

2207 087

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 2058, 2059 Abs. 2; ZPO § 62

Die Klage auf Auflassung gegen Miterben kann auch eine Gesamtschuldklage sein, so daß die Miterben nicht notwendige Streitgenossen sind (Ergänzung zu LM § 62 ZPO Nr. 2).

BGH, Urt.v. 24. April 1963 - V ZR 16/62 - III. Kammergericht
LG Berlin

9
V ZR 16/62

Verkündet
am 24. April 1963
Symalla, Justizhaupteekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Hermine S [REDACTED]-S [REDACTED] geb. H [REDACTED], B [REDACTED],
O [REDACTED] Platz [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Ignatz W [REDACTED], H [REDACTED] Road, P [REDACTED], M [REDACTED],
2. den Arzt Dr. Henry W [REDACTED], A [REDACTED] C [REDACTED],
A [REDACTED] V [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Piepenbrock und Dr. Freitag für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 5. Dezember 1961 wird auf Kosten der
Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist zusammen mit ihrer Stieftochter Erika Erbin ihres am 23. Juni 1953 verstorbenen Ehemanns Dr. Leon [REDACTED]. Dieser war zusammen mit seinen Schwestern Genia [REDACTED], Salomea [REDACTED], Betty [REDACTED] (frühere Beklagte zu 3), Eva [REDACTED] (frühere Beklagte zu 4) und Else [REDACTED] Erbe seines am 6. November 1939 verstorbenen Vaters Efraim [REDACTED]. Die Schwester Genia [REDACTED] (frühere Beklagte zu 1) ist während des ersten Rechtszuges am 23. Februar 1958 verstorben und von ihrem Ehemann Ignatz [REDACTED] (Beklagter zu 1) beerbt worden. Die Schwester Salomea [REDACTED] (frühere Beklagte zu 2) ist während des Berufungsverfahrens am 21. April 1961 verstorben und von ihrem Sohn Dr. Henry [REDACTED] (Beklagter zu 2) beerbt worden. Die Schwester Else [REDACTED] ist bereits am 17. August 1943 verstorben. An ihre Stelle ist ihr Sohn Janos Istvan [REDACTED] (früherer Beklagter zu 5) getreten.

Efraim [REDACTED] ist am 17. September 1926 als Eigentümer des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] in [REDACTED] und Dr. Leon [REDACTED] um dieselbe Zeit als Eigentümer des Grundstücks [REDACTED] Straße [REDACTED] in [REDACTED] ([REDACTED]) im Grundbuch eingetragen worden.

Zwischen der Klägerin, dem Beklagten zu 1 und der früheren Beklagten zu 2 bestand Einigkeit darüber, daß im Innenverhältnis "wirtschaftlicher Eigentümer" des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] Efraim [REDACTED] Dr. Leon [REDACTED] und die frühere Beklagte zu 2 zu je einem Drittel und des Grundstücks [REDACTED] Straße [REDACTED] Efraim [REDACTED] und Dr. Leon [REDACTED] je zur Hälfte geworden waren.



Nach Durchführung eines Rückerstattungsverfahrens sind als Eigentümer des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] die Erben des als Eigentümer eingetragen gewesenen Efraim [REDACTED], nämlich Dr. Leon [REDACTED], die Ehefrau des Beklagten zu 1, die früheren Beklagten zu 2 bis 4 sowie die (zunächst) unbekannten Erben der Mutter des früheren Beklagten zu 5 im Grundbuch eingetragen worden.

Mit der Behauptung, daß ihr Ehemann bis zu seinem Tode wirtschaftlicher Eigentümer des einen Drittels des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] gewesen sei, hat die Klägerin im ersten Rechtszug gegen den Beklagten zu 1 und die früheren Beklagten zu 2 bis 5 beantragt,

diese als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie und Frau Erika [REDACTED] geb. [REDACTED], [REDACTED] Avenue, App. 3 F, [REDACTED], zu gleichen Rechten und Anteilen $\frac{1}{3}$ Eigentumsanteil des Grundstücks [REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED] Ecke [REDACTED] Str. [REDACTED], verzeichnet im Grundbuche des AG Wedding von Berlin-Wedding Band 219 Blatt 5693 zu übertragen und die Beklagten ferner zu verurteilen, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Eigentumsübertragung des vorbezeichneten Grundstückes notwendig sind, darein zu willigen, daß die Klägerin und Frau Erika [REDACTED] als Eigentümerinnen zu gleichen Rechten und Anteilen eines Drittels des vorbezeichneten Grundstücks im Grundbuche eingetragen würden.

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte zu 1 und die frühere Beklagte zu 2 haben sich darauf berufen, Efraim [REDACTED] und Dr. Leon [REDACTED] hätten im Jahre 1927 vereinbart, daß Dr. Leon [REDACTED] das Grundstück [REDACTED] Straße [REDACTED] auch wirtschaftlich zu Alleineigentum erhalten und dafür das wirtschaftliche Eigentum des Dr. Leon [REDACTED] an einem Drittel des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] auf Efraim [REDACTED] übergehen sollte.

Das Landgericht hat sämtliche Beklagte als Gesamtschuldner verurteilt, der Klägerin und Frau Erika [REDACTED] in ungeteilter Erbengemeinschaft ein Drittel Eigentumsanteil an dem Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] zu übertragen und die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch zu bewilligen.

Hiergegen haben nur der Beklagte zu 1 und die frühere Beklagte zu 2 Berufung eingelegt. Auf diese hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 und der früheren Beklagten zu 2 (deren Tod dem Berufungsgericht noch nicht bekannt war) abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Beklagten beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revision erhebt zunächst Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung. Sie meint, bei einer Klage auf Auflassung und Bewilligung der Grundbuchschriftung

gegen eine nicht auscinandergesetzte Erbengemeinschaft, wie sie hier gegeben sei, bestehe zwischen den Miterben eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO, und folgert hieraus, daß die Berufung von allen fünf Beklagten hätte eingelegt werden müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Die Klägerin macht einen Anspruch auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch geltend, der ihrem Rechtsvorgänger Dr. Leon [REDACTED] gegen dessen Vater Efraim [REDACTED] zustand. Es handelt sich somit um eine Forderung gegen einen Nachlaß. Der Gläubiger einer solchen hat bis zur Teilung des Nachlasses die Wahl, ob er die Gesamtschuldklage des § 2058 BGB oder die Gesamthandklage des § 2059 Abs. 2 BGB erheben will (RGZ 71, 366, 370; Palandt, BGB 22. Aufl. § 2058 Anm. 3; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 2058 Anm. 5). Im Zweifelsfall muß die Auslegung des Klageantrages und der Klagegründe ergeben, welche der beiden möglichen Klagen erhoben ist (RGRK BGB 11. Aufl. § 2059 Anm. 12). Handelt es sich, wie im vorliegenden Falle, um eine Klage auf Auflassung, so kann es sich, da die Miterben nur gemeinsam über das Nachlaßgrundstück verfügen können (§ 2040 BGB), allein schon deswegen um eine Klage nach § 2059 Abs. 2 BGB handeln. Die Klage auf Auflassung gegen Miterben kann jedoch auch eine Gesamtschuldklage im Sinne des § 2058 BGB darstellen, nämlich dann, wenn mit der Klage die Herbeiführung der Auflassung erstrebt wird (RGZ 71, 366, 370), also nicht der unmittelbare Vollzug der Auflassungserklärung (Staudinger aaO § 2059 Anm. 2 und § 2040 Anm. 20; RGRK BGB aaO § 2040 Anm. 6). So hat offensichtlich das Berufungsgericht den Klageantrag ausgelegt. Der Senat teilt diese Auffassung.

Das von der Revision angezogene Urteil des Senats vom 4. Juni 1954 (V ZR 89/53: LM § 62 ZPO Nr. 2) steht dieser rechtlichen Beurteilung nicht entgegen, da der Senat dort eine Gesamthandklage aus § 2059 Abs. 2 BGB als gegeben angesehen hat. Ebenso lagen den Urteilen des Senats vom 13. Juli 1954 (V ZR 172/52: Klage gegen Miterben auf Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs) und des Reichsgerichts vom 31. Januar 1938 (RGZ 157, 33, 35: Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek an einem zum ungeteilten Nachlaß gehörenden Grundstück) dingliche Ansprüche zu Grunde, aus deren rechtlicher Natur allein schon das Gegebensein einer Gesamthandsklage aus § 2059 Abs. 2 BGB folgte, so daß es sich um eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO handeln mußte (vgl. hierzu noch Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 62 III 1 und Fußnote 44 a; Förster/Kann, ZPO 3. Aufl. Band 1 S. 216/17; Schwab in der Festschrift für Lent S. 271, 286, der jedoch bei Auflassungsklagen gegen Miterben notwendige Streitgenossenschaft stets für gegeben erachtet, ohne die vom Reichsgericht (RGZ 71, 370) getroffene Unterscheidung zu machen).

Die Erhebung der Gesamtschuldklage scheitert auch nicht daran, daß die Klägerin über ihren Ehemann selbst Miterbin ist (OGHZ 1, 161, 163; OLG Freiburg HEZ 2, 259; RGRK BGB aaO § 2058 Anm. 6; Staudinger aaO § 2058 Anm. 6; Erman, BGB 3. Aufl. § 2058 Anm. 4; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Aufl. § 121 III 3 S. 515; a.M. RGZ 93, 196, 197; Palandt aaO § 2058 Anm. 3; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 2058 Anm. 3).

Hat aber nach vorstehenden Ausführungen die Klägerin wirksam eine Gesamtschuldklage nach § 2058 BGB erhoben, dann ist dadurch zwischen den beklagten Miterben keine not-

wendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO begründet worden (BGH Urteil vom 25. Mai 1955, IV ZR 282/54 S. 6/7; RGZ 121, 337, 345; RGRK BGB aaO § 2058 Anm. 10; Palandt aaO § 2058 Anm. 3; Staudinger aaO § 2058 Anm. 7; Erman aaO § 2058 Anm. 2). Damit entfällt die von der Revision aus ihrer Rüge gezogene Schlußfolgerung, es hätten auch die früheren Beklagten zu 3 bis 5 Berufung einlegen müssen und es sei deshalb die von den Beklagten zu 1 und 2 eingelegte Berufung unzulässig.

2. In der Sache selbst geht das Berufungsgericht davon aus, daß das "wirtschaftliche Eigentum" des Dr. Leon [REDACTED] an dem Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED], über das die Klägerin, der Beklagte zu 1 und die frühere Beklagte zu 2 einig gewesen seien, darin bestanden habe, daß Dr. Leon [REDACTED] aus einem im Rahmen eines Treuhandverhältnisses erteilten Auftrag gemäß § 667 BGB berechtigt gewesen sei, von seinem Vater Efraim [REDACTED] die Übertragung eines Miteigentumsanteils von einem Drittel an dem Grundstück zu fordern. Die Abrede zwischen Dr. Leon [REDACTED] und Efraim [REDACTED] über die wirtschaftliche Beteiligung an dem Grundstück zu einem Drittel habe, so führt das Berufungsgericht aus, nicht der Form des § 313 BGB bedurft, weil die Verpflichtung eines Beauftragten, der ein Grundstück im eigenen Namen, aber für Rechnung seines Auftraggebers erworben habe, zur Über-eignung des Grundstücks an seinen Auftraggeber ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung kraft Gesetzes entstehe.

Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum (vgl. BGH WM 1956, 1520; BGB RGRK aaO § 313 Anm. 20). Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß die aufgeführten Grundsätze auch dann gelten, wenn der Beauftragte, wie hier Efraim [REDACTED], das Eigentum nur zu einem Bruchteil

für seinen Auftraggeber, im übrigen aber auch wirtschaftlich für sich erwirbt.

3. Die Verpflichtung des Erblassers Efraim [REDACTED], an seinen Sohn Dr. Leon [REDACTED] einen Miteigentumsanteil von einem Drittel an dem Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] zu übertragen, ist nach der Auffassung des Berufungsgerichts durch die von dem Beklagten zu 1 und der früheren Beklagten zu 2 behauptete Vereinbarung zwischen Vater und Sohn vom Jahre 1927 untergegangen; diese Vereinbarung habe ebenfalls nicht der Form des § 313 BGB bedurft, weil durch sie lediglich über Ansprüche aus einem Auftragsverhältnis verfügt worden sei. Das Berufungsgericht ist zu seiner Auffassung auf Grund von Indizien gekommen, die es entnommen hat aus dem von Efraim [REDACTED] am 4. September 1927 abgefaßten formungültigen Testament, der Aussage des Zeugen [REDACTED] (Verwalter des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] von 1936 bis 1946), dem erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin dahin, daß die Überschüsse des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] zu 2/3 an Efraim [REDACTED] und zu 1/3 an die frühere Beklagte zu 2 und die Überschüsse des Grundstücks [REDACTED] Straße [REDACTED] in voller Höhe an Dr. Leon [REDACTED] gegangen seien, der Aussage des Zeugen [REDACTED] (geschiedener Ehemann der früheren Beklagten zu 2), der Aussage des Beklagten zu 1 und den Angaben der früheren Beklagten zu 2 bei ihrer persönlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht.

Die Revision wendet sich hiergegen mit mehreren Angriffen.

a) Sie nimmt zunächst auf die Ausführungen des Landgerichts dahin Bezug, daß die Beklagten die Beweislast für die von ihnen behauptete Tauschvereinbarung zwischen

Efraim [REDACTED] und seinem Sohn Dr. Leon [REDACTED] gehabt hätten, und meint, mit dieser strengen Beweislast der Beklagten sei es nicht zu vereinbaren, wenn das Berufungsgericht den Beweis nur auf Grund der von ihm herangezogenen Indizien als geführt anzusehen glaube.

Hierbei übersieht die Revision, daß das Berufungsgericht ausdrücklich von der Beweislast der Beklagten ausgegangen ist (BU S. 6 und 7). Daß es den Beweis nur auf Grund von Indizien als erbracht angesehen hat, ist, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Der Hauptangriff der Revision ist gegen die Verwertung des von Efraim [REDACTED] am 4. September 1927 abgefaßten Testaments durch das Berufungsgericht dahin gerichtet, es spreche nicht für, sondern gegen den Vortrag der Klägerin. Der vom Berufungsgericht in Betracht gezogene, das Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] betreffende Teil des Testaments lautet:

"Dieses Haus ist zwar auf mich im ganzen eingetragen, gehört aber ein Drittel meiner Tochter Salomea [REDACTED] geb. [REDACTED] (frühere Beklagte zu 2). Ich vermache somit ein Drittel an meine Tochter Salomea [REDACTED] geb. [REDACTED] und ein Drittel an meine gerichtlich geheiratete Gattin Karoline [REDACTED] geb. [REDACTED]."

Während das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, das Testament sei zu unklar gefaßt, als daß es sich zugunsten der einen oder anderen Partei auslegen ließe, ist das Berufungsgericht mit den Beklagten der Auffassung, der Erblasser Efraim [REDACTED] habe mit dem Testament zum Ausdruck bringen wollen, daß er zwar als Alleineigentümer des Grundstücks eingetragen sei, daß jedoch

wirtschaftlich ein Drittel seiner Tochter Salomea [REDACTED] gehöre und daß er von den ihm auch wirtschaftlich gehörenden zwei Dritteln seiner Ehefrau ein Drittel und seiner Tochter Salomea [REDACTED] ein Drittel vermache, so daß diese dann zwei Drittel habe. Das Berufungsgericht folgert hieraus, daß Dr. Leon [REDACTED] am 4. September 1927, dem Tag der Abfassung des Testaments, nicht mehr wirtschaftlicher Eigentümer eines Drittels des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] gewesen sei, also vor diesem Zeitpunkt die Tauschvereinbarung getroffen habe.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

Es kann der Revision zunächst darin nicht beigetroten werden, daß die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Testament gegeben hat, "denkgesetzlich unmöglich" sei. Die Auslegung ist, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, mit dem Wortlaut ohne weiteres vereinbar. Sie scheitert entgegen der Meinung der Revision insbesondere nicht an dem Gebrauch des Wortes "somit". Gerade mit auf dieses Wort hat das Berufungsgericht offensichtlich seine Auslegung gestützt; denn wenn der Erblasser im ersten Satz des hier in Betracht kommenden Teils seines Testaments davon spricht, daß ein Drittel des Grundstücks seiner Tochter Salomea [REDACTED] gehöre, konnte er somit nur noch über die restlichen zwei Drittel verfügen, von denen er dann je ein Drittel seiner Ehefrau und seiner Tochter Salomea [REDACTED] vermacht hat. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob eine andere Auslegung dahin, daß das dem Dr. Leon [REDACTED] gehörende Drittel von dem Testament nicht betroffen worden sei, weil der Erblasser in diesem nur über die restlichen Miteigentums-

anteile verfügt habe, ebenfalls möglich ist oder , wie das Berufungsgericht ausführt, sich mit dem Wortlaut des Testaments nicht vereinbaren läßt.

Die Revision macht dem Berufungsgericht sodann zum Vorwurf, es habe bei seiner Auslegung des Testaments unter Verletzung des § 286 ZPO die Aussage der früheren Beklagten zu 2 am 14. Februar 1955 vor dem Schiedsrichter (in einem Schiedsgerichtsverfahren zwischen ihr und der früheren Beklagten zu 4) nicht berücksichtigt, daß sie von ihrem Vater bei ihrer Heirat im Jahre 1924 eine Mitgift von 13 000 Schillingen erhalten habe, von denen 5 000 Schillinge beim Erwerb des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] am 10. September 1925 mit verwendet worden seien. Die Rüge kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Revision nicht angibt, an welcher Stelle ihres Sachvortrags sich die Klägerin zum Beweis dafür, daß ihre Auslegung des Testaments richtig ist, auf diese Aussage der früheren Beklagten zu 2 bezogen hat. Das Berufungsgericht ist nach § 286 ZPO nicht gehalten, jedes einzelne Schriftstück in beigezogenen Akten, solange es nicht von den Prozeßbevollmächtigten in den Rechtsstreit eingeführt wurde, von sich aus zu prüfen (Urteil des Senats vom 29. März 1961, V ZR 36/59 S. 8 mit weiteren Nachweisen). Damit sind alle Schlußfolgerungen gegenstandslos, welche die Revision aus dem Erfolg ihrer Rüge zieht.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei seiner Auslegung des Testaments auch das im Urteil des Landgerichts genannte Schreiben des Dr. Leon [REDACTED] an den damaligen Vormund des früheren Beklagten zu 5 vom 17. September 1926 (richtig wohl: vom 18. April 1953, wie sich aus der Aussage des Zeugen Dr. [REDACTED] ergibt) nicht herangezogen. Auch diese Rüge ist nicht begründet.

Das Schreiben ist schon deshalb ohne Bedeutung, weil Dr. Leon [REDACTED] in ihm dargelegt hat, daß das Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] von ihm, seinem Vater und seiner Schwester Salomea [REDACTED] zu je einem Drittel erworben worden sei, dies aber von dem Beklagten zu 1 und der früheren Beklagten zu 2 ausdrücklich zugestanden wurde.

Die Revision rügt sodann, das Berufungsgericht habe auch die Aussage des Zeugen Dr. [REDACTED] übergangen. Ihre Meinung, der Zeuge sei davon ausgegangen, daß es eine Tatsache sei, daß Dr. Leon [REDACTED] auch weiterhin das eine Drittel an dem Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] zugestanden habe, findet in der Aussage des Zeugen keine Stütze. Der Zeuge hat in diesem Zusammenhang lediglich ausgesagt, Dr. Leon [REDACTED] habe ihm gegenüber stets behauptet, zu einem Drittel Eigentümer des Grundstücks [REDACTED]straße [REDACTED] zu sein. Dafür, daß das Berufungsgericht diese Aussage übersehen hat, sind jedoch keine Anhaltspunkte gegeben. Das Berufungsgericht hat nämlich in dem Teil seiner Ausführungen, in dem es sich mit den gegen die Tauschvereinbarung vom Jahre 1927 sprechenden Umständen befaßt, ausdrücklich auch die Aussage des Zeugen Dr. [REDACTED] erwähnt (BU S. 12). Wenn es auch aus dieser Aussage, die ebenfalls lediglich ein Indiz dargestellt hätte, nicht den Schluß dahin ziehen zu können glaubte, daß die Tauschvereinbarung nicht getroffen wurde, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden (Urteil des Senats vom 22. Februar 1960, V ZR 179/58, S. 12/13 unter Hinweis auf LM § 539 ZPO Nr. 1).

c) Unbegründet ist auch die weitere Rüge, aus dem Berufungsurteil sei nicht zweifelsfrei zu entnehmen, für welchen Zeitpunkt die Tauschvereinbarung anzusetzen sei. Das Berufungsgericht stellt uneingeschränkt fest, daß die Tauschvereinbarung im Jahre 1927 getroffen wurde

(BU S. 6, 11 und 13). Es hat daran, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Urteilsgründe ergibt, auch unter Berücksichtigung der Aussage des Beklagten zu 1 (BU S. 10), nach dessen Erinnerung die Vereinbarung im Jahre 1926 erfolgte, festgehalten.

d) Die Revision meint sodann, das Berufungsgericht gebrauche wiederholt die Wendung, bestimmte Beweisangebote sprächen nicht gegen die Tauschvereinbarung; aus diesen Formulierungen ergebe sich, daß das Berufungsgericht bei der Würdigung der Beweise nicht die die Beklagten betreffende Beweislast im Auge gehabt habe. Davon kann nicht gesprochen werden. Das Berufungsgericht ist, wie bereits unter a) ausgeführt, uneingeschränkt von der Beweislast der Beklagten für die Tauschvereinbarung ausgegangen und hat mit seinen von der Revision beanstandeten Formulierungen, bei denen es im übrigen nicht von Beweisanzeichen, sondern von Umständen spricht, nur zum Ausdruck gebracht, daß bestimmte Umstände, zu deren Berücksichtigung es nach § 286 ZPO verpflichtet war, den von ihm auf Grund der aufgeführten Indizien als erbracht angesehenen Beweis für die Tauschvereinbarung nicht erschüttern können.

e) Die Revision wendet sich schließlich gegen die Verwertung der Aussage des jetzigen Beklagten zu 1. Das Landgericht hat mit Beweisbeschuß vom 13. Mai 1957 dessen Vernehmung als Zeugen auf Antrag der damaligen Beklagten zu 1, der Ehefrau des jetzigen Beklagten zu 1, und der früheren Beklagten zu 2 angeordnet. Als am 11. April 1958 die Vernehmung des jetzigen Beklagten zu 1 als Zeuge vor dem Konsulat der Bundesrepublik Deutschland in Liverpool erfolgte, stellte sich jedoch, und zwar durch die eigenen Angaben des jetzigen Beklagten zu 1, heraus,

daß seine Ehefrau bereits, nämlich am 23. Februar 1958, verstorben war. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß diese Aussage des jetzigen Beklagten zu 1, obwohl sie als Zeugenaussage erstattet worden sei, nicht als solche gewertet werden könne, weil der jetzige Beklagte zu 1 im Zeitpunkt seiner Vernehmung bereits Partei gewesen sei. Es hat jedoch keine Bedenken, die Aussage als Parteiaussage gemäß § 448 ZPO zu bewerten. Mit ihren hiergegen gerichteten rechtlichen Bedenken kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil der Verfahrensmangel, der darin liegt, daß der jetzige Beklagte zu 1 am 11. April 1958 nicht mehr als Zeuge, sondern nur noch als Partei hätte vernommen werden dürfen, nach § 295 ZPO geheilt ist. In der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 29. Februar 1960 haben nämlich die Parteien auch über das Ergebnis der Beweisaufnahme verhandelt, ohne daß von der Klägerin in dieser oder in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 23. Februar 1960, in dem sie zu der Aussage des jetzigen Beklagten zu 1 ausdrücklich Stellung genommen hat, der Verfahrensmangel gerügt wurde, obwohl sich aus der den Parteien zugegangenen Niederschrift über die Vernehmung des jetzigen Beklagten zu 1 ergab, daß dessen Ehefrau im Zeitpunkt der Vernehmung bereits verstorben war. Die Heilung eines Verfahrensmangels der hier gegebenen Art nach § 295 ZPO ist seit der im Jahre 1933 durchgeführten Reform des Zivilprozeßrechts, nach der Zeugenbeweis und Parteivernehmung nicht mehr wesensverschiedene Beweismittel sind, möglich, und wenn eine Person bei ihrer Vernehmung vor Gericht ausgesagt hat, so ist im Regelfall keine Partei dadurch beschwert, daß der Vernommene dabei als Zeuge statt als Partei behandelt worden ist (LM § 27 DBG Nr. 2 unter

Bezugnahme auf Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. Vorbem. I vor § 373).

4. Die Revision bezieht sich sodann auf eine von ihr mit der Revisionsbegründung eingereichte letztwillige Verfügung des Dr. Leon [REDACTED] vom 19. März 1938, die nach der beigelegten eidesstattlichen Versicherung der Klägerin von ihr erst "um die Weihnachtszeit 1961 herum, etwa Anfang Dezember" aufgefunden wurde, und aus der sich nach der Meinung der Revision ergeben soll, daß dem Dr. Leon [REDACTED] noch im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung ein Drittel an dem Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] zugestanden habe, so daß die in Frage stehende Tauschvereinbarung weder im Jahre 1926 noch im Jahre 1927 stattgefunden haben könne. Ein Eingehen auf diese nachträglich eingereichte Urkunde ist nicht mehr möglich, weil neue Tatsachen und Beweismittel, die einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 b ZPO darstellen, nicht entgegen § 561 ZPO vom Revisionsgericht berücksichtigt werden können, wenn der Rechtsstreit, wie dies hier der Fall ist, durch das Urteil des Revisionsgerichts beendet wird (BGHZ 18, 59).

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

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag