

kannt waren. Die Kombination „Zugmaschine-Laderaum-Fräsaparat“ war jedoch am fraglichen Tage nicht mehr neu. Sie ist in dem Buch von Martiny: Die Motorpflüge, S. 272–275 bei der Darstellung der Zugmaschine von von Meyenburg beschrieben. Wie schon in der angegriffenen Entscheidung zutreffend hervorgehoben wird, führt der Verfasser aaO. S. 274 aus, daß die Maschine außer zum Fräsen auch zum Ziehen von Bodenbearbeitungsgeräten verwendet werden und mit einem Laderaum versehen sei. Ebenso ist die Kombination eines zum Schleppen geeigneten Motorwagens mit Ackerfräse und Ladebehälter aus der britischen Patentschrift 3015/1911, die im wesentlichen dieselbe Maschine betrifft, zu entnehmen.

Da überdies in der in der schweizerischen Patentschrift 147 078 S. 3 rechte Spalte Abs. 2 von unten und S. 4 links oben die Verbindung eines Traktors mit einer Bodenfräse als besonders vorteilhaft hervorgehoben und im RKTL-Heft 28, 1931, S. 41–43 (Bl. 75 der NiAkt) das Bedürfnis nach einem Frässchlepper besonders betont wird, bedurfte es keiner erfinderischen Überlegung, um den Lastkraftschlepper nach Patentanspruch 1, dessen mangelnde Neuheit rechtskräftig festgestellt worden ist, mit einem Fräsaparat zu verbinden. Zu den Merkmalen des Patentanspruchs 1 gehört auch schon die örtliche Anordnung des Ladebehälters, wie sie im Patentanspruch 1 angegeben ist, so daß alle angeblich hiermit verbundenen Vorteile nicht mehr zur Begründung der Patentfähigkeit der Vorrichtung nach Anspruch 2 geltend gemacht werden können.

Danach war die angefochtene Entscheidung zu bestätigen, ohne daß es eines Eingehens auf das weiter angeführte Schrifttum und die Hilfsanträge bedurfte.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 40, 42 Abs. 3 PatG.

---

**86. Die VeräußVO bestimmt, daß die Vertragsschließenden (hier: Veräußerung eines Erbhofes) nicht berechtigt sind, aus dem dort genannten Grund (hier wegen einer Auflage) vom Verträge zurückzutreten, es sei denn, daß ihnen im Hinblick auf die Auflage die Erfüllung des Vertrags nicht zugemutet werden kann, worüber die Entscheidung aber nicht den ordentlichen Gerichten, sondern allein der Genehmigungsbehörde zustehen soll. Sie trifft nach ihrem Wortlaut und Sinn nur den Fall, daß eine Vertragspartei sich nach Anordnung einer Auflage allein aus diesem Grunde vom Verträge zu lösen sucht. Sind beide Parteien darüber einig, daß der Vertrag mit Rücksicht auf die Auflage nicht zur Ausführung kommen soll, und behandeln sie ihn demgemäß als nicht bestehend, so kann die Durchführung der genehmigten Veräußerung und die Erfüllung der Auflage nach dem Gesetze nicht erzwungen werden.**

Verordnung über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben vom 6. 1. 1937  
(RGBl. I 5), Art. I Abs. 2 Satz 2, 3.

III. Zivilsenat. Urt. v. 7. Dezember 1944 (III 59/1944).

- I. Landgericht Kiel.
- II. Oberlandesgericht Kiel.

In Sachen des Bauern Willi Müller in Barkhorn, Post Hamweddel, Rendsburg Land, z. Zt. Obergefreiter bei der Wehrmacht, Klägers, Widerbeklagten und Revisionsklägers, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Petersen in Leipzig,

gegen

den Landwirt August Wilhelm Müller in Barkhorn, Post Hamweddel, Rendsburg Land, Beklagten, Widerkläger und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Dr. Schrömbgens in Leipzig,

hat das Reichsgericht, III. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1944 durch den Senatspräsidenten Blumberger und die Reichsgerichtsräte Dr. Lersch, Dr. Leopold für Recht erkannt:

*Die Urteile des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Kiel vom 5. Mai 1944 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts daselbst vom 21. Januar 1944 werden aufgehoben.*

*Die Widerklage wird abgewiesen. Im übrigen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung über die Klage und die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der des Revisionsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen. — Von Rechts wegen.*

#### *Tatbestand*

Der im Jahre 1918 geborene Kläger wurde 1926 von dem Beklagten und dessen erster Ehefrau, da die Ehe kinderlos geblieben war, an Kindes Statt angenommen. Der Beklagte hatte im Jahr 1917 den im Grundbuch von Jevenstedt Bd. III Bl. 115 eingetragenen Grundbesitz erworben und ihn im Jahr 1923, als er in wirtschaftliche Schwierigkeiten kam, durch Schenkungsvertrag der Ehefrau übereignet. Auf Grund der Erbhofgesetzgebung wurde der Besitz Erbhof und unter Nr. 50 in der Erbhöferolle von Jevenstedt eingetragen. Im Jahre 1934 wurde über den landwirtschaftlichen Betrieb das Entschuldungsverfahren eröffnet. Nach dem Tode der bisherigen Eigentümerin im Jahre 1936 ging der Erbhof auf den Kläger als Anerben über; auch das Entschuldungsverfahren wurde für ihn fortgeführt. Der Beklagte schloß bald darauf eine neue Ehe, aus der bisher zwei Kinder hervorgegangen sind. Der Kläger, der seit dem 31. August 1939 im Wehrdienst steht, heiratete im November 1939 ebenfalls; auch er hat zwei Kinder. Der Erbhof wurde bisher von dem Beklagten bewirtschaftet. Das Entschuldungsverfahren kam durch Beschluß des Ent-

schuldungsamts vom 31. Juli 1939 zum Abschluß, in dem ein mit erheblichen Kürzungen von Gläubigerforderungen verbundener Zwangsvergleich bestätigt und das Verfahren aufgehoben wurde. Der Entschuldungsvermerk wurde im Grundbuch auf Ersuchen des Entschuldungsamts am 27. Dezember 1939 eingetragen.

Durch notarischen Vertrag vom 28. Oktober 1939 überließ der Kläger dem Beklagten den Hof; beide trafen darin zugleich erbrechtliche Verfügungen. Über die Wirksamkeit des Vertrages, den der Kläger anfocht, entstand Streit zwischen den Parteien. Vergleichsverhandlungen führten zum Abschluß eines neuen notarischen Vertrages vom 27. November 1939, in dem der frühere Vertrag aufgehoben wurde und der Kläger sich zur Übereignung des Hofes nebst Zubehör und der vorhandenen Ernte an den Beklagten verpflichtete. Dieser übernahm alle Lasten und Schulden des Hofes und hatte außerdem an den Kläger eine „Abfindung“ von 11.000 GM zu zahlen, wovon 2.000 GM innerhalb eines Monats nach der Genehmigung des Vertrages, die restlichen 9.000 GM bis 1. November 1943, auf Verlangen des Klägers jedoch schon vom 1. November 1942 an entrichtet werden sollten, falls er das Geld zum Erwerb einer Siedlung oder eines Hofes benötigen würde, während der Beklagte nicht berechtigt sein sollte, die Restzahlung früher anzubieten, als sie vom Kläger verlangt wurde. Der Besitzantritt des Beklagten sollte vom Tage des Vertragsschlusses an gerechnet werden; der Beklagte sollte berechtigt sein, die Zahlungen auch schon vor der Eigentumsübertragung, die erst nach Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrage geschehen sollte, aus den Mitteln des Hofes zu bewirken. Der Kläger verzichtete auf sein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Beklagten. Dieser übernahm die gesamten Kosten des Vertrages und seiner Durchführung. Im Falle nicht ordnungsmäßiger Vertragserfüllung war der Besitz auf Verlangen des Klägers an ihn zurück zu übertragen. In § 11 des Vertrages war bestimmt: „Die Gültigkeit dieses Vertrages ist davon abhängig, daß der Veräußerer nicht gezwungen wird, einen Teil der Überlassungssumme an seine Entschuldungsgläubiger zu zahlen.“

Der Vertrag wurde durch Beschluß des Anerbengerichts vom 13. Januar 1940 auf Grund einer Verhandlung mit den Beteiligten genehmigt. Das Entschuldungsamt, bei dem der von den Beteiligten mit der Einholung der Genehmigungen beauftragte Urkundsnotar bereits in einer Eingabe vom 29. November 1939 gebeten hatte, dem Veräußerer nicht die Abführung eines Teiles der Überlassungssumme an das Reich oder die Entschuldungsgläubiger aufzuerlegen, genehmigte den Vertrag durch Beschluß vom 9. Februar 1940 gemäß Art. 3 und 6 der VeräußerungsVO vom 6. Januar 1937 „unter der Auflage, daß von dem Käufer ein Teilbetrag von 2.000 RM an das Deutsche Reich zu Händen der Reichshauptkasse ... abgeführt wird“, und bestimmte zugleich, daß davon 1.500 RM an gewisse Entschuldungsgläubiger als Ersatz für erlittene Kürzungs-

verluste, der Rest an das Reich als Ausgleich für die durch die Entschuldung entstandenen Unkosten fallen sollten. Am 14. Februar 1940 leistete der Beklagte die Anzahlung von 2.000 RM, Anfang November 1942 überwies er auf das Konto des Klägers weitere 7.000 RM, die dieser jedoch sofort zurück überwies. Am 26. November 1942 zahlte der Beklagte an die Reichshauptkasse 2.000 RM gemäß der Auflage des Entschuldungsamts. Am 1. November 1943 bot er dem Kläger die Zahlung von 9.000 RM als Rest der Überlassungssumme an; dieser lehnte jedoch die Annahme ab.

Mit der im Frühjahr 1943 erhobenen Klage hat der Kläger vom Beklagten die Herausgabe des Erbhofs nebst Inventar Zug um Zug gegen Rückgabe der Anzahlung von 2.000 RM verlangt mit der Begründung, der Vertrag vom 27. November 1939 sei gemäß seinem § 1 bereits durch die der Genehmigung des Entschuldungsamts hinzugefügte Auflage hinfällig geworden. Darauf sei der Beklagte bereits bei der Verhandlung vor dem Anerbengericht am 13. Januar 1940, bei welcher der Entschuldungsrichter eine solche Auflage angekündigt habe, aber auch später wiederholt, insbesondere im Herbst 1940 und im Januar 1941 hingewiesen worden. Notfalls sei die Hinfälligkeit dadurch eingetreten, daß der Beklagte durch die Überweisung der 7.000 RM Anfang November 1942 den Willen zum Ausdruck gebracht habe, die demnächst an die Reichshauptkasse gezahlten 2.000 RM auf die Abfindungssumme anzurechnen. Durch die zusätzliche Zahlung der 2.000 RM würde im Übrigen die Abfindungssumme von 11.000 GM erhöht werden, was nicht beurkundet und vom Anerbengericht nicht genehmigt worden sei. Der Beklagte hat geltend gemacht, § 11 des Vertrages treffe nicht zu, da er selbst die 2.000 RM, die ihm von Verwandtenseite zur Verfügung gestellt worden seien, an die Reichskasse bezahlt habe. Anfang November 1942 habe er nur 7.000 RM als Teil der noch geschuldeten Abfindung überwiesen, weil er damals nicht mehr Geld gehabt habe. Dadurch, daß der Kläger die Anzahlung behalten und ihn jahrelang wie einen Eigentümer den Hof habe bewirtschaften lassen, auch sich um eine andere Landstelle unter Hinweis auf die zu erwartende Abfindungssumme bemüht habe, habe er den Vertrag als fortbestehend behandelt. Der Beklagte hat Widerklage auf Auflassung des Hofes, notfalls Zug um Zug gegen Zahlung von 9.000 RM erhoben und hilfsweise gegenüber dem Klaganspruch ein Zurückbehaltungsrecht wegen angeblicher Gegenforderungen auf Ersatz von Verwendungen auf den Hof in Höhe von 8.995 RM neben der Rückgabe der Anzahlung von 2.000 RM geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage den Beklagten zur Auflassung Zug um Zug gegen Empfang von 9.000 RM verurteilt. Die Berufung des Klägers ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision erstrebt der Kläger ein dem Klageantrag entsprechendes Urteil und die Abweisung der Widerklage. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

*Entscheidungsgründe*

Der Streit geht in erster Linie darum, ob der Grundstücksveräußerungsvertrag vom 27. November 1939, dessen Erfüllung mit der Widerklage verlangt wird, während die Klage auf Rückerstattung der geleisteten Teilerfüllung geht, rechtswirksam ist oder ob er auf Grund der Vereinbarung im § 11 im Zusammenhang mit der vom Entschuldungsamt bei Erteilung der Genehmigung gesetzten Auflage der Wirksamkeit ermangelt. Diese Vereinbarung, nach der die Gültigkeit des Vertrags davon abhängig sein sollte, daß der Veräußerer nicht zur Zahlung eines Teiles der Überlassungssumme an seine Entschuldungsgläubiger gezwungen würde, wird vom Berufungsgericht als eine dem Vertrage beigefügte auflösende Bedingung angesehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für den Willen der Beteiligten, die Wirkungen des Vertrages sofort eintreten und bei Erfüllung des im § 11 erwähnten Tatbestandes wegfallen zu lassen, sprechen insbesondere die Vertragsbestimmungen über den Besitzantritt des Beklagten und die Entrichtung der Anzahlung. Der Wortlaut der Vereinbarung steht dem nicht entgegen. Im übrigen ist die Frage, ob eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung vorliegt, für die Entscheidung ohne wesentliche Bedeutung.

Das Berufungsgericht geht ohne weiteres von der Zulässigkeit und Wirksamkeit jener Vereinbarung aus. Bedenken könnten insoweit nach folgender Richtung auftauchen. Die Abrede im § 11, die nachträglich auf besonderen Wunsch des Klägers in den Vertrag aufgenommen wurde, hatte nach der Sachlage, wie sie damals bestand, ersichtlich den Fall im Auge, daß dem Kläger die Zahlung eines Teils der bei der Veräußerung erzielten Erlöses zugunsten der Entschuldungsgläubiger durch eine Auflage des Entschuldungsamts bei der Genehmigung des Vertrages aufgegeben werden würde. Bei dem veräußerten Erbhof handelte es sich um einen Entschuldungsbetrieb im Sinne der VO über die Veräußerung von Entschuldungsbetrieben vom 6. Januar 1937 (RGBl. I S. 5) – VeräußVO –, da das Entschuldungsverfahren für ihn erfolgreich durchgeführt und mit der Bestätigung eines Zwangsvergleichs abgeschlossen war. Nach Art. I VeräußVO in Verbindung mit Art. I DurchfVO vom 19. April 1937 (RGBl. I S. 466) bedurfte deshalb der Vertrag zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des zuständigen Entschuldungsamts. Diese war nach Art. III Abs. 1 VeräußVO u. a. zu versagen, wenn nicht sichergestellt war, daß ein angemessener Teil des Erlöses zum Ausgleich der vom Reich oder von den Gläubigern im Schuldenregelungsverfahren gebrachten Opfer an das Reich abgeführt wurde. Stattdessen war es aber zulässig und in der Praxis der Entschuldungsämter üblich, die Sicherstellung eines Erlösteils zu dem gedachten Zwecke zum Gegenstand einer Auflage zu machen, unter der die Genehmigung dann erteilt wurde (Art. I Abs. 2 Satz 1, Art. III Abs. 3 VeräußVO). Eine solche Auflage war hier schon deshalb zu erwarten, weil einige Gläubiger des Klägers sich in dem Zwangsver-

gleich nicht unerhebliche Abstriche ihrer Forderungen hatten gefallen lassen müssen. Daß auch die Beteiligten damit gerechnet hatten, läßt der Genehmigungsantrag des von ihnen beauftragten Urkundennotars an das Entschuldungsamt vom 29. November 1939, also unmittelbar nach dem Vertragsschluß, erkennen, in dem ausdrücklich darum gebeten wird, dem Kläger mit Rücksicht auf die besonderen vorliegenden Gründe nicht die Abführung eines Teils der Überlassungssumme an das Reich oder seine Entschuldungsgläubiger aufzuerlegen. Gegen die unerwünschten Folgen einer derartigen Auflage sollte der Kläger also mit der Abrede im § 11 des Vertrages geschützt werden.

Nun bestimmt Art. I Abs. 2 Satz 2, 3 VeräußVO, daß die Vertragschließenden nicht berechtigt sind, aus diesem Grunde – nämlich wegen der Auflage – vom Verträge zurückzutreten, es sei denn, daß ihnen im Hinblick auf die Auflage die Erfüllung des Vertrags nicht zugemutet werden kann, worüber die Entscheidung aber nicht den ordentlichen Gerichten, sondern allein der Genehmigungsbehörde zustehen soll. Diese Regelung verfolgt offensichtlich den Zweck, den Auflagenordnungen der Genehmigungsbehörde erhöhte Wirksamkeit zu sichern und zu verhindern, daß der veräußernde Betriebsinhaber, der mit der Auflage in aller Regel belastet sein wird, sich der ihm auferlegten, aus den Erfordernissen der Entschuldung gerechtfertigten Beschränkung durch einseitige Loslösung vom Verträge entzieht. Sie wird im Schrifttum auch dann für anwendbar erklärt, wenn bereits im Verträge dem Betroffenen der Rücktritt für den Fall einer Auflagegenehmigung des Entschuldungsamts ausdrücklich vorbehalten war (Hartig, DJ 1940 S. 1001; Woelker, DR Ausgabe B 1941 S. 175). Darüber hinaus wird vereinzelt auch die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung angenommen, in der die Wirksamkeit des Vertrags davon abhängig gemacht ist, daß die Genehmigung vom Entschuldungsamt ohne Auflage erteilt wird (so von Rozycki-von Hoewel, RdRN 1939 S. 890 und SchuldenregelungsG 5. Aufl. S. 340 g). Diese Ansicht beruht ersichtlich auf der Erwägung, daß die Parteien es nicht in der Hand haben könnten, die der Wahrung öffentlicher Belange dienende gesetzliche Regelung durch vertragliche Vereinbarungen von vornherein auszuschalten. Wäre sie richtig, so würde möglicherweise auch die Abrede im § 11 des Vertrages vom 27. November 1939 als gegen den Gesetzeszweck verstoßend der Wirksamkeit ermangeln. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß mit jener Regelung ein so schwerwiegender und ungewöhnlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit der Beteiligten beabsichtigt war. Sie trifft nach ihrem Wortlaut und Sinn nur den Fall, daß eine Vertragspartei sich nach Anordnung einer Auflage allein aus diesem Grunde vom Verträge zu lösen sucht. Sind beide Parteien darüber einig, daß der Vertrag mit Rücksicht auf die Auflage nicht zur Ausführung kommen soll, und behandeln sie ihn demgemäß als nicht bestehend, so kann die Durchführung der genehmigten Veräußerung und die Erfüllung der Auflage nach dem Gesetze nicht erzwungen werden. Die anscheinend gegen-

teilige Ansicht von Lieneweg (Amtl. Mitt. in Entschuld.Sachen Heft 316 S. 77) entbehrt der Begründung (vgl. Meyer das. S. 79; Hartig aaO., Woelker aaO.). Haben aber die Beteiligten die Möglichkeit, eine von der Genehmigungsbehörde gemachte Auflage durch nachträgliche Abstandnahme von dem ganzen Vertrage zu Fall zu bringen, so muß es ihnen auch freistehen, bereits im Vertrage selbst durch Einfügung einer entsprechenden Bedingung das Hinfälligwerden des ganzen Vertrags für den Fall zu vereinbaren, daß die Genehmigung unter einer bestimmten Auflage erteilt wird, oder einer Partei für diesen Fall ein den Beschränkungen des Art. I Abs. 2 Satz 2, 3 VeräußVO nicht unterliegendes vertragliches Rücktrittsrecht einzuräumen. Die genannte Vorschrift steht hiernach der Wirksamkeit der Vereinbarung im § 11 des Vertrages nicht entgegen.

Das Berufungsgericht liegt die streitige Abrede dahin aus, daß der Vertrag nur dann habe unwirksam werden sollen, wenn dem Kläger tatsächlich ein Teil der ihm nach dem Vertrage geschuldeten Abfindungssumme von 11.000 RM zugunsten der Entschuldungsgläubiger zwangsweise entzogen würde. Es meint, dieser Fall sei weder mit der Anordnung der Auflage durch das Entschuldungsamt noch später eingetreten, da der Beklagte die ihm vertragsmäßig obliegenden Zahlungen von 2.000 RM und 9.000 RM an den Kläger pünktlich geleistet oder angeboten und außerdem den Auflagebetrag an die Reichshauptkasse selbst entrichtet habe.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die ihr zugrunde liegende Auslegung des Vertrages haftet zu sehr am Wortlaut und wird dem anzunehmenden Willen der Parteien und ihren bei dem Verkauf berührten Belangen nicht gerecht, indem sie insbesondere die Auswirkungen der streitigen Abrede nicht genügend berücksichtigt. Wie bereits ausgeführt, wurde diese auf Veranlassung und im Interesse des Klägers aufgenommene Vertragsbestimmung im Hinblick auf die naheliegende Möglichkeit getroffen, daß das Entschuldungsamt bei der erforderlichen Genehmigung des Vertrags dem Veräußerer die Auflage machen würde, einen Teil der vereinbarten Abfindungssumme zur Entschädigung der Entschuldungsgläubiger zu verwenden. Gegen die mit einer derartigen Auflage für ihn verbundenen Nachteile sollte der Kläger geschützt werden, und zwar dadurch, daß der Vertrag in diesem Falle hinfällig sein sollte. Nun machte der § 11 nach seinem Wortlaut die Gültigkeit des Vertrags allerdings nicht davon abhängig, daß eine dahingehende Auflage des Entschuldungsamts unterblieb, sondern davon, daß der Veräußerer nicht zur Zahlung eines Teils der Überlassungssumme an seine Entschuldungsgläubiger gezwungen wurde. Wie es zu dieser Fassung gekommen ist und ob dafür etwa besondere Gründe maßgebend waren, ist im Berufungsurteil nicht festgestellt; die Beweisaufnahme hat hierüber nichts ergeben. Mit Rücksicht darauf aber, daß schon durch die Auflage eine bindende und notfalls gemäß Art. 10 der 7. DurchfVO zum SchuldenregelungsG vom 30. April 1935 (RGBl. I S. 565)

vom Entschuldungsamt durch Festsetzung von Ordnungsstrafen erzwingbare Verpflichtung für den Kläger begründet wurde, von der Abfindungssumme einen bestimmten Betrag bei der Reichskasse für das Reich und die Entschuldungsgläubiger einzuzahlen, muß eine unbefangene Auslegung zu dem Ergebnis führen, daß mit dem „Gezwungenwerden“ bereits die Auflage einer solchen Verpflichtung gemeint war, nicht erst deren tatsächliche zwangsweise Durchsetzung. Was das Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht anführt, erscheint nicht stichhaltig. Die Erwägung, auch das Anerbengericht und das Entschuldungsamt müßten bei Erteilung der Genehmigungen verständigerweise davon ausgegangen sein, daß nicht schon die Auflage des Entschuldungsamts, über deren Bevorstehen auch das Anerbengericht unterrichtet gewesen sei, den Vertrag auf Grund der Abrede im § 11 hinfällig mache, weil anderenfalls die Genehmigung wenig sinnvoll erscheinen würde, entbehrt der Grundlage. Sie steht hinsichtlich des Entschuldungsamts im klaren Widerspruch zu den Aussagen des Entschuldungsrichters Zeugen Dr. Hückstädt, wonach er seine Entscheidung durch jene Vereinbarung der Parteien, auf die er ausdrücklich hingewiesen worden sei, nicht habe beeinflussen lassen können, und der Zeugin Claußen, daß damals Dr. Hückstädt auf die schwerwiegenden Folgen der beabsichtigten Auflage für die Parteien im Hinblick auf den § 11 aufmerksam gemacht, lediglich erklärt habe, das könne er dann nicht ändern.

Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, Sinn und Zweck jener Abrede sei gewesen, daß der Kläger nicht habe gezwungen werden sollen, von der Abfindungssumme etwas an die Entschuldungsgläubiger abzuführen, vermag seine Auslegung nicht zu begründen, da nach dem Gesagten bereits die Anordnung der Auflage für jenen mit dem Zwange zu ihrer Erfüllung verbunden war. Abgesehen davon würde – worauf die Revision zutreffend hinweist – die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die im § 11 gesetzte auflösende Bedingung mit der Auflagegenehmigung des Entschuldungsamts noch nicht eingetreten und mit der Zahlung des Auflagebetrages durch den Beklagten ganz ausgefallen sei, zur Folge haben, daß der Beklagte, der für eine Erfüllung der Auflage an Stelle des Klägers praktisch allein in Frage kam, auf Grund des Vertrages die Wahl hatte, entweder diese Zahlung zu leisten und dadurch den Vertrag endgültig wirksam zu machen oder sie zu unterlassen und so dessen Hinfalligkeit herbeizuführen. Das würde bedeuten, daß der Beklagte angesichts der bis zum Jahre 1943 oder mindestens 1942 hinausgeschobenen Durchführung der Veräußerung – nämlich einerseits der Zahlung des wesentlichen Teils der Überlassungssumme, andererseits der Übereignung des Grundstücks Jahre hindurch den Vertrag in der Schwebe halten und die Entwicklung der Verhältnisse abwarten konnte, um danach seine Entscheidung einzurichten. Daß die Parteien etwas derartiges gewollt haben, ist um so weniger anzunehmen, als die Abrede im § 11 gerade dem Schutze und den Belangen des Klägers dienen sollte.



Selbst wenn dem Beklagten aber zunächst ein solches Recht zuzubilligen gewesen wäre – sei es auf Grund dahingehender Auslegung des § 11, sei es gemäß § 242 BGB mit Rücksicht auf die hier vorliegenden besonderen Verhältnisse, insbesondere die Art und Weise, wie der Kläger zu dem früher dem Beklagten gehörigen Erbhofe gekommen ist, sowie die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen beiden –, so hätte er sich doch nach den weiteren Feststellungen des Berufungsurteils bereits im November 1942 durch sein Verhalten dem Kläger gegenüber dahin entschieden, daß er die Erfüllung der Auflage auf seine eigenen Kosten ablehnte. Das Berufungsgericht legt hierzu dar, der Beklagte habe damals mit der Überweisung der 7.000 RM an den Kläger den Willen zu erkennen gegeben, die demnächstige Zahlung des Auflagebetrages von 2.000 RM auf die jenem geschuldete Abfindungssumme anzurechnen; seine Behauptung, er habe mehr als 7.000 RM nicht verfügbar gehabt, sei schlechthin ungläubhaft. Hatte der Beklagte aber seine Wahl einmal getroffen, so konnte er diese Entscheidung nicht gegen den Willen des Klägers, der von vornherein die Unwirksamkeit des Vertrags infolge der Auflage vertreten und diesen Standpunkt auch mindestens im Herbst 1940 dem Beklagten gegenüber klar zum Ausdruck gebracht hatte, nach Jahr und Tag einfach widerrufen und nunmehr die volle Abfindungssumme zahlen oder anbieten. Spätestens mit jener Erklärung des Beklagten war für den Kläger die Notwendigkeit gegeben, selbst den Auflagebetrag aus der Abfindungssumme zu zahlen, falls er an den Vertrag gebunden blieb. Damit aber war dieser endgültig hinfällig geworden. Wenn das Berufungsgericht meint, dem Beklagten schade sein Verhalten im November 1942 im Ergebnis nicht, weil er bis zum 1. November 1943, dem äußersten Zahlungstage, den Fehler gutgemacht und die gesamte noch ausstehende Summe von 9.000 RM angeboten habe, so ist diese die entgegenstehenden Belange des Klägers mißachtende Ansicht nicht haltbar. Abgesehen von der unrichtigen Auslegung des § 11 können auch die Bedenken der Revision gegen die weitere Darlegung des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, daß eine solche Auslegung und die darauf beruhende zusätzliche Auflagezahlung des Beklagten durch die Genehmigung des Anerbengerichts, so wie sie erteilt ist, gedeckt würden. Ein Eingehen auf diese Frage erübrigt sich jedoch.

Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben. Da sich bereits aus den bisherigen Ausführungen ergibt, daß der Vertrag vom 27. November 1939 infolge Eintritts der auflösenden Bedingung hinfällig geworden ist, erweist sich die Klage auf Herausgabe des auf Grund des Vertrages übergebenen Erbhofes und Inventars an sich als begründet, die Widerklage auf Auflassung dagegen als ungerechtfertigt. Die Widerklage ist demgemäß unter Aufhebung auch des landgerichtlichen Urteils abzuweisen. Hinsichtlich der Klage ist eine Entscheidung noch nicht möglich, weil noch tatsächliche Erörterungen wegen des im

einzelnen streitigen Inventars und des vom Beklagten hilfsweise geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts erforderlich sind. Insoweit und wegen der Kosten ist die Sache zurückzuverweisen, und zwar auf Grund der Vorschriften der zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung an das Landgericht.

**87. Das gemeinschaftliche Testament wird bei Auflösung der Ehe durch Scheidung seinem ganzen Umfange nach unwirksam. Zu den Fällen des § 2077, in denen nach § 2268 Abs. 1 BGB ein gemeinschaftliches Testament unwirksam ist, gehört die Auflösung der Ehe vor dem Tode des Erblassers. Hiervon macht § 2268 Abs. 2 die Ausnahme, daß die einzelnen im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Scheidung getroffen sein würden (Beweislast bei demjenigen, der sich darauf beruft). Der Zeitpunkt, auf den es für den maßgeblichen Willen des Erblassers ankommt, kann nur der der Errichtung der letztwilligen Verfügung sein.**

BGB §§ 2077, 2268.

VI. Zivilsenat. Beschl. vom 8. Dezember 1944 (VI B 20/1944).

I. Amtsgericht Naumburg (Saale).

In der Nachlaßsache nach der Witwe G. Sch. geb. K. in Schkölen hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, in der Sitzung vom 8. Dezember 1944 auf die Beschwerde des minderjährigen H. Sch., vertreten durch seine Mutter, die Witwe E. Sch. geb. Sch. in Hamburg-Bergedorf, diese vertreten durch den Rechtsanwalt und Notar Dr. Schmidt in Zeitz, vom 1. November 1944 gegen den Beschluß des Amtsgerichts in Naumburg (Saale) vom 24. Oktober 1944 beschlossen:

*Die Beschwerde wird auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.*

#### *Gründe*

Mit notarischem Testament vom 29. Juni 1925 haben sich die Eheleute Fleischermeister E. Sch. und G. Sch. geb. K. in Schkölen in Thüringen gegenseitig zu Erben eingesetzt dergestalt, daß der Ehegatte befreiter Vorerbe sein sollte; Nacherben sollten die drei Söhne aus E. Sch.'s erster Ehe, R., A. und E. Sch. (zu gleichen Teilen) werden. Die zweite Ehe Sch. wurde am 12. Januar 1932 geschieden. Die Eheleute haben sich aber bereits im Frühjahr oder Sommer 1933 wiedervereinigt und in häuslicher Gemeinschaft miteinander gelebt, bis E. Sch. am 12. November 1942 starb. Der Sohn E. Sch. war schon am 21. Mai 1937