

58. Kann es, wenn ein befreiter Vorerbe zur Sicherung des einem der mehreren Nachbenannten zu gewährenden Darlehns dem Darlehnsgeber eine Hypothek an einem Nachlassgrundstück bestellt, für die Wirksamkeit der Hypothek gegenüber den Nachbenannten von Bedeutung sein, daß der Darlehnsnehmer verspricht, sich das Darlehen auf seinen Nachbanteil anrechnen zu lassen, oder daß er später wegen des Darlehensempfanges die Nacherbschaft ausschlägt?

Preuß. RM. Teil I Titel 12 § 469. BGB. § 2113 Abs. 2.

V. Zivilsenat. Urt. v. 6. März 1939 i. S. R. (Bekl.) w. Frau K. (Pl.).  
V 194/38.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Im Jahre 1895 verstarb in M. der Bühner August B. Er hatte seine Witwe Marie B. zur Erbin eingesetzt und ihr die drei gemeinschaftlichen Kinder, darunter die Klägerin, fideikommissarisch substituiert. Die Kinder sollten nach dem Testament nur das erhalten, was beim Tode der Witwe vom Nachlaß noch vorhanden sein werde. Zum Nachlaß gehört ein Grundstück. Im Grundbuch wurde bei Eintragung des Eigentums der Witwe das Recht der Substituten mit dem Hinzufügen vermerkt, daß die Eigentümerin über die Substanz des Grundstücks nicht von Todes wegen und nicht durch Schenkungen verfügen dürfe.

Der Beklagte hatte im Jahre 1930 dem Klempner Th., dem Sohn und Erben der 1928 verstorbenen Tochter Martha des Erblassers, Kredit eingeräumt und zur Sicherung Wechsel erhalten, welche die Unterschrift der Witwe B. trugen. Da der Beklagte weiteren Kredit nur gegen dingliche Sicherung geben wollte, veranlaßte Th. seine Großmutter, die Witwe B., dem Beklagten eine Hypothek an dem Nachlaßgrundstück zu bestellen. Das geschah in der Weise, daß Frau B. vor einem Notar den Empfang eines Darlehens von 12000 RM. bekannte, die Eintragung einer Hypothek in dieser Höhe für den Beklagten bewilligte und sich der sofortigen, auch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässigen Zwangsvollstreckung unterwarf. Die Hypothek

wurde eingetragen und der über sie gebildete Brief dem Beklagten ausgehändigt.

Die Witwe B. starb im Jahre 1937. Die Klägerin schlug die Erbschaft nach ihrer Mutter, Th. die Erbschaft nach beiden Großeltern aus. Die Erbschaft nach August B. fiel kraft der testamentarischen Substitution der Klägerin und ihrem Bruder Wilhelm B. zu. Der Beklagte ließ sich eine gegen die Substituten vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Schuldbekundung erteilen und betreibt die Zwangsversteigerung des Nachlassgrundstücks.

Die Klägerin beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären. Sie behauptet, irgendetwelche Zahlungen habe die Witwe B. vom Beklagten nicht erhalten. Die Bestellung der Hypothek sei deshalb im Sinn des § 469 A.N. I 12 eine auf bloßer Freigebigkeit beruhende Schenkung gewesen, durch die das Recht der Substituten nicht bereitet werden könne. Wenn Th. vom Beklagten Geld erhalten habe, so sei davon doch nichts zur Nachlassmasse gekommen.

Der Beklagte behauptet, die Witwe B. habe ihrem Enkel Th. die zur Gründung eines eigenen Geschäfts benötigten Mittel in Anrechnung auf seinen Erbteil zutommen lassen wollen und zu diesem Zweck das Hypothekendarlehen aufgenommen. Demgemäß habe sie über die bereits an Th. gezahlten 3500 RM. sowie über 1000 RM., die sie selber bar erhalten habe, quittiert. Ferner habe sie drei Vorausquittungen über 3000, 3000 und 1500 RM. ausgestellt und Th. schriftlich ermächtigt, gegen Hergabe dieser Quittungen beim Beklagten den (in entsprechenden Raten zu zahlenden) Rest des Hypothekendarlehens abzuheben. Th. habe auch den ganzen Betrag bekommen. Damit sei der Gegenwart der Hypothek voll der Witwe B. als der Darlehensschuldnerin und folglich dem Nachlass zugeworfen. Die in der Hypothekbestellung liegende Verfügung der Witwe B. hätten die Substituten durch schweigende Hinnahme der Eintragungsbekundung wie durch Annahme der von Th. gegebenen Erklärung, er habe seinen Erbteil vorweg erhalten, genehmigt. Demgemäß habe der Bruder und Miterbe der Klägerin sich geweigert, sich der Klage anzuschließen. Die zur Erbfolge gelangten Substituten seien durch die Belastung des Nachlassgrundstücks auch nicht geschädigt worden, da Th. die Erbschaft ausgehändigt habe.

Die Klägerin entgegnet, durch die Bestellung der Hypothek habe die Witwe B. für eine Schuld des Th. unentgeltlich Sicherheit geleistet. Nur zum Schein, um die Freigebigkeit zu verdecken, habe man dem Grundgeschäft die Form eines Darlehensvertrages zwischen Frau B. und dem Beklagten gegeben. In Wahrheit handele es sich allenfalls um einen Schuldbetritt, für den der Beklagte keinerlei Entgelt gewährt habe.

In den Vorinstanzen ist der Beklagte unterlegen. Seine Revision hatte teilweise Erfolg und führte insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht aus den nachfolgenden

#### Gründen:

1. Eine Ausfertigung der vollstreckbaren Schuldburkunde ist dem Beklagten zur Zwangsvollstreckung sowohl in das mit der Hypothek belastete Grundstück als auch in das übrige Vermögen der Klägerin und ihres Bruders Wilhelm B. erteilt worden. Soweit damit der persönliche Schuldtitel gegen die Klägerin umgeschrieben worden ist, hat das Kammergericht die Zwangsvollstreckung mit Recht deshalb für unzulässig erklärt, weil die Klägerin die Erbschaft nach der Witwe B. ausgeschlagen hat, mithin nicht deren Rechtsnachfolgerin geworden ist. Insoweit ist die Klage, mit der die Klägerin die von dem Notar als bewiesen angenommene Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bestreitet, ohne weiteres begründet (§§ 768, 767, 727, 795, 797 ZPO.). Der im Prozeß auch bereits erklärte Verzicht des Beklagten auf Vollstreckung in das persönliche Vermögen der Klägerin steht dem nicht entgegen, weil er tatsächlich eine unbeschränkte Vollstreckung nicht hindern würde. Das bloße Dasein eines Vollstreckungstitels gibt, solange Zwangsvollstreckungsmaßnahmen daraus möglich sind, zur Klage aus § 768 ZPO. genügenden Grund (RGZ. Bd. 134 S. 156 [162]). Dagegen hat auch die Revision nichts vorgebracht.

2. Die Vollstreckung in das belastete Grundstück soll die Klägerin als dingliche Schuldnerin dulden. Sie ist zusammen mit ihrem Bruder in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümerin des Grundstücks, das zum Nachlaß gehört. Aber die Hypothek, aus der sie in Anspruch genommen wird, ist nicht von dem Erblasser, sondern von seiner Wittve als Fidejuziarerin (nach dem Sprachgebrauch des

Bürgerlichen Gesetzbuches: als Vorerbin) auf das Grundstück gelegt worden. Die Voraussetzung zur Umschreibung des dinglichen Schuldtitels war nach den §§ 768, 728, 326 ZPO. mithin nur gegeben, wenn die Vorerbin befugt war, ohne Zustimmung der fideikommissarischen Substituten (Nacherben) durch Bestellung der Hypothek über das Nachlaßgrundstück zu verfügen. Anzuwenden sind nach Art. 213 GG. u. BGB. die Vorschriften der §§ 468, 469 UR. I 12. Danach kann der Vorerbe durch Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen (unentgeltliche Verfügungen), das Recht der Nacherben nicht vereiteln. Dies gilt auch dann, wenn sich die Nacherbsfolge nach dem letzten Willen des Erblassers nur auf das erstreckt soll, was von der Erbschaft beim Eintritt der Nacherbsfolge übrig ist. Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben sind, soweit sie das Recht der Nacherben vereiteln würden, bei Eintritt der Nacherbsfolge dergestalt unwirksam, daß der durch die Verfügung Begünstigte, falls die Verfügungsbeschränkung des Vorerben ihm bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich war, das ihm eingeräumte Recht nicht gegen die Nacherben geltend machen kann (Förster-Eccius Preussisches Privatrecht IV § 275).

Ob die Vorerbin durch Bestellung der Hypothek unentgeltlich über das Nachlaßgrundstück verfügt hat, hängt nicht davon ab, daß der Beklagte überhaupt keine gleichwertige Gegenleistung erbrachte, sondern davon, daß keine derartige Gegenleistung dem Nachlaß zugeflossen ist. Denn der Nachlaß als solcher soll im Interesse der Gesamtheit der Nacherben gegen Verfügungen geschützt werden, die der vom Vorerben betreuten Masse keinen entsprechenden Gegenwert bringen. Ein Gegenwert, der nicht in die Nachlaßmasse, sondern in das freie Vermögen eines einzelnen Nacherben gelangt, bedeutet deshalb nichts für das Urteil über die Entgeltlichkeit einer Verfügung. Im Ergebnis steht eine Verfügung des Vorerben, für die von dritter Seite ein Entgelt nicht an die Masse, sondern an einen einzelnen Nacherben geleistet werden soll und auch geleistet wird, einer unentgeltlichen Zuwendung des Vorerben aus dem Nachlaß an den betreffenden Nacherben gleich. Das ist in RGZ. Bd. 125 S. 242 [246] für das Anwendungsgebiet des § 2113 Abs. 2 BGB. entschieden worden, gilt aber auch für die entsprechende Vorschrift des Allgemeinen Landrechts. Unentgeltlich ist eine Verfügung, durch die der Vorerbe etwas aus dem Nachlaß aufgibt oder weggibt, ohne daß die dadurch eintretende

Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils aufgewogen wird. Ein solcher Vermögensvorteil kann im Erwerb eines Rechts zur Nachlassmasse oder in der Befreiung von einer die Masse belastenden Schuld bestehen. Der Maßstab für die Unentgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben ist nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 148 S. 385 [394]) nicht lediglich aus der Beurteilung der Sachlage zu gewinnen. Vielmehr ist eine Verfügung unentgeltlich, wenn der Vorerbe — sachlich betrachtet — ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse bringt und — persönlich betrachtet — entweder weiß, daß diesem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse und unter Berücksichtigung seiner Pflicht, sie künftig an die Nacherben herauszugeben, die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen. Nur wird eine Zuwendung, für die der Leistende gar keine Gegenleistung erhält, nicht dadurch entgeltlich, daß sie in dem irrigen Glauben an eine Gegenleistung bewirkt wird. Ein nicht vorhandenes Entgelt wird durch den Glauben der Beteiligten an ein Entgelt nicht ersetzt (RGZ. Bd. 105 S. 246 [249]).

Von diesen Rechtsfällen hat sich das Berufungsgericht bei Beurteilung der Rechtslage leiten lassen. Sie werden auch von der Revision, die nur die Art ihrer Anwendung auf den Streitfall bekämpft, als richtig angenommen. Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die eigene Sachdarstellung des Beklagten zugrunde gelegt. Die Gründe, aus denen es die Entgeltlichkeit der Hypothekbestellung verneint, lassen sich in folgenden Sätzen zusammenfassen: Tatsächlich erhalten hat das auf die Hypothek gegebene Geld der damals zu den Nacherbenanwärtern gehörende Klempner Th. Selbst die 1000 RM., die der Beklagte zu Händen der Vorerbin gezahlt hat, sind zu Anschaffungen für Th.s Kinder verwendet worden; die Vorerbin hat höchstens einen geringen Rest hiervon für sich verbraucht. Th. allein sollte auch nach dem Willen aller Beteiligten in den Genuß des Geldes gelangen. Die Ausstellung von Quittungen und einer Empfangsbollmacht für Th. durch die Vorerbin war tatsächlich ohne Bedeutung; in Wirklichkeit nahm Th. das Geld für eigene Rechnung in Empfang. In den Nachlaß ist mithin nicht das vom Beklagten gegebene Geld, ebensowenig aber irgendein anderer Gegenwert

gelangt. Einen Rückzahlungsanspruch gegen Th. hat die Vorerbin nicht erworben, da er das Geld in Anrechnung auf seinen Erbteil bekommen, mithin dauernd behalten sollte. Die spätere Ausschlagung der Nacherbschaft durch Th. stand mit der Hypothekbestellung in keinem rechtsgeschäftlichen Zusammenhang und stellte deshalb keine Gegenleistung für sie dar. Die Hypothek wurde auch nicht in Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit bestellt, der Nachlaß mithin von keiner Schuld befreit. Die von der Vorerbin eingegangene persönliche Verpflichtung belastete nicht die Nachlassmasse und wurde in die Form eines eigenen Darlehensgeschäfts der Vorerbin auch nur ge-  
 reibt, um die Unentgeltlichkeit der Hypothekbestellung zu ver-  
 decken. In Wirklichkeit übernahm die Vorerbin damit eine Schuld  
 des Th.

a) Die Ausführungen der Revision über eine Belastung des Nachlasses mit der von der Vorerbin eingegangenen Darlehensschuld gehen fehl. Die Revision bemüht sich um den Nachweis, daß die Vorerbin das Darlehen in „Verwaltung“ des Nachlasses aufgenommen habe. Indessen war die Beleihung des Nachlaßgrundstücks zu Gunsten eines einzelnen Nacherben mit ordentlicher Verwaltung nicht vereinbar. Das Berufungsgericht spricht, wobei es allerdings von der in ihrer Bedeutung unten noch zu würdigenden Spingabe des Geldes in Anrechnung auf den Nacherbteil absieht, mit Recht von einer gegenüber der Gesamtheit der Nacherben unsachlichen Maßnahme. Zudem hängt die Entgeltlichkeit der Hypothekbestellung nicht davon ab, in welcher Zuständigkeit die Vorerbin eine Darlehensverpflichtung eingegangen, sondern ob der Gegenwert dem Nachlaß zugute gekommen ist. Hierzu ist wesentlich, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Geld des Beklagten nicht den durch Darlehensschuldbekennnis, Empfangsvollmacht und Quittungen der Vorerbin beschriebenen Weg genommen hat, sondern unmittelbar Th. als Darlehensempfänger zugeflossen ist. Indem die Vertragsparteien jenen Weg festlegten, der — vom wirtschaftlichen Endziel der Kreditgewährung an Th. aus gesehen — ein Umweg gewesen wäre, schlossen sie kein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB. Deshalb rügt die Revision mit Unrecht, das Berufungsgericht habe den Tatbestand des Abs. 2 dieser Vorschrift nicht gehörig festgestellt. Die Begründung einer Schuld in der Person der Vorerbin war (nach der Darstellung des Beklagten) wirklich gewollt. Freilich handelte es sich nach dem

Berufungsurteil nicht um eine eigene ursprüngliche Darlehensschuld der Vorerbin. Sie versprach vielmehr dem Beklagten, daß sie — neben Th. oder statt seiner (was das Berufungsgericht offen läßt) — die Rückzahlung der bereits gewährten und weiter noch zu gewährenden Darlehensbeträge schulden wolle. Mit dem Inhalt des Darlehensempfangsbekanntnisses der Vorerbin stimmt dieser Vertragswille nicht überein. Aber das Gesetz stellt im § 607 Abs. 2 BGB. für den Rechtsverkehr die Rechtsform des Vereinbarungsdarlehens zur Verfügung und rückt damit eine derartige Vereinbarung aus dem Bereich der Scheingeschäfte. Der Ausspruch des Berufungsgerichts, daß durch das Darlehensgeschäft der Vorerbin die Unentgeltlichkeit der Hypothekbestellung lediglich habe verdeckt werden sollen, verträgt zu Gunsten des Beklagten die Abwandlung, daß dadurch die Hypothekbestellung habe entgeltlich werden, nicht bloß scheinen sollen. Dessen ungeachtet bleibt die Tatsache bestehen, daß die Darlehenssumme nicht zur Nachlassmasse geflossen ist. Es stand nicht in der Macht der Vertragsparteien, dem Mangel einer Gegenleistung durch die Abrede, daß sie als bewirkt gelten solle, abzuhelpen und auf solche Weise eine tatsächlich unentgeltliche Verfügung der Vorerbin über das Nachlassgrundstück mit Wirkung gegen die Nacherben zu einer entgeltlichen Verfügung zu stempeln. . .

b) Der Schluß auf Unentgeltlichkeit kann aber, wie die Revision mit Recht sagt, nicht ohne genügende Berücksichtigung der Behauptung des Beklagten gezogen werden, daß Th. das Darlehen in Anrechnung auf sein Nacherbteil erhalten habe. Das Berufungsgericht hat daraus nur gefolgert, daß Th. sich der Vorerbin gegenüber nicht verpflichtet habe, das empfangene Darlehen zur Entlastung des Nachlasses an den Beklagten zurückzuzahlen. Diese Folgerung ist richtig. Th. sollte im Verhältnis zur Vorerbin das Geld dauernd behalten, und zwar, da die Vorerbin über ausreichende eigene Mittel nicht verfügte, auf Kosten des Nachlasses, dessen Hauptbestandteil dem Beklagten für seine Forderung verpfändet worden war. Mit dieser Folgerung ist die rechtliche Bedeutung der vom Beklagten behaupteten Tatsache aber nicht erschöpft. Wenn Th. das Geld nach Übereinkommen mit der Vorerbin und dem Beklagten in Anrechnung auf seinen Anteil an der Nacherbschaft erhalten haben sollte, könnte damit zu Gunsten der übrigen Nacherben eine Ausgleichungspflicht Th.s bedungen worden sein, von der das Berufungsgericht als möglich unterstellt,

daß sie die Belastung des Nachlaßgrundstücks mit der Hypothek aufgewogen haben würde. Ob eine Verfügung unentgeltlich ist, hängt wesentlich mit ab von dem rechtsgeschäftlich gewollten wirtschaftlichen Ergebnis für die Vermögensmasse, aus der verfügt wurde. Das führt zu einer freieren als der bei rein begrifflichen Unterscheidungen gebotenen Betrachtung. Im wirtschaftlichen Ergebnis, so wie es die Beteiligten in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Hypothekbestellung dann gewollt haben würden, wäre es aber auf dasselbe hinausgekommen, ob für die Hypothek ein Gegenwert in Gestalt der Darlehenssumme in den Nachlaß gelangte oder ob bei dessen Verteilung von dem Darlehensempfänger ein entsprechender Betrag als Vorempfang den übrigen Macherben gutzubringen war. In beiden Fällen wäre zu Gunsten aller als Macherben gedachten Personen der wirtschaftliche Wert des Nachlasses ungemindert geblieben. Was Th. bei der Auseinandersetzung weniger zu beanspruchen gehabt hätte, würde er in seiner Eigenschaft als Macherbenanwärter schon im voraus empfangen gehabt haben, und die übrigen Macherben hätten infolge der Ausgleichung nicht ungünstiger dagestanden, als es ohne die Hypothekbestellung der Fall gewesen wäre.

Durchgreifende Bedenken gegen eine solche rechtliche Würdigung, bei der die Hypothekbestellung — je nach dem Wert des Nachlasses ganz oder teilweise — entgeltlich vorgenommen worden wäre, sind den Gründen des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Darauf, daß bei Bestellung der Hypothek der Anfall der Macherbschaft an Th. noch ungewiß war, kann es nicht ankommen. Th. hatte Leibeserben, die gegebenenfalls an seine Stelle getreten wären (§ 467 UR. I 12). Auch wäre vom Standpunkte der Vorerbin aus gesehen der Eintritt des gesetzten Falles der bedungenen Ausgleichung wahrscheinlich gewesen. War Ausgleichung vereinbart, so fehlt es übrigens auch nicht an dem vom Berufungsgericht vermißten rechtsgeschäftlichen Zusammenhänge zwischen Hypothekbestellung und Ausschlagung der Macherbschaft durch Th. Die Ausschlagung könnte als Erfüllung der Ausgleichungspflicht gemeint gewesen sein und, soweit Darlehen und Macherbteilswert sich decken, im Sinne vollzogener Ausgleichung wirken. Die Hypothekbestellung würde sonach nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, nachträglich von einer unentgeltlichen zu einer entgeltlichen Verfügung erhoben werden, sondern sich — in der

angegebenen Begrenzung — als von vornherein entgeltlich erweisen.

Aber selbst wenn bei der Belastung des Nachlaßgrundstücks eine Ausgleichsvereinbarung nicht getroffen sein sollte, stünde damit noch nicht fest, daß die Hypothek den Nacherben gegenüber unwirksam wäre. Ihre Bestellung wäre dann zwar eine unentgeltliche Verfügung gewesen. Offen bliebe aber immer noch die Frage, ob sie angesichts der Ausschlagung der Nacherbschaft durch Th. das Recht der Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt hat. Das Berufungsgericht hat sich diese Frage auch vorgelegt und hat sie bejaht. Es findet die Beeinträchtigung allein schon in der Belastung des Nachlaßgrundstücks und hält es für unerheblich, ob infolge der Ausschlagung der Nacherbschaft durch einen der zu ihr Berufenen die Belastung für die anderen tatsächlich und wirtschaftlich ausgeglichen wird. Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden. Bei befreiter Vorerbschaft haben die Nacherben kein Recht auf Erhaltung bestimmter Nachlaßgegenstände und auf deren Freihaltung von Belastungen. Eine Vereitelung oder Beeinträchtigung ihres Rechts kann nur aus unentgeltlicher Veräußerung oder Belastung erwachsen, wobei wiederum auf das wirtschaftliche Ergebnis der Verfügung abzustellen ist. Ob das Nacherbentrecht durch eine unentgeltliche Verfügung vereitelt oder beeinträchtigt wird, bestimmt sich — anders als bei dem Urteil über die Entgeltlichkeit, für das der Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung maßgebend ist — nach der Lage bei Eintritt des Nacherbsfalls. Auf diesen Zeitpunkt wirkte die Ausschlagung der Nacherbschaft durch Th. zurück (§ 406 URN. I 9). In demselben Zeitpunkt also, in dem die Nacherben das mit der Hypothek belastete Grundstück erwarben, fiel das Miterbentrecht Th.s weg mit der Folge, daß die beiden Nacherben je  $\frac{1}{2}$  statt je  $\frac{1}{3}$  des Nachlasses erhielten. War diese Erhöhung der Beteiligung am Nachlaß eine von Th. gezogene oder bei redlichem Verhalten zu ziehende Folge der Vergünstigung, die ihm durch die Vorerbin aus Mitteln des Nachlasses gewährt worden war, so könnte die Klägerin billig nicht behaupten, daß die Belastung des Nachlaßgrundstücks, soweit sie durch die Vergrößerung ihres Nacherbteils wettgemacht ist, ihr Nacherbentrecht vereitelt oder beeinträchtigt habe. Der durch die Ausschlagung für die Klägerin und ihren Miterben geschaffene Vorteil müßte bei der Entscheidung des Rechtsstreits nur dann außer Betracht bleiben, wenn sich

zwischen ihm und der Belastung des Nachlaßgrundstücks gar keine rechtlich beachtliche Beziehung feststellen ließe. Einen Vorteil, der sich ohne Zusammenhang mit der Hypothekbestellung aus der Ausschlagung für die Macherben ergäbe, brauchten diese dem Beklagten gegenüber nicht gelten zu lassen. Hierfür liegt aber bisher nichts vor.

Das angefochtene Urteil muß deshalb, soweit es sich um die Vollstreckungsklausel zu dem dinglichen Schuldtitel handelt, aufgehoben werden, damit das Berufungsgericht die Sache unter den vorerörterten rechtlichen Gesichtspunkten von neuem prüfe.

Ferner bedarf neuer Prüfung, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für die erhobene Klage insofern anerkannt werden kann, als das Berufungsgericht sie anscheinend auch auf die gegen den Miterben Wilhelm B. erteilte Vollstreckungsklausel bezogen hat. Zwar ist, wie das Berufungsgericht unter Verweisung auf Koch (Anm. 9d zu § 10 UZR. I 17) zutreffend ausführt, zur Abwehr der Folgen einer den Macherben gegenüber unwirksamen Verfügung im allgemeinen der einzelne Macherbe für sich allein und selbst gegen den Willen der anderen Miterben befugt. Doch genügt es hier zur Abwehr der vom Beklagten in den noch ungeteilten Nachlaß betriebenen Zwangsvollstreckung, daß die Vollstreckung aus der gegen die Klägerin erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt wird (§ 747 ZPO.). Der persönliche Schuldtitel vollends ist gegen Wilhelm B. als Gesamtrechtsnachfolger der Vorerbin mit Recht umgeschrieben worden.

Die sonstigen Ausführungen der Revision geben zu Bedenken gegen das angefochtene Urteil keinen Anlaß. Ob die Hypothek „nicht ohne Machenschaften“ Lh.s und des Beklagten in das Grundbuch gelangt ist, hat hier keine Bedeutung. Der Beklagte muß sich gegebenenfalls die Unwirksamkeit der Hypothek schon deshalb entgegenhalten lassen, weil bei ihrer Bestellung die Verfügungsbeschränkung der Vorerbin im Grundbuch eingetragen war. Daß die Vorerbin den Nachlaßgegenstand auch nicht zu Gunsten eines einzelnen Macherben unentgeltlich belasten durfte, braucht der Beklagte bei der Hypothekbestellung nicht gewußt zu haben. Es genügt, daß das Grundbuch eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung bestimmten Inhalts ergab. Ein etwaiger Irrtum des Beklagten über deren Tragweite wäre nicht zu beachten.

Daß die Hypothek zufolge Genehmigung oder Beerbung (§ 185 Abs. 2 Satz 1 BGB.) wirksam geworden wäre, hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Zur Annahme einer Genehmigung durch schlüssiges Verhalten reicht der vorgetragene Sachverhalt nicht aus. Die Beerbung der Vorerbin durch Wilhelm B. allein kann die etwaige Unwirksamkeit der Hypothek so wenig beheben, als daß die Genehmigung oder sonstige Verfügung eines einzelnen Nacherben vermöchte.