

Verkündet
am 31. Oktober 1956
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Elfriede K [REDACTED] geb. L [REDACTED] in
V [REDACTED] ([REDACTED]), O [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] [REDACTED] -

g e g e n

den Malermeister Walter L [REDACTED] in V [REDACTED] ([REDACTED],
O [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Johannsen, Scheffler, Wüstenberg und Wilden

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 15.
Februar 1956 verkündete Urteil des 7. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf aufgehoben.
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Eltern der Parteien, der Malermeister August Hermann L[REDACTED] und seine Ehefrau Mathilde L[REDACTED], haben am 1. Mai 1933 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, durch das sie sich gegenseitig als Erben und ihre beiden Kinder, die Parteien, als Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten einsetzten. In dem Testament war weiter bestimmt, daß, wenn ein Kind aus dem Nachlaß des Erstversterbenden seinen Pflichtteil verlangen sollte, es auch aus dem Nachlaß des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten solle. Ferner war bestimmt, daß der Sohn /der Kläger/ berechtigt sein solle, nach dem Tode des Überlebenden das Maler- und Anstreichergeschäft des Vaters ohne Anrechnung auf seinen Erbteil mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen. Für diesen Fall sollte er berechtigt sein, die dem Geschäftsbetrieb dienenden sechs Räume für jährlich 720,-- RM und eine Fünfstückwohnung für eine Jahresmiete von 500,-- RM zu mieten. Weiter sollte er für diesen Fall berechtigt sein, auf dem Nachlaßgrundstück eine Hypothek bis zu 5.000,-- RM aufzunehmen, oder aber, falls das Grundstück veräußert würde, ehe diese Hypothek aufgenommen worden sei, 5.000,-- RM aus dem Erlös zu entnehmen, und zwar ebenfalls ohne Anrechnung auf seinen Erbteil.

Der Vater starb im Juli 1933.

Als im Jahre 1940 der Kläger heiratete, überließ ihm seine Mutter das Geschäft. Im Mai 1944 schlossen die Parteien mit ihrer Mutter einen Vertrag, durch den einmal die testamentarischen Bestimmungen über die vom Kläger zu zahlende Miete geändert wurden. Eine weitere Bestimmung betraf die 5.000,-- RM, auf die der Kläger

- 3 -

nach dem oben wiedergegebenen Inhalt des Testaments nach dem Tode des Zuletztversterbenden Anspruch hatte. Die Mutter der Parteien hatte in teilweiser Vorwegnahme der Erfüllung dieses Vermächtnisses auf dem Grundbesitz zu Kreditbeschaffungszwecken für ihren Sohn Walter, also den Kläger, zugunsten der Deutschen Bank zu Velbert eine Grundschuld von 3.000,-- RM eintragen lassen. Im Vertrag wurde nun bestimmt, daß der Kläger das Recht haben sollte, die Grundschuld auf 5.000,-- RM zu erhöhen. Doch sollte der Betrag des von ihm in Anspruch genommenen Kredits beim Tode der Mutter auf seinen Erbteil in voller Höhe angerechnet werden.

Am 23. Mai 1949 schlossen die damals 81jährige Mutter der Parteien und die Beklagte einen notariellen Vertrag, durch den die Mutter den Grundbesitz für 43.000,-- DM an die Beklagte verkaufte. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm die Beklagte die Grundstückslasten. Die Mutter erkannte weiter an, der Beklagten 5.000,-- DM für Gewährung des Lebensunterhaltes und Pflege für die Zeit bis zum 30. April 1949 zu schulden, und es wurde vereinbart, daß der Kaufpreisrest sich um diesen Betrag verringere. Die Verkäuferin erkannte weiter vom 1. Mai 1949 für jeden Monat für Pflege und Unterhaltsgewährung eine weitere Schuld von 50,-- DM an, um welche sich der Kaufpreisrest, der auf 13.496,23 DM errechnet wurde, weiterhin laufend ermäßigen sollte. Der Kaufpreisrest sollte vom Tage des Erlöschens eines der Mutter eingeräumten lebenslänglichen Nießbrauchs mit sechsmonatiger Frist kündbar und von demselben Tage an mit 5 % jährlich zu verzinsen sein. Für bestimmte Fälle (Zinsrückstände und dgl.) sollte die Forderung sofort fällig werden.

- 4 -



Auf Grund der gemäß diesem Kaufvertrag erklärten Auflassung wurde die Beklagte am 22. Mai 1950 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig wurde für die Mutter eine Hypothek für die Restkaufpreisforderung von 13.496,23 DM eingetragen.

Die Mutter der Parteien verstarb am 5. Februar 1953.

Der Kläger behauptet, der Kaufvertrag sei in Wahrheit eine Schenkung, zum mindesten eine gemischte Schenkung. Denn der Wert des Grundstücks sei viel höher als der dem Einheitswert entsprechende Kaufpreis von 43.000,-- DM. Auch habe die Beklagte ihrer Mutter keinen Unterhalt geleistet. Die Mutter habe die Schenkung in der Absicht vorgenommen, ihn zu benachteiligen. Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Beklagte zu verurteilen, das Grundstück an die aus ihm und der Beklagten bestehende ungeteilte Erbengemeinschaft zu übertragen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat bestritten, daß eine - auch nur teilweise - Schenkung vorgelegen habe. Ihre Mutter habe auch nicht die Absicht gehabt, den Kläger durch die Veräußerung des Grundstücks an sie zu benachteiligen.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Die Beklagte hat Berufung eingelegt und ihren Antrag, die Klage abzuweisen, wiederholt. Der Kläger hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er hat im zweiten Rechtszuge ferner den Hilfsantrag gestellt,

1. die Beklagte zur Zahlung von 3.650,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung an ihn zu verurteilen,
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, einen Betrag in Höhe der halben Differenz zwischen

dem im Vertrage vom 23. Mai 1949 vereinbarten Kaufpreise von 45.000,-- DM und dem Verkehrswerte der verkauften Grundstücke am Tage des Vertragsschlusses nebst 4 % Zinsen seit Klageerhebung an ihn zu zahlen.

Das Oberlandesgericht in Düsseldorf hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte, daß die Klage abgewiesen werde. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Im Tatbestand des Berufungsurteils heißt es, die Grundakten von V [REDACTED] Blatt 3500 seien Gegenstand der Verhandlung gewesen. Wie der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat (vgl. LM Nr 97 § 295 ZPO), ist eine solche summarische Bezugnahme auf Beiakten unzulässig. Es muß angegeben werden, welche Teile der Beiakten von der einen oder der anderen Partei vorgetragen worden sind. Dies hat das Berufungsgericht unterlassen. Auf diesen Verstoß braucht indessen nicht näher eingegangen zu werden, da das angefochtene Urteil nicht auf ihm beruht.

II. Die Aufhebung muß aber aus sachlich-rechtlichen Gründen erfolgen.

1. Das Berufungsgericht meint, die Verurteilung der Beklagten, das umstrittene Grundstück an die aus den Parteien bestehende Erbengemeinschaft aufzulassen, rechtfertige sich gemäß §§ 2287, 812 BGB. Dies ist rechtsirrig. Rechtlichen Bedenken unterliegt es allerdings nicht, daß das von den Eltern der Parteien errichtete gemeinschaft-

liche Testament vom Berufungsgericht als ein Testament der in dem § 2269 BGB bezeichneten Art ausgelegt und gewertet worden ist.

a) Die vom Berufungsgericht bisher festgestellten Tatsachen rechtfertigen es aber noch nicht, den § 2287 BGB anzuwenden. Die von der Rechtsprechung entwickelte entsprechende Anwendung der genannten, an sich nur für Erbverträge geschaffene Vorschrift gilt nicht für alle Testamente der in § 2269 BGB beschriebenen Art. Nur wenn mit dem Tod des einen Ehegatten der andere das Recht verliert, seine Verfügung zu widerrufen, kommt die entsprechende Anwendung des § 2287 BGB in Betracht, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt. Die Bindung des überlebenden Gatten an seine letztwillige Verfügung tritt aber nur ein, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, wenn also ein sog. wechselbezügliches - korrespondierendes - Testament vorliegt; ein bloß gegenseitiges - reziprokes - genügt nicht. Dies folgt unmittelbar aus § 2271 BGB, der - auch in seinem zweiten Absatz - nur die Verfügungen zum Gegenstand hat, "die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnis stehen". Daß nach § 2270 Abs 2 BGB ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander im Zweifel anzunehmen ist, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, enthob das Berufungsgericht nicht der Verpflichtung, eine Wechselbezüglichkeit, die an sich hier allerdings sehr nahe liegt, besonders festzustellen.

b) Aber auch wenn das Vorhandensein eines wechselbezüglichen Testaments angenommen wird, tragen die vom

Berufungsgericht bisher festgestellten Tatsachen das Urteil nicht. Da bei einem sog. Berliner Testament der überlebende Gatte Vollerbe ist, ist er grundsätzlich unumschränkt frei, unter Lebenden sowohl über den Nachlaß des Vorverstorbenen als auch über sein eigenes Vermögen, das ihm schon vor dem Tode seines Gatten gehörte, zu verfügen. Dadurch, daß er in dem gemeinschaftlichen Testament einen Erben für seine Person eingesetzt hat, wird er in der Verfügung über sein Vermögen ebensowenig gehindert, wie wenn er in einem sonstigen Testament oder in einem Erbvertrag eine Erbeinsetzung vorgenommen hätte. Dies versteht sich für ein Testament von selbst, für den Erbvertrag ist es ausdrücklich in § 2286 BGB bestätigt, in dem es heißt, daß durch den Erbvertrag das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt werde. Aus der uneingeschränkten Verfügungsbefugnis folgt, daß der Vertragserbe Sachen aus seinem Vermögen verschenken kann und daß solche Schenkungen auch dann dingliche Wirkung haben, also den Eigentumsübergang bewirken, wenn die Schenkung in der Absicht gemacht worden ist, den im Testament oder Erbvertrag Bedachten zu benachteiligen. Daß dies der Fall ist, wird durch § 2287 BGB bestätigt, der bei sog. bösslichen Schenkungen dem betroffenen Vertragserben nur einen Herausgabeanspruch nach Bereicherungsgrundsätzen gibt. Das Grundstück, das der Beklagten übertragen worden ist, ist also auch dann in deren Eigentum übergegangen, wenn der Übereignung eine böswillige Schenkung zugrunde gelegen haben sollte. War es aber aus dem Vermögen der Erblasserin ausgeschieden, so fiel es nicht in den Nachlaß. Der Bereicherungsanspruch, den § 2287 BGB dem Vertragserben bzw. dem im gemeinschaftlichen Testament Bedachten gibt, gehörte ebenfalls nicht zum Nachlaß, er stand dem böswillig

Schenkenden nicht zu. Er entsteht überhaupt erst mit dem Anfall der Erbschaft, regelmäßig also mit dem Tode des Schenkers, und zwar unmittelbar in der Person des Erben. Er kann daher z.B. auch nicht etwa von einem Testamentsvollstrecker geltend gemacht oder durch Arrest gesichert werden (RGRK zum BGB, 10. Aufl § 2287 Anm 3 und 4; Staudinger, Erbrecht 9. Aufl § 2287 Anm 2 zu c); Coing, Erbrecht, 10. Bearb § 34 III, 1 Anm 15; RGZ 77, 5). Dann kann der Bereicherungsanspruch aber nicht dahin gehen, den verschenkten Gegenstand an die Erbengemeinschaft herauszugeben. Der Bereicherungsanspruch entsteht vielmehr in einem Fall wie dem vorliegenden nur in Höhe des Teils des verschenkten Gegenstandes, der dem Anteil des Benachteiligten am Nachlaß entspricht (so auch RGZ 77, 5; RG JW 1912, 142; RG Recht 1912 Nr 80; Warn 1926 Nr 188; JW 1936, 251; Nachschlagewerk des RG zu § 2039 Nr 10 und zu § 2287 Nr 9).

Die soeben dargelegten Umstände stehen übrigens nicht nur dem Bereicherungsanspruch entgegen, sie würden auch, wenn ein Schadensersatzanspruch des Klägers gegeben sein sollte, eine Verurteilung der Beklagten zur Auflassung an die Erbengemeinschaft nicht rechtfertigen können. Denn auch ein Schadensersatzanspruch würde nur in der Person des Benachteiligten unmittelbar entstanden sein. Die Erblasserin hatte einen Schadensersatzanspruch gegen den Beschenkten nicht.

Eine Verurteilung der Beklagten zur Auflassung an die Erbengemeinschaft würde nur dann in Frage kommen, wenn etwa der Vertrag aus besonderen Gründen nichtig wäre, wenn etwa die Beklagte bewußt eine geringe Widerstandskraft ihrer Mutter ausgenutzt hätte, um sich das

Grundstück zu verschaffen. Hierfür aber hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Auch sonst ergibt der Vortrag der Parteien nichts ausreichendes, was die Annahme der Nichtigkeit des Kaufvertrages, insbesondere die Anwendung der in dem Urteil des erkennenden Senats vom 8. Juli 1954 - IV ZR 229/52 (abgedruckt in LM Nr 4 zu § 2271 BGB) ausgesprochenen Grundsätze rechtfertigen könnte.

Übrigens würde auch dann, wenn eine Nichtigkeit des zur Übereignung führenden Kausalvertrages gegeben wäre, der Klagehauptantrag noch nicht schlüssig sein. Dem Kläger würden alsdann zwar Ansprüche auf Auflassung und auf Herausgabe an die Erbengemeinschaft zustehen. Bei diesen Ansprüchen würde es sich aber um Bereicherungs-forderungen handeln, und solche Ansprüche dürfen nicht zu einer Verminderung des Vermögens der Bereicherten führen. Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 19. Januar 1951 (BGHZ 1, 75 [817]) ausgeführt hat, ist der Bereicherungsanspruch von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt, der sich bei einer Gegenüberstellung der erlangten Vorteile und erlittenen Nachteile als Überschuß ergibt, sofern es sich um Nachteile handelt, die mit dem Vorgang, der die Einnahme gebracht hat, in ursächlichem Zusammenhang stehen. Dieser Grundsatz - in der angeführten Entscheidung für beiderseitige Geldforderungen ausgesprochen - gilt auch dann, wenn es sich bei den Nachteilen, die der Bereicherte erlitten hat, nicht um eine Einbuße an Geld handelt, sondern um andere Nachteile, wenn er also z.B. - wie im vorliegenden Fall - eine Schuld übernommen hat. Dies mußte der Kläger bereits bei Stellung seines Antrages berücksichtigen.

2. Die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigt sich auch aus einem weiteren Grund.

Die Ausführungen des Berufungsurteils ergeben nämlich, daß der Berufungsrichter den Begriff der Benachteiligungsabsicht verkannt hat. Dies beruht unter anderem darauf, daß er, nach den Entscheidungsgründen zu urteilen, das Wesen des Berliner Testaments zum Teil wohl nicht richtig erfaßt hat. Seine Ausführungen (Seite 34 der Urteilsausfertigung), die Mutter der Parteien habe "insoweit jedenfalls schon bewußt gegen das gemeinschaftliche Testament gehandelt, als der Grundbesitz nach ihrem Tode den Parteien zu gleichen Teilen zufallen sollte", beruhen anscheinend auf der Vorstellung, die Mutter sei nicht befugt gewesen, das Grundstück der Tochter zu übereignen; sonst könnte von einem Zuwiderhandeln kaum gesprochen werden. Gerade diese Vorstellung aber steht im Widerspruch zu dem Willen der Eheleute, wie er in ihrem Testament seinen Ausdruck gefunden hat. Wenn die Ehegatten sich gegenseitig zu alleinigen Vollerben einsetzten, so wollten sie eben, daß der Überlebende unumschränkter Herr seines Vermögens bleiben und Erbe des Nachlasses des Vorversterbenden werden sollte. Ein Berliner Testament stellt die Kinder gegenüber der gesetzlichen Erbfolge erheblich schlechter. Sie erben nichts, während ihr gesetzlicher Erbteil $\frac{3}{4}$ des Nachlasses sein würde. Wie stark der Wille der Eltern, einander die unbeschränkte Verfügungsbefugnis über das gemeinsame Vermögen zu sichern, ist, geht insbesondere auch aus der Bestimmung hervor, daß das Kind, welches den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen verlange, hinsichtlich des Nachversterbenden auf den Pflichtteil gesetzt werde. Der Grundsatz, daß das Recht, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, dem überlebenden Gatten nicht beschränkt werde - dieser

Grundsatz ist - wie bereits erwähnt - vom Gesetzgeber sogar für den Erbvertrag ausdrücklich in § 2286 BGB festgelegt worden - darf nicht dadurch durchbrochen werden, daß man aus der Bindung hinsichtlich der Testierfreiheit Bindungen hinsichtlich der Verfügungsfreiheit unter Lebenden herleitet. Hierdurch würde der Unterschied zwischen einem Berliner Testament und der Vor- und Nacherbschaft verwischt. Kann hiernach von einer Zuwiderhandlung gegen das Testament nicht gesprochen werden, so entfällt damit einer der Gründe, auf die das Berufungsgericht seine Feststellung anscheinend stützt (§ 34 Abs 2 S 2 der Urteilsausfertigung), die Mutter der Parteien habe den Kaufvertrag vom 23. Mai 1949 geschlossen, um den Kläger zu benachteiligen.

Im übrigen sprechen die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts dafür, daß es den Begriff der "Absicht" nicht richtig erkannt hat. Macht ein durch einen Erbvertrag oder durch ein Testament gemäß den §§ 2269 - 2271 BGB Gebundener eine Schenkung, so ist damit stets eine Benachteiligung des Vertragserben bzw. beim Testament des Erben des Überlebenden verbunden und dies wird dem Schenker auch regelmäßig bewußt sein. Wollte man dieses Bewußtsein für den Bereicherungsanspruch ausreichen lassen, so würde dies also darauf hinauslaufen, daß - von seltenen Ausnahmefällen abgesehen - jede Schenkung einen Bereicherungsanspruch auslösen würde. Daß der Gesetzgeber dies aber nicht gewollt hat, ergibt sich aus der in § 2287 BGB ausdrücklich gemachten Beschränkung. Mit einer - durch die Gewährung eines Bereicherungsanspruchs zum Ausdruck gebrachten - Mißbilligung aller Schenkungen würde sich der Gesetzgeber auch in Widerspruch zu dem Grundsatz gesetzt haben, daß der Vertrags-

erbe bzw. der überlebende Gatte volle Verfügungsfreiheit für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, also auch - entgegen den Vorerben - für Schenkungen habe. Für eine "Absicht" wird also mehr verlangt als das Bewußtsein, daß eine Benachteiligung eintrete. Wie das Reichsgericht, der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und auch der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen haben (siehe die in BGB RGRK 10. Aufl § 2287 Anm 2 angeführten Entscheidungen), liegt eine Benachteiligungsabsicht nur vor, wenn das Ziel, den Vertragserben zu benachteiligen, der leitende und bestimmende Beweggrund oder - wie es auch ausgedrückt worden ist - das treibende Motiv ist. Dem Schenker muß es also gerade darauf ankommen, den Vertragserben zu treffen, indem er ihn durch eine Schenkung benachteiligt. In aller Regel wird eine solche böswillige Schenkung ihren Grund in einer feindseligen, zum mindesten aber ablehnenden Gesinnung des Schenkers gegen den Vertragserben haben, die im allgemeinen nicht wird angenommen werden können.

Hiernach kann aus der Erklärung der Mutter der Parteien vom 10. Juni 1950 (Hülle Bl 63) noch nicht auf eine Benachteiligungsabsicht im Sinne des Gesetzes geschlossen werden. Denn wenn sich die Mutter bei der Übertragung des Grundstücks auf die Beklagte von der Erwägung bestimmen ließ, daß der Kläger keine Abkömmlinge habe, die Beklagte dagegen zwei eheliche Töchter, so folgt daraus noch nichts für eine Absicht der Mutter, den Kläger zu schädigen. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang darauf hinweist, es sei der Beklagten und der Mutter damals klar gewesen, daß die Übertragung des Eigentums auf die Beklagte zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung der späteren Rechte des Klägers habe führen müssen, so ergibt sich die Unrichtigkeit

dieses Hinweises aus den oben gemachten Ausführungen über den Absichtsbegriff.

Das Berufungsgericht führt dann als einen weiteren für eine Benachteiligungsabsicht sprechenden Umstand an, daß - aller Regel entgegen - die Beklagte den Ersatz von Unterhaltsleistungen verlangt habe, die sie - nach ihrer Behauptung - ihrer Mutter gegenüber erbracht habe und daß ihr dies im Kaufvertrag auch zugebilligt worden sei, wobei sogar eine Umstellung im Verhältnis 1 : 1 vereinbart worden sei. Auch hieraus aber kann nichts weiter entnommen werden, als daß insoweit die Mutter der Beklagten eine Schenkung machen wollte.

Das Berufungsgericht schließt auch aus der Tatsache, daß die Vertragspartner den allgemein als zu niedrig geltenden steuerlichen Einheitswert zum Ausgangspunkt der Errechnung des Kaufpreises gemacht haben, auf ihre Absicht, den Vertrag unter Umgehung der Testamentsbestimmungen auf Kosten des Klägers günstig zu gestalten. Auch dieser Ausführung kann die irrige Vorstellung zugrunde liegen, dem Kläger seien auf Grund des Testaments bereits irgendwelche Ansprüche erwachsen, denn sonst wäre die Ansicht des Berufungsgerichts schwer verständlich, die Verfügung der Erblasserin über ein in ihrem unbeschränkten Eigentum stehendes Grundstück sei eine Verfügung "auf Kosten des Klägers".

III. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß dem im Sinne des § 2287 BGB Berechtigten bei gemischten Schenkungen ein Anspruch auf Herausgabe des Geschenkten nur zustehe, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiege. Es ist damit der Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. November 1952 - IV ZR 146/52 (NJW

1953 S 501) gefolgt. An dieser Entscheidung hält der Senat fest. Coing, Erbrecht, 10. Bearb S 147 Anm 17 hält zwar die vom Senat gemachte Unterscheidung für "wenig praktikabel". Das trifft nicht zu. Zu welcher Lösung man sich auch entschließt, ob man mit dem Reichsgericht stets einen Geldanspruch gibt oder mit dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone stets einen Herausgabeanspruch oder ob man die vom erkennenden Senat gemachte Unterscheidung anerkennt, immer bedarf es einer Feststellung des Grundstückswerts zur Zeit des Vertrages und des Werts der Gegenleistungen. Den Schwierigkeiten solcher Feststellungen kann man also in keinem Fall aus dem Weg gehen. Sind diese Feststellungen aber getroffen, so begegnet die Entscheidung über den Herausgabeanspruch keinen größeren Schwierigkeiten als die über den Ausgleichsanspruch in Geld.

Die Feststellung des Berufungsgerichts jedoch, daß der unentgeltliche Charakter des Vertrages überwiege, wird von der Revision mit Recht angegriffen. Wie der Senat in der oben genannten Entscheidung dargelegt hat, gibt in aller Regel ein Vergleich des Wertes des überlassenen Gegenstandes mit dem Wert der Gegenleistung einen Anhaltspunkt für die Frage nach der Natur des Vertrages. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. Der Weg aber, den es bei der Vergleichung einschlägt, ist unrichtig. Es war vielmehr folgendermaßen zu rechnen:

Der Wert des Grundstücks ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mindestens 55.000,- DM.

Die Gegenleistungen der Beklagten betragen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts:

a) in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommene Lasten	22.503,77 DM
b) beim Tode der Mutter bar zu zahlender Kaufpreisteilbetrag	<u>11.196,23 DM</u>
zusammen also	33.700,-- DM.

Es darf nicht, wie das Berufungsgericht es getan hat, der Wert des Grundstücks abzüglich der Belastungen den Leistungen der Beklagten gegenübergestellt werden, sondern es ist der volle Wert des Grundstücks als Vergleichsposten einzusetzen. Denn die Beklagte hat das ganze Grundstück voll bekommen, nicht nur - auch bei sog. wirtschaftlicher Betrachtung nicht - den Unterschied zwischen dem Grundstücks- wert und den übernommenen Lasten. Es trifft nicht zu, daß - wie der Kläger in seiner Revisionserwiderung ausführen läßt -, aus der oben angeführten Entscheidung des Senats hervorginge, daß bei dem Vergleich zwischen dem Wert eines geschenkten Grundstücks mit der Gegenleistung des Beschenkten bei beiden Posten die übernommenen Lasten abzuziehen wären. Dafür kann aus der Entscheidung nichts entnommen werden.

Das Berufungsgericht wird also, wenn es die Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch abermals bejahen sollte, den Wert des Grundstücks, den es bisher nur auf mindestens 55.000,-- DM festgestellt hat, erneut feststellen müssen.

Die Aufhebung des Berufungsurteils rechtfertigt sich daher auch wegen seiner Ausführungen zur Frage der überwiegenden Unentgeltlichkeit. Eines Eingehens auf die weiteren Rügen hierzu bedarf es nicht. Hinzuweisen ist jedoch noch darauf, daß sich aus der Unentgeltlichkeit

noch nicht ohne weiteres ergibt, daß eine Schenkung vorliegt. Nur wenn beide Teile darüber einig sind, daß eine Zuwendung unentgeltlich erfolgt, liegt eine Schenkung vor. Es muß also insbesondere auch die Mutter der Parteien das Bewußtsein der Unentgeltlichkeit gehabt haben. Dies muß festgestellt werden.

Schmidt Johannsen Scheffler Wüstenberg Wilden