

1. Gesetz: BGB §§ 415 Abs 3, 516, 774, 1143; 1. DVO z.
Hypothekensicherungsgesetz § 10; LAG § 121.

Rechtssatz: Die Bestellung einer Hypothek für eine fremde Schuld kann im Verhältnis zum persönlichen Schuldner ebenso wie die Leistung einer Bürgschaft dann eine Schenkung sein, wenn der Grundstückseigentümer (bzw. der Bürge) unentgeltlich unter Verzicht auf den gesetzlichen Rückgriff die Verpflichtung übernimmt, die persönliche Schuld (bzw. Hauptschuld) zu erfüllen.

2. Gesetz: BGB §§ 257, 662, 670, 671, 1143; LAG § 121

Rechtssatz: Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers, der für eine fremde Schuld eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt, können im Verhältnis zum persönlichen Schuldner als "Auftrag" beurteilt werden. Der Grundstückseigentümer kann im Rahmen der natürlichen Abwicklung der persönlichen Schuld, im Falle berechtigter Kündigung des Auftrags aus wichtigem Grund auch vorzeitig, die Befreiung von der dinglichen Haftung als Ersatz seiner Aufwendung verlangen. Führt die Bestellung der Hypothek z.B. durch geringere Belastung seines Vermögens mit Abgaben für den Lastenausgleich zu einem Vorteil für den Grundstückseigentümer, dann mindert dieser den Umfang seiner Aufwendung und ist er auf den Befreiungsanspruch im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen.

Aktenzeichen: V ZR 77/53

Urteil des BGH vom 17. Dezember 1954

LG München I
OLG München

V ZR 77/53

Verkündet am 17. Dezember 1954
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Fabrikbesitzers Gaston S c h [REDACTED] in M [REDACTED],
U [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

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

g e g e n

Frau Margot S c h [REDACTED] früher in M [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED], jetzt in D [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1954 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bun-
desrichter Dr.v.Normann, Dr. Hückinghaus, Schuster
und Dr. Großmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
28. April 1953 wird hinsichtlich der Verurteilung
zur Befreiung der Klägerin von der Haftung ihrer
Grundstücke wegen der umgestellten Hypothek der
Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank in M [REDACTED]
zurückgewiesen.

Im übrigen wird das bezeichnete Urteil auf die
Revision des Beklagten aufgehoben und die Sache zu
anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen. Diesem wird auch
die Entscheidung über die Kosten des Revisionsver-
fahrens übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien waren seit 1940 verheiratet und lebten zuletzt in Gütertrennung. Ihre Ehe ist aus alleiniger Schuld des Beklagten seit dem 23. April 1951 rechtskräftig geschieden.

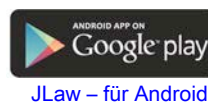
Der Beklagte, Inhaber eines Fabrikbetriebes, hatte während der Ehe im Jahre 1943 sein unbelastetes Grundstück O[REDACTED]straße [REDACTED]/Do[REDACTED]straße [REDACTED] in M[REDACTED] auf die Klägerin übertragen. Im Jahre 1944 hatte er von der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank in M[REDACTED] ein Darlehen von 30 000 Reichsmark erhalten. Zu dessen Sicherung hatte er namens der Klägerin am 31. August 1944 eine Hypothek an dem von ihr erworbenen Grundstück bestellt. Die Klägerin hatte dies am 2. September 1944 genehmigt.

Noch vor Beginn des Eherechtsstreites "kündigte" die Klägerin die Hypothek dem Beklagten gegenüber. Anschließend führte sie zwei Klagen gegen den Beklagten wegen Befreiung von der Schuld einzelner Zins- und Tilgungsraten, die sich teils durch Zahlung des Beklagten, teils durch Anerkenntnis und entsprechende Verurteilung des Beklagten erledigten. Die Parteien verhandelten dann mit der Gläubigerin wegen Nichtinanspruchnahme des Grundstücks. Diese sicherte das mit gewissen Einschränkungen und Vorbehalten zu, während der Beklagte sich ihr gegenüber bereit erklärte, für die zuletzt nicht mehr geleisteten Zins- und Tilgungszahlungen für Vergangenheit und Zukunft aufzukommen.

Die Klägerin befürchtete wegen eines Zahlungsrückstandes des Beklagten und wegen der erwähnten Vorbehalte der Gläubigerin, mit dem Grundstück doch für die Schuld des Beklagten eintreten zu müssen.



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



Sie hat deshalb mit der Klage begehrt, den Beklagten zu verurteilen, den noch nicht getilgten Schuldbetrag von erst 28 484 DM, später 27 749,40 DM für sie an die Gläubigerin zu zahlen, hilfsweise sie von ihrer Haftung wegen der Hypothek von ursprünglich 30 000 Reichsmark mit einem derzeitigen Kapitalrest von 2 774,94 DM für die Hypothek und von 24 974,46 DM für die Umstellungsgrundschuld zu befreien.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er sieht in der Schenkung des Grundstücks an die Klägerin eine durch die damaligen Kriegs- und Wirtschaftsverhältnisse gebotene Vorsichtsmaßnahme, die wirtschaftlich seine Verfügungsberechtigung nicht beschränkt habe. Weiter beruft er sich darauf, daß die Klägerin bei der Übereignung alle Lasten des Grundstücks übernommen habe. In der Belastung des Grundstücks mit der Hypothek, der die Klägerin bereitwillig und unentgeltlich zugestimmt habe, sieht er andererseits lediglich eine nachträgliche Verminderung seiner Schenkung an sie und nicht umgekehrt eine Schenkung ihrerseits. Unter Bezugnahme auf die mit der Gläubigerin getroffene Abmachung setzt er dem Vorgehen der Klägerin den Einwand der Schikane, Arglist und sittenwidrigen Schadenszufügung entgegen. Auch meint er, die Gläubigerin habe an vorzeitiger Rückzahlung kein Interesse und brauche sich auf eine solche nicht einzulassen. Schließlich fordert er Berücksichtigung des Lastenausgleiches, da die Belastung mit der Hypothek zur Freistellung der Klägerin von der Vermögensabgabe geführt habe, die sie als Eigentümerin eines unbelasteten Grundstücks sonst treffen würde.

Die Klägerin hat diesem Vortrag widersprochen. Sie will das Anwesen für ihre privaten und geschäftlichen Dienste geschenkt erhalten haben. Sie will auch der Belastung nur zugestimmt haben, weil der Beklagte das Geld angeblich für geschäftliche Zwecke gebraucht habe, während er es in Wirklichkeit für sich privat verwendet habe. Sie beruft sich weiter darauf, daß er die Zahlung der Raten an die Gläubigerin immer wieder verzögert habe und beabsichtige, ins Ausland zu gehen, so daß sie befürchten müsse, in Anspruch genommen zu werden.

Das Landgericht hat dem Hilfsantrag stattgegeben. Es hat sowohl in der Grundstücksübereignung wie in der Hypothekenbestellung selbständige Schenkungen erblickt und die Annahme eines teilweisen Widerrufs des ersten Geschäfts durch das zweite ebenso wie die eines Scheingeschäftes oder eines bloßen Treuhandverhältnisses abgelehnt. Den Einwand unzulässiger Rechtsausübung hat es zurückgewiesen und die Klägerin gemäß § 73 EheG für berechtigt erklärt, ihre Schenkung gegenüber dem für allein schuldig erklärten Beklagten innerhalb Jahresfrist nach Rechtskraft des Scheidungsurteils zu widerrufen.

Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung seines Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht tritt zunächst der Auffassung des Landgerichts bei, die Übereignung des Grundstücks an die Klägerin sei im Jahre 1943 weder zum Schein noch treuhänderisch erfolgt, sondern habe die Klägerin zur unumschränkten Eigentümerin des Anwesens gemacht. Es verneint weiter eine Rechtspflicht der Klägerin, das ihr schenkweise übertragene Grundstück zugunsten des Beklagten zu belasten. Dabei verweist es darauf, daß der Beklagte selbst eingeräumt habe, einen ausdrücklichen Vorbehalt dahin, daß er das Anwesen später noch belasten dürfe, nicht gemacht zu haben. Es lehnt aber auch ab, hier einen stillschweigenden Vorbehalt dieser Art anzunehmen. Dazu führt es aus: Grundsätzlich brauche der Eigentümer einer Sache keinen Eingriff in seine Eigentumsrechte hinzunehmen. Eine so einschneidende Beschränkung wie die Pflicht, eine künftige Belastung zu dulden, könne nur bei besonderen Umständen als von Anfang an gewollt unterstellt werden. Die Tatsache allein, daß der Klägerin das Anwesen vom Beklagten geschenkt worden sei, rechtfertige einen solchen Schluß keinesfalls. Daß hier eine Schenkung unter Ehegatten gegeben sei, lasse die Annahme eines solchen Vorbehalts ebenfalls nicht zu. Auch bei einer Schenkung unter Ehegatten sei für gewöhnlich davon auszugehen, daß die Zuwendung ohne Einschränkung erfolge. Abschließend erblickt das Berufungsgericht in der Hypothekenbestellung keine von Anfang an vorgesehene Einschränkung der Schenkung des Grundstücks.

2. Die Revision nimmt es hin, daß das Berufungsgericht die Grundstücksübertragung nicht als zum Scheine

oder treuhänderisch erfolgt, sondern als voll wirksame Schenkung ansieht, rügt aber, die Auffassung, daß die Hypothekenbestellung keine von Anfang an vorgesehene Beschränkung der Schenkung des Grundstücks sei, werde dem gesamten Verhältnis der Parteien nicht gerecht. Sie meint, bei dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Schenkung (30. Juli 1943) und Hypothekbestellung (August/September 1944) sei das Schenkungsversprechen nach Treu und Glauben dahin auszulegen, die Klägerin sollte gehalten sein, das Grundstück für Belastungen zugunsten von Gläubigern des Beklagten zur Verfügung zu stellen. Es widerspreche den allgemeinen Lebensverhältnissen, von Ehegatten in Schenkungen ausdrücklich Vorbehalte dahin zu erwarten, daß ein Ehegatte bei der Hingabe eines Wertstückes in der hier in Rede stehenden Größenordnung berechtigt sein solle, dieses als Kreditunterlage weiterhin zu verwerten.

Mit diesem Angriff wendet sich die Revision gegen die Auslegung des Schenkungsvertrags der Parteien vom Jahre 1943 als eines Individualvertrags. Diese Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend und nur beschränkt nachprüfbar. Soweit eine Nachprüfung in Betracht kommen kann, läßt die Beurteilung des Berufungsgerichts einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Insbesondere kann mit der Revision nicht etwa als Erfahrungssatz angenommen werden, es sei eine Selbstverständlichkeit, daß die Frau ihr Vermögen, soweit es aus Schenkungen des Mannes herrühre, dem Manne jederzeit für geschäftliche Zwecke wieder zur Verfügung stelle. Die Erfahrung zeigt im Gegenteil, daß gerade Geschäftsleute vielfach darauf bedacht sind, das Frauengut von ihrem Vermögen zu trennen, um es vor den Folgen geschäftlicher Rückschläge zu bewahren.

Die Revision erhebt indessen hierzu verschiedene Rügen aus § 286 ZPO und wirft dem Berufungsgericht vor, den Prozeßstoff nicht vollständig gewürdigt und Beweis- anträgen nicht entsprochen zu haben. Diese Rügen sind unbegründet.

Der Aussage der Klägerin, sie habe es damals als ganz selbstverständlich gehalten, daß sie ihr Einverständnis zur Aufnahme der Hypothek erklärt habe, ist durchaus nicht zwingend zu entnehmen, sie sei sich einer entsprechenden Rechtspflicht bewußt gewesen. Ihre damalige Auffassung konnte sich sehr wohl nur auf ihre Bereitwilligkeit als Ehefrau beziehen, ihrem Manne in finanziellen Angelegenheiten zu helfen. Auch wenn sich andererseits der Beklagte damals stets als wirtschaftlicher Eigentümer des verschenkten Grundstücks betrachtet haben sollte, würde dies allein oder in Verbindung mit der vorstehenden damaligen Einstellung der Klägerin nicht zur Annahme zwingen, es habe eine Rechtspflicht der Klägerin im Sinne des Revisionsvortrags bestanden oder die Parteien seien sich einig gewesen, der Beklagte könne jederzeit ungeachtet der Schenkung über das Grundstück verfügen. Wenn die Klägerin dem Beklagten die Verwaltung des Grundstücks während der Ehe dergestalt überließ, daß er die Nutzungen zog und die Lasten trug, so ist auch das kein zwingender Grund gegen die Auslegung des Berufungsgerichts. Denn erfahrungsgemäß kam es auch vor dem 1. April 1953 nicht selten vor, daß Frauen dem Manne ihr Vermögen zur freien Verwaltung überließen, wenn sie mit ihm in Gütertrennung lebten (vgl auch § 1430 BGB). Der Beweggrund der Schenkung ferner kann für die hier behandelte Frage allein und auch in Verbindung mit vorstehenden Gesichtspunkten nicht maßgebend sein. Das Be-

rufungsgericht hat daher mit Recht von der Vernehmung des Zeugen T. zu dieser Frage abgesehen. Selbst wenn der Beklagte die Übereignung aus wirtschaftlichen und kriegsbedingten Erwägungen vorgenommen hätte, würde dies an der Rechtsstellung der Klägerin nichts ändern, nachdem das Berufungsgericht in einer von der Revision nicht angegriffenen und rechtlich bedenkenfreien Weise die Annahme eines Scheingeschäfts oder einer treuhänderischen Übertragung abgelehnt hat.

II.

1. Das Berufungsgericht folgt weiter der Auffassung des Landgerichts, die Verpfändung des Anwesens zugunsten der Darlehensschuld des Beklagten sei eine Schenkung der Klägerin. Es sieht hier sowohl eine Zuwendung, die den Nehmer objektiv bereichere, wie die Einigung der Parteien darüber als gegeben an, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge. Die Bereicherung des Beklagten durch die Hypothek sieht es darin, daß er einerseits auf sie keinen Anspruch gehabt habe, und daß ihm andererseits das Darlehen von der Gläubigerin ohne dingliche Sicherheit nicht gewährt worden wäre. Diese Bereicherung führt es auf das Vermögen der Klägerin zurück, da ihr Anwesen belastet worden sei. In der Bestellung des Pfandrechts erblickt es eine Verminderung dieses Vermögens solange, bis die Darlehensschuld in vollem Umfang getilgt sei, da sie dem Hypothekengläubiger das Recht gewähre, sich aus dem Grundstück zu befriedigen. In dem Umstand, daß die Klägerin in diesem Falle gegen den Beklagten wiederum Rückgriff nehmen könne, weil ihn im Innenverhältnis der Parteien die Darlehensverpflichtung allein treffe, sieht es keinen Hinderungsgrund, eine Vermögenszuwendung im Sinne des § 516 BGB anzunehmen.

2. Die Revision will eine Schenkung in diesem Falle außer aus dem schon unter I. behandelten Gesichtspunkt nicht als gegeben ansehen, weil die Parteien mit der hypothekarischen Belastung des Grundstücks der Klägerin lediglich die im Jahre zuvor vollzogene Schenkung des Beklagten teilweise rückgängig gemacht hätten. Hierzu führt sie aus: Ein solcher Verzichtsvertrag stelle keine Schenkung dar, sondern bedeute nur, die Klägerin hätte mit dem Beklagten darüber einig sein wollen, daß die Verfügung nur mit der Maßgabe aufrecht erhalten bleiben sollte, daß das Grundstück, belastet durch die Hypothek, Eigentum der Klägerin sein sollte. Der Verzichtsvertrag stelle auch keine unentgeltliche Verfügung dar, sondern nur eine nachträgliche Beschränkung des Umfanges der vollzogenen Schenkung. Es widerspreche der allgemeinen Lebensauffassung, daß derjenige, der etwas geschenkt erhalte und nachträglich von dem Geschenkten etwas zurückgewähre, diese Zurückgewährung als Schenkung ansehe, insbesondere wenn, wie im vorliegenden Falle, die Zurückgewährung im engen zeitlichen Zusammenhang mit der vollzogenen Schenkung erfolge. Gerade weil der Beklagte, wie von der Klägerin nicht bestritten worden sei, geglaubt habe, einen rechtlichen Anspruch auf die Hypothekbestellung zu haben, habe bei der Rückgewähr die Einigung über die Unentgeltlichkeit gefehlt. Nach der vom Oberlandesgericht angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 125, 380 [383]) könne eine Schenkung dann nicht angenommen werden, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Beklagte und auch die Klägerin davon ausgegangen seien, daß eine Verpflichtung der Klägerin zur Belastung des Grundstückes zugunsten des Beklagten bestanden habe, da ja der Beklagte sich weiterhin als wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks betrachtet habe.

3. Unabhängig von diesen Angriffen der Revision bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts.

Eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff BGB setzt eine Zuwendung voraus, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert. Nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts kann zwar nicht zweifelhaft sein, daß der Beklagte einen wirtschaftlichen Vorteil erlangte, indem ihm die Klägerin ihr Grundstück als Haftungsgrundlage für das aufzunehmende Darlehen zur Verfügung stellte. Denn mit Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, daß dem Beklagten dieses Darlehen ohne dingliche Sicherheit nicht gewährt worden wäre. Mit der Einräumung dieses Vorteils ist indessen der Begriff der "Zuwendung" im Sinne des § 516 BGB noch nicht erfüllt. Nicht jede unentgeltliche Zuwendung eines Vorteils ist eine Schenkung, vielmehr erfordert diese eine Vermögensverschiebung vom Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten (vgl BGB RGRK, 10. Aufl, Vorbem 2 vor § 516; Enneccerus-Lehmann, 14. Bearb, Band II § 120 S 473/474; Oertmann 5. Aufl Vorbem 1 vor § 516; Palandt, 13. Aufl § 516 Anm 2; Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 27 S 56 ff, 57 im Gegensatz zum allgemeinen Zuwendungsbegriff S 6 ff, 10, 11 unten, 19; Soergel, 8. Aufl, § 516 Anm 1). Nicht erforderlich ist zwar, daß der Gegenstand der Schenkung unmittelbar dem Vermögen des Schenkers entstammt. Der Wille der Beteiligten kann den vom Beschenkten selbst, aber mit Mitteln des Schenkers erworbenen Gegenstand zu dem geschenkten machen (RGZ 167, 199 [202]; BGH in NJW 1952, 1171).

Andererseits sind Arbeits- und Dienstleistungen sowie Gebrauchsüberlassungen regelmäßig nicht als Zuwendungen in dem hier behandelten Sinne anzusehen; Gegenstand der Schenkung kann aber in diesen Fällen der ersparte Gegenwert sein, der für derartige Leistungen üblicherweise gewährt zu werden pflegt (vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO; BGB RGRK, 10. Aufl § 516 Anm 3; Oertmann aaO; Palandt aaO).

Von vorstehenden Erwägungen aus würden gegen die Annahme einer Vermögenszuwendung der Klägerin an den Beklagten keine Bedenken bestehen, wenn sie selbst der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank gegenüber als persönliche Darlehensschuldnerin mit der Bestimmung aufgetreten wäre, die Darlehenssumme an den Beklagten auszusahlen, ohne daß dieser eine Rückzahlungsverpflichtung eingegangen wäre, und wenn sie diese eigene Darlehensschuld durch Hypothek an ihrem Grundstück gesichert hätte. Wenn bei einer solchen Gestaltung also der Beklagte die von der Klägerin in eigenem Namen aufgenommene Darlehenssumme endgültig hätte behalten sollen, würden gegen die Annahme einer Vermögensverschiebung zu Lasten der Klägerin und zu Gunsten des Beklagten keine rechtlichen Bedenken bestehen. So liegt der Fall hier aber nicht. Die notarielle Urkunde vom 31. August 1944 läßt eindeutig erkennen, daß allein der Beklagte (in der Urkunde als "Schuldner" bezeichnet) persönlicher Schuldner der Gläubigerin geworden ist und daß die Klägerin für diese Schuld des Beklagten lediglich die dingliche Haftung mit ihrem Grundstück übernommen hat. Diese klare Fassung der grundlegenden Regelung wird auch nicht durch einzelne Unstimmigkeiten der Nr 8 dieser Urkunde beeinträchtigt, insofern dort "der Schuldner" (nach der Eingangserklärung der Beklagte) sich der sofortigen Zwangsvollstreckung auch in das Pfandbesitztum in der Weise unter-

warf, daß die Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein sollte, und der Beklagte als Ehemann unter Bezugnahme auf § 739 ZPO die sofortige Zwangsvollstreckung auch in das gesamte, jeweilig eingebrachte Frauengut bewilligte, während doch die Klägerin irgend eine persönliche Haftung nicht übernommen hatte. Denn diese Unstimmigkeit wurde durch die Fassung der Eintragungsbewilligung (Nr 9) wieder ausgeräumt.

Wenn auch diese Urkunde vom 31. August 1944 in erster Linie die Rechtsbeziehungen der Parteien zur Gläubigerin regelt, so läßt sie zugleich auch die Gestaltung des Innenverhältnisses der Parteien erkennen. Denn es liegt der Fall vor, daß die Grundstückseigentümerin für eine fremde Schuld eine Hypothek bestellt hat, welche der Verpfändung einer beweglichen Sache für eine fremde Schuld entspricht und der Übernahme einer Bürgschaft für die Schuld eines Dritten verwandt ist. In allen diesen Fällen gewährt das Gesetz für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer bzw. den Bürgen mittels gesetzlichen Forderungsübergangs einen Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner bzw. den Hauptschuldner (§§ 1143, 1225, 774 BGB; hinsichtlich der hier noch in Betracht kommenden öffentlichen Last vgl § 121 LAG und hinsichtlich der Rechtslage vor Inkrafttreten des Lastenausgleichsgesetzes § 10 der (1.) Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Sicherung von Forderungen für den Lastenausgleich [Jetzt "Hypothekensicherungsgesetz" vom 7. September 1948, WiGBI S 88 = VOBlBrZ S 278]). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt dieser Regelung für die Beurteilung doch Bedeutung zu, ob in diesem Sicherungsvorgang eine Zuwendung im Sinne des § 516 BGB an den persönlichen Schuldner gefunden werden kann.

Die Frage, ob in der Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechts bzw. in der Übernahme einer Bürgschaft eine Schenkung liegt, ist je nach dem unterschiedlich zu beurteilen, ob es sich um die Rechtsbeziehungen des Sicherungsgebers zum Gläubiger oder zum Schuldner handelt. Zu Unrecht stützt sich daher das Berufungsgericht mit dem Landgericht auf RGZ 120, 253 [255]. Denn diese Entscheidung behandelt gerade die Beziehungen des Schuldners zum Gläubiger. Mit ihr hatte das Reichsgericht eine Schenkung in dem Falle verneint, daß ein Aufwertungsschuldner sich trotz Versäumens der Anmeldefrist des § 16 AufwG durch den Gläubiger freiwillig zur Aufwertung der persönlichen Schuld bekannt und für diesen Aufwertungsbetrag eine neue Hypothek anstelle der gelöschten bestellt hatte. Als Gegenstand der Schenkung wäre dort das durch Hypothek gesicherte persönliche Schuldversprechen in Betracht gekommen. Wenn am Schlusse der Entscheidung ausgesprochen ist, der Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin die "Hypothek" zu verschaffen, so ist das darauf zurückzuführen, daß allein diese streitbefangen war. Der Fall unterscheidet sich also vom vorliegenden weiterhin noch dadurch, daß dort die Hypothek für eine eigene Schuld des Beklagten bestellt war. Der Hinweis in BGB RGRK, 10. Aufl, § 1113 Anm 5 a am Ende, den das Berufungsgericht gleichfalls anführt, beschränkt sich auf das Zitat der eben behandelten Entscheidung und betrifft somit ebenfalls nur das Verhältnis zwischen persönlichem Schuldner und Gläubiger. Ihm ist für den Streitfall nichts zu entnehmen. Die im Schrifttum angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 54, 282 (284) und 90, 177 (181) zur Beurteilung einer Bürgschaftsübernahme betreffen ebenfalls das Verhältnis zum Gläubiger.

Hinsichtlich der Rechtsbeziehungen zwischen Bürgen und Hauptschuldner ist in der Rechtslehre zwar anerkannt, daß die Übernahme der Bürgschaft dem Hauptschuldner gegenüber eine Schenkung darstellen kann (vgl. Enneccerus-Lehmann, 14. Bearb., Band II § 191 S 760; Oertmann, 5. Aufl., § 516 Anm 1 e, § 774 Anm 1 a; Staudinger-Brändl, 10. Aufl., Vorbem 6 vor § 765, § 774 Rand Nr 8). Ebenso wird angenommen, daß in der Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechts für eine fremde Schuld im Verhältnis zum persönlichen Schuldner eine Schenkung seitens des Eigentümers des Grundstücks oder Pfandgegenstands liegen kann (vgl. Oertmann, 5. Aufl., § 516 Anm 1 d; Staudinger-Kober, 9. Aufl., § 1143 Anm I, 1 e~~4~~). Von vorstehenden Fällen würde zunächst eine Sachlage zu unterscheiden sein, die den Schenkungswillen des Bürgen oder Eigentümers erst nach Bestellung der Sicherheit dadurch hervortreten läßt, daß er die Verbindlichkeit des Hauptschuldners oder persönlichen Schuldners mit dem Willen tilgt, ihm den entsprechenden Betrag zuzuwenden (vgl. hierzu auch BGB RGRK, 10. Aufl., § 1143 Anm 7). Gegenstand der Schenkung würde dann nicht die Bestellung der Sicherheit, sondern die Befreiung des Hauptschuldners oder persönlichen Schuldners von seiner Verbindlichkeit sein. Voraussetzung dafür aber, allein schon in der Übernahme einer Bürgschaft oder in der Bestellung einer Hypothek bzw. eines Pfandrechts eine Vermögenszuwendung im Sinne des § 516 BGB zu erblicken, müßte jedenfalls eine Vereinbarung der Beteiligten sein, die den Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner bzw. den Hauptschuldner ausschließt. Ein solcher Ausschluß der den Rückgriff betreffenden Vorschriften ist zulässig, da diese nicht zwingender Natur sind (vgl. RGZ 148, 65 66 zu § 774 BGB). Nach den von der Revision nicht mit Erfolg angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt

eine solche Vereinbarung der Parteien nicht vor und ist sie auch nicht stillschweigend den Umständen zu entnehmen. Bleibt es aber bei der Regel, daß die Klägerin für etwaige Leistungen an die Gläubigerin aus ihrem Grundstück auf den Beklagten zurückgreifen kann, dann fehlt ihrer Hypothekbestellung vom Jahre 1944 das Merkmal einer Vermögensverschiebung. Die Übernahme der dinglichen Haftung durch die Klägerin bedeutete wohl eine Gefährdung ihres Vermögens, noch nicht aber dessen Verringerung. Dabei wurde auch die wirtschaftliche Wertbeeinträchtigung durch die von ihr übernommene Haftung infolge der Anwartschaft auf den Rückgriff gegen den Beklagten im Umfange ihrer etwaigen Leistungen an die Gläubigerin ausgeglichen. Es kann dahingestellt bleiben, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn die Klägerin mit ihrem Grundstück für eine persönliche Schuld eingetreten wäre, deren Beitreibung völlig aussichtslos gewesen wäre. Denn ein solcher Sachverhalt liegt nicht vor. Der Beklagte verteidigt sich zwar der Klage gegenüber auch mit dem Einwand, die Klägerin wolle ihm wirtschaftliche Schwierigkeiten bereiten und die Durchsetzung ihres Anspruchs gefährde die wirtschaftliche und finanzielle Grundlage seines Betriebes. Abgesehen davon, daß dieser Vortrag im einzelnen nicht schlüssig begründet ist, kommt es bei der rechtlichen Einordnung der Hypothekenbestellung vom Jahre 1944 nicht auf die gegenwärtige Vermögenslage des Beklagten, sondern auf die zur Zeit der Sicherheitsbestellung durch die Klägerin an, die mit der Darlehensaufnahme seitens des Beklagten zusammenfiel. Für jenen Zeitpunkt scheidet aber jede Erwägung über eine mangelnde Durchsetzbarkeit der gerade erst zu begründenden Darlehensforderung der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank nach der Sachlage völlig aus. War also bei der Darlehensaufnahme kein Zweifel, daß der Beklagte seinen Verpflichtungen

gegenüber der Gläubigerin nachkommen würde, so ergab sich - von der Frage des Rückgriffs ganz abgesehen - eine natürliche Abwicklung des Geschäfts, die mit jeder Teilzahlung des Beklagten die Klägerin von ihrer dinglichen Haftung nach und nach bis zur völligen Freistellung entlastete und damit auch die bloße Vermögensgefährdung beseitigte. Für eine dauernde Veränderung der beiderseitigen Vermögensverhältnisse durch die Hypothekenbestellung der Klägerin fehlt dagegen bei der rechtlichen Gestaltung des Geschäfts die Grundlage. Da die Gefährdung der Vermögenslage der Klägerin sich nach der damaligen Beurteilung im Laufe der Abwicklung des Darlehensgeschäfts - sei es durch Zahlung des Beklagten an die Gläubigerin, sei es durch Erfüllung des Rückgriffsanspruchs der Klägerin - wieder aufhob, mithin nur vorübergehender Art war, konnte das Eintreten der Klägerin für den Beklagten im Jahre 1944 nach dem Willen der Parteien und nach der von diesem Willen geschaffenen Rechtslage bzw. aufgelösten Rechtsfolgen zu keiner Vermögensübertragung auf den Beklagten führen. In der bloßen Bereitstellung des Grundstücks zur vorübergehenden dinglichen Belastung zugunsten des Beklagten aber allein kann eine solche nicht gefunden werden.

Im Hinblick auf vorstehende Erwägungen braucht nicht noch abschließend dazu Stellung genommen zu werden, ob ein bloßer Verzicht auf den gesetzlichen Rückgriff des Bürgen oder Eigentümers nach §§ 774, 1143, 1225 BGB in rechtlicher Hinsicht allein schon zu einer Vermögenszuwendung i.S. des § 516 BGB führen könnte. Insoweit würden sich für den Fall Bedenken ergeben, daß der Gläubiger sich nicht an die bestellte Sicherheit hält, sondern den Hauptschuldner oder persönlichen Schuldner selbst

mit Erfolg in Anspruch nimmt. Der Verzicht auf den Rückgriffsanspruch würde dann in seiner Wirkung ohne Bedeutung sein und insbesondere allein dem seine eigene Verbindlichkeit tilgenden Schuldner noch keinen Anspruch auf Erstattung seiner Tilgungsleistungen gegen den Bürgen oder Eigentümer gewähren. Eine Vermögensverschiebung würde im Verhältnis dieser Beteiligten also auch dann noch nicht eintreten. Es würde daher in Frage stehen, ob der Verzicht auf den Rückgriffsanspruch nicht noch durch eine Erfüllungsübernahme seitens des Bestellers der Sicherheit zu ergänzen wäre, um einen Anspruch des Hauptschuldners oder persönlichen Schuldners auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit zu begründen, und es käme weiterhin in Betracht, daß die Übernahme einer solchen Verbindlichkeit ihrem Inhalte nach den Verzicht auf den gesetzlichen Rückgriff einschließen würde. Dabei wäre allerdings auch noch auf die Formvorschrift des § 518 Abs 1 Satz 2 BGB zu verweisen, der auch eine solche Erfüllungsübernahme unterliegen dürfte. Die Formgebundenheit könnte nicht schon deshalb entfallen, weil im Verzicht auf den gesetzlichen Rückgriff ein vollzogener Erlaß einer aufschiebend bedingten Forderung erblickt werden könnte, da eben ein solcher Verzicht allein nach dem Ausgeführten noch keine Vermögensverschiebung gewährleistet.

Da sich die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem unstreitigen Sachverhalt weder zur Erfüllung der persönlichen Schuld des Beklagten verpflichtet noch auf ihren gesetzlichen Rückgriffsanspruch verzichtet hat, fehlt es hier in jedem Falle an einer Vermögenszuwendung i.S. des § 516 BGB.

Die rechtlichen Voraussetzungen für eine solche Vermögenszuwendung sind auch nicht durch die Erwägung zu ersetzen, wie die Revision in der mündlichen Verhandlung geltendgemacht hat, daß im Realkreditgeschäft überwiegend nur der dinglichen Sicherheit, hier der Hypothek, Bedeutung beigelegt werde, was bei Bestellung einer Grundschuld auch rechtlich zum Ausdruck komme. Zunächst betrifft diese Erwägung in erster Linie die Beziehungen zum Gläubiger. Mangels rechtlich geeigneter Vereinbarungen der Parteien und in Anbetracht der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zur Gläubigerin durch die Urkunde vom 31. August 1944 kann der Gedankengang der Revision nicht dazu führen, hier die Rechtswirkung einer Vermögensübertragung anzunehmen, deren wesentliche Voraussetzung fehlt. Wie es zu beurteilen wäre, wenn die Klägerin zugunsten des Beklagten eine Grundschuld bestellt, dieser selbst sich aber der Gläubigerin gegenüber nicht persönlich verpflichtet hätte, kann dahingestellt bleiben, weil dieser Fall nicht gegeben ist.

4. Ist somit die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Hypothekenbestellung seitens der Klägerin sei als Schenkung zu betrachten, nicht haltbar, so fehlt schon dem oben angeführten Revisionsangriff die rechtliche Grundlage. Wenn das Eintreten der Klägerin im Jahre 1944 für den Beklagten zu keiner Vermögensübertragung führte, kann in ihm schon aus Rechtsgründen keine Handlung gefunden werden, welche die Schenkung des Grundstückes teilweise wieder rückgängig machte. Außerdem entbehren auch die Angriffe der Revision hinsichtlich der Willensrichtung der Parteien im Jahre 1944 ihrer Berechtigung. Auf die Vorstellung des Beklagten allein wäre es nicht angekommen. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts

ging aber die Klägerin nicht davon aus, zur Leistung der Sicherheit für den Beklagten rechtlich verpflichtet zu sein. Denn es stellt ausdrücklich fest, daß diese Leistung unentgeltlich erfolgt sei. Ein stichhaltiger Angriff ist der Revision zu diesem Punkte nicht zu entnehmen. Insbesondere sind auch die Grundlagen für einen Verzichtsvertrag nicht erkennbar, durch den sich die Klägerin eines Teils ihrer Rechte aus der Schenkung vom Jahre 1943 wieder begeben hätte.

III.

1. Wenn daher die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klage sei aus § 73 EheG begründet, nicht gerechtfertigt ist, so erübrigt sich, auf die Angriffe der Revision gegen die Einordnung des Klaganspruchs unter diesen Gesichtspunkt, insbesondere auch hinsichtlich der Anwendung des § 534 BGB einzugehen. Dagegen führt das vorstehende Ergebnis noch nicht zum Mißerfolg der Klage, da das Begehren der Klägerin, von ihrer Haftung freigestellt zu werden, aus anderem Rechtsgrunde grundsätzlich berechtigt ist.

Die Rechtsbeziehungen der Parteien sind in Ansehung der Bestellung der Hypothek für den Kredit des Beklagten bei der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank als ein Auftragsverhältnis gemäß §§ 662 ff BGB anzusehen. Daß das Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner in dieser Weise rechtlich eingeordnet werden kann, ist allgemein anerkannt (vgl RGZ 59, 207 [208]; BGB RGRK, 10. Aufl, § 774 Anm 4; Oertmann, 5. Aufl, Vorbem 5 vor § 765; Palandt, 13. Aufl, § 774 Anm 1; Soergel, 8. Aufl, § 774 Anm 6; Staudinger, 10.

Aufl, Vorbem 2 a vor § 765; § 744 Anm V, 1 Rand Nr 13). Die Beziehungen des Grundstückseigentümers zum persönlichen Schuldner sind nicht anders zu beurteilen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts und der unstreitige Sachverhalt ermöglichen dem Senat, die rechtliche Beurteilung selbst vorzunehmen. Daß die Klägerin das Geschäft erst nachträglich genehmigt hat, steht dem Abschluß eines Auftragsvertrages zwischen den Parteien vor der Bestellung der Hypothek nicht entgegen. Der Beklagte hat diesen Vertrag mit sich selbst zugleich im Namen der Klägerin - zunächst als ihr vollmachtloser Vertreter - abgeschlossen. Die Genehmigung der Erklärungen, die der Beklagte in ihrem Namen der Gläubigerin gegenüber abgegeben hat, schloß nach der Sachlage auch die Genehmigung des Vertrags im Innenverhältnis der Parteien unter gleichzeitiger Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB in sich. Diese Genehmigung wirkte gemäß § 184 BGB auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zurück. Somit übernahm die Klägerin durch den Beklagten als ihren Vertreter die Verpflichtung, ein Geschäft des Beklagten zu besorgen, indem sie ihm eine dingliche Sicherheit für den Kredit zur Verfügung stellte, den er bei der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank aufnehmen wollte. Daß sie dies unentgeltlich tat, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest. Alle Merkmale eines Auftrags i.S. des § 662 BGB sind daher gegeben. Das Innenverhältnis der Parteien wurde dabei mit durch die Darlehnsbedingungen der Hypothekengläubigerin bestimmt. Die Klägerin war danach gehalten, die Hypothek an ihrem Grundstück als Kreditunterlage dem Beklagten in der Art und Weise zur Verfügung zu stellen, als es der natürlichen Abwicklung des Kreditverhältnisses entsprach. Das bedeutete, daß sie weder

einen vorzeitigen Ersatz ihrer Aufwendung gemäß § 670 BGB fordern noch den Auftrag gemäß § 671 BGB jederzeit kündigen durfte. Dagegen schloß die Gestaltung des Auftragsverhältnisses der Parteien eine Kündigung seitens der Klägerin aus wichtigem Grunde nicht aus (§ 671 Abs 3 BGB). Einen solchen setzte der Beklagte durch sein Verhalten, das zur Scheidung der Ehe der Parteien aus seiner Alleinschuld führte. Die somit wirksame Kündigung löste die Klägerin aus ihren Verpflichtungen zufolge des Auftrages und berechtigte sie, den Anspruch aus § 670 BGB nunmehr unbeschränkt geltendzumachen, d.h. hier gemäß § 257 BGB die sofortige Befreiung von ihrer dinglichen Haftung zu fordern.

2. Dem vorstehenden Anspruch der Klägerin steht auch nicht etwa § 226 BGB entgegen. Wenn die Klägerin von ihrer dinglichen Haftung befreit sein will, so nimmt sie eigene Interessen wahr und kann keine Rede davon sein, daß sie lediglich den Zweck verfolge, dem Beklagten Schaden zuzufügen. - Ebensowenig liegt eine unzulässige Rechtsausübung seitens der Klägerin vor. Insbesondere bieten die Zusagen der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank vom 10. und 22. November 1951 keine Gewähr, daß die Klägerin mit ihrem Grundstück nicht doch für die Schuld des Beklagten eintreten muß. Selbst wenn die Klägerin dem entsprechenden Vorschlag zugestimmt hätte, was nach dem Brief ihres Rechtsanwalts vom 30. November 1951 zweifelhaft erscheint, würde überdies darin zunächst nur eine Vereinbarung zwischen der Grundstückseigentümerin und der Hypothekengläubigerin liegen, die das Verhältnis zwischen den Parteien nicht zu berühren brauchte. - Für das Vorliegen einer unerlaubten Handlung der Klägerin im Sinne des

§ 826 BGB aber, die der Beklagte in ihrem Klagverlangen sehen will, fehlt jeder schlüssige Vortrag. - Der der Klägerin vom Berufungsgericht zuerkannte Anspruch ist auch nicht etwa auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Allerdings geht das Berufungsgericht davon aus, der Anspruch der Klägerin könne nur im Wege der Tilgung der persönlichen Schuld des Beklagten erfüllt werden. Ein solches Verlangen würde aber - jedenfalls solange ein anderer Weg offen stünde, die Hypothek auf dem Grundstück der Klägerin abzulösen - unbegründet sein, da es über den berechtigten Anspruch der Klägerin weit hinausgehen würde. Der Beklagte könnte der Hypothekengläubigerin wegen der auf ein Zehntel des Nennwerts in Deutsche Mark umgestellten Hypothek ein anderes Grundpfandrecht bestellen bzw., falls ihm geeignetes Grundeigentum nicht zur Verfügung stünde, etwa durch Abtretung einer von anderer Seite zu erwerbenden Grundschild anderweite Sicherheit schaffen und dadurch die Freigabe des Grundstücks der Klägerin erreichen. Sollte dieser Weg ungangbar und der Beklagte doch zu vorzeitiger Tilgung seiner Schuld gezwungen sein, um dem Befreiungsanspruch der Klägerin zu genügen, so verweist das Berufungsgericht mit Recht auf die von der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank bestätigte Befugnis zur vorzeitigen Tilgung. Hinsichtlich der Hypothekengewinnabgabe dürfte allerdings bei der nur beschränkten Ablösungsmöglichkeit des § 111 Abs 5 LAG die vorzeitige Tilgung der Schuld gemäß § 199 LAG notwendig sein, sie von jeder Haftung freizustellen (vgl auch § 111 Abs 3 LAG hinsichtlich der persönlichen Haftung), andererseits aber auch mit Rücksicht auf die Bemessung des Ablösungswerts nach § 199 Abs 2 LAG i.V. mit der 1. AbgabenDV - LA vom 8. Oktober 1952 (BGBI I, 649) dem Beklagten entsprechende Vorteile bieten.

IV.

1. Ist somit im Ergebnis dem Berufungsgericht zuzustimmen, daß der Befreiungsanspruch der Klägerin grundsätzlich begründet ist, so ist der Revision der Erfolg zu versagen, soweit es sich um das umgestellte dingliche Recht der Hypothekengläubigerin selbst handelt.

Daß dabei zwischen der Verurteilung des Beklagten durch das Landgericht und der Berufungsverhandlung annehmbar weitere Tilgungsraten gezahlt sind, diese aber mangels Anzeige der Parteien vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt sind, beschwert den Beklagten nicht. Denn dieser ist nicht zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme, sondern zur Befreiung der Klägerin von einer Verbindlichkeit verurteilt, so daß der Umfang der Verurteilung begrifflich durch den Bestand der Verbindlichkeit begrenzt wird.

2. Hinsichtlich des öffentlichen Anspruchs in Höhe von neun Zehnteln der jeweiligen Verbindlichkeit bestehen dagegen in verschiedener Hinsicht Bedenken gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts. Zwischen den beiden Schlußverhandlungen der Tatsacheninstanzen ist durch die Lastenausgleichsgesetzgebung eine wesentliche Änderung der Rechtslage eingetreten. Obwohl die der Klägerin lästige Umstellungsgrundschild gemäß § 120 LAG erloschen ist, hat sich das Berufungsgericht darauf beschränkt, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen und damit seine Verurteilung, die Klägerin von der Umstellungsgrundschild zu befreien, aufrechterhalten, ohne eine Änderung des Klagantrags anzuregen.

Die sich daraus ergebenden Bedenken mögen im Wege der Umdeutung des Urteils zu beheben sein, wenn auch die an die Stelle der Umstellungsgrundschuld getretene öffentliche Last des § 111 LAG einen anderen Inhalt hat und auch eine persönliche Haftung der Klägerin nach Absatz 3 dieser Vorschrift einschließt. Auch wenn der Beklagte nach der Urteilsfassung die Befreiung der Klägerin insoweit ebenfalls der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank gegenüber durchführen soll, würden deshalb keine Bedenken bestehen, weil diese Bank beauftragte Stelle der Finanzverwaltung hinsichtlich der Abgabentrachtung ist (vgl. § 139 LAG und 4. Abgaben DV-LA vom 8. Oktober 1952, BGBl I, 662; ferner zweite und dritte Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 20. Oktober bzw. 22. Dezember 1952 zum Vollzug des steuerlichen Teils des Lastenausgleichsgesetzes; hier: Verwaltung der Hypothekengewinnabgabe, Bayerischer Staatsanzeiger Nr 43 S 3, Nr 52 S 2).

Dagegen erscheint es zweifelhaft, ob die Klägerin der Hypothekengewinnabgabe überhaupt unterliegt. Wie oben unter II, 2 ausgeführt, hat die Klägerin die Hypothek für eine fremde Schuld, die des Beklagten bestellt, ohne die persönliche Haftung mit zu übernehmen. In diesem Falle würde nach § 91 Abs 1 Nr 1 LAG die Abgabe an sich gar nicht ausgelöst werden, die einen Schuldnergewinn durch Umstellung von Grundpfandrechten an einem Grundstücke des Schuldners voraussetzt. Das Grundstück der Klägerin würde allerdings einem solchen gleichzustellen sein, wenn die Parteien an dem für die Veranlagung zur Vermögenssteuer für das Kalenderjahr 1949 maßgebenden Zeitpunkt nicht dauernd voneinander getrennt gelebt haben (Abs 5 Nr 1 der angeführten Vorschrift i.V. mit § 11 des

Vermögenssteuergesetzes). Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen, seit wann die Parteien getrennt lebten. Selbst wenn eine getrennte Veranlagung der Parteien für den maßgebenden Stichtag, den 1. Januar 1949, nicht den 21. Juni 1948, nicht in Betracht kommen sollte, könnte die Klägerin gemäß § 97 Abs 1 Nr 1 LAG von der Hypothekengewinnabgabe befreit sein, weil der Umstellungsgewinn des Beklagten an seiner persönlichen Schuld der Kreditgewinnabgabe unterliegen könnte. Der Beklagte will das Darlehen seinerseits für geschäftliche Zwecke aufgenommen haben, um eine günstige Möglichkeit wahrzunehmen, Rohstoffe zu kaufen. Die Klägerin meint zwar, er habe es für persönliche Zwecke verwendet. Indessen erscheint es unwahrscheinlich, daß ein Pfandbriefinstitut vom Range der hier in Betracht kommenden Gläubigerin für den persönlichen Verbrauch ein derartiges Pfandbriefdarlehen gewährt. Daß der Beklagte einen größeren Geschäftsbetrieb führt und auch einen Prokuristen angestellt hat oder wenigstens früher hatte, ist unstreitig. Es ist daher anzunehmen, daß er Vollkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet und daher gehalten gewesen ist, eine DM-Eröffnungsbilanz aufzustellen (§ 1 DMBG). Damit würde nach § 161 Abs 1 LAG die Voraussetzung gegeben sein, daß der hier in Betracht kommende Schuldnergewinn dem Beklagten gegenüber durch die Kreditgewinnabgabe erfaßt würde. Bemessungsgrundlage könnte hier eine andere als bei der Hypothekengewinnabgabe sein (vgl § 162 gegen § 99 LAG). Auch hier könnte gemäß § 170 LAG eine Mithaftung der Klägerin gegeben sein. Diese würde aber nur persönlicher Art sein und weder ein Begehren der Klägerin, von der dinglichen Haftung ihrer Grundstücke befreit zu werden, noch ihr Verlangen rechtfertigen, der Beklag-

te solle die befreiende Zahlung an die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank leisten. Feststellungen in vorstehender Hinsicht trifft das Berufungsgericht ebenfalls nicht.

Daß die Berufungsbegründung beide Punkte nicht behandelt, beruht darauf, daß sie vor Verkündung des Lastenausgleichgesetzes eingereicht ist. Auch ohne eine entsprechende Revisionsrüge aus § 139 ZPO ist im Revisionsverfahren zu beachten, daß das Berufungsgericht diese Fragen von Amts wegen hätte erörtern müssen. Nachdem im Laufe des Berufungsverfahrens eine grundlegende Änderung der Gesetzgebung eingetreten war, erforderte die Prüfung der Schlüssigkeit dieses Teils des Klagbegründens die genaue Darlegung der Klägerin, daß sie noch fernerhin in Höhe von neun Zehnteln des nicht getilgten Hypothekenbetrages zum Lastenausgleich herangezogen werde. Diese Prüfung konnte auch nicht durch die undatierte, rein rechnungsmäßige Aufstellung der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank ersetzt werden, die sich bei den Akten befindet. Aus ihr sind einmal die rechtlichen Grundlagen der Berechnung nicht zu erkennen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, daß dieser Gläubigerin alle persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse der Parteien so genau bekannt waren, daß sie eine einer Veranlagung gleichkommende genaue Berechnung geben konnte.

Schon diese Unterlassung muß im bezeichneten Umfange zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache führen, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, diese Prüfung in tatsächlicher Hinsicht nachzuholen und ihr Ergebnis rechtlich zu würdigen.

3. Diese Entscheidung macht sich aber auch noch nach dem von der Revision mit der Rüge aus § 812 BGB vorgetragenen Gedankengang notwendig. Vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus, der Beklagte sei nach § 73 EheG verpflichtet, die Klägerin von ihrer dinglichen Haftung zu befreien, beanstandet die Revision, bei der nach ihrer Ansicht gemäß den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu bemessenden Verpflichtung des Beklagten (§§ 73 Abs 1 S 2 EheG, 531, 812 BGB) sei nicht beachtet, daß die Klägerin infolge der Belastung ihres Grundstücks in erheblichem Maße von der allgemeinen Lastenausgleichsabgabe (Vermögensabgabe) befreit sei. Zwar ist diese Rüge in ihrer rechtlichen Begründung durch Ausfall des Anspruchs aus § 73 EheG gegenstandslos. Ihren Gedankengang wird aber das Berufungsgericht bei der erneuten Prüfung des Klaganspruchs unter dem Gesichtspunkt des § 670 BGB zu beachten haben. Die Aufwendung der Klägerin zur Erfüllung ihrer Auftragsverpflichtung gegenüber dem Beklagten bestand in der Belastung ihres Grundstücks mit der Hypothek der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank. Ihr Ersatzanspruch wirkt sich hier, wie schon oben erwähnt, in einem Befreiungsanspruch aus (§ 257 BGB). Dieser Anspruch erfaßt aber nicht unbedingt die gesamten neun Zehntel der Hypothek, soweit sie am Stichtag noch valuiert war. Denn je nach dem Ergebnis der Veranlagung der Parteien zu den verschiedenen Lastenausgleichsabgaben kann sich eine geringere Belastung des Vermögens der Klägerin allein mit Ausgleichsabgaben ergeben, als sie dieses treffen würde, wenn die Grundstücke der Klägerin am Stichtag nicht mit der Hypothek belastet gewesen wären. Wenn das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt für den Anspruch aus § 73 EheG für unerheblich hält, so kann dies jedenfalls für

den Anspruch aus § 670 BGB nicht gelten. Es kommt hier auch nicht auf den Rechtsgedanken der Vorteilsanrechnung im Falle einer Schadenszufügung an (vgl BGHZ 8, 325 [328/330]), den die Revision entsprechend heranziehen will. Denn die Vorteilsausgleichung ergibt sich hier aus dem Wesen des Klaganspruchs selbst. Führt die Bestellung der Hypothek zu Gunsten des Beklagten in ursächlichem Zusammenhang zu einer geringeren Heranziehung zu den Abgaben des Lastenausgleichs, die die Klägerin im Innenverhältnis der Parteien allein treffen würden, dann mindert diese Folge nachträglich die entsprechende Aufwendung der Klägerin. Dabei kann nicht, wie die Revisionsbeantwortung meint, für jeden Fall der Gestaltung der Abgabepflicht der Parteien von vornherein ausgeschlossen werden, daß eine solche Minderung der Ausgleichslast der Klägerin eintreten könnte. Die Frage wird erst durch die Veranlagung der Parteien zu den einzelnen Abgaben entschieden werden. Die Klägerin kann gegebenenfalls Befreiung von ihrer Lastenausgleichsschuld wegen der Hypothek nur insoweit verlangen, als diese die Abgabenschuld übersteigt, die sie ohne die Belastung ihrer Grundstücke mit der Hypothek getroffen hätte. Dabei ist es auch ohne Belang, daß der Befreiungsanspruch der Klägerin sich in einer sofortigen Tilgung der Abgaben, sei es der Kreditgewinnabgabe, sei es der Hypothekengewinnabgabe, auswirkt, während sie eine sonst erhöht zu leistende Vermögensabgabe von sich aus nur in Jahresraten abzutragen hätte. Die Vorteilsanrechnung ist in diesem Falle durch Gegenüberstellen der Ablösungswerte der verschiedenen Abgaben (§ 199 LAG) vorzunehmen und danach der Teil der Abgabe zu ermitteln, von der die Klägerin gegebenenfalls keine Befreiung fordern darf, weil dieser sie ohne die Bestellung der Hypothek in der Form der Vermögensabgabe getroffen hätte.

Die Ermittlung des anzurechnenden Vorteils der Klägerin wird allerdings nicht allein auf die bereits erwähnte Aufstellung der Hypothekengläubigerin gestützt werden können, deren Berechnungsgrundlage nicht erkennbar ist. Das Berufungsgericht wird vielmehr auf eine schlüssige Darlegung durch den Beklagten hinzuwirken haben, welche die einschlägigen Bestimmungen des Lastenausgleichsgesetzes berücksichtigt. Wie oben in anderem Zusammenhange ausgeführt, wird dabei von Bedeutung sein, ob die Parteien getrennt oder zusammen veranlagt bzw. noch zu veranlagen sind (hier §§ 22, 38 LAG) und ob eine Hypothekengewinnabgabe oder einen Kreditgewinnabgabe in Betracht kommt. Im Falle gemeinsamer Veranlagung wird auch der Einfluß einer etwa gemäß § 66 LAG durchgeführten Aufteilung der Abgabenlast, die zunächst das öffentlich-rechtliche Außenverhältnis der Parteien hinsichtlich ihrer Abgabenschuld trifft, auch auf das Innenverhältnis der Parteien zu prüfen sein.

Der Entschließung des Berufungsgerichts wird vorbehalten bleiben, ob es die weitere Entscheidung des Rechtsstreits von der rechtskräftigen Veranlagung der Parteien zu den Lastenausgleichsabgaben abhängig machen, den Rechtsstreit also bis zu dessen Durchführung gemäß § 148 ZPO aussetzen will.

V.

Die Aufhebung des Berufungsurteils wegen eines Teils der Hauptsache hat seine Aufhebung hinsichtlich der Kosten zur Folge.

Dem Berufungsgericht ist auch zu übertragen, über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden.

Dr. Tasche

Dr. v. Normann

Dr. Hückinghaus

Schuster

Dr. Großmann