

dy

Für das Nachschlagewerk
Für die amtliche Sammlung

Gesetz: §§ 81, 239, 246 ZPO

Rechtssatz:

Verstirbt die Revisionsbeklagte, bevor ein Prozessbevollmächtigter für sie für die Revisionsinstanz bestellt ist, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nach § 239 ZPO ein. Durch ihre Prozessbevollmächtigten des ersten und zweiten Rechtszugs ist sie in der Revisionsinstanz im Sinne des § 246 nicht vertreten. In dem Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, in dem nicht um Beiordnung eines bestimmten Anwalts gebeten wird, liegt keine Erteilung der Vollmacht für den später durch das Gericht beigeordneten Anwalt.

Aktenzeichen: IV ZR 83/50

Beschluss vom 29. Mai 1951 OLG Hamburg

~~.....~~

B e s c h l u s s

In Sachen

- 1.) des Alfred G [REDACTED],
- 2.) der Ehefrau Elli G [REDACTED] verw. E [REDACTED] geb.
P [REDACTED], beide in H [REDACTED], J [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED],

-Beklagte, Widerkläger und Revisionskläger-

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],

gegen

Frau Alayde D [REDACTED] geb. de C [REDACTED], Wwe, in H [REDACTED]
[REDACTED], P [REDACTED] weg [REDACTED],

-Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte-

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
[REDACTED],

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in
der Sitzung vom 29. Mai 1951 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Raske, Dr. Hartz
und Johannsen
beschlossen:

Das Verfahren wird gemäss § 148 ZPO ausgesetzt.

G r ü n d e :

Der Rechtsstreit der Parteien ist im April 1948 anhängig geworden. Durch Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 25. März 1949 ist die Beklagte zu 2) verurteilt worden, an die Klägerin 7000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 6. April 1948 zu zahlen. Der Beklagte zu 1) ist verurteilt worden, wegen dieses Anspruchs die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Beklagten zu 2) zu dulden. Die von den Beklagten gegen dieses Urteil am 18. Mai 1949 eingelegte Berufung ist durch Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 9. November 1949 als unbegründet zurückgewiesen worden. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten am 5. Januar 1950 Revision eingelegt. Die Klägerin hat unter dem 11. Januar 1950 um Bewilligung des Armenrechts für das Revisionsverfahren und um Beordnung eines bei dem Revisionsgericht zugelassenen Rechtsanwalts nachgesucht. Einen bestimmten Anwalt hat sie nicht vorgeschlagen. Durch Beschluss vom 17. März 1950 ist ihr das Armenrecht bewilligt und Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] als Armenanwalt beigeordnet worden. Dieser Beschluss ist am 18. März 1950 an die Klägerin abgegangen und Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] am 23. März 1950 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom gleichen Tage, eingegangen am 17. April 1950, hat Rechts-



anwalt Dr. W. [REDACTED] angezeigt, dass er die Klägerin vertrete. Die Klägerin ist am 23. März 1950, bevor Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] eine von ihr oder ihrem Prozessbevollmächtigten des zweiten Rechtzuges unterzeichnete Vollmacht erhalten hatte, gestorben.

Die Beklagten haben vorgetragen, die Klägerin sei Ende 1949 wegen fortgeschrittener syphilitischer Paralyse in das L. [REDACTED] Krankenhaus, Pavillon M der Nervenabteilung in H. [REDACTED] eingeliefert und von dort in die entsprechende Abteilung des H. [REDACTED] Krankenhauses in R. [REDACTED] übergeführt worden. Die Klägerin sei im Verlaufe des Verfahrens des ersten Rechtzuges prozessunfähig geworden. Der Rechtsstreit sei daher mit der Einlegung der Berufung nach § 246 ZPO unterbrochen worden. Mindestens sei der Rechtsstreit durch den Tod der Klägerin nach § 239 ZPO unterbrochen, hilfsweise beantragen die Beklagten, das Verfahren gemäss § 246 ZPO auszusetzen.

Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat bestritten, dass seine Mandantin geisteskrank gewesen sei. Er behauptet, dass sie an einem Krebsleiden verstorben sei. In seinem Schriftsatz vom 26. April 1951, der den Beklagten am 2. Mai 1951 zugestellt worden ist, hat er ausgeführt, dass

der Testamentsvollstrecker der verstorbenen Klägerin beabsichtige, den Rechtsstreit durchzuführen. Ausweislich des Zeugnisses des Amtsgerichts Hamburg vom 20. April 1950 - 74 VI 425/50 - sei der Kaufmann Ernst Peter Hugo E [REDACTED] Testamentsvollstrecker der verstorbenen Klägerin. Das Verfahren sei auch nicht durch den Tod der Klägerin unterbrochen, da er schon vor dem Tode der Klägerin bevollmächtigt worden sei, sie in der Revisionsinstanz zu vertreten. Diese Bevollmächtigung sei darin zu sehen, dass die Klägerin um die Bewilligung des Armenrechts und um Beiordnung eines Armenanwalts nachgesucht habe. Selbst wenn aber das Verfahren unterbrochen wäre, so liege doch in der Vertretungsanzeige vom 23. März 1950 eine Aufnahme des Verfahrens. Hierzu sei er auf Grund der ihm von den Anwälten des zweiten Rechtzuges erteilten Vollmacht berechtigt. Im übrigen habe er auch eine Vollmacht des Testamentsvollstreckers.

Die Beklagten bestreiten, dass der Kaufmann Eikhof Testamentsvollstrecker der verstorbenen Klägerin ist. Sie behaupten, das Testament, in dem E [REDACTED] zum Testamentsvollstrecker bestellt worden sei, sei wegen der Geisteskrankheit der Klägerin nichtig. Sie beabsichtigen, das Nachlassgericht in Hamburg zu veranlassen, das Testamentsvollstreckerzeugnis wieder einzuziehen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Zeitpunkt eine Unterbrechung des Verfahrens eingetreten ist, wenn die Klägerin im Verlauf des Rechtsstreits geisteskrank und damit prozessunfähig geworden wäre. Denn das Verfahren ist spätestens durch ihren Tod nach § 239 ZPO unterbrochen worden. Eine Unterbrechung des Verfahrens wäre nach § 246 ZPO nur dann nicht eingetreten, wenn die Klägerin im Zeitpunkt ihres Ablebens durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten gewesen wäre. Das war nicht der Fall. Dadurch, dass die Prozessbevollmächtigten des ersten und zweiten Rechtszuges nach § 81 ZPO befugt waren, für sie einen Prozessbevollmächtigten auch für die Revisionsinstanz zu bestellen, ist die Klägerin nicht im Sinne des § 246 ZPO durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten. Hierzu ist erforderlich, dass die Partei in dem Augenblick, wo das die Unterbrechung begründende Ereignis eintritt, durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten wird, der bei dem Gericht, an dem das Verfahren anhängig wird, zugelassen ist (vgl. die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts in RGZ 71 d, 155).

Rechtsanwalt Dr. Wieczorek war im Augenblick des Ablebens der Klägerin noch nicht zu ihrem Prozessbevollmächtigten bestellt. Nach ständiger und zutreffender Rechtsprechung der Gerichte liegt in dem Gesuch um Bewilligung des Ar-

menrechts und Beiordnung eines nicht namentlich bezeichneten Anwalts noch nicht die Erteilung der Vollmacht für den durch das Gericht beigeordneten Armenanwalt. Ein dahingehender Wille kann dem Gesuch nicht entnommen werden. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die arme Partei ohne eigene Prüfung es praktisch dem Gericht überlassen will, zu bestimmen, welcher Anwalt ihren Rechtsstreit führen soll. Wenn nicht ein anderer Wille aus dem Armenrechtsgesuch klar ersichtlich ist, muss davon ausgegangen werden, dass auch die arme Partei selbst entscheiden will, ob sie den ihr beigeordneten Anwalt bevollmächtigen will oder nicht. Sie behält dann die Möglichkeit, den beigeordneten Anwalt abzulehnen, Beschwerde nach § 46 Abs 3 der Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone einzulegen und beim Gericht die Beiordnung eines anderen Anwalts zu beantragen oder aber sich in dem Rechtsstreit überhaupt nicht vertreten zu lassen.

Der nach § 239 ZPO unterbrochene Rechtsstreit kann, wenn zu seiner Führung ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, nach § 2212 BGB nur von diesem, andernfalls nur von den Erben aufgenommen werden. Die Aufnahme erfolgt nach § 250 ZPO durch Zustellung eines Schriftsatzes. Der Schriftsatz muss erkennen lassen, dass und

von wem der Rechtsstreit aufgenommen wird. Dieser Anforderung genügt die Vertretungsanzeige vom 23. März 1950 nicht, wohl aber der Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 26. April 1951. Dieser Schriftsatz lässt erkennen, dass der Testamentsvollstrecker den Rechtsstreit aufnehmen will. Für die Frage, ob dadurch die Unterbrechung des Verfahrens ihr Ende gefunden hat, kommt es darauf an, ob der Kaufmann E. tatsächlich der Testamentsvollstrecker der verstorbenen Klägerin ist, d.h. ob das Testament, in dem Eikhof zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, gültig ist. Dieselbe Frage wird das Nachlassgericht auf den Antrag der Beklagten, das Testamentsvollstreckerzeugnis einzuziehen, zu entscheiden haben. Die Personen, die gegebenenfalls als Zeugen und Sachverständige über den Geisteszustand der Klägerin zu hören sind, wohnen im Bezirk des Nachlassgerichts oder wenigstens in dessen unmittelbarer Nähe. Unter diesen Umständen war es zweckmässig und geboten, die Entscheidung über die Frage, ob die Unterbrechung des Verfahrens beendet ist, nach § 148 ZPO auszusetzen, bis das Nachlassgericht über den Antrag auf Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses entschieden hat.

Dass das Verfahren vor dem Nachlassgericht noch nicht anhängig ist, steht der Aussetzung nicht entgegen. Die Aussetzung im Hinblick auf ein

Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die Eigentümlichkeiten und die Bedeutung dieses Verfahrens rechtfertigen es aber, eine Aussetzung nach denselben Grundsätzen anzuordnen, nach denen sie in Bezug auf ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde möglich ist (vgl. Stein-Jonas-Schönke ZPO § 148 Anm IV, 1). Dass ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde schon anhängig ist, um die Aussetzung zu rechtfertigen, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich. Die Aussetzung kann vielmehr auch angeordnet werden, um dadurch die Entscheidung der Verwaltungsbehörde erst zu veranlassen.

Dr. Lersch	Bundesrichter Ascher	Raske	Dr. Hartz
	ist durch Krankheit		
	an der Unterschrift		
	verhindert.	Johannsen	

Dr. Lersch