

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 571, 1643, 1822 Nrn. 5 und 10

Die sich für den Minderjährigen durch den Erwerb eines Grundstücks ergebende gesetzliche Folge des Eintritts in einen bestehenden Mietvertrag (§ 571 Abs. 1 BGB) fällt nicht unter die Genehmigungstatbestände des § 1822 Nrn. 5 und 10 BGB.

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1982 - V ZR 177/81 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 177/81

URTEIL

Verkündet am
27. Oktober 1982
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Eugen V[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED], M[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Helmut A[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED], Z[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Mai 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt aus abgetretenem Recht vom Beklagten die Auflassung und Herausgabe eines Grundstücks.

Dieses Grundstück hatte der Beklagte durch notariellen Vertrag vom 19. Oktober 1976 von der Gräfin von B [REDACTED] gekauft. Die zugleich erklärte Auflassung wurde am 23. August 1978 im Grundbuch vollzogen.

Am 28. November 1977 trat der Beklagte wegen Verzuges von dem Kaufvertrag zurück. Auf seine Klage wurde die Verkäuferin durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts München (17 U 2694/78) vom 29. Mai 1979 zur Erstattung des



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kaufpreises von 1 207 000 DM Zug um Zug gegen Rückauflassung und Herausgabe des Grundstücks verurteilt. Der Beklagte forderte sodann durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 19. September 1979 die Verkäuferin auf, den Kaufpreis zurückzuzahlen, Verfahrenskosten in einer Höhe von 78 657,80 DM zu ersetzen und Zinsen auf diese Beträge zu leisten. Er setzte ihr eine Zahlungsfrist bis Ende des Monats September 1979 und kündigte an, daß er anderenfalls die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben werde.

Die Verkäuferin übertrug durch notariellen Kaufvertrag vom 28. September 1979 dem Kläger ihren Anspruch gegen den Beklagten auf Rückgewähr des Grundstücks. Der Kläger übergab daraufhin am 1. Oktober 1979 dem Anwalt des Beklagten einen von der Bank bestätigten Scheck in Höhe von 1 290 000 DM als Gegenleistung für die verlangte Rückgewähr des Grundstücks.

Am 2. Oktober 1979 übertrug der Beklagte durch notariellen "Überlassungsvertrag" das Grundstück, unter Ausbedingung eines lebenslangen Nießbrauchsrechts, unentgeltlich seinen beiden minderjährigen Töchtern Regina, geboren am [REDACTED], und Briga, geboren am [REDACTED]. Dabei handelte er im eigenen Namen und zugleich für die beiden Töchter, und zwar vorbehaltlich der von ihrer Mutter - der geschiedenen Ehefrau des Beklagten - als gesetzlicher Vertreterin "bzw." der von den beiden Töchtern selbst noch zu erteilenden Genehmigung. Das Eigentum wurde am 26. Oktober 1979 auf die Töchter umgeschrieben. Gleichzeitig wurde für den Beklagten das Nießbrauchsrecht im Grundbuch eingetragen. In diesem Zeitpunkt war der Grundbesitz vermietet. Es bestanden 22 Mietverträge, von denen mindestens einer noch länger als ein Jahr nach Eintritt der Volljährigkeit der Tochter Briga fort dauert.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Überlassungsvertrag sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig oder jedenfalls mangels Genehmigung schwebend unwirksam. Er hat mit dieser Begründung und gestützt auf die Abtretung vom 28. September 1979 vom Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 1 207 000 DM Auflassung und Herausgabe des Grundstücks verlangt, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 1 193 000 DM beansprucht.

Das Landgericht hat der Klage nach dem Hauptantrag stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Kläger die Zug um Zug zu leistende Zahlung in dem aus der Urteilsformel des Berufungsurteils ersichtlichen Umfang zu verzinsen habe.

Mit der Revision will der Beklagte die Abweisung der Klage erreichen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält den Überlassungsvertrag vom 2. Oktober 1979 mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung für schwebend unwirksam und deswegen den aus abgetretenem Recht geltend gemachten Rückgewähranspruch des Klägers Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises (§§ 346, 348 BGB) für begründet. Das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung ergibt sich nach Auffassung

des Berufungsgerichts aus den Vorschriften der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 5 BGB, weil auf die Töchter des Beklagten mit dem Grundstückserwerb gemäß § 571 BGB die Verpflichtungen aus 22 Mietverträgen übergegangen seien und mindestens einer dieser Mietverträge noch auf eine Dauer von mehr als einem Jahr nach der erst am [REDACTED] 1983 eintretenden Volljährigkeit der Tochter Briga befristet sei. Das Nießbrauchsrecht des Beklagten ändere nichts an dieser mietrechtlichen Verpflichtung. Die Teilnichtigkeit des Überlassungsvertrages bezüglich der Tochter Briga habe nach § 139 BGB zur Folge, daß auch die Übertragung auf die inzwischen volljährige Tochter Regina nichtig sei.

II.

Die Revision hat Erfolg.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß durch den Rücktritt des Beklagten von dem am 19. Oktober 1976 geschlossenen Grundstückskaufvertrag ein Rückgewährschuldverhältnis zwischen ihm und der Verkäuferin, Gräfin von B[REDACTED], entstanden ist (§§ 327, 346, 348 BGB). Allerdings ist die Verpflichtung des Beklagten zur Rückgewähr nicht schon, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint (BU 12), durch das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 29. Mai 1979 rechtskräftig festgestellt. Denn jenes auf die Klage des jetzigen Beklagten ergangene Urteil hat mit materieller Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 1 ZPO) nur über die Verpflichtung der Verkäuferin zur Rückzahlung des Kaufpreises, nicht hingegen auch über die gemäß §§ 348, 322 BGB vom Beklagten Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung auf

Rückgewähr - Auflassung und Herausgabe - des Grundstücks entschieden (vgl. Senatsurteil vom 20. Dezember 1961, V ZR 65/60, NJW 1962, 628, 629; RGZ 100, 198; 114, 88; Erman/Battes, BGB 7. Aufl. § 322 Rdn. 5; BGB-RGRK/Ballhaus 12. Aufl. § 322 Rdn. 5). Indessen steht die Rückgewährpflicht des Beklagten außer Zweifel, weil er an den von ihm erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag gebunden und das kaufvertragliche Schuldverhältnis damit aufgelöst ist (BGH Urteil vom 17. Januar 1979, VIII ZR 304/77, NJW 1979, 762 m.w.N.). Der sich daraus ergebende Rückgewähranspruch der Verkäuferin ist abtretbar. Die Wirksamkeit des von ihr mit dem Kläger geschlossenen Abtretungsvertrages in der notariellen Urkunde vom 28. September 1979 hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht, was auch die Revision nicht beanstandet.

Demnach hat der Kläger aus abgetretenem Recht Anspruch gegen den Beklagten auf Erfüllung des schuldrechtlichen Rückgewähranspruches gemäß §§ 327, 346, 348 BGB, also auf Verschaffung des Eigentums und des Besitzes an dem Grundstück. Für diese Ansprüche steht mithin nicht die Passivlegitimation des Beklagten in Frage, wie Berufungsgericht und Revision meinen; vielmehr geht es darum, ob dem Beklagten durch die Weiterübertragung des Grundstücks auf seine Töchter die geschuldete Leistung unmöglich geworden ist. Zu einer Leistung, deren Unmöglichkeit feststeht, darf der Schuldner nicht verurteilt werden (BGH Urteil vom 4. November 1971, VII ZR 175/69, NJW 1972, 152; BGHZ 56, 308, 311; 62, 388, 393; 68, 372, 377). Da der Beklagte nur unter der Voraussetzung, daß er noch materieller Eigentümer des Grundstücks ist, zu der von ihm nach dem Hauptantrag der Klage verlangten Auflassungserklärung berechtigt ist (§§ 873, 925 BGB), und

anderenfalls der auf Schadensersatz gerichtete Hilfsantrag anfallen würde, kommt es darauf an, ob seine Töchter wirksam Eigentum erlangt haben oder nicht.

2. Entgegen der Auffassung der Revision ist die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob der Vertrag vom 2. Oktober 1979 vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedurfte, nicht durch die im Revisionsverfahren (in unbeglaubigter Fotokopie) vorgelegte Genehmigungsurkunde vom 24. September 1981 gegenstandslos geworden. Denn selbst wenn diese erst nach Erlaß des Berufungsurteils erteilte Genehmigung im Revisionsverfahren berücksichtigt werden dürfte, könnte sie dem Beklagten gegenüber nur wirksam geworden sein, falls sie ihm als dem Vertragspartner seiner minderjährigen Tochter Briga von deren alleinvertretungsberechtigter Mutter, der geschiedenen Ehefrau des Beklagten, mitgeteilt worden wäre (§ 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das aber ist nicht dargetan. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob gegebenenfalls auch eine solche Mitteilung, wenn sie behauptet und unstreitig wäre, noch im Revisionsrechtszug beachtet werden könnte.

3. Indessen bedurfte der Grundstücksübertragungsvertrag keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

a) Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vertrag erfordere nach § 1643 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1822 Nr. 5 BGB vormundschaftsgerichtliche Genehmigung deswegen, weil mit dem Grundstückserwerb gemäß § 571 Abs. 1 BGB für die jetzt noch minderjährige Tochter des Beklagten der Eintritt in bestehende Mietverträge verbunden sei und mindestens einer dieser Verträge noch länger als ein Jahr nach Erreichen der Volljährigkeit fort dauere.

Dabei kann in dem hier gegebenen Fall der von vornherein unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs vorgenommenen Übertragung eines schon vermieteten Grundstücks dahinstehen, ob die beiden Töchter des Beklagten bereits mit dem Eigentumserwerb, wenn auch nur in der logischen (juristischen) Sekunde zwischen dem Erwerb und der nachfolgenden Nießbrauchseintragung, in die Mietverträge eingetreten sind und sodann erst der Beklagte als Nießbraucher gemäß §§ 577 Satz 1, 571 Abs. 1 BGB wieder die Vermieterstellung erlangt hat oder aber ob sich die Mietverträge unmittelbar nur in seiner Person fortgesetzt haben und die Töchter erst nach Ende des Nießbrauchs eintreten müssen (im letzteren Sinne mit Befürwortung einer analogen Anwendung des § 1056 BGB: Roquette, Mietrecht 5. Aufl. S. 186; Staudinger/Emmerich, BGB 12. Aufl. 2. Bearb. § 577 Rdn. 14; Jerschke, DNotZ 1982, 459, 473). Denn wie auch immer diese Rechtsfrage zu beurteilen sein mag, so ist hier der Eintritt in die Mietverträge doch jedenfalls nur eine gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs. Dafür aber gilt § 1822 Nr. 5 BGB nicht.

Das Genehmigungserfordernis der §§ 1821, 1822 BGB beschränkt sich auf die darin bezeichneten Geschäfte in ihrer formalen tatbestandsmäßigen Bedeutung, weil sich nur so die im Interesse der Rechtssicherheit notwendige eindeutige Abgrenzung der genehmigungsfreien von den genehmigungspflichtigen Geschäften ermöglichen läßt. Eine auf die Umstände des Einzelfalles bezogene Erweiterung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Geschäfte durch analoge Gesetzesanwendung ist mithin ausgeschlossen (vgl. BGHZ 17, 160, 163; 24, 372, 376; 38, 26, 28; 52, 316, 319; 60, 385, 389/390; Senatsurteil vom 25. Januar 1974, V ZR 69/72, LM BGB § 1822 Nr. 5 = NJW 1974, 1134, 1135). Wenn und soweit daher § 1822 Nr. 5 BGB die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts "zu einem Miet- oder Pachtvertrag" verlangt, so fällt darunter, wie sich aus dem

Begriff des Vertrages ergibt, nur die rechtsgeschäftliche Begründung eines Mietverhältnisses, nicht aber der sich lediglich als gesetzliche Folge eines Grundstücksübertragungsvertrages ergebende Eintritt in einen schon bestehenden Mietvertrag. Es ist auch der Sache nach kein Grund dafür gegeben, im Rahmen des § 1822 Nr. 5 BGB den Abschluß eines Mietvertrages mit dem nachträglichen Eintritt in einen solchen Vertrag gleichzusetzen, da der Fall der Schuldübernahme in § 1822 Nr. 10 BGB besonders geregelt ist.

b) Indessen ist hier - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - auch § 1822 Nr. 10 BGB unanwendbar. Nach dieser Vorschrift ist "zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft", die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Davon erfaßt wird nach herrschender Meinung auch der Fall, daß ein Rechtsgeschäft kraft Gesetzes den Eintritt in eine fremde Schuld bewirkt (Staudinger/Engler, BGB 10./11. Aufl. §§ 1821, 1822 Rdn. 124; Erman/Holzhauser aaO § 1822 Rdn. 11; MünchKomm/Zagst § 1822 Rdn. 14). Voraussetzung ist aber stets, daß eine fremde Schuld zwar nach außen hin als eigene übernommen wird, im Innenverhältnis jedoch allein der Erstschuldner haftet und ersatzpflichtig bleibt (BGHZ 60, 385, 388 f. im Anschluß an RGZ 133, 7, 12; 158, 210, 215; allgem. Auff.). Diese einschränkende Auslegung des § 1822 Nr. 10 BGB entspricht dem vom Gesetzgeber (Motive zum BGB 4, 1144) gewollten Zweck der Vorschrift. Sie soll verhindern, daß eine Schuld nur wegen der rechtlichen Möglichkeit eines Rückgriffsanspruches und deshalb als vermeintlich risikolos übernommen wird. Es geht also nicht darum, schlechthin die sich aus jeder Art einer Schuldübernahme ergebenden Risiken zu vermeiden (BGHZ 41, 71, 79; 60, 385, 390).

Mit dem Eintritt in die Mietverträge, wie er sich hier als gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs ergibt, gehen die mietvertraglichen Pflichten - wenn auch erst nach Ende des Nießbrauchs - auf die Töchter des Beklagten als Eigentümerinnen über, ohne daß der Beklagte selbst im Innenverhältnis weiterhaftet. Der Grundstücksübertragungsvertrag vom 2. Oktober 1979 besagt insoweit nichts anderes. Er bestimmt unter Ziffer XII, daß "die bestehenden Mietverträge von den Erwerberinnen übernommen" werden, "jedenfalls für die Zeit nach Beendigung des Nießbrauchs". Aus dieser, ersichtlich nur auf die gesetzliche Rechtsfolge des Eigentumserwerbs verweisenden Regelung ist nicht zu entnehmen, daß etwa eine Schuldübernahme schon für den Zeitraum vor Ende des lebenslangen Nießbrauchsrechts des Beklagten und zudem mit einer ihn treffenden Ersatzpflicht vereinbart worden ist. Demnach liegt keine Schuldübernahme in dem von § 1822 Nr. 10 BGB erfaßten einschränkenden Sinne vor.

Die Töchter des Beklagten haften auch nicht, wie die Revisionserwiderung meint, gemäß § 571 Abs. 2 Satz 1 BGB als Bürgen für die ihrem Vater während der Dauer des Nießbrauchs obliegenden Verpflichtung zur Erfüllung der Mietverträge. Da das Grundstück bereits im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs vermietet war, greift nach § 579 BGB für die Töchter als bloße Zwischenberechtigte des von ihnen weiterbelasteten Grundstücks diese Bürgenhaftung nicht ein; sie trifft dann nur den ursprünglichen Vermieter. Somit liegt hier keine gemäß § 1822 Nr. 10 BGB genehmigungsbedürftige Bürgschaftsübernahme vor.

c) Eine andere Frage ist, ob der Grundstückserwerb als solcher gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB im Hinblick auf die den Minderjährigen treffenden Verpflichtungen aus Mietverträgen und mit Rücksicht auf die Nießbrauchsbestellung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedarf.

Was zunächst den Nießbrauch anbelangt, so ist an sich die Belastung eines dem Minderjährigen gehörenden Grundstücks genehmigungspflichtig (§§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Das gilt aber jedenfalls nach der hier maßgeblichen Rechtslage, wie sie vor der am 1. Januar 1980 in Kraft getretenen Änderung des § 1643 Abs. 1 BGB bestand (Art. 9 § 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 - BGBl I S. 1061), nicht für den im Vertrag vom 2. Oktober 1979 vereinbarten Fall einer Grundstücksübertragung, welche von vornherein unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts für den bisherigen Eigentümer steht. Denn nach der früheren Fassung des § 1643 Abs. 1 BGB war die Bestimmung des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, die den entgeltlichen Grundstückserwerb genehmigungspflichtig macht, unanwendbar. Mithin war jede Art des Erwerbs genehmigungsfrei. Demgemäß war nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen geschützt, nicht aber eine mit dem Erwerb von Grundbesitz zusammenhängende Übernahme von Verbindlichkeiten. Daher durften die Eltern oder der vertretungsberechtigte Elternteil ein Grundstück für das minderjährige Kind auch dann erwerben, wenn sich der Veräußerer oder Schenker den Nießbrauch vorbehielt (BGHZ 24, 372 im Anschluß an RGZ 108, 356; 110, 173; ebenso das Schrifttum, vgl. Staudinger/Engler aaO §§ 1821, 1822 Rdn. 21; Gernhuber, Familienrecht

3. Aufl. § 52 V 4 und dort Fußn. 16; MünchKomm/Hinz § 1643 Rdn. 7). Ob das auch nach dem heutigen Rechtszustand unter der vorliegenden Voraussetzung einer Schenkung fortgilt (so die herrsch. Auff., vgl. Erman/Holzhauer aaO § 1821 Rdn. 12; Palandt/Diederichsen, BGB 42. Aufl. § 1821 Anm. 2 c zu Z 5; Jauernig/Schlechtriem, BGB 2. Aufl. § 1821 Anm. 2), kann offenbleiben, da die Neuregelung des § 1643 Abs. 1 BGB nicht auf den Vertrag vom 2. Oktober 1979 zurückwirkt. Eine Rückwirkung auf früher geschlossene Verträge ist in dem Gesetz vom 18. Juli 1979 nicht vorgesehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann auch nicht, wie die Revisionserwiderung meint, von einer sogenannten unechten Rückwirkung ausgegangen werden.

Von der den Eltern nach früherem Recht zustehenden umfassenden Befugnis zum Grundstückserwerb für den Minderjährigen war auch der mit dem Erwerb verbundene gesetzliche Eintritt in Mietverträge abgedeckt. Denn wenn die Eltern sogar entgeltliche Erwerbsverträge genehmigungsfrei abschließen durften, dann waren sie in der Vertragsgestaltung allenfalls insoweit beschränkt, als sich aus anderen Gründen das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung ergab. Die insoweit in Betracht kommenden Vorschriften des § 1822 Nrn. 5 und 10 BGB aber erfassen, wie dargelegt, nicht den Fall des durch den Grundstückserwerb gesetzlich bedingten Eintritts in bestehende Mietverträge.

III.

Da somit der Vertrag vom 2. Oktober 1979 keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Es erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 563 ZPO):

1. Die in der Revisionserwiderung aufgeworfene Frage, ob die minderjährigen Töchter des Beklagten durch den Vertrag vom 2. Oktober 1979 im Hinblick auf einen damit verbundenen Eintritt in bestehende Mietverträge nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt haben, könnte sich nur stellen, wenn die Mutter der jetzt noch minderjährigen Tochter Briga als deren alleinige gesetzliche Vertreterin sowie die inzwischen volljährige Tochter Regina für ihre eigene Person das Rechtsgeschäft nicht genehmigt haben sollten (§§ 107, 108 Abs. 1 und 3 BGB). Daß die Tochter Regina den Vertrag genehmigt hat, ist außer Streit. Von der Erteilung der - nach § 182 Abs. 2 BGB formlos möglichen - Genehmigung der Mutter für die noch minderjährige Tochter Briga aber ist das Berufungsgericht offenbar ausgegangen; denn es hätte sonst nicht den Gesichtspunkt einer zusätzlich erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als entscheidungserheblich ansehen können. Da nach der Zeugenaussage der Mutter (GA 143, 144) an deren Einverständnis in der Tat kein Zweifel bestehen kann, braucht der Senat nicht darauf einzugehen, ob der Vertrag rechtlich nachteilig und daher genehmigungsbedürftig ist.

2. Unrichtig ist auch die vom Kläger in den Vorinstanzen vertretene Meinung, der Übertragungsvertrag sei nichtig deshalb, weil der Beklagte das Grundstück nach dem erklärten

Rücktritt von dem Kaufvertrag und nach dem rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts München vom 29. Mai 1979 nur noch gemäß § 765 ZPO im Rahmen der Zwangsvollstreckung habe verwerten dürfen und jede andere Art der Verwertung gesetzeswidrig sei (§ 134 BGB). Die Vorschrift des § 765 ZPO regelt lediglich die Voraussetzungen für die Vollstreckung eines Anspruches, der von einer Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung des Gläubigers abhängig ist. Ob jedoch der Gläubiger vollstreckt, ist seine Sache. Es spielt deshalb keine Rolle, aus welchem Grunde er von der Zwangsvollstreckung absieht und ob er etwa die Vollstreckungsmöglichkeit bewußt durch anderweitige Verwertung seiner Gegenleistung aufgegeben hat.

3. Soweit der Kläger in dem Überlassungsvertrag zwischen dem Beklagten und dessen Töchtern ein anfechtbares Rechtsgeschäft im Sinne des § 3 AnfG sieht, könnte Rückgewähr im Wege der Anfechtungsklage nur von den Töchtern als den Empfängerinnen der aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft stammenden Leistung beansprucht werden (§§ 7, 9 AnfG). Deshalb ist auch dieser Gesichtspunkt für den Streitfall bedeutungslos.

4. Von Bedeutung ist allerdings die Frage, ob der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist (§ 138 Abs. 1 BGB). Zu den dahingehenden Behauptungen des Klägers hat das Berufungsgericht - bei seinem Standpunkt folgerichtig - Feststellungen noch nicht getroffen. Sie sind nachzuholen. Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß durch den Vertrag die Belange des Klägers als eines daran unteiligten Dritten nur dann sittenwidrig beeinträchtigt worden sein können, wenn alle Vertragspartner - also nicht nur

der Beklagte - sittenwidrig zum Nachteil des Klägers gehandelt haben sollten (vgl. BGHZ 10, 228, 232; 75, 15, 18 m.w.N.). Ausreichend wäre es auch nicht, wenn bei Vertragsabschluß nicht mehr vorgelegen haben sollte als die Absicht der Gläubigerbenachteiligung; denn damit wäre nur der besonders geregelte und mithin nicht von der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB erfaßte Anfechtungstatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG erfüllt (vgl. BGHZ 53, 174, 180 und Senatsurteil vom 26. Januar 1973, V ZR 53/71, NJW 1973, 513).

5. Zur Klärung der Frage, ob der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, und zu der anderenfalls zu treffenden Entscheidung über den Hilfsantrag des Klägers ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm bleibt auch die vom endgültigen Verfahrensausgang abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorbehalten.

Dr. Thumm

Hagen

Linden

Vogt

Räfle