

Für das Nachschlagewerk
Für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: BGB § 2039; ZPO §§ 52, 246

Rechtssatz: Wenn einem Zivilrechtsstreit dadurch ein Mangel anhaftet, daß der Kläger z.Zt. der Klagerhebung und weiterhin bis zu seinem Tode geschäftsunfähig war, so kann nach dem Tode des bisherigen Klägers ein einzelner Miterbe den Rechtsstreit aufnehmen und durch Genehmigung der seitherigen Prozeßführung den Mangel des bisherigen Verfahrens heilen.

2. Gesetz: ZPO § 355

Rechtssatz: Wenn ein Sachverständiger im Einverständnis mit den Parteien zur Vorbereitung seines Gutachtens allein ohne das Gericht Zeugen vernimmt, so können die so gewonnenen Ergebnisse als Grundlagen für das Gutachten des Sachverständigen dienen. Wenn eine Partei diese Ergebnisse nicht gelten lassen will, so muß sie besondere Anträge auf gerichtliche Vernehmung von Zeugen stellen. Tut sie dies nicht, so kann sie das eingeschlagene Verfahren in der Revisionsinstanz nicht mehr rügen.

Aktenzeichen: V ZR 186/55
Urteil des BGH vom 30. Januar 1957

LG München I
OLG München

V ZR 186/55

Verkündet am 30. Januar 1957
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Pförtnersehefrau Therese Ba[REDACTED] geborenen K[REDACTED],
als Erbin oder Miterbin der am 27. September 1953 verstor-
benen Anna A[REDACTED], in M[REDACTED], P[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin,
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Spenglersehefrau Hermine B[REDACTED] geborene S[REDACTED] in
A[REDACTED] bei M[REDACTED], Haus Nr [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte,
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. Januar 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Augustin, Dr. Oechßler, Dr. Rothe und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 26. Mai 1955, soweit die Klage abgewiesen wur-
de, und im Kostenpunkt aufgehoben.

Die Sache wird in diesem Umfang zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Die Anschlußrevision der Beklagten gegen dieses
Urteil wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Hälfte der Kosten des Revi-
sionsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die
andere Hälfte der Kosten des Revisionsverfahrens wird
dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die am ¹⁸⁷⁰ [REDACTED] geborene, im Laufe des Rechtsstreits gestorbene Krankenhausdienerswitwe Anna A [REDACTED] geb. S [REDACTED], die frühere Klägerin, war Eigentümerin des Hauses P [REDACTED] straße [REDACTED] in M [REDACTED]. Am 23. März 1945 errichtete sie vor dem Notar Hans H [REDACTED] in M [REDACTED] (Notariat München XII) ein Testament, in dem sie ihre "Nichte und Pflege Tochter" Therese Ba [REDACTED] geb. K [REDACTED] zur Alleinerbin einsetzte. Das Testament wurde dem Amtsgericht München in amtliche Verwahrung gegeben, aber am 24. März 1949 wieder aus der Verwahrung zurückgegeben.

Am 27. September 1950 schloß Frau A [REDACTED] mit der damals noch unverheirateten Beklagten, ihrer Großnichte, einen notariellen Übergabevertrag über das Anwesen P [REDACTED] straße [REDACTED]. Die Beklagte verpflichtete sich dabei, der Übergeberin auf Lebensdauer Wart und Pflege angedeihen zu lassen und ihr die verlangten persönlichen Dienstleistungen zu gewähren. Der Eigentumswechsel wurde am 11. Oktober 1951 im Grundbuch eingetragen. Anfang Oktober 1950 zog die Beklagte zur Übergeberin und blieb dort, bis sie nach etwa zwei Monaten erkrankte. Nach ihrer Wiederherstellung kehrte sie nicht mehr zur Übergeberin zurück.

Mit Schreiben ihres Anwalts vom 21. Dezember 1950 focht die Übergeberin den Übergabevertrag wegen Irrtums an, weil sie die Beklagte nur zur Erbin habe einsetzen, aber keinen Übergabevertrag mit ihr habe abschließen wollen, von der Beklagten und deren Vater über den Unterschied einer Verfügung unter Lebenden und einer solchen von Todes wegen getäuscht worden sei und sie selbst infolge ihres

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Alters und ihrer geistigen Verfassung diesen Unterschied nicht begriffen habe. Außerdem habe sie erst jetzt von einem Brief des Vaters der Beklagten vom 31. März 1928 Kenntnis erhalten, worin sie verleumdet worden sei. Dieser Brief habe sie so mißtrauisch gemacht, daß sie fortan auf jegliche Betreuung durch die Beklagte verzichtet habe. Da die Beklagte schon vorher ihre Verpflichtung zur Betreuung der Übergeberin in keiner Weise erfüllt habe und der Übergabevertrag sich als Schenkung darstelle, sei sie auch zum Widerruf dieser Schenkung aus dem Gesichtspunkt des groben Undanks berechtigt. Demgemäß beantragte die Übergeberin Feststellung der Nichtigkeit des Übergabevertrags und Verurteilung der Beklagten zur Rückgabe und Rückauflassung des Anwesens an die Übergeberin sowie zur Bewilligung der Wiedereintragung der Übergeberin als Eigentümerin.

Durch Vertrag vom 3. Juni 1952 hat Frau A. [REDACTED] die Therese Ba. [REDACTED] an Kindes Statt angenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Voraussetzungen für die Anfechtung und für einen Schenkungswiderruf verneint.

Frau Achatz hat Berufung eingelegt und hat dabei insbesondere noch geltend gemacht, der Übergabevertrag vom 27. September 1950 sei nichtig, weil sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit geschäftsunfähig gewesen sei.

Am 27. September 1953 ist die Übergeberin in der Heil- und Pflegeanstalt E. [REDACTED] M. [REDACTED] gestorben und laut Erb-

schein des Amtsgerichts - Nachlaßgerichts - München vom 15. Dezember 1953 von ihrer Adoptivtochter Therese Ba[REDACTED] allein beerbt worden. Diese setzte den Rechtsstreit fort, wiederholte die gestellten Anträge mit der Maßgabe, daß Rückauflassung, Eintragungsbewilligung und Herausgabe nunmehr zu ihren Gunsten zu erfolgen hätten. Nachträglich, am 15. Juli 1955, ist der Erbschein vom 15. Dezember 1953 als unrichtig eingezogen worden.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben und festgestellt, daß der zwischen Anna A[REDACTED] und der Beklagten am 27. September 1950 geschlossene Übergabevertrag über das Anwesen P[REDACTED]straße [REDACTED] in M[REDACTED] nichtig ist. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Klage abgewiesen worden ist, die Zurückverweisung der Sache und die Zurückweisung der Anschlußrevision der Beklagten.

Die Beklagte hat nach Ablauf der Revisionsfrist Anschlußrevision erhoben mit dem Antrag,

1. die Revision der Klägerin zurückzuweisen,
2. auf die Anschlußrevision der Beklagten das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als es der Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts stattgegeben hatte,
3. die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Übergeberin sei zur Zeit des Abschlusses des Übergabevertrags vom 27. September 1950 wegen des sich fortschreitend entwickelnden hirnarteriosklerotischen Verwirrheitszustands geschäftsunfähig gewesen und sei dies bis zu ihrem Tode am 27. September 1953 geblieben. Sie sei somit im Zeitpunkt der Klagerhebung im März 1952 nicht prozeßfähig gewesen. Die von dem Prozeßbevollmächtigten angestrengte Klage sei daher nicht rechtswirksam gewesen. Eine nachträgliche Heilung des Mangels sei nicht erfolgt. Die Übergeberin habe die Prozeßfähigkeit nicht mehr erlangt. Im Laufe des Rechtsstreits sei ihr am 12. Mai 1953 die Therese Ba[REDACTED] als Pflegerin zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten bestellt worden. Daß sie die Prozeßführung genehmigt hätte, sei nicht behauptet. Sie wäre dazu auch nicht ermächtigt gewesen; denn sie sei nur zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Übergeberin bestellt worden und die Prozeßführung gehöre in den Kreis der Vermögensangelegenheiten. Der Pfleger habe nur innerhalb der vom Vormundschaftsgericht gesetzten Grenzen die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Eine beschränkte Pflegschaft sei zulässig. Die Klagerhebung durch einen Prozeßunfähigen sei aber nicht wirkungslos. Sie setze ein Verfahren in Lauf, in dem über den Mangel der Prozeßfähigkeit zu verhandeln und zu entscheiden sei. Der Prozeß könne weitergeführt und auch in die höhere Instanz gebracht werden.

Durch den Tod der Übergeberin sei keine Unterbrechung des Verfahrens eingetreten, da die Übergeberin anwaltschaftlich vertreten gewesen sei. Der Mangel einer wirksamen Prozeßvollmacht stehe der Anwendung des § 246 ZPO nicht entgegen.

gen. Der Prozeß sei auf die Erben übergegangen. Diese hätten die Wahl gehabt, entweder die bisherige Prozeßführung zu genehmigen oder die Folgen der Prozeßunfähigkeit geltend zu machen. Die Erben seien bisher nicht ermittelt. Therese Bachhuber habe einen Erbschein des Nachlaßgerichts München vom 15. Dezember 1953 VI 6482/53 vorgelegt, wonach sie als Adoptivtochter auf Grund Gesetzes Alleinerbin der Übergeberin sei. Der Erbschein sei für das Gericht nicht bindend. Der Adoptionsvertrag vom 3. Juni 1952 sei nichtig, da zur Zeit seines Abschlusses die Übergeberin dauernd geschäftsunfähig gewesen sei. Ein Erbrecht könne also Therese Ba[REDACTED] nicht geltend machen. Das könne auch nicht geschehen auf Grund des notariellen Testaments der Erblasserin vom 23. März 1945, denn dieses Testament gelte mit der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung am 24. März 1949 als widerrufen (§ 34 Abs 1 TestG = jetzt § 2256 BGB).

Daß die Übergeberin bereits im Zeitpunkt der Zurücknahme des Testaments geschäftsunfähig gewesen sei, sei nicht erwiesen. Es sei dafür kein Anhaltspunkt aus dem Gutachten der Heil- und Pflegeanstalt Haar zu entnehmen. Die fortschreitende Entwicklung der Geschäftsunfähigkeit spreche gegen eine Geschäftsunfähigkeit schon im Frühjahr 1949.

Es greife somit die gesetzliche Erbfolge Platz. Danach sei die jetzige Klägerin Ba[REDACTED] unstreitig nur zu einem Bruchteil an der Erbengemeinschaft beteiligt. Zum Nachlaß gehöre auch der im Streit befangene Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des Übergabevertrags und auf Verurteilung der Beklagten zur Rückauflassung, Eintragungsbewilligung und Herausgabe. Die Klägerin Ba[REDACTED] könne Ansprüche, die zum Nachlaß gehörten, allein geltend machen. In der Fort-

Führung des Verfahrens durch Therese Ba[REDACTED] sei ein Verzicht auf Rüge des dem Verfahren anhaftenden Mangels und eine Genehmigung des gesamten früheren Verfahrens zu finden. Eine Aufhebung des Urteils und eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Prozeßfähigkeit komme nicht mehr in Betracht. Eine Klageänderung liege in der Fortführung des Verfahrens durch die Therese Ba[REDACTED] nicht.

Jeder Miterbe sei nach § 2039 BGB berechtigt, zum Nachlaß gehörige Ansprüche allein geltend zu machen. Dies könne auch durch Feststellungsklage geschehen, die nicht auf Feststellung gegenüber einer Erbengesamtheit zu gehen brauche.

Der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Übergabevertrags sei eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO. Diese sei möglich, da aus dem streitigen Rechtsverhältnis außer dem mit der Hauptklage verfolgten Anspruch noch weitere Ansprüche erwachsen sein könnten. Daß der Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrags schon vor Erhebung der Klage entstanden und der Feststellungsantrag schon in der Klage enthalten gewesen sei, spiele keine Rolle.

Der Feststellungsantrag sei auch sachlich begründet, da die Übergeberin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nach dem Gutachten der Heil- und Pflegeanstalt Haar vom 21. Juni 1954 geschäftsunfähig gewesen sei.

Dagegen könne Therese Ba[REDACTED] die Erfüllung der aus der Nichtigkeit des Übergabevertrags sich ergebenden Verpflichtungen zur Rückauflassung, Eintragungsbewilligung und Herausgabe des Grundbesitzes nicht zu ihren Gunsten

allein, sondern nur an alle Miterben gemeinschaftlich fordern. Der Forderung zur Leistung an sie allein stehe die von Amts wegen zu prüfende mangelnde Sachbefugnis entgegen, so daß die Klage insoweit habe abgewiesen werden müssen.

Dagegen haben die Klägerin Revision, die Beklagte Anschlußrevision erhoben.

II. Zur Revision der Klägerin:

Die Klägerin macht geltend, das Berufungsgericht nehme an, die Übergeberin sei am 27. September 1950 geschäftsunfähig gewesen und es bis zu ihrem Tod geblieben, dagegen sei die Geschäftsunfähigkeit der Übergeberin am 24. März 1949 im Zeitpunkt der Zurücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung nicht bewiesen. Das Gutachten habe sich entsprechend dem Beweisbeschluß vom 17. September 1953 nur über den Zustand der Geschäftsunfähigkeit am 27. September 1950 und später ausgesprochen und die Zeit vorher erkennbar nicht in den Kreis der Betrachtungen gezogen. Das Berufungsgericht habe aus dem Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 18. Oktober 1954 S 3 Bl 128 GA) erkennen müssen, daß sie die Geschäftsunfähigkeit der Übergeberin auch für das Jahr 1949 behaupten und unter Beweis stellen wolle. Es liege daher ein Verstoß gegen § 139 ZPO vor. Es hätten sich auch in den Angaben der Zeugen vor dem Sachverständigen Anhaltspunkte ergeben, die den früheren Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nahegelegt hätten.

Dieser Einwand mußte Erfolg haben. Die Auffassung der Revision, von der offensichtlich auch das Berufungsgericht ausging, ist richtig, daß die Zurücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung nur dann die Wirkung des Widerrufs gehabt hat, wenn Frau A. [REDACTED] damals geschäftsfähig und insbesondere testierfähig war; denn die Zurücknahme eines Testaments aus der Verwahrung ist eine Verfügung von Todes wegen (Vogels, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938 4. Aufl Anm 2 b zu § 34; Soergel BGB Erbrecht 8. Aufl Anm 2 zu § 2256; RGRKom 10. Aufl Anm 2 zu § 2256; Palandt BGB § 2256, Anm 2).

Da der Zeitpunkt der Zurücknahme des Testaments - 24. März 1949 - nicht allzu lange vor dem Zeitpunkt lag, für den der Sachverständige die Geschäftsunfähigkeit bejahte - 27. September 1950 - so lag die Frage nahe, ob Frau Achatz nicht auch schon damals geschäftsunfähig war. Es ist daher der Revision zuzustimmen, daß das Berufungsgericht die Pflicht gehabt hätte, eine Erklärung der Klägerin herbeizuführen, ob sie die Geschäftsunfähigkeit der Frau A. [REDACTED] schon für die Zeit von März 1949 behaupten und unter Beweis stellen wolle, zumal wenn es merkte, daß die Klägerin diesen naheliegenden Beweisantrag übersah. Dies hätte umsomehr geschehen sollen, als aus den Akten Äußerungen ersichtlich waren, die der Sachverständige festgestellt hatte und die schon auf einen früheren Beginn der Geschäftsunfähigkeit hinwiesen. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt allerdings nicht darin, daß das Berufungsgericht aus den angeführten Gründen nicht den Schluß gezogen hat, daß die Geschäftsunfähigkeit schon im Jahre 1949 bestanden habe; denn wenn

die Revision das angreifen wollte, was nicht ganz klar ist, so würde es sich um einen unzulässigen Angriff auf die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts handeln.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe die angebotenen Beweise nicht erschöpft, da es sie gar nicht erhoben habe. Denn die Anhörung durch den Sachverständigen Dr. Lieser sei keine Zeugenvernehmung.

Aus den Akten des Berufungsgerichts ergibt sich nämlich: Gemäß Beweisbeschluß vom 17. September 1953 (Bl 63 GA) sollte von der Direktion der Heil- und Pflegeanstalt Haar ein Gutachten über den derzeitigen und den am 27. September 1950 bestandenen Geisteszustand der Frau A. [REDACTED] eingeholt werden. Mit Schreiben vom 18. November 1953 (Bl 68 GA) hat der Sachverständige Dr. Lieser gebeten, einen Termin anzusetzen, in dem der Sachverständige eine eingehende Befragung von 9 Zeugen durchführen könne. Der Berichterstatter des Berufungsgerichts ließ darauf am 13. Dezember 1953 die Zeugen auf den 17. Dezember 1953 ins Gerichtsgebäude laden (Bl 68 R GA), und dort vernahm der Sachverständige an diesem Tag in Abwesenheit des Gerichts, aber unter Beiziehung einer Justizangestellten als stellvertretenden Urkundsbeamtin und Protokollführerin und im Beisein der Parteivertreter sieben als Zeugen benannte Personen und die beiden Parteien (Bl 71 GA).

Auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten wurde dann vom Berichterstatter am 4. Februar 1954 ein neuer Termin auf den 22. Februar 1954 bestimmt (Bl 82 R GA). In diesem Termin hat der Sachverständige wieder in Abwesenheit des Gerichts, aber in Gegenwart der Parteivertreter weitere acht als Zeugen benannte Personen vernommen (Bl 89 GA).

Die Angaben dieser Personen bildeten mit anderen Erkenntnisquellen zusammen die Grundlage für das Gutachten des Sachverständigen. Dieses bestätigte die von der Klägerin aufgestellte Behauptung, Frau A. [REDACTED] sei am 27. September 1950 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geschäftsunfähig gewesen und diese Geschäftsunfähigkeit sei eine dauernde gewesen.

Es ist nun nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin durch dieses Verfahren, daß der Sachverständige die Zeugen vernommen hat, beschwert sein soll; denn der Sachverständige kommt ja zu dem von der Klägerin behaupteten Ergebnis. Die Klägerin kann somit mit dieser Einwendung das Berufungsurteil nicht erschüttern, und es braucht an dieser Stelle nicht geprüft zu werden, ob das Verfahren des Gerichts zu billigen oder zu beanstanden ist.

Es war daher zum Zweck der Prüfung, ob Frau A. [REDACTED] auch schon am 24. März 1949 geschäftsunfähig war, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Denn wenn Frau A. [REDACTED] schon am 24. März 1949 geschäftsunfähig gewesen wäre, wäre das notarielle Testament vom 23. März 1945 als noch gültig anzusehen. Dann wäre die Klägerin als Alleinerbin der Frau A. [REDACTED] und als legitimiert anzusehen, auch die weiteren von ihr geltend gemachten Ansprüche zu erheben. Die weitere Frage, ob etwa Frau A. [REDACTED] bereits bei Errichtung des Testaments am 23. März 1945 geschäftsunfähig gewesen sei, was zur Folge hätte, daß das Testament von vornherein nicht gültig gewesen wäre, ist im Berufungsverfahren nicht erörtert. Anhaltspunkte dafür sind auch nicht ersichtlich.

III. Zur Revision der Beklagten:

1. Die Revision der Beklagten hält die Annahme für rechtsirrig, daß in der Fortführung des Verfahrens durch die jetzige Klägerin ein Verzicht auf die Rüge des Mangels der Prozeßfähigkeit der ursprünglichen Klägerin und eine Genehmigung des früheren Verfahrens zu finden sei. Sie meint, die jetzige Klägerin könne zwar als Miterbin gemäß § 2039 BGB zum Nachlaß gehörige Ansprüche allein ohne Mitwirkung der übrigen Erben geltend machen und auch allein ohne Zustimmung der Miterben einen durch den Tod der Erblasserin unterbrochenen Rechtsstreit aufnehmen. Etwas anderes aber sei es, ob sie allein einen rechtswirksamen Verzicht auf die Rüge eines dem Verfahren anhaftenden Mangels und eine Genehmigung des früheren Verfahrens aussprechen könne. Das sei zu verneinen. Grundsätzlich könnten die Erben über die auf die Erbengemeinschaft übergegangenen Rechte nur gemeinsam verfügen. § 2039 BGB dürfe als Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend ausgelegt werden. Es könne daher die Genehmigung der mangelhaften Klage und des mit Mängeln behafteten Verfahrens nur von allen Erben gemeinsam ausgesprochen werden.

Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn der einzelne Miterbe einen der Erbengemeinschaft zustehenden Anspruch allein im Prozeßweg geltend machen kann und nur materiell in der Form seines Antrags die Rechte der übrigen Miterben berücksichtigen muß, wenn er also einen Rechtsstreit über einen solchen zum Nachlaß gehörigen Anspruch (auch Feststellungsanspruch) neu beginnen oder einen bereits anhängigen Rechtsstreit aufnehmen und weiterführen darf (vgl BGHZ 14, 251

[254]), so ist kein Grund einzusehen, daß er nicht auch Mängel, mit denen dieser bereits anhängige Rechtsstreit behaftet ist, beseitigen darf, soweit dies noch möglich ist. Denn der Rechtsstreit als solcher ist nicht ein Vermögensobjekt der Erbengemeinschaft, sondern jeder Miterbe kann in den Rechtsstreit eintreten und ihn weiterführen, der Rechtsstreit ist also von der Aufnahme an der Rechtsstreit des betreffenden Miterben. Ob es anders wäre, wenn eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegen würde, kann dahingestellt bleiben, denn das ist bei einem Anspruch aus § 2039 BGB nicht der Fall (Stein-Jonas-Schönke ZPO § 62 II, 3; RGZ 95, 97 [98]).

2. Auch die Revision der Beklagten rügt, ebenso wie die der Klägerin, daß die Befragung der Zeugen, auf deren Aussagen das Gutachten des Sachverständigen in weitem Umfang beruht, nicht durch das Gericht, sondern durch den Sachverständigen in Abwesenheit des Gerichts erfolgt sei. Da der Sachverständige, der sich auf diese Angaben stützt, zu einem der Beklagten ungünstigen Ergebnis kommt und das Berufungsgericht diesem Gutachten des Sachverständigen folgt, ist die Beklagte für den Fall, daß das Verfahren, das das Gericht damit zugelassen hat, fehlerhaft ist, beschwert.

Das Verfahren, das das Berufungsgericht eingeschlagen hat, hat in der Prozeßordnung keine Grundlage und widerspricht auch den Zwecken, auf Grund deren das Prozeßverfahren aufgebaut ist (RGZ 156, 334 [338]). Sache allein des Gerichts ist es, den Sachverhalt festzustellen, der rechtlich zu beurteilen ist. Der Sachverständige ist der Gehilfe des Richters bei dieser Beurteilung, er muß also

die tatsächlichen Feststellungen seiner Beurteilung zugrunde legen, die das Gericht getroffen hat. Wenn z.B. widersprechende Zeugenaussagen einander gegenüberstehen, so hat das Gericht, nicht der Sachverständige, festzustellen, welche Zeugenaussagen für die Entscheidung als richtig anzusehen sind, und der Sachverständige hat diese Feststellungen des Gerichts auch bei seiner Beurteilung als maßgebend zu behandeln. Es kann dabei sogar geboten erscheinen, daß das Gericht auf Grund vorgängiger Beratung dem Sachverständigen genau mitteilt, von welchem vom Gericht festgestellten Tatbestand er auszugehen hat. Im vorliegenden Fall hat sich der Sachverständige in der Hauptsache auf die Aussage zweier Ärzte, Dr. He[REDACTED] und Dr. Kr[REDACTED], gestützt, die Frau A[REDACTED] zu Lebzeiten behandelt haben. Es ist zuzugeben, daß es sachlich nicht viel anders ist, als wenn der Sachverständige Krankengeschichten über frühere ärztliche Behandlungen der Patientin benutzt hätte oder etwa Angehörige über frühere Beobachtungen an der Kranken befragt hätte. Solche Zeugenaussagen könnten gegebenenfalls, wie die Revision richtig hervorhebt, vom Gericht im Wege des Urkundenbeweises gewürdigt werden. Die Benutzung solcher Urkunden anstelle einer Zeugenvernehmung ist aber gegen den Willen auch nur einer Partei im Prozeß, solange der ordnungsmäßigen Vernehmung kein Hindernis entgegensteht, unzulässig, solange nicht eine gerichtliche Vernehmung erfolgte (Stein-Jonas-Schönke aaO § 286 III 4 a; Baumbach-Lauterbach ZPO 24. Aufl § 286 Bem 4 B): Denn solange das für die richterliche Überzeugung bessere Beweismittel einer gerichtlichen Vernehmung zugänglich ist, kann einer von der Zivilprozeßordnung an sich für die Beweisermittlung nicht zugelassenen außergerichtlichen Feststellung von Zeugenaussagen

selbständige Beweiskraft nicht zukommen (RGZ 49, 374; RG in HRR 1931 Nr 1482; 1937, Nr 593; OGHZ 1, 206; BGH in NJW 1955, 671; OLG Stuttgart ZZPr 68, 83; Rosenberg Lehrbuch 7. Aufl § 120 II, 3).

Die Beklagte und ihr Prozeßbevollmächtigter haben nun aber nicht nur am 17. Dezember 1953 ohne Widerspruch der Vernehmung der Gruppe von Zeugen beigewohnt, deren Vernehmung der Sachverständige zunächst für notwendig gehalten hatte, und dabei auch Fragen gestellt. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat vielmehr im Schriftsatz vom 22. Dezember 1953 (Bl 80 GA) ausdrücklich den Antrag gestellt, der Sachverständige solle die Personen, die dann am 22. Februar 1954 gehört worden sind, als Auskunftspersonen laden und einvernehmen. Im Schriftsatz vom 8. Februar 1954 (Bl 85 GA) ist nur die Vernehmung des Zeugen Notar H. "vor dem erkennenden Gericht" verlangt worden. Dieser ist aber bereits am 1. Juli 1952 vom Landgericht als Zeuge vernommen worden. Die wiederholte Vernehmung eines Zeugen steht aber nach § 398 ZPO im Ermessen des Gerichts. Auch bei der Zeugenvernehmung durch den Sachverständigen am 22. Februar 1954 haben die Beklagte und ihr Prozeßbevollmächtigter teilgenommen und dieser hat Fragen gestellt. Dieses Verhalten der Beklagten ist zu berücksichtigen. Gerade bei der Vorbereitung von Gutachten durch eigene Informationstätigkeit des Sachverständigen wird auch sonst auf den sog. Strengbeweis zu Gunsten des Freibeweises verzichtet (Stein-Jonas-Schönke Vorbem III vor § 355; § 355 Anm III 1; RG in JW 1903, 66; vgl auch RG bei Gruchot 47 S 1168; OLG Nürnberg in Bay.Just.Min.Bl 1953, 9 - die Fälle RGZ 151, 356 und RG in ZZPR 60, 141 betreffen einen anderen, aber immerhin ähnlichen Fall).

Hiernach ist nun davon auszugehen, daß der Sachverständige im Einvernehmen mit den Parteien das für das Gutachten erforderliche Tatsachenmaterial vorläufig gesammelt hat. Wenn dagegen Einwendungen von den Parteien nicht erhoben wurden, so kann angenommen werden und konnte auch der Tatrichter annehmen, daß dieses Material im Einverständnis der Parteien dem Sachverständigengutachten zu Grunde gelegt werden sollte. Insoweit müssen die bis dahin gestellten Beweisanträge als erledigt angesehen werden. Wenn die Parteien damit nicht einverstanden waren, so wäre es ihre Sache gewesen, ihre Behauptungen, die bei der informatorischen Befragung der Zeugen und Parteien nicht bestätigt wurden, unter Beweis zu stellen und eine förmliche Beweisaufnahme darüber zu beantragen, die dann nicht abgelehnt werden durfte, es sei denn, daß die unter Beweis gestellte Tatsache unerheblich war. Da die Beklagte im Berufungsverfahren derartige Einwendungen nicht erhoben hat, kann die Revision der Beklagten das Urteil mit dieser Rüge nicht zu Fall bringen, wenn auch zuzugeben ist, daß gegen das Verfahren des Berufungsgerichts Bedenken bestehen. Das richtige Verfahren wäre die Vernehmung der Zeugen durch das Gericht in Gegenwart des Sachverständigen gewesen, dem dabei Gelegenheit zu geben gewesen wäre, bestimmte Fragen an die Zeugen anzuregen.

3. Die Revision rügt weiter, daß nicht geprüft worden sei, ob Frau A [REDACTED] den Übergabevertrag vom 27. September 1950 nicht in einem sog. lichten Augenblick geschlossen hat. Der Sachverständige hat sich aber über diese Frage ausgesprochen und sie verneint, und es kann kein Rechtsverstoß darin gesehen werden, daß das Berufungsgericht

sich dieser Auffassung angeschlossen hat. Es sind auch keinerlei Anhaltspunkte für das Bestehen solcher lichter Augenblicke gerade am 27. September 1950 vorgebracht worden. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keinen Grund, die Beklagte zu veranlassen, die nochmalige Vernehmung des amtierenden Notars zu beantragen, und vollends ist nicht ersichtlich, welcher Zweck mit der Vernehmung der Richter erster Instanz hätte erreicht werden können.

4. Die Revision der Beklagten hält endlich die Feststellungsklage für unzulässig, weil die Nichtigkeit eines Vertrags kein Rechtsverhältnis sei, und weil die Entscheidung über den Hauptanspruch die Rechtsbeziehungen der Parteien habe genügend klarstellen können. Diese Einwendungen sind unbegründet.

Die Anschlußrevision der Beklagten konnte also keinen Erfolg haben, sondern war als unbegründet zurückzuweisen.

Da die Klägerin das Ziel ihrer Revision erreicht hat, die Revision der Beklagten aber zurückgewiesen wurde, war der Beklagten die Hälfte der Kosten der Revisionsinstanz aufzuerlegen, während die Entscheidung über die andere

Hälfte der Kosten dem Berufungsgericht zu übertragen
war,

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Oechßler

Rothe

Dr. Freitag