

66. Kann für eine noch nicht erzeugte Nachkommenschaft, der Zuwendungen gemacht worden sind, eine Hypothek eingetragen, oder auf sie eine abgetretene Hypothek überschrieben werden?
B.G.B. §§ 1, 331, 1913, 2101, 2106, 2162, 2178, 1113, 1115.
O.B.D. §§ 79 ff.

V. Zivilsenat. Beschl. v. 9. März 1907 in der Grundbuchsache P.,
betr. die R.'schen Abkömmlinge. Beschw.-Rep. V. 27/07.

- I. Amtsgericht Hamburg.
- II. Landgericht daselbst.

Die Frage ist bejaht worden.

Gründe:

„Der im November 1901 verstorbene Kaufmann E. S. zu S. hatte in seinem Testamente seinen außerehelichen Sohn R. R. und seine drei ehelichen Kinder zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt, und zwar in der Weise, daß die Hälfte des Nachlasses den vier Kindern bei vollendetem 25. Lebensjahre ausgekehrt, die andere Hälfte für die Enkelkinder belegt bleiben und diesen nach vollendetem 25. Lebensjahre ausgehändigt werden sollte. Doch sollten auch an dieser Hälfte die Kinder den lebenslänglichen Zinsgenuß haben. Die Vormundschaftsbehörde hat den Rechtsanwalt Dr. M. zum Pfleger der künftigen Abkömmlinge des R. R. bestellt. Dieser hat aus dem ihm von den Vollstreckern des S.'schen Testaments übergebenen Erbschaftsbetrage einen Teilbetrag zu 15000 M von der im Grundbuche von S. Bd. 21 Blatt 1016 für die offene Handelsgesellschaft D. S. & M. eingetragenen Darlehnshypothek zu 30000 M erworben. Durch Beschluß des Amtsgerichts, der von den Obergerichten bestätigt wurde, ist aber die Überschreibung der 15000 M auf die künftigen etwaigen Abkömmlinge des R. R. wegen Fehlens eines rechtsfähigen Gläubigers abgelehnt worden. Die Firma D. S. & M. trat hierauf am 8. August 1906 diese Teilhypothek an „den minderjährigen R. R. als Erben von E. S. — Nacherbe ist des R. R. etwaige künftige Deszendent, für welche ein Pfleger bestellt ist —“ ab, zog aber am 5. November 1906 nach Bekanntwerden des in Bd. 61 S. 355 der Entscheidungen abgedruckten Urteils des Reichsgerichts ihren damaligen Überschreibungsantrag wieder zurück und beantragte nun abermals, daß die Abtretung „an die künftigen etwaigen Deszendenten des R. R.“ im Grundbuche eingetragen werde. Dieser Antrag wurde jedoch aufs neue durch Beschluß des Grundbuchamts vom 20. November 1906 abgewiesen, und das Landgericht hat durch Beschluß vom 18. Dezember 1906 die Beschwerde des Pflegers Dr. M. kostenpflichtig zurückgewiesen. Vom letztgenannten wurde weitere Beschwerde eingelegt, diese aber vom Oberlandesgerichte zu Hamburg dem Reichsgerichte deshalb vorgelegt, weil es mit der Begründung der erwähnten reichsgerichtlichen Entscheidung vom 14. Oktober 1905 nicht einverstanden ist.

Das Oberlandesgericht bezweifelt zunächst mit Unrecht, daß das genannte Urteil für die jetzige Gesetzgebung von Bedeutung sei. Der jetzt beschließende Senat wollte damals aussprechen und hat ausdrücklich ausgesprochen, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche die Eintragung einer Hypothek für die künftige, noch nicht erzeugte Nachkommenschaft eines bestimmten Menschen zulässig sei. Würde der Vorderrichter, wie er offenbar beabsichtigt, gegenteilig entscheiden, so würde er damit allerdings von der reichsgerichtlichen Entscheidung abweichen: der Fall des § 79 Abs. 2 G.B.D. ist somit gegeben, ohne daß es darauf anzukommen hat, daß das Reichsgericht damals nicht in einer Grundbuchbeschwerdesache, sondern in einem ordentlichen Rechtsstreite entschieden hat. Das Gesetz macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied.

In der Sache selbst findet der beschließende Senat keinen Anlaß, von seiner früheren Meinung abzugehen, die er nunmehr unter Berücksichtigung der Einwendungen des Oberlandesgerichts, wie folgt, näher begründet.

Es ist von jeher selbstverständlich gewesen und in § 1 B.G.B. ausdrücklich ausgesprochen, daß an sich und in Wirklichkeit nur der zur Welt geborene Mensch rechtsfähig ist. Nur für ihn und seine Mitmenschen ist die ganze Rechtsordnung geschaffen; diese hat zunächst keinen Grund, leblosen und nicht menschlichen Wesen die gleichberechtigte Teilnahme an ihren Einrichtungen zu gestatten. Ebenso gewiß ist aber, daß die Gesetzgebungen von jeher, gerade um die Rechtsordnung für die Menschen, als eigentliche und alleinige Rechtsträger, besser und zweckmäßiger auszugestalten, bloßen Gedankengebilden beim Rechnen mit Rechtsbegriffen gleiche oder ähnliche, wenn auch nur in der Vorstellung bestehende (fingierte) Rechtsfähigkeit zugestehen mußten, wie den Menschen selbst. Es sei hier nur auf die öffentlich-rechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaften, die Stiftungen, die Lehens- und Fideikommissanwärter, die ruhende Erbschaft der früheren Rechte, hingewiesen. Was insbesondere die rechtliche Behandlung der noch nicht erzeugten (nondum concepti) Nachkommen anlangt, so war deren Rechts-, namentlich Erbfähigkeit im gemeinen Rechte zwar, sowie nach französischem Rechte und nach sächsischem Bürgerlichen Gesetzbuche verneint oder doch bestritten, aber z. B. im preussischen und bayerischen Rechte überwiegend anerkannt.

Vgl. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 S. 12; Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1 § 1 Note III; Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 61 S. 355; Windscheid-Ripp, Pand. Bd. 3 § 535 Anm. 5.

Das Bürgerliche Gesetzbuch konnte sich der Entscheidung über diese Fragen selbstverständlich nicht entziehen. Es mußte gleich den älteren Rechten eine (fingierte) Rechtsfähigkeit der sog. juristischen Personen ausdrücklich anerkennen (§ 89), ebenso die der eingetragenen Vereine (§ 21) und der Stiftungen (§ 80), konnte auch dem nicht entgegentreten, daß Handels- und geordnete wirtschaftliche Gesellschaften, wenn auch nicht geradezu als durchaus rechtsfähig, als juristische Persönlichkeiten, erklärt, doch als solche in allen nicht familienrechtlichen und dergleichen Rechtsbeziehungen auch fernerhin behandelt werden. Ebenso wie in diesem letzterwähnten Falle ist es auch in anderen Fällen denkbar, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, ohne es ganz ausdrücklich zu erklären, bloß in der Vorstellung, noch nicht in Wirklichkeit bestehenden Wesen eine gewisse Rechtsfähigkeit zugestanden hat, und daß dies zugunsten der noch nicht Erzeugten geschehen ist, kann nicht bezweifelt werden.

Nach § 331 B.G.B. können Vereinbarungen unter Lebenden auch zugunsten eines noch nicht Erzeugten zweifellos geschlossen werden. Denn wenn der Abs. 2 dieser Gesetzesstelle davon spricht, daß der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten stirbt, so ist dies allgemein und nicht etwa so zu verstehen, daß der Dritte stets zur Zeit der Vereinbarung wenigstens schon erzeugt, im Mutterleibe empfangen gewesen sein muß. Der § 2101 gestattet die Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person als Nachverben, und die §§ 2162, 2178 setzen als selbstverständlich voraus, daß ein noch nicht Erzeugter — immer zu unterscheiden von der Leibesfrucht, dem nasciturus — mit Vermächtnissen bedacht werden kann. In § 1913 endlich heißt es wörtlich: „Insbesondere kann einem Nachverben, der noch nicht erzeugt ist . . . für die Zeit bis zum Eintritte der Nachverbensfolge ein Pfleger bestellt werden“.

Fragt man nun, wie alle diese Gesetzesbestimmungen rechtlich zu verstehen und in Einklang mit dem übrigen Inhalte des Gesetzes, insbesondere mit § 1, zu bringen sind, so könnte man vielleicht an eine im wesentlichen nur den Vertragsgenossen, den Haupt- und Vor-

erben betreffende, aber bedingte und durch Auflage (§§ 328 ffg., 525 ffg., 1940) beschwerte Zuwendung denken; aber damit wäre nichts gewonnen. Ein „Etwas“ ist da, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist, das bedingte Ansprüche darauf hat, die Vereitelung ihrer Ausführung schon jetzt verhindern, die Sicherung der Verwirklichung der Auflage schon jetzt fordern kann. Es geht auch nicht an, ein und dieselbe Person zum Träger von Rechten zu machen, die einander widerstreiten (vgl. § 181 B.G.B.). Es könnte ferner angenommen werden, daß an Stelle des noch nicht Erzeugten vorläufig der Staat kraft der Rechtsordnung selbst der Träger der betreffenden Rechte ist und diese durch die von ihm aufgestellten Pfleger einstweilen wahren und verwalten läßt. Hierzu fehlt aber jede Bestimmung und jeder Anhalt im Gesetze selbst, und es ist nicht Aufgabe des Staates, die Rechtsgüter seiner Angehörigen, die er nur schützen will, von Fällen gänzlicher Herrenlosigkeit abgesehen, sich selbst wenn auch nur zeitweise anzueignen und damit noch dazu eine besondere privatrechtliche Verantwortlichkeit zu übernehmen. Daß nicht etwa der Pfleger der Nichterzeugten selbst Träger ihrer Rechte sein soll und kann, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung und daraus, daß er nach § 1913 dem (also für den) noch nicht Erzeugten aufzustellen ist, somit etwas Verschiedenes von diesem sein muß. Auch verbietet die Möglichkeit fortgesetzten Wechsels der Pfleger die belämpfte Annahme (vgl. aber Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 119, 719). Es bleibt sonach nur die auch nächstliegende und folgerichtigste Rechtsanschauung übrig, daß noch unerzeugten Nachkommen fingierte Rechtspersönlichkeit zwar nicht an sich, wohl aber dann verliehen ist, wenn sie als Dritte in einem Vertrage oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung gültig bedacht worden sind. Ist aber auf diese Weise einmal ihre Rechtsfähigkeit wirklich eingetreten, so ist die notwendige Folge hiervon, daß sie, soweit sich nicht von selbst aus der Eigentümlichkeit ihrer Stellung notwendige Ausnahmen ergeben, im Rechtsverkehre, namentlich im Forderungs- und Sachenrechte, den übrigen Rechtssubjekten gleichgestellt werden müssen, insbesondere Forderungen und dingliche Rechte wenigstens sicherungshalber erwerben, sie verlieren, darüber verfügen und als parteifähig darüber Rechtsstreitigkeiten führen können.

Wie schon in der mehrerwähnten Entscheidung des beschließenden

Senats vom 14. Oktober 1905 ausgeführt, sprechen sich gerade für Hypothelbestellung zugunsten nicht erzeugter Nachkommenschaft die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 3 S. 641 deutlich genug in diesem Sinne aus, indem sie wörtlich sagen:

„Der Gläubiger aber ist hinlänglich bestimmt, wenn das Grundbuch ergibt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist. Sofern also nach anderweitigen Vorschriften auf den Fall, daß diese Person Abkömmlinge erhält, für dieselben eine Forderung begründet werden kann, muß das Grundbuchrecht die Bestellung für eine solche Forderung ermöglichen.“

In den Anmerkungen hierzu weisen die Motive auf die betreffenden Paragraphen des Entwurfes hin. Wenn hiernach die Frage, ob für die Nichterzeugten eine Forderung begründet werden kann, allerdings der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung überlassen zu sein scheint, so muß doch diese Frage nach dem oben Ausgeführten bejaht werden, und auch die angeführte Stelle der Gesetzesbegründung spricht insofern für ihre Bejahung, als, wenn man sie verneinen wollte, die ganze Ausführung kaum nötig gewesen wäre. Man kann mit dem Oberlandesgerichte die Bedeutung und Tragweite der Begründung des Bürgerlichen Gesetzbuches im allgemeinen hier auf sich beruhen lassen, aber so viel ist doch jedenfalls gewiß, daß wenn ihr, wie im gegebenen Falle, bei den Beratungen des Gesetzes nirgends Widerprüche entgegengetreten sind, sie einen gewissen Anhalt dafür bietet, daß sich die sämtlichen an der Gesetzgebung mitwirkenden Kräfte ihre Meinung angeeignet haben, daß also das Gesetz selbst in diesem Sinne auszulegen ist. Der Vorderrichter verneint zwar auch ein wirtschaftliches Bedürfnis für Hypothekenerwerb Unerzeugter. Aber auf ein solches Bedürfnis kommt zunächst deshalb nichts an, weil nach obigem den nach §§ 331, 2101, 2162, 2178 bedachten Unerzeugten fingierte Rechtspersönlichkeit zugestanden werden muß, und sie dann folgerichtig und ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Zweckmäßigkeit zum Erwerbe von Rechtsgütern befähigt sein müssen. Sodann aber muß, wie gerade auch der vorliegende Fall zeigt, nach allgemeinen Erfahrungen allerdings ein Bestreben und Bedürfnis vieler Erblasser, namentlich der Eltern, anerkannt werden, insbesondere bei zweifelhafter Lebensführung ihrer nächsten Erben und lebenden Ab-

kömmlinge, aber auch ohne solchen Grund, der späteren, noch unerzeugten Nachkommenschaft Vermögen zu wahren. Der Weg des Familienfideikommisses oder der Stiftung ist hierbei häufig verschlossen oder doch angefaßt der nur geringen zeitlichen Ausdehnung der beabsichtigten Vermögenserhaltung nicht sachentsprechend.

Keineswegs ist in Abrede zu stellen, daß eine Rechteinrichtung, wie sie hier anerkannt wird, verschiedene Schwierigkeiten, namentlich dann im Gefolge haben kann, wenn im Laufe der Zeit die Entstehung der bedachten Nachkommenschaft unmöglich, oder wenn es ungewiß wird, ob solche geboren wurde oder nicht. Dies kann aber nicht zur Verwerfung dieser Rechteinrichtung selbst führen. Übrigens können diese Schwierigkeiten bei vorsichtigem Verfahren der Vertragsschließenden und letztwillig Verfügenden wohl vermieden werden, und der Gesetzgeber hat für Vermächtnisse an Richterzeugte wenigstens und für deren Nichtverwirklichungsfall selbst durch § 2162 Abs. 2 und § 2178 entsprechende Fürsorge getragen. Bis zur Geburt des noch nicht erzeugten Vermächtnisnehmers bleibt das Vermächtnis im Vermögen des Erben, und länger als 30 Jahre soll es überhaupt nicht vorbehalten werden. Vor diesen Zeiten kann von einem endgültigen Sach- und Forderungserwerb dieses Vermächtnisnehmers überhaupt nicht die Rede sein, sondern nur von seinem Rechte auf Ausschlagung oder etwaige Sicherung des Vermächtnisses. Ähnlich verhält es sich nach § 2106 Abs. 2 mit den zu Nacherben eingesetzten nicht erzeugten Abkömmlingen. Auch ihnen fällt die Erbschaft endgültig erst mit der Geburt an, aber bis dahin haben sie jedenfalls Ausschlagungs- und Sicherungsrechte nach Maßgabe des Gesetzes oder des Testaments. Unzweifelhaft kann daher der noch nicht Erzeugte als fingiertes Rechtssubjekt zum mindesten sicherungshalber dergleichen Rechte erwerben, namentlich dann, wenn dies, wie im gegebenen Falle, der Erblasser ausdrücklich angeordnet hat. Nach dem vorliegenden Tatbestande soll die Hälfte des Erbvermögens für die noch nicht erzeugten Enkel „belegt bleiben“, somit gesichert werden, und dies muß gelten, mag man die Nachkommen des R. K., wie es zu geschehen scheint, als Nacherben, oder als Vermächtnisnehmer auffassen.

Überdies muß das Oberlandesgericht gemäß § 1113 Abs. 2 B.G.B. selbst anerkennen, daß eine Hypothek auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann, und der Grund, aus dem es diese Bestimmung

nicht anwendet, nämlich das Fehlen eines rechtsfähigen Gläubigers, trifft nach dem oben Ausgeführten eben nicht zu.

Was die Stellung der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung zu den besprochenen Fragen anlangt, so haben sich diese, soweit ersichtlich, damit eingehender bisher noch nicht beschäftigt, doch wird mehrfach die Eintragbarkeit von Hypotheken für noch unerzeugte Nachkommen angenommen.

Vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 S. 738; Kretschmar, Sachenrecht S. 447; Predari, O.B.D. S. 639; Biermann, Sachenrecht S. 303; Sächs. Ausf.-B.D. zur O.B.D. § 67; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 394; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 878; D.V.G.-Rechtsp. Bd. 9 S. 354, Bd. 10 S. 72; Staudinger, B.G.B. Bd. 1 § 1 Note III S. 31.

Daß das, was für die Hypothekenbestellung gilt, auch für den zeisjonsweisen Hypothekenerwerb gelten muß, versteht sich von selbst.

Nach den vorstehenden Ausführungen muß der beschließende Senat bei seiner früheren Rechtsansicht beharren und in weiterer Anwendung der §§ 79, 80, 81 O.B.D. . . . die Beschlüsse der Vorderrichter aufheben und das Grundbuchamt anweisen, soweit nicht anderweitige Hindernisse entgegenstehen, die Teilhypothek, wie beantragt, auf die künftigen Nachkommen des R. R. zu überschreiben. Der Senat hatte sich lediglich mit der Frage der Eintragungsfähigkeit der in Rede stehenden Hypothekübertragung zu befassen: den Beteiligten und dem Grundbuchamte muß es überlassen bleiben, in welcher Weise sie etwa im Hinblick auf die oben angezogenen Gesetzesstellen (§§ 2162, 2178, 2106) die Erben- und Binsgenußrechte des R. R. berücksichtigen und sicherstellen wollen."