

# Juristische Zeitschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes  
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

## Kann das Grundbuchamt die Vorlegung des Hypothekenbriefes verlangen und erzwingen, wenn die Hypothek infolge einer Zwangsversteigerung erloschen ist?

Von Amtsgerichtsrat Dr. Recke, Berlin

I. § 61 Abs. 1 GBO. enthält den Grundsatz, daß Eintragungen, die bei einer Hypothek erfolgen, auf dem Hypothekenbrief<sup>1)</sup> zu vermerken sind. In der Regel befindet sich der Brief, wenn die Eintragung vorgenommen wird, im Besitz des GBA., da seine Vorlegung nach § 41 Abs. 1 Satz 1 GBO. Eintragungsvoraussetzung ist. Nur ein Widerspruch, dessen Eintragung durch einstweilige Verfügung angeordnet ist, oder ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. kann unter gewissen Voraussetzungen (§§ 42 Abs. 1 Satz 2, 53 Abs. 2 Satz 1 GBO.) ohne Vorlegung des Briefes eingetragen werden. In diesen Fällen hat das GBA. nach § 62 Abs. 2 Satz 2 GBO. den Besitzer des Briefes zu dessen Vorlegung anzuhalten, um nachträglich den Widerspruch auf dem Briefe zu vermerken. Kommt der Briefbesitzer dem Ersuchen um Briefvorlegung nicht nach, so kann das GBA. Zwangsmaßnahmen — Geldstrafen oder unmittelbaren Zwang (keine Freiheitsstrafen, auch keine Ersatzfreiheitsstrafen!) — gemäß § 33 FGG. i. d. Fass. des Art. 4 der WD. zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen v. 5. Aug. 1935 (RGBl. I, 1065) anwenden.

Erlöscht eine Hypothek infolge einer Zwangsversteigerung<sup>2)</sup>, so ist nach § 131 ZwVerfG. zur Löschung im Grundbuche die Vorlegung des Briefes nicht erforderlich. Eine ausdrückliche Vorschrift des Inhalts, daß das GBA. nach erfolgter Löschung die Vorlegung des Hypothekenbriefes verlangen und erzwingen kann, um die Löschung nachträglich auf dem Brief zu vermerken und den Brief, sofern nicht nur ein Teilbetrag, sondern die Hypothek im ganzen gelöscht ist, zu vernichten, fehlt. Nur das ZwVerfG. bestimmt in § 127, daß „das Gericht“ den Hypothekenbrief über eine infolge der Versteigerung erloschene Hypothek<sup>3)</sup>, wenn er vorgelegt wird, unbrauchbar zu machen oder, sofern das Recht nur zum Teil erloschen ist, dies auf dem Brief zu vermerken hat. „Das Gericht“ i. S. des § 127 ZwVerfG. kann nach der Natur der Sache nur das Versteigerungsgericht sein. Eine Befugnis zu Zwangsmaßnahmen ist ihm nicht beigelegt.

<sup>1)</sup> Alle folgenden Ausführungen gelten entsprechend für den Grund- und Rentenschuldbrief; vgl. § 127 ZwVerfG. und auch §§ 43, 70 GBO.

<sup>2)</sup> Das heißt infolge des Zuschlages gemäß § 91 Abs. 1 ZwVerfG., vorausgesetzt natürlich, daß nicht das Bestehenbleiben der Post nach § 91 Abs. 2 ZwVerfG. vereinbart ist.

<sup>3)</sup> § 127 ZwVerfG. findet auch Anwendung, wenn ein gemeinschaftlicher Brief nach § 66 GBO. gebildet ist und die eine der verbrieften Hypotheken infolge der Zwangsversteigerung erloschen ist, ferner, wenn eine Gesamthypothek nur auf dem einen Grundstück erloschen ist (Korintenberg-Wenz, „ZwVerfG.“, 6., § 127 Anm. 2). Auch für diese Fälle gilt also das nachstehend im Text Ausgeführte.

II. a) Wird auf die Hypothek ein Betrag zugeteilt, so wird das Versteigerungsgericht fast immer in den Besitz des Briefes gelangen und mit diesem gemäß § 127 ZwVerfG. verfahren können, da ja der Berechtigte den Brief vorlegen muß, wenn er nicht gemäß § 126 ZwVerfG. als unbekannt behandelt werden will. Wird aber der Brief nicht vorgelegt — vor allem also, wenn die Hypothek oder der durch einen Teihypothekenbrief verbrieft Teil einer Hypothek ausgesunken ist —, so tritt an den Grundbuchrichter die Frage heran, ob er den Brief über die infolge der Versteigerung erloschene Hypothek von dem Briefbesitzer nach der Löschung zu erfordern und dieses Gebot gegebenenfalls durch Zwangsmaßnahmen (§ 33 FGG.) durchzusehen berechtigt ist. Nach der herrschenden Meinung steht nun weder dem GBA. eine solche Befugnis zu, noch ist das Zwangsversteigerungsgericht zu Maßnahmen gegen den Briefbesitzer, der den Brief trotz Aufforderung nicht vorlegt, berechtigt. Die herrschende Meinung (vgl. von neueren Kommentaren: Steiner, „ZwVerfG.“, 5. Aufl.; Korintenberg-Wenz, „ZwVerfG.“, 6. Aufl.; Reinhard-Müller, „ZwVerfG.“, große Ausgabe, 3./4. Aufl.; dieselben, „ZwVerfG.“, Handausgabe, 8. Aufl., sämtlich zu § 127 ZwVerfG.; Gütthe-Triebel, „GBO.“, 6. Aufl., § 69 Anm. 9; ferner Saß: ZBlFG. 6, 831; anderer Meinung: Faeckel-Güth, „ZwVerfG.“, 6. Aufl., § 127 Anm. 6 u. 9; Becker: BadNotZ. 1907, 21; Kretschmar, „ZwVerfG.“, S. 220; ferner Gütthe, „GBO.“, bis zur 3. Aufl.) geht davon aus, daß § 127 ZwVerfG. nur eine Zuständigkeit des Versteigerungsgerichts, den Brief zu erfordern, begründe, die Zuständigkeit des GBA. also damit ausgeschlossen sei; ein Recht zu Zwangsmaßnahmen habe weder das Versteigerungsgericht noch das GBA.; § 62 Abs. 2 GBO. könne keine entsprechende Anwendung finden, da die Fälle, in denen das GBA. den Brief zu erfordern befugt sei, dort erschöpfend aufgeführt seien. Der Inhaber des Briefes, so trostet man sich, bleibe für einen etwaigen Missbrauch verantwortlich.

b) Richtig ist daran, daß, wie bereits erwähnt, dem Versteigerungsgericht Zwangsmaßnahmen nicht zustehen. § 33 FGK. ist eine Vorschrift für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu dem jetzt auch das Grundbuchsverfahren von Reichs wegen gehört (§ 1 GBO., § 1 FGK.), kann also im zivilprozeßfreien Versteigerungsverfahren keine Anwendung finden. Im übrigen aber dürfte es an der Zeit sein, die „herrschende“ Meinung einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Der Standpunkt der herrschenden Meinung ist mit der heutigen Rechtsauffassung nicht zu vereinen. Es ist ein unmögliches Zustand, daß Hypothekenbriefe im Verkehr bleiben, obwohl die durch sie verbrieften Hypotheken — sei es im ganzen, sei es zu einem Teilbetrag — nicht mehr bestehen und im Grundbuch gelöscht sind. Mit einem solchen Hypotheken-

brief kann leicht Missbrauch<sup>4)</sup> getrieben werden, vor dem die Allgemeinheit unbedingt geschützt werden muß. Das GBV. muß in der Lage sein, eine derartige Gefahrenquelle von vornherein zu beseitigen. Die erhöhte Bedeutung, die der nationalsozialistische Staat dem Hypothekenbrief als einer mit staatlicher Autorität ausgestatteten Urkunde beimisst, ergibt sich rein äußerlich auch schon daraus, daß zur Verhütung von Missbräuchen die neuen Formulare für Hypothekenbriefe Stück für Stück mit Nummer versehen werden und daß die Verfügung über die Formulare einer besonderen, verschärften Kontrolle unterliegt (AB. d. RJM. v. 20. Juli 1936: DJ. 1936, 1103 Z. 7—9); sogar für die Vernichtung von Vordruckstücken, die infolge Beschmutzung, Verschreibung usw. nicht mehr verwendet werden können, sind besondere Anordnungen getroffen (dort Z. 11). Weiter werden selbst vernichtete Briefe (nach gewöhnlicher Löschung einer Hypothek) dem Verkehr entzogen und gemäß § 53 Abs. 2 Grundbuchverf. bei den Grundakten aufbewahrt. Mit dieser neuen Regelung wäre es völlig unvereinbar, wenn Briefe über Hypotheken, die infolge einer Zwangsvorsteigerung erloschen sind, ungehindert im Verkehr bleiben könnten.

Das Recht ist die Ordnung der Gemeinschaft. Der einzelne muß seine Interessen gegenüber denjenigen der Gesamtheit der Volksgenossen zurückstellen. Dem Besitzer des Briefes über eine infolge der Zwangsvorsteigerung erloschene Hypothek kann das Opfer, dem Hypothekenbrief vorzulegen und ihn vernichten bzw. eine Teillösung auf ihm vermerken zu lassen, durchaus zugemutet werden. In sachlich-rechtlicher Hinsicht ändert sich durch die Vorlegung an seiner Rechtsstellung nichts, denn die Vernichtung des Hypothekenbriefes bzw. der Teillösungsvermerk sind nur dazu bestimmt, den Hypothekenbrief mit den durch den Zuschlag eingetretenen, aus dem Grundbuch bereits ersichtlichen Rechtslage in Einklang zu bringen. Die wirklich in Betracht kommenden materiellen Opfer, nämlich die Kosten für die Einsendung des Briefes und die Schreibgebühren für den auf den Brief zu setzenden Vermerk<sup>5)</sup>, sind so geringfügig, daß sie dem Betroffenen mit Rücksicht auf die weit überwiegenden Belange der Allgemeinheit durchaus zugemutet werden können. Übrigens sind es ja fast immer böswillige oder unbelehrbare Personen, die sich einer Vorlegung des Briefes widersezten, und es ist nur recht und billig, daß ihr böser Wille oder Unverstand, der sich den allgemeinen Interessen entgegenstellt, erforderlichenfalls durch staatliche Zwangsgewalt gebrochen wird.

c) Diese Erwägungen führen dazu, § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. hier entsprechend anzuwenden. Grundgedanke dieser Vorschrift ist, die Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Brief auch dann zu erhalten, wenn (ausnahmsweise) eine Eintragung bei der Briefpost ohne Briefvorlegung erfolgen durfte und erfolgt ist. Dieser Grundgedanke muß auch dann Geltung haben, wenn eine infolge einer Zwangsvorsteigerung erloschene Hypothek ganz oder zum Teil gelöscht ist. Dem darf nicht entgegengehalten werden, daß § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. eine erschöpfende Regelung der Fälle enthalte, in denen das GBV. die Vorlegung des Briefes verlangen und erzwingen könne. Es trifft nicht zu, daß eine Ausnahmeverordnung einer ausdehnenden Auslegung oder einer analogen Anwendung nicht zugänglich ist. Maßgebend ist vielmehr, ob aus der Ausnahmeverordnung entnommen werden muß, daß andere, gleich oder

ähnlich liegende Fälle anders entschieden werden sollen, oder ob die Ausnahmeverordnung die Möglichkeit offen läßt, solche Fälle ebenso wie die ausdrücklich vom Gesetz erwähnten Fälle zu behandeln. Nichts deutet darauf hin, daß das Gesetz den Brief über die infolge einer Zwangsvorsteigerung erloschene Post anders, als es in § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. geschehen ist, behandeln will. Ja, man kann geradezu zweifeln, ob § 62 Abs. 2 Satz 2 wirklich eine „Ausnahme“-Vorschrift ist; denn für alle diejenigen Fälle, in denen nach der GBV. eine Eintragung bei der Hypothek ohne Briefvorlegung erfolgen darf — und das sind allein die Fälle der §§ 41 Abs. 1 Satz 2 und 53 Abs. 2 Satz 1 —, ist bestimmt, daß das GBV. die Vorlegung des Briefes nach erfolgter Eintragung verlangen und erzwingen kann. Den hier vorliegenden Fall hat die GBV. völlig unbeachtet gelassen. Eine entsprechende Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. (i. Verb. m. § 33 FGG.) ist danach nicht ausgeschlossen, vielmehr aus den vorerörterten Gründen geboten<sup>6)</sup>).

Aus der Vorschrift des § 53 Abs. 2 SchuldRegG. vom 1. Juni 1933, wonach das GBV. nach Erledigung des Erstuchens des Entschuldungsamts den Besitzer des Briefes über eine von der Eintragung betroffene Post, sofern der Brief nicht vorgelegt ist, zur Vorlegung anzuhalten und nachträglich die Eintragung auf dem Brief zu vermerken bzw. den Brief unbrauchbar zu machen hat, ist nichts gegen die hier vorgetragene Auffassung zu entnehmen. Der Einwand, daß diese Vorschrift überflüssig wäre, wenn sich die Möglichkeit oder gar die Notwendigkeit, in der durch § 53 Abs. 2 SchuldRegG. bestimmten Weise zu verfahren, bereits aus § 62 GBV. entnehmen lasse, kann nicht erhoben werden. Denn der Gesetzgeber mußte bei Erlass des SchuldRegG. mit der Rechtslage, die sich aus der damaligen Grundbuchpraxis ergab, rechnen. Man könnte eher umgekehrt aus dieser Vorschrift schließen, daß das, was bei Eintragungen auf Grund eines Erstuchens des Entschuldungsamtes gilt, mit Rücksicht auf die (insofern) durchaus ähnliche Sach- und Rechtslage auch bei Eintragungen auf Grund eines Erstuchens des Versteigerungsrichters zu gelten hat, mit anderen Worten: man wird diese Vorschrift zur Untersuchung der hier vorgestrafenen Auffassung heranziehen können<sup>8)</sup>. — Auch der bereits erwähnte § 131 ZwVerfG. steht meiner Auffassung nicht entgegen. Nach § 131 ZwVerfG. ist zur Löschung einer Hypothek auf Grund eines Erstuchens des Zwangsvorsteigerungsgerichts die Vorlegung des Briefes nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift mußte erlassen werden, um die Erledigung des Erstuchens des Versteigerungsgerichts nicht von der Vorlegung des Briefes über die untergegangene Hypothek abhängig zu machen (s. § 62 Abs. 1 GBV.). Mit der Frage, ob die Vorlegung des Briefes nach erfolgter Löschung vom GBV. verlangt und erzwungen werden kann, hat diese Vorschrift überhaupt nichts zu tun.

III. Die Befugnis des Versteigerungsgerichts, gemäß § 127 ZwVerfG. den Brief unbrauchbar zu machen bzw. das Erlöschen eines Teilbetrages auf dem Brief zu vermerken, besteht, sobald der Teilungsplan ausgeführt ist; ist der Eingriffsmöglichkeit des GBV. nach dem entsprechend anzuwendenden § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. kommt erst nach erfolgter Löschung der Hypothek im Grundbuche in Betracht. Von der Löschung an besteht also eine konkurrierende Zuständigkeit zwischen dem Versteigerungsgericht und dem GBV. Zwangsbefugnisse stehen allerdings nur dem GBV. zu. Damit der Betroffene nicht zwei unabhängig nebeneinander herlaufende Erstuchen auf Vorlegung

<sup>4)</sup> Zum Beispiel durch Betrug unter der Vorstiegelung, daß die durch den Brief bezeugte Hypothek noch bestehe (gerade unerfahrene und infolgedessen besonders schutzbedürftige Volksgenossen können hierdurch Schaden erleiden!) oder Verfälschung des Briefes oder Verwendung des Briefes zur Anfertigung eines neuen (gefälschten) Briefes. Wer das angeblich durch den Brief verbriehte Recht im Vertrauen auf den Brief erwirkt, wird nicht nach § 892 GBV. geschützt, da sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur berufen kann, wer dem Buche, nicht aber wer dem (von dem Buchinhalt abweichenden) Briefe traut (Röf. 38, 298).

<sup>5)</sup> § 66 Abs. 2 KostO.; vgl. auch § 138 Abs. 2 KostO. Dagegen sind keine Schreibgebühren zu zahlen, wenn das Versteigerungsgericht die nach §§ 127 ZwVerfG., 48 Grundbuchverf. erforderlichen Vermerke (s. Text, unter IV) auf den Brief setzt; vgl. § 71 FGEG.

<sup>6)</sup> Vgl. übrigens auch Art. 6 Abs. 1 der DurchfVO. z. AufwG.

und § 9 GBvereinG.

des Briefes erhält, wird es sich empfehlen, daß das GBa. dem Erfuchen um Vorlegung des Briefes etwa folgenden Zusatz beifügt: „Diese Anordnung erledigt sich, falls Sie bereits vom Versteigerungsgericht zur Vorlegung des Briefes aufgefordert sind und dieser Aufforderung Folge geleistet haben; sollte dies der Fall sein, so wird um Mitteilung ersucht.“ Eine derartige Zuständigkeitskonkurrenz, wie sie zwischen Versteigerungsgericht und GBa. hier bestehen kann, ist an sich unerfreulich<sup>9)</sup>. Praktische Schwierigkeiten werden sich daraus aber wohl kaum ergeben, insbesondere wenn das Versteigerungsgericht, wie das jetzt schon vielfach üblich ist, in das Eintragungserfuchen eine Mitteilung darüber, was ihm über den Verbleib der (dem Erfuchen nicht beigefügten) Briefe bekannt ist, aufnimmt.

IV. Geht der Hypothekenbrief dem Versteigerungsgericht zu, so hat dieses den Brief unbrauchbar zu machen — und zwar nach Abtrennung einer mit dem Brief verbundenen Urkunde über die persönliche Schulde. Die Schuldkunde ist dem Einreichenden zurückzugeben, der unbrauchbar gemachte Brief ist zusammen mit dem Eintragungserfuchen (es sei denn, daß er erst nach dessen Absendung eingeholt) dem GBa. zu übersenden, daß ihn bei den Grundakten aufzubewahren hat. Dies ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Grundbuchverf., der richtiger Meinung nach auch auf die vom Versteigerungsgericht unbrauchbar gemachten Briefe Anwendung zu finden hat. Ist das Recht nur zum Teil erloschen, so hat das Versteigerungsgericht auf dem Brief dieses Teilerlöschen und weiter den Betrag, in dessen Höhe die Post noch besteht (jog. Nachgültigkeitsvermerk, § 48 Abs. 1 Grundbuchverf.), zu vermerken (RG. 51, 308)<sup>10)</sup>. Der Versteigerungsrichter hat in diesem Falle den Brief grundsätzlich dem Einsender zurückzugeben, hat ihn jedoch dem GBa. weiterzureichen, wenn das Bestehenbleiben des Restes der Post unter neuen Bedingungen<sup>11)</sup> vereinbart ist. In allen diesen Fällen hat das GBa. keinen die Löschung betreffenden Vermerk (in Betracht kommen: der Löschungsvermerk oder Teilerlösungsvermerk, letzterer in Verbindung mit dem Nachgültigkeitsvermerk) auf den Brief zu setzen, weil § 127 ZwVerfG. offenbar erschöpfend regelt, wie mit dem dem Versteigerungsgericht vorgelegten Brief zu verfahren ist und weil für eine doppelte Arbeit — Vermerke des Versteigerungsgerichts nach § 127 ZwVerfG., § 48 Abs. 1 Grundbuchverf. einerseits, Vermerke des GBa. andererseits — kein praktisches Bedürfnis besteht. Die Übereinstimmung zwischen Buch und Brief wird hinreichend durch die vom Versteigerungsgericht vorzunehmenden Vermerke gewährleistet (so zutreffend HG. a. o. D.).

Übersendet das Versteigerungsgericht dem GBa. den Brief ohne die nach § 127 ZwVerfG., § 48 Abs. 1 Grundbuchverf. erforderlichen Vermerke, so wird das GBa. den Brief zur Nachholung dieser Vermerke an das Versteigerungsgericht zurückzurreichen haben. Es kann statt dessen aber auch selbst die nach Grundbuchrecht vorzunehmenden Vermerke auf den Brief setzen.

Geht der Brief dem GBa. von dem Briefbesitzer nach Eingang des Eintragungserfuchens des Versteigerungsgerichts zu, so hat es ihn nicht etwa an das Versteigerungsgericht weiterzuleiten, damit dieses nach § 127 ZwVerfG. verfahren, sondern es hat selbst den Brief unbrauchbar zu machen bzw.

<sup>9)</sup> Übrigens kommt es mir nicht entscheidend darauf an, ob man die Zuständigkeit des Versteigerungsgerichts oder des Grundbuchamts, gegebenenfalls Zwangsmassnahmen zu ergreifen, annimmt. Die Hauptfache ist, daß überhaupt eine Stelle vorhanden ist, die die Beseitigung bzw. Richtigstellung des „gefährlichen“ Briefes mit Hilfe von Zwang durchsetzen kann.

<sup>10)</sup> Letzteres ist in der Praxis vielfach nicht üblich, aber im Interesse der Klarheit und Verständlichkeit des Briefes dringend erwünscht!

<sup>11)</sup> Ist das Bestehenbleiben einer Hypothek, sei es im ganzen, sei es zu einem Teilstabe, gemäß § 91 Abs. 2 ZwVerfG. vereinbart, so werden fast immer auch neue Bedingungen vereinbart, und es wird ihre Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt.

die Teillösung auf ihm zu vermerken und den Nachgültigkeitsvermerk auf ihn zu setzen. Hierbei gelten die allgemeinen Vorschriften des Grundbuchrechts (§ 69 GBV., §§ 48 Abs. 1, 53 Grundbuchverf.), auf die hier im einzelnen nicht einzugehen ist.

V. Wendet man § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. auf die infolge einer Zwangsversteigerung erloschene Hypothek entsprechend an, so wird das eine gewisse Mehrarbeit des GBa. zur Folge haben — eine Mehrbelastung, die eben im Interesse der Sache in Kauf genommen werden muß; der Umfang dieser Mehrarbeit sollte übrigens nicht überschätzt werden. Schwerwiegender ist die Frage, ob nicht die entsprechende Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 2 GBV. eine erhöhte Negativgefahr für den Fiskus mit sich bringen kann<sup>12)</sup>. Bei der Prüfung dieser Frage ist zunächst davon auszugehen, daß das GBa. nur als berechtigt, nicht aber als verpflichtet anzusehen ist, von dem Briefinhaber die Vorlegung des Briefes über eine infolge einer Zwangsversteigerung erloschene Post zu verlangen. Wie der Versteigerungsrichter nach § 127 ZwVerfG. nur berechtigt<sup>13)</sup>, nicht aber verpflichtet ist, den Briefbesitzer um Vorlegung des Briefes zu ersuchen, so kann auch für den Grundbuchrichter nur ein Recht, nicht aber eine Pflicht zur Erforderung des Briefes bestehen, d. h. der Grundbuchrichter hat nach pflichtmäßiger Ermessen<sup>14)</sup> — nicht etwa nach Willkür — in jedem einzelnen Falle darüber zu entscheiden, ob der Brief einzufordern ist und ob diese Anordnung gegebenenfalls mit Hilfe staatlichen Zwanges (§ 33 FGG.) durchzusetzen ist. Kann nun jemand, der auf die Richtigkeit des Briefes über die erloschene Post vertraut hat, einen dadurch entstandenen Schaden von dem Reichsjustizfiskus erzeigt verlangen, weil der Grundbuchrichter den Brief — infolge pflichtwidriger Ermessensausübung — nicht eingezogen und damit eine dem Geschädigten (dem „Dritten“) gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt habe? Rechtsprechung und Rechtslehre nehmen allgemein an, daß der Grundbuchrichter sowohl bei Eintragungen im Grundbuche wie auch bei der Behandlung eines Hypothekenbriefes eine Amtspflicht gegenüber jedem künftigen rechtsgeschäftlichen Erwerber eines Grundstücksrechts zu erfüllen habe (RG. grundsätzlich in RGZ. 78, 242 = JW. 1912, 349 und in zahlreichen Entscheidungen, zuletzt RGZ. 151, 395 = JW. 1936, 3180<sup>4</sup>; vgl. auch die von Hesse in seiner Besprechung der zuletzt genannten Entscheidung [DJ. 1937, 167] angeführten Entscheidungen; wegen des Hypothekenbriefes siehe insbesondere RGZ. 66, 107 = JW. 1907, 395). Daß es sich um eine Ermessensfrage handelt, schließt eine Amtspflichtverletzung nicht unbedingt aus, da ein (etwaiger) Ermessensmissbrauch eine Amtspflichtverletzung darstellen kann (RGZ. 126, 164 = JW. 1930, 1189 und öfter). Es bestände danach die Gefahr, daß in der Nichteinziehung eines Briefes der hier behandelten Art unter Umständen die Verleugnung einer dem GBa. einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht gefunden werden könnte. Einer solchen Möglichkeit muß von vornherein entgegengetreten werden. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung (vgl. auch die von Grunau: DJotZ. 1937, 472 zusammengestellten Entscheidungen) bedarf hier dringend einer Einschränkung. Eine Amtspflicht gegenüber einem Dritten, den Brief einzuziehen, kann es nicht geben. Eine solche Amtspflicht kann nur gegenüber der Allgemeinheit bestehen (s. z. B. RGZ. 139, 153 = JW. 1933, 1189<sup>11</sup>; RGZ. 140, 427 = JW. 1934, 25<sup>2</sup>). Die Allgemeinheit soll vor Schaden bewahrt, die öffentliche Ordnung soll aufrechterhalten werden; nicht aber soll dem etwa geschädigten Dritten eine Garantie des Inhalts geboten werden, daß er sich ohne weiteres auf die Richtigkeit eines Hypothekenbriefes verlassen darf. Dies würde, praktisch ge-

<sup>12)</sup> § 839 BGB., BD. über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten v. 3. Mai 1935 (RGBl. I, 587).

<sup>13)</sup> Von diesem Recht wird in der Praxis regelmäßig Gebrauch gemacht; die Zahl der Fälle, in denen die Vorlegung des Briefes unterbleibt, ist trotzdem nicht gering.

<sup>14)</sup> Es werden wohl nur besondere Fälle, die einen Missbrauch des Briefes ausgeschlossen erscheinen lassen, dem Grundbuchrichter Veranlassung geben, von der Erforderung des Briefes abzusehen.

sehen, die Einführung des öffentlichen Glaubens des Briefes in dem Sinne bedeuten, daß, wer auf den Briefinhalt vertraut, zwar nicht das angeblich verbriezte Recht, wohl aber einen dem angeblich verbrieften Recht gleichwerten Schadensersatzanspruch gegen den Fiskus erwirkt<sup>15)</sup>! Aber selbst wenn man eine Amtspflichtverlegung gegenüber einem Dritten hier begrifflich für möglich halten will, so wird es doch jedenfalls regelmäßig ein überwiegendes, die Haftung des Reichsjustizfiskus ausschließendes Verschulden des Dritten sein (§ 254 Abs. 2 BGB.), wenn er dem Brief ohne Einsichtnahme in das Grundbuch traut: man muß im Verkehr damit rechnen, daß eine Post infolge Zwangsversteigerung erloschen sein kann.

Würde man hier einen Schadensersatzanspruch gegen den Fiskus für denkbar halten, so würde der Zweck der entsprechenden Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 2 BGB., der öffentlichen Ordnung und dem Rechtsfrieden zu dienen, in sein Gegenteil verkehrt werden können. „Geschäftstüchtige“ Leute könnten sogar aus dem Erwerbe wertloser Hypothekenbriefe unter der Vorstellung, an den Bestand des verbrieften Rechts geglaubt zu haben, böswillig unbegründete Schadensersatzansprüche herzuleiten suchen.

VI. a) Alles, was hier über das Recht des GBa., die Vorlegung des Briefes zu verlangen und zu erzwingen, gesagt ist, gilt auch, wenn auf Ersuchen des Versteigerungsgerichts eine Sicherungshypothek mit dem Range vor einem Briefrecht ohne Vorlegung des über dieses Recht erteilten Briefes eingetragen ist (§§ 128, 130, 131 ZwVerfG.). Auch hier muß der Grundbuchrichter berechtigt sein, die Vorlegung des Briefes über die der Sicherungshypothek nachgehende Post zu erfordern, um den Vorrang der Sicherungshypothek auf dem Brief vermerken zu können<sup>16)</sup>.

1 b) Ein kurzer Ausblick noch auf sonstige Fälle, in denen Brief und Buch nicht übereinstimmen. Eine Verschiedenheit zwischen Brief- und Buchinhalt kann insbesondere vorkommen, wenn eine Eintragung bei einer Hypothek unter Verlegung des § 41 BGB., d. h. ohne Vorlegung des Briefes, erfolgt ist, wenn der durch § 62 Abs. 1 BGB. vorgeschriebene Vermerk versehentlich nicht auf den Brief gesetzt oder wenn der Vermerk unvollständig oder sonst unrichtig ist. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (RGZ. 83, 290 = JZ. 1914, 152; RG.: OLG. 10, 442; RGJ. 38, 294; 51, 308; 53, 219<sup>17)</sup>; OLG. Dresden: JFG. 7, 415) soll auch hier eine entsprechende Anwendung des § 62 Abs. 2 Satz 2 BGB. ausgeschlossen sein; fiskalische Interessen — nämlich die Abwendung eines Schadensersatzanspruches gegen den Justizfiskus — könnten es nicht rechtfertigen, private Interessen, die schon durch die Eintragung ohne Briefvorlegung oder die unrichtige Behandlung des Briefes verlegt worden seien, beiseitezuschieben. Indessen dürften ähnliche Gesichtspunkte, wie diejenigen, die zu einer Bejahung der Vorlegungspflicht bei Eintragung auf Ersuchen des Versteigerungsrichters führten, es rechtfertigen, auch hier

15) Dabei ist freilich nicht zu erkennen, daß die Rechtsprechung des RG. deutlich die Tendenz zeigt, den Kreis der Beteiligten, allerdings wohl nur soweit es sich um Eintragungen im Grundbuch handelt, mehr und mehr zu erweitern. Gegen diese Tendenz wendet sich mit Recht Hesse: DJ. 1937, 167.

16) Die vorstehend entwickelten Grundsätze gelten auch im Falle des § 158 ZwVerfG.

17) Anders und m. E. richtig die ältere Rechtsprechung des RG.: RGJ. 21, 147; 21, 286.

§ 62 Abs. 2 Satz 2 entsprechend anzuwenden<sup>18)</sup>. Auch hier muß man davon ausgehen, daß es dem einzelnen durchaus zugemutet werden kann, im Interesse der Allgemeinheit das „Opfer“ der Briefvorlegung zu bringen<sup>19)</sup>. Ich will durchaus nicht verkennen, daß ein erheblicher Unterschied zu dem vorerörterten Fall darin liegt, daß dort ein gesetzmäßiges Verfahren zur Abweichung des Grundbuchinhalts von dem Inhalt des Briefes geführt hat, hier aber die Nichtübereinstimmung zwischen Brief und Buch auf einem fehlerhaften Verfahren des GBa. beruht. Aber warum sollte nicht von dem betroffenen Briefbesitzer die Briefvorlegung zur Wiedergutmachung eines Fehlers des GBa. verlangt werden können? Ebenso wie bei einer Amtswidrigkeit oder der Eintragung eines Amtswiderspruchs, der sich gegen das Bestehen der Hypothek richtet (wegen der Einzelheiten siehe §§ 41, 53, 62 BGB.), ein Versehen des GBa. zum Vorlegungszwang führen kann, so muß auch bei einem Versehen der hier erörterten Art die Vorlegung verlangt und erzwungen werden können. Materiellrechtlich wird ja nichts dadurch geändert, daß der allein maßgebende Inhalt des Grundbuchs auf dem Hypothekenbrief vermerkt wird. Auf weitere Einzelheiten will ich hier nicht eingehen. Die Belange des betroffenen Briefbesitzers werden übrigens hinreichend dadurch gewahrt, daß das GBa. gegebenenfalls einen Widerspruch nach § 53 BGB. von Amts wegen einzutragen hat.

VII. Bei einer späteren Neuordnung des Zwangsversteigerungs- oder des Grundbuchverfahrensrechts werden die hier aufgeworfenen Fragen, vor allem soweit es sich um Löschungen auf Grund eines Ersuchens des Versteigerungsrichters handelt, einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zugeführt werden müssen. Für den hier hauptsächlich behandelten Fall, daß eine Hypothek infolge einer Zwangsversteigerung ganz oder teilweise erloschen ist, wird sich etwa folgende Regelung empfehlen: Vor der Eintragung des Erlöschens der Post im Grundbuche ist allein das Versteigerungsgericht zuständig; nach der Eintragung besteht sowohl die Zuständigkeit des GBa. wie die des Versteigerungsgerichts<sup>20)</sup>, den Brief zu erfordern, jedoch soll das Versteigerungsgericht, sobald es von der erfolgten Eintragung Kenntnis erlangt hat, von weiteren Maßnahmen hinsichtlich des Briefes absehen und den etwa bei ihm noch eingehenden Brief an das GBa. zur weiteren Veranlassung abgeben; dem einen wie dem anderen Gericht stehen Zwangsmaßnahmen nach § 33 FG. zu.

18) Es sei darauf hingewiesen, daß nach der Rechtsprechung des RG. Zwangsmaßnahmen gemäß § 33 FG. zulässig sind, wenn das Grundbuchamt einen Hypothekenbrief versehentlich einem Nichtempfangsberechtigten ausgehändigt hat (RGJ. 38, 290, OLG. 44, 163); ebenso wird im Schrifttum mit Recht angenommen, daß das Grundbuchamt, wenn ein Hypothekenbrief wegen Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften des § 56 S. 2 BGB. (vgl. auch § 61 Abs. 2 S. 1 BGB.) nichtig ist oder wenn über eine Buchhypothek versehentlich ein Brief erteilt ist, den nichtigen oder zu Unrecht erteilten Brief von Amts wegen — erforderlichenfalls durch Zwangsmaßnahmen nach § 33 FG. — einzuziehen und den Brief unbrauchbar zu machen hat (Henke-Wönd, „BGB.“ § 41 Anm. 2 A und 4 c, § 56 Anm. 4 b, § 62 Anm. 5 B). Diese Fälle sind von dem im Text erörterten nicht wesentlich verschieden; dort wie hier sind Zwangsmaßnahmen aus § 33 FG. zulässig.

19) Von der Erhebung der Schreibgebühren wird hier gegebenenfalls nach näherer Maßgabe des § 15 KostV. abzusehen sein.

20) Hinsichtlich der Kosten würde es dann keinen Unterschied machen dürfen, ob das Versteigerungsgericht oder das Grundbuchamt tätig wird. Wegen der jetzigen Rechtslage s. oben Anm. 5.

# Die Zwangsstundung von Hypothekenzinzen auf Grund des Gesetzes über Verbrauchergenossenschaften vom 21. 5. 1935

Von Gerichtsassessor Dr. Werner Hennig, Berlin, Hilfsarbeiter im Reichs- und Preuß. Wirtschaftsministerium

§ 4 des Ges. über Verbrauchergenossenschaften ermächtigt die Organe der liquidierenden Genossenschaften, mit Zustimmung des Reichswirtschaftsministeriums Auszahlungsfristen für die Erfüllung ihrer bei Eintragung des Auflösungsbeschlusses in das Genossenschaftsregister bestehenden Verbindlichkeiten festzusehen. Von dieser Ermächtigung haben alle liquidierenden Genossenschaften Gebrauch gemacht, auch hat das Reichswirtschaftsministerium in sämtlichen Fällen im Interesse einer geordneten Durchführung der Liquidation seine Zustimmung zu diesen Beschlüssen gegeben, so daß damit alle bei der Liquidationseröffnung bestehenden Verbindlichkeiten der Verbrauchergenossenschaften von einem Moratorium erfaßt werden<sup>1)</sup>. Da diese Stundung durch einen einseitigen Akt erfolgt ist, wird sie als „Zwangsstundung“ bezeichnet.

Werden von der Zwangsstundung auch die Hypothekenzinzen erfaßt?

Der Erlass der Moratorien hat einen lebhaften Meinungstreit ausgelöst, und zwar vor allem wegen der Frage, ob § 4 a. a. D. auch eine Stundung derjenigen Hypothekenzinzen zuläßt, die erst nach der Eintragung des Auflösungsbeschlusses fällig geworden sind oder noch fällig werden.

Eine klare Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Zwar umfaßt der in § 4 gewählte Ausdruck „Verbindlichkeiten“ sowohl Haupt- wie Nebenforderungen, so daß auch die Hypothekenzinzen diesem Begriff unterfallen. Jedoch beschränkt er die Möglichkeit der Stundung auf diejenigen „Verbindlichkeiten“, die bei Eintragung des Auflösungsbeschlusses „bestehen“.

Nach herrschender Auffassung „entstehen“ Zinsen immer erst mit Ablauf des Zeitabchnitts, für dessen Dauer sie als Entgelt für die Belastung eines Gegenstandes gewährt werden<sup>2)</sup>. Dieser Auffassung ist beizutreten, weil Zinsen als Entschädigung für die Überlassung eines Gegenstandes für einen bestimmten Zeitraum dienen und deshalb den Ablauf dieses Zeitraums zur Voraussetzung haben.

Demnach sind die für die Zeit nach der Eintragung des Auflösungsbeschlusses geschuldeten Hypothekenzinzen auch erst nach diesem Zeitpunkt „entstanden“. Diese Tatsache führt jedoch nicht zu der Folgerung, daß diese Hypothekenzinzen nicht als „bestehende Verbindlichkeiten“ i. S. des § 4 a. a. D. anzusehen sind. Denn bei der in § 4 vorgeesehenen Beschränkung der Stundungsmöglichkeit auf „die bei Eintragung des Auflösungsbeschlusses bestehenden Verbindlichkeiten“ liegt die Betonung nicht auf der Tatsache des Bestehens, sondern auf dem Zeitpunkt des Bestehens. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß sich nach dem Sinn des Ges. v. 21. Mai 1935 kein anderer Grund für die in § 4 festgesetzte Beschränkung der Stundungsmöglichkeit anführen läßt, als der, daß diese Beschränkung im Interesse der geordneten Durchführung der Liquidation geboten war. Die geordnete Durchführung der Liquidation wäre nämlich durch eine Ausdehnung der Stundung über den Zeitpunkt der Eintragung des Auflösungsbeschlusses, also damit des Liquidationsbeginnes hinaus, stark gefährdet, weil sich jeder Dritte geweigert hätte, noch mit den Liquidatoren Vereinbarungen auf Kreditbasis zu treffen, bei denen eine vertragsmäßige Erfüllung seiner Forderungen zum Fälligkeitszeitpunkt von vornherein ausgeschlossen war.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß der Begriff „bestehende“ Verbindlichkeiten keineswegs eng ausgelegt werden darf. Berücksichtigt man ferner, daß es sich bei jenen Hypothekenzinzen um Verbindlichkeiten handelt, die zwar erst nach

<sup>1)</sup> Nach dem Inhalt der Moratorien ist allgemein eine Stundung der Verbindlichkeiten bis zum 1. Okt. 1940 vorgesehen.

<sup>2)</sup> RGZ. 92, 186.

Liquidationseröffnung entstanden sind, deren Entstehung jedoch vor Eröffnung der Liquidation nicht nur rechtlich begründet, sondern auch tatsächlich gewiß war<sup>3)</sup>, so wird man mir in der Auffassung folgen müssen, daß die Wahl des Ausdrucks „bestehende“ Verbindlichkeiten im Gesetzesstext die Einbeziehung jener Art von Hypothekenzinzen nicht ausschließt. Daraus ergibt sich, daß der Wortlaut des § 4 des Ges. v. 21. Mai 1935 allein nicht für die Frage entscheidend sein kann, ob auch eine Stundung der erst nach der Eintragung des Auflösungsbeschlusses fällig werdenden Hypothekenzinzen möglich ist. Diese Entscheidung muß deshalb aus anderen Tatsachen gefolgt werden.

Man hat geglaubt, eine solche Folgerung aus dem Erlass der 2. Durchf. B. zum Ges. v. 21. Mai 1935 — welche die Verpflichtung der liquidierenden Genossenschaften zur Verzinsung von Geldschulden vom Tage der Eintragung des Auflösungsbeschlusses an aufhebt, von dieser Regelung jedoch die dinglich gesicherten Darlehnsschulden, also namentlich die Hypothekenschulden ausnimmt<sup>4)</sup> — ziehen zu dürfen. Und zwar hat man aus dieser Bestimmung gefolgt, daß die Hypothekenzinzen nicht nur geschuldet würden, sondern auch zum vertraglichen Fälligkeitszeitpunkt gezahlt werden müßten. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die 2. Durchf. B. als Ergänzung des § 4 des Ges. v. 21. Mai 1935 anzusehen sei und deshalb eine ausdrückliche Bestimmung hätte enthalten müssen, wenn die in ihr erwähnten Hypothekenzinzen von dem Moratorium des § 4 erfaßt werden sollten<sup>5)</sup>.

Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden, weil nicht einzusehen ist, weshalb § 4 des Ges. v. 21. Mai 1935 durch die 2. Durchf. B. lediglich seine Erläuterung erfahren soll. Zwar dienen beide Bestimmungen der erleichterten Durchführung der Liquidation; jedoch gehen sie dabei getrennte Wege und behandeln zwei völlig voneinander verschiedene Fragen, und zwar § 4 a. a. D. eine Frage der „Fälligkeit“, die 2. Durchf. B. dagegen eine Frage der „Zahlungspflicht“.

Eine weitere Begründung für die Auffassung, daß die Hypothekenzinzen nicht von den Moratorien des § 4 erfaßt würden, nimmt auf die Bestimmungen des Aufwertungsrechts Bezug, die eine Stundung der Hypotheken, nicht aber der Hypothekenzinzen vorsehen<sup>6)</sup>. Auch dieser Hinweis greift nicht durch, da einmal im Aufwertungsrecht, anders als im Gesetz über Verbrauchergenossenschaften, eindeutige Bestimmungen über die alleinige Verzinsung der Hauptforderungen getroffen sind<sup>7)</sup> und da ferner die einschlägigen Bestimmungen des Aufwertungsrechts eine Sonderregelung für Hypothekenforderungen enthalten, während § 4 des Ges. über Verbrauchergenossenschaften alle Verbindlichkeiten umfaßt.

Ahzulehnen ist schließlich auch die Auffassung, daß § 4 nur die aus den laufenden Geschäften der Verbrauchergenossenschaften entstandenen Verbindlichkeiten betreffe und deshalb nicht für Hypothekenzinzen in Betracht komme, weil für diese Begründung im Gesetz jede Stütze fehlt. Überdies sind zahl-

<sup>3)</sup> Da wegen des Moratoriums eine Rückzahlung der Hypotheken vorläufig nicht in Betracht kam, mußten folgerichtig diese Zinsen entstehen.

<sup>4)</sup> Die bevorzugte Behandlung der dinglich gesicherten Gläubiger hinsichtlich der Zinsen ist darauf zurückzuführen, daß nach den gesetzlichen Bestimmungen die Sicherung nicht nur für die Hauptforderung, sondern auch für die Zinsen gilt.

<sup>5)</sup> Vgl. Urt. des AG. Hannover v. 27. Mai 1936, 58 C 518/36.

<sup>6)</sup> Vgl. Urt. des AG. Hannover s. Fußnote 5.

<sup>7)</sup> Vgl. Bd. des Präs. über die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden v. 11. Nov. 1932 (RGBl. I, 522) und 2. Gesetz über einige Maßnahmen auf dem Gebiete des Kapitalverkehrs vom 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1255).

reiche Hypothekenforderungen aus der Umwandlung laufender Geschäftsschulden entstanden.

Zutreffend sind vielmehr die Ausführungen von Schröder<sup>8)</sup>, daß § 4 des Ges. v. 21. Mai 1935 auch eine Stundung von Hypothekenzinsen zuläßt. Gegen die Begründung Schröders, „daß, da die Hauptforderung am Moratorium teilnehme, auch die aus dieser abgeleiteten Zinsansprüche daran teilnehmen müßten“, ist der Einwand geltend gemacht worden, daß unser Zivilrecht einen derartigen Alzessoritätsgrundatz hinsichtlich der Fälligkeit nicht kenne.

Es ist zwar richtig, daß unser Zivilrecht einen solchen Satz nicht ausdrücklich normiert und daß die herrschende Auffassung davon ausgeht, daß eine Stundung der Hauptforderung die Zinsen nur dann mit erfaßt, wenn besondere Umstände, namentlich der Zweck der Stundung dies erkennen lassen<sup>9)</sup>. Der Zweck der Stundung des § 4 des Ges. v. 21. Mai 1935 läßt aber gerade erkennen, daß auch die Hypothekenzinsen den Moratorien der liquidierenden Verbrauchergenossenschaften unterfallen sollen, so daß jener Einwand gegen die Ausführungen Schröders tatsächlich nur ihre Richtigkeit bestätigt. Denn nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist die Normierung des § 4 deshalb erfolgt, um eine geordnete Durchführung der Liquidation der Verbrauchergenossenschaften zu gewährleisten und insbesondere die Notwendigkeit einer Konkursöffnung wegen Zahlungsunfähigkeit auszuschließen. Die Erreichung dieses Ziels — das dem Interesse aller Gläubiger dient — wäre aber von vornherein in Frage gestellt gewesen, wenn man die Hypothekenzinsen von der Stundung hätte ausnehmen wollen.

Die hypothekarische Belastung der liquidierenden Verbrauchergenossenschaften betrug nämlich bei der Liquidationseröffnung rund 37,5 Mill. RM. Berücksichtigt man die Schwierigkeiten, die einer Verflüssigung der Vermögenswerte der Genossenschaften begegnen<sup>10)</sup>, so erkennt man, daß die Zinsbedienung jener erheblichen hypothekarischen Belastungen die Zahlungsbereitschaft der liquidierenden Genossenschaften gefährden müßte. Mit dem Zweck der Stundung des § 4 ist demnach ein Ausschluß der Hypothekenzinsen unvereinbar. Daraus folgt, daß die Stundungsmöglichkeit des § 4 sich auch auf die Hypothekenzinsen erstreckt<sup>11)</sup>.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß auch die von den Verbrauchergenossenschaften auf Grund des § 4 beschlossenen Moratorien stets die Hypothekenzinsen erfassen, da es den Genossenschaften unverwehrt blieb, von der Stundungsmöglichkeit des § 4 nur in beschränktem Maße Gebrauch zu machen. Lassen die Beschlüsse der Genossenschaften einen solchen Beschränkungswillen jedoch nicht erkennen, so wird im allgemeinen anzunehmen sein, daß in den einzelnen Moratorien die gesetzliche Ermächtigung in vollem Umfang erschöpft werden sollte. Immerhin bleibt diese Entscheidung Tatfrage, für die gegebenenfalls die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Da das Wirtschaftsministerium in seine Zustimmungserklärungen keinerlei Beschränkungen aufgenommen hat, so bestimmt sich der Inhalt der Moratorien im Einzelfall ausschließlich nach den von den Genossenschaften gefassten Beschlüssen.

Die Stundung der Hypothekenzinsen entbindet die Ge-

nossenschaften von der Verpflichtung, die Zinsen zum Fälligkeitzeitpunkt zu zahlen. Verzugsfolgen treten deshalb bei Nichtzahlung nicht ein, so daß keine Rechtsgrundlage für die mehrfach erhobene Forderung auf Zahlung von Verzugszinsen gegeben ist.

### Die Auswirkungen der Zwangsstundung

Die Zwangsstundung der Hypothekenzinsen ist wegen ihrer nachteiligen Auswirkungen für die Hypothekengläubiger wiederholt beanstandet worden. So wurden Befürchtungen geäußert, daß bei geschäftlichen Unternehmen, wie Banken, Sparkassen, Versicherungsinstituten u. ä., der fehlende Eingang der Zinsen die Liquidität gefährde; ferner wurde darauf hingewiesen, daß die Verlängerung der Fälligkeitssfrist für diese Unternehmen einen effektiven Schaden dadurch bringe, daß es ihnen nicht mehr möglich sei, die Zinsen vom vertraglichen Fälligkeitzeitpunkt ab als Kapital auszugeben, und dadurch aus ihnen weitere Zinsen zu gewinnen.

Bei Nachprüfung dieser Beschwerden ergab sich jedoch, daß die Hypotheken auf die einzelnen Institute so verteilt sind, daß im allgemeinen eine Beeinträchtigung der Liquidität nicht zu befürchten steht. Auch der entstehende Verlust kann regelmäßig den Instituten zugemutet werden, zumal, wenn man berücksichtigt, daß den übrigen Gläubigern, deren Forderung nicht dinglich gesichert ist, nach der 2. DurchfVO. zum Gesetz über Verbrauchergenossenschaften für die Dauer der Moratorien überhaupt kein Zinsanspruch zusteht. Angeichts der wirtschaftlich ernsten Lage der liquidierenden Verbrauchergenossenschaften ließen diese Umstände deshalb keine Änderung des geltenden Rechtszustandes zu. Immerhin haben sich aus dieser Rechtslage in vereinzelten Fällen Härten ergeben, die eine Beseitigung erheischen.

Abgesehen von diesen Einzelfällen hat die Stundung der Hypothekenzinsen noch eine weitere unerwünschte Folge ausgelöst, und zwar hinsichtlich der Rangordnung des § 10 ZwVerfG. Denn nach Ziff. 4 des § 10 a. a. D. sind die Hypothekenzinsen, mit deren Zahlung der Schuldner mehr als zwei Jahre im Rückstand ist, bei einer Zwangsvorverwertung nicht im gleichen Rang zu berücksichtigen wie die Hypotheken, sondern erst an letzter Stelle. Da die Moratorien allgemein eine Zeitdauer von etwa vier Jahren vorsehen, droht deshalb für einen wesentlichen Teil der zwangsgestundeten Hypothekenzinsen ein Rangverlust. Der dagegen geltend gemachte Einwand, daß die Zwangsstundung die Anwendung des § 10 Ziff. 4 ZwVerfG. ausschließe, ist abzulehnen, da § 10 Ziff. 4 von „rückständigen“ Beträgen spricht, während die Zwangsstundung allein die Frage der „Fälligkeit“ betrifft.

Um die aufgezeigten Härten zu beseitigen, hat sich das NWiM. bereit erklärt, in Einzelfällen eine vorzugsweise Rückzahlung der Hypothekenzinsen zuzulassen und den betreffenden Verbrauchergenossenschaften zu diesem Zweck gegebenenfalls in Anrechnung auf den noch festzusetzenden Reichszuschuß besonders Mittel zur Verfügung zu stellen. Entsprechende Anträge sind von den Liquidatoren der Verbrauchergenossenschaften dem NWiM. zuzuleiten. Um eine gleichmäßige Behandlung aller Hypothekengläubiger zu sichern, hat sich das Ministerium die Entscheidung über die Anträge selbst vorbehalten. Die Einschaltung der Liquidatoren ist deshalb für erforderlich erachtet worden, weil jene allein für die ordnungsgemäße Durchführung der Liquidation verantwortlich sind und deshalb stets zu prüfen haben, ob die Befriedigung eines Hypothekengläubigers für die Liquidationsmasse vertretbar erscheint.

Voraussetzung der Genehmigung eines Antrages ist, daß der Hypothekengläubiger sich in wirtschaftlicher Notlage befindet, oder aber, daß ein Fall des § 10 Ziff. 4 ZwVerfG. vorliegt. Eine Berücksichtigung des Antrages findet nur insofern statt, als es sich um eine Zahlung von Zinsen oder laufenden Beiträgen handelt, nicht aber um das Grundkapital, also auch nicht um Amortisationsraten.

Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, daß es sich insoweit um zulässige Rückzahlungen von Hypotheken

<sup>8)</sup> „Die Auflösung der lebensunfähigen Verbrauchergenossenschaften“ in DJ. 1936, 283, insbes. 285/86.

<sup>9)</sup> Vgl. RGZ. 116, 376 — JW. 1927, 1751; Wahr. 1916, 18.

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu See-heraus in „Das Gesetz über Verbrauchergenossenschaften v. 21. Mai 1935 und seine Durchführung“: GenBl. 1936 Nr. 45 S. 907 und meine eigenen Ausführungen über „Die Verwertung der Anlagen der auf Grund des Ges. v. 21. Mai 1935 aufgelösten Verbrauchergenossenschaften“: GenBl. 1936 Nr. 50 S. 984.

<sup>11)</sup> Diese Auffassung wird auch vom NWiM. vertreten; vgl. auch Urt. des AG. Crimnitschau v. 14. April 1936, C 133/36. Entsprechendes gilt auch nach der übereinstimmenden Auffassung des NWiM. und des NFM. hinsichtlich der laufenden Steuern und öffentlichen Abgaben, die erst nach der Liquidationseröffnung fällig werden.

zinsen handelt. Die gleichmäßige Berücksichtigung der Hypothekengläubiger bei der Ausschüttung einer Quote an alle Gläubiger ist dagegen durch diese Maßnahme nicht etwa von der Genehmigung des NWiM. abhängig gemacht worden.

Es steht zu erwarten, daß die durch das NWiM. getroffene Regelung dazu führt, etwaige Mängel zu beseitigen, ohne die ungestörte Abwicklung der Verbrauchergenossenschaften zu

gefährden. Im übrigen bringt das Fortschreiten der Liquidation eine weitergehende Verflüssigung der Mittel der liquiderenden Verbrauchergenossenschaften und damit eine weitergehende Befriedigung nicht nur der Hypothekengläubiger, sondern aller Gläubiger. Es ist zu hoffen, daß diese Entwicklung gute Fortschritte macht und dazu führt, daß auch der letzte Gläubiger wegen seiner Forderungen voll befriedigt wird.

## Fristen und Termine, Versäumung und Wiedereinsetzung im Erbhofverfahren

Von Landgerichtsdirektor Dr. Bergmann, Lübeck

### 1. Abschnitt: Fristen und Termine<sup>1)</sup>

Auch auf dem Gebiete des EH-Rechts knüpfen sich an den Zeitablauf rechtliche Wirkungen. Die im REG und seinen Durchführungsbestimmungen enthaltenen Zeitbestimmungen haben zum größten Teil sachlich-rechtliche Bedeutung, d. h., die Zeitpunkte oder Zeiträume sind Tatbestandsmerkmale für den Eintritt oder Nichteintritt sachlicher Rechtsfolgen oder sie sind Fristen für die Vornahme sachlich rechtsgestaltender Handlungen. Eine zweite Gruppe bezieht sich auf die Gerichtsverfassung, insbesondere auf die Besetzung der Gerichte<sup>2)</sup>. Eine dritte Gruppe, die uns hier interessiert, hat verfahrensrechtliche Bedeutung. Auch hier müssen wir noch diejenigen aussondern, die sich auf andere Verfahrensarten beziehen<sup>3)</sup>.

Die auf das EH-Verfahren selbst bezüglichen Fristen sind teilweise anderen Behörden gesetzt<sup>4)</sup>, teilweise den Anerbenbehörden. Diese Fristen oder Termine nennen wir „uneigentliche“. Sie sind ihrem Inhalte nach reine Dienststelleweisungen, deren Verlezung im Dienstaufsichtswege zu rügen ist<sup>5)</sup>.

Die übrigen Zeitbestimmungen im EH-Verfahren gehen die Beteiligten an. Sie sind entweder Termine, d. h. Zeitpunkte, an welchen eine Verhandlung beginnt, oder Fristen, d. h. Zeiträume, und sie sind entweder vom Gesetz oder vom Richter bestimmt.

### I. Termine

Gesetzliche Termine gibt es nicht. Die richterliche Anerbaumung eines Termins steht im Ermessen des Gerichts (§ 13 EHbD). Nur im Verfahren zur Auseinandersetzung über einen Ehegattenerbhof nach Ehescheidung ist ein Verhandlungsstermin notwendig (§ 68 EHbD), seine Anerbaumung aber Sache des Richters. Er ist als zweiter Termin in diesem Verfahren geboten, wenn das Gericht von seinem Beteiligten zur Äußerung mitgeteilten Auseinandersetzungsvorschlag in wesentlichen Punkten abweichen will.

<sup>1)</sup> Abkürzungen: WG = Wiedereinsetzung; REG = Anerbengericht; EH = Erbhofgericht; LbG = Landeserbhofgericht Celle; REG = Reichserbhofgericht; EHsp = Rechtsprechung in Erbhöfen, Vogels-Hopf; KBf = Kreisbauernführer; LbF, REG = Landes-, Reichsbauernführer; EH = Erbhof.

<sup>2)</sup> §§ 2 Abs. 5, 4 Abs. 3, 6 Abs. 8 EHbD, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 3, 6 Abs. 8 EHbD, § 45 REG, § 33 GBG, §§ 41 Abs. 3, 43 Abs. 3 REG, preuß. Ausf. zum REG v. 26. Okt. 1933 (BG. 384) § 2, § 6 GBG, § 7 Abs. 4 EHbD, §§ 2 Abs. 5, 4 Abs. 3, 6 Abs. 8 EHbD, § 6 Abs. 4 EHbD, § 45 REG, § 33 Abs. 1 GBG, § 45 REG, § 35 Ziff. 5 GBG.

<sup>3)</sup> Zum Beispiel auf das Vollstreckungsverfahren nach der ZPO oder den Abgabengesetzen (Zwischenfrist von 1 Monat, §§ 39, 59 REG); das Verfahren des Nachlassgerichts (§ 16 EHbD); richterliche Amtsbeschrift für Anerbenrechte im Verfahren zur Feststellung, daß kein Anerbe vorhanden ist; das Verfahren beim GBAA. (§ 29 Abs. 3 EHbD); Frist von 1 Monat für den Antrag auf gebührenfreie Zuschriftung als Bestandteil.

<sup>4)</sup> So die Fristen für die Einreichung der Gemeindeverzeichnisse und deren Prüfung durch den Landrat und für das statistische Verhältnis der Erbhöfe über 125 ha, 1. Jan. und 1. Febr. 1934, 1. März und 1. April 1937 (§§ 34, 43, 41 EHbD).

<sup>5)</sup> Jonas, „Grundris des Zivilprozeßrechts“ § 54 IV. Dahin gehören die Gehaltsfristen ab 1940 für die regelmäßige Nachprüfung der EH-Nöte (§ 46 Abs. 1 EHbD) und die regelmäßige Wiederholung hinsichtlich der zum EH sachlich geeigneten Höfe (§ 42 Abs. 3 EHbD).

Die Versäumung des (fakultativen oder notwendigen) Termins hat keine Rechtsnachteile zur Folge, wie im Zivilprozeß (§§ 330, 331 ZPO) oder auch teilweise im Strafprozeß (§§ 232, 235, 329, 412 StPO). Das Ausbleiben hat lediglich tatsächliche Wirkungen insofern, als dem Ausbleibenden die Möglichkeit genommen wird, in dem Termin Ausführungen zu machen. So ist auch § 68 Satz 2 EHbD zu verstehen, wonach in diesem Falle die Ladung den Hinweis enthalten muß, daß auch bei dem Ausbleiben eines Beteiligten über die Auseinandersetzung verhandelt wird.

### II. Fristen

Die Fristen sind entweder Handlungsfristen (den Beteiligten zur Vornahme einer Handlung gesetzt) oder Zwischenfristen (den Beteiligten zur Überlegung und Vorbereitung einer Handlung gelassen). Auch sie beruhen entweder auf dem Gesetz oder auf richterlicher Bestimmung. Die Zwischenfristen treten nur als gesetzliche auf<sup>6)</sup>. Die Handlungsfristen sind

#### A. gesetzliche. Sie betreffen entweder

a) die Einleitung des Verfahrens, d. h. die Antragstellung, und zwar

1. den Antrag des LbF auf Zulassung einer Abweichung von der eingetreteten gesetzlichen Anerbenfolge (§ 54, Abs. 1, 2 EHbD); Frist von 3 Monaten seit dem Erbanfall oder seit dem Eingang der Übernahmeverklärung des austauschenden Anerben beim REG.

2. den gleichen Antrag des LbF für Erfälle zwischen dem 1. Okt. 1934 (eingerechnet) und dem 23. Dez. 1936 (nicht eingerechnet); Frist von 3 Monaten nach dem Inkrafttreten der EHbD (§ 54 Abs. 3 EHbD).

3. den Antrag des LbF, den Nutzverwalter zum Anerben zu bestimmen (§ 87 EHbD), Frist: „spätestens vor dem Erfall“.

4. den Antrag auf anderweite Kostenfestsetzung im Falle abweichender Wertfestsetzung (§ 107 Abs. 2 EHbD, § 107 Abs. 2 ZPO), Frist: 1 Monat seit Zustellung der (geänderten) Wertfestsetzung,

5. den Antrag des Bauern, nachträglich die Zuschriftung eines Grundstücks zu einem belasteten EH als Bestandteil „ge-

<sup>6)</sup> Hierher gehören: a) die Frist von 1 Monat für den Aushang der gerichtlichen Verzeichnisse (§§ 37 Abs. 1, 41 Abs. 6 EHbD). Wird sie nicht gewahrt, so kann der Lauf der dem nicht aufgenommenen Eigentümer gesetzten zwölfjährigen Einspruchsfrist nicht beginnen (§ 37 Abs. 2 EHbD).

b) Die Frist von 14 Tagen zwischen Ladung und Verhandlungsstermin im Verfahren zur Auseinandersetzung über einen Ehegattenerbhof nach Ehescheidung (§ 68 EHbD). Ist die Frist nicht innerhalten, so darf in diesem Termine über die Auseinandersetzung nicht verhandelt werden, es sei denn, daß der Beteiligte erscheint und sich auf die Verhandlung einläßt.

c) Die Frist des § 23 EHbD, § 132 ZPO. Wenn im Verfahren vor dem EH und REG schriftliche Vorbereitung der Sache angeordnet wird, so müssen vorbereitende Schriftsätze mit neuem Tatfachensatz 1 Woche, bei einem Zwischenstreit 3 Tage vor der mündlichen Verhandlung (s. oben I im Text) zugestellt werden, und die Gegenerklärung mindestens 3 Tage vorher. Es handelt sich hier um eine lex imperfecta, da im Bereich der Amtsermittlung für die Anwendung der §§ 279, 279a, 283 Abs. 2, 529 Abs. 2 ZPO kein Raum ist.

bührenfrei" zu genehmigen, das bereits vor dem Inkrafttreten der EHVbD ohne Genehmigung zugeschrieben war (§ 29 Abs. 3 EHVbD), Frist: 3 Monate nach dem Inkrafttreten der EHVbD.

In den Fällen zu 1–4 bewirkt die Versäumung der Frist die Unzulässigkeit des Antrages und damit einer sachlichen Entscheidung. In dem Falle zu 5 hat die Versäumung lediglich die Folge, daß die auch weiterhin mögliche Genehmigung gebührenpflichtig wird.

#### b) den Beitritt zu einem Verfahren.

In den Feststellungsvorfahren §§ 10, 13, 18 REG läuft für jeden Antragsberechtigten eine Frist, binnen welcher er sich dem Verfahren anschließen kann. Die Frist wird bestimmt durch die Unabhängigkeit der Sache in der Instanz, nach eingegangener Entscheidung durch die am längsten laufende Beschwerdefrist; in letzterem Falle schließt sich der Berechtigte durch Rechtsmitteleinlegung an (§ 55 Abs. 1–3 EHVbD). Versäumung der Frist macht den Anschluß unmöglich, läßt aber selbständiges Vorgehen unberührt.

#### c) die Einlegung von Rechtsbehelfen, und zwar

1. den Einspruch gegen die Vorentscheidung des Vorsitzenden (§ 19 Abs. 2 EHVbD),

2. den Einspruch des Eigentümers gegen die Nichtaufnahme seines Hofs in das gerichtliche Verzeichnis (§§ 37 Abs. 2, 41 Abs. 6 EHVbD),

3. den Einspruch des aufgenommenen Eigentümers und des KBfJ gegen das gerichtliche Verzeichnis (§§ 36, 39, 41 Abs. 6 EHVbD); des Eigentümers und KBfJ gegen die Berichtigungsentcheidungen (§§ 46 Abs. 3, 47 Abs. 2, 3 EHVbD), mögen sie auf Aufnahme oder Löschung lauten,

4. die Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des II. d. G. (§ 107 Abs. 2 EHVbD, § 104 Abs. 3 BPD).

Zu 1, 2, 4 Frist von 14 Tagen, zu 3 Frist von 1 Monat; zu 1, 3, 4 seit Zustellung, zu 2 seit Beendigung des einmonatlichen Aushangs.

Die Folgen der Versäumung sind Unzulässigkeit der Rechtsbehelfe.

#### d) die Einlegung von Rechtsmitteln insbesondere, und zwar

1. die sofortige Beschwerde (§ 48 REG, §§ 114, 107 Abs. 2 EHVbD, § 13 KostD., §§ 17, 11 EHVbD, § 15 FG, § 387 BPD.),

2. für die sofortige weitere Beschwerde (§ 49 REG, § 114 Abs. 2 EHVbD; vgl. dazu Hopf, EHVbD § 114 Anm. 2 Abs. 2).

Zu 1, 2 Frist von 14 Tagen seit Zustellung. Die Folgen der Versäumung sind Unzulässigkeit des Rechtsmittels.

Für Handlungen innerhalb des Verfahrens sind allgemein keine gesetzlichen Fristen gesetzt<sup>7)</sup>. Das hängt wohl mit dem Amtsermittlungsgrundsatz zusammen.

#### B. richterliche.

1. Die vom Vorsitzenden des REG bestimzte Frist zum Nachweise des Erwerbes der Reichsangehörigkeit oder der Freiheit von dem Erfordernis der Reichsangehörigkeit, wenn ein Hof in der EHV Rolle festgestellt ist, der wegen fehlender

Reichsangehörigkeit des Eigentümers kein EHV geworden ist (§ 28 Abs. 2 EHVbD). Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird die Eintragung gelöscht.

2. Die Außerungsfrist, die der Vorsitzende des REG den geschiedenen Ehegatten und dem KBfJ zur Erklärung über den Auseinandersetzungsvorschlag stellt (§ 29 Abs. 4 EHVbD). Die Versäumung der Frist hat keine Rechtsnachteile zur Folge. Das REG kann zwar nach Ablauf der Frist über den Auseinandersetzungsvorschlag beschließen, der Inhalt dieser Entscheidung wird aber nicht durch die Säumnis, sondern durch den Grundsatz der Amtsermittlung bestimmt. Das REG kann von seinem eigenen Vorschlag abweichen, sogar in wesentlichen Punkten. Allerdings soll es dann zunächst einen neuen Termin abhalten (§ 71 Abs. 2 EHVbD).

3. Die auf Antrag eines nachfolgenden Anerbenberechtigten dem nächsten Anerbenberechtigten gesetzte Frist zur Wahl zwischen mehreren Erbhöfen (§ 23 Abs. 2 REG). Die Versäumung der Frist bewirkt den Rücktritt des Wahlberechtigten hinter die übrigen.

#### 2. Abschnitt: Berechnung, Verlängerung und Verkürzung der Fristen

Für die vorerwähnten Fristen gelten (§ 186 BGB, § 11 EHVbD, § 17 Abs. 1 FG) die §§ 187, 188 BGB über Beginn und Ende der Frist (vgl. mein „Erbhofversfahren“ S. 58). Die §§ 189, 191, 192 BGB haben wohl keine Bedeutung für das EHV-Verfahren. § 193 BGB ist ersetzt durch § 17 Abs. 2 FG. Nach § 190 BGB wird bei Verlängerung einer Frist die neue Frist vom Ablauf der vorigen an gerechnet.

Es fragt sich aber, ob die Fristen im EHV-Verfahren überhaupt verlängert oder verkürzt werden können. Ausdrückliche Vorschriften hierüber fehlen. Gegen die sinngemäße Anwendung des § 224 Abs. 2 BPD bestehen aber wohl keine Bedenken, da diese Vorschrift in der Natur der Sache ihren Grund hat. Danach sind gesetzliche Fristen nur dort abänderlich, wo das ausdrücklich bestimmt ist. Solche Bestimmungen kennt das EHV-Verfahren für Handlungsfristen nicht. Richterliche Fristen aber könnten danach auf Antrag aus erheblichen Gründen abgeändert werden. Für die Parteivereinbarung nach § 224 Abs. 1 BPD ist wohl nur dort Raum, wo Fristen der BPD durch Bezugnahme für das EHV-Verfahren anwendbar gemacht sind (oben Anm. 6 zu c, Anm. 7 zu a).

#### 3. Abschnitt: Versäumung und Wiedereinsetzung<sup>7a)</sup>

Die Bedeutung einer Handlungsfrist zeigt sich an den Folgen ihrer Versäumung. Diese sind bei den einzelnen Fristen oben erörtert. Es fragt sich, inwieweit die Folgen der Versäumung beseitigt werden können. Das Mittel hierfür ist die Wiedereinsetzung (WE) in den vorigen Stand. Gegen die Terminversäumnis gibt es sie überhaupt nicht. Sie ist hier auch nicht vonnöten (anders z. B. § 235 StPD). Auch im übrigen ist nicht jede Fristversäumnis heilbar (anders z. B. § 44 StPD). Die BPD gewährt die WE gegen die Versäumung von Notfristen (und von Berufungs- und Revisionsbegründungs- sowie Gebührenfristen). Notfristen sind (§ 223 Abs. 3 BPD) diejenigen, die die BPD als solche bezeichnet. Die Bedeutung des Begriffs reicht deshalb über den Zivilprozeß nicht hinaus, soweit nicht etwa zivilprozeßuale Verfahrensteile in andere Verfahrensarten übernommen sind. Es ist unrichtig, im EHV-Verfahren von Notfristen zu reden. Hier gibt es die WE daher nur dort, wo das Gesetz das ausdrücklich anordnet. Das ist geschehen für die oben erwähnten Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelfristen<sup>8)</sup> (§ 11 EHVbD, §§ 22 Abs. 2, 29 Abs. 2, 4 FG, § 20 Abs. 3, 4 EHVbD).

<sup>7a)</sup> Vgl. Orthmann: RdRN. 1935, 228.

<sup>8)</sup> In § 20 Abs. 4 ist § 37 Abs. 2 EHVbD nicht zitiert. Es hat daher den Anschein, als ob gegen die Versäumung dieser Einspruchsfrist die WE ausgeschlossen sei. Ob das gewollt ist, ist schwer zu sagen.

<sup>7)</sup> Ausnahmen sind a) die Frist für die Einsicht vom Gegner vorgelegter Urkunden, wenn im Verfahren vor dem EHV und REG schriftliche Vorbereitung angeordnet ist (§ 23 Abs. 1 EHVbD, § 134 Abs. 2 BPD); Frist 3 Tage seit Vorlegung. Die Frist hat Bedeutung, wenn weiter Vertretung durch Anwälte angeordnet ist. Gibt der Anwalt die Urkunde nicht fristgemäß zurück, so ist er auf Antrag nach mündlicher Verhandlung (?) zur sofortigen Rückgabe zu verurteilen. Ein Zwischenstreit im EHV-Verfahren! (§ 23 Abs. 2 EHVbD, § 135 Abs. 2 BPD).

b) Die Frist für die Einreichung der Kostenberechnung nach Aufforderung durch den Gegner, wenn die Kosten nach Quoten verteilt sind. Frist von 1 Woche (§ 107 Abs. 2 EHVbD, § 106 BPD). Bei Versäumung Kostenfestsetzung ohne Rücksicht auf die Rechnung des Gegners.

## I. Arten der Wiedereinsetzung

Danach gibt es jetzt zwei Arten der WE<sup>9</sup>). Die eine richtet sich gegen die verjährten Beschwerdefristen (§ 22 Abs. 2 FGG): BeschwerdeWE; die andere gegen die versäumte Einspruchsfrist (§ 20 Abs. 3, 4 EBG): EinspruchsWE<sup>10</sup>). Über die BeschwerdeWE entscheidet das Beschwerdegericht (beim RFG, gegebenenfalls § 26 Abs. 2 EBG ohne bürgerliche Beifitzer); für sie läuft eine Ausschlussfrist von 1 Jahr (§ 22 Abs. 2 Satz 4 FGG); für sie ist das Verhältnis eines Vertreters dem des Beschwerdeführers gleichgestellt (das. Satz 2); gegen die Entscheidung des EBG über die BeschwerdeWE findet die sofortige weitere Beschwerde statt (das. Satz 3)<sup>10a</sup>). Über die EinspruchsWE entscheidet (§ 20 Abs. 2 EBG) der Vorsitzende, der das gerichtliche Verzeichnis aufgestellt, den Berichtigungsbeschluß oder die Vorentscheidung erlassen hat; für sie läuft keine Ausschlussfrist; für sie wird das Verhältnis des Vertreters dem des Einsprechenden nicht gleichgestellt<sup>10</sup>) und für sie ist endlich ein Rechtsmittel nicht vorgesehen. Die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit dieser Unterschiede kann durchaus zweifelhaft sein<sup>11</sup>). Das Gesetz hat sie aber angeordnet.

<sup>9)</sup> Das Kostenfestsetzungsverfahren ist geändert. Über die Erinnerung entscheidet jetzt der Vorsitzende des AEG, EBG, RFG, nicht mehr wie bisher das Kollegium des AEG (§ 113 EBG). Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden gibt es die sofortige Beschwerde an das EBG (nicht an das LG), gegen die des EBG-Vorsitzenden allerdings nur, wenn er sie wegen grundsätzlicher Bedeutung zuläßt. Aus dem gleichen Grunde kann das EBG die sofortige weitere Beschwerde (gegen seine Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des AEG-Vorsitzenden) zulassen. Diese Beschwerden sind nach § 114 EBG, § 13 Abs. 3 RStD. solche „nach den Vorschriften der ZPO.“ Der weitere Beschwerdegrund ist aber der des FG: Gesetzesverlegung. Über die WE ist nichts gesagt. Hinsichtlich der Frist für die Erinnerung könnte man sich darauf berufen, daß die Frist durch § 107 Abs. 2 EBG, § 104 Abs. 3 ZPO als Notfrist bezeichnet und dadurch stillschweigend § 233 ZPO. in Bezug genommen ist. § 114 Abs. 1 EBG sagt darüber nichts. Er spricht nur von der sofortigen Beschwerde an das EBG. Ich lasse hier die Frage, nach welchen Vorschriften die WE im Kostenverfahren zu beurteilen ist, dahingestellt. Wenn man nicht eine dritte Art der WE für das Kostenfestsetzungsverfahren im EBG-Verfahren annehmen will, so ist es am zweckmäßigsten, auch hier § 22 FG zu anzuwenden (vgl. meinen Aufsatz über Kostenverteilung usw. im „Deutschen Justizbeamten“ 1937).

<sup>10)</sup> Keine WE gibt es für die Versäumung der Ausschlussfrist, auch dann nicht, wenn der Anfall durch Beschwerdeeinlegung erfolgen soll. Nur ein Verfahrensteilnehmer, gegen den die Beschwerdefrist läuft, kann die WE, und zwar für sich selbst, erlangen. Damit eröffnet er allerdings wiederum die Möglichkeit des Beitritts. Der Beitrittsberechtigte (§ 55 EBG) verliert durch die Versäumung der Frist die tatsächliche Möglichkeit des Beitritts. Dagegen gibt es keine WE; vgl. Celle 2 (7) We 1232/36 vom 1. Okt. 1936; und Oldenburg: EBG § 62 EBG Nr. 1.

<sup>10a)</sup> Dazu Hopp, EBG § 20 Anm. 2: eine sachliche Abweichung sei damit nicht beabsichtigt. Sie ist aber m. E. gegeben. Das Verhältnis eines Vertreters ist nur dann ein solches des Beschwerdeführers, wenn man von diesem vernünftigerweise die Überwachung des Vertreters fordern kann. Das ist bei Rechtsanwälten wohl nicht der Fall. Die Abrechnung des Vertreterverhältnisses passt überhaupt schlecht für das von öffentlichen Interessen beherrschte EBG-Verfahren.

<sup>10a)</sup> Vgl. 1 RB 301/35 v. 15. Okt. 1935: EBG DB I § 11 Nr. 29 = BGB 1935 Nr. 713 = JW. 1935, 588.

<sup>11)</sup> Die Verschiedenheit der beiden WE-Arten war schon für die DB I anerkannt (mein „EBG-Verfahren“ S. 92; Bamberg: JW 1935, 618 mit zuft. Anm. von Vogels). Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung über die EinspruchsWE ist unbedenklich, soweit es sich um das Urteils- usw. Verfahren handelt. Hier liegt überhaupt kein Bedürfnis für eine WE vor, weil (§ 56 Abs. 2 EBG) hier immer der Antrag aus § 10 nachgebracht werden kann; ebenso in den Fällen, in denen das AEG endgültig entscheidet, weil hier eben keine höhere Instanz mit der Sache befasst werden soll. Bei den unzulässigen Beschwerden ist die Sache schon zweifelhafter. Zum einen bieten hier wohl die zuständigen Richter (Senatsvorsitzende bei den EBG und dem RFG) Gewähr für bedachtlose Handhabung. In den Fällen des § 22 Abs. 4, 5 RFG aber sind normalerweise 3 Instanzen zur Prüfung der Sache vorgesehen. Sie werden ausgeschaltet, wenn der AEG-Vorsitzende nach Vorentscheidung den Einspruch unanfechtbar verwiesen kann. Das einzige Sicherheitsventil

## II. Form und Frist der Wiedereinsetzung

Das Kernstück jedes WE-Antrages ist die Nachholung des versäumten Einspruchs (§ 20 Abs. 3 EBG), oder der versäumten Beschwerde (§ 22 Abs. 2, 29 Abs. 4 FG). Für den WE-Antrag selbst ist deshalb irgendeine Form nicht vorgeschrieben. Es genügt, wenn irgendwelche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß der Rechtsmittelwerber die Versäumung entschuldigen und Einspruch oder Beschwerde nachholen will<sup>12</sup>). Da aber der versäumte Rechtsbehelf nachgeholt werden muß, so wird praktisch seine Form zur Form des WE-Antrages. Die EinspruchsWE muß deshalb bei dem Gericht beantragt werden, dessen Vorsitzender die „Vorentscheidung“ erlassen, das gerichtliche Verzeichnis aufgestellt hat usw. Die BeschwerdeWE kann beim Beschwerdegericht oder den Vorinstanzen beantragt werden<sup>13</sup>).

Entsprechendes gilt für die Frist. Für den WE-Antrag selbst läuft eigentlich keine Frist, wenn nur Einspruch oder Beschwerde fristgerecht, nämlich innerhalb 2 Wochen seit Beendigung des Hindernisses, nachgeholt werden<sup>14</sup>). Die Praxis verlangt zwar theoretisch die Wahrung dieser Frist auch für den WE-Antrag, sie hebt das Erfordernis aber praktisch dadurch wieder auf, daß sie den WE-Antrag notfalls schon aus der Nachholung des Rechtsbehelfs „entnimmt“.

Auch für die Begründung des WE-Antrages ist eine Frist nicht vorgesehen<sup>15</sup>).

## III. Der Wiedereinsetzungsground

Der WE-Grund unterscheidet sich von dem des Straf- und Zivilprozesses. Dort ist erforderlich, daß die Versäumung auf einem Naturereignis oder einem sonstigen unabwendbaren Zufall beruhe (§ 44 StPO, s. aber Satz 2, § 233 ZPO, s. aber Abs. 2). Im EBG-Verfahren genügt, wie im Bereich des FG, daß der Rechtsbehelfsverber „ohne sein Verschulden“ verhindert war, die Frist einzuhalten. In Wirklichkeit handelt es sich hier allerdings nur um einen Unterschied des Grades der erforderlichen Sorgfalt. Für jene Verfahren ist der Grund gegeben, wenn „die Partei jede von ihr nach Lage des Falles vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt angewendet hat und wenn die Versäumung auch durch die äußerste, nach der Besonderheit des Falles vernünftigerweise noch zu verlangende Sorgfalt nicht verhütet werden konnte“ (RG 70, 323 = JW. 1909, 226; RG 77, 161 = JW. 1912, 42). Im EBG-Verfahren darf die Versäumung nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen. Fahrlässig handelt, wer die gebotene, d. h. die von ihm nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten für gerichtliche Verfahren vernünftigerweise zu fordern Sorgfalt außer acht läßt. Jede Art der WE hängt von dem Maß an Sorgfalt ab, das man fordert, nur daß eben dieses Maß im Zivil- und Strafprozeß erheblich höher ist als im EBG-Verfahren<sup>16</sup>).

ist die für die dem Einspruch unterliegenden Entscheidungen vorgeschriebene Belehrung (§§ 19 Abs. 2, 36, 37 Abs. 2, 39, 41 Abs. 6, 47 Abs. 2, 3, 28 EBG). Nur in § 46 Abs. 3 ist — wohl unbeabsichtigt — die Belehrung nicht vorgeschrieben.

<sup>12)</sup> 2 RB 157/34 v. 6. Dez. 1934: RFG 1, 70 = EBG DB I § 21 Nr. 8 = JW. 1935, 613<sup>19</sup>; vgl. München: EBG DB I § 11 Nr. 20.

<sup>13)</sup> And. Ans. anscheinend RFG 1, 66 unten = JW. 1935, 614<sup>22</sup>. Danach müßte der WE-Antrag innerhalb der Frist bei dem Beschwerdegericht eingehen. Warum ist nicht ersichtlich, da die Beschwerde selbst fristgerecht beim Untergericht eingeleget werden kann.

<sup>14)</sup> Vgl. RFG 1, 229; 3 RB 895/34 v. 5. März 1935 = JW. 1935, 1990<sup>14</sup>.

<sup>15)</sup> Schlegelberger, „FGG“ § 22 Anm. 11 d und mit ihm die herrschende Meinung, vgl. Celle 3 EH 298/34, nimmt dies zwar an. Es steht aber nicht im Gesetz. Wie hier 2 RB 759/35 v. 24. Nov. 1936.

<sup>16)</sup> Das RFG formuliert in 3 RB 773/34 v. 5. März 1935: EBG DB I § 11 Nr. 16 dahin, der Beschwerdeführer müsse alles tun, was von ihm vernünftigerweise gefordert werden könnte, um die Versäumung zu verhüten; ähnlich dort Nr. 31. Schlegelberger, „FGG“ § 22 Anm. 9 und 2 RB 172/35 v. 9. Juni 1936: EBG DB I § 11 Nr. 35 gebrauchen dagegen, m. E. zu Unrecht, die für den Zivilprozeß gegebene Definition des unabwendbaren Zufalls.

Zu dieser Frage liegt eine umfangreiche Rechtsprechung, vor allem über die aus Unkenntnis verjäumte Frist, vor. In der Übergangszeit erschien es unter Berücksichtigung der Neuheit des Verfahrens und weil die Entscheidungen in Eß-Sachsen nicht nur die Belange des einzelnen, sondern die des Volks- ganzen betrafen, geboten, die Voraussetzungen der WE milde zu beurteilen<sup>17)</sup>. Allmählich aber sind die Anforderungen vergrößert worden. Das REG hat schon früh darauf hingewiesen, daß eine Belehrung über die Beschwerdefrist nicht vorgesehen ist<sup>18)</sup>, daß der Gelehrte es deshalb dem Empfänger der Entscheidung überläßt, sich selbst darüber Aufklärung zu verschaffen, ob und in welcher Weise er die Entscheidung ansehnen kann, mit der er nicht zufrieden ist. Dieser Grundsatz wird jetzt ziemlich scharf durchgeführt. Es besteht keine Belehrungspflicht des REG, sondern eine Erfundungspflicht des von der Entscheidung Betroffenen<sup>19)</sup>. Anders bei der Vorentscheidung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 Eß-Bd) und im Anlegungs-, Berichtigungs- und Ergänzungsverfahren (§§ 36, 37 Abs. 2, 39, 41 Abs. 6, 47 Abs. 2 Eß-Bd).

Im einzelnen Falle kann allerdings auch bei der Beschwerde Rechtsunkenntnis entschuldigen, wenn der Beschwerdeführer aus besonderen Gründen verhindert war, sich rechtliche Belehrung zu verschaffen oder wenn er es ohne Erfolg versucht hat<sup>20)</sup>. Solche besonderen Gründe sind allerdings nicht leicht anzunehmen. Die Erfundungspflicht besteht z. B. auch im Krankheitsfalle, wenn schriftliche oder telephonische Nachfrage möglich ist<sup>20a)</sup>. Dagegen können hohes Alter und einfache Lebensverhältnisse den Schluss zulassen, daß dem Beschwerdeführer das Bestehen einer Frist nicht bekannt war<sup>21)</sup> (und nicht bekannt zu sein brauchte).

Wenn der Vorsitzende eine nicht vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung erteilt, so muß sie allerdings erschöpfend sein, zum mindesten gegenüber weniger geschäftsgewandten Personen<sup>22)</sup>. So entschuldigte Rechtsunkenntnis in einem Falle, in dem ein einfacher landwirtschaftlicher Arbeiter vom REG über die Möglichkeit der Beschwerde belehrt wurde, ohne daß dabei die Frist erwähnt wurde. Die Persönlichkeit des Rechtsbehelfsverbers spielt überhaupt die erste Rolle. Bei geschäftsgewandten Personen ist das Maß den von ihnen zufordernden Sorgfalt geringer als bei anderen. Ein kleiner Bauer, der sich schlecht und recht durch angestrengte körperliche Arbeit auf färglichem Boden nährt, ist anders zu beurteilen als der Großbauer, dessen Tätigkeit hauptsächlich anordnender, leitender Art ist. Hier bietet sich für die Auerbenbehörden ein weites Feld fürsorgerischer, volksnäher Tätigkeit. Von dem Geschäftsgewandten wird nicht nur verlangt, daß er sich überhaupt — sondern auch, daß er sich an der richtigen Stelle erkundigt (REG, Eß-F, Rechtsanwalt, REG-Rechtsbetreuungsstelle usw.)<sup>23)</sup>. Nachfrage bei sonstigen Beratern, Bankbeamten u. dgl. genügt nicht<sup>24)</sup>. Wer in einer Instanz von einem Anwalt vertreten war, muß sich mindestens bei diesem erkundigen<sup>25)</sup>. Die Erfundungspflicht gilt in erster Linie für

17) 2 RB 287/34 v. 8. April 1935: JW. 1935, 2738<sup>25)</sup>; vgl. Karlsruhe: JW. 1935, 52; 2 RB 18/34 v. 19. Okt. 1934: JW. 1934, 3211<sup>3)</sup>.

18) 2 RB 314/34: JW. 1934, 3290.

19) Celle 2 EH 942/34: JW. 1934, 2256; Stuttgart v. 16. Okt. 1934: JW. 1934, 3142.

20) 2 RB 878/35 v. 26. Juni 1936.

20a) 2 RB 334/35 v. 22. Mai 1936.

21) 1 RB 784/34 v. 12. Juni 1936.

22) Vgl. 1 RB 301/35 v. 15. Okt. 1935: Eß-Rp DB I § 11 Nr. 29 = RdM. 1935 Nr. 715 = JW. 1935, 588; BayObLG. v. 23. Febr. 1934: HöfM. 1934 Nr. 1423, das für Strafsachen ausgesprochen hat, daß unrichtige oder unvollständige Rechtsbelehrung durch den Gerichtsvorsitzenden sogar einen unabwendbaren Zufall darstellen kann. Natürlich ist nicht jede beiläufige Äußerung eine „Belehrung“, aber hier ist immer Sorgfalt am Platze.

23) 2 RB 470/34 v. 8. April 1935: JW. 1935, 2573 = Eß-Rp DB I § 21 Nr. 9 = RdM. 1935 Nr. 281 = Bd. 1 S. 284.

24) 1 RB 1134/35 v. 15. Okt. 1935: JW. 1936, 588; vgl. Stuttgart v. 4. Juni 1935: RdM. 1935, 653; Braunschweig: Eß-Rp DB I § 14 Nr. 4.

25) 2 RB 1380/35 v. 5. Nov. 1935.

den, der über Form und Frist der Rechtsmittel überhaupt nicht unterrichtet ist. Hier sind scharfe Anforderungen auch unerlässlich. Sonst verlieren die Fristen ihren Zweck, einen schleunigen Abschluß des Verfahrens zu gewährleisten, überhaupt, denn die absolute Rechtsunkenntnis kann jahrelang dauern. Zwarforgot bei der Beschwerde die Ausschlußfrist von 1 Jahr für eine gewisse Begrenzung, aber auch sie ist für den Regelfall schon viel zu lang.

Die Fälle, in denen der Rechtsmittelwerber die Erfundung unterläßt, weil er der irrgigen Meinung ist, er kenne die Frist, sind weniger gefährlich, denn sie begrenzen die mögliche Dauer der Verjäumung durch die Dauer der irrigerweise angenommenen Frist. Besonders häufig findet man die Vorstellung, die Beschwerdefrist betrage 1 Monat, in Anlehnung an steuerliche Fristen oder an den Zivilprozeß. Ein solcher Irrtum lag besonders nahe, weil die Bauern mit dem REG zunächst auf dem Wege des Anlegungsverfahrens Bekanntheit machten und hier über die Monatsfrist für den Einspruch ausdrücklich belehrt wurden. Das REG Celle hat durchweg die WE gewahrt, wenn im Anlegungsverfahren jemand die Beschwerdefrist versäumte, eine Monatsfrist aber gewahrt hatte<sup>26)</sup>. Allmählich werden hier strengere Anforderungen gestellt werden können<sup>27)</sup>, weil man sonst Gefahr läuft, die vierzehntägigen Fristen allgemein auf 1 Monat zu verlängern.

Dagegen scheint mir eine mildernde Handhabung hinsichtlich der für die Absendung der Rechtsbehelfe zufordernden Sorgfalt durchaus erträglich. Prozeßformalien haben keinen selbständigen Zweck. Auch die Rechtsbehelfsfristen wollen nur eine schnelle Entscheidung über den Abschluß des Verfahrens bringen. Das wird auch erreicht, wenn nur der Brief rechtzeitig innerhalb der Frist abgesandt wird. Reichstertige verdienen gewiß keinen Schutz. Man muß deshalb verlangen, daß der Rechtsbehelfsverber die Zeit der Briefstafelreuerung, die normale Laufzeit des Briefes, die Bestellzeiten am Empfangsorte und die allgemeinen Dienststunden des Gerichts berücksichtigt und daß er beim Einwurf in den Gerichtsbriefkasten die dort vermerkten Leerungszeiten beachtet<sup>28)</sup>. Mit den Einzelheiten der Postabholung, mit dienstreien Nachmittagen usw. aber braucht er wohl nicht zu rechnen<sup>29)</sup>.

Auch Mängel der Anschreiber wird man, wenigstens bei Geschäftsgewandten, entschuldigen können, anders bei Rechtsanwälten und den Bauernführern<sup>30)</sup>.

Der Rechtsbehelfsverber muß sich nach der Zustellung unverzüglich mit der getroffenen Entscheidung auseinandersezten und sich darüber schlüssig machen, ob er sie ansehnen will. Beruht z. B. die Rechtsunkenntnis über die Frist nur darauf, daß er Erfundungen unterließ, weil er sich zunächst gar nicht beschweren wollte, so ist die Rechtsunkenntnis nicht ursächlich für die Verjäumung<sup>31)</sup>. Er muß dabei auch sogleich die ihm nach den natürlichen Lebensverhältnissen zur Seite stehenden Berater hinzuziehen, die Chefrau z. B. den Mann<sup>32)</sup>. Zweifel über die eigene Beschwerdefähigkeit hindern die rechtzeitige Beschwerdeeinlegung nicht<sup>33)</sup>. Niemand darf sich darauf verlassen, daß ein anderer Beschwerde einlegen werde oder die eingefügte durchführen werde. Diese Erwartung stellt kein Hindernis dar<sup>34)</sup>.

26) Vgl. Celle 2 EH 892/34: Eß-Rp DB I § 11 Nr. 2; 1 (7) EH 1778/34 v. 11. Jan. 1935.

27) 2 RB 405/34 v. 5. Juli 1935.

28) Celle EH 194/34.

29) Alle diese Fragen dürfen nicht mit derjenigen nach der Rechtzeitigkeit der Beschwerde verwechselt werden. Hierüber entscheidet ausschließlich der rechtzeitige Eingang bei Gericht, d. h. bei einem zur Empfangnahme bereiten oder doch dazu verpflichteten zuständigen Beamten innerhalb der Frist. WE steht nur in Frage, wenn die Beschwerde nach Fristablauf eingegangen ist.

30) Eß-Rp DB I § 11 Nr. 31, 35; aber z. B. Karlsruhe vom 29. April 1935: JW. 1935, 2348: „an das Landesanerbengericht“.

31) 2 RB 1380/35 v. 5. Nov. 1935.

32) 1 RB 341/35 v. 12. Juli 1935: RdM. Nr. 454.

33) Eß-Rp § 11 DB I Nr. 27; 2 RB 839/34 v. 13. Juni 1935.

34) 3 RB 183/34 v. 18. Okt. 1934: REG 1, 62 = Eß-Rp § 49 Nr. 9 = JW. 1935, 614.

Wer den Auftrag zur Einlegung des Rechtsbehelfs einem Rechtsanwalt oder sonstigen zuverlässigen Vertreter übergibt, wird damit im allgemeinen das seine zur Wahrung der Frist getan haben<sup>35)</sup>. Das etwaige Verschulden des Vertreters ist nicht das seine. Nach § 22 Abs. 2 FG. muß er sich dies Verschulden bei der BeschwerdeWE aber entgegenhalten lassen. Anders bei der EinspruchsWE. Natürlich muß immer gefragt werden, ob denn überhaupt ein Verschulden des Vertreters vorliegt. Beruht z. B. die Versäumung der Frist allein auf unzutreffender Auslegung einer bisher vom REHG nicht entschiedenen Rechtsfrage durch den Notar, so liegt kein Verschulden des Rechtsmittelwerbers vor<sup>36)</sup>. Beruht die Versäumung auf einem Verschulden des Büropersonals des Anwalts, ohne daß dieser wegen Verleugnung seiner Überwachungspflicht eigenes Verschulden trüge, so ist die Versäumung nicht schulhaft<sup>37)</sup>.

Geboten ist die WE auch überall dort, wo ein Versehen des Gerichts oder die Verleugnung eines „nobile officium“ des Richters mitspielt. Legt ein ausgeschlossener Prozeßvertreter (§ 14 Abs. 2 EHvD) die Beschwerde ein, so ist sie unzulässig; die dadurch hervorgerufene Versäumung der Frist aber ist unverschuldet, wenn der Prozeßvertreter in erster Instanz aufgetreten und nicht zurückgewiesen ist<sup>38)</sup>. Berweist der um Rat angegangene Vorsitzende den Beschwerdeführer anstatt auf die zulässige und aussichtsreiche Beschwerde auf ein aussichtsloses anderes Verfahren, so ist die Versäumung unverschuldet<sup>39)</sup>.

Der Reichsnährstand nimmt hinsichtlich der WE keinerlei Sonderstellung ein. Auch den Bauernführern kann, obwohl sie öffentliche Interessen vertreten, WE nur bei unverschuldeten Versäumungen gewährt werden<sup>40)</sup>. Dienstliche Überlastung ist regelmäßig kein WEGrund<sup>41)</sup>, ebenso wenig der Umstand, daß der KBf innerhalb der Frist die nötigen Unterlagen für seine eigene Entschließung nicht beschaffen kann<sup>42)</sup>. Die Kenntnis der ihn angehenden gesetzlichen Bestimmungen muß vom KBf verlangt werden. Wenn sein Büro in ständiger Übung die Briefumschläge, die das Zustellungsdatum erkennen lassen (§ 212 BPD.), fortwirkt und die Beschwerdefrist vom eigenen Eingangsstempel an gerechnet wird, so ist die dadurch verursachte Versäumung verschuldet<sup>43)</sup>.

Mittellosigkeit (Armut) hindert niemanden an der Fristwahrung für Einspruch und sofortige Beschwerde. Die sofortige

<sup>35)</sup> Wer allerdings diesen Auftrag erst am letzten Tage der Frist gibt, muß mit der Möglichkeit der Versäumung rechnen und für sofortige Einreichung selbst Sorge tragen (2 RB 714/34 vom 6. März 1935; JW. 1935, 2828). Sonst liegt bei ihm eigenes Verschulden vor.

<sup>36)</sup> 2 RB 750/34: DNotz. 1935, 669.

<sup>37)</sup> Celle 1 (7) We 166/35 v. 8. März 1935; JW. 1935, 2010 = EHvSp § 11 DB I Nr. 19; s. auch das. Nr. 35.

<sup>38)</sup> Celle v. 15. Mai 1934: EHvSp DB I § 14 Nr. 4.

<sup>39)</sup> 2 RB 126/34 v. 23. Juli 1934: RbR. Nr. 450 = REHG 1, 46 = EHvSp § 26 DB I Nr. 1.

<sup>40)</sup> 2 RB 1205/35 v. 28. Sept. 1935: EHvSp § 11 DB I Nr. 31 = JW. 1936, 109<sup>44)</sup>

<sup>41)</sup> Bamberg v. 25. Juli 1934: EHvSp § 11 DB I Nr. 9

<sup>42)</sup> Celle v. 21. Juni 1934: EHvSp DB I § 11 Nr. 8.

<sup>43)</sup> Celle 4 We 377/36 v. 15. Jan. 1937.

weitere Beschwerde muß allerdings von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein (§ 24 Abs. 1 Satz 1 EHvD). Dieser Bestimmung kann der arme Beteiligte zwar nicht genügen, er muß dann aber innerhalb der Frist mindestens das Armenrechtsgefaß einreichen. Nur wenn ihn die Armut auch hieran hindert, ist die Versäumung unverschuldet<sup>44)</sup>.

#### IV. Die Entscheidung über die Wiedereinsetzung

Wie die Nachholung des Rechtsbehelfs das Kernstück des WEAntrages ist, so ist auch die Entscheidung über dieses Rechtsmittel das Kernstück der Entscheidung über die WE. Es genügt deshalb, wenn hierüber ausdrücklich entschieden wird, sei es, daß beim fehlenden WEGrund die Beschwerde als unzulässig verworfen wird, sei es, daß beim gegebenen WEGrund sachlich entschieden wird, die Frage der WE aber nur in den Gründen behandelt wird. Es ist aber zulässig und m. E. sogar zweckmäßig, auch über den WEAntrag ausdrücklich in der Be schlußformel zu entscheiden. Das dient der Klarstellung.

Die Ansichten des Rechtsbehelfs in der Sache selbst sind für die Entscheidung über die WE grundsätzlich unerheblich. Dennoch spielen sie in der Praxis der Amtsbehörden eine gewisse Rolle. Man entschließt sich sehr schwer, einen sachlich begründeten Rechtsbehelf aus formalen Gründen abzulehnen, wenn die WE vertretbar erscheint, und das ist auch nur zu billigen. Der umgekehrte Weg, einen sachlich wenig aussichtsreichen Rechtsbehelf durch Ablehnung der WE zu erledigen, ist allerdings abzulehnen.

Ist auch die WE-Frist versäumt, so ist der Mangel unheilbar. Die SPD. gewährt zwar WE gegen jede versäumte Frist, also auch gegen die versäumte WE-Frist. Anders schon die BPD. und anders das EH-V erfahren<sup>45)</sup>.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das EH-V erfahren, das mit dem Grundsatz der Amtsermittlung allen formalen Einengungen wesensfremd ist, zwar an eine gewisse zeitliche Ordnung gebunden sein muß, daß aber diese Ordnung nicht zum Selbstzweck werden darf. Die WE gibt hier die Möglichkeit zur Beseitigung unnötiger Härten und gestattet dabei, auf die Persönlichkeit des einzelnen und die besondere Gestaltung einzelner Fälle die gebührende Rücksicht zu nehmen.

<sup>44)</sup> 1 RB 784/34 v. 12. Juni 1936; 3 RB 388/34 v. 5. März 1935; EHvSp § 11 DB I Nr. 17; 2 RB 823/36 v. 23. Okt. 1936.

<sup>45)</sup> 2 RB 1033/35 v. 5. Nov. 1935; 2 RB 418/34 v. 6. Dez. 1934: RbR. 1935, 636; 2 RB 123/34 v. 10. Okt. 1934: REHG 1, 64 = JW. 1935, 614<sup>22</sup>; 2 RB 157/34 v. 6. Dez. 1934: REHG 1, 71 = JW. 1935, 613<sup>20</sup> = EHvSp § 21 DB I Nr. 8; Celle 4 (5) We 642/35 v. 4. Mai 1935.

Eigenartig ist die Lage, wenn die eingelegte sofortige weitere Beschwerde durch Vorentscheidung als unzulässig, nämlich als formungültig verworfen ist. Dann laufen zwei Fristen gleichzeitig, die für den Einspruch gegen diese Vorentscheidung und die für den WEAntrag und die Nachholung der versäumten weiteren Beschwerde. Mit dem Einspruch muß daher die formgerechte Beschwerde (und der WEAntrag) verbunden werden. Würden diese Fristen schuldlos versäumt, so wäre zwar hinsichtlich der versäumten Einspruchsfrist eine WE möglich, nicht aber hinsichtlich der versäumten WE-Frist für die Beschwerde (2 RB 157/34 f. o.).

## Das Schiedsgutachtenverfahren des Reichsnährstandes

### A.

Von Gerichtsassessor Dr. Bohn, Stettin

Das Wesen des Schiedsgutachtenverfahrens besteht darin, daß in ihm ausschließlich Fragen tatsächlicher Art durch sachverständige Gutachter in einer sowohl für die Parteien als auch für das Gericht bindenden Weise festgestellt werden. Die Parteien haben die Möglichkeit, Männer ihres Vertrauens (Schiedsgutachter, Arbitratorien) zu bestellen, die vermöge ihres fachlichen Wissens und ihrer Sachkunde ein bindendes Gutachten über strittige Fragen, vor allem über die Beschaffenheit oder den Qualitätsmangel von Waren, ab-

zugeben haben. Rechtliche Grundlage des Schiedsgutachtenverfahrens ist also die freie Vereinbarung der Parteien, der sogenannte Schiedsgutachtenvertrag. Auf die Wandlung, die dieser Begriff durch die neuen Nährstandsbestimmungen über das Gutachtenverfahren erfahren hat, wird weiter unten eingegangen werden. — Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hatte der Schiedsgutachtenvertrag bisher nur im ArbGG. (§§ 106, 107) gefunden, während im übrigen die Grundsätze und die rechtliche Bedeutung dieser Rechtsseinrichtung durch die Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt worden sind<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Jonas, „BPD.“, vor § 1025, II 3 und Anm. 10 ff.

Vom bloßen Sachverständigen unterscheidet sich der Schiedsgutachter dadurch, daß der Sachverständige durch sein Gutachten lediglich die Grundlage für die richterliche Überzeugung im Rechtsstreit schafft, was nicht hindert, daß der Richter im Einzelfall von dem Gutachten abweicht, wenn er es nicht für zutreffend hält. Das Schiedsgutachten hingegen klärt bindend ein für allemal strittige tatsächliche Verhältnisse mit Wirkung sowohl gegenüber den Parteien als auch gegenüber dem Gericht in einem etwa nachfolgenden Rechtsstreit. Eine Entkräftung des Schiedsgutachtens kann nur durch den Nachweis offensichtlicher Unbilligkeit oder Unrichtigkeit in entsprechender Anwendung der §§ 317 ff. BGB. erfolgen (RG 96, 57 ff., 61/62).

Schwieriger ist die Abgrenzung des Schiedsgutachtenverfahrens vom Schiedsgerichtsverfahren. Es kann hierzu auf die eingehenden Darlegungen von Freese<sup>2)</sup> verwiesen werden, der die Unterschiede im einzelnen herausgestellt und auch auf das Schwanken der Rechtsprechung in der Auslegung der Arbitrageklauseln im Handelsverkehr hingewiesen hat. Als grundsätzlich und wesentlich soll hier aber hervorgehoben werden, daß das Schiedsgutachtenverfahren sich nur mit der Beurteilung tatsächlich verhältnisse befaßt, während die Entscheidung von Rechtsfragen, insbesondere die vollständige Erledigung eines Rechtsstreits nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite, grundsätzlich Aufgabe des Schiedsgerichts ist. Was in dem einen oder anderen Fall gewollt ist, ist durch sorgfältige Auslegung der Parteivereinbarungen unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zusammenhänge zu ermitteln.

Das Schiedsgutachtenverfahren, auch Arbitrage, Qualitätsarbitrage, Expertise, Schiedsbeurteilung usw. genannt, hat sich aus den Bedürfnissen des praktischen Wirtschaftslebens heraus entwickelt. Besondere Anwendung hat es von jeher im Verkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, namentlich im Handel mit Getreide und ähnlichen Erzeugnissen, erfahren. In vielen, z. T. heute noch gebräuchlichen Handels- und Geschäftsbedingungen der früheren Landhandelsverbände, in zahlreichen Schiedsgerichtsordnungen der verschiedenen Großmärkte, Waren- und Produktenbörsen und in den dort üblichen Handelsgebräuchen ist ein besonderes Schiedsgutachtenverfahren zur Feststellung der Beschaffenheit (Kondition) oder des Mehr- oder Minderwerts von Waren des Landhandels herausgebildet worden. Ähnliche Vorschriften finden sich z. T. auch in den von den marktwirtschaftlichen Zusammenschlüssen des Reichsnährstandes (Hauptvereinigungen, Wirtschaftlichen Vereinigungen) im Anordnungswege bekanntgegebenen Geschäfts- und Lieferbedingungen<sup>3)</sup>. Alle diese auf das Schiedsgutachtenverfahren bezüglichen Bestimmungen waren durch § 33 SchiedsgerichtsO. für die Schiedsgerichte beim Reichsnährstand für Lieferstreitigkeiten v. 18. Juli 1935 (RNBl. S. 399) in seiner alten Fassung unberührt geblieben, wonach es „bei der bestehenden Regelung“ verblieb, „soweit zur ausschließlichen Feststellung der Beschaffenheit oder des Mehr- oder Minderwerts einer Ware ein besonderes Verfahren (z. B. Schiedsgutachten, Expertise) vereinbart ist“. Soweit es sich um die vom Reichsnährstand oder seinen Gliederungen herausgegebenen Geschäftsbedingungen handelte, war gegen diese Regelung nichts einzuwenden, da in diesen Fällen die vom Reichsnährstand selber bestimmten und in ihn einbezogenen Schiedsgutachterstellen zuständig waren. Anders verhielt es sich

<sup>2)</sup> Freese, „Schiedsrichter und Schiedsgutachter im Bereich des Nährstandshandels“: RN 1935, 940 ff.; der s., „Die privatrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit beim RNSt.“ S. 91/92.

<sup>3)</sup> z. B. Abschn. XII der Kartoffel-Geschäftsbedingungen des RNSt. = Anordnung Nr. 8 der Hauptvereinigung der deutschen Kartoffelwirtschaft v. 20. Juni 1935 (RNBl. S. 332); Geschäftsbedingungen für Feuchtstärke = AD. Nr. 29 der Hb. d. dt. Kartoffelwirtschaft v. 18. Sept. 1935 (RNBl. S. 583); Geschäftsbedingungen für Trockenkartoffelstärke, Kartoffelstärkemehl, Kartoffelago, Stärkefibrin und Stärkezucker sowie Dextrin = AD. Nr. 33 der Hb. d. dt. Kartoffelwirtschaft v. 28. Sept. 1935 (RNBl. S. 602); Geschäftsbedingungen für den Verkehr mit Obst und Gemüse = Bek. d. Hb. d. dt. Gartenbauwirtschaft v. 27. Mai 1936 (RNBl. S. 263).

aber in den übrigen Fällen, in denen außerhalb des Reichsnährstandes stehende Sachverständigenausschüsse und Schiedsgutachterstellen, z. B. die Sachverständigenausschüsse der Industrie- und Handelskammern, für die Schiedsbeurteilung von Fragen zuständig waren, die ausschließlich den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, d. h. mit reichsnährstandszugehörigen Waren, betrafen.

Hierin ist grundsätzlicher Wandel geschaffen worden durch die am 15. Mai 1937 in Kraft getretene Anordnung des Reichsbauernführers v. 17. Febr. 1937 bet. Änderung der Schiedsgerichtsordnung für die Schiedsgerichte beim Reichsnährstand für Lieferstreitigkeiten (RNBl. S. 171) und die ebenfalls am 15. Mai 1937 in Kraft getretene Anordnung des Reichsbauernführers v. 17. Febr. 1937 bet. Verfahrensordnung des Reichsnährstandes für die Erstattung von Schiedsgutachten (Arbitrageordnung) = RNBl. S. 171. Durch die genannten Anordnungen und die dadurch erfolgte Neufassung des § 33 SchiedsgerichtsO. für Lieferstreitigkeiten ist das Schiedsgutachtenverfahren des Reichsnährstandes nunmehr auf eine neue und wesentlich vereinheitlichte Grundlage gestellt worden.

Soweit die neue Arbitrageordnung Platz greift, ist die Tätigkeit der außerhalb des RNSt. bestehenden Schiedsgutachterstellen beendet und die Schiedsgerichtstätigkeit den vom RNSt. selber zur Verfügung gestellten Schiedsgutachtern übertragen worden.

Die neue Arbitrageordnung findet Anwendung

- wenn es die Parteien ausdrücklich vereinbarten, d. h. wenn sie den dahingehenden, auf freier Vereinbarung beruhenden Schiedsgutachtenvertrag schließen;
- bei allen Streitigkeiten aus Verträgen, in denen die Zuständigkeit der Schiedsgerichte beim RNSt. für Lieferstreitigkeiten vereinbart ist, wenn die Streitigkeiten ausschließlich die Feststellung der Beschaffenheit oder des Mehr- oder Minderwertes von Waren des Landhandels zum Gegenstand haben.

An der Bestimmung zu b ist bemerkenswert, daß der eingangs dargelegte Begriff des Schiedsgutachtenvertrages eine grundsätzliche Abwandlung erfahren hat. Das Merkmal der „freien Vereinbarung der Parteien“ ist nämlich dahin abgeschwächt, daß es genügt, wenn in dem dem Streitverhältnis zugrunde liegenden Vertrage überhaupt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Lieferstreitigkeiten vereinbart ist. Diese Vereinbarung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts erfolgt regelmäßig in dem von den Parteien geschlossenen Schiedsvertrag. In zahlreichen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen der Zusammenschlüsse des RNSt. ist aber die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ohne weiteres vorgesehen (sog. Schiedsgerichtsklausel)<sup>4)</sup>, und zwar teils ausschließlich, teils nur insoweit, als die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren oder sofern beide Vertragsteile Volkssleute sind. Die Geschäftsbedingungen sind ihrem Wesen nach unabdingbar (soweit sie nicht selber Ausnahmen vorsehen), und ihre Zugrundelegung ist den Mitgliedern der Zusammenschlüsse im Anordnungswege bindend vorgeschrieben, kann demgemäß sogar durch Ordnungsstrafen erzwungen werden<sup>5)</sup>. Das bedeutet rechtlich, daß mit jedem einschlägigen Vertragsabschluß die Geschäftsbedingungen und damit auch die Schiedsgerichtsklausel selbsttätig Vertragsinhalt werden, auch wenn die Parteien die Geschäftsbedingungen gar nicht gekannt oder ihre unabdingbaren Teile ausdrücklich haben ausschließen wollen. In soweit ist also der „freien Vereinbarung“ der Parteien kein Spielraum gelassen.

Steffen (JW. 1937, 292 ff. u. 1027) meint zwar, daß den Parteien der Schiedsgerichtsweg nicht zwingend vorgeschrieben werden könne, weil nach §§ 1025 ff. BGB. die

<sup>4)</sup> Vgl. die Aufzählung bei Hennig, „Praktischer Führer durch das Nährstandrecht“ S. 452 Anm. 1.

<sup>5)</sup> BG. Essen: JW. 1937, 1027<sup>50</sup>.

Freiwilligkeit der Parteien die Grundlage jedes schiedsgerichtlichen Verfahrens sei. Dabei wird aber verkannt, daß die Verbandsgewalt der Zusammenschlüsse des RMSt. die Verbandsmitglieder in allen überhaupt geregelten Beziehungen erfaßt, daß die Ordnungsstrafgewalt Ausfluß der öffentlich-rechtlichen Besitznisse und Aufgaben der Zusammenschlüsse ist und daß es demgemäß auf die Freiwilligkeit der Verbandsmitglieder dann nicht mehr ankommt, wenn ein Zusammenschluß aus öffentlichem Interesse heraus den Erlaß einer bestimmten Marktordnungsvorschrift, z. B. das bindende Vorschriften des Schiedsgerichtsweges, für geboten hält. Der RMSt. und seine Zusammenschlüsse haben ein öffentliches Interesse daran, Streitigkeiten der Mitglieder nach Möglichkeit durch die beim RMSt. gebildeten Schiedsgerichte erledigt zu sehen, da diese wegen ihrer Zusammensetzung (besonders geeignete und erfahrene ständige Öbleute und sachverständige Beisitzer) und wegen der weitgehend freien Gestaltung des Verfahrens die beste Gewähr für eine schnelle und sachgemäße Entscheidung bieten und somit sowohl aus Gründen eines möglichst wenig gestörten Gesamtwirtschaftsablaufs als auch im eigenen wohlverstandenen Interesse der Parteien grundsätzlich zuständig sein sollen<sup>6)</sup>. Der Freiwilligkeit der Parteivereinbarung kann also hinsichtlich der Zugrundelegung der Geschäftsbedingungen überhaupt keine und hinsichtlich der damit etwa verbundenen Schiedsgerichtsklausel nur dann Bedeutung zukommen, wenn die Schiedsgerichtsklausel dies selber ausdrücklich vor sieht.

Nach § 33 Abs. 2 Satz 2 SchiedsgerichtsD. n. F. bleiben diejenigen Sondervorschriften unberührt, die etwa bereits in den Geschäftsbedingungen des RMSt. und seiner Gliederungen hinsichtlich des Verfahrens zur ausschließlichen Feststellung der Beschaffenheit oder des Mehr- oder Minderwertes von Waren des Landhandels getroffen sind. Damit erfährt das Anwendungsbereich der neuen Arbitrageordnung zwar eine gewisse Einschränkung, weil für den Handelsverkehr mit Kartoffeln, Obst und Gemüse, Rauhfutter, Rüben- und Wurzelrüchten bereits eingehende Sondervorschriften über das Verfahren zur Begutachtung beanstandeter Waren erlassen sind<sup>7)</sup>. Das Schiedsgutachtenverfahren findet aber unbeschränkt Anwendung, wenn vom RMSt. oder seinen Gliederungen entweder überhaupt keine Geschäftsbedingungen erlassen oder in den erlassenen Geschäftsbedingungen keine Sondervorschriften über das Verfahren zur Begutachtung beanstandeter Waren enthalten sind. In Betracht kommt hierfür vor allem der Handelsverkehr mit Hopfen, Braumalz, Obst- und Gemüsekonserven, Mehl und Kleie und Verbrauchszauber<sup>8)</sup>. In allen Fällen muß aber die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Lieferstreitigkeiten gegeben sein, sei es auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien im Einzelfall, sei es auf Grund der Schiedsgerichtsklauseln der Geschäftsbedingungen. — Ein weiterer Anwendungsfall der neuen Arbitrageordnung ist der, daß das Schiedsgericht für Lieferstreitigkeiten im Laufe eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits ein Schiedsgutachten erfordert (§ 33 Abs. 3 SchiedsgerichtsD. n. F.).

Das Schiedsgutachtenverfahren selber ist in der neuen Verfahrensordnung im wesentlichen nach den bisher üblichen, altherwähnten Regeln aufgebaut. Vorhergehender Grundsatz ist größtmögliche Beschleunigung bei möglichster Zuverlässigkeit und Richtigkeit des das Verfahren abschließenden Schiedsgutachtens. Der Gang des Verfahrens ist folgender:

Der Antragsteller, d. h. die Partei, die auf Erstattung des Schiedsgutachtens anträgt, stellt bei der Geschäftsstelle des zuständigen Schiedsgerichts beim RMSt. für Lieferstreitig-

<sup>6)</sup> Auf die von Steffen, „Schiedsgerichte oder Staatsgerichte“: JW. 1937, 292 ff. grundsätzlich gegen die private Schiedsgerichtsbarkeit erhobenen Bedenken soll hier nicht eingegangen werden, da eine solche Auseinandersetzung den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde.

<sup>7)</sup> Vgl. im einzelnen: Bette: RdRM. 1937, 308 ff.

<sup>8)</sup> Bette a. a. O.

leiten<sup>9)</sup> auf dem vorgeschriebenen Formblatt 1 den Begutachtungsantrag. (Das Formblatt ist wie alle im Verfahren vorgeschriebenen Formblätter durch die Geschäftsstelle des Schiedsgerichts zu beziehen!)

Nach Ziff. 2 der VerfD. ist der Begutachtungsantrag bei Gefahr des Verlustes der Ansprüche aus der Mängelrüge binnen 28 Tagen nach Erhebung der Mängelrüge zu stellen. Diese Bestimmung darf nicht missverstanden werden. Wie sich nämlich aus Ziff. 7 der VerfD. ergibt, sind die der Schiedsbegutachtung zugrunde zu legenden Warenproben (vgl. hinsichtlich der Probenahme Ziff. 7 u. 8 der VerfD.) vom Antragsteller mit dem Begutachtungsantrage, spätestens jedoch binnen 5 Werktagen nach Absendung der Mängelrüge dem Schiedsgericht einzusenden. Das bedeutet praktisch eine Verkürzung der in Ziff. 2 genannten Frist von 28 Tagen auf 5 Werktagen nach Absendung der Mängelrüge; denn eine Schiedsbegutachtung ohne Einführung von Warenproben ist in der VerfD. nicht vorgesehen, und eine Probeeinsendung ohne gleichzeitige oder vorherige Stellung des Begutachtungsantrages ist sinnlos, da die Geschäftsstelle des Schiedsgerichts mit derartigen Proben für sich allein nichts anfangen, insbesondere nicht deren Schiedsbegutachtung veranlassen könnte und der mit der kurzen Befristung der Probeeinsendung (5 Werktagen nach Absendung der Mängelrüge) verfolgte Zweck der möglichst schnellen und einwandfreien Beweissicherung, bedingt durch die oft nur geringe Haltbarkeit der zu begutachtenden Waren, bereitstellt werden würde, wenn der Begutachtungsantrag noch genügend Zeit nach Einführung der Warenproben bis zur Höchstdauer von 28 Tagen nach Erhebung der Mängelrüge gestellt werden könnte. Begutachtungsantrag und Probeeinsendung stehen also im unmittelbaren Zusammenhang, so daß wegen der geschilderten Befristung der Probeeinsendung auch die Frist für die Stellung des Begutachtungsantrages praktisch nur 5 Werktagen nach Absendung der Mängelrüge beträgt. Aus diesem Grunde kommt auch der Vorschrift in Ziff. 2 Abs. 2 praktische Bedeutung nicht zu, wonach sich die Frist von 28 Tagen „auf 5 Tage seit Empfang der Aufforderung“ verkürzt, wenn der Antragsgegner den Antragsteller durch eingeschriebenen Brief aufgefordert hat, den Begutachtungsantrag zu stellen. Daß diese 5 Tage Werkstage sein müßten, wie Bette a. a. O. S. 311 unterstellt, ist in der VerfD. nicht gesagt. Da aber der Antragsgegner die Aufforderung naturgemäß frühestens erst nach Erhalt der Mängelrüge ergehen lassen kann und die Frist für den Antragsteller erst seit Empfang dieser Aufforderung läuft, wird regelmäßig die Frist der Ziff. 7 Platz greifen, die bereits mit Absendung der Mängelrüge durch den Antragsteller zu laufen beginnt und deshalb in aller Regel kürzer sein wird als die Frist der Ziff. 2 Abs. 2. (Die Bezeichnung „Antragsgegner“ und „Antragsteller“ in Ziff. 2 Abs. 2 ist übrigens ungenau, da ja der „Antragsteller“ erst zur Stellung des Begutachtungsantrages aufgefordert werden soll und mithin auch noch kein „Antragsgegner“ vorhanden ist.)

In dem Begutachtungsantrag benennt der Antragsteller entweder selber einen Schiedsgutachter, oder er überläßt die Bestellung der Geschäftsstelle des Schiedsgerichts, die überall da tätig wird, wo die Arbitrageordnung von „Schiedsgericht“ spricht. In allen Fällen sind die Schiedsgutachter aus den bei den Landesbauernschaften geführten Vorschlagslisten für die Schiedsrichter bei den Schiedsgerichten für Lieferstreitigkeiten zu entnehmen, wobei keinerlei gebietsmäßige Beschränkungen bestehen.

Von der Stellung des Begutachtungsantrages hat der Antragsteller dem Antragsgegner unter Überreichung einer Durchschrift des Antrages auf dem vorgeschriebenen Formblatt 2 unverzüglich, d. h. ohne schulhaftes Zögern, Mitteilung zu machen und ihn gleichzeitig aufzufordern, spätestens

<sup>9)</sup> Zuständig ist mangels anderweiter Vereinbarung das Schiedsgericht, in dessen Bezirk sich die beanspruchte Ware im Zeitpunkt der Erhebung der Mängelrüge befindet.

binnen 2 Werktagen nach Empfang der Aufforderung seinerseits einen Schiedsgutachter zu benennen, andernfalls die Benennung durch das Schiedsgericht erfolgt. Der Antragsgegner benennt nunmehr dem Schiedsgericht auf dem vorgeschriebenen Formblatt 3 den von ihm gewählten Schiedsgutachter oder bittet das Schiedsgericht um die Auswahl.

Sobald das Schiedsgericht die vorbereitenden Arbeiten erledigt hat, bestimmt es unverzüglich Ort und Zeit der Begutachtung und lädt die Schiedsgutachter hierzu. Es scheint ein Schiedsgutachter nicht oder ist er behindert, so stellt das Schiedsgericht einen Ersatzmann. Ist eine Einigung unter den beiden von den Parteien ausgewählten oder vom Schiedsgericht bestellten Schiedsgutachtern nicht zu erzielen, so bestellt das Schiedsgericht einen dritten Schiedsgutachter, den sog. Schiedsobmann, welcher endgültig entscheidet, sich dabei aber im Rahmen der Vorschläge der beiden anderen Schiedsgutachter halten muß. Die Schiedsgutachter werden, wie bereits erwähnt, den bei den Landesbauernschaften geführten Vorschlagslisten für die Schiedsrichter bei den Schiedsgerichten für Lieferstreitigkeiten entnommen. Von der Tätigkeit als Schiedsgutachter ist ausgeschlossen, wer an dem Streit unmittelbar oder mittelbar beteiligt oder mit einer der Parteien bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert ist. Bei Vorliegen eines Ausschließungsgrundes hat der Schiedsgutachter die Erstattung des Gutachtens sofort abzulehnen.

Das Schiedsgutachten selber ist auf dem vorgeschriebenen Formblatt 4 zu erstatten. In ihm haben die Schiedsgutachter zugleich darüber zu entscheiden, welche Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Die Verf. selbster enthält hinsichtlich der Kosten lediglich die Bestimmung, daß der Antragsteller zugleich mit der Stellung des Begutachtungsantrages einen Kostenvorschuß von 5% des Rechnungsbetrages an das Schiedsgericht zu zahlen hat. Im übrigen ist die in der Verf. vorgesehene, vom Reichsbauernführer zu erlassende Kostenordnung bisher nicht eingangen; sie wird auch vorläufig nicht erlassen werden, da zunächst die Erfahrungen mit den einstweilen herausgegebenen vorläufigen „Kostenrichtlinien für das Arbitrageverfahren“ abgewartet werden sollen. Nach den Kostenrichtlinien beträgt die Gebühr für das Arbitrageverfahren 5% des Rechnungsbetrages der beanstandeten Ware, jedoch mindestens 5 RM für jeden Schiedsgutachter und 5 RM für das Schiedsgericht, mindestens also 15 RM, bei Bestellung eines Schiedsobmannes als dritten Schiedsgutachters mindestens 20 RM. Die Höchstgebühr beträgt 200 RM. Auf weitere Einzelheiten der Kostenrichtlinien braucht hier nicht eingegangen zu werden, da sie — wie erwähnt — nur vorläufige sind und später durch die endgültige Kostenordnung abgelöst werden sollen.

## B.

Von Rechtsanwalt Walther Steffen, Berlin

Die Ausführungen Bohns über das Schiedsgutachtenverfahren des Reichsnährstandes behandeln die Unterschiede des Schiedsgutachtens vom Sachverständigengutachten und vom Schiedsgerichtsverfahren, ferner die Einzelheiten der Verfahrensordnung, außerdem die Frage der sachlichen Zuständigkeit. Während mir die beiden erstgenannten Teile des Aufsatzes zu Bemerkungen keinen Anlaß bieten, welche ich von der Ansicht Bohns in der Frage der sachlichen Zuständigkeit erheblich ab.

Die Arbitrageordnung des Reichsnährstandes v. 17. Febr. 1937 (RNBl. 171 ff.) gilt nach I Abs. 2 bei bestimmten Streitigkeiten „aus Verträgen, in denen die Zuständigkeit der Schiedsgerichte beim Reichsnährstand für Lieferstreitigkeiten vereinbart ist, sowie auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien. Soweit in den Geschäftsbedingungen des Reichsnährstandes und seiner Gliederungen Bestimmungen über das Verfahren von Streitigkeiten der genannten Art enthalten sind, bleiben diese Bestimmungen unberührt.“

In JW. 1937, 292 ff. und 1027 hatte ich, wie Bohn auch erwähnt, der Auffassung Ausdruck gegeben, daß die Schiedsgerichte des Reichsnährstandes für Lieferstreitigkeiten (Anordnung v. 18. Juli 1935: RNBl. 399 ff.) nur dann zuständig sind, wenn die Unterwerfung unter ihre Spruchtätigkeit seitens beider Parteien freiwillig ist, weil die Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten den Vorschriften des behandelten Buches der BPD. unterliegen und das schiedsgerichtliche Verfahren gemäß diesen Vorschriften beiderseitige Freiwilligkeit zur Voraussetzung hat.

Das bekannte Urteil des LG. Essen v. 15. Dez. 1936 (JW. 1937, 1027) ließ die Frage offen, da in dem von ihm behandelten Fall die Geschäftsbedingungen der Hauptvereinigung der deutschen Kartoffelwirtschaft vom 20. Juni 1936 nur eine Anweisung zur Benutzung der Schiedsgerichte enthielten, nicht aber ohne weiteres die Zuständigkeit der Schiedsgerichte des Reichsnährstandes aussprachen.

Bohn behauptet entgegen meiner Auffassung, daß die Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten ganz unabhängig vom Willen der Parteien, ja, gegen deren Willen, zuständig sein können, daß Lieferbedingungen des Reichsnährstandes und seiner Gliederungen diese Zuständigkeit völlig autoritativ anordnen können, und daß damit auch die Arbitrageordnung des Reichsnährstandes zwangsläufig vorgeschrieben werden könne. Die Begründung sieht er darin, daß „die Verbandsgewalt der Zusammenschlüsse des Reichsnährstandes die Verbandsmitglieder in allen überhaupt geregelten Beziehungen erfaßt“, daß der Reichsnährstand und seine Zusammenschlüsse aus Gründen der Gesamtwirtschaft ein Interesse daran haben können, Streitigkeiten der Mitglieder nach Möglichkeit durch die Liefergerichte erledigt zu sehen, und daß Sachverständigkeit und Erfahrung von Obdulanten und Beisitzern sowie schnelle und sachgemäße Entscheidungen bei freier Gestaltung des Verfahrens dieses besonders empfohlen. Ich kann bemerken, daß eine ähnliche Auffassung von der obligatorischen Unterwerfung unter die Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten auch in einem Artikel von Wendendorff (Stettin) über die Bestellung und Ablehnung der Schiedsrichter in der Schiedsgerichtsbarkeit des Reichsnährstandes (RNBl. 1937, 454 f.) vertreten wird, der ausführt, daß die Schiedsgerichtsverordnung auf § 10 Abs. 1 Reichsnährstandsg. v. 13. Sept. 1933 (RGBl. I, 626) beruhe, daß sie eine Rechtsverordnung darstelle und damit einem Gesetz gleichstehe.

Ich halte diese Auffassung nach wie vor für unrichtig. Das Ges. v. 13. Sept. 1933 ist bezeichnet als „Gesetz über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes und Maßnahmen zur Markt- und Preisregelung für landwirtschaftliche Erzeugnisse“. Es ermächtigt in § 1 den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft, den Reichsnährstand zu schaffen, und in § 2, dem Reichsnährstand oder einzelnen seiner Gruppen die Befugnis zu erteilen, „die Erzeugung, den Absatz sowie die Preise und Preisspannen von landwirtschaftlichen Erzeugnissen zu regeln, wenn dies unter Würdigung der Belange der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls geboten erscheint“. In § 10 sind dann dem Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften vorbehalten worden.

So weitgehend diese Ermächtigungen sind, so scheint mir doch soviel sicher zu sein, daß das Reichsnährstandsgesetz nicht dazu bestimmt war, neben den großen Aufgaben, die dem Reichsnährstand gesetzt waren, das Gefüge der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit aufzulösen, denn man darf folgendes nicht verkennen:

Eine Schiedsgerichtsbarkeit, die den Parteien, die sich ihrer aus freien Stücken bedienen wollen, zur Verfügung gestellt wird, ist zwar nach geltendem Recht neben den ordentlichen Gerichten zugelassen. Ihr Charakter ändert sich indessen, und sie wird zu einer regulären Ständegerichtsbarkeit, sowie sie Zwangsscharakter erhält. Ist aber überhaupt einmal eine die Gerichtsverfassung durchbrechende ständische Gerichtsbarkeit

vorhanden, so wird es eine Frage der Zeit sein, daß auch die gewerbliche Wirtschaft, die Verkehrswirtschaft usw. eine ständische Gerichtsbarkeit schaffen, es wird m. a. W. das ganze große Gebiet der Rechtspflege in Wirtschaftsdingen von den ordentlichen Gerichten gelöst, deren Aufgabengebiet zur Bedeutungslosigkeit herab sinkt. Statt einer mit dem AG. an der Spitze stehenden einheitlichen Rechtspflege würden wir ein buntes Bild ständischer Gerichtsbarkeiten erhalten. Bohn, der sich dieser Konsequenz vielleicht gar nicht bewußt ist, stellt zur Begründung Zweckmäßigkeitserwägungen an: Beweglichkeit des Verfahrens, Sachkunde, Schnelligkeit. Es würde im Rahmen dieses Aufsatzes zu weit führen, alles für und Wider einer ständischen Gerichtsbarkeit zu erörtern. Soviel scheint mir indessen sicher, daß die Gründe von Bohn keinesfalls hinreichen würden, eindeutig einer ständischen Gerichtsbarkeit vor der ordentlichen Gerichte den Vorzug zu geben. Praktisch kommen die ordentlichen Gerichte mit einem Mindestmaß von Formvorschriften aus, und in Wirklichkeit ist das Verfahren denkbar beweglich. Was Schnelligkeit und Sachkunde betrifft, so kann ich auch da keinen wirklichen Unterschied von Schiedsgerichten irgendwelcher Art und ordentlichen Gerichten anerkennen. Alle menschlichen Schwächen und Unzulänglichkeiten in Rechnung gestellt, arbeitet das ordentliche Gericht nicht langsamer und nicht unkundiger als ein Schiedsgericht. Besonders die Sachkunde: Es ist unbestreitbar, daß bei kleineren Gerichten, insbesondere in ländlichen Bezirken, der Richter im Laufe der Zeit auch die wirtschaftlichen Verhältnisse so kennenlernt, daß er seinen Aufgaben vollauf gewachsen ist. Bei Großstadtgerichten gibt es teils Spezialabteilungen und Spezialkammern, dann aber pflegen unsere Richter doch so vorgebildet zu sein, daß sie das wirtschaftliche Verständnis, das sie für ihr Amt brauchen, besitzen, und haben in den Kammern für Handelsjachen außerdem Kaufleute neben sich. Völlig ohne Sachverständige andererseits kommt weder der ordentliche Richter noch der Odmann eines Schiedsgerichts aus. Die Lösung des Sachverständigenproblems ist und bleibt im übrigen ein Problem, das eines Tages gelöst werden muß. Daneben wird die Frage eine Rolle spielen, ob tatsächlich eine fortschreitende Spezialisierung des Richters überhaupt erwünscht ist. Wird dieses Spezialistentum nicht allmählich zu einer gewissen Erstarrung des Rechtes führen?

Kann ich also in der Frage der Sachkunde, Schnelligkeit und Beweglichkeit entscheidende Mängel der ordentlichen Gerichte gegenüber Standesschiedsgerichten nicht anerkennen, so ist die Hervorhebung des Interesses, welches der Reichsnährstand aus Gründen der Gesamtwirtschaft an den Rechtsstreitigkeiten seiner Mitglieder haben kann, das interessanteste und diskutabelste Argument Bohns. Welches Interesse kann nun der Reichsnährstand oder eine seiner Gliederungen daran haben, wie ein Rechtsstreit zwischen A. und B. entschieden wird? Denkbar wäre ein solches Interesse in doppelter Hinsicht: einmal dahin, daß bestimmte Rechtsfragen in bestimmtem Sinne entschieden werden, zweitens, daß ein Prozeß eine unerwünschte Störung des Gesamtmarktes nach sich ziehen kann. Was das erste betrifft, so ist zu beachten, daß auch der ordentliche Richter weltanschaulich gebunden ist und kein Recht sprechen darf, welches das Allgemeinwohl hintanstellt. Was ein evtl. Störungsmoment darstellen könnte, wäre kaum der Prozeß selbst, höchstens eine mögliche Zwangsvollstreckung. Indessen einmal ist dieses Moment gerade auf dem wichtigsten Gebiete der Ernährungswirtschaft durch das Erbhöfgez. so gut wie ausgeschaltet, zweitens handelt es sich auch hier um Probleme viel allgemeinerer Art, denn Störungen eines Wirtschaftsunternehmens, die zu Marktstörungen auswachsen, können von allen Seiten kommen, von Steuerbehörden, öffentlichen Kassen, durch strafrechtliche Maßnahmen usw. Umgekehrt liegt das Interesse an einem einzelnen Wirtschaftsunternehmen auch nicht nur bei einem Berufsstand. Ganz abgesehen von den Betrieben, die mehreren Berufsständen angehören, wie z. B. die sog. b-Betriebe des Reichsnährstandes (etwa Brennereien, fischindustrielle Betriebe u. a.), pflegen an jedem Unternehmen die Arbeitsfront für die Gesellschaft, die Steuerbehörden, Kassen usw. interessiert zu sein.

Eine einseitige, wenn auch nur mittelbare Einflußnahme eines Standes also auf Prozesse seiner Mitglieder würde angesichts dieser mannigfachen öffentlichen Interessen der verschiedenen Sektoren keinen Vorzug gegenüber der Rechtspflege der ordentlichen Gerichte bedeuten.

Ich muß mich, so interessant und bedeutend diese Fragen sind, mit diesen kurzen Andeutungen begnügen, lediglich um zu beweisen, daß die Zweckmäßigkeitserwägungen, wie sie Bohn anstellt, doch nicht so selbstverständlich sind, um daraus eine Lösung der Gerichtsbarkeit in Wirtschaftsdingen aus der einheitlichen Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte zu rechtfertigen.

Sollte das Reichsnährstandsgesetz wirklich beizweckt haben, unsere Gerichtsorganisation aufzulösen, um damit den ersten entscheidenden Schritt zu einer Entwicklung zu geben, wie ich sie oben angedeutet habe und die, wie aus meinen kurzen Einwendungen hervorgeht, so schwerwiegende Probleme in sich birgt? Ich stehe nicht an, die Frage ohne weiteres zu verneinen. An Gerichte und Rechtsprechung war bei dem Reichsnährstandsgesetz, wie sich schon aus der Überschrift ergibt, offensichtlich überhaupt nicht gedacht. Eine so bedeutungsvolle Angelegenheit, wie die Auflösung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wäre unzweifelhaft ganz anders und deutlich zum Ausdruck gekommen und nicht der Auslegung geleglicher Bestimmungen oder Ergänzungsvorschriften vorbehalten geblieben. In den Darstellungen zur Reichsnährstandsgesetzgebung findet man dann, soweit ich sehe, vor Erlass der Schiedsgerichtsordnung v. 18. Juli 1935 auch kein Wort über dieses schwerwiegende Problem. Die Entwicklung war offenbar eine ganz andere: In dem früheren Landhandelsbund fanden sich Geschäftsbedingungen mit Schiedsgerichtsklauseln, und da in den betreffenden Kreisen Geschäfte zu den Bedingungen des Landhandelsbundes zustande zu kommen pflegten, galten auch die Schiedsgerichtsklauseln als vereinbart (vgl. Bette: Rd-RN. 1937, 266 ff.). Nachdem der Landhandelsbund im Jahre 1935 in den Reichsnährstand eingegliedert war, galten die Geschäftsbedingungen des Landhandelsbundes weiter und ebenso die Schiedsgerichte, bis dann die Schiedsgerichtsordnung vom 18. Juli 1935 eine einheitliche Schiedsgerichtsbarkeit schuf, die an Stelle der Schiedsgerichtsordnung des Landhandelsbundes trat. Schließlich wurden Geschäftsbedingungen in zunehmendem Maße durch die Hauptvereinigungen des Reichsnährstandes erlassen und erhielten in verschiedenartigster Form ebenfalls Schiedsgerichtsklauseln; praktisch in Anlehnung an die frühere Geprägtheit, den Geschäftsbedingungen Schiedsgerichtsklauseln einzufügen (die dann aber Vereinbarungscharakter trugen), rechtlich offensichtlich darauf hin, daß der Reichsnährstand nebst seinen Untergliederungen ermächtigt war, Geschäftsbedingungen zu erlassen. So haben sich die Dinge historisch entwickelt, und nun mehr nehmen die betreffenden Anordnungen der Hauptvereinigungen für sich in Anspruch, zwangsläufig die ordentliche Gerichtsbarkeit durchlöchern und den § 13 GWG. außer Kraft setzen zu können, wofür das zugrunde liegende ErmächtG. v. 13. Sept. 1933 sicherlich nicht bestimmt war und wofür es auch gar keine Grundlage bietet. Wollte aber das übergeordnete ErmächtG. zweifellos nicht unser Gerichtsgefüge auflösen, so war hier auch den Hauptvereinigungen eine Grenze gesetzt, denn ihre Anordnungen wurzelten ausschließlich in dem Ges. vom 13. Sept. 1933 und mußten sich in den von ihm gedachten Grenzen halten. Hinsichtlich des Erlasses von Geschäftsbedingungen können die Hauptvereinigungen die Freiwilligkeit ihrer Mitglieder entbehren, hinsichtlich der Gerichtsbarkeit nicht, denn insofern besteht eine Schranke durch § 13 GWG. und des Zehnten Buches der ZPO, welche durch das ErmächtG. v. 13. Sept. 1933 keine Abänderung erfahren haben.

So glaube ich nachgewiesen zu haben, daß ein Zwang zur Juanspruchnahme von Schiedsgerichten und des Schiedsgutachtenverfahrens nicht ausgeübt werden kann.

## Einziehung von Gerichtskostenmarken

### I.

1. (1) Mit Ablauf des 30. Sept. 1937 werden die folgenden Gerichtskostenmarken außer Verkehr gesetzt:

- a) alle nicht freizügigen Kostenmarken;
- b) die freizügigen Kostenmarken ohne Jahreszahl, mit der Jahreszahl 1932 oder einer früheren Jahreszahl;
- c) alle Kostenmarken mit dem Aufdruck „A“ oder „N“.

(2) Danach bleiben künftig die folgenden Gerichtskostenmarken im Verkehr:

- a) die Gerichtskostenmarken der ehemaligen Landesjustizverwaltungen mit der Landesbezeichnung und den Jahreszahlen 1933 oder 1934 — jedoch ohne den Aufdruck „A“ oder „N“ — über Werte von 5, 10, 20 und 50 Rpf. sowie 1, 2, 3, 5, 10, 20 und 50 RM;
- b) die von der Reichsjustizverwaltung herausgegebenen Gerichtskostenmarken mit der Jahreszahl 1935 oder einer späteren Jahreszahl über Werte von 5, 8, 10, 12, 20 und 50 Rpf. sowie von 1, 2, 3, 5, 10, 20 und 50 RM; die Kostenmarken aus dem Jahre 1935 tragen noch den Aufdruck „Deutsches Reich“, der bei den späteren Jahrgängen fortgelassen ist.

2. Vom 1. Sept. 1937 ab dürfen die nach Ziff. 1 Abs. 1 aus dem Verkehr gezogenen Kostenmarken nicht mehr verkauft werden. Die Gerichtskassen haben im Laufe des Monats Aug. 1937 die Gerichtszahlstellen und die sonstigen Markenverkaufsstellen anzuhalten, die außer Verkehr zu setzenden Kostenmarken rechtzeitig vor dem 30. Sept. 1937 gegen verlässlich bleibende Marken umtauschen.

3. Rechtsanwälte, Notare und sonstige Personen können in der Zeit vom 1. Okt. bis 31. Dez. 1937 ihre Kostenmarken, die mit dem 30. Sept. 1937 die Verkehrsfähigkeit verloren haben (Ziff. 1 Abs. 1), bei den Gerichtskassen (nicht dagegen bei den Gerichtszahlstellen und sonstigen Markenverkaufsstellen usw.) gegen verkehrsfähige Marken umtauschen.

4. Über die Fälle des Umtauschs nach Ziff. 3 haben die Gerichtskassen eine Liste zu führen (Tag des Umtauschs, Bezeichnung des Zurückschreibenden, Bezeichnung und Wert der zurückgegebenen Marken). Von der Einzelbuchung der umgetauschten Marken im Kostenmarkenbuch nach § 112 Abs. 4 *RekassD.* ist abzusehen; die Buchung erfolgt erst bei der Vernichtung im Gesamtbetrag (vgl. Ziff. 9). Die zum Umtausch vorgelegten Marken sind sorgfältig daraufhin zu prüfen, ob sie etwa bereits entwertet waren, also zum Umtausch ungeeignet sind; ergeben sich Bedenken, so ist der Umtausch abzulehnen und das etwa sonst noch Erforderliche zu veranlassen.

5. Die von den Parteien, Rechtsanwälten und Notaren noch vor dem Ablauf des 30. Sept. 1937 an das Gericht oder die Kasse zur Kostenzahlung abgesandten, dort aber erst nach dem 30. Sept. 1937 eingehenden Marken der außer Verkehr gesetzten Sorten sind noch als gültige Marken anzunehmen. Im Falle des § 519 Abs. 6 *BPoD.* (Prozeßgebühr für die Berufungsinstanz) gilt das gleiche auch für die erst nach dem 30. Sept. 1937 abgesandten oder eingereichten Marken, wenn nur der Eingang beim Gericht oder bei der Kasse vor dem 1. Nov. 1937 erfolgt.

### II.

6. Wegen der Bekanntgabe des Markenauftrags durch die Tagespresse wird das Erforderliche vom Reichsjustizministerium veranlaßt. Die Behördenvorstände haben anzuordnen, daß zu Beginn des Monats Sept. 1937 an geeigneten Stellen der Dienstgebäude, insbesondere an den Zugängen der Gerichtskassen, Gerichtszahlstellen oder sonstigen Markenverkaufsstellen Anschläge angebracht werden, aus denen die Außerkraftsetzung und Umtauschfrist hervorgeht. Sie haben außerdem dafür Sorge zu tragen, daß alle Beamten und Angestellten rechtzeitig von dem Markenauftrag in Kenntnis gesetzt werden.

### III.

7. Die außer Verkehr gesetzten Kostenmarken (Ziff. 1 Abs. 1) sind bei den Gerichts- und Oberjustizkassen spätestens Anfang Jan. 1938 von den am Verschluß des Kassenbehälters beteiligten Kassenbeamten (vgl. § 29 Abs. 2 *RekassD.* und § 3 Abs. 1 der Anl. 3 hierzu) im Beisein des Kassenaufsichtsbeamten zu vernichten.

8. Die Vernichtung hat möglichst durch Verbrennen zu erfolgen. Unmittelbar vor der Vernichtung haben die beteiligten Beamten die Übereinstimmung des Kostenmarkenbestandes mit dem Kostenmarkenföllbestand unter Verwendung eines Kostenmarkenbestandsausweises nach Muster 45 zur *RekassD.* festzustellen; die zu vernichtenden Kostenmarken sind in dem Bestandsausweis gesondert darzustellen, so daß sich aus der unter „Gesamtbestand“ vorzunehmenden Gegenüberstellung der verbleibende Bestand an verlässlichen Marken ergibt. Über die Vernichtung ist eine Niederschrift aufzunehmen, die zusammen mit dem Bestandsausweis als Beleg zum Kostenmarkenbuch dient.

9. Bei der Vernichtung ist auch die von der Kasse nach Ziff. 4 geführte Umtauschliste heranzuziehen; am Schlusse der Auszeichnungen ist von den beteiligten Beamten in der Liste zu bescheinigen, daß die zurückgelieferten Kostenmarken vernichtet sind. Die Buchung der vernichteten Bestände im Kostenmarkenbuch richtet sich nach § 112 Abs. 4 *RekassD.*

(AB. d. R. J. M. v. 16. Juli 1937: D. J. 1937, 1103.)

## Aus der Deutschen Rechtsfront

### Heimverein des NSRB. e. V.

Nach Verhandlungen mit dem Reichsfremdenverkehrsverband hat sich der Heimverein mit allen bekannten Bade-, Luftkur- und Erholungsheimen in Verbindung gesetzt, um für die erholungsbedürftigen Mitglieder tragbare Pensionspreise, auch während der Hauptaison, zu erzielen.

Der Heimverein ist in der Lage, eine Reihe von Hotels und Pensionen bekanntzugeben, die gern bereit sind, Mitglieder der Deutschen Rechtsfront gegen Vorzeigung der Mitgliedskarte des Heimvereins aufzunehmen.

Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Veröffentlichung im „Mitteilungsblatt“ 1937, 74 verwiesen.

### Dänische Juristen in Deutschland

NSK. In der Zeit vom 4. bis 11. Juli waren auf Einladung des Reichsrechtsführers, Reichsministers Dr. Frank, dreißig höhere dänische Richter, Verwaltungsbeamte, Professoren der Universitäten Kopenhagen und Aarhus und mehrere Anwälte auf einer Studienreise in Deutschland. Sie

sahen eine Reihe von nord- und mitteldeutschen Städten, erlebten die Praxis der deutschen Rechtspflege an mehreren Gerichten, sie besichtigten das Landeserbhofgericht in Celle und besuchten auch das Reichsgericht in Leipzig, wo sie an einer Gerichtssitzung teilnahmen.

In Berlin waren sie Gäste des Reichsrechtsführers, der sie auf das herzlichste begrüßte. Reichsminister Dr. Frank wies bei dieser Gelegenheit auch darauf hin, daß wir Deutsche heute glücklich sind in dem Gefühl, in der Ordnung eines nicht nur starken, sondern auch bis ins letzte gerechten Reiches zu leben, einer Ordnung, in der die Freiheit des deutschen Menschen gewährleistet ist durch die Freiheitssicherung der ganzen Nation; in Deutschland gebe es heute keine Klasse-anderseitungen mehr von Klassen gegen Klassen. Deutsche und dänische Rechtswahrer und Juristen könnten heute zusammenkommen trotz aller Irrungen, die Menschen oft trennen, die allerdings leider auch imstande seien, Völker und Staaten zu trennen. „Dieser Ihr Besuch möge der Anlaß zu einer noch freundschaftlicheren Gestaltung der Beziehungen unserer beiden Völker sein, die beide auf eine große und stolze Geschichte zurückblicken können. Vertrauen Sie darauf, daß auch Dänemark und Deutschland auf dem Gebiete des Rechts in Zukunft immer mehr zusammenarbeiten.“

# Schrifttum

Dr. Fritz Müller, Geh. RegR., MinR. im R. u. Pr. Verf. Min.: *Straßenverkehrsrecht mit einem technischen Leitfaden*. 11. Aufl. (Stilles Rechtsbibliothek Nr. 44). Berlin 1937. Verlag Georg Stille. 1083 S. Preis geb. 22,50 R.M.

Der 1926 in erster, jetzt schon in 11. Auflage herausgebrachte Kommentar des bekannten Verf., des Sachbearbeiters für Straßenverkehrsfragen im Ministerium, ist aus der wissenschaftlichen Arbeit und der täglichen Bearbeitung des Straßenverkehrsrechts nicht mehr wegzudenken. Das Buch enthält zunächst den Wortlaut von KraftfG., RStraßVerf. und Ausf. Anw. mit den dazu erlassenen Formularen und Wegzeichen.

Dann folgt die Erläuterung der Vorschriften, getrennt nach KraftfG. und RStraßVerf., wobei die Ausf. Anw. in den Text der Verf. hineingearbeitet und durch Kürzibl. besonders kenntlich gemacht sind. In einem über 250 Seiten langen Anhang folgen weitere Verkehrsgezeke bzw. Vorschriften, unter denen das ausführlich erläuterte PersBefG., das ebenso erläuterte Güterfernverkehrsgez. und das kurz kommentierte Ges. über Reichsautobahn mit DurchfVO. und Betriebs- und Verf. besonders erwähnt seien.

Die Vorteile des Kommentars, der in knappster Form die Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit einer knappen, aber erschöpfenden Übersicht über die Auslegung des Gesetzes verbindet, sind bewahrt und beibehalten.

Die Einteilung zu Beginn der einzelnen Paragraphen erleichtert die Übersicht sehr und ermöglicht die schnelle Auffindung der ungeheuer vermehrten, aber bis in den März 1937 hinein berücksichtigten Rechtsprechung.

Der Umfang des Kommentars ist seit der letzten Bearbeitung wiederum um 200 Seiten gestiegen, hauptsächlich infolge Aufnahme und Erläuterung von PersBef. u. GüterfernverkehrsG. die in der 9. Auflage noch nicht enthalten waren.

Der Praktiker und der Wissenschaftler wird in diesem Buch alles finden, was er von einem guten, knapp und vorzüglich belegten Kommentar nur erwarten kann, daneben erfährt man noch durch gelegentliche Rückblicke auf frühere Auflassungen über Verkehrsfragen eine schnelle und gute Belehrung über die Kurzlebigkeit der Begriffe im Verkehrsleben.

Leider muß ein technischer Mangel gerade wegen des reichen Inhalts dieses Buches besonders unangenehm sich auswirken. Die Abkürzungen sind nicht nur zum Teil völlig ungewöhnlich, sie sind bei längerem Lesen schlechthin unerträglich. Der Verf. selbst mag sich bei Gewöhnung an eigene Abkürzungen nicht mehr recht vorstellen, was es bedeutet, ein Buch zu lesen, in dem manchmal die abgekürzten Worte häufiger sind als die ausgeschriebenen. Man wird natürlich, insbesondere bei Benutzung des Abkürzungsverzeichnisses, schließlich enträteln können, was die Abkürzungen bedeuten. Aber ein solches Buch sollte man unbehindert durch solche körperliche und auch auf die Dauer sehr merkbare geistige Behinderung durchlesen können. Um das Buch in der mündlichen Verhandlung, bei der Beratung und Bearbeitung von Schriftstücken schnell zu gebrauchen, ist es doch schließlich mit da; es soll auch Gelegenheit geben, sich längere Zeit im Zusammenhang mit Einzelfragen zu befassen: Bei diesen beiden wichtigen Gelegenheiten machen sich die Abkürzungen in einem störenden Umfang bemerkbar, den der Verf. sicherlich nicht nachempfinden kann, den mir aber sehr viele ständige Benutzer des Standardbuches auf diesem Gebiete immer wieder verübt haben.

Ich glaube einige hundert Seiten mehr und eine gewisse Erhöhung des Preises bekommen der Bewertung des Buches und der Freude an ihm besser als die übermäßige Häufung der Abkürzungen.

Dass die neue Auflage im übrigen dem „Müller“ den bisherigen Rang erhalten wird, ist nach seinem Inhalt ohne jeden Zweifel.

NR. Carl, Düsseldorf.

Kurt Jannott, Gotha: *Kraftfahrzeughafpflicht-Recht und -Versicherung im In- und Ausland*. (Veröffentlichungen des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft. Heft 59.) Berlin 1937. Verlag von E. S. Mittler & Sohn. 231 S. Preis brosch. 4,60 R.M.

Der Hauptinhalt der Schrift (Teil V S. 63/231) bildet eine sehr wertvolle Materialsammlung. Gesetze und Verordnungen von 15 Ländern, die sich auf das Kraftfahrzeughafpflicht- und

-Haftpflichtversicherungsrecht beziehen, sind hier — durchweg in drei Sprachen: Originaltext, deutsch und französisch — zusammengestellt. Eine kurze Übersicht über das ausländische (Teil I S. 7 ff.) und das deutsche Recht (Teil II S. 29 ff.) ist vorausgeschickt. Die zweite Hälfte des Teiles II beschäftigt sich mit Vorschlägen für die künftige Rechtsgestaltung auf dem Gebiet des Autohaftpflicht- und Haftpflichtversicherungsrechts und leitet damit über zu der Stellungnahme des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (Teil III S. 51 ff.) und des Reichsausschusses für Versicherungswesen in der Akademie für Deutsches Recht (Teil IV S. 59 ff.).

Es war ein recht glücklicher Gedanke, Material zu der seit einiger Zeit sehr lebhaft erörterten Frage der Zwangshaftpflichtversicherung oder des Haftpflichtversicherungszwangs für Autohalter in einem Zeitpunkt vorzulegen, in dem die Debatte über diese Fragen noch keineswegs abgeschlossen ist, wenn sich auch schon gewisse Entwicklungslinien für die gesetzliche Regelung erkennen lassen. Leider ist das Material nicht ganz vollständig. Ich vermittele insbesondere das ungarische Gesetz über die Zwangshaftpflichtversicherung, von dem Hanek: *AlsJahrb.* 51, 244 berichtet. Auch das viel angeführte Gesetz des nordamerikanischen Staates Massachusetts v. 1. Jan. 1927 fehlt, der Abdruck einer Stelle aus dem Musterentwurf der Amerikanischen Automobil-Association vermag diese Lücke keineswegs auszufüllen. Das allgemeine Haftpflichtversicherungsrecht ist mit Ausnahme des schweiz. VBG. nicht in die Materialsammlung aufgenommen worden, obwohl sich die Rechtsordnungen verschiedener Länder, soweit sie keine Spezialgesetze haben, nur vergleichen lassen, indem man die allgemeinen haftpflichtversicherungsrechtlichen Vorschriften gegenüberstellt. Die Darstellung des dän. Rechts z. B. ist unvollständig, wenn man nicht erwähnt, daß der Geschädigte mit dem Urteil im Haftpflichtprozeß automatisch in die Rechte des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer eintritt (§ 95 I des dän. VBG.), und dem franz. Recht, dem bisher eine besondere Regelung fehlt, gibt das unmittelbare Klagerrecht des Verletzten gegen den Haftpflichtversicherer, die action directe, seine charakteristische Prägung.

Bei dem Bericht über die Stellungnahme des Reichsausschusses für Versicherungswesen in der Akademie für Deutsches Recht wird nicht genügend zum Ausdruck gebracht, wo das Referat aufhört und die eigenen Vorschläge Jannott's anfangen.

Die Darstellung des geltenden deutschen Rechts scheint mir kaum auszureichen. Schrifttum ist überhaupt nicht erwähnt, obwohl gerade die Rechtsstellung des Verlegten in der Haftpflichtversicherung in zahlreichen Schriften — z. B. in dem ausgezeichneten Buch von Senger (Hamburger Rechtsstudien Heft 24, 1934) — und in ungezählten Einzelansätzen behandelt worden ist. Auch die Rechtsprechung ist nur in geringem Umfang berücksichtigt worden; dadurch kann das Bild, das der Leser von der Rechtslage erhält, erheblich verfälscht werden. Zum Beispiel meint Jannott auf S. 42, daß Verabredungen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zuungunsten des Geschädigten nicht zu befürchten seien und daß sich auf diesem Gebiet keinerlei Beschwerdefälle ergeben hätten. Demgegenüber darf ich auf S. 57 in einer Schrift „Probleme des Haftpflichtversicherungsrechts“ (PersWissR. 1937 Nr. 2) verweisen. Hier sind nicht weniger als sechs in veröffentlichten Entscheidungen behandelte Fälle angeführt, in denen die Versicherungsnehmer — meist im Einvernehmen mit dem Versicherer — durch Verfügungen über den Anspruch aus dem Versicherungsvertrag den Geschädigten um sein Recht gebracht haben — und der sehr häufig vorkommende Verzicht des Versicherungsnehmers auf die Ansprüche des Versicherten (z. B. des mitversicherten Kraftfahrzeugführers) hat eine sehr lebhafte Diskussion in der Fachpresse hervorgerufen. Ein Arrest gegen den Versicherungsnehmer (nicht den Versicherer, wie Jannott a. a. D. schreibt), der den Geschädigten gegen Verfügungen über den Versicherungsanspruch sichert, wird sich nur in Ausnahmefällen erwirken lassen (vgl. dazu Bröll a. a. D. S. 60/61).

Den Reformvorschlägen Jannott's kann im allgemeinen nur zugestimmt werden. Sehr gut sind die Einwendungen gegen ein unmittelbares Klagerrecht des Geschädigten gegen den Versicherer (S. 41/42) und über die Notwendigkeit, § 69 VBG. auch auf die Kraftfahrzeughafpflichtversicherung anzuwenden (S. 47/48).

Ein gesetzliches Pfandrecht des Geschädig-

ten an der Forderung gegen den Versicherer (S. 42/43) reicht nicht aus; Verfügungen des Versicherungsnehmers über die Ansprüche des mitversicherten Kraftfahrzeugführers muß ebenfalls durch ein Pfandrecht vorgebeugt werden, das die Rechte des Versicherten gegen den Versicherungsnehmer auf Verschaffung des Versicherungsschutzes ergreift (vgl. Prölß a. a. O. S. 53 ff., 59 ff.).

Was schließlich die Beschränkung der Einwendungen gegenüber dem Geschädigten betrifft, so läßt sich Janowitz' Vorschlag (S. 44 ff.) recht gut hören, wenn man das Problem nur juristisch betrachtet. Aber gerade diese Frage ist m. E. nur vom laufmännischen Standpunkt aus zu lösen. Schon jetzt weisen die meisten Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer und deren Rückversicherer Jahr für Jahr bedeutende Verluste aus dem Kraftfahrzeughaftpflichtgeschäft aus, und es steht zu befürchten, daß diese Verluste noch wesentlich ansteigen, weil... man dem Versicherer verbietet, bestimmte Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis gegen den Geschädigten zu erheben. Die Vorschrift des § 101 BGB, auf die Janowitz hinweist, ruht wirtschaftlich auf einer ganz anderen Basis.

RA. Dr. Erich R. Prölß, Hamburg.

**Faedel-Güthes Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz** 7. Aufl. neu bearbeitet von Dr. Erich Volkmar, Geh. RegR., MindDir. im RfM., und Ernst Armstroß, RGR. Berlin 1937. Verlag Franz Wahle. XLVII und 1238 S. Preis geb. in Goldbleter 47 RfM.

In Zeiten wirtschaftlichen Tiefstandes gewinnt die Antwort auf gesetzlichen Zwanges erhöhte Bedeutung. So hat man seit Ende der 20er Jahre eine wachsende praktische Bedeutung des Zwangsversteigerungsgesetzes erlebt. Das Gesetz mit seinen brauchbaren allgemeinen Grundsätzen hat sich auch in äußerst verwickelten erscheinenden Fällen durchaus bewährt. Das Vollstreckungsrecht, das im Kommentar im Anhang V von LGR. Dr. Pohle zur Darstellung gekommen ist, hat ferner zu sachgemäßen und befriedigenden Lösungen beigetragen. Anerkuntemassen bietet der überaus bedeutungsvolle und umfangreiche Stoff eine der schwierigsten Aufgaben für Gesetzgebung und Rechtspflege. Dabei hat die langbewährte Güte des Gesetzes stets eine beruhigende Sicherheit verliehen. Reformbestrebungen dürfen das nicht aus dem Auge lassen. Keinem Gesetz gegenüber fühlt sich der praktische Rechtswahrer und erst recht der ihm unterworfene Volksgenosse ohne erfahrene Einführung so hilflos wie gerade dem Zwangsversteigerungsgesetz gegenüber. Ihm gegenüber verbllassen die abfälligen und geringhätzenden Bemerkungen über Gesetzeskommentare, wie sie vielfach und manchmal auch nicht ohne Berechtigung gemacht werden. Dankbar begrüßt der Rechtswahrer bei seiner Terminsvorbereitung und dankbar begrüßt auch der Wissenschaftler bei dem Aufbau seiner weiter gehenden Gedanken, daß ihm die ausgezeichneten Ergebnisse vorzüglich geschliffener Rechtsübung und bewährter Rechtspflege in meisterhafter Form und in vollständiger Sachbeherrschung in diesem führenden Kommentar dargeboten wird. Die besonders lebhafte Rechtsneuerung auf den für das Zwangsversteigerungsgesetz wesentlichen Gebieten verursachte beispielsohne eine Verzögerung der Neuauflage. Neben der Überfülle des neuen Stoffes war vor allem auch in Einzelheiten dem Umstand Rechnung zu tragen, daß verschiedene Fragen auch dort, wo eine positive Gesetzesänderung nicht eingetreten ist, von der neuen nationalsozialistischen Grundanschauung des Vollstreckungsrechts aus anders zu beurteilen sind als früher.

Die 7. Auflage des Kommentars zeigt überall die bestehenden Vorzüge ihrer Vorgängerinnen und hat es auch verstanden, diese auf die neu zugekommenen Stoffgebiete in gleicher Weise zu übertragen. Wer so reich gibt, wird verstehen, daß er bei den Empfängern die Begehrlichkeit nach weiteren Gaben erweckt, und nur in diesem Sinne sollen die nachstehenden Ausführungen verstanden werden.

Bei dem großen Umfange, den das Werk in seiner neuen Gestalt angenommen hat, ist es vielleicht zu bedauern, daß in erster Linie nur die Rechtsprechung und die großen Kommentare Berücksichtigung gefunden haben, aber leider nicht im gleichen Maße die gerade im Zwangsversteigerungsrecht so außerordentlich bedeutende Spezialliteratur, die gerade in den letzten Jahren eine Fülle wertvoller Anregungen und Hinweise gebracht hat. Der Benutzer des Kommentars, der Einzelfragen gründlicher nachgehen will, würde sich sehr freuen, wenn er diese Aufgabe durch ausführliche und vollständige Schrifttumshinweise erleichtert würde. Es kommt hinzu, daß kaum in einem der anderen großen Kommentare eine lückenlose Zusammenstellung, geschweige denn eine sorgfältige Durcharbeitung des gesamten Schrifttums zu finden ist. Der volle Wert eines praktischen Hilfsmittels kann aber letzten Endes

nur dann ganz und restlos erreicht werden, wenn es so gestaltet wird, daß es den Benutzer der lästigen und zeitraubenden Mühe des Suchens enthebt.

So habe ich z. B. eine klare Auskunft auf folgende Frage nicht gefunden. Wenn die Zwangsversteigerung nur in eine oder in einzelne von mehreren zu einem Gute gehörigen Parzellen betrieben oder wenn nach § 76 ZwVerstG. die Versteigerung von Amts wegen auf eine oder einzelne von mehreren Parzellen beschränkt wird, ist dann ohne weiteres das gesamte Gutsinventar als Zubehör der versteigerten Parzelle anzusehen? Die §§ 97, 98 BGB. entscheiden darüber, welche beweglichen Sachen als Zubehör des versteigerten Grundstücks zu gelten haben. Danach sind es diejenigen Inventarstücke, die sich in einem räumlichen Verhältnisse zur versteigerten Parzelle befinden und die der Eigentümer zu Zubehörungen dieser Parzelle bestimmt hat. In Fällen der gedachten Art muß wohl angenommen werden, daß diejenigen Inventarstücke zu Zubehörungen der einzelnen Grundstücke bestimmt sind, für deren Besitzhaftung sie erforderlich sind. War danach ein unteilbares Inventarstück sowohl für die versteigerten als auch für die nicht versteigerten Grundstücke erforderlich, so muß es deshalb ungeteilt als mitversteigert gelten. Der Gegenbeweis gegen diesen objektiven Maßstab als Grundlage der mutmaßlich ihm entsprechend erfolgten Zubehörbestimmung durch den Eigentümer muß natürlich offen stehen. Im Einzelfall bleibt zu prüfen, ob die Auslegung des Zuschlagsbeschlusses die Versteigerung eines Gutshofes oder diejenige einzelner Parzellen ergibt. Nötigenfalls ist die Frage im Prozeßwege auszutragen.

Der Kommentar legt als solcher, da er ja kein Lehrbuch sein will, naturgemäß weniger Gewicht auf die Herausarbeitung verfahrensleitender Grundätze. Auch der Gemeinschaftsgedanke als solcher ist, soweit ich sehe, für das Zwangsversteigerungsverfahren nicht nutzbar gemacht. Beachtenswert erscheint aber immerhin der Gedanke der Einheitlichkeit des Zwangsversteigerungsverfahrens (vgl. Fr a e b: JW. 1933, 641).

Die Tatsache, daß das Unterlassen rechtzeitiger Anmeldung eines Rechtes nicht nur Nichtberücksichtigung im Zwangsversteigerungsverfahren, sondern auch materiellen Rechtsverlust zur Folge hat, wird nur erwähnt (§ 110 Num. 4 Abs. 3), aber nicht näher erörtert. Soweit ich sehe, ist auch der rechtsgerichtliche Begriff der "nichtigen Hypothek" einer Betrachtung nicht unterzogen (vgl. JW. 1929, 776<sup>52</sup> und dazu Fr a e b).

Die Lehre vom Rechtsmittelverzicht, insbes. vom Verzicht auf die Beschwerde, wird nicht erwähnt und nicht untersucht, in welcher Weise und wem gegenüber der Verzicht erklärt werden muß (JW. 1930, 1510<sup>53</sup> und dazu Fr a e b).

Ohne eigene Begründung wird der Ansicht des DVG. Frankfurt (JW. 1930, 3563) zugestimmt, wonach eine wirksam erfolgte Zustellung unwirksam werden soll, wenn vom Versteigerungsgericht dem Empfänger erklärt wird, daß sie als nicht erfolgt anzusehen sei. Die Zustellung ist aber ein fälschlicher Vorgang, dessen rechtswirksames Vorhandensein von dem Zwangsversteigerungsrichter wohl nachgeprüft, aber nicht rückgängig gemacht werden kann.

Erfreulicherweise wird der Ansicht beigetreten, daß die Zurücknahme des Versteigerungsantrags die Notwendigkeit ergeben kann, das geringste Gebot anderweitig festzustellen (§ 29 Num. 5 Abs. 2 und JW. 1931, 546<sup>54</sup> und dazu Fr a e b; JW. 1933, 1899<sup>55</sup> und dazu Fr a e b sowie DVG. Stettin: HöchstRtspr. 1934 Nr. 3; bei Einstellungsbewilligung vgl. JW. 1934, 2795<sup>56</sup> und dazu Fr a e b sowie JW. 1937, 483<sup>57</sup> und dazu Fr a e b).

Begrüßenswert ist es, daß der Kommentar die Ansicht vertreibt, daß, wenn ein Hypothekengläubiger, der nur die persönliche Forderung vollstreckbar gemacht hat, die Zwangsversteigerung betreibt, das geringste Gebot so festzustellen ist, wie wenn ein persönlicher Gläubiger das Verfahren betriebe, und daß darin kein Verzicht auf die Hypothek liege (§§ 15, 16 Num. 11 und dazu Fr a e b: JW. 1934, 1193 bzgl. einer nur auf Grund eines persönlichen Schuldtitels erwirkten Zwangshypothek und ferner JW. 1936, 2354<sup>58</sup> und dazu Fr a e b).

Die in letzter Zeit lebhaft umstrittene Frage, ob die Genehmigung des Verfahrens gemäß § 84 auch nachträglich im Laufe des Beschwerdeverfahrens nachgeholt werden kann (JW. 1932, 3208<sup>59</sup> und dazu Fr a e b) ist, soweit erfichtlich, nicht geprüft. Die damit im Zusammenhang stehende Frage, ob die Beschwerde auf neue Tatsachen gestützt werden kann, hat nur eine kurze Erwähnung gefunden (§ 100 Num. 5).

Die Belastung mit Gleichrangigkeit finde ich ex professo nicht erörtert, insbes. ist keine Stellung genommen zu der Meinung, die den Gleichrang als eine Belastung auffaßt. Auch der sogenannte reflexive Gleichrang hätte unterfucht werden können (vgl. hierzu JW. 1933, 2020<sup>60</sup> und hierzu Fr a e b).

Zu § 66 hätte die Amtspflicht des Versteigerungsrichters eine grundsätzliche Erörterung nahegelegt; die Entscheidung des RG.

vom 30. April 1935 (JW. 1935, 2955<sup>12</sup> und dazu Fraeb) erfordert eine Stellungnahme.

Auch dieses wertvolle Hilfsbuch für den praktischen Rechtswahler läßt in seiner überarbeiteten Gestalt erkennen, daß wesentliche Mängel im Zwangsversteigerungsverfahren weniger auf dieses Gesetz selbst als auf seine Anwendung zurückzuführen sind. Räumlich gilt es, daß Zwangsversteigerungsverfahren immer mehr von lebensfremdem Formalismus zu befreien, und es dafür immer mehr mit zweckbestimmtem Gemeinschaftsgeist zu erfüllen. Die Grundstücksverkehrsbekanntmachung v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 35) gibt diese Zielrichtung in ganz besonderem Maße, indem sie jetzt auch den Erwerb in der Zwangsversteigerung genehmigungspflichtig gemacht hat.

Leider beschränkt sich der Kommentar zu § 71 Anm. 7 nur auf einen ganz kurzen Hinweis auf die Grundstücksverkehrs- nebst Ausführungsordnung v. 26. Jan. 1937 und 22. April 1937, die übrigens nicht wie dort angegeben im Nachtrag S. 1132 ff., sondern 1138 ff. abgedruckt sind und die amtliche Begründung sowie den AdErl. des ErnährW. v. 26. Jan. 1937 (DJ. 217 f.).

Wenn auch Verfahrensanordnung und Zutrittsbeilassung nach richtiger Ansicht nicht von der Genehmigungsbeirührung abhängig zu machen sind, so hat doch der Zwangsversteigerungsrichter schon bei der Verfahrenseinleitung allen Anlaß, in eine Prüfung darüber einzutreten, ob für die Gebote eine Genehmigung nach der Grundstücksverkehrs- erforderlich sein wird. Ist dies zu bejahen, so ist es seine Pflicht, auf das Erfordernis der vorherigen Einholung der Genehmigung bereits in der Terminsbestimmung hinzuweisen. Empfehlenswert dürfte es auch sein, seitens des Versteigerungsgerichts schon vor der Terminsanberaumung in geeigneter Weise festzustellen, ob mit Erteilung solcher Genehmigung zu rechnen ist und gegebenenfalls die Ausstellung eines verneinenden Zeugnisses entsprechend § 4 Abs. 2 und 3 herbeizuführen. Etwaige vorliegende Bescheinigungen oder sonstige Erklärungen der Genehmigungsbehörde wird das Versteigerungsgericht im Versteigerungstermin nach § 66 ZwVerfG. bekanntgeben müssen. Ein Gebot, dessen Genehmigung nicht nachgewiesen wird, ist unwirksam und muß zurückgewiesen werden. Der Genehmigungsnachweis muß im Termin geführt werden, ohne daß der Nachweis nachgeholt oder gar erst in der Beschwerdeinstanz erbracht werden könnte. Für das Versteigerungsgericht ist die Entscheidung der Genehmigungsbehörde nach § 4 Grundstücksverkehrsbindend, das gilt auch hinsichtlich der Frage, ob die Genehmigung überhaupt erforderlich ist. Wenn der Zuschlag unter Nichtberücksichtigung der Genehmigungspflicht erzielt ist, so fragt es sich, ob dem Mietbietenden wirkames Eigentum verschafft worden ist. Nach richtiger Ansicht kann bei Rechtskraft des Zuschlags der Eigentumsübergang überhaupt nicht mehr angefochten werden, der rechtskräftige Zuschlagsbeschluß läßt also keinen Raum mehr für eine Entscheidung über die Genehmigung nach der Grundstücksverkehrs- Im übrigen gibt gerade diese Verordnung, deren Zweckbestimmung es ist, der Durchführung des Gemeinschaftsgedankens gegenüber Privatinteressen zum Siege zu verhelfen, noch Gelegenheit, im allgemeinen einmal der zweckverbundenen Zwangsversteigerungsgemeinschaft insbes. zu gedenken.

Das Gleichts vom Schafsknecht, der sein Herr losließ und ihm auch die Schuld von 10 000 Pfund erließ, und der dann selbst seinen Mitknecht, der ihm nur 100 Groschen schuldig war, ins Gefängnis werfen ließ (Matth. 18, 23 ff.), kann immer wieder als Michtchnur zur Ausgestaltung des Gemeinschaftsgedankens im Zwangsversteigerungsrecht dienen, der in diesem Gesetz wie kaum in einem anderen Anerkennung erforderlich.

Die deutsche Rechtspflege aber darf sich glücklich preisen, wenn durch Generationen hin derartige Musterwerke wie der Kommentar von Fraebe-Güthe von gleichrangigen Nachfolgern auf ihrer beherrschenden Höhe erhalten und mit neuem frischem Geiste gefüllt werden. Wenn hier schon vor Jahren deutsche Rechtswissenschaft, angepumpt und ausgelöst von der lebendig sprudelnden Quelle praktischer Erfahrung, ein stolzes Werk aufgerichtet hat, so erfüllt es mit Genugtuung und Zuversicht daß Männer unserer Zeit beschieden sind mit der Fähigkeit, ein solches Werk im Wandel der Seiten der Rechtswahrung zu erhalten.

LSR. Dr. Fraeb, Hanau.

Reinhard-Müller: Das Zwangsversteigerungsgesetz. Nachträge zur 3./4. Aufl. des Kommentars und zur 8. Aufl. der Handausgabe. Bearbeitet von Hans Müller, SenPräf., Dresden. Stuttgart 1937. Verlag W. Kohlhammer. 92 S. Preis brosch. 6 RM.

Das Hauptwerk habe ich bereits einer eingehenden Befragung unterzogen (vgl. JW. 1934, 2606 ff.). Der erste Nachtrag schließt mit Anfang Oktober 1936 ab, der zweite

Nachtrag bringt Ergänzungen bis Ende März, beide erscheinen bereits in 3. Aufl. Beide wollen die bekannten Werke zum ZwVerfG. in Einklang mit dem gegenwärtigen Stande von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bringen.

Teil I behandelt in befaulter Erläuterungsweise die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften zu den in Betracht kommenden Stellen des ZwVerfG. unter Heranziehung von Rechtsprechung und Schrifttum, das sog. Vollstreckungsrecht, die maßgebenden Bestimmungen des Bodenrechts, Dienstvorschriften u. a. m.

Wenn der Ansicht beigetreten wird, daß die Festsetzung des Grundstückswertes durch das Vollstreckungsgericht keinem Rechtsmittel unterliege und auch im Falle des § 3 WD. vom Prozeßgericht nicht nachzuprüfen sei (vgl. S. 33, zu § 85 Ziff. 2), so ist unerfindlich, weshalb gerade aus dem Ausschluß eines Rechtsmittels (§ 4 Abs. 7) die Anwendbarkeit des § 79 ZwVerfG. verneint werden soll. Die Rechtskraft und damit das Gebundensein erstreckt sich grundsätzlich überall nur auf das Verhältnis zwischen denjenigen Personen, die die Sachgestaltung oder Sonder Sachgestaltung verfolgt haben. Daß das rechtskräftige Urteil grundsätzlich nicht gegen jedermann wirkt, entspricht der ZPD, weil sie eine solche Wirkung nur für gewisse Fälle anordnet. Entsprechendes muß dann in der Regel erst recht hinsichtlich der Gerichtsbeschlüsse gelten, für die ja nur eine entsprechende Anwendung der für die Urteile in dieser Hinsicht gegebenen Vorschriften in Frage kommen kann. In ganz besonderem Maße muß es aber von den Vorentscheidungen, die der Beschlusssatzung über den Zuschlag, in Zwangsversteigerungsverfahren im Beschlusssverfahren voraufgegangen sind, gelten. Es handelt sich hierbei um Beschlüsse, die für den Zuschlag Bedeutung haben, wie Festsetzung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen, Zulassung oder Zurückweisung eines Gebots u. dgl. Sollte das Vollstreckungsgericht an sie gebunden sein, so müßte die Beschwerde gegen sie nicht bloß zulässig, sondern auch immer vor der Entscheidung über den Zuschlag erledigt werden können. Damit könnte aber eine unerwünschte Verzögerung des Verfahrens herbeigeführt werden. Um das zu verhüten, wird einerseits die Beschwerde gegen solche Vorentscheidungen nur als Beschwerde gegen die Erteilung oder Verlagerung des Zuschlags gemäß § 95 ZwVerfG. zugelassen, andererseits dem Vollstreckungsgericht bei Beschlusssatzung hierüber die volle Entschließungsfreiheit gemäß § 79 ZwVerfG. zurückgegeben (vgl. Reinhard-Müller, Handausgabe, 8. Aufl., § 79 Anm. 1). Daß aber jene Grundstückswertfestsetzung durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts ebenfalls für die Erteilung des Zuschlags von Bedeutung ist, wird sfüglich nicht bezweifelt werden können. Warum aber soll nun gerade bei diesem Beschluß, und zwar ohne daß es irgendwie in dem Gesetz ausgesprochen wäre, aus der Nichtzulassung eines Rechtsmittels gerade der umgekehrte Schluß gezogen werden wie bei den übrigen Beschlusssvorentscheidungen in der Zwangsvollstreckung? Ist auch nach dem Gesagten nicht einzusehen, weshalb die §§ 1 ff. WD. nur dann durchführbar sein sollen, wenn der Grundstückswert im Zeitpunkt der Versteigerung endgültig feststehen soll, es genügt vollkommen, wenn er vorläufig feststeht und die Endgültigkeit dieser Festsetzung ebenso wie diejenige über das geringste Gebot oder die Zulassung eines Gebots von dem Schicksal der Entscheidung über den Zuschlag abhängig bleibt. Der festgesetzte Wert ist im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten bekanntzugeben (§ 4 Abs. 7 S. 1 WD.). Auf den Zeitpunkt der Versteigerung ist die Festsetzung auch abzustellen. Finden mehrere Versteigerungstermine statt, so muß demgemäß in jedem weiteren Termin die Festsetzung von neuem erfolgen, ohne daß das Vollstreckungsgericht dabei an eine in einem früheren Termin bekanntgegebene Festsetzung gebunden wäre. Das Unterlassen der Bekanntgabe bildet einen Grund zur Beschwerde gegen den Zuschlag (Reinhard-Müller, 8. Aufl., § 85 Anm. 10a). Wenn der Zuschlag oder die Verlagerung des Zuschlags nach § 4 Abs. 7 S. 2 nicht mit der Begründung angefochten werden kann, daß der Wert unrichtig festgesetzt sei, so läßt dies nur erkennen, daß die Grundstückswertfestsetzung nicht für eine besonders wichtige

Berfahrensentscheidung im Sinne einer ausnahmsweise scharf nachzuprüfenden Maßnahme gemäß § 100 BGB versteht worden ist.

Manchmal ist eine eigene begründete Stellungnahme zu Streitfragen nicht gegeben, z. B. bei der Frage, ob über die Beschwerde gegen den die Einstellung ablehnenden Beschluß, sobald der Zuschlag erteilt ist, nicht mehr entschieden werden kann, auch wenn sie vorher eingelegt ist (vgl. S. 80 zu V 4 § 3 d). Es befriedigt nicht, wenn ein so führendes Handbuch wie das von Reinhard-Müller sich dabei genügen läßt, einfach der einen, hier der verneinenden, beitritt; man dürfte vielmehr wohl erwarten, daß dieser Beitritt auch durch eigene Erwägungen des Für und Wider gerechtfertigt wird.

Die begründete Stellungnahme zu der Streitfrage, ob das Vollstreckungsgericht nach Versagung der Einstellung an diese Entscheidung gebunden ist (vgl. S. 20 zu 6 b), vermag mich nicht zu überzeugen und ich möchte die Frage nach wie vor bejahen. Namentlich halte ich es für verfehlt, den § 79 BGB als die grundlegende Bestimmung anzusehen. Hätte der Gesetzgeber nach vorangegangener rechtskräftiger Ablehnung eine erneute Nachprüfung der Einstellungfrage wenn auch nur bei der Entscheidung über den Zuschlag auf Grund der nunmehrigen oder der früheren Sachlage zulassen wollen, so hätte er dies ausdrücklich bestimmt. Aus § 79 BGB, bei dessen Absfassung an die Möglichkeit wirtschaftlicher Ermessensentscheidungen des Vollstreckungsgerichts nicht gedacht werden konnte, kann das nicht entnommen werden.

Die Einstellung aus § 5 BGB v. 26. Mai 1933 ist als Ermessensentscheidung völlig anderer Art als die im BGB in Betracht gezogenen Einstellungen. Die BGB hat absichtlich einen summarischen Rechtszug vorgesehen. Aus dem Grunde, für die Entscheidung aus § 5 BGB schnell eine endgültige Entscheidung herbeizuführen, soll auch der Versteigerungsstermin erst nach der Rechtskraft des die einstweilige Einstellung ablehnenden Beschlusses bekanntgegeben werden. Für die Fälle, in denen der neue Einstellungsantrag aus § 5 BGB auf Gründe gestützt wird, die der Schuldner bei seiner früheren Antragstellung nicht hatte vorbringen können, kann bestenfalls eine Ausnahme zugelassen werden. Denn lediglich zum Schutze der Beteiligten ist der § 9a in die BGB eingefügt. Haben die Beteiligten in dem Verfahren Gelegenheit gehabt, ihre Rechte wahrzunehmen und haben sie die einstweilige Einstellung auf Grund des § 5 BGB beantragt, so hat das Vollstreckungsgericht nach genauer und gründlicher Prüfung der Sachlage einen Beschluß zu fassen. Nach rechtskräftiger Versagung der Einstellung durch den Beschluß des Vollstreckungsgerichts besteht keinerlei Veranlassung, das ganze umständliche Zwangsversteigerungsverfahren, in dem z. B. bereits umfangreiche Anmeldungen erfolgt, zahlreiche Zustellungen und Terminbenachrichtigungen herausgegangen sein können, Beteiligte von einer Großstadt die weite Reise zum Versteigerungsstermin in die andere Großstadt vielleicht in Begleitung ihres Anwalts unternommen haben, der Zuschlag auch dem Meistbietenden im Versteigerungsstermin erteilt ist, durch Versagung des Zuschlags auf eine Beschwerde, die damit begründet wird, daß das Meistgebot, zu dem der Zuschlag erteilt worden sei, in keinem Verhältnis zum Werte des Grundstücks siehe, hinfällig zu machen. In § 9a BGB ist als Grund zur Versagung des Zuschlags nicht die Nichterreichung von  $\frac{1}{10}$  des festgesetzten Grundstücks Wertes angegeben.

In einem solchen Falle hat das LG. Düsseldorf in einem Beschluß v. 9. Dez. 1936 — 21 T 1749/36 — u. a. ausgeführt: „Es kann nun nicht als angemessen angesehen werden, daß bei einer Teilungsversteigerung das Grundstück zu einem erheblich unter dem wirklichen Werte liegenden Preise einem der Beteiligten zugeschlagen wird und er so wesentliche Vorteile hat zum Nachteil der übrigen Mitbeteiligten. In solchem Falle muß dem Vollstreckungsrichter die Befugnis zustehen, den Zuschlag zu einem so geringen Gebote zu versagen (Sona-Pohle, „Zwangsvollstreckungsnotrecht“ § 9a Anm. 4). Wenn nur ein so geringes, den wirklichen Wert auch nicht annähernd erreichendes Gebot abgegeben wird, so zeigt das, daß die Versteigerung zum Zwecke

der Aufhebung der Gemeinschaft jedenfalls zur Zeit nicht angemessen ist, daß bei Abwägung der Interessen einmal des betreibenden Miteigentümers, der möglichst bald Geld erhalten will, und der anderen Miteigentümer, die aus ihrem Eigentum den angemessenen Wertanteil erhalten wollen, die einstweilige Einstellung angemessen erscheint. Wenn aber die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung hätte angeordnet werden müssen (§ 9a BGB), so ist die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig. Der Zuschlag hätte daher nach § 83 BGB versagt werden müssen. Die Beschwerde ist daher nach § 100 BGB zulässig.“

Die weitere Beschwerde des betreibenden Miteigentümers ist durch Beschluß des OLG. Düsseldorf v. 5. Febr. 1937, 7 W 11/37, als unzulässig verworfen worden, weil nach § 9a Abs. 3 i. Verb. m. § 6 Abs. 3 BGB v. 26. Mai 1933 eine weitere Beschwerde nicht stattfindet.

Die Beschwerde gegen den Zuschlag kann nach § 100 BGB nur auf Verlezung der Vorschriften der §§ 81, 83—85 BGB gestützt werden und also nicht auf Verlezung des § 1 BGB. Die Verlezung des § 1 BGB macht aber auch das Zwangsversteigerungsverfahren oder seine Fortsetzung nicht unzulässig, sondern löst lediglich ein Antragsrecht eines Berechtigten, dessen Anspruch ganz oder teilweise durch das Meistgebot nicht gedeckt wird, aber bei einem Gebote in der Höhe von  $\frac{1}{10}$  des festgesetzten Grundstücks Wertes voraussichtlich gedeckt sein würde, auf Versagung des Zuschlags aus. Nach Abs. 2 kann ein solcher Antrag aber nur bis zum Schluß der Verhandlung über den Zuschlag gestellt werden. Durch die Bezugnahme auf § 74 BGB ist klargestellt, daß damit der Schluß der Verhandlung im Versteigerungsstermin (Anhörung der Beteiligten über den Zuschlag) gemeint ist. Dass der Antrag nicht mehr gestellt werden kann, wenn der Zuschlag verkündet ist, ist selbstverständlich. Er kann aber auch nicht mehr gestellt werden, wenn die Bestimmung eines besonderen Verkündungsstermins verkündet ist (OLG. Hamm: 28. 1933, 2600; Korintenberg-Wenz, Zuschlag zu §§ 81 bis 85; § 1 Anm. 4 S. 394). Selbstverständlich kann dann der Antrag auch nicht mittels einer Beschwerde gegen den verkündeten Zuschlag gestellt werden.

Die mitgeteilten Gründe des LG. Düsseldorf ergeben ja auch klar, daß sich das LG. durchaus bewußt war, keine Entscheidung mehr aus § 9a BGB treffen zu können, sonst hätte es sich ja auch nicht dabei beruhigen dürfen, einfach den Zuschlagsbeschluß des AG. aufzuheben und seinerseits den Zuschlag zu versagen, sondern hätte gemäß § 5 BGB die Zwangsversteigerung auf die Dauer von längstens 6 Monaten einstweilen einstellen müssen. Es ist somit ganz unerstöndlich, wie das OLG. Düsseldorf dazu gekommen ist, in Anwendung des § 6 Abs. 3 BGB die weitere Beschwerde als unzulässig zu erklären, nachdem das LG. seinen mit der weiteren Beschwerde angefochtenen Beschluß ausdrücklich auf Verlezung des § 83 BGB BGB gestützt hatte. Die weitere Beschwerde ist allerdings nur bei einem selbständigen Beschwerdegrund zulässig, aber auch seitens der Personen, die gegen den Beschluß des Vollstreckungsgerichts keine Beschwerde erhoben hatten (vgl. Fraeb, Handausg., § 101 IV 1 u. 2). Auch diese weitere Beschwerde kann nur auf einen im § 100 BGB bezeichneten Beschwerdegrund gestützt werden. Hat das Beschwerdegericht, wie hier, sachlich entschieden, so ist die weitere Beschwerde nur zulässig, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist (§ 568 Abs. 2 BGB), grundsätzlich also nur, wenn das LG. anders entschieden hat als das Vollstreckungsgericht. Dann aber muß der Beschwerdegrund einer der im § 100 angeführten sein und er muß schon bei der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über den Zuschlag gegeben gewesen sein, so daß die erste Beschwerde begründet gewesen wäre, wenn das Vollstreckungsgericht so entschieden hätte, wie später das LG. entschieden hat (vgl. Korintenberg-Wenz § 100 Anm. 6). Das LG. hat aber bei der geschilderten Sachlage zu Utrecht den § 9a BGB herangezogen, weil ein entsprechender Antrag bis zur Schlussverhandlung vor dem Vollstreckungsgericht überhaupt nicht gestellt war, und deshalb das Vollstreckungsgericht zwar zutreffend weder unmittelbar noch

mittelbar eine Entscheidung aus § 9a, sondern eben lediglich mittelbar eine solche aus § 5 in unzulässiger Weise unter ausschließlicher Begründung aus § 83 Ziff. 6 gegeben hat, obwohl eine Unzulässigkeit i. S. des § 83 Ziff. 6 gar nicht vorliegt.

Wegen eines den Beteiligten unannehmbare erscheinenden Meistgebotes muß es im übrigen bei der allgemeinen Bestimmung des § 85 ZwVerfG. verbleiben, die auch für die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft gilt, und die vom Gesetzgeber als ausreichende Sicherung für alle Gemeinschaftsteilnehmer erachtet worden und es auch tatsächlich ist. Dabei ist zu beachten, daß auch der Antrag aus § 85 nur bis zum Schluß der Versteigerung gestellt werden kann.

Nach alledem würde es dem Zweckgedanken des Gesetzgebers zuwiderlaufen, wenn auch nach rechtsträchtiger Ablehnung der Einstellung aus § 5 BGB. die Richtigkeit dieser Entscheidung bei der Entscheidung über den Zuschlag nachzuprüfen wäre (vgl. Volkmar: J.W. 1935, 2214; Schulze-Seifert, „Vollstreckungsschutz“, 1934, zu § 6 Bem. 26 und 92; vgl. auch Fraeb: J.W. 1937, 484 f.).

Die Zeiten andauernder wirtschaftlicher Schwierigkeiten haben zu einer besonders lebhaften Rechtsprechung und zu vielen beachtlichen Stellungnahmen im Schrifttum geführt und auch den Gesetzgeber wiederholt mit einschneidenden Notverordnungen auf den Plan gerufen. Die Ergebnisse dieser eifrigeren rechtspflegerischen Tätigkeit in Kommentar und Handausgabe einzugliedern, war die Aufgabe der beiden Nachträge. Die Verarbeitung ist mit der bekannten Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit vorgenommen. Sie trägt zweifellos dazu bei, den beiden Hilfsbüchern ihren erstrangigen Platz zu sichern, zumal wenn dafür Sorge getragen wird, auch in Zukunft so schnell und umfassend einer Überalterung vorzubeugen.

Das Erscheinen dieser Nachträge ermöglicht einen guten Überblick über den zurückgelegten Weg auf diesem Gebiet der Rechtswahrung. Man wird sich sagen müssen, daß das zugrunde liegende Gesetz gut war, und daß mit ganz besonderer Vorsicht gerade an seine Neuformung gegangen werden muß.

LG. Dr. Fraeb, Hanau.

SenPräf. Dr. Deerberg: Konkurs- und Vergleichsordnung. Aufgaben mit Entscheidungen. Berlin 1937. Carl Heymanns Verlag. 74 S. Preis brosch. 2,80 RM.

Die J.W. kann nunmehr im Jahre 1937 zum dritten Male eine Besprechung eines Werks des Verf. veröffentlichten. In J.W. 1937, 87 wird ein sachenrechtliches Buch des Verf. besprochen, in J.W. 1937, 919 ein verwaltungsrechtliches; diesen beiden schließt sich nunmehr die Besprechung eines konkursrechtlichen an. Das vorliegende Buch ist eine Sammlung von 48 Fällen aus dem Konkursrecht, dem Recht der Vergleichsordnung und dem Recht der Anfechtung außerhalb des Konkurses.

Bei der Besprechung der vorletzten Veröffentlichung des Verf. war zu bemängeln, daß sowohl in der Zusammenstellung der Fälle selbst als auch in ihrer Behandlung keine rechte Ordnung spürbar sei. Dies trifft mindestens für die vom Verf. in dem hier zur Erörterung stehenden Buch gegebenen Lösungen der von ihm ausgesuchten Aufgaben wiederum zu. Auch hier ist wieder zu beanstanden, daß schon aus diesem Grunde der vom Verf. erstreute Zweck, den Referendaren eine konkursrechtliche Vorbereitung auf die große Staatsprüfung zu ermöglichen, nicht ausreichend erzielt wird.

Wegen der Beschränkung des zur Verfügung stehenden Raumes will der Besprecher an dieser Stelle nur einige der Mängel des Buches hervorheben:

Die Darstellung des Verf. vermeidet nicht überall vermeidbare Fremdwörter und ist auch mehrfach nicht mit dem Sprachgebrauch der neueren Wissenschaft in Einklang zu bringen.

So spricht der Verf. noch in Lösung 5 (S. 21) und in Lösung 10 (S. 29) von einer „Dispositionsbefugnis“, obwohl weder die R.O. noch andere neuere Gesetze diesen überalterten

und ungenauen Ausdruck mehr verwenden; in Lösung 12 befindet sich auf S. 31 u. 32 mehrfach noch der Ausdruck „Konzeßion“, obwohl das in Frage kommende GaststättenG. vom 30. April 1930 überall statt dessen gut und richtig von einer „Erlaubnis“ spricht; in Lösung 37 (S. 60) wird von einem „Zessionar“ gesprochen, obwohl dieser Ausdruck schon weder dem BGB. noch der R.O. mehr bekannt ist. In Lösung 9 (S. 27) wird von einem „Anspruch gegen die Masse“, auf S. 28 von einer Zahlung „an die Masse“ und von einer „Haftung der Masse“ gesprochen; alle diese Ausdrücke sind ungenau und in einem Buch, das für Lehrzwecke bestimmt ist, durchaus zu vermeiden.

Der Aufbau der Fälle entspricht weder den jeweils gegebenen tatsächlichen Umständen, noch dem Aufbau der anzuwendenden Gesetzesstatbestände. Die Erörterungen bewegen sich viel zu sehr in den Wegen einer grundrissmäßigen Darstellung von Fragen, die im Zusammenhang mit der Lösung der Fälle unmittelbar oder vielfach nur mittelbar oder gar nicht erheblich werden. Es sollte den Prüflingen statt dessen gezeigt werden, wie man unter Zugrundelegung eines ausnahmslos den Denkgesetzen folgenden Aufbaues auf kürzestem Wege zu der richtigen Lösung gelangt. Diesen Anforderungen entspricht keine einzige der von dem Verf. gegebenen „Lösungen“.

Leider entspricht aber auch der Inhalt dieser Lösungen durchaus nicht überall dem von dem Verf. verfolgten Zweck. Auch hier kann der Besprecher wegen des Raumangels nur einige von den zahlreichen Mängeln hervorheben.

Lösung 2 Abs. 2: hier war ein Hinweis auf die im Schrifttum entwickelte geistreiche Schlussfolgerung aus den §§ 857, 1373 u. 2025 BGB. geboten. Die Konkursöffnung bedeutet zwar keine übertragende Gesamtrechtsnachfolge wie der Erbfall, aber eine rechtsbegründende Gesamtrechtsnachfolge wie die Eintritt der Verwaltung und Nutznießung des Chemannes. Der Konkursverwalter hat daher schon mit Gründung des Verfahrens eine inhaltlich beschränkte, dem Erbenbesitz des § 857 BGB. vergleichbare Besitzstellung inne.

Lösung 2 Abs. 14: hier wäre unter allen Umständen ein Hinweis auf die äußerst ausschlußreiche Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zu diesem Punkt erforderlich gewesen.

Lösung 2 S. 18 unten und S. 19: die vom Verf. abgelehnte Auffassung ist nicht nur eine „verbreitete“ Meinung, sondern die Ansicht zahlreicher deutscher Oberlandesgerichte. Es bedurfte hier des Hinweises auf diese Rechtsprechung. Die Auseinandersetzung mit der vom Verf. abgelehnten Ansicht auf S. 19 ist unzulänglich.

In Lösung 4 trägt der Verf. die Auffassung vor, daß der Konkurs keine Zwangsvollstreckung i. S. des § 766 BGB. sei. Der erste Senat des RG. hat in J.F.G. 11, 115 ff. durchaus überzeugend dargetan, daß der Konkurs und die Nachlaßverwaltung Zwangsvollstreckung i. S. des § 39 des ErbhofG. sei. Ein Hinweis auf diese Rechtsprechung und die Prüfung der Frage, ob sich hieraus Folgerungen für den vom Verf. behandelten Fall ergeben, waren unbedingt geboten. — Im übrigen fehlt an dieser Stelle auch eine Auseinandersetzung mit J.W. 1930, 280<sup>12</sup> einschließlich der Besprechung.

Lösung 5 Abs. 2 am Ende: hier fehlt jeder Beweis.

Lösung 8: die Ausführungen auf S. 26 unten und S. 27 oben sind m. E. unhaltbar. Der Erkennbarkeitsgrundsatz wird für das Sachenrecht nicht allein vom RG. vertreten, sondern ist auch im Schrifttum allgemein anerkannt.

Lösung 9 Abs. 3: diese Ausführungen entbehren einer ausreichenden Begründung.

Lösung 11 Abs. 3: hierzu vergleiche das zur Lösung 2 Abs. 2 Gelegte.

Lösung 12 S. 32 Abs. 2 u. 3: die Ausführungen über das rechtliche Wesen der Schankerlaubnis reichen keineswegs aus.

Lösung 13: die erst zur Lösung 14 erwähnte Entscheidung R.G. 98, 138 mußte schon bei dieser Lösung erwähnt werden. Im Zusammenhang dieser beiden Fälle bedurfte es aber unter allen Umständen eines Hinweises auf die außerordentlich bedeutsame Entsch. R.G. 148, 326 = J.W. 1935,

3614<sup>3</sup>. Auf S. 35 Abs. 5 mußte die Frage, unter welchen Umständen die Einholung eines Rechtsrates gesondert werden kann, genauer erörtert werden.

Lösung 18 (S. 38 oben): diese Ausführungen überzeugen nicht. RGZ. 58, 167 steht nicht vereinzelt da, sondern ist in J. B. 1929, 2627<sup>17</sup> bestätigt. Der Konkursverwalter hat im übrigen auch nicht nur die Interessen derjenigen Gläubiger wahrzunehmen, die ihre Forderung zur Konkursabelle anmelden, sondern die Interessen aller Konkursgläubiger.

Lösung 20 (S. 40): § 892 BGB. kommt nicht in Frage, da nach dem von dem Verf. gegebenen Fall die Voraussetzungen des § 878 BGB. zutreffen.

Lösung 21: die Hauptfache, nämlich daß § 42 Rd. den § 878 BGB. überhaupt nicht anführt, wird nicht hervorgehoben. RGZ. 81, 424 ff. = J. B. 1913, 555 bedurfte einer eingehenderen Berücksichtigung.

Lösung 24: es fehlt jeder Hinweis auf die Rechtsprechung (vgl. RGZ. 57, 81 u. a. Entschr.).

Zu der Lösung 26 ist insgesamt zu bemerken: Hier wäre unbedingt eine Erörterung der außerordentlich bedeutsamen Fragen aus RGZ. 51, 403 ff. und RGZ. 61, 217 ff. erforderlich gewesen.

Lösung 35: eine eingehendere Begründung auf der Grundlage von RGZ. 140, 10 ff. war notwendig.

Zu der Auswahl der Aufgaben ist noch insgesamt zu bemerken, daß sie dem Prüfling weder eine einigermaßen ausreichende Kenntnis der neueren in der Praxis erörterten Fragen des fachlich-rechtlichen Konkursrechts verschaffen, noch überhaupt (von verschwindenden Ausnahmen abgesehen) das außerordentlich wichtige Gebiet des Konkursverfahrens behandeln. — Die Fälle aus dem Vergleichsrecht und zu dem Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses entsprechen m. E. nach ihrem Inhalt keineswegs den Anforderungen, die billigerweise an die Prüflinge in der großen Staatsprüfung gestellt werden können und nach meinen Erfahrungen auch gestellt werden.

RA. Dr. M a z k e, Berlin.

Franz Menzel, SenPräf. beim RG. a. D.: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 5. vollst. umgearb. u. vermehrte Aufl. Berlin 1937. Weidmannsche Verlagsbuchhdlg. XV, 747 S. Preis geb. 27 RM.

Die vor kurzer Zeit erschienene 5. Auflage des bekannten Kommentars zur Konkursordnung stellt eine fast völlige Neubearbeitung der letzten Auflage dar. Sämtliche seit 1932 veröffentlichten Gesetze, welche das Konkursrecht beeinflußten, wie z. B. die Vollstreckungsschutzgesetze, das ErbhofG., das Altengesetz, das PatG., das ArbDG. usw., sind in den Ausführungen berücksichtigt und die seit der letzten Auflage bekanntgegebenen Entscheidungen ausgewertet worden. In einer Reihe von Fällen ist der Verf. zu einer anderen Ansicht als in den bisherigen Auflagen gelangt. Sorgfältig und eingehend werden die Abweichungen begründet, wie sich überhaupt der Verf. stets zu einer bestimmten eindeutigen Auffassung bei strittigen Fragen durchringt, ohne durch langatmige Ausführungen den Leser zu ermüden. Das Wesentliche wird von ihm in knapper eindringlicher Form herausgestellt. Der große Vorteil des Kommentars besteht darin, daß er auf sämtliche Fragen, die im Konkursrecht auftauchen, eine klare und erlöpfende Auskunft gibt, wobei auf die anderweitigen Ansichten bei umstrittenen Gebieten unter Angabe der Fundstelle hingewiesen wird.

Es ist sehr begrüßenswert, daß der Verf. es unterläßt, da der Kommentar für die Praxis bestimmt ist, zu Fragen Stellung zu nehmen, welchen in erster Linie theoretische Bedeutung beizumessen ist. In solchen Fällen arbeitet der Verf. die in der Rechtsprechung vertretene Ansicht heraus, wie z. B. zu den Fragen nach der rechtslichen Stellung des Konkursverwalters und nach dem Rechtscharakter des Zwangsvergleiches. Hierfür werden ihm die Praktiker dankbar sein, da sie sich bei ihren Entscheidungen nach der bestehenden Rechtsprechung richten müssen. Der Verf. versteht es meisterlich, den Leser mit in die Probleme hineinzuführen und ihm ein bestimmtes Ziel zu weisen, ohne ihn mit allzu langen wissenschaftlichen Ausführungen zu belasten. Schnell kann der Leser sich ein Urteil über den derzeitigen Stand der ihm interessierenden Fragen bilden und seine Entscheidungen fällen, wie es im täglichen Leben von ihm verlangt wird.

Sehr ausführlich sind behandelt das Anfechtungsrecht und die Auswirkungen der Trennhandverträge und des Eigentumsvorbehaltes in Konkursen. Diese Ausführungen geben ein lebendiges Bild von dem augenblicklichen Stand dieser Fragen in der Rechtsprechung und dem Schrifttum.

Beizupflchten ist der Ansicht des Verf. im folgenden:

Das Miterbenverkaufsrecht kann nicht von dem Konkursverwalter geltend gemacht werden (S. 14).

Das Beamtengehalt, das während des Verfahrens für Zeiträume gezahlt wird, die nach der Eröffnung des Verfahrens liegen, fällt nicht in die Konkursmasse (S. 26).

Dem Konkursverwalter kann nicht die Einrede aus § 817 Abs. 2 BGB. entgegengehalten werden, wenn er für die Masse einen Bereicherungsanspruch geltend macht aus einem Geschäft, das sowohl auf Seiten des Gemeinschuldners als auch des Dritten sittenwidrig ist (S. 69).

Es ist eine sittenwidrige Ausnutzung der monopolsartigen Stellung der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, wenn sie durch Weigerung, neue Verträge abzuschließen, den Konkursverwalter zwingen wollen, den mit dem Gemeinschuldner laufenden Vertrag zu erfüllen, um auf diese Weise zu erreichen, daß die rückständigen Zahlungen als Massenansprüche anerkannt werden (S. 127).

Der im § 31 Nr. 2 Rd. ausgesprochene Grundsatz, daß entgegliche Verträge des Gemeinschuldners mit nahen Verwandten beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen anfechtbar sind, muß auch in den Fällen, in denen der Gemeinschuldner eine juristische Person ist, in entsprechender Weise Anwendung finden (S. 229).

Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht genügt wird, sind nach § 32 Rd. nicht anfechtbar (S. 234).

Der Prüfungstermin für nachgemeldete Forderungen ist vom Schlüstermin zu trennen (S. 566).

Werden die gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person wegen betrügerischen Bankrotts verurteilt, oder ist eine gerichtliche Untersuchung wegen einer derartigen strafbaren Handlung abhängig, so ist ein Zwangsvergleich im Konkurse der Gesellschaft nicht zulässig (S. 589).

Ich würde vorschlagen, auf S. 437 die Richtlinien für die Vergütung des Konkursverwalters zu veröffentlichen, da die erwähnten Fundstellen nicht jedem Konkursverwalter zugängig sein werden.

Durch ein ausführliches Sachregister und durch die Einteilung der Anmerkungen in mit Zahlen versehene Abschnitte wird das Auffinden bestimmter Fragen sehr erleichtert.

Die Aufschaffung der neuen Auflage kann mit Rücksicht auf die seit der letzten Auflage eingetretenen Änderungen in der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung, welche sich auch im Konkursrecht auswirken, nur empfohlen werden.

RA. u. Notar Dr. Thiesing, Berlin.

F. Kersten, Notar: Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1937. Carl Heymanns Verlag. XIX, 720 S. Preis geb. 26,— RM.

Das Formularbuch enthält nahezu 600 Muster und Urkundenentwürfe aus allen Gebieten des Rechts- und Wirtschaftslebens. Insbesondere sind auch die neueren Gesetze, wie Entschuldungs- und Erbhofgesetz, das neue Altengesetz, die Musterbücher über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form und über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, das Wohnsiedlungsgesetz, die Grundstücksverkehrsbekanntmachung und ähnliche Gesetze berücksichtigt. Jeden Muster sind kurze Bemerkungen über die in Betracht kommenden fachlich-rechtlichen und Formvorschriften beigegeben. Außerdem ist jedem Muster eine Anleitung zur Kostenberechnung von Notarrevier und Landgerichtsrat a. D. Heinr. Künnel beigelegt, die sich auf die Bestimmung des Geschäftswerts und den Gebührensatz und die Urkundensteuer erstreckt. Teilsweise sind auch Schrifttum und Rechtsprechung in die Bemerkungen mit aufgenommen.

In der Sprache sind die Muster klar und einfach gehalten. Ihren Inhalt nach sind sie, soweit eine Beurteilung ohne eingehenderes Studium möglich ist, durchweg zutreffend. Eine allgemeine Einleitung über das neue Rechtsdenken, die Stellung und Aufgaben des Notars, die für ihn und die notarischen Urkunden gegebenen Vorschriften (unter Berücksichtigung der Reichsnotarordnung) sowie ein Anhang über die wesentlichen, für den Notar in Betracht kommenden Bestimmungen aus Steuergesetzen usw. vervollständigen das Buch und machen es

zu einem wertvollen und empfehlenswerten Hilfsmittel bei allen Beurkundungen.

Wie aber schon der Verf. im Vorwort sagt, soll das Formularbuch nicht der selbständigen Prüfung und des Nachdenkens entheben, sondern nur Anhaltspunkt für eigenes schöpferisches Wirken im Dienst der vorsorgenden Rechtspflege sein. Diese beschränkte Verwendungsmöglichkeit soll noch besonders unterstrichen werden; sie gilt für jedes Formularbuch. Wird sie nicht eingehalten, so ist das Formularbuch in der Hand des Rechtsanwalts oder Notars ebenso schädlich, wie es in der Hand des Laien gefährlich ist. Sieht man von diesen Bedenken, die gegen jedes Formularbuch zu erheben sind, ab, so verbietet das Werk volle Anerkennung, besonders mit Rücksicht darauf, daß durch die zahlreichen Angaben über gesetzliche Bestimmungen und die Angaben über Schrifttum und Rechtsprechung der Benutzer des Buches zur Nachprüfung veranlaßt wird und dadurch eine wertvolle Anregung in der eigenen Gestaltung der für seinen Fall passenden Urkunde erhält.

Notar Dr. Seybold, Sulzbach-Rosenberg.

Reichserbhoftgesetz v. 29. Sept. 1933. Textausgabe mit Anmerkungen, mit einer Einleitung, einem Anhang mit dem Wortlaut der Erbhofrechtsverordnung und der Erbhofverfahrensordnung und weiteren einschlägigen Gesetzesbestimmungen und Verordnungen und einem Gesetzesstellen- und Sachverzeichnis. Herausg. von Dr. Leonhard Meudel, Minrl. und SenPräf. beim OVG. München. In 2. Auflage neu bearbeitet von Raum und Auhle, OVG. in München. München, Berlin und Leipzig 1937. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). 400 S. Preis geb. 5,80 RM.

Die Gesetzesänderungen auf dem Gebiet des Erbhofrechtes veranlaßten die Herausgabe der 2. Aufl. des in Schweizer's blauer Textausgabe erschienenen Reichserbhoftgesetzes. Das Buchlein enthält nämlich neben dem REG vor allem noch die EHNB und die EHvD v. 21. Dez. 1936, sowie eine Reihe weiterer einschlägiger Gesetzesbestimmungen, Verordnungen und AB. des RfM. Es bringt damit eine Zusammenstellung aller wichtigen Bestimmungen aus dem Gebiete des Erbhofrechtes. Zu empfehlen wäre wohl noch gewesen, der Abdruck der einschlägigen Vorschriften des FG.

Die handliche Form und die übersichtliche Druckanordnung sind bereits allgemeine Vorteile der beliebten blauen Textausgaben. Die Verweisungen des Bearbeiters bei den einzelnen Bestimmungen der EHNB und der EHvD auf die entsprechenden Vorschriften der früheren Durchführungsverordnungen zum REG erhöhen den Wert des Bändchens.

Ein besonderer Vorteil des vorliegenden Buches sind die klaren, knappen Anmerkungen zum REG. Sie bringen in Kürze die letzten Ergebnisse von Rechtsprechung und Rechtslehre. Aber bei aller Kürze geben sie hinreichenden Aufschluß über alle wichtigen Fragen, die beim Lesen des Gesetzes oder im täglichen Leben auftauchen. Damit ist das Buch ein geeigneter und willkommener Führer durch das Erbhofrecht für den Bauernführer, den Beamten der Verwaltung, Anwalt, Richter und Notar, aber auch für den Rechtsstudierenden. Allerdings das große Erläuterungsbuch ist damit nicht überflüssig; es entbehrtlich zu machen, war weder die Absicht des Verlages, noch des Bearbeiters.

Dr. Hanns Kirchmann, Sulzbach-Rosenberg.

RA. Dr. Franz Henning: Praktischer Führer durch das Nährstandsrecht. Köln 1937. Verlag Dr. Otto Schmidt. X, 520 S. Preis kart. 12,50 RM, geb. 13,80 RM.

Der Verf. hat sich zur Aufgabe gestellt, einen in erster Linie für den Praktiker geeigneten Leitfaden durch das gesamte deutsche Nährstandsrecht zu schaffen, ausgehend von dem Gedanken, daß die Bedeutung der Ernährungswirtschaft eine zusammenfassende Behandlung aller mit ihr zusammenhängenden rechtlichen Fragen erheischt. Da das Nährstandsrecht seine Quelle in den verschiedensten Gesetzen und Verordnungen hat, die sich teils im Ganzen, teils nur in verstreuten Einzelbestimmungen auf das Nährstandswesen beziehen, ist die Schaffung einer systematischen Darstellung, die übersichtliche Zusammenfassung der einschlägigen, herrschenden Bestimmungen unter Berücksichtigung der großen Zusammenhänge um so mehr zu begrüßen.

Der Verf. gliedert sein Werk in 6 Teile.

Der 1. Teil behandelt im wesentlichen die Organisation

und den Aufgabenbereich des Reichsnährstands, u. a. auch eingehend die Mitgliedschaft und Fragen des inneren Aufbaus.

Der 2. Teil ist überzeichnet „Erhaltung der bäuerlichen Lebensgrundlage“. An erster Stelle steht hier das Erbhofrecht als Hauptpfeiler der Erhaltung und Förderung des Bauernums. Der Verf. berücksichtigt in anerkennenswertem Maß die bisherige Rechtsprechung auf diesem Gebiet. Ausführlich besprochen sind die sachlichen und persönlichen Erfordernisse des Erbhofs, so u. a. die Frage des gemischten Betriebs, der Umfang der zum Erbhof gehörenden Gegenstände, die Begriffe der Erbbarkeit und der Wirtschaftsfähigkeit. Weiterhin sind zu erwähnen die übersichtlichen und durch zahlreiche Beispiele erläuterten Ausführungen über den Ehegattenerbhof, sodann die Erbsfolge im Unerbenrecht und die vielgestaltigen Fragen, die sich auf diesem Gebiet ergaben, z. B. hinsichtlich der Feststellung des örtlichen Brauchs bei der Erbsfolge, der Verjüngung der weichenden Erben, der Gründe zur Übergehung eines Unerben, der Unerbenhaftung usw. Dem praktisch gleichfalls so bedeutsamen Abschnitt über die Veräußerung und Belastung des Erbhofs folgt ein besonderes Kapitel über den Übergabevertrag. Bei den zahlreichen, schwierigen Problemen, die in der Praxis der Übergabeverträge entstanden, hätte dieser Abschnitt, insbesondere durch Einfügung von Beispielen, eine noch etwas erweiterte Behandlung im einzelnen verdient, so etwa die Frage der Belastung des Hofs zu Absindungszwecken. Die Erörterung des Verfahrens in Erbhoffällen beinhaltet diesen Abschnitt. Es folgt ein Abschnitt über den Vollstreckungsschutz, umfassend den allgemeinen landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz, den Vollstreckungsschutz während eines Entschuldungsvorfahrens und den erbhofrechtlichen Vollstreckungsschutz. Der Umfang des Gebiets erforderte Herausstellung des Wesentlichen: gleichwohl sind einzelne Teile, z. B. die einstweilige Einstellung des Verfahrens, ausführlicher gehalten. Das nächste Kapitel behandelt den landwirtschaftlichen Kredit, insbesondere die den Erb- und Betriebskredit fördernden Maßnahmen, sodann die Bestimmungen über die Zinsenkung und den Kündigungsschutz. Knapp und übersichtlich ist die Darstellung des Entschuldungsvorfahrens, was bei der Vielzahl der einschlägigen Verordnungen besonders hoch zu werten ist. Das Pachtsschutzrecht beinhaltet den 2. Teil.

Der 3. Teil befaßt sich mit der Sicherung des Bodenertrags und der Volksnährung, und zwar im wesentlichen mit der Marktordnung und der Schiedsgerichtsbarkeit des Nährstands: Marktschiedsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsverfahren für Lieferstreitigkeiten. Die Rechtsprechung, insbesondere der Schiedsgerichte, ist in ausgedehntem Maß herangezogen.

Der 4. Teil ist dem Siedlungswesen als Grundlage der Neubildung des deutschen Bauerntums, der 5. Teil dem landwirtschaftlichen Arbeitsrecht, endlich der 6. Teil dem Steuerrecht — u. a. auch dem neuen UrftStG. — soweit es auf die Landwirtschaft Bezug hat, gewidmet.

Das weite Feld, das sich der Verf. gesteckt hat, ließ die Behandlung eines Abschnitts mit der gleichen Ausführlichkeit nicht zu. Eine erschöpfende Darstellung des ganzen Nährstandsrechts lag auch nicht in der Absicht des Verf. Dem Zweck des Buchs entspricht vielmehr die gründliche Behandlung der für die Praxis besonders wichtigen Gebiete und die mehr übersichtsweise Darstellung anderer Teile. In diesem Sinne hat der Verf. bei dem nicht übermäßigen Umfang seines Werks Ausgezeichnetes geleistet. Die Darstellung ist übersichtlich und klar; um den Text nicht unnötig zu belästigen und im Interesse der Übersichtlichkeit wurden die Bezeichnungen der herangezogenen Entscheidungen in die Fußnote gerückt; die Bestrittenheit einer Ansicht wird jeweils betont. Die Sprache ist nach Möglichkeit durchweg verständlich; eine gelegentliche fachjuristische Ausdrucksweise ist unvermeidlich. Ein reichhaltiges Sachregister erleichtert die Benützung. Zu erwägen wäre die Weißfaltung eines Registers der behandelten Gesetze und Verordnungen mit Angabe der sie betreffenden Abschnitte des Buchs.

Das Buch wird jedem mit dem Nährstandsrecht Beschäftigten bestie Dienste leisten.

Notar H. Schied, München.

Joseph Weigand, ObRegR, Würzburg: Entstehen und Bildung der Jagdbezirke unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens. Berlin 1937. Verlag Paul Parey. 124 S. Preis brosch. 3,80 RM.

Das vorliegende Buch bringt eine systematische Darstellung des ganzen einschlägigen Rechtsstoffes unter Berücksichtigung der Gesetzgebung, Rechtsprechung und der Anordnungen der Jagdbehörden. Der erste Abschnitt behandelt das Entstehen

der Eigenjagdbezirke und der gemeinschaftlichen Jagdbezirke sowie die hierüber sich ergebenden Streitigkeiten. Der zweite Teil befasst sich mit der Teilung, Zusammenlegung und Abtrennung von Jagdbezirken, ferner mit dem Verfahren und den rechtlichen Auswirkungen der von den Jagdbehörden getroffenen Maßnahmen. Der Anhang enthält eine Zusammenstellung der für Bayern in Betracht kommenden Vorschriften sowie Musterbeispiele für das Verfahren des Kreisjägermeisters. — Wenn auch das Buch in erster Linie für die Praxis der Jagdbehörden bestimmt ist, so kommt ihm darüber hinaus auch allgemeine Bedeutung zu. Gerade wegen seiner eingehenden Behandlung aller Fragen wird es nicht nur allen Jagdverwaltungen und Jägern, sondern auch den Gerichten und Rechtswahrern ein guter Ratgeber sein.

LGDr. Dr. Mischke, Berlin.

RA. Dr. Wilhelm Weimar, Köln: Reichsnebenge-  
sche. Die Rechtswahrerprüfung. Bd. 4. Köln 1937. Verlag:  
Balduin Pick. 108 S. Preis brosch. 3,30 RM.

Ein von den jungen Rechtswählern häufig vernachlässigtes Prüfungsgebiet ist in dem vorliegenden Heft zusammengefaßt, das Gebiet der rechtsrechtlichen Nebengesetze. Die außerhalb der Kodifikation des BGB, des HGB usw. getroffenen rechtsrechtlichen Bestimmungen werden zu Unrecht häufig als minder wichtig angesehen. Diese Auffassung ist, wie z. B. das KraftfG, das GmbHG. und das OGesG. zeigen, weder für die Praxis gerechtfertigt noch für die erste und zweite juristische Staatsprüfung, da wohl keine Prüfung stattfindet, in der nicht Fragen aus den Reichsnebengesetzen gestellt werden.

Nothwendigerweise kann eine Gesamtdarstellung dieses Rechtsgebiets nur in einem äußerlichen Aneinanderreihen der einzelnen Gesetze bestehen, da die einzelnen Nebengesetze die verschiedenen Rechtsgebiete des privaten und öffentlichen deutschen Rechts betreffen. Der Verf. hat durch Aufteilung des Buches in einzelne Abschnitte nach Möglichkeit zusammengehörige Gesetze zusammengefaßt und durch die Überschrift angekündigt, welche Rechtsmaterie durch die betr. Gesetze geregelt wird: so sind z. B. das BlutschutzG., das EhegesundhG. und das PersG. als Nebengesetze zum Recht der Familie zusammengefaßt. Diese Tatsache, daß es sich nur um Ergänzungen zu anderen größeren Rechtsgebieten handelt, läßt das Buch für den Anfänger in der Rechtswissenschaft ungeeignet erscheinen. Er kann diese Gebiete nur im Zusammenhang mit den zugehörigen Hauptgebieten verstehen lernen. Dagegen wird der kurz vor dem Examen stehende Rechtswährer, der die Grundbegriffe des deutschen Rechts beherrscht, mit großem Nutzen zu dem vorliegenden Grundriß greifen.

Auch die Art der Darstellung ist völlig darauf zugeschnitten, einem bereits vorgebildeten Juristen Gelerntes in Erinnerung zu rufen. Die Gesetze sind inhaltlich kurz wiedergegeben, wichtige Paragraphen sind wörtlich angeführt. In die Darstellung der einzelnen Gesetze ist zum Teil die neueste Rechtsprechung — an Hand kurzer Tatbestände — eingearbeitet. Bisweilen ist die Darstellung des Verf. beinahe zu kurz, so, wenn er auf S. 78 aus der Reichstierärzteordnung lediglich einen Paragraphen zitiert.

Im Anhang behandelt der Verf. auf fünf Seiten stichwortartig in Gestalt von Wiederholungsfragen die verschiedenen Nebengesetze. Auch hier könnte das eine oder das andere Gebiet etwas umfangreicher behandelt sein, so z. B. das Presserecht, aus dem der Verf. gleichfalls nur einen Paragraphen zitiert.

Zusammenfassend ist zu sagen: dem Examenskandidaten kann das vorliegende Buch gute Dienste tun, für den jungen Studierenden ist das Buch nicht bestimmt und nicht geeignet.

RA. Dr. Riß, Berlin.

Max Bree, Amtmann, Berlin: Die Reichshinterlegungsgordnung. (Stilkles Rechtsbibliothek Nr. 164.) Berlin 1937. Verlag Georg Stille. 163 S. Preis geb. 4,80 RM.

Der Verf. bringt in dem handlichen Bändchen zunächst die wichtigsten Fälle der Hinterlegung nach Reichsrecht, anschließend die erläuterte Hinterlegungsordnung auf 70 Seiten, dann auf 35 Seiten die einschlägigen Bestimmungen der Kostenordnung mit ausführlichen Anmerkungen, auf den letzten 30 Seiten insbes. die Ausführungsordnungen zur Hinterlegungsordnung und einen Auszug aus der Justizfassenordnung.

Schon die Einteilung und der Aufbau des Buches lassen erkennen, daß es in erster Linie auf den Beamten der Hinterlegungsstelle zugeschnitten ist, für den es die einschlägigen Vorschriften zusammenträgt. Kein zwingender Grund hätte bestanden, die Aus-

führungsordnungen einmal zusammenhängend im Wortlaut, zum anderen aber auch noch größtenteils bei den einschlägigen Bestimmungen der Hinterlegungsordnung zu bringen; eine kurze Verweisung hätte denjenigen Zweck ausreichend erfüllt. Bei den Ausführungen zu § 18 Hinterlegungsordnung auf S. 62 über die Haftung hätte vor allem die BGB. über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten v. 3. Mai 1935 (RGBl. I, 587) Erwähnung finden müssen. Allerdings bringt diese das Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten zur Anwendung.

Diese kleinen Mängel vermögen aber nicht dem Buch im übrigen einen Abbruch zu tun. Die kurzen und klaren Erläuterungen geben dem Hinterlegungsbeamten eine brauchbare und sicher auch willkommene Anleitung bei der Handhabung des neuen Gesetzes. Daneben wird es sich auch unter anderen Interessierten eine Reihe von Freunden erwerben.

Dr. Hanns Kirchmann, Sulzbach-Rosenberg.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Herausgegeben von RGN. a. D. Dr. Warneyer und RA. Dr. Kopp. 35. Jahrgang. Berlin 1937. Industrieverlag Spaeth u. Linde. 368 S. Preis geb. 9,60 RM.

Seit 35 Jahren erscheint mit gleichmäßiger Zuverlässigkeit und Sorgfalt der Bearbeitung Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. In den 35 Jahren hat es sich zahlreiche Freunde erworben, und seine Gediegenheit verspricht, daß sich dieser Kreis in Zukunft nicht verringern wird. Was Warneyers Jahrbuch auszeichnet, ist die Handlichkeit des Bandes und die Übersichtlichkeit des Inhalts sowie das umfangreiche Sachregister. — Solche Jahrbücher über den Stand der Rechtsprechung sind eine wertvolle Ergänzung zu den Zeitschriften. Man kann nicht alle juristischen Zeitschriften halten, sondern muß sich für diejenigen entscheiden, die einen am besten und zuverlässigsten über alle wichtigen Fragen des Rechtslebens unterrichtet; daneben wird man noch die eine oder andere Spezialzeitschrift halten. Damit ist einem aber noch nicht die ganze Fülle der Entscheidungen zugänglich. Hier tritt das Jahrbuch ergänzend heran, es zeigt einem für die rückliegende Zeit (Herbst 1935 bis Herbst 1936), welche Entscheidungen ergangen sind und wo man sie nachlesen kann. — Warneyers Jahrbuch enthält die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozeßrechts sowie zu den neuen Gesetzen über den Aufbau der Wirtschaft, Neugestaltung des Rechts usw.

Leppin.

Das Kostenrecht. Heft 1—5. Arbeitsunterlagen Nr. 423 I—V. Herausgeber: Die Deutsche Arbeitsfront. Amt für Berufserziehung und Betriebsführung. Verfasser: Bürovorsteher Alfred Schumann. Verlag der Deutschen Arbeitsfront GmbH. Berlin. Bearbeiter: Reichsbetriebsgemeinschaft Freie Berufe, Fachgruppe Anwalts- und Notariatskanzleien und Amt für Berufserziehung und Betriebsführung der DAf. Verteiler: Lehrmittelzentrale des Amtes für Berufserziehung und Betriebsführung der DAf., Berlin W 35, Potsdamer Str. 75.

Die vorgenannten Schulungshefte sind, wie die Einführung besagt, hauptsächlich als eine Art „Fernunterricht“ für diejenigen Berufskameraden der Reichsfachgruppe „Anwalts- und Notariatskanzleien“ gedacht, die keine Gelegenheit haben, durch Teilnahme an Kursen oder Arbeitsgemeinschaften sich auf dem Sondergebiet des Kostenrechts aus- und weiterzubilden. Einen Kommentar sollen die Hefte nach ihrer ausdrücklichen Zweckbestimmung nicht erzeigen. Sie sollen vielmehr einen Überblick über und eine Einführung in das Kostenrecht sein, sofern es den Anwalt (auch für seine Partei, nämlich bezüglich der Gerichtsfohlen) angeht.

Die einzelnen Gebiete sind klar, übersichtlich, leicht fasslich behandelt. Man spürt sofort den sicheren Praktiker, dem auch die Schulung seiner noch schulungsbedürftigen Berufskameraden eine gewohnte Tätigkeit ist. Ohne Frage wird ein Anwaltangestellter, der an Hand dieser fünf Hefte sich nun wirklich mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen vertraut macht, diese Mühe dadurch belohnt finden, daß er sich über die Tatsache und damit die Anwendbarkeit der wesentlichen Kostenbestimmungen klar wird. Die Hefte sind daher durchaus geeignet, ihren Zweck zu erfüllen, Wegweiser durch das Kostenrecht zu sein, wie dies für das besondere Gebiet des Arzneianwaltskostenrechts schon das von mir in JW. 1937, 608 kurz besprochene Heft Nr. 363 (Verf. W. Mairich) ist.

Die Hefte dürften auch sehr gut als Grundlage für mündliche Kurse sich eignen.

RGN. Dr. Gaedcke, Berlin.

# Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

## Ordentliche Gerichte

### Erbhofrecht

1. AG. — §§ 8, 39, 59 REG.

1. Auch zum Verkauf bestimmtes Vieh ist Hofzubehör, falls es für die Bewirtschaftung vorhanden ist.

2. War zur Zeit der Pfändung das gepfändete Vieh nicht als Hofzubehör anzusehen, weil es damals nicht für die Bewirtschaftung vorhanden war, so wird die Pfändung unzulässig, wenn es infolge veränderter Umstände später als für die Bewirtschaftung vorhanden anzusehen ist, und zwar gilt dies auch dann, wenn der Bauer arglistig nichtgepfändetes Vieh veräußert, um dem gepfändeten die Eigenschaft des Hofzubehörs zu verschaffen.

3. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß auf dem Erbhof vorhandenes Vieh für die Bewirtschaftung des Hofs vorhanden ist. †

Die Gläubigerin hat bei dem Schuldner, einem Bauern, der vorzugsweise Viehzucht betreibt, zwei Färse und einen Bullen pfänden lassen. Der Schuldner hat gegen die Pfändung Erinnerung mit der Begründung eingelegt, daß das gepfändete Vieh auf dem Hof für die Bewirtschaftung vorhanden, also gemäß § 8 REG. Hofzubehör sei und somit gemäß § 38 REG. nicht der Pfändung unterliege. Die Gläubigerin hat demgegenüber vorgebracht, daß das Vieh Handelsvieh, also zum Verkauf bestimmt sei, was sich u. a. daraus ergäbe, daß früher durchschnittlich nur fünf bis sechs Stück Jungvieh auf dem Hof des Schuldners vorhanden gewesen seien, während zur Zeit der Pfändung neun Stück Vieh vorhanden gewesen seien. Im übrigen sei das gepfändete Vieh auf dem Hof geworfen worden und daher als Erzeugnis des Erbhofes zu betrachten, das nach §§ 39, 59 REG. pfändbar sei.

Das AG. hat die Erinnerung des Schuldners mit der Begründung zurückgewiesen, daß die drei gepfändeten Tiere nach der eigenen Angabe des Schuldners zum Verkauf bestimmt seien und daß damit die Zubehör eigenschaft dieser Tiere ausscheide, da sie nicht für die Bewirtschaftung erforderlich und bestimmt seien.

Gegen diesen Beschuß hat der Schuldner Beschwerde eingelegt, in der er darauf hinweist, daß auch zum Verkauf bestimmtes Vieh Zubehör sei, sofern es nur zur Bewirtschaftung des Hofs vorhanden sei, was auch dann der Fall sei, wenn der Erlös der Tiere zur Aufrechterhaltung der Bewirtschaftung bestimmt sei. Dies sei vorliegend der Fall. Die Gläubigerin hat demgegenüber die Ansicht vertreten, daß Vieh, welches zum Verkauf bestimmt sei, also nicht die Aufgabe habe, der Wirtschaft durch eigene Kraft zu dienen, nach bürgerlicher Auffassung nicht als Zubehör angesehen werde.

Das LG. hat der Beschwerde des Schuldners stattgegeben, indem es die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärte. Es hat ausgeführt, daß auch solches Vieh, das zum Verkauf bestimmt sei, als Zubehör zu gelten habe, sofern nur die Voraussetzung erfüllt sei, daß es der Bewirtschaftung des Hofs diene.

Hiergegen hat die Gläubigerin weitere Beschwerde eingelegt.

Der Senat hat zwei Gutachten des Reichsnährstandes über die Frage eingeholt, ob die gepfändeten Färse und der gepfändete Bullen den Verhältnissen des Erbhofes entsprechend als zu dessen Bewirtschaftung dienend anzusehen seien. Unter dem 6. Juli 1936 hat sich die Kreisbauernschaft Guben da-

hin geäußert, daß das gepfändete Vieh den Verhältnissen des Erbhofes entsprechend wohl zu dessen Bewirtschaftung dienend anzusehen sei, daß jedoch bei Fehlen dieser Tiere die Ertragsfähigkeit des Betriebes nicht wesentlich beeinflußt werde.

Unter dem 28. Jan. 1937 hat die Kreisbauernschaft Guben sich dahin geäußert, daß in Anbetracht des zur Zeit vorhandenen Viehbestandes, welcher der Größe der Wirtschaft angemessen sei, die Zwangsvollstreckung in die gepfändeten Färse, die inzwischen zu Milchkühen geworden seien, nicht befürwortet werden könne, da dieselben zur ordnungsmäßigen Weiterführung der Wirtschaft benötigt würden; daß aber der Bullen, der den Verhältnissen des Erbhofes entsprechend nicht unbedingt als zu dessen Bewirtschaftung dienend anzusehen sei, für eine Zwangsvollstreckung in Betracht käme.

Diesen Gutachten gegenüber hat die Gläubigerin darauf hingewiesen, daß zur Zeit der Pfändung mehr Vieh vorhanden gewesen sei, als zur Zeit der Besichtigung des Erbhofes durch den Gutachter; dies habe seine Ursache darin, daß der Schuldner, um das gepfändete Vieh als für die Bewirtschaftung des Hofs erforderlich erscheinen zu lassen, anderes Vieh verkauft habe; es sei also arglistig von dem Schuldner, sich darauf zu berufen, daß die gepfändeten Kühe jetzt zur Bewirtschaftung erforderlich seien.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Aus dem zweiten Gutachten der Kreisbauernschaft ergibt sich hinsichtlich der gepfändeten Färse, daß sie zur ordnungsmäßigen Weiterführung der Wirtschaft erforderlich sind. Der Hinweis der Gläubigerin darauf, daß zur Zeit der Pfändung viel mehr Vieh vorhanden gewesen sei, greift nicht durch. In der Regel wird es freilich für die Beurteilung der Frage, ob eine gepfändete Sache irgendwelchen Vollstreckungsschutzbestimmungen unterliegt, auf die Verhältnisse zur Zeit der Pfändung ankommen, insbesondere ist es nicht angängig, daß ein Schuldner durch Veräußerung nicht gepfändeter Sachen die gepfändete Sache zu einer unentbehrlichen macht. Anders liegen aber die Verhältnisse bei den Pfändungsschutzvorschriften, die der Erhaltung des Erbhofes dienen. Es würde dem Sinn und dem Zweck dieser Vorschriften widersprechen, wenn man nur die Verhältnisse zur Zeit der Pfändung berücksichtigen würde. Es mag sein, daß das Verhalten des Schuldners im vorliegenden Fall arglistig war; hieraus kann aber die Gläubigerin irgendwelche Rechte zu ihren Gunsten nicht herleiten, weil die Schutzvorschriften hinsichtlich des Erbhofes nicht dem Schutz des jeweiligen Erbhofbesitzers dienen, sondern der Erhaltung des Erbhofes an sich. Es kommt hierauf auf die Frage, ob die beiden Färse nicht auch dann als Zubehör anzusehen wären, wenn noch mehr Vieh vorhanden wäre, nicht entscheidend an. Es sei aber doch noch darauf hingewiesen, daß selbst dann, wenn der Bauer über das Maß des Notwendigen hinaus Vieh auf dem Hof hält, nicht gesagt werden kann, daß der dieses Maß übersteigende Viehbestand nicht der Bewirtschaftung diene. Mit Recht hat das LG. in dem angefochtenen Beschuß darauf hingewiesen, daß in § 8 REG. der Zubehörbegriff dahin bestimmt ist, daß auch das zur Bewirtschaftung vorhandene Vieh zählt und es nicht erforderlich ist, daß das Vieh zum Wirtschaftsbetrieb notwendig sei. Weiter hat das LG. mit Recht ausgeführt, daß auch verkaufsreifes und zum Verkaufe bestimmtes Vieh doch noch als Zubehör zu gelten habe. Es wird hierauf in aller Regel so liegen, daß das Vieh, das auf dem Hof vorhanden ist, ohne weiteres als dessen Zubehör zu gelten hat und daß eine Ausnahme nur dann stattfindet, wenn im Einzelfall dargetan wird, daß es dem Erbhof überhaupt nicht dient.

Was den gepfändeten Bullen anlangt, so ist nach dem eben Ausgesagten auch davon auszugehen, daß er Hofzubehör

ist. Die Vermutung für die Zubehöreigenschaft ist bei dem auf dem Hofe vorhandenen Vieh immer gegeben. Macht also ein Schuldner diese Zubehöreigenschaft geltend, so wird es in der Regel Sache des Gläubigers sein, nachzuweisen, daß die eben bezeichnete tatsächliche Vermutung nicht zutrifft. In Anwendung dieser Grundsätze gelangt man dazu, auch im vorliegenden Fall die Zubehöreigenschaft hinsichtlich des Bullen zu bejahen. Das letzte Gutachten der Kreisbauernschaft geht nämlich nicht dahin, daß der Bulle der Bewirtschaftung des Hofs nicht diene, sondern es ist lediglich dahin gefaßt, daß er nicht unbedingt als zu dessen Bewirtschaftung dienend anzusehen sei. Hält man diese Äußerung mit der früheren Äußerung der Kreisbauernschaft zusammen, so kann nicht davon die Rede sein, daß die zugunsten des Schuldners bestehende Vermutung widerlegt sei. Es ist auch zu erwägen, daß ein Bauer nicht leicht Vieh auf seinem Hofe halten wird, wenn es nicht der Bewirtschaftung dieses Hofs dienen sollte. Unerheblich ist hierbei, ob es vom Standpunkt einer praktischen Wirtschaftsführung aus nicht angebracht sei, das betreffende Vieh nicht zu behalten; denn entscheidend ist, ob das Vieh nach dem Willen des Bauern der Bewirtschaftung dienen soll oder nicht. Selbstverständlich kann ein Bauer ein Stück Vieh, das in Wahrheit der Bewirtschaftung des Hofs nicht dient, nicht dadurch zum Zubehör des Hofs machen, daß er einfach erklärt, das betreffende Stück Vieh solle der Bewirtschaftung des Hofs dienen; so wird z. B. ein Rüschpferd, daß der Bewirtschaftung des Hofs überhaupt nicht dient, durch eine bloße Erklärung des Bauern nicht Zubehör. Im vorliegenden Fall liegt es aber hinsichtlich des Bullen doch so, daß nicht erkennbar ist, welchen Zwecken denn dieser Bulle dienen soll, wenn nicht der Bewirtschaftung des Hofs.

(RG, 8. ZivSen., Beschl. v. 16. März 1937, 8 W 2674/36.)

**Anmerkung:** Nach § 8 REG umfaßt das Hofzubehör u. a. „das auf dem Hof für die Bewirtschaftung vorhandene Vieh“. Dieser Begriff darf nicht zu eng ausgelegt werden (vgl. die bei Vogels<sup>4</sup> S. 257 aufgeführten Entsch.). Den Leitsätzen 1 und 3 wird man daher zustimmen können.

Bedenklich erscheint mir jedoch der Leitsatz 2. Für die Frage, ob ein Gegenstand für die Bewirtschaftung des Erbhofs vorhanden ist und ob er demnach Pfändungsschutz genießt oder nicht, kommt es in E. auf den Augenblick der Pfändung an; der Bauer kann eine wirksam zustandekommene Pfändung nicht dadurch nachträglich unwirksam machen, daß er arglistig nichtgepfändetes Vieh veräusserst. Ein solches Verhalten würde sich als eine missbräuchliche Beanspruchung des Vollstreckungsschutzes darstellen; diese wird jedoch, wie sich aus § 39 ErbGB entnehmen läßt, vom Gesetzgeber missbilligt (vgl. auch die bei Vogels<sup>4</sup> S. 509 aufgeführten Entsch.).

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

\*

**2. RG.** — §§ 10, 48 Abs. 2 ERbhofG.; § 20 FGG.; § 2 Abs. 1 der 1. VO. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 8. Dez. 1933. Die Bauernführer sind gegenüber der Ausstellung eines Erbscheins beschwerdeberechtigt, wenn sein Inhalt auf die Entsch. des AnerbG. über die Erbhofeigenschaft einer landwirtschaftlichen Besitzung rechtlich einwirken kann. †)

Der im Jahre 1932 verstorbene Eigentümer einer erbhoffähigen landwirtschaftlichen Besitzung hinterließ seine Mutter und eine Tochter. Der Hof wurde trotz des Einspruches der Tochter auf Grund eines rechtstüchtig gewordenen Beschlusses des AnerbG. in die Erbhöferolle eingetragen. Demnächst erteilte jedoch das Nachlaßgericht auf Grund eines Erbvertrages einen Erbschein dahin, daß der Erblasser von seiner Witwe und seiner Tochter je zur Hälfte beerbt worden sei. Hiergegen legte der Kreisbauernführer Beschwerde ein mit dem Antrage, die Einziehung des Erbscheins anzuordnen. Das OG. verneinte ein Beschwerderecht des Kreisbauernführers. Die weitere Beschwerde des Landesbauernführers hat Erfolg.

Das OG. geht davon aus, daß nach dem hier allein in Betracht kommenden § 20 FGG. öffentlichen Behörden und Körperschaften, also auch den Bauernführern als Organen des Reichsnährstandes, ein Beschwerderecht wegen Beeinträchtigung eines ihnen zustehenden öffentlichen Rechtes nur dann zu-

stehen, wenn sie zur Wahrnehmung der in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandelten Angelegenheit besonders berufen seien. Das steht im Einklang mit der Entsch. RGJ. 34, A 133, ist aber, jedenfalls nach der neueren Aspr. des RG., nicht dahin zu verstehen, daß die Behörde gerade zur Mitwirkung in dem gerichtlichen Verfahren durch eine besondere Vorschrift berufen sein müsse; maßgebend ist vielmehr, ob sie nach den für sie geltenden gesetzlichen Vorschriften die Aufgabe und damit das Recht hat, für eine ordnungsmäßige Erledigung der in dem Verfahren behandelten Angelegenheit zu sorgen. Demgemäß ist der Aufsichtsbehörde eines Standesbeamten bei dessen Anweisung zur Vornahme einer Amtshandlung zwar nicht schon auf Grund ihres Dienstaufschrittsrechtes das Beschwerderecht zugebilligt worden, wohl aber gegenüber der Anordnung einer unrichtigen Registereintragung auf Grund eines ihr zuerkannten Rechtes auf richtige Führung der Standesregister (FGG. 12, 185 im Anschluß an RGJ. 102, 118; vgl. auch RGJ. 34, A 134; 44, 163 und FGG. 13, 233). Ferner hat der beschließende Senat in Grundbuchsachen das OGJAL als Devisenstelle für berechtigt erklärt, solche grundbuchlichen Entscheidungen anzufechten, welche nach ihrer Auffassung gegen devisenrechtliche Vorschriften verstößen, und zwar mit der Begründung, daß die bisherigen Grundsätze über die Beschwerdeberechtigung der Behörden (in Grundbuchsachen) bedürfen einer der neueren Rechtsentwicklung entsprechenden Lockerung, besonders für solche Fälle, in denen die Erfüllung der den Behörden auf dem einschlägigen Gebiete zugewiesenen allgemeinen staats- und volkswirtschaftlichen Aufgaben ohne die Möglichkeit selbständiger Anfechtung von Grundbuchscheidungen nicht gewährleistet wäre (FGG. 12, 342).

Aus gleichen Erwägungen ist auch das Beschwerderecht der Bauernführer in einem Falle der vorl. Art anzuerkennen. Die hier behandelte Angelegenheit ist die Ausstellung eines Erbscheins für einen Nachlaß, zu dem eine erbhoffähige landwirtschaftliche Besitzung gehört und damit die Entscheidung über eine für die Erbhofeigenschaft dieser Besitzung wesentliche Voraussetzung. Denn je nachdem der vor dem Inkrafttreten des ERbhofG. verstorbene frühere Eigentümer von einer (bauernfähigen) Person oder von mehreren Personen beerbt worden ist, hat die Besitzung gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 ERbhofG. die Erbhofeigenschaft erlangt oder nicht erlangt. Die Anerkennung eines Beschwerderechtes des Bauernführers hängt deshalb davon ab, daß er vom Gesetz berufen ist, allgemein dafür zu sorgen, daß landwirtschaftliche Besitzungen beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (und nur dann) als Erbhöfe auch wirklich anerkannt und behandelt werden und daß die Erfüllung dieser Aufgabe eine Mitwirkung in dem Erbscheinsverfahren notwendig macht. Beide Voraussetzungen sind gegeben. Das erstere mag sich freilich noch nicht aus der allgemeinen Umgrenzung der Aufgaben des Reichsnährstandes (und seiner Organe) ergeben, die nach § 1 Abs. 1 der VO. vom 8. Dez. 1933 (RGBl. I, 260) u. a. dahin gehen, „das deutsche Bauerntum und die Landwirtschaft ... zu fördern“ und „die Behörden bei allen der Reichsnährstand betreffenden Fragen, insbes. auch durch Erstattung von Gutachten und Bestellung von Sachverständigen, zu unterstützen“. Wohl aber vermag die den Bauernführern gem. §§ 10, 48 Abs. 2 ERbhofG. übertragene Sonderaufgabe als Grundlage für das hier in Anspruch genommene Beschwerderecht zu dienen. Die Bauernführer haben danach im anerbergerichtlichen Verfahren den Beteiligten das Recht, die Klärung von Zweifeln über die Erbhofeigenschaft durch geeignete Anträge und Beschwerden zu betreiben und damit das öffentliche Interesse an einer dem Gesetz entsprechenden Feststellung oder Verneinung dieser Eigenschaft wahrzunehmen. Steht also eine landwirtschaftliche Besitzung, die ihrer Art nach allen Anforderungen an einen Erbhof entspricht, im Alleineigentum einer (bauernfähigen) Person, so müssen die Bauernführer im Zweifelsfalle dafür sorgen, daß die Erbhofeigenschaft, auch gegen den Willen der Beteiligten, anerkannt wird. In der Erfüllung dieser Aufgabe können sie durch das Vorliegen eines vom Nachlaßgericht (zu Unrecht) auf mehrere Personen ausgestellten Erbscheins behindert werden. Der Erbschein enthält zwar keine endgültige Entscheidung über das Erbrecht und ist für andere Behörden nicht schriftlich verbindlich. Er begründet aber nach § 2305 BGBl. immerhin die Vermutung, daß dem darin als Erbe bezeichneten das angegebene Erbrecht wirklich zustehe. Das AnerbG. dürfte deshalb bei seiner Entsch. über die Erbhofeigenschaft einer Besitzung von einer anderen Erbsfolge nur dann ausgehen, wenn es die Vermutung für widerlegt erachtete. Diese Rückwirkung der Ausstellung des Erbscheins auf die Entsch. des AnerbG. macht es notwendig, die Bauernführer an dem Erbscheinsverfahren zu beteiligen, um ihnen Gelegenheit zu geben, der Be-

gründung einer Vermutung, welche der von ihnen zu betreibenden Feststellung der Erbhofeigenschaft einer Besitzung entgegenstehen könnte, vorzubeugen.

Dass die Mitwirkung der Bauernführer nicht grundsätzlich auf das anerbengerichtliche Verfahren beschränkt ist, ergibt sich aus der Vorschrift des § 16 ErbhofrechtsVO, wo ihnen auch in dem nachlassgerichtlichen Verfahren auf Feststellung des Rechtvorhandenseins eines Anerben ein Antrags- und ein Beschwerderecht zuerkannt worden ist. Andererseits nötigt diese Vorschrift bei der Besonderheit des von ihr eingeführten neuen Verfahrens nicht zu der Annahme, dass ihnen ein Beschwerderecht gegenüber anderen nachlassgerichtlichen Entsch. vermagt sei. Die ausdrückliche Berufung der Bauernführer zur Mitwirkung im Verfahren des § 16 ErbhofrechtsVO, insbes. zur Einlegung von Beschwerden, könnte, auch wenn das Beschwerderecht bereits aus § 20 FG. zu folgern war, dennoch im Interesse der Klärstellung einer immerhin zweifelhaften Rechtslage wenigstens zweckmäßig erscheinen.

Die Bauernführer sind hiernach zur Einlegung von Beschwerden im Erbscheinverfahren vor dem AG. für befugt zu erachten, wenn dessen Entsch. eine Rückwirkung auf die Entsch. des AerbG. über die Erbhofeigenschaft haben kann. Diese Befugnis folgt aus der Beeinträchtigung ihres Rechtes, in dem anerbengerichtlichen Verfahren eine dem ErbhofG. entsprechende Entsch. herbeizuführen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 27. Mai 1937, 1 Wx 182/37.)

[B.]

**Anmerkung:** Eine Besitzung, die am 1. Okt. 1933 im Eigentum mehrerer Personen, insbes. einer Erbhofgemeinschaft, gestanden hat, kann, solange dieses Eigentumsvorhältnis fortduert, nicht Erbhof werden. Die Frage, ob die hier zur Erörterung stehende Besitzung Erbhof geworden ist, hängt davon ab, ob der im Jahre 1932 verstorbenen Erblasser von einem Alleinerben oder von mehreren Erben beerbt worden ist. Das Nachlassgericht hat auf Grund eines Erbvertrags einen Erbschein dahin ausgestellt, dass der Erblasser von zwei Personen beerbt worden sei. Wenn der Erbschein zutrifft, durfte das Anwesen nicht in die Erbhöferolle eingetragen werden und der Vorsitzende des AEG müsste die Eintragung des Hofs gemäß § 47 Abs. 3 ErbVO von Amts wegen löschen.

Bei dem Löschungsverfahren ist der KrBf zu hören. Auf die Weise hat er wohl von dem Erbschein Kenntnis erlangt. Die Gefahr, dass eine als Erbhof eingetragene Besitzung gelöscht werde, hat ihm Veranlassung gegeben, nachträglich gegen den Erlass des Erbscheins (einfache) Beschwerde einzulegen mit dem Ziel, dass der Erbschein als unrichtig eingezogen werde. Die Darlegungen des AG., dass der Erbschein dem KrBf bei seinem Bestreben, die Löschung des Hofs zu verhindern, im Wege steht, erscheint zutreffend. Das Beschwerderecht des KrBf dürfte daher mit Recht bejaht sein.

Aus dem obigen Beschluss darf aber nun nicht etwa die Folgerung gezogen werden, dass das Nachlassgericht den KrBf in jedem Erbscheinverfahren von Amts wegen zu beteiligen habe. Eine solche Verpflichtung besteht vielmehr nur dann, wenn das Nachlassgericht bei seinen Ermittlungen erkennt, dass seine Entsch. zur Folge haben könnte, dass die Erbhofeigenschaft einer an sich erbhofähigen Besitzung verneint werden müsste. Solche Fälle werden nicht häufig vorkommen.

Schwierigkeiten für die Durchführung des Erbscheinverfahrens sind aus der Zuverlässigkeit des Beschwerderechts an den KrBf nicht zu befürchten. Der Erbschein wird sofort mit seinem Erlass wirksam. Von einer Rechtskraft im eigentlichen Sinne kann man bei ihm überhaupt nicht sprechen. Er wird auch dann wirksam, wenn das Nachlassgericht den KrBf versehentlich nicht gehört haben sollte.

Jeder, dessen Rechte durch den Erlass eines Erbscheins beeinträchtigt werden, kann jederzeit dessen Einziehung beantragen, und zwar entweder beim Nachlassgericht unmittelbar oder durch Einlegung der einfachen Beschwerde (vgl. Schlegelberger<sup>4</sup>, S. 566). Das Nachlassgericht tut also gut daran, wenn es einem solchen Antrage des KrBf vorbeugen will, in den hierfür in Frage kommenden Sachen den Bauernführer rechtzeitig zuzuziehen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

\*

3. RG. — §§ 39, 59 ErbhofG.; § 14 ErbVO. Wird über den Nachlass eines Bauern Konkurs eröffnet, so gehören die pfändbaren Erzeugnisse des im Nachlass beständlichen Erbhofs zur Konkursmasse. †)

Durch den angefochtenen Beschluss ist die Berufung des Beschw. als ungültig verworfen worden, weil er den Nach-

weis der Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr nicht fristgemäß erbracht hatte. Die Frist war bei Verweisung der Berufung unbedenklich verstrichen. Trotzdem muss die sofortige Beschwerde erfolgt haben, weil über den Nachlass des Bauern Reinhard P. am 20. Jan. 1937 das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Dadurch ist das Verfahren im Rechtsstreit nach § 240 BVO. unterbrochen worden, so dass der angefochtene Beschluss nicht mehr ergehen durfte, der Lauf der Frist aufgehört hatte (§ 249 BVO.).

Ob die Unterbrechung eingetreten ist, hängt allerdings davon ab, ob Gegenstände, die auf den Hof. als Anerben übergegangen sind, zur Konkursmasse gehören. Das ist zu bejahen. Nach § 1 AG. umfasst das Konkursverfahren das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Das ist im Falle des Nachlasskonkurses der Nachlass, soweit er einer Zwangsvollstreckung unterliegt. Dazu gehören auch die in § 39 Abs. 1 AG. bezeichneten Erzeugnisse (Meyer: JurRdsch. 1935, 97; Vogels: ZW. 1935, 2542). Der abweichenden Ansicht von Schrödt (ZW. 1935, 2121) ist nicht zu folgen.

Nach §§ 39, 59 AG. (jetzt ergänzt durch §§ 37, 41 ErbVO v. 21. Dez. 1936 [RGBl. I, 1069]) ist die Zwangsvollstreckung in diese Erzeugnisse wegen aller öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Forderungen grundsätzlich zulässig. § 59 ist zwar ersichtlich nur als eine Übergangs-Vorschrift gedacht. Zur Zeit ist aber auch wegen aller privatrechtlichen Forderungen die Zwangsvollstreckung zugelassen. Deshalb müssen auch die erwähnten Erzeugnisse zur Konkursmasse gerechnet werden. Diese Auffassung wird gestützt durch § 14 Abs. 2 Satz 1 ErbVO, wo bestimmt ist, dass der Anerbe für die Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten mindestens mit den pfändbaren Nutzungen des Erbhofs haftet. Nach Vogels (bei Pfundner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht“, Anm. 2 zu § 14) ist diese Vorschrift getroffen, weil sonst in den Fällen der §§ 1975 ff. BGB., also besonders im Falle des Nachlasskonkurses, den Nachlassgläubigern überhaupt kein der Vollstreckung unterliegender Gegenstand zur Verfügung stände. Sie soll also offensichtlich die Zugehörigkeit der Erzeugnisse zur Konkursmasse klarstellen.

Allerdings ist die Zwangsvollstreckung in Erzeugnisse des Erbhofs durch das Gesetz an besondere Voraussetzungen geknüpft. Daraus darf aber nicht mit Schrödt der Schluss gezogen werden, diese Erzeugnisse blieben außerhalb der Konkursmasse. Vielmehr dürfen die Sondervorschriften, welche für den Fall der Einzelpfändung getroffen sind, die Einbeziehung in die Konkursmasse nicht hindern dürfen, weil sonst die Gläubiger, die während des Konkursverfahrens keine Einzelpfändung vornehmen könnten, in einer ungünstigen und kaum verständlichen Weise benachteiligt würden. In welchem Umfang die Sondervorschriften auch bei der Durchführung des Konkursverfahrens zu beachten sind, braucht hier nicht entschieden zu werden; es genügt, dass sie die Zugehörigkeit der Erzeugnisse zur Konkursmasse nicht ausschließen.

Hiernach war das Verfahren infolge der Konkursöffnung unterbrochen und die Berufung der Berufung nicht zulässig. Das nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 24. Mai 1937, IV b 7/37.) [B.]

**Anmerkung:** 1. Haftung des Anerben für die Nachlassverbindlichkeiten

Der Beschluss lässt nicht genau erkennen, welchen Anspruch der Kr. gegen den beklagten Anerben geltend macht; anscheinend handelt es sich um das Verlangen eines Nachlassgläubigers nach Befriedigung aus den Erzeugnissen des zum Nachlass gehörenden Erbhofs.

Dies Verlangen erscheint gerechtfertigt: Der Anerbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten als Gesamtschuldner (§ 34 AG.; § 14 Abs. 1 ErbVO); den Nachlassgläubigern ist zwar wie allen anderen Gläubigern der Zugriff auf den Erbhof selbst verschlossen, da in den Hof wegen einer Geldforderung nicht vollstreckt werden darf (§ 38 AG.). Den Nach-

laßgläubigern steht jedoch der Zugriff auf die pfändbaren Erzeugnisse des Erbhofs offen (§ 14 Abs. 2 EGBB). Der Anerbe haftet also den Nachlaßgläubigern zwar nicht mit dem Erbhof selbst, wohl aber mit dessen Ertrag.

Die Besonderheit des Falles besteht nun darin, daß (während des Rechtsstreits) über den Nachlaß des Erblassers des B苇. der Konkurs eröffnet worden ist. M. G. hat das RG. mit Recht angenommen, daß die pfändbaren Erzeugnisse des Erbhofs zum Nachlaß gehören, und zwar sowohl die zur Zeit des Erbhofes vorhandenen wie die später entfallenden Erzeugnisse. Hieraus folgt, daß diese Erzeugnisse, soweit sie pfändbar sind, in die Konkursmasse des Nachlaßkonkurses fallen.

Wirtschaftlich bedeutet dies, daß die Erträge des Hofes zunächst zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu verwenden sind, während den Eigengläubigern des Anerben während der Dauer des Nachlaßkonkursverfahrens der Zugriff auf diese Erzeugnisse versagt ist.

## 2. Erfassung der Erzeugnisse durch den Konkursverwalter

Da der Erbhof selbst nicht in die Konkursmasse fällt, kann der Konkursverwalter den Hof nicht in Besitz oder Verwaltung nehmen. Die Befugnis des Anerben, den Hof unter eigener Verantwortlichkeit zu verwalten, bleibt unberührt. Der Anerbe ist aber nicht befugt, über die pfändbaren Ruhungen des Erbhofs zu verfügen. Diese Befugnis steht nur dem Konkursverwalter zu; der Konkursverwalter kann also z. B. die Ernte, soweit sie nicht für den lebensnotwendigen Bedarf des Anerben und seiner Familie erforderlich ist, in Besitz nehmen und zugunsten der Nachlaßgläubiger veräußern. Es ist nicht notwendig, daß der Konkursverwalter seine Absicht, die Erzeugnisse zu verwerten, dem Kreisbauernführer gemäß § 39 REG vorher mitteilt, da § 39 ersichtlich nur auf die Einzelvollstreckung, nicht auf den Konkurs abgestellt ist (vgl. Vogel s<sup>4</sup> S. 511).

MinR. Dr. Vogel, Berlin.

## Bürgerliches Gesetzbuch

4. RG. — § 126 BGB. Ein Vorvertrag, in dem eine Partei die Verpflichtung übernimmt, eine vollstreckbare Urkunde wegen bestimmter von ihr übernommener Leistungen zugunsten der anderen Partei auszustellen, ist nicht an eine Form gebunden. Für einen schuldbegründenden Vertrag solchen Inhalts ist ein Formersordernis weder im Gesetz aufgestellt — wie etwa in den Fällen der §§ 311, 313, 518, 766 BGB. —, noch ergibt sich die Formbedürftigkeit eines Vorvertrags, der eine solche Vereinbarung enthält, etwa aus dem Zweck der Bestimmung des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 BGB., der für die prozeßuale Unterwerfungsverklärung des Schuldners die notarielle Beurkundung vorschreibt.

(RG., IV. ZivSen. II. v. 3. Juni 1937, IV 59/37.) [Ba.]

\*

5. RG. — §§ 181, 2005 BGB. Der Testamentsvollstrecker ist durch § 181 BGB. nicht gehindert, die Löschung einer auf seinem Grundstück haftenden Nachlaßhypothek zu bewilligen und der Löschung als Eigentümer zuzustimmen. Die Löschungsbewilligung ist i. S. des § 2005 BGB. entgeltlich, wenn die Löschung auf Verlangen einer öffentlichen Kreditanstalt erfolgt, die die Hingabe eines für sie durch neue Hypothek zu sicheren und zur Auszahlung der Erben bestimmten Darlehns von der vorherigen Löschung der Nachlaßhypothek abhängig macht.

Die Beschw. Eheleute S., sind Grundstückseigentümer je zur Hälfte. Der Chemann ist Testamentsvollstrecker für den Nachlaß der verwitweten Frau Antonie Z. Zu deren Nachlaß gehört eine auf dem Grundstück der Beschw. eingetragene Hypothek von 2000 GM.

In beglaubigter Urkunde vom 26. Nov. 1936 hat der Chemann S. in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker des Nachlasses der Gläubigerin die Löschung der Hypothek bewilligt und als anteiliger Grundstückseigentümer ebenso wie seine Ehe-

frau und Miteigentümerin die Löschung beantragt. In notarieller Urkunde vom gleichen Tage haben beide Grundstückseigentümer die Eintragung einer Darlehenshypothek von 2500 GM. für die Kreis-Sparkasse in G. bewilligt und beantragt. Die Beweggründe für die Löschung der Nachlaßhypothek hat der Chemann S. wie folgt dargelegt: "Die Rechtsansprüche der Erben sollten aus dem von der Sparkasse aufgenommenen Darlehen befriedigt werden. Die Sparkasse mache die Auszahlung des Darlehns von der vorherigen Löschung der Nachlaßhypothek abhängig. Zur Sicherung der Erbansprüche habe er mit der Sparkasse vereinbart, daß den Erben die ihnen zukommenden Beträge unmittelbar von der Sparkasse zu zahlen seien." Die auf die einzelnen Erben entfallenden Beträge hat der Testamentsvollstrecker im einzelnen berechnet. Die Sparkasse hat die Angaben des Testamentsvollstreckers bestätigt und die Zahlung der jedem Erben zustehenden Beträge an die einzelnen Erben zugesichert.

Sämtliche vorerwähnten Urkunden wurden dem GBG. zur gründbuchtlichen Vollziehung eingereicht. Das GBG. erlich Zwischenverfügung dahin, daß die Löschungsbewilligung des Chemanns S. in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gemäß § 181 BGB. wegen Widerstreits mit seinen Interessen als Grundstückseigentümer unwirksam sei, und daß aus diesem Grunde eine Löschungsbewilligung der Erben beigebracht werden müsse. Die hiergegen vom Testamentsvollstrecker und seiner Ehefrau eingelegte Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. der Antragsteller ist begründet.

Die Vorinst. haben zur Frage der Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers die neuere Rspr. des Senats nicht beachtet. Eine gründsätzlich uneingeschränkte Unterstellung des Testamentsvollstreckers unter die ein rechtsgeschäftliche Verhandeln mit sich selbst verbietende Vorschrift des § 181 BGB. ist schon um deswillen abzulehnen, weil andernfalls dem Testamentsvollstrecker, auch wenn er nicht gleichzeitig Miterbe ist, die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten, insbes. die Vornahme der Auseinandersetzung in einer den Gesetzeszwecken nicht entsprechenden Weise erschwert werden würde. Da aber andererseits die Testamentsvollstreckung gerade eine ordnungsgemäße Vollziehung des Erblasserwollens, insbes. eine gerechte, durch Sonderinteressen des Testamentsvollstreckers nicht beeinflußte, Erfüllung der Erbansprüche gewährleisten soll, eine solche aber in Frage gestellt werden kann, wenn der Testamentsvollstrecker bei Ablauf der Nachlaßangelegenheiten eigene Rechtsinteressen als persönlich Berechtigter oder Verpflichteter gegenüber den Nachlaßbeteiligten wahrnehmen muß, hat die vorerwähnte Rspr. ihm aus dem Grundgedanken der Vorschrift des § 181 BGB. bei einem Widerstreit seiner persönlichen Interessen mit denen seines Amtes die Verfügungsbefugnis abgesprochen. In der von den Beschw. angeführten Entsch. des Sen.: JFG. 12, 202 = J.W. 1935, 2755<sup>o</sup> ist jedoch eingehend dargelegt, daß für die Frage der Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers nicht schon die Tatsache des Bestehens eines solchen Interessenwiderstreits an sich maßgebend ist, sondern daß der Interessenwiderstreit von dem für die Wirklichkeit der Verfügungen des Testamentsvollstreckers, insbes. im Hinblick auf das Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Abs. 2 BGB.) in erster Linie und grundlegend wesentlichen Gesichtspunkte der ordnungsmäßigen Verwaltung aus gewürdigt werden muß. In dieser Hinsicht hat der Senat in der Entsch. JFG. 7, 284 den Satz aufgestellt, "Dass eine Maßnahme des Testamentsvollstreckers als in ordnungsmäßiger Verwaltung vorgenommen angesehen werden dürfe, wenn die Beweggründe für sie substantiiert vorgetragen, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erschienen, und wenn irgendwelche Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich seien".

Von diesen Gesichtspunkten aus hätte hier das LG. die Sachlage prüfen müssen. Die Unterlassung einer solchen Prüfung rechtfertigt die Aufhebung der Vorentscheidung und ermöglicht dem Senat eine eigene Würdigung der Sachlage auch in tatsächlicher Hinsicht. Diese führt zur Bejahung der Wirklichkeit der Löschungsbewilligung des Testamentsvollstreckers.

Zunächst ist es im Rahmen der Nachlaßregelung wirt-

schäftlich und rechtlich nicht grundfächlich zu beanstanden und deshalb i. S. des Standpunktes der Entsch. FG. 7, 284 verständlich, wenn der Testamentsvollstrecker sich die Mittel zur Barauszahlung der Erbansprüche durch Umschuldung einer Nachlaßhypothek auf seinem Grundstück verschafft. Dabei bildet es erfahrungsgemäß die Regel, daß der Geldgeber, insbes. wenn dieser eine öffentliche Kreditanstalt ist, sich durch die vorherige Löschung der auszuzahlenden Hypothek eine entsprechend günstigere Rangstelle sichert. Der Testamentsvollstrecker handelt, wenn er einem solchen für die Gelderlangung zur Bedingung gemachten Verlangen des Geldgebers nachgibt, jedenfalls dann im Rahmen seiner Befugnisse, wenn er sich die unmittelbare Aufführung des Erzaktkapitals durch den Kreditgeber an die Erben in rechtlich bindender Weise (§ 328 BGB.) versprechen läßt, wobei es mit Rücksicht auf die Sicherheit der Erfüllung dieses Versprechens wiederum von Bedeutung ist, wenn der Geldgeber ein öffentliches Kreditinstitut, insbes. eine öffentliche Sparkasse ist. Im vorl. Falle bietet die Darstellung des Testamentsvollstreckers über den Zweck der Löschung keinen Anhalt, an deren Richtigkeit zu zweifeln, um so weniger als seine Angaben hinsichtlich der Auszahlungsanweisung durch die angeführte Erklärung der Sparkasse, gegen deren Echtheit keine Bedenken bestehen, vollauf bestätigt werden. Der Umstand, daß die Erklärung der Sparkasse nicht, wie § 29 Abs. 3 BGB. für behördliche Erklärungen, auf Grund derer eine Eintragung erfolgen soll, vorschreibt, mit Siegel oder Stempel versehen ist, hindert ihre unterstützende Verwertung vom Gesichtspunkt der Unzweifelhaftigkeit der Darstellung des Testamentsvollstreckers i. S. der Entsch. FG. 7, 284 nicht, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die Erklärung der Sparkasse überhaupt als eine Eintragungsunterlage i. S. des § 29 Abs. 3 BGB. anzusehen ist.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 8. April 1937, 1 Wx 68/37.) [H.]

\*

#### 6. RG. — § 209 BGB. Die Klagen auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung unterbrechen den Verjährungslauf nicht.

Die Rev. hält die vom BG. getroffene Feststellung, daß die fünfjährige Verjährungsfrist durch die Klage auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung im Vorprozeß nicht unterbrochen worden sei, für rechtsirrig. Der Vortrag der Rev. kann das angefochtene Urteil nicht erschüttern.

Der § 209 BGB. zählt, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen (z. B. § 477 Abs. 2 BGB.) abgesehen, erschöpfend auf, durch welche Verfahrenshandlungen, insbes. durch welche Klagen die Verjährungsfrist unterbrochen wird. Die Klagen auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung gehören nicht zu den aufgeführten Klagen. Der Grund, weshalb sie nach dem Willen des Gesetzgebers die Verjährung nicht unterbrechen, liegt darin, daß sie die Erhebung eines Anspruchs auf Zahlung oder Herausgabe nur vorbereiten, ihn selbst aber noch nicht geltend machen. Nach der Gestaltung der Verjährungsunterbrechung im geltenden Recht kann diesen Klagen nicht die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung des Anspruchs eingeräumt werden. Denn diese vorbereitenden Klagen auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung lassen noch nicht erkennen, ob und in welchem Umfang künftig ein Anspruch erhoben werden wird. Das übersehen die von der Rev. in Bezug genommenen Lehrmeinungen. Nach dem § 209 BGB. tritt aber die Unterbrechung der Verjährung nur so weit ein, als durch die Klagerhebung Rechtshängigkeit des Anspruchs entsteht. Den Klagen auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung für sich allein kann auch nicht deshalb die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung beigelegt werden, weil sie nach § 254 BGB. mit der Leistungsklage oder mit einer Feststellungsklage nach § 256 BGB. verbunden werden können. Die von der Rev. angezogene Entsch. in RGZ. 115, 29 spricht nicht für, sondern gegen die Ansicht, daß die Klage auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung für sich allein schon die Verjährung unterbreche. Der dort entschiedene Streitfall betraf die Frage, ob die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs durch die Klage des Pflichtteilsberechtigten auf Erteilung von Auskunft über den Bestand des Nachlasses (§ 2314 BGB.) unterbrochen

wird. Sie ist dahn entschieden worden, daß die Verpflichtung des Erben zur Auskunftserteilung zwar in dem Pflichtteilsrecht ihre Grundlage habe, daß die Klage auf Auskunftserteilung aber nur die Erhebung des Pflichtteilsanspruchs vorbereite, daß der Pflichtteilsanspruch selbst mit ihr noch nicht erhoben sei, und daß deshalb die Verjährung des Anspruchs durch die Erhebung der Klage auf Auskunft nicht unterbrochen werde.

(RG., II. ZivSen., U. v. 26. Febr. 1937, II 207/36.) [E.]

\*

7. RG. — §§ 241, 1113, 1147 BGB. Die Auffassung, daß bei der Verteilung im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren ein dingliches Recht des zugleich persönlich haftenden Vollstreckungsschuldners ohne weiteres an letzter Stelle zu berücksichtigen wäre, ist unhaltbar. Der Gläubiger muß bei der dinglichen Rechtsverfolgung mit dem besseren Rang voreingetragener Rechte sich absindern und der dinglich vorberechtigte Schuldner braucht sich aus seiner Stellung nicht verdrängen zu lassen.

Im Grundbuch steht für den Kl. eine Hypothek und für die Befl. — im Range vorgehend — ein Nießbrauch eingetragen. Auf Antrag des Kl. ist die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet worden. Nach dem vom Vollstreckungsgericht aufgestellten Teilungsplan erhält jedoch der Kl. keine Zahlung, weil die verfügbaren Überschüsse der Verwaltung der Befl. auf ihr Nießbrauchsrecht zugeteilt worden sind. Mit der vorliegenden Klage erstrebt er die gerichtliche Anerkennung eines der Befl. gegenüber besseren Rechts auf Befriedigung aus dem Grundstück, und zwar auf Grund folgenden Sachverhalts:

Eigentümer des belasteten Grundstücks war bis zu seinem Ableben der Cheemann der Befl. B. Er wurde beerbt von der Befl. und zwei damals noch minderjährigen Kindern. Die Erben (in ungeteilter Erbgemeinschaft) wurden im Grundbuch als Eigentümer in Erbgemeinschaft eingetragen. Später wurde zwischen der Witwe und den durch einen Pfleger vertretenen Kindern ein notarieller Vertrag über die Bestellung eines Nießbrauchs geschlossen. Anlaß dazu gab eine in einem Erbvertrag der Cheleute B. enthaltene Bestimmung. Das GBA. vermerkte in Abt. II des Grundbuchs als auf dem Grundstück lastend ein „Nießbrauchsrecht für die Witwe des B.“.

Zur Sicherung von Forderungen des Kl. wurde ihm von der Witwe und ihren (inzwischen volljährig gewordenen) Kindern eine Darlehnshypothek gestellt.

Der Kl. hat die Verurteilung der Befl. zur Befriedigung begehrts, daß er bei der jetzt betriebenen oder einer künftig zu betreibenden Zwangsversteilung in das belastete Grundstück wegen des Hypothekenkapitals vor dem für die Befl. eingetragenen Nießbrauch befriedigt werde.

Zur Begründung hat der Kl. u. a. angeführt, die Hypothek sei, solange der Nießbrauch vorgehe, als Sicherung seiner Forderung praktisch wertlos. Deshalb habe die Hypothekeneinstellung nur dann einen Sinn gehabt, wenn die Befl. entschlossen gewesen sei, mit dem Nießbrauch hinter die Hypothek zurückzutreten.

Das OG. hat die Klage abgewiesen, das OVG. dem Antrag des Kl. stattgegeben.

RG. verwies an das BG. zurück.

Das BG. hat angenommen: Das zwischen den Parteien begründete schuldrechtliche Verhältnis verwehre es der Befl. sich gegenüber dem Verlangen des Kl. nach Befriedigung aus dem Grundstück auf den seiner Hypothek vorgehenden Nießbrauch zu berufen. Außerdem soll das Nießbrauchsrecht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt sein.

Das BG. hält zunächst die Befl. für verpflichtet, die Befriedigung des Kl. aus dem Grundstück nicht derart zu vertilgen, daß sie selber vorweg Befriedigung daraus beansprucht. Es leitet eine solche Verpflichtung aus dem der Vorschrift im § 241 BGB. entnommenen Rechtssatz her, daß der Schuldner alles unterlassen müsse, was mit seiner Verpflichtung zur Leistung unvereinbar sei. Die Auwendung dieses Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken.

Treffen bei einer Hypothek persönliche und dingliche Schuld in einer Person zusammen, so geht die persönliche Verpflichtung des Schuldners auf Zahlung der versprochenen Geldsumme schlechthin und die dingliche auf Zahlung aus dem belasteten Grundstück, d. h. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück (§§ 241, 1113, 1147 BGB.). Verfolgt der Gläubiger den dinglichen Anspruch, indem er die Zwangsvorsteigerung oder die Zwangsvorwaltung betreibt, so muß der Schuldner die Vollstreckung nach den dafür erlassenen Vorschriften über sich ergehen lassen. Dazu gehört die Wahrung der in den §§ 10 ff. BGB. verordneten Rangfolge der Ansprüche, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren. Diese Rangordnung, die für die Rechte an dem Grundstück (§ 10 Abs. 1 Ziff. 4 BGB.) im § 879 BGB. geregelt ist, bestimmt die Reihenfolge bei der Verteilung des Erlöses oder der Nutzungen des Grundstücks. Das gilt freilich nur unbeschadet des besseren Rechts eines Beteiligten, wie es auch aus schuldrechtlichen Beziehungen zwischen ihm und dem nach dem Teilungsplan Begünstigten erwachsen sein kann. Aber ein solches Schuldverhältnis müßte darauf gerichtet sein, daß der Begünstigte den ihm zugeteilten Betrag dem Widersprechenden zu überlassen habe. Die persönliche Verpflichtung der Bell. war hier auf Zahlung der geschuldeten Summe, nicht auf Erleichterung der dinglichen Rechtsverfolgung durch Zurückgebung ihres Nießbrauchs gerichtet. Aus § 241 BGB. ließe sich nicht mehr als der Satz ableiten, daß die Bell. alles zu unterlassen habe, was die Erfüllbarkeit der persönlich geschuldeten Leistung vereiteln würde. Davon ist hier nicht die Rede. Die von dem BG. vertretene Rechtsauffassung läme darauf hinaus, daß bei der Verteilung im Zwangsvorsteigerungs- oder Zwangsvorwaltungsverfahren ein dingliches Recht des zugleich persönlich haftenden Vollstreckungsschuldners ohne weiteres an letzter Stelle zu berücksichtigen wäre. Eine solche Folgerung wäre mit der geltenden Rechtsordnung unvereinbar. Der Gläubiger muß bei der dinglichen Rechtsverfolgung mit dem besseren Rang voreingetragener Rechte sich abfinden, und der dinglich vorberechtigte Schuldner braucht sich aus seiner Stellung nicht verdrängen zu lassen. Dem Gläubiger bleibt es unbenommen, auf Grund der persönlichen Forderung sich einen Vollstreckungstitel zu verschaffen und im Vollstreckungswege, soweit zulässig, in die bessere dingliche Stellung seines Schuldners einzurücken.

Für seine abweichende Auffassung hat der Vorderrichter sich auf die in RGZ. 134, 124 = JW. 1932, 724<sup>6</sup> (Ann. A = JW. 1932, 2280<sup>7</sup>; Ann. B = JW. 1932, 3181<sup>8</sup>) und RGZ. 143, 277 = JW. 1932, 1484<sup>9</sup> (m. Ann.) abgedruckten Entsch. des BG. berufen. In dem an erster Stelle genannten Urteil heißt es, der Einwand aus § 419 BGB. könne zur Abweisung einer auf § 888 Abs. 1 BGB. gestützten Klage auf Löschung von Zwangshypotheken (§ 866 BGB.) führen, weil der Kl. nicht die Beseitigung der Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand verlangen dürfe, den er sachlich-rechtlich zur Zwangsvollstreckung bereitzustellen verpflichtet sei. Dabei ist auf die Rspr. zu § 771 BGB. verwiesen worden, wonach bei Haftung aus § 419 BGB. dem Vermögensübernehmer das Recht zum Widerspruch gegen eine Zwangsvollstreckung verfagt wird, die ein Gläubiger des Veräußerers in einem zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand betreibt. Nach dem anderen Urteil kann der Eigentümer einer Sache, wenn er sie (nach §§ 931, 936 Abs. 3 BGB.) mit einem Verpächter-pfandrecht belastet erworben hat, auch beim Fehlen eines gegen ihn gerichteten Titels auf Duldung der Befriedigung aus der Pfandsache (§ 1233 BGB.) der wegen der Pfandforderungen vom Verpächter ausgebrachten Pfändung nicht widersprechen. Denn der Eigentümer ist solchenfalls sachlich verpflichtet, die Verwertung als Pfand durch den Verpächter gestehen zu lassen, und würde sich den Anforderungen an Treu und Glauben widersehen, wenn er sich auf den Mangel einer auch förmlich rechtmäßigen Pfändung berufen wollte. — In diesen Fällen handelte es sich mithin darum, ob ein Gegenstand, der nach sachlichem Recht unzweifelhaft der Zwangsvollstreckung dargeboten werden mußte, ihr gleichwohl aus einem prozessualen Grunde entzogen werden durste. Das ist ver-

neint worden. Dagegen ist im vorliegenden Fall erst gerade darüber zu entscheiden, ob nach sachlichem Recht bei der Befriedigung aus dem Grundstück die Bell. mit ihrem Nießbrauch der Hypothek des Kl. trotz schlechteren Ranges weichen muß.

Die Annahme des BG., daß das Nießbrauchsrecht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt sei, bedarf erneuter Prüfung und Entscheidung durch das BG. (Wird ausgeführt.)

(RG., V. ZivSen., II. v. 10. April 1937, V 281/36.) [v. B.]

\*

\*\* 8. BG. — I. §§ 504 ff., 512 BGB. Verkaufsrecht, Wiederaufkaufrecht, Ankaufsrecht. Das Verkaufsrecht bedeutet, mit dem Ankaufsrecht verglichen, ein Mehr, so daß, wenn schon ein Verkaufsrecht den Fall eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung nicht überdauert, ein Ankaufsrecht keine weitertragende Kraft haben kann.

II. §§ 182 ff., 883 Abs. 2, 873 BGB. Zur Anwendbarkeit der §§ 182 ff. BGB. auf Fälle sogenannter relativer Unwirksamkeit. An der Rspr. des BG. bzgl. der Anwendbarkeit der §§ 182 ff. BGB. auf die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu einer Hypothek oder Grundschuldbestellung wird festgehalten.

Die Kl. fordert von dem beklagten Justizfiskus Ersatz des Schadens, den sie als Hypothekendarlehnsgäberin infolge der von dem Bell. zu vertretenden Amtspflichtverletzung eines Grundbuchbeamten aus nächstehendem Anlaß erlitten haben will:

Durch notariellen Vertrag veräußerte die A.-Brauerei ihr in A. belegenes Gasthofgrundstück an die Genossenschaft G. In dem Vertrage heißt es:

„Die Käuferin verpflichtet sich, falls sie in den ersten 25 Jahren nach Abschluß dieses Vertrages aus irgendwelchem Grund das Kaufobjekt weiterverkaufen will, dieses der Brauerei anzubieten, und zwar zu einem Preis, welcher sich zusammen setzt aus dem jetzigen Kaufpreis und den Selbstkosten für Aufwendungen, die eine Mehrbewertung des Grundstücks darstellen. Die Brauerei hat also ein Rückkaufsrecht... Das... Rückkaufsrecht kann diese nicht beanspruchen, wenn es sich um einen Verkauf oder sonstigen Übergang des Grundstücks an den B.-Konsumverein... handeln sollte und dieser letztere die sämtlichen Rechte und Verpflichtungen aus diesem Vertrage und sonstigen Nebenabmachungen übernimmt. Das Rückkaufsrecht... bleibt selbstverständlich dann auch gegenüber dem neuen Erwerber bestehen.“

Die Vertragstiehenden bewilligten und beantragten die Eintragung des Rückkaufsrechts. Im Grundbuch wurde zugleich mit dem Eigentum der Käuferin der „Anspruch der... Brauerei... auf Übertragung des Eigentums nach Maßgabe der Eintragungsbewilligung vorgenommen“.

Später nahm die Genossenschaft zur Wiederherstellung des durch Brand teilweise zerstörten Gebäudes bei der Städtischen Spar- und Girokasse (künftig „Sparkasse“ genannt) ein Darlehen von 300 000 GM. auf und bestellte dafür eine Buchhypothek. Für die Brauerei standen damals bereits eine Hypothek von 25 000 GM. und Hypotheken von 75 000 und 10 000 GM. im Grundbuch verzeichnet. Die Brauerei hatte dem GVA. eine Urkunde eingereicht, in der sie erklärte, die Genossenschaft beabsichtige eine Hypothek von 300 000 GM. für die Sparkasse an erster Stelle eintragen zu lassen; sie räume dieser Hypothek hiermit den Vorrang vor ihren Hypotheken ein. — Die in Abt. II eingetragene Auflösungsvormerkung wurde in der Urkunde nicht erwähnt.

Im Sommer 1930 erbat die Genossenschaft von der Kl. ein Darlehen zur Ablösung der an erster Stelle stehenden Sparkassenhypothek. Die Kl. erhielt einen unbeglaubigten Grundbuchauszug, aus dem sie die in Abt. II eingetragene Auflösungsvormerkung ersah. Sie entschloß sich, der Genossenschaft auf erftstellige Briefhypothek ein Darlehen von 275 000 GM. zu geben. Von der Hypothek der Sparkasse wurde ein erftstelliger Teilbetrag von 275 000 GM. abgezweigt und darüber ein Hypothekenbrief gebildet. Die Sparkasse erklärte, daß, nachdem die Genossenschaft von der Kl. ein Darlehen von 275 000 GM. erhalten und damit die Sparkasse befriedigt habe, sie ihre Forderung an die Kl. abtrete und die Eintragung der Abtretung im Grundbuch bewillige. Der

neugebildete Hypothekenbrief wurde antragsgemäß zugleich mit einem unbeglaubigten Grundbuchauszug der Sparkasse behandigt. In dem Auszug war die Auflösungsvormerkung der Brauerei wiederum erwähnt, nicht dagegen in dem Hypothekenbrief. Die Kl. zählte demnächst gegen Übergabe des Hypothekenbriefs das der Genossenschaft bewilligte Darlehn an die Sparkasse.

Im Febr. 1933 forderte das GBA. den Hypothekenbrief zur Berichtigung ein. Die Kl. erhielt den Brief mit dem Vermerk zurück, daß in Abt. II Nr. 8 am 18. Juni 1921 die (näher beschriebene) Vormerkung für die Brauerei eingetragen sei.

Im März 1936 erwirkte die Kl. die Anordnung der Zwangsvorsteigerung des belasteten Grundstücks wegen eines Kapitalteilsbetrages ihrer Forderung. Die Kl. erstand das Grundstück im Juni 1936. Die Vormerkung blieb als Teil des geringsten Gebotes bestehen. Bei der Verteilung fiel u. a. die Hypothek der Kl. zum Teil aus.

Die Kl. hat vorgetragen: Infolge des Vergehens des Grundbuchbeamten sei ihr ein Schaden in Höhe ihrer Hypothekenforderung dadurch entstanden, daß sie im Vertrauen auf die Belastungsaufgaben in dem Hypothekenbrief die Darlehnssumme an die Genossenschaft ausgezahlt habe. Bei Kenntnis von der älteren Eintragung der Vormerkung würde sie der Genossenschaft das Darlehn nicht gewährt haben, ohne sich durch eine Vereinbarung mit der Brauerei gegen die Geltendmachung der Vormerkung zu sichern. Kraft der Vormerkung sei ihre Hypothek der Brauerei gegenüber unwirksam gewesen.

Die Kl. ist in allen Instanzen unterlegen.

I. Das zwischen Genossenschaft und Brauerei ausbedachte „Rückkaufsrecht“ läßt sich den Vorschriften des BGB. über das Vorkaufs- oder das Wiederkaufsrecht nicht unterordnen. Als dingliches Vorkaufsrecht konnte es schon deshalb nicht begründet werden, weil der Brauerei das Recht auf Erwerb des Grundstücks zu einem festen, durch Abmachungen zwischen der Genossenschaft und einem anderen Käufer nicht beeinflussbaren Preis zustehen sollte (RGZ. 104, 123). Die Vorschriften in den §§ 504 ff. BGB. über das persönliche Vorkaufsrecht liegen in dieser Richtung der Vertragsgestaltung freie Bahn (RG.: JW. 1908, 68<sup>2</sup>); sie ordnen aber im übrigen das Vorkaufsrecht auf andere Weise, als es hier geschehen ist. Das Vorkaufsrecht wird nur durch einen fertigen Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ausgelöst und läßt durch einseitige Erklärung des Berechtigten den Kauf zwischen ihm und dem Verpflichteten zustande kommen (RGZ. 72, 385; 98, 44; 106, 323). Das Wiederkaufsrecht der §§ 497 ff. BGB. ist in leichterer Beziehung ebenso geregelt wie das Vorkaufsrecht (§ 497 verglichen mit § 505 BGB.); doch setzt seine Ausübung weder einen zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten geschlossenen Kaufvertrag noch auch nur die Absicht des Verpflichteten voraus, sich auf Grund eines Verkaufs der Sache wieder zu entäußern. Hier haben die damaligen Vertragsparteien kraft bestehender Vertragsfreiheit ihre schuldrechtlichen Beziehungen anders bestimmt: Die Brauerei sollte, wenn die Genossenschaft verkaufen wollte, ein Recht auf ein Kaufangebot unter bestimmten Bedingungen haben und durch dessen Annahme einen Kaufvertrag zustande bringen, der ihr ein Recht auf Übereignung des Grundstücks verschaffte. Die unbeeinträchtigte Durchsetzung dieses Rechts sollte und konnte Dritten gegenüber durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (RGKomm. I. 10 zu § 883). Ein solches Rückkaufsrecht (vgl. RG.: SeuffArch. 74 Nr. 159; 81 Nr. 217; RGZ. 110, 184 [1891]) ist zwar rechtlich weder ein (persönliches) Vorkaufs- noch ein Wiederkaufsrecht, wirtschaftlich aber mit beiden — insoweit auch unter sich ähnlichen — Rechtsgebilden verwandt. Entsprechende Anwendung geeigneter, für jene Rechte gegebener Vorschriften ist deshalb nicht ausgeschlossen.

Das BG. hat zur Begründung seiner Annahme, daß mit der Versteigerung des Grundstücks das Ankaufsrecht der Brauerei untergegangen sei, den für das Vorkaufsrecht geltenden § 512 BGB. herangezogen. Danach ist das Vorkaufs-

recht ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, während für das Wiederkaufsrecht ein gleiches nicht gilt (§ 499 Satz 2 BGB.). Allerdings ist dem BG. bei seinem Schluß von dem Weniger auf das Mehr ein Irrtum unterlaufen. Wäre das Vorkaufsrecht, wie das BG. sagt, gegenüber dem Ankaufsrecht ein Weniger, so würde der Folgerung, daß mit dem Buschlag in der Zwangsvorsteigerung das Ankaufsrecht erloschen müsse, die denkgeschichtlich richtige Begründung fehlen. Das BG. hat sich aber, wie die Verweisung auf die Entsch. in RG.: SeuffArch. 81 Nr. 217 ergibt, nur im Ausdruck vergriffen. Das Vorkaufsrecht bedeutet, mit dem Ankaufsrecht verglichen, nicht ein Weniger, sondern ein Mehr, und deshalb ließe sich ohne Verstoß gegen die Denklehre sagen, daß, wenn schon ein Vorkaufsrecht den Fall eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung nicht überdauere, ein Ankaufsrecht keine weitertragende Kraft haben könnte.

Durch die Zwangsvorsteigerung ist das bis dahin nicht ausgeübte Ankaufsrecht der Brauerei untergegangen und die nach dem Buschlagsbeschluß förmlich bestehen gebliebene Vormerkung sachlich gegenstandslos geworden.

II. Nach § 883 Abs. 2 BGB. ist eine Verfügung, die nach Eintragung einer Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Unwirksamkeit gilt nicht allgemein, sondern besteht nur gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, der sie auch erst geltend machen kann, nachdem er den vorgemerkteten Anspruch zur Feststellung gebracht hat. Ein Auflösungsanspruch wird durch hypothekarische Belastung des Grundstücks zwar nicht vereitelt, wohl aber beeinträchtigt (RG.: Gruch. 48, 934). Bei einem durch Vormerkung gesicherten Ankaufsrecht der hier vorliegenden Art ist die Rechtslage eben anders als bei einem dinglichen Vorkaufsrecht, das nach der überwiegend vertretenen Meinung (vgl. Planck, Ann. 3β zu § 1098 BGB.) durch Belastungen aus der Zeit zwischen der Begründung des Rechts und dem Eintritt des Vorkaufsfalls nicht beeinträchtigt wird. Denn Voraussetzung für die Wirkung des Vorkaufsrechts als Vormerkung (§ 1098 Abs. 2 BGB.) ist der Eintritt des Vorkaufsfalles, bis dahin besteht kein der Sicherung fähiger und bedürftiger Übereignungsanspruch. Hier dagegen entstand ein durch die Ausübung des Ankaufsrechts bedingter Übereignungsanspruch schon durch den Begründungsvertrag (RGKomm. Ann. 5 zu § 1098 und Ann. 10 zu § 883). Daß die Eintragung einer Hypothek von 300 000 RM. das Ankaufsrecht der mit einem im voraus festgelegten Rückkaufspreis von höchstens 200 000 RM beschwerten Brauerei beeinträchtigt haben würde, läßt sich füglich nicht bezweifeln. Demgemäß hing die Wirksamkeit des die Hypothekbestellung betreffenden dinglichen Vertrages zwischen der Sparkasse und der Genossenschaft der Brauerei gegenüber von deren Zustimmung ab (Fall des § 182 Abs. 1 BGB.). Der dingliche Vertrag — die Einigung i. S. des § 873 BGB. — bildet einen Teil der im § 883 Abs. 2 BGB. gedachten Verfügung, zu deren Vollendung die Eintragung hinzukommen muß. Da es an der Eintragung hier nicht fehlt, war die Hypothekbestellung auch der Brauerei gegenüber wirksam, weil diese ihr, wie im Bil. festgestellt ist — auf formlos gültige Weise (§ 182 Abs. 2 BGB.) — zugestimmt hat. Die Zustimmung behob den aus § 883 Abs. 2 BGB. sich ergebenden Mangel der Hypothekbestellung ein für allemal. Die Brauerei war damit nicht nur gegenüber der Genossenschaft oder der Sparkasse verpflichtet, bei Verfolgung des vorgemerkteten Anspruchs die Hypothek der letzteren zu schonen. Der Zustimmungs-erklärung muß vielmehr, insofern sie einen zu voller Wirksamkeit der Hypothekbestellung noch mangelnden Tatumstand den Willenserklärungen der Vertragsabschließenden hinzutreten ließ, dingliche Wirkung und damit Wirkung zugunsten eines jeden Inhabers des so dem Bereich der Auflösungsvormerkung entzückten Rechts am Grundstück beigemessen werden. Mit dem Grundbuchinhalt stimmte dann freilich die wirkliche Rechtslage nicht überein. Daraus ist aber nichts gegen die dargelegte Wirkung der Zustimmung herzuleiten. Daß eine Rechtsänderung sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht, ist

auch sonst kein dem geltenden Eigentumsrecht fremder Vorgang.

Zum gleichen Ergebnis würde die Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. führen. Allerdings wäre nur eine entsprechende Anwendung möglich. Denn die Genossenschaft nutzte mit der Bestellung der Sparkassenhypothek eine ihr rechtmäßig zustehende Verfügungsmacht aus. Gegen eine entsprechende Anwendung bestehen aber keine Bedenken. Auch Verfügungen, die der Vorerbe nach § 2113 BGB. nicht mit Wirkung gegen den Nacherben treffen könnte, werden als voll wirksam behandelt, wenn der Nacherbe ihnen zugestimmt hat (RGZ. 65, 219 = JW. 1907, 212; RGZ. 110, 94 = JW. 1925, 2123; RGWart. 1914 Nr. 126).

Allerdings ist die Unwendbarkeit der §§ 182 ff. BGB. auf Fälle sogenannter relativer Unwirksamkeit (zufolge des nur zugunsten eines anderen bestehenden Veräußerungsverbots) angezeigt worden (RGKomm. Bem. 1 zu § 182) und die Vormerkung wirkt tatsächlich wie eine solche Verfügungsbeschränkung. Doch ist die daran sich anknüpfende Unterscheidung zwischen einer Genehmigung und einem Verzicht auf Geltendmachung der Unwirksamkeit für die Beurteilung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung. Auch ein derartiger Verzicht würde weiter reichen als eine nur schuldrechtliche Verpflichtung, von der Auflassungsvormerkung gegenüber der nacheingetragenen Hypothek keinen Gebrauch zu machen.

Für die Anwendung der §§ 182 ff. BGB. auf die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu einer Hypothek- oder Grundschuldbestellung hat sich im vorerörterten Sinne bereits der erkennende Senat in dem in SeufzArch. 90, 299 abgedruckten Urt. v. 13. Mai 1936 unter Verweisung auf ältere Beschlüsse des RG. (RGZ. 8, 154; JFG. 5, 326) entschieden. An dieser Rspr. wird festgehalten. Das bereits erwähnte Urt. des III. ZivSen. v. 1. Dez. 1933 (RGZ. 142, 331 [336 f.]) beruht zum Teil auf einer anderen Rechtsauffassung. An diese ist der erkennende Senat indessen nicht mehr gebunden (Ges. v. 28. Juni 1935 [RGBl. I, 844] Art. 2). Er sieht auch keinen Anlaß, gemäß § 137 BGB. eine Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen herbeizuführen, weil der dem III. ZivSen. unterbreitet gewesene Sachverhalt wesentlich anders lag. Dort hatte die Berechtigte ihre zeitweilig gehegte Absicht, von ihrer Vormerkung gegenüber einem nacheingetragenen Hypothekengläubiger keinen Gebrauch zu machen, nach außen hin nicht kundgegeben, so daß der Tatbestand einer Genehmigung überhaupt nicht vorlag. Im Streitfall hat dagegen die Brauerei nach der im BL. getroffenen Feststellung durch schlüssige Handlung in die ihren Auflassungsanspruch beeinträchtigende Belastung des Grundstücks mit der Sparkassenhypothek eingewilligt.

Nach den vorstehenden Ausführungen unter II war die Hypothek der Kl. gegenüber der Auflassungsvormerkung der Brauerei von vornherein wirksam, so daß die Kl. weder mit der Hypothek noch — im Fall der Zwangsvorsteigerung — mit dem Anspruch auf den Erlös der Brauerei hätte zu weichen brauchen. Aber selbst wenn es anders gewesen wäre, hätte sich nach den Ausführungen unter I für die Kl. eine ebenso günstige Rechtsstellung daraus ergeben, daß infolge der Zwangsvorsteigerung des belasteten Grundstücks der durch die Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch unterging und damit die Vormerkung selber gegenstandslos wurde. Die Kl. ist also durch das dem Grundbuchbeamten unterlaufene Versehen nicht geschädigt worden.

(RG., V. ZivSen., U. v. 21. April 1937, V 297/36.) [v. B.]  
(= RGZ. 154, 855.)

\*

9. RG. — §§ 535 ff. BGB. Ist vereinbart, daß der Mieter die Schönheitsausbesserungen trägt, und ist in den Vertrag ein neuer Mieter eingetreten, so hat dieser bei Vertragsende die Räume in einem solchen Zustand zurückzugeben, wie er der Ausführung der Schönheitsausbesserungen nach einem angemessenen Wirtschaftsplan auch während der Zeit des Vermieters entspricht.

Der Vermieter des Bell. hatte nach dem Vertrage „sämt-

liche Schönheitsreparaturen während der Dauer der Mietzeit auf eigene Kosten auszuführen“. In die Rechte und Pflichten des Mieters des Vertrages ist der Bell. eingetreten. Die Annahme des Bell., daß er in den Vertrag gar nicht habe eintreten können, da dieser mit dem 31. März 1933 ohne Kündigung abgelaufen sei, ist irrig. Denn der Vermieter hatte trotz der Vereinbarung, daß der Vertrag ohne Kündigung ablaufe, das Mietverhältnis fortgesetzt. Daß die Fortsetzung gegen den Willen des Vermieters erfolgt sei, ist nicht dargetan. Der Vertrag ist also stillschweigend verlängert worden und in diesen verlängerten Mietvertrag ist der Bell. eingetreten. Ob einer der Verträge hinsichtlich der Schriftform den Erfordernissen des § 126 BGB. entsprach oder nicht, kann dahingestellt bleiben, da die einzige Folge des Mangels der gesetzlichen Schriftform des Mietvertrages nach § 566 BGB. die ist, daß der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Das etwaige Fehlen der Schriftform ändert also am Inhalt des Vertrages nichts und macht insbes. die Vereinbarung über die Schönheitsausbesserungen nicht unwirksam. Der Bell. hatte deshalb die Schönheitsausbesserungen auszuführen.

Ein Mieter, der die Schönheitsausbesserungen übernommen hat, hat die Räume bei seinem Auszuge in einem Zustand zurückzugeben, wie er der Ausführung der Schönheitsausbesserungen nach einem angemessenen Wirtschaftsplan entspricht. Dabei kommt es nicht darauf an, wann der Bell. in den Mietvertrag eingetreten ist, sondern wann das Mietverhältnis des Vermieters begonnen hat, da der Bell. in die Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrage eingetreten ist. Es ist deshalb unerheblich, in welchem Zustand der Bell. die Räume vom Vermieter übernommen hat. Es ist auch weiter unerheblich, seit wann der Kl. durch Erwerb des Grundstücks nach § 571 BGB. in die Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag eingetreten ist. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die Wohnung sich bei ihrer Rückgabe in einem Zustand befunden hat, der der Durchführung der Schönheitsausbesserungen nach einem angemessenen Wirtschaftsplan entsprach. Daß Schönheitsausbesserungen erforderlich waren, ergibt sich aus dem Schreiben des Bell. v. 20. März 1936. Der Bell. hatte deshalb gegenüber den Darlegungen des Kl. gleichfalls durch ins einzelne gehende Angaben darzulegen, in welcher Weise er seiner Pflicht zur Ausführung der Schönheitsausbesserungen entsprochen hat. Das hat er aber nicht getan.

Der Vermieter hat zwar keinen Anspruch darauf, daß die Wohnung bei der Rückgabe völlig neu hergerichtet werde, sondern nur, daß, wie ausgeführt, der Zustand der Wohnung der planmäßigen Ausführung der Schönheitsausbesserungen entspreche. Der Bell. hat dabei in keiner Weise dargelegt, inwiefern der Kl. mehr fordere, als der planmäßigen Ausführung der Arbeiten entspräche. Hierfür genügt auch insbes. nicht der Hinweis darauf, daß die Ausführungen der Schönheitsausbesserungen in der neuen Wohnung des Bell. einen erheblich geringeren Kostenaufwand erfordert hätten.

Die Einwendungen des Bell. entbehren somit der erforderlichen ins einzelne gehenden Darlegung und sind deshalb unbedeutlich. Die Klage ist deshalb begründet.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 14. April 1937, 17 U 7441/36.)

\*

10. RG. — §§ 537, 552 BGB. Eine öffentlich-rechtliche Anordnung, die den Gebrauch oder die Nutzung eines Pachtgegenstandes verhindert, begründet einen Fehler der Pacht-Sache i. S. des § 537; — jedoch nur dann, wenn infolge der behördlichen Anordnung grundsätzlich niemand mehr den vertragsmäßigen Gebrauch ausüben kann. Kein Fehler der Pacht-Sache liegt vor, wenn ein anderer Pächter durch die behördliche Anordnung am gleichen Gebrauch nicht gehindert sein würde. <sup>†</sup>

Die beklagte Genossenschaft, deren Vorstandsmitglied der Kl. ist, wurde 1932 gegründet, und zwar vom Kl. und anderen Milchhändlern. Ihr Zweck war der gemeinschaftliche Bezug von Milch, deren Abgabe an die Genossen und die Verarbeitung der Milchrestmenge. Der Kl., der einen Milch-Groß- und Kleinhandel betrieb, hatte auf seinem Grundstück eine Molkereieinrichtung zur Verarbeitung von Milchrestmengen. Er schloß unter dem 1. April 1933 mit der Bell. einen Pacht- und Anstel-

lungsvertrag. Danach pachtete die Bell. den Molkereibetrieb des Kl. für zehn Jahre zu monatlich 500 RM und übertrug dem Kl. die Betriebsleitung gegen ein Monatsgehalt von 300 RM. Am 20. Juni 1933 erhielt die Bell. vom Stadtausschuß die Großhandelslizenz. Sie nahm die Belieferung ihrer Genossen mit Milch auf, begann aber mit der Verarbeitung der nicht abgesetzten Mengen erst anfangs August 1933.

Durch Anordnung vom 25. Sept. 1933 verbot der Milchwirtschaftsverband den Milchlieferanten der Bell., sie weiter zu beliefern, und ihren Abnehmern, von ihr zu beziehen. Darauf hat die Bell. ihren Betrieb am 1. Okt. 1933 eingestellt. Nach Erlass der Bd. über den Zusammenschluß der deutschen Milchwirtschaft v. 27. März 1934 forderte die Bell. vom Streithelfer, der Rechtsnachfolger des Milchwirtschaftsverbandes ist, Entschädigung für die Nachteile aus der Betriebseinstellung. Ein Schiedsspruch vom 1. Dez. 1934 erging dahin, daß der Streithelfer die Bell. von den etwaigen Ansprüchen des Kl. aus dem Pacht- und Anstellungsverträge befreien müsse, soweit sie für die Zeit vom 1. Sept. 1933 bis zum 31. Aug. 1934 gerichtlich festgestellt würden. Der Kl., der seit dem 1. Sept. 1933 Pachtzins und Gehalt nicht mehr erhalten hat, fordert mit der Klage 9960 RM, während der Streithelfer die Klageabweisung begeht hat. Das BG. hat unter Abweisung der Klage im übrigen 530 RM zuerkannt, nämlich für September 1933 an Pachtzins 500 RM und 30 RM Instandhaltungsentschädigung. Es hat seine Zuständigkeit für die Gehaltsansprüche verneint. Der Kl. hat mit der Berufung neben dem zuerkannten Betrage nur noch weitere 6430 RM gefordert; nämlich je 530 RM für die Zeit vom 1. Okt. 1933 bis zum 31. Aug. 1934 und das Gehalt für Juli und August 1934. Nach Beweisaufnahme hat das BG. noch weitere 330 RM als Instandhaltungsentschädigung für elf Monate zugesprochen, im übrigen aber seine Berufung zurückgewiesen, und zwar auch bzgl. des Gehalts, weil der Anspruch unbegründet sei. Mit der Rev. verfolgt der Kl. seinen Berufungsantrag, soweit er erfolglos geblieben ist, weiter. Der Streithelfer hat die Zurückweisung beantragt. Die Bell. ist im Revisionsverfahren nicht vertreten.

Die Entsch. über den Gehaltsanspruch gibt keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Hingegen ist die Abweisung des Pachtzinsanspruchs möglicherweise von einer irrgigen Auslegung der §§ 537, 552 BGB. beeinflußt.

Das BG. hat einwandfrei festgestellt, daß die Bell. infolge der gegen sie ergangenen Anordnung den von den Beteiligten zum Vertragszweck bestimmten Gebrauch von der Pachtfläche nicht mehr machen kann. Damit allein ist aber noch nicht entschieden, ob der Fall des § 537 BGB. oder derjenige des § 552 BGB. vorliegt. Allerdings kann eine öffentlich-rechtliche Anordnung einen Fehler der Pachtfläche begründen, der nach § 537 ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt, so daß der Anspruch auf Pachtzins entfällt. Die Folge einer solchen Anordnung kann aber auch darin bestehen, daß der Pächter nur durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchs- und Nutzungsrechts verhindert ist. Dann hat diese Wirkung gemäß § 552 BGB. auf seine Verpflichtung, den Pachtzins zu zahlen, keinen Einfluß. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, hängt davon ab, in welchem Umfange das Verbot den Gebrauch der Pachtfläche zum Vertragszweck hindert. Kann überhaupt niemand mehr die Pachtfläche zu dem Vertragszweck benutzen, oder liegt die Möglichkeit dieser Benutzung nur noch ganz ausnahmsweise und bei so wenigen vor, daß der Fall bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichzustellen ist, so ist ein Fehler der Pachtfläche i. S. des § 537 BGB. gegeben, denn sie ist zu diesem Vertragszweck, also zu dem vertragsmäßigen Gebrauch, gar nicht mehr brauchbar. In solchem Falle hat das Verbot einen unmittelbaren Einfluß auf den Pachtgegenstand. Deshalb ist die Anwendbarkeit des § 537 BGB. dann bejaht worden, wenn die Schanlerlaubnis für bestimmte, zum Betrieb einer Gastwirtschaft vermietete Räume deshalb versagt wird, weil nach Zahl, Art, Lage und Entfernung der schon vorhandenen Wirtschaften kein Bedürfnis für die Erteilung besteht (RGZ. 144, 176 = JW. 1937, 1411<sup>2</sup> m. Anm.). Ebenso ist ein Fehler der verpachteten Mühle darin gesehen worden, wenn sie wegen der

gesetzlich angeordneten Einschränkung der Vermählung nicht mehr voll ausgenutzt werden darf (RGZ. 147, 157 = JW. 1935, 1771<sup>5</sup> m. Anm.). Den Gegensatz zu diesen Fällen, in denen infolge einer gesetzlichen oder behördlichen Anordnung niemand mehr die Sache zu dem vertragsmäßigen Zweck benutzen kann, bildet ein Sachverhalt, in welchem diese Benutzung zwar dem Pächter oder Mieter infolge des Verbots nicht mehr möglich ist, andere aber daran nicht gehindert wären. So ist in RGZ. 79, 92 = JW. 1912, 636 nicht ein Fehler nach § 537 BGB., sondern ein in der Person des Mieters liegender Grund nach § 552 BGB. angenommen worden, als ein Stellenvermittler, der Räume zur Errichtung eines Zweiggeschäfts gemietet hatte, diese Absicht nicht ausführen konnte, weil ein auf Grund des Stellenvermittlers v. 2. Juni 1910 ergangenes Verbot die Errichtung von Zweigstellen untersagt hatte. Hier waren nur solche Personen an der Benutzung der Räume zum vertragsmäßigen Zweck, nämlich zum Betrieb eines Stellenvermittlergeschäfts, gehindert, die schon ein solches Geschäft anderswo betrieben und in den Mieträumen eine Zweigstelle errichten wollten. Dagegen konnte jemand, der noch kein solches Geschäft hatte, die Räume ungehindert dem vertragsmäßigen Zweck, nämlich der Einrichtung eines solchen Geschäfts, dienstbar machen. Liegt es so, dann fehlt es an demjenigen Einfluß des Verbots auf die Miet- oder Pachtfläche selbst, die zur Annahme eines Fehlers i. S. des § 537 BGB. unerlässlich erscheint.

Es ist nicht ersichtlich, ob sich das BG. dieser rechtlichen Unterscheidung völlig bewußt war. Es hält für entscheidend, ob die persönlichen Eigenschaften der Bell. und ihrer Genossen für die Anordnung, die zur Betriebseinstellung nötigte, ursächlich waren, und stellt fest, das Verbot sei gegen die Bell. ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse im Zuge der Neuorganisation der Milchwirtschaft ergangen, weil die Bell. ein entbehrliches Zwischenglied gewesen sei. Das schließt aber den Tatbestand des § 537 BGB. noch nicht aus, denn es läßt die Möglichkeit offen, daß nicht alle Betriebe von der Art, wie sie für die vertragsmäßige Benutzung der Pachtfläche in Betracht kommen können, als entbehrliche Zwischenglieder von dem Verbot betroffen sein würden, ergibt also nicht, daß niemand (im obigen Sinne) mehr von der Pachtfläche den vertragsmäßigen Gebrauch machen könnte.

Aus diesem Grunde muß das BG., soweit es den Anspruch auf Pachtzins abweist, aufgehoben werden. Bei der neuen Prüfung wird das BG. mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles, daß nämlich der Kl. auch Vorstandsmitglied der Bell. und wahrscheinlich an ihrem Betriebe in besonderer Weise interessiert war, deshalb vielleicht eine wesentlich andere Stellung als sonst ein Verpächter einnahm, unter Umständen auch die Abgrenzung des Vertragszweckes, nochmals ins Auge fassen müssen. Diese Besonderheiten können vielleicht den Vertragszweck derart beeinflußt haben, daß etwa bei Verneinung eines Fehlers nach § 537 BGB. doch die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 323 BGB.) anzuwenden sind (vgl. RGZ. 146, 60 = JW. 1935, 1016<sup>17</sup> m. Anm.), weil Vertragszweck nur der bestimmt geartete Betrieb der Bell. sein sollte.

(RG., IV. ZivSen., II. v. 22. März 1937, IV 318/36.) [R.]

**Anmerkung:** Fälle, in denen eine gesetzliche oder eine andere öffentlich-rechtliche Anordnung den Mieter oder Pächter an dem vertragsmäßigen Gebrauch der Miet- oder Pachtfläche verhinderte, sind wiederholt Gegenstand der Rpr. gewesen. Da eine solche Anordnung von dem Willen der Vertragsteile unabhängig, ihr Einfluß auf das Vertragsverhältnis also von keinem von beiden zu vertreten ist, wäre nach § 323 BGB. dem Vermieter oder Verpächter der Anspruch auf den Zins zu versagen. Aber das Miet- und Pachtrecht enthält hierzu besondere Vorschriften.

Während man den § 537 BGB. als eine Art Unterfall des § 323 bezeichnen kann, bringt § 552 eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 323. Es muß danach in jedem Falle geprüft werden, ob die öffentlich-rechtliche Anordnung in irgendeiner Beziehung zu der Miet- oder Pachtfläche steht, d. h. deren Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt (§ 537), oder ob

sie sich gegen die Person des Mieters oder Pächters richtet, d. h. gerade ihn an der vertragsmäßigen Benutzung der Sache hindert (§ 552).

Der Unterschied zeigt sich am klarsten bei der Vermietung oder Verpachtung von Räumen zum Betriebe einer Gastwirtschaft, für die die Schankerlaubnis noch einzuholen ist. Wird die Erlaubnis wegen der Beschaffenheit der Räume oder deshalb versagt, weil wegen ihrer örtlichen Lage die Bedürfnisfrage verneint wird, dann liegt ein Mangel des Vertragsgegenstandes vor, und der Mieter (Pächter) ist nach § 537 von der Entrichtung des Zinses befreit (so R. G. 144, 176 = J. W. 1934, 1411<sup>2</sup>).

Wird sie dagegen wegen Unzuverlässigkeit des Mieters (Pächters) versagt, so liegt der Mangel in seiner Person, und er bleibt zur Entrichtung des Zinses verpflichtet.

Schwieriger ist die Unterscheidung zwischen § 537 und § 552 dann, wenn die öffentlich-rechtliche Anordnung nicht unmittelbar den Vertragsgegenstand oder die Person des Mieters betrifft, sondern sich an die Allgemeinheit oder an bestimmte Berufskreise richtet. Es gehören hierher z. B. die vom R. G. entschiedenen Fälle, in denen Räume zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes oder zur Errichtung eines bestimmten Einzelhandelsgeschäftes vermietet waren und der Mieter sie zu dem vertraglichen Zwecke nicht benutzen konnte, weil nach Abschluß des Vertrages die Neuerrichtung solcher Geschäfte durch die Not-VO. des R. Präf. v. 23. Dez. 1932 oder durch das Ges. zum Schutz des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 allgemein verboten wurde. Die Verbote erfolgten aus allgemeinen wirtschaftspolitischen Gründen; auf die Art und Lage der Räume und auf die Person des Mieters kam es nicht an (R. G.: J. W. 1934, 1429<sup>2</sup> und 1430<sup>4</sup>).

Man kann in solchen Fällen nicht ohne weiteres sagen: Der Grund, aus dem der Mieter an der Ausübung des ihm vertraglich zustehenden Gebrauchs verhindert ist, liegt nicht in seiner Person; also ist nicht die Ausnahmeverordnung des § 552 anzuwenden, sondern der Grundsatz der §§ 323, 537. Denn nach § 537 ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nur befreit, wenn die Mieträume mit einem Fehler behaftet sind, der ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt.

Dagegen wird man sagen können und müssen: Ein solcher Fehler der Mieträume liegt vor, wenn sie infolge des gesetzlichen Verbots von niemand mehr, oder doch nur von ganz wenigen Personen, denen vielleicht eine Ausnahme von dem Verbot der Errichtung eines Einzelhandelsgeschäftes in den Räumen bewilligt werden könnte, zu dem im Vertrage vorgesehenen Geschäftsbetrieb benutzt werden können. Die Räume sind dann für den vertragsmäßigen Gebrauch schlechthin untauglich, und der Mietzinsanspruch des Vermieters fällt nach § 537 fort.

Auf ähnlichen Erwägungen beruht der vom R. G. im vorl. Urteil aufgestellte Satz: Ob § 537 oder § 552 anzuwenden ist, hängt davon ab, in welchem Umfange das öffentlich-rechtliche Verbot den Gebrauch der Pachtfläche zum Vertragszweck hindert. Trifft das Verbot nur gerade diese Pächterin und vielleicht noch einige ähnliche Unternehmen als entbehrliche Zwischenlieder, aber nicht alle für die Pachtung der Molkerei in Betracht kommenden Betriebe, so liegt der Grund für die Unmöglichkeit, von der Molkerei den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen, nicht in einem Fehler der Pachtfläche, sondern in der Person der Pächterin.

Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie bringt eine wichtige Ergänzung der bisherigen R. spr. des R. G. zu § 537 und § 552 BGB.

Sen. Präf. Hüb schmann, Berlin.

\*

11. R. G. — §§ 581, 537, 538 BGB.; Art. 73 EGBGB.; Art. 89 PrAGBGB.; § 397 PrWassG. Pachtvertrag über ein öffentliches Fährregal. Auf das Pachtverhältnis finden die Vorschriften des BGB. Anwendung. Inwieweit der Verpächter verpflichtet ist, dem Pächter den Wettbewerb Dritter fernzuhalten, hängt vom Inhalt des Pachtvertrages und den Erfordernissen der Rücksicht auf Treu und Glauben ab.

Die Kl. hat von dem b. Lande das diesem nach § 51 Preuß. A. W. II 15 zustehende öffentliche Fährregal gepach-

tet, das nach Art. 73 EGBGB. mit Art. 89 PrAGBGB. und § 397 PrWassG. aufrechterhalten geblieben ist. Auf das Pachtverhältnis finden die Vorschriften des BGB. Anwendung. Die Kl. fordert Schadensersatz mit der Begründung, daß b. Land habe seine vertraglichen Pflichten als Verpächter verletzt. Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist deshalb vom BGB. unbedenklich bejaht worden, wie auch gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage keine Bedenken obwalten.

Das BGB. erblickt eine Vertragsverletzung darin, daß das b. Land der X.-Gesellschaft die Genehmigung zur Errichtung der Dampferanlegerbrücke am Forsthaus A. erteilte, ohne dabei hinreichend für den Schutz der Kl. zu sorgen. Für die Handlungen des Reg. Präf. bei dieser Erteilung hafte das b. Land nach § 278 BGB., denn eine klare Scheidung zwischen den Zuständigkeiten des Reg. Präf. als Vertreter des Verpächters einerseits, als Chef der Wasserstraßenverwaltung andererseits sei nicht möglich. Außerdem aber habe der Reg. Präf. mit der wasserpolizeilichen Genehmigung stillschweigend die weiter erforderliche Genehmigung zur Benutzung des Ufergeländes am Forsthaus A. für den Bau erteilt. Dabei habe er auf jeden Fall als Vertreter des b. Landes, nämlich des Forstfiskus gehandelt. Es würde auch Treu und Glauben stark wider sprechen, wenn eine Amtsstelle mit verschiedenen Zuständigkeiten den in einer Eigenschaft übernommenen Verpflichtungen in ihrer anderen Eigenschaft zu widerhandeln dürfte.

Die wasserpolizeiliche Genehmigung sei nach Abschluß des Pachtvertrages mit der Kl. erteilt worden. Die Vertragsverletzung liege darin, daß bei Erteilung der Genehmigung nicht genügend dafür gesorgt worden sei, daß die X.-Gesellschaft die neue Anlegestelle nicht zu Eingriffen in das Fahrrecht der Kl. missbrauchen könnte, obwohl nach dem früheren Verhalten der Gesellschaft mit solchen Übergriffen zu rechnen gewesen sei. Der Reg. Präf. sei an der nötigen Vorsorge nicht rechtlich gehindert gewesen. Er hätte sich etwa den Widerruf der Genehmigung bei Verstößen vorbehalten oder Vertragsstrafen ausbedingen können. Mindestens hätte ihn die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses nicht daran gehindert, so bei der Genehmigung der Uferbenutzung zu verfahren. Die Unterlassung beruhe auf Fahrlässigkeit.

Der Schadensersatzanspruch werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Kl. den Pachtvertrag in Kenntnis des Schreibens vom ... abgeschlossen habe. Nach diesem Schreiben habe sie wohl damit rechnen müssen, daß die X.-Gesellschaft auf ihren Tourenfahrten das Forsthaus anlaufe, nicht aber, daß der Gesellschaft Verlegerungen ihres Fährrechts ermöglicht würden.

Das B. II. vermag der Entsch. nicht standzuhalten.

Mit dem BGB. ist davon auszugehen, daß das b. Land das ihm zustehende Fährrecht an die Kl. durch Verpachtung zur Ausübung überlassen hat. Es ist aber schon recht zweifelhaft, ob es gegen das Fährrecht verstößt, wenn eine Dampfergesellschaft mit Fahrzeugen, die nicht nur für das Übersezten von Personen auf der Strecke, auf die sich das Fährrecht bezieht, hier also zwischen dem Hafen B. und dem Forsthaus A., bestimmt sind, bei Gelegenheit der Ausführung anderer Fahrten auch Personen zwischen den genannten Orten befördert (vgl. Entsch. des Pr. D. B. 83, 340). Doch selbst wenn die Dampfergesellschaft durch ihren Verkehr das Fährrecht verletzt haben sollte, so begründete dieser Umstand doch keinen Mangel dieses Fährrechts, also des Pachtgegenstandes, i. S. der §§ 581, 537, 538 BGB., denn die X.-Gesellschaft hätte dann nicht auf Grund eines ihr zustehenden Rechts, sondern vielmehr in unerlaubter Handlung die Einträchtigung des verpachteten Fährrechts vorgenommen. Demnach kann eine Schadensersatzpflicht des b. Landes aus §§ 581, 538 BGB. überhaupt nicht in Betracht kommen.

Damit ist allerdings die Entsch. über den Klageanspruch noch nicht gefunden. Vielmehr kann das b. Land auch in anderer Weise schadensersatzpflichtig geworden sein, weil es den Pachtvertrag nicht ordnungsmäßig erfüllt hat. Die Kl. macht den Schaden geltend, der ihr dadurch erwachsen ist, daß die X.-Gesellschaft durch die Beförderung von Personen auf der Fährstrecke ihr, der Kl., Wettbewerb bereitet und dadurch

den Ertrag ihrer Fährtätigkeit vermindert hat. Es kommt also darauf an, ob etwa das bekl. Land diesen Wettbewerb ermöglicht oder gefördert hat, obwohl es damit gegen den Pachtvertrag verstieß. Inwieweit der Verpächter verpflichtet ist, dem Pächter den Wettbewerb Dritter fernzuhalten, hängt wiederum vom Inhalt des Pachtvertrages und den Erfordernissen der Rücksicht auf Treu und Glauben ab. Das BG. macht das bekl. Land für den Schaden haftbar, weil es Treu und Glauben widerspreche, wenn ein Teil Maßnahmen treffe, die den Vertragszweck gefährden und den anderen Teil bei der Durchführung des Vertrages schädigen können. Den Vertrag legt es dahin aus, daß das bekl. Land für den Wettbewerb einzustehen habe, weil der Ausschluß der Haftung für die Verleugnungen des Fährrechts durch die X.-Gesellschaft nicht ausdrücklich im Vertrage ausgesprochen sei. Das beruht jedoch auf Rechtsirrtum.

Unstreitig ist der X.-Gesellschaft der Bau der Anlegebürg bei Forsthaus A. aus Gründen des Gemeinwohls genehmigt worden. Dann erforderten diese Gründe des Gemeinwohls in gleicher Weise, daß das bekl. Land als Ufer-eigentümer die Benutzung des Ufers für den Bau gestattete, da andernfalls der genehmigte Bau nicht durchführbar gewesen wäre. Es kann nun mit dem BG. davon ausgegangen werden, daß das bekl. Land, wenn auch nicht als Inhaber der Wasserpolizei, so doch als Grundeigentümer der X.-Gesellschaft besondere Verpflichtungen zum Schutz der Kl. hätte auferlegen und diese in geeigneter Weise, etwa durch Vorbehalt des Widerrufes der Genehmigung hinsichtlich des Uferlandes oder durch Vereinbarung von Vertragsstrafen, sichern können. Entscheidend aber muß hier ins Gewicht fallen, daß die Kl. bei Abschluß des Pachtvertrages auf einen derartigen Schutz nicht mehr rechnen konnte. Sie war genau darüber unterrichtet, daß der Dampfergesellschaft die geplante Anlegebürg genehmigt werde. Es liegt auf der Hand, daß sie sich infolgedessen auch klar war, ihr könne in mehr oder weniger großem Umfang daraus ein ihr Geschäft beeinträchtigender Wettbewerb erwachsen. Daß sie sich dessen voll bewußt war, erweist die Tatsache, daß sie alsbald deswegen Verhandlungen mit dem RegPräf. aufnahm. Diese Verhandlungen blieben ergebnislos. Die Kl. wußte also, daß das bekl. Land nicht beabsichtigte, die X.-Gesellschaft in den Befugnissen, die ihr das Gesetz trotz Bestehens der Fährgerechtigkeit beließ, in der Art einzuschränken, wie es die Belange der Kl. dieser wünschenswert machten. Nach diesen ergebnislosen Verhandlungen schrieb der RegPräf. am ... an die Schwiegermutter der Kl. — es besteht kein Zweifel, daß die Kl. diesen Brief alsbald gelesen hat —, er sei nicht in der Lage, der X.-Gesellschaft das Anlaufen am Forsthaus A. bei Gelegenheit von Rundfahrten über Station B.-Hafen zu verwehren. Zugleich forderte er sie auf, wenn sie mit Rücksicht hierauf den Fährbetrieb fortsetzen wolle, rechtzeitig die Verlängerung ihres Pachtvertrages zu beantragen. Damit war unzweideutig ausgeprochen, daß die Verlängerung des Pachtvertrages nur unter der Voraussetzung erfolge, daß das bekl. Land von jeder besonderen Beschränkung der X.-Gesellschaft im Wettbewerb mit der Pächterin der Fähre absche. Darauf ändert auch die Bemerkung nichts, daß kein Pendelverkehr, also kein auf die Verbindung der beiden Anlegestellen beschränkter Dampferverkehr stattfinde. Trotzdem hat die Kl. den Pachtvertrag für sich selbst neu abgeschlossen. Ein Neuabschluß lag auch vor, wenn schon beim Abschluß des ersten Pachtvertrags die Verlängerung der Pachtlauf mit geändertem Pachtzins in Aussicht gestellt worden sein sollte. Inhalt des Pachtvertrages kann bei diesem Sachverhalt nur geworden sein, daß das bekl. Land für Wettbewerbshandlungen der Dampfergesellschaft nicht einzustehen hat, denn die Kl. wußte, daß ein solcher Wettbewerb drohte und daß der Verpächter es abgelehnt hatte, dagegen von sich aus etwas zu unternehmen. Nach Treu und Glauben kann unter diesen Umständen dem Verpächter keine vertragliche Pflicht auferlegt werden, für den Wettbewerb einzustehen. Eine solche Pflicht würde vielmehr voraussehen, daß sie im Vertrage niedergelegt oder ihre der Vorgeschichte des Vertragsschlusses widersprechende Übernahme in irgendeiner anderen Form unmöglich verständlich zum Ausdruck gebracht wäre. Darauf fehlt es

völlig. (Wird näher ausgeführt.) Es wäre Sache der Kl. gewesen, die Verpflichtung des Verpächters, sie vor Wettbewerb zu schützen, im Vertrage klarzustellen, wenn sie auf solchen Schutz einen vertraglichen Anspruch erwerben wollte. Da sie es unterlassen hat, ist bei der Sachlage die Auffassung rechtlich unmöglich, der Verpächter haftet für ihren Schaden wegen eigener Vertragsverletzung.

(RG., IV. ZivSen., II. v. 22. April 1937, IV 31/37.) [Ba.]

\*

12. RG. — §§ 581, 568 BGB. Endete eine Zwangspacht über Kleingartenland vor dem Inkrafttreten des ErgG. zur KlGartD., dem 1. Juli 1935, hat der Zwischenpächter das Kleingartenland aber über den 1. Juli 1935 hinaus genutzt, so ist er und nicht der Kleingärtner von diesem Zeitpunkt ab gegenüber dem Verpächter Schuldner des Entgelts für Dauerwohnläuben.

Die Zwangspacht über das Kleingartenland, welche zwischen der Kl. und der Bev. festgesetzt worden war, endete durch Beitallauf am 30. Sept. 1934. Die neue Zwangspacht ist erst für die Zeit v. 1. April 1936 ab festgesetzt worden. Der Anspruch der Kl. gegen die Bev. auf Entgelt für die Benutzung des Kleingartenlandes durch Dauerwohnläuben für die Zeit v. 1. Juli 1935 bis zum 31. März 1936 hängt deshalb davon ab, ob in dieser Zeit schuldrechtliche Beziehungen zwischen der Kl. und der Bev. bestanden. Die Festsetzung der Zwangspacht gem. § 5 KlGartD. ist ein hoheitsrechtlicher Staatsakt, der kraft Gesetzes schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten erzeugt, nämlich das Bestehen eines Pachtverhältnisses. Die Bev. war deshalb bei Ablauf der Zeit, für die die Zwangspacht festgesetzt war, verpflichtet, das Kleingartenland der Kl. zurückzugeben. Daß sie das nicht getan hat, kann gegen oder nicht gegen den Willen der Kl. geschehen sein. Ist die Rückgabe des Kleingartenlandes nicht gegen den Willen der Kl. unterblieben, so kann dageinstellt bleiben, ob ein Zwangspachtverhältnis gem. §§ 581, 568 BGB. verlängert werden kann, also ob ein Zwangspachtverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert anzusehen ist, wenn der Kleingartenpächter die Nutzung des Pachtlandes fortsetzt und der Verpächter seinen entgegenstehenden Willen dem Pächter gegenüber nicht binnen zwei Wochen erklärt. Denn, auch wenn eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften mit Rücksicht auf die Zwangsnatur des Schuldverhältnisses nicht zulässig sein sollte, so ist doch jedenfalls eine entsprechende Anwendung der §§ 581, 568 BGB. begründet. Es besteht dann auch für die Zwischenzeit die Verpflichtung der Bev., an die Kl. Pachtzins zu zahlen. Ist die Rückgabe des Kleingartenlandes aber gegen den Willen der Kl. unterblieben, so hat die Kl. gem. § 597 BGB. einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des Pachtzinses. Durch das ErgG. zur KlGartD. v. 26. Juni 1935 ist der Inhalt des Kleingartenpachtverhältnisses mit Wirkung v. 1. Juli 1935 ab dahin erweitert worden, daß die Benutzung von Dauerwohnläuben zum Gegenstand des Kleingartenpachtverhältnisses geworden ist und daß der Pächter von Kleingartenland für diese Benutzung das von der Behörde festgesetzte Entgelt zu zahlen hat. Diese Erweiterung der Rechte und Pflichten des Pächters von Kleingartenland ist auch bei den Beziehungen der Streitfälle erfolgt, sei es, daß §§ 581, 568 BGB. entsprechend gelten oder daß § 597 BGB. anwendbar ist, da das ErgG. zur KlGartD. und somit auch sein § 2 auf sämtliche zur Zeit seines Inkrafttretens erfolgten Benutzungen von Kleingartenland durch Dauerwohnläuben zur Anwendung kommt. Der von der Bev. der Kl. v. 1. Juli 1935 ab geschuldete Pachtzins besteht deshalb nicht nur in dem Entgelt für die Nutzung des Landes, sondern auch in dem Dauerwohnläubenentgelt. § 597 BGB. schreibt zwar vor, daß der Verpächter als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nur nach dem Verhältnisse verlangen kann, in dem die Nutzungen, die der Pächter während der Zeit der Borenhaltung der Pachtfläche geübt hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen. Dies ist aber für die Nutzung von Dauerwohnläuben unerheblich, da diese während des ganzen Jahres gleichmäßig ist. Der Kl. steht deshalb ein Anspruch auf Dauerwohnläubenentgelt für die Zeit v. 1. Juli 1935 bis zum 31. März 1936 auf Grund vertraglicher oder vertragsähnlicher Beziehungen gegen die Bev. zu.

Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 BGB, der sich nur gegen den einzelnen Kleingärtner richten könnte, kommt somit nicht in Betracht.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 7. April 1937, 17 U 5854/36.)

\*

**13. RG.** — §§ 581 ff. BGB. Die Kündigung des Verpächters bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht eines diese Maßnahme rechtfertigenden Grundes; der Pächter hat aber den Einwand des Rechtsmissbrauchs. †

Die Kl. hat den Bell. ein Gastwirtschaftsunternehmen bis zum 31. März 1937 verpachtet. Das Pachtverhältnis sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, falls nicht drei Monate vor Ablauf gekündigt wurde. Die Kl. hat rechtzeitig gekündigt. Zwischen den Parteien herrscht Einigkeit darüber, daß die Kl. nicht zum Zwecke der Steigerung des Pachtzinses gekündigt hat, daß die Kündigung also nicht gemäß den WD. v. 26. und 30. Nov. 1936 zu würdigen ist. Streit besteht nur darüber, ob nach den heute geltenden nationalsozialistischen Grundsätzen das freie Kündigungsrecht ausgeschlossen ist und ob nicht wenigstens Tatsachen vorliegen, die die Ausübung der Kündigungsbefugnis als Rechtsmissbrauch erscheinen lassen.

In der Stellungnahme zu diesen Fragen ist dem LG. beizutreten. Es bedarf auch heute zur Kündigung oder richtiger zur Ablehnung der Fortsetzung eines mit einer Verlängerungsklausel geschlossenen Vertrages nicht eines diese Maßnahme rechtfertigenden Grundes. Der Grund zur Kündigung ist in der Vertragsabrede gegeben, durch welche die Kündigungsbefugnis dem Verpächter in Kenntnis der daraus entstehenden Gefahren ausdrücklich zugestanden ist. Eine andere Ansicht würde, wie das LG. mit Recht hervorhebt, eine Unsicherheit in die Rechtslage hineinragen, die nicht im Interesse einer sicheren Wirtschaftsführung liegt. Sie würde gerade bei Pachtverträgen der hier vorl. Art dazu führen können, den Verpächter einseitig mit einem Risiko zu beladen, das nicht gewollt war. Der Pächter hätte dann trotz befristeter Einräumung des Nutzungsrechts es in der Hand, bei günstiger Geschäftsentwicklung das Pachtobjekt dem Verpächter vorzuenthalten, bei ungünstiger Entwicklung es ihm aber zurückzugeben. Es muß vielmehr an dem Grundsatz festgehalten werden, daß das Kündigungsrecht frei ist, und daß es dem andern Teil überlassen muß, Rechtsmissbrauch einzuhenden.

Selbst wenn man die verschiedentlich im Schrifttum gegen das freie Kündigungsrecht vorgebrachten Ausführungen, die sich im übrigen vornehmlich auf Mietverhältnisse über Wohnungen beziehen, auch für Pachtverhältnisse über gewerbliche Räume zulassen wollte, so wird jedenfalls auch von dieser Seite eine Kündigungsbefugnis anerkannt, wenn dem Kündigenden beachtliche Gründe zur Seite stehen, die nicht einmal in der Person des Vertragsgegners zu liegen brauchen. Der Streit ist also mehr ein Streit um die rechtliche Konstruktion, als ein Streit in der Sache selbst.

Hier zeigen die von Lokalbesuchern erhobenen Klagen wegen schlechter Wirtschaftsführung und die Beanstandungen der Deutschen Arbeitsfront zur Genüge, daß die Kl. beachtliche Gründe hatte, als sie sich zur Kündigung entschloß. Hinzu kommt weiter, daß die Bell. im Laufe des Rechtsstreits Angriffe gegen die Kl. erhoben haben, die sich mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen schwer vereinbaren lassen. Die Bell. haben außerdem durch den Antrag auf Verlegung der Schankerlaubnis gegen den Vertrag verstochen, in dem es ihnen zur Pflicht gemacht war, die Schankerlaubnis für den Nachfolger stehen zu lassen. Auch dieses Verhalten läßt Rückschlüsse darauf zu, daß die Kl. ein gedeihliches Zusammenwirken für die Zukunft mit Recht nicht mehr als möglich angesehen hat. Von einer unzulässigen Rechtsausübung kann bei dieser Sachlage nicht gesprochen werden.

(RG., 17. ZivSen., Urt. v. 20. März 1937, 17 U 1515/37.)

**Anmerkung:** Die im Schrifttum gegen das freie Kündigungsrecht des Vermieters vorgebrachten Argumente beziehen sich lediglich auf Wohnungen. Ich habe in meiner Schrift „Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete“ die Notwendigkeit einer Motivierung der Kündigung aus dem Heimgedanken ent-

wickelt. Für Pachtverhältnisse treffen die Ausführungen durchaus nicht in gleicher Weise zu. Der Heimgedanke insbes. ist auf gewerbliche Räume nicht anzuwenden, ebenso wenig der Gedanke der Hausgemeinschaft, der für das Wohnungsrecht ein bestimmender Rechtsgrundzustand ist. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind für Pachtverhältnisse grundsätzlich anders gelagert als für Wohnungen. Schließlich hat auch jedes Pachtverhältnis seine besondere Eigenart, die in den Besonderheiten des betreffenden Betriebes begründet ist.

Ich halte es deshalb für richtig, daß für die Kündigungsbefugnis des Verpächters keine Motivierung durch einen rechtfertigenden Grund verlangt wird, und stimme den Ausführungen des RG. zur Begründung dieses Rechtszwecks zu. Das Kündigungsrecht des Verpächters findet seine inhaltliche Begrenzung, wie das RG. zutreffend ausführt, nur an den Bestimmungen über den Rechtsmissbrauch.

RL. und Notar Dr. Roquette, Königberg i. Pr.

\*

**\*\* 14. RG.** — §§ 812, 814 BGB.; §§ 12, 15, 17 FluchtLG. Zur Frage der Zurücksförderung einer zur Erlangung der Baugenehmigung für Strafanlagekosten gegenüber der Stadtgemeinde eingegangenen Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung, wenn es sich um eine Bebauung an einer historischen Straße handelt hat. Zum Begriff der „historischen Straße“. So wenig wie ein Ortsstatut kann ein Eingemeindungsvertrag ein Bauverbot auf bestehende historische Straßen ausdehnen.

Der Kl. ist Eigentümer eines in B. an der Ecke der H.-Straße und der E.-Allee gelegenen Grundstücks. Das Grundstück hatte früher zum Gutsbezirk K. gehört und war im Jahre 1925 dem Gemeindebezirk K. zugelegt worden. Im Jahre 1928 wurde die Landgemeinde K. mit der Stadtgemeinde B. vereinigt. Um dieselbe Zeit beantragte der Kl. bei der Baupolizeibehörde in B. die Genehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses. Die genannte Behörde legte das Gesuch dem Magistrat vor. Dieser ließ dem Kl. eröffnen, daß für sein Grundstück nach § 1 des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 ein Bauverbot besthebe, daß aber nach § 2 des Statuts Befreiung hieron unter gewissen Bedingungen gewährt werden könne. Der Kl. hatte, wie er vorträgt, bereits alle Vorbereitungen für den Bau getroffen und mußte sich deshalb diesen Bedingungen fügen. Zu Protokoll eines städtischen Beamten erklärte er am 23. Juli 1928:

„Ich erkenne an, daß die Straßen, an die das Grundstück grenzt, noch nicht anbaufähig hergestellt sind, und daß der Magistrat daher der Baugenehmigung auf Grund des Ges. v. 2. Juli 1875 und des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 widerstreichen kann. Um die ausnahmsweise Genehmigung zu erhalten, verpflichte ich mich für mich und meine Rechtsnachfolger, der Stadtgemeinde ... a) die anteiligen Strafanlagekosten sofort nach Anforderung zu erstatten, sobald die mein Grundstück berührenden Straßen ... anbaufähig hergestellt worden sind, b) das vor der geplanten Fluchttinie liegende Straßenland ... an die Stadtgemeinde unentgeltlich aufzulassen ...“

In derselben Urkunde versprach der Kl. der Bell. die Eintragung einer Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von 12 600 RM „für die anteiligen, nach §§ 3 ff. des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 zu berechnenden Kosten, sobald die Stadtgemeinde die an das Grundstück grenzenden Straßen ... erstmals anbaufähig herstellt“. Die Hypothek wurde eingetragen. Der Magistrat erklärte der Baupolizeibehörde, daß er gegen die Erteilung der Baugenehmigung nichts (mehr) einzuwenden habe. Der Kl. erhielt darauf die beantragte Genehmigung, in der die Verhandlung mit dem Magistrat nicht erwähnt ist, und führte den geplanten Bau aus. Die Bell. behauptet, im Laufe des Rechtsstreits für Rechnung der zur Kostenerstattung einstweilen noch nicht herangezogenen Anlieger die H.-Straße beseitigt und damit die Zugangsmöglichkeit zum Grundstück des Kl. erheblich verbessert zu haben. Dagegen kann nach ihrer Erklärung der Zeitpunkt für den endgültigen Ausbau der H.-Straße (und wohl auch der E.-Allee) heute noch nicht angegeben werden. Mit Rücksicht auf die allgemeine Senkung der Straßenbaukosten hat die Bell. aber die Löschung der Hypothek inzwischen bis auf 7300 RM bewilligt.

Der Kl. hat die der Hypothek zugrunde liegende Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung als nicht geschuldet zurückgefordert und die Verurteilung der Bell. zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek auch zu dem Reibetrag von 7300 RM beantragt. Der Streit um die Zulässigkeit des Rechtsweges ist durch Urt. des Sen. v. 15. Jan. 1936, V 149/35 (abgedr. J.W. 1936, 2218<sup>17</sup>) zugunsten des Kl. entschieden worden.

Das BG. hat der Klage stattgegeben, das OLG. sie abgewiesen. Das BG. hat den Rechtsstreit an das BG. zurückverwiesen.

Der Kl. erblickt in der von ihm abgegebenen Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung eine durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses i. S. des § 812 Abs. 2 BGB. Die Berechtigung dieser — nicht rechtsgrundsfähig unvertretbaren — Meinung ist vom Tatrichter nicht erörtert worden. Trifft sie zu, so ergibt sich folgende Rechtslage:

Hätte die Bell. weil es sich bei der H.-Straße etwa um eine historische Straße handelte, ein Bauverbot gegenüber dem Kl. nicht aussprechen dürfen, so hätte der Kl. die vertragliche Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung ohne Rechtsgrund abgegeben und könnte sie nach § 812 Abs. 2 BGB. zurückfordern. Mit der Rückforderung entfiel der Schuldgrund für die Hypothekbestellung und erwüchse dem Kl. gegenüber der Bell. ein Recht auf Herausgabe ihrer grundbuchmäßigen Rechtsstellung (§ 812 Abs. 1 BGB.). Auch könnte der Kl. das gleiche Ziel mit der Grundbuchberichtigungsfrage verfolgen. Aus berechtigter Rückforderung der ohne Rechtsgrund abgegebenen vertraglichen Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung würde folgen, daß die Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt war, weder gegenwärtig der Bell. zusteht noch künftig für sie entstehen kann. Denn die Hypothek sollte nach der ihr gegebenen Bestimmung nur einen als Gegenleistung für den Verzicht auf das angebliche Bauverbot vertraglich begründeten, nicht aber einen unabhängig hiervon etwa aus § 15 FlG. i. Verb. m. § 17 des Ortsstatuts sich ergebenden künftigen Anspruch der Bell. sichern. Die Hypothek wäre also kraft der Rückforderung gem. § 812 Abs. 2 BGB. aus einer vorläufigen, auflösend bedingten Grundschuld eine endgültige und unbedingte Grundschuld des Kl. geworden und damit der Grundbuchberichtigungsanspruch des Kl. ausgelöst worden.

Sollte dagegen die Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung nach dem BG. vorzubehaltenden tatsächlichen und rechtlichen Würdigung nicht als Leistung i. S. des § 812 Abs. 2 BGB. bewertet und deshalb nicht selbstständig zurückgefordert werden können, so wäre deshalb die Rechtslage für den Kl. doch nicht weniger günstig. Die Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung wäre dann zwar nur ein unselbstständiger Bestandteil eines sog. faulalen, den Bestimmungsgrund in sich selbst tragenden Geschäfts. Die Bell. hätte dann aber mit dem Verzicht auf ein Bauverbot ein ihr nicht zustehendes Recht aufgegeben. Ihre darauf gerichtete Zusage hätte auf etwas rechtlich Unmögliches abgezielt. Der Vertrag wäre nach § 308 BGB. nichtig und der Kl. könnte die allein auf Grund dieses Vertrages bewirkte streitige Leistung, die Hypothek, nach § 812 Abs. 1 BGB. von der Bell. herausverlangen (RGZ. 78, 427 = J.W. 1912, 531).

Dagegen wäre die Berechtigung des Klageanspruchs entgegen der Meinung der Rev. nicht schon daraus herzuleiten, daß nach der Rspr. des PrDVG. (RVerwBl. 1934, 81) die Verpflichtung vorgängiger Sicherstellung demnächst fälliger Anliegerbeiträge dem öffentlichen Abgabenrecht fremd ist und deshalb auch durch Ortsstatut nicht gültig begründet werden kann. Daraus ergäbe sich noch keine Beschränkung der Befugnis des Kl., sich privatrechtlich, wie geschehen, zu hypothekarischer Sicherstellung einer vertraglich übernommenen Beitragsleistung zu verpflichten.

Das BG. stand mithin vor den beiden Fragen, ob der Bell. das im Jahre 1928 von ihr beanspruchte Recht zum Bauverbot zustand und — verneinend ebenfalls — ob der Kl. das Nichtbestehen dieses Rechts kannte (§ 814 BGB.). Keine dieser beiden Fragen, deren dem Kl. ungünstige Beantwortung jeweils für sich der Klage den Rechtsboden entziehen müßte, hat in dem angefochtenen Urteil ihre erschöpfende, die Gewähr für richtige Rechtsanwendung bietende Beantwortung gefunden.

a) Der Prüfung, ob ein Bauverbot bestand, hat sich das BG. nach der dem Urteil zu diesem Punkt gegebenen Hauptbegründung deshalb enthalten geglaubt, weil der Kl., statt gegen die Versagung oder bedingte Erteilung der Bauerlaubnis mit den verwaltungsmäßigen Rechtsbehelfen anzugehen, in einem privatrechtlichen Abkommen mit der Bell. die Rechtsfähigkeit der polizeilichen Verfügungen anerkannt habe. Mit dieser Begründung hat das BG. seine Aufgabe verkannt. Die Rechtsfähigkeit polizeilicher Verfügungen steht nicht zur Erörterung. Auch der (mit der Baupolizeibehörde nicht zu verwechselnde) Magistrat der Bell. hat dem Kl. keine Verpflichtungen kraft Amtes „ausgelegt“. Der Klagevortrag ergibt eindeutig, daß der Kl. sich gegen die mit der Bell. getroffene, auf privatrechtlichem Gebiet liegende Vereinbarung, nicht aber gegen irgendeine polizeiliche oder sonstige behördliche Verfügung wendet. Inwiefern er in seinem Angriff gegen diese Vereinbarung durch die Versäumung von Rechtsbehelfen gegen Verwaltungsmaßnahmen behindert sein sollte, ist nicht zu erkennen (vgl. RGZ. 67, 291 = J.W. 1908, 147). Die Frage, ob ein Bauverbot bestand, ist eine Vorfrage, die, obwohl ihr Gegenstand auf öffentlich-rechtlichem Gebiet liegt, von dem BG. geprüft und beantwortet werden muß, damit über den zulässigerweise im Rechtsweg verfolgten privatrechtlichen Anspruch des Kl. auf Einwilligung der Bell. in die Hypotheklöschung entschieden werden kann. Die Berechtigung dieses Anspruchs hängt davon ab, ob der in den Formen des bürgerlichen Rechts bestellten Hypothek die zu ihrer rechtswirksamen Entstehung nötige Forderung zugrunde liegt oder jemals zugrunde liegen kann.

In einer Hilfserwägung hat sich das BG. denn auch mit der Berechtigung des von der Bell. beanspruchten Bauverbots noch befaßt. Die nach Meinung der BG. ausschlaggebende Beweislast ist in dem angefochtenen Urteil richtig verteilt. Die Bell. braucht den grundsätzlich ihr zufallenden Beweis, daß die der Hypothek zugrunde gelegte künftige Forderung noch entstehen könne, nicht zu führen, weil sich ihre dahin gehende Behauptung aus der vom Kl. nicht bestrittenen Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung ergibt. Sache des Kl. ist es demgegenüber, die Nichtigkeit dieser Erklärung oder sein Recht zur Rückforderung gem. § 812 BGB. gegenüber der hier den Klagevortrag leugnenden Bell. zu erweisen. Jedoch durfte das BG. mit der Begründung, daß der Kl. es an dem nötigen Beweisangebot habe fehlen lassen, die Klage nicht abweisen, ohne zuvor die aus dem Klagevortrag sich ergebenden Möglichkeiten zur Erkenntnis des wahren Sachverhalts erschöpft oder aber dem Kl. gem. § 139 BGB. Gelegenheit zur Nachbringung des etwa noch Fehlenden gegeben zu haben. Die Gründe, aus denen das BG. den Bestand eines Bauverbots für nicht widerlegt erachtet hat, beschränken sich auf die nachfolgenden Erwägungen: Nach § 1 des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891, das in Kl. schon bei Baubeginn gegolten habe, besthehe das Bauverbot auch für solche Straßen, die beim Inkrafttreten des Ortsstatuts vom 4. Juli 1876 die Eigenschaft einer anbaufähigen städtischen Straße noch nicht besessen hätten. Wenn es also auch zutreffen möge, daß die H.-Straße und die E.-Allee, wie der Kl. in das Wissen des früheren Amtsvorsteigers stelle, schon immer zur Bebauung und für den inneren Verkehr des Ortes (gemeint: Kl.-Kl.) bestimmt gewesen seien, so habe der Kl. doch keinen Beweis dafür angebracht, daß der hier in Betracht kommende Teil der genannten Straßen, der überdies bis zum Jahr 1925 zum Gutsbezirk gehört habe, bereits im Jahr 1876 als anbaufähige städtische Straße gedacht gewesen sei. — Danach beruht das angefochtene Urteil auf der Erwägung, der Kl. habe ohne Befreiung von dem Bauverbot im § 1 des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 auf seinem Grundstück ein Wohngebäude nicht errichten dürfen, weil die angrenzenden Straßenteile im Jahre 1876 noch nicht als anbaufähige städtische Straßen gedacht gewesen seien. Diese Erwägung aber erweist sich als rechtsirrig.

Ob die das Grundstück des Kl. begrenzenden Straßen zu den historischen gehörten und deshalb von einem nach § 12 FlG. erlassenen ortsstatutarischen Bauverbot nicht betroffen werden konnten, mußte nach der bei der Eingemeindung (1928), nicht nach der im Jahre 1876 bestehenden Sachlage beurteilt werden. Denn erst von der Eingemeindung ab gewann das

Ortsstatut der Befl. v. 12. Juni 1891 Geltung für die bezeichneten Strafen. Waren sie zur Zeit der Eingemeindung bereits historische Strafen, so verloren sie diese Eigenschaft durch die Änderung ihrer kommunalen Zugehörigkeit auch dann nicht, wenn sie etwa weit hinter dem Zustand zurückblieben, der nach den polizeilichen Vorschriften des neuen Gemeinwesens erfordert wurde. Andernfalls würden bei Vereinigung einer Landgemeinde mit einer Großstadt alle Strafen der ersten, selbst wenn sie seit Jahrhunderten als fertige Ortsstraßen bestehen, unter der häufig obwaltenden Voraussetzung, daß sie den in der Stadtgemeinde geltenden höheren Anforderungen nicht genügen, wieder zu unfertigen Strafen herabfallen. Ein solches nicht annehmbares Ergebnis würde selbst durch ihm etwa förderliche Bestimmungen des Eingemeindungsvertrages, in dem das BG. denn auch keine Stütze für seine abweichende Auffassung gesucht hat, nicht geschaffen werden können. Denn so wenig wie ein Ortsstatut kann ein Eingemeindungsvertrag ein Bauverbot auf bestehende historische Straßen ausdehnen.

Das BG. scheint ferner geneigt gewesen zu sein, den an das Grundstück des Kl. angrenzenden Straßenteile die Eigenschaft historischer Straßen schon deshalb abzusprechen, weil sie bis zum Jahr 1925 zu einem Gutsbezirk gehörten. Auch in einem Gutsbezirk können historische Straßen entstehen. Allerdings ergeben sich daraus zunächst keine Rechtsfolgen, weil die Eigenschaft als historische Straße nur gegenüber einem nach § 12 FluchtG. erlassenen ortsstatutarischen Bauverbot wirkt und in einem Gutsbezirk eine derartige ortsstatutarische Bestimmung nicht erlassen werden kann. Das ändert sich aber, wenn die Straßen aus dem Gutsbezirk ausscheiden und einem Gemeindebezirk zugelegt werden. Nach dem BU. ist das mit den das Grundstück des Kl. begrenzenden Straßen bei der Eingemeindung von R.-R. nach B. im Jahre 1928 geschehen. Damit hätte die vom Kl. behauptete Eigenschaft als historische Straßen gegenüber den gleichzeitig eingeführten Vorschriften in den §§ 1 und 2 des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 zu wirken begonnen (vgl. zu vorstehendem v. o. Strauß und Tornéh-Sch., 7. Aufl., S. 124, 138, 142/3; Entsch. des PrOVG. 69, 377 und RGS. 78, 427 = JW. 1912, 531).

Mit der vom BG. gegebenen Begründung läßt sich deshalb die Klage, soweit sie sich gegen den Bestand des Bauverbots wendet, nicht schlagen. Das angefochtene Urteil muß, weil darin auch die Anwendbarkeit des § 814 BGB. nicht stichhaltig begründet ist, aufgehoben werden. Sollte es weiterhin darauf ankommen, ob die das Grundstück des Kl. begrenzenden Straßenteile in dem maßgeblichen Zeitpunkt als historische Straßen anzusehen waren, so wird das BG. unter erschöpfender Würdigung der Parteibehauptungen, und nach Erhebung der danach erforderlichen und angebotenen Beweise, geeignetenfalls auch nach Einnahme des richterlichen Augenscheins und nach Einholung eines Gutachtens, von neuem über den Charakter der Straßen zu befinden haben. Im Anschluß an die bereits erwähnte Entsch. des PrOVG. ist unter einer historischen Straße eine fertige Ortsstraße, d. h. eine Straße zu verstehen, die für den inneren örtlichen Verkehr von Haus zu Haus und für den regelmäßigen Anbau bestimmt ist, auch in ihrer Entwicklung als solche Straße nach den jeweils bestehenden Bedürfnissen und dem als maßgebend angenommenen Grundsätzen im wesentlichen zu einem Abschluß gekommen ist. Dabei bestimmen sich die in dem betr. Gemeinde- oder Gutsbezirk bestehenden Bedürfnisse und geltenden Grundsätze nach den Verhältnissen, wie sie sich bei dem mit der Eingemeindung verbundenen Inkrafttreten des Ortsstatuts v. 12. Juni 1891 vorfanden. In kleinen Landgemeinden werden u. U. schon Straßen von primitiver Beschaffenheit als fertige Ortsstraßen anzuerkennen sein (Sarau, 2. Aufl., S. 220). Der Mangel einer Befestigung der Straßen i. S. des § 12 des Eingemeindungsvertrages steht deshalb dem Charakter als historische Straßen nicht unbedingt entgegen. Ob unter dem im Tatbestand als unstreitig hingestellten Mangel ausbaufähiger Anlegung der betr. Straßen etwas anderes als das — vielleicht erst anläßlich der Eingemeindung empfundene — Fehlen ausreichender Befestigung zu verstehen und insofern etwas gegen die Eigenschaft als historische Straßen zu schließen ist, bedarf der Aufklärung. Für den gegenwärtigen Verschrenksabschnitt muß davon ausgegangen werden, daß da-

mit nur gesagt sein sollte, die Straßen seien noch nicht gemäß den in B. geltenden baupolizeilichen Bestimmungen i. S. des § 12 FluchtG. für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig hergestellt. Dessenungeachtet könnten die Straßen immer noch historische Straßen und als solche einem Bauverbot nicht zugänglich sein.

Sollten die das Grundstück des Kl. begrenzenden Straßenteile als historische anzuerkennen sein, so käme es, worauf ebenfalls schon hingewiesen wurde, nicht darauf an, ob die Befl. unerachtet der vom Kl. abgegebenen Anerkennungs- und Verpflichtungserklärung die von ihm versprochenen Leistungen etwa auf Grund des insoweit auf § 15 FluchtG. sich stützenden § 17 ihres Ortsstatuts fordern könnte. Die Vorschrift im § 12 FluchtG. ist nicht dazu bestimmt, den Gemeinden die Erfüllung der Kosten für die Befestigung schon vorhandener, zur Bebauung bestimmter Straßen zu sichern (v. Strauß und Tornéh-Sch. S. 121; PrOVG.: RVerwBl. 1934, 81). Erheblich wäre nur, daß die Straßen bei Einführung des Ortsstatuts der Befl. v. 12. Juni 1891, d. h. bei der Eingemeindung, vom Bauverbot nicht betroffen würden. Damit entfiel das Recht der Befl. auf die Hypothek. Der Vertrag, der ihr dieses Recht gewährte, ist gem. § 2 ihres Ortsstatuts zwecks Bewilligung einer Ausnahme von dem Bauverbot geschlossen worden. Es sollte, wie es in der einen ähnlichen Fall behandelnden Entsch. in RGS. 78, 427 = JW. 1912, 531 heißt, von dem Kl. nicht schlechthin eine Sicherheit für künftig geschuldete Anliegerbeiträge geleistet, sondern durch die Leistung der Verzicht der Befl. auf das Bauverbot erkaufst werden. Hatte sie kein Widerspruchsrecht, so kann sie den Fortbestand der um ein Nichts ihr gewährten Sicherheit nicht beanspruchen. Über eine etwa bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Kl. zur Leistung ortsstatutarischer Beiträge ist in dem vorl. Rechtsstreit nicht zu entscheiden, da weder das Nichtbestehen einer solchen Verpflichtung zur Klagebegründung gehört noch die Befl., soviel ersichtlich, aus dem Bestehen dem Klageanspruch eine begründete Einrede entgegenzusetzen vermag.

b) Zur Anwendbarkeit des § 814 BGB. ist in dem BU. nur gesagt, sofern der Kl. etwa geltend machen wolle, er habe die Hypothek in Kenntnis der Tatsache bestellt, daß die Befl. darauf keinen Anspruch erheben könne, schiede die Rückforderung schon nach § 814 BGB. aus. Diese Begründung läßt eine nähere Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts vermissen.

Der Kl. hat vorgetragen, er habe im Jahre 1928 die von der Befl. gesorderten Erklärungen nur abgegeben, weil damals alle Vorbereitungen zum Bau bereits getroffen gewesen seien und er keine andere Möglichkeit gehabt habe, die Baugenehmigung zu erlangen. Die Befl. hat erwidert, danach habe der Kl. gewußt, daß er zur Abgabe der Anerkennungserklärung und des Leistungsversprechens sowie zur Hypothekbestellung nicht verpflichtet gewesen sei; ein Rückforderungsrecht stehe ihm deshalb nicht zu. Es wäre Aufgabe des BG. gewesen, die Berechtigung dieser Folgerung der Befl., die sich allein auf den vorstehend wiedergegebenen Klagevortrag gründet, durch Auslegung der Erklärung des Kl. zu prüfen und zu erörtern. Diese Erklärung ist keineswegs eindeutig mit dem BG. dahin zu verstehen, der Kl. habe den Charakter der angrenzenden Straßen als historische erkannt und gewußt, daß für solche Straßen das ortsstatutarische Bauverbot der Befl. nicht gelte. (Wird ausgeführt.) Beweispflichtig für den Einwendungsstatbestand des § 814 BGB. wäre die Befl.; ein verbleibender Zweifel daran, wie die Erklärung des Kl. zu deuten wäre, ginge zu ihren Lasten. In dieser Richtung fehlt bisher eine trittsicherliche Prüfung. Bei ihrer Vornahme wird nicht außer acht bleiben dürfen, daß die Befl. selber noch in dem vorl. Rechtsstreit die Eigenschaft der betr. Straßenteile als historische leugnet, daß sie also dem Kl. die Kenntnis einer Tatsache unterstellt, deren Wahrheit sie — als die über dergleichen mutmaßlich weit besser Unterrichtete — nach wie vor verneint. Es wird sich deshalb fragen, ob die Befl. angesichts dieser Haltung den Einwand aus § 814 BGB. überhaupt ernsthaft erhoben und vertreten haben will und — verneinendenfalls — ob sich die Klage auch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage begründen ließe.

(RG. V. ZivSen., II. v. 24. April 1937, V 24/37.) [v. B.]  
< RGS. 154, 385. >

15. RG. — §§ 611, 626 BGB. Die Bedeutung und rechtliche Auswirkung der Anordnung des Führers v. 19. Jan. 1934 und der sie ergänzenden Verfügung des Stellvertreters des Führers v. 10. April 1934 über die Befugnisse des Reichsleiters für die Presse.

Auf Grund von Verhandlungen, die Ende Sept. 1933 zwischen ihm und Vertretern des Ber. Senats stattfanden, erklärte sich der Kl. bereit, die verantwortliche Leitung des Verlags einer vom Ber. Senat geplanten Tageszeitung zu übernehmen. Nachdem am 26. Okt. 1933 die Ber. Zeitung Verlagsgesellschaft mbH. — die jetzige Befl. — gegründet worden war, wurde er als deren Geschäftsführer bestellt. Er war vom 1. Nov. 1933 bis zum Juni 1934 als Verlagsleiter der von der neuen Gesellschaft herausgegebenen Zeitung tätig. Am 21. Juni 1934 gingen die Geschäftsanteile der Gesellschaft, die bis dahin zwei Beamte als Treuhänder des Senats innegehabt hatten, auf den Gauleiter und den stellvertretenden Gauleiter über. Diese riefen den Kl. noch am gleichen Tage als Geschäftsführer ab und bestellten als solchen an seiner Stelle den Verlagsdirektor A. Mit Schreiben v. 22. Juni 1934 teilte dieser dem Kl. mit, daß er sein Dienstverhältnis auf Anordnung des Reichsleiters für die Presse der NSDAP. zu dem nächsten zulässigen Termine kündige und ihn bis dahin mit sofortiger Wirkung beurlaube. Auf Rückfrage des Kl. ergänzte die Befl. diese Mitteilung am 30. Juni 1934 dahin, daß die Kündigung als zum 1. Okt. 1934 ausgesprochen gelte. Der Kl. hält diese Kündigung für rechtsunwirksam und macht mit der Klage Gehaltsansprüche für die Monate Okt. 1934 bis einschließlich März 1935 geltend.

Das OG. hat der Klage stattgegeben.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. läßt es dahingestellt, ob zwischen den Parteien ein Dienstvertrag des vom Kl. behaupteten Inhalts, insbes. mit einer Dauer bis Ende 1940, zustande gekommen ist. Es hält die Klage auf jeden Fall für unbegründet, weil durch die Anordnung des Führers v. 19. Jan. 1934 und die sie ergänzende Verfügung seines Stellvertreters vom 10. April 1934 dem Reichsleiter für die Presse die uneingeschränkte Befugnis übertragen worden sei, über die Fortsetzung oder Auflösung bestehender Verträge zwischen parteiamtlichen Verlagsunternehmungen und Verlagsleitern zu entscheiden, und der Reichsleiter im Rahmen dieser Ermächtigung bindend und durch Richterspruch nicht nachprüfbar die Entlassung des Kl. aus seinem Dienstverhältnis mit Wirkung zum 1. Okt. 1934 angeordnet habe. Das BG. erblickt in den Verfügungen v. 19. Jan. und 10. April 1934 einen Führerbefehl, an den trotz Fehlens der im ErmächtG. v. 24. März 1933 vorgesehenen Form alle von der Anordnung betroffenen amtlichen, parteiamtlichen und privaten Stellen gebunden seien. Die dem Reichsleiter damit eingeräumte Befugnis zu jeglicher Eingriffnahme auf die gesamte wirtschaftliche Organisation und Leitung parteiamtlicher Verlage umfaßt nach seiner Meinung auch das Recht zu Eingriffen in privatrechtliche Vertragsverhältnisse. Insofern es hierin eine Übertragung obrigkeitslicher Funktionen auf eine zu deren Ausübung sonst nicht befugte Parteistelle erblickt, hält es eine solche nach heutiger Staatsauffassung für zulässig. Da die Ber. Zeitung, so führt es weiter aus, mit dem 21. Juni 1934 parteiamtliches Organ geworden sei und damit von diesem Zeitpunkt an dem Reichsleiter für die Presse unterstanden habe, habe dieser auch bestimmen können, ob der Dienstvertrag des Kl. mit der Befl. fortzusetzen sei. Wenn er dessen Aufhebung für den nächstmöglichen gesetzlichen Kündigungstermin angeordnet habe, so könne es bei dem Zweck seiner Maßnahme, das Vertragsverhältnis möglichst schnell zu beenden, nicht zweifelhaft sein, daß damit unerachtet seiner etwa vereinbarten längeren Vertragsdauer eine Anwendung der gesetzlichen Kündigungsbestimmungen der §§ 621 ff. BGB. gemeint gewesen sei. Demgegenüber bleibe auch für Billigkeitserwägungen, wie sie das OG. anstelle, kein Raum. Ob und inwieweit solche am Platze seien, habe ausschließlich der Reichsleiter zu bestimmen. Habe dieser im Rahmen der ihm übertragenen Befugnis ent-

schieden, so entfalle damit jede Möglichkeit, dem Kl. im Wege richterlichen Erkenntnisses eine hierüber hinausgehende Entschädigung zuzusprechen. Die Entschließung des Reichsleiters möge in erster Linie aus politischen oder parteipolitischen Erwägungen getroffen worden sein. Sie sei aber angesichts seines Rechts, über die etwaige Auflösung von Verträgen zu entscheiden, auch hinsichtlich ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen für das Gericht bindend.

Diese Ausführungen des BG. geben in mehrfacher Richtung Anlaß zu rechtlichen Bedenken.

Es mag dahinstehen, ob die Annahme des BG., die Anordnung des Führers v. 19. Jan. 1934 erhebe Anspruch auf unumströmte Geltung gegenüber allen von ihr betroffenen amtlichen, parteiamtlichen oder privaten Stellen, schon mit dem Hinweis auf den Inhalt jener Anordnung ausreichend begründet ist. Wieweit der Geltungsbereich eines Führerbefehls reicht, kann jedensfalls nicht ohne Prüfung dessen ermittelt werden, in welchem Umfang ihm nach dem Willen des Führers selbst verbindliche Kraft zukommen soll. Insofern schenkt das BG. dem Umstand nicht genügend Beachtung, daß die Anordnung v. 19. Jan. 1934 der Form entbehrt, in der sich der Wille des Führers zu offenbaren pflegt, wenn er gemeinverbindlich sein soll. Das Fehlen der Gesetzesform deutet darauf hin, daß es nicht in der Absicht des Führers gelegen hat, mit seiner Anordnung gemeinses Recht zu segnen. Auch nach ihrem Inhalt kennzeichnet sich die Führeranordnung als eine parteidienstliche Anweisung, durch die lediglich die inneren Verhältnisse der Partei geregelt werden sollen. Einer weiteren Stellungnahme hierzu bedarf es aber nicht. Denn das BG. geht schließlich selbst davon aus, daß der Reichsleiter für die Presse von den ihm durch die Anordnung des Führers übertragenen Befugnissen im gegebenen Falle nur innerhalb eines Tatsachenbereichs Gebrauch gemacht hat, der infolge seiner Zugehörigkeit zum parteiamtlichen Pressewesen seiner Entschließung zweifellos unterstand. Es stellt fest, daß der Kl. auch nach dem am 21. Juni 1934 erfolgten Übergang der Ber. Zeitung auf Parteimitglieder und ihrer damit eingetretenen Umgestaltung in ein parteiamtliches Organ Verlagsleiter der Befl. und infolgedessen hinsichtlich der Fortsetzung oder Auflösung seines Vertragsverhältnisses der Machtbefugnis des Reichsleiters unterworfen war. Soweit es damit die Frage nach der Rechtmäßigkeit seiner Abberufung und der Kündigung seines Dienstvertrags von vornherein nur im Hinblick auf seine Stellung innerhalb eines parteiamtlichen Zeitungsunternehmens und seine Zugehörigkeit zu ihm erhebt, bedarf es auch nur in diesem Umfang einer Prüfung, inwieweit der Reichsleiter mit seiner Kündigungsanordnung in die zwischen dem Kl. und der Befl. bestehenden Vertragsverhältnisse hat eingreifen wollen und können. Es handelt sich mithin darum, ob die Anordnungen des Führers v. 19. Jan. 1934 und seines Stellvertreters v. 10. April 1934, durch die die Befugnisse und Aufgaben des Reichsleiters bestimmt werden, darauf abzielen, ihm innerhalb seines Machtbereichs auch das Recht zum Eingreifen in bestehende privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu übertragen, und ob der Reichsleiter mit seiner DurchfVO. v. 25. Jan. 1934 und der den Kl. betreffenden Kündigungsanordnung ein solches Recht hat in Anspruch nehmen und ausüben wollen. Der Ansicht des BG., daß dies der Fall sei, kann nicht beigetreten werden. Mit der Anordnung des Führers v. 19. Jan. 1934 wird erstrebt, das parteiamtliche oder mit der Partei zusammenhängende Pressewesen einheitlicher Führung zu unterstellen und eine gleichmäßige Verwirklichung der der Parteipresse obliegenden Aufgabe geistiger Einwirkung auf das Volk im Sinne nationalsozialistischer Weltanschauung und Staatsauffassung zu sichern. Das soll dadurch geschehen, daß dem Reichsleiter für die Presse als dem hierfür in Betracht kommenden Parteiorgan Befugnisse übertragen werden, die ihn in den Stand setzen, die gesamte parteiamtliche oder parteizugehörige Presse zu überwachen, sie seinem bestimmenden Einfluß zu unterwerfen und so für eine einheitliche Erfüllung der ihr obliegenden, oben gekennzeichneten Aufgabe zu sorgen. Soweit es hierzu eines Eingreifens in die wirtschaftliche Gestaltung des

parteiamtlichen Pressewesens bedarf, soll dieses offensichtlich nicht weitergehen, als es die öffentliche Bedeutung jener Aufgabe erfordert. Nur so ist es zu verstehen, wenn dem Reichsleiter die Befugnis jeder Einflussnahme auf alle parteiamtlichen Verlage und deren gesamte wirtschaftliche Organisation und Leitung eingeräumt wird, ohne daß dadurch die Verantwortlichkeit der einzelnen Verlagsleiter für die Führung der Verlagsgeschäfte berührt werden soll. Dem entspricht es auch, wenn bestimmt wird, daß einem Verlangen des Reichsleiters, den verantwortlichen Verlagsleiter zu entlassen, gegebenenfalls in der Form der sofortigen Beurlaubung stattzugeben sei. Mit Recht hebt die Reb. hervor, daß es eines Hinweises auf die Möglichkeit sofortiger Beurlaubung nicht bedurft hätte, wenn der Reichsleiter auch in wirtschaftlicher Hinsicht unumstrickt und ohne Rücksicht auf die ihm durch den Zweck seiner Aufgabe gezogenen Grenzen Herr der ihm unterstellten Verlagsunternehmungen sein sollte. Die Anordnung, daß einem Entlassungsverlangen des Reichsleiters gegebenenfalls durch sofortige Beurlaubung stattzugeben sei, kann nur besagen, daß gerade dies eine Form sei, in der sich eine Entlassung unbeschadet sonstiger privatrechtlicher Hindernisse sogleich tatsächlich verwirklichen lasse. Es kommt damit zum Ausdruck, daß der Reichsleiter zwar in jedem Falle befugt sein solle, um der Durchsetzung seiner politischen Aufgabe willen die ihm unerwünscht erscheinende weitere Tätigkeit eines Verlagsleiters jederzeit zu verhindern, daß dies aber nicht dazu führen könne, den zu Entlassenden auch seiner privatrechtlichen Ansprüche schlechthin für verlustig zu erklären. Hat hiernach die Anordnung des Führers nicht die Bedeutung, daß dem Reichsleiter über die ihm nach seiner parteipolitischen Stellung obliegende öffentliche Aufgabe hinaus, dem Führergedanken im parteiamtlichen Pressewesen Geltung zu verschaffen, auch das Recht habe eingeräumt werden sollen, bestehende Privatrechte abzuändern oder aufzuheben, so kann auch der Verfügung des Stellvertreters des Führers v. 10. April 1934 nicht entnommen werden, daß sie eine Erweiterung der Befugnisse des Reichsleiters in dieser Richtung beziehe. Dort heißt es zwar, daß der Reichsleiter über Fortsetzung und Auflösung der bestehenden Vertragsverhältnisse entscheide. Der Zusammenhang ergibt auch, daß damit Vertragsverhältnisse zwischen den Verlagsleitern und den Verlagsunternehmungen gemeint sind. Die Verfügung will aber, wie in ihr selbst zum Ausdruck kommt, die Befugnisse des Reichsleiters nicht ausdehnen, sondern die Anordnung des Führers über das bei der Einstellung und Weiterbeschäftigung von Verlagsleitern zu beobachtende Verfahren lediglich ergänzen. Sie setzt an Stelle einer nur bestimmenden Einflussnahme des Reichsleiters auf die insoweit gebotenen Maßnahmen der Verlagsunternehmungen dessen Recht, selbst über die Bestellung und Beibehaltung der Verlagsleiter zu entscheiden. Es spricht nichts dafür, daß damit mehr gewollt sei als die Schaffung weiterer Gewalt für eine reibungslose Durchführung der mit der Anordnung des Führers erzielten Vereinheitlichung des parteiamtlichen Pressewesens in organisatorischer und richtungsmäßiger Hinsicht. Daz insbes. nicht beabsichtigt ist, dem Reichsleiter Befugnisse auch in der Richtung einzuräumen, daß er in bestehende privatrechtliche Rechtsverhältnisse eingreifen dürfe, kann aus der gleichzeitig getroffenen Bestimmung gefolgt werden, daß er Kommissare einsetzen dürfe, deren Weisungen von der Verlagsleitung und dem gesamten Verlage zu befolgen seien. Eine solche Maßnahme, deren Zweck nur sein kann, dem Reichsleiter ein Mittel zur Überwindung personaler Schwierigkeiten an die Hand zu geben, mußte entbehrlich erscheinen, wenn er in der Lage wäre, jedem Hindernis auch durch eine Neuordnung privatrechtlicher Bindungen des Unternehmens zu begegnen. Endlich steht auch die DurchfVO. des Reichsleiters selbst v. 25. Jan. 1934 ersichtlich nicht auf dem Standpunkt, daß ihm das Recht zustehe, bei der Erfüllung seiner Aufgaben auch in private Rechtsverhältnisse der von ihm zu erfassenden Verlagsunternehmungen und der daran beteiligten Personen einzutreten und sie mit privatrechtlichen Ansprüchen gegeneinander oder gegenüber Dritten auszuschließen oder in solchen zu kürzen. Soweit dort angeordnet wird, daß das Eigentum an Verlagen parteiamtlicher Zei-

tungen und Zeitschriften und irgendwelcher Rechte an solchen vorbehaltlich anderweiter Regelung vom jeweils zuständigen Gauleiter der NSDAP. zu übernehmen sei und der Eigentümer und Rechtsinhaber lediglich die Rechtsstellung eines Treuhänders der NSDAP. habe, handelt es sich offensichtlich um Maßnahmen, durch die eine organisatorische Zusammenfassung der gesamten Parteipresse und ihre Eingliederung in den Parteapparat herbeigeführt werden soll. Ihre Bedeutung liegt in der damit erzielten Durchsetzung eines parteipolitischen Ziels und sachlichen Gestaltung einer Parteieinrichtung zur Verwirklichung einer für die Partei wesentlichen öffentlichen Aufgabe. Hierin erschöpft sie sich aber auch. Daz nicht beabsichtigt ist, auch den Weg, auf dem die Aufgabe gelöst werden soll, aus dem Bereich des privaten Rechts herauszunehmen und lediglich öffentlich-rechtlicher, parteimäßiger Befehlsgewalt zu unterstellen, ergibt sich aus den Grundsätzen, nach denen im übrigen gemäß der Weisung des Reichsleiters die erzielte Neuordnung durchgeführt werden soll. Es soll nicht nur für die rechtliche Gestaltung eines jeden parteiamtlichen Zeitungsverlags die Form der GmbH. gewählt werden, das Unternehmen also als Träger von Rechten und Pflichten dem Bereich des bürgerlichen Privatrechts angehören. Es soll vielmehr auch seine Einbeziehung in den Parteiorganismus nur unter Wahrung der privaten Rechtsansprüche derer vor sich gehen, denen solche bisher an dem Unternehmen zustanden. Demgemäß wird bestimmt, daß bestehende private Eigentumsrechte abzulösen, auch etwaige private Ansprüche der Gauleiter, soweit sie bisher Eigentümer waren, oder von ihnen eingeseheter Personen endgültig zu regeln seien. Soweit hierbei, wie aus den Ausdrücken „ablösen“ und „regeln“ geschlossen werden kann, für möglich gehalten wird, privatrechtliche Ansprüche in angemessener Weise abzufinden, deutet nichts darauf hin, daß dies anders als im Wege freiwilligen Ausgleichs zu geschehen habe. Der Umstand, daß sich der Reichsleiter die Genehmigung aller derartiger Abmachungen vorbehält, spricht gegen die Annahme, daß er beanspruche, selbst über das Maß der Berücksichtigung privater Rechte mit bindender Kraft auch gegenüber dem Berechtigten zu entscheiden.

Rechtfertigen hiernach weder die Anordnungen des Führers und seines Stellvertreters noch die DurchfVO. des Reichsleiters selbst die Annahme, daß dieser befugt sei, die vertraglichen Ansprüche der Verlagsleiter, deren Entlassung geboten erscheint, von sich aus zu regeln, so geht auch aus dem Verhalten des vom Reichsleiter mit der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten beauftragten Verwaltungsamts, insbes. aus dessen Schreiben an den Ber. Senat v. 13. Juni 1934, nicht hervor, daß bei dem Verlangen nach Absetzung des Kl. als Verlagsleiter beabsichtigt oder auch nur für angängig gehalten worden ist, diesen seiner vertraglichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis zu berauben. Wenn der Leiter des Verwaltungsamts in dem angeführten Schreiben bittet, dem Kl. zum nächstmöglichen gesetzlichen Termine zu kündigen, und den 1. Okt. 1934 als den Tag bezeichnet, der nach seinem Dafürhalten hierfür in Betracht kommt, im übrigen aber eine Beurlaubung des Kl. bis zu diesem Zeitpunkte verlangt, so besteht kein Grund anzunehmen, daß damit der angegebene Tag als der nach dem Willen des Reichsleiters für den Ablauf des Dienstverhältnisses maßgebende späteste Zeitpunkt habe bestimmt werden sollen. Der Hinweis auf eine Kündigung zum nächstmöglichen gesetzlichen Termine kann nur dahin aufgefaßt werden, daß das Anstellungsverhältnis des Kl. zu beenden sei, sobald dies die Rechtslage zulasse. Denn hätte damit eine Kündigung nach den geleglichen Vorschriften der §§ 621 ff. BGB. gemeint sein sollen, die auch dann Platz zu greifen habe, wenn abweichende vertragliche Abmachungen bestehen sollten, so wäre die Betonung einer persönlichen Unwirksamkeit über den Kündigungstermin, wie sie in den Worten „meines Erachtens“ zum Ausdruck kommt, nicht recht verständlich; es hätten schwerlich Zweifel darüber obwalten können, daß eine gemäß § 622 BGB. erfolgende Kündigung für den 1. Okt. 1934 zulässig und wirksam sein müsse. Das Schreiben des Verwaltungsamts bietet auch sonst keinen Ausatzpunkt dafür, daß das Anstellungsverhältnis des Kl. an-

ders als vertragsgemäß beendet werden solle. Gerade die deutliche Unterscheidung zwischen der verlangten sofortigen Absetzung des Kl. und der Kündigung seines Dienstvertrags zum nächstmöglichen gesetzlichen Termin unter Anordnung seiner sofortigen Beurlaubung beweist, daß der Reichsleiter wohl eine weitere Betätigung des Kl. bei der Bef. hat unterbinden wollen, sich nicht aber auch für befugt angesehen hat, die privatrechtlichen Beziehungen des Kl. zur Bef. aus eigener Machtvollkommenheit zu ordnen. Denn es hätte solchenfalls nahegelegen, auch insofern eine bindende Verfügung zu treffen und den ihm nach dem Zeitpunkt seines Wirksamwerdens zweifelhaften Weg der Kündigung zu vermeiden.

Nach alledem ist davon auszugehen, daß durch die Anordnungen des Führers und seines Stellvertreters wohl der organisatorische Einbau der parteiamtlichen Presse in den Parteiapparat geregelt und der Reichsleiter ermächtigt werden sollte, die vom parteipolitischen Standpunkt aus hierzu erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, daß sich aber die ihm erteilte Vollmacht nicht auch darauf erstreckt, über das ihm damit übertragene Gebiet öffentlich-rechtlicher Betätigung hinaus auch in private Rechtsverhältnisse einzugreifen, deren Abänderung es zur Durchführung seiner öffentlichen Aufgabe nicht bedarf. Eine abweichende Auffassung, wie sie das BG. vertritt, kann auch nicht mit dem Hinweis auf den im Parteiprogramm enthaltenen Grundsatz „Gemeinnütz vor Eigennütz“ gerechtfertigt werden. Denn soweit es der Gemeinnütz erfordert, bei der Bedeutung der parteiamtlichen Presse für den Staat und die Volksgesamtheit auch vor den Rechten einzelner nicht hinzumachen, sofern sie einer Verwirklichung der der Parteipresse obliegenden Aufgabe im Wege stehen, kann doch ein Eingriff in den Bereich privatrechtlicher Ansprüche eben nur Rechtes sein, wenn der gemeinnützige Zweck sonst unerreich bliebe. Das ist aber, soweit die Eulsernung eines Verlagsleiters aus dem Betrieb eines parteiamtlichen Zeitungsunternehmens geboten erscheint, nicht der Fall, wenn schon seine Absetzung dazu führt, ihn tatsächlich auszuschalten. Inwieweit ihm hierbei privatrechtliche Ansprüche erhalten bleiben, ist eine Angelegenheit des einzelnen Unternehmens, berührt aber nicht die Frage, ob dem Interesse der Allgemeinheit Genüge geschieht. Auch die Durchs. des Reichsleiters ist, wie oben ausgeführt, nicht dahin zu deuten, daß damit das Recht in Anspruch genommen werde, über die Fortsetzung oder Auflösung bestehender Dienstverträge zwischen Verlagsleitern und Verlagsunternehmen nicht nur durch Herbeiführung eines tatsächlichen Zustands, sondern auch mit Wirkung für die privatrechtlichen Beziehungen der Beteiligten zu entscheiden. Es besagt endlich auch, wie dargelegt, das Schreiben des Verwaltungsamts v. 13. Juni 1934 nicht, daß ein Eingriff in die privatrechtlichen Ansprüche des Kl. beabsichtigt sei. Bei dieser Sachlage vermögen aber die Erwägungen, mit denen das BG. seine Entsch. begründet, diese nicht zu tragen. Es kann die Klage nicht schon um deswillen abgewiesen werden, weil das Gericht durch die Entsch. des Reichsleiters an einer Prüfung der Vertragsansprüche des Kl. behindert sei. Ob die Anordnung des Reichsleiters die Bef. berechtigt, das Dienstverhältnis des Kl. gemäß § 626 BGB. aus wichtigem Grunde fristlos zu kündigen, hat das BG. nicht geprüft. Soweit es die durch die Stellungnahme des Reichsleiters herbeigeführte Rechtslage in ihren Wirkungen einer aus wichtigem Grunde erfolgten fristlosen Vertragsauflösung gleichsetzt, ändert dies nichts daran, daß es von einer unmittelbaren Anwendung des § 626 BGB. abhängt. Es wird im weiteren Verfahren gegebenenfalls auch insofern Stellung zu nehmen haben.

Dass der Sachverhalt eine Anwendung des Gesetzes über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1235) gebiete, hat der Senat nicht angenommen. Er erachtet einen ausgleichbaren Anspruch, wie ihn dieses Gesetz nach seinem Sinn und Zweck erfassen will, nicht für gegeben.

(RG., II. ZivGen., II. v. 23. Febr. 1937, II 142/36.)

\*

16. RG. — §§ 852, 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Bei nur fahrlässiger Amtspflichtverleugnung bildet die Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu erlangen, einen Teil des Tatbestandes, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, gehört also zur Klagebegründung. Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus § 839 BGB. (i. Verb. m. Art. 131 WeimVerf.).

Der Kl. will den Schaden, der ihm durch die auf fahrlässigem Amtsversehen beruhende Löschung einer Hypothek entstanden sei, vom Deutschen Reich ersezt haben.

Das Reich erhob die Einrede der Verjährung.

Das BG. wies deswegen die Klage ab.

Das BG. wies die Berufung zurück. Das RG. verwies an das BG. zurück.

Auch das BG. hat die Einrede der Verjährung für berechtigt erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Löschung der Hypothek beruhe auf fahrlässiger Amtspflichtverleugnung eines Grundbuchbeamten. Das Reich haftete für den dadurch entstandenen Schaden (Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB.). Der Anspruch auf Ersatz des Schadens verjähre aber nach § 852 BGB. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verleugte von ihm und der Person des Erstzahlpflichtigen Kenntnis erlange. Das bedeute für die auf § 839 BGB. gestützte Klage, daß die Verjährung erst beginne, wenn die Amtspflichtverleugnung, der Erstzahlpflichtige und der entstandene Schaden — die Klagebegründenden Tatsachen — bekanntgeworden seien. Verlangt werde eine solche Kenntnis des Schadens in seinen allgemeinen Umrissen, daß der Geschädigte auf Grund der ihm bekannten Tatsachen und Unterlagen die Klage gerade gegen das Reich zu begründen in der Lage sei, daß also die Klagerhebung ihm zugemutet werden könne.

Nicht schon die fehlerhafte Löschung, sondern erst die ihr nachgefolgten Eintragungen der anderen Hypotheken von rund 4000 RM hätten den Eintritt eines Schadens für den Kl. bewirkt, da die ihm verpfändete Hypothek nun im Rang hinter ihnen stehe. Schon vor dem 26. April 1932 habe der Kl. erfahren, daß die Hypothek gelöscht und daß für die Sparkasse in A. eine ebenso hohe Hypothek eingetragen worden sei. Allerdings habe diese Kenntnis zur Erhebung der Erstzahllage aus § 839 BGB. noch nicht ganz ausgereicht, da die anderen Eintragungen dem Kl. noch nicht bekannt gewesen seien. Aber es sei nicht erforderlich, daß der Geschädigte bereits den vollen Umfang des Schadens im Zeitpunkt des Beginnes der Verjährungsfrist kenne. Auch dürfe er sich nicht völlig untätig bei der Aufklärung des Schadens verhalten und abwarten, ob der Befall den Schaden aufkläre (vgl. einen ähnlich liegenden Fall JW. 1934, 2543). Gegen diese Grundsätze habe der Kl. verstoßen. Die Verjährungsfrist habe in dem Zeitpunkt zu laufen begonnen, in dem Ermittlungen zur Aufklärung des Schadens durch den Kl. hätten abgeschlossen sein können, also ungefähr zwei Monate nach dem Gespräch mit dem Zeugen F. Dies sei aber sicherlich mehrere Monate vor dem 26. Okt. 1932 gewesen. Am 26. Okt. 1935, dem Tag der Zustellung dieser Klage an das Reich, sei also der Anspruch des Kl. nach § 852 BGB. verjährt gewesen.

Dem BG. könnte entgegengehalten werden, daß schon die Löschung der verpfändeten Hypothek einen Schaden des Kl. — eine Verschlechterung seiner Vermögenslage — darstelle. Die Auffassung des BG. geht aber zugunsten des Kl. und ist für die Entsch. ohne Bedeutung. Die Revision macht geltend: Der rechtsunkundige Kl. habe aus der Mitteilung des F. noch nicht ersehen können, daß die Löschung seiner Hypothek auf dem Verschulden eines Beamten beruhe. Der Grundsatz, daß die Ungevorsicht über den Umfang und die Höhe des Schadens den Beginn der Verjährung nicht ausschließe, könne für einen Anspruch aus § 839 BGB. hinsichtlich der Vorauflösung des Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung finden. Denn für diesen Anspruch beginne die Verjährung nicht vor der Kenntnis des Verleugten, daß ein anderer Erstzahlpflichtiger nicht in Anspruch genommen werden könne oder daß ein Aussall in bestimmt Höhe vorhanden sei. Das verkl. Reich habe auch geltend gemacht, daß ein Teil der Forderung des Kl. durch eine Zwangsersteigerung des Grundstücks gedeckt

werden könnte und daß ein Anspruch gegen einen Beamten oder das Reich noch jetzt nicht begründet sei.

Dieser Rechtsansicht ist grundsätzlich beizutreten. Sie beruht auf der auch vom erf. Sen. (vgl. z. B. J.W. 1937, 393<sup>3</sup>) ständig vertretenen Auffassung, daß bei bloß fahrlässiger Amtspflichtverlehung die Unmöglichkeit, anderweitigen Erfolg zu erlangen, einen Teil des Tatbestands bildet, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, also zur Klagebegründung gehört (vgl. RGKomm. Bem. 6 zu § 839 und Bem. 4c zu § 852, sowie insbes. RGZ. 137, 20ff. = J.W. 1932, 3256<sup>9</sup> m. Ann.).

Die Behauptung des Kl. daß von B. kein Erfolg zu erlangen sei, hat dieser als Zeuge dahin bestätigt, daß er seit März 1928 Zahlungsunfähig sei. Das BG. hat hierzu nichts ausgeführt. Es hat nicht etwa angenommen, der Kl. habe auch das schon seit April 1932 gewußt, sondern die Frage der Erfolgsmöglichkeit als für die Entsch. der Frage der Verjährung unerheblich angesehen. Auch das Reich hat von dieser unrichtigen Ansicht aus nur vorsorglich, für den Fall der Verneinung der Verjährung, diese Frage erörtert. Aus dem Vorbringen des Kl. ist nicht zu entnehmen, daß er früher als im Mai 1933 diese Zahlungsunfähigkeit des B. erfahren habe. Ebenso ungeklärt ist die Frage gelassen worden, ob der Kl. sich von F. Erfolg holen konnte. Hier behauptet das Reich, er könne noch jetzt den Erfolg, wenigstens teilweise, von ihm erhalten. Der Umstand, daß der Kl. im April 1932 Klage gegen F. erhoben hat, spricht dafür, daß er eine Beseitigung der Beeinträchtigung auf diesem Wege erhoffte. Es ist nicht ersichtlich, warum er statt dessen sofort eine Klage gegen das Reich hätte erheben können und sollen, obwohl doch § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. im Interesse der Beamten und des Reichs vorschreibt, eine Erfolgsmöglichkeit nicht unberücksichtigt zu lassen. Nach seiner Behauptung war dem Kl. damals noch nicht bekannt, daß aus dem Grundstück keine Befriedigung seiner Forderung zu erwarten sei. Die Erhebung der Klage gegen F. war dann der richtige, übrigens vom Reich jetzt noch als richtig versuchte Weg zur Geltendmachung der anderweitigen Erfolgsmöglichkeit. Erst nach deren Versagen konnte der Kl. die Klage gegen das Reich erheben. Die Begründung des angef. Urteils reicht also nicht aus, der Einrede der Verjährung stattzugeben.

(RG., V. ZivSen., II. v. 12. März 1937, V 231/36.)

[v. B.]

\*

**17. RG. — § 883 BGB. Ein nur gedachter, als möglich angenommener, in Wirklichkeit aber nicht bestehender Anspruch ist nicht vormerkungsfähig.**

Der Kl. pachtete vom Befl. durch schriftlichen Vertrag v. 1. April 1931 das Hotel „Zur Alpenrose“ in B. für die Zeit v. 1. April 1931 bis 1. April 1936. Er stellte dem Befl. bei Beginn der Pachtzeit eine Kautions von hohen 20000 RM, die bei Beendigung der Pacht zurückzugeben waren. Über eine Sicherstellung dieses Geldes enthielt der Pachtvertrag keine Bestimmung. Nachträglich aber trat der Kl. mit dem Wunsch an den Befl. heran, dieser möge den schuldbrechtlichen Anspruch des Pächters auf künftige Rückerstattung der 20000 RM durch eine Sicherungshypothek an dem verpachteten Hotelgrundstück dinglich sichern. Da der Befl. das nicht tat, beantragte der Kl. am 24. Febr. 1933 beim AG. den Erfolg einer Einstw. Bsg. gegen den Befl. Er behauptete, der Befl. habe ihm die Sicherungshypothek zugesagt, sofern nur er (der Kl.) die Eintragungskosten bezahle. Das AG. erließ unter Bezugnahme auf die §§ 883 ff. BGB., §§ 942, 91 ZPO. die beantragte Einstw. Bsg. am 24. Febr. 1933 dahin, daß zur Sicherung des Anspruchs des Kl. auf Einräumung einer Sicherungshypothek von 20000 RM für eine Kautionsforderung aus dem Pachtvertrag v. 1. April 1931 eine Vormerkung in das Grundbuch des Pachtgrundstücks eingetragen werden sollte. Die Eintragung erfolgte noch an demselben Tage. Im weiteren Verlauf des Verfahrens, in dem über die Rechtmäßigkeit der Einstw. Bsg. verhandelt wurde, kam es am 12. April 1933 zu einem Vergleich vor dem AG. In diesem Vergleich vereinbarten die Parteien, daß von der Vormerkung 3000 RM gelöscht werden, 17000 RM aber be-

stehen bleiben sollten; der Kl. übernahm die Kosten des Verfahrens, insbes. auch die der Grundbucheintragung.

Mit der Klage verlangte nun der Kl. vom Befl. die Bestellung einer Sicherungshypothek von 17000 RM auf dem Pachtgrundstück im Range der am 24. Febr. 1933 eingetragenen Vormerkung.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. RG. hob auf und verwies zurück.

In Übereinstimmung mit dem BG. stellt das BG. fest, daß der Kl. bis zum Vergleich v. 12. April 1933 keinen Anspruch gegen den Befl. auf Bestellung einer Sicherungshypothek für die i. J. 1931 gestellte Kautions erlangt hatte. Die Rev. wendet sich nur gegen die Ansicht des OLG., daß der Kl. auch durch den Vergleich keinen solchen Anspruch erworben habe. Die Ansicht des BG. beruht auf folgenden Erwägungen: In dem vergleichsweise abgegebenen Zugeständnis des Befl., daß die Vormerkung v. 24. Febr. 1933 in Höhe von 17000 RM bestehen bleiben solle, liege noch nicht das Bekenntnis zu dem vorgemerkt Anspruch selbst. Eine Vormerkung sehe ihrem Wesen nach nicht notwendig das Bestehen eines Anspruchs „im kategorischen Sinne des logischen Urteils“ voraus, sondern es genüge schon das Bestehen eines Anspruchs „im hypothetischen Sinne“. Es sei nicht ein wirklicher Anspruch erforderlich, sondern es genüge schon ein bloß möglicher Anspruch. Die Vormerkung v. 24. Febr. 1933 wäre also nur dann unwirksam, wenn beim Vergleich beide Teile darüber einig gewesen wären, daß der vorgemerkt Anspruch nicht zu Recht bestünde. So habe die Sache aber nicht gelegen. Der Befl. möge den Anspruch für ungerechtfertigt gehalten haben; der Kl. habe den gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Der Anspruch habe also „in dem weiten Bereich derjenigen Ansprüche gelegen, die als bestritten, zweifelhaft, unfertig oder ungewiß unter irgendeinem Fragezeichen stehen“. Solche Ansprüche seien vormerkungsfähig. Hier sei es Vergleichswille der Parteien gewesen, dem Kl. den durch die Vormerkung bereits gewährten Schutz zu belassen, aber nicht den vorgemerkt Anspruch zu begründen oder zu verstärken. Der Kl. müsse sich daher mit der Sicherung, die ihm die Vormerkung biete, begnügen, könne aber nicht kraft des nur als möglich vorgestellten, in Wirklichkeit nicht bestehenden vorgemerkt Anspruchs die Eintragung einer Sicherungshypothek begehrn.

Diese Begründung hält der Rev. nicht stand. Das OLG. verkennt das Wesen der Vormerkung (§ 883 BGB.). Jede Vormerkung sieht voraus, daß der vorgemerkt Anspruch rechtsbeständig ist (vgl. Planck-Strecker, 5. Aufl., III 1, 212 § 883 Ann. 1a Abs. 3ff.; RGKomm., 8. Aufl., 3, 93 Ann. 2 Abs. 6 zu § 883). Ein nur gedachter, als möglich angenommener, in Wirklichkeit aber nicht bestehender Anspruch ist nicht vormerkungsfähig. Selbst für den „künftigen“ Anspruch (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB.) ist unerlässliche Voraussetzung, daß mindestens schon ein rechtsgültig begründetes Rechtsverhältnis vorliegt, aus dem der künftige Anspruch erwachsen kann (RGZ. 151, 75 = J.W. 1936, 2306<sup>6</sup> m. Ann.). Ein Anspruch, der nur in der Vorstellung des Vormerkungsgeiserten vorhanden ist, dem aber in der Welt der Wirklichkeit jede Grundlage fehlt, genügt dem § 883 BGB. nicht. Eine auf solchem Boden — sei es kraft Bewilligung, sei es kraft Einstw. Bsg. — eingetragene Vormerkung ist hinfällig. Sie kann auch nicht dadurch wirksam werden, daß die Beteiligten sich vergleichsweise zu ihr bekennen, ohne jedoch den vorgemerkt Anspruch begründen zu wollen.

Mit den Erwägungen des OLG. läßt sich mithin die getroffene Entsch. nicht aufrechterhalten. Das BG. wird vielmehr den Sachverhalt erneut zu prüfen haben unter Ausschaltung seines die ganze bisherige Begründung durchziehenden Rechtsirrtums, daß die Parteien beim Vergleichsschluß am 12. April 1933 dem Kl. durch das Bestehenlassen der Vormerkung einen wirksamen Schutz hätten bieten können, wenn sie ihm nur die Vormerkung als solche, aber nicht zugleich auch den vorgemerkt Anspruch selbst zubilligt. Bei der neuen Prüfung wird zu erwägen sein: Für die Annahme der Rev., daß der Befl. beim Vergleichsschluß hinterhältig vorgegangen wäre und sich die §§ 116, 826 BGB. entgegen-

halten lassen müßte, bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt. Vielmehr spricht einstweilen alles dafür, daß der Befl. ebenso wie der Kl. und der den Vergleich aufnehmende AGG. L. damals von ähnlich rechtsirrigen Auffassungen aus gegangen ist, wie sie sich jetzt das OG. zu eigen gemacht hat. Dann aber bestehen für eine dem Rechtsgefühl und dem Gesetz entsprechende Lösung des Rechtsstreits wohl nur zwei Möglichkeiten: Entweder gelangt man, gestützt auf die §§ 133, 157, 242 BGB, in freier — vielleicht sogar ergänzender — Auslegung des Vergleichs v. 12. April 1933 zu dem Ergebnis, daß die Parteien mit ihrem Bekenntnis zu der Vormerkung v. 24. Febr. 1933 auch den bis dahin fehlenden vorgerückten Anspruch vergleichsweise geschaffen haben; dann wäre die Klage begründet. Oder aber man glaubt daran festzuhalten zu müssen; daß ein anspruchsgrundender Vorgang in den Vergleichsvereinbarungen auch durch Auslegung nicht zu finden sei; dann wäre das Ergebnis dies: Der Vergleich würde — sei es nach § 779 BGB. (vgl. AGG-Komm., 8. Aufl., 2, 500 Anm. 6a zu § 779), sei es nach §§ 306, 139 BGB. — nichtig sein; der Klageanspruch wäre zwar unbegründet und der Befl. könnte wohl die Löschung der Vormerkung verlangen; er dürfte aber andererseits auch für sich nicht die Vorteile behalten, die ihm durch das vergleichsweise Nachgeben des Kl. zugeslossen sind. Welche von diesen beiden Lösungsmöglichkeiten dem Willen und den wirtschaftlichen Belangen der Vergleichsparteien näher kommt und deshalb bei der richterlichen Entscl. den Vorzug verdient, wird das BG. nunmehr von einer richtigen Rechtsbetrachtung ausgehend, in sorgfältiger Abwägung aller Tatumsände des Falles auflären und feststellen müssen.

(RG. V. 2. ZivSen., II. v. 19. März 1937, V 217/36.)

[v. B.]

**18. RG. — § 892 BGB.; § 938 Abs. 2 ZPO.** Eine durch EinstvBfg. angeordnete „Sequestration“ eines Grundstücks kann in das Grundbuch nur eingetragen werden, wenn und soweit in ihr eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder eines Miteigentümers enthalten ist.

Als Eigentümer der vorbezeichneten Grundstücke sind im Grundbuche die vier Geschwister von F. zu je  $\frac{1}{8}$  und die Ehefrau Erika B. zu  $\frac{1}{2}$  eingetragen. Aus Anlaß eines Streites darüber, ob eine dem Ehemann B. von den Eigentümern erteilte Verwaltungs- und Verfügungsvollmacht seitens der Geschwister von F. wirksam widerrufen worden sei, ordnete das OG. B. mittels einer EinstvBfg. v. 18. Dez. 1936 „die Sequestration des Gutes und der Siedlung Fr. mit der Maßgabe an, daß der Sequester neben der Bewirtschaftung des Gutes auch zur Durchführung der Siedlungstätigkeit (einschließlich des Abschlusses von Siedlungsverträgen und der Auflösung von Grundstücken) sowie der Entschädigungsverhandlungen mit der Reichsautobahn befugt“ sei. In Ausführung dieses Beschlusses bestellte das OG. mit Beschl. v. 21. Dez. 1936 den Kaufmann von Sch. zum Sequester. Auf dessen Antrag vermerkte das GBA. in Abt. II des Grundbuchs, daß die Grundstücke mit den oben genannten Maßgaben der Sequestration unterlägen und daß von Sch. zum Sequester bestellt worden sei. Auf eine Beschw. der Miteigentümerin Frau B. ordnete das OG. die Löschung der Eintragung an. Die weitere Beschw. des Sequesters hatte keinen Erfolg.

Nach § 938 ZPO. kann eine EinstvBfg. in einer Sequestration bestehen, das heißt in der Anordnung der Verwahrung und Verwaltung eines streitigen Gegenstandes, insbes. eines Grundstückes, durch einen Treuhänder. Ob diesem sog. Sequester auch besondere Verfügungsbefugnisse verliehen werden können, bedarf hier keiner Entscl. Denn das Grundbuch hat weder darüber, wer ein Grundstück an Stelle des Eigentümers in Besitz und Verwaltung genommen hat, noch darüber, wer an seiner Stelle zur Verfügung darüber durch Rechtsgeschäft oder durch EinstvBfg. ermächtigt worden ist, irgendwelche Auskunft zu geben. Soweit jemand eine solche Befugnis hat, muß er sich in anderer Weise darüber ausweisen, z. B. durch eine Vollmachturkunde, durch eine gerichtliche Bestallung oder durch ein gerichtliches Zeugnis. Die hier angeordnete Sequestration hätte daher, und zwar lediglich als solche, ohne den Namen des Se-

questers und ohne eine Bezeichnung seiner Befugnisse, in das Grundbuch nur dann eingetragen werden dürfen, wenn und soweit sie eine Verfügungsbeschränkung für einen eingetragenen Berechtigten, insbes. die Anordnung einer Zwangsverwaltung, enthielt. Eine solche Bedeutung kommt ihr jedoch nicht zu.

Eine Beschränkung der Grundstückseigentümer in ihrer Gesamtheit konnte mit der EinstvBfg. überhaupt nicht angeordnet werden, weil zu ihnen auch die Antragsteller gehörten. Die Antragsteller sind diejenigen, welche allein durch das Verfügungsvorbot geschützt werden könnten. Entgegenstehende Verfügungen wären daher gem. §§ 135, 136 BGB. nur ihnen gegenüber unwirksam. Bei einer solchen Rechtslage ist es begrifflich unmöglich, daß das Verfügungsvorbot auch gegen sie selbst wirkt; denn das könnte lediglich die widersinnige Rechtsfolge haben, daß Verfügungen, die sie entgegen dem Verbot vornehmen würden, ihnen selbst gegenüber unwirksam wären. Ein Verfügungsvorbot konnte infolgedessen bei Erlass der EinstvBfg. nur für die als Antragsgegner in Anspruch genommenen Eheleute B. in Frage kommen. Der Miteigentümerin B. gegenüber wäre das Verbot jedoch teils offenbar zwecklos und teils offenbar unangebracht gewesen; es kann deshalb nicht als im Sinne des Prozeßgerichtes liegend angenommen werden. Der Frau B. hätte einmal verboten werden können, als Miteigentümerin gemeinsam mit den Antragstellern zu verfügen. Das war zwecklos, weil den Antragstellern aus dieser Befugnis der Frau B. keine Gefahr drohte. Sie brauchten, wenn sie gemeinschaftliche Verfügungen verhindern wollten, nur ihre eigene Mitwirkung dabei abzulehnen. Der Frau B. hätte ferner verboten werden können, über ihren Miteigentumsanteil zu verfügen. Eine solche Verfügung zu verhindern, hatten die Antragsteller aber, ganz abgesehen davon, daß mit ihr den Umständen nach nicht zu rechnen war, kein Interesse und auch kein Recht. Ein entsprechendes Verbot wäre also unangebracht gewesen, würde sich übrigens aus der Anordnung der Sequestration der ganzen Grundstücke auch nicht ohne weiteres entnehmen lassen. Gegen den Ehemann B. aber konnte ein Verfügungsvorbot i. S. der §§ 135, 136 BGB. deshalb nicht erlassen werden, weil er nicht zum Kreise derjenigen Personen gehörte, welche an dem Grundstücke dinglich berechtigt waren. Er nimmt zwar auf Grund der Vollmacht der Eigentümer die Befugnis für sich in Anspruch, in ihrem Namen Verfügungen über das Grundstück zu treffen. Eine Einschränkung dieser Vollmacht, wie sie mit der EinstvBfg. beabsichtigt gewesen sein mag, ist aber keine eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung; ihre Eintragung kommt ebenso wenig in Frage, wie die von ihr betroffene Vollmacht selbst eingetragen werden konnte. Auch soweit eine Vollmacht trotz wirksamen Widerrufs nach § 170 ff. BGB. dritten Personen gegenüber als fortbestehend gilt, besteht keine Möglichkeit, ihr Erlöschen in das Grundbuch einzutragen und damit die Anwendung der §§ 170 ff. BGB. auszuhalten. Ubrigens würde die Eintragung der Sequestration als einer Verfügungsbeschränkung der Eigentümer oder der Miteigentümerin Frau B. so, wie sie hier bewirkt worden ist, der notwendigen Angabe des Berechtigten (RGJ. 45, 255) ermangeln.

Es trifft ferner nicht zu, daß die vorl. EinstvBfg., was nach RGJ. 52, 140; 92, 19; AGJ. 35, A 268 im Rahmen des § 938 ZPO. grundsätzlich möglich ist, eine Zwangsverwaltung der Grundstücke angeordnet hätte. Denn auch das Wesen der Zwangsverwaltung besteht in erster Linie darin, daß sie den Eigentümer oder den Miteigentümer in der Bfg. über sein Recht beschränkt (§§ 146 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 ZivBerfG.). Es ist aber bereits dargelegt worden, daß ein solche Verfügungsbeschränkung hier, soweit sie rechtlich überhaupt möglich war, nicht im Sinne des Prozeßgerichtes gelegen haben kann. Der Zweck der EinstvBfg. war vielmehr, ohne daß es dabei auf eine Verfügungsbeschränkung der Miteigentümerin Frau B. an kam, der, den Ehemann B. als Bevollmächtigten auszuschalten und durch einen anderen Vertreter der Eigentümer mit weitgehenden Verfügungsbefugnissen zu ersetzen. Daß die Ausschaltung eines Bevollmächtigten keine Zwangsverwaltung darstellt, liegt auf der Hand. Aber auch die Bestellung eines Zwangsbewollmächtigten ist keine Zwangsverwaltung, weil sie den Eigentümer mangels eines mit ihr verbundenen Verfügungs-

verbotes nicht von der eigenen Verwaltung und Verfügung ausschaltet. Ubrigens könnte die Bestellung des Sequesters sogar dann, wenn sie die Folge der Anordnung einer Zwangsverwaltung wäre, ebensowenig in das Grundbuch eingetragen werden, wie die Bestellung eines Zwangsverwalters. Eintragbar ist immer nur die Einleitung der Zwangsverwaltung im Sinne einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder Miteigentümers. Es ist aber bereits dargelegt worden, daß die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung der Frau B., wie sie auf Grund einer von den Miteigentümern erwirkten EinstwBsg. hier allein in Frage kommen könnte, den Umständen nach bedeutslos wäre.

Die Annahme der weiteren Beschw., daß die EinstwBsg. „nicht nur den Interessen der streitenden Parteien, sondern auch dem allgemeinen Interesse an einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung und Auffiedlung des Gutes diene“, ist unrichtig. Die von den Antragstellern erwirkte EinstwBsg. konnte lediglich dem Zwecke dienen, ihre privaten Interessen gegen die ihnen aus dem Verhalten der Eheleute B. drohenden Gefahren in Schuß zu nehmen. Dazu ist aber eine Grundbucheintragung der angeordneten „Sequestration“ nach Lage der Sache überflüssig und ungeeignet.

(RG, 1. ZivSen., Beschl. v. 8. April 1937, 1 Wx 145/37.)  
[§.]

**19. OLG. — §§ 907, 1004 BGB. Gegen die Benutzung einer Kraftwagengarage kann nur unter besonderen Umständen der Eigentümer eines Nachbargrundstücks Unterlassungsansprüche geltend machen. †)**

Der Kl. ist Eigentümer eines Grundstücks in §., das mit einer zweigeschossigen Villa bebaut ist. An dieses Grundstück schließt in nordöstlicher Richtung ein dem Bekl. gehöriges, bisher unbebautes Grundstück an, das wiederum an ein gleichfalls dem Bekl. gehöriges Grundstück grenzt, auf dem ein Bierfamilienhaus errichtet ist.

Im Mai 1936 errichtete der Bekl. auf dem bisher unbebauten Grundstück an dessen hinterer Grenze mit baupolizeilicher Genehmigung eine Garage für Personenkraftwagen. Diese Garage besteht aus drei Boxen, sie ist von der Grundstücksgrenze des Kl. 3,20 m, von einer hinten am Hause des Kl. befindlichen Terrasse etwa 15 m entfernt.

Eine Boxe benutzt der Bekl. zum Einstellen seines eigenen Personenkraftwagens, während die anderen beiden Boxen an dritte in der Nähe wohnende Personen — einen Facharzt für innere Krankheiten und einen Kürschnermeister — zum Einstellen ihrer Personenkraftwagen vermietet sind.

Der Kl. behauptet, durch die Geräusche der zu den verschiedenen Tageszeiten ankommenden und abfahrenden Kraftwagen würden die Bewohner seines Hauses erheblich belästigt, zum Teil auch noch nachts — u. a. auch durch die Scheinwerfer —, wenn insbes. der Arzt aus beruflichen Gründen fortfahren müßte. Außerdem würden sie in der Benutzung des Balkons und der Terrasse durch Auspuffgase beeinträchtigt. Hinzu komme weiter, daß die Ausfahrt der Garage neben den Speisekammern seines Grundstücks liege; infolge der Geruchsentwicklung könnten dort die Fenster nicht offengehalten werden.

Alle diese unzulässigen Einwirkungen seien bei der Errichtung der Garage mit Sicherheit vorauszusehen gewesen. Da es sich bei der §-Straße um ein ausgesprochenes Villenviertel handele, sei er nicht verpflichtet, die durch die Benutzung der Garage entstehenden Einwirkungen auf sein Grundstück zu dulden. Statthaft sei allenfalls die Benutzung einer Garage für den dem Beklagten selbst gehörigen Wagen.

Er will die ganze Garage, hilfsweise die beiden seinem Grundstück zugewandten Boxen befeitigt bzw. unbenuzt wiesen, notfalls zum teilweisen Ausgleich der Wertminderung seines Grundstücks 1000 R.M. Schadensersatz erhalten.

Das LG. hat den Bekl. verurteilt, eine Benutzung der Garagen durch andere Personen als ihn selbst oder Mieter seines Hauses zu unterlassen, insbesondere es zu unterlassen, die Garagen an andere als die bezeichneten Personen zu vermieten.

Die Ver. des Bekl. ist begründet.

§ 907 BGB. gibt dem Grundeigentümer einen Beseitigungsanspruch gegenüber nachbarlichen Anlagen, die unzulässige Einwirkungen mit Sicherheit voraussehen lassen. Nach dieser Bestimmung genügt es, daß die Benutzung der Anlage eine unzulässige Einwirkung auf das Grundstück des Kl. zur Folge hat. Die Benutzung einer Garage besteht im Einstellen von Kraftwagen; dieses Einstellen kann unzulässige Einwirkungen auf das Grundstück des Kl., wie Geräusche, Gerüche, Lichtreflexe, hervorrufen. Ob sie wirklich in einem wesentlich störenden Maße auftreten, kann jedoch nur die Erfahrung bei der Inbetriebnahme der Garage lehren. Es kann keine Rede davon sein, daß unzulässige Einwirkungen mit ihrer Benutzung notwendig verbunden seien und danach mit Sicherheit hätten vorausgesehen werden können.

Der auf § 907 BGB. gestützte Beseitigungsanspruch ist daher unbegründet.

Auch der vom Kl. aus § 1004 BGB. geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der Benutzung der Garage ist nicht begründet. Die von der Garagenbenutzung ausgehenden Einwirkungen beeinträchtigen die Benutzung des Grundstücks des Kl. nur unwesentlich. Der Facharzt, der die dem Grundstück des Kl. am nächsten gelegene Garage gemietet hat, benutzt seinen Wagen beruflich nur wenig. Er braucht den Wagen, wie er bekundet hat, manchmal tagelang nicht für berufliche Zwecke. Daß er ihn nachts einmal zu einem Krankenbeifall benutzen muß, kommt überhaupt kaum je vor. Für Ausflüge und sonstige Fahrten benutzt er ihn im wesentlichen am Sonnabendnachmittag und Sonntag. Daß die Benutzer der beiden anderen Garagen ihre Wagen häufiger gebrauchen, geht weder aus den Behauptungen des Klägers hervor, noch läßt es sich aus den Bekundungen der Zeugen entnehmen. Ein längeres Halten der Wagen und Laufen der Motoren findet nur auf dem Platz vor dem Garagenbau statt. Die dadurch verursachten Störungen sind vom Kl. aber stark übertrieben. Wie der Ortstermin ergeben hat, ist auf der Terrasse am Hause des Kl. die nicht, wie der Kl. behauptet, 8, sondern schätzungsweise 15 m von der nächsten Ecke des Garagenbaus entfernt, das Geräusch des laufenden Motors zwar zu hören. Es wirkt aber auf einen nicht überempfindlichen Menschen nicht besonders störend und ist weit weniger unangenehm als der herüberdringende Lärm der Lastkraftwagen auf der Hauptverkehrsstraße, die parallel zur §-Straße in einer Entfernung von schätzungsweise 100 m vom Hause des Kl. verläuft. Mit dieser Feststellung stehen auch die Zeugenauzäger im Einklang. Unangenehm empfunden haben sie das Vorhandensein der Garage nur im Sommer auf der Terrasse. Aber auch hier haben sie sich weniger durch das Motorengeräusch belästigt gefühlt als durch den Umstand, daß aus Anlaß der Errichtung der Garage häufiger als früher Menschen auf das Nachbargrundstück kommen, die von dem Platz vor der Garage auf die Terrasse sehen können und dadurch das Wohlbehagen der Zeugen beeinträchtigen. Darin liegt aber keine unzulässige Einwirkung, die der Nachbar verbieten könnte. Über Gerüche auf der Terrasse haben die Eheleute X. nicht geklagt. Im Hause hat lediglich die Chefrau X. wohl mal in der Küche und der Speisekammer bei geöffneten Fenstern Benzingeruch wahrgenommen. Das kam aber so selten vor, daß Frau X. keinen Anlaß fand, sich darüber bei dem Hauswirt zu beklagen, sondern nur gesprächsweise einmal ohne besondere Absichten der Chefrau des Kl. davon Mitteilung gemacht hat. Die angeblichen Belästigungen durch die Scheinwerfer der Kraftwagen, die abends und nachts beim Einbiegen der Wagen von der Straße auf das Grundstück in die Fenster des Eckzimmers im ersten Stock strahlen sollen, sind derartig geringfügig, daß sie nicht ins Gewicht fallen. Es kann sich nur um ein sekundenlanges Aufblitzen handeln, das bei dem geringen Kraftwagenverkehr nicht allzuoft kommt, und wenn es wirklich als störend empfunden werden sollte, leicht durch einen dunklen Vorhang abgewehrt werden kann. Nach alledem beeinträchtigen die Einwirkungen, die von den die Garage benutzenden Kraftwagen ausgehen, die Benutzung des Grundstücks des Kl. nur unwesentlich. Der Kl. muß sich diese Einwirkungen daher nach § 906 BGB. gefallen lassen.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Kl. sie nicht auch deshalb dulden muß, weil sie auf einer i. S. des § 906 BGB. ortsüblichen Benutzung des Grundstücks beruhen. Auch das wäre nach dem Gutachten des Sachverständigen C. zu bejahen. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß die H.-Straße nach der in diesem Punkte bisher nicht abgeänderten Bauordnung der Stadt H. zum Baugebiet W II g gehört, für das geschlossene Reihenhausbebauung vorgeschrieben ist. Dem entspricht auch der bauliche Charakter dieser Gegend, der von dem Reihenhausbau in der B.-Straße sein Gepräge erhält. Auch für das Garagengrundstück ist die Reihenhausbebauung vorgesehen, wie die Brandmauer auf dem angrenzenden Hausgrundstück des Bvll. zeigt, mit dem der Reihenhausbau einstweilen sein Ende erreicht. Das Haus des Kl. und das Nachbarhaus — einzeln stehende Mehrfamilienhäuser im Villenstil — stammen offenbar aus einer früheren Zeit, in welcher eine andere Bebauung für die H.-Straße vorgesehen gewesen sein mag, und wirken als Ausnahmerscheinungen, die für die dortige Wohngegend nicht mehr charakteristisch sind. Bei dem Reihenhausbau der hier in Betracht kommenden Art handelt es sich um Häuser mit durchschnittlich vier Wohnungen für nicht ganz unbemittelte Bewohner, von denen heutzutage im allgemeinen angenommen werden kann, daß sie in der Lage sind, sich einen Kraftwagen zu halten. Daraus ergibt sich ein Bedürfnis nach derartigen Garagenbauten. Wenn der Sachverständige mit Rücksicht hierauf den Garagenbau des Bvll. als bei Grundstücken der hier in Rede stehenden Art gewöhnlich bezeichnet, so brauchte er sein Gutachten nicht gerade auf die örtlichen Verhältnisse abzustellen, wo es zur Zeit allerdings noch an solchen Garagen zu fehlen scheint. Es sind vielmehr auch die Verhältnisse in entsprechenden Wohnlagen gleichartiger Städte zu berücksichtigen, weil dort die Voraussetzungen und Bedürfnisse, die den Garagenbau bestimmen, die gleichen sind und nach der Gleichartigkeit der Verhältnisse sich die allgemeine Anschauung der Bevölkerung von der Ortsüblichkeit einer Anlage bildet.

Der Anspruch des Kl. aus § 823 Abs. 2 BGB. ist aber auch deshalb unbegründet, weil die für H. zur Zeit geltende BaupolizeiVO. kein Schutzgesetz i. S. dieser Vorschrift ist. Sie gibt dem einzelnen nicht ein Recht darauf, daß der Nachbar bei Bauten einen bestimmten Abstand von der Grenze einhält, sondern regelt die Bebauung der Grundstücke ausschließlich im öffentlichen Interesse. Eine Nachbeobachtung ihrer Bestimmungen kann daher der Behörde, wenn sie keine Befreiung von der Vorschrift bewilligt hat, Unlaß zum Einschreiten geben, sie kann aber nicht die Rechtsgrundlage für einen privatrechtlichen Anspruch des Nachbarn bilden.

Die Vermietung der beiden Boxen an Kraftwagenbesitzer der Nachbarschaft ist auch kein Gewerbebetrieb des Bvll. Alle an das Fehlen der gewerbepolizeilichen Genehmigung geknüpften Schlüssefolgerungen des Kl. sind daher verfehlt.

(OLG. Celle, Urt. v. 16. April 1937, 4 U 167/36.)

#### Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Die aus dem Eigentum sich ergebenden Pflichten und Befreiungen werden von der grundsätzlichen Wandlung unseres Rechtsdenkens erheblich betroffen (vgl. dazu Wiedner, „Eigentum und Enteignung“ 1935; Huber, „Verfassung“ 1937 S. 221ff. mit weiterem Schrifttum, aus der Gesetzgebung ist die Einschränkung der Nachbarrechte, Erbhofeigentum, Lustschutzpflicht als besonders bedeutsam zu erwähnen). Aber dabei bedarf es sorgfältiger Ermittlung des ganzen Sachverhaltes und ebenso sorgfältiger Abwägung der betroffenen Interessen der Beteiligten. Mit dem bequemen Satz, daß das Interesse der Allgemeinheit erfordere, daß jeder Grundstückseigentümer den Vorm und sonstige Einwirkungen von Garagen dulde, wäre diesem Erfordernis nicht genügt. Die Gefahr der Verwendung solcher allgemeiner Sätze für die Gemeinschaft und die Leistung und Einordnung des einzelnen in sie hat für das Gebiet der Verwaltung Huber: Akad. 1937, 323 ff. eindringlich aufgezeigt. Manche Entsch. von Gerichten und Verwaltungsbehörden werden

diesen Hinweis verständlich erscheinen lassen (vgl. auch das Urt. PrDVBG. 98, 77).

Der eine will Garagen für seine Mieter oder zur Vermietung für in der Nachbarschaft wohnende Leute haben, der andere gefund, ruhig und unbelästigt leben; beide Interessen müssen in billigen Einklang gebracht werden.

1. Schon früh hat das RG. Übertreibungen, die sich aus einer allzu sehr auf die Interessen des einzelnen abgestellten Auslegung des Eigentums ergaben, entgegengewirkt und hat gegenüber einem Grundstückseigentümer, der eine Petroleumraffinerie neben seinem Grundstück verboten wissen oder doch für die Unverträglichkeit seines Grundstücks wegen Explosionsgefahr Entschädigung erhalten wollte (RG 3. 50, 227), ausgeführt:

„Wirkt eine in den allgemeinen Gesetzen erlaubte und von der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde genehmigte Benutzungsart nicht über die Grenzen des Grundstücks hinaus, so fehlt es an den Grundlagen einer Entschädigungspflicht, wenn auch die Benutzungsart (z. B. wegen dieser Gefährlichkeit) auf den Wert der Grundstücke nachteilig einwirkt.“

Auch der Begriff der entschädigungspflichtigen „Leile“ — Immission nicht sinnlich wahrnehmbarer Einwirkungen ist in dieser Entsch. bereits abgelehnt. Ebenso hat RG 3. 63, 374 ff. den Entschädigungsanspruch wegen des Ausstromens von Gas aus einer dem Grundstück des Geschädigten benachbarten Gasleitung abgelehnt (ob zu Recht, kann dahingestellt bleiben) und dabei ausgesprochen, daß die Anlage einer Gasleitung nicht zu den Anlagen gehört, von denen mit Sicherheit schädliche körperliche Einwirkungen auf das Grundstück erwartet werden müssten, und daß die etwaige Gefährlichkeit der Anlage dem Nachbarn keinen Anspruch auf Unterlassung ihrer Ausführung gebe.

2. Eine andere Frage, aber auch mit der Begrenzung der Rechte des Eigentümers zusammenhängend, ist die, wann der Eigentümer für eine schädliche Einwirkung auf sein Grundstück Ersatz leisten muß. Dazu ist RG 3. 139, 34 f. (26. Nov. 1932) = JW. 1933, 1193<sup>15</sup> ausgesprochen, daß bei genehmigungspflichtigen Betrieben (§ 26 GewD.) für entstehende Schäden nicht nur für die Zeit nach Klagerhebung, sondern auch für die davorliegende Zeit Ersatz geleistet werden müsse (a. A. die dort angegebenen früheren Entsch.). Das RG. hatte aber in dieser Entsch. weiter ausgesprochen, daß bei industriellen Gegenden die Einwirkung von Dämpfen und Rauch ortsüblich sei und Ersatz des entstehenden Schadens daher nicht gefordert werden könne. Mit Recht ist bei der neuesten Entsch. auf diesem Gebiet V 218/36 v. 10. März 1937: JW. 1937, 1237<sup>16</sup> = DJ. 1937, 625 ausgeführt, daß nicht denjenigen eine bessere Rechtsstellung eingeräumt werden kann, der „früher da war“, wenn man nicht jede Entwicklung verhindern wolle (so schon RG 3. 70, 152 = JW. 1909, 111 und JW. 1935, 1775). Aber es heißt dann — und hier findet man eine neue für die Abwägung von Rechten und Pflichten aus dem Eigentum wesentliche Erwägung —

„Dem Gedanken der Volksgemeinschaft würde es widersprechen, wenn der Industrie gestattet sein sollte, durch zwar planvoll angelegte und in natürlicher Entwicklung entstandene, aber doch besonders stark gehäufte Werkstätten ohne Entschädigungspflicht mit ihr zusammenliegende landwirtschaftliche Betriebe, die nicht fehl am Ort sind, sondern an jener Stelle ihre natürlichen Lebensbedingungen finden, in einer Weise zu beeinträchtigen, daß die Landwirtschaft dadurch schließlich zum Erliegen kommen muß. Zutreffend wird von einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis gesprochen, in dem die Nachbarn aufeinander Rücksicht zu nehmen haben (RG 3. 11, 343; 132, 56; Gruch. 55, 107; Planck-Streder S. 346; Hec, „Sachenrecht“ § 50; Klausing: JW. 1937, 68; Schiffer: Akad. 1936, 1076). Es kommt darauf an, im Einzelfalle den gerechten Ausgleich der widerstreitenden Belange, das für dieses Lebensverhältnis richtige Recht zu finden.“

Das ist eine Sprache, die nicht nur verständlich ist und den Betroffenen zeigt, worauf es bei der Prüfung der Abwägung ihrer Interessen ankommt, sondern die auch in einem bemerkenswerten Gegensatz zu der negativen Bestimmung des

Eigentums im Gesetze selbst steht, zu der Ausschließungsbefugnis, die zeitweilig als das wesentlichste Merkmal des Eigentums angesehen wurde.

3. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ergibt sich die Richtigkeit der Entsch.: Zutreffend ist, daß der Anspruch aus § 907 BGB. die sichere Erwartung verlangt, daß Einwirkungen in störendem Maße stattfinden (vgl. auch Staudinger-Köber<sup>10</sup> § 907 Anm. 10).

Ebenso ist die tatsächliche Beeinträchtigung des Kl. zutreffend verneint. Dass Motorengeräusch heute vernommen wird, hängt mit der technischen Entwicklung zusammen und kann nicht beanstandet werden. Auch die Tatsache, daß Benzingerüche schon einmal herüberdringen, ist mit dieser Entwicklung unvermeidbar verbunden. Es würde ein unmögliches Ergebnis sein, daß der Grundstückseigentümer die gelegentliche Einwirkung von derartigen Geräuschen und Gerüchen, die er von der Straße her nicht verhindern kann, seinem Nachbarn gegenüber sollte schlechthweg verbieten dürfen, auch wenn sie derart unerheblich sind, daß jeder Mieter sich damit abfindet. Mit Recht ist daher am Schlusse des Urt. ausgeführt, daß bei der Abwägung auch dem Bedürfnis nach Garagen Rechnung getragen werden muß, und ausgeführt, daß durch unwe sentliche Störungen der Kl. nicht in der Benutzung seines Grundstücks geschädigt werde.

4. Ob der Schluß des Urt. richtig ist, daß die geltende BauPolVO. kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. ist, kann immerhin zweifelhaft sein (vgl. Staudinger-Köber<sup>10</sup>, Anm. 17 zu § 907 BGB. und die dort angeführte Rspr. und das in sich uneinige Schrifttum zu dieser Frage).

R. A. Carl, Düsseldorf.

\*

20. RG. — § 1274 BGB.; § 15 GmbHG. Der obligatorische Verpfändungsvertrag über den Geschäftsanteil einer GmbH. ist formlos gültig.

Der Befl. hatte die auch von der Rev. wiederholte Auffassung vertreten, der Vertrag sei deshalb rechtsunwirksam, weil für die in ihm auch übernommene Verpflichtung, Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu verpfänden, die in § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG. vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung geboten gewesen sei, da die Verpfändung von Anteilen einer GmbH. nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften erfolge, wie sich aus § 1274 BGB. ergebe. Die wegen mangelnder Form bestehende Richtigkeit dieses Teils des Vertrages macht dann aber nach der von der Rev. vertretenen Auffassung den ganzen Vertrag gem. § 139 BGB. nichtig. Das BG. hat sich diesem Standpunkt nicht angeschlossen, sondern angenommen, daß sich die in § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG. vorgesehene Form nur auf die Übernahme einer Verpflichtung zur Abtretung beziehe.

Der Standpunkt des BG. ist zutreffend. Richtig ist, daß die Verpfändung eines Geschäftsanteils, also das Verfügungsgeschäft, durch das die Bestellung eines Pfandrechts an ihm erfolgt, nach § 1274 Abs. 1 BGB. der für die Abtretung eines Geschäftsanteils in § 15 Abs. 3 GmbHG. vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form bedarf (RGJ. 58, 223). Aber diese Formvorschrift, durch die verhindert werden soll, daß solche Geschäftsanteile zum Gegenstand des allgemeinen Handelsverkehrs gemacht werden, ist, wie in der genannten Entsch. des RG. eingehend ausgeführt wird, nicht anzuwenden auf einen Vertrag, durch den die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Verpfändung eines Geschäftsanteils begründet werden soll.

An dieser Auffassung ist festzuhalten.

(RG. II. ZivSen., Urt. v. 16. März 1937, II 248/36.) [R.]

\*

21. RG. — §§ 1440 Abs. 2, 1432 BGB.; §§ 20, 33 GBG. Die Überführung eines zum Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks in das Alleineigentum eines Ehegatten steht neben der Übertragung nach allgemeinen Vorschriften voraus, daß das Grundstück durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut des Erwerbers erklärt wird. Erfordernisse eines solchen Ehevertrages.

Die beschwerdeführenden Eheleute, die im Grundbuche als Miteigentümer kraft allgemeiner Gütergemeinschaft eingetragen

sind, haben bei gleichzeitiger persönlicher Anwesenheit eine als Überlassungsvertrag bezeichnete notarielle Verhandlung verlaubt, in der zunächst der Ehemann seine gütergemeinschaftliche Hälfte an dem Grundstück der Ehefrau zum Alleineigentum überläßt gegen Übernahme von hypothetisch eingetragenen Mutterteilen und beide Eheleute alsdann die Auflassung dahin erklären, sie seien darüber einig, daß das Eigentum an dem Grundstück, insbes. das Eigentum an der dem Ehemann zu stehenden gütergemeinschaftlichen Hälfte, auf die Ehefrau zum Alleineigentum übergehen solle, und die Eintragung der Ehefrau als Alleineigentümerin im Grundbuche bewilligen und beantragen. Schließlich tritt in der Verhandlung der Ehemann noch sein gesamtes weiteres Vermögen, insbes. die ausstehenden Forderungen, an die Ehefrau ab.

Dem Antrage der Ehefrau auf Eintragung ihres Alleineigentums im Grundbuche haben die Vorinstanzen mit Rücksicht auf die bestehende allgemeine Gütergemeinschaft nicht entsprochen. Die weitere Beschr. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Nicht zu billigen ist allerdings die Ansicht der Beschr., daß der Grundbuchrichter bereits auf Grund der von den Eheleuten in grundbuchmäßiger Form erklärten Auflassung (§ 20 GBG.) ohne weiteres verpflichtet sei, die beantragte Eigentumsänderung im Grundbuche einzutragen. Der Grundbuchrichter hat zwar die sachliche Richtigkeit der beantragten Eintragung nicht nachzuprüfen. Er darf aber nicht dazu mitwirken, daß das Grundbuch unrichtig wird. Sobald ihm erkennbar ist, daß die Eintragung wegen Fehlens eines sachlich-rechtlichen Erfordernisses das Grundbuch unrichtig machen würde, hat er grundsätzlich den Eintragungsantrag zurückzuweisen (Henne-Mönch, Vorberemerkung 7 B vor § 13 GBG.). Ob und inwieweit dieser Grundsatz eine Einschränkung erleidet, wenn dem Grundbuchrichter das Bestehen eines ehelichen Güterstandes bekannt ist, mit dem die beantragte Eintragung sachlich-rechtlich nicht im Einklang stehen würde (vgl. hierzu RGJ. 84, 71; RGJ. 53, 129; Güthet-Triebel Bem. 50, vorl. Abt. zu § 19 GBG.), kann unerörtert bleiben, weil hier durch den Inhalt der vorgelegten notariellen Urkunde die wirksame Überführung des Grundstücks in das Alleineigentum der Ehefrau als Vorbehaltsgut dargetan wird.

Das Grundstück gehört zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft der Beschr. In das Alleineigentum der Ehefrau kann es nur übergehen, wenn es deren Vorbehaltsgut wird, da sonst alles, was einer der Ehegatten erwirkt — abgesehen von dem Sondergut des § 1439 BGB. — wiederum in das Gesamtgut fällt (§§ 1438, 1440 BGB.). Die Eigenschaft als Vorbehaltsgut der Ehefrau erlangt das Grundstück hier, wo es sich um eine Zuwendung des Ehemannes handelt, nur dadurch, daß es durch Ehevertrag der Beschr. dazu erklärt wird (§ 1440 Abs. 2 BGB.). Außer dem Ehevertrag bedarf es zur Umwandlung von Gesamtgut in Vorbehaltsgut eines Ehegatten ferner der Übertragung nach allgemeinen Vorschriften, bei dem fraglichen Grundstück also der Auflassung und Eintragung, und zwar des ganzen Grundstücks, nicht etwa nur des Anteils des Ehemannes daran (RGJ. 35, B 23; 33, B 95). Ehevertrag und Übereignung, soweit die letztere auf Vertrag beruht, können dabei in einem einheitlichen Vertrage zusammengefaßt werden. Zu Unrecht gehen die Vorinstanzen davon aus, daß der Vertrag der Beschr. diesen Erfordernissen nicht genüge.

Was zunächst die Übereignung anlangt, so ist die Fassung des Vertrages allerdings irreführend. Wenn es darin heißt, daß der Ehemann seine gütergemeinschaftliche Hälfte an dem Grundstück der Ehefrau zum Alleineigentum überläßt, und die gütergemeinschaftliche Grundstückshälfte auch bei der Auflassungserklärung erwähnt wird, so scheint dem die rechtsirrige Vorstellung zugrunde zu liegen, als ob dem Ehemann auf Grund der Gütergemeinschaft ein ideeller Anteil an dem Gesamtgutgrundstücke zustehe, den er auf die Ehefrau übertragen könne, um sie zur alleinigen Grundstückseigentümerin zu machen. Das widerspricht der gesetzlichen Regelung der §§ 1438, 1442 BGB., wonach das Gesamtgut und alle seine Bestandteile den Eheleuten gemeinschaftlich als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand gehören und ein Ehegatte weder über seinen Anteil am Gesamtgut noch an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann.

Wenn ein Gesamtgutsgrundstück auf die Ehefrau übertragen werden soll, so ist das nur im ganzen möglich, und zwar durch den Ehemann mit Zustimmung der Frau (§ 1445 BGB.). In diesem Sinne kann aber auch der Vertrag der Ehefrau, trotz der irreführenden Fassung ausgelegt werden, da der Wille der Beteiligten zweifelsfrei dahin gegangen ist, die Ehefrau zur Alleineigentümerin des ganzen Grundstücks zu machen. In der für die Urteilung des GBG. in erster Linie maßgebenden Auslassungserklärung insbes. heißt es, daß „das Eigentum an dem Grundstück“ auf die Ehefrau zum Alleineigentum übergehen solle, und von beiden Eheleuten wird anschließend die Eintragung der Ehefrau im Grundbuch als Alleineigentümerin bewilligt und beantragt (vgl. auch RG. 125, 131 = JW. 1929, 329).

Weiterhin ist in der Verhandlung auch ein Ehevertrag i. S. der §§ 1432, 1434 BGB., zu erblicken. Die Formvorschrift des § 1434 BGB. — Vertragsschluß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar — ist erfüllt. Daß der Vertrag sich nicht ausdrücklich als Ehevertrag bezeichnet, ist unschädlich. Für das Vorliegen eines Ehevertrags genügt es, daß darin ein dem vertraglichen Güterrecht angehörendes Verhältnis in einer von den güterrechtlichen Vorschriften abweichenden Weise geregelt wird (Planck, Bem. 3 zu § 1432 BGB.). Das ist aber hier der Fall, weil das bisher gütergemeinschaftliche Grundstück aus dem Gesamtgut in das Alleineigentum der Ehefrau überführt werden soll, was — wie bereits erwähnt — nur dadurch bewirkt werden kann, daß es durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt wird. Nun fehlt allerdings in der fraglichen Verhandlung eine ausdrückliche Erklärung der Eheleute, daß das Grundstück Vorbehaltsgut der Ehefrau werden oder daß es künftig vom Gesamtgut ausgeschlossen sein solle. Da aber der Inhalt der Urkunde klar ergibt, daß das Grundstück bisher zum gemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute, also zum Gesamtgut gehörte und nunmehr Alleineigentum der Ehefrau werden soll, und da dies nur geschehen kann, wenn es Vorbehaltsgut wird, so muß daraus zugleich der Wille der Beteiligten entnommen werden, das Grundstück — wie auch das sonstige der Ehefrau übertragene Vermögen — aus dem Gesamtgut herauszunehmen und zum Vorbehaltsgut der Ehefrau zu machen (vgl. Hamburg, OLG. 12, 312; Darmstadt, HessPr. 12, 216).

Der hiernach anzunehmende Ehevertrag ist nicht in das Güterrechtsregister eingetragen; in der Verhandlung selbst ist eine solche Eintragung nicht vorgesehen. Die Wirksamkeit des Ehevertrages wird dadurch indessen nicht beeinflußt. Die darin enthaltene Erklärung des Grundstücks zum Vorbehaltsgut der Ehefrau kann zwar nach §§ 1441, 1431, 1435 BGB. in das Güterrechtsregister eingetragen werden. Die Eintragung hat indessen Bedeutung nur für die Wirksamkeit der Änderung in dem güterrechtlichen Verhältnis Dritten gegenüber. Wenn ferner nach § 33 GBG. der Nachweis gegenüber dem GBG. ist, daß ein Gegenstand zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten gehört, durch ein Zeugnis des Registergerichts über die Eintragung im Güterrechtsregister geführt wird, so ist das doch keineswegs die einzige Möglichkeit eines derartigen Nachweises. § 33 will den Grundbuchverkehr lediglich erleichtern. Deshalb bleiben auch andere Beweismittel zulässig. Der Beweis kann insbes. und am sichersten durch die Vorlegung des die güterrechtliche Regelung enthaltenden Ehevertrages geführt werden (vgl. RG. 39, A 181).

Auch aus sonstigen Gründen ist die Nichtigkeit des Ehevertrages und der damit verbundenen Auslassung nicht herzuleiten. Die allgemeine Gütergemeinschaft, in der die Eheleben, ist durch den Ehevertrag nicht aufgehoben, sie soll also weiter bestehen. Es ist aber nicht nur das Grundstück, sondern auch das sonstige Vermögen des Ehemannes an die Ehefrau zum Alleineigentum abgetreten. Ob neben den an die Ehefrau übertragenen Vermögenswerten überhaupt noch Gesamtgut der Eheleute vorhanden ist, ist nicht ersichtlich. Aber selbst wenn das ganze gegenwärtige Vermögen der Ehegatten zum Vorbehaltsgut der Ehefrau erklärt worden wäre, das Gesamtgut sich also auf den künftigen Erwerb der Ehegatten beschränken würde (§ 1438 Abs. 1 S. 2 BGB.), würde das den Bestand der allgemeinen Gütergemeinschaft, die allerdings begrifflich vorausgesetzt, daß irgendein Vermögen beider Ehegatten gemeinschaftlich ist, nicht beeinträchtigen, so daß eine solche Regelung zulässig er-

scheinen müßt (Planck Bem. 2 a; Staudinger, Bem. 2 zu § 1440). Schließlich besteht nach dem festgestellten Sachverhalt auch kein ausreichender Anhalt dafür, daß es sich bei der Übertragung des Grundstücks auf die Ehefrau um eine den guten Sitten zuwiderlaufende Vermögensverschiebung zwischen den Eheleuten handelt, die wegen Sittenverstoßes nach § 138 BGB. auch die Auflösung nichtig machen würde. Die bloße Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbenachteiligung würde dem Grundbuchrichter kein Recht geben, die Eintragung der anfechtbaren Rechtsänderung abzulehnen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. März 1937, 1 Wx 78/37.)

[§.]

**22. RG. — § 1886 BGB.** Die Tatsache, daß der Pfleger der jüdischen Rasse angehört, kann auch bei reinen Vermögenspflegern eine Gefährdung i. S. des § 1886 BGB. begründen und damit die Entlassung des Pflegers rechtfertigen, wenn die vom Pfleger betreuten Rechte deutscher Volksgenossen zustehen.

Der jüdische R. M. ist Pfleger zur Wahrung der Rechte der unbekannten Eigentümer einer Liegenschaft. Nachdem er mitgeteilt hatte, daß nach seiner Kenntnis die abwesenden Berechtigten zweifelslos nichtjüdischer Abstammung seien, hat ihn das WomGer. aus dem Amt entlassen. Die Beschwerde und weitere Beschwerde des Pflegers sind zurückgewiesen worden.

Nach § 1915 BGB. regelt sich die Entlassung des Pflegers nach § 1886 BGB. Diese Bestimmung setzt eine Gefährdung der betreuten Interessen im Falle der Fortführung des Amtes durch den bisherigen Pfleger voraus. Unabhängig hiervon stützt das AG. seine Entsch. auf die Bestimmungen des § 4 Abs. 1 der VO. I §. 1858 = JW. 1936, 87. Das AG. geht davon aus, daß es arischen Volksgenossen nicht zugemutet werden könne, daß ihre Rechte von einem jüdischen Pfleger wahrgenommen werden. Bevor zu dieser allgemeinen Begründung gegriffen wird, hätte zunächst geprüft werden müssen, ob die Sondervorschrift des § 1886 BGB. die Entlassung stützt. Gegen die Annahme einer Gefährdung ist darauf hingewiesen worden, daß der jüdische Pfleger viele Jahre unangestrichen und ohne in Betracht kommende Beanstandungen sein Amt wahrgenommen hat. Das ist aber nicht ausschlaggebend. Aus diesem Umstande könnte man nur folgern, daß sich der Pfleger, wie bisher, auch in Zukunft keine Pflichtverleugnungen wird zuschulden kommen lassen, nicht aber, daß keine Gefährdung eintreten wird. Zur Entlassung des Pflegers genügt aber objektive Gefährdung der Interessen des Pfleglings. Eine solche Gefährdung ist zu bejahen. Zwar sind die Juden an sich in der wirtschaftlichen Betätigung nicht behindert. Sie gehen aber bei ihrer Arbeit nach der jetzt maßgebenden nationalsozialistischen Auffassung von jüdischen, dem völkischen Denken weisensfremden Gedankengängen und Geschäftsauffassungen aus, die der Gesetzgeber sonst überall auszuhalten versucht, weil sie dem deutschen Volke Schaden bringen. Diese Grundsätze sind im Laufe der letzten Jahre so sehr Allgemeingut des deutschen Volkes geworden, daß nicht nur der persönliche, sondern auch der wirtschaftliche Verkehr mit Juden tunlichst gemieden wird. Gerade bei der Verwaltung eines Miethauses ist deshalb zu befürchten, daß sich in Zukunft in vermehrtem Maße Schwierigkeiten bei der Erledigung der Mietangelegenheiten ergeben werden, die sich auf die Dauer zum Nachteil der betreuten Berechtigten auswirken müssen. Der jüdische Pfleger ist auch infolge seiner Rasse behindert, seinen Pfleglingen die Vorteile der nationalsozialistischen Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zuteil werden zu lassen. Seine Rasse stellt eine Belastung für die Vertretung der Berechtigten dar, die die Entstehung von Nachteilen befürchten läßt. Damit ist aber eine Gefährdung hinreichend dargetan, da es hierfür nicht des Nachweises eines bereits eingetretenen Schadens bedarf. Unerheblich ist es hierbei, daß der Erblasser der unbekannten Eigentümer seinerzeit den jüdischen Anwalt zu seinem Bevollmächtigten in den Hausangelegenheiten bestellt hat. Selbst wenn man mit den Ausführungen der weiteren Beschwerde § 1776 Nr. 1 BGB. hier entsprechend anwenden könnte, würde aus dieser früheren Sinesrichtung des Erblassers noch nichts für die Entsch. geschlossen werden können. Denn die Bedeutung der Judenfrage ist der Allgemeinheit des deutschen Volkes erst durch die nationale Erhebung klar geworden. Ein den völkischen Belangen entgegensehender Wille könnte auch heute nicht mehr beachtet werden, würde aber jedenfalls bei eintretender Gefährdung die Entlassung nicht hindern können.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 28. Mai 1937, 1a Wx 573/37.)

23. RG. — § 2113 Abs. 1 BGB.; § 27 GBD. Zur Löschung der auf einem Nachlaßgrundstück eingetragenen Hypothek auf Antrag des nicht befreiten Vorerben bedarf es, wenn weitere Grundstücksbelastungen nicht vorhanden sind, nicht der Zustimmung des Nachberen.

Nach § 2113 Abs. 1 BGB. ist die Verfügung des — nicht befreiten — Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Grundstücksrecht im Falle des Eintritts der Nachberfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nachberen verletzen oder beeinträchtigen würde. Wenn eine Hypothek an einem Nachlaßgrundstück gelöscht wird, so liegt in der dazu nach § 27 GBD. erforderlichen Zustimmung des Vorerben als Grundstückseigentümers zwar keine Verfügung über das Grundstück, wohl aber regelmäßig eine Verfügung über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstücksrecht, nämlich über die durch Befriedigung des Gläubigers in der Regel entstehende Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177, 2111 Abs. 1 BGB.).

Auf die für den Fall einer Beeinträchtigung des Nachberenrechts angeordnete Unwirksamkeit einer derartigen Verfügung hat der Grundbuchrichter Rücksicht zu nehmen. Wenn das Nachberenrecht gem. § 51 GBD. im Grundbuche vermerkt ist, so reicht das zwar grundsätzlich zur Sicherung des Nachberen gegen einen Rechtsverlust auf Grund eines gutgläubigen Erwerbs eines Dritten (§ 2113 Abs. 3 BGB.) aus. Bei Löschungen von nachlaßzugehörigen Grundstücksrechten aber schützt der Nachberenvermerk nicht, weil er mit dem Rechte selbst ebenfalls zur Löschung gelangt und es rechtlich nicht möglich ist, seine Wirkung durch einen Vorbehalt oder auf sonstige Weise aufrechtzuerhalten (RGJ. 102, 332). Das gilt auch für den Fall, daß der Vorerbe als Eigentümer eines Nachlaßgrundstücks nach § 27 GBD. die Zustimmung zur Löschung einer für einen Dritten eingetragenen und an diesen ausgezahlten Hypothek gibt. Der als Beschränkung des Eigentums in Abt. II des Grundbuchs eingetragene Nachberenvermerk ist zur Sicherung des Nachberen gegen die ihm etwa beeinträchtigende und deshalb ihm gegenüber unwirksame Aufgabe der für den Nachlaß entstehenden Eigentümergrundschuld nicht geeignet (RGJ. 43, 264). In diesen Fällen darf daher der Grundbuchrichter den Löschungsanträgen des Vorerben grundsätzlich nur stattgeben, wenn die Zustimmung des Nachberen beigebracht wird.

Der genannte Grundsatz unterliegt indessen Einschränkungen. Die Zustimmung des Nachberen zur Löschung ist nicht erforderlich, wenn die Hypothek von dem Vorerben mit eigenen Mitteln, nicht mit Mitteln des Nachlasses bezahlt ist. Denn dann fällt die zur Entstehung kommende Eigentümergrundschuld nicht in den Nachlaß (RGJ. 50, 210 unter Aufgabe der früheren entgegengesetzten Rspr.; FG. 8, 335). Deshalb können auch die Rechte des Nachberen, die sich naturgemäß auf den Bestand des Nachlasses beschränken, hier nicht beeinträchtigt werden. Im vorl. Falle hat der Beschl. zwar behauptet, daß er den Hypothekenbetrug aus seinem Vermögen bezahlt habe. Ein Beweis dafür fehlt aber, da es sich bei der zu löschenen Hypothek offensichtlich um eine Nachlaßschuld handelt und bei Bezahlung von Nachlaßschulden eine Vermutung dafür spricht, daß sie mit Mitteln des Nachlasses erfolgt (RGJ. 43, 264; 50, 215). Von diesem Gesichtspunkte aus kann deshalb die Entbehrlichkeit der von den Vorinstanzen erforderten Zustimmung der Nachberen nicht hergeleitet werden.

Dem Vorerben steht aber auch sonst der Nachweis offen, daß die Löschung die Rechte des Nachberen im besonderen Falle nicht beeinträchtigt und deshalb ihm gegenüber wirksam ist. Läßt sich schon jetzt übersehen, daß eine Unwirksamkeit der Löschung nicht in Frage kommt, weil das Nachberenrecht dadurch nicht berührt wird, so bedarf es der Zustimmung des Nachberen nicht (Güthe-Triebel, „GBD.“, Vorber. 78 Abs. 7, 8 vor § 13). Die Beeinträchtigung des Nachberenrechts in diesem Sinne ist rechtlich, nicht wirtschaftlich zu verstehen; es kommt also grundsätzlich nicht auf das wirtschaftliche Ergebnis für den Nachberen an, sondern auf den Verlust des konkreten Rechts, über das der Vorerbe verfügt (Staudinger, „BGB.“, Bem. III B zu §§ 2112/2115; RGKomm., Bem. 2 zu § 2113; Güthe-Triebel a. a. D.). Bei der Beurteilung, was als rechtliche Beeinträchtigung des Nachberen anzusehen ist, darf indessen nicht eng-

herzig verfahren werden. Eine Beeinträchtigung ist vom Senat (HöchstRspr. 1934 Nr. 172) verneint worden, wenn der Vorerbe mit der Verfügung lediglich eine vom Erblasser eingegangene, also auch dem Nachberen gegenüber wirksame Verpflichtung erfüllt (ebenso RGKomm., Güthe-Triebel a. a. D.), oder wenn er eine von einem Gläubiger des Erblassers geprägte und diesem zur Einziehung überwiesene Kaufgeldhypothek an den Gläubiger abtritt, weil für die Pfandsforderung nach Eintritt des Nachberenfalls auch der Nachberen haftet. Auch bei einer bloß formalen Rechtsänderung, z. B. einer Umwandlung der Buch- in eine Briefhypothek und umgekehrt oder der Rangverbesserung eines zum Nachlaß gehörigen Grundstücksrechts wird eine Beeinträchtigung des Nachberenrechts im Schriftum mit Recht abgelehnt (RGKomm., Güthe-Triebel a. a. D.).

In der älteren Rspr. des Senats ist bei der Löschung einer Hypothek, mit der ein zu einer nicht befreiten Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, eine Beeinträchtigung des Nachberenrechts allgemein bejaht und deshalb die Zustimmung des Nachberen für erforderlich erachtet worden (RJA. 7, 268 = DPG. 14, 298), und zwar auch dann, wenn im Range nachstehende Rechte im Grundbuch nicht eingetragen waren (RGJ. 35, A 305). Wenn dabei weiter ausgesprochen worden ist, daß die Zustimmung des Vorerben zur Löschung der Hypothek (§ 27 GBD.) sich zugleich als unentgeltliche Verfügung darstelle, zu der auch der befreite Vorerbe gem. §§ 2113 Abs. 2, 2136 BGB. nicht befugt sei, so ist diese Ansicht allerdings später aufgegeben worden. In RGJ. 43, 269 ist entschieden, daß die Löschung einer im Grundbuche an letzter Stelle stehenden Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer in der Regel ein entgeltliches Geschäft sei, der befreite Vorerbe also dazu der Zustimmung des Nachberen nicht bedürfe, weil hier der Eigentümer den Rang, den er durch Aufhebung der Eigentümergrundschuld aufgäbe, kraft seines Eigentumsrechts von neuem erwerbe und eine andere Person davon keinen rechtlichen Vorteil habe. Ob durch die Löschung der Eigentümergrundschuld in einem solchen Falle das Nachberenrecht bereitst oder beeinträchtigt werden kann, wird in dem Beschl. dahingestellt gelassen. Dagegen geht in bewußter Abweichung von RGJ. 35, A 305 eine Entsch. des DPG. Dresden v. 3. Juli 1909 (SächsAnnal. 30, 451) dahin, daß zur Löschung einer Hypothek auf einem im übrigen unbelasteten Grundstück auf Antrag des Vorerben trotz der darin liegenden Verfügung über die entstehende Eigentümergrundschuld die Zustimmung des Nachberen nicht erforderlich sei, weil eine Beeinträchtigung des Nachberenrechts in diesem Falle nicht in Frage komme. Auf dem gleichen Standpunkt scheint das DPG Hamburg (FG. 2, 431) zu stehen, wenn es ausführt, der Umstand, daß bei Löschung der Eigentümergrundschuld die nachfolgenden Hypotheken aufrücken und ohne Gegenleistung einen besseren Rang erhielten, sei nur für die Frage einer Beeinträchtigung der Nachberenrechte entscheidend.

Die Ansicht des DPG. Dresden verdient vor dem strengeren Standpunkt in RGJ. 35, A 305 den Vorzug; sie steht im Einklang mit der auch sonst in der Rspr. über die Anforderungen bei grundbuchlichen Verfügungen des Vorerben erkennbaren Entwicklung, die grundbuchliche Formenstreng im Interesse einer leichteren Abwicklung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu mildern, soweit die Sicherung des Nachberen dies zuläßt. Auch die Gründe, aus denen der Senat in RGJ. 43, 263 dazu gelangt ist, die Entgeltlichkeit der Verfügung über die Eigentümergrundschuld zu bejahen, können hier, obwohl es sich um eine andere Rechtsfrage handelt, teilweise herangezogen werden, um die Wirksamkeit der Löschung dem Nachberen gegenüber darzutun.

Wenn in RGJ. 35, A 305 zunächst darauf hingewiesen wird, daß durch die Löschung der Nachberen die Möglichkeit verliere, die Hypothek als selbständiges Gut für sich zu verwerten, z. B. durch Abtretung, so ist dabei nicht berücksichtigt, daß im Hinblick auf die völlige Lastenfreiheit des Grundstücks der Vorerbe und nach Eintritt des Nachberenfalls der Nachberen jederzeit in der Lage sind, an Stelle der gelöschten Hypothek eine neue von derselben Höhe und mit denselben Rang eintragen zu lassen. Damit allein, daß die Weiterbegebung der Hypothek mit geringeren Kosten durch-

zuführen ist als eine Neubestellung, kann eine rechtliche Beeinträchtigung des Nachberenrechts nicht begründet werden.

Weiter ist in dem erwähnten Beschluss ausgeführt, die bei Befriedigung des Hypothekengläubigers entstehende Eigentümergrundschuld, über die der Vorerbe verfüge, solle namentlich auch das Vorrücken anderer Rechte an die Stelle der zu löschenden Post verhindern; diese Aufgabe bestehet auch dann, wenn nachstehende Rechte zur Zeit fehlten, weil solche jederzeit auch ohne den Willen des Eigentümers eingetragen werden könnten, insbes. Rechte, die gegen den Nachlaß und demgemäß auch gegenüber dem Nachberen begründet seien, z. B. eine Sicherungshypothek für den Unternehmer eines auf dem Grundstück errichteten Bauwerks gem. § 648 BGB.

Auch diese Erwägungen zwingen nicht dazu, mit einer fünfjährigen Unwirksamkeit der Hypothek zu rechnen. Wenn der zu löschende Hypothek andere Grundstücksrechte im Range nachfolgen, so ist allerdings mit der Hypothekenlöschung und der darin enthaltenen Aufgabe der entstehenden Eigentümergrundschuld der Verlust der Rangstelle am Grundstück verbunden, die nicht nur die Beschaffung neuen Grundstücksrechts, sondern auch bei einer Zwangsversteigerung für die Zuteilung des Versteigerungserlöses von maßgebender Bedeutung ist. Eine rechtliche Beeinträchtigung der Nachberenrechte durch die Löschung kann hier nicht bezweifelt werden.

Die Rangstelle bleibt jedoch dem Eigentümer und bei Eintreten der Nachberfolge dem Nachberen erhalten, wenn die zu löschende Hypothek die einzige Grundstücksbelastung darstellt, so daß nach ihrer Löschung ein Recht am Grundstück nicht mehr besteht. Hier macht es keinen wesentlichen Unterschied aus, ob die entstehende Eigentümerhypothek eingetragen bleibt oder ob das Recht gelöscht wird. Denn der Rang, den der Vorerbe durch die Hypothekenlöschung aufgibt, erwächst ihm für den Nachlaß kraft seines Eigentumsrechts zugleich von neuem.

Die Möglichkeit einer erneuten Belastung des Grundstücks durch den Vorerben ist hierbei außer Betracht zu lassen, weil eine solche, um gegenüber dem Nachberen wirksam zu sein, dessen Zustimmung bedarf (§ 2118 Abs. 1 BGB.). Entsprechendes gilt auch von Grundstücksbelastungen oder sonstigen Maßnahmen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter, es sei denn, daß eine Nachlaßschuld oder ein Recht an dem Grundstück geltend gemacht wird. Nur in diesen Ausnahmefällen ist die zwangsweise erfolgende Belastung des Grundstücks unbedingt wirksam und eine Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung durchführbar (§ 2115 BGB.). Ein Recht an dem Grundstück, das zu dessen Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung führen könnte, ist hier aber nicht vorhanden. Einem Zugriff von Nachlaßgläubigern ferner wäre auch die Eigentümergrundschuld ausgesetzt, wenn sie bestehen bliebe, und die Gläubiger würden sich naturgemäß immer an die erste Rangstelle als denjenigen Vermögenswert halten, der ihnen die größte Sicherheit bietet. Nicht anders zu beurteilen ist die in R. G. J. 35, A 305 besonders hervorgehobene Möglichkeit der Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderungen von Bauhandwerkern gem. § 648 BGB., die der Nachberen ebenfalls nur dann gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn es sich dabei um eine Nachlaßschuld handelt.

Nach allem ist im vorl. Falle mit einer Beeinträchtigung des Rechts der Nachberin und demgemäß mit einer Unwirksamkeit der beantragten Hypothekenlöschung nicht zu rechnen; vielmehr kann auf Grund des gegebenen Sachverhalts der Nachweis der Wirkamkeit der Löschung auch der Nachberin gegenüber als geführt angesehen werden, so daß deren von den Vorinstanzen verlangte Zustimmung nicht erforderlich ist.

(R. G., 1. BivSen., Beschl. v. 25. März 1937, 1 Wx 61/37.)

[§.]

### Grundbuchordnung

24. R. G. — §§ 13, 16 Abs. 2 BGB. Wird die Erledigung nur eines von mehreren in einer Urkunde gestellten Eintragungsanträgen beantragt, so hat das GVA zu prüfen, ob ein anderer Antragsteller die gleichzeitige Erledigung der Anträge vorbehalten hat.

(R. G., 1. BivSen., Beschl. v. 3. Juni 1937, 1 Wx 221/37.) [§.]

25. R. G. — § 15 BGB. a. J. Eine Amtspflicht des Notars, eine von ihm beurkundete oder beglaubigte Erklärung mit dem Antrag auf Vornahme der erforderlichen Eintragung beim GVA einzureichen, besteht nur, wenn er sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat.

Die im § 15 BGB. a. J. ausgesprochene Ermächtigung des Notars enthält nicht ohne weiteres eine Amtspflicht, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen. Eine Verpflichtung des Notars, eine von ihm beurkundete oder beglaubigte Erklärung mit dem Antrag auf Vornahme der erforderlichen Eintragung beim GVA einzureichen, besteht vielmehr nur, wenn er sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat. Dann aber handelt es sich nur um eine Amtspflicht, nicht um eine vertragliche Verpflichtung. Diese Pflicht kann jedoch der Notar nicht nur gegenüber demjenigen übernehmen, dessen Erklärung er beurkundet oder beglaubigt hat, sondern auch demjenigen gegenüber, der Rechte aus der Erklärung erwerben und zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Notar nach § 15 BGB. a. J. als ermächtigt gilt, die Eintragung im Namen eines Antragsberechtigten zu beantragen, und daß nach § 13 Abs. 2 a. a. D. auch derjenige antragsberechtigt ist, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Das folgt weiter aus der Stellung des Notars als einer Person des öffentlichen Vertrauens, an den sich nicht nur die wenden, deren rechtsgeschäftliche Erklärungen der Beurkundung oder der öffentlichen Beglaubigung bedürfen, sondern auch die, welche auf Grund solcher Erklärungen Rechte erwerben wollen. Auch ihnen gegenüber können daher amtliche Pflichten des Notars bestehen (vgl. R. G. 153, 153 f.).

(R. G., V. BivSen., U. v. 12. März 1937, V 229/36.) [v. B.]

\*

26. R. G. — § 18 BGB.; §§ 7 ff. R. KosID. Der Grundbuchrichter hat mit der Verfügung, durch die er die Erledigung des Antrages von der Vorwegleistung der — vom Kostenbeamten ziffermäßig zu berechnenden — Kosten abhängig macht, die Zwischenverfügung gemäß § 18 BGB. zu verbinden, die diese Abhängigmachung als Eintragungshindernis behandelt.

(R. G., 1. BivSen., Beschl. v. 27. Mai 1937, 1 Wx 167/37.) [§.]

\*

27. R. G. — § 22 BGB. Ist beim Nachlaßkonkurs der Konkursverwalter als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden, so bedarf es zur Umschreibung auf den Erben keiner Auflösung. †)

Der Konkursverwalter R. A. erwirkte gegen die eingetragenen Eigentümer ein Urteil, gemäß dem diese zur Rückauflösung der Grundstücke an den Konkursverwalter verurteilt wurden. Nach Rechtskraft dieses Urteiles wurde R. A. „in seiner Eigenschaft als Verwalter des Konkurses über den Nachlaß des Kaufmanns Eugen A.“ als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Im selben Jahre wurde das Konkursverfahren aufgehoben. Der Beschw. Karl A. hat beantragt, das Grundbuch dahin zu berichtigen, daß die Grundstücke auf ihn als Erben des Eugen A. umgeschrieben werden. Das AG. hat durch Zwischenverfügung Rückauflösung durch den Konkursverwalter an den Antragsteller verlangt. Die Beschwerde des Antragstellers hatte Erfolg.

Der R. A. ist ausdrücklich in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter in das Grundbuch eingetragen worden. Der Konkursverwalter hat ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Amt zur Durchführung des Konkurszwecks inne. Beim Eigentumserwerb erwirkt er für die einer Verwaltung unterstehende Masse, es fehlt ihm also der Wille für sich in eigenem Namen Rechte zu erwerben. Wenn der Verwalter mithin zugunsten der Konkursmasse in Ausübung seines Verwaltungsrechtes eine Erwerbshandlung voruumt, so wirkt dieses Rechtsgeschäft zugunsten des Gemeinschuldner bzw. seines Rechtsnachfolgers, denn die Konkursmasse stellt ein dem Gemeinschuldner gehörendes Sondervermögen dar. Das Eigentum an den den Konkursmasse übertragenen Grundstücken steht daher dem Rechtsnachfolger des verstorbenen Eugen A. zu.

Die Eintragung des Konkursverwalters im Grundbuch

konnte also lediglich die Bedeutung haben, auszudrücken, daß er während der Dauer des Konkursverfahrens verfügberechtigt war. Hierzu hätte aber die Eintragung des Erben des Gemeinschuldners unter Miteintragung des Konkursvermerks genügt. Das Grundbuch ist daher unrichtig. Einer Rückauflösung seitens des Konkursverwalters bedarf es also nicht, insbesondere, da dieser persönlich keine Rechte an dem Grundstück geltend macht (vgl. Jäger, Komm. z. Kd. § 1 Anm. 52).

(LG. Bonn, 5. Br., Beschl. v. 9. April 1937, 5 T 146/37.)

**Anmerkung:** Die Entsch. ist richtig. Sie zeigt, welche Schwierigkeiten durch die unrichtige Behandlung einer Sache entstehen können. Zur Konkursmasse gehört ein Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück. Dieser Anspruch stand dem Gemeinschuldner zu, nicht dem Konkursverwalter persönlich, dem an Stelle des Gemeinschuldners nur das Verfügungsberecht an der Masse zusteht. Daran ändert auch die übliche Fassung des Urteils nichts, „an Al. X. als Verwalter im Konkurs...“ aufzulassen. Zweckmäßig wird der Konkursverwalter in der Auflösungsverhandlung, die trotz des Auflösungsurteils notwendig ist (LG.: J.W. 1936, 678), die Auflösung an den Gemeinschuldner erklären und die Eintragung des Konkursvermerks beantragen. Geschicht das nicht, wird das GVA. bei dem gewöhnlichen Konkurs die Anträge ohne Zwischenverfügung umdeuten und entsprechend §§ 9, 10 Abs. 1 GVA-Berf. den Gemeinschuldner als Eigentümer in Abteilung I und den Konkursvermerk als Beschränkung des Verfügungsberechts des Eigentümers in Abteilung II eintragen können. Denn daran, daß der Gemeinschuldner Eigentümer werden soll, kann kein Zweifel bestehen, und hinsichtlich der Fassung der Eintragung ist das GVA. an die Anträge der Beteiligten nicht gebunden (Henke-Mönch, Anh. zu § 44 GVA., Erl. 2 Bb). Läßt der Wortlaut des Antrages im Einzelfalle eine Umdeutung nicht zu, wird das GVA. durch Zwischenverfügung auf eine Klärstellung des Antrages hinzuwirken haben. Wird demgemäß eingetragen, bietet die Aufhebung des Konkurses keine Schwierigkeiten. Es ist dann auf Antrag nur der Konkursvermerk zu löschen.

Beim Nachlaßkonkurs ist die Rechtslage grundsätzlich die gleiche. Auch hier erwirkt der Konkursverwalter nicht das Grundstück für sich persönlich, sondern für den Erben, der nach dem Erbsfall Gemeinschuldner ist. Hier besteht ein Unterschied nur insofern, als dem GVA. der Erbe regelmäßig nicht bekannt ist. Der Konkursverwalter hat deshalb möglichst schon in der Auflösungsverhandlung den Erben namentlich zu bezeichnen. Das allein genügt aber nicht. Er muß auch das Erbrecht des Erben in grundbuchmäßiger Form (durch Erbschein usw.) nachweisen. Denn bei der Eintragung eines Rechts für einen Erben hat das GVA. zu prüfen, ob der Erbe durch Nachherben oder Testamentsvollstrecker beschränkt wird (§§ 51, 52 GVA.; LG.: J.W. 1933, 2776). Kann der Konkursverwalter den Nachweis nicht erbringen, bleibt nur übrig, in Abteilung I die Erben ohne namentliche Bezeichnung (die Erben des am... verstorbenen Kaufmanns Eugen A.) einzutragen. Dann ist zur Ermittlung der Erben ein Nachlaßleger zu bestellen, oder das GVA. hat später nach §§ 82, 83 GVA. auf die Berichtigung des Grundbuches hinzuwirken.

Wird entgegen den vorstehenden Ausführungen der Konkursverwalter als Eigentümer in Abteilung I eingetragen, so handelt es sich nur um eine ungenaue Bezeichnung des Eigentümers. Das Grundbuch ist so zu lesen, als ob die Erben des Kaufmanns Eugen A. als Eigentümer eingetragen worden wären. Diese Eintragung ist auf grundbuchmäßigen Nachweis des Erbrechts zu berichtigen. Einer Auflösung des Grundstücks bedarf es nicht. Ebenso nicht der formbedürftigen Zustimmung des Erben gemäß § 22 Abs. 2 GVA. Das BGBL ist allerdings der Ansicht, daß die Eintragung eines Rechts auf den Namen des Konkursverwalters ihrem Inhalt nach unzulässig sei (BGBL 32, 380). Von dieser Ausfassung aus wäre das Grundbuch zwar auch unrichtig, aber so, daß das Eigentum noch dem Veräußerer zusteht, weil

der Erbe ohne inhaltlich zulässige Eintragung das Eigentum nicht erworben hätte. Es müßte dann zunächst der Veräußerer (mit seiner Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GVA.) wieder eingetragen werden (§ 39 Abs. 1 GVA.), und erst danach könnte auf Grund der Auflösung der Erbe gebucht werden. Der Ansicht des BGBL ist aber nicht beizupflichten (Henke-Mönch, Anh. zu § 44, Erl. 2 Db).

RG. Dr. Henke, Berlin.

\*  
28. LG. — § 39 GVA.; § 873 BGB. Haben sämtliche Gesellschafter einer KomGes. oder einer OHG. gewechselt, so kann einem Antrag der neuen Gesellschafter auf Eintragung einer Hypothek in auf den Namen der Gesellschaft eingetragenen Grundstücken nur nach vorheriger Auflösung und Eintragung entsprochen werden.

(LG. Hamburg, 1. Br., Beschl. v. 13. März 1937, 1 T 54/37.)

### Verordnung über Fälligkeit von Hypotheken

29. OG. — § 1 NotV. über die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden v. 11. Nov. 1932 (RGBl. I, 525); Art. 5 DurchV. dazu v. 16. Dez. 1932 (RGBl. I, 551). Die Pflicht zur Verzinsung einer unter die NotV. fallenden bisher unverzinslichen Schuld setzt deren Fälligkeit, also in der Regel deren Kündigung, voraus. Sie beginnt nicht mit dem Zeitpunkte, zu dem der Gläubiger ohne die NotV. als ersten Termin hätte kündigen können, sondern richtet sich danach, wann er tatsächlich gekündigt hat.

Auf dem Grundbesitz der Bell. steht seit 1926 für den inzwischen verstorbenen B., dessen Testamentsvollstrecker der Kl. ist, eine Grundschuld von 40 000 RM, zinslos und ohne Kündigungszeitpunkt eingetragen. Die Grundschuld ist zur Sicherung einer Darlehensforderung des B. an die Bell. bestellt, die mit 6% in halbjährlichen Teilen verzinslich und nach sechsmonatiger Kündigung, bei nicht pünktlicher Zinszahlung sofort, fällig ist. Mit Zahlungsbefehl vom 19., der Bell. zugestellt am 22. Okt. 1935, hatte der Kl. von ihr Zahlung eines Teilstückes von 10 000 RM verlangt, weil die Grundschuld, wie er meinte, infolge Kündigung und Nichtzahlung der Darlehenszinsen fällig sei. In dem sich damals anschließenden Rechtsstreit war der Kl. mit seiner Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die belasteten Grundstücke wegen eines Teilstückes von (schließlich nur noch) 2500 RM der Grundschuld von dem auch jetzt erf. Sen. abgewiesen worden; im damaligen Urteil v. 16. Juni 1936 ist eine vorzeitige Fälligkeit der Grundschuld aus § 1 Abs. 2 NotV. v. 11. Nov. 1932 wegen verzögterer Zinszahlung verneint worden, weil eine Verzinsungspflicht für die Grundschuld, die nach ihrem allein dafür maßgeblichen Inhalt bisher unverzinslich gewesen sei, auf Grund des Art. 5 der DurchV. v. 16. Dez. 1932 erst infolge der durch den Zahlungsbefehl am 22. Okt. 1935 erfolgten Kündigung, nach § 1193 BGB. also erst mit dem 22. April 1936, begonnen habe, die erste (jährlich nachträglich zu erfolgende) Zinszahlung demnach erst im April 1937 fällig würde.

Mit der jetzigen Klage hat der Kl. 3000 RM als Teilstück der ihm, wie er demgegenüber meint, bereits seit 1. Jan. 1933 zustehenden Zinsen (allem Anschein nach in Anlehnung an die Zinszeit in der — insoweit jedoch anders liegenden — Entsch. RGZ. 142, 323 = J.W. 1934, 285<sup>s</sup> m. Anm.) aus der Grundschuld verlangt. Er ist der Ansicht, es komme für den Beginn der Verzinsungspflicht aus Art. 5 nicht darauf an, daß und wann gekündigt sei, sondern vielmehr darauf, wann ohne die NotV. zum ersten Termine hätte gekündigt werden können. Das OG. hat sich seiner Auffassung im wesentlichen angeschlossen und die Bell. antragsgemäß verurteilt. Auf ihre Berufung hat OG. die Duldung der Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz nur wegen 2000 RM Zinsen — nämlich nur wegen eines Jahresbetrages seit dem 22. April 1936 — ausgesprochen.

Darüber, daß die in Rede stehende Grundschuld unter die NotV. v. 11. Nov. 1932 fällt, und weiter darüber, daß sich ihr Inhalt, also auch ihre Verzinslichkeit, allein nach ihrer Eintragung im Grundbuch, nicht nach der durch sie gefüllten persönlichen Darlehensforderung, richtet, ist unter den Parteien kein Streit mehr. Nach § 1 NotV., insbes. dessen Abs. 5, kann daran auch kein Zweifel bestehen (vgl. RGZ. 142, 317 = J.W. 1934, 285<sup>s</sup> m. Anm.). Die Grundschuld ist danach an sich unverzinslich gewesen. Sie wurde nach Art. 5 DurchV. v. 16. Dez. 1932 mit 5% jährlich verzinslich, „soweit nach der NotV. die Rückzahlung nicht vor dem (ursprünglich 1. April 1934, jetzt nach § 2 Abs. 2

RGes. v. 13. Dez. 1935 [RGBl. I, 1467]) 1. Juli 1939 verlangt werden kann".

Mit dieser Bestimmung des Art. 5 ist, wie sich aus ihrem Wortlaut und auch aus ihrem Zweck ergibt, die Verzinslichkeit einer bisher unverzinslichen Schuld nicht schlechthin angeordnet, sondern durch die dort ausgesprochene Beschränkung — „soweit“ — nur für die Zeit, von der ab der Gläubiger sonst, falls ihn nicht eben die NotBD. mit ihrem Zahlungsaufschub daran hinderte, die Zahlung hätte fordern können und für die sie nun durch die NotBD. hinausgeschoben ist (RGZ. 142, 323 = JW. 1934, 285 s. m. Anm.). Der Gläubiger soll, worauf die Befl. mit Recht hinweist, durch die angeordnete Verzinslichkeit nicht einen Vorteil gegenüber früher erhalten, sondern er soll lediglich für den Nachteil, den er durch den gesetzlichen Zahlungsaufschub erleidet, ausgleichsweise entschädigt werden. Einen Nachteil erleidet er nur für die Zeit, während der er infolge des ihm aufgenötigten Stehenlassens der unverzinslichen Schuld an ihrer anderweit verzinslichen Bewertung verhindert wird, er also ihre Auszahlung aus diesem Grunde nicht verlangen darf. Verlangen könnte er die Auszahlung nun aber immer nur dann, wenn sein Anspruch auf die Schuld fällig ist, und das steht in der Regel und so auch hier deren Kündigung voraus. An der Notwendigkeit der Fälligkeit und dazu der Kündigung, ohne welche eine Zahlung schon vor der NotBD. nicht verlangt werden konnte, hat weder die NotBD. noch deren DurchBD. etwas geändert. In keiner von beiden ist etwa von einer fiktiven Fälligkeit, die sei es sofort mit dem Inkrafttreten der BD. oder noch unter Hinzurechnung der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist als eingetreten zu gelten hätte, die Rede, obwohl das, wenn es gewollt gewesen wäre, gerade bei Art. 5 mit seiner Anordnung der Verzinsungspflicht nahegelegen hätte. Es muß daher entgegen der Meinung des Kl. und des LG. dabei bleiben, daß die Verzinsungspflicht des Art. 5 die an der erweitert eingetretene Fälligkeit, also die Kündigung, voraussetzt. Es ist nicht so, wie der Kl. im Anschluß an den von ihm vorgelegten Beschluß des hiesigen 6. ZivSen., 6 W 405/36 in der Einstufungssache der Parteien und dem Kl. folgend das angefochtene Urteil meinen, daß eine Kündigung während der Moratoriumszeit praktisch völlig wertlos wäre, da sie eine gewissermaßen nur theoretische Fälligkeit herbeiführen könnte, weil eine Zahlung auf sie hin ja doch nicht während des Moratoriums verlangt werden könnte. Das Gegenteil ergibt sich schon ohne weiteres für den Fall, daß ein Gläubiger seine Forderung zum Ende des Moratoriums ausgezahlt haben will; er muß dann rechtzeitig vorher, also schon im Laufe noch des Moratoriums gekündigt haben, weil sich sonst die Auszahlung noch um die Kündigungsfrist über das Ende der gesetzlichen Moratoriumszeit hinauschiebt (vgl. dazu den Abs. 2 der amtlichen Begründung zur NotBD. v. 11. Nov. 1932, abgedruckt bei Schlegelberger und Harrmening, „Das Hypotheken-Moratorium“ [2], S. 78). Und diesen Erfolg, also die Fälligkeit der Forderung zum Ende des Moratoriums, wird die Kündigung zum mindesten auch sonst immer haben (ihre Rechtzeitigkeit im übrigen natürlich vorausgesetzt). Zeigt das schon, daß eine Kündigung während des Moratoriums keineswegs zwecklos ist, so ist gegenüber der Gegenmeinung und für die Notwendigkeit der Kündigung auch noch folgendes zu beachten. Die Kündigung hat nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht allein den Zweck und das Ziel, die Fälligkeit der Forderung herbeizuführen. Die Eigenart der Notgekündigung, insbes. die erst durch die Sonderbestimmung des Art. 5 DurchBD. neu angeordnete gesetzliche Verzinsungspflicht einer bisher unverzinslichen Forderung, bringt es mit sich, daß der Kündigung eine weitere rechtliche Eigenschaft als neue Rechtsfolge zukommt: die bisher unverzinslich gewesene Forderung soll durch sie von nun an verzinslich werden. Diesen zweiten Inhalt und Charakter hat und behält die Kündigung selbst dann, wenn man mit dem Standpunkte der Gegenmeinung annehmen wollte, daß die Kündigung eine bloß theoretische Fälligkeit der Forderung herbeizuführen geeignet wäre. Sie ist also schon darum nicht zwecklos, sondern mindestens deshalb notwendig, um dann wenigstens diese andere Folge doch auszulösen. Dazu kommt noch ein weiterer mehr praktischer Gesichtspunkt. Der Gläubiger der zinslosen Forderung ist rechtlich nicht gezwungen, von dem ihm geleglich gegebenen Anspruch auf nunmehrige Verzinslichkeit Gebrauch zu machen; die tatsächlichen Verhältnisse im einen oder anderen Falle können für ihn auch so liegen, daß er das nicht tun will. Der Schuldner aber muß, schon, um in jedem Falle gegen die mögliche Gefahr einer vorzeitigen Kündigung als dann wegen verzögter Zinszahlung gemäß § 1 Abs. 2 NotBD. gesichert zu sein, bestimmt wissen, woran er nun eigentlich mit der Zinszahlung ist, da diese ja doch durch Art. 5 DurchBD., wie oben schon dargelegt, nicht schlechthin, sondern nur mit einer gewissen Einchränkung („soweit“ usw.) gesetzlich bestimmt ist. Gewiß wird das auch, je nach Lage des Falles, auf die Weise ge-

schehen können, daß der Gläubiger die Verzinsung vom Schuldner verlangt, ohne die Forderung zugleich auch kündigen zu wollen, und beide sich dann darüber — bei einer Grundschuld mit der dafür nötigen grundbuchlichen Eintragung — einigen. Geschieht das jedoch aus irgendwelchem Grunde nicht, dann bleibt für den Gläubiger allein die Kündigung als der einzige Weg, die Verzinslichkeit herbeizuführen. Die NotBD. gewährt eben, was von der Gegenmeinung übersehen wird, keinen Schutz gegen Kündigung und gegen ein Fälligwerden der Schuld (vgl. auch den § 1 Abs. 2 NotBD.), sondern einzig und allein einen Schutz gegen ihre Rückzahlung vor Ende des Moratoriums. Beides muß man daher bei Auslegung und Anwendung der NotBD. und ihrer DurchBD. sorgsam auseinanderhalten.

Das Ergebnis ist hiernach, daß die Verzinsungspflicht aus Art. 5 DurchBD. sich nicht danach richtet, wann der Gläubiger ohne die NotBD. zum ersten Termin hätte kündigen können, sondern vielmehr danach, wann er tatsächlich gekündigt hat. Auf dem gleichen Standpunkte scheinen denn auch die Erläuterungsverlede von Schlegelberger-Harrmening a. a. D. § 1 Bem. 14 (S. 40) und Harrmening = v. d. Groeben, „Verzinsung der landwirtschaftlichen Hypotheken“, § 2 Anm. 6 a. E. (S. 98, dort für den gleichlautenden Art. 6 der DurchBD. vom 11. Dez. 1932 zur BD. über die Zinsersleichterung für den landwirtschaftlichen Realkredit) zu stehen.

Im vorl. Falle ist die Kündigung am 22. Okt. 1935 erfolgt. Der Zinslauf beginnt daher unter Hinzurechnung der sechsmontigen Kündigungsfrist des § 1193 BGB. erst mit dem 22. April 1936. Wenn auch in dem Zahlungsbefehle, der die Kündigung enthielt, von der Rückforderung nur von 10 000 RM. die Rede ist, so ist doch in Anbetracht seines sonstigen weiteren Inhalts (wird näher ausgeführt) für die ganzen 40 000 RM. die Verzinsungspflicht eingetreten. Mangels anderweit gesetzlich bestimmter oder vertraglich bestimmbarer Zahlungsweise sind die Zinsen — in entsprechender Anwendung der das für Zinsen aus einem Darlehen ausdrücklich anordnenden Vorschrift des § 608 BGB. — jährlich nachträglich zu entrichten. Dem Kl. stehen demnach bisher nur erst für das Jahr vom 22. April 1936 bis dahin 1937 die gesetzlichen Zinsen aus Art. 5 DurchBD. zu. Sie betragen bei dem Grundschuldbetrag von 40 000 RM. und dem gesetzlichen Zinsfuß von 5% 2000 RM. Nur in dieser Höhe war daher der Klage stattzugeben.

(OGG. Naumburg, Urt. v. 15. Juni 1937, 7 U 76/37.)

### Reichsiedlungsgesetz

\*\* 30. RG. — §§ 4 ff. RSiedLG. v. 11. Aug. 1919; BD. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918; §§ 182 ff. BGB.; Runderlaß des Reichs- und preuß. Ministers für Ernährung und Landwirtschaft v. 26. Nov. 1935 (MinBl. der preuß. landw. Verw. 1935, 534). Die §§ 182 ff. BGB. sind auf die behördliche Genehmigung nach der BD. vom 15. März 1918 über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken nicht anwendbar, weil es sich hier nicht um eine privatrechtliche Erklärung, sondern um einen Staatshoheitsakt handelt. Für die Geltendmachung des gesetzlichen Vorlaufsrechts nach §§ 4 ff. RSiedLG. kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der behördlichen Genehmigung, nicht auf den Tag der Beurlaubung des Kaufvertrages an. Der Erlass v. 26. Nov. 1935 des Reichs- und preuß. Ministers für Ernährung und Landwirtschaft, durch den für Preußen auf Grund der Ermächtigung im § 4 Satz 2 RSiedLG. das Vorlaufsrecht des gemeinnützigen Siedlungsunternehmens ausgedehnt wurde, erstreckt sich auch auf einen zur Zeit seines Ergehens bereits beurlaubeten, aber erst später durch behördliche Genehmigung vollwirklich gewordenen Kaufvertrag.

Der Zweitbeteiligte war seit dem Jahre 1922 Eigentümer eines Grundstücks in K., das aus rund 13 ha Ackerland bestand. Durch einen am 13. Nov. 1935 notariell beurkundeten Vertrag verkaufte er ein 5,88 ha großes Teilstück an den Erstbeteiligten. Der Preis betrug 23 520 RM und wurde sofort bezahlt. Auflassung und Übergabe erfolgten ebenfalls sogleich. Erst am 18. April 1936 ersehnte aber der Landrat die Genehmigung nach § 1 BD. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918. Am 16. Juni 1936 wurde der Erstbeteiligte als neuer Eigentümer des Trennstücks eingetragen.

Die Kl. als das gemeinnützige Siedlungsunternehmen für die Provinz Westfalen erklärte am 24. April 1936, daß sie an

dem veräußerten Ackerland das Vorkaufsrecht nach §§ 4 ff. RiedlG. v. 11. Aug. 1919 ausübe. Sie stützte sich dabei auf den am 8. Dez. 1935 in Kraft getretenen Runderlaß des Reichs- und preuß. Min. für Ernährung und Landwirtschaft v. 26. Nov. 1935 (MinBl. der preuß. Landw. Verw. 1935, 534). Durch diesen Erlaß war für Preußen auf Grund der Ermächtigung im § 4 Satz 2 RiedlG. das Vorkaufsrecht des gemeinnützigen Siedlungsunternehmens ausgedehnt worden auf Grundstücke von 5 ha aufwärts mit der Maßgabe, daß bei Teilverkäufen von Grundstücken, die im ganzen weniger als 25 ha umfaßten, das Vorkaufsrecht nur dann Platz greifen sollte, wenn der verkauftes Teil mindestens 1 ha groß wäre.

Da die Befl. das Vorkaufsrecht der Kl. nicht anerkannten, erhob diese Klage. Gestützt auf ihre Erklärung v. 24. April 1936 verlangt sie im Rechtsstreit vom Zweittbellaugten die Auflassung des am 13. Nov. 1935 verkaufen Teilstücks, vom Erstbellaugten die Herausgabe des Ackerlands und die Zustimmung zur Umschreibung des Eigentums auf die Kl. Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises von 23 520 Rm.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Mit Zustimmung der Befl. hat die Kl. Sprungrevisions eingezogen.

RG. verwies an das LG. zurück.

Der Streit der Parteien dreht sich im wesentlichen um die Frage, ob die Kl. gegenüber dem Kaufvertrag v. 13. Nov. 1935 verkaufsberechtigt ist. Sie kann ihr Vorkaufsrecht nur auf den Runderlaß v. 26. Nov. 1935 stützen. Als dieser Erlaß erging und in Kraft trat, war der Vertrag v. 13. Nov. 1935 zwar schon beurkundet, aber noch nicht gemäß der BD. v. 15. März 1918 behördlich genehmigt, also noch schwebend unwirksam. Es fragt sich daher, ob der Erlaß v. 26. Nov. 1935 sich auch auf einen solchen zur Zeit seines Ergehens bereits beurkundeten, aber erst später durch die behördliche Genehmigung voll wirksam gewordenen Kaufvertrag erstreckt hat. Die Kl. bejaht, die Befl. verneinen diese Rechtsfrage. Das LG. ist der Ansicht der Befl. beigetreten mit folgender Begründung:

Die Genehmigung des Landrats v. 18. April 1936 habe gemäß § 184 BGB. auf den 13. Nov. 1935 zurückgewirkt. Kraft dieser Rückwirkung gelte der Vertrag als schon mit der Beurkundung wirksam zustande gekommen. Die Vorschriften der §§ 182 ff. BGB. enthielten keinen Anhaltspunkt dafür, daß die gesetzliche Fiktion nur zwischen den Vertragsparteien, nicht auch gegenüber jedem Dritten gelten sollte. Es möge zwar richtig sein, daß die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach §§ 4 ff. RiedlG. erst mit der Erteilung der Genehmigung nach § 1 BD. vom 15. März 1918 zu laufen beginne. Für die Entstehung des Vorkaufsrechts sei aber allein maßgebend der Zeitpunkt des wirksamen Vertragsschlusses. Hier habe nun kraft gesetzlicher Fiktion ein wirksamer Kaufvertrag schon am 13. Nov. 1935 vorgelegen. Damals habe der Runderlaß v. 26. Nov. 1935 noch nicht bestanden. Rückwirkende Kraft komme ihm nicht zu. Also sei für die Kl. kein Vorkaufsrecht begründet. Allerdings sei nicht zu verneinen, daß das RiedlG. und der Runderlaß des Ministers im allgemeinen Interesse ergangen seien und daß es deshalb erstrebenswert erscheine, das Vorkaufsrecht auf möglichst viele Grundstücksverkäufe auszudehnen. Solange aber das Gesetz nicht zum Ausdruck bringe, daß es nicht nur zukünftige Verkäufe erfassen wolle, sondern auch solche, die schon früher wirksam geworden seien oder durch nachträgliche Genehmigung rückwirkend zu einem früheren Zeitpunkt wirksam werden würden, so lange lasse sich für einen Vertrag, wie er hier vorliege, mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut und Sinn des § 184 BGB. nur die Verneinung des Vorkaufsrechts rechtfertigen.

Diese Begründung hält der von der Rev. erbetenen rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das LG. irrt, wenn es die Antwort auf die eingangs umschriebene Kernfrage des Rechtsstreits glaubt dem § 184 BGB. entnehmen zu können. Schon mehrfach hat das RG. betont, daß die §§ 182 ff. BGB. auf die behördliche Genehmigung nach der BD. v. 15. März 1918 überhaupt nicht anwendbar sind, weil es sich hier nicht um eine private rechtliche Erklärung, sondern um einen Staatshoheitsakt handelt (RG. 106, 145 = JW. 1923, 752; RG. 123, 330 = JW. 1929, 1393). Die Wirkungen eines solchen Akts sind nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen, sondern nach seiner Zweckbestimmung und nach allgemeinen praktischen Gründen zu beurteilen. Wenn

das RG. von dieser Grundlage aus dazu gelangt ist, für die Abwicklung gewisser Rechtsverhältnisse — insbes. auf dem Gebiet des Aufwertungsrechts — eine Rückwirkung der behördlichen Genehmigung anzunehmen (vgl. RG. 123, 331 = JW. 1929, 1393; RG. 125, 55 = JW. 1930, 803), so ist damit noch nichts gewonnen für die hier zu entscheidende Frage, ob die Fiktion der Rückwirkung auch Geltung beanspruchen kann gegenüber einem anderen Staatshoheitsakt, wie ihn die Ausdehnung des gesetzlichen Vorkaufsrechts durch eine BD. nach § 4 Satz 2 RiedlG. darstellt. Diese Frage läßt sich vielmehr nur beantworten aus der Zweckbestimmung der durch eine solche BD. geschaffenen gesetzlichen Neuregelung selbst. Daß nun aber der Runderlaß v. 26. Nov. 1935 hätte halt machen wollen vor Verträgen, die zur Zeit seines Inkrafttretens noch schwebend unwirksam waren und erst später behördlich genehmigt wurden, dafür fehlt jeder Anhalt. Die von der Kl. überreichte amtliche Auskunft des Reichs- und Preuß. Landwirtschaftsministers vom 4. Aug. 1936 spricht eindeutig für das Gegenteil. Auch der Reichsbauernführer und der deutsche Gemeindetag haben sich in diesem Sinne geäußert. Dieselbe Auffassung wurde übrigens auch schon früher in der Rsp. (z. B. Besluß des DLG. Rostock v. 17. Dez. 1920: SeuffArch. 76, 175 Nr. 108) und im Schrifttum (z. B. Planck-Straßer, BGB., 5. Aufl., Bd. III 1 S. 898, Vorbem. 3 c a vor § 1094) vertreten. Abweichende Stimmen sind, soweit ersichtlich, nicht laut geworden. Die Bedenken aber, welche die Befl. gegen die Ansicht erheben, daß der Erlaß v. 26. Nov. 1935 den bei seinem Inkrafttreten noch nicht behördlich genehmigten Vertrag v. 13. Nov. 1935 ergriffen habe, sind nicht stichhaltig. Den Befl. kann nicht zugegeben werden, daß diese Ansicht auf einem Umwege dem Ministerialerlaß die in RG. 105, 359 ff. abgelehnte rückwirkende Kraft beilege. Das dort veröffentlichte Urteil des RG. v. 15. Nov. 1922 befaßt sich mit der jetzt zu entscheidenden Frage überhaupt nicht. Ob damals eine behördliche Genehmigung nach der BD. v. 15. März 1918 erforderlich, ob sie eingeholt und erteilt worden war, das alles läßt sich nicht mehr feststellen. Jedenfalls hat die Genehmigungsfrage — gleichviel ob mit Recht oder mit Unrecht — damals für die Entsch. ausweislich der Urteilsgründe keine Rolle gespielt. Bei richtiger Betrachtung dieser Frage kann jedoch keine Rede davon sein, daß die Erstreckung des Erlasses v. 26. Nov. 1935 auf den am 13. Nov. 1935 beurkundeten, aber erst am 18. April 1936 behördlich genehmigten Vertrag einer „Rückwirkung“ eines Gesetzgebungsakts auf bereits „abgeschlossene“ Verträge gleichkomme. Denn der Vertrag v. 13. Nov. 1935 war eben bis zum 18. April 1936 noch nicht fertig abgeschlossen, sondern in der Schwebe. Und gerade für die Geltendmachung des gesetzlichen Vorkaufsrechts nach §§ 4 ff. RiedlG. kommt es, wie in der Rsp. des RG. feststeht, entscheidend auf den Zeitpunkt der behördlichen Genehmigung, nicht auf den Tag der Beurkundung des Kaufvertrags an (RG. 98, 47; 106, 320; 114, 158 = JW. 1926, 2367 und JW. 1926, 2628<sup>11</sup>; 1927, 1516<sup>12</sup>). Richtig ist allerdings die Bemerkung der Befl., daß bei dieser Gesetzesauslegung u. U. die Zustimmung oder Versagung eines Vorkaufsrechts an das gemeinnützige Siedlungsunternehmen von dem Arbeitstempo der Genehmigungsbehörde abhängen und daß die Beteiligten, die einen Vertrag haben beurkunden lassen, durch ein erst nachträglich während des Genehmigungsverfahrens gesetzgeberisch aufgestelltes Vorkaufsrecht überrascht werden könnten. Solche Erwägungen dürfen aber nicht dazu führen, die Tragweite einer zum Wohle der Volksgesamtheit erlassenen BD. aus § 4 Satz 2 RiedlG. einzuschränken auf Kaufverträge, bei deren Beurkundung die Vertragsparteien bereits mit einem Vorkaufsrecht rechnen konnten. Eine so weitgehende, in den Urteilsgründen von RG. 105, 361 allerdings noch mit anklingende Berücksichtigung des Einzelinteresses vor dem Interesse der Gesamtheit entspricht nicht mehr dem Rechtsdenken unserer Zeit. Heute gilt es nicht mehr den Schutz des einzelnen vor der Gesetzgebung seines Staates, sondern die Unterordnung aller unter den Staatswillen auch da, wo der einzelne den Eingriff in seinen Rechtskreis unliebsam empfinden mag. Von dieser Grundeinstellung hat auch der Richter bei der Gesetzesanwendung sich leiten zu lassen. Von ihr aus sind die Rechtsbedenken, die das LG. gehindert haben, das ersichtlich auch ihm erwünschte Ergebnis des Rechtsstreits,

nämlich die Bejahung des Vorlaufsrechts der Kl. zu erreichen, schon nach dem geltenden Recht keineswegs unüberwindlich, sondern hinfällig. Mithin ist festzustellen, daß die Kl. dem Vertrag v. 13. Nov. 1935 gegenüber vorlaufsberichtet ist.

Spruchreis ist die Sache nur deshalb noch nicht, weil der Umfang der den Befl. zustehenden Gegenleistung bisher ungeklärt ist.

(RG., V. ZivSen., II. v. 10. April 1937, V 251/36.) [v. B.]  
(= RGZ. 154, 304.)

### Schuldenregelungsgesetz

31. RG. — §§ 1, 52 SchuldReglG. Die Bestimmungen des SchuldReglG. sind, obwohl das Gesetz noch nicht im Saarland eingeführt ist, auf im Saarland gelegene, betriebszugehörige Grundstücke eines im übrigen Reichsgebiet liegenden Entschuldungsbetriebes anwendbar.

Über einen landwirtschaftlichen Betrieb ist das Entschuldungsverfahren durchgeführt worden. Zum Betrieb gehören auch einige im Saarland gelegene Grundstücke. Nach Bestätigung des Entschuldungsplanes ersuchte das EntschuldA. auch das für die im Saarland gelegenen Grundstücke zuständige GBA. um Eintragung eines Vermerks gemäß § 80 S. 2 SchuldReglG. im Grundbuch, daß die Grundstücke der Entschuldung unterliegen, und weiterhin um Eintragung einer Entschuldungsrente mit näher bezeichnetem Inhalt. Das GBA. lehnte die Eintragungen ab mit der Begründung, daß sie nicht zulässig seien, weil das SchuldReglG. im Saarland noch nicht eingeführt sei. Die Beschw. des Leiters des EntschuldA. hatte Erfolg.

Das SchuldReglG. v. 1. Juni 1933 ist im Saarland noch nicht eingeführt. Diese Ausnahmestellung des Saarlandes gegenüber dem übrigen Reichsgebiet bedeutet, daß die Einleitung von Entschuldungsverfahren über saarländische landwirtschaftliche Betriebe mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig ist. Die Entschuldung eines saarländischen Betriebes steht auch hier nicht in Frage.

Auch ohne eine besondere gesetzliche Regelung greifen jedoch die Rechtswirkungen eines im Reich eröffneten Entschuldungsverfahrens, die vor dem 1. März 1935 wegen der durch den Versailler Vertrag gezogenen Grenze im Saargebiet noch unberücksichtigt bleiben mußten, auf dieses Gebiet über, nachdem es unter die Staatsgewalt und damit unter die gesetzgeberische Hoheit des Deutschen Reiches gelangt ist. Wollte der saarländische Richter nur die hier ausdrücklich eingeführten Gesetze beachten und allen anderen jede Wirkung versagen, so würde er außer acht lassen, daß in dem wiedergeinten Rechtsgebiet das gesetzte Recht als die staatliche Regelung des gemeinsamen Lebens seiner Natur nach den Drang hat, sich in seinen Wirkungen auch auf das unter die Reichshoheit zurückgelehnte Land auszudehnen. Die Möglichkeiten solcher Einwirkungen noch nicht eingeführter Gesetze auf Personen, Sachen und Rechtsverhältnisse im Saarland sind zu mannigfaltig, als daß sie alle vorauszusehen wären und von dem Gesetzgeber alle ausdrücklich hätten geregelt werden können. Derartige Fragen muß daher der saarländische Richter so lösen, wie es der Gesetzgeber voraussichtlich getan hätte, wenn er eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung darüber getroffen hätte. Inwieweit auf das Saarland übergreifende Einwirkungen der hier nicht eingeführten Gesetze zuzulassen sind, wird maßgebend bestimmt durch Sinn und Zweck eines jeden Gesetzes. Im Falle des SchuldReglG. wäre es gesetz- und zweckwidrig, wenn der im Saarland liegende Teil eines jenseits der Saargrenze gelegenen landwirtschaftlichen Betriebes, dessen Entschuldung durchgeführt wird, von den Wirkungen des Entschuldungsverfahrens ausgenommen würde. Denn durch dieses Verfahren soll das gesamte zum landwirtschaftlichen Betrieb des Schuldners gehörige Vermögen erfaßt werden. Die erfolgreiche Durchführung eines außerhalb des Saarlandes gesetzmäßig eingeleiteten Entschuldungsverfahrens darf im ganzen Rechtsgebiet des Deutschen Reiches nirgends, also auch nicht im Saarland, dadurch in Frage gestellt oder auch nur gemindert werden, daß einzelne Teile des betriebszugehörigen landwirtschaftlichen Vermögens von der Entschuldung ausgenommen werden.

Die Nichteinführung des SchuldReglG. im Saarland hat daher nur zur Folge, daß für die Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe, deren Leitung im Saarland liegt, eine Entschuldung nicht durchgeführt werden kann. Hat jedoch die Leitung ihren Sitz im übrigen Reichsgebiet und hat ein gemäß § 2 SchuldReglG. zuständiges EntschuldA. das Entschuldungsverfahren für den Betriebsinhaber eröffnet, so muß auch der im Saarland gelegene Grundbesitz in das Verfahren einbezogen werden.

So hat denn auch das BeschwG. bereits (6 T 262/35) über einstimmend mit Fona s - Pohle („Zwangsvollstreckungsnotrecht“, 10. Aufl., S. 154) dahin entschieden, daß der im Saarland wohnende Inhaber eines im Entschuldungsverfahren befindlichen Betriebes den Vollstreckungsschutz der BD. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 genießt. In einer anderen Sache (6 T 313/35) hat das BeschwG. auch schon die Eintragung des Eröffnungsvermerks auf den im Saarland gelegenen Grundbesitz gemäß § 8 Abs. 2 SchuldReglG. zugelassen. Auch der Eintragung der Zugehörigkeit saarländischer Grundstücke zu einem Entschuldungsbetrieb und der Eintragung einer Entschuldungsrente gemäß § 52 SchuldReglG. steht daher das vom AG. angeführte Bedenken nicht entgegen.

(RG. Saarbrücken, Beschl. v. 2. April 1937, 6 T 190/37.)

\*

32. RG. — § 8 SchuldReglG. Nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens ist die Belastung des Betriebsgrundstücks auch dann unzulässig, wenn die Betriebsinhaber das Grundstück gem. Art. 13 Abs. 2 der 7. DurchfBD. an einen Gemeinschafter veräußern und dieser Hypotheken für die Veräußerer bestellt.

Als Eigentümer sind im Grundbuch die Witwe Magdalene Sch. und ihre vier Kinder in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen. Am 30. Okt. 1934 wurde in Abt. II unter Nr. 1 die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens vermerkt.

Durch notariellen Vertrag v. 11. Sept. 1934 hatte die Erbengemeinschaft das Gut an den Miterben Friedrich Sch. verkauft. Dieser hatte in Anrechnung auf den Übernahmepreis die Eintragung dreier Hypotheken für drei Geschwister bemüht und beantragt. Am 29. Okt. 1934 erklärten die Beteiligten die Auflassung. Friedrich Sch. beantragte, das Eigentum auf ihn umzuschreiben und die drei Hypotheken in das Grundbuch einzutragen. Das GBA. wies den Antrag zurück, weil § 8 SchuldReglG. der Eintragung der Hypotheken entgegenstehe. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Nach § 8 SchuldReglG. ist nach Eröffnung des Entschuldungsverfahrens die Belastung der zum Betriebe gehörenden Grundstücke mit Hypotheken unzulässig. Von diesem Grundsatz hat die Rspr. des Senats eine Ausnahme für den Fall zugelassen, daß der im Entschuldungsverfahren befindliche Betriebsinhaber ein Grundstück hinzuerwerbt (JfG. 14, 119). Zu Unrecht beruft sich der Beschw. auf diese Entsch. Deren Grundsätze könnten nur angewendet werden, wenn das Entschuldungsverfahren für den Beschw. eröffnet worden wäre, der zu der Zeit der Eröffnung des Verfahrens nicht Eigentümer des Grundstücks gewesen ist. Im vorl. Falle ist aber das Entschuldungsverfahren über den Betrieb „der Sch. Erben“ eröffnet worden, wie das Eintragungsersuchen des AG. v. 20. Okt. 1934 ergibt und auch der Beschw. zugibt. Die Betriebsinhaber wollen also kein Grundstück hinzuerwerben, sondern im Gegenteil das zum Betriebe gehörende und von dem Entschuldungsverfahren bereits erfaßte Grundstück veräußern. Nun ist zwar nach Art. 13 Abs. 2 der 7. DurchfBD. z. SchuldReglG. die Veräußerung des Betriebes im Wege der Gutsüberlassung zulässig mit der Wirkung, daß der Erwerber die Weiterführung des Entschuldungsverfahrens beantragen kann. Diese Sondervorschrift besagt aber nichts darüber, daß bei dieser Gelegenheit das Grundstück zugunsten der bisherigen Betriebsinhaber belastet werden kann. Dem AG. ist vielmehr im Ergebnis darin beizutreten, daß einer solchen Belastung der Zweck des Entschuldungsverfahrens entgegensteht, weil die ungesicherten Gläubiger dadurch benachteiligt werden (vgl. § 15 Abs. 1 SchuldReglG.). Sie ist deshalb nicht zulässig.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 5. Mai 1937, 1 Wx 144/37.)

[§.]

33. OG. — § 35 SchuldReglG. v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 33); Art. 27 der 6. DurchfVO. z. SchuldReglG. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609). Hat der Betriebsinhaber ohne Genehmigung des Gläubigers von einem Dritten eine Schuld übernommen, für die auf dem Grundstück des Betriebsinhabers eine Grundschuld eingetragen ist, so gilt der Dritte für das Schuldensregelungsverfahren auch dann als Mitschuldner des Betriebsinhabers, wenn die Schuldübernahme nicht im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung stattgefunden hat. †)

Der Bell. und seine Ehefrau hatten durch notariellen Kaufvertrag vom 31. Dez. 1917 von der verwitweten Gutsbesitzerin Frau S. deren Grundstück Flur Blatt 897, 805, 885, 775 und Stadt Blatt 682, 646 und 608 gekauft, die ihnen in der Folgezeit auch überignet wurden. Durch notariellen Vertrag vom 14. Dez. 1925 haben der Bell., seine Ehefrau und Frau S. den Vertrag vom 31. Dez. 1917 wieder aufgehoben, jedoch mit der Maßgabe, daß der Verkauf und die Übertragung des Grundstückes Stadt Blatt 682 an den Bell. und seine Ehefrau bestehen bleiben, während die übrigen Grundstücke an Frau S. rückübertragen wurden. In § 3 des Vertrages vom 14. Dez. 1925 übernahm Frau S. eine auf sämtlichen genannten Grundstücken — darunter auf dem Grundstück Stadt Blatt 682 in Abt. III unter Nr. 8 — eingetragene Darlehnshypothek von 29 000 GM. (nominell 30 000 GM.) der Roggenrentenbank als Allein- und Selbstschuldnerin mit der Verpflichtung, den Bell. und seine Ehefrau von der noch bestehenden Verbindlichkeit und Haftung zu befreien. Die Roggenrentenbank war zur Pfändentilgung des Grundstückes Stadt Blatt 682 nur gegen Tilgung eines Teilbetrages von 6000 GM. ihrer Post bereit. Da Frau S. selbst zur Aufbringung dieses Betrages nicht in der Lage war, wurde bei der Kl. ein noch zur Abdeckung eines Teilbetrages von 6000 GM. benötigter Kredit von 5 058,09 GM. aufgenommen, mit dem die Kl. das bei ihr bestehende Konto des Bell. belastete. Dieser ließ auch — er stand auch im übrigen mit der Kl. in Geschäftsverbindung — auf seinem und seiner Ehefrau gesamten Grundbesitz zugunsten der Kl. am 10. Nov. 1931 eine Grundschuld von 10 000 GM. eintragen. Am gleichen Tage wurde die Hypothek der Roggenrentenbank im Grundbuche Stadt Bl. 682 gelöscht. Von den 6000 GM. Teilbetrag, der im übrigen auf den Grundstücken der Frau S. bestehenden Roggenrentenbankhypothek, die infolge Tilgung Eigentümergrundschuld der Frau S. geworden waren, trat Frau S. durch Urkunde vom 16. Nov. 1931 einen Betrag von 5 058,09 GM. an die Kl. ab. In der Urkunde vom 16. Nov. 1931 heißt es dazu:

„Da B. zur Abdeckung dieser 6000 GM. einen Betrag von 5 058,09 GM. gezahlt hat, trete ich, die Grundstückseigentümerin, im Auftrage des B. von dieser Eigentümergrundschuld einen Betrag von 5 058,09 GM. ... an die Bank ab.“

Am 4. Dez. 1933 wurde für die Frau S. das landwirtschaftliche Entschuldungsverfahren eröffnet. In diesem Verfahren meldete die Kl. durch schriftliche Anmeldung vom 23. Dez. 1933 als Forderung gegen Frau S. den Betrag von 5 058,09 GM. an. Durch am 22. März 1935 bestätigten Zwangsvergleich wurde unter Barauszahlung eines Spesenbetrages die auf den Grundstücken der Frau S. lastende Grundschuld der Kl. um 50% gekürzt. Der verbleibende Betrag von 2520 RM. wurde in eine Tilgungshypothek zugunsten der Kl. umgewandelt. — Am 14. Febr. 1934 wurde für den Bell. ebenfalls das landwirtschaftliche Entschuldungsverfahren eröffnet. In diesem Verfahren, das noch nicht abgeschlossen ist, meldete die Kl. durch schriftliche Anmeldung vom 23. Febr. 1934 eine Gesamtforderung von 10 373 RM. an, in der die oben erwähnten 5 058,09 RM. als angebliche Forderung gegen den Bell. mitenthalten waren. Der Bell. bestreitet die von der Kl. angemeldete Forderung in Höhe des in dem Entschuldungsverfahren S. gekürzten Teiles von 2520 RM. der 5 058,09 RM. Das EntschuldA. hat der Kl. aufgegeben, die hiernach zwischen den Parteien streitige Frage, ob im Entschuldungsverfahren des Bell. eine Forderung von 10 373 RM. oder aber eine solche von 7853 RM. zu berücksichtigen sei, im Prozeßwege entscheiden zu lassen. Aus diesem Grunde hat die Kl. die gegenwärtige Klage erhoben. Die Kl. hat dazu weiter vorgetragen:

Sie habe einen Kredit lediglich dem Bell., nicht der Frau S. eingeräumt. Dabei habe sie zwar zu ihrer mehreren Sicherheit sich von der Frau S. die auf deren Grundstücken zur Entstehung gelangte Grundschuld in Höhe von 5 058,59 RM. abtreten lassen und sich insofern die Zinsen auch direkt von der Frau S. zahlen lassen. Das andere aber nichts daran, daß ein Schuldverhältnis lediglich zwischen den Parteien bestanden habe. Wenn die Kl. trotzdem in dem Entschuldungsverfahren S. ihre Forderung angemeldet habe, so sei das aus der treuhänderischen Stellung der Kl. gegenüber dem Bell. zu erklären. Es bestehe daher kein gesetzlicher Grund, aus dem heraus die Kl. sich die in dem Entschuldungsverfahren S. erfolgte Kürzung auf ihre allein maßgeb-

lichen Beziehungen zu dem Bell. anrechnen lassen müsse; insbesondere die Voraussetzungen des § 35 SchuldReglG. nicht gegeben. Die Kl. hat daher beantragt, festzustellen, daß der Bell. der Kl. nicht nur 7853 RM. sondern insgesamt 10 373 RM. schulde. Der Bell. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, daß die Parteien sich bei Abtretung der Grundschuld von 5 058,09 RM. an die Kl. darüber einig gewesen seien, daß der Bell. in Höhe des Grundschuldbetrages aus der Schulhaft entlassen werden sollte, jedenfalls aber er und Frau S. als Gesamtshuldner i. S. des § 35 SchuldReglG. anzusehen seien.

Durch Urteil vom 22. Sept. 1936 hat das OG. festgestellt, daß der Bell. über die in diesem Verfahren nicht im Streit befindlichen 7853 RM. hinaus der Kl. 2520 RM. schuldet. Der Bell. hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und beantragt, das angefochtene Urteil dahin zu ändern, daß die Kl. mit der Kl. abgewiesen wird.

Die Kl. beantragt, die Berufung des Bell. zurückzuweisen.

Die Berufung des Bell. ist begründet. Der Streit der Parteien geht darum, ob die Kl. den im Entschuldungsverfahren der Frau S. gekürzten Teil von 2520 RM. des von ihr gewährten Kredites von 5 058,09 RM. von dem Bell. beanspruchen kann. Wenn der Bell. in der Berufungsbegründung bestreitet, überhaupt Schuldner des gewährten Darlehns geworden zu sein, so kann er damit keinen Erfolg haben. Die Aussage des Zeugen J. ergibt vielmehr, daß der Darlehnsvertrag zwischen der Kl. und dem Bell. abgeschlossen worden ist und die Kl. die Gewährung eines Darlehns an Frau S. ausdrücklich ablehnte. Die Kl. hat dann im Auftrage des Bell. für die Summe von 5 058,09 RM. die Pfändentilgung des von der Frau S. an den Bell. verkaufsten Grundstückes erwirkt und von dem Bell. ein Schuldenkennnis dafür erhalten. Zur weiteren Sicherheit dieser Forderung hat Frau S. an die Kl. in gleicher Höhe die entstandene Grundschuld abgetreten. Dieser Zusammenhang erhellt auch aus der notariell beglaubigten Abtretungserklärung vom 16. Nov. 1931 (Grundstücks Stadt Bl. 682 S. 118), in der es heißt, daß die Abtretung der Grundschuld von 5 058,09 RM. an die Kl. erfolgt, da der Bell. zur Abdeckung der 6000 GM. einen Betrag von 5 058,09 RM. gezahlt hat. Die Kl. hat nach der Aussage des Zeugen J. auch nicht etwa nach erfolgter Abtretung der Grundschuld an sie den Bell. insofern aus der Schulhaft entlassen. Im Gegensatz zu der Auffassung des Bell. ist daher davon auszugehen, daß er, und zwar er allein, persönlicher Schuldner des von der Kl. gewährten Kredites geworden und geblieben ist, und dieser durch die von der Frau S. abgetretene Grundschuld lediglich dinglich gesichert worden ist. Dem steht nicht entgegen, daß die Kl. in ihrer Anmeldung in dem Entschuldungsverfahren S. von einer Forderung gegen Frau S. spricht und sich von ihr ein Schuldenkennnis über den Betrag von 5 058,09 RM. hat geben lassen (das sich allerdings nicht mehr bei den Akten befindet). Bereits der Vorderrichter hat dazu zutreffend ausgeführt, daß das offenbar in Wahrnehmung des dinglichen Rechtes der Kl. gegen Frau S. geschehen ist. Ebenfalls kann Gegenteiliges nicht daraus folgert werden, daß die Kl. in der Klageschrift und dem ursprünglichen Klageantrage den Bell. und Frau S. als Gesamtshuldner bezeichnet hat. Einmal hat die Kl. damit anscheinend nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Bell. und Frau S. hinsichtlich des nichtgekürzten Teiles ihrer Forderung kennzeichnen wollen. Sodann könnte sich eine nach den vorher gemachten Ausführungen unrichtige Bezeichnung des Bell. und der Frau S. als Gesamtshuldner auch nicht dahin auswirken, daß beide, trotzdem festgestellt worden ist, daß das Darlehn allein dem Bell. gegeben worden ist, als Schuldner derselben Leistung anzusehen wären. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das OG. die in umstetbare Antwendbarkeit des § 35 SchuldReglG. in Ermangelung des Gegebenseins der in dieser Vorschrift aufgeführten Voraussetzungen verneint hat.

Das OG. hat aber nicht geprüft, ob der Bell. und Frau S. auf Grund der besonderen, in den Art. 26 Abs. 2, 27 der 6. DurchfVO. z. SchuldReglG. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609) enthaltenen Vorschriften über Mitschuldnerschaft als Mitschuldner anzusehen sind. Keine Anwendung finden kann von diesen Vorschriften der von dem Bell. angezogene Art. 26 Abs. 2 a. a. D., der besagt, daß ein Dritter, der Eigentümer des mit der Hypothek (oder mit der Grundschuld; vgl. Abs. 4 a. a. D.) belasteten Grundstücken ist, für das Schuldensregelungsverfahren als Mitschuldner des Betriebsinhabers gilt. Denn dort wird vorausgesetzt, daß der Betriebsinhaber, in dessen Entschuldungsverfahren die Herabsetzung erfolgt, der persönliche Schuldner und ein Dritter Eigentümer des mit der Hypothek oder Grundschuld belasteten Grundstückes ist, während vorliegendenfalls umgekehrt die Herabsetzung nicht in einem Entschuldungsverfahren des persönlichen Schuldners (das ist der Bell.), sondern in dem Entschuldungsverfahren eines Dritten, nur

dinglich verhafteten (das ist Frau S.) erfolgt ist (vgl. *Harmening-Pähöld*, „Die landwirtschaftliche Schuldenregelung“, 2. Aufl., S. 612 Nr. 52 und *Pfundtner-Neubert*, „Das neue Deutsche Reichsrecht“, III. b 3, S. 75 f.). Dagegen regelt Art. 27 a a. D. den hier gegebenen umgekehrten Fall, daß eine Forderungsübertragung in dem Entschuldungsverfahren eines lediglich dinglich verhafteten Grundeigentümers erfolgt, ein Dritter aber Schuldner der persönlichen Forderung ist. Art. 27 bestimmt nämlich, daß, falls ein Betriebsinhaber ohne Genehmigung des Gläubigers von einem Dritten eine Schuld übernommen hat, für die auf dem Grundstück des Betriebsinhabers ein Grundpfandrecht eingetragen ist, der Dritte für das Schuldenregelungsverfahren als Mithschuldner des Betriebsinhabers gilt. Hier hat die Kl. das Darlehn dem Bell. gewährt und es seiner Bestimmung gemäß einem Gläubiger der Frau S. zu dessen teilweiser Befriedigung zugeführt. Im Verhältnis zu dem Bell. ist Frau S. nach dem zwischen ihr und dem Bell. bestehenden Rechtsverhältnis verpflichtet, die Kl. zu befriedigen. Um dies zu erreichen und gleichzeitig zur Sicherheit der Kl. hat Frau S. die Grundschuld an die Kl. abgetreten. Frau S. hat also die Schuld des Bell. übernommen, ohne daß die Kl. dies genehmigt hätte. Es hat also der Betriebsinhaber (das ist Frau S.) ohne Genehmigung des Gläubigers (das ist Kl.) von einem Dritten (das ist der Bell.) eine Schuld übernommen, für die auf dem Grundstück des Betriebsinhabers (das ist Frau S.) ein Grundpfandrecht eingetragen ist, und es gilt somit nach dem unzweifelhaft erfüllten Wortlaut des Art. 27 a. a. D. der Dritte (das ist der Bell.) für das Schuldenregelungsverfahren als Mithschuldner des Betriebsinhabers (das ist Frau S.). Nun ist zwar nicht zu erkennen, daß Art. 27 vom Gesetzgeber in erster Linie im Hinblick auf einen anderen Tatbestand, nämlich auf den Fall, daß ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück veräußert wird und der Erwerber die der Hypothek zugrunde liegende Schuld übernimmt, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt (vgl. § 416 BGB.), geschaffen ist (vgl. *Harmening-Pähöld* a. a. D. S. 612 Anm. 52 und *Pfundtner-Neubert* a. a. D. S. 76). In dem Kommentar von *Harmening-Pähöld* wird dazu auch bemerkt (a. a. D. S. 613 Anm. 54 am Schlufz), daß die in Art. 27 getroffene Regelung sich für den Fall, daß die Schuldübernahme im Zusammenhang mit einem Grundstückserwerb erfolgt, damit rechtfertigt, daß es unbillig wäre, dem persönlichen Schuldner, der das Grundstück aus der Hand gegeben hat, die Erleichterungen zu versagen, die man im Interesse der Erhaltung des landwirtschaftlichen Betriebs für notwendig hält. Dagegen soll nach *Harmening-Pähöld* a. a. D. Anm. 55 in anderen Fällen, in denen die Schuldübernahme nicht gemäß § 416 BGB. im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung erfolgt, die Anwendbarkeit des Art. 27 nicht gegeben sein.

Trotzdem hält der Senat den Art. 27 auch im vorl. Fall für anwendbar. Einmal geht, wie auch bei *Harmening-Pähöld* a. a. D. S. 613 Anm. 55, nicht verkannt wird, die weitgehende Fassung des Art. 27 über den Einzelfall des § 416 BGB. hinaus und umfaßt, wie bereits dargelegt, jedenfalls Wortlautmäßig auch den hier gegebenen Tatbestand. Die Anwendung des Art. 27 rechtfertigt sich jedoch im vorl. Fall, wie im Gegensatz zu der Auffassung der Kl. festzustellen ist, auch für die Auslegung der entstehungsrechtlichen Vorschriften stets besonders maßgeblichen wirtschaftlichen Erwägungen. Zunächst ist auch hier die Erfüllungsübernahme der Frau S. im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung erfolgt, wenn auch in anderem Sinne und in anderem Umfange als im Falle des § 416 BGB. Dort soll der Veräußerer, der das Grundstück aus der Hand gegeben hat und persönlicher Schuldner geblieben ist, geschützt werden, weil er den verhafteten Entschuldungsbetrieb fortgegeben hat und normalerweise zu einer Abwälzung der Schuld an den Erwerber den jeweiligen Betriebsinhaber, berechtigt ist. Hier ist der Bell. ebenfalls nicht Inhaber des entstehenden Betriebes und im Verhältnis zu der Betriebsinhaberin, Frau S., zu einer Abwälzung der Schuld an sie berechtigt. Auch ist zu beachten, daß er die Schuld nicht etwa im kapitalistischen Interesse des Zinsgewinns eingegangen ist, sondern daß er eingesprungen ist, um es der Veräußererin, Frau S., zu ermöglichen, ihrer Verpflichtung zur Entpfändung des an ihr verkauften Grundbesitzes nachzukommen und so das Grundstück freizumachen, was an sich Sache der Betriebsinhaberin, Frau S., gewesen wäre. Wenn die Kl. demgegenüber meint, es könne sich doch nicht zu ihrem Schaden auswirken, daß sie sich seinerzeit zur Mehrung der Sicherheit ihrer persönlichen Forderung gegen den Bell. eine zusätzliche Sicherung durch Abtretung der Grundschuld auf dem Grundbesitz der Frau S. habe geben lassen, so ist dem entgegenzuhalten, daß hier die Kl. von vornherein nicht nur die Sicherheit, sondern auch die Entstehung ihrer Forderung mit dem Grundbesitz der Frau S. ver-

knüpft hat und daß, wirtschaftlich gesehen, nicht die Stellung der Betriebsinhaberin Frau S., sondern vielmehr die des Bell. der eines Bürgen gleich kommt. Für den vorl. Fall ist die Anwendbarkeit des Art. 27 daher zu bejahen. Damit ist dargetan, daß der Bell. hinsichtlich der hier in Frage kommenden im Entschuldungsverfahren der Frau S. dinglich herabgeleiteten Schuld als Mithschuldner der Frau S. gilt. Nach § 35 SchuldRegG. und Art. 29 der 6. DurchfVO. z. SchuldRegG. wirken daher die im Entschuldungsverfahren der Frau S. erfolgte Herausziehung der Schuld und die sonst hinsichtlich der Rechtschuld dort getroffene Regelung auch für den Bell. Daraus folgt, daß die Klage in Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen war.

(OLG. Marienwerder, 2. ZivSen., Ur. v. 19. Febr. 1937, 2 U 181/36.)

**Anmerkung:** Der Tatbestand des Urteils gibt zu einigen grundfachlichen Bemerkungen Anlaß. Es kommt mir dabei jedoch nicht darauf an, die Entsch. in ihrem Ergebnis zu würdigen, was ja auch ohne genaues Studium des Alteninhalts gar nicht geschehen könnte, sondern ich will an der Hand des Tatbestandes darlegen, welchen rechtlichen Schwierigkeiten der Richter bei Schuld- oder Mithaftungsverhältnissen begegnet, Schwierigkeiten, die, in einem Falle wie dem vorliegenden, ihren Grund legten Endes in derforderungslosen Grundschuld haben. Zu diesem Zweck soll der Tatbestand des Urteils so vereinfacht werden, daß das, worauf es mir anzukommen scheint, deutlicher herbortritt.

Frau S. braucht Geld, sagen wir 5000. Sie wendet sich deswegen an den Bell., der Kredit bei der Kl. (Bank) hat. Die Kl. will nur dem Bell. einen Kredit geben. Der Bell. nimmt im Interesse der Frau S. den Kredit von 5000 bei der Kl. auf und gibt das Geld weiter an Frau S. Als Sicherheit erhält die Kl. eine auf dem Grundstück des Bell. eingetragene Grundschuld. Diese Grundschuld wird bei den folgenden Betrachtungen keine besondere Rolle spielen. Die Schwierigkeit, die in den Tatbestand kommt, liegt darin, daß die Empfängerin des Geldes auch ihrerseits eine Sicherheit in Gestalt einer Grundschuld gibt und daß man mit dieser Grundschuld in Verlegenheit kommt. Frau S. tritt nämlich eine Eigentümergrundschuld von 5000, die sie auf ihrem Grundstück hat, „im Auftrage des Bell.“ an die Kl. ab. Welche Bedeutung hat diese Abtretung? Soll die Grundschuld dazu dienen, die Forderung der Kl. gegen den Bell. sichern? Oder soll die Grundschuld etwa als Sicherheit für die Forderung des Bell. gegen Frau S. bestimmt sein, zunächst aber als Sicherung für die Forderung der Kl. gegen den Bell. verwendet werden? Dafür könnte die Tatsache sprechen, daß Frau S., vielleicht um die Kosten einer zweimaligen Abtretung zu ersparen, die Grundschuld im Auftrage des Bell. unmittelbar an die Kl. abgetreten hat. Im letzteren Falle würde der Bell. der Verpfändner sein, was zur Folge hätte, daß die Grundschuld an ihn zurückfallen würde, sobald die Kl. wegen ihrer Forderung gegen ihn befriedigt ist. Da die Grundschuld sachengerichtet mit einer bestimmten Forderung nicht notwendig verbunden ist, vielmehr als abstraktes dingliches Recht geltend gemacht werden kann, besteht für Frau S. die Gefahr, daß zwei aus eins gemacht wird: Im Hinblick auf die abstrakte Natur der Grundschuld könnte die Kl. Zahlung von 5000 aus dem Grundstück der Frau S. verlangen, außerdem kann der Bell. von ihr 5000 verlangen. Die Sache wäre dann in Ordnung, wenn das Rechtsgeschäft mit der Grundschuld so gestaltet würde, wie es dem wirtschaftlichen Vorgang am besten entspricht. Wenn Frau S. mit ihrer Grundschuld eine Forderung sichern will, dann liegt es nahe, die Sicherheit ihrem Gläubiger, dem Bell. zu geben, der ihr das Geld gegeben hat. Der Bell. hätte dann eine durch Grundschuld gesicherte Forderung gegen Frau S. Will die Kl. eine zusätzliche Sicherheit haben, so könnte der Bell. seine durch Grundschuld gesicherte Forderung (also Forderung und Grundschuld zusammen) an die Kl. verpfänden oder sicherungshalber abtreten. Dabei muß die Grundschuld zweimal abgetreten werden. Will man jedoch die doppelte Abtretung der Grundschuld vermeiden, so könnte Frau S. die Grundschuld im Auftrage des Bell. aber als dessen Sicherheit unmittelbar an die Kl. abtreten. Der Bell. müßte dann aber noch seine Forderung an die Kl. abtreten, damit wieder Sicherheit und gesicherte Forderung in eine Hand kommt und nicht durch die abstrakte Natur der Grundschuld zwei aus eins gemacht wird. Auf diese Weise liege sich eine klare und wohl auch wirtschaftlich richtige Rechtslage schaffen: Die (durch Grundschuld auf dem Grundstück des Bell. gesicherte) Forderung der Kl. gegen den Bell. wäre gesichert durch eine (durch Grundschuld auf dem Grundstück der Frau S. gesicherte) Forderung gegen Frau S.

Nach dem Tatbestand des Urteils ist erst Frau S., später auch der Bell., in das Schuldenregelungsverfahren gegangen. In dem Verfahren der Frau S. hat die Kl. — die Zahlen werden hier vereinfacht — als Forderung 5000 angemeldet. Unter Kür-

zung der Ansprüche auf 2500 ist ihr eine Tilgungshypothek von 2500 zugesprochen worden. In dem Entschuldungsverfahren des Befl. hat die Kl. wiederum eine Forderung von 5000 angemeldet. Der Streit ist nun darum gegangen, ob die Kl. mit ihrer Forderung gegen den Befl. im Entschuldungsverfahren des Befl. nur noch mit 2500 zu berücksichtigen ist.

Wie die Kl. in dem Entschuldungsverfahren der Frau S. dazu gekommen ist, daß sie eine Tilgungshypothek erhalten hat, läßt sich aus dem Tatbestand nicht feststellen. Zur Hypothek gehört eine Forderung. Wenn die Kl. nur die Grundschuld, die ihr von Frau S. abgetreten worden ist, angemeldet hätte, dann hätte es zur Bildung einer Hypothek an der dazugehörigen Forderung gefehlt. Die Tatsache, daß die Kl. eine Tilgungshypothek von 2500 erhalten hat, wird man sich deshalb nur so erklären können, daß die Kl. die auf dem Grundstück der Frau B. eingetragene Grundschuld und dazu die Forderung des Befl. gegen Frau S. angemeldet hat. Dafür spricht, daß die Kl. die Anmeldung einer Forderung mit ihrer treuhänderischen Stellung gegenüber dem Befl. begründet hat, und daß über das Schicksal der Forderung des Befl. gegen Frau S. gar keine Rede mehr ist. Liegt der Sachverhalt so, dann ist auch alles in bester Ordnung. Im Entschuldungsverfahren der Frau S. wäre das zusätzliche Pfand, das die Kl. in Händen hat (nämlich die durch Grundschuld gesicherte Forderung des Befl. gegen Frau S.) geregelt worden, und zwar dahin, daß die Kl. nunmehr als Pfand eine Tilgungshypothek von 2500 hat.

Ist aber in dem Entschuldungsverfahren der Frau B. nur das Pfand (die Sicherheit) der Kl. geregelt worden, dann steht der Kl. im Verfahren des Befl. eine Forderung von 5000 (nämlich die durch das Pfand gesicherte Forderung) zu. Diese Forderung ist durch Grundschuld auf dem Grundstück des Befl. gesichert. Wenn die Grundschuld innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze liegt, dann erhält die Kl. — wenn man die Besonderheiten der Ablösung außer Betracht läßt — eine mündelsichere Tilgungshypothek von 5000. Nach der Regelung der Forderung eines Gläubigers im Schuldenregelungsverfahren, wobei der Gläubiger auch eine dingliche, im Rahmen der Zinsleistungsfähigkeit des Grundstücks liegende dingliche Sicherheit erhält, besteht nach der Auffassung des Gesetzes für den Gläubiger grundsätzlich kein Bedürfnis mehr für eine zusätzliche Sicherheit. Mit der Rechtskraft der Schuldenregelung im Verfahren des Befl. würde deshalb die zusätzliche Sicherheit, welche die Kl. in Gestalt der Tilgungshypothek von 2500, eingetragen auf dem Grundstück der Frau S., in Händen hat, verfallen und an den Befl. zurückfallen (Art. 29 Abs. 2 der 6. DurchfVO. z. SchuldReglG.).

Hiernach würde ich zu folgendem Ergebnis kommen: Die Kl. kann gegen den Befl. die Forderung von 5000 geltend machen. Wird diese Forderung in dem Entschuldungsverfahren des Befl. geregelt, so wird die zusätzliche Sicherung, welche die Kl. in Gestalt der ihr im Entschuldungsverfahren der Frau S. zugesprochenen Tilgungshypothek von 2500 in Händen hat, frei. Diese Tilgungshypothek fällt an den Befl. zurück, der in ihr eine Deckung für seine der Kl. gegenüber bestehende Schuld hat. Schneidet die Kl. mit ihrer Forderung im Entschuldungsverfahren des Befl. besser ab, als der Befl. im Entschuldungsverfahren der Frau S., dann hat der Befl. einen Verlust. Die Kl. hat nominell keinen Kapitalverlust, wenn ihre Hypothek auf dem Grundstück des Befl. mündelsicher ist. Das Schicksal ihrer Forderung richtet sich also ganz nach den Verhältnissen des Befl., während der Befl. das Risiko der Leistungsfähigkeit der Frau S. trägt. Dieses Ergebnis scheint mir im Einklang damit zu stehen, daß die Kl. ihren Kredit nur dem Befl. hat geben wollen und gegeben hat. Ihr einen anderen Schuldner oder Mischschuldner gegen ihren Willen aufzuzwingen, liegt m. E. keine Veranlassung vor. Die zusätzliche Sicherung, die sie sich hat geben lassen, verliert sie nach dem Grundsatz des Art. 29 der 6. DurchfVO. Sie wird aber deshalb, weil sie sich diese zusätzliche Sicherheit hat geben lassen, nicht schlechter gestellt werden können, als wenn sie den Kredit ohne die zusätzliche Sicherheit gegeben hätte.

Diese Gedankengänge stelle ich den rechtlichen Erwägungen des OG. gegenüber, zu denen ich noch kurz folgendes bemerken möchte. Gegen die Heranziehung des Art. 27 der 6. DurchfVO., auf den das OG. seine Entsch. stützt, habe ich das grundsätzliche Bedenken, daß die Vorschrift dem Gläubiger einen Schuldner aufzwingt, den der Gläubiger nicht als Schuldner hat haben wollen. Das ist der Grund, weswegen in der von dem OG. erwähnten Kommentarstelle die einschränkende Auslegung der Vorschrift befürwortet worden ist und weswegen ich auch hier den Art. 27 der 6. DurchfVO. nicht für anwendbar halte.

Die Erörterung des Falles dürfte gezeigt haben, welche Schwierigkeiten durch die abstrakte Grundschuld hervorgerufen

werden. Trotzdem erfreut sie sich besonders bei der Sicherung von Bankkrediten großer Beliebtheit. Das Gefährliche an ihr ist, daß sie nicht notwendig mit einer bestimmten Forderung verbunden ist, sondern losgelöst von der Forderung sozusagen vagabundieren kann. Auch in dem hier behandelten Tatbestand des OG.Urt. kommt man rechtlich deshalb in Verlegenheit, weil eine Unsicherheit darüber besteht, welche Forderung durch die Grundschuld gesichert werden soll. In der Praxis sind solche Fälle noch krasser vorgekommen, und zwar auch bei Tatbeständen, bei denen es sich um einen zweistufigen Kredit handelt: Der Grundeigentümer nimmt bei einer Bank (Zwischeninstitut) einen Kredit auf und gibt dem Zwischeninstitut zur Sicherung dieses Kredits eine Grundschuld. Das Zwischeninstitut bekommt das Geld seinerseits von der Zentralbank und gibt ihr zur Sicherung ihrer Forderung den Grundschuldbrief. Dann kommt es im Entschuldungsverfahren des Grundeigentümers vor, daß erstmals die Zentralbank ihre abstrakte Grundschuld zur Zahlung anmeldet und zweitens das Zwischeninstitut den Kredit, den es dem Grundeigentümer gegeben hat, zur Zahlung anmeldet. Auch hier ist mit Hilfe der abstrakten Natur der Grundschuld zwei aus eins gemacht. Der Grundeigentümer schuldet den Darlehnsbetrag nur einmal, trotzdem wird er in Höhe des Darlehnsbetrages zweimal in Anspruch genommen. Wie kann der Grundeigentümer geholfen werden? Meines Erachtens nur so, daß die Grundschuld, die eine Forderung sichern soll, wieder mit der gesicherten Forderung zusammengebracht wird. Die Zentralbank müßte also den Grundschuldbrief, der ihr als Sicherheit gegeben worden ist, wieder an das Zwischeninstitut zurückgeben. Wenn das die Zentralbank nicht will, dann muß sie sich von dem Zwischeninstitut die gesicherte Forderung, das ist die Forderung des Zwischeninstituts gegen den Grundeigentümer, abtreten lassen. Wird so verfahren, dann kann die Zentralbank in dem Entschuldungsverfahren des Grundeigentümers die durch Grundschuld gesicherte Forderung anmelden. Die Forderung steht aber dem Zwischeninstitut zu und ist in der Hand der Zentralbank nur ein Pfand oder eine Sicherheit. Wird die Forderung im Schuldenregelungsverfahren geregelt, so wird daraus, wenn sie festgeschrieben wird, eine Hypothek, deren Gläubigerin das Zwischeninstitut ist, die aber mit einem Pfandrecht zugunsten der Zentralbank belastet ist. Zu diesem Ergebnis muß man in E. auch dann kommen, wenn sich etwa der Grundeigentümer dem Zwischeninstitut gegenüber durch einen Revers damit einverstanden erklärt hat, daß die Bank die Grundschuld zu Finanzierungszwecken verwenden darf. Denn auch bei einer solchen Abrede ist doch wohl als selbstverständlich vorausgeetzt, daß die Bank, wenn sie der Abrede entsprechend verfährt, jedenfalls dafür sorgen muß, daß der Grundeigentümer durch Finanzierung und Refinanzierung nicht doppelt belastet wird. Der richtige Weg beim zweistufigen Kreditgeschäft deshalb der sein, daß das Zwischeninstitut die durch Grundschuld gesicherte Forderung, also Forderung und Grundschuld sicherungshalber an die Zentralbank abtritt. Sollte in der Praxis aus Gründen der Kostensparnis unter Ausnützung der abstrakten Natur der Grundschuld so verfahren werden, daß das Zwischeninstitut nur den Grundschuldbrief an die Zentralbank übergibt, nicht aber seine durch die Grundschuld gesicherte Forderung an die Zentralbank abtritt, so sind die beiden Institute jedenfalls dem Darlehnsnehmer gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß mit Hilfe der Grundschuld nicht zwei aus eins gemacht wird.

Zur künftigen Rechtserneuerung bietet die hier erörterte Rechtslage Stoff für die Frage, ob die abstrakte Grundschuld in ihrer gegenwärtigen Struktur beibehalten werden kann.

MinR. Dr. Päzold, Berlin.

\*

34. OG. — §§ 49, 80, 91, 92 Abs. 2, 93 SchuldReglG.; 4. DurchfVO. Art. 1, 3. Die Mündelsicherheitsgrenze und der Betriebswert eines entschuldeten Grundstückes sind nicht in das Grundbuch einzutragen.

Die rechtskräftige Bestätigung des Entschuldungsplanes hat nach § 91 SchuldReglG. die Entstehung eines Belastungsverbotes zur Folge, wonach das entschuldete Grundstück nur noch innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze und nur mit unkündbaren Tilgungshypothesen neu belastet werden darf. Dieses Belastungsverbot ist ein allgemein wirkendes gesetzliches Verfüungsverbot im Sinne des § 134 BGB. (Harmening-Paezold, „Landwirtschaftliche Schuldenregelung“ § 91 Anm. 9). Solche Verbote bedürfen zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich nicht der Eintragung in das Grundbuch und sind deshalb auch nicht einzutragen (RGJ. 50, 170). Nun bestimmt freilich § 80 SchuldReglG., daß die durchgeführte Entschuldung des

Grundstückes gleichwohl durch einen in Abt. II des Grundbuches einzutragenden Vermerk kenntlich zu machen ist, und zwar mit den ausdrücklich vorgeschriebenen Worten: „Das Grundstück unterliegt der Entschuldung.“ Damit wird der Grundsatz durchbrochen, daß allgemein wirkende gesetzliche Verfügungsverbote, die nicht zum Inhalte des Grundbuches gem. § 892 BGB. gehören und demgemäß durch den öffentlichen Glauben in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden können, aus dem Grundbuche fernzuhalten sind. § 80 SchuldReglG. enthält also eine Ausnahme. Damit ist zwar eine Anordnung der Vorschrift in einem über ihren Wortlaut hinausgehenden Sinne nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Eine solche ausdehnende Auslegung ist aber, zumal bei einem so klaren Gesetzeswortlaut wie im vorl. Falle, nur dann möglich, wenn sie innerhalb der für die Vorschrift maßgebend gewesenen Erwägungen des Gesetzgebers liegt und durch die Rücksicht auf den mit ihr verfolgten Zweck geboten ist. Der Grund für die Zulassung der Eintragung des Entschuldungsvermerks ist nun offenbar der, daß die Beschränkung wenigstens nachrichtlich aus dem Grundbuche hervorgehen soll, um nach Möglichkeit keinen Irrtum über die besondere rechtliche Eigenschaft des Grundstückes aufkommen zu lassen. Gegenüber dem insoweit zweifellos bestehenden Klärungsbedürfnis sind beachtliche Bedenken im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches kaum zu erheben. Durch die Eintragung des Vermerkes wird zwar der Eindruck erweckt, als ob er zum Inhalte des Grundbuches i. S. des § 892 BGB. gehörte; das ist aber unschädlich, weil sich an ihm auch in diesem Falle kein Pfandgläubiger Erwerb anschließen könnte. Anders würde es sich aber mit der Eintragung der Mündelsicherheitsgrenze verhalten. Diese Eintragung hat hinsichtlich der Belastungsbefugnis des Eigentümers nicht nur, wie die Eintragung des Entschuldungsvermerks selbst, einen verneinenden Inhalt, sondern auch einen bejahenden insofern, als sie die Befugnis des Eigentümers verlautbart, das Grundstück bis zu der bezeichneten Grenze zu belasten. Sie gibt daher zu der Annahme Anlaß, daß die Befugnis in dem angegebenen Umfang wirklich bestehen und daß man sich darauf gem. § 892 BGB. verlassen könne. Das letztere trifft aber nicht zu, da die durch die Entschuldung begründete gesetzliche Belastungsbefreiung, wie schon hervorgehoben worden ist, ganz unabhängig von ihrer Grundbucheintragung wirkt. Gegen die Eintragung der Mündelsicherheitsgrenze ist also ein grundsätzliches Bedenken zu erheben, das gegenüber der Eintragung des Entschuldungsvermerks nicht besteht. Schon hiernach läßt sich nicht feststellen, daß es im Sinne des Gesetzes liege, diese unter Durchbrechung eines allgemeinen Grundsatzes ausnahmsweise zugelassene Eintragung auf die Mündelsicherheitsgrenze zu erweitern. Es kommt hinzu, daß die für die Erweiterung der Eintragung etwa sprechenden Zweckmäßigkeitssätze nicht so gewichtig sind wie diejenigen, die zur Anordnung der Eintragung des Entschuldungsvermerks geführt haben. Es ist gewiß von großer Bedeutung, daß man bei Einsicht des Grundbuches durch den Vermerk alsbald auf die Eigenschaft des Grundstückes als eines entschuldeten hingewiesen wird. Weiß man aber einmal, daß es sich um ein solches Grundstück handelt, so hat man auch ohne weitere Grundbucheintragungen hinreichenden Anlaß, sich nach den Verhältnissen, welche für den Umfang der Belastungsbefreiung des Eigentümers erheblich sind, insbes. nach der Mündelsicherheitsgrenze, zu erkundigen. Nun macht es allerdings etwas größere Mühe, die Grenze aus dem bei den Grundakten befindlichen Entschuldungsplan festzustellen, als wenn sie unmittelbar aus dem Grundbuche zu ersehen wäre. Das mag auch für das BGB. selbst gelten. Es ist aber beim Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung zweifelhaft, ob solche Gründe genügen sollen, um eine Angabe in das Grundbuch aufzunehmen, die ihrer besonderen Art nach nicht in das Grundbuche gehört und die sogar, wie vorher ausgeführt worden ist, demjenigen, der sich auf sie verläßt, einen insoweit tatsächlich nicht bestehenden öffentlichen Glauben des Grundbuches vor täuschen könnte. Zu der in Frage stehenden ausdehnenden Auslegung des sich als eine Ausnahmevorschrift darstellenden § 80 SchuldReglG. sind die Umstände hiernach nicht angetan. Bei diesem Ergebnis kommt es nicht mehr darauf an, daß die Mündelsicherheitsgrenze sich durch nachträgliche Änderungen im

Werte des seinem Umfang nach gleichbleibenden Grundstückes allerdings nicht ändert (von Rozhici-v. Hoevel: Rdm. 1936, 842). Davon, daß die Mündelsicherheitsgrenze nicht in das Grundbuch einzutragen ist, geht auch schon der Beschuß des Senats (RfG. 14, 114 = Zw. 1936, 1859) aus.

Auch die sonstige Bedeutung der Mündelsicherheitsgrenze für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Grundstückes nötigt nicht zu der Annahme, daß sie in das Grundbuch eingetragen werden solle. Zwar ist nach § 92 Abs. 2 SchuldReglG. die Entstehung einer Eigentümergrundschuld und nach § 93 SchuldReglG. der Umfang der zugunsten der Rentenbankkreditanstalt bestehenden Sicherungshypothek von ihr abhängig. Über beide Rechte hat aber das Grundbuch bestimmungsgemäß keine Auskunft zu geben. Solange eine Hypothek, die dem Gläubiger nicht mehr zusteht, gleichwohl noch für ihn im Grundbuche eingetragen ist, läßt sich daraus ohnehin nicht ersehen, ob eine Eigentümergrundschuld entstanden ist. Hieran würde auch die Eintragung der Mündelsicherheitsgrenze nichts ändern. Soll die Hypothek aber, soweit sie innerhalb der Mündelsicherheitsgrenze von dem Eigentümer erworben worden ist, nunmehr auf diesen umgeschrieben werden, so braucht dazu die Mündelsicherheitsgrenze im Grundbuche nicht vermerkt zu sein. Es genügt vollständig, daß das BGB. ihren Betrag bei der Entsch. über den Umschreibungsantrag aus den Grundakten feststellt. Die Sicherungshypothek der Rentenbankkreditanstalt endlich wird in das Grundbuche überhaupt nicht eingetragen und braucht aus ihm auch nicht mittelbar ersichtlich zu sein. Ihr Umfang läßt sich, was wiederum durchaus genügt, mittels Heranziehung des Entschuldungsplanes feststellen, in welchem die Mündelsicherheitsgrenze und der Betriebswert des Grundstückes angegeben sind.

Was hiernach für die Mündelsicherheitsgrenze gilt, trifft in verstärktem Maße für den Betriebswert zu, der die Grundlage für die Berechnung der ersten, nämlich auf  $\frac{2}{3}$  des Wertes, bildet.

(RG. 1. ZivSen., Beschl. v. 8. April 1937, 1 Wx 57/37.)  
[P.]

### Zwangsersteigerungsgesetz

35. OLG. — §§ 17, 28 ZwVerfG. Steht ein Grundstück im Eigentum einer Gesamthandsgemeinschaft und ist der Anteil eines Gesamthändlers verpfändet oder gepfändet, bedarf es zur Anordnung der Zwangsersteigerung des Grundstücks eines Duldungstitels gegen den Pfandgläubiger. Ist das Pfandrecht im Grundbuche eingetragen, ist der Mangel des Duldungstitels von Amts wegen zu berücksichtigen.

... Zu der Frage, ob die im Grundbuche eingetragene Pfändung eines Erbanteils als ein entgegengestehendes Recht i. S. des § 28 ZwVerfG. anzusehen ist, ist bisher in der Rspr. noch nicht Stellung genommen worden. Die Frage ist zu bejahen.

Das BGB. hat das Verhältnis mehrerer Erben zueinander und zum Nachlaß als Berechtigung zur gesamten Hand ausgestaltet. Danach steht jedem Erben nicht ein Anteil an dem einzelnen Nachlaßgegenstand, sondern an der Gesamtheit des Nachlasses zu (§ 2033 BGB.). Über seinen Anteil kann jeder Erbe unbeschadet der Vorschrift des § 2042 BGB. frei und unabhängig verfügen und ihn somit auch einem Dritten verpfänden. Ein derartiges Pfandrecht erstreckt sich nicht unmittelbar auf die zur Erbmasse gehörigen einzelnen Gegenstände, sondern ergreift den Miterbenanteil als einen Inbegriff von Rechten und Pflichten (RG. 84, 396 = Zw. 1914, 765). Der Pfandgläubiger rückt hierdurch zwar nicht an die Stelle des verpfändenden Miterben in die Erbgemeinschaft ein, sondern erlangt neben diesem eine Rechtsstellung derart, daß die Aufhebung des verpfändeten Rechts (§ 1276 Abs. 1 BGB.) oder eine ihm nachteilige Abänderung (§ 1276 Abs. 2 BGB.) ohne seine Zustimmung nicht erfolgen kann. Die Anwendbarkeit des § 1276 BGB. auf das Pfandrecht an dem Erbanteil eines Miterben ist vom RG.

in RGZ. 84, 399 = JW. 1914, 765 bejaht worden und unterliegt keinem Bedenken.

Die Voraussetzungen des § 1276 BGB. liegen aber nicht nur vor, wenn hinsichtlich des Erbanteilsrechts als solchen, sondern auch wenn hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörigen Einzelgegenstandes eine den Pfandgläubiger beeinträchtigende Veränderung vorgenommen werden würde. Auch hierin liegt eine Beeinträchtigung des Pfandrechts an einem Erbteil, „denn es würde dadurch ein Gegenstand, der von dem verpfändeten Anteilsrecht ergriffen wird und ihm mit anderen Nachlaßgegenständen Inhalt und Wert gibt, dem Anteilsrecht entzogen werden oder in seiner Verwertbarkeit Einbuße erleiden“ (RGZ. 90, 276). Es genügt also im Fall einer Verpfändung eines Erbanteils zur Rechtsänderung i. S. des § 1276 Abs. 2 BGB., wenn bei einem Nachlaßgegenstand eine Rechtsänderung eintritt. Es bedarf daher auch zu einer Verfügung des verpfändenden Miterben in Gemeinschaft mit den anderen Miterben über einen einzelnen Nachlaßgegenstand, wodurch das Pfandrecht am Erbteil mittelbar beeinträchtigt wird, der Zustimmung des Pfandgläubigers.

Soweit Grundstücke zum Nachlaß gehören, ist die Eintragung des Pfandrechts am Nachlaßanteil im Grundbuch allgemein für zulässig erklärt worden .... (wird ausgeführt).

Diese Verfügungsbeschränkung, die gemäß §§ 136, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. den lastenfreien Erwerb des Grundstücks zum Nachteil des Pfandgläubigers ausschließt, hat keine absolute, sondern nur relative Wirkung, insofern als nur eine Verfügung verboten ist, die sich zum Nachteil des Pfandgläubigers am Erbanteil auswirkt (JFG. 4, 299). Es mag dahingestellt bleiben, ob eine Benachteiligung — wie RGZ. 87, 321 = JW. 1916, 268 ausführt — nicht vorliegt, wenn über den verpfändeten Erbanteil an sich, z. B. durch seine Versteigerung auf Grund eines später erwirkten Pfändungs-pfandrechts gemäß § 857 Abs. 5 BGB., verfügt wird, da — wie das RG. ausführt — dann nach den entsprechend anwendbaren §§ 1242, 1247 BGB. (vgl. RGZ. 60, 72; 61, 332, 333) an Stelle des Pfandrechts am Erbteil das Pfandrecht am Erlös als Sicherungs- und Befriedigungsmittel tritt. Denn ein solches Pfandrecht am Erlös greift dann nicht Platz, wenn nicht über den verpfändeten Erbanteil an sich, sondern über einen einzelnen Nachlaßgegenstand, z. B. ein Nachlaßgrundstück, verfügt wird. Da — wie schon oben ausgeführt — das Pfandrecht am Erbteil sich nicht auf die einzelnen Nachlaßgegenstände erstreckt, besteht bei einer Versteigerung des Grundstücks für den Pfandgläubiger keine Möglichkeit, sich aus dem Erlös bevorzugt zu befriedigen. Die in Abteilung II des Grundbuchs auf Grund des Pfandrechts an Erbanteil eingetragene Verfügungsbeschränkung ist im Zwangsversteigerungsverfahren weder bei der Festsetzung des geringsten Gebots zu berücksichtigen noch entsprechend einem das Grundstück belastenden dinglichen Recht zu behandeln. Die Verfügung über ein zu einem verpfändeten Erbanteil gehöriges Grundstück durch Zwangsversteigerung muß also notwendig die Rechtsstellung des Gläubigers verschlechtern und bedarf daher dessen Zustimmung bzw. der Vorlage eines rechtskräftigen Titels, wonach dieser zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verpflichtet ist. Soweit es sich um ein Pfändungspfandrecht am Erbteil handelt, ist übrigens dessen Wirkung als Veräußerungsverbot i. S. der §§ 135, 136 BGB. in ständiger Rspr. anerkannt. Die gleiche Wirkung kommt auch dem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht zu, das dem Pfändungspfandrecht in der Wirkung gleichsteht. Bezuglich der Veräußerungsverbote nach den §§ 135, 136 BGB. herrscht aber in Schriftum und Rspr. Einheitlichkeit darüber, daß diese als ein die Zwangsversteigerung hinderndes Recht i. S. des § 28 ZwVerfG. zu gelten haben.

Seine abweichende Ansicht stützt das OG. zu Unrecht auf die Entsch. des RG. in RGZ. 87, 321 ff. = JW. 1916, 268, deren Tatbestand hier nicht vorliegt (wird ausgeführt).

(OG. Frankfurt a. M., 4. ZivSen., Beschl. v. 20. Nov. 1936, 4 W 165/36.)

\*\* 36. RG. — § 73 ZwVerfG. Der Versteigerungsrichter muß während der ganzen Dauer des Versteigerungstermins, für den ganzen Zeitraum der Frist des § 73 Abs. 1 ZwVerfG., zur Entgegennahme von Geboten bereit sein. Das ist nur dann der Fall, wenn und solange der Richter an der Terminstelle, d. h. in dem Raum, in dem die Versteigerung stattfindet, zugegen ist. Jedes Weggehen des Richters aus diesem Raum bewirkt eine Unterbrechung des Termins. †)

Vor dem AG. in Sch. gelangte ein im Grundbuch von Schwerin eingetragenes Grundstück zur Zwangsversteigerung. In dem Versteigerungstermin forderte das Gericht um 9 Uhr 20 Min. zur Abgabe von Geboten auf. Es wurden zunächst zwei Gebote abgegeben. Als sodann trotz Aufforderung keine Gebote mehr erfolgten, verkündete der Richter laut Versteigerungsniederschrift: „Ich begebe mich jetzt in mein Dienstzimmer Nr. 9, wo ich jederzeit zur Entgegennahme weiterer Gebote zu erreichen bin. Um 10 Uhr 15 Min. wird der Termin in diesem Zimmer wieder fortgesetzt.“ Die Niederschrift fährt sodann fort: „Nach Fortsetzung des Termins um 10 Uhr 15 Min. boten weiter: (es folgt die Auffstellung).“ Um 10 Uhr 25 Min. wurde der Schluss der Versteigerung verkündet. Durch Beschluss des AG. wurde dem Kl. das Grundstück zugeschlagen. Auf sofortige Beschwerde wurde der Zuschlagsbeschluß des AG. wegen Nichtbeachtung der einstündigen Frist aus § 73 ZwVerfG. aufgehoben.

In dem daraufhin angesezten zweiten Versteigerungstermin blieb X. Meistbietender und erhielt den Zuschlag.

Mit der Begründung, der dienstuende Richter habe in dem ersten Versteigerungstermin das Terminzimmer nicht verlassen dürfen, als keine weiteren Gebote abgegeben wurden, er habe durch Nichtbeachtung der einstündigen Frist aus § 73 ZwVerfG. seine Amtspflicht verlegt, verlangt der Kl. von dem Bkl. (Justizfiskus) Ersatz seines Schadens.

Der Kl. ist in beiden Vorinstanzen unterlegen. Das RG. hob auf und verwies an das BG. zurück.

Dass dem Versteigerungsrichter im Zwangsversteigerungsverfahren über Grundstücke auch gegenüber dem Meistbietenden eine Amtspflicht zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften obliegt, ist in der Rspr. des RG. anerkannt (RGZ. 129, 23 = JW. 1930, 2433<sup>4</sup>; RG.: JW. 1934, 2842<sup>2</sup>).

In der Entsch. v. 13. Dez. 1933, V 302/33 (RGZ. 142, 383 ff. = JW. 1934, 558<sup>10</sup> m. Ann.) hat das RG. ausgeführt, es gehöre zum Wesen der vom Richter wahrzunehmenden Versteigerung, daß er während der ganzen Dauer des Termins zur Entgegennahme von Geboten bereit sei. Das sei aber nur dann der Fall, wenn und solange der Richter an der Terminstelle, d. h. in dem Raum, in dem die Versteigerung stattfinde, zugegen sei. Jedes Weggehen des Richters aus diesem Raum bewirkt eine Unterbrechung des Termins, deren Zeitdauer nicht in die Dauer der Versteigerung eingerechnet werden dürfe. Dabei könne es für diese Wirkung keinen Unterschied machen, ob das Fernsein lang oder kurz dauere, ob der Richter schnell wieder herbeigerufen werden könne oder nicht. Die Bedeutung, die das Gesetz einer einstündigen Dauer der Versteigerung beilege, verbiete eine milde Auffassung. An dieser Rspr. ist festzuhalten, da sie allein dem Zweck des Gesetzes entspricht, während eine laxe Handhabung der Vorschrift des § 73 ZwVerfG. notwendig zur Rechtsunsicherheit führen müsse.

Das OG. hat im gegebenen Falle eine Unterbrechung der Versteigerung verneint mit der Begründung, der Richter habe den Termin für die Zwecke der Abgabe weiterer Gebote vorübergehend in einen anderen Geschäftsräum des AG. verlegt.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Versteigerungsniederschrift ist als Urkunde über die Vorgänge in dem Versteigerungstermin der selbständigen Auslegung durch das RG. zugänglich. Hätte der Richter den Termin vorübergehend in einen anderen Raum verlegen wollen, so hätte dies zur Folge gehabt, daß auch die sämtlichen Anwesenden sich dorthin hätten begeben können. Das hat aber der Richter offenbar nicht beabsichtigt. Es fehlt auch in der

Versteigerungsniederschrift ein Vermerk darüber, daß der Urkundsbeamte dem Richter in sein Dienstzimmer gefolgt ist. Dafür, daß der Termin vorübergehend ohne den sonst zugezogenen Urkundsbeamten hätte abgehalten werden sollen (§ 163 Abs. 3 BPO.), ist ein genügender Anhaltspunkt nicht gegeben. Der Sinn der Anordnung des Versteigerungsrichters kann daher nur dahin verstanden werden, daß dieser, falls vor 10 Uhr 15 Min. die Abgabe weiterer Gebote angekündigt werden sollte, jederzeit zur alsbaldigen Entgegennahme dieser Gebote aus seinem Dienstzimmer in den Terminsraum zurückgerufen werden könne. Hierin hat der Versteigerungsrichter trotz des Wortlautes der Versteigerungsniederschrift, daß um 10 Uhr 15 Min. die Verhandlung in dem Terminszimmer „fortgesetzt“ werde, keine Unterbrechung der Versteigerungsverhandlung erblickt. Denn er hat die Dauer seines Aufenthalts in seinem Dienstzimmer nicht in der Sitzungsniederschrift festgelegt, während er eine sonstige Unterbrechung von 3 Minuten ausdrücklich erwähnt hat, noch hat er die um 9 Uhr 20 Min. in Lauf gesetzte Bietungsfrist um die Dauer seines Aufenthaltes in seinem Dienstzimmer verlängert. Er ist vielmehr davon ausgegangen, daß er infolge der von ihm für die Möglichkeit seiner jederzeitigen Rückkehr getroffenen Anordnung als für den ganzen Zeitraum der Frist des § 73 Abs. 1 ZwVerstG. im Termin anwesend geblieben anzusehen sei. Diese Auffassung widerspricht aber der Bedeutung der vorgedachten Vorschrift, wie sie in der oben erwähnten Rsp. des RG. festgestellt worden ist. Demgemäß hat das LG. auf die sofortige Beschwerde eines Beteiligten mit zutreffender Begründung gemäß § 83 Nr. 7 ZwVerstG. den Zuschlag veragt. Eine weitere sofortige Beschwerde des Kl. wäre erfolglos gewesen, so daß die Berufung des Kl. auf die Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB. nicht durchgreift.

Da hiernach der Versteigerungsrichter nicht gesetzmäßig verfahren ist, bleibt zu prüfen, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt. In dieser Beziehung wird es bei der Stellung, die von den führenden „Erläuterungsbüchern“ zu der Auslegung des § 73 Abs. 1 ZwVerstG. bisher eingenommen worden war, wesentlich darauf ankommen, ob dem Versteigerungsrichter am 21. März 1934 die Entsch. des RG. v. 13. Dez. 1933 (RGZ. 142, 383 = FB. 1934, 558<sup>10</sup> m. Anm. Beyer) bekannt war, verneinenfalls, ob ihm die Nichtkenntnis als Fahrlässigkeit anzurechnen ist. Da das BG. in dieser Hinsicht keine Feststellungen getroffen hat, so bedarf die Sache einer erneuten Erörterung in der Tatsacheninstanz.

(RG. V. ZivSen., II. v. 12. Mai 1937, V 289/36.) [v. B.]  
(= RGZ. 154, 397.)

**Anmerkung:** Einer überreichten Erledigung des Verfahrens tritt § 73 ZwVerstG. durch die Vorschrift entgegen, daß die Versteigerung sich mindestens über eine Stunde hinziehen und jedenfalls so lange fortgesetzt werden muß, bis der Aufforderung des Gerichts ungeachtet ein Gebot nicht mehr abgegeben wird (vgl. § 71 des preuß. Ges.).

Die vorliegende Entsch. gibt Veranlassung, einmal einen kurzen Rückblick auf das Zustandekommen dieser Gesetzesbestimmung zu werfen, das für seine Auslegung in der Rechtsanwendung nicht ohne Bedeutung ist.

Die Bestimmung des § 73 Abs. 1 S. 1 wurde aus der Mitte der Kommission unter Hinweis darauf bekämpft, daß sie eine unnötige Zeitverschwendug zur Folge haben und auch die Rechtsicherheit gefährden könne, wenn wegen Verlezung der Vorschrift der Zuschlag als ungültig angefochten werde. Es wurde daher von einer Seite beantragt, das Wort „muß“ durch „soll“ zu ersetzen. Der Antrag, welcher in zweiter Lesung wiederholt wurde, wurde jedoch beide Male abgelehnt. Von anderer Seite wurde beantragt, den zweiten Satz des Abs. 1 des § 73 voranzustellen und ihm statt des bisherigen ersten Sätze hinzuzufügen: „Auf Antrag eines Beteiligten oder eines Bieters muß zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Schlusse der Versteigerung mindestens eine Stunde liegen. Die Anwesenden sollen auf die Berechtigung zur Stellung dieses Antrags aufmer-

sam gemacht werden.“ Auch dieser Antrag wurde abgelehnt. In zweiter Lesung wurde ein Antrag, die im § 73 Abs. 1 bestimmte Frist auf eine halbe Stunde herabzusetzen, gleichfalls abgelehnt. Dagegen gelangte zur Annahme folgender Antrag: im ersten Absatz des § 73 nach den Worten „dem Schlusse der Versteigerung“ einzufüllen: „in Betreff sämtlicher in einem Termin zu versteigernder Grundstücke“. Der Antrag bezweckte, daß in der Deutschrif unter der Rubrik: „Dauer und Schlus der Versteigerung“ Gesagte ausdrücklich im Gesetze hervorzuheben. Auf Vorschlag der Redaktionskommission erhielt hierauf der erste Satz des § 73 Abs. 1 folgende Fassung: „Zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Zeitpunkte, in welchem bzgl. sämtlicher zu versteigernder Grundstücke die Versteigerung geschlossen wird, muß mindestens eine Stunde liegen.“ Von einer noch andern Seite war in erster Lesung beantragt worden, den ersten Satz des § 73 ganz zu streichen mit folgender Begründung: die Vorschrift eigne sich nicht für Gegenden mit Kleinstadt, in welchen häufig in demselben Termin eine größere Anzahl von Grundstücken einzeln versteigert würden. Insbesondere sei es am Rhein unter der Herrschaft der rheinischen Gesetzgebung üblich gewesen, in solchen Fällen die Versteigerung eines jeden einzelnen Grundstücks gesondert von derjenigen der anderen vorzunehmen und zum Abschluß zu bringen. Es liege im Interesse der Sache, der Fortdauer dieser Rechtslage keine Schwierigkeiten in den Weg zu legen.“

Der Antrag wurde abgelehnt. In der zweiten Lesung führte der Antragsteller in bezug auf diese Frage weiter aus, daß es auch unter der Herrschaft des § 73 S. 1 nicht unzulässig sein werde, falls mehrere in demselben Verfahren zu versteigernde Grundstücke einzeln ausgeboten würden, die Versteigerung so vorzunehmen, daß zunächst die Gebote auf ein bestimmtes Grundstück, dann auf ein zweites usw. abgegeben würden. Nur müßten auch noch nachträglich Gebote auf jedes einzelne Grundstück angenommen werden, solange die Versteigerung nicht geschlossen sei. Der Schlus darf nicht stattfinden, solange nicht eine Stunde seit der ersten Aufforderung verflossen sei; die einstündige Frist laufe bezüglich sämtlicher Grundstücke, auch derjenigen, für welche Gebote nicht sogleich bei Beginn der Versteigerung entgegengenommen seien. Nach Ablauf dieser Stunde sei es nicht unzulässig, hinsichtlich eines Grundstücks die Versteigerung zu schließen, hinsichtlich eines andern sie noch fortzusetzen. Gegen diese Ausführungen erhob sich kein Widerspruch. Schließlich war die Kommission entgegen einer in der Zeitschrift für das rheinische Notariat ausgesprochenen Ansicht der Meinung, daß der Entwurf die gesonderte Durchführung der Einzelausgebote und des Gesamtausgebots zulasse, so daß nicht während der Einzelausgabe das Gesamtausgebot und mit hin auch nicht nach jedem neuen Einzelausgebot ein Gesamtangebot verlangt werden könne.

Die Prozeßleitung ist richterliche, nicht Verwaltungstätigkeit. Sie erfolgt nach richterlichem Ermessen, ihre Ausübung ist Amtspflicht. Die Ausübung im Einzelfall unterliegt regelmäßig der Nachprüfung durch die höhere Instanz, so daß ihre Nachprüfung bei Beschwerde an sich unbeschränkt ist (vgl. Jonas vor § 128 II 3; Baumgärtner vor § 128 Anm. 2 C). Besondere Vorschriften darüber, in welcher Form die gerichtlichen Beschlüsse zu ergehen haben, enthält weder die BPO. noch das ZwVerstG. Es genügt daher jede Erklärung, die den Willen, eine bestimmte Entsch. zu treffen, unzweideutig ergibt.

Die Innehaltung der Stunde ist wesentlich; die Verlezung des § 73 führt zur Versagung des Zuschlags (§ 83 Nr. 7), und zwar ist der Mangel nicht heilbar (§ 84; 100 III). Es handelt sich dabei um eine Gesetzesverlezung, bei der es ungewiß ist, wieweit sich ihre Wirkungen erstrecken, und bei der sich der Umfang der Beeinträchtigung, welche vermöge der Gesetzesverlezung den Rechten Beteiligter droht, nicht mit Sicherheit übersehen läßt. Beides trifft wohl zu, wenn die Versteigerung nicht die Mindestdauer gehabt hat. Ein solcher Verstoß ist geeignet, den Kreis der Bieter einzuschränken und dadurch auf die Höhe des Meistgebots nach-

teilig einzuwirken. Eben deshalb liegt selbst dann, wenn das erzielte Meistgebot sämtliche Rechte deckt, eine Beeinträchtigung rechtlicher Interessen, wenigstens insofern vor, als die Abgabe eines höheren Gebots der nach Befriedigung der Befreigten übrigbleibende Rest des Versteigerungserlöses dem bisherigen Eigentümer des Grundstücks zufallen würde. Es kann kein Zweifel bestehen, daß §§ 73, 83<sup>6</sup> ZwVerstG. nur die Interessen der Zwangsversteigerungsbeteiligten (§ 9) schützen will.

Der Zeitraum zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Schluß der Versteigerung muß volle 60 Minuten betragen (SeuffArch. 8, 221). Der Termin darf also nicht vorher aufgehoben oder zeitweise einem nichtrichterlichen Beamten die Weiterführung der Verhandlung übertragen werden, die Sache muß nur während der vorgeschriebenen Zeit zur jederzeitigen ordnungsmäßigen Weiterverhandlung anhängig bleiben. Mehr besagt auch der Wortlaut des § 73 gar nicht, mit dem ja nicht vorgeschrieben wird, daß dauernd eine Verhandlung stattfinden muß, sondern die nur eine bestimmte Mindestfrist für die Fortsetzung der Versteigerung vorsieht und ein Verbot für einen danach verstrichenen Versteigerungsschluß ausspricht. Falls mehrere Grundstücke in demselben Verfahren zu versteigern sind, braucht der Zeitraum von einer Stunde nicht für die Versteigerung jedes einzelnen Grundstücks eingehalten zu werden, es genügt, wenn für die Versteigerung überhaupt der Zeitraum von einer Stunde verstrichen ist (vgl. Denkschrift). Man erkennt daraus, daß eine wortwörtliche und rein formalistische Auffassung dem Zweck und Sinn dieser Gesetzesbestimmung niemals gerecht werden kann. Das Versteigerungsgeschäft füllt häufig nicht nur nicht die Zeit einer Stunde aus, sondern wenn, wie üblich, Gebote nur bei Beginn oder gegen Schluß der Versteigerung abgegeben werden, steht den Beamten sogar reichlich freie Zeit zur Erledigung anderer Dienstgeschäfte zur Verfügung. Ob sie die entstehende Pause dazu benutzen wollen, liegt in ihrem Ermessen. Wenn aber das Versteigerungsgeschäft die Zeit nicht ausfüllt, ist die Einschiebung einer anderen Versteigerung nach herrschender Meinung nicht unzulässig, sofern sich das B. G. zur Entgegnahme weiterer Gebote bereit hält (ZwFG. 11, 166; DRZ. 1931 Nr. 668 = HöchstRspr. 1931 Nr. 1374 = Zw. 1931, 277 u. dazu Armstroß; Fraeb: Handausg. § 73 II 2; Reinhard-Müller, Handausg. 8. Aufl., § 73 Anm. 1; Zw. 1935, 878 und 1198). Man hat sich so daran gewöhnt, es ziemlich allgemein für unschädlich zu halten, wenn sich der Richter vorübergehend aus dem Versteigerungsraum entfernt, falls er nur Vorsorge trifft, daß er sofort wieder zur Stelle sein kann. Entfernen sich jedoch Richter und Urkundsbeamter während der Frist, ohne die Bereitschaft kundzutun, im Dienstzimmer weitere Gebote entgegenzunehmen, so ist der Zeitraum unterbrochen (HessRspr. 1933, 65). Auch durch Einschiebung anderer Dienstgeschäfte in die Versteigerungsstunde dürfen selbstverständlich Bietungslustige nicht an der Abgabe von Geboten abgehalten werden (HöchstRspr. 1931 Nr. 134 = DRZ. 1931 Nr. 668 = Zw. 1931, 2177 und dazu Armstroß); Kreßschmar (ZwVerstG. S. 135) vertrat aber die Ansicht, daß am allerwenigsten das gleichzeitige Abhalten von Versteigerungsterminen in verschiedenen Zwangsversteigerungsverfahren seitens desselben Richters zulässig sei. Von diesem strengen Standpunkt aus hat sich mit der Zeit allmählich eine strengere Auffassung namentlich unter Führung des R. G. zur Geltung gebracht.

Jede Entfernung des Richters aus dem Versteigerungsraum soll nach Ansicht des R. G. die Stundenfrist unterbrechen, die Unterbrechung muß protokolliert werden (R. G. 142, 383 = Zw. 1934, 558 und dazu Beyer: DRZ. 1934, 301 und dazu Wenz: DRZ. 1934, Bay. Bei. 51). Beyer meint, die Erläuterungsbücher (Faedel-Güthe, Reinhard-Müller und Brand-Bauer) hielten fälschlicherweise eine kurze Entfernung des Richters für unschädlich, ohne für ihre Meinung irgendwelche Unterlagen zu haben, sondern indem sie anscheinend dem Gefühl nach die Frage entschieden.

Eine Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß war u. a.

folgendermaßen begründet worden: „Der erteilte Zuschlag dürfte überhaupt jeder Rechtskraft entbehren, rechtsungültig, rechtsunwirksam sein, da er nicht durch den Richter, sondern durch den Justizobersekretär R. erteilt und verkündet worden sei. Der Richter habe wie völlig unbeteiligt daneben gesessen. Die ganze Verhandlung sei überhaupt nicht durch den Richter, sondern durch den JustizO Sekr. R. geführt worden. Sämtliche Erklärungen, die Ablehnung von Anträgen, die Aufforderung zur Abgabe von Geboten, die Verkündung des Meistgebotes, die Schließung des Termins, die Erteilung des Zuschlags, überhaupt alles, was amtlich gesprochen, entschieden und verkündet worden ist, sei durch den JustizO Sekr. geschehen.“ Durch Beschl. v. 19. Okt. 1931, 2 T 463/31, wies das LG. Düsseldorf-Hamborn die Beschwerde zurück. In der Begründung hieß es u. a.: „Mit diesem Vorbringen kann der Beschw. F. allenfalls, wenn er sich Erfolg davon verspricht, Klage auf Feststellung der Richtigkeit des Zuschlagsbeschlusses erheben (vgl. Baumback, „ZPO.“ 1931, 2 zu § 579 und 3 B vor § 300 ZPO.), nicht aber mit Erfolg Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß.“ Das OLG. Düsseldorf verwarf die weitere Beschwerde als unzulässig gem. § 568 Abs. 2 ZPO.

Wird die Verhandlung tatsächlich in der Weise sachlich und persönlich eingeschränkt, daß nur mit dem Urkundsbeamten und nicht mit dem Richter verhandelt werden kann, daß nur der Urkundsbeamte und nicht der Richter seinerseits verhandelt, so liegt ein Verstoß gegen §§ 136 ff. ZPO. vor, indem dann der Zuschlag verkündet wird, ohne daß die Beteiligten in sachlich und persönlich gebotenen Umfang rechtes Gehör gefunden haben. Ein solcher Verstoß ist grundsätzlich als i. S. des § 295 Abs. 2 ZPO. unheilbar zu erachten (Zw. 1903, 150<sup>3</sup> und R. G. 93, 152 ff.), fällt unter § 83 Ziff. 6 ZwVerstG. und ist von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. Fraeb, Handausg. § 100 IV 2). § 100 verweist insbes. auch auf § 83 ZwVerstG. Nach § 83 Ziff. 6 ist aber der Zuschlag zu versagen, wenn die Zwangsversteigerung oder die Fortsetzung des Verfahrens aus einem sonstigen Grunde unzulässig ist. Gemeint sind die allgemeinen Voraussetzungen des Verfahrens, von denen die Zulässigkeit einer Anordnung, Fortsetzung und Durchführung nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO. und den besonderen Vorschriften des ZwVerstG. abhängig ist. Nach § 329 Abs. 2 ZPO. finden die Vorschriften des § 309 auf die Beschlüsse des Gerichts Anwendung. Nach § 309 kann aber die Entsch. nur von demjenigen Richter gefällt werden, welcher der der Entsch. (Zuschlag) zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt hat. Nach § 35 ZwVerstG. wird die Versteigerung durch das Vollstreckungsgericht ausgeführt. Das Vollstreckungsgericht ist aber das AG. allein. Der Urkundsbeamte gehört nicht zum erkennenden Gericht und ebenso wenig ein etwa neben diesem zugezogener Rechnungsverständiger. Das geht schon aus § 163 Abs. 3 ZPO. hervor, wonach von der Zuziehung eines Protokollführers überhaupt abgesehen werden kann. Auf Grund des § 13 EinfG. z. ZwVerstG. hat Preußen das Ges. v. 15. Dez. 1923 (G. S. 552) erlassen. Dadurch ist die Möglichkeit geschaffen worden, Urkundsbeamte der Geschäftsstelle zu Versteigerungsbeamten zu bestellen, deren Entsch. gem. § 13 Abs. 2 EinfG. z. ZwVerstG. anfechtbar sind. Es handelt sich aber dabei nur um die ausführende (fachleitende) Tätigkeit des B. G.; die entscheidende Tätigkeit kann in keinem Falle übertragen werden.

Welcher Richter ist nun der sorgfältigere, der da bleibt und sich um nichts kümmert, oder der, der sich im Einverständnis der Beteiligten entfernt, sich aber um alles Erforderliche, insbesondere sein jederzeitiges Wiedererscheinen kümmert?

Eine schlichte praktische Erwägung muß dazu führen, daß nicht so sehr die unausgefegte körperliche Anwesenheit des Richters als vielmehr seine jederzeitig tatsächlich mögliche geistige Bereitschaft verfahrensrechtlich gewährleistet sein muß. Der herrschenden Meinung und der bisher allgemein üblichen Handhabung lag schon eine gesetzliche Rechtsauffassung zugrunde. Jedem Mißbrauch muß selbstverständlich scharf entgegentreten werden, nicht anders wie jeder unrichterlichen

Berantwortungslosigkeit in Überlassung eigener Geschäfte an untergeordnete Dienststellen. Damit ist der Zwangsvorsteigerungsgemeinschaft, zu denen sämtliche Beteiligte i. S. des § 9 ZwVorsteG., nicht aber auch der Ersteher als solcher oder gar die Bieter gehören, am besten geholfen. Demgegenüber kann es nicht besonders überzeugend wirken, wenn das RG. im rein individualistischen Interesse eines an der Zwangsvorsteigerungsgemeinschaft gänzlich unbeteiligten Bieters eine solche übertriebene Formenstreng für unbedingt erforderlich erklärt. Mag der Meistbietende immerhin schon zu Recht nach der rechtsgerichtlichen Rspr. zu dem Kreis von Personen gezählt werden, denen gegenüber eine Amtspflicht besteht (RG. 72, 329 = Zw. 1910, 157; RG. 78, 242 = Zw. 1912, 349; RG. 127, 153 = Zw. 1930, 1382), so ist doch in keinem Falle einzusehen, inwiefern durch das übliche Aussetzungsverfahren, dessen jederzeitige Beseitigungsmöglichkeit auch dem Meistbietenden bekanntgegeben worden ist, gegen das er ebenso wenig wie die Beteiligten Widerspruch erhoben hat und dessen vorzeitige Rückgängigmachung er nicht herbeigeführt hat, seine Rechte und Interessen durch diese in seinem stillschweigenden Einverständnis erfolgte richterliche Amtshandlung tatsächlich beeinträchtigt werden können. Seine Mitwirkung zur Erreichung des durch die Vorsteigerung angestrebten Ziels kann doch auf diese Weise nicht verklummt werden, der Bieter kann ja jederzeit die Rückkunft des Richters herbeiführen; in den verfahrensrechtlich gesicherten Rechtskreis des Meistbietenden kann doch durch das geübte Verfahren überhaupt nicht unzulässig eingegriffen werden. Der Bieter, der noch nicht festgestellter Meistbietender geblieben ist, steht nur in sehr lockerer Beziehung zum Verfahren, aus dem er durch ein Übergebot eines anderen Bieters jederzeit ausgeschaltet werden kann. Mit guten Gründen und praktischem Blick hat daher Arnsdorf die rechtsgerichtliche Ausdehnung der Haftung des Zwangsvorsteigerungsrichters als unhaltbar bezeichnet (DfZ. 1930, 1582). Der Zwangsvorsteigerungsrichter hat anerkanntmaßen ein äußerst schwieriges, verantwortungsvolles Amt, dessen sorgfältige und zweckmäßige Erfüllung für alle Beteiligten der Zwangsvorsteigerungsgemeinschaft von höchster Bedeutung ist. Hierfür hat er alle seine Kräfte zur Verfügung zu stellen. Da er es mit geschäftsfähigen Menschen zu tun hat, darf er sich auf deren Vernunft und Willensselbstständigkeit verlassen, ohne sich noch außerdem als wirtschaftlicher Vormund aller der ihn amtlich in Anspruch nehmenden Personen fühlen zu müssen (vgl. Fraeb: Zw. 1935, 2955 ff.). Wo sollte der Zwangsvorsteigerungsrichter hinkommen, wenn er sich immer von der Geschäftsgewandtheit und Einsicht auch der Bietungslustigen überzeugen, ihren wirklichen Willen erforschen, auch durch zweckentsprechende Rechtsbelehrung auf dessen einwandfreie Feststellung hinwirken und das selbst dann tun müsste, wenn die betreffenden Personen geschäftsgewandt sind, was man bei einem „Steuerinspektor“, wie im vorliegenden Falle, wohl unbedenklich annehmen darf.

Die Entsch. verkennt die Bedürfnisse der Praxis, indem sie Einzelinteressen ein zu großes Gewicht beilegt.

RG. Dr. Fraeb, Hanau.

### Zivilprozeßordnung

37. DfG. — §§ 803, 829 ZPO. Wird eine Forderung „in Höhe“ eines bestimmten Betrages zuzüglich Zinsen und Kosten gepfändet, so ist entgegen dem Wortlaut des Beschlusses die ganze Forderung als gepfändet anzusehen. †)

Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß v. 19. Okt. 1931 erwarb die Kl. ein Pfandrecht an der ganzen Forderung der Schuldner Kl. gegen die Drittshuldner. Allerdings ergriff die Pfändung der Forderung der Chèleute Kl. deren Ansprüche nach dem Wortlaut des Pfändungsbeschlusses v. 10. Okt. 1931 nur „auf Höhe der Ansprüche der Kl.“. Nach überwiegender Ansicht in Literatur und Rspr. ergreift eine solche Pfändung stets nur den genau bezeichneten Teil der Forderung und

läßt den überschreitenden Betrag unberührt. Die Besonderheit dieses Falles liegt aber darin, daß die Ansprüche der Kl. nicht nur aus dem ziffermäßig genannten Kapitalbetrag (und der Kosten) bestehen, sondern daß zu der Kapitalsforderung ein Zinsbetrag hinzutritt, der ständigen Veränderungen unterworfen ist.

Es fragt sich, ob in solchem Falle der Pfändungsbeschluß trotz seines Wortlauts dahin auszulegen ist, daß wegen der Kapitalsforderung nebst Zinsen (und Kosten) die ganze Forderung der Schuldner als gepfändet zu erachten ist. Der Sen. hat diese Frage mit der Kl. bejaht. Das DfG. Bamberg hat in Seuff-Arch. 72 Nr. 150 bereits die gleiche Ansicht, wenn auch für einen anderen Fall ausgesprochen, und das RG. hat in seiner Entsch. v. 26. März 1930 (Zw. 1931, 2576 f.) die gleiche Frage — allerdings nur für den Fall der Pfändung einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung — bejaht.

Die Fassung des Pfändungsbeschlusses widerspricht dieser Auslegung nicht. Wenn es darin heißt, daß die Pfändung der Forderung der Schuldner „auf Höhe der Forderung der Kl. von 650 RM nebst 8% Zinsen seit dem 1. Febr. 1930 (und Kosten)“ erfolgt sei, so erhebt daraus, daß die Höhe des gepfändeten Teils der Forderung unbestimmt ist und bis zur Befriedigung der Kl. ständig anwächst — und schließlich eines Tages auch den ganzen Betrag der gepfändeten Forderung erreichen kann. Demgemäß kann der Drittshuldner in solchem Falle, wenn er nicht gleichzeitig die Pfändungsgläubigerin auf den ihr zustehenden Betrag befriedigt, niemals den pfändungsfreien Teil der Forderung tilgen, ohne das Pfandrecht der Kl. zu gefährden. Denn solange nicht die Forderung der Kl. nebst den bis zum Zahlungsbetrag fälligen Zinsen getilgt ist, ist das Pfandrecht der Kl. an dem Überrest nicht erloschen. Eine Ausnahme könnte nur für den Fall gelten, daß die Höhe des Zinszahles bei der Forderung der Gläubigerin genau die gleiche ist wie bei der gepfändeten Forderung des Schuldners, da in einem solchen Falle die Zinsen des gepfändeten Teilbetrages zur Deckung der Zinsen des Anspruchs der Gläubigerin voll ausreichen. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor.

Nach der hier vertretenen Meinung ist die Auslegung des Pfändungsbeschlusses dann die, daß die ganze Forderung als gepfändet zu gelten hat und nur die Einziehungsbefugnis der Gläubigerin auf den jeweiligen Betrag der Forderung nebst Zinsen beschränkt ist. Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, so bliebe für die Fälle, daß die Forderung der Gläubigerin aus Kapital und Zinsbetrag besteht, als Ausgang nur die Lösung, die Pfändung nur hinsichtlich des (festbestimmten) Kapitalbetrages für wirksam zu erklären, hingegen die Pfändung hinsichtlich des Zinsanspruchs wegen dessen Unbestimmtheit als wirkungslos zu erachten. Dieser Ausweg ist aus den vom RG. in der oben angeführten Entsch. genannten Gründen, die auch für diesen Fall in der gleichen Weise zutreffen, abzulehnen. Es würde dem Schutzbedürfnis der Gläubigerin nicht gerecht. Die h. A., daß nur ein Teilbetrag der Forderung auch in solchen Fällen wie hier (d. h. für die Hauptforderung nebst Zinsen) gepfändet sei, stützt auch insofern auf Schwierigkeiten, als sich alsdann nur eine Teilung in die zur Zeit des Erlasses des Pfändungsbeschlusses gepfändeten und nicht gepfändeten Teile rechtfertigen ließe, mit anderen Worten, daß der von der Pfändung ergriffene Teil nur der Kapitalbetrag mit der alsdann bereits fälligen Zinsforderung wäre, nicht aber mit den in Zukunft erst fällig werdenden Zinsbeträgen, deren Höhe vom Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers abhängt. Diese Lösung würde dem Wortlaut des Pfändungsbeschlusses, daß wegen aller in Zukunft noch entstehenden Zinsforderungen gepfändet ist, hier wiederum nicht gerecht.

Der hier vertretenen Ansicht steht auch die Vorschrift des § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO, das Verbot der Überpfändung, nicht entgegen. Auch nach der h. M. ist anerkannt, daß wegen eines geringeren Anspruchs die Pfändung einer höheren Forderung zulässig ist, und daß der Schuldner etwaige Einwendungen dagegen im Wege der Erinnerung geltend machen muß (vgl. Fona, „ZPO“, § 803 Anm. III). Die Gründe für diese Ansicht treffen auch hier zu. Die Tatsache, daß es ungewiß ist, ob und in welcher Höhe der Drittshuldner zahlen darf, und das Be-

streben, die Gläubigerin möglichst zu sichern, gestatten es, den Schuldner in seiner Vermögensstellung durch Pfändung der vollen Forderung zu beschränken, zumal wenn nicht feststeht, wie hoch der Anspruch der Gläubigerin zur Zeit der Befriedigung sein wird.

(DVG. Hamm, Urt. v. 10. Dez. 1936, 5 U 174/36.)

**Anmerkung:** Die Entsch. muß m. E. ernsten Bedenken begegnen.

In Frage steht, ob der Gläubiger, der wegen einer Forderung von 1000 RM die Zwangsvollstreckung in eine Forderung seines Schuldners von 3000 RM im Wege der Pfändung und Überweisung „in Höhe der zu vollstreckenden Forderung“ betreibt, ein Recht an der ganzen Forderung von 3000 RM oder nur an dem Teilbetrag von 1000 RM erwirkt. Die Frage ist alt, die Kommentare beantworten sie durchweg ohne nähere Begründung im letzteren Sinne; die gleiche Ansicht vertritt Jaeger: Bz. 1909, 194 und die *lege lata*, wenn auch unter Bedenken und von einer grundsätzlich abweichenden Auffassung ausgehend, Menzel: KontrW. 1936, 65 ff. An veröffentlichten Entsch. im entgegengesetzten Sinne liegen nur die beiden oben angeführten Entsch. vor, von denen die letztere insofern keine Allgemeingültigkeit beansprucht, als sie eine durch Hypothek gesicherte Forderung betrifft. Wenn die Frage seit dem Aufsatz Jaegers nirgends eingehender behandelt ist, so erklärt sich dies daraus, daß sie eigentlich nur in den außerordentlich seltenen Fällen praktisch wird, wo der Drittschuldner in Konkurs oder in ein Vergleichsverfahren geht und es sich darum handelt, ob dem Vollstreckungsgläubiger die auf die ganze Forderung entfallende Quote bis zum Betrage seiner Forderung oder nur die auf den Teilbetrag entfallende Quote zusteht.

Der vorl. Fall ist um deswillen besonders interessant, weil hier die Frage, soweit ich sehe zum erstenmal, in ihrer ganzen Konsequenz zwischen einem Erstpfändenden und einem Zweitzessionar ausgetragen wird: Zunächst ist ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zugunsten des Kl. „in Höhe“ des zu vollstreckenden Anspruchs in eine diesen übersteigende Forderung eingangen, sodann tritt der Vollstreckungsschuldner den restlichen Betrag seiner Forderung gegen den Drittschuldner, gegen den er schon einen Titel besaß, an den Bell. ab und dieser vollstreckt erfolgreich. Der Kl. verlangt jetzt — ohne daß ersichtlich ist, ob er seinerseits überhaupt den Versuch gemacht hat, gegen den Drittschuldner vorzugehen — vom Bell. die Herausgabe des Vollstreckungserlöses. Das DVG. Hamm gibt der Klage mit der Begründung statt, daß die erste Pfändung trotz der einschränkenden Worte „in Höhe von ...“ die ganze Forderung erfaßt habe und der Zweitzessionar als verfügbarer Rechtberechtigter nach § 816 BGB zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sei. Der die Entsch. tragende Gedanke ist — ähnlich wie in der erwähnten KEGentsch.: Bz. 1931, 2576 — allein der: der zur Vollstreckung stehende Anspruch, „in dessen Höhe“ der Anspruch gegen den Drittschuldner gepfändet und überwiesen sei, wachse durch das weitere Auflaufen von Zinsen und könne schließlich im Laufe der Zeit sogar den vollen Betrag der Forderung gegen den Drittschuldner erreichen.

I. Meines Erachtens wird man bei der Frage unterscheiden müssen: a) wie sind die in Rede stehenden Worte des bekannten Vertrags für die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse auszulegen, b) ist eine über den Betrag der zu vollstreckenden Forderung hinausgehende Pfändung und Überweisung überhaupt möglich, und c) bejahendenfalls, wann und in welchem Umfang würde der Gläubiger eine derartige Überpfändung verlangen können?

Zu a. Wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß besagt, daß wegen eines Anspruchs von 1000 RM eine Forderung von 2000 RM in Höhe der zu vollstreckenden 1000 RM gepfändet und insoweit überwiesen wird, so kann dies, wenn Worte überhaupt einen Sinn haben, m. E. gar nicht anders als i. S. der Teilpfändung und -überweisung aufgefaßt werden. Wenn Menzel bemerkt, daß man früher vor dem Jaeger-

schen Aufsatz allgemein in der Praxis die Beschlüsse anders aufgefaßt habe, und auch jetzt noch vielfach anders auffasse, so sehe ich darin nur einen weiteren Beleg für die schon oben angedeutete Tatsache, daß man über die Frage bislang kaum näher nachgedacht hat. Vollends unmöglich scheint mir der Mittelweg, auf den anscheinend das DVG. Hamm abkommt, je nach der Art des Falles die Worte gelten zu lassen oder über sie hinwegzugehen.

Zu b. Die Frage, ob eine Geldforderung überhaupt in Höhe eines höheren Betrages als desjenigen der zu vollstreckenden Forderung gepfändet und überwiesen werden kann, möchte ich in Übereinstimmung mit Jaeger a. a. D. vertneinen. In meinem Kommentar hätte ich die Möglichkeit der Überpfändung noch anerkannt (vgl. § 803 Fußn. 33 und § 829 bei Fußn. 58); daran kann ich nicht mehr festhalten. Bei der Betrachtung muß man m. E. von dem Schlußatz der Vollstreckung, der Überweisung, ausgehen. Wird die gepfändete Forderung an Zahlungs Statt überwiesen, so dürfte keine Meinungsverschiedenheit darüber bestehen, daß dies begrifflich nur zum Nennbetrag möglich ist. Eine Forderung von 2000 RM — etwa wegen geringer Beitreibungsaussichten — in voller Höhe als Gegenwert einer Vollstreckungsforderung von 1000 RM an Zahlungs Statt zu überwiesen, geht nicht an. Dasselbe muß aber für die Überweisung zur Einziehung gelten, denn der Unterschied zwischen den beiden Überweisungsformen betrifft ausschließlich das Innenverhältnis zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner: im einen Falle geht die Forderung auf ihn endgültig, im anderen Falle noch nicht endgültig und nur gewissermaßen treuhänderisch über.

Das Verhältnis zum Drittschuldner ist in beiden Fällen genau das gleiche: als Einziehender steht dem Drittschuldner nicht mehr der Vollstreckungsschuldner, sondern der Vollstreckungsgläubiger gegenüber. Das Wesen der Überweisung besteht darin, daß durch staatlichen Akt das zunächst nur der Sicherung dienende Pfändungspfandrecht zur vollen Inhaberschaft an der Forderung aufgefüllt wird: soweit die Forderung (an Zahlungs Statt oder zur Einziehung) überwiesen ist, ist neben dem durch die Überweisung begründeten Vollrecht an der Forderung für den Fortbestand eines Pfandrechtes an dem überwiesenen Teil kein Raum mehr.

Die weitere Frage ist nun, ob etwa, wenn durch die Teilüberweisung der gepfändeten Forderung der Vollstreckungsgläubiger an diesem Teilbetrag das Vollrecht erlangt, er daneben an dem nicht überwiesenen und nicht überweisbaren überschießenden Betrage der Forderung ein Pfandrecht behält — mit der Folge, daß auch dieser Teil der Forderung zu seiner Sicherung mit Beschlag belegt bliebe und darauf geleistete Zahlungen, sei es an den Vollstreckungsschuldner, an einen anderen Pfändungs- und Überweisungsgläubiger oder einen Zessionar Verfügungen Rechtberechtigter wären. Diejenigen, die diese Frage bejahen wollen, können sich dafür allerdings auf einen Satz der Motive zur alten BGB (S. 434) berufen, wo gesagt ist, daß in Fällen der in Rede stehenden Art der Gläubiger ein Vorzugsrecht an dem Überrest beanspruchen könne, weil der Gläubiger jeden beliebigen Teil der ganzen gepfändeten Forderung zum Gegenstande der Vollstreckung machen könne. Mit Recht weist schon Jaeger a. a. D. darauf hin, daß in diesem Satz das Wesen der Bruchteilepfändung verkannt werde. Wie sollte sich überhaupt der Gläubiger aus diesem überschießenden Teil der Forderung befriedigen können: die Pfändung gewährt ihm, wie dargelegt, nur ein Anrecht auf Überweisung (an Zahlungs Statt oder zur Einziehung) in Höhe des Betrages der einzuziehenden Forderung. Diese Rechtsstellung hat er bereits durch die Überweisung erlangt, eine Wiederholung des Überweisungstaktes bzgl. desselben Betrages wäre sinnlos, sie würde ihm nicht mehr verschaffen, als er schon hat, und eine andere Möglichkeit des Zugriffs auf den überschießenden Betrag kommt nach dem Gesetz nicht in Frage. Wenn aber der Vollstreckungsgläubiger keine Möglichkeit hat, den Teil der Forderung seines Schuldners, der den Betrag der zu vollstreckenden Forderung übersteigt, in irgendeiner Weise zu verwerten, so scheint es mir nicht wohl möglich, gleichwohl auch an diesem Teil der Forderung ein Pfand-

dungspfandrecht anzunehmen: Pfändung und Überweisung sind doch Dinge, die zusammengehören und im Gesetz aufeinander abgestimmt sind.

Man vergegenwärtige sich — was mir im übrigen wichtiger als alle konstruktiven Betrachtungen scheint — wie die Sache vom Standpunkte der gegenteiligen Ansicht praktisch laufen würde.

Angenommen: zunächst hat A. die angebliche Forderung seines Schuldners über 3000 RM gegen X. in Höhe von 1000 RM pfänden und sich überweisen lassen, sodann B. ebenfalls wegen 1000 RM. Während A. sich nicht röhrt, verklagt B. den X. Ich glaube nicht, daß ein Gericht X. mit dem Einwand hören würde, er sei zur Befriedigung des B. erst verpflichtet, nachdem die Forderung des A. beglichen sei. Und wie sollte das Urteil in einem derartigen Falle lauten? Ergeht aber das Urteil dahin, daß X. verurteilt wird, an B. 1000 RM zu zahlen, so muß B. in das Vermögen des X. ohne Beschränkungen vollstrecken können und ohne Gefahr zu laufen, daß A. ihm hernach den Vollstreckungsgerlös entzieht. Gerade der in der vorl. Entsch. behandelte Fall ist lehrreich. Wenn der dort anerkannte SaZ Schule mache, so würde ein zu zweit pfändender Gläubiger letzten Endes ein Vorgehen gegen den Drittshuldner kaum riskieren können: er klagt, er wird befriedigt, der ihm zeitlich vorgehende Überweisungsgläubiger entzieht ihm den Erfolg seiner Bemühungen und er selbst ist schließlich nicht in der Lage, aus dem Titel gegen den Drittshuldner nochmal zu vollstrecken. Die Gegenansicht würde also im praktischen Ergebnis dazu führen, daß mit der Pfändung einer Forderung auch wegen eines wesentlich geringeren Betrages der Gesamtbetrag der Forderung vollen soll blockiert wäre. Das scheint mir sicherlich nicht im Sinne einer vernünftigen Zwangsvollstreckung zu liegen.

Zu c. Vom Standpunkt der hier dargelegten Auffassung taucht die Frage zu c nicht auf. Der Gläubiger, der in eine Geldforderung vollstreckt, kann danach nicht verlangen, daß die Pfändung und Überweisung auf einen größeren Teil der Forderung erstreckt wird als der Betrag seiner zur Vollstreckung stehenden Forderung. —

II. Es bleibt nun noch die letzte Frage zu erörtern, ob die Pfändung und Überweisung auch zugunsten derjenigen Zinsen des zu vollstreckenden Anspruchs wirkt, die in der Zeit nach der Überweisung erwachsen. Dazu ist folgendes zu bemerken.

Bei der Überweisung an Zahlungsstatt entsteht die Frage nicht, denn vom Zeitpunkte der Überweisung an, in dem die zu vollstreckende Forderung als getilgt anzusehen ist, laufen keine weiteren Zinsen. Bei der Überweisung zur Einziehung muß man andererseits — und das ist wohl auch die ganz allgemeine Auffassung der Praxis — annehmen, daß der Gläubiger mit der Zwangsvollstreckung in eine Forderung so gestellt sein will und vernünftigerweise auch so gestellt sein muß, daß er das erhält, was ihm an Haupt- und Zinsforderung in dem Augenblick zusteht, wo er wirklich Zahlung vom Drittshuldner erhält. Es wäre danach verfehlt zu sagen, daß der Überweisungsbeschluß die zu vollstreckenden Zinsen nur bis zum Erlaß des Beschlusses deckt, nicht aber die Zinsen für die folgende Zeit bis zur Zahlung des Drittshuldners. Wenn sich somit der Betrag, der dem Vollstreckungsgläubiger kraft der Überweisung zusteht, von Tag zu Tag vergrößert, so folgt daraus aber noch keineswegs, daß dem Vollstreckungsgläubiger für dieses Wachsen der zur Vollstreckung stehenden Forderung ein weiterer Teil der Forderung gegen den Drittshuldner von vornherein gewissermaßen reserviert bleibt müßte. Von dem von mir oben vertretenen Standpunkt stellt sich die Rechtslage vielmehr folgendermaßen dar: Bei der Pfändung und Überweisung „in Höhe des zu vollstreckenden Betrages“ erstreckt sich das Recht des Vollstreckungsgläubigers — ständig wachsend — auf den Zinsbetrag, der jeweils aufgelaufen ist, nicht auf weniger und nicht auf mehr. Beträgt die zu vollstreckende Forderung im Zeitpunkt der Überweisung mit den bis dahin aufgelaufenen Zinsen 1050 RM, so sind von der auf 3000 RM lautenden ge pfändeten Forderung in diesem Zeitpunkte nur 1050 RM belegt

und 1950 RM für andere Vollstreckungen oder Verfügungen frei. Erfolgt die zweite Pfändung erst ein Jahr später, d. h. zu einer Zeit, wo die Forderung des Erstpfändenden bereits auf 1100 M. angewachsen war, so stehen in diesem Zeitpunkte für die zweite Vollstreckung nur noch 1900 RM zur Verfügung. War andererseits die zweite Verfügung alsbald nach der ersten Überweisung erfolgt und hat sie den gesamten die 1050 RM übersteigenden Teil der Forderung gegen den Drittshuldner belegt, so kann sich das dem Erstpfändenden zur Verfügung stehende Volumen nicht mehr ausdehnen; der Erstpfändende könnte also, wenn ihm in der Folgezeit weitere Zinsen auf seine Forderung anfallen, vom Drittshuldner nicht mehr als eben die erwähnten 1050 RM verlangen. Diese Lösung scheint mir nicht nur logisch-konstruktiv wohl vertretbar, sondern vor allem auch praktisch durchaus brauchbar. Jedenfalls verdient sie unbedingt den Vorzug vor der Ansicht des OGK. Hamm, nach der die erste Pfändung die ganze Forderung blockiert, und ebenso vor dem anderen Ansatz, die nach der Überweisung anfallenden Zinsen etwa gänzlich unberücksichtigt zu lassen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

### Gerichtskostengesetz

38. OG. — Wird mit der Klage die Feststellung begehrte, daß das Mietverhältnis über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus fortbestehe, so hat die Streitwertfestsetzung nach SaZ 1, nicht nach SaZ 2 des § 10 Abs. 1 OGK. zu erfolgen.

Mit der Beschr. macht der Bell. geltend, daß für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes SaZ 2, nicht SaZ 1 des § 10 Abs. 1 OGK. i. d. Fass. v. 20. Juli 1933 und 7. April 1937 maßgebend sei. Gegenstand des Rechtsstreits ist das Begehrten des Kl. auf Feststellung, daß das zwischen ihm und dem Bell. bestehende Mietverhältnis auch über den 31. März 1937 hinaus fortbesteht. Die Ansicht des Bell., daß dieses Begehrten sich mit dem auf verneinende Feststellung, daß ihm ein Räumungsanspruch gegen den Kl. nicht zustehe, decke, trifft nicht zu. Denn die begehrte Feststellung geht über die Anerkennung des Räumungsanspruchs wesentlich hinaus und umfaßt außer dem Recht zur Benutzung der Mieträume alle übrigen durch das Mietverhältnis begründeten Rechte und Pflichten beider Vertragsteile. Gegenstand des Rechtsstreits ist also nicht nur der Anspruch des Vermieters auf Räumung, sondern die Dauer oder das Bestehen eines Mietverhältnisses. Das OG. hat daher die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes mit Recht SaZ 1, nicht SaZ 2 der genannten Vorschrift zugrunde gelegt.

(OG., 17. ZivSen., Beschl. v. 14. April 1937, 17 W 1918/37.)

### Verordnung über Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau

39. OG. — Durch die VO. über die Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau v. 27. Aug. 1936 (RGBl. I, 702) ist die Gebührenbefreiung des Wohnungsbau für Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit beseitigt worden.

Mit der angef. Kostenrechnung wird die Kl. gem. § 79 OGK. für Gebühren aus §§ 8, 32, 71 OGK. des zweiten Rechtszuges (streitige Gerichtsbarkeit) in Anspruch genommen.

Sie hat Erinnerung eingelegt, weil sie als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen gem. § 1 Abs. 2 Kap. III 7. Teil VO. des RPräf. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517 ff. [593 ff.]), Gemeinnützige VO. i. Verb. m. §§ 8 Ziff. 5 (i. d. Fass. des Ges. v. 12. April 1923 [Ges. 107]), 115 PrOG. Gebührenfreiheit genieße.

Die Erinnerung ist unbegründet.

Die VO. über die Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau v. 27. Aug. 1936 ordnet „die Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau“, indem sie eine rechtsrechtliche Regelung gibt (§§ 1, 2) und landesrechtliche

Vorschriften aufhebt (§ 3). Im einzelnen ist folgendes bestimmt:

a) reichsrechtlich genießen Gebührenfreiheit:

aa) persönlich: (bei Nachweis, § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 4) Wohnungsunternehmen, die nach der GemeinnützigeitsVO. anerkannt sind — schlechthin — (§ 1 Abs. 1), Gemeinden, Gemeindeverbände und ähnliche Körperschaften des öffentlichen Rechts — in Angelegenheiten des Kleinwohnungsbau — (§ 2 Abs. 1), deren Vertragsgegner (als Grundstückserwerber oder Darlehnsnehmer) — unter gewissen Voraussetzungen — (§ 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2, 3).

bb) gegenständlich: hinsichtlich der in der KostO. bestimmten Gerichtsgebühren (§§ 1, 2 jeweils Abs. 1).

b) die landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau treten außer Kraft (§ 3 Abs. 1 Satz 2).

Die Bedeutung der vorstehend angeführten gesetzlichen Regelung geht dahin:

a) Die reichsrechtliche Regelung (§§ 1, 2 VO.).

aa) Sie betrifft nur den Kleinwohnungsbau. Das ist für § 2 ausdrücklich gesagt und folgt für § 1 daraus, daß die dort erwähnten Wohnungsunternehmen sich gelegmäßig (die gemeinnützigen, § 6 GemeinnützigeitsVO. i. d. Fass. des Ges. v. 14. Juli 1933 [RGBl. I, 485]) oder sachungsgemäß (die Organe staatlicher Wohnungspolitik, § 28 GemeinnützigeitsVO. und VO. v. 22. Okt. 1931 [RGBl. I, 658], VO. v. 11. Febr. 1933 [RGBl. I, 67]) nur mit dem Kleinwohnungsbau befassen.

Den Wohnungsbau, ganz allgemein, betrifft sie nicht. Insofern bleiben die bisherigen reichsrechtlichen Vorschriften in Geltung. (Vgl. z. B. Heimstätten, § 36 RheinVO. v. 10. Mai 1920 [RGBl. I, 969], vorstädtische Kleiniedlung, § 20 Kap. II Teil 4 VO. des KPräf. v. 6. Okt. 1931 [RGBl. I, 553] mit § 29 KiedlG. v. 11. Aug. 1919 [RGBl. I, 1436] i. d. Fass. des Ges. v. 7. Juni 1923 [RGBl. I, 365].)

bb) Inhaltlich bedeutet sie: Ganz neu ist die Gebührenbefreiung des Vertragsgegners (§ 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2, 3), in teilweiser Erweiterung des § 12 KostO. Nur als Reichsrecht neu sind die Gebührenbefreiungen für Wohnungsunternehmen und Gemeinden usw. (§§ 1, 2 jeweils Abs. 1). Landesrechtlich bestanden solche schon, vermöge der bisherigen reichsrechtlichen Verweisung auf die Landesgesetzgebungen in § 1 Abs. 2 GemeinnützigeitsVO., § 10 Abs. 2 Satz 3 KostO., Art. 2 Abs. 2 zu b AnpassungsVO. Von der landesrechtlichen Regelung sind übernommen nur die persönlichen Gebührenbefreiungen, nicht die sachlichen (z. B. aus Sachsen, vgl. Hornig: DJ. 1936, 1365). Was insbes. Preußen anlangt, bestanden dort die Befreiungen nach § 8 Biff. 5 PrGKG. (Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen) kraft des Vorbehaltts in § 10 Abs. 2 Satz 3 KostO. und nach § 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG. (streitige Gerichtsbarkeit) kraft des Vorbehaltts in Art. 2 Abs. 2 zu b der AnpassungsVO. weiter fort. Hier greifen nunmehr die §§ 1, 2 VO. v. 27. Aug. 1936 ein, indem sie die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften durch eine reichsrechtliche Regelung ersetzen; ausdrücklich beschränkt sich das Eingreifen in §§ 1, 2 auf die Befreiung von den „in der KostO. bestimmten Gerichtsgebühren“, das sind nur die in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen; §§ 1, 2 ersehen (für Preußen) also unmittelbar nur die §§ 8 Biff. 5 und 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG., nicht aber auch die in Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (§ 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG.).

b) Die Stellung der VO. v. 27. Aug. 1936 zu den landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung (§ 3 VO.).

aa) Für den Kleinwohnungsbau sind die landesgesetzlichen Vorschriften durch die reichsrechtliche Regelung in dem angegebenen Umfange ersetzt.

bb) Der § 3 Abs. 1 Satz 2 VO. v. 27. Aug. 1936 bestimmt aber außerdem: „Gleichzeitig treten die landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau außer Kraft.“

An die VO. v. 27. Aug. 1936 knüpft nun die hier zu entscheidende Frage an, ob die Auflenkung der bisherigen landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau in § 3 VO. nur dasjenige Landesrecht betrifft, das in §§ 1, 2 durch neues Reichsrecht ersetzt ist, also für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (für Preußen: § 8 Biff. 5 und § 115 Abs. 1 Satz 2 PrGKG.) oder auch das Landesrecht, das nicht in die VO. übernommen worden ist, also für Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (für Preußen: § 115 Abs. 1 Satz 2 PrGKG.).

Die Bedeutung des § 3 VO. wird durch die erstere Auffassung (AG. Berlin-Schöneberg: JW. 1937, 274<sup>91</sup>) dahin eingeschränkt, daß nur die der neuen reichsrechtlichen Regelung entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben werden, während die letztere Auffassung (Hornig: DJ. 1936, 1366 Biff. 3; Hübner: JW. 1937, 77) sie mit dahin faßt, daß alle landesrechtlichen Vorschriften, neben der neuen reichsrechtlichen Regelung, aufgehoben sind.

Der Senat tritt der letzteren, weiteren Auffassung bei.

Die VO. v. 27. Aug. 1936 stellt eine Zusammenfassung (Kodifikation) der bisherigen Vorschriften auf dem Teilgebiet der Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau dar (vgl. die Überschrift). Dieses Gebiet regelt sie einheitlich und abschließend. Das Gesamtgebiet der Gebührenbefreiung hat sie nicht erfaßt, es ist also nichts Auffälliges (so Hübner a. a. O.), sondern durchaus der Sache entsprechend, wenn die VO. im Eingang als ihre Grundlage nicht den § 10 Abs. 2 Satz 2 KostO. oder den Art. 2 Abs. 2 zu b der AnpassungsVO. bezeichnet; die dort angekündigte allgemeine Regelung des ganzen Gebührenbefreiungsrechts enthält die VO. eben noch nicht. Grade aus der Beschränkung auf das Teilgebiet der Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau kann der Schluss gezogen werden, daß die VO. wenigstens dieses beschränkte Teilgebiet einheitlich und abschließend regeln soll. Das wäre aber dann nicht der Fall, wenn man — mit der abgelehnten engeren Auffassung — auch auf diesem Teilgebiet noch einheitliches Reichsrecht (§§ 1, 2 VO.) und zerplittetes Landesrecht als nebeneinander geltend ansehen wollte. Gewiß kann die reichsrechtliche Rechtserneuerung angesichts der Größe ihrer Aufgabe nur schrittweise vor sich gehen (AG. Schöneberg a. a. O.). Aber es kann nicht angenommen werden, daß die Gesetzgebung des Dritten Reiches bei ihrem erkennbaren Streben nach Vereinheitlichung des Rechts, wenn sie ein Teilgebiet in Angriff nimmt, dabei auf halbem Wege stehen bleibt. Die VO. greift in ihrem Eingange auf das Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 91) zurück und zeigt damit erneut die Absicht der Rechtsvereinheitlichung. Für die Auslegung der vom RJM. erlassenen VO. ist besonders wertvoll auch die Auseinandersetzung des Sachbearbeiters im RJM.; danach stellt die VO. „einheitliche, für das ganze Reichsgebiet gültige Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau“ auf und sind die auf Landesgesetz beruhenden gebührenrechtlichen Vergünstigungen „nunmehr sämtlich aufgehoben“ (vgl. Hornig: DJ. im Abschnitt „Rechtspflege und Rechtspolitik“ 1936, 1365). Diese Auffassung steht durchaus in Einklang mit der des Senats. Die VO. bringt die abschließende und einheitliche reichsrechtliche Gebührenbefreiung für das Teilgebiet des Wohnungsbau, neben der landesrechtlichen Vorschriften nicht mehr gelten.

Die Gegenmeinung beschränkt die Auflenkung (§ 3 VO.) auf die landesrechtlichen Vorschriften, die das (in §§ 1,

2 VO.) nunmehr rechtsrechtlich geordnete Gebiet betreffen, also auf die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften. Diese beschränkende Auslegung findet weder in § 3 VO. selbst, noch in dem sonstigen Inhalt der VO., noch in deren Rechtsgrundlage eine Rechtfertigung.

Der § 3 Abs. 1 Satz 2 VO. besagt: „Gleichzeitig treten die landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau außer Kraft.“

Das „gleichzeitig“ geht nur auf das zeitliche Moment, besagt aber nichts über die inhaltliche Bedeutung der Vorschrift. Es heißt weiter, daß „die“ landesrechtlichen Vorschriften außer Kraft treten, aber gerade nicht die „entsprechenden“. Die allgemeine Fassung der VO. ist um so bedeutsamer, als die — beschränkende — Wendung „entsprechenden“ sich in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 AnpassungsVO. und „einschlägige“ in § 10 Abs. 2 Satz 3 KostD. findet. Alle drei VO. sind von derselben Stelle erlassen, das läßt den Schluß zu, daß die abweichende allgemeine Fassung der VO. bewußt gewählt ist. Der gleiche Schluß läßt sich daraus rechtfertigen, daß im § 1 VO. dem Inhalt nach, im § 2 VO. ausdrücklich — beschränkend — auf den Kleinwohnungsbau, im § 3 — umfassend — auf den Wohnungsbau abgestellt ist. Sollten übrigens durch § 3 nur die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften ausgehoben sein, so würde damit nur noch besonders festgestellt werden, was aus Art. 13 Abs. 1 RVerf. (Rechtsrecht bricht Landesrecht) ohnehin folgen würde. Rechtsaufhebend aber wäre § 3 VO. nur, wenn er alle landesrechtlichen Vorschriften beseitigte; dies („sämtlich ausgehoben“, vgl. Hornig a. a. O.) ist der Sinn der VO.

Die Gegenmeinung wäre aber auch nur dann haltbar, wenn der Inhalt der VO. sich darin erhöpfe, daß lediglich das bisherige Landesrecht über die Gebührenfreiheit beim Wohnungsbau von „den in der KostD. bestimmten Gebühren“ also in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen (§ 1 KostD., §§ 8 Biff. 5, 115 Abs. 1 Satz 2 PrGKG.) in erzeugendes Reichsrecht umgewandelt würde (§§ 1, 2 jeweils Abs. 1 VO.), und nur als Gegenstück dazu die — entsprechenden — landesrechtlichen Vorschriften ausgehoben würden (§ 3 VO.). Dem ist indessen keineswegs so. Der Inhalt der VO. geht erheblich weiter. Ganz neu ist die Gebührenbefreiung auch des Vertragsgegners der gebührenbefreiten Rechtspersönlichkeit, nämlich des Grundstückserwerbers (§§ 1, 2 jeweils Abs. 2 VO.) und Darlehnsnehmers (§ 2 Abs. 3 VO.). So liegt denn zum mindesten der Schluß nahe, daß auch die Aufhebung landesrechtlicher Vorschriften (§ 3 VO.) über das Gebiet der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen hinausgeht und das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit (für Preußen: § 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG.) mit umfaßt. Mit Rücksicht auf die bereits erwähnte Natur der VO. als einer abschließenden und einheitlichen Regelung auf diesem Teilgebiet ist dieser Schluß zwingend. Auch hier befindet sich der Senat in Übereinstimmung mit der Ausfassung des Sachbearbeiters im RfM. (vgl. Hornig: D.J. 1936, 1366 Biff. 3); „in Streitsachen, die unter das GG. fallen ... genießen die (in der VO.) genannten Wohnungsunternehmen und Körperschaften keine Gebührenfreiheit. Landesrechtliche Vorschriften, die die Gebührenbefreiung auch auf streitige Verfahren ausdehnten (z. B. §§ 8 Abs. 1 Nr. 5, 115 PrGKG.), treten mit dem Ablauf des 30. Sept. 1936 außer Kraft“. Derselbe Verfasser deutet übrigens die Bedeutung der Aufhebungsbestimmung in § 3 VO. auch auf die Angelegenheiten aus, deren Gebühren auf Grund des Verbehals in § 158 Abs. 4 KostD. zur Zeit noch landesrechtlich geregelt waren, soweit Kleinwohnungsbauabsachen in Betracht kommen (vgl. Hornig a. a. O.).

Für eine Beschränkung des § 3 VO. auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen (bisher: §§ 8 Biff. 5 und 115 Abs. 1 Satz 2 PrGKG.) spricht also weder Wortlaut noch Inhalt der VO. Die oben angestellten Erwägungen

rechtfertigen vielmehr den Schluß für die — hier vertretene — Auffassung, daß durch § 3 VO. auch die landesrechtlichen Vorschriften ausgehoben sind, die für Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (§ 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG.) Gebührenfreiheit (beim Kleinwohnungsbau) gewähren. Zu solcher Aufhebung ist auch die gesetzliche Grundlage für die VO. gegeben. Die VO. geht auf das Erste Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 91) zurück. Die gleiche Grundlage haben die KostD. und die AnpassungsVO. Alle drei VO. müssen daher als gleichgeordnet angesehen werden (vgl. Hübler a. a. O.). Die KostD. hielt (§ 10 Abs. 2 Satz 3) die Befreiung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen (§§ 8 Biff. 5, 115 Abs. 1 Satz 2 PrGKG.) aufrecht; die AnpassungsVO. (Art. 2 Abs. 2 zu b) hielt die Befreiung in Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (§ 115 Abs. 1 Satz 1 PrGKG.) aufrecht. Die gleichgeordnete VO. v. 27. Aug. 1936 konnte beide Materien regeln, sie tat es durch Anordnung der Gebührenbefreiung für die „in der KostD. bestimmten Gerichtsgebühren“, d. h. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen (§§ 1, 2 VO.) und durch Aufhebung der Gebührenbefreiung für die in der AnpassungsVO. getroffenen Gerichtsgebühren, d. h. in Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit (§ 3 VO.).

Die Gegenmeinung führt noch ein wirtschaftliches Moment ins Feld. Bei der großen Bedeutung, die gerade das Dritte Reich dem Wohnungsbau für die Minderbemittelten beimisst, müsse die Annahme abgelehnt werden, der Gesetzgeber habe den Wohnungsbau — durch Entziehung der Gebührenfreiheit auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit — schlechter stellen wollen als die Regierungen der Systemzeit (vgl. AG. Schöneberg a. a. O.). Daz bei der vom Senat vertretenen Auffassung die bisherige Vergünstigung für Streitsachen wegfällt, läßt sich nicht leugnen. Diese wirtschaftliche Folge kann dem Gesetzgeber nicht entgangen sein (vgl. Hornig a. a. O.), er muß sie also gewollt und für tragbar angesehen haben. Eine Kritik an der Wohnungspolitik der Reichsregierung steht dem ordentlichen Gericht nicht zu. Die Gerichte vermögen nicht zu übersehen, ob die neue reichsgesetzliche Regelung wie für das Gebiet Preußen so auch im Gebiet der andern Länder wirklich eine Schlechterstellung bedeutet. Jener Einwand beachtet nicht hinreichend, daß auf den weit wichtigeren und umfassenderen Gebieten der eigentlichen aufbauenden Tätigkeit im Wohnungsbau (freiwillige Gerichtsbarkeit) und der endgültigen Durchsetzung daraus erwachsender Ansprüche (Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen) die Gebührenbefreiung weiter gewährt wird. Demgegenüber treten die Gebiete des wirtschaftlich unfruchtbaren Prozeßstreits (streitige Gerichtsbarkeit) umfang- und wertmäßig an Bedeutung zurück.

Die Kl. genießt daher für die in Ansatz gebrachten Kosten des Prozesses Gebührenfreiheit nicht.

(AG., 20. ZivSen., Beschl. v. 24. April 1937, 20 Wa 77/37.) [v. B.]

**Anmerkung:** I. Die hier entschiedene Frage ist von großer praktischer Bedeutung für die als gemeinnützig anerkannten Baugenossenschaften und öffentlich-rechtlichen Wohnungsunternehmungen. Diese müßten jetzt nach der Auffassung des AG. für ihre Prozesse Gerichtskosten bezahlen wie jeder andere Prozeßbeteiligte und wären nur von den Gebühren der freiwilligen Gerichtsbarkeit befreit.

Wenn das AG. am Schluß der Entscheidungsgründe meint, daß „Gebiet des wirtschaftlich unfruchtbaren Prozeßstreites (streitige Gerichtsbarkeit) trete umfang- und wertmäßig an Bedeutung zurück“, so ist dies in doppelter Hinsicht falsch:

Einmal sind die Prozesse der gemeinnützigen und öffentlich-rechtlichen Wohnungsunternehmen nie — oder fast nie —

wirtschaftlich unfruchtbar. Es handelt sich bei ihnen ja in erster Linie um Räumungsklagen. Es ist aber für alle Baugenossenschaften eine zwingende Notwendigkeit, nicht zahlende Mieter der Wohnung zu entsezten, weil sonst die ganze Ertragsberechnung umgeworfen wird und zum Ausgleich des Ausfalls keine Einnahmen aus anderen Geschäften (wie meist bei privaten Vermietern) zur Verfügung stehen. Die ja erst nach erfolgter Räumung mögliche Neuvergabe der Wohnung an einen soliden Mieter ist also denkbar nützlich und fruchtbar. Sie röhrt an das wirtschaftliche Fundament der Genossenschaft. — Ebenso muß sich aber die Genossenschaft Zahlungstitel gegen die rückständigen und zu exmittierenden Mieter verschaffen. Und endlich: Wie leicht kann die Unternehmung mit einer unberechtigten Klage eines Bauhandwerkers, etwa wegen einer über die feste Oefferte hinausgehenden Werklohnforderung, überzogen werden! Wahrlich, diese streitigen Sachen sind mindestens so notwendig für das bestehende Unternehmen wie etwa die Grundbucheintragung von neuem Baugelände. Ja, diese Prozesse sind die Voraussetzung dafür, daß die Unternehmung gefund bleibt und überhaupt neue Kleinwohnungen erstellen kann.

Zum anderen werden die Gebühren für die streitige Gerichtsbarkeit die Unternehmung auch wertmäßig stark belasten. Es kommt leider oft vor, daß der Mieter oder kleine Handwerker die Gebühren, die er als Unterlegener im Prozeß zahlen müßte, nicht zahlen kann. Die Kleinwohnungsunternehmung wird so in vielen Fällen als Zweitshuldner herangezogen. Die Gebühren sind aber auch meistens ganz beträchtlich. Da die Genossenschaft mit der Klage aus sozialen Gründen lange zögert, ergibt sich bei der üblichen Zusammenziehung der Zahlungs- und Räumungsklage ein hoher Streitwert.

Trotzdem das AG. seine Entscheidung nicht mit diesen Erwägungen stützt, schien es nötig, auf die wirtschaftlichen Fragen einzugehen, um klarzulegen, wie bedeutsam die Gebühren der hier fruchtbaren streitigen Gerichtsbarkeit für die Kleinwohnungsunternehmungen sind.

## II. Die Entscheidung begegnet aber auch rechtlichen Bedenken.

1. Man muß sich zunächst klarmachen, daß die Aufgaben einer gemeinnützigen Kleinwohnungsbaugesellschaft zwiesach sind: der Wohnungsbau und die Wohnungsverwaltung. So erkennt auch Hübner (JW. 1937, 78), daß die eigentliche Bautätigkeit im Rahmen der Gesamtaktivität der Unternehmung einen Teil darstellt. Er sagt: „Ist die letzte Hypothek bedingungsgemäß eingetragen, ihre Valuta geflossen und der Bau abgerechnet, so ist der Kleinwohnungsbau beendet. Es bleibt nichts mehr zu ‚schaffen‘ und zu ‚fördern‘.“ Nur daß Hübner den Zusammenhang der Gesetzgebung mit dieser Zweitteilung der Aufgaben nicht sieht und bei der Frage der Gebührenbefreiung mithin zu dem gleichen Ergebnis kommt wie das AG.

Beachtet man aber diese Tatsache, so ergibt sich folgendes: Die Verordnung vom 27. Aug. 1936 behandelt laut ihrer Überschrift nur „die Gebührenbefreiung beim Kleinwohnungsbau“. Sie betrifft also überhaupt nur die eine Art der Tätigkeit der Kleinwohnungsunternehmungen. In völliger Übereinstimmung mit der Überschrift sagt dann der entscheidende § 3:

„Gleichzeitig treten die landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau außer Kraft.“

Dadurch wird m. E. ganz klar, daß die Verordnung objektiv (gegenständlich) begrenzt ist, also nicht subjektiv (persönlich) auf die Kleinwohnungsunternehmungen schlechthin abstellt. Anders wäre es, wenn in der Überschrift und im § 3 nicht vom „Kleinwohnungsbau“, sondern von „den Kleinwohnungsbau gesellschaften“ die Rede wäre.

Den Kleinwohnungsbau betreffen aber die Gebührenbefreiungsvorschriften der KostD., der freiwilligen Gerichts-

barkeit. Diese wird also nur in der neuen Verordnung vom 27. Aug. 1936 geregelt. Alle die freiwillige Gerichtsbarkeit betreffenden landesrechtlichen Befreiungen werden aufgehoben. Weiter nichts. Über die weitere Tätigkeit der Kleinwohnungsunternehmungen, die Verwaltungstätigkeit, und die dafür in Frage kommende streitige Gerichtsbarkeit äußert sich die Verordnung überhaupt nicht. Mithin sind die landesrechtlichen Befreiungsvorschriften über die streitige Gerichtsbarkeit, z. B. im § 115 Abs. 1 PrGAG., nicht aufgehoben worden. Man braucht bei dieser klaren grammatischen Auslegung gar nicht nach dem Willen des Gesetzgebers zu forschen. Wenn es mit der Verordnung vom 27. Aug. 1936 beabsichtigt gewesen wäre, die Gebührenbefreiung für die streitige Gerichtsbarkeit aufzuheben, so wäre dies eben nicht gelungen.

2. Die unter 1 dargelegte grammatische Auslegung wird gestützt durch eine systemlogische. Mit Recht hat das AG. Berlin-Schöneberg in seiner vom AG. abweichenden Entscheidung (JW. 1937, 274) ausgeführt, daß der Gesetzgeber auf Grund des Ersten Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. Febr. 1934 bisher nur Vorschriften im Gebiete der KostD., also der freiwilligen Gerichtsbarkeit, erlassen habe. Auch die umfassende Verordnung über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (KostD.) vom 25. Nov. 1935 (RGBl. 1371) ist nach ihrem Vorspruch auf Grund des Ersten Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege ergangen. Sie regelt mit dem Ziel der rechtsrechtlichen Vereinheitlichung ausschließlich das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dies Gebiet soll also offenbar zunächst bei der Vereinheitlichung des Kostrechtes in Angriff genommen werden. Wiederum auf Grund des Ersten Gesetzes zur Überleitung regelt nun die Verordnung vom 27. Aug. 1936 die Gebührenbefreiung eben dieser auch aus dem Überleitungsgesetz entstehenden KostD. (§ 1). Sie bewegt sich also ganz im Rahmen des bisher vereinheitlichten Gebührenrechts für die freiwillige Gerichtsbarkeit. Bei dieser Sachlage wäre es aber systemunlogisch, wenn die Verordnung — man möchte sagen, wie aus heiterem Himmel — in ihrem letzten Paragraphen plötzlich in ein ganz systemfremdes Gebiet übergriffe und Vorschriften aufheben würde, ohne irgendeine positive Anordnung für dieses abseits der eigentlich zu regelnden Materie liegendes Gebiet zu treffen. Diese „weite Auslegung“ (AG.) widerspricht systemlogischen Auslegungsgrundsätzen. Wenn diese fremde Materie auch geregelt werden sollte, hätte der Gesetzgeber dies ausdrücklich anordnen müssen — und er hätte es wohl auch getan.

3. Die gegenständliche Begrenzung der Verordnung auf die Materie der KostD. wird noch klarer, wenn man ihren sachlichen Zusammenhang mit dem § 10 KostD. beachtet, auf die zwar in der Einleitung zur Verordnung nicht Bezug genommen wird (Hübner a. a. O.), wohl aber im § 1 der Verordnung. Im § 10 Abs. 2 KostD. werden nämlich die „einschlägigen“ landesrechtlichen Vorschriften bis zum Erlass einer Reichsverordnung über die Gebührenbefreiung in Kraft gelassen. Und eben um die hier in Aussicht gestellte Verordnung handelt es sich bei der umstrittenen Verordnung vom 27. Aug. 1936. Dies ist die in der KostD. für die freiwillige Gerichtsbarkeit vorgesehene Gebührenbefreiungsverordnung! Und nachdem sie am 1. Okt. 1936 in Kraft tritt (§ 3) können auch die im § 10 Abs. 2 KostD. noch aufrechterhaltenen landesrechtlichen Vorschriften — die ja in der KostD. unbestreitbar nur solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind — aufgehoben werden. Und das geschieht im § 3 der Verordnung. Nichts weiter! Ebenso wenig, wie die KostD. eine Bestimmung über die Aufrechterhaltung der landesrechtlichen Vorschriften über die streitige Gerichtsbarkeit trifft, trifft nach ihrem systemlogischen Gehalt die die KostD. ergänzende Verordnung vom 27. Aug. 1936 eine solche materienfremde Bestimmung. Die dort aufrechterhaltenen Bestimmungen werden hier aufgehoben.

4. Wenn man nicht meint, daß die Bedeutung des § 3 Abs. 1 KostO. trotz der dargelegten grammatischen und systemlogischen Auslegung völlig klar ist, gewinnt die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers Bedeutung.

Cum in verbis abignitas est, debet admissi voluntatis quaestio! Daher hat das AG. Berlin-Schöneberg mit Recht vom Standpunkt der zweifelhaften Rechtslage aus, gemeint (a. a. D.), der Gesetzgeber werde doch die gemeinnützigen Baugenossenschaften in dieser Frage nicht schlechter stellen wollen als früher, der § 3 der Verordnung könne also die streitige Gerichtsbarkeit nicht betreffen. Wie das AG. dem AG. daraus den Vorwurf machen kann, es habe die „Wohnungspolitik der Reichsregierung“ kritisiert, verstehe ich nicht. Das AG. bemüht sich ja gerade, die wirkliche wohnungspolitische Absicht der Reichsregierung zu erfassen und seine Entscheidung nach dieser maßgeblichen Politik im Rahmen des auslegbaren Gesetzesstextes einzurichten. Und ich meine, es hat die Einstellung der Reichsregierung zum gemeinnützigen Kleinwohnungsbau richtig verstanden. Ich glaube, wenn die Reichsregierung tatsächlich das Gebührenrecht für die streitige Gerichtsbarkeit neu regelt, wird sie die gleichen Bestimmungen erlassen wie in der KostO. und der Verordnung vom 27. Aug. 1936 für die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Man könnte ebensogut dem AG. vorwerfen, es kritisiere die Rechtsvereinheitlichung der Reichsregierung, wenn es sagt, es könne nicht angenommen werden, daß sie „bei ihrem erkennbaren Streben nach Vereinheitlichung des Rechtes, wenn sie ein Teilgebiet in Angriff nimmt, auf halbem Wege stehen bleibe“. Mir liegt ein solcher Vorwurf natürlich fern. Ich sehe ein, daß sich auch das AG. mit dieser Erwägung bemüht hat, den Willen des Gesetzgebers zu erfassen. Sachlich ist zu dieser Äußerung aber zu sagen, daß das hier geregelte Gebiet eben abermals ein Teilgebiet der Gebührenbefreiung darstellt, und zwar das sehr klar erkennbare Teilgebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Regelung ist also keine Haltbarkeit, sondern die vollständige Regelung dieses Teilgebietes, die in der KostO. noch vorbehalten war. — Im übrigen muß das AG. zugeben, daß auch nach seiner Meinung die Verordnung vom 27. Aug. 1936 nicht die „allgemeine Regelung des ganzen Gebührenbefreiungsrechtes enthält“. Nach der Auffassung des AG. hätte also der Gesetzgeber die Gebührenbefreiung für die streitige Gerichtsbarkeit in Angriff genommen, aber nicht vollständig geregelt. Dies wäre ja nun in der Tat doch eine Haltbarkeit, die das AG. gerade nicht annehmen wollte!

5. Das AG. führt endlich zur Stützung seiner Ansicht aus, daß ja die neue Verordnung nicht nur die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften über die Gebührenbefreiung in Reichsrecht umgewandelt, sondern neue weitergehende Bestimmungen über die Gebührenbefreiung getroffen habe. Dies ist zwar richtig, liegt aber neben dem Problem. Denn auch die neuen weitergehenden Vorschriften betreffen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, keine einzige die Gebühren der streitigen Gerichtsbarkeit. Diese Tatsache spricht also in Wahrheit dafür, daß die Verordnung nur das Gebiet ihres materiellen Ursprungsgesetzes, der KostO., regelt; im Rahmen dieses Gebietes allerdings erschöpfend und auch erweiternd. Der Schluß des AG., wegen dieser Erweiterung griffe die Verordnung auch auf das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit über, ist systemlogisch unrichtig, jedenfalls ist er nicht „zwingend“ (AG.). Das AG. beruft sich mit dieser Auffassung auch auf Hornig (DJ. 1936, 1366 Ziff. 3). Dieser ist der Meinung des AG., gibt aber seinerseits für seine Auffassung keine Begründung. Allerdings ist die Auffassung von Hornig, dem Sachbearbeiter im RJM., besonders beachtlich. Sie kann aber doch die vorgetragenen Bedenken nicht aus der Welt schaffen. Die Absicht des Sachbearbeiters ist eben in der Verordnung nicht zum Ausdruck gekommen.

RA. Dr. Neumann, Hamburg.

## Reichserbhofgericht und Erbhofgerichte

\*\* 40. § 4 EHG. Zum Erbhof kann auch ein Miteigentumsanteil an einem Ackergrundstück gehören und bei der Frage der Ackerbauung berücksichtigt werden.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 EHG. gehören Miteigentumsanteile an einem Grundstück, die dem Erbhof dienen, zum Erbhof, falls die Anteile im Verhältnis zu dem sonstigen den Erbhof bildenden Grundbesitz von untergeordneter Bedeutung sind. Diese Voraussetzungen können hier bei den Anteilen an den beiden Parzellen nach der Sachlage und nach den Größen- und Wertverhältnissen angenommen werden. Nach der angeführten Vorschrift besteht kein Grund, Miteigentumsanteile an Ackerland auszuschließen, was früher zweifelhaft sein konnte, weil damals die Zugehörigkeit von Miteigentumsanteilen im wesentlichen nur damit zu begründen war, daß sie der Gruppe „ähnliche dem Erbhof dienende Rechte“ i. S. des § 2 der DB II zum REG. zugerechnet wurden. Die entsprechenden Teile des Landes mit 21,35 und 1,95 ar werden ständig von der Hoffstelle aus bewirtschaftet, sind mit dem Hof verbunden und dienen zur Stärkung der Erträgnisse des Hofs. Ihre untergeordnete Bedeutung steht nach den Größenverhältnissen außer Zweifel. Die Miteigentumsanteile gehören deshalb zum Erbhof und sind mitzuberücksichtigen.

(REG. 2. Sen., Beschl. v. 22. März 1937, 2 RB 2433/35.)

<= REG. 4, 81. >

\*

\*\* 41. § 1 REG. Hopfenanbau gehört zum Ackerbau, also zur rein landwirtschaftlichen Nutzung. Sein Ertrag ist in einer Hopfenbaugegend bei der Ackerbauung zu berücksichtigen.

Die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute J. G. P. und M. P. sind Eigentümer des Anwesens. Die Besitzung ist 9,544 ha groß; davon sind 3,857 ha Wald, 5,04 ha Acker und 0,589 ha Wiese. Auf der Besitzung befindet sich eine Hopfenanlage mit 2400 Stöcken. Der Viehbestand beträgt 4 Kühe, 2 Junggrinder, 2 Schweine und 25 Hühner. Der Einheitswert ist zum 1. Jan. 1931 auf 4600 RM festgesetzt.

Das AG. hat die Erbhofeigenschaft bejaht, das EHG. hat sie verneint.

Die weitere Beschw. des EHG. ist begründet.

Der Boden des landwirtschaftlichen Kulturlandes kann nach den eigenen Angaben des Eigentümers und erst recht nach den Angaben des KfW und des LBW als noch mittel bezeichnet werden. Der Wald ist zwar durch die Forstleute stark beschädigt und hat deshalb nur geringen Wert; immerhin bringt er etwas Holz und Streu. Der Viehbestand reicht in seiner Größe noch für einen kleinen gesunden Erbhof aus und ist in seiner Beschaffenheit sehr gut. Immerhin würde bei der geringen Größe des Kulturlandes von 5,629 ha und dem niedrigen Einheitswert von 4600 RM die Ackerbauung ohne den Hopfenanbau kaum gegeben sein. Der Hopfenanbau mit 2400 Stöcken und Jahreserträgen von durchschnittlich sieben Zentner ergänzt aber das Anwesen zur vollen Ackerbauung. Hopfenanbau gehört zum Ackerbau, also zur rein landwirtschaftlichen Nutzung. Die Hopfenerträge sind durchaus gesichert, weil es sich um guten Hopfenboden in einer durch ihre Güte bekannten Hopfenbaugegend, in der dieser Anbau bodenständig ist, handelt und die Marktregelung angemessene Preise gewährleistet. Der Hopfenanbau bietet also in diesem Falle eine genügend sichere Grundlage für eine dauernde Ackerbauung. Für die Leistungsfähigkeit der Bestellung spricht auch, daß die Eigentümer mit ihrer Familie von immerhin fünf Köpfen ohne Nebenverdienst durch die schweren Krisenjahre der Landwirtschaft schuldenfrei hindurchgekommen sind. Die Besitzung reicht nach allem aus, eine bürgerliche Familie von etwa sieben bis acht Köpfen auch in vorübergehenden Notzeiten zu ernähren und zu bekleiden und den Wirtschaftsablauf zu erhalten. Sie gestattet auch, für Unglücksfälle und die Ausbildung und Ausstattung weichender Erben nach und nach Rückerlagen anzusammeln. Damit stimmt auch die Ansicht aller gehörten Stellen überein. An der Bauernfähigkeit und der Bodenverbundenheit der Eigentümer, die ihren Besitz lange Jahre selbst ordnungsmäßig bewirtschaftet haben, besteht keine Zweifel. Die Besitzung ist also am 1. Okt. 1933 ein Erbhof geworden.

(REG. 2. Sen., Beschl. v. 3. Mai 1937, 2 RB 1895/35.)

<= REG. 4, 114. >

\*

\*\* 42. § 1 REG. Unter dem Alleineigentum i. S. § 1 REG ist das rechtlich ungeteilte sachenrechtliche Eigentum zu verstehen. Ein sogenanntes wirtschaftliches Eigentum ist nicht zu berücksichtigen.

Die Erbhoeseigenschaft entsteht kraft Gesetzes, wenn die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Nach § 1 REG ist landwirtschaftlich genutztes Grundeigentum Erbhof, wenn es hinsichtlich seiner Größe den Erfordernissen der §§ 2 und 3 REG entspricht und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befindet. Auf dem Hof, einem alten landwirtschaftlichen Besitz, wird seit 1928 eine Pferde-, Kinder-, Schaf- und Schweinehochzucht betrieben. Diese Tierzucht bedeutet landwirtschaftliche Nutzung. Dass die Besitzung von 47,7 ha mit 40 600 RM Einheitswert eine Ackerbauernahrung bildet, unterliegt keinem Zweifel. Das gilt auch von der Bauernfähigkeit und der Bodenverbundenheit des Fr. B., der wie sein Bruder Diplomlandwirt ist, sich selbst als „passionierten Landwirt“ bezeichnet und seit 1928 an der Bewirtschaftung des Hofs mit seinem Bruder Hermann B. teilnimmt, ihn auch im Jahre 1932 zur Bewirtschaftung als Tierzuchunternehmen erworben hat. Fr. B. mag durch den Erwerb einen Familienhof für sich und seine drei genannten Brüder gründen wollen; das spricht aber nicht gegen, sondern eher für die Verbundenheit der Sippe B. mit dem Hof; die Verbundenheit, die zwischen dem Hof und Fr. B. als Mitglied der Sippe besteht, genügt jedenfalls für die Erbhoeseigenschaft. — Einer näheren Erörterung bedarf hiernach nur die Frage des Alleineigentums. Unter dem Alleineigentum i. S. des § 1 REG ist das rechtlich ungeteilte sachenrechtliche Eigentum zu verstehen. Das hat der Senat in seinen Beschl. v. 6. März 1935 und 6. Febr. 1936 (REG. 1, 287 = JB. 1935, 2560<sup>8</sup> m. Anm.; REG. 2, 324 = JB. 1936, 2728<sup>30</sup>) dargelegt und auch in zahlreichen weiteren Beschlüssen ständig vertreten; denselben Standpunkt hat auch der 3. Sen. des REG in dem Beschl. v. 29. Mai 1936 (REG. 3, 97 = JB. 1936, 3236<sup>9</sup>) eingenommen. Den wesentlichsten Bestimmungen des Gesetzes würden, worauf der Senat schon oft hingewiesen hat, die sichere Grundlage entzogen, wenn bei der Frage der Erbhoeseigenschaft ein sogenanntes wirtschaftliches Eigentum berücksichtigt würde. Es ist also unerheblich, ob ein wirtschaftliches Eigentum der vom REG wohl mit Recht angenommenen Gesellschaft, d. h. der Gesamtheit der Gesellschafter anerkannt werden kann; rechtlich gehört der Besitz jedenfalls nicht zum Gesellschaftsvermögen. Fr. B. hat vielmehr durch wirksame Auflassung und Eintragung das rechtlich ungeteilte sachenrechtliche Eigentum des Hofs erworben. Er hat nicht nur ein formales Bucheigentum, sondern ist auch materiellrechtlich der Eigentümer. Ein Treuhandverhältnis liegt nicht vor. Es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob ein solches Verhältnis die Erbhoeseigenschaft hindern könnte (vgl. den Beschl. des 3. Sen. v. 29. Mai 1936 a. a. O.). Das sachenrechtliche Alleineigentum wird auch durch gesellschaftsrechtliche Bindungen nicht in Frage gestellt. Daraus entstehen nur obligatorische Verpflichtungen, die der sachenrechtlichen Stellung des Eigentümers keinen Abbruch tun. Auch hier liegen zwischen den beteiligten Brüdern nur schuldrichtliche Beziehungen vor. Eine Verpflichtung, das Eigentum auf die Gesamtheit der Gesellschafter oder einzelnen Gesellschaftern Anteile an dem Hof zu übertragen, würde zudem mit dem Eintritt der Erbhoeseigenschaft insofern unwirksam, als die Übereignung der Genehmigung der Anerbenbehörden bedürfte. Dass Fr. B. seine Brüder als Gesellschafter an den Nutzungen teilnehmen lassen muss, ist unerheblich; ob und welche Bindungen der Eigentümer hinsichtlich der Bewertung oder Ablieferung von Nutzungen eingegangen ist, hat nach der ständigen Rspr. des Sen. für die Erbhoeseigenschaft keine Bedeutung. Hierfür ist es ferner unerheblich, ob Fr. B. bei der Verwaltung des Hofs gesellschaftliche Bindungen unterliegt. Das schon deshalb, weil diese Bindungen nur für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses bestehen, an die Person des jeweils Eigentümers geknüpft und damit nur vorübergehende sind. Übrigens kann eine dem Interesse der Gesellschaft entsprechende Verwaltung sich durchaus mit der für einen Erbhof erwünschten decken, was hier auch zuzutreffen scheint. So weit die Bindung zu einer nicht ordnungsmäßigen Bewirtschaftung führen müsste, würde der Eigentümer ihr durch die zulässige Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses entgehen können, wenn er ihr nicht schon durch die höhere Pflicht gegenüber dem Erbhof enthoben wird. — Die Besitzung erfüllt also alle Voraussetzungen der Erbhoeseigenschaft. Härten gegenüber den Brüdern des Eigentümers können nicht dazu führen, den Hof von der Erbhoeseigenschaft auszunehmen; denn die Erbhoeseigenschaft entsteht kraft Gesetzes und wird nicht durch einen in das Erbmassen der Anerbenbehörden gestellten Ausspruch geschaffen. Die Erstattungsansprüche der Brüder des Eigentümers belasten den Hof zwar sehr, berühren aber die Erbhoeseigenschaft nicht. Ein Ausgleich wird sich unter den Brüdern ohne größere Schädigung des einzelnen finden

lassen. Übrigens steht nichts im Wege, daß die Hofwirtschaft einstweilen zu Nutzen und Lasten aller vier Brüder weiter betrieben wird. Die Besitzung ist also ein Erbhof in der Hand des Fr. B.

(REG. 2. Sen., Urt. v. 22. April 1937, 2 RB 2271/35.)

<= REG. 4, 92. \*

\*\* 43. § 1 REG. Alleineigentum i. S. § 1 REG ist das rechtlich ungeteilte sachenrechtliche Eigentum.

Die Bodenverbundenheit wird nicht dadurch beseitigt, daß der Eigentümer den Hof durch Vertrag und Testament einer theosophischen Vereinigung zuwenden will und den Hof in Hausgemeinschaft mit Mitgliedern dieser Vereinigung bewirtschaftet.

Als Eigentümerin der Besitzung ist die Witwe des Landwirts Peter M. eingetragen. Sie hat den Hof im Jahre 1924 von ihrem Ehemann, aus dessen Familie er stammt und mit dem sie seit 1906 in kinderloser Ehe lebte, auf Grund eines gemeinschaftlichen Testaments geerbt. Weil es ihr an Arbeitskräften fehlte und der Hof heruntergewirtschaftet war, hat sie am 12. Febr. 1925 mit der „Vereinigung von Freunden Jakob Böhmelescher Theosophie“, der sie kurz vorher nach dem Tode ihres Ehemannes beigetreten war, einen Vertrag geschlossen. Die Vereinigung ist im Jahre 1920 im Vereinsregister eingetragen worden. Nach der Satzung vom 16. Sept. 1920 steht sie „als Zusammenschluss von Liebhabern reiner Theosophie“ innerhalb der evangelischen Kirche und verfolgt ausschließlich religiöse und mildtätige Zwecke durch Zusammenkünfte und Zusammenschluss ihrer Mitglieder, durch Ausübung von Wohltätigkeit, durch Erfüllung oder Erwerb hierzu nötiger Gebäude oder anderer Grundstücke sowie durch Entgegnahme und jenen Zwecken entsprechende Verwertung freiwilliger Gaben von Mitgliedern und Freunden des Vereins; Grundlage und Richtschnur der gesamten Tätigkeit des Vereins ist nach der Satzung die Heilige Schrift; der Austritt aus dem Verein steht den Mitgliedern jederzeit frei. Am 11. Sept. 1934 ist die Satzung geändert worden. In der neuen Satzung heißt es u. a.: Die Bewegung sei nahezu 300 Jahre alt, urdeutsch und frei von jeder internationalen Beeinflussung und Beeinflussung; die Mitglieder ständen in unwandelbarer Treue und geschlossener Einheit hinter der nationalsozialistischen Reichsregierung unter der Führung Adolf Hitlers; sie dürften keiner Loge oder irgendeinem Geheimbund angehören; ihr oberster Grundsatz sei der uneigennützige, selbstlose Opfergedanke; sie übernahmen durch ihre Aufnahme die Ehrenpflicht, sich treuester Pflichterfüllung und eines vorbildlichen, in jeder Hinsicht tadellosen, insbes. sitzenreinen Lebenswandel zu befleischen; auf den Namen der Vereinigung eingetragene Besitzungen, die nach ihrer Größe unter das REG fielen, sollten nach Auflösung des Vereins dem zuständigen LBZ zwecks Einweisung von möglichst evangelischen Siedlern zur Verfügung gestellt werden. Weitere in der GenVers. v. 9. Febr. 1936 beschlossene Bußfeste besagen, daß nur arische Mitglieder aufgenommen werden und die Vereinigung grundsätzlich nur so viel Grundstücke erwirbt, als zur ausreichenden Ackerbauernahrung der Mitglieder der jeweiligen Hausgemeinschaft unbedingt nötig ist. Die praktische Betätigung des Vereins besteht, soweit sie hier in Frage kommt, darin, daß die Mitglieder gemeinschaftlich die Bewirtschaftung eines Hofs übernehmen. Ist ein Mitglied Eigentümer eines Hofs, so kann ihm die Vereinigung andere Mitglieder zu unentgeltlicher Mitarbeit im Interesse der aus ihnen und dem Eigentümer gebildeten Hausgemeinschaft und der Vereinigung selbst zuweisen. Die Mitglieder finden in der Hausgemeinschaft „Aufnahme und Heimat für immer“. Scheiden sie aus der Hausgemeinschaft aus, so erhalten sie ein von dem Vorsitzenden des Vereins festzuhendes Übergangsgeld. Der Tod des Eigentümers soll die Hausgemeinschaft nicht auflösen. Der Hof soll dann auf die Vereinigung übergehen und mit dem Namen des Begründers der Hausgemeinschaft bezeichnet werden. Die Mitglieder leben freiwillig ohne Gelübde ehelos.

In dem erwähnten Vertrage vom Februar 1925 heißt es: Frau M. erläre, daß sie, nachdem ihr Ehemann fürstlich gestorben sei, ihr Gut im Hinblick auf die teuren Arbeitskräfte nicht weiterführen könne. Die Vereinigung verpflichtete sich nun, die ordnungsmäßige Verwaltung des Gutes zu übernehmen und besonders die erforderlichen und geeigneten Kräfte bis zum Lebensende der Witwe M. zur Verfügung zu stellen. Zum Entgelt für die übernommenen Verpflichtungen übertrage die Witwe M. der dies annehmenden Vereinigung eigentlich mit sofortiger Wirkung den bezeichneten Hof. Die Eintragung der Vereinigung als Eigentümerin werde von der Witwe M. bewilligt und von den Vorstandsmitgliedern beantragt; das solle jedoch erst nach dem Ableben der Witwe M. zum Grundbuch eingereicht werden. Zur Sicherheit werde der Witwe M. der lebenslängliche Nießbrauch an dem übertragenen Gut vorbehalten, der jedoch ruhe, solange die

Vereinigung ihre übernommenen Verpflichtungen erfülle; auf eine Eintragung dieses Rechtes werde verzichtet. Zur Sicherung des Rechtes auf Auflösung werde die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Besitz, Nutzung, Lasten und Gefahr sollten sofort, unbeschadet des Missbrauchrechts der Frau M., übergehen. Die Auflösungsvormerkung ist am 30. März 1925 im Grundbuch eingetragen worden. Am 29. April 1925 hat die Witwe M. in einem eigenhändigen Testament die Vereinigung zur Erbin ihres gesamten Vermögens eingesetzt.

Die Besitzung ist in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöfe 1. Ordnung vorgesehenen Höfe aufgenommen worden.

Das LFG in Celle hat durch den Beschl. v. 7. Nov. 1935 ausgesprochen, daß der Hof kein Erbhof und deshalb nicht in die Erbhöfe 1. Ordnung einzutragen sei.

Die weitere Beschr. des LFG ist begründet.

Die Erbhöfeigenschaft entsteht nach Gesetzes, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Nach § 1 REG ist landwirtschaftlich genutztes Grundeigentum Erbhof, wenn es hinsichtlich seiner Größe den Erfordernissen der §§ 2 und 3 REG entspricht und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befindet. Die Besitzung wird landwirtschaftlich genutzt. Sie ist 11,44,97 ha groß, wovon 36 Morgen Kulturland sind. Sie übersteigt also erheblich die Größe von  $7\frac{1}{2}$  ha, die erfahrungsgemäß bei durchschnittlichen Verhältnissen für eine Ackerbauernahrung noch ausreicht. Die Bodenverhältnisse sind zwar nicht besonders günstig; das wird aber durch die Mehrgröße ausgeglichen. Auch der hohe Viehbestand von einem Pferd, 7–8 Kühen, 2–3 Kindern und 3 Schweinen, sowie der Einreisungswert von 1296 RM je ha sprechen für eine Ackerbauernahrung. Die Witwe M. hat auch selbst angegeben, daß auf dem Hof, wie er zur Zeit sei, eine bauerliche Familie leben könne; sie meint sogar, auf dem Hof könne noch mehr Vieh gehalten werden, wenn gebaut werde. Auch der KrBf und der LBF sowie das REG bejahen die Ackerbauernahrung. Gegen die Ackerbauernahrung bestehen hiernach keine Bedenken. Die Hoffstelle reicht zur Bewirtschaftung noch aus; von ihr aus ist ja auch die Bewirtschaftung bisher gut geführt worden. Mängel der Hoffstelle stehen, solange die Bewirtschaftung noch möglich ist, der Erbhöfeigenschaft nicht entgegen; sie können hier auch behoben werden, und der Hof, der nur noch mit rund 600 RM belastet ist, kann die Kosten mindestens nach und nach aufbringen. Sämtliche Grundstücke werden von der Hoffstelle aus bewirtschaftet, bilden also mit dieser eine wirtschaftliche Einheit. Auf das Eigentum an einem Teil des Inventars, das neu angeschafft ist, kommt es nicht an.

Die Besitzung steht in rechtlich ungeteiltem sachenrechtlichen Eigentum der Witwe M. und damit in deren Alleineigentum i. S. des § 1 REG. Der Senat hat bereits in seinem Beschl. v. 6. März 1935 (REG. 1, 287 = JW. 1935, 2560<sup>8</sup> m. Anm.) ausgeführt, daß das sachenrechtliche Alleineigentum zur Entstehung des Erbhofs nötig sei, aber auch genüge; er hat das in dem weiteren Beschl. v. 6. Febr. 1936 (REG. 2, 324 = JW. 1936, 2728<sup>9</sup>) nochmals eingehend dargelegt. Wie in den Beschlüssen dargelegt ist, würde den wesentlichsten Bestimmungen des REG die sichere Grundlage entzogen und eine unerträgliche Unsicherheit herverufen, wenn das sogenannte wirtschaftliche Eigentum auf dem Gebiet des Reichserbhofrechts anerkannt oder das Alleineigentum i. S. des Gesetzes wegen mehr oder minder großer tatsächlicher oder rechtlicher Beschränkungen in Zweifel gezogen würde. Ferner ist schon in dem Beschl. v. 6. Febr. 1936 dargelegt, daß, wenn überhaupt, für das Erbhofrecht ein besonderer Begriff des Eigentums anzuerkennen wäre, er im wesentlichen nur aus der Bindung gegenüber Sippe und Volk hergeleitet werden könne, und daß dabei jedenfalls nur der von der Erbhöfeigenschaft selbst beeinflußte Begriff des Eigentums an einem bestehenden Erbhof in Frage komme. — Dem hiernach allein maßgebenden sachenrechtlichen Eigentum der Witwe M. steht die Auflösung des Hofs an die Vereinigung um so weniger entgegen, als nach der ausdrücklichen Vereinbarung die Umschreibung erst nach dem Tode der Witwe M. erfolgen, diese also bis zu ihrem Lebensende die Eigentümerin bleiben wollte und sollte. Das sachenrechtliche Eigentum der Witwe M. wird auch weder durch ihr Testament und dessen Aushändigung an den Vorsitzenden der Vereinigung noch dadurch beeinträchtigt, daß die Eigentümerin im Verhältnis zu der Vereinigung ihren Hof nicht mehr allein zu ihrem Nutzen bewirtschaftet, sondern bei der Bewirtschaftung nur als Hausmutter der Hausgemeinschaft für diese sowie für die Vereinigung mitwirkt. — Es steht außer Zweifel, daß die Eigentümerin wirtschaftsfähig und ehrbar ist und den in den §§ 12 und 13 REG gestellten Anforderungen an die Bauernfähigkeit genügt.

Das REG meint: Die Eigentümerin habe die bauerliche Bewirtschaftung des Hofs bereits vor dem Eintreten des REG endgültig aufgegeben; bauerliche Bewirtschaftung bedeute die Selbstbewirtschaftung, nämlich das verantwortliche Bebauen der eigenen Scholle unter Mitarbeit der ganzen Familie; die

Eigentümerin habe aber die bauerliche Eigentwirtschaft aufgegeben. Das ist rechtlich und tatsächlich nicht haltbar. Zunächst steht fest, daß von einer kapitalistischen Nutzung irgendwelcher Art keine Rede sein kann und die Besitzung durch Ackerbau und Viehhaltung gut, ja mustergültig bewirtschaftet wird. Die gute Bewirtschaftung mag der Mitarbeit der Hausgenossen zu verdanken sein. Wenn aber die Hausgenossen nicht mitarbeiten würden, würde die Eigentümerin den Hof mit anderen Hilfskräften bewirtschaften müssen. Daß dies der Erbhöfeigenschaft nicht entgegenstehen würde, liegt auf der Hand. Die Mitarbeit familiensfremder Kräfte kann also nicht gegen die Erbhöfeigenschaft entscheiden. Das REG legt denn auch das Hauptgericht auf die Stellung, welche die Eigentümerin und ihre Hausgenossen auf dem Hof hätten; die Eigentümerin sei nur noch ein Mitglied der Hausgemeinschaft, durch die der Hof unter Leitung des Hausvaters D. im Auftrage der Vereinigung bewirtschaftet werde; sie habe nicht einmal eine Art Verwalterstellung, sondern sei nur die Hausmutter und verwalte die gemeinsame Kasse für die mit ihr zusammenlebenden Mitglieder; diese seien ihr gleichberechtigt und allen fämen die Erträge zugute; der Hof sei tatsächlich von der Vereinigung übernommen, und diese lasse ihn durch eine familienartig gestaltete Hausgemeinschaft von Mitgliedern bewirtschaften; das sei auch auf die Dauer berechnet; die Witwe M. sei und bleibe an den Vertrag gebunden und habe sogar die Auflösung erklärt. Wenn das alles zutrifft, würde es doch die vom REG verlangte „bauerliche Bewirtschaftung“ nicht in Frage stellen. Zunächst kann die Erbhöfeigenschaft nicht daran scheitern, wie die Eigentümerin über die Erträge ihres Hofs verfügt und welche Bindungen sie in dieser Richtung eingegangen ist, soweit nicht kapitalistische Zwecke mitspielen. Die Ansicht des REG läßt sich nur verstehen, wenn zur Entstehung des Erbhofs in jedem Falle verlangt wird, daß der Eigentümer den Hof mit Familienmitgliedern zum Nutzen seiner selbst und der Familie bebaut und bewirtschaftet. Das ist allerdings das Ziel, dem das REG zustrebt und das es durch die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse eines Erbhofs sowie mit Hilfe des Reichsnährstandes durch Erziehung und Belehrung des Bauern erreichen will. Dieses Ziel, also die erstrebten Verhältnisse, die das Gesetz durch die Erbhöfeigenschaft herbeiführen und sichern will, der Erbhöfeigenschaft vorauszusehen, wäre nur zulässig, wenn das Gesetz es vorschreibt. Es ist auch folgenvibrig und führt zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen. Sogar Verhältnisse, die zum Teil auf eine kapitalistische, also dem bauerlichen Denken entgegengesetzte Einstellung des Eigentümers zurückgehen, schließen die Erbhöfeigenschaft nicht immer aus, wenn noch ein gewisses entwicklungsfähiges Maß bauerlicher Einstellung vorhanden ist. Noch viel weniger kann das von Maßnahmen gelten, zu denen die Eigentümerin durch religiöse Regelungen und Anschauungen veranlaßt ist, welche die bauerliche Geistigkeit nicht unbedingt ausschließen. Jenes Ziel kann auch bei den geschilderten Verhältnissen dieses Hofs durch die Erbhöfeigenschaft erreicht werden. Das zeigt schon die dargelegte Wirkung der Erbhöfeigenschaft auf die erwähnten Bindungen und Beschränkungen. Das REG kann sich für seine Ansicht auch nicht auf einen Vergleich mit der ständigen Verpachtung berufen. Das Gesetz wendet sich mit der Bestimmung, daß ständig verpachtete Höfe nicht Erbhof sein können, gegen eine kapitalistische Einstellung des Eigentümers. Eine ständige Verpachtung liegt daher nur vor, wenn der Eigentümer durch die Verpachtung aus einer kapitalistischen Einstellung heraus die Verbundenheit mit der Scholle nie begründet oder endgültig aufgegeben hat (REG. 1, 258 = JW. 1935, 1944<sup>10</sup>). Der Vergleich scheitert hier schon daran, daß von einer kapitalistischen Einstellung der Eigentümerin keine Rede sein kann. Im übrigen kann die vom REG geschilderte Sachlage in der Tat nur für die Frage der bauerlichen Verbundenheit des Eigentümers mit seinem Hof Bedeutung haben. Diese Verbundenheit, welche die innere Verbindung zwischen dem Eigentümer und seiner Sippe mit seinem Hof darstellt und ihren stärksten Gegenstand in der kapitalistischen Einstellung findet, ist von dem erf. Sen. in seinen Beschl. v. 20. Juni 1936 und 16. Juli 1936 (REG. 3, 1 = JW. 1936, 3235<sup>6</sup>; REG. 3, 174 = JW. 1936, 3550<sup>11</sup>) als Kennzeichen und Voraussetzung der Erbhöfeigenschaft anerkannt. Die Bodenverbundenheit besteht hier zwischen der Eigentümerin und ihrem Hof jedenfalls in einem Maße, das bei der auch hier gebotenen milden Auffassung (Beschl. des 1. Sen. des REG: JW. 1935, 2820 und 1936, 583) zur Entstehung der Erbhöfeigenschaft ausreicht. Der Hof stammt aus der Familie des Ehemanns M. Die Eigentümerin hat ihn seit 1906 mit ihrem Ehemann bewirtschaftet und dann im Jahre 1924 von ihrem Ehemann auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments geerbt. Die Verbundenheit ist hier also eine durch eigene Bewirtschaftung begründete und ererbte. Die Eigentümerin hat sie auch nicht aufgegeben. Sie ist nicht nur bis heute auf ihrem Hof geblieben und will weiter auf ihm bleiben, sondern nimmt auch seit der Gründung jener

Hausgemeinschaft an der Bewirtschaftung als Hausmutter selbst teil. Sie leitet das Haushwesen und verwaltet die Kasse; das entspricht der Tätigkeit, die eine Frau auf dem Bauernhof ausübt. Die Eigentümerin hat sich durch den Vertrag zur Übereignung des Hofs an die Vereinigung verpflichtet, die Auffassung erteilt und Besitz, Nutzung und Lasten übergehen lassen. Wenn ein Eigentümer seinen Hof verkauft, aufgelassen und übergeben hat, so kann und wird die Bodenverbündenheit oft fehlen. Das hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Hier kommt nun in Betracht: Die Umschreibung im Grundbuch steht nicht etwa nur aus irgendwelchen formellen Gründen noch aus, sondern der Eintragsantrag soll erst nach dem Tode der Witwe M. beim GB. eingereicht werden. Frau M. sollte und wollte also für ihre Lebenszeit das Eigentum behalten. Sie hat sich sogar den Anspruch auf den Nießbrauch für den Fall vorbehalten, daß die Vereinigung ihre Verwaltungspflichten nicht erfülle. Der Fall wird höchstwahrscheinlich nicht eintreten; die Vereinbarung zeigt aber immerhin, daß die Eigentümerin ihr Eigentum und dessen ordnungsmäßige Bewirtschaftung doch sichern wollte. Frau M. ist ferner zu dem Vertrag durch eine Notlage gekommen. Ihr Mann war gestorben, sie hatte keine Hilfskräfte für den Hof und der Hof war in solchem Zustand, daß er die Kosten mehrerer bezahlter Hilfskräfte nicht tragen konnte. Sie wollte den Hof nicht verkaufen, sondern behalten. Wenn der Vertrag wirklich allein durch die Furcht vor einer neuen Inflation veranlaßt war, so bestätigt das doch die Tatsache nicht, daß sie den Hof, den sie mit ihrem Mann bewirtschaftet und von ihm geerbt hatte, behalten wollte. Sie suchte Hilfskräfte für die Bearbeitung ihres Hofs. Durch die Vereinigung konnte sie gute und billige Kräfte bekommen. Deshalb hat sie den Vertrag geschlossen, nachdem sie kurz vorher der Vereinigung beigetreten war. Das ist auch in dem Vertrage ausdrücklich als der Grund angegeben. Als Entgelt für die Hilfe ist sie die Verpflichtung eingegangen, wonach die Vereinigung nach ihrem Tode den Hof erhalten sollte. Bei dieser Sachlage kann in dem Vertrage, der Auflösung und der Vereinbarung über die Verwaltung und die Nutzungen keine Aufgabe der Bodenverbündenheit gefunden werden. Daran ändert auch das Testament, in dem die Eigentümerin die Vereinigung zur Erbin eingesetzt hat, nichts. Es entspricht zwar nicht wahrhaft bürgerlichem Denken, daß sie den Hof nach ihrem Tode der Vereinigung zuließen lassen wollte. Von einer völligen Lösung ihrer Verbündenheit mit dem Hof, den sie mit ihrem Ehemann seit dem Jahre 1906 bewirtschaftet und im Jahre 1924 von diesem auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments geerbt hat, für dessen Bewirtschaftung sie durch den Vertrag sorgen wollte und gesorgt hat, den sie bis an ihr Lebensende behalten und auf dem sie bleiben und mitwirtschaften wollte und will, kann aber keine Rede sein. Die angeführten Umstände lassen vielmehr deutlich erkennen, daß die Eigentümerin weiterhin mit ihrem Hof sich verbunden fühlte und verbunden bleiben wollte. Solange die Eigentümerin selbst die Verbündenheit mit dem Hof bewahrt, besteht sie durch sie als Mittlerin auch für ihre Sippe.

Nach allem liegen sämtliche Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft vor. Der Hof ist deshalb kraft Gesetzes Erbhof geworden. Ausnahmen zugunsten der Vereinigung zuzulassen, sind die Anerbenbehörden schon deshalb nicht in der Lage, weil die Erbhofeigenschaft kraft Gesetzes eintritt und nicht etwa durch ihren Spruch geschaffen wird. Auch § 56 REG kann, wenn hier überhaupt „Zweifel bei der Anwendung des Gesetzes“ vorliegen, solche Ausnahmen nicht rechtfertigen. Denn nach ihm muß oberster Grundsatz für die Anerbenbehörden die Wahrung des Zweckes des Gesetzes sein, wie er in dessen Einleitungsworten dargelegt ist. Die praktische Betätigung der Gemeinschaft mag Anerkennung verdienen. Mit dem Erbhofgedanken würde es aber unvereinbar sein, die Erbhofeigenschaft zugunsten einer nicht erbhofsähigen Gemeinschaft zu verneinen, deren Mitglieder zudem ehelos leben, also keine bürgerliche Familie gründen wollen. Der nach § 56 REG maßgebende Zweck des REG verlangt vielmehr unbedingt, den Familienbesitz als Erbhof zu erhalten. Deshalb können auch Härten gegen die Hausgenossen, die ohne Entgelt viel Arbeit und zum Teil auch erhebliche Geldmittel dafür aufgewandt und so den Hof auf seinen jetzigen Stand gebracht, allerdings dort auch ihren Lebensunterhalt gefunden haben, das Ergebnis nicht ändern. Übrigens schließt die Erbhofeigenschaft es nicht aus, daß die Mitglieder der Hausgemeinschaft einstweilen auf dem Hofe bleiben. Für die Arbeit und die aufgewendeten Geldmittel mögen ihnen oder der Vereinigung Ansprüche gegen die Eigentümerin zustehen. Der Auseinandersetzung hierüber und der weiteren Frage, wie etwaige Härten bei der Entsch. über die Genehmigung zu einer Veräußerung des Hofs an eine bauernfähige Person ausgeglichen werden können, greift die Entsch. nicht vor.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 26. Jan. 1937, 2 RB 2464/35.)  
(= REG, 4, 99.)

\*\* 44. § 1 REG; § 18 EGB. Für die Entstehung der Erbhofeigenschaft ist das sachenrechtliche Eigentum maßgebend. Das sog. wirtschaftliche Eigentum genügt nicht.

Voraussetzung für die Entstehung eines Ehegattenerbhofs nach § 18 Abs. 2 EGB.

In das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle vorgesehenen Höfe ist eine Besitzung der Eheleute Sch. und A. Sch. mit einer Größe von 8,73 ha aufgenommen worden.

Der Ehemann Sch. hat Einspruch eingelegt, weil zehn Morgen der Besitzung schlechtes Land seien und deshalb die Ackernahrung fehle.

Das REG hat dem Einspruch stattgegeben und ausgesprochen, daß die Besitzung kein Erbhof sei. Es hat ausgeführt: Die auf den Namen der Eheleute Sch. eingetragenen Grundstücke umfassen nur 3,72 ha und reichten für eine Ackernahrung nicht aus; nach den Grundakten Eichenrod Blatt 350 und Biesenborn Blatt 94 hätten die Eheleute zwar am 8. März 1934 weitere Grundstücke von der Eigentümerin Frau E. D., einer Schwester der Chefrau Sch., gekauft; die Umschreibung im Grundbuch sei aber noch nicht erfolgt.

Gegen diesen Beschuß hat der Kreisbauernführer sofortige Beschwerde eingelegt mit dem Antrage, die Eintragung der Besitzung in die Erbhöferolle anzuordnen. Inzwischen wurden die gekauften Grundstücke am 21. Mai 1935 auf die Eheleute Sch. im Grundbuch umgeschrieben. Der Kreisbauernführer hat die Ansicht vertreten: Nach dem 21. Dez. 1933 könne zwar ein Ehegattenerbhof nicht mehr entstehen; die Eheleute Sch. hätten aber die hinzuerworbenen Grundstücke schon seit langer Zeit bewirtschaftet; am 21. Dez. 1933 seien sie schon wirtschaftlich die Eigentümer gewesen; das genüge zur Entstehung zur Erbhofeigenschaft.

Das EGB hat die Beschwerde zurückgewiesen und ausgeführt: Durch den Eigentumserwerb v. 21. Mai 1935 habe kein Ehegattenerbhof mehr entstehen können; ein wirtschaftliches Eigentum könne das EGB nicht anerkennen.

Die weitere Beschwerde des Landesbauernführers führt zur Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen.

Zunächst bedürfen die Eigentumsverhältnisse weiterer Aufklärung. In den 3,72 ha, die nach der Feststellung der Vorinstanzen vor dem Zuerwerb am 21. Mai 1935 den Eheleuten Sch. gehört haben sollen, sind anscheinend 13,57 ar enthalten, die nach den Grundakten weder als Alleineigentum eines der beiden Ehegatten noch als Miteigentum beider Ehegatten eingetragen sind. Ferner erscheint es nach dem Inhalt der vom REG bezeichneten Grundakten zweifelhaft, ob der Zuerwerb v. 21. Mai 1935 den Gesamtbesitz auf die im gerichtlichen Verzeichnis angegebene Größe von 8,73 ha gebracht hat. Es ist Sache des REG, das aufzuklären.

Am 21. Dez. 1933, am Tage des Inkrafttretens der DB II zum REG, war der Besitz, dessen Eigentümer die Eheleute Sch. teils als Alleineigentümer, teils als Miteigentümer waren, keinesfalls größer als 3,72 ha. Dieser Besitz stellte auch nicht annähernd eine Ackernahrung dar, so daß nicht geprüft zu werden braucht, ob nach den bisher geltenden Vorschriften ein Ehegattenerbhof nach dem 21. Dez. 1933 dann entstehen konnte, wenn der fehlende Teil verhältnismäßig geringfügig war, am 21. Dez. 1933 bereits mitbewirtschaftet und dann zu Eigentum erworben wurde. Die Eheleute Sch. bewirtschafteten zwar weiteres Land, das im Eigentum der Chefrau E. D., einer Schwester der Chefrau Sch., stand, mit und hatten wohl die feste Absicht, diese Grundstücke zu Eigentum zu erwerben; es mag auch sein, daß sie, obwohl noch kein bindender Kaufvertrag vorlag, einen Teil des Preises schon gezahlt hatten und die Grundstücke als ihr Eigentum betrachteten. Für die Entstehung der Erbhofeigenschaft ist das sachenrechtliche Eigentum maßgebend. Das hat der Senat bereits in mehreren Beschlüssen ausgesprochen; es ist auch vom 3. Senat des REG (REG 3, 97 = J.W. 1936, 3236\*) vertreten worden. Soweit ein wirtschaftliches Eigentum anerkannt werden kann, reicht es doch zur Entstehung der Erbhofeigenschaft nicht aus. Die Eheleute Sch. haben das sachenrechtliche Eigentum an jenem Land erst am 21. Mai 1935 durch die Umschreibung und die vorangegangene wirksame Auflösung erworben. Die EGB vom

21. Dez. 1936 hat in § 18 Abs. 1 die frühere Bestimmung des § 5 der DV II zum REG übernommen, aber in § 18 Abs. 2 neu bestimmt: „Erfüllt beim Inkrafttreten dieser Verordnung eine Besitzung, die bis dahin noch nicht Erbhof geworden ist, die im Abs. 1 vorgegebenen Voraussetzungen (abgesehen von dem dort bezeichneten Stichtag), so wird sie mit dem Inkrafttreten dieser Verordnung Erbhof. Die Vorschriften des § 1 dieser Verordnung finden keine Anwendung.“ Die Besitzung war am Tage des Inkrafttretens der EHVB, also am 23. Dez. 1936, aus den angeführten Gründen noch kein Erbhof geworden. § 18 Abs. 2 EHVB ist also anwendbar. Die Besitzung konnte am 23. Dez. 1936 unter den in § 18 Abs. 1 bestimmten Voraussetzungen die Erbhofseigenschaft erlangen. Ob die Voraussetzungen am 23. Dez. 1936 erfüllt waren oder inzwischen erfüllt sind (§ 18 Abs. 3 EHVB), haben die Vorinstanzen noch nicht geprüft.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 12. Febr. 1937, 2 RB 2126/35.)  
(= REG 4, 61.)

\*

\*\* 45. §§ 1 Abs. 1, 2, 10 REG; § 25 EHVB. In einem gemischten Betrieb, in dem ein Teil der Gewerbebetriebe eingestellt worden ist, kann deren Stilllegung dann nicht als ein bloß vorübergehender Zustand angesehen werden, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt erscheint und den Umständen nach nichts dafür vorliegt, daß die Wiederinbetriebsetzung in absehbarer Zeit erfolgen wird.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 15. April 1937, 2 RB 1046/35.)  
(= REG 4, 117.)

\*

\*\* 46. §§ 1, 49 Abs. 4 REG; § 4 Abs. 1 Satz 2 EHVB; § 18 Abs. 1 EHVB. Erbhofseigenschaft gemischter Betriebe:

1. Ein gemischter Betrieb ist auch dann anzunehmen, wenn der Eigentümer die auf der Besitzung von ihm eingerichtete und anfänglich selbst betriebene Gastwirtschaft nicht mehr selbst ausübt, sondern durch Verpachtung nutzt. Bei der Abwägung der beiderseitigen Erträge kann in solchem Falle nicht einfach der erzielte Pachtzins den Erträgen der Landwirtschaft gegenübergestellt werden; zum Vergleich können vielmehr nur die Umsätze des gewerblichen Betriebs herangezogen werden, die nach der Lage, Art und Einrichtung des gewerblichen Betriebs bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung durch einen Gewerbetreibenden von durchschnittlicher Tüchtigkeit nachhaltig erzielt werden können.

2. Überdurchschnittliche Erträge des gewerblichen Betriebs haben beim Vergleich mit den Erträgen der Landwirtschaft auszuscheiden. Sind sie der besonderen Tüchtigkeit des Eigentümers zuzuschreiben, so kann aus ihnen allenfalls auf eine allein oder doch überwiegend gewerbliche Einstellung geschlossen werden.

3. Da der Umfang des Erbhofs in jedem Falle festgestellt werden muß, kann die Frage der Erbhofzugehörigkeit von Miteigentumsanteilen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 EHVB) nicht deshalb dahingestellt bleiben, weil auch ohne sie die Ackerbauung zu bejahen wäre.

Franz R. in B. ist Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke in B. in Größe von 8,13 ha. Er hat ferner das Miteigentum zu  $\frac{1}{2}$  an Walzparzellen von insgesamt 1,6093 ha Größe; der übrige Miteigentumsanteil gehört seiner Schwester. Den größten Teil seiner Ländereien hat er von seinen Eltern erworben. Die Ländereien hat er zunächst von der elterlichen Hofstelle aus bewirtschaftet. Im Jahre 1913 haben er und seine Ehefrau das Hausgrundstück Nr. 22 in B. in Größe von 0,1091 ha kauftlich erworben. In dem Hausgrundstück wurde schon zur Zeit des Erwerbes Gastwirtschaft, Schlächterei und Landwirtschaft betrieben. Die Eheleute R. haben diesen Betrieb fortgesetzt. Der Ehemann ist durch Kriegsbeschädigung 70% erwerbsbeschränkt. Im Jahre 1927 hat er wegen seines Leidens die Gastwirtschaft an die Brauerei S. für 1600 RM jährlich und vom 30. Juni 1935 ab an die Schlossbrauerei Sch. für 1200 RM verpachtet; nach dem zweiten Pachtvertrag sollen für jeden über 150 hl hinaus verschänkten Hektoliter 5 RM zu dem Pachtzins hinzutreten. In dem Pachtzins ist auch die Miete für einen Laden enthalten, in dem eine Kolonialwarenhandlung betrieben war. Die Schlächterei wurde nach der Auskunft der Brauerei S. während deren Pachtzeit nicht betrieben. Auch der Kolonialwarenhandel liegt still. Die Brauerei hatten die von ihnen gepachteten Betriebe an Wirth weiter verpachtet. Die Pächter wohnen in dem Wohnhaus, in dem sich auch die gewerblichen Räume befinden und der Eigentümer mit seiner Familie wohnt. Der Bierumsatz hat in den Jahren 1930 bis 1933 betragen: 226,42 hl, 188,33 hl, 162,41 hl und

149,58 hl; später soll er wieder gestiegen sein und im Pachtjahr vom 1. Juli 1935 bis 1. Juli 1936 238,99 hl betragen haben. Die landwirtschaftliche Fläche setzt sich aus rund 6 ha Ackerland, auf dem auch Weizen und Gerste angebaut werden, und aus reichlich 2 ha Wiesen zusammen. Der Gesamtumsatz der Landwirtschaft — einschließlich des steuerfreien Teils — ist vom Fin. auf 2835 RM für das Jahr 1928/1929, 2840 RM für das Jahr 1929/1930, 2717 RM für das Jahr 1930/1931, 2490 RM für das Jahr 1931/1932, 2308 RM für das Jahr 1932/1933, 3213 RM für die Zeit vom 1. Juli 1933 bis 31. Dez. 1934 und auf 1953 RM für das Kalenderjahr 1935 festgestellt worden. Der Viehbestand beträgt zwei Pferde, drei Kühe, eine Färse, eine Kalbe, ein Kalb, eine Ziege, eine Zuchtfau, vier Läufers, sieben Ferkel, zwei Malschweine und 23 Hühner. Der Einheitswert war zum 1. Jan. 1931 auf 11 300 RM festgesetzt worden, wovon 4100 RM auf den gewerblichen Teil entfielen; zum 1. Jan. 1935 ist er auf 7500 RM für die Landwirtschaft und auf 11 500 RM für die Gastwirtschaft festgesetzt worden. Auf dem Hausgrundstück ruhen eine Hypothek von 800 RM und eine Aufwertungshypothek von 2800 RM; die Feldgrundstücke sind unbelastet.

Gegen die Aufnahme der Besitzung in das gerichtliche Verzeichnis hat Franz R. Einspruch eingelegt.

Das REG hat den Einspruch zurückgewiesen, weil die Besitzung eine ausreichende Ackerbauung gewähre.

Hiergegen hat Franz R. sofortige Beschw. eingelegt. Er hat vorgebracht: In den 8,24 ha, die mit nur 7200 RM bewertet seien, sei auch der halbe Miteigentumsanteil an den 1,6 ha umfassenden Waldgrundstücken enthalten, die ihm mit seiner Schwester gemeinsam gehören. Der Viehstand sei nur durch die Hinzupackung von 2 ha Land, die hauptsächlich Wiesen seien, zu halten; auf dem Eigenland, zu dem Ödland und sehr steinige Flächen gehörten, könne er höchstens drei Kühe und drei Stück Jungvieh halten. Die Gastwirtschaft mit Laden habe er für 1400 RM verpachtet. Der Bierumsatz der Pächter betrage rund 200 hl jährlich.

Der Gemeindevorsteher in B. hat geäußert: Die Pachtsumme und der Bierumsatz seien richtig angegeben. Das bringe aber nicht die Wirtschaft, sondern der Wirt mit seiner Ehefrau, die sich eine starke Rundschaft erworben hätten. Früher, als R. noch die Betriebe zusammen gehabt habe, sei die Landwirtschaft in sehr hohem Maße der überwiegende Betrieb gewesen.

Der KrBf hat den Standpunkt vertreten: Die Besitzung bilde einwandfrei eine Ackerbauung und die Landwirtschaft überwiege.

Das EHGB hat die Beschw. zurückgewiesen und ausgeführt: Auch wenn man von den 9,8 ha die 1,6 ha abziehe, die dem Eigentümer Franz R. mit seiner Schwester gemeinsam gehören, so blieben noch rund 33 Morgen. Die Landwirtschaft überwiege auch heute noch, wie der Einheitswert vom 1. Jan. 1931 und die Umsätze ergäben. Der hohe Auschank des Pächters sei nur auf dessen Tüchtigkeit und auf die Güte des verschänkten Bieres zurückzuführen. Die 1400 RM Jahreseinnahme aus der Verpachtung seien den Eigentümer in die Lage, die Wirtschaftsgebäude so auszubauen, wie es die Bewirtschaftung erfordere, und den Hof lastenfrei zu machen. Die Erträge reichlen auch aus, um die weichenden Erben auszustatten, soweit das noch nicht geschehen sei. Die Belastung von 3600 RM sei auch für einen Erbhof tragbar.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige weitere Beschw. des Eigentümers Franz R. Den neuen selbständigen Beschwerdegrund sieht er darin, daß das EHGB die von ihm vorgebrachten Tatsachen nicht ausreichend gewürdigt und nur seine Pachtentnahmen den Erträgen der Landwirtschaft gegenübergestellt, es aber unterlassen habe, über die Erträge der Wirtschaft selbst Erklärungen anzustellen. Zur Sache wiederholt er sein früheres Vorbringen und führt noch an: Schon ein Bierumsatz von 200 hl ergebe einen gewerblichen Umsatz von 10—12 000 RM im Jahre. Die Gastwirtschaft mit Kegelbahn, Schlächterei und Kolonialwarenhandlung sei der Hauptbetrieb. Der Anteil an den Waldgrundstücken bringe fast gar keine Erträge.

Das REG hat ein Gutachten des Leiters der Landwirtschaftsschule und Wirtschaftsberatungsstelle in S. über die Anbau- und Ertragsverhältnisse der landwirtschaftlichen Besitzung eingeholt.

Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist gegeben. Die Entsch. des REG und des EHGB stimmen zwar in dem Ergebnis überein, daß sie den Einspruch für unbegründet erklären. Das REG hat aber nur die Ackerbauung geprüft. Das EHGB hat dagegen auch die Frage des gemischten Betriebes erörtert und beurteilt. Die Voraussetzung der Erbhofseigenschaft, daß bei dem gemischten Betrieb das Gewerbe nicht überwiegt und deshalb eine

landwirtschaftliche Nutzung i. S. des § 1 REG vorliegt, ist also nur in einer Instanz geprüft worden. Schon das läßt die weitere Beschw. nach § 49 Abs. 4 REG als zulässig erscheinen. Außerdem liegt ein Verfahrensverstoß mindestens insofern vor, als das EHG in den Gründen die Frage offenläßt, ob die Miteigentumsanteile zum Erbhof gehören. Schließlich reichen auch die Ermittlungen des EHG zu der Frage des gemischten Betriebes nicht aus.

Die hiernach zulässige Beschw. führt zur Aufhebung der Beschlüsse der Vorinst. Im Eigentum des Chemanns R. stehen die landwirtschaftlichen Grundstücke von rund 8,13 ha; das Haugrundstück mit rund 11 a gehört beiden Eheleuten gemeinsam. Die landwirtschaftlichen Grundstücke werden von dieser Hofstelle aus bewirtschaftet. Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 EHG sind hiernach gegeben. Ob die Gebäude in dem jetzigen Zustand völlig ausreichen, kann ungeprüft bleiben. jedenfalls sind sie verbessertsfähig und die Belebung kann die Kosten der Änderung tragen. Außerdem ist die Landwirtschaft bisher von dieser Hofstelle aus betrieben worden, so daß feststeht, daß eine Bewirtschaftung von ihr aus immerhin möglich ist, und das genügt zur Entstehung der Erbhofeigenschaft. Die landwirtschaftlichen Flächen von 8,13 ha setzen sich aus rund 6 ha Acker und reichlich 2 ha Wiese zusammen. Die Morgenreträte, die bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig erzielt werden können, erreichen im ganzen den Durchschnitt, wenn sie auch in einzelnen Fruchtarten unter ihnen liegen. Die Ertragsfähigkeit der Wiesen ist für die dortigen Verhältnisse gut. Der Viehbestand befindet sich in gutem Futterzustand. Bei dieser Sachlage kann die Ackerbauung nicht zweifelhaft sein, ohne daß es auf die vom Eigentümer angegebenen Zahlen in der Aufstellung ankommt, in der ein Jahresverlust aus der Landwirtschaft von 2059,80 RM errechnet wird. Die Aufstellung ist schon deshalb unzuverlässig, weil die Erträge viel zu niedrig angesetzt sind. Maßgebend sind die Erträge, die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft erzielt werden können. Nach dem Gutachten des Sachverständigen ist bei dieser Bewirtschaftung eine sichere und reichliche Ackerbauung gegeben. Für die Frage der Ackerbauung kommt es hiernach auf die Erbhofzugehörigkeit der Miteigentumsanteile an den Waldparzellen nicht mehr an.

Die auf der Besitzung betriebene Gastwirtschaft und die Landwirtschaft können schon deshalb nicht getrennt werden, weil nur ein Wohnhaus vorhanden ist, das für beide Betriebe benötigt wird und in dem sich auch die gewerblichen Räume befinden. Der Eigentümer betreibt seit 1927 mit Hilfe seines Sohnes nur noch die Landwirtschaft, während er die Gastwirtschaft und den Laden verpachtet hat. Das schließt die Annahme eines gemischten Betriebes, dessen Erbhofeigenschaft bei Überwiegen des gewerblichen Teils zu verneinen sein würde, im vorl. Falle nicht aus. Der Eigentümer hat nicht etwa nur Räume vermietet, die der Mieter dann gewerblich eingerichtet hat und nutzt, sondern er hat die von ihm eingerichtete und bis 1927 betriebene Gastwirtschaft nebst den übrigen gewerblichen Betrieben verpachtet. Er nutzt also seine eigene Gastwirtschaft durch Verpachtung. Aus demselben Grund darf bei der Abwägung nicht nur der von dem Eigentümer erzielte Pachtzins den Erträgen der Landwirtschaft gegenübergestellt werden. Andererseits können nicht schlechtlin die Umsätze, die der Pächter erzielt, in Rechnung gestellt werden. Der Umsatz einer Gastwirtschaft hängt erfahrungsgemäß erheblich von der Persönlichkeit und Tüchtigkeit des Gastwirts und seiner Ehefrau ab; hohe Umsätze, die ein besonders tüchtiger Gastwirt erzielt, verschwinden oft wieder, sobald ein Wechsel in der Person des Pächters oder sonstigen Bewirtschafters eintritt. Bei der Abwägung der Betriebe können nur Umsätze angesetzt werden, die nach der Lage, Art und Einrichtung des gewerblichen Betriebes bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung durch einen Gewerbetreibenden von durchschnittlicher Tüchtigkeit nachhaltig erzielt werden können. Daraüber hinausgehende Erträge scheiden danach aus, wenn der Pächter sie nur kraft seiner besonderen Tüchtigkeit und Persönlichkeit erzielt, und sie können, falls der Eigentümer selbst sie aus denselben Gründen erreicht, nur insofern Bedeutung gewinnen, als daraus auf eine allein oder doch überwiegend gewerbliche Tätigkeit und Einstellung des Eigentümers geschlossen werden und das bei der Beurteilung mitsprechen kann. Eine Prüfung von diesen Gesichtspunkten aus hat das REG, das überhaupt nur die Ackerbauung kurz bejaht hat, nicht angestellt und auch die Erörterungen des EHG genügen dazu nicht, wie dessen Ermittlungen und Ausführungen auch sonst zur Beurteilung der Frage, ob der gewerbliche Betrieb überwiegt, nicht ausreichen. Zu dieser Frage mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Erbhofeigenschaft nicht verneint werden kann, wenn die Landwirtschaft und der Gewerbebetrieb sich die Waage halten. Das setzt vielmehr ein Überwiegen des gewerblichen Betriebes voraus; nur dann kann die vom Gesetz erforderte landwirtschaftliche Nutzung in Frage gestellt werden.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 EHG gehörten Miteigentumsanteile an einem Grundstück zum Erbhof, wenn sie diesem dienen und im Verhältnis zu dem sonstigen, den Erbhof bildenden Grundbesitz von untergeordneter Bedeutung sind. Diese Vorschrift entspricht der Auslegung, die der bisher geltende § 2 DBD II zum REG in der Rspr. gefunden hatte. Die Miteigentumsanteile des Eigentümers an den Waldparzellen von insgesamt 1,6093 ha Größe sind hier zwar für die Frage der Ackerbauung bedeutungslos, weil diese auch ohne sie schon zu bejahen ist. Der Umtausch des Erbhofs muß aber in jedem Falle festgestellt werden und zugehörige Miteigentumsanteile sind in die Erbhöferolle einzutragen. Außerdem ist es nicht ausgeschlossen, daß zugehörige Miteigentumsanteile bei der Abwägung der Betriebe Bedeutung haben. Die Vorinst. haben die Zugehörigkeit der Miteigentumsanteile noch nicht geprüft.

Nach allem erscheint es geboten, die Sache zur Vornahme der nötigen weiteren Ermittlungen und zur erneuten Prüfung und Entsch. an das REG zurückzuverweisen.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 12. Febr. 1937, 2 RB 389/35.)  
< = REG, 4, 24. >

\*

#### \*\* 47. §§ 2, 6 Abs. 1, 3, 10, 56 REG.

1. § 6 Abs. 3 REG findet auf Mischbetriebe, die neben überwiegender reiner Landwirtschaft auch Obst- oder Gemüsebau pflegen, keine Anwendung.

2. Bei Mischbetrieben mit überwiegender Landwirtschaft und zusätzlichem Obst- oder Gemüsebau sind die dauernd gesicherten Erträge aus den Zusatzbetrieben bei der Prüfung der Ackerbauung mit zu berücksichtigen. So erscheinen z. B. die im Bodenseegebiet durch die dortigen Klima- und Bodenverhältnisse begünstigten Mischbetriebe mit Viehwirtschaft und Obstbau durchaus geeignet, als sichere Grundlage bürgerlicher Familien zu dienen, auch wenn die Viehwirtschaft für sich allein keine ausreichende Ackerbauung darstellt.

Die weitere Beschw. des LBf ist begründet.

Auf der Besitzung von 5,437 ha wird vorwiegend Viehwirtschaft betrieben. Die Besitzung weist zum größten Teil guten Boden auf, wenn auch  $2\frac{1}{2}$  Tagwerk Streuweien sind. Dafür sprechen die Bodenklassen, der verhältnismäßig hohe Einheitswert und der Viehbestand von sieben Kühen, bei dem allerdings die Zupackung von einem Tagwerk und der Zulauf von Kraftfutter berücksichtigt werden müssen. Zu einer Ackerbauung reicht diese Viehwirtschaft aber nicht ganz aus. Dies auch dann nicht, wenn die Ertragsfähigkeit durch Beseitigung der Obstbäume, welche die Gräserflächen befreien und dem Boden viel Nährstoffe entziehen, erhöht würde. Eine Ackerbauung ist aber zweifellos gegeben, wenn die Erträge aus dem Obstbau berücksichtigt werden. Dabei kann zwar nicht das besonders gute Obstjahr 1934 mit dem Ertrag von 150 Zentnern zugrunde gelegt werden. Die durchschnittlichen Erträge dürfen aber auf mindestens 800 RM angesetzt werden; dem hat auch der Eigentümer nicht widersprochen. Damit wird die an sich schon gute und extragreiche Wirtschaft auf eine sichere Ackerbauung gebracht. Die Grundstücke werden von der ausreichenden Hofstelle aus bewirtschaftet, bilden daher mit dieser eine Wirtschaftseinheit. An der Bauernfähigkeit und Bodenverbindlichkeit des Eigentümers, der den Besitz von seinem Vater übernommen hat und auf ihr selbst Viehwirtschaft und daneben Obstbau betreibt, ist auch nicht zu zweifeln. Die Schulden sind in der Hauptfache aus Abfindungen und aus der Übernahme einer Bürgschaft für den Schwager des Eigentümers entstanden; sie sprechen deshalb weder gegen die Ackerbauung noch gegen die Bauernfähigkeit des Eigentümers.

Hier nach bleibt die Frage, ob die Obstträge bei der Frage der Ackerbauung berücksichtigt werden dürfen. Die Vorinst. haben das verneint, weil § 6 Abs. 3 REG bestimmt, daß bei Obstbau ein Betrieb als Ackerbauung anzusehen sei, wenn der genutzte Grundbesitz auch bei Umstellung auf eine andere Art landwirtschaftlicher Nutzung als Ackerbauung i. S. des § 2 Abs. 2 REG anzusehen sein würde. Die Besonderheit des Falles besteht hier darin, daß der Betrieb aus Viehwirtschaft und Obstbau genügt ist und dabei die Viehwirtschaft bei weitem überwiegt. Bei Obst- und bei Gemüsebau können kleine und kleinste Flächen ausreichen, eine Familie von durchschnittlicher Zahl und der Wirtschaftsablauf zu erhalten. In ungünstigen Ertragsjahren oder bei schlechter Konjunktur sind solche Betriebe aber nicht lebensfähig. Sie bieten deshalb keine genügend sichere Grundlage für einen Erbhof. Aus diesen Gründen verlangt das Gesetz zur Erbhofeigenschaft der Obst- und Gemüsebaubetriebe, daß diese auch bei Umstellung auf eine Landwirtschaft eine Ackerbauung darstellen würden. Dieser Grund trifft bei einem Betriebe mit überwiegender Viehwirtschaft unter

Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Bodenseegebiets nicht zu. Die Biehwirtschaft mit sieben Kühen und rund 21 Morgen Land reicht zwar zu einer Ackernahrung nicht aus, bietet aber doch einen starken und sicheren Rückhalt für die Familie und den Betrieb. Der Obstbau wird im Bodenseegebiet nicht nur gelegentlich von dem einen oder anderen Besitzer betrieben; er ist vielmehr seit langem durch die für ihn günstigen Witterungs- und Bodenverhältnisse veranlaßt und gefördert und so seit alters zu der üblichen Nutzungart, zumeist genügt mit Biehwirtschaft, geworden. Die besonders günstigen klimatischen und auch Bodenverhältnisse der Gegend mindern auch die Gefahr einer völligen Wütherei auf ein geringes Maß. Die Erträge aus dem Obstbau sind dort als auf die Dauer gesichert anzusehen. So erscheinen die dort bodenständigen Mischbetriebe mit Biehwirtschaft und Obstbau durchaus geeignet, als sichere Grundlage für eine bäuerliche Familie zu dienen, und es besteht aller Grund, dieses Stück alten Bauerntums durch Anerkennung der Erbhofeigenschaft zu schützen und zu erhalten und es den Aufgaben, die ein Erbhof für Staat und Volk zu leisten hat, dientlich zu machen. Es ziehe in der Tat vor den tatsächlichen Verhältnissen die Augen verschließen, wenn die gesicherten zusätzlichen Einnahmen aus Obstbau, der neben einer überwiegenden Biehwirtschaft betrieben wird, wegen der Bestimmung des § 6 REG, dessen Zweck in solchen Fällen nicht angetastet wird, bei der Frage der Ackernahrung unberücksichtigt gelassen würden. Damit würde auch der nach § 56 REG maßgebende Zweck des REG, das Bauerntum durch die Erbhofeigenschaft als den Ernährer und die Blutquelle des Volkes zu erhalten, zugunsten eines starren Festhalts an dem Wortlaut des Gesetzes zurückgesetzt. Den tatsächlichen Verhältnissen und dem Zweck des REG entspricht vielmehr nur die Auffassung, daß § 6 Abs. 3 auf einen Betrieb, der nur neben vorwiegender reiner Landwirtschaft Obst- oder Gemüsebau pflegt, nicht anwendbar ist und die Erträge aus diesen Zusatzbetrieben, soweit sie dauernd gesichert erscheinen, bei der Ackernahrung berücksichtigt werden müssen.

Die Besitzung erfüllt also alle Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 5. März 1937, 2 RB 1869/35.)  
(= REG, 4, 18.)

\*

\*\* 48. § 2 Abs. 2 REG; §§ 5, 29 DB II; §§ 18 Abs. 2, 3, 20 bis 23, 55 ErhB; § 25 ErhBfD.

1. Die Bestimmungen in § 18 Abs. 2 und 3 ErhB, die nur der Bildung neuer und nicht der Stärkung bestehender Erbhöfe dienen sollen, beziehen sich nur auf Besitzungen, die nicht schon früher Erbhof geworden sind.

2. Ehegattenerhöfe können nach dem Stichtag vom 21. Dez. 1933 (Inkrafttreten der DB II) dadurch, daß zu einem bereits bestehenden Alleineigentums Erbhof eines Ehegatten von dem anderen Ehegatten Land hinzuerworben wird, nicht mehr entstehen (§ 18 Abs. 1—3 ErhB).

Der weiteren Beschr. des LBf ist insofern stattzugeben, als die Beschlüsse der Vorinst. aufzuheben und die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheid. an das AEG zurückzuverweisen ist (§ 25 ErhBfD). Streitig ist, ob eine Ackernahrung i. S. des § 2 Abs. 2 REG vorliegt. Das AEG und das REG haben das Vorhandensein einer Ackernahrung verneint. Sie haben ihrer Entsch. den im Alleineigentum des Chemannes G. stehenden Grundbesitz in der Größe von 7,95 ha zugrunde gelegt. Nach den Feststellungen des LBf ist die Chefrau G. jedoch seit 1934 Eigentümerin von weiteren 2 ha Land, die mit den Grundstücken ihres Chemannes zusammen von einer Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Diese 2 ha Land haben unter Hinzurechnung der dem Chemann gehörenden Grundstücke am 21. Dez. 1933 — in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der DB II — noch keine Erbhofeigenschaft erlangen können (§ 5 DB II), weil die Chefrau G. damals noch nicht Eigentümerin der Parzellen war. Ihre Erbhofeigenschaft ist auch nicht am 23. Dez. 1936 — in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der ErhB — begründet worden (§ 18 Abs. 2 ErhB), falls der im Alleineigentum des Chemannes stehende Grundbesitz — was mangels der unzureichenden Feststellungen in den Vorinst. noch nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann — bereits am 1. Okt. 1933 Erbhof geworden sein sollte. Nach § 18 Abs. 2 ErhB wird eine Besitzung, die bis dahin noch nicht Erbhof geworden ist, am 23. Dez. 1936 Erbhof, wenn sie an diesem Tage die in § 18 Abs. 1 ErhB vorgegebenen Voraussetzungen (abgelehnt von dem dort bezeichneten Stichtag) erfüllt. Die Ehegattenerhöfeigenschaft kann also auf Grund dieser Vorschrift nicht dadurch begründet werden, daß zu einem bereits bestehenden Erbhof eines Ehegatten von dem anderen Ehegatten ein Grundstück hinzugezogen ist.

Es ist vorbehalten, denn § 18 Abs. 2 ErhB bezieht sich wie § 18 Abs. 3 nur auf solche Besitzungen, die noch nicht Erbhof geworden sind. Andernfalls würde es Ehegatten, von denen bereits einer Alleineigentümer eines Erbhofes ist, unter Umständen möglich sein, auch in Zukunft (§ 18 Abs. 3 ErhB) einen Ehegattenerhöf, auf den die Sondervorschriften der §§ 20—23 ErhB anwendbar sind, künstlich dadurch zu schaffen, daß der andere Ehegatte Grundbesitz hinzugewirkt. Das hat der Gesetzgeber durch die in § 18 Abs. 3 ErhB vorgesehene Voraussetzung, daß die Besitzung noch nicht Erbhof ist, vermieden wollen; die entsprechende Voraussetzung in § 18 Abs. 2 ergibt, daß diese Bestimmungen nur der Bildung neuer und nicht der Stärkung bereits vorhandener Erbhöfe dienen sollen. Die etwaige bereits am 1. Okt. 1933 begründete Erbhofeigenschaft der im Alleineigentum des Chemannes stehenden 7,95 ha hat daher zur Folge, daß der im Jahre 1934 erworbene Grundbesitz der Chefrau, der — für sich allein betrachtet — keine Ackernahrung i. S. des § 2 Abs. 2 REG bietet, weder am 23. Dez. 1936 noch in einem späteren Zeitpunkt Erbhofeigenschaft erlangt hat.

Sollte jedoch der dem Chemann gehörende Grundbesitz am 1. Okt. 1933 noch nicht Erbhofeigenschaft erlangt haben — etwa, weil es insoweit an der erforderlichen Ackernahrung i. S. des § 2 Abs. 2 REG fehlte —, so bleibt zu prüfen, ob der Gesamtbesitz beider Ehegatten gemäß § 18 Abs. 2 ErhB am 23. Dez. 1936 Erbhof geworden ist.

Angesichts der bislang unzureichenden tatsächlichen Feststellungen bleibt es dem AEG überlassen (§ 25 ErhBfD), für eine erschöpfende Aufklärung des Sachverhalts Sorge zu tragen.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 18. Febr. 1937, 2 RB 2053/35.)  
(= REG, 4, 77.)

#### \*\* 49. § 7 Abs. 1 REG.

1. Die Bewirtschaftung eines Grundstücks von der Hofstelle aus ist zu bejahen, wenn Bestellung, Bearbeitung und Abertung von der Hofstelle aus geschehen. Daraus, wem die Erträge zufließen, kommt es nicht an.

2. Für die Frage, ob ein Erbhof entstanden ist, ist nur das sachenrechtliche Eigentum maßgebend; ein wirtschaftliches Eigentum ist insoweit nicht anzuerkennen.

Die weitere Beschr. des LBf gegen den dem Einspruch stattgebenden Beschuß des REG ist begründet.

Nach § 7 REG gehören zum Erbhof alle im Eigentum des Bauern stehenden Grundstücke, die regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Von der Besitzung von 9,2659 ha stehen 8,7001 ha im Alleineigentum der Chefrau J. und 56,58 a im Miteigentum der Cheleute J. Die Grundstücke von 1,5107 ha, die der Tochter Maria K. seit 1930 überlassen sein sollen, werden nach wie vor von der Hofstelle aus mit dem Vieh und Gerät der Eltern bestellt, bearbeitet und abgeerntet. Ob die Tochter und ihr Chemann hierbei, wie überhaupt bei der Bewirtschaftung des elterlichen Anwesens mitwirken, ist ebenso unerheblich wie die Angabe, daß sie den Kunstdünger und einen Teil des Saatguts für jene Grundstüke stellten. Die Ansicht des REG, daß nur die Grundstücke i. S. des § 7 REG von der Hofstelle aus bewirtschaftet würden, deren ganze Erträge in Natur oder in Gestalt des vollen Gegenwertes den Eigentümern zufließen, hat das REG in ständiger Anspr. für unrichtig erklärt. Es ist zwar erwünscht und das Ziel des REG, daß der Bauer seine Grundstücke selbst für sich und seine Sippe nutzt. Ob das hier nicht zutrifft, weil die Nutzungen jener Grundstücke der Tochter, also einem Sippennmitglied, zufallen, braucht nicht geprüft zu werden. Denn das REG hat jenes Ziel nicht zur Voraussetzung der Erbhofeigenschaft gemacht. Es verlangt dazu nur die Bewirtschaftung von der Hofstelle aus, und die Bewirtschaftung erschöpft sich in der Bestellung, Bearbeitung und Abertung der Grundstücke. Die andere Auffassung würde auch dem Streben des Gesetzes, möglichst allen geeigneten Grundbesitz zu erfassen, zuwiderlaufen, zur Rechtsunsicherheit führen und die Realteilung geradezu fördern. Das Ziel, das das REG mit Hilfe des Reichsnährstandes zu erreichen sucht, kann nicht schon der Erbhofeigenschaft vorausgesetzt werden. Auf die Bewirtschaftung in jenem Sinne und nicht darauf, wem die Erträge zufließen, kommt es an. Irgendwelche Bindungen, die der Eigentümer hinsichtlich der Bewertung oder Abgabe der Nutzungen eingegangen ist, sind für die Frage, ob die Grundstücke zum Erbhof gehören, belanglos. Sie ändern nichts daran, daß die Grundstücke von der Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß die Grundstücke deshalb aus der Wirtschaftseinheit ausgeschieden seien, weil die Eigentümer die Erträge ihrer Tochter überlassen. Übrigens ist auch ein wirtschaft-

siches Eigentum für die Frage, ob ein Erbhof entstanden ist, nicht anzuerkennen. Nur das sachenrechtliche Eigentum ist maßgebend. Die Grundstücke, deren Erträge die Tochter seit 1930 erhält, gehören also ohne Zweifel zum Hof.

(RGHG, 2. Sen., Beschl. v. 12. Febr. 1937, 2 RB 1406/35.)

< = RGHG 4, 11. >

\*

\*\* 50. §§ 7, 37 Abs. 2 RGHG. **Voraussetzung für die Verneinung der Erbhofzugehörigkeit eines Grundstücks ist einmal die Bewirtschaftung des Grundstücks von einer fremden Hoffstelle aus, ferner eine endgültige Abtrennung von der Hofwirtschaft.** Für die Bewirtschaftung von fremder Hoffstelle aus kommt es darauf an, daß das abgetrennte Land aus der bisherigen Betriebsgemeinschaft herausgenommen und in einen anderen Wirtschaftsbereich eingegliedert worden ist. Ein dauerndes Ausscheiden aus dem Hofverband ist regelmäßig nicht anzunehmen, wenn vor dem Inkrafttreten des RGHG Grundstücke ohne Eigentumsübertragung außerhalb des Heimatorts wohnenden Kindern überlassen worden sind, die die Grundstücke nicht selbst bewirtschaften können, sondern durch Verpachtung nutzen.

Der Genehmigung nach § 37 Abs. 2 RGHG unterliegen solche Grundstücke nicht, die nicht als erbhofsähig gelten. Erbhofzugehörigkeit besteht bei allen Grundstücken, die auf den Namen des Hofeigentümers im Grundbuch eingetragen sind und regelmäßig von der Hoffstelle aus bewirtschaftet werden (§ 7 RGHG). Für die Erbhofzugehörigkeit eines Grundstücks ist danach nicht allein das Eigentumsverhältnis bestimmend, sondern es ist außerdem noch Wirtschaftsverbundenheit erforderlich. Einem Grundstück fehlt der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Hofe, wenn es von einer fremden Hoffstelle aus bewirtschaftet wird. Die nur vorübergehende Abtrennung von der Hofwirtschaft führt aber den Wegfall der Hofzugehörigkeit noch nicht herbei (§ 7 Abs. 2 RGHG). **Voraussetzung für die Verneinung der Erbhofzugehörigkeit eines Grundstücks ist demnach einmal die Bewirtschaftung des Grundstücks von einer anderen Hoffstelle aus und ferner die Herstellung eines endgültigen Zustandes.** Die Frage, ob die wirtschaftliche Verbundenheit zeitweilig oder endgültig aufgehoben ist, wird vielfach nur unter Berücksichtigung der Wissensrichtung des Eigentümers zu beantworten sein. Wenn der Bauer also einem Kind ohne Eigentumsübertragung Grundstück zu eigener Bewirtschaftung überlassen hat und das Kind diese Grundstücke beim Inkrafttreten des RGHG von einer hoffremden Betriebsstelle aus bewirtschaftet, so ist die Erbhofzugehörigkeit als wegfallen zu betrachten, wenn der Bauer eine dauernde Zuwendung der Grundstücke an das Kind beabsichtigt hat. Die Absicht einer dauernden Beggabe der Grundstücke an ein Kind wird namentlich vorliegen, wenn das Kind in die Lage versetzt werden sollte, mit den zugewiesenen elterlichen Grundstücken, gebenenfalls zusammen mit schon vorhandenem eigenen Grundbesitz, einen eigenen landwirtschaftlichen Betrieb zu begründen, der ihm und seiner Familie ein selbständiges Dasein ermöglicht. In derartigen Fällen wird trotz bisher unterlassener Eigentumsübertragung stets die Absicht fehlen, die Grundstücke später wieder mit der früheren Hofwirtschaft zu vereinigen, weil sonst dem Abkömmling die Grundlage seines Seins entzogen würde, daß er auf der Bewirtschaftung der ihm zugewendeten Grundstücke aufgebaut hat.

Im vorl. Fall hat die Witwe Juliane H. bei der im Jahre 1924 durchgeführten Aufteilung des zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Grundbesitzes zwei außerhalb des Heimatortes wohnenden Söhnen Egidius und Otto Grundstücke ohne Eigentumsumschreibung zugewiesen. Der Sohn Otto, der in Amerika lebt, ebenso aber auch Egidius, der in dem 10 km entfernt liegenden Ort II. verheiratet ist, haben die Grundstücke, da eine eigene Bewirtschaftung nicht in Frage kam, von vornherein ihren im Heimatort E. verbliebenen, zum Teil auf anderen Hoffstellen wohnenden Geschwistern pachtweise überlassen. Es braucht nun nicht untersucht zu werden, welche einzelnen Flächen die verschiedenen in E. lebenden Geschwister als Pächter ihrer Brüder bewirtschaften. Denn die beiden Söhne Egidius und Otto ziehen jedenfalls infolge der Verpachtung nur einen geldlichen Nutzen aus den zugewiesenen Grundstücken. Der Wille der Mutter Juliane H. ging allerdings wohl dahin, auch Egidius und Otto eine dauernde Zuwendung aus dem elterlichen Vermögen zu machen, die ihnen nun in Gestalt der Pachtentnahmen zufügt. Die Verwirklichung dieser Absicht setzt aber nicht notwendig voraus, daß den beiden Söhnen die ihnen zugewiesenen Grundstücke dauernd belassen werden. Beide Söhne sind auf den von den Eltern stammenden Grundbesitz, der ihnen nicht als Grundstock eines landwirtschaftlichen

Betriebes dient, nicht angewiesen. Juliane H. andererseits konnte die Grundstücke jederzeit wieder von ihrer Hoffstelle aus, nötigenfalls mit Hilfe ihrer in E. lebenden Kinder, bewirtschaften oder selber verpachten und den auf diese Weise erzielten Gewinn den beiden Söhnen als Ausgleich für die Landzuteilung an die anderen selbstwirtschaftenden Geschwister zuwenden. Bei dieser oder einer ähnlichen Sachlage kann daher regelmäßig nicht angenommen werden, daß die Grundstücke den nicht selbst auf ihnen wirtschaftenden Kindern endgültig überlassen werden sollten und dadurch die Verbindung mit der ursprünglichen Hofwirtschaft für immer verloren sollten. Ihre Zugehörigkeit zum Erbhofe nach § 7 RGHG ist vielmehr unberührt geblieben.

Nach dem Vortrage der Witwe H. sind ferner den in E wohnhaften Kindern je etwa 5 ha zugewiesen worden. Von den Kindern wohnt Hedwig seit 1926 bei ihrem Ehemann Alfons Th. im Haus Nr. 4, Mechtilde seit 1924 bei ihrem Ehemann Hugo D. im Haus Nr. 13 und Longin seit 1928 im Haus Nr. 66, das seiner Ehefrau gehört. Alfons Th., Hugo D. und Longin H. sind Landwirte und bewirtschaften Land, das ihnen selbst oder ihren Ehefrauen gehört. Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß sie auch den von der Witwe Juliane H. zugewiesenen, anteiligen Grundbesitz seit der Verheiratung, mindestens aber seit 1930, zusammen mit ihrem übrigen Lande bewirtschaften. Das noch auf den Namen der Witwe H. und ihrer in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit ihr lebenden Kinder im Grundbuch eingetragene Land wurde somit beim Inkrafttreten des RGHG tatsächlich von fremden Hoffstellen aus bewirtschaftet. Dabei spielt es keine Rolle, in welchen Eigentüme die fremden Betriebsstellen stehen, sofern sie nur nicht zu dem bisherigen Hofe gehört. Entscheidend ist, ob das abgetrennte Land aus der bisherigen Betriebsgemeinschaft herausgenommen und in einen anderen Wirtschaftsbereich eingegliedert ist. Das trifft in den vorgenannten Fällen zu. Es kann ferner davon ausgegangen werden, daß das den erwähnten Kindern zugewiesene Land als Ausstattung dienen und die Begründung einer Familie ermöglichen sollte. Es war also bei diesen Kindern, die aus der eigenen Landwirtschaft ihren Lebensunterhalt ziehen, eine endgültige Regelung beabsichtigt. Nach allem sind bei der Aufteilung an Hedwig Th., Mechtilde D. und Longin H. die Voraussetzungen des § 7 RGHG für die Aufhebung der Erbhofzugehörigkeit gegeben; ein auf die Erteilung der Veräußerungsgenehmigung gerichteter Antrag ist insoweit als gegenstandslos abzuweisen. Es muß indes im einzelnen ermittelt werden, welche Grundstücke aus dem Gesamtgute von Hedwig Th., Mechtilde D. und Longin H. am 1. Okt. 1933 von der eigenen Hoffstelle aus bewirtschaftet sind. Hinsichtlich dieser Grundstücke, die in neue Verzeichnisse aufzunehmen sind, ist der Genehmigungsantrag als gegenstandslos abzuweisen. Der Ausspruch der Anerbenbehörden, hinsichtlich welcher Grundstücke das Genehmigungsverfahren mangels Genehmigungsbefürftigkeit gegenstandslos ist, muß die in Frage kommenden einzelnen Grundstücke ergeben, weil sonst die anerbengerichtliche Entscheidung für das mit der Eigentumsumschreibung zu befassende GBA. nicht brauchbar sein würde. Die noch erforderlichen Feststellungen sind zweckmässigerweise dem RGHG zu übertragen.

Das EHG hat auch ausgesprochen, daß der an den Sohn Friedrich H. abgetretene Grundbesitz keine Erbhofzugehörigkeit habe. Diesem Standpunkte kann nicht zugestimmt werden. Friedrich H. mag die Bewirtschaftung des ihm zugewiesenen Landes zusammen mit seinem und seiner Ehefrau eigenen Grundbesitz von dem Haus Nr. 44 aus führen. Dieses Haus, das außer dem Wohnhaus einen Futterboden mit Einfahrt, Stallungen, Scheuer und Schweinställe, Hofraum und Wurzgärtchen umfaßt und erst während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft dazu erworben worden ist, ist aber, ebenso wie das Haus Nr. 65, der Stammhof, unverteilt geblieben. Das Haus Nr. 44 ist also nicht als selbständige Hoffstelle ausgesondert worden, sondern ist in dem bisherigen Hofverbande belassen. Unter diesen Umständen kann nicht zugrunde gelegt werden, daß Friedrich H. seine Landwirtschaft einschließlich der ihm aus dem Gesamtgute zugewiesenen Flächen von einer hoffremden Betriebsstätte aus geführt habe. Verlust der Erbhofzugehörigkeit nach § 7 RGHG kommt daher nicht in Frage. Ebenowenig hat hinsichtlich der von dem Sohn Albert H. bewirtschafteten Grundstücke ein Ausscheiden aus der Hofgemeinschaft stattgefunden. Albert H., der unverheiratet ist, lebt bei der Mutter Juliane H. in dem Haus Nr. 65, das von der Verteilung noch ausgenommen ist, und wirtschaftet von hier aus. Eine selbständige Hoffstelle in der Hand des Sohnes Albert ist danach nicht entstanden und das von ihm bewirtschaftete Land ist nicht nach § 7 RGHG erbhofs frei geworden.

Soweit also Grundstücke an Egidius und Otto sowie Fried-

rich und Albert H. verteilt sind, kann es sich nur noch darum handeln, ob ihre Veräußerung nach § 37 Abs. 2 REG zu genehmigen ist. (Dazu folgen weitere Ausführungen.)

(REG, 3. Sen., Beschl. v. 20. Jan. 1937, 3 RB 236/35.)  
< REG 4, 1.>

\*\* 51. §§ 10, 37 REG.

**Verhältnis von Feststellungs- und Genehmigungsverfahren, Feststellungs- und Genehmigungsentscheid:**

1. Soll in einem im ersten Rechtszug anhängigen Genehmigungsverfahren über die Erbhofeigenschaft entschieden werden, so kann das REG die beiden Verfahren verbinden, also in erster Linie über die Erbhofeigenschaft und bei deren Bejahung über die Genehmigung entscheiden.

2. Die Aussetzung des Genehmigungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Durchführung des Feststellungsverfahrens wird vor dem REG nur ausnahmsweise in Frage kommen. Dagegen bildet die Aussetzung des Genehmigungsverfahrens die Regel, wenn der Feststellungsantrag erst im zweiten oder dritten Rechtszug des Genehmigungsverfahrens gestellt wird, da die Entsch. über die Erbhofeigenschaft am zweitmäigsten von dem mit den örtlichen Verhältnissen betrauten REG getroffen wird.

3. Kann ausnahmsweise einmal vermöge der erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts auch das EHG oder das REG die begehrte Feststellung über die Erbhofeigenschaft treffen, so muß doch über den Feststellungsantrag wirklich entschieden werden; es genügt nicht, den etwa angenommenen Mangel der Erbhofeigenschaft nur in den Gründen des im Genehmigungsverfahren erlaßten Beschlusses auszusprechen.

4. Es ist zulässig, bei Streit über die Erbhofeigenschaft ohne ausdrückliche Entsch. über diese die Genehmigung für den Fall zu erteilen, daß der Grundbesitz Erbhof sein sollte. Auf keinen Fall aber darf ein ausdrücklich erhobener Feststellungsantrag übergegangen und etwa nur in den Gründen des die Genehmigung betreffenden Beschlusses erörtert werden.

Im vorl. Falle handelte es sich im ersten Rechtszuge nur um die Genehmigung einer Hofübergabe nach § 37 Abs. 3 REG. Im zweiten Rechtszuge wird aber — mit dem Antrag der Beschl. unter Aufhebung des Beschlusses des REG

1. festzustellen, daß der zu übergebende Hof kein Erbhof sei,  
2. eventuell die Veräußerung des Hofs auf Grund des Über-

gabevertrages zu genehmigen —

in erster Linie eine Feststellung nach § 10 REG und nur hilfsweise in zweiter Linie die Genehmigung der Hofübergabe begehr. Das Verfahren nach § 37 Abs. 3 REG und das Verfahren nach § 10 REG stehen zueinander insofern in einem Abhängigkeitsverhältnis, als die Genehmigung einer Veräußerung nach § 37 REG voraussetzt, daß die Erbhofeigenschaft des zu veräußernden Grundbesitzes gegeben ist. Ist diese Erbhofeigenschaft nicht gegeben, so ist eine Genehmigung der Veräußerung nicht erforderlich. Wird in einem Verfahren wegen Genehmigung einer Hofübergabe oder sonstigen Veräußerung die Erbhofeigenschaft zweifelhaft und streitig, so ist in der Regel das Genehmigungsverfahren bis zur Entsch. über die Erbhofeigenschaft auszusetzen, da im Falle der Verneinung der Erbhofeigenschaft das Genehmigungsverfahren gegenstandslos wird. Der Senat hat schon wiederholt solche Aussetzungsbeschlüsse gefaßt (vgl. RDR 1936, 71).

Das Gericht kann aber auch die beiden Verfahren verbinden, über die Erbhofeigenschaft — die Vorausezung für die Genehmigung — in erster Linie und bei Bejahung der Erbhofeigenschaft über die Genehmigung entscheiden. Wird der Antrag auf Feststellung der Erbhofeigenschaft in einem anhängigen Genehmigungsverfahren schon im ersten Rechtszug gestellt, so wird die Verbindung der beiden Verfahren (nach § 37 und § 10 REG) die Regel sein und eine Trennung der beiden und eine Aussetzung des einen Verfahrens bis zur rechtskräftigen Durchführung des anderen nur ausnahmsweise in Frage kommen. Wird der Feststellungsantrag aber erst im zweiten oder dritten Rechtszug des Genehmigungsverfahrens gestellt, so wird regelmäßig zuerst das REG, das mit den örtlichen Verhältnissen am besten vertraut ist, eine größere Gewähr für die richtige Würdigung der besonderen tatsächlichen Lage des Hofs bietet und die bessere Möglichkeit des Vergleichs dieses Hofs mit anderen schon als Erbhöfe oder nicht als Erbhöfe festgestellten Grundstücken hat, auch die in der Gegend übliche Bemessung des Einheitswertes kennt, über die Erbhofeigenschaft entscheiden (vgl. REG, 1. 193, 196 = JW. 1935, 1499<sup>17</sup>; REG, 3, 107 = JW. 1936, 3236<sup>18</sup>). Bei besonders gelagerten Verhältnissen und schon hinreichender Aufklärung aller für die Feststellung der Erbhofeigenschaft maßgebenden Umstände besteht kein Hindernis, daß auch das EHG oder das REG im Genehmigungsverfahren unmittel-

bar über den erst bei diesen Gerichten gestellten Feststellungsantrag mitentscheidet. Doch muß in diesem Falle über den am weitesten gehenden Antrag auf Feststellung der Erbhofeigenschaft auch wirklich entschieden werden und der etwa angenommene Mangel der Erbhofeigenschaft nicht etwa nur in den Gründen der Entsch. über die Genehmigung erwähnt werden (vgl. REG, 3, 97 ff., 107, 108, 110 = JW. 1936, 3236<sup>19</sup>).

Es steht in der Regel auch nichts im Wege, wenn die Anerbenbehörden trotz Streitigwerdens der Erbhofeigenschaft in einem anhängigen Genehmigungsverfahren beim Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Genehmigung diese Genehmigung erzielen, ohne zugleich über die Erbhofeigenschaft zu entscheiden. In diesem Falle steht aber nur fest, daß, wenn der Grundbesitz ein Erbhof ist, die rechtlichen Voraussetzungen für eine Genehmigung und Veräußerung gegeben sind. Bei einer späteren Verneinung der Erbhofeigenschaft würde der gefaßte Beschuß gegenstandslos werden (vgl. REG, 1, 51 ff., 54 = JW. 1934, 2697<sup>20</sup>). Die gleichwohl zuvor erteilte — nicht erforderlich gewesene — Genehmigung der Veräußerung ist unzulässig.

Es geht aber nicht an, einen ausdrücklich gestellten Antrag auf Feststellung der Erbhofeigenschaft (nach § 10 REG) zu übergreifen und nur in den Gründen des die Genehmigung der Hofübergabe betreffenden Beschlusses auszuführen, daß ein Erbhof nicht vorliegt. Einem solchen Verfahren steht insbes. auch das Bedenken entgegen, daß, falls der Beschuß des REG rechtskräftig geworden und auf Grund der Rechtsauffassung des REG die Veräußerung i. S. des Übergabevertrages durchgeführt worden wäre, für den Erbhof kein Hindernis bestanden hätte, durch Antragstellung ein Verfahren wegen Feststellung der Erbhofeigenschaft nach § 10 REG beim REG anhängig zu machen und in diesem neuerlichen Verfahren unter Umständen eine Feststellung, daß ein Erbhof gegeben ist, herbeizuführen. Die Beschußbeginnung des REG stand einem solchen Verfahren nicht entgegen. Es würden in diesem Falle wegen der inzwischen erfolgten Erfüllung des Übergabevertrages voraussichtlich erhebliche Schwierigkeiten erwachsen, wenn das Genehmigungsverfahren wieder aufgegriffen und erledigt werden müßte. — Die Durchführung des Feststellungsverfahrens gebot sich für das REG, wenn es die Erbhofeigenschaft verneinen will, um so mehr, als der Grundbesitz im gerichtlichen Verzeichnis der Erbhöfe eingetragen ist, als ferner das REG eine Adernahme für gegeben erachtete.

Die Sache mußte aus den angeführten Gründen an das REG zur neuen Entsch. zurückverwiesen werden. Das REG wird das Genehmigungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entsch. über den Feststellungsantrag auszusetzen und diesen Antrag zur weiteren Aufklärung und zuständigen Entsch. dem REG zu übermitteln haben.

(REG, 1. Sen., Beschl. v. 28. Jan. 1937, 1 RB 1116/35.)  
< REG, 4, 56.>

\*

\*\* 52. §§ 10, 49 Abs. 4 REG; §§ 12 Abs. 1, 40 Abs. 1 Satz 2 EGBvD; §§ 181, 891, 925 BGB; § 40 GBD. a. F.; § 10 Abs. 4 PrGes. v. 16. April 1860.

1. Wenn auch die Vermutungen des § 891 BGB. als für das Verfahren vor den Anerbenbehörden geltend anzusehen sind, so dürfen die Anerbenbehörden doch nicht einem Beteiligten den Gegenbeweis gegen die Vermutungen auferlegen.

2. Die Anerbenbehörden können zwar zum Zwecke der Herbeiführung einer Entsch. der ordentlichen Gerichte über die Eigentumsfrage das Verfahren aussehen, wenn sie nicht selbst — wozu sie befugt sind — die Prüfung der Eigentumsverhältnisse vornehmen wollen; keinesfalls aber — auch nicht im Anlegungsverfahren — dürfen sie hinsichtlich des Eigentums erhobene Bedenken unberücksichtigt lassen und die Entsch. über die Erbhofeigenschaft auf einer bewußt in Zweifel gelassenen Grundlage aufbauen.

3. Ein Übertragsvertrag auf Grund des § 10 Abs. 4 PrGes. v. 15. April 1860, bei dem das Barvermögen ausdrücklich ausgenommen ist, stellt keine vollständige — die (fortgesetzte) westfälische Gütergemeinschaft beendende — Auseinanderziehung mit den Kindern (Schichtung) dar.

Die im Grundbuch von L. Bd. 5 Bl. 72 eingetragene Besitzung von rund 31 ha und die im Grundbuch von Be. Bd. 11 Bl. 212 verzeichneten Grundstücke von 6,41 ha waren früher Eigentum der Eheleute Heinrich und Christine H., die in westfälischer Gütergemeinschaft nach dem Ges. v. 16. April 1860 lebten. Heinrich H. starb im Jahre 1903. Seine Witwe setzte die Gütergemeinschaft mit ihren sechs Kindern fort. Durch den notariellen Vertrag, den sie am 28. Mai 1918 mit ihrem Sohn Karl H. ge-

schlossen hat, übertrug sie das gütergemeinschaftliche Vermögen, insbes. den Grundbesitz, mit Ausschluß des Barvermögens auf ihren Sohn Karl H.; dieser verpflichtete sich u. a., an seine vier Brüder und an seine Schwester Abfindung zu zahlen; in dem Vertrage be Vollmächtigte die Witwe H. „für sich und ihre Erben“ ihren Sohn Karl, die Grundbesitzung an sich aufzulassen. Am 17. Juni 1918 ging beim GBA. der Antrag der Witwe H. ein, den im Grundbuch von L. Bd. 5 Bl. 72 auf ihren und ihres Mannes Namen eingetragenen Grundbesitz auf sie und ihre Kinder in fortgesetzter Gütergemeinschaft umzuzeichnen. Am 19. Juni 1918 ließ Karl H. denselben Besitz auf Grund jener Vollmacht an sich auf. Die Besitzung L. Bd. 5 Bl. 72 wurde am 26. Juni 1918 auf die Witwe H. in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit ihren Kindern und dann auf Karl H. im Grundbuch umgeschrieben. Karl H. bewirtschaftet seitdem die Besitzung. Seine Brüder sind auch auf dem Anwesen geblieben; über den Umfang ihrer Mitarbeit besteht zwischen den Brüdern Streit. Die Witwe H. starb am 17. Sept. 1918. Am 4. Okt. 1920 ließ Karl H. auch die Grundstüde Be. Bd. 11 Bl. 212 auf Grund jener Vollmacht an sich auf. Das GBA. verlangte zur Eintragung die Zustimmung der Geschwister; diese ist nicht beigebracht worden. Die Auflösung dieser Grundstüde ist noch nicht erfolgt; sie stehen noch auf den Namen der Eltern H. eingetragen.

Die gesamte Besitzung einschließlich der Grundstüde Be. Bd. 11 Bl. 212 ist auf den Namen des Karl H. in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle vorgesehenen Höfe aufgenommen worden. Hiergegen haben zwei Brüder, nämlich Friedrich und August H., sich in Eingaben an das AEG gewandt, die sie als Einsprüche bezeichnet haben. Sie haben vorgebracht: Die Auflösung der Grundstüde L. Bd. 5 Bl. 72 sei ungültig gewesen, weil die Zustimmung der anteilsberechtigten Geschwister gefehlt habe; deshalb habe Karl H. das Eigentum an dieser Besitzung nicht erlangt; die Besitzung stehe vielmehr im Miteigentum der Geschwister H. Das gelte vollends für die Grundstüde Be. Bd. 11 Bl. 212, die überhaupt noch nicht auf den Namen des Karl H. umgeschrieben seien.

Das AEG hat die Einsprüche als unzulässig zurückgewiesen.

Das LGHG hat auf die Beschw. der Brüder August und Friedrich H. angeordnet, daß die Grundstüde Be. Bd. 11 Bl. 212 nicht in die Erbhöferolle einzutragen seien; im übrigen hat es die Beschw. als unzulässig verworfen. Es hat ausgeführt: Die Grundstüde Be. Bd. 11 Bl. 212 ständen im Miteigentum der Brüder H.; insoweit seien die Beschw. einspruchsberechtigt und ihre Beschw. begründet. Dagegen seien die Einsprüche hinsichtlich der Grundstüde L. Bd. 5 Bl. 72 unzulässig. Einspruchsberechtigt seien nur der Eigentümer und der BrvF, nicht aber Personen, die nur einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hätten. Karl H. stehe als Eigentümer im Grundbuch eingetragen; das begründe gemäß § 891 BGB. die Vermutung für sein Eigentum. Zur Entscheidung über den Einwand der Beschw., daß das GBA. die Grundstüde L. Bd. 5 Bl. 72 unter Verlehnung von Vorschriften der GVO. zu Unrecht als Eigentum des Karl H. eingetragen habe, seien die ordentlichen Gerichte zuständig.

Mit der sofortigen weiteren Beschw. beantragen Friedrich und August H., zu erkennen, daß auch die im Grundbuch von L. Bd. 5 Bl. 72 verzeichneten Grundstüde kein Erbhof seien.

Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt schon deshalb vor, weil das LGHG eine von den Beschw. eingelegte Beschw. als unzulässig verworfen hat. Ubrigens kommt es darauf nicht an. Es liegen besondere Gründe vor, die eine Nachprüfung durch die dritte Instanz geboten erscheinen lassen. Die Vorinst. haben die Einsprüche der Beschw., soweit sie den Grundbesitz L. Bd. 5 Bl. 72 betreffen, für unzulässig erachtet. Anträge sind im Verfahren vor den Anerbenbehörden nach Möglichkeit so auszulegen, wie sie für die Antragsteller zulässig sind (RGG. 2, 121 = JW. 1936, 1053<sup>a</sup>). Die Beschw., die offenbar über die Rechtslage beim Einspruchs- und Feststellungsverfahren völlig unklar waren, hatten immer wieder betont, daß sie in dem Verfahren Klarheit über die Eigentums- und Erbhofverhältnisse erreichen wollten. Es darf angenommen werden, daß sie bei genügender Belehrung über die Möglichkeit ihres Vorgehens mindestens nebenher den Feststellungsantrag gestellt haben würden. Schon das rechtfertigt es, die weitere Beschw. gemäß § 24 Abs. 2 GVO ausnahmsweise zuzulassen. Ubrigens führt dazu auch die Stellungnahme des LGHG, wonach die Beschw. nicht mit dem Einwand gehört werden könnten, daß die Auflösung der Grundstüde L. Bd. 5 Bl. 72 nicht rechts gültig gewesen sei.

Die weitere Beschw. ist aber unbegründet. Die Beschw. meinen, daß das Eigentum an den Grundstücken L. Bd. 5 Bl. 72 nicht auf Karl H. übergegangen sei. Das LGHG hat die Nachprüfung dieses Einwandes abgelehnt, weil § 891 BGB. die Vermutung für das Eigentum des Karl H. begründet und die Entsch.

über den Einwand zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehöre. § 891 BGB. gilt zwar auch für das Verfahren vor den Anerbenbehörden. Die den Anerbenbehörden nach § 12 Abs. 1 GVO (bisher § 12 DV I) obliegende Pflicht, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen, verbietet es aber, einem Beteiligten den Gegenbeweis gegen die Vermutung aufzuerlegen (RGG. 3, 309 = JW. 1937, 1574<sup>a</sup>). Die Anerbenbehörden haben selbst alle Voraussetzungen der Erbhöfeigenschaft zu prüfen, auch die des Eigentums. Sie können zwar den Beteiligten aufgeben, zum Beispiel über die Eigentumsfrage eine Entsch. der ordentlichen Gerichte herbeizuführen, und bis dahin das Verfahren aussetzen. Sie sind aber auch befugt, die rechtliche und tatsächliche Prüfung der Eigentumsverhältnisse im vollen Umfange selbst vorzunehmen. Keinesfalls dürfen sie Bedenken, die hinsichtlich des Eigentums erhoben werden, ohne weiteres unberücksichtigt lassen und damit die Entsch. über die Erbhöfeigenschaft des Hofs auf einer bewußt zweifelhaft gelassenen Grundlage aufzubauen. Das gilt auch für das Anlegungsverfahren. Die Ansicht, daß im Anlegungsverfahren nur eine summarische und vorläufige Prüfung zu erfolgen brauche, hat der Sen. stets abgelehnt. Unrichtige oder auch nur zweifelhafte Eintragungen in die Erbhöferolle müssen die Anerbenbehörden mit allen Mitteln zu verhindern suchen. Ubrigens muß jetzt nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GVO in dem Besluß über den Einspruch ausgesprochen werden, ob das Grundstück Erbhof ist oder nicht; auch das unterstützt die dargelegte Ansicht.

Die hierauf gebotene sachliche Prüfung der Eigentumsverhältnisse führt zur Bejahung der Erbhöfeigenschaft. Denn die übrigen Voraussetzungen der Erbhöfeigenschaft liegen bei der Besitzung von 31 ha und der langjährigen Bewirtschaftung durch den bauernfähigen Karl H. zweifellos vor. Die Eltern der Beschw. lebten in westfälischer Gütergemeinschaft nach dem Gesetz vom 18. April 1860 und die Besitzung gehörte zu dem Gesamtgut. Nachdem der Vater ohne Hinterlassung eines Testaments gestorben war, wurde die Gütergemeinschaft zwischen der Witwe und den sechs Kindern fortgesetzt. Nach § 10 Abs. 4 des Ges. v. 18. April 1860 war die Witwe H. für sich allein berechtigt, durch Übertragsverträge unter den unabgefundenen Kindern die Nachfolge in das gemeinschaftliche Vermögen zu regeln. Der von ihr mit ihrem Sohn Karl abgeschlossene Vertrag v. 28. Mai 1918 war ein solcher Übertragsvertrag und ist rechtmäßig zustande gekommen. In dem Vertrage sind für die Witwe ein Alrenteilsrecht und für die übrigen Kinder hohe Abfindungen ausgefeilt worden, die der Übernehmer zu leisten hatte. Eine unentgeltliche Überlassung der Grundstüde liegt also nicht vor. Ob die Abfindungen den Wert der Anteile decken (§ 10 Abs. 4 Halbs. 2 des genannten Gesetzes), braucht nicht erörtert zu werden; denn eine zu geringe Abfindung würde nicht die Gültigkeit des Vertrages in Frage stellen, sondern nur zu Ansprüchen der Geschwister gegen den Übernehmer führen. Die Witwe H. bedurfte also weder zu dem Übertragsvertrag noch zu dessen Ausführung der Zustimmung der anteilsberechtigten Kinder. Sie konnte die Auflösung des übertragenen Grundbesitzes selbst vornehmen; sie konnte dazu auch Vollmacht erteilen, und zwar auch dem Übernehmer selbst (§ 181 BGB.). Die auf Grund dieser Vollmacht von Karl H. am 19. Juni 1918 erklärte Auflösung der Besitzung L. Bd. 5 Bl. 72 war hiernach wirksam. Ob zur Zeit der Auflösung die fortgesetzte Gütergemeinschaft im Grundbuch eingetragen war, ist belanglos; die materielle Rechtslage ist maßgebend; § 40 (jetzt § 39) GVO ist nur eine formelle Ordnungsvorschrift, so daß auch nicht erörtert zu werden braucht, ob die vorherige Eintragung der fortgesetzten Gütergemeinschaft überhaupt nötig war (RGG. 1, 293). Auf die rechtlichen Schlüsse, welche die Beschw. aus ihrer Ansicht ziehen, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Übertragsvertrag aufgehoben gewesen sei, braucht schon deshalb nicht eingegangen zu werden, weil jene Ansicht unrichtig ist. Durch den Abschluß des Übertragsvertrags war die fortgesetzte Gütergemeinschaft noch nicht aufgehoben. Der Vertrag betraf nicht das gesamte Vermögen, sondern das Barvermögen war ausgezogen; der Vertrag war auch nur mit Karl H. geschlossen. Eine vollständige Auseinandersetzung mit den Kindern, also eine Schiedsrichtung, bedeutete der Vertrag deshalb nicht. — Karl H. ist also durch die Auflösung und die am 26. Juni 1918 erfolgte Eintragung Alleineigentümer der Besitzung L. Bd. 5 Bl. 72 geworden. Er war es auch noch am 1. Okt. 1933. Die Besitzung ist hiernach ein Erbhof in der Hand des Karl H.

An den Grundstücken Be. Bd. 11 Bl. 212 hat Karl H. mangels der Eintragung das Eigentum bisher nicht erlangt. Die Grundstüde sind deshalb vom LGHG mit Recht nicht zu dem Erbhof gerechnet worden.

(RGG. 2. Sen., Beschl. v. 22. März 1937, 2 RB 434/35.)  
(= RGG. 4, 69.)

\*\* 53. §§ 15 Abs. 1 Satz 1, 49 Abs. 4 REG; § 39 Abs. 3 EGB; § 24 Abs. 2 EGB; § 419 BGB.

1. Die Anerkennung der Ehrbarkeit bedarf besonders sorgfältiger Prüfung und Begründung. Hat nur die zweite Instanz die Ehrbarkeit verneint, so ist auf alle Fälle ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben.

2. Zur Entstehung der Erbhofeigenschaft genügt das sachenrechtliche ungeteilte Eigentum; durch die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wird dieses nicht in Frage gestellt.

3. Dass die Veräußerung eines zum Zwecke der Zwangsvollstreckung beschlagnahmten Grundbesitzes, der in der Hand des bauernfähigen Erwerbers Erbhofeigenschaft erlangen soll, regelmäßig unlauter sei, kann nicht angenommen werden. Ob eine unlautere Machenschaft oder ein Versuch, den Vollstreckungsschutz nach § 38 REG zu missbrauchen, vorliegt, müssen die Anerbenerhördern auf Grund der gesamten Umstände des Falles ohne Bindung an irgendeine Regel prüfen (§ 39 Abs. 3 EGB).

Der im Grundbuch von B. eingetragene Hof von 19,8082 ha Größe stand am 1. Okt. 1933 im Alleineigentum des Georg R. Dieser führte seit 1927 die Kasse der Gemeinde B. Am 5. Febr. 1930 wurde ihm das Amt genommen, weil der Kassenbestand nicht mit der Buchführung übereinstimme. Es erging gegen R. ein Defektenbeschluss, der in Höhe von 6835,20 RM vom Reg. Präf. bestätigt wurde. 3170 RM hat R. hierauf an die Gemeinde gezahlt. Am 29. Sept. 1931 wurde er wegen Amtsunterschlagung in fortgesetzter Handlung zu vier Monaten Gefängnis verurteilt. R. betreibt das Wiederaufnahmeverfahren. Im September 1932 erhob er gegen die Gemeinde Klage auf Feststellung, dass der Defektenbeschluss unwirksam sei, und auf Rückzahlung der gezahlten 3170 RM. Er behauptete, dass der Gemeindebeschreiber die Bücher unrichtig geführt und in Wirklichkeit kein Geld gefehlt habe. Das LG. verurteilte die Gemeinde zur Rückzahlung von 1952,72 RM. In der Berinst. schloss die Gemeinde mit R. am 18. Juli 1935 einen gerichtlichen Vergleich des Inhalts, dass der Klageanspruch und die Ansprüche der Gemeinde aus Steuerrücksänden gegenseitig verrechnet wurden, so dass die Parteien mit dem 1. Juli 1936 ausgeglichen und darüber einig seien, dass keinerlei gegenseitige Forderungen mehr bestünden. Die Gemeinde erklärte in dem Vergleich ferner, dass nach dem nunmehr festgestellten Sachverhalt keinerlei Zweifel an der Ehrhaftigkeit des Al. R. beständen.

Auf der Bestzung standen ein Auszug für die Witwe R., eine Hypothek von 8000 GM. für die Ehefrau R., eine Hypothek von 17 000 GM. für die Kreis- und Stadtparaffise D., Grundschulden von zusammen 7000 GM. für die Kommunalbank für R., eine Hypothek von 2000 GM. für den Rechnungsrat a. D. Gustav H. und eine Höchstbetragshypothek von 8000 GM. für den Bier Spar- und Darlehnklassenverein eingetragen. Auf Antrag der Witwe R. wurde im Herbst 1932 die Zwangsvollsteigerung der Besitzung angeordnet. Der Zwangsvollstreckungsvermerk ist am 9. Jan. 1933 im Grundbuch eingetragen. Ein Entschuldungsantrag des R. wurde abgelehnt, weil die Persönlichkeit des Eigentümers mit Rücksicht auf seine strafgerichtliche Verurteilung nicht die Gewähr für eine erfolgreiche Durchführung des Verfahrens biete. Dagegen ist Beschwerde eingeleget.

Der Hof war nicht in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle vorgesehenen Höfe aufgenommen worden, weil der Vorstehende die Ehrbarkeit des R. verneinte. Auf den Einspruch des R. stellte das REG fest, dass R. nicht bauernfähig sei, und begründete das mit den vom Strafgericht festgestellten Verfehlungen. Am 13. Febr. 1935 verkaufte R. seine Grundbesitzung nebst Inventar an seine Ehefrau für 36 700 RM. Nach dem Vertrage sollte der Kaufpreis dadurch belegt werden, dass Frau R. bestimmte Hypotheken in Höhe von 26 000 GM. ferner die Höchstbetragshypothek von 8000 GM. in der valutierten Höhe von 6600 RM übernehme. Ferner übernahm sie ohne Aurechnung auf den Kaufpreis den Auszug der 77 Jahre alten Auszüglerin vom Tage der Übergabe an. Die Übergabe sollte mit der Aufhebung der Zwangsvollstreckung erfolgen, sobald Frau R. als Bäuerin und Eigentümerin der Besitzung eingetragen sei. In dem Vertrage heißt es ferner: Die Beteiligten sind über die Bedeutung des § 419 BGB. belehrt worden. Frau R. ist am 4. Jan. 1935 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden.

Frau R. hat beim REG beantragt, ihre Besitzung in die Erbhöferolle einzutragen.

Das REG in D. hat durch Beschl. v. 12. April 1935 festgestellt, dass die Besitzung kein Erbhof sei, und ausgeführt: Die Besitzung sei am 1. Okt. 1933 wegen der im früheren Verfahren festgestellten Bauernunfähigkeit des damaligen Eigentümers, des Chemanns R., kein Erbhof geworden. Die Verfügungsbeschränkung durch die Anordnung der Zwangsvollsteigerung und der Zwangsvollstreckung schließe das Alleineigentum i. S. des REG

aus. Deshalb sei die Besitzung auch kein Erbhof in der Hand der Ehefrau R. geworden.

Das REG hat die sofortige Beschw. der Ehefrau R. zurückgewiesen und ausgeführt: Der Standpunkt des REG sei richtig. Die Beschw. sei aber auch deshalb unbegründet, weil die Ehefrau R. nicht ehrbar sei. Die Übereignung sei nur eine „Schiebung“. Sie solle den Hof dem Zugriff der Gläubiger entziehen. Das zeige der Kaufvertrag deutlich, da Frau R. nur die dinglichen Lasten ohne Rücksicht auf die rücksändigen Binsen und Leistungen sowie auf die persönlichen Schulden, die nach dem Inhalt der Zwangsvollstreckungs- und Zwangsvollstreckungsakten auch vorhanden seien, übernommen habe. Es werde also versucht, die Schulden auf die dinglichen Lasten zu beschränken, obwohl die Erwerberin nach § 419 BGB. für alle persönlichen Schulden haften müsste. Zu einer solchen Schiebung könne das REG die Hand nicht bieten. Wer sie bewußt mitmache, sei nicht ehrbar.

Gegen diesen Beschluss richten sich die sofortigen weiteren Beschw. des LBf und der eingetragenen Eigentümerin.

Der LBf verweist auf den Beschluss des REG v. 6. März 1935 (REG. 1, 287 = J.W. 1935, 2560<sup>o</sup>) und erklärt, dass die Beschw. der Einheitlichkeit der Aspr. dienen solle.

Die eingetragene Eigentümerin wendet sich dagegen, dass eine Schiebung vorliege und sie nicht ehrbar sei.

Die weitere Beschw. des LBf ist zulässig. Auch die weitere Beschw. der Eigentümerin ist frist- und formgerecht eingelegt. Die Entch. der Vorinst. stimmen im Ergebnis und hinsichtlich der Begründung in der Verneinung des Alleineigentums überein. Das REG hat aber als weiteren Grund gegen die Erbhofeigenschaft angeführt, dass die Ehefrau R. nicht ehrbar sei, weil die Übereignung an sie eine Schiebung darstelle und sie hierbei mitgewirkt habe. Bei der für den Betroffenen weittragenden Bedeutung einer Anerkennung der Ehrbarkeit würde schon darin ein neuer selbständiger Beschwerdegrund zu finden sein. Es muss dem Beteiligten, dem die Ehrbarkeit von nur einer Instanz überfaunt ist, mindestens der Weg zur Nachprüfung durch eine weitere Instanz eröffnet werden. Der Entscheidungsgrund, in dem die Vorinst. übereinstimmen, ist aber auch nach der späteren Aspr. des REG unrichtig. Darin liegt ein besonderer Umstand, der die Nachprüfung durch die dritte Instanz erforderlich erscheinen lässt. Das REG würde deshalb die Beschw. ausnahmsweise zu lassen, wenn sie nach § 49 Abs. 4 REG unzulässig wäre (§ 24 Abs. 2 EGB).

Die Ansicht der Vorinst., dass die Ehefrau R. wegen der Beschlagnahme nicht das zur Entstehung der Erbhofeigenschaft nötige Alleineigentum i. S. des § 1 REG erlangt habe, hat das REG in seinen Beschl. v. 6. März 1935 und 6. Febr. 1936 (REG. 1, 287 = J.W. 1935, 2560<sup>o</sup>; REG. 2, 324 = J.W. 1936, 2728<sup>o</sup>) als unrichtig nachgewiesen. Dort ist ausgeführt, dass zur Entstehung der Erbhofeigenschaft das sachenrechtliche ungeteilte Eigentum genüge und dass dieses durch die Beschlagnahme nicht in Frage gestellt werde. Der Entscheidungsgrund der Vorinst. ist also nicht haltbar.

Das REG hat der Ehefrau R. die Ehrbarkeit aberkannt, weil die Übereignung der Besitzung auf sie eine „Schiebung“ sei und sie dabei mitgewirkt habe. Zu einer für den betroffenen Beteiligten so bedeutsamen Entscheidung, wie die Anerkennung der Ehrbarkeit ist, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung. Diese lässt der angefochtene Beschluss vermissen. Ob das darauf beruht, dass das REG die Verneinung der Ehrbarkeit nur als eine Hilfsbegründung ausgesprochen hat, ist unerheblich. Dafür, dass eine „Schiebung“ vorliegt, hat das REG angeführt, dass der Chemann R. Verwalter und Nutznießer bleibe und dass die Ehefrau R., obgleich sie das gesamte Vermögen ihres Mannes übernommen habe, versucht habe, die auf sie übergehenden Schulden auf die dinglichen Lasten zu beschränken. Der erste Grund reicht allein nicht aus. Bei dem zweiten Grunde hätte das REG mindestens die Bedeutung des in dem Vertrage enthaltenen Hinweises auf § 419 BGB., nötigenfalls durch Verneinung des beurkundenden Notars, prüfen und den Umstand abwägen müssen, dass die Ehefrau R. den Entschuldungsantrag ihres Chemanns als dessen Rechtsnachfolgerin aufgenommen hatte. Aber auch sonst fehlt eine ausreichende Prüfung der gesamten Umstände für die Annahme, dass die Cheleute R. durch die Art, wie der Kaufpreis belegt wurde, die übrigen Gläubiger hätten zurücksetzen und schädigen wollen. Nach § 39 Abs. 3 EGB. haben die Anerbenerhördern die Erbhofeigenschaft im Falle der Veräußerung nach Beschlagnahme auch dann zu verneinen, wenn die Veräußerung sich als eine unlautere Machenschaft oder als ein Versuch zur missbräuchlichen Beanspruchung des in § 38 REG vorgefahnen Vollstreckungsschutzes darstellt. Dass eine solche Veräußerung regelmäßig unlauter sei, lässt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen (a. M. Vogels: DNotZ. 1937, 12). § 39 Abs. 3 EGB. liegt im Zuge

der Kspr. des REG zu der Frage, ob ein beschlagsnahmter Hof durch Veräußerung an einen Bauernfähigen Erbhof werden kann. Das REG hat in den erwähnten Beschl. v. 6. März 1935 und v. 6. Febr. 1936 ausgesprochen, daß unlauterem Verhalten kein Vorschub geleistet werden dürfe, daß aber das Streben, durch Veräußerung des Erbhofes die Erbhofergenschaft zu begründen und damit den Vollstreckungsschutz herbeizuführen, nicht ohne weiteres verwerflich sei. Auch nach § 39 Abs. 3 EGBB müssen die gesamten Umstände des einzelnen Falles ohne Bindung an irgend eine Regel daraufhin geprüft werden, ob eine unlautere Machenschaft oder ein Versuch, den Vollstreckungsschutz zu missbrauchen, vorliegt. Eine solche Prüfung haben die Vorinst. nicht in ausreichendem Maße vorgenommen. Außerdem sind inzwischen durch den Verlauf des Zivilprozesses, den Vergleich und die Wiederaufnahmeanträge Veränderungen eingetreten, die auch daraufhin geprüft werden müssen, ob sie für die Beurteilung der Sachlage Bedeutung haben können. Deshalb erscheint es geboten, den angesuchten Beschluß aufzuheben und die Sache zur erneuten Prüfung und Entsch. an das AGB zurückzuberufen.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 5. März 1937, 2 RB 1608/35.)  
(= REG, 4, 32.)

\*

\*\* 54. §§ 15, 25 REG. Erbgesundheit i. S. eines Freiseins von krankhaften Erbanlagen ist nicht Voraussetzung der Bauernfähigkeit.

Personen, die nur Träger einer kranken Anlage sind, werden hierdurch nicht schlechthin von der Anerbenfolge ausgeschlossen.

Die anerbengerichtliche Zustimmung (§ 25) zur Wahl eines Anlageträgers wird regelmäßig zu verlangen sein, wenn noch völlig erbgemeine Anerben in der Sippe vorhanden sind.

Es handelt sich um einen Antrag der Hofeigentümerin auf Zustimmung zu einer Anerbenwahl nach § 25 REG. Diesen Antrag kann die Eigentümerin nach § 59 EGBD (bisher § 9 DB II 6. REG) schon vor der Errichtung der Verfügung von Todes wegen stellen. Die Witwe Luise A. hat keine Abkömmlinge; ihr Vater und ihre Brüder leben nicht mehr. In erster Linie sind daher die zur dritten Ordnung gehörigen Söhne und Sohnesöhne ihres verstorbenen Bruders Heinrich, der allein von ihren Brüdern männliche Nachkommen hinterlassen hat, als Anerben berufen (vgl. § 20 Biff. 3 REG). Anerben der vierten Ordnung (Töchter der Erblasserin) fehlen. Anerben der fünften Ordnung sind die Schwestern der Bäuerin. Der von der Bäuerin in Aussicht genommene Anerbe Fritz ist der Sohn ihrer noch lebenden Schwester Charlotte. Ein lebender Elternteil schließt einen Abkömmling von der Erbfolge aus (§ 1924 Abs. 2 BGB). Eine lebende, nicht durch Erbverzicht oder aus sonstigen Gründen wegfallene Schwester der Erblasserin kann jedoch mit Zustimmung des AEG beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zugunsten ihres Sohnes überprüfung werden (§ 9 EGBB). Die hier beabsichtigte Anerbenbestimmung bedarf also insoweit der anerbengerichtlichen Zustimmung. Ein Schwesternsohn, der seine Mutter mit Billigung des AEG überspringt, tritt dadurch gewissermaßen an ihre Stelle und ist nunmehr zu den Anerbenberechtigten der fünften Ordnung zu zählen, zu der er ohne weiteres nicht gehört. Innerhalb der zweiten und der folgenden Ordnungen kann der Erblasser den Anerben frei wählen; wenn er aber dabei eine oder mehrere Ordnungen überpringt, so ist die Zustimmung des AEG erforderlich (§ 25 Abs. 4 Satz 2 REG). Durch die Bestimmung des zur fünften Ordnung gehörenden Schwesternsohnes Fritz zum Anerben werden die der dritten Ordnung angehörenden Söhne des verstorbenen Bruders der Bäuerin, Heinrich, übergangen. Die Wahl des Fritz zum Anerben unterliegt daher auch insoweit der Zustimmung des AEG. Da das REG den Mannesstamm begünstigt, dürfen die Anerbenberechtigten der zweiten und dritten Ordnung durch eine Person einer nachfolgenden Ordnung nur überprüfung werden, wenn wichtige Gründe die Abweichung von der gesetzlichen Reihenfolge rechtfertigen (REG, 3, 127 = FB 1936, 3244<sup>13</sup>). Die Genehmigung der Anerbenbestimmung der Witwe Luise zugunsten ihres Schwesternsohnes Fritz hängt also davon ab, ob wichtige Gründe vorhanden sind, den Söhnen des verstorbenen Bruders Heinrich den ihnen nachgehenden Anerben Fritz vorzuziehen, und ob ferner ein wichtiger Grund zum Überspringen des lebenden Elternteils nach § 9 EGBB gegeben ist.

Der LBf vertritt die Ansicht, daß Fritz überhaupt nicht zum Anerben bestimmt werden könne, weil er zu einer erbkranken Familie gehöre und daher im Falle seiner Wahl keine Gewähr für einen gesunden Nachwuchs bestehne. Nach den in den Akten enthaltenen Angaben der Beteiligten sind allerdings innerhalb der mütterlichen Familie des Anerben Fritz in verschiedenen Zweigen geistige Erkrankungen aufgetreten. Von den fünf Söhnen des verstorbenen Bruders seiner Mutter, Heinrich, sind zwei Söhne,

Gustav und Karl, geisteskrank. Fritz selbst bietet nach dem Gutachten des Kreisarztes keine Anzeichen einer geistigen Erkrankung. Der Kreisarzt ist aber der Auffassung, daß bei einer derartigen Häufung von Geisteskrankheiten in einer Familie nach den Erfahrungen der Wissenschaft eine über dem Durchschnitt liegende Wahrscheinlichkeit für geistige Erkrankungen einer etwaigen Nachkommenchaft des Fritz g. gegeben sei. Das ärztliche Gutachten kommt also zu dem Ergebnis, daß Fritz selbst geistig gesund sei, jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit auf seinen Nachwuchs ein geistiges Leiden übertragen werde. Personen, die nur eine verborgene Anlage zu einer vererbaren Krankheit haben, aber selbst nicht krank sind, sind sogenannte Anlageträger (auch als „Nuranlageträger“ bezeichnet). Ob die bisherigen Unterlagen zu der Annahme ausreichen würden, daß Fritz ein solcher Anlageträger ist, kann dahingestellt bleiben. Geht man davon aus, daß er wirklich Anlageträger ist, so würde die Rechtslage folgende sein:

Das REG erwähnt die Anlageträger nicht ausdrücklich. Es fragt sich aber, ob nicht ein Erbhofbesitzer, um als bauernfähig zu gelten, über Erbgesundheit verfügen muß, und daher ein Anlageträger als bauernunfähig angesehen ist. Die Bauernfähigkeit, deren Fehlen nach § 21 Abs. 1 REG ein Ausscheiden als Anerbe bewirkt, sieht nach § 15 Abs. 1 REG Erbbarkeit und Wirtschaftsfähigkeit voraus. Die Fähigkeit zur ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung wird indes durch das Vorhandensein einer vererbten Anlage zu einer vererbaren Krankheit nicht in Frage gestellt. Die Bauernfähigkeit des Trägers einer Anlage zu einer Erbkrankheit kann deshalb, wenn er ehbar ist, nicht verneint werden. Erbgesundheit i. S. eines Freiseins von krankhaften Erbanlagen kann bei der klaren Regelung der Voraussetzungen der Bauernfähigkeit in § 15 REG nicht zur Erfüllung der Bauernfähigkeit verlangt werden. Der Begriff der Bauernfähigkeit wird, wie auch das Verfahren nach § 15 Abs. 2 REG zeigt, lediglich dadurch bestimmt, ob dem Hofeigentümer nach seinen persönlichen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und nach seinem Verhalten im Kreise der Standesgenossen die Führung des Hofs anbertraut werden kann. Die künftige Entwicklung der Sippe und ihre etwaige Gefährdung durch das Erbgut des Hofträgers ist nach Sinn und Inhalt des § 15 REG bei der Beurteilung der Bauernfähigkeit des jeweiligen Eigentümers oder Nachfolgers nicht zu berücksichtigen.

Es fragt sich aber weiter, ob nicht nach den Grundgedanken des Erbhofrechts für den Inhaber eines Erbhofes das Erfordernis der Erbgesundheit gilt. Der Vorspruch zum REG weist darauf hin, daß es das Ziel der Erbhofgesetzgebung ist, zur Sicherung der Gesundheit von Volk und Staat das Bauerntum als Lebensquelle des deutschen Volkes zu erhalten und zu stärken. Durch den Schutz der Hölle vor Verirrung und Verplätzung (infolge von Erbgang oder Veräußerungen) sollen die Vorbedingungen für wirtschaftlich geprägte und gesundheitlich gesetzte Bauernfamilien geschaffen werden, die dem ganzen Volke ständig neue Blutströme zuführen. Um das Bauerntum zu befähigen, die ihm innerhalb der Volksgemeinschaft zugewiesenen besonderen Aufgaben zu erfüllen, muß auch eine gesunde Nachkommenchaft angestrebt werden. Die allgemeine staatliche Gesetzgebung hat durch das ErbkrachtwG. v. 14. Juli 1933 bereits eine Handhabe gegeben, um durch Unfruchtbarmachungen von Erbkranken die Weitervertragsung vererblicher Krankheiten auf das kommende Geschlecht zu verhindern. Der Kreis der Erbkrankheiten ist allerdings in § 1 Abs. 2 des Gesetzes auf einige schwere und das Volkswohl besonders schädigende Leiden beschränkt. Außerdem findet das Gesetz noch bei schwerem Alkoholismus Anwendung. Andere Erbkrankheiten kommen für die Unfruchtbarmachung nicht in Betracht. Ein weiterer Schritt zur Schaffung eines geistig und körperlich gesunden Geschlechts ist das Ges. zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes v. 18. Okt. 1935, das durch Eheverbote solche Familiengründungen verhüten will, bei denen nicht mit gesunder Nachkommenchaft zu rechnen ist. Beide Gesetze setzen jedoch voraus, daß sichtbare, einwandfreie ärztlich festzustellende Leiden bestehen. Die Nuranlageträger, die selbst nie krank werden, aber kranke Nachkommen haben können, dürfen nicht unfruchtbar gemacht werden (vgl. Gütt-Rüdin-Ruttk, „ErbkrachtwG.“, 2. Aufl. 1936, Erläuterungen zu § 1 Abs. 1; ferner amtliche Begründung zu § 1 des Gesetzes, abgedruckt bei Gütt-Rüdin-Ruttk, S. 77). Ebenso gelten die Ehehindernisse des EhegesundhG. nur für Personen, die selbst an der gefährdenden Krankheit leiden oder gelitten haben, dagegen nicht für solche, die äußerlich gesund sind, aber in ihrer Erbmasse eine entsprechende Krankheitsanlage bergen (vgl. Gütt-Linden-Maßeller, „BlutschuhG. und EhegesundhG.“, 1936, Erläuterungen zum EhegesundhG. § 1 Abs. 1 d; ferner Linden: RdnR. 1935, 888). Die allgemeine Gesetzgebung hat bewußt davon abgesehen, zwar mit Anlagen zu einer Erbkrankheit belastete, sonst aber gesunde Per-

sonen zu erfassen. Der Gesetzgeber wollte vielmehr erst weitere Fortschritte in der Erforschung der Erbvorauflage für die Kinder von Anlageträgern abwarten. Die Vererbungswissenschaft ist noch nicht in der Lage, in allen Fällen mit Sicherheit festzustellen, ob Menschen, bei denen die Krankheit nicht in Erscheinung getreten ist („erscheinungsbildlich“ gesunde Menschen), im Erbbild („erb-bildlich“) eine kalte Anlage besitzen. Es kann heute im allgemeinen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gesagt werden, ob jemand Anlageträger ist oder nicht. Die Gefahr eines kalten Nachwuchses wird außerdem durch die Verbindung des Anlageträgers mit einer Person, die aus einer gesunden Sippe stammt, wesentlich verringert (vgl. hierzu *Gütt-Linden-Maßeler*, „BlutschutzG. und EhegesundhG.“, Erläuterungen zu § 1 der 1. DurchfVO. z. EhegesundhG., S. 136). Bei der Zurückhaltung, die die staatliche Gesetzgebung hiernach bisher gegenüber den Anlageträgern übt, liegt es nicht i. S. des REG, gesunde Personen, die nur Träger einer kalten Anlage sind, schlechthin von der Anerbenfolge auszuschalten.

Das REG bietet übrigens jetzt schon einen Weg, um Sippenangehörige, die nicht mit Sicherheit eine gesunde Fortpflanzung der Sippe gewährleisten, von der Übernahme des Hofs fernzuhalten. Der Hofeigentümer ist nämlich unter gemissen Voraussetzungen (vgl. § 25 REG) befugt, von der gesetzlichen Anerbenordnung abzuweichen, und er kann daher, soweit er zu freier Wahl berechtigt ist, durch Ausübung dieser Befugnis dafür sorgen, daß der Hof in die Hand eines Erbgesunden gelangt. Es wird hier namentlich Aufgabe der Amtsträger des Reichsnährstandes sein, durch aufklärende Arbeit dem Gedankengut der Erbgesundheitsgesetzgebung in der bäuerlichen Bevölkerung Verbreitung und Beachtung zu verschaffen. In den Fällen, in denen der Bauer zur Wahl eines Anerben an Stelle des nächstberufenen Anerben der Zustimmung des REG bedarf, wird es das REG auf Antrag des Bauern in der Regel zugelassen haben, daß ein an sich zur Anerbenfolge berufenes Familienmitglied, das mit großer Wahrscheinlichkeit die Eigenschaft hat, Anlageträger zu sein, zugunsten eines entfernten, erbgefundenen Anerbenberechtigten übergegangen werden darf. Umgekehrt wird die anerbengerichtliche Zustimmung zur Wahl eines Anlageträgers zum Anerben regelmäßig zu verlangen sein, wenn noch völlig erbgesunde Anerben in der Sippe vorhanden sind. Auch bei der Genehmigung von Veräußerungen nach § 37 Abs. 2 REG, unter Umständen auch im Falle des § 37 Abs. 3 REG, hat das REG die Möglichkeit, auf die Bevorzugung eines erbgefundenen Erwerbers oder Übernehmers hinzuwirken. In dem vorstehenden Sinn hat der erf. Sen. bereits in der Entsch. v. 25. April 1935, 3 RB 102/34 (Fw. 1935, 2496<sup>13</sup> m. Anm.; Rsp. in Erbhoftächen DB II z. REG § 7 Nr. 10) die Übergehung des kraft Gesetzes zum Anerben Berufenen, der erblich belastet war, gebilligt. Ferner ist in der Entsch. des erf. Sen. v. 4. Mai 1936, 3 RB 663/34 (REG. 2, 373 = Fw. 1936, 2733<sup>14</sup>) der Übergang des Hofs in eine andere Blutlinie genehmigt worden, weil Bedenken gegen die Gesundheit und Fortpflanzungsfähigkeit des nächstberechtigten Anerben bestanden. Dem Ziele des Erbhoftsrechts, ein gesundes, dem deutschen Volk als Blutquelle dienendes Bauerntum zu schaffen, kann also bereits im Rahmen der geltenen Gesetzesbestimmungen Rechnung getragen werden, sofern in der Sippe erbgesunde Glieder vorhanden sind.

Hiernach würde die Eigenschaft des Fritz als Anlageträger nicht ohne weiteres sein Ausscheiden als Anerbe zur Folge haben. Er bleibt gesetzlicher Anerbenberechtigter und kann auch zum Anerben bestimmt werden. Eine kalthafte Erbanlage des Fritz, falls sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein würde, würde aber einen Grund darstellen, die hier nach § 25 Abs. 4 Satz 2 REG erforderliche anerbengerichtliche Zustimmung zu seiner Einsetzung als Anerbe zu verlangen, wenn andere Anerbenberechtigte nicht oder geringer erblich belastet wären.

Im vorl. Fall erscheinen nun sämtliche vorhandenen anerbeneberechtigten Personen als ungefähr gleichmäßig erblich belastet. Bei dieser Sachlage würde die Anlageträgereigenschaft des ausgewählten Anerben nicht den Zuschlag geben können. Sofern nicht nach den noch anzuftellenden Ermittlungen bei dem einen oder anderen Sippenangehörigen eine geringere Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer erblichen Belastung besteht und sich hieraus ein Versagungsgrund gegenüber dem in Aussicht genommenen Anerben ergeben würde, würde die Entsch. über die Anerbenbestimmung der Witwe Luise daher lediglich davon abhängen, ob aus sonstigen wichtigen Gründen, vor allem bei Abwägung der Persönlichkeiten und Lebensverhältnisse der in Betracht kommenden Anerben und ferner im Hinblick auf das Beste des Hofs, die beabsichtigte Anerbenwahl zu billigen wäre. Dabei würde zugunsten des Fritz ins Gewicht fallen, daß er schon längere Zeit den Hof bewirtschaftet, der Erblasserin wohl von allen Anerben am nächsten steht, und bei seinem Lebensalter auch eine baldige, im Interesse des Hofs liegende Berehnsichung zu

erwarten ist, bei der er dann entsprechend den obigen Aussführungen zunächst auf die Wahl einer erbgesunden Ehegenossin Bedacht zu nehmen haben wird.

(REG. 3. Sen., Beschl. v. 24. März 1937, 3 RB 1207/35.)  
(= REG. 4, 128.)

\*

\*\* 55. §§ 17, 37, 38 REG; § 39 ErbBV; §§ 20, 22, 33, 83 Ziff. 6, 100 ZwVerfG.

1. Der Erbhof ist keine schlechthin verlehrungsähnliche Sache. Der Erbhof ist eigentumsfähig und der Inhaber des Erbhofs hat wirkliches Eigentum, nicht etwa nur eine Nießbraucherstellung.

2. Ein entgegen § 38 REG erteilter Zuschlag ist zwar zu Unrecht ergangen, aber deshalb nicht nichtig, sondern nur ansehbar.

3. Da es in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen zum rechtskräftigen Zuschlag eines Erbhofs nur auf Grund eines unzulässigen Verfahrens und bei Verlehung des § 83 Ziff. 6 ZwVerfG. kommen kann, ist Genehmigung eines solchen Zuschlags durch die Anerbenbehörden ausgeschlossen.

4. Die Entsch. über die Erbhofeigenschaft kann — wie die Entsch. über die Bauernfähigkeit (REG. 3, 89 = Fw. 1936, 2720<sup>21</sup>) — nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Entsch. zur Durchführung der besonderen Aufgaben des REG nötig sei. Sind Antragsrecht und Rechtsschutzbedürfnis gegeben, so haben die Anerbenbehörden die begehrte Entsch. zu treffen.

Im Grundbuch von S. standen die Geschwister Natalie und Valerian von S. als Miteigentümer einer 213,6498 ha großen Besitzung eingetragen. Auf Antrag des Dr. H., eines Hypothekenkläubigers, wurde die Zwangsversteigerung der Besitzung angeordnet. Am 2. Jan. 1932 ist der Anordnungsbeschluß des Eigentümers zugestellt und am 6. Jan. 1932 ist der Versteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen worden. Ein Entschuldungsantrag der Miteigentümerin wurde zurückgewiesen. Darauf haben die Miteigentümer durch Vertrag vom 13. Juni 1934 von der Besitzung einen Teil von 104,1268 ha Größe mit der Hofsstelle — der Rest der Besitzung stellt den seit langem verpachteten 109,5230 ha großen Baumsee dar — an den Sohn der Miteigentümerin Frau von S., Vladimir S., übertragen; dieser wurde nach Abschreibung des Restes am 18. Juni 1934 als Eigentümer im Grundbuch von S. eingetragen. Ein von ihm am 18. Juni 1934 gestellter Einstellungsantrag wurde durch den Beschluß des Versteigerungsgerichts am 18. Juni 1934 zurückgewiesen, weil die Übereignung dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sei. Am 14. Juni 1934 fand der Versteigerungstermin statt. Am 22. Juni 1934 wurde dem betreibenden Gläubiger Dr. H. als dem Meistbietenden der Zuschlag erteilt. Vladimir S. legte gegen die Beschl. v. 18. Juni und 22. Juni 1934 Beschw. ein. Die Beschw. gegen den Beschl. vom 18. Juni 1934 wurde vom OG. als unzulässig verworfen und die Beschw. gegen den Zuschlagsbeschluß vom 22. Juni 1934 als unbegründet zurückgewiesen, weil der Beschl. v. 18. Juni 1934 nach dem Schluß der Versteigerung nur noch mit der Beschw. gegen den Zuschlag habe angefochten werden können, und weil die Erbhofeigenschaft, wenn sie vorhanden sei, jedenfalls nicht gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht werden könne, zu dessen Gunsten die Grundstücke vorher belagsnahmt seien. Die weitere Beschw. des Vladimir S. wurde durch den Beschluß des OG. hinsichtlich des Einstellungsbeschlusses zurückgewiesen und hinsichtlich des Zuschlagsbeschlusses als unzulässig verworfen. Der Verteilungsplan ist ausgeführt und der Erstebe Dr. H. als Eigentümer der ganzen Besitzung von 213,64,98 ha im Grundbuch eingetragen.

Inzwischen hatte Vladimir S. am 18. Juni 1934 beim REG beantragt, festzustellen, daß das von ihm erworbene und später versteigerte Grundstück ein Erbhof sei.

Das REG hat die Erbhofeigenschaft festgestellt.

Das REG hat auf Beschw. des Dr. H. den Feststellungsantrag des Vladimir S. als unzulässig zurückgewiesen.

Die weitere Beschw. des Vladimir S. ist zulässig, aber im Ergebnis unbegründet.

Der Grundbegriff ist zunächst schon deshalb kein Erbhof geworden, weil er im Miteigentum der Geschwister Frau von S. und Valerian von S. stand (§ 17 REG). Deshalb braucht nicht geprüft zu werden, ob damals der Baumsee zu der Wirtschaftseinheit der Besitzung, die dann die Größe von 125 ha überstiegen haben würde, gehörte. Um die Erbhofeigenschaft herbeizuführen, haben die Miteigentümer auf Grund des Vertrages vom 13. Juni 1934 den 104,1268 ha großen Teil der Besitzung, deren Rest der 109,5230 ha große Baumsee bildet, an den im Jahre 1910 geborenen Sohn der Miteigentümerin Frau von S., Vladimir S., übertragen. Die Übereignung wurde durch die bestehende Beslagnahme nicht schlechthin ausgeschlossen. Ob sie wirksam war und ob die Veräußerung etwa eine unlautere Machenschaft oder einen Versuch, den in § 38 vorgesehenen Vollstreckungsschutz zu miß-

brauchen, darstellt (§ 39 Abs. 3 EGBGB), braucht nicht geprüft zu werden. Der Zuschlag ist rechtskräftig geworden. Der mit dem Zuschlag erfolgte Übergang des Eigentums auf den Ersteherrn Dr. S. ist damit endgültig wirksam geworden. Die Ansicht des Wladimir S., daß das ganze Zwangsversteigerungsverfahren und jedenfalls der Zuschlag nichtig seien, weil die Zwangsversteigerung wegen der angenommenen Erbhofeigenschaft der Besitzung nach § 38 EGB unzulässig gewesen sei, ist unrichtig. Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in einem Erbhof ist unzulässig. Deshalb muß das Zwangsversteigerungsverfahren, solange die Versteigerung noch nicht abgeschlossen ist (§ 33 ZwVerstG.), aufgehoben werden. Geschieht das nicht, so muß nach § 83 Ziff. 6 der Zuschlag versagt werden. Wird er entgegen dieser Vorschrift doch erteilt, so kann er gemäß § 100 ZwVerstG. mit den sofortigen Beschw. angefochten werden, und gegen die Entsch. des BeschwG. ist, wenn ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliegt, die sofortige weitere Beschw. gegeben. Ist der Instanzenzug erschöpft oder der Beschuß nicht angefochten worden, wird er rechtskräftig. Er mag dann zu Unrecht ergangen sein, weil er wegen der Unzulässigkeit des Verfahrens hätte versagt werden müssen; dadurch wird aber seine Gültigkeit nicht berührt. Der Zuschlag ist eine auf Grundsachlicher Prüfung ergehende gerichtliche Entsch. Dabei ist es unerheblich, daß er, weil er keine mündliche Verhandlung voraussetzt, nicht in der Form eines Urteils, sondern als Beschuß ergeht. Ein Staatsakt, der, wie hier der Zuschlag, von der zuständigen Behörde innerhalb des ihr zugezweigten Geschäftskreises in der vorgesetztenen Form erlassen ist, kann nach allgemeinen Grundsätzen regelmäßig nicht als nichtig, d. h. als nicht vorhanden, unbeachtlich und bedeutungslos angesehen werden. Der Einwand, daß der Erbhof dem Privatverkehr entzogen, eine „verkehrsunfähige“ Sache sei, und die Gültigkeit des Zuschlags daran scheitern müsse, greift nicht durch. Der Erbhof ist keine schlecht in verkehrsunfähige Sache. Er steht zunächst im Eigentum. § 37 Abs. 1 EGB mag nicht als ein echtes Veräußerungsverbot aufgefaßt werden können. Es darf angenommen werden, daß die Erbhofeigenschaft dem Eigentum am Erbhof einen besonderen Inhalt gibt. Das Eigentum am Erbhof ist einerseits hinsichtlich der Veräußerung und Belastung und der Verfügung von Todes wegen beschränkt, andererseits aber auch durch diese Maßnahmen und vor allem durch das Vollstreckungsverbot gefichert und gesetzigt. Bei der Beschränkung setzt sich der Gedanke durch, daß der jeweilige Eigentümer als Treuhänder der Sippe und des Volkes zu gelten hat. Die Unveräußerlichkeit und Unbelastbarkeit kann also vielleicht schon aus dem Wesen und Zweck der Erbhofeigenschaft gefolgert werden, so daß § 37 EGB nur das sagen würde, was schon aus der Erbhofeigenschaft entnommen werden müßte. Trotzdem ist das Erbhofeigentum wirkliches Eigentum und der Inhaber des Erbhofes hat nicht etwa nur eine Art Niedbraucherstellung. Der Erbhof ist also eigentlich. Die Veräußerlichkeit und Belastbarkeit ist zwar grundsätzlich ausgeschlossen, kann aber mit Genehmigung der Anerbenbehörden wirksam erfolgen. Auch die Befugnis des Eigentümers, über die Anerbenfolge in den Erbhof von Todes wegen Bestimmungen zu treffen, ist nicht gänzlich ausgeschlossen (§§ 24, 25 EGB). Deshalb kann der Erbhof nicht als ein dem Privatverkehr völlig entzogener Gegenstand angesehen werden. Übrigens muß der Zuschlag einer dem Verkehr entzogenen Sache zwar versagt werden; damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, welche Bedeutung der trotzdem erfolgte rechtskräftige Zuschlag hat. Die Nichtigkeit des Zuschlags würde auch zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen. Wenn das Gesetz einen Zuschlag, der wegen der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung hätte versagt werden müssen, als nichtig betrachtet wissen wollte, so würde es eine so seltene und gegenüber der Entsch. als einem autoritativen Staatsakt und gegenüber der Bedeutung der Rechtssicherheit außerordentlich weittragende Bestimmung ausdrücklich getroffen haben. Eine solche Bestimmung kann in § 38 EGB, der die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen für unzulässig erklärt, nicht gefunden werden. Die hier ausgesprochene Unzulässigkeit gibt die Grundlage für die Anwendung des § 83 Ziff. 6 ZwVerstG., wonach der Zuschlag versagt werden muß und der trotzdem erteilte Zuschlag mit den Rechtsmitteln angefochten werden kann, wie oben dargelegt ist. Daz aber der rechtskräftig gewordene Zuschlag, also die nach sachlicher Prüfung ergangene rechtskräftige Entsch. nichtig sein soll, kann aus § 38 EGB nicht herausgelesen werden. Eine solche Anordnung ist auch in der EGB nicht enthalten, obwohl dort über die Beschränkung der Zwangsvollstreckung ergänzende Bestimmungen getroffen sind und die Rpr. der Anerbenbehörden bis dahin die Nichtigkeit des Zuschlags abgelehnt hatte. In § 39 Abs. 1 und 2 EGB macht das Gesetz für die dort behandelten Fälle die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung von einer rechtskräftigen Verneinung der Erbhofeigenschaft durch die

Anerbenbehörden abhängig. Das Gesetz will damit dem Zuschlag eines Erbhofes vorbeugen, und das spricht eher, wenn auch nicht zwingend, dafür, daß das Gesetz von der Gültigkeit des Zuschlags ausgeht. Nach alledem kann der rechtskräftig erteilte Zuschlag nicht als nichtig angesehen werden.

Es bleibt noch zu prüfen, ob der Zuschlag etwa nach § 37 EGB der Genehmigung der Anerbenbehörden bedarf, wenn der Hof ein Erbhof ist. Aber auch das ist abzulehnen. Der Senat hat in seinem Beschl. v. 29. Aug. 1935 (EGB. 2, 48 = JW. 1936, 105<sup>10</sup>) ausgesprochen, daß der Staatsheitsaft der Enteignung nicht der Genehmigung der Anerbenbehörden bedürfe. Ein Unterschied zwischen der Enteignung und dem Zuschlag liegt allerdings darin, daß die Enteignung in aller Regel von öffentlichen Interessen und Staatsnotwendigkeiten beherrscht, und daß sie von den staatlichen Verwaltungsbehörden ausgesprochen wird, während der Zuschlag in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen zumeist nur der Durchsetzung privater Geldansprüche dient und von den ordentlichen Gerichten erlassen wird. Gleichwohl muß auch für die rechtskräftige Entsch. des ordentlichen Gerichts, die als Zuschlag in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen ergeht, das Genehmigungserfordernis abgelehnt werden. Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß der Zuschlag in der Zwangsversteigerung wegen einer Geldforderung einer Genehmigung der Anerbenbehörden bedarf. Das EGB spricht in § 37 den Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Erbhofes aus und verbietet in § 38 die Zwangsvollstreckung in den Erbhof. Es darf angenommen werden, daß das Gesetz bei § 37, in welcher Vorschrift es eine Genehmigung vorsieht, nicht den Zuschlag eines Erbhofes in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen im Auge gehabt hat, weil es eben in § 38 diese Zwangsvollstreckung überhaupt untersagt. In der Tat kann es zu einem rechtskräftigen Zuschlag eines Erbhofes in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen nur auf Grund eines unzulässigen Verfahrens und bei Verleugnung der Vorschrift des § 83 Abs. 6 ZwVerstG. kommen. Für die Genehmigung würden also bei der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen — im Gegensatz zu der Teilungsversteigerung, die hier nicht in Frage steht und nicht beurteilt werden soll — nur Fälle des unzulässigen Zuschlags in Frage kommen. Bei ihnen könnte die Genehmigung schon von vornherein wegen des Verbotes der Zwangsvollstreckung nie erteilt werden. Denn das Verbot ist ein absolutes und den Anerbenbehörden ist nicht die Befugnis eingeräumt, die Vollstreckung im einzelnen Falle zuzulassen. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn die Anerbenbehörden einen unzulässig erteilten Zuschlag genehmigen und damit eine unzulässige Zwangsvollstreckung gutheihen und bekräftigen könnten. Die Entsch. über die Genehmigung könnte also, wenn ein Erbhof vorliegt, immer nur auf Versagung lauten. Schon deshalb paßt die Vorschrift des § 37 Abs. 2, wonach die Genehmigung aus wichtigem Grunde erteilt werden kann, nicht auf den Zuschlag eines Erbhofes, der in der Zwangsversteigerung wegen Geldforderungen erlassen ist. Das bei dem feststehenden Ergebnis seltsame Verfahren würde zwar den Vorteil bieten, daß damit der Versteigerung eines Erbhofes durch die ordentlichen Gerichte ein Riegel vorgehoben würde. Die Anlegung der Erbhöfe sollte wird aber in Zukunft regelmäßig die Versteigerung eines Erbhofes verhindern. Für den Fall, daß die Erbhofeigenschaft durch Veräußerung nach der Beschlagnahme geschaffen wird, trifft § 39 Abs. 2 EGB Vorsorge. Im übrigen ist zu wünschen, daß die Versteigerungsbehörden von ihrer Befugnis, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entsch. der Anerbenbehörden auszuführen, mehr Gebrauch machen. Das würde im Zuge der in § 39 Abs. 3 EGB getroffenen Regelung, die allerdings in ihrem Wortlaut nur den Veräußerungsfall betrifft, liegen.

Wladimir S. hat also am 22. Juni 1934 durch den Zuschlag das Eigentum an dem ihm am 18. Juni 1934 übereigneten Grundbesitz wieder verloren. Als er am 18. Juni 1934 den Antrag beim EGB stellte, war er noch der Eigentümer; damals stand ihm also schon als dem Eigentümer das Antragsrecht zu. Auch nach dem endgültigen Verlust des Eigentums infolge der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses blieb sein Antragsrecht bestehen. Er vertrat und vertritt die Ansicht, daß die Zwangsversteigerung unzulässig, der Zuschlag deshalb wirkungslos sei und die Erbhofeigenschaft nicht hindere. Er hatte und hat ein rechtliches Interesse daran, über diese Frage eine Entsch. der dafür besonders berufenen Anerbenbehörden herbeizuführen. Der Antrag ist aber, soweit er auf Feststellung geht, daß der Hof in seiner Hand ein Erbhof sei, unbegründet, weil der Hof aus dem angeführten Grund keinen Erbhof in seiner Hand darstellt. Es bleibt die Frage, ob in dem Antrag der engere enthalten ist, daß der Hof zur Zeit des Zuschlags ein Erbhof in der Hand des Wladimir S. gewesen sei. Das EGB scheint das anzunehmen, weil es von einer solchen Feststellung spricht. Das ist auch richtig, weil Wladimir S. sein Antragsrecht ausdrücklich auch damit begründet, daß er wegen

der unzulässigen Versteigerung des Hofs Schadensersatzansprüche habe. Zu einer Entsch. darüber, ob der Hof ein Erbhof gewesen ist, sind die Anerbenbehörden befugt und bei berechtigtem Antrag verpflichtet. Der Senat hat in dem Beschl. v. 5. Mai 1936 (RGH. 3, 89 = J.W. 1936, 2720<sup>21</sup>) ausgeführt, daß die Besugnis und Pflicht der Anerbenbehörden, über die Bauernfähigkeit zu entscheiden, nicht davon abhänge, ob die Entsch. zur Durchführung der „besonderen Aufgaben des REG“ nötig sei. Dasselbe gilt für die Entsch. über die Erbhofeigenschaft. Die nötige Begrenzung der Entscheidungspflicht kann auch hier nur in dem Antragsrecht und in dem Rechtsschutzbedürfnis gefunden werden. Das für das Antragsrecht erforderliche rechtliche Interesse und das Rechtsschutzbedürfnis können unter Umständen darin begründet sein, daß der Antragsteller wegen des Verlustes Schadensersatzansprüche erheben will. Der Antragsteller hat ein rechtliches Interesse daran, daß, bevor er den Schadensersatzanspruch erhebt, die dafür besonders berufenen Anerbenbehörden darüber entscheiden, ob wirklich ein Erbhof bestand. Die Anerbenbehörden dürfen ihn nicht darauf verweisen, daß diese Frage in dem Schadensersatzprozeß von den ordentlichen Gerichten entschieden werden könne. Voraussetzung für das Rechtsschutzbedürfnis ist aber, daß der Schadensersatzanspruch nicht von Anfang an aussichtslos erscheint. Das REG nimmt das an. Es meint, die Zwangsversteigerung habe auch dann, wenn der Hof ein Erbhof gewesen sei, durchgeführt werden dürfen, weil die Erbhofeigenschaft gegenüber dem betreibenden Gläubiger, der vorher die Beschlagnahme erwirkt habe, nicht geltend gemacht werden könne. Diese Ansicht ist unrichtig. Einen relativen Erbhof gibt es nicht. Wenn also der Hof ein Erbhof war, so ist er zu Unrecht versteigert und dadurch dem Vladimir S. zu Unrecht entzogen worden. Die objektive Grundlage für einen Schadensersatzanspruch könnte also gegeben sein. Trotzdem erscheint der Anspruch aussichtslos. Die Vollstreckungsbehörden haben nicht etwa über die Erbhofeigenschaft unrichtig entschieden, sondern die Frage der Erbhofeigenschaft offen gelassen und den Standpunkt vertreten, daß die Vollstreckung auch bei Annahme der Erbhofeigenschaft gegenüber dem betreibenden Gläubiger nicht geltend gemacht werden könne. Diese Ansicht ist zwar, wie gesagt, unrichtig. Sie wurde aber damals von manchen Anerbenbehörden und auch im Schrifttum von bedeutsamen Seiten vertreten, daß REG hat sie sogar noch in dem hier angeführten Beschluß aufrechterhalten. Entgegenstehende Entsch. des REG lagen damals noch nicht vor. Bei dieser Sachlage wird kein Verhulden der Vollstreckungsbehörden oder auch des betreibenden Gläubigers festzustellen sein. Der Schadensersatzanspruch erscheint also als von Anfang an aussichtslos. Deshalb kann das rechtliche Interesse und das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Feststellung, daß der Hof ein Erbhof in der Hand des Vladimir S. gewesen sei, in diesem Falle nicht mit der Ankündigung eines Schadensersatzanspruchs begründet werden.

Der Antrag des Vladimir S. ist also unbegründet, soweit festgestellt werden soll, daß der Hof ein Erbhof in der Hand des Antragstellers ist. Er ist mangels des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, soweit die Feststellung begeht wird, daß der Hof ein Erbhof in der Hand des Antragstellers gewesen sei.

(REG, 2. Sen., Beschl. v. 26. Jan. 1937, 2 RB 36/35.)  
(= REG, 4, 46.)

**Anmerkung:** Den gleichen Fall behandelt der Beschluß desselben Senats v. 26. Jan. 1937, 2 RB 496/36: REG, 4, 89.

D. S.

\*

\*\* 56. §§ 29, 32 REG; § 36 Abs. 6 EHRB.

1. Der Anfall eines Erbhofes kann statt in öffentlich beglaubigter Form auch durch eine vor dem zuständigen REG zur Niederschrift abgegebene und von diesem in gehöriger Form beurkundete Erklärung wirksam ausgeschlagen werden.

2. Wenn beim Bestehen eines Streites über einen gesetzlichen Verpflichtungsanspruch ein Beteiligter die gerichtliche Festsetzung seines Verpflichtungsrechtes und gleichzeitig dessen dingliche Sicherung begeht, so kommt ein Streitverfahren nach § 32 REG und ein Verfahren zur Genehmigung der Belastung nach § 37 Abs. 2 REG nebeneinander in Betracht. Die in beiden Verfahren ergehenden gerichtlichen Entsch. müssen voneinander geschieden werden, da für beide Verfahrensarten verschiedene Anfechtungsmöglichkeiten gegeben sind.

3. Nach § 36 Abs. 6 EHRB sollen für Verfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung bereits anhängig waren, die bisherigen Vorschriften in Geltung bleiben. Damit sind aber nicht die bei den Anerbenbehörden schwedenden Verfahren gemeint, sondern nur solche, die bei anderen Stellen (z. B. Prozeßgericht) anhängig sind.

1. Die Beteiligten, die Brüder Heinrich und Johann St., be-

absichtigen den Übergang des Hofs auf den jüngeren Bruder Johann. Wenn kein Altersrecht gegolten hat, würde Johann ohne weiteres nach § 21 Abs. 3 Satz 2 REG Hoferbe geworden sein. Ist der Hof aber den älteren Bruder Heinrich angefallen, so würde die Ausschlagung des Erbhofes durch Heinrich in Betracht kommen. Die Ausschlagung eines angefallenen Erbhofes ist durch § 29 REG geregelt. Danach finden die Vorschriften des BGB. über die Ausschlagung einer Erbschaft entsprechende Anwendung. Die Ausschlagungsfrist beträgt nach § 1944 BGB. sechs Wochen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anerbe von seiner Berufung zum Anerben Kenntnis erlangt (§ 29 Abs. 2 Satz 2 REG). Heinrich hat erst am 10. April 1935 die Ausschlagung des Erbhofes erklärt. Es wird aber angenommen werden können, daß er damals — vermutlich ebenso noch heute — von dem Bestehen des Altersrechts und damit von dem Anfalle des durch den Tod seines Vaters (7. Mai 1934) frei gewordenen Erbhofes keine zuverlässige Kenntnis hatte, so daß die Ausschlagungserklärung auf alle Fälle rechtzeitig sein würde. Die Ausschlagungserklärung, die nach § 29 Abs. 2 Satz 1 REG gegenüber dem REG, nicht gegenüber dem Nachlaßgericht, abzugeben ist, bedarf der öffentlich beglaubigten Form (§ 1945 BGB.). Die öffentliche Beglaubigung wird nun nach § 129 Abs. 2 BGB. durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersezt. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Erklärung gegenüber einer gerichtlichen Behörde (z. B. im Falle des § 1945 BGB. gegenüber dem Nachlaßgericht oder im Falle des § 29 Abs. 2 REG gegenüber dem REG) in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist, muß es darum genügen, wenn sie zu Protokoll dieser Behörde abgegeben und von dieser beurkundet wird (vgl. Staude, Erläuterungsbuch zum BGB., 10. Aufl., § 129 Anm. 5). Der Anfall des Erbhofes kann danach statt in öffentlich beglaubigter Form auch durch eine vor dem zuständigen REG zur Niederschrift abgegebene und von diesem in gehöriger Form beurkundete Erklärung wirksam ausgeschlagen werden. Aus der Vorschrift des § 167 REG, daß für die Aufnahme einer gerichtlichen Urkunde die AG. zuständig sind, sind Bedenken nicht herzuleiten, weil die AG. Teile der AG. sind, bei denen sie gebildet sind (vgl. § 41 REG). Die Form der gerichtlichen Beurkundung richtet sich nach §§ 169 bis 182 REG).

2. Johann hat nun in der Annahme, daß sein Anerbenrecht nicht mehr streitig sei, den ursprünglichen Antrag auf Feststellung des geltenden Erbbaus und seines Anerbenrechts zurückgenommen und zugunsten seines Bruders Heinrich die Eintragung eines Einstiegs und eines Auszuges und außerdem einer Ausstattung von 10 000 RM auf dem Erbhofe beantragt. Die zugunsten des Heinrich gestellten Anträge bezweckten die Erteilung der Genehmigung zur Belastung des Erbhofes nach § 37 Abs. 2 REG.

Zur Regelung der Beziehungen zwischen dem Anerben, dem der Hof zugefallen ist, und den Versorgungsberechtigten nach §§ 30, 31 REG sieht das REG an sich das besondere Verfahren nach § 32 REG vor. § 32 REG dient dazu, unter Ausschaltung des Nachlaßgerichts, dem nach §§ 86 ff. REG. allgemein die Vermittlung bei der Erbauseinandersetzung unter den Miterben obliegt, in einem Verfahren vor dem REG die Streitigkeiten über die im Falle des Todes des Bauernkraft Gesetzes entstehenden Verpflichtungsrechte der weichenden Erben und des überlebenden Ehegatten zu ordnen. Da es bei der Schlichtung derartiger Streitfälle wesentlich auf die Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen ankommt, außerdem zur Wiederherstellung des Friedens auf dem Hof eine möglichst schnelle Erledigung des Verfahrens notwendig ist, ist die Entsch. unter Ausschluß einer Anfechtungsmöglichkeit in die Hand des REG gelegt. Das Verfahren nach § 32 REG findet aber nur Anwendung, wenn Streitigkeiten über die Verpflichtungsansprüche des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge des Erblassers bestehen. Bei Einigkeit des Anerben und der Versorgungsberechtigten bedarf es keiner Mithilfe des REG; die Abmachungen der Beteiligten unterliegen in solchen Fällen nicht der Genehmigung des REG (vgl. REG, 1, 180 = J.W. 1935, 1160<sup>a</sup>; REG, 1, 257/58 = J.W. 1935, 2205<sup>b</sup>; J.W. 1935, 1864). Wenn die freiwillige Einigung der Beteiligten allerdings eine dingliche Belastung des Erbhofes mitumfaßt, so ist insoweit die Zustimmung des REG nach § 37 Abs. 2 REG einzuholen. In einem derartigen Falle findet dann lediglich ein Genehmigungsverfahren nach § 37 Abs. 2 REG statt, für das die Besonderheiten des § 32 REG nicht gelten. Wenn dagegen beim Bestehen eines Streites über einen gesetzlichen Verpflichtungsanspruch ein Beteiligter die gerichtliche Festsetzung seines Verpflichtungsrechtes und gleichzeitig dessen dingliche Sicherung begeht, so kommen ein Streitverfahren nach § 32 REG und ein Verfahren zur Genehmigung der Belastung nach § 37 Abs. 2 REG nebeneinander in Betracht. Die in beiden Verfahren ergehenden gerichtlichen Entsch. müssen voneinander geschieden werden, weil

die Entsch. im Genehmigungsverfahren nach § 37 Abs. 2 REG den Rechtsmittel der §§ 48, 49 REG unterliegt, während die Entsch. des AEG im Verfahren nach § 32 REG der Anfechtung entzogen ist. Ob die Beteiligten im Einzelfall ein Streitverfahren nach § 32 REG und gegebenenfalls gleichzeitig ein Genehmigungsverfahren nach § 37 Abs. 2 REG beabsichtigen, wird, sofern die Anträge oder Einfassungen der Beteiligten keine genügende Klarheit geben, unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage festzustellen sein.

3. Heinrich stützt sich darauf, daß seine Versorgung durch die von seinem Vater hinterlassene Aufzeichnung geregelt worden sei. Wenn diese Aufzeichnung eine Verfügung von Todes wegen darstellen sollte, so kommt folgendes in Betracht: Durch § 36 der am 23. Dez. 1936 in Kraft getretenen EHGB v. 21. Dez. 1936 ist für die Entsch. von Streitigkeiten über Versorgungsansprüche auf vertraglicher Grundlage wie von Streitigkeiten über Versorgungsansprüche von Familienangehörigen des Bauern, die auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen, ein neues, dem Verfahren nach § 32 REG im allgemeinen ähnliches anerbengerichtliches Verfahren eingeführt worden. Im Gegensatz zu den auf Grund des § 32 REG ergehenden Entsch. des AEG sind allerdings die Entsch. des AEG nach § 36 EHGB anfechtbar. Es ist zu prüfen, ob sich das vorliegende, schon schwedende Verfahren nunmehr nach § 36 EHGB richtet.

Nach § 36 Abs. 6 EHGB sollen für Verfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung bereits anhängig waren, die bisherigen Vorschriften in Geltung bleiben. Damit sind aber nicht die bei den Anerbenbehörden schwedenden Verfahren gemeint, sondern nur solche Verfahren, die bei anderen Stellen anhängig sind, z. B. bei dem Prozeßgericht oder bei einer amtsgerichtlichen Einigungsstelle nach Maßgabe des Reg. v. 18. Aug. 1923 über die anderweitige Feststellung von Geldbezügen aus Alttelleinsverträgen (RGBl. I, 815). Auf ein beim Inkrafttreten der EHGB anhängiges anerbengerichtliches Verfahren, das einen Versorgungsanspruch auf Grund einer Verfügung von Todes wegen zum Gegenstand hat, würde somit von jetzt ab die Vorschrift des § 36 Abs. 2 EHGB Anwendung finden.

§ 36 Abs. 2 EHGB hat die auf einer Verfügung von Todes wegen beruhenden Versorgungsansprüche berücksichtigt, weil der Erblasser durch die Bestimmung des § 24 REG, die grundsätzlich sein Recht zu lebenswilligen Verfügungen über den Erbhof beschränkt, nicht gehindert ist, die Versorgungsansprüche seines überlebenden Ehegatten und seiner Abkömmlinge innerhalb des in §§ 30, 31 REG bestimmten Rahmens selbst im einzelnen von Todes wegen zu regeln. Eine solche Befugnis steht dem Erblasser aber nur zu, wenn er überhaupt innerhalb der vom REG gezogenen Grenzen über den Hof von Todes wegen verfügen kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Aufzeichnung des verstorbenen Wilhelm St. v. 3. Jan. 1934 den Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments entspricht. Denn bei einem Ehegattenerbhof war nach den zur Zeit des Erbfalles geltenden Gesetzesvorschriften, wie oben näher dargelegt ist, ein Ehegatte allein überhaupt nicht in der Lage, eine einseitige Verfügung von Todes wegen zu treffen, aber selbst nach dem neuen Rechte steht diese Befugnis nur dem „überlebenden“ Ehegatten zu, nicht dagegen dem Ehegatten, der bei Lebzeiten des anderen verstorben ist. Ein Versorgungsanspruch i. S. des § 36 Abs. 2 EHGB kommt daher nicht in Frage. Für das weitere Verfahren ist im vorl. Falle vielmehr die Regelung des § 32 REG maßgebend. Für die Entsch. nach § 32 REG ist das AEG allein zuständig.

(REGG, 3. Sen., Beschl. v. 24. März 1937, 3 RB 386/36. — Celle.)

(= REGG, 4, 146.)

\*

\*\* 57. § 37 Abs. 3 REG. Durch die Gewährung einer Ausstattung soll dem Empfänger die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung oder die Verheiratung ermöglicht werden. Bleibt er auf dem Erbhof, so ist es ausreichend, wenn ihm nur ein angemessener Teil des Ausstattungsbetrages zur freien Verfügung gewährt wird.

Von den sechs Kindern der Eigentümerin sind eine Tochter und ein Sohn bereits abgesunken. Zwei verheiratete Töchter, Barbara und Maria, haben je eine Aussteuer im Werte von 800—1000 RM und eine Kuh im Werte von 300 RM bekommen.

Die verwitwete Eigentümerin hat mit ihrem Sohn Karl, der den Hof bereits seit 1918 bewirtschaftet, einen Übergabevertrag geschlossen, im wesentlichen zu folgenden Bedingungen:

1. Wohnrecht mit üblichem Leibgeding für die Übergeberin, u. a. Zahlung eines Taschengeldes von 10 RM monatlich,
2. Wohnrecht und Gewährung des gesamten Lebensunterhaltes für die 37 Jahre alte auf dem Hofe befindliche Schwester

des Übernehmers Elise bis zu ihrer Verheiratung, unter Umständen auf Lebenszeit, gegen angemessene Mitarbeit auf dem Erbhof,

3. Zahlung von je 3000 GM. als Aussteuerbeträge an die Geschwister des Übernehmers, Barbara, Maria und Elise, mit 4 % verzinslich und zahlbar in auf mehrere Jahre erstreckten größeren Teilbeträgen.

Das AEG hat die Genehmigung nur unter der Bedingung ertheilt, daß die Ausstattungsbeträge für die drei Schwestern des Übernehmers auf je 2000 RM herabgelebt werden und die Beträge für Barbara und Maria bis zur Fälligkeit unverzinslich sind. Diese Herabsetzung hat das AEG angesichts der Leistungsfähigkeit des Erbhofes für notwendig erachtet.

Das REGG hat die Übergabe unter der Bedingung anerbenrechtlich genehmigt, daß die Vertragsparteien folgende Änderungen des Vertrages vereinbaren:

„Die an die drei Schwestern des Übernehmers zu zahlenden Beträge werden auf je 2400 RM herabgesetzt. Sie sind zahlbar in jährlichen, am 1. April fälligen Teilbeträgen von je 200 RM, erstmals am 1. April 1936. Die einzelnen Teilbeträge sind erst vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit an mit 4 % verzinslich.“

Das REGG hat eine Herabsetzung der Ausstattungen angesichts der tatsächlich vorhandenen Leistungsfähigkeit des Erbhofes auf je 2400 RM für ausreichend, zur Vermeidung einer Überlastung des Erwerbers aber eine jährliche Ratenzahlung für notwendig erachtet und die Befestigung der Verzinsung verlangt, weil diese neben den angemessenen jährlichen Teilbeträgen nicht zugebilligt werden könne, dem Wesen der Ausstattung als Versorgungsleistung auch widerspräche.

Die sofortige weitere Beschr. des LBf ist zulässig (§ 49 Abs. 1, 2 und 4 REG; § 11 DB I z. REG; jetzt § 11 EHGB; §§ 16, 22 REGG). Sie mußte zu einer Abänderung der Vorentscheidung führen, wobei das REGG nicht gehindert war, die Vorentscheidung, vom Standpunkt der Beteiligten aus betrachtet, zu ihrem Nachteil abzuändern, da das Verbot der Schlechterstellung (reformatio in peius) für das Genehmigungsverfahren des § 37 REGG wie überhaupt das anerbengerichtliche Verfahren nicht gilt (REGG, 2, 16 ff. = JW. 1936, 116<sup>21</sup>; REGG, 2, 76 ff. = JW. 1936, 1065<sup>19</sup>; REGG, 3, 69 = JW. 1936, 3245<sup>15</sup>; REGG, 3, 208 ff. = JW. 1937, 101<sup>13</sup>; ebenso Beschl. des 2. Sen. v. 6. Febr. 1936, 2 RB 687/36).

Die Übergabe des Erbhofes ist nach § 37 Abs. 3 REG zu genehmigen, sofern die getroffenen Übergabevereinbarungen den Hof nicht über seine Kräfte belaufen und auch im übrigen mit Zielen und Grundgedanken des REG im Einklang stehen. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, gibt von den Übergabevereinbarungen allein diejenige über die an die Geschwister des Übernehmers zu zahlenden „Aussteuerbeträge“ Anlaß zu Erörterungen. Wenngleich der nicht bestrittene Durchschnittsertrag je Morgen an Weizen und Gerste, wie auch der Ertrag der Wiesen nicht so erheblich ist, ist bei der Größe des Anwesens, dem hohen Biebbestand und dem vom KrBf begutachteten guten Zustand des Hofes und der Ländereien die Leistungsfähigkeit des Erbhofes nicht gering zu veranschlagen. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Leistungsfähigkeit erscheinen die vom AEG auf je 2000 RM bemessenen Ausstattungen der drei Geschwister des Übernehmers tragbar und den Kräften des Hofes angepaßt, sofern sie, wie schon vom REGG mit Recht angeordnet ist, in Jahresraten von je 200 RM bezahlt werden. Eine weitere Kürzung entsprechend der Anregung des LBf zu verlangen, erscheint nicht notwendig. Das den Verhältnissen am nächsten stehende AEG hält die Ausstattungsbeträge von je 2000 RM ebenfalls für nicht über die Kräfte des Hofes hinausgehend; auch der KrBf hat eine Überbelastung nicht angenommen, wenngleich er freilich meint, daß damit bis an die äußerste Grenze des Möglichen gegangen sei. Eine Erhöhung auf den vom REGG für angemessen gehaltenen Betrag von je 2400 RM erscheint jedoch nicht tragbar, auch nicht angemessener, wenn man berücksichtigt, daß die Beträge für die beiden verheirateten und versorgten Schwestern Barbara und Maria nur zur Ergänzung ihrer Ausstattung, also zur Erhaltung und Verbesserung ihrer Wirtschaft dienen sollen, daß auch Elise schon eine Zimmereinrichtung und ein Bett vorweg erhalten hat. Daß der Vater angeblich Ausstattungen von 3000 GM. für jedes Kind gewollt habe, kann nicht maßgeblich ins Gewicht fallen, er ist bereits 1919 verstorben und war naturgemäß in den damaligen Anschauungen über die „Abfindung“ der weiblichen Abkömmlinge befangen. Ebenso erscheint auch die von den Beteiligten angestellte Berechnung, welcher Lohn für die Arbeit auf dem Hofe hätte aufgewendet werden müssen, wenn statt der Schwestern fremde Arbeitskräfte hätten bezahlt werden müssen, verfehlt. Denn grundsätzlich waren die Schwestern, solange sie im Haushalt und auf dem Anwesen der Eltern lebten, gemäß § 1617 BGB. zur Mit-

arbeit verpflichtet. Eine Dienstlohnentschädigung ist im REG für die weichenden Abkömmlinge, die auf dem Hofe gearbeitet haben, nicht vorgesehen. Die Mitarbeit kann nur bei Bemessung der Ausstattungen (§ 30 REG) angemessene Berücksichtigung finden (REG, 2, 245 = JW, 1936, 1848<sup>20</sup>). Diese Mitarbeit ist bei Festsetzung der Ausstattungen auf je 2000 RM hinreichend berücksichtigt. Angeglichen der von den Beteiligten erachtlich gewollten gleichen Bemessung der Ausstattungen für alle Geschwister erscheint eine unterschiedliche Festsetzung der Beträge gemäß der Anregung des BVF nicht gerechtfertigt. Werden die Ausstattungen in den angemessenen Jahresanteilbeträgen von je 200 RM gezahlt, so bedeutet dies, daß die gesamten Ausstattungen an die weichenden Abkömmlinge spätestens in etwa neun Jahren geleistet werden, so daß der Übernehmer voraussichtlich Zeit haben wird, für seine etwaige Nachkommenchaft — bisher besitzt er nur einen Sohn — und ihre Ausstattung zu sorgen. Dazwischenneben diesen angemessenen Jahresanteilbeträgen nicht noch Zinsen zugebilligt werden können, hat schon das REG zutreffend ausgeführt (so ständige Rspr. des Sen.; vgl. u. a. Beschl. vom 12. Juni 1935, 1 RB 695/34; Vogels-Hopp, „Rspr. in Erbhöfen“, § 37 c REG, S. 209 Nr. 73). Angeglichen des Charakters der Ausstattungen als Versorgungsleistungen aus dem Erbtrage des Hofs liegt auch keine Veranlassung vor, die Vereinbarung einer Verzinsung nach Möglichkeit der einzelnen Beträge zuzulassen. Inwieweit eine solche etwa auf Grund des § 288 BGB. wegen Verzuges zu erfolgen hätte, kann dahingestellt bleiben.

Dem Gedanken des § 30 REG, der auch bei der Übergabe als einer vorweggenommenen Erbfolge sinngemäß anzuwenden ist, entspricht es fernerhin, den Zahlungsanspruch der Elise in Höhe der Hälfte (1000 RM) davon abhängig zu machen, daß sie sich verheiraten oder wirklich verselbständigen wird; denn durch die Gewährung der Ausstattung soll ihr gerade die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung oder die Verheiratung ermöglicht werden. Bleibt Elise auf dem Erbhof, wie es hier augenscheinlich vorgesehen ist, wofür auch das ausdrücklich vereinbarte Wohn- und Unterhaltsrecht spricht, so liegt keine Veranlassung vor, an sie den vollen Ausstattungsbetrag zur Auszahlung zu bringen, der dann später dem Erbhof verloren gehen würde. Um sie für den Fall des Verbleibens auf dem Hofe nicht zu sehr von dem Übernehmer abhängig zu machen, genügt es, wenn sie einen Betrag von 1000 RM erhält (ähnlich Beschl. des Sen. vom 28. Jan. 1937, 1 RB 1115/35).

(REG, 1. Sen., Beschl. v. 4. Mai 1937, 1 RB 2569/35.)  
(= REG, 4, 159.)

\*

\*\* 58. §§ 37 Abs. 3, 25 REG; § 50 Abs. 3 EGBB. Haben Ehegatten vor dem 1. Okt. 1933 in einem gemeinschaftlichen Testamente sich gleichzeitig zu Alleinerben und die Kinder aus der ersten Ehe des Mannes und aus der gemeinschaftlichen Ehe je zu gleichen Teilen als Erben des zuletzt Versterbenden eingesetzt, und ist der Ehemann vor dem 1. Okt. 1933 gestorben, so kann die überlebende Ehefrau für den von ihrem Ehemann stammenden Erbhof den Anerben unter den eingesetzten Kindern bestimmen. Die hierzu erforderliche Genehmigung des REG ist im Falle der Übergabe eines Sohnes zugunsten einer Tochter nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu erteilen. Das gleiche gilt bei einer Hofübergabe unter Lebenden. Ein wichtiger Grund für die Übergabe eines Sohnes zugunsten einer Tochter liegt vor, wenn der Sohn schon seit vielen Jahren den väterlichen Hof verlassen, selbst einen Erbhof und eine gesicherte Lebensstellung erworben hat, die Tochter aber, die mit ihrem Ehemann den Hof seit Jahren bewirtschaftet hat, sich beim Verlassen des Hofs eine neue Lebensstellung gründen müßte, so daß eine Rückbildung der schon vor dem 1. Okt. 1933 geschaffenen Verhältnisse mit großen Schwierigkeiten und Unbilligkeiten verbunden wäre.

Hinrich L. der Ältere war bis zu seinem am 14. Mai 1918 eingetretenen Tode Eigentümer eines 9,29,37 ha großen Grundbesitzes. Die Erbhoftreue des Besitzes wird von seiner Seite bezeugt. Der Hof ist schuldenfrei. Hinrich L. hatte mit seiner zweiten Ehefrau am 21. April 1918 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem die Ehegatten sich gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzen und weiter bestimmen, daß nach dem Tode des Überlebenden der Nachlaß des Ehemannes an die aus seiner ersten Ehe stammenden drei Kinder und an die aus der zweiten Ehe stammenden fünf Kinder zu gleichen Teilen als Erben des zuletzt Versterbenden fallen sollte. Der Nachlaß der Ehefrau L. sollte nach diesem Testamente zu gleichen Teilen an die Tochter aus ihrer ersten Ehe und an die schon genannten fünf Kinder aus ihrer zweiten Ehe fallen. Von den acht Kindern des Hinrich L. ist das älteste aus erster Ehe ein Sohn, Hinrich L. in M. (der Beschw.). Auch das älteste Kind aus zweiter Ehe,

Lübbert L., war ein Sohn, ist aber unter Hinterlassung zweier Töchter im Jahre 1915 im Weltkrieg gefallen, die sechs anderen Kindern des verstorbenen Hinrich L. sind Töchter.

Die über 80 Jahre alte Witwe L. will den Hof an ihre jüngste Tochter (aus ihrer zweiten Ehe mit Hinrich L.), Frau D., die mit ihrem Ehemann seit Jahren auf dem Hofe lebt und diesen bewirtschaftet, übergeben und hat mit dieser am 22. März 1935 einen notariell beurkundeten Vertrag abgeschlossen, wonach ihr der Hof übertragen wird und den sechs anderen Kindern aus beiden Ehen des Hinrich L. von der Übernehmerin des Hofs je eine Ausstattung von 550 RM, bzw. den beiden Töchtern des verstorbenen Lübbert L. je eine solche von 275 RM unverzinslich in sechs Jahresraten bezahlt wird. Für die Übergeberin ist im Vertrage ein Altenteil vereinbart.

Das REG hat die Genehmigung der Hofübergabe an Frau D. verweigert, da Hinrich L. der Jüngste der Anerbe sei und ein wichtiger Grund für seine Übergabe nicht vorliege.

Das REG hat die Hofübergabe an Frau D. genehmigt.

Die weitere Beschr. des Hinrich L. d. J. war erfolglos.

Nach dem von dem Ehegatten L. am 21. April 1918 errichteten Testamente wurde Witwe L. die Alleinerbin ihres Ehemannes und damit auch Erbin des Hofs. Die Kinder sollten als Erben des zuletzt Versterbenden der beiden Ehegatten eingesetzt sein. Das Rechtsverhältnis der Vorerbschaft und Nacherbefehl wurde im Testamente ausdrücklich ausgeschlossen. Der Hof ist auf den Namen des verstorbenen Ehemannes im Grundbuche eingetragen. Er wurde seinerzeit zum Teil auch aus Mitteln der Ehefrau erworben. Gleichwohl hat er als Nachlaß des verstorbenen Ehemannes zu gelten und sollte nach dem Testamente vom 21. April 1913 nach dem Tode des längstlebenden der beiden Ehegatten (also der Witwe L.) mit der übrigen Erbschaft des Ehemannes an die acht Kinder aus erster und zweiter Ehe des verstorbenen Hinrich L., und zwar zu gleichen Teilen, fallen. Das REG und seine Bestimmungen über die Hofnachfolge (vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 2, § 19 Abs. 2, § 24) hindern die Durchführung dieser testamentarischen Anordnung. Anerbe und Hofnachfolger kann nach dem REG nur eine Person werden. Falls das gemeinschaftliche Testament nur die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten enthalten hätte oder die Bestimmung der Erbeinsetzung der acht Kinder wegen ihres Widerspruchs mit den Bestimmungen des REG unwirksam wäre, käme als Anerbe für den Hof nur ein Kind der Witwe L. in Betracht, während die Kinder des verstorbenen Hinrich L. aus erster Ehe auszuscheiden hätten. Das REG will aber Verfügungen von Todes wegen, die vor dem 1. Okt. 1933 errichtet wurden, möglichst schonen und, soweit diese mit den Bestimmungen des Gesetzes vereinbar sind, aufrechterhalten. Es will dem Willen der Hofeigentümer — unter Wahrung der Grundsätze des REG — möglichst entgegenkommen. Dies ergibt sich auch aus den Vorchriften des § 68 DB I z. REG (jetzt § 50 EGBB; vgl. auch § 12 DB II z. REG). Eine vor dem 1. Okt. 1933 vorgenommene Erbeinsetzung ist, wenn irgend möglich, als eine Einziehung des Erben zum Anerben i. S. des REG auszulegen. Im vorl. Falle ist als Wille der beiden Ehegatten L., insbes. auch des verstorbenen Hinrich L. — bei Errichtung des Testaments — anzunehmen, daß die Kinder aus der ersten und zweiten Ehe des Hinrich L. gleich behandelt werden sollen. Dagegen fehlt eine Anordnung, daß etwa gerade die Kinder aus der ersten Ehe oder der älteste Sohn des Hinrich L. den Hof erhalten und der in § 7 EGBB getroffenen Regelung Rechnung getragen werden sollte (vgl. § 50 Abs. 2 EGBB).

§ 50 Abs. 1 EGBB bestimmt, daß, falls in einem solchen Falle nach dem gemeinschaftlichen Testamente der Nachlaß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an Verwandte des Erstversterbenden fallen sollte, der Erbhof beim Tode des überlebenden demjenigen der eingesetzten Verwandten als Anerben zufällt, der nach dem REG als Anerbe des Erstversterbenden berufen wäre. Diese Bestimmung wurde erlassen, um die Rechte der Verwandten des zuerst versterbenden Ehegatten, und zwar in erster Linie der Verwandten, die nur mit diesem, nicht zugleich mit dem überlebenden Ehegatten verwandt sind, zu wahren, da diese Verwandten ohne gesetzliche Regelung beim Tode des überlebenden Ehegatten als Anerben dieses nicht in Frage kämen. Die Bestimmung ist aber auch auf den Fall anzuwenden, in dem der Nachlaß, wie hier, nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an Verwandte des Erstversterbenden fallen soll, von denen die einen nur mit ihm allein, die anderen zugleich mit dem anderen überlebenden Ehegatten verwandt sind. Auch diese sind „Verwandte des Erstversterbten“. Es wäre unverständlich, daß die Kinder erster Ehe, die im gemeinschaftlichen Testamente in gleicher Weise wie die Kinder zweiter Ehe behandelt und bedacht sind, nur deshalb für die Anerbenfolge auszuscheiden hätten, weil sie zugleich mit den Kindern zweiter Ehe als Erben eingesetzt sind.

Ein solcher Wille des Gesetzgebers läßt sich auch aus der Bestimmung des § 50 Abs. 3 EGBB entnehmen, nach der der überlebende Ehegatte „unter den eingesetzten Verwandten“ den Anerben bestimmen kann. Würde eine solche Bestimmung des Anerben unterlassen, so müßte beim Tode des überlebenden Ehegatten aus den ausgeführten Erwägungen die Regel des § 50 Abs. 1 EGBB eintreten. Unter den eingesetzten Verwandten wäre derjenige der gesetzliche Anerbe des Hofs, der nach dem AEG unter Anerbe berufen wäre. Gesetzlicher Anerbe wäre demnach hier der einzige lebende Sohn der Eheleute L., der Beschw. Hinrich L. (§ 20 Biff. 1 AEG). Würde man dem § 50 EGBB nicht diese Auslegung geben, dann würde Hinrich L. bei Unterlassung einer Anerbenbestimmung beim Tode der Witwe L. als Anerbenanwärter überhaupt ausscheiden.

Nach dem Abs. 3 des § 50 EGBB kann der überlebende Ehegatte aber in einem Falle wie hier „mit Zustimmung des AEG unter den eingesetzten Verwandten den Anerben bestimmen“. Er braucht die gesetzliche Anerbenfolge, die im Todesfalle eintreten würde, nicht abzuwarten und kann sie ändern. — Wenn das Gesetz die Anerbenbestimmung von der Genehmigung oder Zustimmung des AEG abhängig gemacht hat, so bedeutet dies, daß die Anerbenbehörde zu prüfen hat, ob die getroffene Bestimmung mit dem Gesetz und der Sachlage vereinbar ist und nach den ganzen Umständen gebilligt werden kann, ob also im vorl. Falle die Bestimmung der Tochter zur Hofnachfolgerin billigem Ermessen entspricht (vgl. AEGG. 3, 132/133 = J.W. 1936, 3244<sup>13</sup>). — Es tritt aber die Frage auf, ob hier die bloße Zustimmung des AEG zur Bestimmung der Ehefrau D. als Anerbin, also der Tochter, unter Übergehung des zunächst berufenen Anerben, des Sohnes, genügt oder ob nicht — wie das AEG und das EHG (ohne Anwendung der damals noch nicht erlassenen Bestimmung des § 50 Abs. 3 EGBB v. 21. Dez. 1936) entschieden hat — die Übergehung des Sohnes nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen darf. Der Wortlaut des § 50 Abs. 3 wurde dafür sprechen, daß die bloße Zustimmung des AEG genügt, ohne daß geprüft werden müßte, ob besonders triftige Gründe die Übergehung des Sohnes rechtfertigen. Gleichwohl muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die „Zustimmung des AEG“ zur Bestimmung des Anerben aus der Reihe der eingesetzten Verwandten nur als Regelfall und grundsätzlich vorsieht, daß aber im übrigen doch die allgemeinen Bestimmungen des AEG über diese Frage (nämlich die Bestimmungen des § 25 des Gesetzes) gelten sollen, und daß in einem Falle, in dem das AEG wichtige Gründe für die Übergehung eines näher berufenen Anerben fordert, solche auch im Falle des § 50 Abs. 3 EGBB vorliegen müssen. Nach wohl einmütiger Ansicht der Rsp. und des Schrifttums hat der Hinweis in § 50 Abs. 1 und § 50 Abs. 2 EGBB (früher § 68 DB I z. AEG) — nämlich daß die Einsetzung eines Verwandten als Anerben die Bestimbarkeit oder Verfassungsmöglichkeit dieses Verwandten auf Grund des AEG zur Voraussetzung habe — die Bedeutung, daß die Übergehung eines näher berechtigten Verwandten der Anerbenordnung unter Anwendung des § 25 AEG nur mit Zustimmung des AEG oder je nach den Umständen auch nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen darf. Auch im Falle des § 50 Abs. 3 EGBB sind diese allgemeinen Bestimmungen des AEG anzuwenden. Denn es wäre nicht einzuführen, daß wohl in den Fällen des § 50 Abs. 1 und § 50 Abs. 2 ein besonderer gesetzlicher Schutz der näher berechtigten Verwandten bestehen, im Falle des § 50 Abs. 3 aber nicht bestehen würde. Auch ein Vergleich der Vorschrift des § 50 Abs. 3 EGBB mit der Bestimmung des § 7 der gleichen Verordnung führt zu diesem Ergebnis. Nach § 7 Abs. 4 EGBB soll selbst dann, wenn der Erblasser einen Sohn aus erster Ehe zugunsten eines Sohnes aus zweiter Ehe übergehen will, die Zustimmung des AEG nur erteilt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. AEGG. 2 379 = J.W. 1936, 2733<sup>14</sup>).

Der gesetzliche Anerbe darf deshalb durch die Bestimmung der Tochter zur Anerbin auch hier nur übergehen werden, wenn ein wichtiger Grund für diese Übergehung vorliegt (§ 25 Abs. 3 AEG). Unter den gleichen Voraussetzungen ist auch eine Hofübergabe zu Lebzeiten des Hofbesitzers zu genehmigen. § 37 Abs. 3 AEG spricht ausdrücklich zwar nur von der Hofübergabe an einen Anerbenberechtigten, der beim Erbfall der Nächstberechtigte wäre oder vom Erblasser gemäß § 25 AEG zum Anerben bestimmt werden könnte. Aber diese Vorschrift ist, wie der Senat schon mehrfach entschieden hat, ausdehnend dahin auszulegen, daß die Hofübergabe auch genehmigt werden soll, wenn der Hof an eine Person übergeben wird, die nach anderen Bestimmungen des Gesetzes oder der DB, so z. B. nach §§ 9, 20 und auch nach § 50 Abs. 3 EGBB zum Anerben bestimmt werden kann.

Ein wichtiger Grund zur Bestimmung der Tochter zur Hofnachfolgerin und zur Übergabe des Hofs an sie unter Über-

gehung des Sohnes liegt nach Überzeugung des Senates vor. Dem Sinn und den Einleitungsworten des AEG entspricht es wohl, wenn der einzige Sohn des Hofeigentümers und Anerbe der ersten Ordnung den Hof der Sippe übernimmt. Das Gesetz hat aber Ausnahmen von dieser Regel zugelassen. Das AEG hat schon in verschiedenen Entsch., deren Sachverhalt ähnlich gelagert war wie hier, einen wichtigen Grund für die Übergehung des Sohnes bei der Hofnachfolge zugunsten der Tochter darin erblickt, daß der Sohn schon vor vielen Jahren den Hof verlassen und sich eine eigene Lebensstellung gegründet hatte, die Tochter aber mit ihrem Ehemann seit Jahren den Hof bewirtschaftet und für ihre Eltern gesorgt hatte, so daß eine Rückbildung der vor Inkrafttreten des AEG geschaffenen Verhältnisse nur mit großen Schwierigkeiten und mit groben Unbilligkeiten verbunden gewesen wäre (vgl. die Entsch. v. 28. Juli 1936, 1 RB 1298/35 = J.W. 1936, 3553<sup>15</sup>; ferner v. 7. März 1936, 3 RB 507/34; J.W. 1936, 2331<sup>16</sup>).

Ganz ähnlich liegen die tatsächlichen Verhältnisse bei dem Erbhof der Familie L. Der Beschw. ist schon viele Jahre vom Hofe abwesend. Er hat sich eine gute Lebensstellung geschaffen und einen eigenen Erbhof erworben. Nach den Ermittlungen ist auch für seine Familie gesorgt. Auf der anderen Seite haben die Eheleute D. schon seit 15 Jahren den Hof ihrer Eltern bewirtschaftet und die alte Mutter gepflegt. Eine Wegweisung vom Hof würde für sie die Notwendigkeit der Begründung einer neuen Existenz bedeuten. Alle Beteiligten haben bisher immer mit dem Übergang des Hofs auf die Ehefrau D. gerechnet und sich darauf eingerichtet. Eine Rückbildung der seit langen Jahren geschaffenen Verhältnisse wäre fraglos mit Schwierigkeiten und jedenfalls mit großen Unbilligkeiten verbunden. Alle diese Umstände bilden zusammengeommen einen „wichtigen Grund“ für die Übergehung des Sohnes i. S. des § 25 Abs. 3 AEG. Den Ausführungen des AEGG in dieser Hinsicht, auf die Bezug genommen wird, ist zuzustimmen.

(AEGG. 1. Sen., Beschl. v. 4. Mai 1937, 1 RB 2297/35.)  
(= AEGG. 4, 138.)

\*

\*\* 59. §§ 48, 49 AEG. In dem Verfahren über Feststellung und Anlegung eines Erbhofes kann eine Entsch. auch zugunsten des Beschw. abgeändert werden.

Das AEG hatte festgestellt, daß die Besitzung mit Ausnahme der vom Konkursverwalter verkauften — nicht „veräußerten“ — Grundstücke am 30. Juni 1934 ein Erbhof geworden sei. Diesen Beschluß hat B. nur insoweit angefochten, als die Entstehung der Erbhofeigenschaft für den Zeitpunkt v. 1. Okt. 1933 verneint ist und die vom Konkursverwalter verkauften Grundstücke von der Erbhofeigenschaft ausgenommen sind. Das EHG hat diesen Beschluß aufgehoben und das AEG u. a. angewiesen, zu prüfen, ob ein Doppelbetrieb oder ein gemischter Betrieb vorliege. Das kann, wie auch das EHG selbst anführt, dann zu einer Verneinung der Erbhofeigenschaft der ganzen Besitzung führen, wenn ein gemischter Betrieb mit einem überwiegenden Gewerbe angenommen wird; dasselbe gilt übrigens auch von der vom EHG ebenfalls gewünschten Nachprüfung der Ackernahrung der landwirtschaftlichen Grundfläche. Die Rüge des B., daß dies eine unzulässige Abänderung zu seinen Ungunsten bedeute, ist verfehlt. Die Entsch. über die Erbhofeigenschaft einer Besitzung im Einspruchswie im Feststellungsverfahren wird ausschließlich von dem öffentlichen Interesse beherrscht. Dabei geht dieses Interesse einerseits darauf, daß alle geeigneten Hofs und Grundstücke von der Erbhofeigenschaft erfaßt werden, andererseits darauf, daß Besitzungen und Grundstücke, die den Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft nicht genügen und deshalb den Aufgaben eines Erbhofes nicht gerecht werden können, ausgeschlossen bleiben. Die Anträge und Beschw. der Beteiligten geben nur die verfahrensrechtliche Grundlage für die Entsch. der ersten und der höheren Instanzen. Auf die Richtung, welche die Beteiligten ihren Anträgen geben, kommt es nicht an. Deshalb nimmt auch eine Beschränkung der Beschw. dem Beschw. nicht das Recht und die Pflicht, die Erbhofeigenschaft der ganzen Besitzung, also aller Grundstücke, die in Frage kommen können, zu prüfen und zu beurteilen. Das ist auch praktisch das allein Mögliche. Die Erbhofeigenschaft einer Besitzung läßt sich nur auf Grund einer den gesamten Besitz umfassenden Prüfung, bei der also alle Grundstücke des Eigentümers auf ihre Hofzugehörigkeit hin untersucht werden, beurteilen. Wenn z. B. das AEG einen Teil einer Besitzung zum Erbhof erklärt, die übrigen Grundstücke aber als nicht erbhofzugehörig erachtet hat, das Beschw. dagegen zu der Ansicht gelangt, daß die Besitzung nur mit den vom AEG ausgenommenen Grundstücken, die das Beschw. für hofzugehörig hält, einen Erbhof bilde, so kann es unmöglich dadurch, daß der Beteiligte nur den die Erbhofeigen-

shaft bejahenden Teil des Beschlusses angreift, gezwungen sein, die Erbhofeigenschaft zu verneinen, obwohl ein Erbhof vorliegt. Ebenso kann, wenn das AEG einen Doppelbetrieb angenommen und deshalb dem gewerblichen Teil die Erbhofeigenschaft versagt hat, das BeschwG., das etwa einen gemischten Betrieb mit überwiegendem Gewerbe annimmt, durch die Beschränkung der Beschw. auf den die Erbhofeigenschaft verneinenden Teil des Beschlusses gehindert sein, die Erbhofeigenschaft der ganzen Besitzung zu verneinen. Andernfalls würde über die Erbhofeigenschaft nicht nach dem allein maßgebenden Belangen des Staates und des Volkes entschieden, sondern nach den Wünschen und Anträgen der Beteiligten. Die Rüge des B. geht schon aus diesen Gründen fehl; deshalb braucht nicht geprüft zu werden, ob die vom Konkursverwalter vorsorglich eingelegte Beschw. als wirksam oder als nur bündig und deshalb unwirksam erhoben anzusehen ist.

(RGHG, 2. Sen., Beschl. v. 22. April 1937, 2 RB 1041/35. — Darmstadt.)

(= RGHG. 4, 170.)

\*

\*\* 60. § 49 Abs. 4 AEG. Haben AEG und EHG auf Grund des gleichen Tatbestandes die Wirtschaftsfähigkeit verneint, das EHG außerdem aus demselben Tatbestand das Fehlen der Erbbarkeit gefolgt, so ist kein selbständiger Beschwerdegrund gegen die Entsch. des EHG gegeben.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschw. ist nach § 49 Abs. 4 AEG, daß der angefochtene Beschluß einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält. Hier haben beide Vorinst. die Erbhofeigenschaft des Anwesens „Roth Mühle“ verneint, und zwar wegen Fehlens der Bauernfähigkeit der Eigentümerin schon beim Inkrafttreten des AEG. Das AEG und das EHG haben übereinstimmend ihre Wirtschaftsfähigkeit verneint. Darüber hinaus ist das BeschwG. noch unter Berücksichtigung der schon vom AEG berücksichtigten Inventarbefestigung zur Verneinung der Erbbarkeit der Beschw. gelangt. Diese Verschiedenheit in der Begründung der beiden Entsch. rechtfertigt indessen nicht die Annahme eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes. Das RGHG hat das Vorliegen eines solchen bejaht, wenn die Verneinung der Erbhofeigenschaft vom AEG und EHG auf das Fehlen verschiedener selbständiger Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft geführt wird, beispielsweise vom AEG auf das Fehlen der Ackerbauung, vom EHG auf das Fehlen des Alleineigentums, oder vom AEG auf ständige Verpachtung, vom EHG auf den Mangel der Bauernfähigkeit (vgl. u. a. RGHG. 2, 269 = JW. 1936, 2322<sup>20</sup>; RGHG. 2, 324 = JW. 1936, 2728<sup>21</sup>; RGHG. 3, 173 = JW. 1936, 3550<sup>22</sup>; RGHG. 3, 296 = JW. 1937, 998<sup>23</sup>). Ob unter Berücksichtigung dieser Rspr. und der für sie maßgebenden Erwägungen das Vorhandensein eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes anzunehmen wäre, wenn das AEG die Bauernfähigkeit eines Eigentümers allein wegen seiner Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung, das BeschwG. hingegen allein wegen mangelnder Erbbarkeit verneint hat, mag fraglich sein, da die Bauernfähigkeit als solche eine selbständige Voraussetzung der Erbhofeigenschaft ist. Wie diese Frage zu beantworten ist und ob es hierbei etwa auch darauf ankommen würde, auf Grund welchen Tatbestandes die Erbbarkeit verneint worden ist, kann hier dahingestellt bleiben, da im vorl. Falle beide Vorinst. die Wirtschaftsfähigkeit der Eigentümerin verneint haben, insoweit die Grundlage beider Vorentscheidungen mithin völlig übereinstimmt. Bei dieser Sachlage stellt die daneben vom BeschwG. ausgesprochene Verneinung der Erbbarkeit für sich keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund dar, zumal das EHG lediglich aus dem dem AEG schon bekannten Tatbestand, den es im einzelnen aufgelistet und gewürdiggt hat, die Schlussfolgerung gezogen hat, daß der Eigentümerin deswegen auch die Erbbarkeit abzusprechen sei. Das Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes kann hierauf nur angenommen werden, sofern ein für die Entsch. des EHG ursächlicher Verfahrensverstoß festzustellen wäre. Ein solcher liegt indessen nicht vor.

(RGHG, 1. Sen., Beschl. v. 19. Mai 1937, 1 R 824/36.)

(= RGHG. 4, 164.)

\*

\*\* 61. § 49 AEG. Wenn der LBf mit der sofortigen Beschw. nur die Begründung eines im Ergebnis von ihm für zutreffend gehaltenen Beschlusses angreift, dann ist das Rechtsmittel in der Regel unzulässig.

R. ist Eigentümer eines Hofs von 141,78,18 ha Größe. Die Besitzung ist durch die deutsch-polnische Grenzziehung in zwei Teile geteilt. Die Höfstelle mit 62,97,05 ha Land liegt auf deutschem Gebiet, der Rest des Landes von 78,81,13 ha Größe, darunter sämtliche Wiesen und Weiden der Besitzung, auf polnischem

Gebiet. Auf dem Hof werden 20 Pferde, 60 Milchkühe, 20 Stück Jungvieh, 30 Schweine und 1000 Hühner gehalten; Rindvieh und Pferde werden im Sommer geweidet. Der auf deutschem Gebiet liegende Teil der Besitzung ist in das gerichtliche Verzeichnis der für die Erbhöferolle vorgesehenen Erbhöfe aufgenommen worden.

Hiergegen hat der Eigentümer beim AEG in Marienwerder Einspruch eingelegt. Er hat vorgebracht: Die Besitzung bilde eine wirtschaftliche Einheit; der deutsche Teil könne von dem polnischen schon deshalb nicht getrennt werden, weil alle Weiden und Wiesen auf polnischem Gebiet liegen. Die hierauf untrennbare Wirtschaftseinheit sei über 125 ha groß und deshalb kein Erbhof.

Das AEG hat den Einspruch zurückgewiesen. Das EHG hat abgeändert, dem Einspruch des Eigentümers stattzugeben und angeordnet, daß das Grundbesitztum nicht in die Erbhöferolle aufgenommen werde. Es hat ausgeführt: Das AEG könne nur solche Grundstücke erfassen, die auf deutschem Gebiet liegen. Die auf deutschem Gebiet liegenden Grundstücke bildeten keinen Erbhof. Es seien zwar 62,78,18 ha Land vorhanden, von dem 54 ha als Acker genutzt würden und der Rest offenbar Wald sei. Weil aber auf dem Ackerland Klee nur auf 9 Morgen, und auch hier mangels voller Eignung des Bodens nur mit unsicherer Erträge, und Seradella überhaupt nicht angebaut werden könne, weil ferner der Boden sich nicht zur Anlage von Dauerweiden eigne, sei eine Rindviehhaltung so gut wie ausgeschlossen. Reine Getreidewirtschaft sei aber in ihrer Ertragsfähigkeit erfahrungsgemäß nicht sicher und krisenfest. Außerdem würden die Gebäude, die auf einen Besitz von 140 ha zugeschnitten seien, für die auf deutschem Gebiet liegende Fläche viel zu groß sein und ihre Unterhaltung sowie die Steuern würden Summen verschlingen, die zu den Erträgen dieses Teils in keinem Verhältnis ständen. Auch das tote Inventar könne auf dem deutschen Teil allein nicht genügend ausgenutzt werden. Es würde ein lebensstüdiger Wirtschaftsorganismus zerschlagen werden und ein nicht lebensfähiges Wirtschafts Wesen übrig bleiben. Bei diesen Verhältnissen lasse der auf deutschem Gebiet liegende Hofsteil sich von dem auf polnischem Gebiet liegenden nicht absondern und stelle auch einen sicheren Familiensitz und eine ausreichende Ackerbauung nicht dar.

Gegen diesen Beschuß richtet sich die sofortige weitere Beschw. des LBf. Er bringt vor: Die Feststellung des EHG, daß etwa 9 ha der deutschen Fläche Wald seien, treffe nicht zu; die deutsche Fläche werde bei entsprechender Umstellung eine Ackerbauung darstellen. Weil dort jedoch nur Ackerwirtschaft betrieben werde, sei heute eine Ackerbauung nicht anzunehmen, da die gesamten Wiesen und Weiden in Polen liegen und deshalb zur Zeit eine Viehhaltung und Milcherzeugung auf dem deutschen Teil nicht möglich sei. Der Grundbesitz bilde zwar nicht rechtlich, aber wirtschaftlich eine Einheit. Der polnische Teil unterstehe nicht dem deutschen Erbhofsrecht, könne aber trotzdem bei der Beurteilung des deutschen Teils nicht unberücksichtigt bleiben. Der deutsche Grundbesitz bleibe Teil eines über 125 ha umfassenden Großbetriebes. Nach dem Willen des AEG sollten jedoch nur bürgerliche Betriebe dem AEG unterstehen. Die Einleitung des Gesetzes lasse den Zweck erkennen, bürgerlichen Besitz zu erhalten und zu festigen. Deshalb könne, auch unter Anwendung des § 56 AEG i. Verb. m. der Einleitung des Gesetzes, der deutsche Grundstücksteil nicht als selbständiger Erbhof angesehen werden. Zu dem gleichen Ergebnis müsse eine entsprechende Anwendung des § 3 AEG führen. Diese Bestimmung komme auch für solche Fälle in Betracht, wo die deutsche Grundstücksfäche zwar nicht über 125 ha groß sei, dieser Grundstücksteil aber wirtschaftlich durch die auf fremdem Staatsgebiet liegende Fläche seine Ergänzung finde und als Teil eines Großbetriebes angesehen werden müsse. Er stimme also mit dem erkennenden Teil des angefochtenen Beschlusses überein, nicht aber mit den Gründen, auf denen diese Entsch. beruhe. Eine Beschwerde — Beeinträchtigung eines Rechts i. S. des § 20 AEGG. — liege deshalb nicht vor. Ihm als LBf müsse aber das Beschwerderecht auch in allen den Fällen gegeben sein, in denen er nur mit den Gründen der Entsch. nicht einverstanden sei, in denen aber grundsätzliche Fragen zur Entsch. ständen und die Entscheidungsgründe auch für andere Fälle von Bedeutung sein könnten. Andernfalls wäre er gezwungen, sein Rechtsmittel in einer Weise zu begründen, die mit seiner wirklichen Ansicht nicht übereinstimme; er müsse also im vorl. Falle entgegen seiner Überzeugung den Standpunkt vertreten, daß der Hof ein Erbhof sei.

Die weitere Beschw. des LBf ist unzulässig.

Im Verfahren auf Feststellung der Erbhofeigenschaft und im Anlegungsverfahren ist der LBf antrags- und deshalb (RGHG. 2, 276 = JW. 1936, 2327<sup>24</sup>) auch beschwerdeberechtigt. Das Feststellungs- wie das Anlegungsverfahren werden von den Belangen des Volkes und des Staates beherrscht, die dahin gehen, daß einerseits alle erbhofeigentlichen Höfe und Grundstücke erfaßt werden, andererseits die ungeeigneten von der Erbhofeigenschaft aus-

geschlossen bleiben. Dieses öffentliche Interesse an der Richtigkeit des Ergebnisses der Entsch. über die Erbhofeigenschaft verfolgt der LBfJ mit der Beschr. nicht. Er begeht keine Nachprüfung, ob die Erbhofeigenschaft mit Recht verneint ist. Nach seinen Ausführungen würde er sogar das öffentliche Interesse für verletzt halten, wenn etwa das REGG entgegen dem angefochtenen Beschluss die Erbhofeigenschaft bejahen würde. Er ist, wie er ausdrücklich erklärt, nur mit den Gründen der Entsch. nicht einverstanden. Es sind zwar Fälle denkbar, in denen entgegen der Regel auch bei einer im Ergebnis richtigen Entsch. es die vom LBfJ zu vertretenden Belange von Volk und Staat berührt, aus welchen Gründen die entscheidende Anerbenbehörde die Erbhofeigenschaft verneint hat. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Der Kern der Begründung des REGG ist der, daß die gesamte Besitzung ein einheitliches, wirtschaftlich un trennbares Wirtschaftswesen darstelle. Von dieser — richtigen — Grundlage geht auch der LBfJ aus. Während das REGG meint, daß bei Abtrennung des polnischen Teils kein lebensfähiges Wirtschaftswesen übrigbleibe und dieses auch keine Adernahrung mehr darstelle, erkennt der LBfJ das nur für die jetzige Wirtschaftsweise an und folgert aus der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit des über 125 ha großen Gesamtbesitzes, daß dessen unselbstständiger deutscher Teil nach § 3 REGG nicht Erbhof sein könne. Diese Folgerung hat das REGG nicht einmal ausdrücklich abgelehnt, sondern nur deshalb nicht geprüft, weil es mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit des gesamten Besitzes die Erbhofeigenschaft des deutschen Teils schon aus jener Erwägung verneinen zu können glaubte. Soweit aber hiernach eine Meinungsverschiedenheit über die Folgerungen bleibt, die aus der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit zu ziehen sind, läßt sie, auch vom praktischen Standpunkt und im Hinblick auf etwaige ähnliche Fälle, es nicht geboten erscheinen, diesen Fall dazu zu verwenden, eine Stellungnahme des REGG herbeizuführen.

(REGG, 2. Sen., Beschl. v. 3. Mai 1937, 2 RB 543/35.)  
(= REGG, 4, 175.)

\*

\*\* 62. § 49 REG; §§ 4, 11, 12, 21 DB I; §§ 3 Abs. 5, 11, 12, 21 EGVfD; §§ 12, 14, 19 ff. FGG; § 127 BPD. a. F.; §§ 41 Riff. 5, 126 Abs. 2, 127 Satz 1, Satz 3, 568 Abs. 2 BPD. n. F.; §§ 39—41 RAD. n. F.; § 11 Abs. 5 Teil 6 Kap. I NotWD vom 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 564). Der auf Grund des § 11 DB I (§ 11 EGVfD) i. Verb. m. § 14 FGK. entsprechend anwendbare § 127 Satz 3 BPD. geht als Sonderbestimmung der allgemeinen Vorschrift des § 49 Abs. 1 REGG vor. Die weitere Beschr. im Armenrechtsverfahren ist danach auch im Bereich des anerbengerichtlichen Verfahrens ausgeschlossen.

Im Jahre 1928 hat der Landwirt Albert S. von dem früheren Landwirt Adolf F. das Bauerngut Nr. 11 in N. für 58 000 RM gekauft. Für das Restkaufgeld von 33 000 RM sind für die Eheleute F. im Grundbuch Hypotheken eingetragen worden. Im März 1934 haben die Eheleute F. beim REGG die Feststellung beantragt, daß Albert S. nicht bauernfähig sei, während letzterer die Abweisung dieses Antrages und die Feststellung beantragt hat, daß er bauernfähig sei. Das REGG hat die Bauernfähigkeit des Eigentümers S. bejaht.

Amt 27. März 1936 hat Adolf F. beim REGG den Antrag gestellt, ihm das Armenrecht für eine Wiederaufnahme des früheren Verfahrens zu bewilligen, da er erneut eine Feststellung beantragen wolle, daß S. nicht bauernfähig sei. Er ist im einzelnen den Ausführungen der Vorbeschlüsse entgegengetreten.

Diesen Antrag hat das REGG wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung zurückgewiesen.

Die Beschr. hiergegen hat das EGVG durch Beschl. v. 17. Juli 1936 zurückgewiesen, indem es ebenfalls angenommen hat, daß das Vorbringen des Beschr. F. keinen Erfolg für ein Wiederaufnahmeverfahren verspreche.

Gegen diesen Beschluß hat der Beschr. F. am 5. Sept. 1936 sofortige weitere Beschr. eingelegt. Er sieht einen Verfahrensverstoß darin, daß an der Entsch. des REGG ein bauerlicher Beisitzer mitgewirkt habe, der in dem früheren Verfahren als Zeuge und Sachverständiger vernommen worden sei.

Die sofortige weitere Beschr. ist formgerecht eingelegt. § 49 Abs. 4 REGG, der hier, wenn eine weitere Beschr. gegeben wäre, anzuwenden sein würde (vgl. REGG, 2, 369 f. = J.W. 1936, 2726<sup>20</sup>), macht weiterhin grundsätzlich die Zulässigkeit des Rechtsmittels der sofortigen weiteren Beschr. von dem Vorhandensein eines neuen selbstständigen Beschwerdegrundes abhängig. Da die Borenstr. im Ergebnis und in ihrer wesentlichen Grundlage übereinstimmen, würde ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund

nur vorhanden sein, wenn der angefochtene Beschluß ursächlich auf einem Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften beruhen würde. Ein solcher Verstoß liegt nicht vor, kommt praktisch in einem Armenrecht verfahren auch kaum in Betracht, da die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtung zur Begründung der Entsch., die Anhörung der Beteiligten und die Aufklärung des Sachverhalts (§§ 12, 21 DB I; §§ 12, 21 EGVfD; § 12 FGK.; § 126 BPD.) in dem Armenrechtsverfahren nicht zur Anwendung kommen können. Die von dem Beschr. F. gerügte nicht vorschriftsmäßige Belebung des REGG (§ 4 DB I; § 3 Abs. 5 EGVfD; § 41 Ziff. 5 BPD.) stellt keinen für die Entsch. des EGVG ursächlichen Verfahrensverstoß dar. Es fehlt hiernach an dem Vorliegen eines neuen selbstständigen Beschwerdegrundes. So wird es in fast allen Fällen einer weiteren Beschr. gegen die Versagung des Armenrechts durch das REGG liegen, da gegen einen Beschluß, durch den das Armenrecht beilligt wird, zufolge des entsprechend anwendbaren § 127 Satz 1 BPD., überhaupt kein Rechtsmittel stattfindet, mitin widersprechende Borenstr. des REGG und des EGVG ausgeschlossen sind. Die Unzulässigkeit der weiteren Beschr. folgt indessen, von der Bestimmung des § 49 Abs. 4 REGG abgesehen, schon aus dem sinngemäß anwendbaren § 127 Satz 3 BPD.

§ 11 DB I (jetzt § 11 EGVfD) verweist hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen auf die Vorschriften des FGK., insofern nicht im REGG oder in den zu seiner Durchführung eingangenen Vorschriften etwas anderes bestimmt ist. § 14 FGK. bestimmt wiederum, daß die Vorschriften der BPD. über das Armenrecht sowie die Vorschriften der §§ 34 bis 36 RAD (jetzt §§ 39 bis 41 RAD. i. d. Fass. v. 21. Febr. 1936) entsprechende Anwendung finden. § 127 Satz 3 BPD. i. d. Fass. v. 8. Nov. 1933 (RGBl. I, 821) schließt aber eine weitere Beschr. in dem Verfahren betreffend Bewilligung des Armenrechts schließlich aus. Das REGG hat zwar angenommen, daß trotz der Verweisung auf die Bestimmungen der BPD. für die Beschr. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen Versagung des Armenrechts die §§ 19 ff. FGK. in Betracht lämen, und hat hieraus entnommen, daß sich die Zuständigkeit zur Entsch. nach den für die freiwillige Gerichtsbarkeit maßgeblichen Bestimmungen richte, insgesetzen (in Preußen) das REGG für die Entsch. über die erste und die weitere Beschr. allein zuständig sei, und daß die Zulässigkeit der weiteren Beschr. (§ 27 FGK.) nicht von dem Vorliegen eines neuen selbstständigen Beschwerdegrundes abhängig sei (§ 568 Abs. 2 BPD.; vgl. REGG, 21, A 184 ff.; 34, A 3 ff.). Diese Entsch. beruhen jedoch auf der früheren Fassung des § 127 BPD., der gegen einen Beschluß, durch den das Armenrecht versagt worden ist, die Beschr. ohne jede Einchränkung zuläßt. Die jetzige Fassung des § 127 BPD. v. 8. Nov. 1933, namentlich Satz 3 dafelbst, geht auf § 11 Abs. 5 Teil 6 Kap. I NotWD v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 564) zurück; dort war unter dem die "Vereinfachung und Ersparnis" in der Rechtspflege betreffenden Teil bestimmt, daß gegen einen die Bewilligung des Armenrechts versagenden Beschluß des Beschr. die weitere Beschr. ausgeschlossen sei. Das REGG hat freilich trotz dieser Bestimmung die Zulässigkeit der weiteren Beschr. für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bejaht, ersichtlich aus der Erwägung, aus der auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränkten NotWD-Bestimmung könne nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß die Vereinfachungs- und Ersparnisvorschrift auch auf die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszudehnen sei, für die nur auf die Bestimmungen der BPD. verweisen ist (Beschr. v. 28. Okt. 1932, 1a X 1193/32; J.W. 1933, 1263). Ob diesem Standpunkt beizupflichten wäre, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls läßt sich diese Auffassung nicht mehr vertreten, nachdem die NotWD-Bestimmung, die seinerzeit nur als eine Vorschrift für die Zeit der Not gedacht war, nunmehr in der neuen Fassung der BPD. einen dauernden gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. § 127 BPD. läßt jetzt allgemein die erste Beschr. nicht mehr zu, wenn das REGG entschieden hat (vgl. § 5 NotWD v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517)) und schließt die weitere Beschr. überhaupt aus. Wenn aber der sinngemäß anwendbare § 14 FGK. auf die Bestimmungen der BPD. über das Armenrecht verweist, so kann nicht angenommen werden, daß trotz des ausdrücklichen Ausschlusses der weiteren Beschr. diese im anerbengerichtlichen Verfahren gleichwohl zuzulassen sei, zumal bei Erlass der DB I (vgl. § 11) v. 19. Okt. 1933 (RGBl. I, 749) zweifellos die neue Fassung der BPD. v. 8. Nov. 1933 dem Gesetzgeber bekannt war. Der Auffassung des Beschr. F., daß § 49 Abs. 1 REGG allgemein die sofortige weitere Beschr. gegen alle Entsch. des EGVG zulasse und deshalb auch hier die weitere Beschr. zulässig sei, vermag der Senat nicht zu folgen, da § 11 DB I (jetzt § 11 EGVfD) i. Verb. m. § 14 FGK. für das gesamte Armenrechtsverfahren auf die Bestimmungen der BPD. verweist und

damit die Sonderbestimmung des § 127 Satz 3 BGB. der allgemeinen Bestimmung des § 49 Abs. 1 BGB. vorgeht. Wenn das BG., wie erwähnt, auf das Beschwerdeverfahren selbst die Bestimmungen des BGB. angewandt hat und nicht diejenigen der BGB., so beruht dies auf der zutreffenden Erwägung, daß die entsprechende Anwendung nicht hindere, auf die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens die Grundsätze für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, hat aber immer zur Voraussetzung, daß im Armenrechtsverfahren eine Beschr. oder weitere Beschr. überhaupt als Rechtsmittel gegeben ist. Nach der neuen Fassung des § 127 Satz 3 BGB. fehlt es aber an dieser Voraussetzung. Diese Bestimmung beruht freilich in erster Linie wohl auf der Erwägung, daß nicht die Entsch. einer höheren Instanz in dem Armenrechtsverfahren angerufen werden soll, wenn das BG. (als BG.) in der Sache selbst später endgültig entscheiden wird; der Ausschluß einer weiteren Beschr. dürfte aber auch darin begründet sein, daß eine Nachprüfung der Vorfrage der Armenrechtsbewilligung, wenn bereits zwei Instanzen die Rechtsverfolgung für aussichtslos gehalten haben, nicht noch in einem dritten Rechtszug ermöglicht werden soll. Auch dieser prozeßökonomische Gesichtspunkt rechtfertigt die Anwendbarkeit des § 127 Satz 3 BGB. auf das anerkannte gerichtliche Verfahren. Im Interesse der Beteiligten erscheint die Größerung eines dritten Rechtszuges um so weniger notwendig, als sie ja ohne weiteres in der Lage sind, auch ohne Bewilligung des Armenrechts und Beiratung eines Rechtsanwalts Anträge beim AEG schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle zu erläutern, da kein Urtagszwang besteht und Kostenvorschüsse nicht erhoben werden können (§ 111 BGB), so daß sie trotz Versagung des Armenrechts imstande sind, ihre vermeintlichen Rechte wahrzunehmen. Im Schrifttum wird, so weit die Frage überhaupt erörtert worden ist, die Zulässigkeit der weiteren Beschr. verneint (vgl. Wagner, S. 283; Wohrmann, S. 322; Hennig, S. 785; Mintrich, S. 159; Wohrmann, S. 132).

Hier nach war das Rechtsmittel, ohne daß auf die Sache selbst einzugehen war (vgl. dazu jetzt §§ 54 ff. BGB.), als ungültig zu verwiesen.

(BGH, 1. Sen., Beschl. v. 3. April 1937, 1 RB 1187/36.)  
(= BGH, 4, 64.)

\*

63. § 56 REG; § 1 Abs. 1 BGB; Art. 10 der 8. DurchfVO. zum SchuldRegG. Kann ein landwirtschaftlicher Besitz auch dann noch Erbhof werden, wenn die Schulden seines Eigentümers den Betrag von 70 % seines zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswertes übersteigen und die sachlichen und persönlichen Erfordernisse der Erbhofseigenschaft erst nach Inkrafttreten der BGB. d. h. nach dem 22. Dez. 1936, aber vor Ablauf der in Art. 10 der 8. DurchfVO. zum SchuldRegG., d. h. vor Ablauf des 31. Dez. 1936, gegeben sind? †)

Ernst B. war seit dem Jahre 1928 Pächter des St. G.-Hofes, der zwischen B. und B. teils auf deutschem und teils auf französischem Boden liegt. Da er das zur Bewirtschaftung dieses Besitzes erforderliche tote und lebende Inventar selbst stellen mußte und sein Pachtzins anfänglich pro Jahr 1700 RM betrug, kam er bald in Schulden, die er aus den Erträgssummen des völlig verwahrlosten Hofes zunächst nicht herauswirtschaften konnte. Aber auch in der Folgezeit war er dazu nicht in der Lage, da die landwirtschaftlichen Erzeugnisse seit 1929 immer tiefer und tiefer im Preise sanken, und da er außerdem noch von Viehverlusten und ausgesprochenen Missernten heimgesucht wurde. So kam es, daß seine Schulden infolge der hohen Zinsenlast immer weiter anwuchsen, und daß sie Ende 1936 die Höhe von fast 40 000 RM erreichten. Am 13. Jan. 1934 wurde über seinen Betrieb das Pächterentschuldungsverfahren eröffnet, das jedoch mit Beschr. des EntschuldA. B. v. 14. Dez. 1936 als undurchführbar wieder aufgehoben wurde.

Als Ende 1936 der auf deutschem Boden liegende Teil des Hofes mit Ausnahme einiger noch zu vermessender Parzellen zum Verkaufe stand, hat er ihn auf Anregung der Landesbauernschaft S. mit Urkunde des Notariats D. v. 5. Dez. 1936 und Nachtragsurkunde v. 11. Jan. 1937 um 17 000 RM erworben. Dabei übernahm er zur Begleichung dieser Summe von den auf dem Gesamtbetrag zugunsten der Erben des Heinrich Sch. eingetragenen Aufwertungshypothesen den Betrag von 17 000 RM als alleiniger und persönlicher Schuldner. Da ein Teil dieses Besitzes neu vermessen werden mußte, konnten die Hofstelle und einige Plannummern zu insgesamt 8,993 ha erst am 31. Dez. 1936, und eine weitere zu 5,078 ha erst am 11. Jan. 1937 auf ihn umgeschrieben werden.

Noch bevor die erste Umschreibung erfolgt war, stellte der BGB am 22. Dez. — eingelaufen am 24. Dez. — 1936 und in Übereinstimmung mit ihm am 29. Dez. — eingelaufen am 31. Dez. 1936 — auch der SchuldA. B. den Antrag, über den Betrieb gemäß Art. 10 der 8. DurchfVO. z. SchuldRegG. das Entschuldungsverfahren zu eröffnen. Gleichzeitig trugen sie noch auf Feststellung an, daß der Besitz Erbhof sei.

Hierauf erließ das AEG B. am 23. Jan. 1937 folgenden Beschluß:

„1. Die landwirtschaftliche Besitzung des E. B. ist kein Erbhof.  
2. Den am Verfahren Beteiligten werden Kosten nicht aufgelegt.“

Es erwog, daß der Besitz erst nach Inkrafttreten der BGB auf B. umgeschrieben worden sei, und daß er somit, da die Ausnahmeverordnungen des § 1 Abs. 5 dieser VO. nicht gegeben seien, gemäß § 1 Abs. 1 BGB nur dann als Erbhof anerkannt werden könne, wenn die Schulden den Betrag von 70 % seines steuerlichen Einheitswertes nicht übersteigen würden. Das sei aber zweifellos nicht der Fall, da B., der schon vor Erwerb dieses Besitzes etwa 40 000 RM Schulden gehabt, durch den Abschluß des Kaufvertrages noch eine weitere Verbindlichkeit in Höhe von 17 000 RM auf sich genommen habe und der steuerliche Einheitswert des Besitzes nach der Auskunft des FinA. D. v. 15. Jan. 1937 nur 9000 RM betrage. Abgesehen davon stelle der Besitz aber auch keine ausreichende Alernahrung dar, was sich schon daraus ergebe, daß B. in den acht Jahren, in denen er den ganzen Hof bewirtschaftet, nicht weniger als etwa 40 000 RM Schulden gemacht habe.

Der BGB erhab Beschr. Ihr Erfolg hängt zunächst davon ab, ob ein Besitz auch dann noch Erbhof werden kann, wenn die allgemeinen sachlichen und persönlichen Erfordernisse der Erbhofseigenschaft erst nach dem 22. Dez. 1936, also nach Inkrafttreten der BGB, gegeben sind und die Schulden des Eigentümers mehr als 70 % des für den Besitz festgesetzten Steuereinheitswertes betragen.

Nach dem Wortlaut der BGB muß diese Frage im allgemeinen allerdings verneint werden; denn § 1 Abs. 1 BGB besagt ausdrücklich, daß eine Besitzung, die vor dem Inkrafttreten der BGB, d. h. vor dem 22. Dez. 1936, noch nicht Erbhof geworden ist und die nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 BGB erfüllt, nur dann Erbhofseigenschaft erlangen kann, wenn

1. die allgemeinen sachlichen und persönlichen Erfordernisse für die Entstehung der Erbhofseigenschaft gegeben sind, und
2. der Gesamtbetrag der Schulden des Eigentümers den Betrag von 70 % des zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswertes der Besitzung nicht übersteigt.

Zweifel entstehen jedoch, wenn — wie im vorl. Falle — die allgemeinen sachlichen und persönlichen Erfordernisse für die Entstehung der Erbhofseigenschaft zwar nach dem Inkrafttreten der BGB, d. h. nach dem 22. Dez. 1936, aber noch vor Ablauf der Frist erfüllt sind, die Art. 10 der 8. DurchfVO. z. SchuldRegG. zur Stellung des Antrages auf Größerung der Erbhofsschuldung vor sieht und ein Entschuldungsantrag vor Ablauf dieser Frist, d. h. vor Ablauf des 31. Dez. 1936, auch tatsächlich gestellt wurde. Denn wollte man einen Besitz im Hinblick darauf, daß die Schulden seines Eigentümers mehr als 70 % des Steuereinheitswertes betragen, gemäß § 1 Abs. 1 BGB nicht als Erbhof anerkennen, so würde dem gemäß Art. 10 der 8. DurchfVO. zum SchuldRegG. eingeleiteten Schuldenregelungsverfahren ohne weiteres die Grundlage entzogen. Dieses Ergebnis hat aber der Gesetzgeber bei Schaffung der BGB zweifellos nicht gewollt; denn durch die Einführung der Schuldengrenze wollte er nur verhindern, daß künftig überschuldete, entschuldungsbedürftige Erbhöfe entstehen, die nach dem geltenden SchuldRegG. v. 1. Juni 1933 deshalb nicht mehr entschuldet werden können, weil gemäß Art. 10 der 8. DurchfVO. z. SchuldRegG. die Größerung des Erbhofentschuldungsverfahrens nur noch bis zum Ablauf des 31. Dez. 1936 beantragt werden kann (vgl. Bögel s. „REG“, 4. Aufl., Anm. 3 zu § 1 BGB und Delliian: „NS-Landpost“ vom 19. Febr. 1937 Nr. 7).

Hat aber der Gesetzgeber die Schuldengrenze des § 1 Abs. 1 BGB nur deshalb eingeführt, um zu verhindern, daß in Zukunft noch Erbhöfe entstehen, die zwar entschuldungsbedürftig, aber nach Ablauf des 31. Dez. 1936 nicht mehr entschuldungsfähig sind, so muß gemäß § 56 REG angenommen werden, daß § 1 Abs. 1 BGB trotz seines entgegenstehenden Wortlautes nicht schon mit dem 23., sondern erst mit Ablauf des 31. Dez. 1936 praktische Bedeutung und damit Rechtswirksamkeit erlangen sollte.

Dass diese Annahme richtig ist, ergibt sich auch aus der Auskunft des RBG, Reichshauptabteilung I v. 28. April 1937, wonach in allerhöchster Zeit zur 8. DurchfVO. z. SchuldRegG. eine AusfVO. erscheinen soll, die zum Ausdruck bringe, daß auch die-

jenigen Betriebshaber, deren Besitz erst nach dem 22., aber noch vor Ablauf des 31. Dez. 1936, die allgemeinen sachlichen und persönlichen Erfordernisse für die Entstehung der Erbhofeigenschaft erfüllt hätten, als Bauern entschuldet werden könnten, sofern sie nur vor Ablauf des 31. Dez. 1936 einen Entschuldungsantrag gestellt hätten.

Da aber der Besitz, den B. mit Urkunde des Notariats D. v. 5. Dez. 1936 gekauft hat, am 31. Dez. 1936 im Grundbuch umgeschrieben wurde, so kann, nachdem der KrBf noch am gleichen Tag beim EntschuldA. B. Antrag auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens gestellt hat, kein Zweifel bestehen, daß er Erbhof geworden ist.

Das AEG geht allerdings davon aus, daß er keine ausreichende Ackerbauernnahrung darstelle, und es glaubt dies schon daraus folgern zu müssen, daß B. in den acht Jahren, in denen er außer dem in Frage stehenden Besitz noch weitere 15 ha Land bewirtschaftet, nicht weniger als rund 40 000 RM Schulden gemacht habe. Dabei übersieht es jedoch, daß B. den Hof in einem völlig verwahrlosten Zustand übernommen, und daß er große Aufwendungen an Arbeit und Geld hat machen müssen, um ihn wenigstens einigermaßen wieder in Ordnung zu bringen. So mußte er auf seine Kosten die halbverfallenen Ställe ausbessern, um sie zur Viehhaltung überhaupt benutzen zu können, und er mußte weiter die Felder, die zum Teil mit Ginster- und Brombeer-gestrüpp überwuchert waren, erst wieder urbar machen, um sie überhaupt ordnungsmäßig bebauen zu können. Da er sich hierfür neben dem gewöhnlichen von ihm zu stellenden Inventar noch besondere Maschinen und Geräte angeschaffen mußte, kam er bald in Schulden, die er aus den Erträgnissen des Hofs zunächst nicht herauswirtschaften konnte. Aber auch in der Folgezeit, als die Ernten besser wurden, war er dazu nicht in der Lage, da die landwirtschaftlichen Produkte alsdann so stark im Preise fielen, daß selbst schuldenfreie Bauerngüter mit Verlust arbeiten mußten und in untragbare Schulden gerieten.

Diese möglichen Verhältnisse haben sich aber inzwischen grundlegend geändert; denn die Felder des Hofs befinden sich jetzt mit Ausnahme einiger versauerte Wiesen in einem recht guten Zustand und versprechen, wie bei der Ortsbefichtigung vom 28. April 1937 festgestellt wurde, reiche Ernten zu bringen. Dazu kommt, daß für die landwirtschaftlichen Erzeugnisse nunmehr entsprechende Preise festgesetzt sind, so daß der Bauer, der wenigstens 7,5 ha Land bebaut, im allgemeinen, sofern nicht die Verhältnisse besonders ungünstig liegen, so viel erübrigt, daß damit eine normale Bauernfamilie unabhängig vom Markt und der allgemeinen Wirtschaftslage ernährt und bekleidet und der Wirtschaftsablauf des Hofs erhalten werden kann (§ 2 REG i. Verb. m. § 34 EGBD).

Freilich umfaßt der Besitz, soweit er am 31. Dez. 1936 in das Eigentum des B. übergegangen ist, nur 8,993 ha, von denen 2,5 ha auf zum Teil versauerte und deshalb minderwertige Wiesen fallen. Immerhin reicht er aber als Ackerbauernnahrung aus, da er, wie bei der Ortsbefichtigung festgestellt wurde, zum größten Teil aus extragsreichem sandigem Lehmboden besteht, da er völlig arondiert ist und deshalb auch seine Absatzverhältnisse nicht besonders ungünstig liegen.

Da B. zweifellos auch bauernfähig ist (§§ 12—15 REG) und auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß er sich bei Erwerb des Hofs einer „unlauteren Machenschaft“ schuldig gemacht hätte (§ 39 EGBW), er vielmehr hierbei im engsten Einvernehmen mit dem KrBf und KrBf tätig geworden ist, so war der angefochtene Beschluß aufzuheben.

(EGB Zweibrücken, Beschl. v. 30. April 1937, We 6/37.)

**Anmerkung:** Der vorstehende Beschluß hat den Sinn des § 1 EGBW verkannt. Nach dieser Vorschrift kann vom 21. Dez. 1936 ab eine Besitzung grundsätzlich nur noch dann Erbhofeigenschaft erlangen, wenn die Schulden des Eigentümers 70 % des Einheitswerts nicht übersteigen. Im vorl. Falle liegen die Schulden des Eigentümers unzweifelhaft weit über dieser Höchstgrenze; daher konnte das Anwesen, als es am 31. Dez. 1936 in das Alleineigentum des Antragstellers überging, nicht mehr Erbhof werden.

Das Gericht glaubt sich nun auf die in § 1 Abs. 5 Nr. 3 EGBW vorgesehene Ausnahme berufen zu können. Dort heißt es, daß Erfordernis des Nichtüberschreitens der Schuldengrenze gilt nicht für Befestigungen, „bei denen die Voraussetzungen für die Entstehung der Erbhofeigenschaft im Zuge eines über das Vermögen des Eigentümers durchgeführten Entschuldungsverfahrens erfüllt werden“. Eine Anwendung dieser Vorschrift kommt jedoch hier nicht in Frage, da über das Vermögen des Eigentümers das Entschuldungsverfahren nicht eröffnet ist und auch nicht mehr eröffnet werden kann.

Der KrBf hat zwar am 31. Dez. 1936 beim EntschuldA. auf Grund Art. 10 der 8. DurchfBd. z. SchuldRegG. die Er-

öffnung des Entschuldungsverfahrens für den Eigentümer beantragt. Diesem Antrag kann das EntschuldA. aber nicht stattgeben; denn der Antrag setzt voraus, daß das Anwesen bei Stellung des Antrags bereits Erbhof ist. Das hier zur Erörterung stehende Anwesen ist aber, wie soeben dargelegt wurde, nicht Erbhof geworden. Daher ist dem Eigentümer auch der Weg der Erbhofentschuldung verschlossen.

§ 1 EGBW hat gerade die Art von Geschäften, wie der Eigentümer sie hier durchzuführen versucht hat, unterbinden wollen. Der Erbhofvollstreckungsschutz und die Erbhofentschuldung sind nicht dazu da, um hoffnungslos verschuldeten Persönlichkeiten, die bis zum Stichtag des § 1 EGBW noch nicht Bauern waren, auf Kosten ihrer Gläubiger und des Reichs die Abschüttelung ihrer Schulden zu ermöglichen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

## Reichsfinanzhof

▷ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt

\*\* 64. § 55 REG. Wenn das AnerbenG. gem. § 37 REG. eine Übertragung des Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person zugelassen hat, so ist der Übergang des Erbhofs erbschaftsteuerfrei, falls der Vertrag seinem sachlichen Inhalt nach einem Übergabevertrag entspricht. Diese Steuerfreiheit gilt auch für Übertragungen vor dem Inkrafttreten des § 42 Abs. 1 Nr. 2 EGBW. v. 21. Dez. 1936 (RGBl. I, 1069).

Durch den notariellen „Überlassungs- und Altenteilsvertrag“ v. 16. Jan. 1935 hat der damals 66jährige Bauer G. aus A. einen Erbhof in der Größe von 29,88,07 ha mit Genehmigung des AEG auf die Beschwerdegegnerin übertragen. Die beiden Schwestern des G. und ihre Abkömmlinge haben dieser Übertragung in privatschriftlicher Form zugestimmt. Der Übertraggeber war verwitwet und kinderlos. Die Übertragnehmerin ist eine Großnichte (Tochter einer Tochter einer Schwester) des Übertragabers. Sie ist 1½ Jahre lang in der Wirtschaft des Übertragabers tätig gewesen, sonst immer auf größeren Höfen gewesen und mit einem Bauern verheiratet. Im Vertrag ist der Wert des Grundbesitzes auf 45 000 RM angegeben. Die Gegenleistung der Übertragnehmerin besteht in

1. einer sofortigen Barzahlung von 1500 RM,
2. in einem hypothekarisch zu sichernden Restaufgeld von 6500 RM, das bis zum 1. April 1941 zinslos, und von da ab mit 4% verzinslich ist,
3. in der Überlassung der mit 2000 RM Jahreswert angegebenen Pachtzinsnutzung an 64 Morgen Feld bis zum 1. Jan. 1941,
4. in den üblichen Altenteilsleistungen: Gewährung von Wohnung, Lagerraum, Küchenbenutzung, Keller, Speisekammer, Abort, Pumpenbenutzung, Pflege und ärztlicher Versorgung bei Krankheit, Beförderung der Wäsche, Beerdigung und Grabstein, freie Bewegung in Haus, Hof und Garten, Lieferung bestimmter Mengen von Korn und sonstigem Getreide, Kartoffeln, Gemüse, Fleisch, Obst, Eiern, Milch, Kohlen, Taschengeld, Butter.

Das FinA. hat durch vorläufigen Steuerbescheid die Beschwerdegegnerin von dem Betrag, um den die Leistung die Gegenleistung übersteigt, nämlich von 21 460 RM, zur Schenkungsteuer mit 3862,80 RM veranlagt.

Die Beschwerdegegnerin hat Steuerfreiheit nach § 55 REG in Anspruch genommen. Ihr Einspruch ist zurückgewiesen, da sie nicht als Anerbin anzusehen sei; § 25 Abs. 5 REG setzt voraus, daß keine Personen der in § 20 bezeichneten Ordnungen vorhanden seien, solche seien aber hier in der Person der beiden Schwestern des Übertragabers vorhanden; diese hätten auf ihr Anerbenrecht auch nicht in der nach dem BGB erforderlichen Form verzichtet.

Auf Berufung hat das FinGer. freigestellt. Das FinA. hat RBeschm. eingelegt.

Der Senat hat gem. § 287 RABG. den REG. um Beteiligung am Verfahren ersucht. Der Minister hat sich wie folgt geäußert:

## I.

Das REG enthält im § 55 eine Steuerbefreiung für den Übergang eines Erbhofs auf den Anerben. Die EHGB v. 21. Dez. 1936 sieht im § 42 Abs. 1 Ziff. 2 unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Steuerbefreiung für den Übergang eines Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person vor. Die EHGB ist erst am 23. Dez. 1936 in Kraft getreten. Sie ist infolgedessen nur dann anwendbar, wenn ein Erbhof in der Zeit seit dem 23. Dez. 1936 übertragen worden ist.

Die Veräußerung des Erbhofs der Frau P. ist durch Beschluß des REG v. 10. Jan. 1935, d. h. vor dem Inkrafttreten der EHGB, genehmigt worden. Die Frage, ob dieser Übergang des Erbhofs steuerfrei ist oder nicht, ist infolgedessen nicht nach der EHGB, sondern nur nach § 55 REG zu beurteilen.

## II.

Im § 55 REG ist bestimmt, daß der Anerbe für den Übergang des Erbhofs keine Erbschaftsteuer und keine Grunderwerbsteuer zu bezahlen hat.

Wer Anerbe ist, ergibt sich aus den Vorschriften des 3. Abschnitts des REG. Zum Anerben sind die im § 20 REG bezeichneten Verwandten des Bauern berufen. Die Reihenfolge, in der die Anerbenberechtigten berufen sind, ist in der Anerbenordnung des § 20 REG festgelegt. Der Bauer kann zwar mit Zustimmung des REG von der in der Anerbenordnung bestimmten Reihenfolge unter den im § 25 Abs. 1—4 REG bezeichneten Voraussetzungen abweichen. Er darf aber grundsätzlich den Anerben nur aus dem in der Anerbenordnung bezeichneten Personenkreis bestimmen. Nur wenn keine Personen der im § 20 bezeichneten Ordnung vorhanden sind, darf der Bauer den Anerben nach seinem Ermessens bestimmen.

Mit Genehmigung des REG kann der Bauer seinen Erbhof schon bei Lebzeiten einem Anerbenberechtigten übergeben, der beim Erbfall der Nächsterberechtigte wäre oder vom Bauern § 25 REG gemäß zum Anerben bestimmt werden könnte (§ 37 Abs. 3 REG). Der Bauer kann also den Erbhof grundsätzlich nur an eine Person veräußern, die nach der Anerbenordnung zum Anerben berufen ist, und zwar gelten auch hierbei die Vorschriften der Anerbenordnung über die Reihenfolge, in der die Anerbenberechtigten der verschiedenen Ordnungen bestimmt werden können.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Nur in diesem Fall darf der Bauer den Erbhof auch an eine Person veräußern, die nicht nach der Anerbenordnung zum Anerben berufen ist oder bestimmt werden könnte. Die Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt, hat das REG im Genehmigungsverfahren zu treffen (§ 37 Abs. 2 REG). Durch die Genehmigung des REG wird die Veräußerung des Erbhofs an den nichtanerbenberechtigten Erwerber wirksam. Die Genehmigung hat aber nicht die Bedeutung, daß der Erwerber Anerbe des Veräußerers wird. Der Übergang des Erbhofs auf einen solchen Erwerber stellt keinen Übergang auf den Anerben, sondern auf eine nichtanerbenberechtigte Person dar.

Diese Beurteilung ist auch in den Fällen maßgebend, in denen der Anerbenberechtigte mit der Übertragung des Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person einverstanden ist. Der Anerbe kann auf sein Anerbenrecht verzichten. Er scheidet damit als Anerbe aus. Der Verzicht bedarf aber zu seiner Rechtswirksamkeit gemäß §§ 2346, 2348 BGB der Form eines gerichtlichen oder notariellen Vertrags mit dem Erblässer (Entsch. des REG v. 21. Dez. 1935, 2 RB 311/34: JW. 1936, 1847). Bei formlosem Verzicht des Anerben ist seine Erklärung unwirksam, und der Verzichtende bleibt Anerbe.

Die Steuerbefreiung des § 55 REG kann auf solche vom REG gemäß § 37 Abs. 2 REG ausnahmsweise zugelassenen Übertragungen des Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person nicht angewendet werden. An dieser Auffassung, die ich bereits im Abschnitt II meiner

Richtlinien über die Behandlung erbschaftsteuerlicher und grunderwerbsteuerlicher Zweifelsfragen zur Reichserbhofgesetzgebung v. 22. Dez. 1934, S 4430 — 109 III und S 3804 A — 14 III vertreten habe, halte ich für Steuerfälle, in denen die Steuerschuld vor dem 23. Dez. 1936 entstanden ist, fest.

## III.

Eine Steuerbefreiung für die vom REG ausnahmsweise zugelassene Übertragung eines Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person ist erst durch § 42 Abs. 1 Ziff. 2 EHGB neu eingeführt worden. Die Befreiung ist aber davon abhängig, daß der Vertrag seinem sachlichen Inhalt nach einem Übergabevertrag entspricht.

Das Wesen des Übergabevertrags besteht darin, daß der Bauer für seinen Hof die Erbfolge vorwegnimmt und eine Regelung unter Lebenden trifft, die an sich kraft Gesetzes mit seinem Tod eintritt. Dem Grundgedanken des REG und dem Wesen der Hofübergabe widerspricht es aber, wenn die Zahlung eines Kaufpreises oder Gutsabstandsgelds vereinbart wird (Entsch. des REG v. 15. Okt. 1935, 1 RW 617/34: JW. 1936, 586). Auch der Vorbehalt eines Missbrauchs kann dem Wesen des Übergabevertrags zuwiderlaufen (Entsch. des REG v. 22. Febr. 1936, 1 RB 1333/35: JW. 1936, 1848).

In dem vorliegenden Streitfall hat sich der veräußernde Bauer G. in A. eine Barzahlung von 1500 RM bei der Auflösung und die Eintragung einer Restaufgeldhypothek von 6500 RM ausbedungen, die ab 1. April 1941 fällig und mit 4% verzinslich ist. Außer dem weiterhin vereinbarten lebenslänglichen Ausgedinge hat sich der Bauer auch bis zum 1. Jan. 1941 den Missbrauch an 64 Morgen Feld, also am mehr als der Hälfte der Hoffläche vorbehalten. Diese Vertragsbedingungen widersprechen ihrem sachlichen Inhalt nach dem Wesen des Übergabevertrags.

Die Übertragung des Erbhofs auf Frau P. wäre demnach selbst dann nicht von der Steuer befreit, wenn die Steuerschuld erst nach dem Inkrafttreten der EHGB entstanden wäre."

Die R-Beschw. des FinA. ist begründet. Der Senat hat in der Entsch. III e A 82/35 durch Urt. v. 20. Febr. 1936 (DNotz. 1936, 284 Nr. 3) die mit Genehmigung des REG erfolgte Hofesübergabe an den Schwiegersohn als schenkungsteuerfrei erklärt und den Grundsatz aufgestellt, daß die im § 55 vorgesehene Befreiung von der Erbschaftsteuer auch dann eintrete, wenn der Erbhof durch Übergabevertrag auf einen Hofesnachfolger übertragen werde, der nicht zu den gesetzlich Anerbenberechtigten gehöre, sofern der Übergabevertrag nach § 37 Abs. 2 vom REG genehmigt sei. Dieser Auffassung hat sich inzwischen der 2. Sen. des RJH. im Urt. v. 11. Sept. 1936, II A 43/36 = RJH. 40, 17 = RStBl. 1936, 970 = StW. 1936 Nr. 473 = Kartei, GrErwStG. § 8 Allgemeines Abt. IV Rechtsspr. 4 = JW. 1937, 416<sup>28</sup>, mit folgender Ausführung angeschlossen: „Die neuerdings mehrfach vertretene Meinung, daß eine gem. § 25 Abs. 5 vom Erblässer (Übergeber) zum Anerben bestimmte Person nicht Anerbe i. S. des § 55 sei, weil sie nicht zu den Anerben im Sinne der gesetzlichen Anerbenordnung des § 20 gehöre, hat der RJM. in seinem die Richtlinien v. 22. Dez. 1934 ergänzenden Runderlaß vom 8. Nov. 1935, S 4430 — 139 III und S 3804 A — 29 III (RStBl. S. 1425) unter „A zu Abschnitt I“ ausdrücklich als irrig bezeichnet, indem er folgendes ausführt:

Wenn keine bauernfähige Person der gesetzlichen Anerbenordnung vorhanden ist, kann der Bauer durch Testament oder Erbvertrag irgendeine bauernfähige Person zum Anerben bestimmen. Diese ist dann ohne Zweifel Anerbe i. im Sinne des Gesetzes und damit auch Anerbe i. S. des § 55. Die Steuerbefreiungsvorschrift des § 55 muß ebenso auch angewendet werden, wenn der Bauer mangels bauernfähiger Personen der gesetzlichen Anerbenordnung den Hof einer Person übergibt, die er gem. § 25 Abs. 5 von Todes wegen zum Anerben bestimmen könnte (vgl. § 37 Abs. 3).

Diesen Ausführungen des RJM., die mit den Grundgedanken

des Urt. des RfH. II A 215/34 v. 29. Juni 1934 (RfH. 36, 256) im Einklang stehen, kann sich der Senat nur anschließen.

Der gleichen Auffassung hat sich inzwischen — abgesehen von dem in der Entsch. III e A 82/35 a. a. O. mitgeteilten Schrifttum — auch Vogels (DNotz. 1936, 288) und Ott (StW. 1936, I Sp. 579 ff.) angegeschlossen, diese allerdings mit der Einschränkung, daß die Befreiung nur gelten könne für einen Übergang, der im Wege des Übergabevertrags erfolge, d. h. durch einen Vertrag, der für den Übergeber und dessen Ehegatten einen Anteil und für die weichenden Anerben Verpflichtungsleistungen vorsehe, also eine Regelung, die die regelmäßig beim Tod des Bauern eintretenden Folgen durch Vertrag vorwegnehme.

Der Senat hat keine Bedenken, der einschränkenden Auslegung von Vogels und Ott beizutreten und hält mit dieser Maßgabe an der in der Entsch. III e A 82/35 ausgesprochenen Auffassung auch gegenüber der Rechtsbeschwerdebegründung des FinA. fest. Die Absicht des Gesetzes, die Erbhöfe vor Berplitterung und Über Schulbung im Erbgang zu schützen, muß sich in den Fällen durchsetzen, in denen kein Anerbenberechtigter oder wenigstens kein geeigneter Anerbenberechtigter (§ 20) vorhanden und insoweit der Bauer genötigt ist, eine nichtanerbenberechtigte Person — gehöre sie zur Sippe oder sei sie sippeneigend — als Erben zu bestimmen, sei es lehwillig, sei es durch Vertrag (§ 37 Abs. 2). Ein Anerbenberechtigter ist aber auch dann nicht vorhanden, wenn die Anerbenberechtigten (§ 20) auf ihr gesetzliches Recht zur Erbfolge in den Hof verzichtet haben; dieser Verzichtsvertrag bedarf als Erbverzicht an sich nach § 2348 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Aber in der vorerwähnten Entsch. ist bereits darauf hingewiesen, daß wohl angenommen werden könne, daß regelmäßig durch die Genehmigung des AEG, daß ja die einschlägigen Verhältnisse prüfen und die gesetzlichen Anerbenrechte nicht übersehen dürfe, dieser Verzicht erhebt werde; mit Recht macht auch Vogels a. a. O. darauf aufmerksam, daß es wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers entspreche, die Beteiligten, die die Steuerbefreiung auf alle Fälle durch einen Erbverzichtsvertrag herbeiführen könnten, zu diesem umständlichen und kostspieligen Umweg zu nötigen. Muß hiernach im allgemeinen die formlose Verzichtserklärung der Anerbenberechtigten als ausreichend angesehen werden, so werden auch keine Bedenken bestehen, die der Verzichtserklärung die Erklärung des Einverständnisses mit der beabsichtigten Hofesübertragung gleichzustellen. Wenn auch das AEG an sich auf dem Gedanken der Zusammengehörigkeit von Blut und Boden beruht, so will doch die Befreiungsvorschrift des § 55 den Boden auch noch da schützen, wo er — wohl regelmäßig durch den Zwang der wirtschaftlichen oder Familienverhältnisse — aus dem Zusammenhang mit der Sippe herausgerissen wird, aber dennoch als Erbhof weiter bestehen bleibt, z. B. beim Fehlen von Anerbenberechtigten, oder im Falle der Nichtbauernfähigkeit der Anerbenberechtigten oder im Falle der nach § 25 Abs. 5 nötig werdenenden Bestimmung des Anerben durch den Reichsbauernführer. Grundsätzlich erkennt das auch das beschwerdeführende FinA. an; aber dann sind seine übrigen Ausführungen nicht folgerichtig, denn für die Auslegung aus dem Zweck des Gesetzes kann immer nur entscheidend sein, ob der Erwerber Sippenangehöriger sein muß, nicht ob ein Sippenangehöriger übergangen ist; wird die Sippenzugehörigkeit beim Übergang nach § 37 Abs. 3 für die Erlangung der Steuerfreiheit nicht als erforderlich angesehen, dann kann die Steuerfreiheit auch nicht daran scheitern, daß noch Sippenangehörige oder Anerbenberechtigte (§ 20) vorhanden sind, aber aus irgendwelchen vom AEG als wichtig angesehenen Gründen nicht zur Hofesnachfolge berufen werden.

In Übereinstimmung mit der vorstehend vertretenen Auffassung sieht auch die EhrBv. v. 21. Dez. 1936 (RGBl. I, 1069) im § 42 Abs. 1 Ziff. 2 die Steuerbefreiung bei Übergang des Erbhofs auf eine nichtanerbenberechtigte Person vor, wenn die Übertragung vom AEG gem. § 37 AEG genehmigt ist und der Vertrag seinem sachlichen Inhalt nach einem Übergabevertrag entspricht.

In Abweichung von der Auffassung des dem Verfahren

beigetretenen RfM. sieht der Senat in dieser Vorschrift nicht eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen Recht, sondern lediglich eine rechtsverbindliche Auslegung des AEG, die deshalb auch bereits dann Geltung hat, wenn ein Erbhof vor dem Inkrafttreten der EhrBv — also vor dem 23. Dez. 1936 — übertragen worden ist. Die Steuerbefreiung würde deshalb auch für den vorliegenden Fall eintreten müssen, wenn die weitere Voraussetzung erfüllt wäre, daß der Vertrag seinem sachlichen Inhalt nach einem Übergabevertrag entspricht. Das ist aber nicht der Fall. Im Gegenzug zu gewöhnlichen Kaufverträgen, die auf eine kapitalistische Bewertung des Hofs oder auf seine wertmäßige Verteilung unter die Anerben hinauslaufen, besteht das Wesen des Übergabevertrags darin, daß ein Anteil für den Übergeber — gegebenenfalls auch für seine Frau — und gegebenenfalls auch Verpflichtungsleistungen für die weichenden Erben (§§ 30, 31, 32 AEG) vereinbart werden, und die Leistungen des Übernehmers sich einerseits nach dem in solchen Fällen üblichen Bedürfnis der Versorgungsberechtigten und andererseits nach der Ertragsfähigkeit des Hofs unter Berücksichtigung des für den Bauern und seine Familie notwendigen Lebensunterhalts bestimmen (vgl. Ott: StW. 1936, I, 576 und die dort angeführten Urteile des RfH und sonstiges Schrifttum). Nach der Rpr. des RfH widerspricht es aber dem Wesen des Übergabevertrags, daß die Zahlung eines Kaufpreises oder Gutsabstandgeldes vereinbart wird (Entsch. des RfH vom 15. Okt. 1935, I RW 617/34; StW. 1936, 586); auch der Vorbehalt eines Nießbrauchs kann dem Wesen des Übergabevertrags zuwiderlaufen (Entsch. v. 22. Febr. 1936, I RB 1333/35; StW. 1936, 1848). Der Senat tritt daher dem RfM. darin bei, daß im vorl. Fall die Vertragsbedingungen — Barzahlung von 1500 RM, Eintragung einer Reitkaufliegelhypothek von 6500 RM, Vorbehalt des Nießbrauchs an mehr als der Hälfte der Hoffläche — ihrem sachlichen Inhalt nach dem Wesen des Übergabevertrags widersprechen.

Die Übertragung des Erbhofs an die Beschwerdegegnerin ist daher von der Schenkungssteuer nicht befreit. Die Entscheidung war daher aufzuheben und die Einspruchsentcheidung des FinA. wiederherzustellen.

(RfH., 3. Sen., Urt. v. 9. April 1937, III e A 32/36 S.)

### Reichsversicherungsamt

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

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

\*\*○ 65. § 165 RVO. Eine Krankheit im Rechtssinne liegt vor, wenn eine lebensschwache Frühgeburt zur Erhaltung des Lebens sorgfältiger ärztlicher Überwachung und Pflege in der Säuglingsklinik bedarf.

(RVerfA., 1. RevSen., Urt. v. 25. Mai 1937, II a K 141/36<sup>1</sup>). [R.]

\*

\*\*○ 66. § 1262 Abs. 2 S. 2 RVO. Die hier geforderten 250 Beiträge auf Grund der Versicherungspflicht müssen nicht in dem Berufszweig geleistet sein, für den die Versicherungspflicht am 1. Jan. 1932 noch nicht 15 Jahre bestand; es genügen vielmehr Pflichtbeiträge aller Art.

(RVerfA., 3. RevSen., Urt. v. 28. Mai 1937, II a 2710/36<sup>2</sup>). [R.]

\*

\*\*○ 67. § 1267 Abs. 2 RVO. Die erloschene Antwortschaft lebt wieder auf, wenn bei der ersten nach Vollendung des 60. Lebensjahrs erfolgten Erneuerung des Versicherungsverhältnisses mindestens 1000 Wochenbeiträge entrichtet worden sind, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob aus ihnen die Antwortschaft erhalten ist oder nicht (vgl. entsprechend für § 1267 Abs. 3 RVO. Entsch. vom 18. Dez. 1936: NachrRVerf. 1937, IV 26 = EuW. 40, 333 Nr. 103 = StW. 1937, 840<sup>3</sup>).

(RVerfA., Abt. für Kranken- und IndVerf., Beschl. v. 20. Mai 1937, II<sup>1</sup> 2266 a 1/36 — 977.) [R.]

## Preußisches Oberverwaltungsgericht

68. § 56 BGB.; § 94 BGB. Die Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr liegt dann vor, wenn die Polizeibehörde keine bestimmte Handlung oder Unterlassung bzgl. des Weges verlangt, vielmehr nur allgemein zum Ausdruck bringt, daß sie den Weg als einen öffentlichen ansehe und demgemäß für den öffentlichen Verkehr anfordere (in Anspruchnahme). Ein Verfahrensmangel kann im Einzelfall dann als nicht wesentlich angesehen werden, wenn zwar die formellen Verfahrensvorschriften des Gesetzes nicht genau beachtet sind, aber in anderer Weise trotzdem dem Sinn des Gesetzes genügt ist. Bei sogenannten alten Wegen, die im Eigentum eines für den betreffenden Kommunalbezirk nicht allgemein wegebaupflichtigen Privatmannes stehen, ist der genaue Nachweis der Widmung auch dann erforderlich, wenn der Weg einem Gutsbesitzer gehört und dessen den Weg mit umfassendes Gutsgebiet früher einen selbständigen Gutsbezirk gebildet hat.†)

Der Kl. ist Eigentümer des Gutes B., das früher einen selbständigen Gutsbezirk bildete und bei Auflösung der Gutsbezirke auf Grund des Ges. v. 27. Dez. 1927 mit der Landgemeinde B. vereinigt wurde. Durch eine zu diesem Gute gehörige Holzung führt ein Fußsteig, der die Verlängerung eines von S. zwischen Ser. Feldern bis zur Holzung des Kl. führenden Fahrwegs bildet und in einen öffentlichen Fahrweg nach L. mündet. Das Wegegelände des Fußsteigs steht im Eigentum des Kl. und ist im Kataster als Holzung nachgewiesen. Der Weg wurde namentlich von Einwohnern des Ortsteils S. vielfach benutzt. Im April 1934 beschwerte sich eine Anzahl von diesen beim Amtsvorsteher in B. darüber, daß der Kl. den Fußsteig durch einen Drahtzaun versperrt habe.

Durch Bsg. v. 17. Mai 1934 teilte darauf der Amtsvorsteher dem Kl. mit, der Fußsteig werde „zur öffentlichen Benutzung wieder freigegeben“. Gegen diesen Bescheid stehe dem Kl. das Recht der Beschw. bei der Polizeiauflösungsbehörde zu.

Auf die Beschw. des Kl. hob der Landrat durch Bescheid v. 12. Juni 1934 die Bsg. des Amtsvorstechers „aus formellen Gründen“ auf, weil die in ihr gegebene Rechtsmittelbelehrung unrichtig gewesen sei.

Unter dem 27. Juni 1934 erließ der Amtsvorsteher nunmehr folgenden „Beschluß“:

„Der von Ihnen gesperrte Weg wird der öffentlichen Benutzung, wie in meiner Bsg. v. 17. Mai d. J. auch weiterhin freigegeben, da auf Grund der Zeugenaussagen anzunehmen ist, daß der fragliche Weg seit etwa Mitte des vorigen Jahrhunderts in ununterbrochener öffentlicher Benutzung steht.“

Gegen diesen Beschluß steht Ihnen binnen zwei Wochen, vom Tage der Zustellung an, das Recht der Klage im Verwaltungsstreitverfahren beim Kreisausschuß offen.“

Gegen diesen Beschluß erhob der Kl. Klage beim Kreis-BGB. Er bestritt, daß der Fußsteig ein öffentlicher Weg sei, da die Widmung der Rechtsbeteiligten fehle.

Das Kreis-BGB. wies nach Beweiserhebung die Klage ab. Es führte aus, daß ein strenger Nachweis der Widmung im vorl. Falle nicht erforderlich sei, weil es sich um einen sogenannten alten Weg handle. Im übrigen spreche für die Widmung seitens des Eigentümers die jahrzehntelange ungestörte Benutzung des Weges für den öffentlichen Verkehr. Die Widmung erhelle aber nicht nur aus der bloßen Duldung seitens des Kl. und seiner Rechtsvorgänger, sondern auch aus konkreten Tatsachen, die erkennen ließen, daß der Wegeeigentümer die Wegebennutzung nicht aus Entgegenkommen gestattet, son-

dern bewußt den Weg für den öffentlichen Verkehr freigegeben habe. Nach den Befunden von Einwohnern aus S. habe nämlich der Großvater des Kl. in den neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts den Weg durch Fällen von Bäumen verbreitert, während die Einwohner von S. die Planierung übernommen hätten. In ähnlicher Weise sei der Fußweg auch in den zurückliegenden Jahren unterhalten worden. Die Zustimmung der Wegepolizeibehörde zu den Widmungsvorgängen könne nach Lage der Sache als stillschweigend erteilt angeommen werden.

Auf die Berufung des Kl. hörte das Bez-BGB. in der mündlichen Verhandlung den Bauer L. als Zeugen und erkannte alsdann auf Zurückweisung der Berufung, indem es sich im wesentlichen den Gründen des Kreis-BGB. anschloß.

Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

Die Bsg. des Amtsvorstehers v. 17. Mai 1934 stellt sich als die Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr i. S. des § 56 Abs. 1 BGB. dar. Denn die Polizeibehörde verlangt vom Kl. keine bestimmte Handlung oder Unterlassung bzgl. des Weges, insbes. nicht dessen Instandsetzung oder die Freihaltung von Hindernissen, bringt vielmehr nur allgemein zum Ausdruck, daß sie den Weg für einen öffentlichen ansehe und demgemäß für den öffentlichen Verkehr anfordere (in Anspruch nehmen). Gegen diese Inanspruchnahme war nach § 56 Abs. 1 BGB. der Einspruch an die Wegepolizeibehörde zulässig. Infolge unrichtiger Rechtsmittelbelehrung hat der Kl. dieser Vorschrift zuwider jedoch Beschw. beim Landrat eingezogen. Der Landrat hätte nach § 56 Abs. 3 BGB. die als Einspruch anzusehende Beschw. an die Wegepolizeibehörde zur Beschlusshandlung abgeben müssen, hätte aber nicht, wie er es getan hat, die Aufhebung der Inanspruchnahmebefreiung aussprechen dürfen. Da jedoch der Beschwerdebescheid des Landrats unanfechtbar geworden ist, so muß es bei der Aufhebung der Bsg. v. 17. Mai 1934 sein Bewenden behalten.

Der Beschluß des Amtsvorstehers v. 27. Juni 1934 enthielt eine neue Inanspruchnahmebefreiung. Gegen diese war nach § 56 Abs. 1 BGB. an sich nur der Einspruch zulässig. Da der Kl. aber gegen diese Bsg. anstatt des gesetzlich vorgesehenen Einspruchs sogleich die Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben hat, liegt ein Mangel des Verfahrens vor. Das BGB. hat jedoch diesen Mangel im vorl. Falle nicht für wesentlich i. S. des § 94 Ziff. 2 BGB. erachtet. Denn die Vorschrift des § 56 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 BGB., welche vor der Erhebung der Klage noch einen auf Einspruch ergehenden Beschluß der Wegepolizeibehörde vorsieht, hat lediglich den Zweck, vor Erhebung der Klage der Wegepolizeibehörde Gelegenheit zu einer nochmaligen Prüfung zu bieten, ob sie den in ihrer Bsg. eingenommenen Standpunkt auch unter Berücksichtigung der dagegen geltend gemachten Einwendungen aufrechterhalten will. Diesem Sinn des Gesetzes war aber hier bei Erlass der Bsg. v. 27. Juni 1934 bereits genügt. Der Amtsvorsteher hatte bereits vor Erlass dieser Bsg. von den gegen seine polizeiliche Maßnahme erhobenen Einwendungen dadurch Kenntnis erlangt, daß ihm der Landrat die Beschw. des Kl. gegen die erste, inhaltsgleiche Bsg. v. 17. Mai 1934 übersandt hatte. Der Amtsvorsteher hat die Angelegenheit daraufhin unter Berücksichtigung der Einwendungen des Kl. einer nochmaligen Prüfung unterzogen und ist dabei zu dem Ergebnis gelommen, daß der in der ersten Bsg. eingenommene Standpunkt aufrecht zu erhalten sei. Es würde eine Überspannung der formalen Anforderungen bedeuten, wenn man unter diesen Umständen einen wesentlichen Verfahrensmangel darin sehen würde, daß der Amtsvorsteher nicht vor der Erhebung der Klage noch einen weiteren Beschluß über die Einwendungen des Kl. gegen die Bsg. vom 27. Juni 1934 gefaßt hat.

Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens liegt jedoch darin, daß das Bez-BGB. die Vorschriften über das rechtliche Gehör der Parteien nicht beachtet hat.

Der Kl. hat sich in der Ber. Inst. gegen die Bewertung einer von dem Bkl. aufgenommenen Befundung des Zeugen L. durch das Kreis-BGB. verwahrt. Offenbar um diesem

Einwand des Kl. Rechnung zu tragen, hat das BezVerwGer. den L. zur mündlichen Verhandlung als Zeugen geladen und ihn in dieser auch tatsächlich vernommen. Dem Kl. ist jedoch entgegen der Vorschrift des § 77 Abs. 2 LVerwG. keine Kenntnis von der Ladung des Zeugen gegeben worden. Da der Kl. im Termin weder erschienen noch vertreten war, so durfte das BezVerwGer. seiner Entsch. nicht, wie es geschehen ist, das Beweisergebnis zugrunde legen (OBG. 76, 502/503). Dieser wesentliche Mangel des Verfahrens führt zur freien Beurteilung der Sache durch das RevG.

Der Streit geht um die Frage, ob der für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommene Fußweg durch Widmung der Rechtsbeteiligten zu einem öffentlichen geworden ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nach den vom Kreis-VerwGer. angestellten Ermittlungen der streitige Fußweg die Fortsetzung eines zwischen Ser. Feldern hinführenden Interessentenweges, also eines Privatweges, bildet und ob der auf dem Fußweg unbestritten seit langer Zeit sich vollziehende Verkehr ein öffentlicher oder auf Interessenten beschränkter Verkehr gewesen ist. Bei einem sogenannten alten, d. h. seit unvordenlicher Zeit bestehenden Wege, um den es sich im vorl. Falle handelt, kann allerdings aus einer seit Menschengedenken erfolgten Benutzung für den öffentlichen Verkehr grundsätzlich auf eine frühere Widmung der drei Rechtsbeteiligten und damit auf die Öffentlichkeit ohne den sonst erforderlichen genauen Nachweis der Widmungsvorgänge im einzelnen geschlossen werden (vgl. Germer & Seydel, „Wegerecht in Preußen“, 4. Aufl., Bd. 1, S. 14). Jedoch gilt diese Regel nur, wenn der fragliche Weg im Eigentum des örtlich zuständigen Trägers der allgemeinen kommunalen Wegebaulast, d. h. der Gemeinde oder des Gutsbesitzers eines (nicht aufgelösten) Gutsbezirks, steht (OBG. 87, 328 ff.). Besteht sich jedoch ein Weg im Eigentum eines Privatmannes, dem also nicht die öffentlich-rechtliche Wegebaupflicht in dem betreffenden Kommunalbezirk obliegt, so bedarf es nach feststehender Anspr. des Gerichtshofes auch dann, wenn es sich um einen alten Weg handelt, des genauen Nachweises der Widmungsvorgänge für die Feststellung der Öffentlichkeit, es sei denn, daß der Privateigentümer selbst die Öffentlichkeit behauptet (OBG. 87, 328 ff.). Hiernach ist der strenge Nachweis der Widmungsverhandlungen der drei Rechtsbeteiligten auch dann erforderlich, wenn der Weg in einem Gebiet liegt, welches früher zu einem selbständigen Gutsbezirk gehört hat, vor dem Ergehen der im schwedenden Verwaltungsstreitverfahren angefochtenen wegepolizeilichen Verfügung aber infolge Auflösung des Gutsbezirks in das Gebiet einer Gemeinde eingegliedert worden ist. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Gutsbesitzer des aufgelösten Gutsbezirks und Eigentümer des Weges früher Träger der öffentlich-rechtlichen Wegebaulast in dem Gutsbezirk war. Denn von dem Zeitpunkt ab, in dem die Auflösung des Gutsbezirks (nach der hauptsächlich die Regelung der öffentlich-rechtlichen Wegebaulast umfassenden Auseinandersetzung zwischen Gutsbezirk und Gemeinde) vollzogen ist, kann der Gutsbesitzer hinsichtlich der ihm verbliebenen Wege nur wie jeder andere Privateigentümer eines Wegegrundstücks angesehen werden. Bei alten Wegen eines solchen Gutsbesitzers, als eines nichtwegebaupflichtigen Eigentümers, muß daher, anders als bei Wegen eines allgemein wegebaupflichtigen Kommunalverbandes (Gemeinde, Gutsbezirk), von der Notwendigkeit eines genauen Nachweises der Widmungshandlungen für die Annahme der Öffentlichkeit des Weges ausgegangen werden. Diese Gründlage betreffen lediglich die Frage der Führung des Beweises für die auch bei den alten Wegen erforderliche Widmung und können nicht etwa zu der Annahme verleiten, daß ihnen zufolge ein öffentlicher Weg in einem Gutsbezirk durch dessen Auflösung zu einem Privatweg würde oder daß ein in früherer Zeit nach damaligen Verhältnissen als öffentlich anzusprechender Weg jetzt zu Unrecht nach der jetzigen tatsächlichen und rechtlichen Lage als Privatweg betrachtet werde. Denn es verbleibt dabei, daß ein einmal zu einem öffentlichen gewordener Weg diese Eigenschaft seit der Vorschrift des § 57 ZustG. regelmäßig nur durch den Amt der Einziehung wieder verlieren kann und daß daher bei alten Wegen auch eine in weit zurückliegender Zeit erfolgte

Widmung mangels einer Einziehung des Weges wirksam bleibt. Nur die Frage des Nachweises solcher zeitlich weit zurückliegender Widmungsvorgänge wird von den obigen Grundsätzen betroffen; aus ihnen ergibt sich lediglich, daß dieser Nachweis für die in einem Gutsbezirk belegenen Wege nach der Auflösung des Gutsbezirks schwerer zu erbringen ist, weil zu dem für die Prüfung der streitigen PolVsg. allein maßgebenden Zeitpunkt ihres Ergehens nicht mehr der Gutsbesitzer und Wegeigentümer, sondern die mit dem Gutsbezirk vereinigte Gemeinde Trägerin der auf sie übergegangenen öffentlich-rechtlichen Wegebaulast ist. Sobald jedoch festgestellt wird, daß vor oder nach Auflösung des Gutsbezirks der Wegeigentümer — sei es auch stillschweigend — seine Zustimmung zu der Entstehung eines öffentlichen Weges, d. h. seine Widmung, erklärt hat und daß ferner auch die anderen Rechtsbeteiligten ihre Widmung ausgesprochen haben, kann diese Widmung von keinem der Beteiligten mehr widerrufen werden. Der dadurch öffentlich gewordene Weg kann nunmehr die Eigenschaft eines öffentlichen, wie bereits erwähnt, regelmäßig nur durch ein förmliches Einziehungsverfahren verlieren (OBG. 76, 372).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so ergibt die nähere Prüfung, daß es sich bei dem streitigen Fußweg nicht um einen öffentlichen Weg handelt. Da der Kl. als Privat-eigentümer des Weges dessen Öffentlichkeit bestreitet und in dem Kommunalbezirk, zu dem der Weg gehört, nicht der Träger der öffentlichen Wegebaulast ist, so muß für die Feststellung der Öffentlichkeit des Weges der genaue Nachweis der Widmung durch die drei Rechtsbeteiligten gefordert werden. Dabei ist es unerheblich, daß der Kl. oder dessen Rechtsvorgänger als Eigentümer des Gutes B. in dem früher von diesem Gut gebildeten Gutsbezirk Träger der öffentlichen Wegeunterhaltungspflicht gewesen sind. Die Öffentlichkeit des Weges kann daher nur dann als gegeben angesehen werden, wenn die Widmungsakte aller drei Rechtsbeteiligten, des Wege-eigentümers, der Wegepolizeibehörde und des Wegebaupflichtigen nachgewiesen sind; dabei kann der Wegebaupflichtige sowohl der allgemeine Träger der kommunalen Wegebaulast als auch ein besonderer Wegebaupflichtiger sein, der durch besonderen öffentlich-rechtlichen Titel nur eine auf den zu schaffenden öffentlichen Weg sich beschränkende Wegebaulast übernommen hat. Mangelt es an der Widmung auch nur eines der Rechtsbeteiligten, so hat der Weg die Eigenschaft eines öffentlichen nicht erlangt, auch wenn die anderen Rechtsbeteiligten einwandfrei und rechts-gültig gewidmet haben. Im vorl. Fall zeigt die Nachprüfung, daß der Nachweis der Widmung nicht nur eines, sondern aller drei Rechtsbeteiligten nicht als erbracht angesehen werden kann.

Das wird im einzelnen ausgeführt. Das OBG. kommt dann zur Aufhebung der angefochtenen Vsg.

(PrOBG. v. 17. Dez. 1936, IV C 85/35.)

**Anmerkung:** Die Entsch. bietet in mehrfacher Hinsicht zu rechtlichen Betrachtungen Anlaß. Das gilt zunächst für die in ihr enthaltenen Ausführungen zum Begriff der wegegerechtlichen Finanzspruchnahme. Bei dem Versuch, die rechtliche Natur der „Finanzspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr“ i. S. des § 56 ZustG. zu bestimmen, geht man üblicherweise davon aus, daß es sich bei dieser wegepolizeilichen Maßnahme um eine Erscheinungsform der PolVsg. handele. So heißt es z. B. bei Germer & Seydel, „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen“, 4. Aufl., Bd. 1, S. 507: „Sie ist eine polizeiliche Verfügung, mit welcher die Wegepolizeibehörde durch eine wegepolizeiliche Anordnung irgendwelcher Art eine bestimmte Grundfläche als öffentlichen Weg oder Wegeteil ihrer Polizeigewalt unterstellt.“ Diese Behandlung der Finanzspruchnahme als Unterfall der PolVsg. findet sich in dem genannten führenden Werk des preußischen Wegerechts noch mehrfach. So heißt es a. a. D., S. 507/508: „Die Finanzspruchnahme ... ist keine Verfügung besonderer Art, sondern sie ist eine polizeiliche Verfügung im allgemeinen Sinne, welche mit einer bestimmten Anordnung für den einzelnen Fall an eine bestimmte Person erlassen wird und mit dieser Anordnung der Bestimmung des Weges Geltung verschafft will.“ Besonders deutlich ist die Darlegung a. a. D., S. 511: „Die Finanzspruchnahmeverfügung unterliegt den allgemeinen

Grundsäzen für polizeiliche Verfügungen. Sie muß insbes. an eine bestimmte Person gerichtet sein und einen bestimmten einzelnen Fall regeln.“ Auch Froelich (bei Drews, „Preußisches Polizeirecht“, II. Besonderer Teil, S. 305) erklärt: „Sie ist eine polizeiliche Verfügung.“ Die Inanspruchnahme wird somit nach allgemeiner Meinung dem Begriff „PolVsg.“ dergestalt zugeordnet, daß sie sich zur PolVsg. wie ein Unterbegriff zum Oberbegriff verhält. Daraus folgt, daß die Inanspruchnahme außer ihren begrifflichen Sondermerkmalen (der „differentia specifica“) auch die allgemeinen Begriffsmerkmale des Oberbegriffs (des „genus proximum“) aufweisen muß. Das ist eine sich aus dem Verhältnis von Oberbegriff zu Unterbegriff ergebende notwendige Folge. Man kann nicht eine solche Folge bestreiten, aber gleichwohl das Bestehen des erwähnten begrifflichen Verhältnisses behaupten wollen. Die übliche Einschränkung, daß an die Inanspruchnahme „hinsichtlich ihrer Bestimmtheit nicht so hohe Anforderungen wie an sonstige polizeiliche Verfügungen zu stellen sind“ (Froelich a. a. D. S. 305; vgl. Germershausen-Schädel a. a. D. S. 511), betrifft nicht die Begriffsmerkmale, sondern die Gültigkeitserfordernisse der PolVsg. Begriffsmerkmale und Gültigkeitserfordernisse eines Verwaltungsakts sind bekanntlich scharf voneinander zu scheiden: Fehlt einer behördlichen Maßnahme ein begriffliches Merkmal eines bestimmten Verwaltungsakts, so fällt sie überhaupt nicht unter den Begriff dieses Verwaltungsakts, sie ist z. B. keine PolVsg.; fehlt der behördlichen Maßnahme dagegen, obwohl sie den begrifflichen Anforderungen eines bestimmten Verwaltungsakts genügt, ein Gültigkeitserfordernis dieses Verwaltungsakts, so fällt sie zwar unter den Begriff des betreffenden Verwaltungsakts, ist aber ungültig, sie ist z. B. eine ungültige PolVsg. Bei einem Mangel hinsichtlich der Begriffsmerkmale ist eine für den betreffenden Verwaltungsaktsypus nach dem Auszählungsgrundsatz vielleicht eröffnete förmliche Anfechtungsmöglichkeit zur Anfechtung der konkreten behördlichen Maßnahme nicht gegeben, bei einem bloßen Mangel hinsichtlich der Gültigkeit fehlt erfordernisse ist der förmliche Rechtsbehelf zwar zulässig, aber unbegründet. Hier interessieren diese Ausführungen nur insoweit, als die übliche Unterordnung der Inanspruchnahme unter den Begriff der PolVsg., wenn sie zu Recht erfolgt, die Bedeutung hat, daß die Inanspruchnahme alle Begriffsmerkmale der PolVsg. aufweisen muß. Hierzu gehört gemäß § 40 PrPolVerwG. u. a., daß die Anordnung inhaltlich ein Gebot oder Verbot darstellt. Welches Maß von Bestimmtheit das Gebot oder das Verbot besitzen muß, ist — wenn überhaupt von einem Gebot oder Verbot gesprochen werden kann — eine Frage der Gültigkeit der Verfügung. Für die hier besprochene Entsch. ist es nun bedeutsam, daß in der Rspr. und im Schrifttum nur bei einer ausdrücklichen Konkretisierung eines polizeilichen Verlangens das Vorliegen eines Gebots oder Verbots und mithin das Vorhandensein einer polizeilichen Verfügung bejaht wird. So heißt es z. B. bei Drews („Preuß. Polizeirecht“, I. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., S. 81): „Polizeiliche Maßnahmen, die überhaupt kein Gebot oder Verbot enthalten, sind nicht polizeiliche Verfügungen i. S. des § 40. . . . Dahin gehören: . . . die Mitteilung, daß ein polizeiliches Einschreiten gegen bestimmte Handlungen oder Zustände stattfinden werde.“ Man merke wohl: Hier wird nicht an eine als Gebot oder Verbot unterstellte Maßnahme das Erfordernis eines Mindestmaßes von Bestimmtheit gestellt, sondern es wird der Gebots- oder Verbotscharakter der betreffenden Maßnahme selbst verneint (vgl. auch DVG.: RVerwBl. 49, 507 und DVG.: JVB. 1935, 79/80). Wenn man dies bedenkt und sich vergegenwärtigt, daß die Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr nach herrschender Auffassung eine polizeiliche Verfügung darstellt, so muß man entweder gegen diese herrschende Auffassung oder gegen die Richtigkeit der oben abgedruckten Entsch. Bedenken erheben. Denn die hier besprochene Entsch. verlangt für die Inanspruchnahme gerade keine bestimmte Handlung oder Unterlassung, ja überhaupt keine Handlung oder Unterlassung, sondern die bloße autoritative Meinungsäußerung der Polizei, daß sie den Weg als einen öffentlichen ansehe und demgemäß behandeln werde. Dazwischen steht die Meinung der oben erwähnten Rechtsauffassung, daß man in der bloßen Verlautbarung einer solchen Ansicht und in der allgemeinen Bekundung einer ihr entsprechenden polizeilichen Willensrichtung i. S. der zuvor erwähnten Rechtsauffassung noch ein Gebot oder Verbot

erblicken könne, wird man bestreiten müssen. Wenn Germershausen-Schädel hierzu ausführt: „Eine solche Verfügung schließt das allgemeine Verbot ein, jeden unbefugten Eingriff in den Bestand des Weges und damit jede Störung des öffentlichen Verkehrs zu unterlassen“ (a. a. D. S. 509), so trifft dasselbe auch — und wohl in noch höherem Maße — auf den von Drews (a. a. D.) erwähnten Fall einer Mitteilung zu, „daß ein polizeiliches Einschreiten gegen bestimmte Handlungen oder Zustände stattfinden werde“. In diesem Falle aber wird von Drews das Vorliegen eines Gebots oder Verbots überhaupt und damit auch das Vorliegen einer polizeilichen Verfügung verneint. Nach der oben abgedruckten Entsch. hat es merkwürdigweise sogar den Anschein, als ob das Verlangen einer bestimmten Handlung oder Unterlassung nicht nur für den Begriff der Inanspruchnahme nicht erforderlich sei, sondern das Vorliegen einer Inanspruchnahme geradezu ausschließe. Da muß sich das Gericht in der Fassung der Urteilsgründe vergriffen haben! Schrifttum und Rspr. sind sich nämlich sonst vollkommen darin einig, daß ein Gebot oder ein Verbot der Wegepolizeibehörde in Ansehung eines von ihr für einen öffentlichen Weg oder den Teil eines solchen gehaltenen Geländes dann eine Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr i. S. des § 56 BustG. ist, wenn der Adressat dem polizeilichen Verlangen mit der Behauptung entgegentritt, daß er auf das betroffene Gelände ein die Öffentlichkeit des Weges ausschließendes oder doch beschränkendes Privatrecht besitze. Dazwischen steht die Behauptung der Wegepolizei, ein bestimmtes Gelände sei ein öffentlicher Weg oder ein Teil eines solchen, mittels eines diese Behauptung enthaltenden Gebotes oder Verbotes zum Ausdruck gebracht wurde, hat bisher noch nie den Ansatz geboten, die rechtliche Natur der Maßnahme als Inanspruchnahme in Zweifel zu ziehen oder zu verneinen. Ob allerdings die Einkleidung der erwähnten Behauptung der Polizei in ein Gebot oder in ein Verbot ein essentielles der Inanspruchnahmedelegation darstellt oder ob es sich dabei um ein begrifflich nicht erforderliches accidentale der Inanspruchnahme handelt, hängt von der oben erwähnten Frage des begrifflichen Verhältnisses der Inanspruchnahme zur polizeilichen Verfügung ab. Vielleicht ist es doch so, was allerdings Germershausen-Schädel (a. a. D. S. 507 unten) bestreitet, daß die Inanspruchnahme eine „Feststellung besonderer Art“ darstellt, die zwar von Fall zu Fall ein Gebot oder Verbot enthalten kann — und in diesen Fällen zugleich den begrifflichen Anforderungen einer polizeilichen Verfügung genügt —, aber nicht notwendigerweise ein Gebot oder Verbot enthalten muß, sondern auch in der autoritativen Verlautbarung einer polizeilichen Meinungsäußerung und Willensrichtung hinsichtlich der Öffentlichkeit eines Weges bestehen kann. Im letzteren Falle ist es allerdings zweifelhaft, was eigentlich im Entscheidungssatz (Tenor) des Urteils Gegenstand der Rechtsfindung und Anknüpfungspunkt der Rechtskraft ist. Um die hier erwähnte Frage abzurunden, sei noch auf die bemerkenswerten Ausführungen von Mohr („Rechtsfälle des öffentlichen Rechts mit Lösungen“, S. 342) hingewiesen: „Die Inanspruchnahme enthält immer das Verbot des polizeiwidrigen Handelns, das schon in der bloßen Behauptung eines Privatrechtes bestehen kann. Das Gebot, jede Störung des öffentlichen Verkehrs auf dem Wege zu unterlassen, ist eine Anordnung i. S. des § 56 BustG. Mit dieser Anordnung können weitere Anordnungen verbunden werden, die ein bestimmtes Handeln untersagen oder die Wiederherstellung eines geänderten Zustandes, die Beseitigung von Verkehrshindernissen u. dgl. fordern, jedoch bilden Anordnungen der letzteren Art keinen notwendigen Bestandteil jeder Inanspruchnahme, sondern sind rechtlich aus ihrer gezeigten Folgerungen.“ Bedeutsam ist der letzte (gesperrte) Teil des Satzes; die im ersten und zweiten Satz dagegen als Verbot und Gebot bezeichneten Maßnahmen werden i. S. der oben wiedergegebenen Auffassung von den Begriffsmerkmalen der PolVsg. überhaupt nicht als wirkliche Gebote oder Verbote gelten können. Ein Gebot und ein Verbot ist stets ein Versuch, ein Motiv für ein menschliches Verhalten zu setzen. Dazu gehört, daß dem auszulösenden — aktiven oder passiven — Verhalten in hinlänglich konkreter Weise eine Richtung gezeigt wird. Gebote oder Verbote, die keinen solchen „Richtungsanzeiger“ in sich tragen, stellen sich als ein Widerspruch im Beifort, als contradictione

in adjecto, dar. — Zu beachten bleibt im hier erörterten Zusammenhang, daß § 56 BußG. die Finanspruchnahme eine „Vordnung“ nennt. Das deutet doch immerhin auf einen befehlsmäßigen Inhalt der Finanspruchnahmebevölkerung hin, so daß legten Endes doch Zweifel auftreten müssen, ob es zulässig ist, in der bloßen Bekundung einer behördlichen Rechtsansicht und einer ihr entsprungenen Willensentschlossenheit eine Finanspruchnahmebevölkerung zu erblicken. Jedenfalls dürften die hier gemachten Ausführungen gezeigt haben, daß die Rechtsnatur der Finanspruchnahme noch gründlich durchdacht werden muß.

Auch sonst habe ich gegen das Urteil Bedenken.

Es ist z. B. nicht recht verständlich, wie es sich mit der das Verwaltungsstreitverfahren beherrschenden Untersuchungsmaxime (vgl. R e u f, „Das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Recht Preußens“, Nr. 7 der Schriftenreihe der JW, S. 22 ff.) vereinbaren läßt, daß die Öffentlichkeit eines Weges, der über das Eigentum eines Nichtwegebaupflichtigen führt, dann ohne weitere Prüfung hingenommen werden soll, wenn dieser Eigentümer selbst die Öffentlichkeit des Weges behauptet. Wie verhält sich eine solche Handhabung zu dem Grundsatz der materiellen Wahrheit, der die Untersuchungsmaxime zum Siege verhelfen soll? Müßte die Öffentlichkeit des Weges nicht — unbekümmert um das Verhalten der Parteien — im Zweifelsfall unter allen Umständen *ex officio* geprüft werden?

Bedenklich erscheint mir auch die Annahme, daß es „unerheblich sei, ob der Kl. oder dessen Rechtsvorgänger ... Träger der öffentlichen Wegeunterhaltungslast gewesen sind“. Die Vermutung, daß ein seit unbedenklicher Zeit allgemein benutzter Weg, der über das Eigentum des Wegebaupflichtigen führt, der einst von den drei Rechtsbeteiligten ordnungsgemäß für den öffentlichen Verkehr gewidmet worden sei, beruht auf der berechtigten Annahme, daß der Wegebaupflichtige gerade in Erfüllung seiner Wegebaupflicht den Weg vereinst dem öffentlichen Verkehr zugeführt hat; wer daher seine Zustimmung vermutet, vermutet nicht mehr, als daß der Wegebaupflichtige seinen Pflichten nachgekommen ist (vgl. R e u f, „Grundsätze des öffentlichen Wegerechts“: Staats- u. Selbstverwaltung, 1933, 310 ff., 312). Diese Vermutung muß auch gelten, wenn der Weg *ehemals*, als er der allgemeinen Benutzung zugeführt wurde, im Eigentum des Wegebaupflichtigen gestanden hat, mag auch später ein Dritter das Eigentum des Wegegeländes erworben oder der früher wegebaupflichtige Eigentümer die Befreiung von der Wegebaupflicht erlangt haben. War die erörterte Vermutung zu irgendeiner Zeit begründet, so muß auch der Fortbestand der vermuteten Rechtslage vermutet werden. Auch sonst gilt der durchaus berechtigte Grundsatz, daß der Fortbestand entstandener oder als entstanden vermuteter Rechte zu vermuten ist.

R A. R e u f, Berlin.

\*

**69. EinzelhandelSchG. v. 12. Mai 1933. Begriff des Verkaufsraums im Sinne des EinzelhandelSchG.** Die Einzelhandelssverkaufsstelle eines Kaufmanns mit offenem Ladengeschäft besteht nicht nur in dem Raum, in dem die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Ware erfolgt, sondern zu der Verkaufsstelle gehören auch alle sonstigen, in dem gleichen oder in anderen Stockwerken oder anderen Häusern unterhaltenen Räume, in denen Ware untergebracht ist und die dem Publikum zum Aussuchen der Ware und zur Führung der Kaufverhandlungen allgemein geöffnet sind.

Der Kl. betreibt in N. eine Fahrrad-Großhandlung, und zwar auf den Grundstücken W.-Straße 58, 64 und 66. Das Ladengeschäft befindet sich in der W.-Straße 64, während W.-Straße 66 nur ein Lager vorhanden ist. W.-Straße 58 besitzt der Kl. zwei Räume, einen nach vorn gelegenen und einen Hinterraum. Den Hinterraum hat er am 1. März 1933 (vor Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. [14. Mai 1933]), den vorderen am 1. Mai 1935 gemietet.

Der Kl., der den neu hinzugenommenen vorderen Raum W.-Straße 58 mit Schaufenster lediglich als Ausstellungsräum benutzt, ließ an diesem und offenbar auch an dem Hause Nr. 66 Schilder anbringen mit dem Hinweis, daß der Verkauf von Fahrrädern im Hinterraum W.-Straße 58, der von Einzelteilen nur W.-Straße 64 stattfinde.

Auf Betreiben der Industrie- und Handelskammer und des Oberbürgermeisters von N., nach deren Ansicht der Hinterraum W.-Straße 58 als Verkaufsraum bisher nicht gedient hat, in seiner Ausführung zu diesem Zweck demnach die Neuerrichtung einer Verkaufsstelle zu erblicken ist, gab der PolPräf. in N. dem Kl. durch Verfügung v. 12. Sept. 1935 auf, den Lagerraum W.-Straße 58 als Verkaufsraum zu schließen und die anders lautenden Schilderaufschriften demgemäß zu ändern.

Der Kl. beschwerte sich mit folgender Begründung: Der fragliche Lagerraum sei von vornherein zu Verkaufszwecken benutzt worden. Ein bis zwei Angestellte des Kl. seien dort ständig als Verkäufer beschäftigt gewesen, so daß das Publikum dort unmittelbar, d. h. ohne Betreten des Ladens W.-Straße 64, seine Räufe hätte tätigen können. In welchem Umfange es von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht habe, darauf komme es nicht an, sondern nur darauf, daß diese Möglichkeit von Anfang an bestanden habe. Der Raum sei als Lager- und zugleich auch als Verkaufsraum eingerichtet gewesen und es sei belanglos, ob man ihn als einen selbständigen oder als einen unselbständigen Verkaufsraum neben dem in der W.-Straße 64 betrachte.

Die Beschwerde wurde abgewiesen, weil die Tatsache, daß hin und wieder Kaufstüte in der W.-Straße 58 sich in Begleitung von Angestellten des Kl. ein Fahrrad ausgesucht hätten, nicht hinreiche, diesen Raum als Verkaufsstelle anzusehen.

Gegen den Beschwerdebescheid richtet sich die Klage, mit der geltend gemacht wird: Der Verkauf von Fahrrädern erfordere einen großen Raum, der es ermögliche, die Räder in geordneter Übericht dem Publikum vorzuführen. Dazu habe der Laden W.-Straße 64 in keiner Weise ausgereicht. Deshalb sei der Hinterraum W.-Straße 58 am 1. März 1933 hinzugenommen worden. Er sei als Verkaufsraum gemietet und als solcher neu hergerichtet worden, wie die Vermieterin bezeugen könne, und habe ständig als solcher gedient. Unter einem Lagerraum verstehe man einen Raum, in dem Vorräte zur Ergänzung der im Verkaufsraum zum Verkauf gestellten Waren aufgestapelt würden, nicht aber einen Raum, in dem die Ware dem Publikum zum Kauf vorgeführt würde. Die Verkaufsstelle des Kl. werde gebildet von den Räumen in der W.-Straße 64 und 58 zusammen. Beide stellten eine Einheit dar. In Nr. 58 würden die Gegenstände zur Vorführung an den Käufer bereithalten, ihm gezeigt und von ihm besichtigt. Der Kauf würde hier auch bis in alle Einzelheiten geregelt und vollzogen und lediglich die letzten Formalitäten würden im Hause Nr. 64 vorgenommen, indem dort die Zahlung geleistet und ein etwaiges Abkommen über Ratenzahlung endgültig abgeschlossen werde. Es handele sich bei dem Raum Nr. 58 also nicht nur um ein Lager, in dem man besichtige, und bei Nr. 64 um eine Kontorstelle, bei der man bestelle, sondern der Kaufvorgang vollziehe sich in beiden Räumen. Er werde in Nr. 58 bis ins letzte vorbereitet und in Nr. 64 dann endgültig bestätigt. Es gebe zahlreiche Geschäfte, in denen die Waren zu einem Teil in einem zweiten Stockwerk untergebracht wären, dort besichtigt und woselbst mit dem Verkäufer auch alle Einzelheiten des Kaufgeschäfts verabredet würden, während dieser dann den Kunden mit der Ware vom ersten Stock in das Erdgeschoss begleite, wo dann an der Kasse die Zahlung erfolge oder näheres über Ratenzahlung vereinbart würde. Niemand werde auf den Gedanken kommen, die Räume im oberen Stockwerk deshalb als etwas rechtlich besonderes anzusehen. Schließe man sich der Auffassung an, daß lediglich an dem Ort, wo die letzten Kaufformalitäten erfüllt würden, die Verkaufsstelle sich befinden, so würden bei Warenhäusern und großen Geschäften als Verkaufsstelle nur die Kassen und die Warenausgabestellen gelten können.

Durch Urt. des Bez. Verw. Ger. v. 9. Mai 1936 ist die Klage abgewiesen worden, weil ein Lagerraum, in dem die Kunden die Verkaufsgegenstände besichtigen und aussuchen, keine Verkaufsstelle sei, der Kl. also zur Umstellung des Raumes W.-Straße 58 in eine Verkaufsstelle der Genehmigung bedürft hätte, die er jedoch nicht besitze, so daß die Schließungsverfügung zu Recht besthe.

Gegen dieses Urt. hat der Kl. Rev. eingelegt. Gerügt wird unvollständige Aufklärung des Sachverhalts und unzureichende Begründung des Urt., da es sich mit den Einwendungen des Kl. überhaupt nicht auseinandersehe. Nach den polizeilichen Feststellungen befindet sich der Raum W.-Straße 58 seit März 1933 bis heute in dem gleichen Zustande. In Nr. 64 würden seitdem nur noch Ersatzteile gehalten und verkauft. Ein Fahrradverkauf finde dort überhaupt nicht statt, weil dort keine Fahrräder vorhanden seien. Wäre Nr. 58 ein bloßer Lagerraum, so müßte er zum Zwecke der Ergänzung eines anderswo zum Verkauf gestellten Bestandes gehalten werden. Aus dem Lager in Nr. 58 werde aber irgendein anderes Lager nicht ergänzt.

Die Rev. hatte Erfolg.

Das angefochtene Urt. unterliegt schon aus folgenden Erwägungen der Aufhebung. Die polizeiliche Verfügung gibt dem Kl. zweierlei auf, einmal die Schließung des Lagerraums W.-Straße 58 als Verkaufsraum und zum anderen die Änderung der Schilder. Der Kl. hat nun von Anfang an behauptet, daß der Zustand, in dem sich der Lagerraum W.-Straße 58 befindet, und die Art seiner Benutzung sich in der Zeit nach dem Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. nicht geändert habe, sondern der gleiche geblieben sei wie vorher. Wäre das richtig, so wäre der erste Teil der polizeilichen Verfügung auf keinen Fall haltbar. Denn hatte der Hinterraum W.-Straße 58 auch schon vor dem 14. Mai 1933 als Verkaufsstelle des Kl. zu gelten, so durfte der Kl. auch nach dem Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. weiter über ihn als Verkaufsstelle verfügen. War er dagegen vor dem 14. Mai 1933 nach seiner Verwendungsart nicht als Verkaufsstelle anzusehen, hat sich aber die Verwendungsart bis zum Erlass der polizeilichen Verfügung in keiner Weise geändert, so birgt die Beibehaltung des bisherigen Zustandes auch nach dem Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. kein ungesetzliches Verhalten des Kl. in sich. Das polizeiliche Gebot der Schließung entbehrt daher, wenn irgendeine Änderung nicht eingetreten ist, jeder Grundlage. Das Bez. Verw. Ger. konnte deswegen den ersten Teil der polizeilichen Verfügung nicht für rechtmäßig erklären, ohne zuvor Beweis über die Behauptung des Kl. erhoben zu haben, daß hinsichtlich des fraglichen Raumes nach wie vor der gleiche Zustand bestehet, zumal diese Behauptung durch die bisherigen polizeilichen Ermittlungen gestützt wird. Das angefochtene Urt. mußte daher wegen Rechtsirrtums und mangelnder Aufklärung des Sachverhalts gem. §§ 71 Abs. 3, 94 und 98 LBG. aufgehoben werden.

Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. Die Entsch. über den ersten Teil der polizeilichen Verfügung ist, wie gesagt, davon abhängig, ob nach dem 14. Mai 1933 eine Änderung in der Verwendungsart des Hinterraums W.-Straße 58 eingetreten ist. Die Feststellung des Tatbestandes ist aber nicht Sache des Rev. R., sondern Aufgabe des Tatrichters. Daher muß die Zurückverweisung erfolgen, damit das Bez. Verw. Ger. eingehende und vollständige Ermittlungen in der angegebenen Richtung vornimmt.

Was den zweiten Teil der polizeilichen Verfügung angeht, so könnte die polizeiliche Verfügung zur Beseitigung der jetzigen Beschilderung auch ohne eine Änderung der Verhältnisse dann berechtigt sein, wenn der Hinterraum W.-Straße 58 in seiner seit dem 1. März 1933 angeblich gleichgebliebenen Verwendung nicht als Einzelhandelsverkaufsstelle oder zu ihr gehörig anzusprechen wäre. Denn dann würden die auf den Schildern angebrachten neuerlichen Hinweise des Kl. auf diesen Raum als Verkaufsraum nicht in Einklang zu bringen sein mit den Bestimmungen des EinzelhandelSchG., nach denen eine Verkaufsstelle ohne Genehmigung nicht neu errichtet, also auch

ein Lagerraum nicht in eine solche umgewandelt werden darf. Die neue Beschilderung würde deswegen als gegen die öffentliche Ordnung verstörend von der Polizei unterbunden werden können. Der Vorderrichter nimmt nun an, daß ein Raum, in dem sich ein Warenlager befindet und zu dem das Kaufende Publikum Zutritt hat, deswegen, weil in diesem Raum die Besichtigung und Auswahl des Kaufgegenstandes erfolgt, noch nicht als Einzelhandelsverkaufsstelle angesehen werden könne. Eine genaue Feststellung der in W.-Straße 58 sich abspielenden Geschäftsvorgänge und der Einrichtung dieses Raumes hat das Bez. Verw. Ger. von sich aus nicht getroffen. Nach dem Vortrag der Parteien ist die Streitfrage — auf deren Entsch. es unter der Voraussetzung ankommt, daß eine wesentliche Änderung seit dem 14. Mai 1933 nicht eingetreten ist — folgende: Ist ein Raum, den ein Kaufmann neben seinem in einem anderen Raum untergebrachten Laden unterhält und in dem er eine bestimmte Gattung der von ihm geführten Waren untergebracht hat, eine Einzelhandelsverkaufsstelle oder jedenfalls ein Teil der Einzelhandelsverkaufsstelle dieses Kaufmanns, wenn die Käufer, die diese Waren kaufen wollen, in den Sonderraum geführt werden, dort die näheren Auskünfte über die Preise usw. erhalten und sich die Waren aussuchen, dann aber zur Zahlung des Kaufpreises, etwaiger Abmächen über die Zahlungsbedingungen und zur Aushändigung der Ware in den Hauptraum zurückgeführt werden? Diese Frage ist im Sinne des Kl. zu beantworten, wenn die Einzelhandelsverkaufsstelle eines Kaufmanns mit offenem Ladengeschäft nicht nur in dem Raum besteht, in dem die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Ware erfolgt, sondern wenn dazu auch alle sonstigen, in dem gleichen oder in anderen Stockwerken oder anderen Häusern unterhaltenen Räume gehören, in denen Waren untergebracht und die dem Publikum zum Ausuchen der Ware und zur Führung der Kaufverhandlungen allgemein geöffnet sind. Verkaufsstellen sind nach Pfundtner-Neubert („Das neue Deutsche Reichsrecht“, Anm. 1 zu § 2 EinzelhandelSchG.) alle Räume, in denen Waren gewerbsmäßig zum Verkauf an Verbraucher bereitgehalten werden und die zu diesem Zweck jedem Kaufslehaber zugänglich sind. Daß eine Verkaufsstelle aus mehreren Verkaufsräumen bestehen kann, ergibt sich unmittelbar aus § 2 Abs. 2 EinzelhandelSchG. Ferner folgt aus der Vorschrift des § 3 Ziff. 1 dieses Ges., daß Verkaufsräume, die schon bisher als solche benutzt worden sind, als zu der vorhandenen Verkaufsstelle hinzugehörig zu rechnen sind.

Was unter einem Verkaufsraum zu verstehen ist, ist nach dem Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung zu bestimmen. Danach ist ein bloßer Lagerraum allerdings kein Verkaufsraum. Ein Raum aber, in dem Waren gelagert sind und der zugleich den Kauflustigen zur Besichtigung und zum Ausuchen der Ware allgemein zugänglich ist und in dem auch die Kaufbedingungen verhandelt werden, ist nach der Volksanschauung nicht nur ein Lager, sondern zugleich ein Verkaufsraum. Daß in diesem Raum auch die Zahlung des Kaufpreises und die Ausgabe der Ware vor sich geht, ist keine wesentliche Bedingung. Darauf, wo der Kaufabschluß im eigentlichen Sinne stattfindet, kommt es nicht an. Das wird sich unter solchen Verhältnissen auch allgemein gültig gar nicht feststellen lassen. Denn der Kaufabschluß wird endgültig schon mit der Einigung der Kaufparteien über Ware und Preis, während Zahlung des Kaufpreises und Aushändigung der Ware an den Käufer schon Ausführungshandlungen sind, die mit dem Kaufabschluß in einem Alt verbunden werden können, aber nicht verbunden zu sein brauchen. Daß ferner alle einzelnen Räume eines offenen Ladengeschäfts, in denen Waren zur Besichtigung und zur Auswahl für das Publikum ausliegen oder ausgestellt sind, die auch die Kauflustigen regelmäßig zu diesem Zweck betreten und in denen sie nähere Auskünfte über Ware und Preis erhalten, Verkaufsräume sind und in ihrer Gesamtheit die Verkaufsstelle bilden, wird ohne weiteres zugestanden werden, wenn die Räume zusammenhängen und ohne irgendwelche Unterbrechung ineinander übergehen. Unter diesen Umständen wird niemand, falls nur eine Kasse vorhanden ist und an dieser alle Zahlungen geleistet und

die Zahlungsbedingungen vereinbart werden, etwa nur den Raum, in dem sich die Kasse befindet, als den alleinigen Verkaufsraum und den Sitz der Verkaufsstelle ansehen. Man kann den Kassenraum dann zwar als Mittelpunkt des Geschäfts bezeichnen, nicht aber als ausschließlichen Verkaufsraum. Ein Ladengeschäft, das in der geschilderten Weise über mehrere Stöcke verteilt ist, jedoch nur über einen Kassenraum verfügt, stellt eine Einheit dar. Die Verkaufsstelle sind hierbei sämtliche Räume, die Ware enthalten und den Käufern zwecks Verkaufs zugänglich sind. Es liegt nun aber kein verständlicher Grund dafür vor, die Sachlage dann anders zu betrachten, wenn ein Kaufmann z. B. aus Mangel an verfügbaren zusammenhängenden Räumen sein Geschäft unter sonst denselben Verhältnissen, wie sie erörtert sind, auf zwei verschiedenen, voneinander getrennten Grundstücken betreibt. In solchem Falle ist genau wie in den anderen erwähnten Fällen, auch der Raum, in dem ein Zahlungsverkehr sich nicht abspielt und in dem auch die Waren nicht verabsolgt werden, der im übrigen aber uneingeschränkt zum Verkauf der in ihm untergebrachten Waren an das Publikum dient, ein Verkaufsraum und als solcher Bestandteil der Verkaufsstelle. Die räumliche Trennung und Entfernung der beiden Verkaufsräume voneinander kann in dieser Beziehung keine verschiedene Beurteilung begründen. Die grundsätzlich abweichende Stellungnahme des Vorderrichters in der vorliegenden Sache ist nicht zu billigen. Der Vorderrichter wird vielmehr bei seiner neuen Entsch. von den dargelegten Grundsäzen auszugehen haben. Für die neue Entsch., und zwar auch in betreff des zweiten Teils der angesuchten polizeilichen Verfügung, ist jedoch unerlässlich, daß zuvor genau festgestellt wird, wie die Verhältnisse im einzelnen tatsächlich liegen und ob und welche Veränderungen etwa nach dem 14. Mai 1933 hinsichtlich der Benutzung und Einrichtung des Hinterraums W.-Straße 58 eingetreten sind.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 11. Febr. 1937, III C 241/36.)

\*

#### 70. § 2 KraftfG. Staatsfeindliche Gesinnung rechtfertigt den Schlüß auf die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen.

Der Kl. beantragte im Nov. 1935, ihm die Erlaubnis zum Führen eines Kraftfahrzeuges der Klasse 3 zu erteilen. Durch Vsg. v. 25. Nov. 1935 lehnte der Polizeipräsident den Antrag ab, da der Kl. wegen Verstoßes gegen die NotVO. zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung v. 21. März 1933 sechs Monate in einem Konzentrationslager untergebracht worden sei und dieser Umstand die Annahme rechtfertige, daß er unzuverlässig und mithin zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei.

Nach fruchtloser Beschwerde erhob der Kl. Klage im Verwaltungsstreitverfahren, wurde jedoch durch Urt. des BezVerwG. in Münster v. 26. Mai 1936 mit seiner Klage abgewiesen. Das BezVerwG. nahm auf Grund der Ermittlungen der Staatspolizeistelle für den Regierungsbezirk M. als erwiesen an, daß der Kl. am 10. Nov. 1934 in dem Geschäftshause der Firma A. in R., bei der er als Verkäufer angestellt war, im Beisein mehrerer Verkäuferinnen eine die Mitglieder der Reichsregierung grob beleidigende Äußerung getan habe und daß diese Äußerung über den einmaligen Vorfall hinaus die innere Gesinnung des Kl. gegenüber den führenden Mitgliedern der Regierung und seine feindselige Einstellung gegenüber der Staatsleitung beweise. Es sei zu befürchten, daß der Träger einer solchen Gesinnung sich den im Interesse der Volkgemeinschaft bestehenden Gesetzen und Anordnungen nicht folgen werde, und zwar auch nicht auf dem Gebiete des Straßenverkehrsrechts.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg.

Sie konnte nicht darauf gestützt werden, daß das BezVerwG. es unterlassen hat, dem Antrag des Kl. entsprechend eine Auskunft der zuständigen Strafrechtsbehörde über seine Unbestraftheit und der zuständigen Polizeibehörde über seinen Leumund einzuholen. Denn das BezVerwG. hat offenbar selbst gar nicht angenommen, daß der Kl. vorbestraft oder daß Nachteiliges über seinen Leumund der Polizeibehörde zur Kenntnis gekommen ist. Es lag daher auch keinerlei Anlaß vor, hierüber noch irgendwelche Ermittlungen anzustellen.

Was der Kl. jedoch zu der eigentlichen Kernfrage des Prozesses vorgebracht hat, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete und konnte daher in der RevInst., in der nur Rechtsfragen nachzuprüfen sind, nicht mehr zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden. Hierher gehört die Behauptung, die Äußerung vom Nov. 1934 sei dem Sinne nach keineswegs gegen die Staatsleitung gerichtet gewesen, sie sei auch nur als einmaliger Vorfall zu werten und beweise nichts für die innere Gesinnung des Kl. gegenüber der Staatsleitung, er habe sich den Gelehrten sonst immer gefügt und werde dies auch weiterhin tun. Alles dies hatte das BezVerwG. auf Grund der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung zu prüfen (§ 79 LVerwG.). Der Revisionsrichter ist an das Ergebnis dieser Beweiswürdigung, bei der ein Rechtsirrtum oder ein wesentlicher Verfahrensmangel nicht ersichtlich ist, gebunden.

Wenn der Kl. meint, es sei nicht zulässig, aus einem einmaligen Vorfall auf die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen zu schließen, so ist er im Irrtum. Für die Polizeibehörde ergibt sich die grundsätzliche Befugnis, auch aus einmaligen Vorfällen derartige Schlüsse zu ziehen, schon aus ihrer Aufgabe, für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorbeugend zu sorgen. Wollte man ihr diese Möglichkeit nehmen, so würde das bedeuten, daß ihre Maßnahmen in vielen Fällen zu spät kommen würden. Es ist auch nicht zutreffend, daß die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen immer nur aus solchen Vorfällen hergeleitet werden könnte, die mit dem Kraftfahrwesen unmittelbar im Zusammenhang stehen. Das Gegenteil ist vom DVG. wiederholt ausgeprochen, und zwar auch in solchen Fällen, in denen auf Grund der einzelnen Handlung nicht eine Verkehrsgefährdung, sondern ein Missbrauch der Fahrerlaubnis zu anderen Straftaten zu befürchten war (vgl. RVerwBl. 57, 968). Eine andere Beurteilung kann auch bezüglich politischer Vergehen nicht eintreten. Wenn das DVG. in einer früheren Entsch. gesagt hat, daß politische Gesichtspunkte bei der Prüfung der Geeignetheit als Kraftfahrzeugführer auszuschließen hätten (DVG. 84, 282), so war das begründet, weil zu jener Zeit sich zahlreiche Parteien im Staate gegenüberstanden, und weil eine feindliche Einstellung gegenüber einer der gerade herrschenden Parteien noch keineswegs den Schlüß auf eine staatsfeindliche Gesinnung rechtfertigen konnte. Nachdem durch die nationalsozialistische Erhebung dem Parteienuntergang ein Ende gemacht und die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei die alleinige Trägerin der politischen Willensbildung des Volkes geworden ist, sind die Voraussetzungen jener Anspr. weggefallen. In dem Kampf um die Selbstbehauptung, den das deutsche Volk heute zu führen hat, gibt es auch nicht mehr wie früher einen unpolitischen Lebensbereich; die Allgemeinheit hat vielmehr einen Anspruch darauf, auch in ihrer politischen Willensbildung gegen eine Beeinflussung durch Feinde der Volkgemeinschaft geschützt zu werden. Wenn das BezVerwG. daher den Kl. nach seiner staatsfeindlichen Einstellung als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen i. S. des § 2 KraftfVwG. angesehen hat, so kann das vom Revisionsstandpunkt aus nicht beanstandet werden.

(PrOVG., Urt. v. 28. Jan. 1937, IV C 131/36.)