

57. 1. Muß die Befreiung des Vorerben von allen in § 2136 B.G.B. aufgeführten Beschränkungen mit ausdrücklichen Worten angeordnet werden?

2. Erfordernis der Einwilligung des Nacherben bei Löschanträgen des befreiten Vorerben. Unter welchen Voraussetzungen

kann davon abgesehen werden und wer hat sie erforderlichen Falles beizubringen?

B.G.B. §§ 2136 flg., 2113 flg., 1144, 2120.

O.B.D. §§ 52, 29.

V. Zivilsenat. Urt. v. 3. Oktober 1908 i. S. N. (Befl.) w. Bwe.  
Schr. (Kl.). Rep. V. 595/07.

I. Landgericht Verden.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte hatte von dem früheren Kupferschmiedemeister Karl Schr. in §. ein mit  $4\frac{1}{2}$  Prozent seit dem 1. Februar 1905 verzinsliches und nach halbjähriger Kündigung rückzahlbares Darlehn von 4200 M erhalten und dieses auf seinem Grundbesitz in §. Bd. 13 Bl. 488 in Abt. III Nr. 6 eintragen lassen.

Der am 12. März 1905 mit Hinterlassung eines am 2. Dezember 1903 in gerichtliche Verwahrung übergebenen Testaments verstorbene Karl Schr. hatte in § 1 dieses Testaments bestimmt, daß seine Ehefrau — die Klägerin — „für ihre Lebenszeit den kautions- und rechnungsfreien Besitz und Nießbrauch seines gesamten Nachlasses bekommen und nicht verpflichtet sein soll, irgend jemandem irgend welche Rechnung abzulegen.“ § 2 verordnet, „daß nach dem Tode der Ehefrau deren Großkinder, die Kinder von Klara B., Erben des Nachlasses werden“ sollen. Zum Pfleger dieser Kinder wurde der Zementwarenfabrikant St. in §. bestellt.

Nach dem Tode des Ehemannes, am 1. Oktober 1905, kündigte die Klägerin das Darlehn zum 1. April 1906 und klagte dann auf Zahlung von 4200 M nebst  $4\frac{1}{2}$  Prozent Zinsen seit dem 1. Februar 1905, sowie auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz.

Der Beklagte wandte ein, daß die Klägerin ohne Zustimmung des Pflegers zur Einziehung des Kapitals nicht befugt sei. Die Klägerin stellte dies in Abrede, brachte jedoch eventuell eine schriftliche Erklärung vom 20. Mai 1906, unterzeichnet mit C. St., bei, wonach der Pfleger gegen die Kündigung nichts einzutwenden hatte. Der Beklagte erkannte dieses Schreiben nicht an, behauptete vielmehr, daß St. noch im Jahre 1907 ihm geschrieben habe, das Geld solle stehen bleiben.

Das Landgericht erkannte nach dem Klageantrage. Die Berufung des Beklagten wurde zunächst durch Versäumnisurteil zurückgewiesen. In dem Endurteil vom 26. Oktober 1907 hielt dann das Oberlandesgericht die in dem Versäumnisurteil getroffene Entscheidung aufrecht. Die Revision blieb ohne Erfolg, aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht legt, übereinstimmend mit dem Landgericht, das Testament dahin aus, daß die Klägerin bis zu ihrem Tode befreite Vorerbin ihres Ehemannes werden sollte. Der Berufungsrichter weist dabei namentlich darauf hin, daß die Geschwister J. erst nach dem Tode der Klägerin Erben werden sollten, und daß es der Willensmeinung des Erblassers ohne Zweifel nicht entsprechen würde, bis dahin etwa die gesetzlichen Erben des Karl Schr. als Vorerben gelten zu lassen. Die Befreiungsvorschrift des Testaments saßt der Berufungsrichter, ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Landgericht, so auf, daß die Befreiung in ihrem ganzen nach § 2136 B.G.B. zulässigen Umfang, und namentlich auch die Befreiung von der Vorschrift des § 2114 B.G.B. ausgesprochen werden sollte. Ein Rechtsirrtum ist in den Ausführungen des Berufungsrichters nicht enthalten; insbesondere erfordert § 2136 B.G.B., wie die Vorschrift des folgenden § 2137 ergibt, nicht, daß die Befreiung von allen in § 2136 aufgeführten Beschränkungen in dem Testamente mit ausdrücklichen Worten angeordnet werde. Die Ausführungen der Revision, soweit sie gegen die Auslegung des Testaments sich richten, waren daher nicht zu berücksichtigen.

Der Revisionskläger hat jedoch in den Vorinstanzen die Notwendigkeit der Zuziehung des Pflegers auch auf die Ausführungen in dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907 (Entsch. in Zivilf. Bd. 65 S. 214) gegründet. In diesem Beschlusse ist angenommen, daß die Eintragung des Nacherbenrechts nach § 52 G.B.D., die ein früherer Beschluß des Reichsgerichts (Entsch. in Zivilf. Bd. 61 S. 228) bei Umschreibungen eingetragener Rechte auf Bewilligung befreiter Vorerben in allen Fällen für erforderlich erklärt hatte, wo die Entgeltlichkeit der Verfügung (§ 2113 Abs. 2 B.G.B.) dem Grundbuchrichter nicht entweder offenkundig sei (§ 29 Satz 2 G.B.D.), oder ihr Nachweis durch Beibringung einer beglaubigten Einwilligung der Nacherben erkeft werde, im Falle einer Löschung von Nachlaß-

hypotheken nicht Platz greifen könne; bei Löschungen von Hypotheken soll vielmehr nach diesem Beschlusse, soweit nicht Offenkundigkeit in Betracht kommt, als Ersatz für den Nachweis des Nichtvorhandenseins der Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 B.G.B. nur die bereits in dem früheren Beschlusse erwähnte Einwilligung der Macherben in Betracht kommen. Der Berufungsrichter faßt diese Entscheidung dahin auf, daß damit nicht eine materielle Einschränkung des Rechts des befreiten Vorerben auf Kündigung und Einziehung der Hypothek, sondern nur eine formelle Voraussetzung für die Löschung im Grundbuch geschaffen werden sollte, und folgert daraus, daß zur Kündigung und Einziehung der Hypothek jene Einwilligung noch nicht erforderlich sei. Mit Recht weist indessen die Revision auf den § 1144 B.G.B. hin, wonach der Schuldner schon bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers die Aushäudigung aller zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangen kann. Gehört dazu im konkreten Falle die beglaubigte Einwilligung des Macherben, so ist auch der befreite Vorerbe in seiner Eigenschaft als Hypothekengläubiger verpflichtet, sie dem zahlenden Schuldner nach Maßgabe des § 1144 B.G.B. zu beschaffen. Die Möglichkeit dazu bietet ihm die Vorschrift des § 2120 B.G.B., die den Macherben zur Ausstellung der Einwilligung bei ordnungsmäßigen Verwaltungsgeschäften des Vorerben verpflichtet, und die um so mehr zur Anwendung kommen muß, wenn dem Macherben ein materielles Widerspruchsrecht überhaupt nicht zusteht.

Gegen den Beschluß des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907 hat sich lebhafter Widerspruch erhoben; doch kommt es darauf im vorliegenden Falle nicht an, weil der Beschluß die Beibringung einer Einwilligung des Macherben nur dann für erforderlich erklärt, wenn es eines Nachweises des Nichtvorhandenseins der Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 B.G.B. überhaupt bedarf. Die Notwendigkeit fällt nach dem erwähnten Beschlusse und nach der gesetzlichen Vorschrift des § 29 Satz 2 G.B.D. ohne weiteres fort, wenn das Gegenteil beim Grundbuchamte offenkundig ist. Der Offenkundigkeit gleichzustellen aber sind (vgl. den Beschluß des erkennenden Senats vom 9. November 1907, Rep. V B. 148/07, im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 8 S. 554) Fälle, in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Wenn, wie

im vorliegenden Falle, über die Zahlungspflicht ein kontradiktorischer Prozeß mit dem Schuldner geführt wird, kann von einer unentgeltlichen Verfügung füglich nicht die Rede sein. Auf solche Fälle bezieht sich der Beschluß vom 23. Februar 1907 nicht, und er müßte, wenn er darauf bezogen werden könnte, jedenfalls entsprechend eingeschränkt werden. Damit entfällt die Notwendigkeit einer Einwilligung des Nachbarn, und das Vorerurteil stellt sich im Ergebnis als richtig dar.“ . . .