

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

V ZR 218/64

Verkündet am

10. Mai 1968

Wüst,

Justizhauptssekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Polizeioberwachtmeisters Erwin R [REDACTED]  
in S [REDACTED] Krs. B [REDACTED], D [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Heiderose A [REDACTED] geb. R [REDACTED]  
in G [REDACTED], N [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. September 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 11. Mai 1958 verstorbene Metzgermeister Wilhelm R. [REDACTED] und seine am 20. Oktober 1961 verstorbene zweite Ehefrau Emilie R. [REDACTED] geb. G. [REDACTED] schlossen am 20. Oktober 1926 einen Ehe- und Erbvertrag. Sie vereinbarten den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft. Nach dem Tode des zuerst versterbenden Ehegatten sollte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sein. Erben des Ehemanns sollten seine gesetzlichen Erben zu ihren gesetzlichen Erbteilen sein. Erben der Ehefrau sollten für den hier gegebenen Fall, daß sie nach ihrem Ehemann starb, ihre Kinder und der Sohn aus der ersten Ehe ihres Ehemanns zu gleichen Teilen

sein. Dabei sollten anstelle eines wegfallenden Nachkommen dessen Abkömmlinge als Ersatzerben treten. Dem überlebenden Ehegatten sollte der lebenslängliche Nießbrauch an den Erbteilen zustehen. Der zuerst verstorbene Ehegatte ernannte den überlebenden Ehegatten zum Testamentsvollstrecker.

In notarieller Urkunde vom 29. April 1941 verkauften die Eheleute R. ihr Haus S. Straße in Stuttgart zum Preis von 84 000 RM zuzüglich eines Schwarzpreises von 10 000 RM an den Sohn des Ehemanns aus erster Ehe und dessen Ehefrau.

Der Ehemann R. wurde entsprechend dem Ehe- und Erbvertrag von seiner Witwe zu 1/4 sowie von der Klägerin als Tochter des für tot erklärten Sohnes aus erster Ehe und dem Beklagten als Sohn aus zweiter Ehe zu je 3/8 beerbt.

Das Vermögen der Eheleute R. bestand beim Tode des Ehemanns im wesentlichen aus dem Hausgrundstück B. Straße in Stuttgart.

Dieses Grundstück verkaufte die Witwe als Miteigentümerin und Testamentsvollstreckerin ihres Ehemanns in notarieller Urkunde vom 1. August 1958 mit notariellem Nachtrag vom 19. September 1958 an den Beklagten. Der Kaufpreis wurde entsprechend der Schätzung des Amtes für Grundstücksbewertung in Stuttgart auf 78 400 DM festgesetzt. Er sollte auf Ableben der Witwe zahlbar und von da ab mit 5 % zu verzinsen sein. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm der Beklagte u.a. die Hypothekengewinnabgabe "nach dem Nennbetrag nicht nach dem



Ablösungswert". Weiter blieb der erbvertragliche Nießbrauch der Verkäuferin vorbehalten. Die Auflassung wurde sofort erklärt, jedoch wurde vereinbart, daß die Übergabe erst auf Ableben der Witwe erfolgen sollte.

Die Witwe R. [REDACTED] wurde entsprechend dem Ehe- und Erbvertrag von den Parteien je zur Hälfte beerbt.

Den am 25. Oktober 1961 von dem Beklagten auf Grund des Kaufvertrags vom 1. August 1958/19. September 1958 eingereichten Eintragungsantrag wies das Grundbuchamt mit Verfügung vom 6. November 1961 zurück, weil die Witwe R. [REDACTED] als Testamentsvollstreckerin teilweise unentgeltlich verfügt habe. Nach der Aufhebung dieser Verfügung durch Beschluß des Amtsgerichts vom 23. Januar 1962 wurde der Beklagte am 21. März 1962 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Auf die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluß des Amtsgerichts wies das Landgericht mit Beschluß vom 20. März 1963, ergänzt durch Beschluß vom 4. Juni 1963, das Grundbuchamt an, gegen die Eintragung des Beklagten als Eigentümer einen Widerspruch zugunsten der Erben nach den Eheleuten R. [REDACTED] einzutragen. Der Widerspruch wurde am 6. Juni 1963 eingetragen.

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Kaufpreis des an den Beklagten verkauften Grundstücks in Höhe von 78 400 DM liege erheblich unter dem echten Verkehrswert im Sommer 1958 und zur Jahreswende 1961/1962. Die von ihr eingeholte Schätzung des Grundstücks durch den öffentlich bestellten Vermessungsingenieur Albert Sch. [REDACTED] vom 14. November 1962 habe auf 8. September 1958 (Tag der gemeinderätlichen Schätzung) einen Verkehrswert von 118 000 DM und auf

31. Dezember 1961 einen solchen von 144 000 DM ergeben, wobei der Gutachter den Verkehrswert äußerst zurückhaltend festgestellt habe. Der Beklagte könne sich weiter nicht darauf berufen, daß aus dem Kaufvertrag vom 29. April 1941 noch eine Nachlaßforderung in Höhe von 11 000 DM bestehe. Auf die Restkaufpreisforderung aus diesem Vertrag hätten die Eltern der Klägerin im Jahre 1942 einen Teilbetrag von 1 000 RM bezahlt. Weiterhin habe die Mutter der Klägerin im Jahre 1955 auf Verlangen des Ehemanns R. eine Abschlußzahlung in Höhe von 1 000 DM geleistet. Auf diesen Betrag sei zudem nach § 16 UmstG die Restforderung von 10 000 RM umgestellt worden.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, die Eintragung der Klägerin im Grundbuch für Stuttgart-Kaltental Heft Nr. 17240 Abt. I Nr. 13 als Miteigentümerin in ungeteilter Erbgemeinschaft des Grundstücks B. Str. mit Parzelle 77 zu bewilligen,
2. festzustellen, daß dem Nachlaß nach Wilhelm und Emilie R. geb. G. keine Restforderung aus dem Vertrag vom 29. 4. 1941 - Nr. 225 aus 1941 des Notars Julius M. - zusteht.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen: Von einer teilweise unentgeltlichen Verfügung könne bei dem Kaufvertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 nicht die Rede sein. Die damaligen Vertragsparteien hätten gerade deshalb die Bildung des Kaufpreises aus eigener Verantwortung unterlassen, weil sie gewollt hätten, daß durch einen neutralen Dritten, nämlich die gemeinderätliche Schätzungsbehörde, der Verkehrswert als objektiv voll vertretbarer Gegenwert festgelegt werden sollte. Die Restkaufpreisforderung aus dem Kaufvertrag vom 29. April 1941 sei nach § 18 Nr. 3 UmstG im Verhältnis 1:1 umgestellt worden. Über diese Forderung habe der Ehemann R. nicht ohne die Mitwirkung seiner Ehefrau wirksam durch Erlaß, Schenkung oder Verzichtungsvertrag verfügen können.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat in dem Kaufvertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 eine teilweise unentgeltliche Verfügung auch darin gesehen, daß der Beklagte die Hypothekengewinnabgabe zum Nennwert und nicht zum Ablösungswert übernommen hat.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte hilfsweise beantragt, ihn nach dem Klageantrag zu 1 nur Zug um Zug gegen Zahlung von 12 482,36 DM zu verurteilen. Zur Begründung hat er insoweit vorgetragen: Er habe auf Grund der Auseinandersetzung vom 29. März 1962 an die Klägerin einen Betrag von 12 618,86 DM bezahlt. Wenn die Auseinandersetzung rückgängig zu machen sei und die Parteien je zur Hälfte als Eigentümer einzutragen seien, könne die Eintragung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr dieses (in dem Hilfsantrag nur mit 12 482,36 DM angegebenen) Betrags erfolgen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

### Entscheidungsgründe:

#### I. Grundbuchberichtigungsklage

1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu der von der Klägerin nach § 894 BGB begehrten Bewilligung der Grundbuchberichtigung verurteilt, weil es als erwiesen angesehen hat, daß die Mutter des Beklagten in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin durch die in der Urkunde vom 1. August 1958/19. September 1958 erklärte Auflassung über den zum Nachlaß ihres Ehemanns gehörenden hälftigen Anteil an dem verkauften Hausgrundstück teilweise unentgeltlich verfügt und diese Verfügung weder einer sittlichen Pflicht noch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen habe. Es ist dabei ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB dann vorliegt, wenn er objektiv ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbmasse bringt und subjektiv entweder weiß, daß dem Opfer keine gleichwertige Leistung an die Erbmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an den Erben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (Urteil des erkennenden Senats vom 15. Mai 1963, LM § 2205 BGB Nr. 10 mit weiteren Nachweisen).

Was die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in dem Kaufvertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 anbetrifft, so ist das Berufungsgericht der Auffassung, daß der von dem Amt für Grundstücksbewertung der Stadt Stuttgart auf 78 400 DM geschätzte Wert des verkauften Hauses zu niedrig erscheine und erheblich unter dem wirklichen Verkehrswert im Sommer 1958 und zur Jahreswende 1961/1962 liege. Mit Rücksicht darauf, daß das Haus unstreitig im Jahre 1935 erbaut worden und gut erhalten sei, an einer Hauptausfallstraße Stuttgarts liege und vier Stockwerke mit zusammen acht Wohnungen habe, hält es die durch den öffentlich bestellten Vermessungsingenieur Schnell vorgenommene Schätzung des Verkehrswerts auf etwa 118 000 DM im Jahre 1958 und auf etwa 144 000 DM auf 31. Dezember 1961 keinesfalls für zu hoch. Mit dem Landgericht erachtet das Berufungsgericht den Kaufpreis auch deshalb nicht als gleichwertige Gegenleistung für das verkaufte Haus, weil der Beklagte die Hypothekengewinnabgabe nach dem Nennbetrag und nicht nach dem Ablösungswert im Zeitpunkt des Todes der Verkäuferin habe übernehmen sollen. Nach den eigenen Angaben des Beklagten in dem Beschwerdeverfahren der Grundbuchsache habe, so führt das Berufungsgericht aus, der Nennbetrag insgesamt 26 691,63 DM, der Ablösungswert aber nur 19 114,37 DM betragen, so daß der Nennwert um 7 577,26 DM höher gewesen und damit der aus der Hälfte des verkauften Grundstücks bestehende Nachlaß, den die Mutter des Beklagten als Testamentsvollstreckerin zu verwalten gehabt habe, um 3 788,63 DM verkürzt worden sei.

Das Berufungsgericht ist weiter in längeren Ausführungen (BU S. 31 - 36), in denen es insbesondere hervorgehoben hat, daß die Mutter des Beklagten unstreitig Zeit ihres Lebens Geschäftsfrau und Grundstückseigentümerin gewesen sei und eine entsprechende Erfahrung gehabt habe, zu dem Ergebnis gekommen, daß die Mutter des Beklagten mindestens bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Erbschaftsmasse die Unzulänglichkeit der Gegenleistung des Beklagten hätte erkennen müssen. Dafür, daß sie sogar gewußt habe, daß dem von ihr aus der Erbschaftsmasse gebrachten Opfer keine gleichwertige Gegenleistung gegenübergestanden habe, spricht nach der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zur Begründung seines Gesuchs um Abänderung der Verfügung des Grundbuchamts vom 6. November 1961 vorgetragen habe, dem Vater der Klägerin sei im Jahre 1941 das Grundstück Silberburgstraße 145 zu einem besonders günstigen Preis übertragen worden und der Beklagte habe deshalb als Sohn aus zweiter Ehe gleichgestellt werden sollen. Dieses Vorbringen spreche, so führt das Berufungsgericht weiter aus, um so mehr für ein solches Wissen der Testamentsvollstreckerin, als der Kaufvertrag vom 29. April 1941 in Wirklichkeit gar keine Begünstigung des Vaters der Klägerin enthalten habe; es sei unstreitig, daß die Großeltern der Klägerin das Grundstück am 15. Mai 1939 zu dem selben Preis von 84 000 RM gekauft hätten und es nach den damals geltenden Bestimmungen nur zum Stoppreis hätten weiter verkaufen dürfen; es sei weiter unstreitig, daß die Eltern der Klägerin trotzdem noch einen zusätzlichen Kaufpreis von 10 000 RM hätten bezahlen müssen und auch bezahlt hätten.

2. Die Revision wendet sich hiergegen ohne Erfolg.

a) Sie rügt zunächst, das Berufungsgericht habe seine Auffassung über den Wert des verkauften Hausgrundstücks in prozessual unzulässiger Weise lediglich auf seine eigene Sachkunde und das Privatgutachten Schnell gestützt. Die Rüge ist unbegründet. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich oder von der Revision geltend gemacht worden, daß das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde auf Grund der von ihm im einzelnen aufgeführten Umstände nicht zu dem Ergebnis kommen konnte, der von dem Amt für Grundstücksbewertung der Stadt Stuttgart geschätzte Wert des Grundstücks liege erheblich unter dem wirklichen Verkehrswert. Das muß um so mehr gelten, als erfahrungsgemäß der Verkehrswert eines Hausgrundstücks in der hier maßgebenden Zeit im allgemeinen erheblich mehr als das eineinhalbfache des Einheitswerts betrug, der nach den Ausführungen des Berufungsgerichts unstreitig am 1. Januar 1936 auf 52 100 RM festgesetzt worden ist. Das Berufungsgericht war auch nicht gehindert, sich auch auf das Gutachten des öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs Sch[REDACTED] zu stützen. Nachdem das Gutachten von der Klägerin eingereicht und zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden war, konnte es von dem Berufungsgericht benutzt werden.

b) Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision nicht gehalten, entsprechend dem Antrag des Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 5) eine Auskunft des Amts für Grundstücksbewertung darüber einzuholen, daß dieses Amt bei seiner Schätzung alle dafür vorgesehenen Bestimmungen beachtet habe. Von besonderer Bedeutung in dieser Hinsicht ist die Feststellung des Berufungsgerichts, daß es sich bei dieser Schätzung unstreitig um eine Schätzung zum Zwecke der Nachlaßaus-

einandersetzung gehandelt habe (BU S. 27). Wieso die Nichteinholung einer Auskunft des Amts für Grundstücksbewertung auf eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs hinauslaufen soll, wie die Revision in diesem Zusammenhang noch meint, ist nicht ersichtlich.

c) Soweit die Revision dem Berufungsgericht noch zum Vorwurf macht, es habe sich nicht mit dem in den Akten D 7 FG I des Amtsgerichts Stuttgart befindlichen Schreiben des Amts für Grundstücksbewertung vom 5. Dezember 1961 befaßt, in dem dieses Amt erkläre, daß es nur zwischen Schätzungen zum Zwecke der Beleihung und solchen für andere Zwecke unterscheide, und sich gegen die Unterstellung verwahre, daß es bei seinen Schätzungen von dem nachhaltigen Verkehrswert abweiche, ist ihr entgegenzuhalten, daß sie entgegen der Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO nicht angegeben hat, in welchem Schriftsatz von dem Beklagten auf das Schreiben des Amts für Grundstücksbewertung Bezug genommen worden ist.

d) Die Revision kann sich weiter nicht mit Erfolg darauf berufen, das Berufungsgericht habe ebenso wie schon das Landgericht übersehen, daß in dem Vertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 der Mutter des Beklagten ausdrücklich der lebenslängliche Nießbrauch vorbehalten geblieben sei. Da nach dem Inhalt des Vertrags sowohl die Übergabe des Grundstücks als auch die Bezahlung des Kaufpreises erst auf Ableben der Mutter des Beklagten erfolgen sollten, hat das Berufungsgericht bei der Entscheidung der Frage, ob die Auflassung des verkauften Grundstücks eine wenigstens teilweise unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB darstellte, auch den Zeitpunkt des

Todes der Mutter des Beklagten berücksichtigt. In diesem Zeitpunkt war aber der Nießbrauch erloschen, so daß es nicht mehr auf ihn ankam.

e) Gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts, der in dem Vertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 vereinbarte Kaufpreis sei auch deshalb nicht als gleichwertige Gegenleistung für das verkaufte Haus anzusehen, weil der Beklagte die Hypothekengewinnabgabe nach dem Nennwert und nicht nach dem Ablösungswert übernommen habe, meint die Revision: Die Tatsache allein, daß hinsichtlich des von der Testamentsvollstreckerin verwalteten hälftigen Anteils an dem verkauften Grundstück der Nennwert den Ablösungswert um 3 788,63 DM übersteige, ergebe noch keineswegs, daß die Testamentsvollstreckerin über das Grundstück teilweise unentgeltlich verfügt habe. Teilweise Unentgeltlichkeit würde nur dann vorliegen, wenn der geringere Kaufpreis keine angemessene Gegenleistung mehr wäre. Im übrigen bedeute die Verrechnung der Schulden aus der Hypothekengewinnabgabe auf den Kaufpreis lediglich eine potentielle Ermäßigung des Kaufpreises, soweit man abstrakte Möglichkeiten berücksichtige, statt der den vorliegenden Fall beherrschenden konkreten Wirklichkeiten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten bei Abschluß des Vertrags seien aber so gewesen, daß eine vorzeitige Ablösung der Hypothekengewinnabgabe unmöglich gewesen und deshalb praktisch ausgeschlossen sei.

Damit kann jedoch die angegriffene Auffassung des Berufungsgerichts nicht erschüttert werden. Das Berufungsgericht stellt zutreffend darauf ab, daß der Erbengemeinschaft 3 788,63 DM mehr zugeflossen wären, als sie tatsächlich erhalten habe, wenn der Beklagte den vollen

Kaufpreis im Zeitpunkt des Todes seiner Mutter an die Erbengemeinschaft bezahlt und diese dann die Hypothekengewinnabgabe abgelöst hätte, um dem Beklagten das Grundstück lastenfrei zu verschaffen. Es ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht feststellt, daß bei den gegenwärtigen Verhältnissen jederzeit für das Grundstück ein Käufer hätte gefunden werden können, der zur Zahlung des vollen Kaufpreises in der Lage gewesen wäre, und es deshalb unerheblich sei, ob die Mutter des Beklagten, nach ihrem Tode die Erbengemeinschaft oder der Beklagte selbst die Mittel zur Ablösung der Hypothekengewinnabgabe nicht gehabt hätten. Im letzteren Falle hätte der Beklagte, wie dem Berufungsgericht weiter zu folgen ist, entweder die Differenz zwischen dem Nennwert und dem Ablösungswert zusätzlich tragen oder auf den Erwerb des Grundstücks verzichten müssen.

f) Unbegründet sind schließlich die Rügen, mit denen die Revision sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die Mutter des Beklagten hätte mindestens bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Erbschaftsmasse die Unzulänglichkeit der Gegenleistung des Beklagten erkennen müssen.

Der Meinung der Revision, es sei unrichtig, daß die Zahlung eines Schwarzpreises von 10 000 RM bei dem Grundstücksverkauf von 1941 unstreitig wäre, steht entgegen, daß nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (BU S. 3) die Eltern der Klägerin für das von ihnen erworbene Grundstück 84 000 RM zuzüglich eines Schwarzpreises von 10 000 RM bezahlt haben und eine Berichtigung des Tatbestands nicht erfolgt ist.

Die Revision hält weiter für unrichtig, daß der Vertrag vom 1. August 1958/19. September 1958 vor der Klägerin und ihrer Mutter geheimgehalten worden sei; die Mutter des Beklagten habe schon vor Vertragsabschluß der Mutter der Klägerin mitgeteilt, daß das Grundstück an den Beklagten verkauft werde. Hierzu ist zu bemerken, daß das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen seines Urteils nur davon spricht, daß die Testamentsvollstreckerin den Kaufvertrag der Klägerin nicht mitgeteilt habe (BU S. 32). Da dies vom Berufungsgericht aber als unstreitig bezeichnet wird und es sich somit um eine tatsächliche Feststellung handelt, die zum Tatbestand im Sinne der §§ 314, 320 ZPO gehört, obwohl sie in den Entscheidungsgründen enthalten ist (Baumbach/Lauterbach aaO § 320 Anm. 1 i.V.m. § 314 Anm. 2), hätte der Beklagte, wenn er diese Feststellung nicht gegen sich gelten lassen wollte, auch insoweit Berichtigung des Tatbestands beantragen müssen. Das ist jedoch nicht geschehen. Inwieweit der Umstand, daß die Mutter des Beklagten schon vor Vertragsabschluß der Mutter der Klägerin mitgeteilt habe, daß das Grundstück an den Beklagten verkauft werde, von Bedeutung sein könnte, bedarf keiner Prüfung, da die Revision nicht angegeben hat, in welchem Schriftsatz des Beklagten sich ein solcher Vortrag befindet.

Die Revision rügt sodann, es sei auch nicht ersichtlich, auf welche Tatsache das Berufungsgericht seine Auffassung stützen zu können glaube, die Mutter des Beklagten habe sich als Kauffrau betätigt und sei über Grundstücksbewertung unterrichtet gewesen; in Wirklichkeit sei sie geschäftlich und insbesondere über Grundstücks-

bewertung gänzlich unerfahren gewesen; solange ihr Ehemann gelebt habe, habe sie diesem alles überlassen. Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Da die angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts dahin lauten, daß die Mutter des Beklagten "unstreitig Zeit ihres Lebens Geschäftsfrau (nicht Kauffrau) und Grundstückseigentümerin" gewesen sei (BU S. 33), hätte es aus den vorstehend aufgeführten Gründen auch hier einer Tatbestandsberichtigung bedurft, wenn der Beklagte diese Feststellung nicht gegen sich gelten lassen wollte.

## II. Feststellungsklage

Gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts, daß aus dem Kaufvertrag vom 29. April 1941 dem Nachlaß keine Forderung mehr zustehe und die Feststellungsklage deshalb begründet sei, rügt die Revision lediglich, das Berufungsgericht habe sich bei seiner Auffassung entscheidend auf die Aussage der als Zeugin vernommenen Mutter der Klägerin gestützt, diese Vernehmung sei aber nicht zulässig gewesen, weil die Mutter im Zeitpunkt der Beweisaufnahme gesetzliche Vertreterin der Klägerin gewesen sei und deshalb nicht als Zeugin, sondern nur als Partei hätte vernommen werden dürfen. Die Rüge ist unbegründet, weil der Beklagte diesen Verfahrensmangel in der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat und der Verfahrensmangel deshalb nach § 295 ZPO geheilt worden ist (Urteile des Senats vom 24. April 1963, V ZR 16/62 S. 14/15 und vom 10. Juli 1963, V ZR 132/61 S. 18, jeweils unter Bezugnahme auf IM § 27 DBG Nr. 2).

### III. Zurückbehaltungsrecht

Das Berufungsgericht hält es zwar für unstreitig, daß der Beklagte auf Grund der Auseinandersetzung vom 29. März 1962 an die Klägerin 12 618,86 DM bezahlt habe. Es ist jedoch der Auffassung, daß dem Beklagten wegen dieser Zahlung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nicht zustehe, weil die Zahlung nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhe, aus dem die Klägerin ihre Eintragung als Mitteigentümerin in ungeteilter Erbengemeinschaft verlange (§ 273 Abs. 1 BGB), und es sich bei der Zahlung auch nicht um eine Verwendung auf das streitige Grundstück gehandelt habe (§§ 273 Abs. 2, 2022 BGB). Die Revision rügt demgegenüber, die Voraussetzungen des § 273 Abs. 1 BGB seien deshalb gegeben, weil zwischen der Zahlung des Beklagten und dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch ein innerer natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe und damit beide Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhten. Ob dies zutrifft, kann indessen dahingestellt bleiben, weil auf jeden Fall die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, eine Zurückbehaltung des Beklagten würde bei den gegebenen Verhältnissen Treu und Glauben widersprechen, frei von Rechtsirrtum ist. Das Berufungsgericht stellt insoweit fest, daß der Beklagte am 6. Juni 1963 auf dem streitigen Grundstück vor der Eintragung des Widerspruchs zugunsten der Klägerin zwei Fremdgrundschulden in Höhe von je 25 000 DM einschließlich 10 % Zinsen habe eintragen lassen, daß er diese Grundschulden auch beliehen und bisher keine wesentlichen Rückzahlungen geleistet habe und daß er sich bei einer neuen Auseinandersetzung die von ihm auf Grund der Belastung

des Grundstücks geschuldeten Beträge, die wesentlich höher als die von ihm an die Klägerin geleistete Zahlung seien, anrechnen lassen müsse. Nach § 242 BGB kann aber nicht gefordert werden, was alsbald wieder zurückzugewähren ist (vgl. Palandt BGB 27. Aufl. § 273 Anm. 1 b).

IV.

Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten, war dessen Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell