgeschlossen haben, ein Beschwerderecht jedenfalls nicht zu. Abgesehen von den gegen das Beschwerderecht der Witwe S. bestehenden Bedenken erscheint ihre sofortige weitere Beschw., insoweit sie die Zurückweisung der ersten Beschw. ihres Sohnes Wilhelm S. betrifft, auch deshalb unzulässig, weil es insoweit — ebenso wie übrigens für das Rechtsmittel des Wilhelm S. selbst — an einem neuen selbständigen Beschwerdegrund fehlt (§ 49 Abs. 4 AuerbG.).

Beide Vorinst. sind bei ihrer sachlichen Entsch. zum gleichen Ergebnis, und zwar im wesentlichen mit gleicher Begr., gelangt. Der neue selbständige Beschwerdegrund könnte deshalb nur in einem Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften gefunden werden. Der Anhörungs- und Begründungspflicht (§ 12 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG. i. d. Fassung des § 7 der 3. Durchf. VO. zum AuerbG.; § 21 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG.) ist ohne Frage genügt. Zu Unrecht wird mit der weiteren Beschw. eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 12 Abs. 1 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG.; § 12 FGG.) gerügt. Hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes (§ 25 Abs. 1 Ziff. 3 AuerbG.) wird die ungenügende Aufklärung des Sachverhalts nicht geltend gemacht; insoweit ist auch nicht die geringste Beanstandung zu erheben. Das gleiche gilt aber auch bzgl. der Ermittlungen über das Bestehen des Altstestaments oder den Brauch freier Best. des Auerben durch den Bauern. Diese Frage konnte das BeschwG. auf Grund der vorgenommenen Ermittlungen als hinreichend geklärt erachten. Alle Beweismittel, die nur denkbar sind, insbes. die von dem Beschw. angebotenen Beweismittel restlos zu erschöpfen, war das ErbGer. nicht verpflichtet. Denn den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen, steht grundsätzlich im Ermessen des Gerichts (§ 17 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG.), das lediglich durch die Verpflichtung zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts begrenzt wird. Ein Mißbrauch des Ermessens liegt nicht vor. Auf Grund der von der Kreisbauernschaft veranstalteten umfangreichen Anfrage konnte der Sachverhalt als geklärt betrachtet werden. Zur eigenen richterlichen Vernehmung der Auskunftspersonen war das BeschwG. ebensowenig verpflichtet; vielmehr stand auch die Best. der Art der Beweisaufnahme im Ermessen des Gerichts (§ 17 Abs. 1 der 1. Durchf. VO. zum AuerbG.). Das Gericht konnte auch das von dem Vertreter des Reichsnährstandes in seiner Eigenschaft als öffentliches Organ beigebrachte Material und die von ihm eingezogenen Auskünfte seiner Unterorgane im Wege freier Beweiswürdigung verwerten (vgl. auch RG. FGG. 11, 367). Daß dem BeschwG. bei dieser Beweiswürdigung ein Verfahrensverstoß — etwa eine aktenwidrige Feststellung — zur Last fielen, ist nicht ersichtlich.

Bei dieser Beurteilung geht der Senat davon aus, daß es nicht ohne weiteres einen neuen selbständigen Beschwerdegrund darstellt, wenn das BeschwG. über die sofortige Beschw. nicht aus sachlichen Gründen hätte entscheiden, sondern sie aus

formellen Gründen hätte als unzulässig verworfen müssen. In der Regel stellt es für einen Beschwerd. überhaupt keinen Beschwerdegrund dar, wenn über eine von ihm eingelegte Beschwerd., seinem Verlangen entsprechend, sachlich befunden wird, es sei denn, daß er bei einer Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig gegenüber der Zurückweisung besser gestellt wäre (vgl. beispielsweise ZFG. 7, 72; aber auch RRG. 16, 322). Eine solche Besserstellung ist hier indessen nicht ersichtlich. In formeller Hinsicht bestanden allerdings erhebliche Bedenken, und zwar wegen der Beschwerdebefugnis des Wilhelm S. Aus eigenem Recht konnte er die erste sofortige Beschwerd. nicht mehr einlegen, da er die Frist hierzu nach Zustellung des anerbengerichtlichen Beschlusses an ihn hatte ungenutzt verstreichen lassen (§ 11 der 1., § 15 Abs. 1 der 2. Durchf. B. D. zum RERbhofG.; §§ 16, 20, 22 ZFG.). Die erste Beschwerd. war ausdrücklich nur namens des verstorbenen Bauern Heinrich S. erhoben worden. Eine Beschwerdebefugnis des Wilhelm S. könnte deshalb nur aus dem Rechte des Verstorbenen hergeleitet werden, also auf Grund einer Rechtsnachfolge, aus der ein Recht zur Aufnahme und Fortsetzung des Verfahrens in der Beschwerd. Zust. herzuleiten wäre. Da die Genehmigung jedoch lediglich zu der Eigentumsübertragung, dem dinglichen Rechtsgeschäft zu erteilen ist, das Antrags- und damit auch das Beschwerderecht — abgesehen von demjenigen, zu dessen Gunsten die Veräußerung stattfindet — nur dem Eigentümer gewährt ist (§ 15 Abs. 1 der 2. Durchf. B. D. zum RERbhofG.), kann nach seinem Tode das Genehmigungsverfahren nur von dem Rechtsnachfolger im Eigentum am Hof aufgenommen und fortgeführt werden, das heißt von dem gesetzlichen oder rechtsgültig bestimmten testamentarischen Auerben oder den Miterben ein Antrags- und Beschwerderecht oder ein Recht zur Aufnahme und Fortsetzung des Genehmigungsverfahrens (Beschwerdeverfahrens) zuzubilligen, würde nicht gerechtfertigt sein. Auerbe des Hofes nach dem Tode des Heinrich S. sen. ist nun zweifellos nicht sein zweitehelicher Sohn Wilhelm, sondern der ersteheliche Sohn Heinrich S. jun. geworden. Die Witwe des Verstorbenen scheidet nach dem Gesetz ohne weiteres aus. Da eine letztwillige Verfügung, durch die innerhalb der Auerben erster Ordnung eine Best. getroffen ist, nicht errichtet worden ist, ist ohne Rücksicht darauf, ob freie Best. durch den Bauern üblich gewesen ist oder Altesten- oder gar Jüngstenrecht gegolten hat, Heinrich S. jun. als einziger Sohn der ersten Ehefrau des Verstorbenen Auerbe geworden (§ 21 Abs. 4 RERbhofG.). Nur er hätte als Rechtsnachfolger kraft Auerberechts im Eigentum am Erbhofe das im Beschwerderechtshang anhängige Genehmigungsverfahren für den Eigentümer fortsetzen oder aufnehmen können. Ob in einem solchen Falle sich der antragsberechtigte Erwerber (§ 15 Abs. 1 der 2. Durchf. B. D. zum RERbhofG.) noch mit einem entsprechenden Genehmigungsantrag an dem Beschwerdeverfahren beteiligen könnte, kann dahingestellt bleiben, da, wie dargelegt, der Verfügungsbeschluss dem Wilhelm S. gegenüber formell rechtskräftig gewesen ist, eine solche Beteiligung also nicht mehr möglich war. Von diesem Rechtsstandpunkt aus hätte mithin das RERbhGer. die sofortige Beschwerd. des verstorbenen Heinrich S. sen. mangels Aufnahme durch den gesetzlichen Auerben als Rechtsnachfolger im Eigentum am Erbhofe für gegenstandslos erklären und die sofortige Beschwerd. des Wilhelm S. als unzulässig verworfen müssen. Aus diesen Ausführungen folgt, daß, sofern man die formell unrichtige Behandlung der ersten Beschwerd. des Wilhelm S. als neuen selbständigen Beschwerdegrund i. S. des § 49 Abs. 4 RERbhofG. ansehen wollte, der die sachliche Nachprüfung der angefochtenen Entsch. ermöglichten würde, die Sachentscheidung nur dahin lauten könnte, daß die erste sofortige Beschwerd. des Wilhelm S. als unzulässig verworfen wird.

(RERbhGer., 1. Sen., Beschl. v. 4. April 1936; 1 RB 2479/35.)

(= RRG. 2, 312.)

**\*\*26. §§ 20, 25 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 RERbhofG.**

1. Das RERbhofG. will den Erbhof möglichst im Mannesstamme der eingeseffenen Bauernfamilie vererbt wissen. Dementsprechend, Abweichungen nur aus wichtigen Gründen zuzulassen.

2. § 25 Abs. 3 Satz 2 RERbhofG. ist nicht dahin zu verstehen, daß das AuerbG. die Zustimmung zur Übergehung der ersten drei Ordnungen bei wichtigem Grunde erteilen muß, in anderen Fällen dagegen nach freiem Ermessen erteilen kann; die Zustimmung nach § 25 Abs. 3 Satz 2 RERbhofG. kommt vielmehr — ähnlich wie die Zustimmung nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 RERbhofG. — nur bei wichtigem Grunde in Betracht.

Der Bauer Fritz Ernst W. in R. ist Eigentümer eines Erbhofes in Größe von 15,734 ha und mit einem Einheitswerte von 16 400 *R.M.* Der Hof ist mit 20 694 *R.M.* Grundpfandrechten belastet. Außerdem sollen nicht gesicherte Schulden von 2800 *R.M.* vorhanden sein.

Der Bauer hat einen 1899 geborenen, seit 1922 mit einer Gutsherrtochter verheirateten Sohn Kurt Ernst W., der seit 1930 auf Grund eines 10jährigen Pachtvertrages ein 21 ha großes Landgut in B. bewirtschaftet. Der Bauer hat ferner zwei Töchter, Frieda und Margarete.

Der Bauer will anstatt seines Sohnes seine Tochter Margarete zur Auerbin bestimmen, weil sein Sohn 1927 vom Hofe fortgegangen sei und 1931, als Zwangsversteigerung gedroht habe, seine Hilfe verweigert habe, durch diese Handlungen also seine mangelnde Verbundenheit mit dem Hofe bekundet habe. Die Tochter Margarete arbeite auf dem Hof, ihr Ehemann habe rund 5600 *R.M.* zur Verfügung gestellt, um den Verlust des Hofes abzuwenden. Dafür habe er, der Bauer, seiner Tochter Margarete die Übertragung des Hofes zugesagt. Der Sohn hat dieser Auerbenbestimmung widersprochen.

Das AuerbG. hat dem Antrage des Bauern zugestimmt. Das AuerbG. hat ausgeführt, daß sich der Sohn nur mit Hilfe des Schuldenregelungsverfahrens von den auf dem Hofe lastenden Schulden befreien könne. Dagegen würde die Tochter Margarete durch die ihrem Ehemann zur Verfügung stehenden Mittel eine allmähliche Verringerung der Hofschulden herbeiführen können. Das Ziel des RERbhofG., Bauernhöfe mit freien Bauern zu schaffen, also vor allem mit solchen Bauern, die sich möglichst aus eigener Kraft vor Überschuldung zu bewahren wüßten, werde somit durch den Übergang des Hofes auf die Tochter Margarete besser erreicht als durch Übertragung auf den Sohn. Auf die sofortige Beschwerd. des Sohnes hat das RERbhGer. die Zustimmung zur Wahl der Tochter Margarete als Auerbin versagt. Das RERbhGer. erblickt in dem Umstande, daß der in erster Reihe als Auerbe berufene Sohn den väterlichen Hof nicht aus eigenen Mitteln entschulden könne, während die erst nach ihm berufene Schwester infolge der günstigen Vermögensverhältnisse ihres Ehegatten dazu in der Lage sei, keinen wichtigen Grund zur Zurücksetzung des Sohnes. Wegen diese Entsch. hat der Bauer sofortige weitere Beschwerd. erhoben.

Der nächstberechtigte gesetzliche Auerbe des Bauern ist gem. § 20 Nr. 1 RERbhofG. sein einziger Sohn Kurt Ernst. Die Töchter sind erst nach dem Sohn in der vierten Ordnung als Auerbe berufen (§ 20 Nr. 4 RERbhofG.). Auerben der zweiten und dritten Ordnung sind nicht vorhanden. Das Vorrecht eines in der ersten Ordnung zum Auerben berufenen Sohnes des Erblassers ist kein unbedingtes. Nach § 25 Abs. 3 Satz 1 RERbhofG. kann vielmehr der Erblasser mit Zustimmung des AuerbG. bestimmen, daß eine Person der vierten Ordnung vor Personen der ersten, zweiten oder dritten Ordnung Auerbe wird. Das Gesetz hat ferner in § 25 Abs. 3 Satz 2 angeordnet, daß das AuerbG. die Zustimmung erteilen soll, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Angesichts der Fassung des § 25 Abs. 3 sind Zweifel entstanden, ob das AuerbG. beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes die Zustimmung erteilen muß, in anderen Fällen dagegen die Zustimmung nach freiem Ermessen erteilen kann. Eine solche Auslegung würde aber u. U. dazu führen, Ab-

weichungen des Erblässers von dem Vorrang der Anerben der ersten bis dritten Ordnung zu erleichtern. Dieses Ergebnis stände im Widerspruch zu den Grundgedanken des RErbhofG. Das Gesetz gibt durch die Anerbenordnung des § 20, namentlich durch die Berufung der Söhne zu Anerben erster Ordnung, deutlich zu erkennen, daß der Erbhof möglichst im Mannesstamme der eingeseßenen Bauernfamilie vererbt werden soll. Daher treten auch an die Stelle eines verstorbenen Sohnes dessen Söhne und Sohnesöhne, und die männlichen Anverwandten des Erblässers, nämlich der Vater und die Brüder, gehen den eigenen Töchtern des Erblässers vor. Der vom RErbhofG. grundsätzlich gewollten Begünstigung des männlichen Stammes der Familie entspricht es, daß nur aus wichtigen Gründen Abweichungen zugelassen werden. § 25 Abs. 3 Satz 2 RErbhofG. ist deshalb so zu verstehen, daß das AnerbG. die Zustimmung nur erteilen soll, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Zwischen den Vorsch. des § 25 Abs. 3 und des § 25 Abs. 1 Nr. 3 RErbhofG. (Zulassung der Auswahl des Anerben innerhalb der ersten Ordnung mit Zustimmung des AnerbG., wenn ein wichtiger Grund vorliegt) besteht also kein sachlicher Unterschied.

Die nach § 25 Abs. 3 RErbhofG. von der Zustimmung des AnerbG. abhängige Einsetzung der Tochter Margarete als Anerbin setzt danach voraus, daß ein wichtiger Grund vorliegt, den Sohn Kurt Ernst zu übergeben. Der Sohn Kurt Ernst hat von Jugend auf im elterlichen Betriebe mitgearbeitet, ein Jahr nach seiner Eheschließung (1922) zog auch seine Ehefrau mit auf den Hof. Im Jahre 1927 hat der Sohn mit seiner Familie den Hof verlassen und eine Stelle auf dem Rittergute N. angenommen, die er bis 1930 bezieht. Seitdem bewirtschaftet er eine Pachtung in B. Die Gründe seines Wegganges i. J. 1927 liegen nicht klar. Der Vater hat lediglich vorgebracht, sein Sohn sei damals in der Zeit der einseitigen wirtschaftlichen Not fortgezogen. Der Sohn hat angegeben, es sei seinerzeit wiederholt zwischen seinem Vater und ihm zu Meinungsverschiedenheiten über die Wirtschaftsführung gekommen. Der Hof sei nach der Befestigung der Währung nur mit 4000 G.M. Aufwertungshypotheken belastet gewesen, sein Vater habe aber fortgesetzt Schulden aufgenommen. Im Verlauf ihrer Auseinandersetzungen habe der Vater ihn häufig vom Hofe gewiesen, so daß er sich schließlich anderwärts eine Stellung gesucht habe. Daß damals, als der Sohn mit auf dem Hofe lebte, zwischen Vater und Sohn Streit geherrscht hat, wird durch das Vorbringen des Bauern bestätigt. Es ergibt sich kein Anhalt dafür, daß der Sohn den Hof verlassen hat, weil ihm das Schicksal des Hofes gleichgültig war und er sich von der angestammten Scholle dauernd trennen wollte. (Wird näher ausgeführt.)

Der Hof ist später durch das Einspringen des Ehemanns der Tochter Margarete vor der Zwangsversteigerung bewahrt worden. Die wertvolle Hilfe, die dieser zur Rettung des Hofes geleistet hat, ist aber kein ausreichender Grund, um den Hof dem Sohne, dem gesetzlichen Anerben, zu entziehen, wenn gegen dessen Person sonst keine Bedenken vorliegen. Mit dem Bestreben des RErbhofG., den Hof möglichst dem angestammten Bauerngeschlechte zu erhalten, würde es ferner nicht im Einklange stehen, wenn der Hof einer weiblichen Familienangehörigen deshalb zugewendet würde, weil diese mit den Mitteln ihres in günstigen Vermögensverhältnissen befindlichen Ehemannes in der Lage wäre, die Lasten des Grundstücks zu verringern und dadurch den Hof allmählich der Schuldenfreiheit zuzuführen. Wenn sich der Sohn andererseits mangels genügender eigener Mittel künftig genötigt sehen würde, zur Herabsetzung der Hofschulden das Schuldenregelungsverfahren in Anspruch zu nehmen, so könnte damit im vorl. Fall eine Bevorzugung der Schwester schon darum nicht begründet werden, weil die Verschuldung des Hofes während der Bewirtschaftung durch den gegenwärtigen Hofbesitzer entstanden ist. Die Übergehung des Sohnes würde auch eine Härte für ihn bedeuten, da er zwar z. B. versorgt ist, der Pachtvertrag aber nur bis 1940 läuft und mit einer Verlängerung voraussichtlich nicht zu rechnen ist. Gegen die Fähigkeit des Sohnes, den väterlichen Hof ordnungsmäßig zu führen, bestehen keinerlei Bedenken. Der für das Pachtgut zuständige Ortsbauernführer bezeichnet seine Feld- und Viehwirtschaft als vorkl. blick.

Bei Berücksichtigung aller Umstände kann in Übereinstimmung mit dem Landesbauernführer ein wichtiger Grund zur Übergehung des einzigen Sohnes nicht anerkannt werden.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 7. März 1936, 3 RB 507/34.)  
(= RErbhG. 2, 287.)

\*

\*\*27. § 37 Abs. 2 RErbhofG.

1. Der Veräußerung einer Teilfläche des Erbhofs kann nur nähergetreten werden, wenn die Erbhoffähigkeit des Resthofes nicht gefährdet ist.

2. Ein wichtiger Grund i. S. des § 37 Abs. 2 RErbhofG. kann anzuerkennen sein, wenn die Landabgabe die Hofentschuldung fördert und für den Erwerber eine als Lebensgrundlage geeignete landwirtschaftliche Beschäftigung zu schaffen vermag.

3. Hat der Beschw., dessen Genehmigungsantrag in vollem Umfang abgewiesen war, im Beschwerdeverfahren seinen Genehmigungsantrag auf die Abtrennung einer geringeren Fläche beschränkt und die Beschwerde hinsichtlich der Mehrfläche zurückgenommen, so ist insoweit der Beschl. beschl. rechtskräftig geworden. Der Genehmigungsantrag kann nicht nachträglich wieder auf jene Mehrfläche erstreckt werden.

Die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute Leonhard E. und Anna, verw. F., geb. R., sind Eigentümer des Erbhofes Gs.-Nr. 29 in C. Der Grundbesitz, zu dem ein Weinberg (1/2 Morgen) und ein Obststück (1 ha) gehört, ist im ganzen 9,309 ha groß und hat einen Einheitswert von 11 600 RM, 2 Pferde, 7 Stück Rindvieh und 4 Schweine werden gehalten. Die Gebäude sind in gutem Zustande. Der Jahresertrag sind 1600 RM (Feldfrüchte: 1000 RM, Viehverkauf: 500 RM, Milch-, Butter- und Eierverkauf: 100 RM). Die dingliche Belastung besteht seit dem Jahre 1926 aus 2582 G.M. Tilgungsdarlehen sowie einer Höchstbetragsversicherungshypothek von 200 G.M. der B.ischen Landwirtschaftsbank und 10 000 G.M. aufgewerteter Abfindungssumme der erstehelichen Tochter der Ehefrau E., Emma S., geb. F.

Der Bauer beabsichtigt, seiner Stieftochter Emma S., geb. F., unter Anrechnung in Höhe von 4500 RM, auf ihr im Grundbuch eingetragenes Muttergut folgende Grundstücke zu übertragen:

a) Steuergemeinde S.: Plan Nr. 41 Wurzgarten 0,022 ha, Plan Nr. 1317 Acker 0,215 ha, Plan Nr. 1905 Acker 0,314 ha, Plan Nr. 1930 1/2 Acker 0,191 ha;

b) Steuergemeinde E.: Plan Nr. 730 Acker 1,080 ha, zusammen 1,822 ha.

Beim Erbhof würden noch 7,547 ha bleiben. Das AnerbG. hat die Veräußerung genehmigt, weil der Bauer keine Mittel besitze, um das Muttergut seiner Stieftochter auszuführen, die Restfläche von 7,547 ha als Ackerabgabe noch ausreiche und sich die Tochter und ihr Ehemann Johann S. mit diesem Gelände und einem Grundbesitz von 15 Morgen, den der Ehemann von seinen Eltern erhalte, ein eigenes Dasein gründen wollten. Der Kreisbauernführer hat sofortige Beschw. eingelegt. Er hält die Ackerabgabe durch die Veräußerung für gefährdet und hat auch deshalb gegen die Abtretung Bedenken, weil kein neuer Erbhof entstehen würde. Das ErbhGer. hat die Genehmigung zur Veräußerung versagt.

Der Bauer hat sofortige weitere Beschw. erhoben. Er weist auf den Vorteil hin, der für den Hof durch Verringerung der Schuldenlast infolge Ermäßigung der Hypothek der Tochter entstehe. Die Abgabe des Landes, die der Tochter und ihrem Ehemann ein Kleinbäuerliches Dasein ermögliche, könne durch späteren Zukauf, u. U. auch bei der Heirat des Anerben, wieder ausgeglichen werden, da der E. Hof der einzige Erbhof am Orte sei. Im Verlaufe des Verfahrens hat der Beschw. nach Ablauf der Beschwerdefrist, unter Rücknahme der weiteren

Beschw. im übrigen, nur noch beantragt, die Veräußerung folgender Grundstücke gegen einen Preis von 3500 *R.M.* an die Tochter Emma zu genehmigen: die Hälfte des Planes Nr. 41 (Wurzgarten) 0,011 ha, Plan Nr. 1317 0,215 ha, Plan Nr. 730 1,080 ha, zusammen 1,306 ha. Nachträglich hat er gebeten, auch noch die Veräußerung des Planes Nr. 1930 <sup>1</sup>/<sub>2</sub> (0,191 ha) an die Tochter für einen Preis von 800 *R.M.* zu genehmigen. Der Landesbauernführer hat zunächst die Abtretung von 1,5 ha, später nur von 1,306 ha befürwortet.

Der Erbhof ist nach § 37 *RErbhofG.* grundsätzlich unüberäußerlich. Eine Ausnahme ist nach § 37 Abs. 2 *RErbhofG.* nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig. Da eine Zersplitterung der Erbhöfe verhütet werden soll, ist unter Berücksichtigung aller Umstände streng zu prüfen, ob ein Ausnahmefall gegeben ist. Der Veräußerung einer Teilfläche kann überhaupt nur nähergetreten werden, wenn die Erbhoffähigkeit des Resthofes nicht gefährdet ist. Nach der Ansicht des Bürgermeistermeisters sowie des Ortsbauernführers würde bei einer Größe von 7,547 ha noch eine Ackeranbahn vorliegen. Beide weisen dabei auf den reichen Ertrag des Obstbaus hin, der durch die Witterungsverhältnisse im Maingrund begünstigt werde. Der Kreisbauernführer ist zu der Überzeugung gelangt, daß 8 ha als Ackeranbahn genügen. Dieser Auffassung hat sich auch der Landesbauernführer endgültig angeschlossen. Hiernach würde eine Abtretung von 1,306 ha an die Emma S. an sich möglich sein, ohne daß der Hof beeinträchtigt wird. Da gleichzeitig die im Jahre 1920 begründete erhebliche Abfindungsforderung der Tochter Emma um 3500 *R.M.* ermäßigt werden soll, tritt durch die Landabgabe eine gewisse Entschuldung des Hofes ein, die angesichts des nach dem Aufw. zu zahlenden Zinssatzes von 6% die Wirtschaftlichkeit des Betriebes erhöhen wird. Für die Genehmigung der Veräußerung spricht außerdem, daß durch die Landzuteilung an die vom Hofe fortziehende Tochter der rund 3 ha große Grundbesitz ihres Ehemannes verstärkt wird und dadurch für das in der Landwirtschaft aufgewachsene und mit ihr verbundene Ehepaar nebst ihrem Kind eine als Lebensgrundlage für die Familie geeignete kleinere landwirtschaftliche Besitzung geschaffen werden kann. Unter diesen Verhältnissen ist ein wichtiger Grund i. S. des § 37 Abs. 2 *RErbhofG.* als gegeben anzusehen. Die Genehmigung der Veräußerung von 1,306 ha ist unter der Auflage zu erteilen, daß die Tochter Emma die Löschung der für sie im Grundbuch eingetragenen Hypotheken von 10 000 *G.M.* in Höhe von 3500 *G.M.* bewilligt.

Der Beschwerd., der im Laufe des Verfahrens vor dem *RErbhGer.* nach dem Ablaufe der Beschwerdefrist seinen Genehmigungsantrag auf die Abtrennung einer Fläche von 1,306 ha beschränkt und gleichzeitig die in vollem Umfange gegen die Entsch. des *ErhbGer.* eingelegte sofortige weitere Beschw. ausdrücklich hinsichtlich der Mehrfläche zurückgenommen hat, hat nachträglich darüber hinaus wieder die Genehmigung zur Abtrennung auch des Grundstücks Nr. 1930 <sup>1</sup>/<sub>2</sub> in Größe von 0,191 ha beantragt. Soweit der Beschwerd. die weitere Beschw. zurückgenommen hat, ist aber die eine Abtrennung der Grundstücke ablehnende Entsch. des *ErhbGer.* rechtskräftig geworden. Später ist dann eine Erweiterung der Beschw., die vorher durch die hinsichtlich eines Teils erklärte Rücknahme der Beschw. eingeschränkt worden ist, ausgeschlossen. Im übrigen würden nach dem oben Gesagten gegen die Veräußerung weiterer 0,191 ha Bedenken bestehen.

(*RErbhGer.*, 3. Sen., Beschl. v. 7. März 1936, 3 RB 726/34.)  
<= *REHG.* 2, 302.)

\*

23. § 25 der 1. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.*; § 10 Abs. 2 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* Ein Notar ist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde auch dann befugt, wenn er für den Beschwerd. einen Antrag bei dem *AnerbG.* gestellt hat, der sich auf ein Rechtsgeschäft bezieht, das der Zustimmung des *AnerbG.* bedarf und im Falle der Erteilung der anerbengerichtlichen Zustimmung von ihm als Notar beurkundet werden soll.

Gem. § 25 der 1. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* muß die

sofortige weitere Beschwerde an das *RErbhGer.* von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Anwaltszwang besteht aber nach § 10 Abs. 2 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* nicht, wenn die sofortige weitere Beschwerde von einem Notar eingelegt wird, der für den Beschwerd. in der Angelegenheit einen Antrag beim *AnerbG.* gestellt hat. Eine Befugnis des Notars, selbständig ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts die sofortige weitere Beschwerde an das *RErbhGer.* einzulegen, ist danach in den Fällen gegeben, in denen der Notar bereits beim *AnerbG.* einen Antrag für den Beschwerd. gestellt hatte.

Es fragt sich, ob § 10 Abs. 2 nur für bestimmte Fälle oder für sämtliche Fälle gilt, in denen ein Notar einen Antrag beim *AnerbG.* für den Beschwerd. gestellt hat. Bei der Entsch. dieser Frage ist von folgendem auszugehen. Durch § 10 Abs. 1 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* wird der Notar in Anlehnung an § 15 *GGD.* gesetzlich ermächtigt, die Entsch. des *AnerbG.* namens des Antragsberechtigten zu beantragen, wenn er ein Rechtsgeschäft beurkundet oder beglaubigt hat, das der anerbengerichtlichen Zustimmung bedarf. Diese Vorschrift bezweckt, den Geschäftsgang zu vereinfachen und zu verbilligen. Für die in Rede stehende Bestimmung lag auch ein Bedürfnis vor, weil für Rechtsgeschäfte, bei denen eine anerbengerichtliche Genehmigung erforderlich ist (§§ 25, 37 *RErbhofG.*), regelmäßig notarielle Beurkundung vorgesehen ist. Der für den Erlaß der Vorschrift des § 10 Abs. 1 maßgebende Gesichtspunkt hat dazu geführt, den Notaren in solchen Fällen, in denen sie zur Antragstellung gesetzlich bevollmächtigt sind, zugleich das Recht einzuräumen, ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts sofortige weitere Beschwerde einzulegen. Das Beschwerderecht des Notars nach § 10 Abs. 2 steht demnach im inneren Zusammenhange mit dem Antragsrecht aus § 10 Abs. 1 und ist deshalb grundsätzlich auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Notar ein nach dem *RErbhofG.* genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft beurkundet oder beglaubigt hat und darauf den Genehmigungsantrag bei dem *AnerbG.* gestellt hat.

In vielen Fällen wird es nun dem Notar, um den Beteiligten keine unnötigen Kosten zu verursachen, angebracht erscheinen, schon vor der ihm von den Beteiligten aufgetragenen Beurkundung des der anerbengerichtlichen Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfts an der Hand eines Entwurfs der Urkunde oder lediglich unter Darlegung des Sachverhalts die Zustimmung des *AnerbG.* zu dem beabsichtigten Rechtsgeschäft einzuholen. Nach dem Sinne der zur Erleichterung des Rechtsverkehrs bestimmten Vorschrift des § 10 Abs. 1 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* ist es aber nicht unbedingt erforderlich, daß der Notar das Rechtsgeschäft, dessen anerbengerichtliche Genehmigung herbeigeführt werden soll, bereits vor der Stellung des Genehmigungsantrages beim *AnerbG.* beurkundet hat. Vielmehr muß auch in Fällen der angegebenen Art ein Notar, der als Urkundsperson von einem Antragsberechtigten mit der Regelung der ganzen Angelegenheit betraut ist und das Rechtsgeschäft im Falle der Genehmigung beurkunden soll, i. S. des § 10 Abs. 1 als gesetzlich ermächtigt gelten, im Namen der Antragsberechtigten den Antrag auf Zustimmung bei dem *AnerbG.* zu stellen. Aus dem zwischen dem Antrags- und dem Beschwerderechte des Notars bestehenden Zusammenhange folgt sodann, daß der Notar i. S. des § 10 Abs. 2 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* auch zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde befugt ist, wenn er für den Beschwerd. einen Antrag bei dem *AnerbG.* gestellt hat, der sich auf ein Rechtsgeschäft bezieht, das der Zustimmung des *AnerbG.* bedarf und im Falle der Erteilung der anerbengerichtlichen Zustimmung von ihm als Notar beurkundet werden soll. Diese Auslegung des § 10 der 2. Durchf. *WD.* z. *RErbhofG.* enthält keine Abweichung von der Entsch. des 2. Sen. v. 8. April 1935 (*REHG.* 1, 226 = *ZB.* 1935, 2065<sup>37</sup>), weil diese Entsch. zu der Frage der Ausdehnung der gesetzlich vermuteten Vollmacht des Notars über den Wortlaut des § 10 Abs. 1 hinaus keine Stellung genommen hat und nicht zu nehmen brauchte.

Wenn das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft von dem Notar noch nicht beurkundet ist, wird es allerdings

nicht immer ohne weiteres ersichtlich sein, ob der Notar als Urkundsperson von einem Antragsberechtigten mit der Regelung der Angelegenheit einschließlich der Vornahme der Beurkundung im Falle der Genehmigung beauftragt ist. In Zweifelsfällen muß sich deshalb das AnerbG. zuvor die nötige Gewißheit verschaffen, bevor es dem von dem Notar gestellten Antrag auf Erteilung der anerbengerichtlichen Genehmigung nähertritt.

Im vorl. Fall hat der Notar, ohne bisher eine Beurkundung vorgenommen zu haben, unter Schilderung der Sachlage bei dem AnerbG. beantragt, die Aufteilung des Erbhofes der Eheleute D. an ihre fünf Kinder zu genehmigen. Es ist danach ein Rechtsgeschäft geplant, das eine Veräußerung des Hofes zum Gegenstand hat und gem. § 37 Abs. 2 RErbhofG. der Genehmigung der Anerbenbehörden unterliegt. Die Begründung des Antrages läßt eine Vertraulichkeit des Notars mit den Verhältnissen der Beteiligten erkennen, so daß kein Zweifel an seinem Auftrage besteht, als Urkundsperson die Angelegenheit für die Beteiligten zu regeln. Zudem hat der Notar in der mündlichen Verhandlung des AnerbG. die Sache in Gegenwart der Eheleute D. vertreten. Hiernach können die Voraussetzungen des selbständigen Beschwerderechts des Notars nach § 10 Abs. 2 der 2. DurchfV.D. z. RErbhofG. als gegeben erachtet werden.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 7. März 1936, 3 RB 384/35.)

(= REHG. 2, 336)

## Erbhofgerichte

### Stelle

29. § 64 Abs. 2 der 1. DurchfV.D. zum RErbhofG. Ein vom Landrat gemäß § 5 KleingartenV.D. abgeschlossener Zwangspachtvertrag über ein Stück Erbhofland zugunsten eines Kleingartenvereins unterliegt nicht der Genehmigung der Anerbenbehörden.

Der Erbhof hat eine Größe von 120,24,81 ha bei 1241,68 Talern Reinertrag und 813 RM Gebäudesteuerwert. Die Provinzgruppe B. der Kleingärtner e. B. in B. hat bei dem zuständigen Landrat gemäß § 5 der Kleingarten- und KleinpachtlandV.D. beantragt, zwischen ihr und dem Eigentümer die Pachtbedingungen für ein 6 Morgen großes Landstück festzustellen.

Sie hat sodann bei dem zuständigen AnerbG. den Antrag gestellt, die Genehmigung zur Verfügung der Zwangspacht für die 6 Morgen auf drei Jahre zu erteilen.

Der Eigentümer hat der Genehmigung widersprochen.

Das AnerbG. hat den Antrag abgelehnt. Es führt in der Begründung aus, die Genehmigung sei zwar erforderlich, trotzdem sie nur für drei Jahre nachgesucht sei, weil nach § 3 der Kleingarten- und KleinpachtlandV.D. eine Kündigung durch den Verpächter ausgeschlossen sei und weil die Zwangspacht immer wieder gegen den Willen des Verpächters verlängert werden könne. Die Genehmigung könne aber nicht erteilt werden, weil es mit dem Gedanken des RErbhofG. überhaupt unvereinbar sei, daß ein Bauer gezwungen werde, von seinem gut bewirtschafteten Lande einen Teil zur Verpachtung abzugeben. Das sei nur bei einem schlecht bewirtschafteten Hof angängig; hier handele es sich um eine Musterwirtschaft.

Die Beschwerde der Antragstellerin konnte keinen Erfolg haben, wenn auch aus anderen als den von dem AnerbG. angeführten Gründen.

Nach § 5 der Kleingarten- und KleinpachtlandV.D. vom 31. Juli 1919 (RGBl. 1371) dürfen Ländereien zum Zwecke der Weiterverpachtung als Kleingärten nur durch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts oder ein als gemeinnützig anerkanntes Unternehmen zur Förderung des Kleingartenwesens gepachtet und nur an solche verpachtet werden. Kann eine solche Anstalt oder Körperschaft oder ein als gemeinnützig anerkanntes Unternehmen zur Kleingartenverpachtung geeignete Grundstücke nicht in dem von der

höheren Verwaltungsbehörde für erforderlich geachtetem Umfange beschaffen, so kann die untere Verwaltungsbehörde (in Preußen: der Landrat bzw. Oberbürgermeister) nach näherer Anweisung der Landeszentralbehörde die Eigentümer oder Nutzungsberechtigten solcher Grundstücke auffordern, sie einer Körperschaft, einer Anstalt oder einem Unternehmen der oben bezeichneten Art bis zur Dauer von 10 Jahren gegen Zahlung eines angemessenen jährlichen Pachtzinses zur Nutzung durch Kleingärtner zu überlassen. Berechtigte Kulturinteressen sollen jedoch dabei nicht verletzt werden. Kommt auf Grund der Aufforderung eine Einigung nicht zustande, so setzt die untere Verwaltungsbehörde die Bedingungen des Pachtverhältnisses fest. Sie kann das Pachtverhältnis, wenn es auf eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, aus wichtigen Gründen bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufheben. Gegen die Verfügungen der unteren Verwaltungsbehörde ist binnen einer Frist von zwei Wochen die Beschwerde bei der höheren Verwaltungsbehörde (Regierungspräsident) zulässig. Die höhere Verwaltungsbehörde entscheidet endgültig.

Für Preußen sind die „näheren Anweisungen“ in den DurchfVest. zur KleingartenV.D. v. 2. Okt. 1919 (LrMBl. 288) gegeben. In den AusfVest. ist über den Zweck der KleingartenV.D. folgendes gesagt:

„Die KleingartenV.D. verfolgt soziale, wirtschaftliche und gesundheitliche Zwecke, sie will vor allem die Kleingärtner vor übermäßigen Pachtpreisforderungen und vor der Gefahr, schutzlos einer willkürlichen Kündigung durch die Grundstücks-pächter ausgesetzt zu sein, sichern. Daneben eröffnet sie Wege zur Befriedigung des neuerdings besonders dringlichen Bedürfnisses nach Landzuteilung zur Kleingartenverpachtung.“

Die AusfVest. zu § 5 der KleingartenV.D. schreiben u. a. folgendes vor:

- a) In privatem Besitz befindliche Grundstücke sind für Kleingartenzwecke erst dann zwangsweise in Anspruch zu nehmen, wenn geeignete, in öffentlichem Eigentum stehende Grundstücke nicht zur Verfügung stehen.
  - b) Bei Heranziehung von bisher landwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzten Grundstücken ist in jedem Falle die zuständige Landwirtschaftskammer (jetzt: der Landesbauernführer) zu hören. Hierdurch soll namentlich auch einer volkswirtschaftlich unzumutbaren Gefährdung oder Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit eines landwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebes vorgebeugt werden. Das wird insbesondere von Bedeutung sein, wenn sich die Inanspruchnahme von Grundstücken aus mittleren oder kleineren Landwirtschaftsbetrieben nicht umgehen läßt.
  - c) Die Selbständigkeit einer bäuerlichen Acker- oder Gärtnerei darf keinesfalls in Frage gestellt werden.
  - d) Bei der Auswahl der Grundstücke ist unter entsprechender Anwendung der Grundsätze des RSiedlG. v. 11. Aug. 1919 (RGBl. 1429) vorzugehen. Danach ist in erster Linie Land in Anspruch zu nehmen von Gütern, die während des Krieges von Personen erworben sind, die die Landwirtschaft nicht im Hauptberuf betrieben haben oder betreiben, von Gütern, die im Laufe der letzten zwanzig Jahre durch entgeltliches Rechtsgeschäft mehrfach den Eigentümern gewechselt haben, von besonders schlecht bewirtschafteten Gütern, von Gütern, deren Eigentümer sich zunächst nicht auf ihrer Begüterung aufhalten und von besonders großen Gütern. Dagegen soll die Inanspruchnahme von Land und Gütern, die in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht vorbildlich wirken oder für die Entwicklung der Landwirtschaft von hervorragender Bedeutung sind, möglichst abgesehen werden (§ 25 RSiedlG.).
- Es mag dahingestellt bleiben, ob der Ansicht des Antragsgegners beizutreten ist, daß bei einem solchen Zwangspachtvertrag auf drei Jahre die Sache anders liegt als bei einem gewöhnlichen Pachtvertrag auf diese Zeit, der an sich

der Genehmigung nicht unterliegt. Weder diese Frage noch das Erfordernis der Genehmigung bei einem längeren Zwangspachtvertrag ist, soweit ersichtlich, in Rechtspredung und Schrifttum behandelt worden. Selbst wenn man aber die Darlegung des AnerbG. als richtig unterstellt, würde nach Ansicht des Senats für eine anerbengerichtliche Genehmigung des von dem Landrat abgeschlossenen Zwangspachtvertrages kein Raum sein.

Die zwangsweise Festsetzung der Pachtbedingungen ist ein staatlicher Hoheitsakt, der privatrechtliche Wirkungen auslöst (Kaiserberg: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. VI S. 956). Sie hat ein Gegenstück in dem Zwangsmietvertrag bei der Beschlagnahme von Räumen auf Grund des § 4 WohnmangG. v. 28. Juli 1923. Denn in den Fällen geht dem staatshoheitlichen Zwangsakte die Aufforderung, einen freiwilligen Vertrag mit einem bestimmten Vertragsgegner zu schließen, voraus. In beiden Fällen wird durch den rechtsbegründenden Staatshoheitsakt das Eigentum des Betroffenen beeinträchtigt. Das RG. hat die Beschlagnahme auf Grund des WohnmangG. in ständiger Rspr. als eine Art der Enteignung bezeichnet (RGZ. 105, 253; 108, 252; 111, 226 = JW. 1925, 2227). Gründe, die eine andere rechtliche Beurteilung des Zwangspachtvertrages rechtfertigten, sind offensichtlich nicht gegeben. Auch die zwangsweise Festsetzung der Pachtbedingungen stellt also eine Enteignung dar. Für Enteignungen im engeren Sinne — die Entziehung des Eigentums schlechthin — wird nun in der Rspr. allgemein (2 RB 306/34 in ErbhofRspr. Nr. 31 zu § 48 RErbhofG., 2 EH 2730/34 u. 296/34 in ErbhofRspr. S. 155 zu § 37a RErbhofG. und Nr. 23 zu § 37b) und in dem Schrifttum überwiegend die Meinung vertreten, daß eine Genehmigung nach § 37 RErbhofG. nicht erforderlich sei. Baumecker (3. Aufl. S. 287) verneint die Genehmigungspflicht auf Grund folgender Erwägungen:

„Wenn sich auch das Veräußerungsverbot und die Genehmigungspflicht ... nicht auf die rechtsgeschäftliche Veräußerung beschränkt, so hat das im Enteignungsrecht wurzelnde allgemeine öffentliche Interesse doch die Vorhand vor dem engeren Ziele des RErbhofG. Die Belange des Ganzen sind im Enteignungsverfahren von der allgemein staatlichen Verwaltungsbehörde abzuwägen im Gegensatz zu den häuerlichen erbhofrechtlichen Belangen im anerbengerichtlichen Verfahren. Die staatshoheitlich ausgesprochene Enteignung kann daher nicht abhängig sein von der Zustimmung des häuerlichen AnerbG. ... Die Enteignungsbehörde muß die erbhofrechtlichen Belange gegen die Belange der Allgemeinheit und die jeweiligen Belange des Bergbaues ... schlechthin abwägen.“

Diese Ansicht hat sich, wie erwähnt, in der Rspr. allgemein durchgesetzt. Sie muß auch hier gelten. Es ist auch mit einer autoritären Staatsführung kaum vereinbar, wenn die Wirksamkeit eines rechtsbegründenden Staatshoheitsaktes einer Behörde von der Zustimmung einer außerhalb des Instanzenzuges stehenden anderen Behörde abhängig sein sollte, also der Nachprüfung einer anderen Behörde auch hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit unterworfen sein sollte.

Abgesehen davon besteht aber auch kein praktisches Bedürfnis, die Zwangspachtverträge noch einer anerbengerichtlichen Genehmigung zu unterwerfen. Die Voraussetzungen für die zwangsweise Festsetzung der Pachtbedingungen sind im Gesetz und der DurchfW. derart erschöpfend geregelt und nehmen in dem Maße auf schützenswerte Belange der Landwirtschaft Rücksicht, daß nicht abzusehen ist, welche weitere Prüfung etwa das mit der Genehmigung der Zwangspacht befasste AnerbG. anstellen sollte. Für die Wahrung der erbhofrechtlichen Belange ist schließlich schon dadurch gesorgt, daß die Anhörung des Landesbauernführers vorgeschrieben ist.

Endlich fehlt es auch an jedem der inneren Gründe für eine Anwendung des § 64 Abs. 2 der 1. DurchfW., die zur Schaffung dieser Vorschrift geführt haben. Es besteht weder die Gefahr, daß das RErbhofG. durch eine zwangsweise Verpachtung umgangen wird (Bogels, 3. Aufl., Anm. III 1 zu § 64 der 1. DurchfW.), noch ist zu befürchten, daß ein

Bauer, von dessen Hof ein kleiner Teil für Kleingärten in Anspruch genommen wird, die Verbundenheit mit der Scholle verlieren könnte (Wöhrmann, 3. Aufl., Nr. 8b zu § 37 RErbhofG.).

Nach alledem bedarf der Zwangspachtvertrag nicht der Genehmigung nach § 64 Abs. 2 der 1. DurchfW.

(ERbhGer. Celle, Beschl. v. 12. März 1936, 2 (6) We 230/36.)

\*

#### Nürnberg

30. Wann ist Pferdehandel mit einem landwirtschaftlichen Betrieb zu einem gemischten Betrieb derart verbunden, daß bei Überwiegen des ersteren die Erbhofeigenschaft des im übrigen erbhoffähigen Grundbesitzes zu verneinen ist?†)

#### I.

Wenn mit einem landwirtschaftlichen Betrieb ein anderer verbunden ist, so kommt es darauf an, ob für diesen anderen Betrieb Grundstücke oder Grundstücksteile dienen und dann nicht mehr als landwirtschaftlich genutzt i. S. des § 1 Abs. 1 RErbhofG. angesehen werden können. Hier steht eine Pferdehandlung in Frage. Die noch weiter betriebene Gastwirtschaft hat ob ihres geringen Umfanges ohne weiteres auszuscheiden. Auch der Kreisbauernführer sieht das Gastwirtschaftsgewerbe als „nicht ausschlaggebend“ an und verleiht ihr lediglich dadurch eine gewisse Bedeutung, daß er es mit dem Pferdehandel zusammengefaßt und so den beiden gewerblichen Betrieben ein Übergewicht gegenüber der Landwirtschaft beimißt. Die Pferdehandlung nun wäre heranzuziehen, wenn hierfür besondere Gebäulichkeiten erforderlich wären (z. B. wie bei größeren Pferdehandlungen eigene Stallungen für die Handelspferde, Scheunen, in denen das Futter für diese Pferde aufbewahrt wird, usw.) oder wenn Grundstücke hierfür da wären (z. B. Weideplätze für die Handelspferde; Grundstücke, die ausschließlich zu dem Zwecke bebaut werden, um das Futter für die Pferde zu gewinnen). Nichts von dem ist hier der Fall, wenigstens hat P. nichts nach der Richtung behauptet oder vorgebracht. Es ist eben nicht so, daß P. ständig eine unbestimmte Zahl von Pferden im Stalle stehen hat, die verkäuflich sind und kauflustigen Pferdeliebhabern vorgeführt werden, sondern es ist so, daß P. ein Pferd oder ein Paar Pferde kauft, um sie sofort wieder an den Mann zu bringen oder den Käufern zuzuführen, die ihn schon vorher unter Bekanntgabe ihrer Wünsche beauftragt haben, für sie geeignete Pferde einzuhandeln. Ist dieses Kaufgeschäft erledigt, erst dann wird zum nächsten Pferdehandel geschritten, so daß immer nur ganz vorübergehend das eine oder andere Pferd, das verhandelt wird, im Stalle des P. sich aufhält. So wickelt sich hierzulande der Pferdehandel in kleineren Orten und auf dem Lande ab im Gegensatz zu den größeren, städtischen Pferdehandlungen, die stets eine Anzahl Handelspferde verkaufsbereit stehen haben, pflegen und füttern. Ähnlich wird auch im Lande Bayern der Kuhhandel betrieben. Die Kuh wandert nicht etwa in den Stall des Händlers, sondern in der Regel aus dem Stall des Verkäufers in den Stall des Käufers. Selbst bedeutende Viehhändler haben nur Stallungen für einige Stück Vieh für den Fall, daß einmal von der Regel abgewichen wird und sie die Tiere ein oder zwei Tage bei sich behalten müssen, bis sie weiterverkauft sind. Die Tüchtigkeit eines Pferde- oder Viehhändlers besteht eben darin, daß er die einschlägigen Tiere in einem engeren oder weiteren Umkreis kennt, weiß, welche Tierhalter verkaufsbereit, welche Leute kaufsgeneigt sind, und danach seine Maßnahmen trifft.

Für den Pferdehandel, den P. ausübt, wird also kein Anwesen räumlich nicht oder nicht in besonderem Maße in Anspruch genommen, das zeigt auch der Beschrieb der ihm gehörigen Gebäulichkeiten, in dem — der Pferdehandel wird ja schon seit 1882 betrieben — bestimmt entsprechendes vortragen wäre, wenn P. z. B. besondere Stallungen für Handelspferde hätte. Für den Begriff eines sogenannten ge-

mischten Betriebes ist aber nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die räumliche Verbundenheit mit dem landwirtschaftlichen Betrieb unerlässlich.

(ErbhGer. Nürnberg, Beschl. v. 6. Mai 1936, We 63/36.)

## Stuttgart

### II.

Der Beschw. besitzt einen gemischten Betrieb (Landwirtschaft mit Pferdehandel). Eine Trennung der beiden Betriebe ist schon deshalb nicht möglich, weil für den Eigentümer nur eine einzige Wohnung vorhanden ist. Außerdem sind die Pferde, die für den Pferdehandel benötigt werden, im selben Gebäude wie das vorhandene Rindvieh untergebracht. Auch wäre eine Trennung der Betriebe nach der Äußerung des Bürgermeistersamts und des Ortsbauernführers für den Pferdehandel wirtschaftlich nicht tragbar. Beide sind der Ansicht, daß der Pferdehandel in dem großen Umfang, den er in den letzten Jahren angenommen habe, kaum durchgeführt werden könnte, wenn das Futter für die Pferde nicht durch entsprechende Anblümmung eines größeren Teils der Feldgrundstücke im eigenen Betrieb gewonnen werden könnte.

Bei einem gemischten Betrieb kommt es nun, wie in der Rspr. nunmehr allgemein anerkannt ist, für die Entsch. der Frage, ob der Gesamtbetrieb als Erbhof oder als gewerblicher Betrieb anzusehen ist, darauf an, welchem Betrieb die größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Daß dies für den Gewerbebetrieb zutrifft, kann keinem Zweifel unterliegen. Der unzweideutige Beweis ergibt sich aus der Zusammenstellung des Einkommens und des Umsatzes aus dem Gewerbe und aus der Landwirtschaft: Das Einkommen beträgt nämlich jährlich durchschnittlich nur 1300 RM aus Landwirtschaft und etwa 4000 RM aus Gewerbe. Die Umsätze sind im Gewerbe jährlich etwa 80 000 RM, in der Landwirtschaft etwa 4000 RM.

Die Beträge für den Umsatz in der Landwirtschaft stellen dabei nicht die richtigen Vergleichszahlen zu dem Umsatz im Gewerbebetrieb dar. Denn zur Fütterung der für den Handel bestimmten Pferde wurden ganz erhebliche Mengen landwirtschaftlicher Erzeugnisse verbraucht. Das zeigt sich besonders deutlich bei den Umsatzzahlen der Landwirtschaft in den letzten Jahren. Jedoch sind die Umsätze im Gewerbebetrieb vor allem in den letzten Jahren um so viel höher, daß sich aus ihnen trotzdem die überwiegende Bedeutung des Gewerbebetriebs mit Sicherheit entnehmen läßt. Vor allem wird diese Tatsache aber auch durch die Höhe des gewerblichen Einkommens unzweideutig bestätigt. Das gleiche ergibt sich aus der Äußerung des Bürgermeistersamts. Hiernach sind der Beschw. und der eine seiner beiden Söhne ausschließlich im Pferdehandel, die Ehefrau und der andere Sohn in der Landwirtschaft tätig. Der vorhandene Knecht arbeitet in beiden Betrieben. Der Beschw. zieht nach der Schätzung des Bürgermeisters mindestens  $\frac{2}{3}$  seines gesamten Einkommens aus dem Pferdehandel. Er gilt als ganz bedeutender Pferdehändler und sei als solcher in Württemberg weit bekannt. Gefühlsmäßig ganz richtig sei er auch bei der Bevölkerung nur der Pferdehändler, nicht der Bauer L. Der Pferdehandel sei bei L. schon seit langer Zeit die Hauptsache.

Demgemäß war die Erbhofeigenschaft des Anwesens zu verneinen.

(ErbhGer. b. DLG. Stuttgart, Beschl. v. 17. Sept. 1935, E 155/34.)

### III.

Dem AnerbG. ist darin beizupflichten, daß ein gemischt-wirtschaftlicher Betrieb (Viehhandel und Landwirtschaft) nicht schon dann vorliegen würde, wenn der Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes gleichzeitig auch dem Viehhandel nachginge. In diesem Falle könnte ein sogenannter Doppelbetrieb vorliegen, welcher der Heranziehung des landwirtschaftlichen Betriebes als Erbhof nicht entgegenstände. Auch der Umstand genügt noch nicht für die Annahme eines gemischt-wirtschaft-

lichen Betriebs, daß der Beschw. als Viehhändler genötigt ist, zur Sicherung seines Bankkredites für sein Handelsgewerbe seine landwirtschaftlichen Grundstücke zu verpfänden. Dagegen wird eine wirtschaftliche und räumliche Verbindung beider Betriebsteile dadurch hergestellt, daß in der Hofstelle eine Handelsstallung zur Einstellung des Handelsviehes als besondere Betriebsseinrichtungen, die dem Handelsgewerbe dienen, besteht, die nicht ohne weiteres aus der Hofstelle wegverlegt werden kann. Auch der weitere Viehstall für das zum Hof gehörige Vieh dient nach der Äußerung des Bürgermeisters zeitweise auch für die Einstellung von Handelsvieh. Der an sich lediglich an die Person des Händlers geknüpfte Viehhandelsbetrieb braucht also so, wie er beim Beschw. ausgestaltet ist, der sich nach und nach zum Großviehhändler herausgearbeitet hat, eigene Betriebsseinrichtungen, die sich räumlich in der Hofstelle, dem Sitz des landwirtschaftlichen Betriebes und der Gastwirtschaft, befinden. Hiernach hat das AnerbG. mit Unrecht verneint, daß die zwei Gewerbebetriebe (der Viehhandel und die Gastwirtschaft) und die Landwirtschaft einen gemischt-wirtschaftlichen Betrieb darstellen, bei dem die Trennung der gewerblichen Betriebe ohne erhebliche Beeinträchtigung derselben nicht möglich ist. Es kommt also darauf an, ob die beiden gewerblichen Betriebe den landwirtschaftlichen Betrieb an wirtschaftlicher Bedeutung überragen. Dies wird auch vom AnerbG. auf Grund der Äußerung des FinM. bejaht. Wenn auch die Umsätze des Handelsbetriebs allein im Vergleich mit den Umsätzen der Landwirtschaft nicht ausschlaggebend sein dürfen, so überwiegt doch das Gewerbe auch dem Einkommen nach ganz erheblich gegenüber der Landwirtschaft. Der Ertrag der Landwirtschaft dient zudem wesentlich den Bedürfnissen des Viehhandels, sofern vom Futterertrag der Wiesen ständig annähernd gleichviel Vieh, als zum Hofe gehört, als Einstellvieh im Handelsbetrieb gefüttert wird. Deshalb bleibt der Viehbestand des Hofes auch der Zahl nach hinter dem Viehbestand, der zur ordnungsmäßigen landwirtschaftlichen Bewirtschaftung des Hofes nötig wäre, nicht unerheblich zurück.

Auch der beruflichen Ausbildung nach erscheint der Beschw. in erster Linie als Händler. Diesem Gewerbe ist er schon längst vor dem Erwerb des Hofes nachgegangen. Den Hof hat er sich in erster Linie für Zwecke seines Viehhandels zugelegt. Bei dieser Sachlage war die Erbhofeigenschaft zu verneinen.

(ErbhGer. b. DLG. Stuttgart, Beschl. v. 21. Jan. 1936, We 178/35.) [S.]

Anmerkung: Zutreffend geht die Entsch. des ErbhGer. Nürnberg (I) davon aus, daß die Verbindung der Landwirtschaft und des Pferdehandels in einer Person noch kein ausreichender Grund für die Annahme eines gemischten Betriebes ist. Insoweit müssen die Ausführungen des ErbhGer. Stuttgart in der Entsch. v. 17. Sept. 1935 (II) zu Bedenken Anlaß geben. Insbesondere ist dort unrichtig, daß eine Trennung der beiden Betriebe nicht möglich sein soll, weil für den Eigentümer nur eine einzige Wohnung vorhanden ist. Das Erfordernis einer Hofstelle mit Wohngebäude besteht nur für den Erbhof, nicht für das Gewerbe. Es genügt, wenn für den Hof eine ausreichende Hofstelle vorhanden ist.

Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob die Benutzung des Grundbesitzes als Kreditgrundlage für das Handelsgewerbe eine Verbindung darstellt, die beide Betriebe zu einem gemischten Betriebe verbindet. Vom ErbhGer. Stuttgart wird diese Frage in der unter III abgedr. Entsch. verneint. Für den Regelfall trifft diese Ansicht zu (siehe z. B. Johae: ErbhRspr. Vogel-Hopp § 1 Abs. 1 Anm. zu Nr. 7; Herschel ebenda Anm. zu Nr. 21). Trotzdem sind Fälle denkbar, in denen die kreditmäßige Verflechtung eine so innige ist, daß sie auch bei nur bescheidener räumlicher Verbindung den Ausschlag für das Vorliegen eines gemischten Betriebes gibt. Hier wird auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen sein.

Zimmerhin ist die Benutzung des Grundbesitzes als Kreditgrundlage nur ausnahmsweise entscheidendes Argument



für den gemischten Betrieb; zumeist ist sie Begleiterscheinung der räumlichen Untrennbarkeit. Diese ist das regelmäßige und in erster Linie zu prüfende Kennzeichen. Hierbei reicht nicht aus, daß überhaupt eine räumliche Verbindung vorliegt. Von einem gemischten Betrieb kann erst gesprochen werden, wenn diese Verbindung so innig ist, daß ihre Lösung nur unter erheblicher Schädigung des einen oder anderen Betriebsteiles möglich ist. Bei Verbindung eines landwirtschaftlichen mit einem reinen Handelsbetrieb spricht dabei eine große Vermutung dafür, daß die Trennung ohne eine solche Schädigung vorgenommen werden kann. Die Hauptwerte des Handelsbetriebes liegen regelmäßig in den Handelsbeziehungen und in den im Handelsbetrieb investierten Vermögenswerten. Die räumliche Unterlage des Handelsbetriebes ist in der Regel nicht sehr ausgedehnt und nur selten an einen bestimmten Ort gebunden.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf die vorliegenden drei Entsch. an, so erscheint die Entsch. des ErbHGer. Nürnberg unter I im Ergebnis und in der Begründung durchaus zutreffend. Bei der Entsch. des ErbHGer. Stuttgart zu II wäre noch eine eingehende Prüfung darüber erforderlich gewesen, in welchem Umfang beide Betriebe räumlich verbunden sind und unter welchen Voraussetzungen und Aufwendungen eine räumliche Trennung beider Betriebe möglich ist. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß das Gericht dann das Vorliegen eines gemischten Betriebes verneint und die ErbHoseigenschaft der landwirtschaftlichen Besizung bejaht hätte. Der vom ErbHGer. Stuttgart unter III entschiedene Fall scheint die Voraussetzungen für einen gemischten Betrieb tatsächlich zu erfüllen. Dort hat der Eigentümer schon vor dem Hofierwerb den Vieh- und Pferdehandel in größerem Ausmaß betrieben. Erst für Zwecke des Viehhandels hat er den Grundbesitz erworben, der in erster Linie dem Viehhandel dienstbar gemacht ist, wie die Verwendung der Grundstücke zeigt.

Notar Dr. Senbold, Sulzbach-Rosenberg.

### Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

31. §§ 1, 2, 4, 8 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569); Ziff. II 21 Richtl. f. Devisenbewirtschaftung. Die Umwandlung einer AktG. mittels Übertragung ihres gesamten Vermögens auf den alleinigen Gesellschafter bedarf, auch wenn dieser ein Ausländer ist, nicht der Genehmigung der Devisenstelle. †)

In einer GenVers. der AktG. v. 30. Aug. 1935 beschloß der alleinige Aktionär, der in Nevada wohnende Aron C., die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens auf ihn selbst. Zu diesem Vermögen gehören ausweislich der für den 30. Aug. 1935 aufgestellten Abschluß- und Übernahmebilanz u. a. „Forderungen an abhängige Gesellschaften, Grundschuldforderungen und Beteiligungen“. Die Anmeldung der Gesellschaftsumwandlung wurde vom Registergericht dahin beantwortet, daß wegen der Ausländereigenschaft des Vermögenserwerbers die Genehmigung der Devisenstelle beizubringen sei. Eine Beschw. der AktG. hatte keinen Erfolg. Die weitere Beschw. führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen.

Nach § 1 UmwandlG. n. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) kann eine AktG. in der Weise umgewandelt werden, daß ihr Vermögen unter Ausschluß der Liquidation auf den alleinigen Gesellschafter übertragen wird. Diese Umwandlung wird nach §§ 2, 8 von der GenVers. beschlossen und hat, ohne daß es noch eines besonderen Veräußerungsvertrages bedürfte, nach §§ 2, 4 i. Verb. m. der Eintragung in das Handelsregister zur Folge, daß das Vermögen der Gesellschaft einschließlich der Schulden auf den alleinigen Gesellschafter übergeht. Gehören nun zu einem solchen Vermögen Werte, die im Wege einer Einzelverfügung von der Gesellschaft auf ihren Gesellschafter nur mit Genehmigung der Devisenstelle übertragen

werden können (§§ 9—11, 15—20 DevG. v. 4. Febr. 1935 [RGBl. I, 106]), so erhebt sich die Frage, ob die Genehmigung auch zu der Übertragung des gesamten Vermögens erforderlich ist. Das ist grundsätzlich zu bejahen. Soweit das DevG. unter bestimmten Voraussetzungen Verfügungen für genehmigungsbedürftig erklärt, geht es allerdings von dem bürgerlich-rechtlichen Verfügungsbegriffe aus, der diejenigen Rechtsgeschäfte umfaßt, durch welche auf bestehende Rechte unmittelbar eingewirkt wird (Hartenstein, Devisenrecht S. 100; Flad, Das neue Devisenrecht S. 47; Bernard: JW. 1931, 2278; RGZ. 90, 299; RGRKomm., Vorbem. 7 vor § 104, Num. 2 zu § 1395). Darunter fällt streng genommen die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft nach dem UmwandlG. ebenso wenig wie etwa die Fusion von AktG. nach §§ 304, 306 HGB. Das Gesetz knüpft hier lediglich an bestimmte rechtsgeschäftliche Vorgänge, den Umwandlungsbeschluß bzw. den durch einen GenVersBeschluß genehmigten (schuldrechtlichen) Fusionsvertrag, bei dem Hinzutreten weiterer Umstände, insbes. der Registereintragung, die Rechtsfolge des Vermögensüberganges, ohne daß man deshalb sagen könnte, die Gesellschaft habe damit über ihr Vermögen verfügt. Umwandlung und Fusion sind aber nach Ursache und Wirkung einer Verfügung sehr ähnlich, insofern auch bei ihnen ein Willensakt der Beteiligten zu der gewollten Rechtsänderung führt. Mit der Anerkennung eines Gesamtrechtsüberganges an Stelle der sonst erforderlichen Sonderübertragungen der einzelnen Vermögensbestandteile sollte lediglich eine — privatrechtlich unbedenkliche — Vereinfachung erreicht werden. Dieses Bestreben brauchte aber vom Standpunkte der Devisenbewirtschaftung aus noch keinen Grund zu bilden, die sich im Rahmen eines solchen Gesamtrechtsüberganges vollziehenden Rechtsänderungen anders zu behandeln, als wenn sie im einzelnen besonders verfügt worden wären (ebenso Böttcher-Meilicke, Umwandlung, 1935, S. 138, 139). Daß dies auch der Standpunkt der Devisengesetzgebung ist, ergibt sich aus Ziff. II 21 der Richtl. für die Devisenbewirtschaftung v. 25. Febr. 1935 i. d. Fassung vom 12. Sept. 1935 (RGBl. I, 282, 1149), wo für den Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft eine Ausnahme von dem danach grundsätzlich anerkannten Erfordernis der Genehmigung der Devisenstelle gemacht wird.

Für die gegenwärtige Entsch. kommt es daher auf die Tragweite der Ausnahmenvorschrift an. Sie lautet:

„Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn Aktiengesellschaften . . . die Forderungen oder Verbindlichkeiten in ausländischer Währung oder gegenüber Ausländern haben oder sonstige Werte besitzen, die nur mit Genehmigung erworben werden dürfen oder über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf, nach den Bestimmungen des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 umgewandelt werden.“

Das BG. bezieht dies in Übereinstimmung mit dem Präsidenten des ZFinA. lediglich auf den Fall, daß Werte der bezeichneten Art infolge der Umwandlung auf einen inländischen Erwerber übergehen. Damit wird jedoch die Vorschrift in einer weder durch ihren Wortlaut noch durch ihren Zweck zu rechtfertigenden Weise eingeschränkt. Nach dem DevG. lassen sich zwei Gruppen von Werten unterscheiden, deren besondere Art den Erwerb oder die Verfügung darüber genehmigungsbedürftig machen. Bei den Werten der einen Gruppe besteht das Erfordernis der Genehmigungspflicht schlechthin, gleichgültig, ob Inländer oder Ausländer an dem Geschäfte beteiligt sind, so nach §§ 9, 10, 21 Abs. 1 Satz 2, 22 Abs. 1 Satz 2 DevG. (für ausländische Zahlungsmittel, Forderungen in ausländischer Währung, Gold, ausländische Wertpapiere und Auslandsbonds); bei den Werten der anderen Gruppe ist die Genehmigung nur dann erforderlich, wenn an dem Geschäft ein Ausländer, insbes. — was hier in Betracht kommt — als Erwerber, beteiligt ist, so nach §§ 11, 24 Abs. 2 DevG. (für inländische Zahlungsmittel, Forderungen, die auf Reichsmark oder Goldmark lauten, und Anteile an inländischen Gesellschaften). In beiden Fällen ist es aber in erster Linie die besondere Art des Geschäftsgegenstandes, welche die Notwendigkeit der Genehmigung begrün-

det. Wenn also Ziff. II 21 der Richtl. von Werten spricht, die „nur mit Genehmigung erworben werden dürfen oder über die nur mit Genehmigung verfügt werden darf“, so trifft das auch für inländische Zahlungsmittel, für Reichsmark- oder Goldmarkforderungen und für Anteile an inländischen Gesellschaften zu, falls diese Gegenstände im einzelnen Falle von einem Ausländer erworben werden sollen. Eine Einschränkung dahin, daß die Ausnahme nur für solche Werte gelten solle, bezüglich deren ein Erwerb und eine Verfügung allgemein (das heißt ohne Rücksicht auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt der beteiligten Personen) genehmigungsbedürftig sein würden, ist in der erörterten Vorschrift nicht gemacht worden. Die Einschränkung ergibt sich auch keineswegs aus dem Grunde und dem Zwecke der Vorschrift. Man hat offenbar die bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft vor sich gehenden Rechtsvorgänge devisenrechtlich für unbedenklich gehalten, weil an die Stelle der Kapitalgesellschaft lediglich deren Inhaber, also wirtschaftlich betrachtet keine anderen Personen treten, und hat deshalb die grundsätzlich erwünschte und schon durch das UmwandlG. geförderte Umwandlung durch Abstandsnahme von der Devisengenehmigung weiter erleichtern wollen. Von diesem Gesichtspunkte aus konnte es gleichgültig erscheinen, ob der alleinige Inhaber der Gesellschaft Inländer oder Ausländer ist. In dem letzteren Falle hat schon die Kapitalgesellschaft unter maßgebendem ausländischen Einflusse gestanden, wird also die Lage wirtschaftlich nicht wesentlich verändert, wenn an die Stelle der Gesellschaft nunmehr der ausländische Inhaber persönlich tritt. Eine Einschränkung der Ziff. II 21 der Richtl. auf solche Werte, bezüglich deren allgemein eine Genehmigung zum Erwerb und zur Verfügung vorgesehen ist, würde auch zu Folgerungen nötigen, die unmöglich i. S. des Gesetzgebers liegen können. Die Umwandlung wäre danach genehmigungsfrei, wenn zu dem auf einen Ausländer übergehenden Vermögen neben devisenrechtlich belanglosen Gegenständen ausschließlich ausländische Zahlungsmittel, Forderungen in ausländischer Währung und dergleichen gehörten, da ja insoweit sogar schon das DevG. selbst bei dem Verlängen der Genehmigung zum Erwerb und zur Verfügung keinen Unterschied je nach der Inländer- oder Ausländer-eigenschaft des Erwerbers macht. Die Umwandlung wäre hingegen genehmigungsbedürftig, wenn zu dem Vermögen inländische Zahlungsmittel oder Reichsmark- oder Goldmarkforderungen gehörten, obwohl doch deren Übergang auf den inländischen Gesellschafter nicht bedenklicher sein kann, als der Übergang von ausländischen Zahlungsmitteln und Forderungen in ausländischer Währung. Im Schrifttum wird die hier entschiedene Frage von Hartenstein (S. 578) und Flad (S. 45), auf welche die weitere Beschr. sich beruft, nicht besonders behandelt, hingegen von Crisoli-Groschuff, Umwandlung, 1935, S. 59, und von Böttcher-Meilcke, 1935, S. 139 zwar erörtert, aber noch auf Grund der früheren Fassung der Ziff. II 21 der Richtl., wobei Böttcher-Meilcke bereits ebenfalls zu dem Ergebnis der Genehmigungsfreiheit eines Falles der vorliegenden Art gelangen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Mai 1936, 1 Wx 170/36.)

(= JZG. 13, 438.)

**Anmerkung:** Das RG. entscheidet zwei für die Praxis des Devisenrechts wichtige Fragen. Von größerer Bedeutung als die Auslegung von Ri. II 21 ist die Feststellung, daß als Verfügungen i. S. des Devisenrechts nicht nur — wie im bürgerlichen Recht — auf bestehende Rechte unmittelbar einwirkende Rechtsgeschäfte anzusehen sind, sondern auch Rechtsänderungen, die sich im Rahmen eines Gesamtrechtsübergangs vollziehen. Der Ausweitung des devisenrechtlichen Verfügungsbegriffs ist zuzustimmen. Das bürgerliche Recht, dessen Verfügungsbegriff unbestritten bei der Schaffung des Devisenrechts als Vorbild gedient hat, stellt im wesentlichen ein System von Rechtsfolgen dar, die sich an bestimmte Tatsachen oder Zustände knüpfen. Dabei kann dieselbe Rechtsfolge oft auf verschiedenen Wegen herbeigeführt werden. Das

Devisenrecht will bestimmte, devisenwirtschaftlich unerwünschte Rechtsfolgen ausschließen oder nur mit besonderer Genehmigung zulassen. Das Wesentliche ist nicht, daß eine Verfügung, die eine solche Rechtsfolge herbeizuführen geeignet ist, verhindert wird, sondern daß der Eintritt der Rechtsfolge selbst ausgeschlossen wird. Wenn nun das Devisenrecht bestimmte Verfügungen ohne Genehmigung verbietet, so wird man als Verfügung im devisenrechtlichen Sinn neben solchen auf bestehende Rechte unmittelbar einwirkende Rechtsgeschäfte auch rechtsgeschäftliche Vorgänge ansehen müssen, die entweder allein oder in Verbindung mit anderen — nichtrechtsgeschäftlichen — Umständen dieselbe Rechtsänderung wie eine Verfügung herbeiführen. Dazu gehören alle Gesellschafterbeschlüsse, die für sich allein oder in Verbindung mit Registereinträgen die Änderung bestehender Rechte zur Folge haben. Ein weiteres Beispiel bildet die Zustimmung eines Gläubigers zu einem Zwangsvergleich, durch dessen gerichtliche Bestätigung dem Schuldner seine Schulden teilweise erlassen oder gestundet werden, oder die Zustimmung zu einem Erbschafts- oder Erbauseinandersetzungsvertrag, durch den bestimmte Nachlassgegenstände auf einzelne Erben übertragen werden. Nicht unter den devisenrechtlichen Verfügungsbegriff fallen weiterhin reine Verpflichtungsgeschäfte oder die nur tatsächliche Einwirkung auf den Verfügungsberechtigten (vgl. Hartenstein, Devisenrecht S. 104 Anm. 11 zu § 9 DevG.).

Den Ausführungen zur Auslegung von Ri. II 21 ist ebenfalls zuzustimmen. Soweit Forderungen einer Kapitalgesellschaft gegen Inländer infolge des Umwandlungsbeschlusses auf den ausländischen Gesellschafter übergehen, würde ihm derselbe Wert auch bei einer Liquidation der Gesellschaft zufallen. Durch den Rechtsübergang auf Grund des Umwandlungsbeschlusses tritt also keine vermehrte Belastung der Devisenbilanz ein. Es genügt, daß der inländische Schuldner die nunmehr einem Ausländer zustehende Forderung nur noch mit Genehmigung erfüllen darf. Anders ist es, wenn Forderungen der Kapitalgesellschaft gegen einen Ausländer auf den ausländischen Gesellschafter übergehen. Das würde den Verlust eines Aktiopostens der deutschen Devisenbilanz bedeuten. Diese Möglichkeit dürfte aber bei den Gesellschaften, die auf Grund des UmwandlG. umgewandelt werden, keine Rolle spielen. Auch wäre es Sache der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung, für diese Fälle die Anwendung von Ri. II 21 einzuschränken. Die von dem LG. Berlin: JW. 1936, 957 vertretene gegenteilige Auffassung, der sich Dietrich a. a. O. und Groschuff: JW. 1936, 1333 angeschlossen haben, kann daher nicht als zutreffend gelten.

RegAff. Gerhard Berghold, Berlin.

**32.** §§ 5, 6 Abs. 1 DurchfV.D. v. 27. Nov. 1934 (RGBl. I, 1194) zum Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft v. 27. Febr. 1934 (RGBl. I, 185). Wird ein Verband beim Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft in einen anderen Verband überführt, so tritt in Satzungsbestimmungen eines ihm angegliederten Vereins, die sich auf den Verband in seiner ursprünglichen Gestalt bezogen, an dessen Stelle nunmehr ohne weiteres der neue Verband.

Nach § 6 der Satzung des eingetragenen Vereins (einer Eintragskasse für das Edelmetallgewerbe) können Mitglieder desselben nur die Mitglieder des Reichsverbandes Deutscher Juweliere, Gold- und Silberschmiede e. V. werden. Nach § 13 besteht der Vorstand aus dem Geschäftsführer des genannten Reichsverbandes als dem in erster Linie berufenen gesetzlichen Vertreter sowie aus dem in Berlin wohnenden Mitgliede des Präsidiums des Verbandes und aus zwei gewählten Mitgliedern des Vereins. Durch Anordnung des RWiM. v. 21. Mai 1935 (Deutscher Reichsanzeiger Nr. 125) wurde der bisherige Reichsverband in den „Reichsinnungsverband des Juwelier-, Gold- und Silberschmiedehandwerks“ überführt. Der Geschäftsführer des Reichsinnungsverbandes Kaufmann L. meldete darauf zum Vereinsregister an, daß als Vorstandsmitglied des

Vereins an die Stelle des bisherigen Verbandsgeschäftsführers A. er selbst und an die Stelle des bisher in Berlin wohnenden Präsidialmitgliedes H. das in Berlin wohnende Mitglied des Präsidiums des Reichsinnungsverbandes, nämlich der Reichsinnungsmeister Goldschmiedemeister F., getreten seien. Das RegGer. lehnte nach vorgängiger Zwischenverfügung die Eintragung in das Vereinsregister ab, weil sie ohne Änderung des § 13 der Satzung nicht möglich sei. Eine Beschw. des Antragstellers wurde vom LG. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das LG. legt den § 13 der Satzung dahin aus, daß nur der dort bezeichnete Reichsverband in seiner ursprünglichen Form zwei Vorstandsmitglieder des Vereins stellen solle, dagegen bei seiner Überführung in einen anderen Verband, auf welche (d. h. die Überführung!) der Verein keinen Einfluß habe, nicht auch dieser neue Verband. Das ist, selbst bei Beschränkung des Senats auf eine rechtliche Nachprüfung, deshalb nicht zu billigen, weil die für die Auslegung maßgebenden Umstände nicht erschöpfend gewürdigt sind. Bei der Beurteilung der Frage, ob es dem Sinne des § 13 der Satzung entspricht, daß im gegebenen Falle an die Stelle des bisherigen Reichsverbandes der neue Reichsinnungsverband tritt, kann es nicht allein darauf ankommen, daß der Verein auf die Überführung des Reichsverbandes in den Reichsinnungsverband keinen Einfluß gehabt hat. Es muß vielmehr genügen, daß die Überführung lediglich eine solche Änderung in den Verhältnissen des Reichsverbandes herbeigeführt hat, die für die Fortsetzung der bisherigen Beziehungen des Vereins zu ihm von keiner Bedeutung ist und in Zukunft werden kann. Das ist aber nicht nur dann der Fall, wenn der Reichsverband, der mit der Überführung in den Reichsinnungsverband eine neue Rechtsform erhalten hat (§§ 5, 6 Abs. 1 DurchfV.D. v. 27. Nov. 1934 [RGBl. I, 1194] zum Gesetz v. 27. Febr. 1934 [RGBl. I, 185]), gleichwohl schon rein rechtlich betrachtet, was vom LG. verneint wird und immerhin zweifelhaft sein mag, dieselbe Rechtspersönlichkeit geblieben ist. Auch wenn man den Reichsinnungsverband nur als Rechtsnachfolger des bisherigen Reichsverbandes ansehen wollte, würde es durchaus i. S. der hier zu beurteilenden Vereinsatzung liegen können, daß die Beziehungen zwischen dem Reichsverbande und dem Verein von der Rechtsnachfolge mit ergriffen werden sollen. Denn für den Fortbestand dieser Beziehungen ist es vom Standpunkte der vorl. Vereinsatzung aus gleichgültig, ob der Reichsverband als ein eingetragener Verein besteht oder ob er infolge des gesetzlich vorgesehenen Umbaus der deutschen Wirtschaft eine andere Rechtsform, nämlich die des § 5 DurchfV.D. v. 27. Nov. 1934, erhalten hat. Erheblich ist allein, daß er auch in dieser Rechtsform wirtschaftlich daselbe Gebilde geblieben ist wie zuvor. Mit Rücksicht hierauf spricht alles dafür, zunächst den § 6 der Vereinsatzung über die Mitgliedschaft bei dem Reichsverbande als Voraussetzung für die Erlangung der Vereinsmitgliedschaft nach der Überführung des Reichsverbandes in den Reichsinnungsverband nunmehr auf den letzteren zu beziehen, zumal da der Reichsinnungsverband gerade auch seine Mitglieder von dem bisherigen Reichsverbande übernommen hat. § 13 steht aber in untrennbarem Zusammenhange mit § 6. Eben weil die Vereinsmitglieder nur aus dem Kreise der Mitglieder des Reichsverbandes stammen können, ist diesem eine Beteiligung an dem Vereinsvorstande eingeräumt worden. Wenn also § 6 nunmehr auf den Reichsinnungsverband zu beziehen ist, muß dasselbe von § 13 gelten. Die bloße Änderung der Rechtsform des Reichsverbandes macht demnach keine Ergänzung der Vereinsatzung notwendig. Vielmehr sind ohne weiteres, ebenso wie im § 6 an die Stelle der Mitglieder des Reichsverbandes die Mitglieder des Reichsinnungsverbandes, im § 13 an die Stelle der dort bezeichneten Organe des Reichsverbandes die entsprechenden Organe des Reichsinnungsverbandes getreten. Für eine andere Auslegung der Satzung fehlt bei der mindestens wirtschaftlichen Identität des Reichsinnungsverbandes mit dem bisherigen Reichsverband jeder innere Grund.

(RG., 1. BivSen., Beschl. v. 23. April 1936, 1 Wx 96/36.)

[Sch.]

33. §§ 1, 2 Abs. 1 ZinsenkungsV.D. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 702); Art. 6 der 1. DurchfV.D. vom 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 793); Art. 4 der 2. DurchfV.D. v. 26. März 1932 (RGBl. I, 171). Art. 6 der 1. DurchfV.D. und Art. 4 der 2. DurchfV.D. sind auch dann anzuwenden, wenn die Eintragung der Erweiterung einer bereits eingetragenen Hypothek durch Erhöhung des Zinssatzes nach dem Inkrafttreten der ZinsenkungsV.D. vom 8. Dez. 1931 erfolgt, die Eintragung aber auf einer vor diesem Zeitpunkt begründeten Verpflichtung beruht.

Im Grundbuch steht zugunsten der Frau Mathilde M. in Abt. III unter Nr. 12 eine Darlehenshypothek von 25 000 G.M. eingetragen, die seit dem 1. Jan. 1927 mit 7% jährlich verzinslich war.

Durch die Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens wurde die Hypothek Abt. III Nr. 12 fällig. Gemäß § 91 Abs. 2 ZwVerfG. vereinbarten der Ersteher E. und die Gläubigerin der Post Nr. 12 das Bestehenbleiben dieser Hypothek in folgender Weise: In der notariellen Verhandlung vom 23. Okt. 1931, die am 19. Mai 1932 berichtigt und ergänzt wurde, übernahm der Ersteher E. die persönliche Schuld, verpflichtete sich, das Kapital v. 1. Sept. 1931 ab mit 8½% jährlich zu verzinsen, unter Umständen weitere 2% als Vertragsstrafe zu zahlen und das Kapital am 31. Dez. 1933 ohne Kündigung zurückzuzahlen; er bewilligte und beantragte die Eintragung der abgeänderten Zins- und Zahlungsbedingungen im Grundbuch, und zwar der Strafzinsen mit dem Range hinter der Aufwertungshypothek Abt. III Nr. 14. Diesen Erklärungen stimmte die Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 12 in den notariell beglaubigten Urkunden v. 27. Okt. 1931 und 2. Juni 1932 zu, indem sie gleichfalls die Eintragung in das Grundbuch bewilligte und beantragte. Der Zinserhöhung der Post Abt. III Nr. 12 auf 8½% hatte in bezug auf die Post Abt. III Nr. 14 der Ersteher E. in der notariellen Verhandlung v. 24. Sept. 1931 und die Gläubigerin der Post Nr. 14 in der notariell beglaubigten Urkunde v. 25. Sept. 1931 zugestimmt. Mit Eingabe v. 23. Okt. 1931 überreichte der beurkundende Notar die Verhandlung v. 23. Okt. 1931 dem GBA. zur Erledigung. Mit Schreiben v. 22. April 1932 ersuchte der Versteigerungsrichter das GBA. um Eintragung des Erstehers E. als Eigentümer und um weitere Veranlassung hinsichtlich der in der notariellen Verhandlung v. 23. Okt. 1931 und in der notariell beglaubigten Urkunde v. 27. Okt. 1931 gestellten Anträge. Nach Erledigung einiger Beanstandungen trug das GBA. am 13. Aug. 1932 bei der Post Abt. III Nr. 12 in die Spalte „Veränderungen“ folgendes ein: „Bezüglich dieser Post sind neue Bedingungen vereinbart. Das Kapital ist vom 1. Sept. 1931 ab mit 8½% mit der Maßgabe verzinslich, daß der Zinssatz seit dem 1. Jan. 1932 auf Grund der 4. NotV.D. v. 8. Dez. 1931 gesenkt ist auf 6½%. In gewissen Verzugsfällen erhöht sich der Zinssatz um 2% jährlich als Vertragsstrafe... Eingetragen am 13. Aug. 1932 mit der Maßgabe, daß bei der Post Abt. III Nr. 12 die den bisherigen Zinssatz von 7%, seit dem 1. Jan. 1932 infolge gesetzlicher Zinsenkung 6% jährlich übersteigenden Zinsen und Nebenleistungen... den Rang nach der Post Abt. III Nr. 14 nebst den gesetzlichen Aufwertungszinsen haben.“

Mit Eingabe v. 20. Jan. 1936 hat die Gläubigerin der Post Nr. 12 angeregt, bei der Post Abt. III Nr. 12 einen Widerspruch einzutragen, der sich darauf gründe, daß statt, wie im Grundbuch eingetragen, nur 6% Zinsen, in Wirklichkeit 6½% Zinsen der nachfolgenden Aufwertungshypothek im Range vorgingen.

Das GBA. hat die Eintragung des Widerspruchs abgelehnt.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das LG. zurückgewiesen und ausgeführt: Die in der Urkunde v. 23. Okt. 1931 erklärte Erhöhung der Zinsen von 7% auf 8½% sei zwar eine einseitige Erklärung des Eigentümers; es könne aber unbedenklich davon ausgegangen werden, daß dieser Erklärung eine Vereinbarung mit der Gläubigerin über die

Erhöhung des Zinssatzes zugrunde gelegen hätte. Damit stände aber nur fest, daß vor Inkrafttreten der NotW. der Zinssatz der persönlichen Forderung nicht mehr 7% betrage, sondern auf  $8\frac{1}{2}\%$  erhöht worden und alsdann infolge der NotW. auf  $6\frac{1}{2}\%$  ermäßigt worden sei. Hinsichtlich des dinglichen Rechtes sei aber die gemäß den §§ 873, 877 BGB. zur Wirksamkeit erforderliche Eintragung der Inhaltsänderung noch nicht erfolgt gewesen. Deshalb sei insoweit der Zinssatz von 7% auf 6% gesenkt worden und sei hinsichtlich des überschließenden Betrages die Hypothek erloschen.

Gegen diesen Beschluß hat die Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 12 weitere Beschwerde eingelegt. Zur Begründung macht sie geltend: Die Annahme des LG., daß die Zinsen der persönlichen Forderung und der Hypothek selbständig und unabhängig voneinander gesenkt worden seien, sei rechtsirrig. Das Gegenteil ergebe sich aus der „Akzessorietät“ der Hypothek, dem Wortlaut des § 2 des I. Teils, III. Kap. 1. Abschnitts der 4. NotW. v. 8. Dez. 1931 und ihrem wirtschaftlichen Zweck.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Der Ansicht der Beschwerf., daß, wenn die Zinsen der Forderung höher sind als die Zinsen der Hypothek, bei der gesetzlichen Senkung der Zinsen für das dingliche Recht von der Zinshöhe der Forderung auszugehen sei, kann allerdings nicht beigetreten werden. Daraus, daß die Hypothek im Gegensatz zu der Grundschuld ein von der Forderung abhängiges, „akzessorisches“ Recht ist (vgl. die §§ 401, 1113, 1153 Abs. 1, 1154 BGB.), läßt sich nur entnehmen, daß, soweit sich die Forderung mit der Hypothek deckt, eine möglichst gleichmäßige Behandlung beider Rechte dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Der Gesetzgeber hat aber andererseits auf dem Gebiete des Schuldrechts die Vertragsfreiheit zugelassen. Übersteigt deshalb zulässigerweise die Forderung die Hypothek, dann ist der ungesicherte Teil der Forderung rechtlich selbständig und somit ohne Einfluß auf die Hypothek. Auch der Wortlaut des § 2 der NotW. und ihr Zweck sprechen nicht für die von den Beschwerf. vertretene Auffassung. Nach § 2 der NotW. gelten die im § 1 enthaltenen Zinssenkungsvorschriften entsprechend für Zinsen von Forderungen, einschließlich der Hypotheken, sowie von Grundschulden. Durch diese Fassung sollte nicht etwa die sich aus dem BGB. ergebende Rechtslage des ungesicherten Teils einer Forderung geändert, sondern nur der Kreis der von der Zinssenkung betroffenen Rechte dahin klar gestellt werden, daß die Zinsen von Forderungen gesenkt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie ungesichert oder durch Hypothek gesichert sind (vgl. Schlegelberger, Die Zinssenkung, 4. Aufl., § 2 Anm. 5). Der Zweck der Zinssenkung als eines organischen Bestandteiles eines großen Wirtschaftsgesetzes ging auch dahin, durch eine Senkung des für die allgemeine Wirtschaft bedeutsamen Hypothekenzinses einen Ausgleich für die infolge der Herabsetzung der Löhne und Gehälter notwendigen Mietsenkung zu schaffen und dadurch mitzuhelfen, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft gegenüber dem Ausland zu stärken (vgl. Schlegelberger, ebenda, Einführung S. 8/9).

Die weitere Beschwerde ist aber aus einem anderen Grunde gerechtfertigt.

Das LG. übersieht zunächst, daß die Erhöhung des Zinssatzes nicht nur von dem Ersteher E. in der Verhandlung vom 23. Okt. 1931 erklärt ist, sondern daß auch die Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 12 in der Urkunde v. 27. Okt. 1931 der Erhöhung zugestimmt hat.

Der Standpunkt des LG., daß sich an dem Zinssatz von 7% die gesetzliche Zinssenkung der Hypothek vollzogen habe, da vor Inkrafttreten der NotW. die Inhaltsänderung noch nicht eingetragen gewesen sei, beruht auf Rechtsirrtum, und führt zur Aufhebung der Vorentscheid. und Zurückverweisung der Sache an das OLG.

Gemäß Art. 6 der 1. DurchfW. v. 23. Dez. 1931 unterliegt auch eine Forderung (Hypothek) oder Grundschuld, die erst nach dem 31. Dez. 1931 entsteht, zu deren Begründung sich der Gläubiger aber vor dem 1. Jan. 1932 verpflichtet hat, der Zinsherabsetzung und wird durch diese die Verpflich-

tung zur Begründung der Forderung (Hypothek) oder Grundschuld nicht berührt. Gemäß Art. 4 der 2. DurchfW. vom 26. März 1932 findet § 9 Abs. 1 der NotW. v. 8. Dez. 1931, der den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausschließt, auch für erst nach dem 31. Dez. 1931 entstehende Hypotheken und Grundschulden Anwendung, soweit ihre im Grundbuch eingetragenen Zinssätze und Fälligkeitsbedingungen durch die NotW. oder eine Durchführung- und ErgänzungsW. geändert werden. Die Vorschrift des Art. 6 der 1. DurchfW. v. 23. Dez. 1931 beruht namentlich auf der Erwägung, daß der § 2 der NotW. an sich den Empfang des Darlehns (§ 607 BGB.) voraussetzt, daß es aber wirtschaftlich geboten war, auch eine vor dem Inkrafttreten der NotW. begründete Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehns (§ 610 BGB.) gegen Eintragung einer neuen Hypothek zum Zwecke der Ablösung einer im Zins gesenkten Hypothek der Zinssenkung zu unterwerfen, weil andernfalls der Schuldner nicht in der Lage wäre, dem Geber der neuen Hypothek den zugesagten Rang auch für den übersteigenden Zins zu gewähren (vgl. Schlegelberger ebenda § 2 Anm. 7; vgl. auch § 9 Anm. 2). Der Wortlaut des Art. 6 geht weiter als diese Erwägung. Er umfaßt auch die Fälle, in denen zwar die Forderung bereits vor dem Inkrafttreten der NotW. entstanden ist, jedoch die Hypothek erst nach diesem Zeitpunkt auf Grund einer vor diesem Zeitpunkt begründeten Verpflichtung durch Eintragung in das Grundbuch entstanden ist (vgl. die ähnlichen Bestimmungen des § 5 der W. über die Zinserleichterung für den landwirtschaftlichen Realcredit v. 27. Sept. 1932 und Art. 6 der DurchfW. v. 24. Nov. 1932). Indem der Gesetzgeber eine erst nach dem Inkrafttreten der NotW. durch Eintragung zur Entstehung gelangte neue Hypothek der Zinssenkung unterwirft, geht er davon aus, daß die Hypothek in bezug auf die Zinssenkung so behandelt werden soll, als wenn sie bereits vor dem Inkrafttreten der NotW. eingetragen wäre. Art. 6 enthält also eine Fiktion der Eintragung und damit eine Ausschaltung der §§ 873, 877 BGB.

Der Eintragung einer neuen Hypothek muß nun die Eintragung der Erweiterung einer bereits eingetragenen Hypothek durch Erhöhung der Zinsen gleichgestellt werden, vorausgesetzt, daß die Eintragung der Erweiterung auf einer vor dem Inkrafttreten der NotW. begründeten Verpflichtung beruht. Art. 6 ist zwar eine Ausnahmegvorschrift, die einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich wäre. Um eine solche handelt es sich aber hier nicht. Denn auch die Erweiterung einer Hypothek durch Erhöhung der Hypothekenzinsen stellt sich als dingliche Sicherung einer neu geschaffenen persönlichen Forderung dar, die zudem gegenüber der Bestellung einer Hypothek für eine neue Hauptforderung insofern das Geringere ist, als sie nur ein nachträglich erweitertes Nebenrecht einer bereits bestehenden Hypothek betrifft. Auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten, denen bei der Auslegung der NotW. als eines Wirtschaftsgesetzes besonderes Gewicht beizumessen ist (vgl. Schlegelberger ebenda, Einführung S. 7), wäre es nicht gerechtfertigt, den Geber einer neuen, einer Umschuldungshypothek, besserzustellen, als den eingetragenen Hypothekengläubiger, der zu einer Stundung der Hypothek gegen Erhöhung des Zinssatzes bereit ist. Auf diesen Fall ist Art. 4 der 2. DurchfW. v. 26. März 1932 entsprechend anzuwenden.

Vorliegend ist also hinsichtlich der Zinssenkung davon auszugehen, daß die Eintragung der Zinserhöhung der Hypothek Abt. III Nr. 12 von 7% auf  $8\frac{1}{2}\%$  als schon vor dem Inkrafttreten der NotW. erfolgt anzusehen ist. Die Mehrzinsen von  $1\frac{1}{2}\%$  — abgesehen von den weiteren 2% Vertragsstrafe, die auch nicht der Zinssenkung unterliegen (vgl. Schlegelberger ebenda, § 1 Anm. 8) — hätten, wenn die Erhöhung vor dem genannten Zeitpunkt tatsächlich erfolgt wäre, den Rang vor der Aufwertungshypothek Abt. III Nr. 14 erhalten. Denn die Gläubigerin dieser Post hat in der notariellen Verhandlung v. 24. Sept. 1931 und der Eigentümer in der notariell beglaubigten Urkunde v. 25. Sept. 1931 der Erhöhung zugestimmt. Deshalb bedarf hier die Frage nicht der Entsch., ob, wenn die Zinsen einer Hypothek teilweise einen verschiedenen Rang haben, bei der Zins-

senkung von dem Gesamtzinsfuß auszugehen ist oder verhältnismäßige Zinssenkung zu erfolgen hat (vgl. Rick's, Grund-eigentum 1932, 344). Bei der Senkung der Zinsen der Hypothek Nr. 12 ist vielmehr hier von dem Satz von 8½% und nicht von 7% auszugehen. Gemäß § 2 Abs. 1 i. Verb. m. § 1 der NotW. ist also der Zinssatz der Hypothek, wie der persönlichen Forderung, auf 6½% und nicht 6% gesenkt worden, die der Post. III Nr. 14 im Range vorgehen. Die Hypothek für die Mehrzinsen in Höhe von ½% ist gemäß § 5 der NotW. erloschen.

Da das GBA. unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung v. 13. Aug. 1932 vorgenommen hat, und hierdurch das Grundbuch unrichtig geworden ist, muß der angeregte Widerspruch von Amts wegen gemäß § 53 GBD. n. Fass. (§ 54 GBD. a. Fass.) eingetragen werden.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1936, 1 Wx 160/36.)  
[Sch.]

\*

**34.** Art. 5 W. zur Änderung in Grundbuch=sachen; § 90 ZwVerstG. Die in Art. 5 und W. vom 5. Aug. 1935 bestimmte Gebührenfreiheit greift dann nicht Platz, wenn das Grundbuch durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung unrichtig geworden und demzufolge berichtigt worden ist. †)

Nach Art. 5 W. v. 5. Aug. 1935 wird, falls das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers unrichtig ist, eine Gebühr für die Eintragung des Eigentümers nicht erhoben, „wenn der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs von dem Eigentümer bis zum 1. Okt. 1936 gestellt ist“. Das Grundbuch ist hier unrichtig i. S. des § 894 BGB. gewesen, da Frau A. außerhalb des Grundbuchs gem. § 90 ZwVerstG. durch den Zuschlag Eigentümerin des Grundstücks geworden ist.

Frau A. hat zwar auf Grund des Zuschlags ihre Eintragung als Eigentümerin beantragt. Die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt jedoch im Fall des § 90 ZwVerstG. gem. § 130 ZwVerstG. nur auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (Reinhardt-Müller, Anm. III<sup>4</sup> zu § 130 ZwVerstG.). Hiernach scheidet der von Frau A. gestellte Umschreibungsantrag bei der Beurteilung der Rechtslage aus, und es ist lediglich die Frage zu entscheiden, ob die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgte Berichtigung der Eigentumseintragung die in Art. 5 bestimmte Gebührenfreiheit genießt. Diese Frage ist (in Übereinstimmung mit Seibert, Die Berichtigung der Grundbücher in Grundeigentum 1935, 1021) zu verneinen; denn Art. 5 setzt ausdrücklich einen für die Umschreibung ursächlichen Antrag des neuen Eigentümers voraus. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich jedoch nicht nur nach dem Wortlaut, sondern auch nach dem Zweck des Art. 5. Diese Vorschr. bezweckt nämlich, wie der Senat bereits mehrfach ausgesprochen hat, im öffentlichen Interesse für den Eigentümer einen Anreiz zu schaffen, auf die Berichtigung des Grundbuchs hinzuwirken. Auch im Fall des § 90 ZwVerstG. hat nun zwar der neue Eigentümer, trotzdem seine Eintragung nicht auf seinen Antrag, sondern auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgt, auf den Gang des Verfahrens insofern Einfluß, als die Umschreibung nicht erfolgen kann, ehe nicht die nach § 24 GrErbStG. und § 8 Durchf. v. 22. Jan. und 14. Juni 1935 (RMBl. 41, 577) erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung der Steuerbehörde hinsichtlich der Grunderwerbsteuer beigebracht ist. Man könnte also sagen, daß Art. 5 im Falle des § 90 ZwVerstG. bezweckt, für den neuen Eigentümer einen Anreiz zur Zahlung der Grunderwerbsteuer vor dem 1. Okt. 1936 zu bilden, und daß eine möglichst baldige Zahlung der Steuer auch im öffentlichen Interesse liegt. Das öffentliche Interesse, auf dessen Schutz Art. 5 abzielt, liegt jedoch nicht auf dem Gebiet des Steuerrechts, sondern auf dem Gebiet des Grundbuchrechts. Diesem öffentlichen Interesse ist aber bereits durch die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks hinreichend genügt; denn dieser wird erst mit der Eintragung des neuen Eigentümers gelöscht, da die im § 130 Abs. 1 und 2 ZwVerstG. gedachten Eintragungen gleichzeitig erfolgen müssen (Fackel-Gütche, Anm. 9 zu § 130 ZwVerstG.).

Aus der Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks in

Verbindung mit den am gleichen Gericht geführten Zwangsversteigerungsakten ergibt sich folglich ohne weiteres, ob und wem bereits der Zuschlag erteilt ist. Hiernach besteht dann aber im Fall des § 90 ZwVerstG. an einer möglichst schleunigen Berichtigung des Grundbuchs kein so großes öffentliches Interesse, daß hierdurch die Gebührenfreiheit gerechtfertigt wäre. Weiter ist zu berücksichtigen, daß Art. 5 bezweckt, den Grundstückseigentümer zu einer freiwilligen Berichtigung des Grundbuchs zu veranlassen und hierdurch die in Art. 1 § 81 a W. v. 5. Aug. 1935, dem jetzigen § 82 GBD., vorgesehenen Zwangsmaßnahmen zu erübrigen. Für solche Zwangsmaßnahmen ist jedoch im Fall des § 90 ZwVerstG. kein Raum, da sie nicht zum Erfolg führen könnten; denn selbst wenn das GBA. entsprechend der Best. des § 82 GBD. dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegen würde, „den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen“, und selbst wenn der Eigentümer dieser Verpflichtung nachkommen würde, wäre trotzdem das GBA., wie oben dargelegt, nicht in der Lage, hieraufhin eine Berichtigung des Grundbuchs vorzunehmen, sondern müßte das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts aus § 130 ZwVerstG. abwarten. Da zudem Gebührenbefreiungsvorschriften als Ausnahmenvorschriften regelmäßig eng auszulegen sind, ist folglich für eine Anwendung des Art. 5 im Fall des § 90 ZwVerstG. kein Raum.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 15. Mai 1936, 1 a Wx 717/36.)

**Anmerkung:** Die Entsch. ist im Ergebnis und in der Begr. zutreffend.

Art. 5 W. v. 5. Aug. 1935 gewährt die Befreiung von der Eintragungsgebühr nur, wenn dieser Antrag von dem Eigentümer gestellt wird. Eine andere Auslegung der Best. ist angesichts des klaren Wortlautes nicht möglich. Daß die Ersterin unabhängig von dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts selbst auch den Berichtigungsantrag gestellt hat, ist unerheblich. Denn ihr Antrag ist ohne Bedeutung. Das GBA. darf daraufhin gar nicht tätig werden; es ist nicht befugt, ohne das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts eine Eintragung gem. § 130 ZwVerstG. vorzunehmen (s. Reinhardt-Müller, ZwVerstG., § 130 Anm. 2 d).

Das RG. hat ferner überzeugend dargetan, daß diese einengende Auslegung des Art. 5 auch nicht dem Zwecke des Gesetzes widerspricht. Denn der Zweck ist, einen Anreiz für den nicht eingetragenen Eigentümer zu bilden, den Antrag auf Eintragung zu stellen, damit sich die Zwangsmaßnahmen des § 82 GBD. erübrigen. Dieser Zweck könnte aber gegen den einzutragenden Ersterer durch den Grundbuchberichtigungsanspruch des § 82, wie das RG. richtig ausführt, gar nicht erreicht werden, weil § 82 GBD. in Hinblick auf § 130 ZwVerstG. versagt.

Eine andere Frage ist, ob Art. 5 W. v. 5. Aug. 1935 überhaupt geeignet ist, die ihm zugedachte Rolle überall zu spielen. In Bayern jedenfalls nicht. Darüber ist man sich klar, daß die meisten Fälle, in denen das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers unrichtig ist, auf die nichteingetragene Erbfolge zurückzuführen sind, da erfahrungsgemäß die Erben erst dann ihre Eintragung beantragen, wenn es irgendeinmal notwendig wird. In Bayern hat seit dem Jahre 1902 das auf dem Vorbehalt des § 192 FGB. beruhende Nachlassgesetz die Möglichkeit gegeben, die Erben zur Stellung des Grundbuchberichtigungsantrages anlässlich der bei jedem Erbfall zu erfolgenden Nachlassverhandlungen zu veranlassen. Das ist beinahe immer geschehen; dadurch sind die bayerischen Grundbücher hinsichtlich der Eigentümereintragungen fast ausnahmslos auf dem Laufenden, was nach der antiken Begr. des bayerischen Nachlassgesetzes einer der Zwecke dieses Gesetzes sein sollte.

Die Gebührenfreiheit des Art. 5 hat daher für bayerische Verhältnisse keine besondere Bedeutung, da ein besonderer Anreiz zur (nachträglichen) Stellung des Grundbuchberichtigungsantrages nicht notwendig ist; andererseits ist die Befreiung der Gebührenfreiheit bis 1. Okt. 1936 ein durch nichts gerechtfertigtes, wenn auch willkommenes Geschenk für diejenigen Erben, die durch das Nachlassgericht zur Stellung des Berichtigungsantrages vor diesem Zeitpunkt veranlaßt wurden.

OGM. Fr a s s, Sulzbach-Rosenberg.

**35.** § 12 Abs. 1 GBD. n. F. Ein Bevollmächtigter, der im Auftrage eines Dritten das Grundbuch oder die Grundakten einsehen will, darf unter Umständen aus einem in seiner Person liegenden Grunde zurückgewiesen werden.

Das AG. in A. hat dem Kl. E. die von ihm im Auftrage der K.-eGmbH. nachgesuchte Grundbucheinsicht verweigert. Die hiergegen eingelegte Beschw. ist vom LG. zurückgewiesen worden. Seiner gem. § 71 GBD. zulässigen weiteren Beschw. ist durch Zurückverweisung stattgegeben worden.

Das LG. führt zur Begr. seiner Entsch. in Übereinstimmung mit dem AG. aus: Der Beschwz. sei durch ein zwar noch nicht rechtskräftiges Urteil der Strk. S. zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Gegenstand dieses Strafverfahrens seien Handlungen gewesen, die seine Unzuverlässigkeit in Grundbuchsachen erkennen ließen. Es bestünden deshalb erhebliche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Beschwz.

Diese Darlegungen lassen die Möglichkeit zu, daß die Vorschrift des § 11 GBD. und die im Anschluß hieran vom RG. entwickelten Rechtsgrundsätze verkannt sind, und sie beruhen auch teilweise nicht auf rechtlich einwandfreier Grundlage.

Gemäß § 11 Abs. 1 GBD. a. F. (ebenso § 12 Abs. 1 GBD. n. F.) ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt.

Die Einsichtnahme kann auch durch einen Bevollmächtigten erfolgen (RGZ. 22, A 122). In diesem Falle ist das berechnete Interesse des Vertretenen maßgebend (RG. ebenda). Daß die K.-eGmbH. ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht hat, wird in dem angefochtenen Beschluß zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber offensichtlich als gegeben unterstellt. Dem ist beizutreten. Die K.-eGmbH. hat in dem Auftragschreiben angegeben, eine persönliche Forderung von etwa 800 RM gegen den Grundstückseigentümer zu besitzen. Daß auch persönliche Forderungen ein berechtigtes Interesse begründen, ist in der Rspr. des Senats (vgl. RGZ. a. a. D. und RGZ. 20, A 173) anerkannt. Daraus, daß es sich vorliegend um einen Erbhof handelt, kann gegen die Annahme eines berechtigten Interesses nichts hergeleitet werden. Denn eine Befriedigung eines persönlichen Gläubigers ist durch Veräußerung oder Belastung des Erbhofs oder durch Zwangsvollstreckung, wenn auch nur unter erschwerten Voraussetzungen, gem. §§ 37—39 RErbhofG. und den dazu ergangenen Durchf. d. B. D. möglich.

Eine Zurückweisung eines Bevollmächtigten aus einem in seiner Person liegenden Grunde ist nur dann zulässig, wenn im Einzelfall ein begründeter Verdacht besteht, daß der Bevollmächtigte nicht das fremde berechnete Interesse, sondern das eigene unberechtigte Interesse oder das Interesse Dritter wahrnehmen wird (RGZ. 22, A 122 und Gütthe-Extr. b. 1 § 11 Anm. 8). Es muß also eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür gegeben sein, daß die Einsichtnahme in das betr. Grundbuch einen Mißbrauch der Vertreterschaft darstellt, was beispielsweise zuträfe, wenn die Einsicht zu unlauteren Zwecken erfolgen soll. Bloße Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten, mögen sie auch erheblicher Art sein, reichen allein nicht aus. Die Bedenken müssen vielmehr so gewichtig sein, daß sie unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles in der Überzeugung des Gerichts einen begründeten Verdacht nach der angezeigten Richtung entstehen lassen. Daß die Vorinstanzen sich dieser Unterscheidung benützt gewesen sind, kann aus der von ihnen gewählten Fassung nicht einwandfrei entnommen werden. Wenn sich ferner die Vorinstanzen zum Beweise für die Unzuverlässigkeit auf das Strafverfahren gegen den Beschwz. beziehen, so reicht eine so allgemein gehaltene Begr. nicht aus. Es hätte nach Zeit, Ort und sonstigen Umständen näher dargelegt werden müssen, welcher Art die sich angeblich auf Grundbuchsachen beziehenden Handlungen im einzelnen sind, die Gegenstand des Strafverfahrens waren und zur Verurteilung geführt haben. Es hätte außerdem erörtert werden müssen, daß und inwiefern diese Tatsachen einen begründeten Verdacht rechtfertigen, daß der Beschwz. die Einsichtnahme dieses Grundbuchs zu unlauteren Zwecken erstrebt. Nur dann ist das Gericht der RBeschw. in der Lage, nachzuprüfen, ob die

Feststellungen der Vorinstanzen auf rechtlich einwandfreier Grundlage beruhen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 9. April 1936, 1 Wx 127/36.)

[Sch.]

**36.** §§ 553 ff. BGB. Die Pflicht des Mieters zur Beseitigung von baulichen Veränderungen bezieht sich in der Regel nicht auf solche Veränderungen, die erforderlichlich waren, um die Mieträume erst in den Zustand zu versetzen, in dem sie Gegenstand des Mietvertrages sein sollen.

Der Kl. stützt seinen Anspruch auf Vornahme von baulichen Arbeiten darauf, daß die Bekl. bauliche Veränderungen an den Mieträumen vorgenommen hätten, und daß nach § 4 des Mietvertrages der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses den ursprünglichen Zustand der Räume wiederherzustellen hat.

Nach der ständigen Rspr. des Senats bezieht sich die in Vordruck-Mietverträgen ausbedungene Verpflichtung zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der Mieträume nach Vornahme von baulichen Veränderungen in der Regel nicht auf solche baulichen Veränderungen, die vorgenommen worden sind, um die Räume erst in den Zustand zu versetzen, in dem sie Gegenstand des Mietvertrages sein sollten, sondern nur auf solche Veränderungen, durch die der Zustand der Räume, in dem sie Gegenstand des Mietvertrages geworden sind, geändert worden ist. Ob der Vermieter oder der Mieter die Kosten der Bauarbeiten getragen hat, durch die die Räume die Gestalt erfahren haben, in der sie Mietgegenstand waren, ist unerheblich. Denn, wenn es auch Sache des Vermieters ist, den Räumen die Einrichtung zu geben, in der sie Gegenstand des Mietvertrages sein sollen, so wird doch häufig der Vermieter die Ausführung der Änderungen dem Mieter überlassen, damit diese seinen Wünschen entsprechend ausgeführt werden. Auch der Umstand, daß der Mieter die Kosten der baulichen Veränderung getragen hat, spricht nicht dagegen, daß sie vorgenommen worden sind, um die Räume erst in den vertragsmäßigen Zustand zu versetzen. Denn dieser Umstand kann bei Bemessung des Mietzinses berücksichtigt sein.

Es ist erwiesen, daß der Bekl. die Wohnung überhaupt nicht gemietet haben würde, wenn nicht eine Tür im Speisezimmer und eine Tür im Herrenzimmer zugemauert würde, daß er auch dem Kl. gesagt hat, daß diese Arbeiten ausgeführt werden müßten, und daß der Kl. damit einverstanden gewesen ist. Die Vornahme dieser Arbeiten ist demnach erfolgt, um die Wohnung erst in den vertragsmäßigen Zustand zu versetzen. Der Kl. kann deshalb die Beseitigung dieser Arbeiten nicht auf Grund des § 4 des Mietvertrages fordern.

Der Bekl. hat zwar bekundet, weitere Arbeiten bei Abschluß des Mietvertrages gefordert zu haben, der Kl. hat aber demgegenüber versichert, daß diese Arbeiten nicht im einzelnen beigegeben worden sind. Es ist daher nicht erwiesen, daß diese Arbeiten gewesen seien, durch die die Räume erst die vertragsmäßige Gestalt erfahren sollten. Denn dann hätte eine ins einzelne gehende Bezeichnung der Arbeiten erfolgen müssen, da nicht anzunehmen ist, daß der Kl. auf sein Recht zur Mitbestimmung der vertragsmäßigen Gestalt der Mieträume verzichtet habe. Diese weiteren baulichen Veränderungen sind deshalb von dem Bekl. nach § 4 des Mietvertrages wieder zu beseitigen.

(RG., 17. ZivSen., Urtr. v. 6. April 1936, 17 U 6900/35.)

**37.** §§ 767, 768 BGB. Die Verpflichtung des Bürgen erlischt nicht dadurch, daß die Rechtsverbindlichkeit des Hauptschuldners ohne Rechtsnachfolge erloschen ist.

In erster Linie war zu prüfen, ob die Bürgschaftsverforderung des Kl. etwa mit Rücksicht auf §§ 767, 768 BGB. deswegen erloschen ist, weil sie das Bestehen einer Forderung gegen den Hauptschuldner voraussetzt und letzterer im vorl. Falle nach Auflösung der T...L. durch den Konkurs (vgl. § 60 Ziff. 4 GmbHG.), Durchführung des Konkursverfahrens

rens und Bösung der Firma im Handelsregister nicht mehr vorhanden ist, eine Forderung gegen ihn daher nicht bestehen kann. In einem ähnlichen, die Bürgschaft für eine nicht mehr bestehende AktG. betreffenden Falle hat indessen das RG. (IV 468/30, Urt. v. 4. Juni 1931) ausgeführt: „Die Abhängigkeit der Haftung des Bürgen vom Bestande der Hauptforderung geht nur so weit, als der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht ein anderes erfordert. Kann die Hauptforderung lediglich deswegen nicht mehr geltend gemacht werden, weil die Rechtspersönlichkeit des Hauptschuldners ohne Rechtsnachfolge erloschen ist, so kann hierdurch der Bürge von seiner Haftung nicht frei werden.“ Dieser Auffassung ist beizutreten, da sie mit Recht den Grund und Zweck berücksichtigt, weshalb vom Gläubiger eine Sicherung seiner Hauptforderung verlangt und gegeben wird. Soweit etwa aus der Entsch. in RGZ. 148, 65 ff. = JWB. 1935, 2625<sup>o</sup> (m. Anm.) ein anderer Rechtsgrundsatz entnommen werden könnte, vermag der Senat nicht beizupflichten.

(RG., 13. Zivilsen., Urt. v. 19. März 1936, 13 U 5256/35.)

\*

**38.** §§ 877, 1119 BGB. Die allgemeine Umwandlung einer AufwHyp. in eine nicht aufgewertete Hypothek ist nicht eintragbar.

Wegen der im Grundbuche für die Sparkasse des Kreises T. eingetragenen aufgewerteten Darlehenshypotheken von 9800 und von 200 G.M. haben die Beteiligten neue Verzinsungs-, Kündigungs- und Fälligkeitsbestimmungen sowie außerdem folgendes vereinbart:

„Die beiden Hypotheken sollen mit dem 1. Okt. 1935 den Charakter als AufwHyp. verlieren, und wir wandeln sie wieder in gewöhnliche Verkehrshypotheken um, für welche die (in der Urkunde) niedergelegten Bedingungen maßgebend sein sollen.“

Das G.M. lehnte die von dem Eigentümer beantragte Eintragung ab, weil eine Umwandlung von AufwHyp. in nichtaufgewertete ohne eine — von den Beteiligten nicht gewollte — Umschuldung oder Forderungsauswechslung unmöglich sei. Eine Beschw. der Antragsteller wurde vom BG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. hat, obwohl die Stellungnahme der Vorinstanzen sachlich zu billigen ist, aus einem verfahrensrechtlichen Grunde Erfolg.

Die nach dem Wortlaut der Vereinbarungen von den Beteiligten gewünschte Umwandlung der „AufwHyp.“ in „gewöhnliche Verkehrshypotheken“ ist schon deshalb nicht möglich, weil der Gegensatz zur aufgewerteten Hypothek nicht die Verkehrshypothek bildet, die vielmehr im Gegensatz zur Sicherungshypothek steht, sondern eine nicht aufgewertete Hypothek. Aufgewertete und nicht aufgewertete Hypotheken unterscheiden sich aber begrifflich, wie dies schon in der Bezeichnung ausgesprochen liegt, dadurch, daß die ersteren ursprünglich Papiermarkhypotheken gewesen sind, und daß ihr Betrag durch das AufwG. in Goldmark umgestellt worden ist, während das bei den nichtaufgewerteten Hypotheken (Reichsmark- oder wertbeständigen Hypotheken) nicht zutrifft. Dieser tatsächliche Unterschied läßt sich auch durch eine lediglich darauf gerichtete Vereinbarung der Beteiligten nicht beseitigen. Dazu muß vielmehr die aufgewertete Hypothek aufgehoben und an ihrer Stelle ersatzweise eine neue Reichsmark- oder wertbeständige Hypothek begründet werden. Ob eine Forderungsauswechslung dieselben Rechtsfolgen auslöst, kann hier dahingestellt bleiben.

Denkbar ist freilich ferner eine Vereinbarung dahin, daß diejenigen besonderen Vorschr., welche im Gesetz für aufgewertete Hypotheken in Ansehung der Verzinsung, Kündigung und Fälligkeit gegeben sind, auf eine bestimmte aufgewertete Hypothek keine Anwendung mehr finden sollen. Das ist es auch, was den Beteiligten hier vorschwebt. Sie wollen nach der Beschw. verbeschriftet „die von der späteren Gesetzgebung mit der AufwHyp. verbundenen besonderen Verzinsungs-, Kündigungs- und Fälligkeitsbestimmungen außer Kraft setzen und an ihre Stelle die in der notariellen Urkunde verlautbarten Best. treten lassen“. Wegen die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung bestehen grundsätzlich keine Bedenken, soweit nicht das Gesetz, wie

früher in § 2 Abs. 2 AufwG., entgegenstehende Vereinbarungen für unwirksam erklärt. Gegenwärtig gelten solche Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht mehr (§ 1 Abs. 3 des 2. Kap. VerStG. v. 20. Dez. 1934 [RGBl. I, 1255]). Die Vereinbarung der neuen Best. ist daher in vollem Umfang gültig. Hierin erschöpft sich aber — wenigstens im Hinblick auf die gegenwärtige Gesetzeslage — zugleich die Bedeutung der „Umwandlung der aufgewerteten Hypotheken in nichtaufgewertete“, das heißt der vereinbarten Ersetzung der für sie als aufgewertete Hypotheken kraft Gesetzes geltenden Best. durch solche anderen Inhalts. Nach dem geltenden Gesetz sind auf diese Weise die aufgewerteten Hypotheken ihrer Eigenschaft als solche hinsichtlich der damit verbundenen rechtlichen Besonderheiten entkleidet. Einer hierauf im allgemeinen gerichteten Vereinbarung bedarf es also daneben für die Gegenwart nicht. Es kommt nur noch in Frage, ob es irgendeinen Zweck haben kann, durch eine im voraus getroffene Vereinbarung die Geltung von etwa in Zukunft für aufgewertete Hypotheken hinsichtlich ihrer Verzinsung, Kündigung und Fälligkeit zu erwartenden Gesetzen auszuschließen. Das ist jedoch ebenfalls zu verneinen. Die etwaigen neuen Gesetze werden entweder die Gültigkeit von früheren Parteivereinbarungen anerkennen, dann berühren sie die hier im einzelnen getroffenen Vereinbarungen ohnehin nicht; oder sie werden deren Gültigkeit nicht anerkennen, dann gilt das auch für eine Vereinbarung, wonach allgemein die für aufgewertete Hypotheken geltenden Vorschr. auf die vorl. Hypotheken keine Anwendung mehr finden sollen. In jedem Falle ist also die allgemeine Vereinbarung zwecklos, im ersten Falle, weil sie überflüssig ist, und im zweiten Falle, weil sie wirkungslos bleibt. Die Vorinstanzen haben hiernach die Eintragbarkeit der allgemeinen „Umwandlungs“-Vereinbarung mit Recht verneint.

Dies rechtfertigte aber noch nicht die alsbaldige Zurückweisung des Eintragungsantrages. Das G.M. hat von einer Zwischenverfügung Abstand genommen, weil die Antragsteller erklärt hätten, diejenigen Wege, die es zur Erreichung des erstrebten Zieles für gegeben erachtete (nämlich die Umschuldung oder die Forderungsauswechslung), nicht beschreiten zu wollen. Darauf kam es indes nicht an, weil dem Antrage, die „Umwandlung“ einzutragen, etwas ganz anderes ist, als die Ersetzung der bisherigen Hypotheken durch neue oder als eine Forderungsauswechslung, auf keinen Fall stattgegeben werden konnte. Das dem Eintragungsantrage insoweit entgegenstehende Hindernis ließ sich überhaupt nicht beheben. Der Antrag war aber zugleich auf die Eintragung der im einzelnen vereinbarten Verzinsungs-, Kündigungs- und Fälligkeitsbestimmungen gerichtet. Diesen Teile des Antrages stand ein Hindernis nur insoweit entgegen, als die „Umwandlung“ im allgemeinen daneben nicht eingetragen werden kann. Das darin liegende Hindernis ließ sich durch eine Beschränkung des Eintragungsantrages auf die im einzelnen vereinbarten Best. beseitigen. Die Antragsteller hatten es auch noch nicht abgelehnt, eine solche Erklärung abzugeben. Hierzu mußte ihnen deshalb zunächst mittels einer Zwischenverfügung nach § 18 G.M. Gelegenheit gegeben werden (vgl. RGZ. 44, 264; 46, 179; JFB. 1, 439).

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 23. April 1936, 1 Wx 100/36.)

[Sch.]

\*

**39.** § 1119 BGB.; § 19 G.M.; § 28 AufwG.; § 1 AufwFällG. Die Festschreibung des Zinsfußes einer Aufwertungshypothek auf 6% bedarf im allgemeinen keiner Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten.

Im Grundbuch stand in Abt. III unter Nr. 2 eine auf 750 G.M. aufgewertete Darlehenshypothek von 3000 M. eingetragen. In der notariell beglaubigten Urkunde v. 20. Dez. 1932 trat der Gläubiger B. diese Hypothek nebst Zinsen an den Grundstückseigentümer M. ab und bewilligte und beantragte die Umschreibung der 750 G.M. nebst Zinsen als Grundschuld auf den Namen des Eigentümers. Die Eintragung der Abtretung und der Umwandlung im Grundbuch erfolgte am 24. Febr. 1933.

In der notariell beglaubigten Urkunde v. 6. Jan. 1936 hat der Eigentümer bekannt, von dem Frl. Sch. ein Darlehn von 750 G.M. erhalten zu haben, sich unter anderem verpflichtet, das Darlehn v. 1. Jan. 1936 ab mit 6% jährlich zu verzinsen und unter Umwandlung der Grundschuld Abt. III Nr. 2 in eine Hypothek für das gewährte Darlehn die Umschreibung der Post auf den Namen der neuen Gläubigerin mit den geänderten Verzinsungsbedingungen beantragt.

Durch befristete Zwischenverfügung hat das O.V. die Beibringung der Zustimmung der nachstehenden Hypothekengläubiger zu dem geänderten Zinssatz verlangt und zur Begr. bemerkt: Nur die jeweiligen gesetzlichen Aufwertungsinsen der Post III 2 gingen den nachstehenden Rechten im Range vor. Der Aufwertungszinssatz betrage zwar zur Zeit ebenfalls 6%. Durch die Festschreibung der Zinsen auf 6% würden diese aber einer etwaigen späteren Herabsetzung der Zinsen für Aufwertungsinsen entzogen. Falls die 5% übersteigenden Zinsen auch nach dieser gesetzlichen Herabsetzung für Aufwertungsinsen den Rang vor den der Post Nr. 2 nachgehenden Posten behalten sollten, müßte die Zustimmung beigebracht werden. Ohne diese Zustimmung könnten die 6% nur mit der Maßgabe eingetragen werden, daß die Zinsen, soweit sie den gesetzlichen Zinssatz der Aufw.Hyp. und 5% übersteigen, den nachstehenden Posten im Range nachgingen.

Die hiergegen von dem Eigentümer eingelegte Beschw. hat das O.G. zurückgewiesen. Das O.G. führt aus: Durch die Änderung der Verzinsung in eine sechsprozentige würden die nachfolgenden Hypothekengläubiger betroffen; denn bei einer etwaigen Herabsetzung der gesetzlichen Aufwertungsinsen würden sie einen Nachteil erleiden. Dem Beschw.F. könne auch nicht darin beigegetreten werden, daß eine solche Herabsetzung lediglich im Interesse des Grundstückseigentümers erfolge. Im Gegensatz zu der Entsch. des BayOb.O. München v. 31. Mai 1926 (Aufw.Nspr. I, 1926, 395 Nr. 119) habe sich vielmehr das O.G. in den Beschlüssen v. 29. April 1926 (IX 251/26, mit unrichtigem Datum v. 20. Febr. 1926, erwähnt in dem Aufsatz: JW. 1927, 958) und v. 20. Okt. 1927 (Aufw.Nspr. II, 1927 und V, 13) auf den Standpunkt gestellt, daß das Gesetz den Inhalt der Aufwertungsrechte einschließlich der Art ihrer Verzinslichkeit mit Wirkung für und gegen alle am Grundstück dinglich Beteiligten, damit also auch der im Range gleich- und nachstehenden Berechtigten bestimme. Dem sei beizutreten.

Die nunmehr eingelegte weitere Beschw. hatte Erfolg.

Die Post Abt. III Nr. 2 ist eine Aufwertungsgrundschuld. Der Aufwertungscharakter war nicht dadurch verloren gegangen, daß die ursprüngliche Aufw.Hyp. gem. den §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB. durch die am 20. Dez. 1932 erfolgte Befriedigung des früheren Gläubigers B. seitens des Eigentümers auf diesen als Grundschuld übergegangen ist (vgl. *Radler*, Aufw.StundG. 1930, § 1 Anm. 2 und 3 und *Schlegelberger-Harmaning*, Die Aufwertungs-schlusse-gesetze, 3. Aufl. 1931, § 1 Anm. 5). Die Verzinsung der Aufwertungsrechte ist gesetzlich geregelt (siehe unten). Der Eintragung der gesetzlichen Verzinsungsbedingungen und der Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorschr. im Grundbuch bedarf es nicht (B.D. zur weiteren Erleichterung des Grundbuchverkehrs in Aufwertungs-sachen v. 18. Juni 1926 [RGBl. I, 273]). Solche Eintragung ist auch hier nicht erfolgt. Der Zinssatz beträgt zur Zeit 6% jährlich (siehe unten).

Ob durch die Eintragung gemäß dem in der notariell beglaubigten Urkunde v. 6. Jan. 1936 gestellten Antrage das dingliche Recht die Aufwertungseigenschaft verlieren würde, kann hier dahingestellt bleiben. Denn auf jeden Fall würde in der Festschreibung der Zinsen eine Änderung des Inhalts des dinglichen Rechts liegen. Nicht jede Änderung des Inhalts eines Rechtes bedarf aber der Zustimmung der im Range gleich- und nachstehenden Berechtigten. Vielmehr ist eine solche Zustimmung nur dann erforderlich, wenn dadurch die Rechtsstellung, nicht bloß die wirtschaftliche Lage, der gleich- und nachstehenden Berechtigten beeinträchtigt wird oder doch beeinträchtigt werden kann (vgl. *RGZ.* 132, 106 = *JW.* 1931, 2727<sup>28</sup> = *JFG.* 8, 42; *RG.*: *RGZ.* 24, A 130; 33, A 250; 37, A 295; 40, 282 und 52, 157; *RZA.* 15, 243; *JFG.* 11, 207, 234 = *JW.* 1933,

2597<sup>1</sup> und 2708<sup>2</sup>; *OV.* Braunschweig: *JFG.* 9, 255; vgl. auch *RGKomm.* § 877 Anm. 3 und 4 und *Gütthe-Triebe* I § 19 Anm. 42 ff.). Der häufigste Fall einer solchen Beeinträchtigung bei der Änderung der Nebenleistungen einer Hypothek oder einer Grundschuld ist dann gegeben, wenn dadurch der Umfang des Rechts erweitert wird, z. B. der Zinssatz erhöht wird oder, was auf dasselbe hinauslaufen würde, eine gesetzliche Zinsförmung durch zulässige Parteivereinbarung außer Anwendung gebracht werden soll. Daß die Erweiterung des Umfangs des Rechts bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Veränderung im Grundbuch vorliegen muß, ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn die Erweiterung sich erst in der Zukunft auswirkt. Die Auswirkung muß dann aber beruhen auf einer spätestens im Zeitpunkt der Eintragung der Veränderung vorhandenen vertraglichen Vereinbarung oder gesetzlichen Regelung. Durch die bloße Möglichkeit, daß in Zukunft durch eine ganz neue gesetzliche Regelung in Abänderung des bis dahin gültigen Rechtszustandes die Nebenleistungen dinglicher Rechte in ihrem Umfang verändert werden könnten, kann dagegen eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung der gleich- und nachstehenden Berechtigten nicht begründet werden.

Die Regelung der Verzinsung der Aufwertungsrechte durch die bisherige Aufwertungs-gesetzgebung ist, von einigen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, eine abschließende und endgültige.

Der § 28 Aufw.G. bestimmt in Abs. 1 Satz 3 unter anderem, daß der Aufwertungs-betrag v. 1. Jan. 1928 ab mit 5% zu verzinsen ist. Diese Best. ist für die Zeit seit dem 1. Jan. 1932 durch die spätere Gesetzgebung gegenstandslos geworden. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 des am 1. Okt. 1930 in Kraft getretenen Gesetzes über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufw.Hyp. v. 18. Juli 1930 (des sog. FälligkeitG.) ist nämlich der Aufwertungs-betrag v. 1. Jan. 1932 ab über 5% hinaus zu einem Hundertsatz zu verzinsen, den die Reichsregierung bei Inkrafttreten dieses Gesetzes mit Zustimmung des Reichsrats festsetzt. Die hier vorgesehene und verspätet erfolgte, nachträglich durch das Ges. v. 15. Dez. 1930 (RGBl. I, 609) gegebene Festsetzung des sog. Aufwertungs-zinssatzes auf 2 1/2% ist durch die 2. Durchf.B.D. zum FälligkeitG. v. 5. Dez. 1930 (RGBl. I, 608) erfolgt. Durch § 3 des I. Teils III. Kap. 1. Abschn. der 4. Nov.B.D. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 702) ist jedoch der Aufwertungs-zinssatzschlag auf 1% — für die Zeit ab 1. Jan. 1932 — herabgesetzt worden, so daß der Zinssatz jetzt 5 + 1 = 6% beträgt. Das 2. Kap.BerkG. v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1255) hat eine Änderung der Verzinsung nicht gebracht. Daß diese für den Normalfall getroffene Regelung nach dem Willen des Gesetzgebers als abschließend und endgültig zu betrachten ist, ergibt der Wortlaut und die Fassung der oben wiedergegebenen Best. und ferner die Tatsache, daß im Gegensatz hierzu in der Aufwertungs-gesetzgebung selbst für folgende drei Fälle ausdrücklich eine Abänderung der Verzinsung in der Zukunft bereits vorgesehen ist:

1. Im § 28 Abs. 1 Satz 4 Aufw.G. heißt es, daß im Falle der Bewilligung einer Stundungsfrist durch die Aufwertungsstelle über den 1. Jan. 1932 hinaus gem. § 26 Aufw.G. (vgl. *Schlegelberger-Harmaning*, Das Aufw.G., 5. Aufl., § 28 Anm. 3) sich der Zinssatz „um einen von der Reichsregierung zu bestimmenden Betrag über 5% hinaus erhöht“. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 FälligkeitG. gilt die dort in Satz 1 vorgesehene Festsetzung des Aufwertungs-zinssatzes auch als Festsetzung i. S. des § 28 Abs. 1 Satz 4 Aufw.G.
2. Durch § 7 Aufw.G. war dem Eigentümer die Befugnis gegeben, unter bestimmten Voraussetzungen eine Hypothek oder eine Grundschuld „mit dem üblichen Zinssatz“ einzutragen zu lassen. Als üblicher Zinssatz war durch Art. 11 Abs. 2 Durchf.B.D. zum Aufw.G. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. I, 392) „bis auf weiteres“ ein Zinssatz von 11% festgesetzt worden, der durch die B.D. v. 27. März 1926 (RGBl. I, 183) „bis auf weiteres“ auf 10% herabgesetzt ist.
3. Im § 1 Abs. 4 Aufw.FällG. wird die Reichsregierung ermächtigt, für Tilgungshypotheken den über 5% hinaus



gem. Abs. 1 Satz 1 festgesetzten Zinsfuß mit Wirkung v. 1. Jan. 1938 abzuändern, d. h. zu erhöhen oder bis auf 5 % zu ermäßigen.

Diese Ausnahmefälle liegen hier nicht vor. Anhaltspunkte dafür, daß hinsichtlich der Post Abt. III Nr. 2 gem. § 26 AufwG. durch die Aufwertungsstelle eine Stundung bewilligt sei, sind aus den Grundakten nicht ersichtlich. Es ist auch ganz unwahrscheinlich, daß bei einem so geringfügigen Aufwertungsbeitrag eine solche Stundung nachgesucht wäre. Die Post Abt. III Nr. 2 ist auch keine Tilgungshypothek und keine Befugnisshypothek. Aus diesem Grunde bedarf daher die Frage nicht der Entsch., ob der Gesetzgeber durch die Art und Weise der Regelung der Verzinsungsfrage, jedenfalls in den Ausnahmefällen zu 2 und 3 den gleich- und nachstehenden Berechtigten ein gewisses Anwartschaftsrecht, also eine Rechtsstellung gewähren wollte und ob durch eine Festschreibung der Zinsen auf den zur Zeit gültigen gesetzlichen Zinssatz diese Rechtsstellung eine Beeinträchtigung erfahren würde, weil die insoweit in der Aufwertungs-gesetzgebung bereits vorgesehene, in Zukunft etwa ausgesprochene Herabsetzung des gesetzlichen Zinsfußes dann dem Berechtigten nicht mehr zugute kommen würde. Vielmehr würde in dem vorl. Normalfalle durch die sog. Festschreibung der gesetzlichen Aufwertungsinsen, die zur Zeit 6 % betragen, auf einen Zinssatz von 6 % eine Beeinträchtigung der Rechte der nachstehenden Gläubiger nicht gegeben sein.

Die von dem BG. angezogenen Entsch. des RG. v. 29. April 1926 und 20. Okt. 1927 stehen nicht entgegen. Sie betreffen einen ganz anderen Fall. Dort war nämlich die Erhöhung des Zinssatzes über den gem. § 28 Abs. 1 Satz 3 AufwG. im Jahre 1926 gültigen Zinssatz von 3 % hinaus auf 5 % bzw. 8 % bewilligt worden. Im Gegensatz zu der gleichfalls angezogenen Entsch. des BayObLG. v. 31. Mai 1926 (Erhöhung des Zinssatzes ab 1. Jan. 1926 über 3 % auf 5 %) hatte das RG. in dem Beschl. v. 29. April 1926 ausgeführt, daß der § 28 AufwG. die Verzinsung nicht allein zugunsten des Schuldners, sondern mit Wirkung für und gegen alle am Grundstück dinglich Beteiligten geregelt hätte und daß der § 28 AufwG. deshalb dem § 1119 BGB. vorgehe. In dem Beschl. v. 20. Okt. 1927 hat das RG. die Frage, ob eine Erhöhung bis zu 5 % der Zustimmung der gleich- und nachstehend Berechtigten bedürfe, dahingestellt gelassen und bemerkt, daß jedenfalls eine Erhöhung des Zinssatzes über 5 % hinaus nicht ohne weiteres an der gesetzlichen Rangstelle eingetragen sei. Hier dagegen handelt es sich gar nicht um eine Erhöhung über den jetzt gültigen (abgesehen von den Ausnahmefällen) abschließend und endgültig geregelten Zinsfuß, sondern um eine Festschreibung dieses Zinssatzes auf einen gleich hohen Satz.

Nach alledem ist die Zustimmung der nachstehenden Gläubiger nicht erforderlich.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 23. April 1936, 1 Wx 124/36.)  
[Sch.]

\*

40. § 1507 BGB.; § 62 der 1. Durchf. B. D. und § 3 der 3. Durchf. B. D. z. RErbhofG. Gehört zu dem Nachlaß, bezüglich dessen im übrigen die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, ein Erbhof, der auf den Anerben übergegangen ist, so ist in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft der Anerbe nicht zu erwähnen. f)

Am 11. Okt. 1935 ist der Bauer Gustav R. aus T. verstorben. Er war seit 1888 mit Frau Bertha R. geb. B. verheiratet und hat mit dieser in allgemeiner Gütergemeinschaft nach der Pommerschen Bauernordnung gelebt. Aus dieser Ehe sind zahlreiche Kinder hervorgegangen, von denen neun den Erblasser überlebt haben und eine i. J. 1922 verstorbene Tochter zwei Kinder hinterlassen hat. Zum Nachlaß gehört ein Erbhof. In notarieller Verhandlung hat die Witwe unter eidesstattlicher Versicherung, daß eine Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen, durch welche die Fortsetzung der Gütergemeinschaft überhaupt oder mit einzelnen Abkömmlingen ausgeschlossen werde, nicht vorhanden sei, und

daß auch kein Abkömmling auf seinen Anteil am Gesamtgut verzichtet habe, beantragt, ihr ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen. Diesem Antrage hat sie die erforderlichen Personenstandsunterlagen beigelegt. Als das Nachlaßgericht mit Rücksicht auf den zum Nachlaß gehörigen und nach dem RErbhofG. vererbten Erbhof Bedenken gegen die Erteilung dieses Zeugnisses zum Ausdruck brachte, erwiderte die Antragstellerin: Für die Erteilung des Zeugnisses sei es unerheblich, welche Gegenstände im einzelnen zum Gesamtgut gehörten; das Zeugnis werde zur Auflassung des Erbhofes gebraucht, den die Ehegatten an einen der Abkömmlinge mit Genehmigung des AnerbG. verkauft hätten; der Ehemann Gustav R. sei dann aber vor der Auflassung verstorben.

Nunmehr hat das Nachlaßgericht den Antrag zurückgewiesen, weil zur fortgesetzten Gütergemeinschaft nur das erbhoffreie Vermögen gehöre, der Antrag aber auf dieses nicht beschränkt sei und offenbar auch nicht beschränkt werden solle. Auch das BG. hat die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen, weil auch in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, falls zum Nachlaß ein Erbhof gehöre, der Anerbe aufzuführen sei. Die nunmehr eingelegte weitere Beschw. hatte Erfolg.

Gem. § 1507 BGB. hat das Nachlaßgericht dem überlebenden Ehegatten auf Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen; auf die Erteilung dieses Zeugnisses finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung. Gegen die Erteilung des Zeugnisses würden im vorl. Falle keine Bedenken bestehen und würden auch die Vorinstanzen keine Bedenken haben, wenn nicht zum Nachlaß ein Erbhof gehörte. Dieser Umstand steht jedoch der Erteilung des beantragten Zeugnisses in Wirklichkeit nicht entgegen. Allerdings ist der Erbhof, der bisher seit dem Inkrafttreten des RErbhofG. gem. § 62 Abs. 1 der 1. Durchf. B. D. ein den Ehegatten gemeinschaftlich gehöriger sog. Ehegattenerbhof gewesen war, mit dem Tode des Mannes nicht in dem Gesamtgut, bezüglich dessen die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, verblieben, sondern in das Alleineigentum des Anerben übergegangen, und zwar ist er mangels anderweiter gemeinschaftlicher Anordnung der Ehegatten gem. Abs. 2 des § 62, nach dessen Abs. 3 derjenigen Person als Anerben angefallen, die nach dem RErbhofG. als Anerbe des Mannes berufen ist. Jedoch folgt hieraus nicht, daß in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft der Anerbe aufzuführen sei oder daß in diesem Zeugnis besonders zum Ausdruck gebracht werden müsse, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nur hinsichtlich des erbhoffreien Vermögens eingetreten sei. Vielmehr betrifft das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ganz andere Gegenstände als der Erbschein und sind beide Zeugnisse an völlig verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Soweit eine fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist, ist nur ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zulässig und ist zu dem Antrage auf Erteilung dieses Zeugnisses, solange wenigstens der andere Ehegatte lebt, gem. § 1507 BGB. allein dieser befugt. Dieses Zeugnis dient nur dazu, die Tatsache der Fortsetzung der Gütergemeinschaft und damit das Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten (und nach dessen Tode das gemeinschaftliche Verfügungsrecht der anteilsberechtigten Abkömmlinge) über das Gesamtgut als solches, d. h. über das, was bisher Gesamtgut war und auch nicht mit dem Tode des erstversterbenden Ehegatten aus dem Gesamtgut ausgeschieden ist, zu bescheinigen. Dagegen wird hierdurch in keiner Weise ausgewiesen, welche Gegenstände zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören, oder daß sämtliche Gegenstände, die zum Gesamtgut der Ehegatten gehört haben, auch Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft geworden sind. In Erbschein andererseits wird die erbrechtliche Gesamterbschaft bescheinigt. Er kommt im Falle der Fortsetzung einer Gütergemeinschaft neben dem Zeugnis hierüber nur bezüglich des übrigen von dem Erblasser hinterlassenen Vermögens in Betracht, das nicht zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, also

bezüglich des Sonderguts gem. § 1439 BGB. und des Vorbehaltsguts gem. § 1440 BGB. sowie endlich auch bezüglich des mit dem Tode des Erblassers aus dem Gesamtgut ausscheidenden Erbhofs. Die Erteilung eines Erbscheins kann nur beantragen, wer an dem Nachlaß, soweit dieser nicht Bestandteil des Gesamtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist, als Erbe beteiligt ist, und zwar der Anerbe auf Grund der Vorschrift des § 3 der 3. DurchfW.D. In einem solchen Erbschein ist, falls zu dem Nachlaß ein Erbhof gehört, nach Abs. 1 des § 3 auch der Auerbe als solcher aufzuführen. Ist weder Sondergut gem. § 1439 BGB. noch Vorbehaltsgut gem. § 1440 BGB., aber ein Erbhof vorhanden, dann ist zu dem Antrage auf Erteilung eines Erbscheins, und zwar eines Erbscheins, in dem lediglich die Folge in den Erbhof bescheinigt wird (Abs. 2 des § 3), allein der Auerbe befugt. In einem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist jedoch für die Aufführung des Auerben als solchen überhaupt kein Raum. Aus diesem Grunde bedarf es in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auch keiner besonderen Hervorhebung des Umstandes, daß mit dem Tode des Mannes der Erbhof aus dem Gesamtgut ausgeschieden ist, ebensowenig wie es besonderer Erwähnung bedürfte, wenn etwa zum Nachlaß außer dem Anteil am Gesamtgut noch Sondergut oder Vorbehaltsgut des Mannes gehört hätte. Die Vorinstanzen legen dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft eine unzutreffende Bedeutung bei, wenn sie darin ein Zeugnis des Inhalts erblicken, daß die Gütergemeinschaft hinsichtlich des gesamten Nachlasses fortgesetzt werde. Sie befürchten offenbar, daß das Zeugnis mißbräuchlich zur Verfügung über den Erbhof verwendet werden könne, zumal da die Antragstellerin selbst zum Ausdruck gebracht hat, daß sie das Zeugnis benötige, damit der Erbhof an denjenigen Abkömmling, dem er bereits vor dem Tode des Erblassers mit Genehmigung des AuerbG. verkauft worden sei, aufgelassen werden könne. Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet. Waren die Ehegatten durch einen bereits bei Lebzeiten des Mannes rechtsverbindlich gewordenen Verkauf des Erbhofes zu dessen Auflassung an den Erwerber schuldrechtlich verpflichtet, so ist diese Verpflichtung auf den Auerben übergegangen (vgl. RErbhofGer. 2, 144 = JW. 1936, 1059<sup>15</sup>), und das GVL., dem selbstverständlich bekannt sein wird, daß es sich um einen Erbhof handelt, wird die Eigentumsänderung nur auf Grund einer Auflassung desjenigen eintragen, der als Auerbe ausgewiesen ist, nicht jedoch auf Grund des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft. Eine Gefahr in dieser Hinsicht kann sich auch nicht etwa daraus ergeben, daß — wie das AG. noch hervorhebt — im Gesetz auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft als Erbhofsträger anerkannt ist. Denn die fortgesetzte Gütergemeinschaft kommt gem. § 62 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. z. RErbhofG. nur dann als Erbhofsträger in Betracht, wenn die betreffende Besizung bereits zur Zeit des Inkrafttretens des RErbhofG. zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörte; im vorl. Falle wird aber das zu erteilende Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ergeben, daß der Erblasser erst nach dem Inkrafttreten des RErbhofG. verstorben ist und daß daher hier die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht Erbhofsträgerin sein kann.

(AG., 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Mai 1936, 1 Wx 152/36.)  
[Sch.]

(= JZG. 13, 421.)

**Anmerkung:** Die Ausführungen des Beschlusses erscheinen einleuchtend. Unbedenklich wäre es wohl, wenn in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zur Vermeidung von Mißverständnissen bemerkt würde, daß das Zeugnis sich nicht auf den durch Anfall an den Auerben aus dem Gesamtgut ausgeschiedenen Erbhof erstreckt.

MinR. Dr. Vogelz, Berlin.

\*

41. §§ 1 Abs. 2, 20, 21 Abs. 1, 4, 5 RErbhofG.; § 62 der 1. DurchfW.D.; §§ 1493, 1719 BGB.

1. Eine erbhoffähige Besizung, die am 1. Okt. 1933 zum Gesamtgute einer ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört hat, ist auch dann Erbhof geworden, wenn im ersten Falle die Ehefrau und im zweiten Falle einer der anteilsberechtigten Abkömmlinge nicht bauernfähig war.

2. Mit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft fällt der Erbhof beim Fehlen einer abweichenden günstigen Bestimmung des Auerben ohne Bevorzugung der Kinder aus der Gütergemeinschaftsreihe an den gesetzlichen Auerben des Ehemannes. Das kann auch ein bisher unehelich gewesener Sohn des Ehemannes sein, wenn er durch dessen neue Eheschließung die Stellung eines ehelichen Kindes der neuen Ehe erlangt.

Der Bauer Max K. lebte mit seiner ersten Ehefrau in allgemeiner Gütergemeinschaft und setzte diese, nachdem die Frau i. J. 1922 gestorben war, mit den beiden aus der Ehe hervorgegangenen Kindern Willi und Anna fort. Der erstere leidet an angeborenem Schwachsinne und befindet sich deshalb seit dem Jahre 1916 in einer Provinzial-Heilanstalt. Zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörte ein landwirtschaftlicher Besitz, der den Anforderungen an einen Erbhof entspricht und in die Erbhofrolle eingetragen worden ist.

Am 29. Aug. 1934 schloß Max K. eine zweite Ehe. Hierbei erkannte er den am 5. Juli 1924 geborenen Sohn der zweiten Ehefrau als von ihm erzeugt an. Dieser Sohn, Ewald K., beantragte nunmehr bei dem AG., ihm eine Bescheinigung darüber auszustellen, daß er mit der Wiederverheiratung des Max K. Auerbe des Erbhofes geworden sei. Das AG. lehnte dies ab mit der Begründung, daß der Erbhof nicht dem Antragsteller, sondern der erstehelichen Tochter des Max K. angefallen sei. Eine Beschwerde des Antragstellers wurde vom AG. zurückgewiesen. Seine weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Gemäß § 3 Abs. 3 der 3. DurchfW.D. z. RErbhofG. hat das AG., wenn auf Grund des § 62 der 1. DurchfW.D. ein Erbhof schon vor dem Tode des bisherigen Inhabers mit einem bestimmten Ereignis auf einen andern übergeht, hierüber eine Bescheinigung nach Art eines Erbscheins auszustellen. Der Antragsteller stützt sein entsprechendes Verlangen auf § 62 Abs. 4. Danach wird eine Besizung vom 1. Okt. 1933 an Erbhof, wenn sie zum Gesamtgute einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört; sie fällt dann bei Beendigung der Gütergemeinschaft mangels einer abweichenden ervertragslichen oder testamentarischen Bestimmung beider Eheleute oder des überlebenden Ehegatten (§ 6 der 2. DurchfW.D.) „derjenigen Person an, die nach dem RErbhofG. als Auerbe des Mannes berufen ist“. Die Vorinstanzen gehen ohne nähere Erörterung davon aus, daß die zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörige Besizung im vorl. Falle Erbhof geworden sei, obwohl dem einen Teilhaber, nämlich dem Sohne Willi K., die Fähigkeit zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Hofes und damit die Bauernfähigkeit gefehlt hat und noch fehlt (§ 15 RErbhofG.). Dem ist im Ergebnis beizustimmen.

Ein landwirtschaftliches Besitztum sollte nach § 1 RErbhofG. nur dann Erbhof werden, wenn es sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befand. Nachträglich wurden in § 62 der 1. DurchfW.D. auch solche Besizungen als Erbhöfe anerkannt, die im Gesamteigentum oder im Miteigentum von Eheleuten standen oder zu dem Gesamtgute einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörten. Hierbei ist die Forderung der Bauernfähigkeit der mehreren Eigentümer nicht ausdrücklich wiederholt. Es bleibt daher zu prüfen, ob und inwieweit das Erfordernis auch in diesen Fällen gelten soll. Daß mindestens der Ehemann oder bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte als derjenige, der das Gesamtgut nahezu wie ein Alleineigentümer zu verwalten hat, ebenso wie ein solcher bauernfähig sein muß, dürfte außer Zweifel stehen und

wird in Rechtspredung und Schrifttum auch allgemein angenommen. Zweifelhafter ist die Frage bei dem Miteigentum und dem sog. zusammengefaßten Alleineigentum (§ 5 der 2. DurchfW.) sowie vor allem bei dem Gesamthandseigentum von Ehegatten hinsichtlich der Ehefrau sowie bei einer fortgesetzten Gütergemeinschaft hinsichtlich der anteilsberechtigten Abkömmlinge. Die beiden letzteren Fälle, nämlich diejenigen des Gesamthandseigentums, können nun nicht, wie einzelne Schriftsteller meinen (Vogels S. 319; Wagemann-Hopp S. 367, 368), verschieden beurteilt werden. Denn die Stellung der Abkömmlinge in der fortgesetzten Gütergemeinschaft entspricht im wesentlichen derjenigen der Ehefrau in der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1487 BGB.). Die besonderen Befugnisse der Frau (§§ 1450—1454 BGB.) und die beschränkte Heranziehung des Gesamtgutes zur Deckung ihrer Verbindlichkeiten sind nicht so bedeutsam, daß sie in der hier zu erörternden Frage den Ausschlag geben könnten, und werden demgemäß von den Verfechtern der Gegenansichten auch nicht herangezogen. Der Unterscheidungswille des Gesetzgebers soll sich vielmehr aus den Abs. 2 u. 3 des § 62 der 1. DurchfW. ergeben, insofern die dort vorgesehene Überführung des Hofes in das Alleineigentum einer Person bei mangelnder Bauernfähigkeit der Frau zu Ergebnissen führe, die mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren seien. Es trifft aber nicht zu, daß die Rechtslage insoweit bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft wesentlich anders wäre. Der erwähnte Abs. 2, der hier allein in Betracht kommt, ist nach Abs. 4 auch im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechend anwendbar, und in § 6 Abs. 1 der 2. DurchfW. ist weiter bestimmt, daß der überlebende Ehegatte allein „unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen“ den Anerben bestimmen kann. Wollte man also zur Anwendung des § 62 der 1. DurchfW. verlangen, daß in der ehelichen Gütergemeinschaft die Ehefrau, weil sie zum Anerben bestimmt werden kann, bauernfähig ist, so müßte dasselbe in der fortgesetzten Gütergemeinschaft für die anteilsberechtigten Abkömmlinge gelten, da jeder von ihnen ebenso wie die Frau zum Anerben bestimmt werden kann. Überwiegende Gründe sprechen aber dafür, daß zur Anwendung des § 62 der 1. DurchfW. die Bauernfähigkeit der an dem Gesamtgute neben dem Haupte der Gütergemeinschaft Mitbeteiligten in keinem Falle notwendig ist.

§ 62 der 1. DurchfW. verdankt seine Entstehung dem Bestreben des Gesetzgebers, die zahlreichen bäuerlichen Besitzungen, die sich beim Inkrafttreten des RErbhofG. in Eigentum einer Gütergemeinschaft befanden, dem Erbhofrechte zu unterwerfen, wobei eine möglichst weitgehende Erfassung dieser Besitzungen erwünscht sein mußte. Daraus folgt, daß Maßnahmen nur anerkannt werden dürfen, soweit triftige Gründe dafür vorhanden sind. Nun bildet aber die mangelnde Bauernfähigkeit von Personen, die zwar an dem Gesamthandseigentum selbst, aber nicht an seiner Verwaltung mitbeteiligt sind, keinen triftigen Grund, die Besetzung nicht zum Erbhof werden zu lassen. Eine Ehefrau hat bei bestehender Gütergemeinschaft keine wesentlich andere Stellung auf dem Hofe als im Falle des Alleineigentums des Mannes, wo ihre Bauernfähigkeit zweifellos gleichgültig ist. Die geringen Rechte, die sie gegenüber dem Manne hat (§§ 1444 ff.), ermöglichen es ihr nicht, in die Bewirtschaftung des Hofes zu dessen Nachteil einzugreifen oder notwendige Maßnahmen (§ 1447 BGB.) zu verhindern. Ihre rechtliche Mitbeteiligung wird im wesentlichen erst bei der Beendigung der Gütergemeinschaft wirksam. In dem Hauptfalle der Beendigung, dem des Todes des einen Ehegatten, können sich aber aus einer etwaigen Bauernunfähigkeit der Ehefrau keine unerwünschten Folgen ergeben. Nach § 62 Abs. 2 der 1. DurchfW. sind die Eheleute allerdings befugt, sich gegenseitig zu Anerben einzusetzen. Das gilt aber nur mit der allgemeinen Einschränkung des § 21 Abs. 1 RErbhofG., wonach als Anerbe auszuscheiden, wer nicht bauernfähig ist. Der Erbhof fällt also bei Bauernunfähigkeit der Ehefrau nicht an diese, sondern mangels anderweitiger Bestimmung der Ehegatten an den nächstberufenen Anerben des Mannes (Abs. 3). In den weitaus selteneren Fällen der Ehescheidung und der vom Prozeßgericht ausgesprochenen Auf-

hebung der Gütergemeinschaft (§ 1470 BGB.) tritt freilich zunächst eine Auseinandersetzungsgemeinschaft ein, bei welcher die Eheleute gleiche Rechte haben, auch wenn die Ehefrau nicht bauernfähig ist. Daß jedoch nachträglich die Erbhofigenschaft einer Besetzung und die Bauernfähigkeit des Eigentümers nicht mehr notwendig zusammenzufallen brauchen, ergibt sich schon aus § 16 Satz 2 RErbhofG. Außerdem ist jene Gemeinschaft ihrer Natur nach nur vorübergehend. Bei der Auseinandersetzung kann aber das AnerbG. in seiner Stellung als Bewilligungsbehörde (§ 37 RErbhofG.) dafür sorgen, daß der Erbhof im ganzen in die Hände einer bauernfähigen Person gelangt.

Was von der Ehefrau in der ehelichen Gütergemeinschaft gilt, trifft im wesentlichen auch auf die Abkömmlinge der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu. Sie sind ebenso wie die Ehefrau von der Einwirkung auf die Verwaltung des Erbhofes weitgehend ausgeschlossen und verlieren, wenn sie bauernunfähig sind, bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ihre Rechte sogar auf jeden Fall. Denn dann fällt der Erbhof ausnahmslos an eine einzige Person, die als Anerbe bauernfähig sein muß (§ 62 Abs. 4 der 1. DurchfW.). Es fehlt also jede Notwendigkeit, die Erbhofigenschaft einer zum Gesamtgute einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Besetzung von der Bauernfähigkeit der Abkömmlinge abhängig zu machen (ebenso VERbhGer. Celle: JW. 1934, 2344, Cammerer: DNotZ. 1934, 72, Vogels S. 390, Wagemann-Hopp S. 368 und wenigstens bzgl. der Wirtschaftsfähigkeit RErbhGer.: ErbhRspr. 1. DurchfW. § 62 Abs. 4 Nr. 7; a. A. Hennig § 17 Anm. B II 1 a Abs. 2, Siefert S. 93, Wöhrmann S. 97, Althoff, Bauernfähigkeit S. 32).

Ist mithin § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. hier anwendbar, so ist danach der Erbhof bei der mit der Wiederverheiratung des Max R. eingetretenen Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1493 BGB.) „derjenigen Person angefallen, die nach dem RErbhofG. als sein Anerbe berufen war“. Da hierfür der ersteheliche Sohn Willi mangels Bauernfähigkeit ausscheidet, fragt es sich, ob als der berufene Anerbe die ersteheliche Tochter oder der durch die nachfolgende Ehe anerkannte, bis dahin unehelich gewesene Sohn anzusehen ist. Die Frage wäre ohne weiteres im ersteren Sinne zu beantworten, wenn bei der Berufung zum Anerben des einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Erbhofes die anteilsberechtigten Abkömmlinge den Vorzug vor etwaigen anderen Kindern des Erblassers aus anderen Ehen, insbes. auch aus einer früheren, haben sollten. Davon ist aber im Gesetz nichts gesagt. Vielmehr muß nach § 21 Abs. 4 Satz 1 RErbhofG., dessen Geltung in § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. nicht ausgeschlossen ist, angenommen werden, daß umgekehrt die Söhne einer früheren Ehe ihrerseits den Vorrang sogar vor anteilsberechtigten Söhnen der Gütergemeinschaftsehe haben (vgl. Hennig § 17 Anm. B II 4 a). Daran ändert § 6 Abs. 1 der 2. DurchfW. nichts, wonach allerdings der überlebende Ehegatte den Anerben unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen und nur unter diesen bestimmen kann, während das AnerbG. im Zustimmungsverfahren lediglich zu prüfen hat, ob unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen die richtige Auswahl getroffen worden ist, und nicht auch, ob Abkömmlinge aus einer früheren Ehe mit Recht übergegangen worden sind (VERbhGer. Celle: JW. 1934, 2281). Daß der Gesetzgeber bei der Fassung des § 62 Abs. 4 der 1. DurchfW. an den häufigen Fall des Vorhandenseins von Kindern aus einer früheren Ehe des Mannes nicht gedacht haben sollte, ist sehr unwahrscheinlich. Dann kann aber — entgegen der Ansicht des LG. — der Grund für die Regelung der Folgen der Beendigung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht der gewesen sein, daß die Rechte der anteilsberechtigten Abkömmlinge des überlebenden Ehegatten gegenüber seinem neuen Ehegatten und gegenüber den Abkömmlingen der neuen Ehe gewahrt werden sollten. Denn auf die besonderen Rechte der anteilsberechtigten Abkömmlinge nimmt der Gesetzgeber in § 62 Abs. 4 Satz 2 der 1. DurchfW. ersichtlich keine Rücksicht. Der Grund für die getroffene Regelung kann vielmehr nur der sein, daß eine Auseinandersetzung über den Erbhof,

wie sie bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach dem BGB. notwendig wäre, vermieden werden sollte. Legt der Gesetzgeber aber keinen Wert darauf, daß gerade ein anteilsberechtigter Abkömmling den Erbhof erhält, so steht grundsätzlich auch nichts im Wege, daß ein Sohn der nachfolgenden Ehe Anerbe wird, wenn er in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits vorhanden ist. Diese Voraussetzung kann natürlich regelmäßig nicht erfüllt sein, wird von den Vorinstanzen aber auch für den hier gegebenen besonderen Fall verneint, daß ein unehelicher Sohn des überlebenden Ehegatten der Gütergemeinschaftsehe durch dessen neue Eheschließung, also gleichzeitig mit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1493 BGB.) die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes i. S. des § 1719 BGB. erlangt. Dem kann nicht beigegeben werden. Die rechtlichen Folgen der neuen Eheschließung, nämlich einerseits die Beendigung der bisherigen fortgesetzten Gütergemeinschaft und andererseits die Legitimation des unehelichen Sohnes, fallen zeitlich genau zusammen (§ 1719 BGB.). In diesem Zeitpunkt ist also der Sohn als eheliches Kind des bisherigen Bauern bereits vorhanden und demgemäß bei der Prüfung, wer dessen nächstberufener Anerbe ist, mit zu berücksichtigen. Das wird noch deutlicher, wenn man den Fall unwesentlich verändert. Wäre es z. B. möglich, daß ein Erblasser durch Testament ein uneheliches Kind in vollem Umfang berant anerkennt, daß die Wirkung mit dem Erbfall einträte, so ließe sich kaum bezweifeln, daß ein solches Kind genau ebenso wie ein eheliches kraft Gesetzes miterben würde. Aus den besonderen Bestimmungen des RErbhofG. läßt sich etwas Gegenteiliges nicht entnehmen. Nach § 21 Abs. 5 stehen die durch nachfolgende Ehe anerkannten Kinder den nach Eingehung der Ehe geborenen ehelichen Kindern gleich. In Anlehnung an den Wortlaut dieser Vorschrift könnte man freilich mit dem RG. sagen, die anerkannten Kinder einer zweiten Ehe ständen lediglich den Kindern der neuen Ehe gleich, dagegen nicht auch den Kindern einer früheren Ehe. Mit einer solchen Auslegung wäre aber für die Lösung des vorl. Falles noch nichts gewonnen, da die Kinder der Gütergemeinschaftsehe, wie vorher dargelegt worden ist, keinen besonderen Vorrang vor den Kindern aus anderen Ehen ihres Vaters haben. Man müßte vielmehr im Sinne des RG. noch weiter gehen, nämlich entscheidenden Wert darauf legen, daß die anerkannten Kinder den nach Eingehung der zweiten Ehe geborenen Kindern gleichstehen sollen, und müßte hieraus folgern, daß sie demgemäß in jeder Beziehung so behandelt werden sollen, als ob sie erst nach der zweiten Eheschließung geboren wären. Mit anderen Worten: man müßte aus § 21 Abs. 5 RErbhofG. nicht nur die rechtliche Gleichstellung der anerkannten Kinder mit den Kindern der neuen Ehe, sondern zugleich eine Bestimmung über den Zeitpunkt entnehmen, in welchem diese Gleichstellung wirksam werden soll. Das ist aber gewiß nicht der Sinn des Gesetzes. Der Gesetzgeber hatte, wenn er nicht gerade den vorl. Fall regeln wollte, was bei dessen seltener Eigenart nicht anzunehmen ist, gar keine Veranlassung, den Zeitpunkt der Gleichstellung der anerkannten Kinder mit den ehelichen Kindern des Bauern abweichend von § 1719 BGB. zu regeln, wonach das uneheliche Kind mit der Verheiratung seiner Eltern, also nicht erst in einem späteren Zeitpunkte, die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt. Daß es hierbei hat verbleiben sollen, ergibt sich auch aus § 21 Abs. 5 Satz 2 RErbhofG., wo hinsichtlich der nur für ehelich erklärten Kinder eine für geboten erachtete Einschränkung ausdrücklich vorgehen ist. Auch die Berücksichtigung des § 21 Abs. 5 RErbhofG. kann also nichts daran ändern, daß das bisher unehelich gewesene Kind des Max R. im Zeitpunkte der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft als ehelicher und demgemäß vor jeder Tochter zum Anerben berufener Sohn desselben (§ 20 RErbhofG.) bereits vorhanden gewesen ist. Daß bei dieser Regelung die bisher anteilsberechtignte Tochter „benachteiligt“ wird, ist ein Umstand, den das RErbhofG. bewußt außer acht läßt. Vom Standpunkte des Gesetzes aus ist es wichtiger, daß der Erbhof an einen vorhandenen Sohn des bisherigen Bauern fällt, als daß eine Tochter in ihrem privaten Anteilsrechte geschützt wird.

Die Vorinstanzen erheben gegen dieses Ergebnis noch ein besonderes Bedenken, das aber nicht gerechtfertigt ist. Sie meinen, daß es im vorl. Falle zu der etwaigen Entstehung des Anerbenrechtes des anerkannten Sohnes der zweiten Ehe nur deshalb habe kommen können, weil das VormGer. dem Max R. gem. § 1493 Abs. 2 Satz 2 BGB. gestattet habe, die neue Ehe vor der Auseinandersetzung mit dem unter Pflegschaft stehenden Sohne Willk. vorzunehmen. Dadurch dürfe die Rechtsstellung der Tochter nicht verschlechtert werden. Jener Umstand ist jedoch schon aus dem Grunde bedeutungslos, weil die Sache auch so liegen kann, daß keiner der anteilsberechtigten Abkömmlinge unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, die zu entscheidende grundsätzliche Frage sich aber für die beiden Fälle nur gleich beantworten läßt. Außerdem findet eine Auseinandersetzung über den Erbhof nach § 62 Abs. 4 der 1. DurchfVd. überhaupt nicht mehr statt. Das VormGer. muß daher die nach § 1314 BGB. zur Eingehung der neuen Ehe des überlebenden Elternteils erforderliche Bescheinigung in Ansehung eines Erbhofes auf jeden Fall dahin ausstellen, daß eine Verpflichtung zur Auseinandersetzung nicht bestehe (vgl. Johae: RdRMSt. 1934, 94; Vogelz S. 392; Wagemann-Hopp S. 371; Wöhrmann S. 28 Fußn. 1). Mit der Ausstellung einer solchen Bescheinigung ist also hier dem Max R. keine besondere Vergünstigung gewährt worden.

Die Sache ist aus diesen Gründen unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur Ausstellung der beantragten Bescheinigung an das RG. zurückzuverweisen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 12. März 1936, 1 Wx 31/36.)

[Sch.]

←= JZG. 13, 307. →

Anmerkung: Die Entsch. gibt zu Bedenken Anlaß.

1. Richtig ist zwar, daß bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Erbhofigenschaft nicht davon abhängt, daß sämtliche anteilsberechtigten Abkömmlinge bauernfähig sind. Es wird vielmehr genügen, wenn der überlebende Ehegatte und wenigstens einer der anteilsberechtigten Abkömmlinge bauernfähig ist. Nicht zuzustimmen vermag ich jedoch der Ansicht des RG., daß es beim Ehegattenerbhof lediglich auf die Bauernfähigkeit des Mannes ankomme und daß die Erbhofigenschaft durch das Fehlen der Bauernfähigkeit bei der Ehefrau nicht berührt werde. Diese Auffassung des RG. steht fast mit dem gesamten Schrifttum und der bisherigen Rspr. in Widerspruch. Daß beide Ehegatten bauernfähig sein müssen, entspricht der Regel des § 1 des Ges.; denn ein Erbhof entsteht nur, wenn eine an sich erbhofigfähige Person sich im Eigentum einer bauernfähigen Person befindet. Gehört die Person einem Ehepaar, so ist die Voraussetzung des § 1 nur erfüllt, wenn beide Ehegatten bauernfähig sind. Auch die Vorschriften über den Ehegattenerbhof in § 62 der 1. DurchfVd. und § 5 der 2. DurchfVd. gehen erkennbar davon aus, daß beide Ehegatten bauernfähig sind. Mit der Beilegung der Erbhofigenschaft an ein im Eigentum von Ehegatten stehendes Anwesen sind für die Frau erhebliche Härten verbunden. Diese Härten werden im Gesetz dadurch gemildert, daß die Ehefrau (in Abweichung von der sonstigen Regel) zur Anerbin eingesetzt werden kann. Diese Möglichkeit zur Milderung von Härten fällt weg, wenn die Frau nicht bauernfähig ist. Da die Erweiterung der Testiermöglichkeit von wesentlicher Bedeutung ist, kann beim Fehlen der Bauernfähigkeit der Frau ein Ehegattenerbhof nicht entstehen.

2. Bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft fällt der Hof, falls die Ehegatten keine andere Bestimmung getroffen haben, an den Anerben des Mannes. Hierbei kommt nur einer der anteilsberechtigten Abkömmlinge als Anerbe in Frage. Im Gesetz ist dies mit hinreichender Deutlichkeit namentlich im § 6 Abs. 1 der 2. DurchfVd. zum Ausdruck gebracht, wo gesagt ist, daß der überlebende Ehegatte „unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen“ den Anerben bestimmen kann. Die Beschränkung auf die anteilsberechtigten Abkömmlinge ergibt sich auch aus dem Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft, die ja in erster Linie bezweckt, die Rechte der gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu sichern. Im Gegensatz hierzu gelangt das RG. in obigem Beschluß zu dem

Ergebnis, daß der Hof nicht an die anteilsberechtigende Tochter aus der Gütergemeinschaftsbeziehung, sondern an den erst durch die zweite Ehe ehelich werden unehelichen Sohn einer Frau fallen soll, die mit der Gütergemeinschaft nichts zu tun hat. Die Darlegungen des Beschlusses, die dieses ungewöhnliche Ergebnis rechtfertigen sollen, vermögen nicht zu überzeugen. Ich glaube auch nicht, daß sie dem bürgerlichen Rechtsempfinden entsprechen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

\*

42. §§ 20, 21, 22 RErbhofG. Scheidet der zunächst als Anerbe Berufene aus, weil er bereits einen Erbhof hat, so fällt der Erbhof seinem nach der gesetzlichen Anerbfolge demnächst berufenen Sohn an, ohne Rücksicht darauf, ob dieser, wenn sein Vater gestorben wäre, dessen Erbhof besitzen würde. f)

Am 29. Jan. 1935 verstarb kinderlos die Witwe Sophie B., die Eigentümerin eines Erbhofs in L., ohne ein rechtsgültiges Testament errichtet zu haben. Ihre nächsten Verwandten waren die beiden Söhne eines verstorbenen Bruders, Dietrich und Hermann J. In dortiger Gegend gilt Ältestenrecht. Der ältere der beiden Nissen, Dietrich J., scheidet gemäß § 22 Abs. 1 RErbhofG. als Anerbe aus, weil er bereits einen Erbhof besitzt und auch von dem ihm nach Abs. 2 dieser Vorschrift zustehenden Wahlrecht nicht Gebrauch gemacht hat; er hat aber einen Sohn, den am 22. Juli 1930 geborenen Herbert J.

Der jüngere Neffe der Erblasserin, Hermann J., hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, durch den er als Anerbe ausgewiesen wird. Er vertritt die Ansicht, daß nach § 22 Abs. 1 Satz 2 RErbhofG. nicht der Sohn seines Bruders Dietrich, sondern er selbst als Anerbe berufen sei; denn das Gesetz unterstelle den Tod des Ausscheidenden; wenn Dietrich J. aber gestorben wäre, würde dessen Erbhof bereits seinem Sohn Herbert J. gehören, so daß dieser ebenfalls ausscheiden würde.

Das AG. hat den Antrag zurückgewiesen, weil nach seiner Meinung der am 22. Juli 1930 geborene Herbert J. als Anerbe berufen ist. Das LG. hat die hiergegen eingelegte Beschw. aus dem gleichen Grunde zurückgewiesen. Auch die nunmehr eingelegte weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Der Senat hat im Beschluß v. 6. Febr. 1936, 1 Wx 654/35 (HöchstRpPr. 1936 Nr. 550 = JW. 1936, 1471<sup>41</sup>), bereits zu der Frage Stellung genommen, ob, falls der zunächst berufene Sohn des Erblassers wegen Erbhofbesitzes ausscheidet, die Söhne des Ausscheidenden vor dessen Brüdern zu Anerben berufen sind. Diese Frage ist dort ohne Rücksicht darauf bejaht worden, ob der Ausscheidende einen oder mehrere Söhne hat; es ist hierbei als selbstverständlich angenommen worden, daß der Erbhof, wenn der Ausscheidende nicht seinen ganzen Stamm von der Anerbfolge ausschließt, seinem nächstberufenen (ältesten) Sohne zufällt, ohne Rücksicht darauf, ob dieser einmal auch als Anerbe des Ausscheidenden berufen sein wird. Von der dort dargelegten Auffassung abzugehen, liegt auch im vorliegenden Falle keine Veranlassung vor.

Hier handelt es sich nun aber nicht nur um die Frage, ob der Stamm des wegen Erbhofbesitzes Ausscheidenden im ganzen ausscheidet, sondern um die weitere Frage, ob derjenige ausscheidet, dem nach der gesetzlichen Anerbfolge einmal der Erbhof des zunächst Ausscheidenden zufallen wird. Aber auch dies ist zu verneinen.

Gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 RErbhofG. fällt infolge des Ausscheidens des Dietrich J. der Erbhof demjenigen an, „der berufen sein würde, wenn der Ausscheidende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte“. Der Antragsteller schließt hieraus, daß, wenn der infolge des Besitzes eines Erbhofs ausscheidende Dietrich J. zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, dessen Erbhof bereits mit seinem Tode auf seinen einzigen Sohn Herbert J. übergegangen wäre und deshalb auch dieser von der Anerbfolge ausgeschlossen sein würde. Diese

Auffassung ist jedoch, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, irrig. Das RErbhofG. unterscheidet in den §§ 20 ff. deutlich zwischen denjenigen, die als Anerben überhaupt nicht berufen sind, weil nach der gesetzlichen Anerbfolge ein Näherstehender sie „ausschließt“, und denen, die zwar als Anerben „berufen“ sind, aber aus einem besonderen Grunde, nämlich entweder, weil sie nicht bauernfähig sind (§ 21 Abs. 1) oder weil sie bereits einen Erbhof haben (§ 22 Abs. 1), „ausscheiden“. Dies wird deutlich nicht nur durch die Fassung der §§ 21 Abs. 1 und 22 Abs. 1, wonach im Falle des Ausscheidens eines Berufenen der Erbhof demjenigen anfällt, „der berufen sein würde, wenn der Ausscheidende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte“, also jemandem, der nach der gesetzlichen Anerbfolge in Wirklichkeit nicht oder doch zum mindesten zunächst nicht berufen ist, sondern auch durch § 29 Abs. 3 RErbhofG., wonach jemand, der nicht deutscher Staatsangehöriger ist, ohne Rücksicht darauf, ob er die deutsche Staatsangehörigkeit demnächst erwirbt oder ob er, weil er sie nicht erwirbt, endgültig als nicht bauernfähig ausscheidet, als „zum Anerben berufen“ bezeichnet wird. Unter diesen Umständen darf man denjenigen, der überhaupt nicht zum Anerben „berufen“ ist, keinesfalls demjenigen, der — sei es mangels Bauernfähigkeit, sei es wegen Erbhofbesitzes — „ausscheidet“, ohne weiteres gleichstellen. Tatsächlich ist die begriffliche Unterscheidung auch von wesentlicher praktischer Bedeutung, wie schon das Wahlrecht ergibt, das dem wegen Erbhofbesitzes Ausscheidenden in § 22 Abs. 2 RErbhofG. eingeräumt ist; denn dieses Wahlrecht hat selbstverständlich die Berufung zum Anerben zur Voraussetzung. Somit ist es unrichtig, wenn der Beschw. meint, daß nach § 22 Abs. 1 RErbhofG. infolge des Ausscheidens von Dietrich J., als ob er zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte, auch sein Sohn nicht als Anerbe berufen sein könne, weil ihm im Falle des Todes des Vaters dessen Erbhof bereits angefallen sein und er deshalb ebenfalls als Anerbe ausscheiden würde. Der Fehlschluß liegt hierbei in der irrtümlichen Unterstellung, daß derjenige, der als Anerbe „ausscheidet“, als überhaupt nicht „berufen“ anzusehen sei. In Wahrheit würde Herbert J. als alleiniger Sohn von Dietrich J. zum Anerben „berufen“ sein, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt hätte, und würde nur in Frage stehen, ob er in diesem Falle nicht etwa wegen Erbhofbesitzes ausscheiden würde. Jedoch läßt sich nicht einmal mit Sicherheit feststellen, ob er in diesem Falle wirklich den Erbhof seines Vaters besitzen würde; denn dies hängt von einer näheren Ausgestaltung der unwirklichen Annahme (Fiktion) des Todes des Vaters ab, nämlich davon, wann der Vater gestorben sein und wie er die Erbfolge geregelt haben würde. Gem. § 22 RErbhofG. scheidet nur derjenige als Anerbe aus, der in Wirklichkeit bereits einen Erbhof besitzt, nicht aber auch derjenige, der unter gewissen unwirklichen Voraussetzungen einen Erbhof besitzen würde, ebensowenig wie derjenige, der möglicherweise einmal einen anderen Erbhof erbt. Die Vorschrift des § 22 RErbhofG. hat (ebenso wie die des § 23) lediglich den Zweck, zu verhindern, daß dieselbe Person mehr als einen Erbhof erhält; es liegt aber keine Veranlassung vor, ihre Anwendbarkeit auf Fälle auszudehnen, in denen der Erwerb eines anderen Erbhofs nur als möglich oder selbst als wahrscheinlich in Aussicht steht.

(AG., 1. BivSen., Beschl. v. 7. Mai 1936, 1 Wx 138/36.)  
[Sch.]

<= JW. 13, 424.>

Anmerkung: Den Ausführungen des Beschlusses ist zuzustimmen.

Das AG. verweist auf seinen m. E. ebenfalls zutreffenden Beschluß v. 6. Febr. 1936 (JW. 1936, 1471), in dem ein ähnlicher Fall behandelt ist. In jenem Beschluß hatte das AG. beiläufig bemerkt, daß eigentlich kein innerer Grund dafür ersichtlich sei, weshalb nach § 22 Abs. 1 RErbhofG. der Hof an den Stamm desjenigen Sohnes des Erblassers falle, der bereits einen Erbhof hat, während der Stamm des anderen Sohnes des Erblassers völlig leer ausgehe. Wie ich

in *Vogels-Hopp*, *ErbbRpr.* § 22 Nr. 2 dargelegt habe, hat man bei Abfassung der Vorschrift hauptsächlich an folgenden Fall gedacht: Der Erblasser hat nur einen Sohn, der wiederum zwei Söhne hat. Hier erscheint es natürlich, daß der väterliche Hof an den einen und der großväterliche Hof an den anderen Enkel fällt. Wollte das Gesetz verbieten, daß der großväterliche Hof an einen der Enkel gelangt, so fielen dieser Hof unter Umständen an Seitenverwandte des Erblassers, und das wäre bei einer solchen Sachlage sicher eine grobe Unbilligkeit.

Härten, die sich etwa aus der jetzigen Regelung ergeben, können durch Verfügung von Todes wegen ausgeräumt werden; hat der Erblasser z. B. zwei Söhne, von denen der eine bereits einen Erbhof besitzt, so steht es ihm frei, zu bestimmen, daß sein Hof an den anderen Sohn fällt.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

\*

43. §§ 24 Abs. 1, 57 Abs. 2 *RErbhofG.*; § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D.; § 12 der 2. DurchfW.D. Ein Vorerbe ist den erbrechtlichen Beschränkungen eines solchen auch als Eigentümer eines zu der Vorerbschaft gehörigen Erbhofes unterworfen geblieben. Soweit er jedoch zu einer Verfügung unter Lebenden der Zustimmung der Nacherben bedarf, genügt in Ansehung des Erbhofes die Zustimmung des jeweils in Betracht kommenden Anerben des Erblassers. †)

Der eingetragene Eigentümer des den gesetzlichen Anforderungen an einen Erbhof genügenden Grundbesizes, der Tierarzt Wilhelm W., ist am 20. März 1922 gestorben und laut Erbschein von seiner Witwe als befreiter Vorerbin sowie von seinen 4 Kindern als Nacherben beerbt worden. Die Witwe übergab in einem notariellen Vertrage v. 30. Jan. 1936 den Grundbesitz gegen Bestellung eines Anteils an den ältesten Sohn Heinz und erteilte ihm die Auflassung. Das AnebG. genehmigte diese Hofesübergabe. Der entsprechende Eintragungsantrag des Erwerbers wurde jedoch vom GBA. mittels Zwischenverfügung dahin beanstandet, daß die Zustimmung der übrigen Nacherben nachgewiesen werden müsse. Eine Beschwerde des Antragstellers wurde vom LG. zurückgewiesen. Seine weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Das LG. geht zutreffend davon aus, daß ein Vorerbe, auch wenn er im Rahmen des § 2136 BGB. von den Beschränkungen eines solchen befreit ist, nach § 2113 Abs. 2 BGB. unentgeltliche Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand mit Wirkung gegenüber den Nacherben grundsätzlich nur mit deren Zustimmung treffen kann, und daß die hier von der Witwe W. vorgenommene Hofesübergabe (wenigstens teilweise) eine unentgeltliche Verfügung darstellt. Das macht aber schon nach dem BGB. die Zustimmung der übrigen Nacherben zu der Umschreibung der Nachlassgrundstücke auf den Erwerber nicht unter allen Umständen erforderlich. Vielmehr kann der Erwerber auch ohne die Zustimmung der Nacherben als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden, wenn zuvor die Witwe sich selbst unter gleichzeitiger Vormerkung des Rechtes der Nacherben (§ 51 GBA.) als Eigentümerin in das Grundbuch eintragen läßt. Die Zwischenverfügung des GBA. ist also insofern unvollständig, als dem Antragsteller nicht mindestens auch der letztere Weg offen gelassen ist.

Abgesehen hiervon wäre das Verlangen der Vorinstanzen nach Beibringung der Zustimmung der sämtlichen übrigen Nacherben allerdings gerechtfertigt, wenn das GBA. sich ohne weiteres auf den vorliegenden Erbschein verlassen dürfte; denn darin sind noch sämtliche Kinder des Erblassers für dessen ganzen Nachlaß, also auch für den Erbhof, als Nacherben ausgewiesen. Der Erbschein ist jedoch in Ansehung des Erbhofes nachträglich unrichtig geworden. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Das *RErbhofG.* hat zwar nach § 57 Abs. 2 für diejenigen Erbfälle, die vor dem 1. Okt. 1933 eingetreten sind, grundsätzlich noch keine Wirkung. Die von dem Erblasser angeordnete Beschränkung seiner Witwe auf die Stellung einer be-

freiten Vorerbin ist daher durch § 24 Abs. 1 *RErbhofG.*, wonach der Erblasser die Erbfolge kraft Auerbenrechtes durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen oder beschränken kann, nicht berührt worden. Das hinderte aber andererseits die Entstehung eines Erbhofes gem. § 1 *RErbhofG.* nicht. Die dort in Abs. 1 Ziff. 2 aufgestellte Voraussetzung, daß der (für einen Erbhof geeignete) Grundbesitz sich im Alleineigentum einer (bauernfähigen) Person befindet, trifft auch dann zu, wenn ein einziger (bauernfähiger) Vorerbe vorhanden ist. Denn ein solcher ist für die Dauer der Vorerbschaft Alleineigentümer. Daß der Hofeseigentümer keiner erbrechtlichen Beschränkung unterworfen sein dürfte, wird im § 1 *RErbhofG.* nicht gefordert (ebenso *RErbGer.*: *REHG.* 2, 197 *RdRn.* 1936, 408). Von dieser Rechtslage geht dann auch § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. aus. Der zu einer Vorerbschaft gehörige Erbhof fällt danach beim Tode der Vorerben nur demjenigen als Anerben zu, der Auerbe wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkte des Todes des Vorerben verstorben wäre. Hat der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen bestimmt, daß einer der Nacherben den Hof allein übernehmen soll, so fällt der Hof diesem als Anerben an, falls der Benannte zu den Personen gehört, die nach § 25 *RErbhofG.* durch Anordnung des Erblassers zum Anerben hätten bestimmt werden können. Es fragt sich nun, ob und inwieweit durch diese Vorschriften auch die Stellung des Vorerben bei Verfügungen über den Erbhof von Todes wegen oder unter Lebenden abweichend von den Vorschriften des BGB. geregelt worden ist. Darüber sind nicht nur zwei Auffassungen möglich, wie das LG. annimmt, sondern drei. Man könnte einmal annehmen, daß der Gesetzgeber die Nacherben als solche von der Hofesfolge völlig ausschalte und damit insoweit die erbrechtlichen Beschränkungen des bisherigen Vorerben ganz beseitige, ihm also die Stellung eines Vollerben zuweise, der in demselben Umfange wie sonst der Eigentümer eines Erbhofes — allerdings beschränkt durch Verfügungen seines Erblassers — befugt sei, den Anerben zu bestimmen oder den Hof vorzeitig einem anderen zu übergeben (so unter Heranziehung des § 12 der 2. DurchfW.D. der Beschluß des Senats 1 X 128/34: *JW.* 1934, 1421). Als eine zweite mögliche Auffassung kommt in Betracht, daß der Vorerbe die erbrechtlich beschränkte Stellung eines solchen bis zum Eintritte der Nacherbsfolge, d. h. regelmäßig bis zu seinem Tode, grundsätzlich behalte, daß aber der Kreis der Nacherben hinsichtlich des Erbhofes einerseits durch Ausschaltung der nicht zur Hofesfolge gelangenden Nacherben eingeengt, andererseits unter Umständen auch erweitert sei, insofern an Stelle der etwa sämtlich von der Hofesfolge ausgeschlossenen eingesetzten Nacherben der durch das Gesetz bestimmte Auerbe die besonderen Rechte eines Nacherben erlange. Endlich bleibt als dritte Auffassung diejenige der Vorinstanzen übrig, daß mangels einer ausdrücklichen abweichenden Regelung des *RErbhofG.* und seiner DurchfW.D. die Rechte aller eingesetzten Nacherben bis zur demnächstigen Auerbenfolge ungeschmälert bestehen geblieben seien.

Die erste Ansicht läßt sich, obwohl der Beschluß 1 X 128/34 im Schrifttum Zustimmung gefunden hat (Hennig, *Erbbhofrecht* S. 768; Friedrich: *RdRn.* 1933, 688; Soehne: *RdRn.* 1936, 411 II Anm. 1) bei nochmaliger Prüfung nicht aufrechterhalten. Der Gesetzgeber setzt in § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. die rechtliche Möglichkeit, daß ein zu einer Vorerbschaft gehöriger Hof trotz der erbrechtlichen Beschränkungen des Vorerben Erbhof geworden ist, als gegeben voraus und will nur die rechtliche Folge, daß der Erbhof beim Eintritt des Nacherbsalles gemäß dem unberührt gebliebenen Testamente des Erblassers (§ 57 Abs. 2 *RErbhofG.*) an eine Mehrzahl von Nacherben fällt, als unerwünscht ausschließen (vgl. Hennig 767; Vogels, *RErbhofG.* S. 290; *ErbbGer.* Odenburg: *ErbbRpr.*, § 68 Abs. 2 Nr. 1 der 1. DurchfW.D.). Dazu genügt es aber, daß an die Stelle der mehreren Nacherben (oder eines ungeeigneten Nacherben) ein einziger (geeigneter) Nacherbe gesetzt wurde. Wehr ist in § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. auch nicht gesehen. Die Vorschrift beläßt es dabei, daß der Erbhof dem anderweit bestimmten Auerben nach Eintritt des Nacherbsalles als Teil

des Nachlasses des ursprünglichen Erblassers anfällt. Der Anerbe wird also dessen Erbe und nicht etwa Erbe des Vorerben. Das gilt auch, soweit der Erblasser selbst eine wirksame Bestimmung des Anerben nicht getroffen hat und der Anerbe sich infolgedessen nach dem Gesetz bestimmt. Schon der Umstand, daß § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. die Auserbenfolge an die Person des ursprünglichen Erblassers knüpft, zeigt deutlich, daß man ihn auch noch bei dem Nacherbfalle als den Erblasser ansieht. Ein Vorerbe ist demnach auch als Eigentümer eines zum Nachlaß gehörigen Erbhofes grundsätzlich Vorerbe i. S. des § 2100 BGB. geblieben. Daraus folgt, daß er über den Erbhof von Todes wegen überhaupt nicht und unter Lebenden mit Wirkung gegenüber den Nacherben nur im Rahmen des § 2113 BGB. verfügen kann (vgl. *LErbhGer. Celle: JW. 1934, 2417*). Aus § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. ist eine besondere Erweiterung seiner Befugnisse nicht zu entnehmen, ebensowenig aber auch aus § 12 der 2. DurchfW.D. Nach der letzteren Vorschrift kann jemand, dessen Ehegatte vor dem Inkrafttreten des *NErbhofG.* verstorben ist, als Eigentümer eines von der Seite des Verstorbenen herkommenden Erbhofes zum Anerben auch eine Person bestimmen, die zum Anerben des anderen Ehegatten hätte bestimmt werden können. Damit soll dem Mißstande vorgebeugt werden, daß ein aus altem Familienbesitz stammender Erbhof sich — nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen — nur auf einen Verwandten des aufgeheirateten Ehegatten würde vererben können, während es diesem nicht einmal möglich wäre, aus eigenem Billigkeitsgefühl heraus für einen Rückfall an die Linie des andern Ehegatten zu sorgen. Hierbei wird aber stillschweigend vorausgesetzt, daß der überlebende Ehegatte nach bürgerlichem Rechte befugt ist, über den Erbhof von Todes wegen zu verfügen, weil er nämlich Vollerbe des Erstversterbenden geworden ist. Die Vorschrift will lediglich, wie ihr Wortlaut bestätigt („er kann zum Anerben auch eine Person bestimmen“), die erbhofrechtliche Beschränkung des überlebenden Ehegatten mildern, hat aber nicht den Zweck, eine auf dem BGB. beruhende erbrechtliche Beschränkung zu beseitigen. Für die Fälle des § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. bedurfte es des in § 12 der 2. DurchfW.D. vorgesehenen erweiterten Bestimmungsrechtes des überlebenden Ehegatten auch gar nicht, weil ja der zu einer Vorerbschaft gehörige Erbhof schon kraft Gesetzes an einen Verwandten des Erblassers zurückfällt.

Für richtig kann allein die zweite Ansicht erachtet werden. Soweit das Gesetz den Nacherben ihre erbrechtliche Anwartschaft auf den Erwerb des Erbhofes genommen hat, ist die Beschränkung des Vorerben ihnen gegenüber gegenstandslos geworden. Denn für die Dauer der Vorerbschaft ist der Vorerbe ohnehin nicht gehindert, auch unentgeltliche Verfügungen über den Nachlaß zu treffen. Ist aber der Fall der Nacherbsfolge eingetreten, so kann derjenige Nacherbe, der durch § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. von der Hofesfolge ausgeschlossen ist, nicht mehr geltend machen, daß eine vorher getroffene Verfügung des Vorerben ihm gegenüber unwirksam sei; denn diese Unwirksamkeit ist bedeutungslos. Man könnte hier nur das Bedenken aufwerfen, daß die Person des Anerben sich im Falle des § 68 Abs. 2 Satz 1 der 1. DurchfW.D. endgültig erst im Zeitpunkt des Todes des Vorerben bestimme, daß also bis dahin alle für die künftige Auserbenfolge in Betracht kommenden Personen oder ein für diese zu bestellender Pfleger bei einer unentgeltlichen Verfügung des Vorerben über den Erbhof zugezogen werden müßten. Dieses Bedenken ist aber nur in dem — hier nicht gegebenen — Falle beachtlich, daß bei Geltung von Jüngstenrecht (§ 21 Abs. 3 *NErbhofG.*) zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht feststeht, ob der vorhandene Anerbe durch die Geburt eines jüngeren Anwärter nachträglich wieder ausgeschaltet wird. Abgesehen hiervon kann ein anderer an Stelle desjenigen, der beim Tode des Erblassers sein Anerbe gewesen wäre, nur bei dessen Wegfall Anerbe werden, also entsprechend einem Ersagnacherben. Da nun aber der Ersagnacherbe bis zum Eintritte des Ersagnalles noch nicht die Rechtsstellung eines Nacherben hat (*RG.: RGZ. 145, 316 = JW. 12, 23 = JW. 1935, 513<sup>7</sup> m. Anm.*), kann auch

für den „Ersagnacherben“ die Ausübung von Nacherbenrechten nicht in Betracht kommen.

Das Ergebnis dieser Erörterungen, daß nämlich der Vorerbe den zum Nachlaß gehörigen Erbhof an den überlebenden Anerben ohne Zustimmung der übrigen Nacherben übertragen kann, entspricht auch den Bedürfnissen des Erbhofrechtes. Der Gesetzgeber hält Verträge auf Übergabe des Hofes an einen Anerbenberechtigten, wie deren Begünstigung in § 37 Abs. 3 Satz 1 *NErbhofG.* zeigt, grundsätzlich für erwünscht. Wäre nun in dem hier behandelten Falle die Zustimmung der übrigen Nacherben dazu erforderlich, so würden diese durch eigenmächtige Verweigerung der Zustimmung die Übergabe verhindern können. Solche Schwierigkeiten zu schaffen, kann nicht i. S. des Gesetzes liegen, das in § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. über die Nacherbenrechte hinweggeht.

Der damit klargestellten Rechtslage entspricht der vorgelegte Erbschein in Ansehung des Erbhofes nicht mehr. Nacherbe ist insoweit an Stelle der sämtlichen Kinder des Erblassers bei Geltung von Ältestenrecht in erster Linie der vom Anerbengericht als bauernfähig anerkannte älteste Sohn Heinz geworden mit der Maßgabe, daß bei seinem vorzeitigen Wegfall der nächstberufene Anerbe des Erblassers nach Art eines Ersagnacherben an seine Stelle tritt, bei Geltung von Jüngstenrecht dagegen der jüngste Sohn mit derselben Maßgabe, vorausgesetzt, daß er ebenfalls bauernfähig ist, sonst der zweitjüngste. Das *GBL* hatte daher Veranlassung, dem Antragsteller die Verbringung eines neuen Erbscheins aufzugeben, aus dem hervorgeht, wer in erster Linie Nacherbe des Erblassers in Ansehung des Erbhofes geworden ist. Kommt diese Eigenschaft dem Antragsteller selbst zu, so ist die Zustimmung seiner Geschwister zu der Hofesübergabe in vollem Umfang entbehrlich. Wird dagegen ein anderer Sohn als Nacherbe bezüglich des Erbhofes ausgewiesen, so muß dessen Zustimmung beigebracht werden. Hieran würde ein Vermerk wie in dem bisherigen Erbschein dahin, daß die Witwe berechtigt sei, in besonderen Fällen die Erbteile des Nacherben abweichend zu bestimmen, schon deshalb nichts ändern, weil dem Vorerben ein solches Recht nach §§ 2065 Abs. 2, 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB. nicht wirksam eingeräumt werden kann.

Bei alledem ist vorausgesetzt, daß die Witwe W. bauernfähig gewesen ist. Andernfalls wäre der Grundbesitz nicht Erbhof geworden, die Witwe also ihren erbrechtlichen Beschränkungen weiterhin in vollem Umfang unterworfen geblieben.

(*RG.*, 1. ZivSen., Beschl. v. 14. Mai 1936, 1 Wx 202/36.)  
[Sch.]

**Anmerkung:** Das *RG.* hatte in seinem Beschluß vom 19. April 1934: *JW. 1934, 1421* die Meinung vertreten, bei einem im Vorerbschaftseigentum stehenden Erbhof könne der Vorerbe den Hof ohne Zustimmung der Nacherben durch Übergabevertrag weitergeben, da die Nacherbeneinsetzung hinsichtlich des Erbhofes in vollem Umfang gegenstandslos geworden sei. Das *RG.* gibt diese Ansicht jetzt auf und erklärt mit Recht, daß zu einer (ganz oder teilweise) unentgeltlichen Verfügung des Vorerben über den Erbhof die Zustimmung desjenigen Nacherben erforderlich ist, der nach § 68 Abs. 2 der 1. DurchfW.D. der nächstberechtigte Anerbe ist. Die Ausführungen des obigen Beschlusses stimmen im Ergebnis mit der Ansicht überein, die kürzlich *Wöhrmann* in *JW. 1936, 1420* dargelegt hat und der ich in *JW. 1936, 1425* beigetreten bin.

MinR. Dr. Vogelz, Berlin.

**44.** § 62 Abs. 2 u. 3 der 1. DurchfW.D. z. *NErbhofG.*; § 21 Abs. 7 *NErbhofG.* Haben gütergemeinschaftliche Ehegatten sich vor Inkrafttreten des *NErbhofG.* in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt, so liegt darin regelmäßig die Bestimmung des überlebenden von ihnen zum Anerben eines zum Nachlaß gehörigen Erbhofes.

Der Bauer Hermann G. war in allgemeiner Gütergemein-

schaft mit seiner Ehefrau Eigentümer eines Erbhofes und ist am 11. Juni 1935 verstorben. Aus der Ehe sind lediglich zwei Töchter hervorgegangen, die beide noch leben. In einem gemeinschaftlichen Testament v. 3. Nov. 1930 hatten die Eheleute sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Gleichwohl beantragte der Kaufmann Julius G. als Sohn eines Bruders des Erblassers bei dem Nachlassgericht, ihm einen Erbschein dahin zu erteilen, daß er der Auerbe des bisher zum Vermögen der Gütergemeinschaft gehörigen Erbhofes geworden sei. Das Nachlassgericht lehnte den Antrag ab. Eine Beschw. des Antragstellers wurde vom LG. zurückgewiesen. Seine weitere Beschw. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Nach § 62 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. z. RErbhofG. können Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Auerben eines zum Vermögen der Gütergemeinschaft gehörenden Erbhofes einsetzen. Die Vorinstanzen legen das Testament der Eheleute G. dahin aus, daß es eine solche gegenseitige Einsetzung zu Auerben enthalte. Es mag dahingestellt bleiben, ob eine andere Auslegung begrifflich überhaupt möglich ist, diejenige der Vorinstanzen begegnet jedenfalls, zumal im Hinblick auf § 2084 BGB., rechtlich nicht dem geringsten Bedenken. Wer, wie es die Eheleute G. in dem gemeinschaftlichen Testament getan haben, eine letztwillige Verfügung dahin trifft, daß ein anderer sein Alleinerbe sein soll, will dem Eingesezten damit u. a. — mindestens im Zweifel — hinsichtlich des zum Nachlass gehörigen Erbhofes diejenige rechtliche Stellung einräumen, die nach dem RErbhofG. dem Auerben zukommt. Darin liegt die Bestimmung zum Auerben gemäß dem RErbhofG. auch dann, wenn der Erblasser die Verfügung vor dem Erlaß des Gesetzes und ohne Kenntnis von dem Gesetz getroffen hatte. Ist aber demgemäß davon auszugehen, daß dies der Sinn der von den Eheleuten G. getroffenen Verfügungen gewesen ist, so konnte daraus, daß sie nach dem Inkrafttreten des RErbhofG. keine anderweitige Verfügung von Todes wegen errichtet haben, nur auf ihren Willen geschlossen werden, es bei der vorliegenden, in der gegenseitigen Erbeinsetzung enthaltenen Bestimmung zu Auerben des Erbhofes zu belassen.

Die Begründung des LG. würde seine Entsch. nur dann nicht rechtfertigen, wenn die Witwe des Erblassers, was immerhin möglich ist, nicht bauernfähig sein sollte. Aber auch in diesem Falle wäre der Erbscheinsantrag des Beschw. unbegründet. Beim Fehlen einer wirksamen Auerbenbestimmung fällt nämlich der gütergemeinschaftliche Erbhof nach § 62 Abs. 3 der 1. Durchf. VO. beim Tode des Mannes derjenigen Person als Auerben an, die nach dem RErbhofG. als Auerbe des Mannes berufen ist. Das ist nach § 21 Abs. 7 RErbhofG. nicht der Beschw., sondern eine der Töchter des Erblassers. Denn nach dieser Übergangsvorschrift sind, wenn zu der Zeit, zu welcher der Hof auf Grund des RErbhofG. Erbhof wird, keine Söhne oder Sohnesöhne vorhanden sind, die Auerben der 4. Ordnung des § 20 RErbhofG., nämlich die Tochter des Erblassers, vor denen der 2. und der 3. Ordnung, nämlich dem Vater des Erblassers, seinen Brüdern und deren männlichen Abkömmlingen, berufen. Der Beschw. kann also, wenn auch nur eine der Töchter des Erblassers bauernfähig ist, was von ihm gar nicht geleugnet wird, schon ganz abgesehen von dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute, nicht Auerbe geworden sein.

(RG., 1. BivSen., Beschl. v. 11. Juni 1936, 1 Wx 251/36.)  
[Sch.]

\*

45. § 62 Abs. 2 und 3 der 1. Durchf. VO. zum RErbhofG.; § 25 Abs. 5 RErbhofG. Das einseitige Testament des Mannes, in welchem dieser seine Frau zur Auerbin des Ehegattenerbhofs einsetzt, kann sie nur im Falle des § 25 Abs. 5 RErbhofG. zur Auerbin machen. †)

Als Eigentümer des Grundstücks sind seit 1926 der Besitzer Robert M. und seine Ehefrau Anna geb. N., und zwar kraft ehelicher Gütergemeinschaft eingetragen. Das Grundstück

ist ein in die Erbhöferolle eingetragener Erbhof. Der Ehemann Robert M. ist am 14. Febr. 1935 verstorben. Durch eigenhändiges Testament v. 11. Jan. 1935 hat er seine Frau zur Alleinerbin seines gesamten Vermögens und Besitzes eingesetzt und außerdem angeordnet, daß sie die Führung der Wirtschaft in der Hand behalten solle und unter den Kindern den Auerben bestimmen dürfe. Auf Grund dieses Testaments hat das Nachlassgericht der Witwe am 12. Sept. 1935 einen Erbschein erteilt, durch den sie als alleinige Erbin ihres Mannes ausgewiesen wird. Auf Grund dieses Erbscheins hat sie, unter Vorlegung der Grunderwerbsteuerbescheinigung, in notariell beglaubigter Erklärung beantragt, sie als Alleineigentümerin des Grundstücks einzutragen.

Das OLG. hat diesen Antrag zurückgewiesen, weil die Witwe gem. § 62 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. z. RErbhofG. nur in einem gemeinschaftlichen Testament (oder in einem Erbvertrage) zur Auerbin des Erbhofes hätte eingesetzt werden können, das einseitige Testament aber insofern wirkungslos sei. Auch das LG. hat die hiergegen eingelegte Beschw. zurückgewiesen. Die nunmehr eingelegte weitere Beschw. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Es handelt sich um einen Berichtigungsantrag gem. § 22 OGD., der — da eine Berichtigungsbewilligung nicht in Betracht kommt — den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs und der Richtigkeit der beantragten Eintragung voraussetzt. Gemäß § 35 OGD. n. F. (früher § 36) kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Der vorl. Erbschein ist jedoch zum Nachweis der Auerbfolge in den Erbhof schon deshalb nicht geeignet, weil in ihm entgegen der Vorschr. des § 3 Abs. 1 der 3. Durchf. VO. z. RErbhofG. der Auerbe als solcher nicht aufgeführt ist. Dies würde im allgemeinen allerdings nur den Erlaß einer Zwischenverfügung auf Vorlegung eines die Auerbfolge ausweisenden Erbscheins rechtfertigen. Einer solchen Zwischenverfügung bedarf es aber dann nicht, wenn dem OLG. aus anderen Umständen bekannt ist, daß die Antragstellerin nicht Auerbin geworden sein kann; denn das OLG. würde in diesem Falle sogar bei Vorlegung eines die Antragstellerin als Auerbin ausweisenden Erbscheins den Berichtigungsantrag abzulehnen haben.

Das LG. prüft daher mit Recht die Frage, ob aus dem ihm bekannten, vorstehend geschilderten Sachverhalt zu entnehmen ist, daß die Antragstellerin nicht Auerbin geworden sein kann. Seine Ausführungen hierzu sind zwar nicht in allen einzelnen Punkten, aber doch im Ergebnis zu billigen.

Nach der Best. des § 62 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. z. RErbhofG. können Ehegatten, die beim Inkrafttreten des RErbhofG. Miteigentümer eines Erbhofgrundstückes waren, „in einem Erbvertrag oder in einem gemeinschaftlichen Testament“ sich gegenseitig zu Auerben des Erbhofs einsetzen. Hieraus ergibt sich aber nach zwingend, daß jede einseitige Verfügung, durch die ein Ehegatte den anderen zum Auerben einsetzt, unter allen Umständen unwirksam ist. Was für den Fall gilt, daß die Ehegatten von dem Recht des Abs. 2 keinen Gebrauch gemacht haben, also auch für den Fall, daß sie nur eine einseitige Verfügung von Todes wegen über den Erbhof getroffen haben, ist vielmehr erst aus Abs. 3 zu entnehmen. Hiernach fällt in diesem Falle der Hof beim Tode der Frau dem Manne als Auerben an, so daß ein einseitiges Testament, in dem sie etwas anderes bestimmt, unwirksam sein würde. Beim Tode des Mannes, gleichviel ob er vor oder nach der Frau stirbt, fällt der Hof jedoch „derjenigen Person als Auerben an, die nach dem RErbhofG. als Auerbe des Mannes berufen ist“. Hieraus folgt, daß der Mann in den Grenzen, in denen ihm dies nach dem RErbhofG. gestattet ist (§§ 25 ff. RErbhofG.), den Auerben auch durch einseitiges Testament bestimmen kann. Der Abs. 3 des § 62 hat also den Sinn, daß der Ehegattenerbhof, falls die Ehegatten über ihn erbrechtlich so behandelt wird, als ob er dem Manne allein gehört hätte. Es liegt daher keine Veranlassung vor, ihm für diesen Fall die Befugnisse, die sich aus den §§ 25 ff. RErbhofG. ergeben, zu versagen. Demzufolge kann der Mann, wie aus



§ 25 Abs. 5 RErbhofG. zu entnehmen ist, auch beim Ehegattenerbhof seine Frau durch einseitiges Testament dann zur Auerbin zu bestimmen, wenn Personen der im § 20 bezeichneten Ordnungen nicht vorhanden sind. Jedoch ist beim Vorhandensein solcher Personen die einseitige Best. der Ehefrau zur Auerbin des Ehegattenerbhofs durch den Mann unwirksam (vgl. auch Wöhrmann, RErbhofG. § 17 Anm. 3 b a. a. O. S. 93 und Hennig, RErbhofG. § 17 Erl. B I 4, S. 250). Allerdings ist ein gesetzgeberischer Grund dafür, daß die Ehegatten sich zwar durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag gegenseitig zum Auerben des Ehegattenerbhofs einsetzen können, daß aber der Mann durch einseitiges Testament zur Einsetzung seiner Ehefrau als Auerbin nicht befugt sein soll, schwer erkennbar. Erklärlich könnte dies höchstens aus dem Bestreben sein, den Erbhof nach dem Tode des Mannes möglichst alsbald an dessen gesetzliche Auerben weiterzuleiten und deshalb seine Übertragung auf die Ehefrau zu erschweren. Jedenfalls sind die gesetzlichen Best. der Absätze 2 und 3 des § 62 der 1. Durchf. VO. inhaltlich so klar, daß man nicht annehmen kann, der Gesetzgeber habe an die nächstliegende Möglichkeit, daß der Mann durch einseitiges Testament seine Frau als Auerbin einsetzt, nicht gedacht und diesen Fall deshalb nicht geregelt. Eine Auslegung, die sich über den klaren Wortlaut des Gesetzes einfach hinwegsetzt, erscheint unter diesen Umständen nicht angängig.

Demzufolge kommt es darauf an, ob Personen der im § 20 RErbhofG. bezeichneten Ordnungen vorhanden sind. Sind sie nicht vorhanden, dann ist die Witwe (die Antragstellerin) auf Grund des Testaments ihres Mannes Auerbin geworden. Sind sie jedoch vorhanden, dann ist das Testament zwar insoweit unwirksam, als es die Ehefrau zur Auerbin einsetzt, läßt sich diese Anordnung aber regelmäßig in eine Zuwendung der Verwaltung und Nutznießung des Erbhofs an die Ehefrau in den Grenzen der §§ 26 RErbhofG. und 13 der 2. Durchf. VO. umdeuten (vgl. Beschl. des Sen. in 1 Wx 542/35: JZ. 1936, 133<sup>42</sup> = Höchstrspr. 1936 Nr. 363). In dem hier zur Entscheidung stehenden Falle ergibt sich nun schon aus dem Inhalt des Testaments und noch deutlicher aus der eidesstattlichen Versicherung der Witwe in den vorl. Erbscheinsakten, daß Kinder — und zwar ein Sohn und drei Töchter, die sämtlich noch minderjährig sind — vorhanden sind, die zu den Auerben der im § 20 RErbhofG. bezeichneten Ordnungen gehören. Jedenfalls erscheint es nach Lage der Sache unbedenklich, auf Grund dieser Annahme von dem Erlaß einer Zwischenverfügung gem. § 189 GVO. abzusehen. Somit ist das einseitige Testament des Mannes auf alle Fälle insoweit unwirksam, als darin die Witwe (die Antragstellerin) zur Auerbin eingesetzt ist. Dies rechtfertigt die Zurückweisung ihres Antrages, sie im Berichtigungsweg als Miteigentümerin des Erbhofs einzutragen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Mai 1936, 1 Wx 107/36.)  
[Sch.]

(= JZG. 13, 427.)

**Anmerkung:** Der Beschluß hat m. E. den Sinn des § 62 der 1. Durchf. VO. verkannt.

1. § 62 Abs. 2 will hauptsächlich die Belange der Frau sicherstellen. Daher schreibt er vor, daß die Ehegatten den Auerben für den gemeinschaftlichen Erbhof grundsätzlich auch nur gemeinschaftlich bestimmen können. Will aber der Mann, wie im vorl. Fall, die Frau selbst zur Auerbin bestimmen, so ist ein besonderer Schutz für deren Belange nicht notwendig; daher fehlt es in diesem Falle an jedem vernünftigen Grund dafür, daß diese Auerbenbestimmung nur gemeinschaftlich erfolgen sollte. Vielmehr sollte eigentlich bei verständiger Auslegung kein Zweifel darüber bestehen, daß der Mann die Frau auch durch einseitiges Testament zur Auerbin einsetzen kann.

2. Auch die weitere Ansicht des RG., daß der Mann einen anderen Auerben für den gemeinschaftlichen Erbhof grundsätzlich ohne Mitwirkung der Frau bestimmen könne, trifft nicht zu. Das RG. läßt den Schutz der Belange der Frau, auf den es in § 62 gerade ankommt, außer acht. § 62 bringt unzweideutig zum Ausdruck, daß der Mann, wenn er eine andere Person als die Frau zum Auerben des gemeinschaftlichen Hofes bestimm-

men will, hierzu auf die Mitwirkung der Frau angewiesen ist. Der obige Beschluß stellt somit den Sinn der Abs. 2 und 3 des § 62 geradezu auf den Kopf.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

\*

46. §§ 22, 38 Abs. 2 PrOG. Der Gegenstandswert der Umwandlung einer gewöhnlichen Hypothek in eine unkündbare Tilgungshypothek entspricht nicht dem Hypothekenbetrage, sondern ist nach § 22 PrOG. zu schätzen.

Der Notar stellt die Frage zur Entscheidung, wie die Beurkundung der Umwandlung einer zu einem bestimmten Termin kündbaren und zurückzahlenden Hypothek in eine auf längere Zeit unkündbare Tilgungshypothek zu bewerten sei. Entgegen der Ansicht des LGPräs., der hierin lediglich eine nach § 22 PrOG. zu schätzende Vereinbarung neuer Zahlungsbedingungen sieht, meint der Notar, es müsse als Gegenstandswert der volle Hypothekenbetrag zum Ansat kommen. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht führt er aus, daß durch die Umwandlung im Wege der Novation eine ganz neue Schuld entstehe und beurkundet werde. Es werde die Hypothek im ganzen verändert, an die Stelle der untergehenden alten Schuld trete eine neue, und es würden für die ganze Summe die Tilgungsraten berechnet und beurkundet. Diesen Erwägungen vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Ob im Falle der Beurkundung einer Novation der volle Hypothekenbetrag als Gegenstandswert maßgebend ist, kann unerörtert bleiben. Denn jedenfalls liegt eine solche dann noch nicht vor, wenn eine gewöhnliche Hypothek in eine Tilgungshypothek umgewandelt wird, und sie nicht etwa aus anderem Grunde Gegenstand der beurkundeten Erklärung ist. Von einer das gesamte Schuldverhältnis als Gegenstand betreffenden Novation könnte nur dann gesprochen werden, wenn die Vereinbarung der Beteiligten dahin gehen würde, an die Stelle des bisherigen Schuldgrundes einen anderen mit der Wirkung zu setzen, daß das bisherige Schuldverhältnis mit allen seinen Nebenrechten erlöschen soll. Das aber ist hier niemals die Absicht der Vertragsschließenden gewesen. Es soll vielmehr die Hypothekensforderung nach wie vor aus dem bisherigen Schuldgrunde geschuldet werden. Nur sollen an die Stelle der bisherigen neue Zahlungsbedingungen treten. Im übrigen aber wird das Schuldverhältnis in keiner Weise angetastet. Die Vereinbarung, daß die Hypothek durch regelmäßige, ziffernmäßig genau bestimmte Zuschläge zu den laufenden Jahreszinsen allmählich getilgt werden solle, kann daher rechtlich nur als die Vereinbarung einer anderen Rückzahlungsart verstanden werden. Gebührenrechtlich läßt sich hierin nur die Beurkundung der Änderung eines im wesentlichen bestehenden bleibenden Rechtsverhältnisses i. S. des § 38 Abs. 2 PrOG. sehen, deren Wert, da ein bestimmter Geldwert nicht erhellt, nur im Wege der Schätzung gem. § 22 Abs. 1, 2 PrOG. ermittelt werden kann (ebenso RG. in 1a Wx 244/36). Wenn der LGPräs. diesen Wert bei einem Hypothekenbetrage von 28 900 RM auf den Regelwert des § 22 PrOG. von 3000 RM geschätzt hat, so ist dagegen nichts einzuwenden.

Für die Bewertung kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen, daß die Beurkundung besonders dann, wenn die Parteien den ziffernmäßig genau berechneten Tilgungsplan zum Inhalt ihrer Erklärungen machen, für den Notar besonders mühe- und verantwortungsvoll sein kann. Hierauf kann nach der ständigen Rspr. des Senats bei der Wertbemessung keine Rücksicht genommen werden. Denn, wie der Senat stets betont hat, ist es nach dem System des Kostenrechts für die Höhe der Gebühr des Notars, d. h. sowohl für die Berechnung des Gegenstandswertes als auch für den anzuwendenden Gebührensatz, ohne Bedeutung, daß das Geschäft im Einzelfall dem Notar ein den üblichen Rahmen übersteigendes Maß von Mühe und Verantwortung bietet (RGZ. 46, 310; JZ. 1934, 568).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 13. März 1936, 1a Wx 228/36.)

\*

47. § 903 ZPO. Der Erwerb neuen Vermögens ist noch nicht durch den Umstand glaubhaft gemacht, daß der Schuldner einer Erwerbstätigkeit nachgeht; es müssen vielmehr Einnahmen glaubhaft gemacht werden, die über den üblichen Lebensbedarf hinausgehen. Gibt aber der Schuldner selber zu, daß sein Lohn die Lohnpfändungsgrenze übersteigt, so ist er zur Offenbarung verpflichtet. Erfolgt die Glaubhaftmachung erst in der Beschwerdeinstanz, so kann der Schuldner nicht verlangen, daß neuer Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem OLG. bestimmt werde; das LG. hat vielmehr über den Widerspruch zu entscheiden.

Die Gläubigerin hat den Schuldner, der i. J. 1934 die Versicherung gem. § 19 d. B. v. 26. Mai 1933 abgegeben hat, mit der Behauptung erneut zur Ableistung des Offenbarungseides geladen, daß der Schuldner jetzt einer regelmäßigen Beschäftigung nachgehe. In dem zur Ableistung des Offenbarungseides bestimmten Termin hat sich der Schuldner darauf berufen, daß er die Versicherung abgegeben habe, und das OLG. hat diesen Widerspruch des Schuldners für begründet erklärt, weil die Gläubigerin nicht glaubhaft gemacht habe, daß der Schuldner inzwischen neues pfändbares Vermögen erworben habe.

Gegen diesen Beschluß hat die Gläubigerin Beschwerde eingelegt. Das OLG. hat bei dem Schuldner angefragt, ob er jetzt ständig arbeite und welches Lohneinkommen er habe. Der Schuldner hat darauf erwidert, daß er jetzt für unbestimmte Zeit Arbeit mit einem Wochenlohn von 40 RM bei voller Beschäftigung habe. Darauf hat das OLG. den Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen.

Die gegen diesen Beschluß gerichtete weitere Beschwerde des Schuldners ist nicht begründet.

Es ist zwar richtig, daß der Senat wiederholt den Standpunkt vertreten hat, daß es keine ausreichende Glaubhaftmachung i. S. des § 903 ZPO. darstelle, wenn lediglich dargetan werde, daß der Schuldner einer Erwerbstätigkeit nachgehe; es müsse vielmehr glaubhaft gemacht werden, daß die Einnahmen des Schuldners so erheblich seien, daß sie über den üblichen Lebensbedarf hinausgingen; erst unter diesen Umständen sei eine ausreichende Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, daß der Schuldner neues Vermögen erworben habe. Mit dieser Rechtsprechung, an der auch festzuhalten ist, steht aber die Entscheidung des OLG. nicht im Widerspruch. Denn das OLG. geht nicht etwa davon aus, daß der Schuldner aus seinem Einkommen Ersparnisse gemacht habe, die als neues pfändbares Vermögen angesehen werden könnten, sondern es erblickt das neue Vermögen in den Lohnforderungen des Schuldners, die nach dessen eigenen Angaben 40 RM in der Woche erreichen. Damit ist aber der Erwerb neuen Vermögens, nämlich eben dieser Lohnforderungen, hinreichend dargetan. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde es dem Schuldner ermöglicht werden sollte, sich der Pfändung des der Beschlagnahme unterworfenen Lohnanteils dadurch zu entziehen, daß er dem Gläubiger den Arbeitgeber verschweigt. Ob der Schuldner verpflichtet war, der Auflage des Gerichts, seine Lohnhöhe anzugeben, nachzukommen, mag dahingestellt bleiben. Nachdem jedenfalls der Schuldner selbst angegeben hat, daß er bei voller Beschäftigung 40 RM in der Woche verdient, ist nicht einzusehen, weswegen diese Angabe nicht gegen ihn sollte verwendet werden dürfen.

Daß die Glaubhaftmachung für den Erwerb pfändbaren Vermögens erst in der Beschwer Inst. erfolgt ist, hindert nicht, daß das Beschw. den Widerspruch als unbegründet zurückweist. Es kann nicht anerkannt werden — wie das OLG. meint —, daß der Schuldner einen Anspruch darauf habe, in mündlicher Verhandlung vor dem OLG. zu den Behauptungen des Gläubigers hinsichtlich des neuen Erwerbes gehört zu werden.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 17. März 1936, 8 W 1285/36.)

## Jena

48. § 10 Nr. 4 ZwVerfG. Der Gläubiger, der auf Grund eines persönlichen Schuldtitels eine Zwangshypothek eintragen läßt, braucht einen dinglichen Vollstreckungstitel, um die Zwangsversteigerung mit dem Rang der Zwangshypothek betreiben zu können. f)

Unbestritten ist heute, daß ein Gläubiger, der neben der persönlichen Forderung eine Verkehrshypothek am Grundstück seines Schuldners hat, einen dinglichen Schuldtitel haben muß, wenn er im Versteigerungsverfahren seine Forderung im Range der Hypothek (§ 10 Nr. 4 ZwVerfG.) geltend machen will (vgl. dazu auch RGZ. 76, 116 ff. = JW. 1911, 538); fehlt ihm dieser Titel, geht er also nur aus dem persönlichen Schuldtitel vor, so wird er, wie jeder andere Gläubiger, in die Rangklasse Nr. 5 eingereiht. Dem Gläubiger einer Zwangshypothek eine andere und bevorzugte Stellung zu geben, ist nach geltendem Recht, das keinen solchen grundsätzlichen Unterschied zwischen vereinbarten Sicherungshypotheken, Zwangssicherungshypotheken und Verkehrshypotheken kennt, unbegründet und bedenklich. Der abweichenden Ansicht des OLG. Breslau (JW. 1928, 739; 1932, 3192) kann sich der Senat nicht anschließen. Mit Recht weisen die Schriftsteller, die der Ansicht des OLG. Breslau entgegengetreten sind — vor allem Fraeb: JW. 1934, 1193 — darauf hin, daß gegen die Hypothek Einreden begründet sein können, die der persönlichen Forderung nicht entgegenstanden, und durch die die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird (§ 1169 BGB.). Auch die Fälle nichtiger Zwangshypotheken sind im täglichen Gerichtsverkehr nicht selten. Darauf weist Rode: JW. 1933, 1603 mit Recht hin.

Von dem Erfordernis eines dinglichen Vollstreckungstitels kann auch nicht deshalb abgesehen werden, weil dem Schuldner durch den neuen Rechtsstreit höhere Kosten entstehen. Richtig ist, daß die Zwangshypothek als selbständige Vollstreckungsmaßnahme gesetzlich anerkannt wurde, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, den Schuldner ohne eigenen Schaden noch einmal zu schonen. Dieser Zweck wird aber durch die Kosten eines möglichen Rechtsstreits um den dinglichen Titel nicht vereitelt. Dem Schuldner ist Gelegenheit gegeben worden, den Gläubiger zu befriedigen, ohne den wirtschaftlichen Schaden zu haben, den jede Zwangsversteigerung für den Eigentümer bedeutet. Benutzt er diese Schonfrist nicht, um seine Schuld abzutragen, dann ist es auch nicht unbillig, wenn er die Kosten des neuen Rechtsstreits trägt. Sie werden in aller Regel gegenüber dem wirtschaftlichen Wertverlust der Zwangsversteigerung, den er bei rechtzeitiger Befriedigung des Gläubigers vermeiden konnte, gering sein.

Der Gläubiger hätte aber auch dann ein Rechtsschutzinteresse für seine Klage, wenn sich der Senat der vom OLG. in Breslau vertretenen Ansicht angeschlossen hätte. Solange die hier erörterte Frage im Schrifttum und in der Rspr. so stark umstritten ist, muß er die Möglichkeit haben, alle Zweifel durch die Erlangung eines dinglichen Vollstreckungstitels auszuräumen. Das hat schon das OLG. in Kiel zutreffend ausgeführt (JW. 1934, 1193).

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 13. März 1936, 2 W 59/36.)

**Anmerkung:** Die Eintragung der Zwangshypothek und der Arresthypothek ist eine Maßregel der Zwangsvollstreckung. Deshalb und weil die Aufnahme gewisser Verfahrensvorschriften bzgl. dieser Hypotheken notwendig war, wurden die Sonderbestimmungen darüber von der zweiten Kommission in die ZPO. verwiesen, während der erste Entwurf solche unter den Vorsch. über die Sicherungshypothek gegeben hatte (vgl. Prot. III 703, 711; VI. 739; Fraeb: ZPO. 54, 305 ff.; RGZ. 78, 398 ff. = JW. 1912, 646). Die zur Eintragung gelangten Zwangs- und Arresthypotheken aber sind Hypotheken i. S. des BGB., und zwar Sicherungshypotheken gem. § 1184 BGB. Die §§ 866, 932 ZPO. bezeichnen sie als „Sicherungshypothek für die Forderung“.

Das Wesen der Forderung wird dadurch nicht verändert, daß sie durch Eintragung einer Zwangshypothek oder einer

Arresthypothek gesichert wird. Ihre rechtliche Beziehung zu der für sie eingetragenen Sicherungshypothek ist, wenn die Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt worden ist, keine andere, als wenn die Eintragung auf vertraglicher Grundlage erfolgt ist. Diese Rechtsauffassung findet übrigens auch eine Bestätigung darin, daß die zweite Kommission, als sie bzgl. der Zwangshypothek die demnächst in die ZPD. verwiesenen Best. über den Erwerb einer Eigentümerhypothek beschloß, ausdrücklich erklärte, daß neben diesen Best. die allgemeinen Vorschr. zur Anwendung kämen, nach denen unter den darin bestimmten Voraussetzungen eine Sicherungshypothek Eigentümerhypothek werde (vgl. Prot. III 707). Die Zwangseintragung ist, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 866 ZPD. ergibt, als eine Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen neben der Zwangsversteigerung mit Rücksicht darauf zugelassen, daß dadurch in manchen Fällen der Gläubiger von der Zwangsversteigerung abgehalten und der Schuldner vor dem Untergang bewahrt wird.

Die Vorschr. der §§ 866 f. ZPD. beschränken das Vollstreckungsrecht des Gläubigers in keiner Weise, namentlich auch nach der Richtung nicht, daß der Gläubiger, dem der Schuldner für die nämliche, zu sichernde Forderung eine Sicherung bereits freiwillig gewährt hat, mag es gegebenenfalls auch in Gestalt einer auf einem anderen Grundstück des Schuldners bestellten Hypothek erfolgt sein, hierauf in irgendeiner Weise Rücksicht zu nehmen hätte. Mag es auch richtig sein, daß die Bestellung einer Sicherungshypothek neben einer Verkehrshypothek für dieselbe Forderung nicht im Wege freiwilliger Beantragung erreicht werden kann, so liegt die Sache doch anders, wenn der Gläubiger die Sicherungshypothek kraft seines gesetzlichen Vollstreckungsrechtes erstrebt. Hier steht ihm das Gesetz selbst gem. § 867 ZPD. zur Seite. Da ein Grundsatz des Liegenschaftsrechts die Möglichkeit, daß für die nämliche Forderung neben einer Hypothek i. S. des § 1113 BGB. auf einem anderen Grundstück eine Sicherungshypothek besteht, nicht schlechthin ausschließt, so hat das RG. die vormalis unentschiedene gebliebene Frage später zugunsten des Gläubigers entschieden (RGZ. 98, 106 ff.; HöchstN.-Spr. 1935 Nr. 1578).

Die sich an diese Rechtslage anschließenden Rangschwierigkeiten sind nicht unlösbar und sind auch tatsächlich unter Führung des RG. von der Rspr. in befriedigender Weise gelöst worden. Weit einfacher ist rechtlich aber der Fall gelagert, daß neben der Zwangshypothek eines Gläubigers mit ihrem besonderen grundbuchlichen Rang noch ein besonderer persönlicher Vollstreckungstitel seitens desselben Gläubigers erwirkt und dann lediglich aus diesem die Zwangsversteigerung betrieben wird.

Betreibt ein Hypothekengläubiger die Zwangsversteigerung auf Grund eines nur wegen seiner persönlichen Forderung erlangten Schuldtitels, so hat er in dem Verfahren nur die Stellung eines persönlichen Gläubigers in der fünften Rangklasse des § 10. Seine eigene Hypothek fällt in das geringste Gebot und bleibt zuschlagsmäßig bestehen (vgl. Busch, ZBlZG. 9, 523; RaunbRZ. 1909, 62 [ZG. Stendal]; Reinhard, R. 10, 363<sup>12</sup>, 807; DLG. 30, 121; ZBlZG. 5, 720; ZG. Darmstadt: HessRspr. 27, 175; K o r i n t e n b e r g - W e n z, S. 163 Ziff. 3 Abs. 2; R e i n h a r d - M ü l l e r, Handausg., 8. Aufl., § 16 Anm. 4; § 44 Anm. 4 Abs. 2).

Wie sich aus der verschiedenen Wirkung der Zulassung der Zwangsvollstreckung wegen der persönlichen und der dinglichen Forderung (RGZ. 76, 116 = JW. 1911, 538) und auch unmittelbar aus § 26 ZwVerfStG. ergibt, muß an sich zwischen der Anordnung der Versteigerung aus einer persönlichen Forderung und derjenigen wegen eines Anspruches aus einem eingetragenen Recht streng unterschieden werden. Die Bezeichnung des Anspruches kann durch eine ergänzende Verweisung auf den vollstreckbaren Titel ersetzt werden. Dies gilt auch in einem Falle, in dem der Titel sowohl den persönlichen als auch den dinglichen Anspruch umfaßt. Immer aber hat der betreibende Gläubiger alle Veranlassung, den Anspruch, wegen dessen er tatsächlich die Zwangsversteigerung beantragen will, genau im einzelnen zu bezeichnen, damit jedes Mißverständnis unbedingt ausgeschaltet wird. Nur dann kann er sich gegebenenfalls auf ein Verschulden des Versteigerungsrichters berufen, daß dieser bei

Berechnung des geringsten Gebots nach § 44 ZwVerfStG. die Berechnung zu Unrecht so vorgenommen habe, als sei die Zwangsversteigerung von dem Gläubiger nur wegen einer persönlichen Forderung erfolgt (vgl. RGZ. 134, 56 ff. = JW. 1932, 1554<sup>7</sup> m. Anm.).

Der Hypothekengläubiger, der die Beschlagnahme nur für seine persönliche Forderung erwirkt, verliert dadurch nicht seine Stellung als Hypothekengläubiger; wenn er auch nicht für die geltend gemachte persönliche Forderung den Rang seiner Hypothek in Anspruch nehmen kann, so kommen doch diese ihm zustehende Hypothek und alle ihm nachgehenden dinglichen Rechte, soweit sie vor der Beschlagnahme begründet sind, in das geringste Gebot (vgl. F r a e b, Handausg., § 16 V Abs. 2). Daran wird auch nichts durch den Nachweis, daß es sich bei der geltend gemachten persönlichen Forderung des Gläubigers um seine durch die ihm zustehende Hypothek gesicherte Forderung handelt, geändert. In der Feststellung des geringsten Gebots nach Maßgabe der Eintragung des betreibenden Gläubigers gelangt das dingliche Recht des Gläubigers gegen den Eigentümer zur Verwirklichung. Diese Verwirklichung kann aber ausschließlich nur dann eintreten und vorgenommen werden, wenn zuvor das dingliche Recht des Gläubigers vollstreckbar gemacht, d. h. ein dinglicher Vollstreckungstitel von dem Gläubiger erwirkt worden ist. Wer davon absieht, und sich bei Feststellung des geringsten Gebots damit abfindet, daß die vollstreckbar gemachte persönliche Forderung des Gläubigers auch für diesen im Grundbuch als Hypothek in irgendeiner Form eingetragen ist, der verkennet den Begriff der Urteilswirkung. Dem steht auch nicht entgegen, daß der betreibende Gläubiger gleichzeitig etwa Barzahlung aus dem Versteigerungserlöse und Berücksichtigung seiner Hypothek als einer bestehenden bleibenden bei Feststellung des geringsten Gebots in der gedachten Art verlangen kann. Die persönliche Forderung des Gläubigers erlischt, soweit sie tatsächlich zur Hebung gelangt, und die Hypothek geht nach § 1164 BGB. in dieser Höhe von dem betreibenden Gläubiger auf den Subhaftaten über (vgl. F r a e b, Handausg., § 10 Ziff. 5 II und III; § 16 V).

Mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Hypothek sowie auch angeblich unannehmbare praktische Ergebnisse, zu denen nach früherer Ansicht das Nichtbeachten der Identität des vollstreckbaren Anspruchs mit der Hypothekensforderung führen müßte, kann die gegenteilige Meinung heute nicht mehr für die Verkehrshypothek gerechtfertigt werden. Da aber, wie eingangs dargelegt, die allgemeinen Vorschr. auch auf die Zwangshypothek Anwendung finden, so kann bzgl. ihrer nichts anderes gelten. Jedenfalls muß auch bei bestehender Zwangshypothek seitens des Gläubigers im Zwangsversteigerungsverfahren einseitig zum Ausdruck kommen, daß es der dingliche Anspruch ist, der verfolgt werden soll; soll dies der Fall sein, dann muß ein dinglicher Vollstreckungstitel beigebracht werden. Erwirkt z. B. der Gläubiger im Konkurs des Versteigerungsschuldners eine von diesem als Gemeinschuldner nicht bestrittene Feststellung der durch eine Zwangshypothek gesicherten Konkursforderung, so würde es nach der gegnerischen Ansicht möglich sein, daß diese Vollstreckbarkeit des persönlichen Anspruchs (§ 164 R.D.) von dem absonderungsberechtigten Konkursgläubiger sofort zur abgesonderten Befriedigung benutzt werden könnte. Nach § 14 darf er aber als persönlicher Gläubiger nicht zur Vollstreckung schreiten. Andernfalls könnte dies auch nur im Range der Klasse 5 des § 10 ZwVerfStG. geschehen unter Bestehenbleiben seiner Zwangshypothek nebst allen übrigen Grundbuchrechten (so jetzt auch J ä g e r, R.D., 6./7. Aufl., § 47 Anm. 10). Nur in dem Sonderfall des § 174 ZwVerfStG., d. h. also, wenn der Konkursverwalter selbst die Zwangsversteigerung in dem besonders geregelten Verfahren der §§ 172 ff. ZwVerfStG. betreibt, kann ein Gläubiger auch ohne Vollstreckbarkeit eine Ausbietung auf der Grundlage seines dinglichen Anspruches erwirken.

RG. Dr. F r a e b, Hanau.

\*

**Rassel**

49. § 42 Abs. 1 Nr. 3 PrVO. v. 26. Dez. 1808; § 599 I 21 ALR.; § 154 ZwVerfG. Zur Rechtsnatur der Sequestration von Staatsdomänen. Der Staat haftet nicht für ein Verschulden der Sequester.

Die Regierung in R. hat die Sequestration der Domäne Sch. eingeleitet. Der Kl. ließ daraufhin den Anspruch des Pächters auf Auszahlung des Überschusses der Sequestration pfänden und sich zur Einziehung überweisen. . . .

Ein Sequestrationsüberschuß hat sich nicht ergeben.

Der Kl. behauptet, dies sei auf die Fahrlässigkeit der Sequester zurückzuführen und macht den preuß. Staat für seinen Schaden verantwortlich.

Die Rechtsnatur der Sequestration ist bestritten und restlose Klarheit auch heute noch nicht geschaffen. Während das RG. in seiner Entsch. v. 28. März 1913 (RGZ. 82, 97) die Sequestration nach den Vorschriften des § 599 I 21 ALR. behandelt, neigt heute die überwiegende Ansicht dazu, die Sequestration der Zwangsverwaltung nach dem ZwVerfG. gleichzustellen (vgl. Gruch. 71, 235 ff.). Dieser Ansicht schließt sich der Senat an.

Zwangsverwalter und Sequester sind berechtigt, den Besitz über die dem Verfahren unterliegenden Grundstücke zu ergreifen. Beide üben das dem Schuldner entzogene Recht der Verwaltung und Benutzung der Grundstücke zum Zwecke der Befriedigung — sei es des betreibenden Gläubigers, sei es des Staates — aus. Beide haben das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und es ordnungsmäßig zu bewirtschaften.

Zwangsverwalter und Sequester unterstehen gewissen Grenzen der Aufsicht — sei es des VollstrGer., sei es des Staates. Beide sind verpflichtet, nach Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen.

Diese Gleichartigkeit der Stellung läßt es auch angebracht erscheinen, beide im gleichen Umfange haften zu lassen. Der Sequester ist daher ebenso wie der Zwangsverwalter (§ 154 Satz 1 ZwVerfG.) allen Beteiligten verantwortlich. Der Staat haftet für ihn jedoch ebensowenig wie für den Zwangsverwalter (vgl. Reinhard-Müller, ZwVerfG., 3./4. Aufl. 1931, § 153 Anm. 1; Brand-Waur, ZwVerfG., 1930, § 115 I S. 465).

Diese Ansicht herrscht jetzt auch in der preuß. Staatspraxis. Während der Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten noch in seiner Kundverfügung v. 28. Jan. 1928 von der starken Belastung für den Fiskus sprach, die „die rechtlich noch ungeklärte Frage über die Haftung des Sequesters für die Wirtschaftsführung bilde“, hat er sich in seiner AllgVfg. v. 15. Dez. 1930 eindeutig auf den oben gekennzeichneten Standpunkt gestellt und die Regierungen angewiesen, ihr Verhältnis zu den Sequestern dieser Stellungnahme anzupassen. Seitdem wird in die Geschäftsanweisungen der Sequester, die an Stelle des früher üblichen „Sequestervertrages“ getreten sind, u. a. die Bestimmung aufgenommen, daß „der Sequester für die ihm obliegenden Verpflichtungen allen Beteiligten gegenüber verantwortlich ist“. Diese Best. entspricht fast wörtlich dem § 154 Satz 1 ZwVerfG.

Eine Haftung (Art. 131 MVerf.) ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Sequester ein Beamter sein sollte, weil der Sequester nicht in Ausübung öffentlicher Hoheitsrechte handelt. Seine Tätigkeit ist weder unmittelbar auf die Verwirklichung öffentlicher Zwecke gerichtet, noch zu diesem Zwecke mit gewissen hoheitlichen Zwangsbefugnissen ausgestattet. Zwar wird er auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaktes zu dem Amte berufen (in gleicher Weise wie der Zwangs- oder der Konkursverwalter); danach aber übt er in nichtbeamtlicher Eigenschaft seine Tätigkeit aus. Die Tatsache allein, daß der Sequester zur Durchführung seiner Tätigkeit sich gewisser Zwangsmaßnahmen bedienen kann, macht ihn ebensowenig zum Träger hoheitlicher Verwaltung wie einen Zwangsverwalter nach dem ZwVerfG. Der Befl. haftet daher auch nicht nach § 839 BGB. i. Verb. m. Art. 131 MVerf. für den Sequester.

Auch aus § 831 BGB. kann ein Anspruch nicht hergeleitet werden.

Allerdings ist zur Anwendung dieser Best. nicht Voraussetzung, daß der zu einer Verrichtung Bestellte auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird. Die Best. kann auch nach den Normen des öffentlichen Rechtes erfolgen. Erforderlich ist jedoch, daß der zu einer Verrichtung Bestellte an die Anordnungen des Bestellers über die Ausführung der Verrichtung gebunden und von dessen Willen bei der Ausführung abhängig ist. Wer die aufgetragene Tätigkeit als selbständiger Unternehmer ausführen soll, über seine Person frei verfügen und Zeit und Umfang seiner Tätigkeit selbst bestimmen kann, ist nicht i. S. des § 831 BGB. zu einer Verrichtung bestellt (vgl. RGRKomm., 8. Aufl. 1934, § 831 Anm. 2 S. 659).

Aus den übereinstimmenden „Sequesterverträgen“ ergibt sich, daß die Sequester hier nur in geringem Umfange den Anweisungen der Regierung unterworfen waren, im übrigen aber ihre Tätigkeit frei gestalten konnten. Sie hatten lediglich am Monatsschluß Rechnung zu legen und bedurften im übrigen zu einigen wichtigen Maßnahmen der Genehmigung der Regierung. Durch diese Best. wurden sie jedoch nicht zu untergeordneten unselbständigen Ausführungsorganen herabgedrückt, blieben vielmehr bei der Durchführung der Sequestration völlig selbständig (freilich wäre zur Stärkung der Stellung der Sequester wünschenswert gewesen, wenn diese Befonderheit in den „Sequesterverträgen oder Anweisungen“ klarer hervorgehoben worden wäre). Sie waren also nicht i. S. des § 831 BGB. zu einer Verrichtung bestellt, ebensowenig wie der Zwangsverwalter, der auch in gewissem Umfange an Anweisungen des Gerichtes gebunden ist.

(Ostg. Rassel, 2. ZivSen., Urt. v. 27. Febr. 1936, 2 U 169/35.)

\*

**Rönigsberg**

50. § 7 II 15 PrALR. Das Aufstellen eines Obstwagens auf dem Straßengelände zum Betreiben eines Straßenhandels mit Obst von diesem Wagen aus fällt nicht unter Gemeingebrauch. †)

Der Befl. betreibt den Straßenhandel mit Obst in R. in der Weise, daß er mit seinem Obstwagen regelmäßig auf dem Fahrdamn der Wolff-Dittler-Straße, die im Eigentum der Stadtgemeinde steht, vor dem Messehauptgebäude aufstellung nimmt und von dort aus seine Waren verkauft. Dieser Platz ist ihm von der Polizei angewiesen worden. Die Polizei hat im Interesse des Verkehrs den Straßenhandel im Umherziehen in allen Straßen erster Ordnung durch PolVO. verboten und den Handel von Wagenständen aus für ganz R. erlaubnispflichtig gemacht.

Die Kl. verlangt, daß der Befl. das Aufstellen eines Obstwagens auf dem Straßengelände vor der Hauptfront der Messe und überhaupt auf den Straßen und Plätzen der Stadt R. unterlasse.

Die Unterlassungsklage der Kl. als Eigentümerin des Straßengeländes ist dann begründet, wenn die vom Befl. beanspruchte Benutzung der Straße sich nicht mehr im Rahmen des Gemeingebrauchs hält, sondern eine Sondernutzung der Straße darstellt. Mit Recht geht das LG. in Anlehnung an die Rspr. des RG. davon aus, daß sich Inhalt und Grenzen des Gemeingebrauchs nicht allgemein feststellen lassen, sondern sich unter Berücksichtigung der Entwicklung der örtlichen Verhältnisse aus der allgemeinen Verkehrsanschauung und Verkehrsübung ergeben. Hierbei ist nicht zweifelhaft, daß, sollte sich ein derartiger Gemeingebrauch entwickelt haben, er nicht dadurch beendet werden könnte, daß einzelne Händler freiwillig oder, um den Schwierigkeiten seitens der Kl. zu entgehen, gezwungenermaßen eine Platzmiete bezahlt haben.

Dem Gericht ist aus eigenem Wissen bekannt und dieses wird auch durch die Auskunft der hiesigen Industrie- und Handelskammer bestätigt, daß es bis in die Zeit vor dem Kriege in R. den Straßenhandel fast ausschließlich nur von festen Ständen, wie Buden, Tischen oder Bänken, oder den Straßenhandel im

Umherziehen und Umherfahren gegeben hat. Soweit damals ein Straßenhandel mit Wagen von festen Plätzen überhaupt schon ausgeübt wurde, so jedenfalls in so geringem Umfange, daß aus dieser Übung einiger weniger Händler sich ein Gemeingebrauch noch nicht entwickeln konnte, denn damals konnte sich aus dieser vereinzeltten Gebrauchmachung eine allgemeine Verkehrsanschauung und Übung überhaupt nicht bilden. Es kann deshalb auf die unwiderlegte Behauptung der Kl., daß sie auch schon vor dem Kriege bei derartigem Straßenhandel stets Platzmietverträge gefordert und auch abgeschlossen habe, nicht ankommen.

Erst in der Nachkriegszeit nahm der Straßenhandel im Umherziehen, insbes. der Obsthandel, infolge der fortschreitenden Arbeitslosigkeit einen immer größeren Umfang an, und es konnte nicht ausbleiben, daß die Händler an wenigen bevorzugten Stellen sich zusammendrängten und hier mit ihren Wagen dauernd stehenblieben. Die Kl. war stets bemüht, die Bildung eines derart weitgehenden Gemeingebrauchs an den Straßen dadurch auszuschließen, daß sie von den Händlern Mietverträge verlangte. Wenn man auch annehmen kann, daß es der Kl. sogar auch zum Teil mit Hilfe der Polizei nicht immer gelungen ist, bei sämtlichen derartigen Händlern den Abschluß eines Mietvertrages durchzusetzen, so konnte sich doch ein Gemeingebrauch nur auf Grund des Verlangens oder der Übung der Händler nicht bilden. Es hätte, wenn auch nur anfänglich, die stillschweigende Duldung der Kl. hinzukommen müssen. Dies ist aber nicht der Fall. Die Kl. ist nicht etwa erst nachträglich gegen einen bereits bestehenden Gemeingebrauch eingeschritten, sondern sie hat ständig mit mehr oder weniger Erfolg, aber doch nachhaltig den Abschluß von Mietverträgen verlangt und ohne diese den Handel von Wagenständen aus verhindert. Daß der Widerspruch der Kl. gegen die Bildung eines soweit gehenden Gemeingebrauchs auch in den Kreisen der Straßenhändler Beachtung gefunden hat, ergibt sich daraus, daß von den etwas mehr als 100 Obsthändlern, die in K. von festen Wagenständen aus handeln — die übrigen im Umherziehen handelnden Straßenhändler interessieren hier nicht — schon von jeher eine erhebliche Anzahl Mietverträge mit der Kl. abgeschlossen hat. Diese Einstellung der Händler wäre nicht ganz verständlich, wenn sich eine allgemeine Verkehrsanschauung gebildet hätte, daß dieser Handel zum Gemeingebrauch gehörte und deshalb ungehindert und unentgeltlich ausgeübt werden dürfte, und zwar insbes., nachdem seit dem Jahre 1933 auch die Polizei es abgelehnt hat, zum Schutze der Privatrechte der Kl. einzuschreiten.

Weiter ergibt die unstreitige Darstellung der Parteien, daß die Polizei für die Stadt K. allgemein voraus bestimmt hat, welche Plätze von den Straßenhändlern mit ihren Wagen eingenommen werden dürfen, daß im übrigen aber eine Aufstellung ohne polizeiliche Erlaubnis verboten ist, ein Verbot, zu dem die Polizei auf Grund der bestehenden StrafPolV.D. berechtigt ist. Damit hat auch die Polizei praktisch den Standpunkt eingenommen, daß ein Gemeingebrauch zu einer so weitgehenden Benutzung der Straßen nicht vorhanden ist, sondern daß diese Art der Benutzung nicht jedermann, sondern nur einigen wenigen — unter anderem auch dem Bekl. — aber erst nach polizeilicher Erlaubnis gestattet werden könnte. Wenn der PolPräf. in seiner Stellungnahme dennoch den Straßenhandel in der streitigen Form, sofern dadurch der Verkehr nicht behindert wird, als im Rahmen des Gemeingebrauchs liegend hält, so steht diese Äußerung in Widerspruch mit der tatsächlichen Einstellung der Polizei bei Ausübung eines Erlaubniszwanges in der Praxis.

Hat sich demnach der vom Bekl. behauptete Gemeingebrauch an den Straßen der Kl. nicht gebildet, so ist der Unterlassungsanspruch der Kl. begründet.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 16. März 1936, 3 U 257/35.)

**Anmerkung:** Der Entsch. des OLG. Königsberg, wonach das Aufstellen eines Obstwagens auf dem Straßengelände und das Betreiben eines Straßenhandels mit Obst von diesem Wagen aus in Königsberg i. Pr. nicht unter Gemeingebrauch fällt, ist zuzustimmen.

Die Entsch. stimmt im Ergebnis überein mit den Entsch. des OLG. Berlin v. 15. Okt. 1929 (RGBl. 30, 17) und vom

23. Jan. 1931 (RGBl. 31, 39), in denen für Berlin der gleiche Standpunkt eingenommen wurde.

Die Besonderheit des Falles liegt hier darin, daß die Ortspolizeibehörde in Königsberg i. Pr. sich auf den Standpunkt gestellt hatte, daß der hier in Frage kommende Straßenhandel noch innerhalb des Gemeingebrauchs liege. Das OLG. folgt dieser Auffassung nicht.

Inhalt des Gemeingebrauchs ist das nach der allgemeinen und regelmäßigen Gestaltung des Verkehrs Übliche und Zulässige. Darunter kann auch der Straßenhandel fallen. Erlaubt ist jede Benutzung des Weges, die man noch unter den Verkehrszweck bringen kann. Die Grenzen sind aber örtlich recht verschieden.

Nach den Feststellungen des Urteils hat die Stadtgemeinde als Eigentümerin des Straßengeländes sich nachdrücklich einem Straßenhandel von einem festen Wagenstand aus widersetzt. Die Beteiligten haben sich größtenteils nach dieser Auffassung gerichtet.

Nun kommt es allerdings nicht entscheidend auf den Standpunkt der Eigentümerin des Straßengeländes an. Diese wird oft aus fiskalischen Gründen die Grenze des Gemeingebrauchs möglichst eng gehalten wissen wollen. Eine Grenze des Gemeingebrauchs aber, die den herkömmlichen Anschauungen über das allgemein und regelmäßig Übliche und Zulässige widerspricht, würde unbeachtlich sein (vgl. meine Ann. zu der Entsch. des RG. v. 7. Febr. 1936 [RGBl. 150, 216 = JW. 1936, 1600]).

Die Auffassung der örtlichen Polizeibehörde über die örtlichen Verhältnisse und herkömmlichen Anschauungen ist dabei tatsächlich von besonderer Bedeutung.

Unrichtig ist hier aber die Annahme des OLG., die tatsächliche Einstellung der Polizei bei Ausübung ihres Erlaubniszwanges in der Praxis stünde im Widerspruch zu dem in dem Rechtsstreit von der Polizeibehörde eingenommenen Standpunkte, der Straßenhandel falle hier noch unter Gemeingebrauch. Der PolV.D., in der eine Aufstellung von Verkaufswagen ohne polizeiliche Genehmigung verboten wurde, lagen lediglich verkehrspolizeiliche Erwägungen zugrunde. Die Polizei kann aber den Gemeingebrauch Beschränkungen unterwerfen; sie kann sogar ein Verbot der Ausübung des Gemeingebrauchs erlassen, sofern dies aus polizeilichen Gründen erforderlich scheint. Den Gemeingebrauch als solchen kann die Polizei allerdings nicht beseitigen, so lange die öffentliche Sache dem Gemeingebrauch gewidmet bleibt. Die Polizei hat den Gemeingebrauch nur zu regeln, damit seine Ausübung durch den Einzelnen verträglich bleibt mit der gleichen Freiheit der anderen und mit dem guten Bestand der Sache, die dieser Freiheit dient (vgl. Otto Mayer II, 83 § 37 III). Eine aus polizeilichen Gründen erfolgte Beschränkung des Gemeingebrauchs durch PolV.D. läßt somit keinen Schluß zu, daß Gemeingebrauch nicht besteht. Die Auffassung des OLG., die Stellungnahme der örtlichen Polizeibehörde sei widerspruchsvoll, ist daher unrichtig.

Andererseits hat das OLG. aber mit rechtlich unanfechtbaren Gründen angenommen, daß entgegen der Auffassung der Polizeibehörde der Straßenhandel hier das allgemein Zulässige und Übliche überschreite.

Die Auffassung der Polizei über das Verkehrsübliche und örtlich Herkömmliche ist nicht ausschlaggebend und keinesfalls für die Gerichte bindend. Entscheidend ist, ob der Eigentümer, der eine bestimmte Benutzungsart hindern will, sich mit den allgemeinen und herkömmlichen Anschauungen über den Inhalt des örtlichen Gemeingebrauchs, den das Gericht von sich aus festzustellen hat, in Widerspruch setzt. Für vorl. Fall kann man aber nicht sagen, daß der Straßenhandel von einem festen Wagenstand aus so allgemein üblich ist, daß ihn jedermann auf Grund der allgemeinen Benutzung des Straßengeländes vornehmen könnte. Ein solcher Gemeingebrauch kann sich bilden, aber es muß eine entsprechende allgemeine Auffassung dahingehend eindeutig festgestellt werden. Im Zweifelsfall ist dies für eine Benutzung wie im vorl. Falle nicht anzunehmen.

RA. Dr. v. Böhlen, Berlin.

51. §§ 883, 888 BGB.; §§ 91, 92, 119 ZwVerfG. Der vom RG.: JW. 1934, 1965<sup>4</sup> = RGZ. 144, 281 ausgesprochene Grundsatz der strengen Surrogation gilt auch für den Fall, daß das durch die Vormerkung gesicherte Wiederkaufsrecht zur Zeit des Zuschlags noch nicht geltend gemacht war. Das Wiederkaufsrecht besteht kraft der Vormerkung mit den ursprünglich vereinbarten Bedingungen an dem Grundstückserlös weiter.†)

Im Grundbuche des Grundstücks K., P.straße 8, stand in Abt. II unter Nr. 2 für die Befl. eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auslassung (Wiederkaufsrecht), ferner in Abt. III unter Nr. 5 — im Range unmittelbar hinter der vorerwähnten Vormerkung — für die Kl. eine Grundschuld von 5000 GM. eingetragen. Das Grundstück kam zur Zwangsversteigerung und wurde der Kl. zugeschlagen. Die Vormerkung der Befl. und die Grundschuld der Kl. lagen nicht in geringstem Gebot und erloschen durch den Zuschlag.

Bei der Verteilung verblieb nach Befriedigung der den Rechten der Parteien vorgehenden Ansprüche eine Restmasse von 5515,58 GM., die rangmäßig auf das Liquidat der Befl. entfiel. Die Kl. erhob gegen das Liquidat der Befl. Widerspruch. Nunmehr nahm der Versteigerungsrichter eine Eventualzuteilung der Restmasse an die Parteien — bedingt durch die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Widerspruchs — vor.

In Verfolg des erhobenen Widerspruches hat die Kl. gegen die Befl. Klage erhoben und folgendes geltend gemacht:

Der Befl. stehe ein Ersatzanspruch für die ausgefallene Vormerkung nicht zu. Sie habe das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt. Eine Ausübung des Rechtes komme seinem Inhalte nach praktisch überhaupt nicht in Frage, da der Wiederkaufspreis in keinem angemessenen Verhältnis zum Grundstückswert stehe. Das Recht der Befl. sei also wertlos. Sie könne einen Anspruch auf den Verteilungserlös nicht erheben.

Die Befl. hat den Standpunkt vertreten, ein Widerspruchrecht sei der Kl. nicht gegeben, da die Eintragung ihrer Grundschuld gegenüber dem Recht der Befl. unwirksam sei.

Das Wiederkaufsrecht sei auch keineswegs wertlos. Ihr, der Befl., stehe ein Betrag zu, der der Summe der nachstehenden Belastungen entspreche.

Das LG. hat den Widerspruch der Kl. für begründet erklärt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Befl.

Grundbuchmäßig hat die Vormerkung der Befl. einen besseren Rang als die Grundschuld der Kl.

Die Wirkung der Vormerkung besteht nach den §§ 883, 888 BGB. der Kl. als Nachberechtigten gegenüber darin, daß das Recht der Kl. dem als wirksam festgestellten und geltend gemachten Anspruch der Befl. gegenüber unwirksam ist (JW. 1934, 1965<sup>4</sup>, 2400<sup>5</sup> = RGZ. 144, 283). Wäre das der Vormerkung zugrunde liegende Wiederkaufsrecht vor der Versteigerung ausgeübt worden, so hätte zur Erfüllung des Anspruchs aus der Auslassungsvormerkung die Befreiung des Grundstücks von den nach der Eintragung der Vormerkung darauf gelegten Belastungen, also auch von der Grundschuld der Kl., gehört (Staudinger § 883 BGB. Anm. 42; RG.: JW. 1934, 1965<sup>4</sup>, 2400<sup>5</sup>). Vorliegend bedingt der Ausgang des Zwangsversteigerungsverfahrens eine besondere Beurteilung. Da die Vormerkung nicht im geringsten Gebot lag, erlosch sie durch den Zuschlag (§§ 52 Abs. 1, 91 ZwVerfG.). Nach § 92 ZwVerfG. trat an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös dertat, daß den Haftungsgegenstand nunmehr statt des Grundstücks der Versteigerungserlös bildete (RG.: JW. a. a. O.; SeuffArch. 62, 126 Nr. 74). Es entsteht die Frage, ob und inwieweit hier der Vormerkungsberechtigte eine Beteiligung am Versteigerungserlös beanspruchen kann.

Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich für den Fall, daß der vorgemerkte Anspruch auf Übertragung des

Eigentums (durch Ausübung des Wiederkaufsrechts) schon vor der Versteigerung entstanden ist, ohne weiteres aus der oben wiedergegebenen Wirkung der Vormerkung. Der Berechtigte kann in solchem Falle die Befreiung aller nach der Vormerkung eingetragenen Belastungen verlangen. Dies hat im Zwangsversteigerungsverfahren, nachdem die Vormerkung durch den Zuschlag erloschen und an die Stelle des Grundstücks der Versteigerungserlös als Haftungsgegenstand getreten ist, zur Folge, daß der Vormerkungsberechtigte Anspruch auf den Versteigerungserlös erheben kann, soweit der Erlös nicht auf Rechte zuzuteilen ist, die dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirksam sind, also auf Rechte, die der Vormerkung im Range vorgehen (Reinhardt-Müller § 119 ZwVerfG. Anm. II, 6; Korintenberg-Wenz § 114 ZwVerfG. Anm. 3 c; RG.: JW. a. a. O.; Warneher, Jahrbuch der Entsch., ErgBd. 1908 Nr. 307; SeuffArch. 62, 126 Nr. 74). Es seien sich eben Rechte, die nach § 91 ZwVerfG. mit dem Zuschlag erlöschen, mit ihrem alten Rechtsgehalt am Versteigerungserlös fort. Dies gilt auch für Vormerkungen (RG.: JW. a. a. O.). Wäre vorliegend demnach das Wiederkaufsrecht vor der Versteigerung ausgeübt, so wäre der Befl. der Resterlös zuzuteilen gewesen, ohne daß die Kl. diesem Anspruch ihr gegenüber der Vormerkung unwirksames Recht hätte entgegensetzen können.

Tatsächlich hat die Befl. aber das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt, und es fragt sich, ob sie auch in diesem Falle den Versteigerungserlös, soweit er nicht an die voreingetragenen Berechtigten zur Verteilung gelangt ist, an sich ziehen kann. Das RG. hat diese Frage, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. In den Entsch., abgedr. in JW. 1934, 1965<sup>4</sup>, 2400<sup>5</sup> und bei Warneher 1928 Nr. 135 hat es die Frage offen gelassen. Den Schlüssel für die Entsch. bieten auch hier die oben erörterten grundsätzlichen Erwägungen. Mit dem Zuschlag erlosch wohl die Vormerkung, nicht aber das Wiederkaufsrecht, das der Vormerkung zugrunde lag. Vielmehr steht der Befl. der schuldrechtliche Anspruch gegen den früheren Eigentümer aus dem Wiederkaufsrecht in dem unten noch näher zu erörternden Sinne nach wie vor zu. Nur die grundbuchmäßige Sicherung dieses Rechtes durch die Auslassungsvormerkung ist infolge des Zuschlags hinfällig geworden. Besteht somit auch weiter die Möglichkeit einer Ausübung des Wiederkaufsrechtes, so ist kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, die Wirkung der Ausübung des Rechtes anders als in dem Falle zu beurteilen, in dem das Recht schon vor dem Zuschlag entstanden war. Der Anspruch aus dem Wiederkaufsrecht ist bedingt durch die Ausübung des Rechtes. Wird das Recht geltend gemacht, so gelangt der Anspruch der Befl. zur Entstehung, soweit sich vorliegend nicht aus der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens eine Besonderheit ergibt. Diese Besonderheit besteht, wie dargelegt, darin, daß die Vormerkung und damit die dingliche Sicherung des Wiederkaufsrechtes erloschen und daß an die Stelle des Grundstücks als Haftungsgegenstand der Versteigerungserlös getreten ist (RG.: JW. a. a. O.). Dieser Haftungsgegenstand muß der Befl. demnach zur Verfügung stehen, sobald ihr jetzt noch bedingter Anspruch zur Entstehung gelangt. Aus der Sachlage ist keine Rechtfertigung für die Annahme zu entnehmen, daß der lediglich bedingte Anspruch der Befl. einen anderen Inhalt haben sollte als ein etwa schon vor der Versteigerung zur Entstehung gelangter Anspruch. Danach hat die Befl. auch vorliegend auf Grund ihrer Auslassungsvormerkung einen bedingten Anspruch auf Zuteilung des Versteigerungserlöses, soweit er nicht an die Vorberechtigten zur Auszahlung gelangt ist. Es wäre demgemäß seitens des Vollstreckungsgerichts eine entsprechend bedingte Zuteilung vorzunehmen gewesen (Reinhardt-Müller § 119 ZwVerfG. Anm. II 6; Korintenberg-Wenz § 114 ZwVerfG. Anm. 3 c; Warneher, Nspr. des RG. 1928, 274 Nr. 135).

Diese bedingte Zuteilung stellt sich nicht als ein völlig anders gearteter Anspruch, der ohne einen entsprechenden Antrag der Kl. ihr nicht zugesprochen werden könnte, sondern im Verhältnis zu dem gestellten Klageantrag als ein „minus“ dar. Daraus folgt, daß grundsätzlich der Widerspruch der

kl. insoweit Berechtigung hat, als bei der Zuteilung die auf-schiebende Bedingung, von der die Entstehung des Rechtes der Bekl. abhängig ist, zu berücksichtigen ist (§ 119 ZwVerfG.).

Einer entsprechend bedingten Zuteilung steht nicht der von der Kl. vertretene Gedanke entgegen, die Ausübung des Wiederkaufsrechtes komme für die Bekl. praktisch überhaupt nicht in Frage, da der Wiederkaufspreis weit höher als der Wert des Grundstücks sei, es sei also das Wiederkaufsrecht der Bekl. wertlos. Freilich müßte jeder Anlaß, für den Fall der Ausübung des Rechtes einen Haftungsgegenstand in Form des restlichen Versteigerungserlöses bereitzustellen, dann entfallen, wenn wirklich das Wiederkaufsrecht der Bekl. keinen Wert hätte und seine Ausübung niemals in Frage käme. Für den vorliegenden Fall aber kann dieser Standpunkt der Kl. keine Bedeutung gewinnen. Nach dem Vertrage hat die Bekl. das Recht, während der Dauer von 100 Jahren das Wiederkaufsrecht auszuüben und damit den Auflassungsanspruch zur Entstehung zu bringen. Die Ausübung des Rechtes ist in ihr freies Belieben gestellt. Die Möglichkeit, daß sie von ihrem Recht Gebrauch machen wird, ist nach Lage des Falles durchaus gegeben, und es muß damit gerechnet werden, daß ihr während der Dauer des Wiederkaufsrechtes dessen Gebrauch zu irgendeinem Zeitpunkt vorteilhaft erscheinen kann. (Wird näher ausgeführt.)

Nach alledem ist das Wiederkaufsrecht nicht als völlig wertlos zu beurteilen und kann es von der Berücksichtigung im Verteilungsverfahren nicht ausgeschlossen werden. Vielmehr muß für den Fall, daß die Bekl. von ihrem Recht Gebrauch macht, ihr der restliche Versteigerungserlös, der als Surrogat an die Stelle des Grundstücks getreten ist, zur Verfügung bleiben. Er wird erst frei, wenn entweder die Bedingung eintritt, oder wenn wegen Ablaufes des im Vertrage festgelegten Zeitraumes von 100 Jahren die Ausübung des Wiederkaufsrechtes ausgeschlossen ist.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Denn daß die Kl. nicht den restlichen Versteigerungserlös schließlich für sich beanspruchen kann, hat in der Tatsache seinen Grund, daß ihrer Grundschuld die Vormerkung der Bekl. im Range vorgeht und daß derselben Rangfolge das Recht beider Parteien auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös unterworfen ist. Andererseits entspricht es der Sachlage, daß auch der Bekl. ein Recht aus dem Versteigerungserlös nur unter der Voraussetzung eingeräumt wird, daß sie von ihrem Wiederkaufsrecht tatsächlich Gebrauch macht und dadurch den Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung eingetragen war, zur Entstehung bringt. Unbefriedigend ist das Ergebnis höchstens in der Richtung, daß der sich aus der bedingten Zuteilung ergebende Schwebzustand sich möglicherweise auf die Dauer von nahezu 100 Jahren erstrecken soll. Diese Regelung aber ergibt sich zwingend aus dem Inhalt der Wiederkaufsvereinbarung und findet somit in dem Willen der Vertragsparteien ihre hinreichende Rechtfertigung.

(OLG. Königsberg, Ur. v. 16. April 1936, 3 U 249/35.)

Anmerkung: 1. Die vorstehende Entsch. des OLG. Königsberg beruht auf den Grundsätzen, die das RG. in seiner Entsch. v. 28. April 1934 (ZB. 1934, 1965 = RGZ. 144, 283) über die Behandlung einer durch den Zuschlag ersichenden Auflassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren aufgestellt hat. In dieser Entsch. bekannte sich das RG. zu einer folgerichtigen Anwendung des Surrogationsgrundsatzes der §§ 91, 92 ZwVerfG. Es erklärte, daß die Vormerkung, wenn sie auch gem. § 91 ZwVerfG. am Grundstück erlösche, sich „dennoch mit ihrem alten Rechtsgehalt am Versteigerungserlös fortsetze“. Das führte in dem damals entschiedenen Falle dazu, daß der Versteigerungserlös dem Vormerkungsberechtigten ganz auszufolgen war, weil sein durch die Vormerkung gesicherter Anspruch unbedingt und fällig war. In dem der Entsch. des OLG. Königsberg zugrunde liegenden Tatbestand war das Wiederkaufsrecht, dessen Ausübung durch die Vormerkung gesichert war, noch nicht ausgeübt, so daß die Auflassungsverpflichtung weder unbedingt noch fällig war. Das Ur. hat auch für diesen Fall

den von dem RG. vertretenen Grundsatz der strengen Surrogation angewendet, wobei es aber mit Recht darauf hinweist, daß das RG. seinerzeit die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall ausdrücklich offengelassen habe. Man kann dem OLG. Königsberg jedenfalls nicht den Vorwurf machen, daß es den vom RG. anerkannten Grundsatz nicht folgerichtig angewandt habe. Denn wenn der unbedingte und fällige, durch die Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch gem. §§ 91, 92 ZwVerfG. einen unbedingten und fälligen Anspruch auf Auskehrung des an die Stelle des Grundstücks getretenen Versteigerungserlöses erzeugt, so muß sich ein bedingter Auflassungsanspruch, wenn er als solcher durch den Zuschlag erlischt, als bedingter Anspruch auf Auskehrung des an die Stelle des Grundstücks getretenen Erlöses fortsetzen. Für diesen Anspruch auf Auskehrung des Erlöses müssen dann selbstverständlich auch die gleichen Bedingungen und Fälligkeitsvorschriften, die für den Auflassungsanspruch gegolten haben, weiter gelten. Da im vorliegenden Falle das Wiederkaufsrecht, das durch die Vormerkung gesichert war, eine Laufzeit von 100 Jahren hatte, kann die Entsch. u. U. dazu führen, daß der Versteigerungserlös 100 Jahre hinterlegt bleibt; denn so lange kann es dauern, bis der Eintritt oder Ausfall der Bedingung des Auflassungsanspruchs feststeht. Man wird schwerlich behaupten können, daß dieses Ergebnis überzeugend und praktisch sei. Das hat das OLG. auch selbst anerkannt, indem es sich veranlaßt gesehen hat, Ausführungen über die Billigkeit seines Urteils zu machen. Derartige Ausführungen enthalten nämlich, wenn sie überhaupt eine sachliche Bedeutung haben, das Anerkenntnis, daß die Billigkeit sich nicht von selbst versteht. Andernfalls wäre ja eine eigene Billigkeitsbegründung überflüssig.

2. Das Unbefriedigende des Ergebnisses, das das OLG. selbst anerkannt hat, kann man nicht dadurch vermeiden, daß man die vom RG. vertretene und vom OLG. übernommene Surrogationstheorie ablehnt und durch irgendeine Schadenserfaz- oder Werttheorie ersetzt. Man mag dann vielleicht für den vorliegenden Fall auf einfacherem Wege zu einem besseren Ergebnis kommen. Dagegen tauscht man aber eine Unsicherheit und Ungewißheit ein, die in allen Verteilungsverfahren, in denen es sich um die Berücksichtigung von Vormerkungen handelt, zu Zweifeln und Schwierigkeiten führen muß, die der Versteigerungsrichter nicht lösen, sondern nur auf gut Glück in dem einen oder anderen Sinne „durchhauen“ kann. Denn der dem Vormerkungsgläubiger durch den Untergang der Vormerkung am Grundstück entstehende Schaden, auf den es die Schadenserfaztheorien abstellen, oder der Wert der Vormerkung, der nach den Werttheorien für die Berücksichtigung bei der Verteilung maßgebend sein soll, sind Größen, die der Verteilungsrichter mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht feststellen kann (vgl. Boesebeck: ZB. 1934, 2401). Wollte man trotzdem ihre Feststellung durch den Versteigerungsrichter verlangen, so würde das für die Praxis darauf hinauslaufen, daß in jedem derartigen Falle ein Liquidationsprozeß unvermeidbar wäre. Schon aus diesem Grunde muß eine sinn- und zweckentsprechende Auslegung der §§ 91, 92 ZwVerfG. zu einer Ablehnung der Schadenserfaz- und Werttheorien kommen. Hinzu kommt noch, daß diese Theorien, wie das RG. in der eingangs erwähnten Entsch. und Boesebeck a. a. O. dargelegt haben, mit den Vorschriften der §§ 91, 92 ZwVerfG. unvereinbar sind. Es bleibt mithin lediglich die Surrogationstheorie. An ihrer Richtigkeit darf man sich durch ein Ergebnis wie das des OLG. Königsberg nicht irre machen lassen. Denn man darf nicht übersehen, daß nur bei Anwendung dieses Grundsatzes für den Verteilungsrichter überhaupt die Möglichkeit besteht, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu einer Entscheidung zu kommen, die wirklich auch eine Entscheidung sein kann.

3. Es ist nun auch keineswegs so, daß sich für Fälle der vorliegenden Art vom Boden der Surrogationstheorie aus ein befriedigendes Ergebnis überhaupt nicht finden lasse. Das OLG. führt zwar zutreffend aus, daß man die Vormerkung nicht mit der Begründung übergehen dürfe, daß

das Wiederkaufsrecht keinen Wert habe und seine Ausübung niemals in Frage komme. Jedoch gibt es neben der vom OLG. aufgeworfenen Frage noch eine andere Fragestellung, die m. E. in dem vorliegenden und in ähnlich gelagerten Fällen zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Man wird nämlich wie folgt argumentieren müssen: Als die Beteiligten feinerzeit die Wiederkaufsbefugnis für eine Frist von 100 Jahren festlegten, erkannten sie damit ein zweifellos wohl auch bestehendes Interesse der Wiederverkäuferin am Rückwerb des Grundstücks binnen der vereinbarten Frist an. Auf Grund dieser feinerzeitigen Festlegung konnte die Wiederverkäuferin die Frage, ob und gegebenenfalls wann sie das Grundstück zurückerwerben wolle, zu einem ihr geeignet erscheinenden Zeitpunkt entscheiden. Durch das Erlöschen der Vormerkung an dem Grundstück infolge der Nichtaufnahme in das geringste Gebot entfiel aber für die Wiederverkäuferin ein für allemal die Möglichkeit, das Grundstück selbst auf Grund des Wiederkaufsrechts und der Vormerkung zurückzuerwerben. Es kann sich für sie jetzt nur mehr darum handeln, bei einer günstigen Konstellation ein gutes Geschäft zu machen und Geld zu verdienen. Damit aber hat sich die Interessenlage völlig geändert. Das jetzt einzig noch bestehende Interesse der Wiederverkäuferin muß m. E. hinter das Interesse der nachberechtigten Grundstücksgläubiger an einer baldigen endgültigen Klärung zurücktreten. Diese Gläubiger mußten sich zwar die Vormerkung, solange sie an dem Grundstück selbst bestand und zu einem Grundstückserwerb seitens der Wiederverkäuferin führen konnte, mit allen Bedingungen und Fälligkeitsvorschriften vorgehen lassen. Das besagt aber noch lange nicht, daß das gleiche auch für das nunmehr noch allein bestehende Interesse an einem guten Geldgeschäft gelte. Größer als das Interesse der Wiederverkäuferin an einem guten Geldgeschäft ist das Interesse der nachberechtigten Grundstücksgläubiger an einer baldigen Klärung der Rangverhältnisse. Die Veränderung der Interessenlage führt nun nicht etwa dazu, daß die Vormerkung einfach als nicht bestehend behandelt wird. Wohl aber ergibt sich aus ihr, daß die Vormerkungsgläubigerin sich die Entscheidung über die Ausübung ihres Wiederkaufsrechts nicht bis zum Ablauf der 100 Jahre vorbehalten kann, sondern innerhalb angemessener, auf die Interessen der übrigen Beteiligten gebührend Rücksicht nehmenden Frist zu treffen hat. Es hätte also in dem vorliegenden Falle von dem Verteilungsrichter so vorgegangen werden müssen, daß er den Versteigerungserlös hinterlegte, mit der Anordnung, ihn an die Wiederverkäuferin auszuschütten, sofern diese innerhalb einer von ihm zu bemessenden Frist das Wiederkaufsrecht ausübe, widrigenfalls der Erlös an die nachberechtigte Grundschuldgläubigerin auszuschütten sei.

Es ist gewiß zuzugeben, daß es für die Begründung dieses Ergebnisses an einem unmittelbaren Anhalt im Gesetz selbst fehlt. Jedoch dürfte es bei der heutigen Stellung des Richters gegenüber dem Buchstaben des Gesetzes kaum unüberwindbare Schwierigkeiten machen, eine derartige Entsch. zu begründen.

RA. Dr. Carl Hans Barz, Frankfurt a. M.

\*

#### München

52. Die Vereinbarung, daß hinsichtlich der Tilgung einer Hypothekforderung die Aufrechnung ausgeschlossen sei, kann wegen der zwingenden Natur des § 1142 Abs. 2 BGB. nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Zu Urkunde des Notariats M. v. 6. Mai 1935 sind die Zins- und Zahlungsbestimmungen einer Aufwertungshypothek der Städt. Sparkasse M., welche auf dem Anwesen der Hausbesitzerseheleute Josef und Franziska Sch. H.-Nr. 29 an der P.-Straße in M. lastet, abgeändert worden. In der Urkunde ist u. a. bestimmt: „Alle Zahlungen auf Grund dieses Vertrages sind in gesetzlichen Zahlungsmitteln unter Ausschluß der Aufrechnung und eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts zu leisten.“

Das OLG. M., OVA., hat die Abänderungen mit Ausnahme der Zahlungsbestimmung „unter Ausschluß der Auf-

rechnung“ in das Grundbuch eingetragen. Der gegen diese teilweise Ablehnung des Vollzugs der Urkunde von der Städtischen Sparkasse M. erhobenen Beschw. hat das OVA. nicht abgeholfen. Es verwies zur Rechtfertigung seines Standpunkts auf die Entsch. des RG.: JurRdsch. 1927 Nr. 1807 (= DRZ. 1927 Nr. 898) und auf RGRKomm. Anm. 4 zu § 1142 BGB.

Das OLG. M. wies die Beschw. als unbegründet zurück, im wesentlichen unter Ver. auf die vom RG. in der angeführten und in einer weiteren Entsch. (HöchstRspr. 1933 Nr. 911) vertretene Auffassung: Der § 1142 Abs. 2 BGB. stelle eine Art der Hypothek notwendig verbundene gesetzliche Folge auf. Diese könne mit Rücksicht auf die grundmäßig zwingende Natur der sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner mit dinglicher Wirkung nicht beseitigt oder beschränkt werden. Solche Vereinbarungen seien deshalb auch von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen.

Gegen die Entsch. des OLG. wendet sich die weitere Beschw. der Städt. Sparkasse M. Sie stützt sich auf die Ausführungen in dem Aufsat: „Ist die Beschränkung oder der Ausschluß der Aufrechnung des Grundstückseigentümers gegen die Hypothekforderung eintragungsfähig?“, Bayer. Weil. z. DRZ. 1935, 263 ff.

Die sachlich-rechtliche Würdigung des zulässigen Rechtsmittels ergibt:

Für den nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümer besteht keine Verpflichtung, den Gläubiger aus seinem beweglichen Vermögen zu befriedigen. Er hat aber ein wesentliches Interesse an einer solchen Befriedigung, weil er dadurch seine Inangriffnahme als dinglicher Schuldner durch den Gläubiger verhüten und so sich das Eigentum am verpfändeten Grundstück erhalten kann. Deshalb gewährt ihm der § 1142 BGB. das Recht, unter den dort angegebenen Voraussetzungen den Gläubiger wegzufertigen, und zwar nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung. Treffen persönliche und dingliche Haftung in einer Person zusammen, so greift nach der weitans überwiegenden Meinung, der sich auch der Sen. anschließt, nicht der § 1142 BGB. Platz, sondern kommen die §§ 362 ff. BGB. zur Anwendung (RGRKomm. Anm. 1; Staudinger-Röber, BGB. Anm. 1e zu § 1142). Jenes Befriedigungsrecht des nur dinglich haftenden Grundstückseigentümers aus § 1142 BGB. stellt sich als ein aus dem Eigentum am Grundstück fließendes Recht dar, gehört also zum Inhalte des Eigentums am Grundstück; es soll diesem Eigentum einen gegen den dinglichen Zugriff des Gläubigers schützenden Inhalt geben. Nach dem Sachenrechte des BGB. unterliegt der Inhalt der dinglichen Rechte grundmäßig nicht der Parteilvereinbarung und kann insbes. das Eigentum durch Rechtsgeschäft der dem Eigentümer zukommenden Befugnisse nur insoweit entkleidet werden, als dies das Gesetz zuläßt. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Eigentümer keine schuldrechtlichen Verpflichtungen eingehen kann, in einer gewissen Weise mit dem Eigentum zu verfahren, gewisse Befugnisse nicht auszuüben, sie Dritten einzuräumen. Die Übernahme solcher schuldrechtlichen Verpflichtungen durch den Eigentümer ist vielmehr voll rechtswirksam; denn sie berührt den Inhalt des Eigentums nicht. Hiernach kann der Grundstückseigentümer zwar für seine Person auf die Ausübung des Befriedigungsrechts nach § 1142 BGB. verzichten, nicht aber mit Wirkung für jeden späteren Eigentümer des Grundstücks, d. h. mit dinglicher Wirkung. Denn dadurch würde er den Inhalt des Eigentums am Grundstück ändern, weil er es einer dem Eigentümer als solchem zustehenden Befugnis entkleiden würde, und würde diese Änderung vornehmen, ohne sich auf eine dies gestattende Vorschrift des Sachenrechts berufen zu können (RGRKomm. Anm. 4; Staudinger-Röber a. a. O. Anm. 2c; Pland, BGB. Anm. 1 je zu § 1142; RG.: JurRdsch. 1927 Nr. 1807 = DRZ. 1927 Nr. 898; Recht 1929 Nr. 772 und HöchRspr. 1933 Nr. 911). Damit entfällt auch die Möglichkeit, die bei einer Hypothekbestellung vereinbarte Zahlungsbestimmung, daß die



Aufrechnung des Schuldners ausgeschlossen sein soll, in das Grundbuch einzutragen; eine solche Eintragung gäbe auch der Hypothek einen unzulässigen Inhalt (vgl. Schrifttum und Rspr. wie vor).

Die Ausführungen in dem oben angeführten Aufsatz können die hier vertretene Meinung nicht entkräften. Die Versicherungsunternehmungen, Bausparkassen, Hypothekenbanken und ähnliche Gläubiger eines Grundstückseigentümers werden wohl in sehr seltenen Fällen zugleich dessen Schuldner sein. Sind sie es aber, dann können sie ihrer Treuhänderpflicht gegenüber den Versicherten, Bausparern, Pfandbriefgläubigern usw., die Hypotheken als Deckungsstock zu erhalten, wohl mit wenigen Ausnahmen (Aufrechnung des dinglichen Schuldners mit fungierten Forderungen, Konkurs des Hypothekengläubigers) dadurch ohne weiteres nachkommen, daß sie ihren persönlichen Gläubiger, der zugleich ihr dinglicher Schuldner ist, befriedigen, bevor er als solcher von der Aufrechnungsbefugnis des § 1142 BGB. Gebrauch machen kann. Von einem schutzwürdigen Interesse weiter Kreise in dem Sinne, daß, um ihm zu dienen, der vertragliche Ausschluß dieser Befugnis zugelassen werden müsse, kann daher keine Rede sein. Daß die Zulässigkeit eines solchen Ausschlusses für das Recht der Schuldverhältnisse allgemein anerkannt wird, ist belanglos, weil es sich hier um eine auf dem Gebiete des Sachenrechts getroffene Vereinbarung handelt, für das der für das Recht der Schuldverhältnisse geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gilt. Die Motive zum BGB. III, 693/694 sprechen sich nur dahin aus, daß, wie es dann auch in § 1142 BGB. zum Gesetze geworden ist, der dingliche Schuldner die Leistung nicht bloß durch Zahlung, sondern auch durch Aufrechnung einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung bewirken könne, und fügen nur überflüssigerweise bei, daß die Aufrechnung nach Maßgabe der §§ 281—289 — es sind das die jetzigen §§ 388—396 BGB. — zu erfolgen habe. Daraus läßt sich doch nicht der in jenem Aufsatz gezogene Schluß ziehen: hiernach sei den Verfassern des Gesetzes, die des Ausnahmefalles, daß die bezeichneten Erfüllungserfordernisse bei der Forderung ausgeschlossen seien, kaum gedacht haben, wohl nichts ferner gelegen, als mit § 1142 Abs. 2 BGB. ein vom Inhalt der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung unabhängiges und damit unabdingbares Recht des Eigentümers begründen zu wollen. Diese Unabdingbarkeit mit dinglicher Wirkung ergab sich dann eben von selbst daraus, daß der § 1142 BGB. eine Bestimmung des Sachenrechts ist. Übrigens ist in dem Aufsatz S. 265 selbst gesagt, daß der § 1142 BGB., soweit er dem dinglichen Schuldner das Recht zur Befriedigung des Gläubigers gebe, „ein selbstverständlich durch Parteivereinbarung nicht abänderbarer Satz“ sei. Damit läßt sich aber nicht in Einklang bringen, daß, was daran anschließend ausgeführt ist, das für den § 1142 Abs. 2 BGB. nicht gelte. Denn wenn das Befriedigungsrecht des dinglichen Schuldners vertraglich überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann, dann kann man auch nicht zulassen, daß eine seiner vom Gesetze ausdrücklich eingeräumten Ausübungsmöglichkeiten durch Parteibreden untersagt werden darf. Nur soweit die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 388 ff. BGB. — an die Stelle des § 387 tritt der ihn abändernde § 1142 Abs. 2 mit Abs. 1 BGB. — fehlen, ist das Befriedigungsrecht des dinglichen Schuldners ausgeschlossen, aber dann eben kraft Gesetzes. Zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung gehört es selbstverständlich nicht, daß diese durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen ist. Eine ähnliche Bestimmung, wie sie der § 399 BGB. über den Ausschluß der Übertragung einer Forderung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner enthält, findet sich unter den Vorschriften über die Aufrechnung nicht. Die Ausschließung der Aufrechnung der Parteivillkür zu entziehen, sie aber in den gesetzlichen Fällen der §§ 393 mit 395 BGB. Platz greifen zu lassen, enthält keine Folgewidrigkeit. Das Interesse des dinglichen Schuldners an der Erhaltung seines Eigentums am Grundstück so weit über das Interesse der nach §§ 393 mit 395 BGB. in Betracht kommenden Gläubiger, Zahlung zu erhalten, zu stellen, be-

stand für den Gesetzgeber kein Anlaß. Er hat dies auch in der oben angeführten Stelle aus den Motiven zum BGB. zum Ausdruck gebracht. Die dort auch für die Bewirkung der Leistung des dinglichen Schuldners durch Aufrechnung als maßgebend bezeichneten §§ 287, 288, 289 sind die jetzigen §§ 393, 394, 396 BGB. (Motive z. BGB. 2, 112 ff.).

Nach alledem haben die Vorbergerichte zu Recht die Eintragung der Zahlungsbestimmung „unter Ausschluß der Aufrechnung“ in das Grundbuch abgelehnt und war folglich die weitere Beschw. als unbegründet zurückzuweisen.

(OAG. München, 8. Zivilsen., Beschl. v. 4. Jan. 1936, Reg. 8 III 154/35.)

(<= *JZ*. 13, 275.)

### Naumburg

**53. § 771 ZPO.** Der Besitz an einem Grundstück ist dann in aller Regel ein die Veräußerung hinderndes Recht, wenn ein Recht zum Besitz vorliegt, der Besitzer also insbes. auf Grund schuldrechtlichen, den Schuldner zur Übereignung verpflichtenden Vertrages besitzt (RGZ. 116, 363). Nur für den Sonderfall, daß ein Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung aus der — nach Verkauf und Übergabe ohne Wissen des Käufers vom Verkäufer bestellten — Hypothek in das Grundstück betreibt, reicht der bloße Besitz des Käufers an dem ihm zwar übergebenen, aber noch nicht übereigneten Grundstück zur Widerspruchklage nach § 771 ZPO. nicht aus (RGZ. 127, 8 ff. = *JW*. 1930, 707<sup>o</sup>).

Am 10. Jan. 1931 verstarb in A. der Gastwirt Hermann F. Er wurde von seiner Ehefrau, der Kl., zur Hälfte beerbt. Die andere Hälfte des Nachlasses erbten die Geschwister des Verstorbenen, darunter der Bekl., und zwar zu <sup>1/100</sup>, sowie Geschwisterkinder und eine Halbschwester. Der Nachlaß bestand in der Hauptsache aus dem im Grundbuch von A. vermerkten Grundstück, das noch auf den Namen des Erblassers eingetragen steht. Sämtliche Erben haben durch notariellen Auseinandersetzungsvertrag vom 11. Febr. 1932 vereinbart, daß die Kl. das Grundstück allein übernehmen sollte, und daß die übrigen Erben von ihr durch Geld abgefunden werden sollten. Trotzdem betreibt der Bekl. die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft. Hiergegen richtet sich die jetzige Klage mit der Begr., der Kl. stehe auf Grund des Erbauseinandersetzungsvertrages ein Recht zu, der Zwangsversteigerung zu widersprechen.

Durch Beschluß vom 7. Febr. 1936 hat das AG. in B. — als Prozeßgericht — angeordnet, daß die Zwangsversteigerung des Grundstücks einstweilen einzustellen sei. Demgemäß hat das Vollstreckungsgericht die Einstellung der Zwangsversteigerung angeordnet. Auf die sofortige Beschw. des Bekl. hat das LG. durch Beschl. v. 7. März 1936 den Einstellungsbeschluß des AG. v. 7. Febr. 1936 aufgehoben und den Antrag der Kl. auf einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die vorliegende sofortige weitere Beschw. der Kl.

Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Prozeßgerichts, ob es bei einer Widerspruchsklage aus § 771 Abs. 1 ZPO. die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zum Erlaß des Urteils gem. § 771 Abs. 3 i. Verb. m. § 769 Abs. 1 ZPO. anordnen will, wobei aber — wie das LG. richtig ausführt — die Ansichten der Klage zu berücksichtigen sind. Das Klagebegehren ist aber im vorl. Falle nicht offenbar aussichtslos, wie das LG. annimmt. Insofern ist ihm zwar zuzustimmen, als es der Ansicht ist, daß der persönliche Anspruch auf Übertragung des Miteigentums, den der Auseinandersetzungsvertrag vom 11. Febr. 1932 der Kl. gegen sämtliche Miterben gewährt, der Kl. noch kein Recht gibt, der Zwangsversteigerung zu widersprechen. Denn der Vertrag begründet kein Recht „an dem Grundstück“ i. S. des § 771 ZPO., sondern nur einen Anspruch gegenüber den übrigen Miterben. Dagegen kann der Ansicht des LG. nicht beigetreten werden, wenn es dem Umstand keine Be-

deutung beinträchtigt, daß die Kl. bereits seit dem 10. Jan. 1931 das Grundstück auf Grund des Erbauseinandersehungsvertrages im Besitze hat. Denn auch der bloße Besitz ist dann ein Recht i. S. des § 771 ZPO., wenn ein Recht zum Besitze besteht, so insbes. der auf Grund schuldrechtlichen, den Schuldner zur Übereignung verpflichtenden Vertrages eingeräumte und rechtmäßige Besitz an einem Grundstück. Hierzu hat das RG. in RGZ. 116, 363 = JW. 1927, 1638<sup>10</sup> und 2510 ausgeführt, daß ein Widerspruchsrecht aus § 771 ZPO. dann anzunehmen ist, wenn die Veräußerung der den Vollstreckungsgegenstand bildenden Sache durch den Schuldner dem berechtigten Dritten gegenüber sich als rechtswidrig darstellen würde. Das RG. hat seine Ansicht zu dieser Frage auch noch nicht geändert, wie einige Kommentare aus RGZ. 127, 8 ff. = JW. 1930, 707<sup>8</sup> entnehmen wollen. Dort hat sich das RG. auf den Standpunkt gestellt, daß der Käufer eines Grundstücks, dem dieses übergeben ist, lediglich auf Grund seines Besitzes nicht das Recht hat, der Zwangsvollstreckung des Gläubigers in der Hypothek zu widersprechen. Nur insoweit hat das RG. seine Entsch. in RGZ. 116, 363 durch die Entsch. in RGZ. 127, 8 ff. eingeschränkt; im übrigen hat es aber die in RGZ. 116, 363 vertretene Ansicht voll aufrecht erhalten.

Danach könnte die Kl. mit der Widerspruchslage der Zwangsversteigerung nur dann nicht widersprechen, wenn der Erbauseinandersehungsvertrag wieder aufgehoben wäre; denn dann wäre der Besitz der Kl. kein rechtmäßiger mehr.

Der Bekl. hat zwar behauptet, daß sämtliche Miterben von dem Auseinandersehungsvertrag zurückgetreten seien und hat das durch Bezugnahme auf die Akten 2014 33/35 des LG. in C. und K 14/35 des AG. in B. glaubhaft zu machen versucht. Es ist aber aus diesen Akten nicht zu ersehen, daß sämtliche Erben von dem Erbauseinandersehungsvertrag wirksam zurückgetreten wären. Die Schlussfolgerung des LG., die es aus dem Schreiben der Kl. vom 22. Mai 1933 zieht, ist nicht richtig, denn es kommt nicht darauf an, ob der Bekl. wirksam von dem Vertrage zurückgetreten ist, sondern ob der Rücktritt von allen Miterben erklärt worden ist. Nach § 2040 BGB. i. Verb. m. § 356 BGB. ist nämlich erforderlich, daß der Rücktritt von allen Erben gemeinschaftlich erklärt wird. Daß dies geschehen sei, hat der Bekl. zwar behauptet, er hat aber keine Beweise dafür angetreten. Unter diesen Umständen kann daher nicht von einer offensichtlichen Unwirksamkeit des Erbauseinandersehungsvertrages gesprochen werden. Vielmehr wird dies das Prozeßgericht, gegebenenfalls nach stattgefundener Beweisaufnahme, festzustellen haben. Danach war in Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses der Einstellungsbeschl. des AG. wiederherzustellen.

(OLG. Naumburg, 6. Zivilsen., Beschl. v. 17. April 1936, 6 W 92/36.)

## Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

54. § 1018 BGB. Zur Frage der nachträglichen Erweiterung einer Grunddienstbarkeit.

Auf dem dienenden Grundstück ist i. J. 1934 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks eine Grunddienstbarkeit (Wegerecht) des Inhalts eingetragen worden, daß der gesamte Verkehr zu dem restlichen Hauptgrundstück, und zwar soweit er bei einem Willensgrundstück üblich ist, von der Sundgaustraße her über das verkaufte Trennstück auf einem drei Meter breiten Wege erfolgt. Im Jahre 1935 hat der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Ergänzung der eingetragenen Grunddienstbarkeit dahin bewilligt und beantragt, daß diese auch das Recht des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks umfaßt, seine Abwässer aus dem Grundstück durch Rohrleitungen abzuleiten und ferner Anschlußleitungen zur Versorgung des Grundstücks mit Gas, Wasser und Elektrizität auf dem Wege zu verlegen und sie zu unterhalten. Das AG. hat diesen Antrag zurückgewiesen, weil es sich nicht um eine Inhaltsänderung, sondern um die Hinzufügung einer neuen Belastung zu dem schon bisher bestehenden Recht, mithin um eine Neubelastung handele.

Die Beschwerde des Antragstellers hatte Erfolg aus nachstehenden Gründen:

Die im Grundbuch hinzugefügte Bezeichnung „Wegerecht“ ist für den Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht maßgebend; sie ist vielmehr nur dazu bestimmt, den Charakter der Grunddienstbarkeit zu bezeichnen. Der Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit richtet sich nach der Eintragungsbewilligung. Im vorl. Falle waren sich die beiden Beteiligten darüber einig, daß der gesamte Verkehr von der Straße her zu dem Grundstück auf einem drei Meter breiten Wege über das dienende Grundstück erfolgen sollte. Es war daher zu prüfen, was die Beteiligten unter „gesamter Verkehr“ verstanden haben. Dem Beschw. muß zugegeben werden, daß unter Berücksichtigung der Interessen des herrschenden Grundstücks dieser Ausdruck nur so verstanden werden kann, daß über diesen Weg die gesamte Verbindung mit der öffentlichen Straße hergestellt und damit die Benutzung und Verwertung des Grundstücks sichergestellt werden sollte. So haben es auch die Beteiligten aufgefaßt, wie der spätere Eintragungsantrag des Beschw. ergibt. Wenn die Beteiligten ursprünglich auch in erster Linie an den Fußgänger- und Wagenverkehr gedacht und insoweit noch besondere Bestimmungen getroffen haben, so ergibt sich doch aus der weiteren Vereinbarung, daß bei der Berechnung des Kaufpreises für das dienende Grundstück der Weg nicht miteinberechnet worden ist, mit hinreichender Deutlichkeit, daß nicht nur an ein Wegerecht gedacht worden ist, sondern daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks diesen Weg benutzen durfte, um jede erforderliche Verbindung seines Grundstücks mit der öffentlichen Straße herzustellen. Dazu gehört aber nicht nur der Fußgänger- und Wagenverkehr, sondern ebenso auch der Anschluß an die städtischen und staatlichen Versorgungsbetriebe und die Verlegung und Unterhaltung der hierzu erforderlichen Rohrleitungen. Wenn dies entsprechend dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten durch eine ergänzende Eintragung im Grundbuch klargestellt werden soll, so handelt es sich nicht um die Eintragung einer neuen Grunddienstbarkeit, sondern um eine zulässige Erweiterung der bereits eingetragenen.

(LG. Berlin, 58. ZR., Beschl. v. 23. April 1936, 258 T 4523/36.)

\*

55. §§ 1836, 1915 BGB. Wenn der Honoraranspruch eines Pflegers (Vormunds) durch drei Instanzen zurückgewiesen worden ist, kann dem Pfleger (Vormund) auch bei einer ihm günstigen, späteren Änderung der Rspr. kein Honorar mehr festgesetzt werden.

Durch den angefochtenen Beschl. hat das AG. dem Pfleger gem. §§ 1836, 1915 BGB. eine Vergütung festgesetzt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Pflegebefohlenen ist begründet.

Der beantragten Festsetzung eines Honorars für die Tätigkeit des Pflegers steht der Umstand entgegen, daß das AG. die Honorarfestsetzung bereits durch Beschl. v. 9. März 1933 abgelehnt hat und daß die Beschwerde sowie die weitere Beschwerde des Pflegers durch Beschl. des LG. und des RG. zurückgewiesen worden sind. Allerdings ist dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FrG.) der Grundsat. der materiellen Rechtskraft nicht in dem Umfang bekannt, wie dem Zivilprozeß. Denn das Verfahren der FrG. bezweckt nicht in erster Linie, einen Streit unter den Parteien zu schlichten: es verfolgt vielmehr in erster Linie den Zweck, das rechtliche Leben unter den unmittelbar Beteiligten zu fördern. Deshalb muß die Frage, ob in einzelnen Fällen eine materielle Rechtskraft eintritt oder nicht, nach der Natur der einzelnen Angelegenheit gelöst werden. Wenn nun, wie im vorl. Fall, die Honoraransprüche eines Pflegers Gegenstand der Entsch. des VormGer. sind, ist eine materielle Rechtskraft zu bejahen. Bei der Entsch. über das Honorar wird, ähnlich wie im Zivilprozeß, über die Frage entschieden, ob dem Pfleger ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Pflering zusteht. Die Zubilligung des VormGer. bringt den Anspruch des Pflegers zum Entstehen, wenn sie auch noch keinen Vollstreckungstitel schafft. Hiernach stellt die Entsch.

des VormGer. über den Honoraranspruch eines Pflegers keine FrG. im engeren und eigentlichen Sinne dar. Es handelt sich insoweit um akzessorische Rechtsvorgänge, die neben der FrG. im engeren und eigentlichen Sinne einherlaufen, und die zur Vorbereitung eines lediglich im Zivilprozeß verfolgbar privatrechtlichen Anspruchs dienen. Die Vorbereitung dieses Anspruchs ist dem VormGer. übertragen worden, weil dieses den besten Überblick über das den Honoraranspruch veranlassende Verfahren der FrG. hat. Handelt es sich somit bei den Entsch. des VormGer. über die Honoraransprüche eines Pflegers nicht um eine eigentliche Tätigkeit der FrG., sondern um eine dem Zivilprozeßverfahren nahe stehende Entsch. über privatrechtliche Ansprüche, so müssen diese Entsch. auch der materiellen Rechtskraft fähig sein. Der Pfleger kann daher, nachdem sein Antrag auf Honorarfestsetzung vom AG, LG und RG abgewiesen worden ist, auch bei Eintritt veränderter Umstände nicht erneut die Festsetzung eines Honorars verlangen.

Selbst wenn man aber der Ansicht des Pflegers folgen würde, daß die Entsch. des VormGer. über die Honoraransprüche der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind, so würde das seinem erneuten Antrag auf Honorarfestsetzung doch nicht ohne weiteres zum Erfolge verhelfen. Es trifft zwar zu, daß die Änderung einer grundsätzlichen Rspr., wie sie hinsichtlich der Honorarfrage in der Entsch. des RG. vom 2. Mai 1935 (RGZ. 147, 317 = JW. 1935, 1844<sup>4</sup>) liegt, einen veränderten Umstand darstellt, der — mangels einer materiellen Rechtskraftwirkung — zur Abänderung bereits getroffener Entsch. führen kann, und daß eine Änderung der Rspr. insoweit einer Gesetzesänderung gleichsteht. Daraus folgt jedoch weiter, daß frühere Rechtsverhältnisse, soweit sie vor Änderung der Rspr. ihre Erledigung gefunden haben, nach der alten Rechtslage zu beurteilen sind, und daß sie nach ihrer Erledigung nicht an der veränderten Rechtslage teilnehmen. Aus diesem Grunde ist daher die 1935 ergangene Entsch. des RG. für die bereits 1932 aufgehobene vorl. Pfliegenschaft nicht von Bedeutung. Es würde im übrigen auch ein sehr unerwünschter Zustand sein, wenn nunmehr alle einmal tätig gewesen Pflieger, denen unter der früheren Rspr. kein Honoraranspruch zustand, mit Honoraransprüchen hervortreten könnten oder wenn im umgekehrten Falle die Pflieger das einmal erhaltene Honorar zurückzahlen müßten.

(RG. Berlin, 38. R., Beschl. v. 27. Febr. 1936, 238 T 13 447/35.)

\*

56. § 18 ZwVerfG. Die persönliche Forderung und der zu ihrer Sicherung bestimmte dingliche Hypothekenanspruch sind nicht als „eine“ Forderung i. S. des § 18 ZwVerfG. anzusehen.

Auf dem Grundbuchblatt der Schuldnerin steht im Bestandsverzeichnis unter Nr. 1 das Grundstück „Dorfstraße 6“ eingetragen. Dieses Grundstück ist in Abt. III unter Nr. 38 seit dem 17. Aug. 1929 mit einer Hypothek von 10 000 RM belastet. Im Jahre 1930 wurde auf dieses Grundbuchblatt ein weiteres Grundstück „Garten im Dorf“ übertragen und im Bestandsverzeichnis unter Nr. 2 eingetragen. Die Gläubigerin der Hypothek Abt. III Nr. 38 hat im Jahre 1934 einen vollstreckbaren Titel wegen ihres dinglichen Hypothekenanspruchs erwirkt und die Zwangsversteigerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks beantragt. Beigefügt war dem Antrag ein Auszug aus der Grundsteuermutterrolle, der beide im Bestandsverzeichnis unter Nr. 1 und 2 verzeichneten Grundstücke enthielt. Durch Beschluß v. 2. Mai 1934 wurde die Zwangsversteigerung beider Grundstücke angeordnet. Im Versteigerungstermin v. 9. März 1936 wurde durch verkündeten Beschluß das Verfahren bezüglich des im Bestandsverzeichnis unter Nr. 2 eingetragenen Grundstücks einstweilen eingestellt, da die im Zwangsverwaltungsverfahren bereits im Jahre 1933 erfolgte Beschlagnahme als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht i. S. des § 772 ZPO. anzusehen sei und die Zwangsversteigerung in dieses Grundstück nur wegen eines persönlichen Anspruchs betrieben werde. Die Zwangs-

versteigerung des im Bestandsverzeichnis unter Nr. 1 verzeichneten Grundstücks wurde dagegen durchgeführt und dem Meistbietenden auch der Zuschlag erteilt.

Mit der sofortigen Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß rügte die Schuldnerin die Trennung der beiden verbundenen Verfahren, weil sie, wenn überhaupt zulässig, jedenfalls eine starke Benachteiligung der Schuldnerin darstelle; die alleinige Versteigerung des Hauptgrundstücks sei daher ein Verstoß gegen § 83 ZwVerfG.

Der Beschwerde mußte der Erfolg versagt bleiben aus nachstehenden Gründen:

Die Beschwerde geht von der Erwägung aus, ob eine Trennung des Zwangsversteigerungsverfahrens der Grundstücke Nr. 1 und 2 zweckmäßig gewesen ist oder nicht. Zunächst ist aber zu fragen, ob die Voraussetzungen des § 18 ZwVerfG., unter denen die Versteigerung mehrerer Grundstücke in demselben Verfahren erfolgen kann, hier überhaupt gegeben waren. Diese Frage ist zu verneinen. Die Versteigerung mehrerer Grundstücke in demselben Verfahren kann erfolgen, wenn sie entweder wegen einer Forderung gegen denselben Schuldner oder wegen eines an jedem Grundstück bestehenden Rechtes betrieben wird. Vorliegend hätte die persönliche Geldzahlungsschuld aus dem Vollstreckungstitel eine Forderung der Gläubigerin gegen die Schuldnerin dargestellt, gegen deren beide Grundstücke in demselben Verfahren versteigert werden konnten. Wegen dieser persönlichen Schuld wird aber das Verfahren nicht betrieben. Der Titel, auf Grund dessen die Gläubigerin die Versteigerung betreibt, verhält sich sowohl über die persönliche Forderung als auch über den dinglichen Anspruch auf Zahlung aus dem Grundstück. Nur der letztere Anspruch ist mit dem Antrag auf Zwangsversteigerung geltend gemacht. Das ergibt sich schon daraus, daß der Antrag auf Zwangsversteigerung nur wegen des mit der Hypothek Abt. III Nr. 38 belasteten Grundstücks Nr. 1 gestellt worden ist. Maßgebend ist allerdings der gerichtliche Beschluß, durch den die Zwangsversteigerung angeordnet worden ist. Dieser enthält keinen ausdrücklichen Ausdruck darüber, ob die Anordnung wegen des persönlichen oder dinglichen Anspruchs erfolgt ist; im Beschluß ist aber der Vollstreckungsantrag in Bezug genommen. Diese Bezugnahme stellt klar, daß jedenfalls für das Grundstück Nr. 1 der dingliche Anspruch Gegenstand des Anordnungsbeschlusses war. Diese Auffassung wird bestätigt durch die Aufstellung des geringsten Gebotes, dem der dingliche Anspruch der Gläubigerin mit dem Range der Post Abt. III Nr. 38 zugrunde gelegt ist. Hinsichtlich des Grundstücks Nr. 2 kam nur der persönliche Anspruch in Frage. Dieser ist i. S. des § 18 ZwVerfG. nicht identisch mit dem dinglichen Anspruch aus der Post Abt. III Nr. 38. Hiernach waren die Voraussetzungen für eine Zwangsversteigerung beider Grundstücke in demselben Verfahren nach dem Anordnungsbeschluß nicht gegeben. Die Verbindung der Verfahren entbehrte somit der gesetzlichen Grundlage; deshalb war die Trennung der Verfahren jederzeit zulässig und geboten (so auch Reinhard-Müller, Anm. III zu § 18 ZwVerfG.). Die von der Beschwerdef. angezogene Bemerkung bei Jaekel-Gütke (Anm. II a. E. zu § 18 ZwVerfG.) betrifft die Wiederaufhebung „der einmal zulässigungsweise angeordneten Verbindung“. Damit entfällt von vornherein die Rechtsgrundlage für den Standpunkt der Beschwerde. Der Zwangsversteigerung oder der Fortsetzung der Zwangsversteigerung des Grundstücks Nr. 1 allein stand kein Hindernis entgegen. Übrigens kann von einer Beschwerde der Beschwerdef. schon um deswillen keine Rede sein, weil nur das Grundstück Nr. 1 mit der Hypothek belastet ist.

Da hier nur die Abtrennung des Verfahrens als solche und der dadurch herbeigeführte Erfolg der Versteigerung des Grundstücks Nr. 1 allein von Bedeutung ist, kommt eine Nachprüfung der Einstellung des Verfahrens hinsichtlich des Grundstücks Nr. 2 ebensowenig in Frage wie eine Erörterung darüber, ob das Fehlen eines Antrages gem. § 15 ZwVerfG. hinsichtlich des Grundstücks Nr. 2 das AG. zu einer Aufhebung des insoweit angeordneten Verfahrens berechtigt, oder ob es diesem Umstand wegen Bindung des VollstGer. an

seinen Anordnungsbeschuß erst bei der Entsch. über Erteilung oder Verfassung des Zuschlags Rechnung tragen kann (§ 79 ZwVerfG.).

(LG. Berlin, 58. JR., Beschl. v. 2. April 1936, 258 T 3517/36.)

\*

57. § 153 Abs. 2 ZwVerfG.; § 10 VollstrMaßnB.D. v. 26. Mai 1933. Ein wichtiger Grund zur Entlassung des gerichtlichen Zwangsverwalters gem. § 153 Abs. 2 ZwVerfG. kann gegeben sein, wenn der betreibende Gläubiger, der nach § 10 VollstrMaßnB.D. v. 26. Mai 1933 berechtigt ist, eine in seinen Diensten stehende Person als Verwalter vorzuschlagen, auch nach Verbrauch dieses Vorschlagsrechts einen sog. Institutsverwalter vorschlägt, um die Rentabilität des Grundstücks zu heben.

Der Beschw. war im April 1933 in einem Zwangsverwaltungsverfahren zum gerichtlichen Verwalter bestellt worden. Kurz darauf trat eine Hypothekenbank dem Verfahren bei und schlug einen ihrer Angestellten zum Zwangsverwalter vor. Das AG. lehnte diesen Antrag ab. Mit Schreiben vom 25. Nov. 1935 beantragte die Hypothekenbank erneut, den Beschw. seines Amtes zu entheben und zur Verbilligung der Zwangsverwaltung ihren Angestellten A. zum Zwangsverwalter gem. § 10 W.D. v. 26. Mai 1933 zu bestellen, da sie nicht einmal ihre laufenden wiederkehrenden Leistungen aus der Zwangsverwaltungsmaße erhalte. Das AG. hat diesem Antrage entsprochen, den Beschw. aus seinem Amt entlassen und den Angestellten A. zum Zwangsverwalter bestellt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Beschw. konnte keinen Erfolg haben.

Die Hypothekenbank hatte das ihr gem. § 10 W.D. v. 26. Mai 1933 zustehende Recht, einen Verwalter zu benennen, bereits in ihrem Antrage auf Anordnung der Zwangsverwaltung ausgeübt. Das AG. hatte diesen Antrag durch Beschl. v. 19. April 1933 abgelehnt. Da die Bank gegen diesen Beschl. keine Beschwerde eingelegt hat, war damit ihr Vorschlagsrecht, das im Laufe des Verfahrens nur einmal ausgeübt werden kann, erloschen. Inwieweit ist die Begründung des Beschlusses des AG., wie dem Beschw. zugegeben ist, unzutreffend. Trotzdem ist die Entlassung des Beschw. und die gleichzeitige Bestellung des Institutsverwalters nach § 153 Abs. 2 ZwVerfG. für zulässig zu erachten. Die Entlassung eines Verwalters nach § 153 Abs. 2 a. a. D. kann aus jedem sachgemäßen Grunde, nicht nur wegen Pflichtwidrigkeit erfolgen (vgl. Jaekel-Gütke, Anm. 6 zu § 153 a. a. D.). Eine vorübergehende Anordnung des Zwangsverwalters ist nicht vorgeschrieben. Da die Entlassung aber eine für den Verwalter sehr einschneidende Maßregel darstellt, wird sie nur zu billigen sein, wenn ein erheblicher Grund gegeben ist. Im vorl. Falle ist die Entlassung des Beschw. nicht etwa wegen Pflichtwidrigkeit, sondern lediglich deshalb erfolgt, um die Kosten der Vergütung des gerichtlichen Verwalters durch die Ernennung eines Institutsverwalters zu sparen. Entscheidend war also, ob ein wichtiger Entlassungsgrund anzunehmen ist, wenn sich die Möglichkeit einer kostenlosen Führung der Zwangsverwaltung und damit die Möglichkeit einer immerhin beachtlichen Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Grundstücks bietet. Diese Frage muß im vorl. Falle bejaht werden. Da aus der Zwangsverwaltungsmaße nicht einmal die regelmäßig wiederkehrenden Leistungen der erstfälligen Hypothek der Bank befriedigt werden können, muß im Interesse der letzteren darauf gehalten werden, daß ihr durch den Fortfall der Kosten für die Vergütung des Verwalters die Möglichkeit gegeben wird, einen weiteren Betrag der Grundstückseinnahmen laufend zur Befriedigung ihrer Ansprüche zu erhalten. Daß die Ersparnis der Vergütung des Verwalters durch Mehrausgaben des Institutsverwalters ausgeglichen werden würden, hat die Bank für unzutreffend erklärt, weil ihr Angestellter die Zwangsverwaltung im Rahmen seiner sonstigen Tätigkeit miterledige. Es ist daher damit zu rechnen, daß durch die Entlassung des Beschw. jährlich ein Betrag von ungefähr 600 RM gespart

wird und damit zur Verfügung der Bank steht. Demgegenüber müssen die persönlichen Interessen des Beschw. zurücktreten, zumal die Gefährdung seines Rufes oder Kredites durch eine Entlassung aus diesem Grunde niemals eintreten kann. Überdies kann die Entlassung des Beschw. nicht als unbillig erachtet werden, weil er schon etwa 2¼ Jahre die Zwangsverwaltung geführt und für diese Zeit eine angemessene Vergütung erhalten hat.

(LG. Berlin, 58. JR., Beschl. v. 25. April 1936, 258 T 2187/36.)

\*

58. § 153 ZwVerfG.; § 16 AB. d. JustMin. v. 10. Juli 1929 (JMBl. 255). Die den Mietern erlassenen Hauszinssteuerbeträge sind bei Festsetzung der den Zwangsverwaltern gem. § 153 Abs. 1 ZwVerfG. i. Verb. m. § 16 AB. d. JustMin. v. 10. Juli 1929 zu gewährenden Vergütung nicht zu berücksichtigen.

Der frühere Zwangsverwalter hatte eine Nachtragsgebührenrechnung mit dem Antrage eingereicht, den neuen Zwangsverwalter anzuweisen, ihm 623,47 RM Gebühren und 12,46 RM Umsatzsteuer zu überweisen. Die Grundlage für diese nachträgliche Gebührenrechnung bildeten die während seiner Tätigkeit als Zwangsverwalter den Mietern des Hauses erlassenen Hauszinssteuerbeträge, die er als Mieteinnahmen betrachtet und von denen er deshalb die prozentualen Gebührenträge berechnet hat. Durch Beschl. v. 10. Okt. 1935 hat das AG. den neuen Verwalter angewiesen, dem früheren Verwalter die beantragten Gebühren und die Umsatzsteuer zu überweisen. Die gegen diesen Beschl. vom Grundstückseigentümer eingelegte Beschwerde ist begründet.

Die Ausführungen des früheren Zwangsverwalters können gegenüber dem klaren Wortlaut des § 16 AB. d. JustMin. v. 10. Juli 1929, wonach die Vergütung nach den „wirklich eingekommenen Rohbeträgen an Miet- oder Pachtzinsen“ zu berechnen ist, nicht durchgreifen. Es ist zwar richtig, daß die Bearbeitung der Hauszinssteuer-Stundungssachen und -Bescheide eine erhebliche Mehrarbeit bei der Verwaltung eines Grundstücks mit sich bringt, die Gebühren des Verwalters bemessen sich aber nicht nach dem Zeit- und Arbeitsaufwand, den die Verwaltung eines Grundstücks im Einzelfall verursacht, sondern nach Teilbeträgen der von ihm wirklich eingenommenen Miet- oder Pachtzinsen. Daß es auf letztere ankommt, wird gerade durch die Änderung des Wortlauts der AB. d. JustMin. v. 8. Dez. 1899 in den späteren Fassungen zum Ausdruck gebracht, in denen das Wort „wirklich“ vor die Worte „eingekommenen Mietzinsen“ gesetzt worden ist. Rechnerisch wird zwar durch die Hauszinssteuerstundungen zugunsten der Mieter eine Änderung des Status des Hauses nicht herbeigeführt, wohl aber die Höhe der eingehenden Mietzinsbeträge verringert. Auch wird die Rentabilität des Hauses durch die Hauszinssteuerstundung nicht verändert, wohl aber die Grundlage für die Gebührenrechnung des Verwalters. Da die Hauszinssteuerbeträge Teile der gesetzlichen Miete sind, so wird durch Stundung der Hauszinssteuer zugunsten einzelner Mieter die Höhe ihres Mietzinses geändert und damit der Mietsertrag des Hauses im ganzen tatsächlich herabgesetzt. Ist aber durch ausdrückliche Bestimmung der tatsächliche Mietsertrag zur Grundlage für die Gebührenberechnung des Verwalters gemacht worden, so können Erwägungen, die sich darauf stützen, daß die Rentabilität des Grundstücks sich nicht geändert habe, oder daß die Bearbeitung der Hauszinssteuer-Stundungsanträge und -Bescheide eine Mehrarbeit bedingen, nicht für durchgreifend erachtet werden.

(LG. Berlin, 58. JR., Beschl. v. 17. April 1936, 258 T 3636/36.)

\*

59. § 567 ZPO. Ein Beschl. im Zwangsvollstreckungsschutzverfahren hat eine Kostenentscheidung zu enthalten. Gegen eine Ablehnung des Gerichts, über die Kosten zu entscheiden, ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben.

Das AG. hatte in zwei Beschlüssen v. 27. Febr. 1936

Entsch. gemäß § 18 der W.D. v. 26. Mai 1933 i. d. Fass. des Gef. v. 24. Okt. 1934 getroffen, ohne über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Auf den Antrag der Gläubigerin, eine solche Kostenentscheidung nachzuholen, ist dies durch die angefochtene Verfügung mit der Begründung abgelehnt worden, daß die außergerichtlichen Kosten nicht erstattungsfähig seien. Das O.G. hat also ein das Verfahren betreffendes Gesuch der Gläubigerin zurückgewiesen.

Hiergegen ist die Beschwerde der Gläubigerin gemäß § 567 ZPO. unbedenklich zulässig. Der Beschwerde konnte auch der Erfolg nicht versagt bleiben, denn auch im Vollstreckungsschutzverfahren muß eine Entsch. über die Tragung der Kosten des Verfahrens getroffen werden (vgl. Schulze-Seiffert, Vollstreckungsschutz, Anm. 63 zu § 18). Eine solche Entsch. erübrigt sich auch nicht deshalb, weil die außergerichtlichen Kosten nicht zu erstatten seien. Denn daß eine solche Erstattung zu erfolgen habe, ergibt sich aus den Gründen des Beschlusses des RG. v. 22. Juni 1935, 20 W 2665/35 (ZW. 1935, 2071), denen die hier beschließende Kammer folgt.

(Beschl. des O.G. Berlin v. 4. April 1936, 209 T 3457/36.)

**60.** § 811 ZPO. Der Eigentümer kann auch unpfändbare Sachen rechtswirksam verpfänden oder im Wege der Sicherungsübereignung übereignen.

Sinn der Vorschr. des § 811 ZPO., sowie des § 559 Satz 3 BGB. ist es lediglich, durch die Zwangsvollstreckung, also durch staatliche Zwangsakte, eine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners und seiner Familie zu vermeiden. Es würde mit den sozialpolitischen Anschauungen der Gegenwart unverträglich sein, wenn dem Schuldner durch die staatlichen Vollstreckungsorgane die ihm unentbehrlichen Sachen genommen werden könnten. Etwas anderes ist es aber, wenn der Schuldner selbst solche Sachen veräußert oder verpfändet. Das Gesetz kennt ein allgemeines Veräußerungsverbot bezüglich solcher Gegenstände nicht. Eine dem § 400 des BGB. entsprechende Vorschr. für bewegliche Sachen besteht nicht. Auch für eine analoge Anwendung des § 400 BGB. auf bewegliche Sachen ist kein Raum. Die Möglichkeit der freiwilligen Veräußerung oder Verpfändung der gem. § 811 ZPO. unpfändbaren Sachen muß den Schuldnern in ihrem eigenen Interesse belassen werden. Nur auf diesem Wege kann sich oft der Schuldner, der andere als unpfändbare Gegenstände nicht mehr besitzt, noch den für ihn notwendigen Kredit beschaffen. Zudem gibt der Schuldner durch eine freiwillige Verpfändung oder Veräußerung unpfändbarer Gegenstände auch zu erkennen, daß diese für ihn eben doch nicht unentbehrlich sind.

Ist aber sogar die freiwillige Verpfändung unpfändbarer Sachen rechtswirksam, um wieviel mehr muß es die Sicherungsübereignung solcher sein. Die rechtliche und wirtschaftliche Notwendigkeit der Sicherungsübereignung ist allgemein anerkannt. Auch unter Berücksichtigung der geläuterten Rechtsauffassung kann sie trotz der ihr anhaftenden Mängel nicht als sittenwidrig und deshalb nichtig erklärt werden; denn sie ist unentbehrlich, solange es — wie jetzt — kein besseres Sicherungsmittel gibt. Das gilt auch, soweit es sich um die Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände handelt, deren Besitz nach § 811 ZPO. für den Schuldner notwendig ist. Die Sicherungsübereignung ist die Kreditunterlage für die minderbemittelten Volksschichten. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen mit der Notwendigkeit der Einräumung des tatsächlichen Besitzes oder Mitbesitzes für den Gläubiger oder der früher übliche Sicherungskauf sind heute für den großen und kleinen Gewerbetreibenden oder sonstigen Geldhunger praktisch meist deshalb nicht mehr durchführbar, weil ihnen der gewährte Kredit ohne das gleichzeitige Belassen des Besitzes der zu übereignenden Warenvorräte, Laden- oder Wohnungseinrichtungen oder sonstigen Gegenständen nichts nützt. Es ist zu berücksichtigen, daß den kleinen Handwerker, Gewerbetreibenden, Künstler od. dgl. die Not der Zeit zwingt, sich nur die notwendigsten und unentbehrlichsten Sachen für seinen Existenzkampf anzuschaffen, so daß ihm eben auch nur solche als Kreditmittel zur

Verfügung stehen. Gerade er ist daher, um sein Kreditbedürfnis befriedigen zu können, auf das Mittel der Sicherungsübereignung unpfändbarer Sachen angewiesen, weil heute regelmäßig kein Geldgeber auf Sicherheiten verzichten kann. Wer noch andere Kreditmöglichkeiten hat, wird die Sicherungsübereignung kaum anwenden, um sich diesen letzten Ausweg für alle Fälle offenzuhalten. Es hieße daher nicht den minderbemittelten Volksschichten helfen, wollte man die Rechtswirksamkeit der Sicherungsübereignung unpfändbarer Sachen verneinen, sondern im Gegenteil sie ihrer letzten Kreditunterlage berauben. Es würde ihnen dadurch, wenn sie unverschuldet in Not geraten sind, von vornherein unmöglich gemacht, den Kampf um die eigene nackte Existenz, der nicht nur in ihrem eigenen, sondern auch im Gesamtinteresse notwendig ist, mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgreich durchzuführen.

Mit zutreffender Begr. hat daher der Vorderrichter der Klage stattgegeben; denn es ist ihm auch darin zuzustimmen, daß der vorl. Sicherungsübereignungsvertrag v. 12. Febr. 1932 sich im Rahmen der von der Rspr. für Sicherungsübereignungen herausgebildeten Grundsätze hält.

(RG. Berlin, Ur. v. 24. April 1936, 247 S 1984/36.)

**61.** §§ 850 b, 834 ZPO. Die Pfändung und Überweisung von Provisionsansprüchen ist zunächst unbeschränkt vorzunehmen, wenn der Gläubiger behauptet, daß die Voraussetzungen des § 850 b ZPO. nicht vorliegen.

Die Gläubigerin hat gegen den Schuldner Erlaß eines unbeschränkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses beantragt. O.G. hat jedoch die Pfändung und Überweisung der angebl. Bezüge des Schuldners nur in Höhe von 1/2 des monatlich 150 RM übersteigenden Bruttobetrages ausgesprochen. Die Beschw. der Gläubigerin hatte Erfolg.

Maßgebend für den Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ist der Vortrag der Gläubigerin. Da diese in der Beschwerdeschrift ausdrücklich die Behauptung aufgestellt hat, daß die hier in Frage stehenden Leistungen des Schuldners bei der Firma G. die Erwerbstätigkeit des Schuldners weder vollständig noch auch nur zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen, ist zunächst die unbeschränkte Pfändung und Überweisung gemäß dem Antrag der Gläubigerin ausgesprochen (§§ 850 b, 834 ZPO.).

Es muß erforderlichenfalls dem Schuldner überlassen bleiben, im Wege der Erinnerung die Voraussetzungen des §§ 850 b oder auch 850 e ZPO. darzulegen.

(O.G. Berlin, Beschl. v. 23. Mai 1936, 209 T 5272/36.)

**62.** § 22 Abs. 2 GBD.; § 4 Gef. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934. Der Antrag auf Grundbuchberichtigung bei Eigentumsübergang gem. § 4 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 muß in notariell beglaubigter Form gestellt werden.

Die eingetragene Eigentümerin des Grundstücks, eine AktG., hat in der GenVers. vom 20. Febr. 1936 in notarieller Urkunde ihr Vermögen auf Grund des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 und der dazu erlassenen DurchfVO. auf die BeschwF. übertragen. Die BeschwF. hat daraufhin formlos beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung sie als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch einzutragen. Dieser Antrag ist nach § 18 GBD. dahin beanstandet worden, daß gem. §§ 22 Abs. 2, 30 GBD. der Antrag in notariell beglaubigter Form gestellt werden müsse. Gegen diese Zwischenverfügung hat die BeschwF. Beschw. eingelegt und unter Hinweis auf die Erläuterungsbücher von Erl. o. Li. = Gro. sch. u. ff. - Ka. e. m. e. l. und von Bergmann zu § 4 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 sowie auf eine Abhandlung von Quassowski: Notz. 1934, 561 ff. ausgeführt, daß ein formloser Antrag zur Berichtigung des Grundbuchs genüge, weil es dem Zweck des UmwandlG. v. 5. Juli 1934 entspreche, den Übergang des Vermögens auf andere Gesellschaften in möglichst vereinfachter, beschleunigter Form und ohne Verursachung besonderer Kosten durchzuführen.

Die Beschw. ist nicht begründet. Die von den genannten Erläuterungsbüchern für ihre Ansicht gegebene Begr., die von anderen, so von Böttcher-Meilicke (S. 82 zu § 4) nicht geteilt wird, wirkt nicht überzeugend. Zwar ist es richtig, daß die Auflösung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften kostenrechtlich begünstigt worden ist. Für die Eintragung der Umwandlung ist durch Art. 5 WD. zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen eine besondere Vergünstigung durch Kostenfreiheit der Eigentumsumschreibung gewährt werden, sofern der Antrag bis zum 1. Okt. 1936 gestellt wird. Aber gerade die Tatsache, daß die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch abweichend von den bisherigen Best. kostenfrei erfolgt, spricht gegen die Ansicht der Beschw., daß auch die Eintragung vorbereitenden Akte, zu denen auch die Antragstellung gehört, in einer von den bisherigen Best. abweichenden erleichterten Form geschehen darf. Es ist nicht einzusehen, warum eine ausdrückliche Befreiung von der bisherigen Kostenpflicht bei der Eintragung im Grundbuch ausgesprochen worden ist, eine Abänderung der Eintragungsvoraussetzungen durch ausdrückliche Best. aber unterblieben sein sollte, wenn auch hier eine Erleichterung hätte erfolgen sollen. Eine erweiternde Auslegung dieser Sondervorschrift erscheint nicht angängig. Daß Beurkundungen von der Gebührenfreiheit des Art. 5 a. a. D. nicht mitumfaßt werden, hat das RG. in einer Entsch. bereits ausgesprochen (vgl. JW. 1936, 1082). Wie die Beurkundung ist aber auch die Antragstellung ein die Eintragung vorbereitender Akt. Mangels einer ausdrücklichen abweichenden Best. sind auf ihn die Vorschr. der GBD. anzuwenden, die bei der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers dessen Zustimmung gemäß § 22 Abs. 2 GBD. und gem. § 30 GBD. die Beglaubigung des eine zur Eintragung erforderlichen Erklärung enthaltenden Antrages erfordern. Der Hinweis der Beschw., daß § 29 GBD. nur eine Sollvorschrift ist, entbindet den Grundbuchrichter nicht von der Verpflichtung, diese Sollvorschrift zu beachten. Sollvorschriften und Mußvorschriften unterscheiden sich nur in der Wirkung ihrer Verletzung; im übrigen verlangen sie beide gleichmäßige Berücksichtigung durch den Grundbuchrichter.

(LG. Berlin, 58. Jk., Beschl. v. 8. Mai 1936, 258 T 5151/36.)

\*

**63.** §§ 9, 19 SicherungsWD. v. 17. Nov. 1931 (RGBl. I, 675); § 8 Abs. 3 Dsthilfeabw. WD. v. 21. Dez. 1934 (RGBl. I, 1280). Die im Entschuldungsplan aufgeführten Forderungen gelten auch dann als von der Herabsetzung betroffen, wenn sie zu Unrecht aufgenommen worden sind.

Die Kl. hat dem Bekl. laut Kaufvertrag v. 9. Aug. 1932 einen Motor auf Abzahlung verkauft. Für die Restforderung hat der Bekl. Wechsel gegeben. Die Wechselforderungen und Nebenansprüche haben beide Parteien in dem am 18. März 1932 über den landwirtschaftlichen Betrieb des Bekl. eröffneten Sicherungsverfahren nach dem DsthilfeG. angemeldet. Die Forderungen der Kl. sind in dem Entschuldungsplan aufgenommen worden, der am 31. Juli 1934 bestätigt und durch den die Forderung des Kl. um 50 % gekürzt worden ist. Die Kl. hat den herabgesetzten Betrag erhalten, jedoch sofort nach Erhalt der Mitteilung der Herabsetzung widersprochen und geltend gemacht, daß ihre Forderung nicht am Sicherungsverfahren teilnehmen; auch weigerte sie sich, eine Ausgleichsquittung zu erteilen.

Sie klagt im Wechselprozeß auf Zahlung der Wechselsumme.

OG. und LG. haben die Klage abgewiesen.

Ein Verzicht der Kl. auf einen Teil ihrer Forderungen ist zwar weder aus dem Einverständnis der Parteien über die Anmeldung zum Entschuldungsverfahren, noch aus der Tatsache dieser Anmeldung zu folgern. Denn aus dem sofortigen Widerspruch der Kl. gegen die Herabsetzung der Forderung geht hervor, daß die Kl. durch Teilnahme am Entschuldungsverfahren sich Vorteile verschaffen, aber von ihrer Forderung nichts nachlassen wollte.

Dagegen ist die Forderung aus rechtlichen Gründen zu verneinen.

Der Zwangsvergleich durch Bestätigung des Entschuldungsplanes ist auch für die Forderung der Kl. maßgebend. Denn wenn auch die Forderung an sich nicht durch das Entschuldungsverfahren betroffen wurde, weil grundsätzlich nur die am Sicherungsverfahren beteiligten Gläubiger am Entschuldungsverfahren teilnehmen und die erst nach Eröffnung des Sicherungsverfahrens entstandene Forderung der Kl. gem. § 9 der WD. v. 17. Nov. 1931 vom Sicherungsverfahren unberührt blieb, so ändert sich dies doch dadurch, daß die Kl. freiwillig am Entschuldungsverfahren teilgenommen hat (vgl. A. Jonas: JW. 1931, 3413). Obwohl die WD. v. 17. Nov. 1931 keine Bestimmung darüber enthält, daß nach der Eröffnung des Sicherungsverfahrens entstandene Forderungen zum Entschuldungsverfahren hinzugezogen werden können, so muß dies doch nach dem Sinne der Dsthilfemaßnahmen auch unter der Herrschaft dieser WD. für zulässig angesehen werden. Denn § 9 der WD. grenzt nur die Gläubiger ab, welche gegen ihren Willen in das Sicherungsverfahren herangezogen werden dürfen. Im Interesse der Schuldner jedenfalls liegt es, den Kreis der betroffenen Gläubiger möglichst weit zu fassen. Hat dann ein Gläubiger freiwillig am Entschuldungsverfahren teilgenommen, so hat er sich auch der Entsch. des Dsthilfekommissars unterworfen. Mit ihrer Behauptung, daß sie dem Entschuldungsverfahren nur vorförmlich beigetreten sei, kann die Kl. ihre Unterwerfung nicht beseitigen. Sie muß ihre Anmeldung so gelten lassen, wie sie verständigerweise zu verstehen ist, nämlich als Erklärung, daß für ihre Forderung die Regelung des Entschuldungsverfahrens maßgeblich sein soll. Jedenfalls schafft die Bestätigung aber für alle im Entschuldungsplan aufgeführten Ansprüche zwingend Recht. Denn § 19 der WD. v. 17. Nov. 1931 bestimmt, daß der bestätigte Entschuldungsplan im Verhältnis zu den darin aufgeführten Gläubigern wie eine Vereinbarung wirkt. Danach entscheidet aber, welche Forderungen dem Zwangsvergleiche unterliegen, allein die Aufnahme im Entschuldungsplan. An sich betroffene, aber nicht im Entschuldungsplan aufgeführte Gläubiger bleiben daher vom Zwangsvergleich unberührt. Umgekehrt werden die im Entschuldungsplan aufgeführten Forderungen auch dann als betroffen gelten müssen, wenn sie zu Unrecht aufgenommen sind. Denn die Bestätigung ist ein rechtsgestaltender Staatsakt, der in seiner Wirksamkeit grundsätzlich davon abhängig ist, ob die im Entschuldungsverfahren aufgeführten Forderungen auch tatsächlich am Verfahren teilnehmen. Dem entspricht es, wenn in § 8 Abs. 3 der WD. v. 21. Dez. 1934 bestimmt wird, daß der Dsthilfekommissar für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend entscheidet, ob eine Forderung am Verfahren teilnimmt. Damit wird zugleich die WD. v. 17. Nov. 1931 im gleichen Sinn authentisch interpretiert. Denn die Aufnahme im Entschuldungsplan und dessen Bestätigung stellt eine gleiche Entsch. über die Beteiligung am Verfahren dar.

Hiernach ist die Forderung der Kl. gemäß dem Entschuldungsplan herabgesetzt. Da die Kl. insoweit auch befriedigt ist, steht ihr kein Anspruch mehr zu.

(LG. Berlin, 43. Jk., Urte. v. 28. Febr. 1936, 243 S 142/36.)

## Entschuldungsämter

Magdeburg

**64.** Art. 4 Landw. Entsch. Vollstr. Sch. WD. setzt für seine Anwendung eine nach Art. 2 a. a. D. einstweilen eingestellte Zwangsvollstreckung nicht voraus, über die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung wegen rückständiger und laufender Hypothekenzinsen.

In Abteilung III unter Nr. 19 und 20 des Grundbuchs sind für den D. zwei Hypotheken eingetragen. Am 12. März 1935 wurde über das Vermögen des Hypothekenschuldners das Entschuldungsverfahren eröffnet. Der Gläubiger hat bean-

tragt, ihm gem. Art. 4 LandwEntschVollstrSchWD. zu ermächtigen, wegen seiner Zinsforderung aus den Hypotheken gegen den Betriebsinhaber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vorzunehmen.

Dem Antrage war stattzugeben.

Vollstreckungsmaßnahmen hat der Gläubiger bisher nicht vorgenommen. Es sind daher Zwangsvollstreckungen nicht gem. Art. 2 a. a. D. einstweilen eingestellt worden. Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 a. a. D. trifft auf den vorliegenden Fall daher nicht zu. Der Wortlaut dieser Bestimmung bezieht sich nur auf den Fall, daß eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme auf Grund des Art. 2 a. a. D. eingestellt worden ist. Dennoch kann der Antrag des Gläubigers auf Art. 4 a. a. D. gestützt werden. Hinsichtlich der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 a. a. D. ist streitig, ob diese Bestimmung neuen Vollstreckungsmaßnahmen entgegensteht oder ob neue Vollstreckungsmaßnahmen mit der Maßgabe zulässig sind, daß sie mit ihrer Anordnung kraft Gesetzes einstweilen eingestellt sind. Die Entsch. über den Antrag des Gläubigers muß ohne Rücksicht darauf dieselbe sein, wie jene Streitfrage zu lösen ist.

Ist man der Ansicht, daß Art. 2 Abs. 1 a. a. D. neue Zwangsvollstreckungsmaßnahmen mit der Maßgabe zuläßt, daß sie mit ihrer Anordnung kraft Gesetzes einstweilen eingestellt sind, so würde der Antrag des Gläubigers auf die Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 a. a. D. schon ihrem Wortlaut nach gestützt werden können, wenn der Gläubiger die Anordnung einer neuen Vollstreckungsmaßnahme gem. Art. 2 Abs. 1 erwirkt hätte. Hieran fehlt es zwar. Das steht jedoch seinem Antrage nicht entgegen. Denn unter Zugrundelegung der angegebenen Rechtsauffassung für die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 a. a. D. muß die in Art. 4 Abs. 1 vorgesehene Anordnung des EntschuldN. schon für den Fall zulässig sein, daß eine erst beabsichtigte Vollstreckungsmaßnahme eingeleitet wird. Nur eine solche Auslegung des Ges. führt zu einem brauchbaren Ergebnis und nötigt den Gläubiger nicht zur Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen, deren Durchführung ihm nachher gem. Art. 4 a. a. D. versagt bleiben kann.

Stellt man sich auf den Standpunkt, daß Art. 2 Abs. 1 a. a. D. neue Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hindert, so ist Art. 4 Abs. 1 a. a. D. trotz seines Wortlautes deshalben anwendbar, weil der erkennbare Sinn des Art. 4 Abs. 1 a. a. D. auch den Fall umfaßt, daß eine Zwangsvollstreckung von dem Gläubiger überhaupt noch nicht vorgenommen worden ist, und weil anderenfalls das Ergebnis gänzlich unbrauchbar sein würde. Insbes. die Fassung des Art. 4 Abs. 1 Buchst. b ergibt deutlich, daß die Anwendung des Art. 4 eine bereits eingestellte Zwangsvollstreckung nicht voraussetzt. Die Bestimmung betrifft laufenden Pachtzins und laufende wiederkehrende Leistungen aus einem Grundpfandrecht, mithin in Leistungen, die erst nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens fällig geworden sind. Wegen solcher Leistungen wird eine Zwangsvollstreckung bei Eröffnung des Entschuldungsverfahrens nur in den seltensten Fällen erfolgt sein. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b a. a. D. wäre daher nahezu gegenstandslos, wollte man seine Anwendbarkeit auf Zwangsvollstreckungen beschränken, die gem. Art. 2 Abs. 1 a. a. D. einstweilen eingestellt worden sind. Daraus ergibt sich die zwingende Folgerung, daß die Anwendung des Art. 4 solche Zwangsvollstreckungen nicht zur Vorsetzung hat. Die gegenteilige Annahme würde zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung derjenigen Gläubiger führen, die mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht bis zur Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gewartet haben.

Das EntschuldN. ist aus diesen Gründen der vom EntschuldN. Königsberg vertretenen Ansicht (RdRn. 1935 Nr. 685 = WMG. 181, 55) nicht gefolgt, sondern hat sich dem von Heinrich: WMG. 181, 56;; RdRn. 1935, 915/16 und von v. Rozycki v. Hoewel, Anm. I zu Art. 4 LandwEntschVollstrSchWD. eingenommenen Standpunkt angeschlossen.

(EntschuldN. Magdeburg, Beschl. v. 21. April 1936, 32 LwE 559 P.)

## Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[\*\* Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen“ abgedruckt]

**65.** §§ 1 und 4 Ziff. 1 WbzG. Schutznfähigkeit des bloßen Wortes „Rotkant“ für Gummiliegen.

Mit Recht hat die Prüfungsstelle dem angemeldeten, für Gummiliegen bestimmten Wortzeichen „Rotkant“ die Schutznfähigkeit unter Ver. auf das Eintragungsverbot des § 4 Ziff. 1 WbzG. und das Eintragungshindernis der mangelnden Unterscheidungskraft i. S. des § 1 des gleichen Gesetzes abgesprochen. Die Anmelderin scheint einzuräumen, daß die angemeldete Kennzeichnung eine Beschaffenheit der Ware andeute, vertritt jedoch die Auffassung, dieser Hinweis auf die besondere Ausstattung der Ware (mit einer roten Kante) entbehre nicht eines phantasiemäßigen Einschlags, denn im Gegensatz zu Zusammenfügungen wie „Dreikantfeile“ und „Vierkants Holz“ sei die Bildung „Rotkant“ nicht verkehrszulässig. Die Anmelderin übersieht hierbei, daß auch bisher noch nicht sprach- oder verkehrszulässig gewesenen Wortbildungen der Zeichenschutz zu versagen ist, wenn sie von einer bereits im geschäftlichen Leben immer mehr das Streben nach Kürze des Ausdrucks, und zwar vornehmlich bei der Werbung bemerkbar macht und die angemeldete Bezeichnung „Rotkant“ infolge der Ausstufung des am Ende der beiden Worte „Rote“ und „Kante“ und der Zusammenziehung der Restworte zu einem einzigen Wort eine solche Kürzung darstellt. Daß derartige Bildungen oft den Regeln der deutschen Sprache nicht ganz entsprechen, steht auf einem anderen Blatte. Dem angemeldeten Zeichenworte ähnliche Bildungen sind übrigens im Schwange, z. B. Kurzworte wie Blaukreuz, Gelbkreuz, Rotkreuz, Blauband, Rotband, Grünlack u. a. m. Deshalb ist auch u. a. bereits die Zurückweisung von Anmeldungen wie „Rotband“ und „Verkant“ (u. a. für Gummiliegen!) erfolgt.

Völlig verfehlt ist ferner der Einwand, dem Worte „Rotkant“ wohne im vorl. Falle schon deshalb zeichenmäßige Eigenart inne, weil man unter einer Kante eine feste Begrenzung verstehe, bei einer Gummiliege aber „infolge ihrer dauernd beanspruchten Elastizität“ von einer „festen Beharrung in der gegebenen Raumform“ nicht die Rede sein könne. So seine Unterschiede zwischen einer „Kante“ und etwa einem „Rande“ pflegt der Durchschnittskäufer schwerlich zu machen. Es steht auch sprachlich nichts im Wege, einem verziehbaren Gegenstande „Kanten“ statt „Ränder“ od. dgl. zuzuerkennen, schon weil er im unbenutzten Zustande jedenfalls die von der Anmelderin für wesentlich erachtete feste Begrenzung aufweist.

Nach alledem besteht, und das ist zeichenrechtlich das lezhin Ausschlaggebende, ein ernstliches Bedürfnis der beteiligten Geschäftswelt nach einer ungehinderten Benutzung der angemeldeten Zeichnung.

RPatN., 12. BeschwSen., Entsch. v. 11. Mai 1936, H 73488/30 Wz B 12.) [Bd.]

\*

**66.** §§ 20, 5 WbzG. Zur Frage der Verwechslungsgefahr bei Bildwortzeichen. Ärztliche und gesundheitliche Apparate, Instrumente und Geräte (trotz Ausschusses zahnärztlicher und elektrischer), physikalische Instrumente und Geräte gleichartig mit Röntgenröhren. Ärztliche und gesundheitliche Apparate, Instrumente und Geräte (außer zahnärztlichen

und elektrischen) gleichartig mit zahnärztlichen Instrumenten. Keine Trennung ärztlicher und zahnärztlicher Instrumente.

Das angemeldete Zeichen besteht aus dem der Firma der Anmelderin entlehnten Kennworte „Rota“ inmitten einer schlichten schematischen Zeichnung eines technischen Gegenstandes, der nach Angabe der Anmelderin den zu einem gewissen Strömungsmesser („Rotamesser“) gehörigen Schwimmkörper in seiner einem hölzernen Spielkreisel ähnlichen Form darstellen soll.

Zu entscheiden war nur noch über die Berechtigung der Widersprüche auf Grund der beiden reinen Wortzeichen 102 955 und 245 691, die beide „R o t a x“ lauten.

Ihre Verwechslbarkeit mit dem Kennworte des angemeldeten Zeichens „Rota“, von dem sie sich nur unwesentlich in einem einzigen Buchstaben am Schlusse unterscheiden, steht entgegen den Ausführungen in der BeschwBegr. außer Frage, zumal beide Worte auf der völlig übereinstimmenden Anfangsilbe betont werden und das „x“ am Ende der beiden Gegenzeichen namentlich bei nur flüchtiger Aussprache oder im fernmündlichen Verkehr nur zu leicht überhört werden kann.

Mit ihrem Einwande, der Durchschnittskäufer werde sich das angemeldete zusammenge setzte Zeichen regelmäßig nicht lediglich an seinem wörtlichen Teile „Rota“ merken und dadurch Verwechslungen mit dem Gegenzeichen „Rotax“ entgehen, kann die Anmelderin nicht gehört werden. Es mag sein, daß viele alte Kunden der Anmelderin aus den in der BeschwBegr. näher dargelegten Gründen das angemeldete Zeichen als ein einheitliches Ganzes würdigen und auch stets als Ganzes, also einschließlich seines bildlichen Teils, im Gedächtnis behalten werden. Mit einem sicheren Auseinanderhalten dieses Zeichens und der genannten Gegenzeichen ist aber trotzdem nicht zu rechnen; denn einmal darf die Entsch. nicht lediglich auf den alten Kundenstamm abgestellt werden, der sich ja jederzeit ändern und vergrößern kann; außerdem kann ein beachtlicher Teil auch der alten Kundschaft leicht auf den Gedanken kommen, bei dem Gegenzeichen „Rotax“ handle es sich um nichts anderes als um eine von der Anmelderin neu herausgebrachte Marke. Im übrigen haben sich RG. und RPatA. bereits wiederholt zu der Auffassung bekannt, daß bei einem aus Bild und Schlagwort zusammengesetzten Zeichen regelmäßig der Wortteil überwiegt, d. h. daß sich der Käufer meist aus Bequemlichkeit derartige Zeichen lediglich an ihrem Kennwort merkt (vgl. z. B. RGEntsch. v. 24. Nov. 1931; D u c h e s n e: GewRSch. 1932, 996).

Mit Recht hat daher die Prüfungsstelle die Zeichenübereinstimmung bejaht.

Aber auch Warengleichartigkeit in dem von der Prüfungsstelle angenommenen Umfange liegt vor. Sie ist auch durch die Beschränkung des Warenverzeichnisses nicht ausgeräumt.

Der angefochtene Beschluß hat das angemeldete Zeichen auf das Gegenzeichen 102 955 für folgende Waren fallen lassen: Ärztliche und gesundheitliche Apparate, Instrumente und Geräte, physikalische und elektrotechnische Instrumente und Geräte. Von diesen verjagten Waren sind in dem neuen Warenverzeichnis der Anmeldung verblieben: Ärztliche und gesundheitliche Apparate, Instrumente und Geräte (außer zahnärztlichen und elektrischen), ferner physikalische Instrumente und Geräte.

Alle diese Waren stehen mindestens den Röntgenröhren des genannten Gegenzeichens nach Beschaffenheit und Verwendungszweck zu nahe, als daß nicht infolge der Zeichenähnlichkeit Verwirrungen der Kundschaft zu besorgen wären. Der Ausschluß zahnärztlicher und elektrischer Apparate, Instrumente und Geräte von den ärztlichen und gesundheitlichen Apparaten, Instrumenten und Geräten (allgemein) und die Streichung der elektrotechnischen Instrumente und Geräte (allgemein) ändert hieran nichts, schon weil die Widersprechende, nach der Natur ihres Geschäftskreises zu urteilen, außer elektromedizinischen Artikeln u. a. auch sonstige medizinische Apparate führt.

Auf das Widerspruchszeichen 245 691 sind die folgenden Waren der Anmeldung gefallen: „Ärztliche und gesundheitliche Apparate, Instrumente und Geräte sowie künstliche Zähne. Von diesen Waren sind in dem neuen Warenverzeichnis der Anmelderin noch die ärztlichen und gesundheitlichen Apparate, Instrumente und Geräte (außer zahnärztlichen und elektrischen) enthalten. Diese Waren sind mit denen des Zeichens 245 691 „zahnärztliche Instrumente, insbes. Gußapparate für zahnärztliche Zwecke“, nahe verwandt. Es geht nicht an, wie die Anmelderin offenbar möchte, zahnärztliche Instrumente zeichenrechtlich von den Instrumenten der übrigen Ärzteschaft zu trennen, verwendet doch auch der Nichtzahnarzt häufig ausgesprochen zahnärztliche Instrumente, z. B. für die Behandlung von Zahnzysten und ernstere Kiefererkrankungen. Auch werden allgemein ärztliche und zahnärztliche Instrumente u. dgl. meist in den gleichen Betrieben hergestellt und von den gleichen Firmen an die Gesamtärzteschaft vertrieben.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 12. Mai 1936, D 33067/22 b Wz B 12.) [Bd.]

### Reichsverforgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[\*\* Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsverforgungsgerichts abgedruckt]

67. Der Antrag auf Feststellung des tatsächlichen Zusammenhanges einer Gesundheitsstörung mit einer Dienstbeschädigung (Feststellungsklage, § 37 Abs. 1 VerfG. i. d. Fass. der WD. des RPät. über Maßnahmen zur Erhaltung der Arbeitslosenhilfe und der Sozialversicherung sowie zur Erleichterung der Wohlfahrtslasten der Gemeinden vom 14. Juni 1932 (RGBl. I, 273, 278) ist dann nicht ausgeschlossen, wenn ein Anspruch auf Leistung zwar gegenwärtig nicht besteht, aber künftig in Frage kommen kann; dies gilt insbes. für Beschädigte, die nach dem 31. Juli 1920 aus dem Heeresdienst ausgeschieden sind (vor allem also für Angehörige der neuen Wehrmacht), und deren Erwerbsfähigkeit zur Zeit um weniger als 25% gemindert ist. (RVerfOrgGer., Ur. v. 4. März 1936, M 9256/35 8.)

68. Nach § 5 Abs. 1 MBO. rechnet die Dienstzeit vom Tage des Eintritts in den aktiven Dienst bis zur Entlassung, umfaßt also die gesamte tatsächlich zurückgelegte Dienstzeit, d. h. nicht nur die Dienstzeit, die der Versorgungsberechtigte nach der Kapitulation zurückgelegt hat, sondern alle Dienstleistungen, die er überhaupt abgeleistet hat (z. B. auch die Übungen vor der Kapitulation). Demgemäß kann ein Leiden, das aus einer vor Abschluß der Kapitulation zurückgelegten, abgeschlossenen Dienstzeit stammt, bei der Festsetzung der Dienstzeitlebensrente nach § 1 Abs. 2 MBO. berücksichtigt werden. (RVerfOrgGer., Ur. v. 11. Dez. 1935, M 6095/34 2.)

### Berichtigung

Das Zitat in JW. 1936, 2115, rechte Spalte, zweitletzter Absatz von unten lautet richtig:

DW. Stettin: JW. 1932, 201 41.