

2362 C01

Az. V ZR 11/50

Beglaubigte Abschrift

Verkündet am 12. Januar 1951

gez. Gros
Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Josef S p [REDACTED] in E [REDACTED] als alleini-
gen Inhabers der Fa. P [REDACTED]-Zementwerke N [REDACTED] Josef
Sp [REDACTED] in E [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Witwe Bäuerin Josef S t [REDACTED] genannt K [REDACTED],
Gertrud geb. F [REDACTED] in E [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Dr. [REDACTED]
in [REDACTED]-

wegen Erteilung von Löschungsbewilligungen,

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe
auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1951 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Pritsch und der Bundesrich-
ter Dr. Hertel, Dr. v. Normann, Dr. Heck und Dr. Hueckinghaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das am 14. Mai 1948 verkün-
dete Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts Hamm aufgehoben. Die Sache wird zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen.

T a t b e s t a n d :

Durch notariellen Vertrag vom 17. Dezember 1938 verkaufte die Beklagte aus ihrem Erbhof ein Grundstück, Flur 13 Nr. 46/1, im Flächengehalt von rd. 9,6 ha. an den Kläger; der Kauf war aufschiebend bedingt durch die Beschaffung von Ersatzland in etwa gleicher Grösse seitens des Klägers. Um den Eintritt dieser Bedingung teilweise herbeizuführen, verkaufte der Kläger seinerseits durch notariellen Vertrag vom 9. Juli 1940 an die Beklagte Grundstücke im Flächengehalt von 2,56 ha. In einem weiteren notariellen Vertrage vom selben Tage vereinbarten die Parteien sodann in Abänderung des Vertrages vom 17. Dezember 1938, dass der Kläger schon jetzt Eigentümer des Grundstückes Flur 13 Nr. 46/1 werden sollte, obwohl die Bedingung, dass Ersatzland in etwa gleicher Grösse beschafft werde, nur teilweise eingetreten sei. Während die beiden erstgenannten Verträge anerbengerichtlich genehmigt wurden, unterblieb die Genehmigung zu dem letztgenannten Vertrag. Das Grundbuchamt trug trotzdem den Übergang des Eigentums an dem Grundstück Flur 13 Nr. 46/1 auf den Kläger im Grundbuch ein; da jedoch nachträglich Zweifel entstanden, ob nicht die Genehmigung des Anerbengerichts notwendig gewesen wäre, wurde ein Amtswiderspruch gegen den Übergang des Eigentums auf den Kläger eingetragen.

In der Folge kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien. Im Februar 1942 erhob die Beklagte gegen den jetzigen Kläger und gegen den Ortsbauernführer Sta [REDACTED], der bei allen drei notariellen Verträgen mitgewirkt hatte, Klage auf Rückübertragung des Grundstückes Flur 13 Nr. 46/1. Das Verfahren wurde zunächst gegen Stakemeier durchgeführt und die Klage in allen drei Rechtszügen abgewiesen. Durch Urteil

- 3 -

vom 20. Januar 1944 wies das Landgericht Paderborn die Klage der jetzigen Beklagten auch im Verhältnis zu dem Kläger ab; gleichzeitig verurteilte es die Beklagte auf Widerklage des jetzigen Klägers zur Auflassung des strittigen Grundstückes. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos; ihre Revision wies das Reichsgericht durch Urteil vom 9. Oktober 1944 zurück. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte jetzt Nichtigkeitsklage erhoben, die dem Senat zur Entscheidung vorliegt (Az. V ZR 56/50).

Der Kläger hinterlegte nunmehr den nach seiner Berechnung noch geschuldeten Kaufpreisrest. Mit der gegenwärtigen Klage, die der Beklagten persönlich am 14. Januar 1947 zugestellt worden ist, begehrt er Löschung der auf seinem Grundbesitz zu Gunsten der Beklagten eingetragenen Kaufgeldrest-Hypothek von 27.447,69 RM und Bewilligung der Löschung des gegen den Eigentumsübergang des Grundstückes Flur 13 Nr. 46/1 im Grundbuch eingetragenen Amtswiderspruches.

Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung der Beklagten wurde durch Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts Hamm zurückgewiesen. Im Einspruchsverfahren liess die Beklagte unter Vorlage eines Attestes des Nervenfacharztes Dr. L. vom 17. April 1948 vortragen, dass sie infolge geistiger Erkrankung nicht mehr geschäftsfähig sei; sie bat um Aussetzung des Verfahrens. Das Oberlandesgericht beauftragte den Kreisarzt von Lippstadt mit der Nachprüfung dieses Gutachtens und zugleich mit der Abgabe einer gutachtlichen Äusserung darüber, ob nach dem heutigen Befund und etwaigen anderen Anhaltspunkten angenommen werden müsse, daß

**JLaw - Gesetze und Urteile**• Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile[\(mobile App\)](#)[JLaw - für Android](#)[JLaw - für iOS](#)

die Beklagte schon zurzeit der Klageerhebung geisteskrank gewesen sei. Die von dem Vertreter des Amtsarztes unterzeichnete Äußerung bestätigte die Richtigkeit des Attestes des Dr. L. und erklärte weiter, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sei anzunehmen, dass die Beklagte schon im Januar 1947 krank im Sinne dieses Gutachtens gewesen sei. Durch das angefochtene Urteil erkannte das Oberlandesgericht dahin, dass unter Aufhebung des Versäumnisurteils das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen werde. Das Oberlandesgericht geht davon aus, dass nach den beiden Gutachten des Dr. L. und des Amtsarztes die Beklagte schon im Zeitpunkt der Klageerhebung geisteskrank und daher prozessunfähig, die Klage infolgedessen von vornherein unzulässig gewesen sei.

Die Revision greift diese Feststellung des Berufungsgerichts an, da sie ohne zureichende Unterlagen getroffen und der Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt worden sei. Weiter rügt die Revision Verletzung des § 139 ZPO : Das Berufungsgericht hätte den Kläger fragen müssen, ob er nicht für den Fall der Prozessunfähigkeit der Beklagten die Bestellung eines Vertreters nach § 57 ZPO beantragen wolle.

Nach Einlegung der Revision wurde die Beklagte wegen Geisteskrankheit entmündigt und der Bauer Franz F. zu ihrem Vormund bestellt. Auf Anfrage erklärte dieser, dass er die Genehmigung des bisherigen Verfahrens ablehne. Hierzu hat der Kläger weiter vorgebracht: Alle Verträge und Prozesse seien stets von der ganzen Familie der Beklagten besprochen und betrieben worden. Das Fehlen eines gesetzlichen Ver-

treters habe nicht zu einer Benachteiligung der Beklagten geführt. Materiell interessiert an dem Rechtsstreit sei nur der Sohn der Beklagten und Hoferbe Friedrich St[REDACTED], dem der Hof einschliesslich aller Ansprüche gegen den Kläger durch Übergabevertrag vom 3. März 1949 übertragen worden sei. Das zu erwartende Urteil wirke nach § 325 ZPO. für und gegen diesen. Hinter ihm und den ganzen Prozessen stecke die Firma Gebr. Se[REDACTED], eine Konkurrentin der Klägerin; die Beklagte sei nur vorgeschoben. Unter diesen Umständen verstosse es gegen Treu und Glauben, wenn der Vormund unter Ausnützung eines formalen Rechtes seine Genehmigung verweigere. Die Beklagte bestreitet sowohl die Zulässigkeit dieses Vorbringens in der Revisionsinstanz wie die Richtigkeit dieser Behauptung.

Während des Revisionsverfahrens führte das Amtsgericht Erwitte auf Antrag des Klägers ein Beweissicherungsverfahren durch darüber, von welchem Zeitpunkt an die Beklagte geschäftsunfähig gewesen sei. In diesem Verfahren wurden zahlreiche Zeugen vernommen und ein fachärztliches Gutachten des Leiters der Provinzial-Heilanstalt W[REDACTED], Dr. Ne[REDACTED], erhoben. Dieser Gutachter kommt zu dem Ergebnis, dass die Beklagte in den Jahren 1938 bis 1941 so gut wie sicher noch geschäftsfähig, im Januar 1947 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, am 9. September 1947 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, seit Dezember 1947 zweifellos völlig geschäftsunfähig gewesen sei. Auf Antrag der Beklagten ist jetzt bei demselben Amtsgericht ein zweites Beweissicherungsverfahren anhängig. In diesem Verfahren ist die Einholung

eines Gutachtens der Universitäts-Gehirnambuln Klinik Münster angeordnet über die Frage, ob die Beklagte in der Zeit seit dem 17. Dezember 1938 sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befunden habe. Dieses Gutachten ist noch nicht erstattet worden. Die Akten des ersten Beweissicherungsverfahrens lagen dem Senat vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung; die Beklagte hat der Verwertung des Gutachtens Ne [REDACTED] in diesem Verfahren widersprochen. - Der Kläger hat vorsorglich um Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die bei dem Senat anhängige Nichtigkeitssklage gebeten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, dass die Beklagte sich zur Zeit der Klageerhebung in einem Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe, der ihre freie Willensbestimmung ausschliesse und seiner Natur nach nicht nur vorübergehend sei, und weiter, dass dieser Zustand während des ganzen Verfahrens bestanden habe; die Beklagte sei daher während des ganzen Verfahrens nicht prozessfähig gewesen (§ 52 ZPO., § 104 Ziff 2 BGB). Diese Feststellungen trifft das Berufungsgericht auf Grund der gutachtlichen Äusserung des Facharztes Dr. L. [REDACTED], wonach bei der Beklagten eine Arterienverkalkung des Gehirns (arteriosclerosis cerebri) vorliege, und der Äusserung des Stellvertreters des Kreisarztes von Lippstadt vom 28. November 1948, der die gutachtliche Äusserung des Dr. L. [REDACTED] geprüft und ohne Einschränkung für richtig befunden habe. Das Berufungsgericht sieht keinen Anlass, an der Richtigkeit dieser Beurteilung zu zweifeln, zumal es sich nicht um eine schwer feststellbare Erkrankung handle, sondern nach den Ausführungen des Dr. L. [REDACTED] die Auswirkungen dieser Krankheit offen zutage lägen.

Der Revision ist zuzugeben, dass die im Berufungsverfahren erhobenen Beweise nicht ausreichen, diese Feststellungen zu tragen. Die gutachtliche Äusserung des Dr. L. [REDACTED] ist ein Parteigutachten; es kann daher nur als ein Parteivorbringen gewürdigt werden und ersetzt das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen nicht, wenneschon das Gericht nicht gehindert ist, die Ausführungen dieses Parteigutachtens zu seiner Unterrichtung zu verwenden und bei der Würdigung des Sachverhalts zu benützen; dies gilt besonders für die von Dr. L. [REDACTED] als Facharzt beobachteten und zur Grundlage seiner Beurteilung gemachten Äusserungen

der Erkrankung der Beklagten. Wenn das Berufungsgericht aus diesem Parteigutachten in Verbindung mit der Bestätigung durch den Stellvertreter des Amtsarztes den Schluss zieht, dass die Beklagte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz im Sinne des § 104 Ziff. 2 BGB sich in einem nicht nur vorübergehenden, die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinde, so ist das nicht zu beanstanden; diese Feststellung ist auch in der Folge durch die Entmündigung der Beklagten wegen Geisteskrankheit bestätigt worden. Nicht gerechtfertigt ist es aber, wenn das Berufungsgericht aus diesen Unterlagen die weitere Feststellung ableitet, dass dieser Zustand bei der Beklagten schon im Zeitpunkt der Klageerhebung - am 2.1. 1947 - bestanden habe. Hierzu führt die gutachtliche Äusserung des Dr. L. lediglich aus: Da es sich um einen hochgradigen arteriosklerotischen Hirnprozess handle, müssten die Anfangserscheinungen mehrere Jahre, vermutlich 10 bis 15 Jahre, zurückliegen. Eine nähere Angabe darüber, wann diese Anfangserscheinungen der Erkrankung der Beklagten ein solches Mass erreicht haben, dass ihre freie Willensbestimmung dauernd ausgeschlossen war, ist der Äusserung des Dr. L. nicht zu entnehmen. Die Äusserung datiert vom 17.4.1948; es lässt sich ihr wohl eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür entnehmen, dass schon 1 1/4 Jahre vorher, am 2.1.1947, ein Zustand dauernder krankhafter Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 104 Ziff. 2 BGB bestanden hat, aber ein sicherer Schluss hierauf kann aus dieser Äusserung allein noch

nicht gezogen werden. Das Oberlandesgericht hat dies offenbar auch nicht verkannt, da es den Kreisarzt neben einer Nachprüfung der Äusserung des Dr. L. zu einer gutachtlichen Stellungnahme dazu aufgefordert hat, ob der heutige Befund und etwaige weitere Anhaltspunkte den Schluss rechtfertigen, dass die Beklagte schon bei Klageerhebung geisteskrank gewesen sei. Dies bejaht allerdings die Äusserung des Stellvertreters des Kreisarztes vom 28.4.48, die ausspricht, mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit sei anzunehmen, dass die Beklagte schon im Januar 1947 geschäftsunfähig gewesen sei. Diese Äusserung lässt aber nicht erkennen, aus welchen Unterlagen der Sachverständige diesen Schluss zieht. Es ist nicht ersichtlich, ob der Gutachter die Beklagte selbst untersucht oder auch nur gesehen hat, ob er sich durch Dr. I. über das Krankheitsbild des Näheren hat unterrichten lassen, um sich ein eigenes Urteil zu bilden, oder auf welche sonstigen tatsächlichen Feststellungen er seine Ansicht gründet. Das Berufungsgericht hätte aufklären müssen, welche Unterlagen der Kreisarzt für seine Schlussfolgerungen hatte, zumal der Kläger in seinem Schriftsatz vom 5. Mai 1948 diesen Mangel des Gutachtens ausdrücklich gerügt hatte. Das Berufungsgericht durfte sich nicht mit der Bemerkung zufrieden geben, dass der Kreisarzt die von ihm getroffene Feststellung nicht ohne hinreichende Kenntnis vom Zustande der Beklagten treffen durfte, nachdem es gerade zweifelhaft war, ob der Kreisarzt dieser Verpflichtung genügt hatte.

Zu einer Prüfung der Grundlagen des kreisärztlichen Gutachtens bestand um so mehr Anlass, als der Kläger in seinen Schriftsätzen vom 27.4. und 5.5.1948 eine Reihe von Vorgängen unter Beweis gestellt hatte, die die Annahme rechtfertigen konnten, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Klageerhebung noch geschäftsfähig war. Vor allem wäre die Vernehmung des Prozessbevollmächtigten 1. Instanz der Beklagten in Frage gekommen, der am 9.9.1947 als Notar eine Erklärung der Beklagten über die Annahme eines ihr vom Kläger gemachten Kaufangebotes beurkundet und in der von ihm aufgenommenen Urkunde ausdrücklich bemerkt hatte, dass die Beklagte ihm als verfassungsfähig bekannt sei. Die Erhebung der vom Kläger angebotenen Beweise durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung ablehnen, die Auswirkungen der Erkrankung träten so offen zu Tage, dass die Richtigkeit der beiden Atteste nicht bezweifelt werden könne; denn die Äusserung des Kreisarztes erwähnt hierüber nichts, und der Gutachter Dr. Löser hat solche Auswirkungen erst für den Monat April 1948, also für einen rd. 15 Monate nach der Klageerhebung liegenden Zeitpunkt festgestellt. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils beruhen daher auf ungenügender Aufklärung des Sachverhalts.

Inzwischen ist in dem Beweissicherungsverfahren vor dem Amtsgericht E [REDACTED] eine weitgehende Aufklärung erfolgt. In diesem Verfahren sind u.a. auch die von dem Kläger in den obengenannten Schriftsätzen angebotenen Zeugen vernommen und das von ihm ebenfalls erbetene Gutachten eines weiteren ärztlichen Sachverständigen eingeholt worden.

Der Verwertung dieses Gutachtens hat die Beklagte zu Unrecht widersprochen. Die Beklagte ist in dem Beweissicherungsverfahren zunächst durch den vom Amtsgericht B. ihr zu diesem Zwecke als Vertreter beigeordneten Sohn Friedrich St., später durch den Vormund, vertreten gewesen. Ihre Vertreter sind zu allen Beweisaufnahmen ordnungsgemäss geladen worden und haben zusammen mit einem von ihnen beauftragten Rechtsanwalt daran teilgenommen. Bedenken dagegen, das Beweissicherungsverfahren im gegenwärtigen Prozess nach § 493 ZPO. zu verwerten, könnten höchstens insofern bestehen, als der Kläger das Verfahren nicht für diesen Prozess beantragt hat; er hat es beantragt für einen neuen von ihm erwarteten Prozess, in dem die Beklagte die Rechtswirksamkeit der Verträge von 1938/40 mit der Behauptung angreifen werde, dass sie schon damals nicht geschäftsfähig gewesen sei. Der Kläger hat das Gesuch auch nicht bei dem Prozessgericht gestellt, wie dies nach § 486 Abs. 1 ZPO. hätte geschehen müssen. Doch kommt es darauf nicht an, denn die Verwertung der in dem Beweissicherungsverfahren vorgenommenen Erhebungen ist auf alle Fälle zulässig. Die Frage, ob eine Partei prozessfähig ist, muss als Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden (§ 56 ZPO.). Bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen ist das Gericht an die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Beweisverfahren nicht gebunden und auf die dort vorgesehenen Beweismittel nicht beschränkt (sogenannter Freibeweis: Stein-Jonas, Vorbemerk. § 355 Anm. III 1, § 282 Anm.

V a; Schönke, Zivilprozessrecht, § 62, § 88 I 3; Nikisch Zivilprozessrecht § 84 Anm. I 3). Daher können die Ergebnisse des Beweissicherungsverfahrens im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden. Dies gilt auch für das Revisionsverfahren (RGZ 86, 16; RG WarnRspr 1938 Nr. 113).

Das in dem Beweissicherungsverfahren erstattete Gutachten des Dr. Ne[REDACTED] stützt sich nicht nur auf eine Untersuchung der Beklagten, sondern auch auf die umfangreichen, in dem Beweissicherungsverfahren durchgeführten Zeugenvernehmungen, denen der Sachverständige beigewohnt und bei denen er sich, wie die Niederschriften ausweisen, durch Fragen an die Zeugen nach den Äusserungsformen der Erkrankung der Beklagten lebhaft beteiligt hat. Das sorgfältig abgewogene Gutachten kommt u.a. zu dem Ergebnis, dass die Beklagte im Januar 1947 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr prozessfähig gewesen ist. Der Sachverständige führt hierzu aus: "Eine über 70 Jahre alte Greisin, wie es die Beklagte in jenem Zeitpunkt war, mit Erkrankungen der Hirngefäße, deren Anfang schon rund 20 Jahre zurückliegt, ist nach ärztlicher Erfahrung kaum je noch geschäftsfähig oder prozessfähig. Nach dem Gesamtergebnis der Beweisaufnahme und nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft ist es jedenfalls viel wahrscheinlicher, dass die Beklagte in diesem Zeitpunkt nicht mehr prozessfähig gewesen ist, als umgekehrt."

Das Gutachten des Sachverständigen Dr. Ne[REDACTED] wird noch unterstützt durch das in dem Verfahren betr. die Nichtigkeitsklage dem Senat von der Beklagten neu vorgelegte zweite, ausführliche Privat-Gutachten des Dr. L[REDACTED] vom

27. März 1950. Dieses Gutachten kommt nach eingehender Erörterung des gesamten vorliegenden Materials zu dem Ergebnis, dass die Beklagte schon seit 1938 nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Der Kläger hat aber nicht nur in jenem Verfahren das neue Gutachten des Dr. L. mit ausführlicher Begründung angegriffen, sondern er hat auch gegen die Ergebnisse des Gutachtens Ne. Eihwendungen erhoben, die näherer Prüfung bedürfen. So hat er geltend gemacht, dass der Sachverständige Neujahr bei der Verwertung der Zeugenaussagen die Glaubwürdigkeit der Zeugen nicht bewertet habe, und dass er infolge eines Irrtums davon ausgegangen sei, dass Dr. R., der die Beklagte im Herbst 1946 und wieder im Winter 1947/48 behandelt habe, im Oktober/November 1947 keine besonderen Wahrnehmungen im Sinne einer geistigen Störung der Beklagten festgestellt habe, während Dr. R. bei seiner Vernehmung das Fehlen solcher Störungen nur für die erste Behandlung im Herbst 1946 bekundet habe; dieser Irrtum habe den Sachverständigen Neujahr veranlasst, die Bekundung des Dr. Rohrer zu Unrecht zu bagatellisieren. Der Kläger hat weiter darauf hingewiesen, dass die Angehörigen der Beklagten bis zum Frühjahr 1948 sie stets als geschäftsfähig behandelt hätten, obwohl sie mit allen Mitteln bemüht gewesen seien, die Durchführung der Verträge von 1938/40 zu vereiteln; das mache es wahrscheinlich, dass erst ein im Dezember 1947 im Krankenhaus erlittener Schlaganfall

ihren Zustand so verschlechtert habe, dass sie geschäftsunfähig geworden sei. Diese Einwendungen des Klägers bedürfen noch der Nachprüfung. Wie weit in dem neuen, auf Antrag der Beklagten beim Amtsgericht E. zurzeit anhängigen Beweissicherungsverfahren diese Fragen eine Klärung finden werden, ist noch nicht vorauszusehen. Jedenfalls ist die Frage, ob die Beklagte schon bei Klageerhebung geschäftsunfähig war, noch nicht entscheidungsreif. Da die notwendige weitere Aufklärung auf tatsächlichem Gebiet liegt, ist es geboten, sie nicht im Revisionsverfahren durchzuführen, sondern sie dem Berufungsgericht zu übertragen, dessen Aufgabe die einwandfreie Klärung der Frage bereits im vorangegangenen Verfahren gewesen wäre. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Zu dem weiteren Angriff der Revision, dass das Berufungsgericht gegen § 139 ZPO. verstossen habe, ist auf folgendes hinzuweisen:

Wie in der Rechtsprechung wiederholt ausgesprochen worden ist, ist die Bestellung eines Prozessvertreters nach § 57 ZPO. auch dann zulässig, wenn der Mangel der Prozessfähigkeit des Beklagten erst im Laufe des Rechtsstreites erkannt wird (RGZ 105, 402; OLG Karlsruhe, OLG 35, 82). Voraussetzung für eine solche Maßnahme ist jedoch Gefahr im Verzuge; ob dieser Fall gegeben war, ist zweifelhaft. Zudem stand die Bestellung eines Ver-

treters für die Beklagte nach § 57 ZPO. im freien Ermessen des Vorsitzenden des Zivilsenates. Vor allem aber war die Prozessunfähigkeit der Beklagten hinreichend lange Zeit vor Erlass des Berufungsurteils geltend gemacht worden; der Kläger hätte also genügend Zeit gehabt, einen solchen Antrag zu stellen. Bei dieser Sachlage würde es eine Überspannung der Aufklärungspflicht des Gerichts bedeuten, wollte man von ihm verlangen, dass es den Kläger auf die Möglichkeit eines solchen Antrages ausdrücklich hinweise. Im übrigen würde eine Zurückverweisung nicht mehr in Betracht kommen, nachdem inzwischen ein Vormund für die Beklagte bestellt und daher für eine Massnahme nach § 57 ZPO kaum Raum mehr ist.

4. Der Mangel der Prozessfähigkeit der Beklagten würde geheilt werden, wenn der ihr jetzt bestellte Vormund das Verfahren genehmigt. Diese Genehmigung könnte auch noch in der Revisionsinstanz erklärt werden (RGZ 126, 263). Der Vormund hat jedoch mitgeteilt, dass er dies ablehne. Dies steht in seinem pflichtmässigen Ermessen. Wenn der Kläger dem entgegen zu halten sucht, dass der Vormund damit arglistig handle, so ist das unbeachtlich. Für das gegenwärtige Verfahren kommt es nur darauf an, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind oder nicht, und verneinenden Falles, ob dieser Mangel durch eine Genehmigung nachträglich beseitigt wird; genehmigt der Vormund nicht, so bewendet es dabei, dass das Verfahren unzulässig ist. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Vormund den Standpunkt vertritt, die Beklagte sei schon seit Ende 1938

geschäfts- und prozessunfähig gewesen. Von diesem Standpunkt aus hatte er keinen Anlass, das gegenwärtige Verfahren zu genehmigen und dadurch die Rechtslage seiner Partei zu verschlechtern. Es kann daher nicht als sittenwidrig oder als unzulässiger Verstoss gegen Treu und Glauben angesehen werden, wenn er die Genehmigung verweigert.

gez. Dr. Pritsch

gez. Dr. Hertel

gez. Dr. Heck

gez. Dr. v. Normann

gez. Dr. Hückinghaus



Beglaubigt:

M. Müller

Justizsekretär

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofes