

Kind seinen Aufenthalt zu nehmen hat. Dem Vormundschaftsgericht stehen nach § 33 FGG (in der Fassung der VO vom 5. August 1935) die nötigen Zwangsmittel zur Vollziehung seiner Anordnung zur Verfügung. Insbesondere kann das Vormundschaftsgericht die Herausgabe des Kindes an denjenigen geschiedenen Ehegatten, den es für würdig und geeignet erachtet, das Sorgerecht auszuüben, durch Ordnungsstrafen oder durch Anordnung unmittelbarer Gewaltanwendung erzwingen. Die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes ist also kein subjektives Recht des einen oder des anderen Ehegatten mehr. Daher muß die Vorschrift des § 1632 BGB, die einen im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgenden Anspruch auf Herausgabe des Kindes vorsieht, im Verhältnis geschiedener Ehegatten zueinander durch die vom Ehegesetz herbeigeführte Rechtsentwicklung als überholt angesehen werden. Für eine solche Klage ist seit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes der Rechtsweg ausgeschlossen. Da das Vormundschaftsgericht allein dazu berufen und in der Lage ist, alle diejenigen Umstände, die für die Eignung des einen oder des anderen Elternteils sprechen – wozu in dem zur Entscheidung stehenden Fall auch die Erwägungen über die häuslichen und finanziellen Verhältnisse des Beklagten und über seine Zuverlässigkeit gehören – richtig und erschöpfend zu würdigen und dementsprechend den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wäre es ein überflüssiger und unzeitgemäßer Formalismus, zur Herbeiführung und Erzwingung der Herausgabe des Kindes noch ein Prozeßverfahren vor den ordentlichen Gerichten einzuschalten. Aus diesen Gründen erachtet der erkennende Senat den Rechtsweg für unzulässig, und zwar ohne Unterschied, ob die Scheidung der Ehe erst nach dem Inkrafttreten des Ehegesetzes oder, wie im vorliegenden Fall, schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgt ist; denn auch im letzteren Fall ist nach der Übergangsvorschrift des § 97 EheG der maßgebende Gesichtspunkt für die Personensorge und die Aufenthaltsbestimmung nicht mehr das Interesse des einen oder des anderen Elternteils, sondern allein das Wohl des Kindes, und die Entscheidung darüber liegt daher auch bei den schon vor dem Inkrafttreten des Ehegesetzes geschiedenen Ehen letzten Endes ausschließlich in den Händen des Vormundschaftsgerichts.

Es waren daher die Entscheidungen der beiden Vorinstanzen aufzuheben und die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

---

**8. Verwaltungsmaßnahmen i.S. vorstehender Vorschriften können auch Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand vorsehen. Ist dies der Fall, so bedarf es zur Wirksamkeit gegenüber außenstehenden Dritten der Mitwirkung sämtlicher Gemeinschaftsteilhaber, die aber**

**im Innenverhältnis durch Mehrheitsbeschluß dazu verpflichtet werden können.**

BGB §§ 745 Abs. 1 und 2, 747 Satz 2, 2038 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2

VI. Zivilsenat. Urt. v. 28. Januar 1944 (VI 119/1943).

II. Oberlandesgericht Breslau.

In Sachen

1. der verwitweten Frau Paula *Freifrau von Richthofen*, geb. Freiin von Pfeuffer, in Garmisch-Partenkirchen, von Richthofen Straße,
  2. der Frau Gabriele *Gräfin von der Schulenburg*, geb. Freiin von Richthofen, in Bodendorf, Kreis Haldensleben,
  3. der Frau Erika *Gräfin von der Schulenburg*, geb. Freiin von Richthofen, in Altenhausen, Kreis Haldensleben,
  4. der minderjährigen Beate Prinzessin zu Schönaich-Carolath und des minderjährigen Sieghard Prinzen zu Schönaich-Carolath,
- Klägerinnen und zu 1 bis 3 Revisionsklägerinnen, Prozeßbevollmächtigter für die letzteren: Rechtsanwalt Dr. Drost in Leipzig

gegen

die verw. Steinbruchspächterin Ida *Lochter*, geb. Thasler in Jauer, Beklagte und Revisionsbeklagte, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Dr. Schrömbgens in Leipzig, hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1944 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Günther und der Reichsgerichtsräte Dr. Schack, Eilles, Oesterheld, Dr. Balve für Recht erkannt:

*Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Breslau vom 9. September 1943 wird zurückgewiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden den Revisionsklägerinnen auferlegt. – Von Rechts wegen*

*Tatbestand*

Im Jahre 1928 ist der Landwirt U. F. v. R. auf Gutschdorf, Kreis Schweidnitz, gestorben und je zu 1/4 von seiner Witwe, der Klägerin zu 1 und seinen drei Töchtern, den Klägerinnen zu 2 und 3 und H., P. Sch.-C., beerbt worden. Die Tochter H. starb im Jahre 1933 und wurde von ihren beiden minderjährigen Kindern, die von ihrem Vater gesetzlich vertreten sind, in noch ungeteilter Erbengemeinschaft beerbt.

Auf dem zum Gute Nieder-Gutschdorf gehörenden Gansberge befindet sich ein Granitvorkommen. Zu seiner Ausbeutung haben die Eigentümer durch schriftlichen Vertrag vom 18. Dezember 1937 eine Fläche von 7 ha an den Ehemann der Beklagten verpachtet. Auch er ist im Jahre 1940 gestorben, und die Beklagte ist als seine alleinige Erbin in den Vertrag eingetreten. Mit Schreiben

vom 27. Oktober 1941 ist ihr auf Grund eines angeblichen „Beschlusses der v. R'schen Erbgemeinschaft“ vom selben Tage das Pachtverhältnis vorzeitig zum 31. Dezember 1941 gekündigt worden, weil sie mit mehr als drei vollen Monatsraten des Pachtzinses im Rückstande sei. Das Schreiben ist von den Klägerinnen zu 2 und 3 unterzeichnet und zwar von der Klägerin zu 2 zugleich in Vollmacht der Klägerin zu 1. Eine Unterschrift für die Kinder und Erben der ursprünglichen Miterbin H. fehlt.

Mit der Klage ist, da die Beklagte die Wirkung der Kündigung bestreitet, die Feststellung begehrt worden, daß der Pachtvertrag über den Steinbruch am 31. Dezember 1941, spätestens 31. März 1942 sein Ende erreicht habe.

Nachdem festgestellt worden war, daß die Klägerinnen zu 4 der Klageerhebung nicht zugestimmt haben, haben die anderen Klägerinnen das Verfahren allein fortgeführt. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat die Berechtigung der Verpächter zu einer vorzeitigen Aufhebung des Pachtvertrages bestritten, vor allem aber geltend gemacht, die ausgesprochene Kündigung sei deshalb unwirksam, weil sie von einer Erbgemeinschaft ausgegangen sei, deren sämtliche Mitglieder dabei hätten mitwirken müssen, während tatsächlich mindestens der gesetzliche Vertreter der beiden Minderjährigen weder der Kündigung noch der jetzigen Klageerhebung zugestimmt habe, vielmehr beide mißbillige und auch einen nachträglichen Beitritt ablehne.

Beide Vorderrichter haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen zu 1–3 ihre Anträge weiter, die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

#### *Entscheidungsgründe*

1. Das Berufungsgericht stellt im Tatbestande des angefochtenen Urteils als unstrittig fest, daß die Auseinandersetzung unter den Erbinnen der Güter Nieder- und Mittelgutsdorf stattgefunden hat und durch Auflassung und Eintragungen in den Grundbüchern durchgeführt worden ist, so daß jede der Erbinnen Miteigentümerin zu einem ideellen Viertel geworden ist. Das Berufungsgericht bezieht sich hierfür überdies auf die von ihm „zu seiner Unterrichtung“ herangezogenen Grundakten. Wenn es gleichwohl das mit dieser Feststellung sich deckende Vorbringen der Klägerinnen „nach den Grundsätzen des § 529 ZPO in seiner neuen Fassung“ ausschließt, weil sie im ersten Rechtszuge die Erbauseinandersetzung nicht vorgetragen hätten, und entgegen seiner eigenen Feststellungen von dem Fortbestande der Erbgemeinschaft ausgeht, so verkennt es diese Grundsätze. Es kann sich bei einem unstrittigen, zu allem Überfluß noch vom Berufungsgericht geprüften und auf Grund solcher Prüfung als richtig festgestellten Sachverhalt niemals um „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden“ handeln, auch nicht um „ein an sich zulässiges neues Vorbringen, das der Berufungskläger entgegen der Vorschrift des

§ 519 (nun nach der 4. VereinfVO [§ 4 Nr. 5] § 518) ZPO nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt hat“ (§ 529 Abs. 1 in der Fassung der 3. [bzw. 4.] VereinfVO), abgesehen davon, daß dieses Vorbringen in der Berufungsbegründung vom 10. Mai 1943 enthalten gewesen ist. Der Vorderrichter hätte also den von ihm festgestellten Sachverhalt zugrundelegen müssen. Die Vorschriften der §§ 2038, 2040 BGB wären nicht anzuwenden gewesen. Doch kommt im Ergebnis nichts darauf an, weil jedenfalls hinsichtlich des Pachtverhältnisses eine Gemeinschaft (nach Bruchteilen) im Sinne der §§ 741 bis 758 BGB bestand (darüber siehe zu 2). Die Anwendung der hiernach einschlägigen Vorschriften der §§ 744, 745, 747 S. 2 BGB richtet sich mindestens im vorliegenden Falle nach denselben Gesichtspunkten wie die der §§ 2038, 2040 BGB. Die Revision hat denn auch keine Rüge wegen Verletzung der Vorschriften des § 529 ZPO erhoben.

2. Das Berufungsgericht will Mehrheitsbeschlüsse, die eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung zum Gegenstande haben (§ 745 Abs. 1 BGB), die aber gleichzeitig eine Verfügung über diesen Gegenstand (§ 747 Satz 2) enthalten, nur dann zulassen, wenn es sich bei der beschlossenen Verwaltungsmaßnahme um eine solche der „laufenden Verwaltung“ handle, die keine größere wirtschaftliche Bedeutung besitze. Dabei erblickt es den gemeinschaftlichen Gegenstand im Sinne der genannten Vorschrift nicht in dem verpachteten Grundstück selbst (über dieses würde ja durch die Kündigung keinesfalls „verfügt“), sondern in dem „Pachtvertrag“. Die Revision beanstandet dies; sie meint unter Hinweis auf eine Anmerkung des RGRKomm zum BGB zu § 2038, da der Bestand des Nachlasses von der Kündigung nicht berührt, sondern nur ein vordem in ordnungsmäßiger Verwaltung und Benutzung beschlossener und eingegangener Pachtvertrag durch eine ebensolche Maßnahme wieder beseitigt werden solle, könne nicht von einer Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand gesprochen werden, am wenigsten von einer solchen über dessen Substanz, wie doch erforderlich sei, weil nur die allein als gemeinschaftlicher (Aktiv-) Gegenstand anzusehende Pachtzinsforderung von der Verwaltungsmaßnahme der Kündigung betroffen werde, die ihrerseits nicht Substanz, sondern gemäß § 99 Abs. 3 BGB nur Frucht des gemeinschaftlichen Gegenstandes sei.

Dem kann nicht beigetreten werden. Vielmehr ist dem Berufungsgericht darin beizustimmen, daß als gemeinschaftlicher „Gegenstand“ das Rechtsverhältnis, wie es durch den Pachtvertrag entstanden war, als ganzes anzusehen ist, wie denn der Begriff des „Gegenstandes“ im Sinne des BGB nicht bloß Sachen und Rechte im einzelnen, sondern auch tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse umfaßt, die einen Vermögenswert darstellen können. Dieses tatsächliche Rechtsverhältnis aber soll durch die Kündigung beendet, zum Erlöschen gebracht, also in seinem Bestande berührt werden. Dabei ist es im Gegensatz zu der Auffassung der Revision gleichgültig, ob die Begründung des Pachtverhält-

nisses eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes (der damals in den Grundstücken mit Granitvorkommen zu sehen war) dargestellt hat, so daß sie durch Mehrheitsbeschluß hätte Herbeigeführt werden können. Auch dann stellte die Auflösung eben dieses Verhältnisses durch Kündigung, mag auch sie wiederum als eine im Rahmen der Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Verwaltung getroffene Maßnahme anzusehen sein, gleichzeitig eine Verfügung dar, was seine Begründung nicht sein konnte. Ähnlich könnte ja auch z. B. die Annahme einer Schenkung oder die Aufnahme eines Darlehns eine bloße Verwaltungsmaßnahme darstellen, während die Verfügung über den geschenkten Gegenstand oder über die Darlehenssumme selbst, auch wenn sie ihrerseits wiederum als Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 745 Abs. 1 BGB anzusehen wäre, eben doch auch eine „Verfügung“ über einen gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstand darstellen würde.

Andererseits kann aber dem Berufungsrichter nicht gefolgt werden, wenn er meint, die Wirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen über Verwaltungsmaßnahmen des oben bezeichneten Inhalts, wenn sie gleichzeitig Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand darstellen, davon abhängig machen zu sollen, daß es sich um Angelegenheiten der „laufenden Verwaltung“ ohne größere wirtschaftliche Bedeutung handle. Eine solche Unterscheidung, die auf anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem der Formbedürftigkeit von Gemeindeverwaltungsbeschlüssen, berechtigt ist, findet für das hier einschlägige Gebiet des bürgerlichen Rechts keinerlei rechtliche Grundlage. Vielmehr ist davon auszugehen, daß die Begriffe von Verwaltungsmaßnahmen, wie sie nach § 745 Abs. 1 BGB durch Mehrheit beschlossen werden können, und von „Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen“ (§ 747 S. 2) nicht im Gegensatz zueinander stehen und einander nicht etwa ausschließen, daß vielmehr eine Maßnahme, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes durch Mehrheit beschlossen werden kann, auch eine Verfügung über eben diesen Gegenstand betreffen kann. Die gegenteilige Auffassung würde verkennen, daß es sich hier zunächst überhaupt nur um das innere Verhältnis der Gemeinschaftsteilhaber zueinander, also darum handelt, daß der abweichende Wille der Minderheit dem der beschließenden Mehrheit weichen muß und insoweit – im Innenverhältnis – durch ihn ersetzt wird, während das Verhältnis nach außen hin hier noch nicht zur Erörterung steht. Man könnte hier treffend die bekannte Unterscheidung zwischen „Legitimität“ (der durch Mehrheit beschlossenen Maßnahme, auch Verfügung) und „Legitimation“, d. h. deren Wirkungsmöglichkeit auf außenstehende Dritte verwerten. Andererseits würde der Kreis von Maßnahmen, die im Rahmen des § 745 BGB durch Mehrheit beschlossen werden können, weil sie durch die Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Verwaltung bedingt sind, durch eine Auffassung, welche „Verfügungen“ von diesem Kreise schlechthin ausschließen oder doch nur in dem –

wie gesagt, willkürlich angenommenen – Rahmen der Anforderungen der „laufenden“ Verwaltung zulassen wollte, über Gebühr eingeengt. Vielmehr kann jede Maßnahme, die durch die Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nötig wird, von der Mehrheit (§ 745 Abs. 1 Satz 2) beschlossen werden, auch dann, wenn diese Maßnahme auf die Substanz des gemeinschaftlichen Gegenstandes einwirkt.

Damit ist, wie oben bereits erwähnt ist und wie auch der Berufungsrichter nicht verkennt, noch nichts gesagt über die Frage, wie Mehrheitsbeschlüsse der erwähnten Art nach außen hin wirken. Es braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, ob für Fälle, in denen der Mehrheitsbeschluß reine Verwaltungsmaßnahmen ohne Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand betrifft, der Rechtsauffassung beizutreten ist, die der RGRKomm. z. BGB (Bem. 1 zu § 745) dahin zusammenfaßt: Es könne im einzelnen Falle auch die Ausübung der Vertretungsmacht aller Teilhaber durch die Mehrheit oder durch einzelne der Teilhaber von den Erfordernissen einer ordnungsmäßigen Verwaltung geboten sein und dementsprechend beschlossen werden; dann sei auch bei der Ausführung der beschlossenen Verwaltungsmaßnahmen davon auszugehen, daß die Minderheit durch die Mehrheit vertreten werde, so daß eine weitere Mitwirkung der Minderheit nicht erforderlich sei. Denn jedenfalls müßte dieser Grundsatz eine Einschränkung erfahren, wenn der Mehrheitsbeschluß gleichzeitig eine „Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand“ vorsieht. Der Berufungsrichter hält die Auffassung, wonach die Ausführung so beschlossener Verfügungen nach außen hin stets der Mitwirkung sämtlicher Gemeinschaftsteilhaber bedürfe, für die herrschende und schließt sich ihr an. Die von der Revision für die gegenteilige Auffassung herangezogenen Ausführungen des RGRKomm. z. BGB (Bem. 1 zu § 745) haben nicht die sich aus § 747 S. 2 (und entsprechend aus § 2040 Abs. 1 BGB) ergebende besondere Rechtslage im Auge; sie sprechen schlechthin von der Außenwirkung von Verwaltungsbeschlüssen. Gerade der Begriff der „Verfügung“ aber, der Rechtsgeschäfte von unmittelbarer Einwirkung auf bestehende Rechte bezeichnet, erfordert schon wegen der dinglichen Auswirkung für und gegen jedermann und mit Rücksicht auf die Belange Dritter, die die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen ebensowenig überschauen und prüfen können wie die Mehrheitsverhältnisse (§ 745 Abs. 1 Satz 2 BGB), die Einschränkung der Außenwirkung von Mehrheitsverwaltungsbeschlüssen in dem Sinne, daß eine Vertretung der nicht zustimmenden Teilhaber durch die zustimmenden hier nicht zugelassen werden kann. Für die entgegenstehende, hier abgelehnte Ansicht kann auch die von der Revision und mehrfach auch im Schrifttum hierfür angeführte Stelle bei *Planck* BGB (Bem. 1 zu § 2038) nicht verwertet werden, weil auch sie sich nicht mit der hier allein erheblichen Frage befaßt, ob die dort angenommene Außenwirkung von Mehrheitsbeschlüssen unter Vertretung der Minderheit durch die

Mehrheit auch dann gelten solle, wenn der Mehrheitsbeschluß eine Verfügung betrifft. Es muß also bei den Vorschriften des § 747 Satz 2 (§ 2040 Abs. 1) BGB bleiben, die als Sonderbestimmungen eigener Kraft von der Regelung des § 745 Abs. 1 (§ 2038 Abs. 2 Satz 1) BGB nicht betroffen werden.

Die Revision glaubt, sich auch auf § 2038 Abs. 1, letzter Halbsatz (bzw. § 744 Abs. 2) BGB berufen zu können. Die Befugnis eines einzelnen Gemeinschaftsteilhabers, die notwendigen Maßnahmen ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen, findet jedoch, sofern die zu treffende Maßnahme eine „Verfügung“ über einen gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstand enthalten soll, für ihre Außenwirkung dieselben Grenzen, wie sie eben dargelegt worden sind; die Befugnis des einzelnen ist insoweit nicht anders zu beurteilen wie die der Mehrheit nach § 745 Abs. 1 (§ 2038 Abs. 1 Satz 2) BGB. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob die Voraussetzungen des § 2038 Abs. 1 letzter Halbsatz (§ 744 Abs. 2) BGB als gegeben zu unterstellen wären, was zum mindesten zweifelhaft ist.

Nach alledem kann die Revision keinen Erfolg haben.

---

**9. 1. Neben einem Personennamen als Firmenkern läßt ein Firmenzusatz in Form eines Eigenschaftsworts, der sich auf den Sitz des Unternehmens bezieht („Werdohler“ Pumpenfabrik) nach der Verkehrsauffassung noch nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß es sich um das einzige oder doch wenigstens um das älteste oder bedeutendste Unternehmen am Ort handelt.**

## **2. Zu den Voraussetzungen der Verwirkung.**

HGB §§ 18, 37; UnlWG §§ 1, 3.

II. Zivilsenat. Urt. v. 1. Februar 1944 (II 119/1943).

II. Kammergericht Berlin.

In Sachen der Firma *Kracht Pumpen- und Motorenfabrik* in Werdohl i. Westf., Inhaber Kaufmann Emil Kracht, ebende, Klägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Benkard in Leipzig

gegen

die Firma *Werdohler Pumpenfabrik Rudolf Rickmeier GmbH* in Werdohl t. Westf., vertreten durch ihren Geschäftsführer Rudolf Rickmeier, ebende, Beklagte, Revisionsbeklagte, Revisionsklägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Axhausen in Leipzig, hat das Reichsgericht, II. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1944 unter Mitwirkung des Vize-