

2

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: BGB §§ 2039 f; ZPO §§ 239 ff, 578 ff.

Rechtssatz:

Wird das Verfahren über eine Nichtigkeitsklage durch Tod des Klägers unterbrochen, so ist ein einzelner Miterbe nach § 2039 BGB jedenfalls dann zur Aufnahme berechtigt, wenn das angefochtene rechtskräftige Urteil einen zum Nachlaß gehörigen Anspruch abgewiesen hatte.

2. Gesetz: ZPO § 584 Abs 1 letzter Teilsatz.

Rechtssatz:

Für Nichtigkeitsklagen gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil ist das Revisionsgericht auch dann zuständig, wenn dieses Urteil die Revision als unbegründet zurückgewiesen hatte.

Für eine Nichtigkeitsklage gegen ein reichsgerichtliches Urteil ist für den Bereich der Bundesrepublik die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs anstelle der des Reichsgerichts getreten.

Aktenzeichen: V ZR 56/50

Urteil des BGH vom 13. Juli 1954

Olg. Kamm

V. ZR 56/50

Verkündet am 13. Juli 1954
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

Teilurteil.

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

In dem Rechtsstreit

der Erben der am 6. Oktober 1951 verstorbenen Bauerswitwe
Josef S. [REDACTED] genannt K. [REDACTED], Gertrud geb. F. [REDACTED]
in E. [REDACTED], nämlich

1. des Bauern Josef S. [REDACTED] in E. [REDACTED],
2. des Bauern Heinrich S. [REDACTED] in E. [REDACTED]
Krs. L. [REDACTED],
3. des Schneiders Friedrich S. [REDACTED] in E. [REDACTED],
4. der Ehefrau Maria S. [REDACTED] geb. S. [REDACTED] in E. [REDACTED],
5. des Kraftfahrers Wilhelm S. [REDACTED] in E. [REDACTED],
6. der Helga S. [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1941,
gesetzlich vertreten durch die Mutter Frau
Lisel M. [REDACTED] geb. K. [REDACTED] in E. [REDACTED],
7. des Helmut Albert S. [REDACTED], geb. am [REDACTED]
1943 in O. [REDACTED], wohnhaft im Saargebiet,
Kläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Fabrikanten Josef Sp. [REDACTED] in E. [REDACTED], als alleinigen
Inhaber der Firma P. [REDACTED] N. [REDACTED] Josef
Sp. [REDACTED] in E. [REDACTED],

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

wegen Nichtigkeitsklage

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündli-
che Verhandlung vom 13. Juli 1954 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Heck, Schu-
ster, Dr. Oehßler und Dr. Großmann

durch Teilurteil für Recht erkannt:

Die Klage der Kläger zu 1) bis 6) wird abgewiesen.
Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlußurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen



- 3 -

Tatbestand:

Die am [REDACTED] 1876 geborene Witwe Gertrud S. [REDACTED] geborene F. [REDACTED] war Eigentümerin eines 15,7 ha großen Erbhofes in E. [REDACTED]. Durch notariellen Vertrag vom 17. Dezember 1938 verkaufte sie aus diesem Erbhof das Grundstück Gemarkung E. [REDACTED] Flur 13 Nr 46/1 im Flächengehalt von etwas über 9,6 ha an den Beklagten. Der Kauf war aufschiebend bedingt durch die Beschaffung von Ersatzland in etwa gleicher Größe seitens des Beklagten.

Um den Eintritt der Bedingung teilweise herbeizuführen, verkaufte der Beklagte durch notariellen Vertrag vom 7. September 1940 an die Witwe S. [REDACTED] Grundstücke im Flächengehalt von 2,56 ha. In einem weiteren notariellen Vertrage vom selben Tage vereinbarten die Vertragsparteien sodann, daß der Beklagte in Abänderung des Vertrages vom 17. Dezember 1938 schon jetzt Eigentümer des Grundstücks Flur 13 Nr 46/1 werden solle, obwohl die Bedingung, daß Ersatzland in etwa gleicher Größe beschafft werde, nur teilweise eingetreten sei; gleichzeitig erklärten sie die Auflassung dieses Grundstücks an den Beklagten. Während die beiden erstgenannten Verträge vom Anerbengericht genehmigt wurden, unterblieb dies hinsichtlich des letztgenannten Vertrages. Trotzdem trug das Grundbuchamt den Übergang des Eigentums an dem Grundstück Flur 13 Nr 46/1 auf den Beklagten im Grundbuch ein. Da jedoch nachträglich Zweifel entstanden, ob nicht die Genehmigung des Anerbengerichts auch zu dem letztgenannten Verträge erforderlich war, wurde ein Amtswiderspruch gegen den Übergang des Eigentums auf den Beklagten eingetragen.

Am 14. März 1941 beurkundete Notar N. [REDACTED] einen weiteren Vertrag derselben Parteien, durch den dem Beklagten das Recht eingeräumt wurde, die mit Vertrag vom 7. September 1940 an die Witwe S. [REDACTED] verkauften Grundstücke im Flächenge-

halt von rund 10 Morgen gegen andere Grundstücke auszutauschen; dieses Recht des Beklagten sollte durch eine Auflassungsvormerkung gesichert werden.

In der Folge kam es zwischen den Parteien des Vertrages vom 17. Dezember 1938 zu Streitigkeiten. Am 17. Februar 1942 erhob die Witwe S. [REDACTED] gegen den jetzigen Beklagten und den Ortsbauernführer St. [REDACTED], der bei allen drei notariellen Verträgen vom 17. Dezember 1938 und 7. September 1940 mitgewirkt hatte, Klage auf Rückübertragung des Grundstücks Gemarkung E. [REDACTED] Flur 13 Nr 46/1. Das Verfahren wurde zunächst gegen St. [REDACTED] durchgeführt und die Klage insoweit in allen drei Rechtszügen abgewiesen. Durch Urteil vom 20. Januar 1944 wies das Landgericht Paderborn die Klage auch im Verhältnis zu dem jetzigen Beklagten ab; gleichzeitig verurteilte es die Witwe S. [REDACTED] auf Widerklage zur lastenfreien Auflassung des strittigen Grundstücks an den Beklagten. Die Berufung der Witwe S. [REDACTED] wies das Oberlandesgericht in Hamm durch Urteil vom 7. Juni 1944 zurück. Ihre Revision wurde durch Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Oktober 1944 ebenfalls zurückgewiesen.

Während dieses Rechtsstreits machte der Beklagte, um die Bedingung der Ersatzlandbeschaffung vorsorglich in vollem Umfang zu erfüllen, der Witwe S. [REDACTED] wiederholt ein notarielles Kaufangebot über Ersatzgrundstücke im Flächengehalt von 28 1/2 Morgen (notarielle Urkunden vom 22. April 1943, 29. November 1943 und 7. Juli 1944); die Witwe S. [REDACTED] gab zu diesen Angeboten zunächst keine Erklärung ab.

Am 4. April 1946 hinterlegte der Beklagte den nach seiner Berechnung noch geschuldeten Rest des Kaufpreises aus dem Verträge vom 17. Dezember 1938 in Höhe von 33 556 RM. In der Folge erhob er Klage auf Bewilligung der Löschung

einer auf seinem Grundbesitz zugunsten der Witwe S. [REDACTED] eingetragenen Kaufgeldresthypothek von 27 449,69 RM und des gegen den Eigentumsübergang des Grundstücks Gemarkung E. [REDACTED] Flur 13 Nr 46/1 im Grundbuch eingetragenen Amtswiderspruchs. Diese Klage wurde der Witwe S. [REDACTED] persönlich am 14. Januar 1947 zugestellt. - Am 9. September 1947 erklärte sie persönlich zur Niederschrift des Notars Rechtsanwalt Dr. A. [REDACTED] jun., daß sie das Vertragsangebot des Beklagten vom 22. April 1943/29. November 1943/7. Juli 1944 über die Lieferung von Ersatzgrundstücken im Flächeninhalt von 28 1/2 Morgen annehme; in dieser Niederschrift wird ausdrücklich vermerkt, sie sei "als verfassungsfähig bekannt".

Das Landgericht gab der Klage statt; die Berufung der Witwe S. [REDACTED] wurde durch Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts in Hamm zurückgewiesen. Im Einspruchsverfahren ließ die Witwe S. [REDACTED] - dort Beklagte - unter Vorlage eines Attestes des Nervenfacharztes Dr. L. [REDACTED] vom 17. April 1948 vortragen, sie sei infolge geistiger Erkrankung nicht mehr geschäftsfähig; zugleich bat sie um Aussetzung des Verfahrens. Nachdem der Amtsarzt die Richtigkeit des Attestes des Dr. L. [REDACTED] bestätigt und sich zugunsten der Behauptung der Witwe S. [REDACTED], schon im Januar 1947 zur Zeit der Zustellung der Klage geschäftsunfähig gewesen zu sein, ausgesprochen hatte, änderte das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts dahin ab, daß die Klage als unzulässig abgewiesen wurde. Auf die Revision hat der erkennende Senat durch Urteil vom 12. Januar 1951 - V ZR 11/50 - diese Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Senat ist bei dieser Entscheidung davon ausgegangen, die dem Oberlandesgericht vorliegenden Beweise dafür, daß die Witwe S. [REDACTED] im Januar 1947 geschäftsunfähig und damit prozeßunfähig gewesen sei, reichten nicht aus; weitere Aufklärung sei erforderlich:

Im August 1948 beantragte der Beklagte beim Amtsgericht Erwitte ein Beweissicherungsverfahren über die Frage des Geisteszustandes der Witwe S. [REDACTED] im Zeitpunkt des Abschlusses des strittigen Kaufvertrages (17. Dezember 1938) und in der Folgezeit. In diesem Verfahren wurde eine größere Anzahl von Zeugen vernommen und ein Gutachten des Medizinalrats Dr. Ne. [REDACTED] von der Provinzialheilanstalt W. [REDACTED] erhoben. Während dieses Verfahrens wurde die Witwe S. [REDACTED] am 4. Januar 1949 wegen Geisteskrankheit entmündigt.

Gestützt auf die Ergebnisse dieses Beweissicherungsverfahrens reichte die Witwe S. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Vormund, am 10. Oktober 1949 die jetzt zur Entscheidung stehende Nichtigkeitsklage beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone ein mit dem Antrag, das erwähnte Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 9. Oktober 1944 und die ihm zu Grunde liegenden Urteile des Oberlandesgerichts in Hamm vom 7. Juni 1944 und des Landgerichts in Paderborn vom 20. Januar 1944 aufzuheben und entsprechend dem von ihr in jenem Verfahren gestellten Antrage den Beklagten zur Berichtigung des Grundbuchs durch Rücküberschreibung des strittigen Grundstücks zu verurteilen. Sie stützte die Klage auf § 579 Abs 1 Nr 4 ZPO mit der Behauptung, sie sei in dem früheren Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen, da sie bei Beginn und während der ganzen Dauer des Rechtsstreites, übrigens auch schon bei Abschluß der strittigen Verträge in den Jahren 1938 und 1940 geisteskrank und infolgedessen geschäfts- und prozeßunfähig gewesen sei. Zur Unterstützung dieses Vortrags wurden ein ärztliches Gutachten des Nervenarztes Dr. L. [REDACTED] vom 17. April 1948 und ein weiteres für das Entmündigungsverfahren erstattetes Gutachten des Prof. Dr. K. [REDACTED], damals Oberarzt an der Psychiatrischen und Nervenlinik der Universität Münster, vom 2. September 1948 vorgelegt und weiterer Beweis angetreten.

In einem zweiten, am 19. April 1950 von dem Vormund der Witwe S [REDACTED] beim Amtsgericht Erwitte anhängig gemachten Beweissicherungsverfahren legte dieser ein weiteres fachärztliches Gutachten des Dr. L [REDACTED] vom 27. März 1950 vor; im übrigen wurde dieses Beweissicherungsverfahren mit Rücksicht auf den jetzt zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit nicht durchgeführt.

Nachdem das Verfahren vom Obersten Gerichtshof für die Britische Zone auf den Bundesgerichtshof übergegangen war, wurde die Nichtigkeitsklage am 1. Dezember 1950 zugestellt. Der Beklagte bat um kostenfällige Klagabweisung.

Durch Beweisbeschuß vom 2. Februar 1951 ordnete der Senat die Vernehmung einer Zeugin, die Einholung eines Ergänzungsgutachtens des Dr. Ne [REDACTED] und die Erstattung eines Sachverständigengutachtens über die Geschäftsfähigkeit der Witwe S [REDACTED] am 16. Februar 1942 durch den Leiter der Psychiatrischen und Nervenlinik der Universität Münster an. Während der Erledigung dieser Beweisaufnahme starb die Witwe S [REDACTED] am 6. Oktober 1951. Auf Grund eines Antrages des jetzigen Klägers zu 1), ihres Sohnes Josef S [REDACTED], wurde in einem weiteren Beweissicherungsverfahren am 9. Oktober 1951 eine Leichenöffnung vorgenommen, bei der außer den Gerichtspersonen, den Prozeßbevollmächtigten beider Parteien und dem Antragsteller Josef S [REDACTED] auch der Sachverständige Dr. Ne [REDACTED], ferner die von dem Antragsteller gestellten Nervenfachärzte Dr. L [REDACTED] und Dr. D [REDACTED] und der von dem Beklagten gestellte Neurologe und Psychiater Dr. Ö [REDACTED] zugegen waren; die Leichenöffnung nahmen Dozent (jetzt Professor) Dr. Kr [REDACTED] und Dr. Ab [REDACTED] beide vom Institut für gerichtliche Medizin der Universität Münster, vor.

Nachdem auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Witwe S [REDACTED] das Verfahren über die Nichtigkeitsklage gemäß § 246 ZPO ausgesetzt worden war, haben sieben Abkömmlinge der Witwe S [REDACTED], darunter ihr Sohn Josef S [REDACTED], ausgewiesen durch Teilerbschein des Amtsgerichts Erwitte vom 6. Februar 1953 als gesetzliche Erben zu je 1/8 des Nachlasses, den Rechtsstreit als Kläger aufgenommen. Sie haben zugleich vorgetragen, ein weiterer als gesetzlicher Erbe zu 1/8 des Nachlasses in Betracht kommender Sohn der Witwe S [REDACTED], Franz S [REDACTED], sei vermißt; er sei vor dem 31. Dezember 1945 verschollen, eine Todeserklärung habe aber nicht stattgefunden. Mit Rücksicht auf Art 2 § 2 Abs 3 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Verschollenheitsrechts vom 15. Januar 1951 (BGBl I, 59) bestehe eine gesetzliche Lebensvermutung für Franz S [REDACTED] nicht, daher könne nicht nachgewiesen werden, daß er zur Zeit des Erbfalles noch gelebt habe und Miterbe geworden sei. Der Beklagte hat der Aufnahme durch die sieben Abkömmlinge der Witwe S [REDACTED] zugestimmt.

Durch Beschluß vom 14. Juli 1953 ordnete der Senat nochmalige Beweiserhebung an. Durch Beschluß vom 13. Juli 1954 wurde das Verfahren hinsichtlich des minderjährigen Klägers zu 7) abgetrennt, da nicht geklärt werden konnte, wer sein gesetzlicher Vertreter ist und ob dieser dem Eintritt in den Rechtsstreit zustimmt. Die übrigen Parteien wiederholten ihre Anträge.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Aufnahme des Verfahrens:

Die sieben durch Teilerbschein legitimierten Abkömmlinge der ursprünglichen Klägerin haben nach ihrem Tod den Rechts-

streit aufgenommen; der Beklagte hat dem zugestimmt. Damit steht die von den jetzigen Klägern behauptete Teilrechtsnachfolge fest. Es bedarf aber noch der Prüfung, ob die Aufnahme zulässig ist, obwohl sie nur von einem Teil der möglichen Erben erklärt worden ist und der als weiterer Miterbe in Betracht kommende Sohn Franz S. [REDACTED], der kriegsverschollen, aber nicht für tot erklärt worden ist, sich nicht beteiligt hat.

Nach § 2039 BGB ist jeder einzelne Miterbe berechtigt, zum Nachlaß gehörende Ansprüche ohne Mitwirkung der übrigen Miterben in der Form geltend zu machen, daß er Leistung an alle Miterben fordert. Mit dieser Maßgabe kann er nicht nur Leistungsklage, sondern, wie allgemein anerkannt ist, auch Feststellungsklage erheben; und aus diesem Recht folgt auch die Befugnis, einen durch den Tod des Erblassers unterbrochenen Rechtsstreit über einen zum Nachlaß gehörenden Anspruch aufzunehmen (RG JW 1904, 410; Warn 1939 Nr 23 = SeuffArch Bd 93 Nr 19 S 52; OGH BrZ JR 50, 245; Lehmann bei Staudinger, 11. Aufl 1954, Anm 21 zu § 2039). Die in § 2039 BGB dem einzelnen Miterben eingeräumte Befugnis, zum Nachlaß gehörende Rechte geltend zu machen, beschränkt sich jedoch auf die Geltendmachung von Ansprüchen, und der Begriff des Anspruchs ist hier kein anderer wie in § 194 BGB, es muß sich also um das Recht handeln, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dagegen ist dem einzelnen Miterben die Ausübung von Gestaltungsrechten verwehrt; als Verfügung über einen Nachlaßgegenstand ist sie nach der Regel des § 2040 BGB der Erbengesamtheit vorbehalten. Nun ist Gegenstand des aufgenommenen Verfahrens eine Nichtigkeitklage aus § 579 ZPO, und diese richtet sich nicht auf eine Leistung oder die Feststellung einer Leistungspflicht, sondern auf die Beseitigung eines rechtskräftigen

Urteils durch Richterspruch; es handelt sich also nicht um eine Leistungs- oder Feststellungsklage, sondern um eine Rechtsgestaltungsklage (Stein-Jonas-Schönke Anm II 3 b vor § 253 ZPO). Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, eine solche Klage sei dem einzelnen Miterben schlechthin verschlossen und der Erbengemeinschaft vorbehalten. § 2040 BGB, der Verfügungen der Gesamtheit der Miterben vorbehält, betrifft unmittelbar nur rechtsgeschäftliche Verfügungen und in diesem Rahmen auch die Ausübung von Gestaltungsrechten, die bestehende Rechte verändern; solche Veränderungen von zum Nachlaß gehörenden Rechten sind dem einzelnen Miterben nicht gestattet. Dieser Sachverhalt ist bei der Wiederaufnahmeklage der §§ 578 ff ZPO nicht gegeben. Einmal handelt es sich bei einer solchen Klage nicht um eine rechtsgeschäftliche Verfügung; nicht die Klagerhebung oder die Betreibung des Rechtsstreits hat Gestaltungswirkung, sondern erst das richterliche Urteil. Aber auch dieses gestaltet nur die prozeßrechtlichen Verhältnisse neu, indem es das im Vorprozeß ergangene rechtskräftige Urteil aufhebt; eine Veränderung der zum Nachlaß gehörenden Rechte selbst könnte damit nur verbunden sein, wenn das aufgehobene Urteil selbst ein Gestaltungsurteil wäre, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft. Die Einkleidung der Nichtigkeitsklage als Rechtsgestaltungsklage darf nicht dazu führen, zu übersehen, daß die Klage nur das Mittel ist, den rechtskräftig abgewiesenen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung der früheren Eigentümerin des Grundstücks Gemarkung E [REDACTED], Flur 13 Nr 46/1, also einen Leistungsanspruch, erneut zu verfolgen. Einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung zugunsten der Erbengemeinschaft geltend zu machen, ist aber jeder Miterbe nach § 2039 BGB befugt (RGZ 132, 81; JR 1925 Nr 674; HRR 1930, 1220). Waren aber die Kläger nach § 2039 BGB zur Verfolgung dieses Anspruchs ohne Mitwirkung des als Miterbe in Betracht kommenden Sohnes Franz S [REDACTED] sachberechtigt,

so muß dies auch ihre Befugnis einschließen, einen im Zuge dieser Rechtsverfolgung notwendigen außerordentlichen Rechtsbehelf geltend zu machen; der sachlich-rechtliche Leistungsanspruch setzt sich gegenüber der verfahrensrechtlichen Einkleidung desselben durch. Die Kläger waren daher berechtigt, das Verfahren ohne Zuziehung des weiteren Miterben aufzunehmen.

Entsprechendes gilt für die Befugnis der Kläger zu 1) bis 6), den Rechtsstreit unabhängig von dem Kläger zu 7), hinsichtlich dessen das Verfahren abgetrennt worden ist, zu betreiben.

II. Zur Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs:

1. Für die auf § 579 Abs 1 Nr 4 ZPO gestützte Nichtigkeitsklage ist nach § 584 Abs 1 ZPO, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil angefochten wird, das Revisionsgericht ausschließlich zuständig. Mit dieser Begründung ist die Klage beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone als dem damals vorhandenen Revisionsgericht für den Bereich der Britischen Zone eingereicht worden. Der Beklagte hat die Unzuständigkeit des Bundesgerichtshofs geltend gemacht: die Nichtigkeitsklage hätte vor dem Berufungsgericht erhoben werden müssen, für Nichtigkeitsklagen gegen ein Urteil des Reichsgerichts sei der Bundesgerichtshof nicht zuständig.

Nach § 584 Abs 1 ZPO ist, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund von § 580 Nr 1 bis 3, 6, 7 ZPO angefochten wird, das Berufungsgericht, wenn der Angriff auf die §§ 579, 580 Nr 4, 5 gestützt wird, das Revisionsgericht zuständig. Bei dieser Aufteilung der Zuständigkeit hat das Gesetz darauf abstellen wollen, ob

die Wiederaufnahme den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt betrifft - in diesem Falle entzieht die Erschütterung der tatsächlichen Feststellungen dem Revisionsurteil die Grundlage und ist ein neues Verfahren vor dem Berufungsgericht unentbehrlich - oder ob grobe Mängel des Verfahrens geltend gemacht werden, die den Bestand des Revisionsurteils unbeschadet der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz in Frage stellen. Dabei ist allerdings nicht erkannt worden, daß auch die Restitutionsgründe des § 580 Nr 1 bis 3, 6 und 7 ZPO, deren Erledigung dem Berufungsgericht schlechthin übertragen ist, Mängel des Revisionsverfahrens begründen können, und daß auch das Revisionsgericht in die Lage kommen kann, tatsächliche Feststellungen zu treffen (Stein-Jonas-Schönke § 580 I 2; § 584 IV 1; vgl zur Entstehungsgeschichte des § 584 ZPO die amtliche Begründung zu § 523 des Entwurfs, Hahn, Materialien 2. Aufl Bd II Abt I S 383; RGZ 68, 334). Da im vorliegenden Fall ein Revisionsurteil mit der Nichtigkeitsklage aus § 579 Abs 1 Nr 4 ZPO angefochten wird, ergibt sich die Zuständigkeit des Revisionsgerichts aus dem Wortlaut des § 584 Abs 1 letzter Halbsatz.

Diese Bestimmung wird allerdings im Schrifttum einschränkend ausgelegt dahin, daß das Berufungsgericht dann für die Nichtigkeitsklage zuständig sei, wenn das Revisionsgericht die Revision als unzulässig verworfen oder unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zurückverwiesen habe, da in diesem Falle das Revisionsgericht selbst gar nicht in der Sache entschieden habe. Dem ist, soweit es sich um einen Angriff gegen die Sachentscheidung handelt, beizutreten. Im Schrifttum wird darüberhinaus die Zuständigkeit des Revisionsgerichts auch für den Fall verneint, daß die Revision zurückgewiesen worden war (Baumbach 22. Aufl § 584 Anm 2 C), da auch hier nicht das Revisionsgericht, sondern

das Berufungsgericht die maßgebende Entscheidung getroffen und das Revisionsgericht diese Entscheidung bestätigt habe. Dieser Auffassung, die im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet, vermag der Senat nicht zu folgen: Auch bei Zurückweisung der Revision hat das Revisionsgericht die Sache selbst geprüft und entschieden; ob das Ergebnis zu einer Abänderung oder einer Bestätigung des Berufungsurteils führt, kann keinen Unterschied begründen. Die im Schrifttum für die gegenteilige Ansicht angeführte Entscheidung RGZ 15, 389 schlägt nicht ein; dort handelte es sich darum, ob für eine auf den damaligen § 543 Nr 7 b (jetzt § 580 Nr 7 b) ZPO gestützte Restitutionsklage das Landgericht oder das Oberlandesgericht zuständig sei; eine Zuständigkeit des Revisionsgerichts nach § 584 Abs 1 (damals § 545 Abs 1) ZPO kam überhaupt nicht in Betracht. Für die Ansicht des Schrifttums läßt sich dagegen RGZ 8, 394 anführen. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine Restitutionsklage aus § 580 Nr 4, 7 b (damals § 543 Nr 4, 7 b) ZPO, die beim Berufungsgericht eingelegt werden mußte. In dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus: Nachdem die gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision zurückgewiesen worden sei, erscheine das Berufungsurteil als das rechtskräftige Urteil, welches auf Grund von § 543 (jetzt § 580) Nr 4 ZPO angefochten werde; die hierauf gestützte Klage sei daher bei dem Berufungsgericht zu erheben. Das Reichsgericht hat aber später diese Auffassung aufgegeben. In RGZ 118, 122 hat es gerade für den Fall der Zurückweisung der Revision das Revisionsgericht zur Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage aus § 579 Abs 1 Nr 4 ZPO für zuständig gehalten, und ebenso hat es in der JW 1924, 908 veröffentlichten Entscheidung die Zuständigkeit des Reichsgerichts für eine auf dieselbe Bestimmung gestützte Nichtigkeitsklage bejaht, obwohl die behauptete Prozeßunfähigkeit des Nichtigkeitsklä-

gers genau wie im vorliegenden Falle bereits bei Klagerhebung und während des ganzen Verfahrens in den Vorinstanzen bestanden hatte, so daß bei Erfolg der Nichtigkeitsklage auch die beiden Urteile der Vorinstanzen der Aufhebung hätten verfallen müssen. In RGZ 120 171 [173] ist zwar ausgesprochen, daß ein Beschluß, der eine Revision nach § 554 a Abs 2 ZPO als unzulässig verwirft, einem Revisionsurteil für die Zuständigkeit der Wiederaufnahmeklagen nicht gleichgestellt werden könne, da es sich nur um einen Beschluß und nicht um ein Urteil handle; diese formale Begründung wird aber unterstützt durch die sachliche Erwägung, die Prüfung des Revisionsgerichts habe sich in einem solchen Falle darauf beschränkt, ob gewisse Formvorschriften erfüllt seien, die letzte sachliche Prüfung habe das Berufungsgericht vorgenommen, und daher sei die Nichtigkeitsklage an dieses zu richten. Es ist also darauf abgestellt, wo die letzte sachliche Prüfung stattgefunden hat, und im Falle der Zurückweisung der Revision als unbegründet besteht kein Anlaß, die Zuständigkeit des Revisionsgerichts zu verneinen (so auch Rosenberg, ZPO 6. Aufl § 156 I, 10 S 733; Seuffert-Walsmann § 584 Anm 2 c).

Die Zuständigkeit des Revisionsgerichts beschränkt sich auf den Angriff gegen das frühere Revisionsurteil; eine Anziehung der Anfechtung der Urteile der Vorinstanzen an das Revisionsgericht findet nicht statt (Stein-Jonas-Schönke § 584 Anm IV 1 a.E.). Damit wird jedoch der von den Nichtigkeitsklägern gestellte Antrag, die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts im früheren Verfahren aufzuheben, nicht unzulässig, nur wird er, der im Falle der Bejahung von Zulässigkeit und Grund der Wiederaufnahme notwendigen neuen Verhandlung über die Hauptsache (§ 590 Abs 1 ZPO) vorbehalten bleiben müssen. Falls der behauptete Nichtigkeitsgrund das

ganze frühere Verfahren ergreifen würde, würde das Revisionsgericht nicht nur sein früheres Urteil, sondern gegebenenfalls auf Grund der neuen Revisionsverhandlung auch die von dem Mangel der Prozeßfähigkeit ebenfalls ergriffenen Entscheidungen der Untergerichte als auf dem absoluten Revisionsgrund des § 551 Nr 5 ZPO beruhend aufzuheben und nach § 565 Abs 3 ZPO selbst, und zwar auf Abweisung der Klage als unzulässig, zu erkennen haben (RG JW 1924, 908).

2. Im vorliegenden Falle greift die Klage ein Urteil des Reichsgerichts an; solange das Reichsgericht angegangen werden konnte, hätte die Nichtigkeitsklage dort erhoben werden müssen. Es fragt sich, ob jetzt der Bundesgerichtshof an Stelle des Reichsgerichts getreten ist.

Die Senate des Bundesgerichtshofs haben wiederholt Gelegenheit gehabt, dazu Stellung zu nehmen, ob zum Reichsgericht eingelegte, aber dort nicht mehr erledigte Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof fortgesetzt werden können. Diese Frage ist grundsätzlich verneint worden. Mit Urteil vom 5. Mai 1952 - BGHZ 6, 64 - hat der IV. Zivilsenat ausgesprochen, daß zum Reichsgericht eingelegte, dort aber nicht mehr beschiedene Revisionen gegen Urteile des Kammergerichts, für welche Überleitungsvorschriften fehlen, nicht vor dem Bundesgerichtshof weitergeführt werden können. Im selben Sinne hat der erkennende Senat durch Beschluß vom 19. Dezember 1952 - V ZR 104/50 - entschieden, daß die bei der Schließung des Reichsgerichts dort noch anhängigen Revisionen aus dem Bereich der Französischen Zone, die in den Ländern dieser Zone durch besondere Bestimmungen an eigens gebildete Große Senate bei den Oberlandesgerichten übergeleitet worden waren, nicht mit Inkrafttreten des Vereinheitlichungsgesetzes

vom 12. September 1950 (BGBl 455) auf den Bundesgerichtshof übergegangen sind. Gleicherweise hat der erkennende Senat es abgelehnt, ein vom Reichsgericht erlassenes Urteil nach § 321 ZPO zu ergänzen oder nach § 319 ZPO zu berichtigen (Beschl vom 19. Dezember 1952 V ZR 103/50). Diese Entscheidungen beruhen auf der Erwägung, daß schon vor der Bildung der Bundesrepublik und vor Erlass des Vereinheitlichungsgesetzes für den Bereich aller Besatzungszonen außer Berlin besondere Übergangsvorschriften für die Abwicklung der bei Einstellung der Tätigkeit des Reichsgerichts dort noch anhängigen Sachen ergangen sind, die das Vereinheitlichungsgesetz zwar aufgehoben, aber nicht mit rückwirkender Kraft beseitigt hat, so daß es bei der nach diesen Vorschriften erfolgten Erledigung bewenden muß. In der letzterwähnten Entscheidung hat der Senat insbesondere ausgeführt, daß ein Ergänzungsverfahren nach § 321 ZPO der Fortführung einer nur teilweise erledigten Revision gleichstehe, eine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs daher nicht begründet sei, daß aber auch ein Berichtigungsverfahren nach § 319 ZPO ebenso zu behandeln sei, da es sich hierbei um ein bloßes Anhangsverfahren handle.

Diese Erwägungen treffen auf die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den §§ 578 ff ZPO nicht zu. Zwar hat das Wiederaufnahmeverfahren ähnliche Wirkungen wie ein Rechtsmittel, aber im Gegensatz zu diesen handelt es sich um die Beseitigung einer rechtskräftigen Entscheidung. Die Verwandtschaft mit den "echten" Rechtsmitteln der ZPO zeigt sich in der Regelung der Zuständigkeit; § 584 ZPO läßt das Bestreben des Gesetzgebers erkennen, den Zusammenhang mit dem früheren Verfahren nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Vor allem führt die mit der Wiederaufnahme begehrte Rechtsgestaltung im Falle des Erfolges, d.h. einer Aufhebung des früheren Urteils, zu einer neuen Verhandlung in

der Hauptsache (§ 590 Abs 1 ZPO) und damit zu einer Fortsetzung des früheren Verfahrens. Dies könnte dafür sprechen, die Zuständigkeit für die Nichtigkeitsklage denselben Regeln zu unterstellen, wie sie für beim Reichsgericht nicht mehr erledigte Revisionsverfahren gelten. Dieser Gedanke trägt aber dem Umstande nicht Rechnung, daß es sich bei den Wiederaufnahmeklagen im Gegensatz zu den ordentlichen Rechtsmitteln nicht um die Fortsetzung des früheren rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens handelt, sondern um ein neues Verfahren, das auch nicht als bloßes Anhangsverfahren angesehen werden kann (RGZ 57, 285). Daß die Wiederaufnahmeklage Mängel des früheren Verfahrens und nicht eine nachträgliche Änderung der für die Entscheidung maßgebenden Verhältnisse zur Geltung bringen will, ist nicht ausschlaggebend (vgl hierzu Schoetensack, Über Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklage, Festschrift für Hugo von Burkhardt 1910 S 249 ff; zum Teil abweichend Pagenstecher ZeitAkDR 1943, 166). In dem Zuständigkeitsergänzungsgesetz vom 7. August 1952 (BGBl I, 407), das allerdings für die Aufgaben des Reichsgerichts Ersatzzuständigkeiten nicht begründet, ist die Selbständigkeit der Wiederaufnahmeklage dadurch zum Ausdruck gelangt, daß die Zuständigkeit für diese Klagen in § 4 Abs 1, 4 dieses Gesetzes gesondert geregelt ist, wenn auch im Regelfalle übereinstimmend mit der Zuständigkeitsregelung für die Aufnahme anhängiger Verfahren bei Gerichten in Gebieten, in denen jetzt eine deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr stattfindet (§ 2 Abs 1).

Wichtiger als diese Erwägungen ist der Gesichtspunkt, daß nach § 584 ZPO in den meisten Fällen der Restitutionsklage das Berufungsgericht zuständig ist, auch wenn das Revisionsgericht entschieden hat. Es wäre unbefriedigend, wenn in diesen Fällen die Wiederaufnahme vor den Oberlandesgerichten der Bundesrepublik zulässig wäre, dagegen für die

verhältnismäßig wenigen Fällen der §§ 579 Abs 1, 580 Nr 4 und 5 ZPO, in denen die Wiederaufnahmeklage beim Revisionsgericht selbst eingelegt werden muß, eine Zuständigkeit nicht gegeben wäre, obwohl es sich hierbei durchweg um besonders schwerwiegende Mängel des vorangegangenen Verfahrens handelt.

In Nr 88 der Übergangsvorschriften in Art 8 Ziff III des Vereinheitlichungsgesetzes ist bestimmt, daß der Bundesgerichtshof an Stelle des Reichsgerichts tritt, soweit diesem in gesetzlichen Vorschriften Aufgaben zugewiesen worden sind. Es mag dahinstehen, ob diese Vorschrift, die sich zunächst nur auf Fälle bezieht, in denen dem Reichsgericht als solchem ausdrücklich Aufgaben zugewiesen worden waren, und aus der durch den Wegfall des Reichsgerichts und des Obersten Gerichtshofs und die Errichtung des Bundesgerichtshofs geschaffenen Lage auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung die notwendigen Folgen zieht (BGHZ 6, 64), auf den vorliegenden Fall der Nichtigkeitsklage unmittelbar angewandt werden kann. Wenn man dies verneint, so würde eine Lücke bestehen, die danach auszulegen ist, wie der Gesetzgeber, wenn er den Fall in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen hätte, ihn geregelt haben würde. Nun entsprechen für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland die Stellung und die Aufgaben des Bundesgerichtshofs durchaus denen des Reichsgerichts. Wie dieses ist der Bundesgerichtshof oberstes Gericht in Zivil- und Strafsachen mit der Hauptaufgabe, durch Entscheidung von Revisionen die Rechtseinheit im Bundesgebiet zu wahren (Art 133 GVG idF der Bekanntmachung vom 20. September 1950 BGBl 455). Ausfluß dieses Gedankens ist auch die oben angeführte Nr 88 der Übergangsvorschriften. Unter diesen Umständen muß angenommen werden, daß die durch das Fehlen einer ausdrücklichen Zuständigkeitsregelung für die Wiederaufnahmeklage gegen reichsgerichtliche Entscheidungen gelassene Lücke

durch den Gesetzgeber, wenn er den Fall hätte regeln wollen, dahin geregelt worden wäre, daß die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs begründet worden wäre. Ein Grund für die gegen-
teilige Annahme ist nicht ersichtlich.

Baumbach (§ 584 Anm 2 E) ist im Anschluß an die Ausführungen von Wieczorek (MDR 1947, 9 [117]) der Ansicht, nach Ausschaltung des Reichsgerichts seien zur Entscheidung über Wiederaufnahmeklagen gegen Urteile des Reichsgerichts diejenigen Gerichte zuständig, auf die am 8. Mai 1945 beim Reichsgericht noch anhängige Verfahren übergeleitet wurden. Diese Ansicht mochte für die Zeit vor der Errichtung des Bundesgerichtshofs erwägenswert sein. Nachdem aber mit Wirkung vom 1. Oktober 1950 für den Bereich der Bundesrepublik im Bundesgerichtshof ein besonderes Revisionsgericht eingerichtet worden ist, besteht kein Grund, für neu zu erhebende Wiederaufnahmeklagen die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs zugunsten der von Wieczorek angenommenen Zuständigkeit der Oberlandesgerichte der Britischen Zone zu verneinen.

III. Zur Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage im übrigen:

1. Nach § 579 Abs 1 Nr 4 ZPO findet die Nichtigkeitsklage statt, wenn eine Partei im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war. Die zur Entscheidung stehende Klage wird damit begründet, daß die frühere Klägerin schon zu Beginn des Vorprozesses geisteskrank im Sinne des § 104 Nr 2 BGB und daher nicht prozeßfähig gewesen und dies während der ganzen Dauer des Verfahrens, also bis zur Verkündung des reichsgerichtlichen Urteils vom 9. Oktober 1944, geblieben sei. Trifft diese Behauptung zu, so sind die von ihr oder in ihrem Namen vorgenommenen Prozeßhandlungen nichtig, da ein Vormund oder Pfleger, der als ihr gesetzlicher Vertreter an ihrer Stelle hätte handeln können, nicht vorhanden war (RGZ

118, 122 [124]; 121, 69); die Klägerin wäre also nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen. Die auf dieses Vorbringen gestützte Nichtigkeitsklage entspricht demnach den in § 579 Abs 1 Nr 4 enthaltenen Voraussetzungen. Die Klagefrist beginnt mit dem Tage, an dem das Urteil im Vorprozeß ihrem gesetzlichen Vertreter zugestellt wird (§ 586 Abs 3 ZPO). Daß dies bisher nicht geschehen ist, ist unbestritten, so daß es einer Glaubhaftmachung dieser Tatsache, wie § 589 Abs 2 ZPO sie verlangt, nicht bedarf. Daß die Nichtigkeitsklage gegen ein Revisionsurteil vor dessen Zustellung erhoben werden kann, ist außer Frage (RGZ 118, 122; JW 1904, 180). Die Klage ist daher fristgerecht und hinsichtlich der Einhaltung der Formvorschriften frei von Bedenken.

2. Zur Zulässigkeit der Wiederaufnahmeklage gehört, daß sie von dem richtigen Kläger und gegen den richtigen Beklagten erhoben wird (RGZ 168, 225 [220] und 257 [258]). Der Beklagte, dessen Sachberechtigung als Beklagter außer Zweifel steht, hat die Sachberechtigung der Witwe S. zur Erhebung der Nichtigkeitsklage bestritten. Er hat in diesem Zusammenhang auf einen Übergabevertrag der früheren Klägerin mit ihrem Sohne Josef S., dem jetzigen Kläger zu 1), vom 3. März 1949 hingewiesen und geltend gemacht, die mit der Nichtigkeitsklage gegen ihn geltend gemachten Ansprüche seien durch diesen Vertrag auf Josef S. übertragen worden.

Ob im Falle der Abtretung einer rechtskräftig festgestellten Forderung die Wiederaufnahmeklage des Schuldners gegen den Abtretenden oder den Abtretungsempfänger zu richten ist, ist zweifelhaft. Für den Fall einer Abtretung nach Rechtskraft hat RGZ 57, 287 die Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO verneint und aus praktischen Gründen angenommen, daß die Klage gegen den Abtretungsempfänger zu richten sei. Demgegen-

über haben zwei spätere Entscheidungen für den Fall der Abtretung während des ersten Rechtsstreits § 265 Abs 2 ZPO für anwendbar erklärt und den Abtretenden für den richtigen Verklagten erachtet (RGZ 168, 225 und 257). Die Rechtslehre (Stein-Jonas-Schönke § 578 Anm II; Baumbach § 578 Anm I B; Pagenstecher ZeitAkDR 43, 166) hat diese Auffassung gebilligt. Der vorliegende Fall ist anders gelagert, nicht nur weil im Vorprozeß die Witwe S. [REDACTED] mit ihrem Berichtigungsanspruch, also als Gläubigerin, abgewiesen worden ist, es sich also um die Aktivlegitimation und nicht die Passilegitimation des Abtretenden handelt, sondern vor allem, weil sie gleichzeitig auf Widerklage zur Auflassung verurteilt worden, also als Schuldnerin unterlegen ist. Von ihrer Verpflichtung zur Auflassung könnte sie sich aber durch die behauptete Abtretung ihrer Ansprüche an den jetzigen Kläger zu 1) nicht befreien, und auch eine mit der Übernahme des Hofes verbundene Schuldübernahme hätte die Übergeberin im Verhältnis zu dem Beklagten und Widerkläger nur dann befreien können, wenn dieser die Schuldübernahme genehmigt hätte (§ 415 BGB), wofür nichts vorgebracht ist. Die behauptete Abtretung des Berichtigungsanspruchs kann die Berechtigung der Witwe S. [REDACTED], das im Vorprozeß ergangene Revisionsurteil hinsichtlich der Verurteilung auf die Widerklage anzugreifen, nicht berühren. Diese Befugnis muß sich dann aber auf das streitige Urteil im vollen Umfange erstrecken; es geht nicht an, die Klagbefugnis der Witwe S. [REDACTED] hinsichtlich der Widerklage anzuerkennen, hinsichtlich der Vorklage dagegen zu verheinen. Es bedarf unter diesen Umständen nicht der Entscheidung, ob nicht die Witwe S. [REDACTED] auch auf Grund gewillkürter Prozeßstandschaft zur Erhebung der Nichtigkeitsklage befugt war. Für eine solche Prozeßstandschaft würde es sprechen, daß der Abtretungsempfänger, der Kläger zu 1), unstreitig gebilligt hat, daß seine Mutter

trotz der behaupteten Abtretung die Nichtigkeitsklage im eigenen Namen erhoben hat; ein eigenes Interesse der Witwe S [REDACTED] an diesem Vorgehen läßt sich nicht verkennen (vgl. BGHZ 4, 154 [T647]). Daß es sich um eine Rechtsgestaltungsklage handelt, steht der Klagerhebung in gewillkürter Prozeßstandschaft bei dieser Sachlage nicht notwendig entgegen (vgl. hierzu LG Frankfurt NJW 53, 827 mit Anm. von Quecke und die dort aufgeführten Entscheidungen und Äußerungen des Schrifttums).

IV. Zum Wiederaufnahmegrund:

Nach dem Ausgeführten ist die Klage zulässig. Sie ist aber nicht begründet.

Für die Entscheidung zum Wiederaufnahmegrund kommt es darauf an, ob die mangelnde Prozeßfähigkeit der Klägerin bei Beginn des früheren Verfahrens, also im Zeitpunkt der Klagerhebung (Februar 1942), bestanden hat, und ob sie während des ganzen Verfahrens fort dauerte. Ein nachträglicher Verlust der Prozeßfähigkeit während der Dauer des Verfahrens würde, falls die frühere Klägerin bei Klagerhebung und Erteilung der Prozeßvollmacht im Hauptprozeß - unbestritten am 16. Februar 1942 - noch prozeßfähig gewesen wäre, die Nichtigkeitsklage nicht begründen, da die von ihr gültig erteilte Prozeßvollmacht durch den Eintritt der Prozeßunfähigkeit nicht endete (§ 86 ZPO; RG JW 1931, 1083). Dagegen kommt es nicht darauf an, ob schon bei Abschluß der strittigen Verträge am 17. Dezember 1938 und am 9. September 1940 die Witwe S [REDACTED] geschäftsfähig war oder nicht; diese Frage kann erst eine Rolle spielen, wenn eine neue Überprüfung zur Hauptsache stattfindet. Andererseits ist bei der Art und Weise der Erkrankung der Witwe S [REDACTED] mit einer vorübergehenden Rückbildung der einmal ausgebrochenen

Geisteskrankheit nicht zu rechnen, jedenfalls fehlt hierfür jeder Anhaltspunkt. Die Möglichkeit, daß sie während des Hauptprozesses wieder prozeßfähig geworden ist und das Verfahren in diesem Zustand genehmigt hat, scheidet somit aus. Es kommt also darauf an, ob sie bei Beginn des früheren Verfahrens oder genauer in dem Zeitpunkt, in dem sie ihrem damaligen Prozeßbevollmächtigten Vollmacht erteilt hat, prozeßunfähig war. Dies ist von Amtswegen zu prüfen, und zwar obliegt diese Prüfung dem Revisionsgericht, das die erforderlichen Beweise selbst zu erheben hat (§ 590 Abs 3 ZPO; RGZ 118, 122).

Das im Anschluß an die umfangreiche Zeugenvernehmung im ersten Beweissicherungsverfahren erstattete Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dr. Ne[REDACTED] kommt zu dem Ergebnis, die Witwe S[REDACTED] sei zur Zeit der Vertragsschlüsse am 17. Dezember 1938, 7. September 1940 und 19. Dezember 1941 so gut wie sicher noch geschäftsfähig, dagegen im Januar 1947 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, am 7. September 1947 und zur Zeit ihres Aufenthalts im Krankenhaus in E[REDACTED] (23. September 1947) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr geschäftsfähig, seit Mitte Dezember 1947 zweifellos völlig geschäftsunfähig gewesen. Das durch Beweisbeschluß des Senats erhobene Ergänzungsgutachten dieses Sachverständigen, das vom 12. September 1951, also vier Wochen vor dem Tode der Witwe S[REDACTED] datiert, geht dahin, im Februar 1942 habe die Witwe S[REDACTED] sich nicht in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden, ebenso könne nicht gesagt werden, daß sie sich während der Dauer des Vorprozesses, also vom Februar 1942 bis zum 9. Oktober 1944 ununterbrochen in einem solchen Zustande befunden habe; ob sie am letzten Ta-

ge dieses Zeitraums sich in einem solchen Zustande befunden habe, sei nicht mehr festzustellen; zur Frage ihrer Geschäftsfähigkeit im Januar 1947, die in einem Schriftsatz des Beklagten aufgeworfen worden war, könne erst nach nochmaliger Vernehmung des im ersten Beweissicherungsverfahren bereits vernommenen Chirurgen Dr. R. [REDACTED] Stellung genommen werden, in dessen Krankenhaus sie im Herbst 1947 wegen eines Armbruchs behandelt wurde. - Das durch denselben Beschluß von dem Direktor der Psychiatrischen und Nerven-klinik der Universität Münster angeforderte Gutachten erstattete in seiner Vertretung der Oberarzt Prof. Dr. K. [REDACTED] zusammen mit dem Assistenten Dr. Fa. [REDACTED]; das vom 15. Januar 1952 datierte Gutachten gelangt ebenfalls zu dem Ergebnis, eine dauernde Geschäftsunfähigkeit der Witwe S. [REDACTED] lasse sich mit dem notwendigen Gewißheitsgrade erst für den 14. Dezember 1947 nachweisen; jedoch müsse anheimgegeben werden, die von Dr. Ne. [REDACTED] bereits vorgeschlagene ergänzende Beweis-erhebung durchzuführen, auch die Assistenzärztin von Dr. R. [REDACTED], Fräulein Dr. O. [REDACTED], neben diesem zu vernehmen; es sei nicht ausgeschlossen, daß das Ergebnis dieser Vernehmungen es ermögliche, den Zeitpunkt der dauernden Geschäftsunfähigkeit um einige Monate vorzuverlegen. Die Ergebnisse der Leichenöffnung vom 9. Oktober 1951 sind in diesen Gutachten noch nicht verwertet.

Die Niederschrift über die Leichenöffnung enthält lediglich ein kurzes Gutachten über die Todesursache. Zu einer weiteren Begutachtung zu der jetzt zur Entscheidung stehenden Beweisfrage kam es nicht, da die Sachverständigen Professor Dr. Kr. [REDACTED] und Dr. Ab. [REDACTED] erklärten, weitere Schlüsse müßten bis zur genaueren Untersuchung des zu diesem Zwecke aufgehobenen Gehirns verschoben werden.

Durch Beschluß vom 14. Juli 1953 hat der Senat dementsprechend ein Gutachten des Sachverständigen Professor Dr. Kr[REDACTED] und zu dessen Auswertung ein Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Professor Dr. K[REDACTED] eingefordert. Das Gutachten des Dr. Kr[REDACTED] gelangt zu dem Ergebnis, die bei der Leichenöffnung und der feingeweblichen Untersuchung des Hirngewebes festgestellte hochgradige Schrumpfung des Gehirns sei bei dem Mangel anderer Veränderungen vor allem auf eine Altersschrumpfung zu beziehen. Es sei ein langsam zunehmender schleichender Prozeß anzunehmen. Ob aber die Schrumpfung des Gehirns vorzeitig begonnen habe und in welchem Zeitraum sie abgelaufen sei, lasse sich auf Grund der Untersuchung nicht entscheiden. Im Verein mit den festgestellten feingeweblichen Veränderungen lasse die Gehirnschrumpfung auf eine Störung von Merkfähigkeit und Gedächtnis zurückschließen (Senile Demenz, Alzheimersche Demenz); welche Grade diese Störung erreicht und wann sie eingesetzt habe, lasse sich auf Grund der anatomischen und feingeweblichen Untersuchung des Gehirns ebenfalls nicht entscheiden, sondern müsse der psychiatrischen Beurteilung vorbehalten bleiben. Anhaltspunkte dafür, daß dem Tode eine Hirnblutung oder Hirnerweichung vorangegangen sei, habe die Untersuchung nicht ergeben. - Prof. Dr. K[REDACTED] hat unter Verwertung dieses Gutachtens in Ergänzung seines Gutachtens vom 15. Januar 1952 ausgeführt: Frau S[REDACTED] habe sich damals im Greisenalter befunden. Dieses sei von dem vorausgehenden Lebensabschnitt nicht durch eine zeitlich scharfe Grenze geschieden, vielmehr setze der Prozeß des Alterns allmählich ein und schreite langsam fort, wobei die geistige Veränderung im allgemeinen erst im siebenten Lebensjahrzehnt deutlich werde, in einzelnen Fällen aber auch schon im sechsten, gelegentlich sogar gegen Ende des fünften Lebensjahrzehnts beginne. Dabei sei gleichgültig, ob dieser Alternsprozess Folgen der natürlichen Abnützung der Gehirnzellen sei (senile Atrophie),

oder ob vorwiegend arteriosklerotische Veränderungen der Hirnarterien die Hirnzellen in ihrer Funktion stören (arteriosklerotische Atrophie), oder ob man schließlich die von Alzheimer beschriebene Sonderform der Hirnschrumpfung hierfür verantwortlich machen wolle, wie sie bei der Witwe S. [REDACTED] vorgelegen zu haben scheine. Im Verlauf des Alterns zeigten diese verschiedenen Formen nur Verschiedenheiten von untergeordneter Bedeutung, meist nur solche auf körperlichem und nicht so sehr auf geistig-seelischem Gebiet. Alle alternden Menschen zeigten bestimmte geistige Eigentümlichkeiten, die für sie durch Jahrzehnte hindurch als normale Eigentümlichkeiten zu gelten hätten, wie z.B. schwindende Elastizität und Eigensinn, schnellere Ermüdbarkeit, Sinken der Merkfähigkeit besonders für die jüngsten Ereignisse, Abstumpfung der höheren Gefühle und damit egoistische Einengung der Gemütsregungen, Neigung zu hypochondrischen oder mißtrauischen Auffassungen und dergleichen. Das seien aber keine krankhaften Störungen der Geistestätigkeit, weil dadurch die intellektuellen Fähigkeiten nicht berührt würden. In dieser Zeit könnten auch gewisse, aber wieder vorübergehende Fehlleistungen auftreten, wie zeitweise Verwirrung, Verwechslung von Gegenständen, wie Kleidungsstücken beim Anziehen und dergleichen, wie sie auch für die Witwe S. [REDACTED] bezeugt seien; soweit die Beklagten weitere Behauptungen in dieser Richtung unter Beweis gestellt hätten, unterstelle der Gutachter sie als wahr. Aber bei all diesen Vorfällen handle es sich um vorübergehende Erscheinungen, die sich aus dem Alternsprozeß ergäben und keinen Schluß auf eine wesentliche Störung der intellektuellen Fähigkeiten zuließen. Ein fortschreitendes Abnehmen dieser Fähigkeiten mache sich im allgemeinen erst ziemlich spät bemerkbar und trete dann oft sehr plötzlich ein. So könne es bei der Witwe S. [REDACTED] in der Zeit vom 12. bis 14. Dezember 1947 gewesen sein, wobei es unerheblich sei, ob es sich bei den damals beobachteten Erscheinungen um einen "Schlag-

anfall" im Sinne einer Hirnblutung, Hirnerweichung oder Verstopfung eines Gefäßes, oder einen als Folge eines Gefäßkrampfes mit oder ohne Gefäßveränderung eintretenden "Schlaganfall sine materia" gehandelt habe; an der Bezeichnung "Schlaganfall" für den von den damals behandelnden Ärzten beobachteten Schwäche- und Lähmungszustand sei kein Anstoß zu nehmen. Auf Grund dieser Erwägungen kommt der Sachverständige Prof. K. [REDACTED] zusammenfassend zu dem Ergebnis, die Witwe S. [REDACTED] sei vom 14. Dezember 1947 ab mit Sicherheit geschäftsunfähig gewesen, für einen früheren Zeitpunkt sei aber eine solche Feststellung nicht möglich. Auf Grund der Zeugenaussagen und der Ergebnisse der Obduktion und der feingeweblichen Untersuchungen des Gehirns glaubt der Sachverständige jedoch, verantwortlich sagen zu können, es sei nicht wahrscheinlich, daß die Witwe S. [REDACTED] schon im Februar 1942 sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe, der nicht seiner Natur nach nur vorübergehend gewesen sei, und daß ein solcher Zustand bis zum 9. Oktober 1944 ununterbrochen angehalten habe.

Die Kläger haben dieses Gutachten in mehrfacher Richtung angegriffen und unter Vorlage eines neuen Gutachtens der Nervenfachärzte Dr. D. [REDACTED] und Dr. I. [REDACTED] die Einholung eines Obergutachtens beantragt.

Sie wenden sich einmal gegen die Eignung des Sachverständigen zur Abgabe des vom Senat erfordernten Gutachtens und tragen in diesem Zusammenhang vor: Der Senat habe zunächst von Prof. Ke. [REDACTED], dem Leiter der Psychiatrischen und Nervenlinik der Universität Münster, ein Gutachten eingefordert. An dessen Stelle habe Prof. K. [REDACTED] als damaliger Oberarzt dieser Klinik sein erstes Gutachten vom 15.

Januar 1952 abgegeben, und im Hinblick hierauf habe der Senat mit Beschluß vom 14. Juli 1953 diesen mit der Abgabe eines Ergänzungsgutachtens beauftragt. Prof. K[REDACTED] sei aber nach dem im Jahre 1953 erfolgten Ausscheiden von Prof. Ke[REDACTED] nicht dessen Nachfolger geworden, obwohl er langjähriger Oberarzt in dessen Klinik gewesen sei, sei auch nicht in dieser Klinik als Oberarzt geblieben, sondern sei jetzt Oberarzt und Psychiater des Instituts für gerichtliche Medizin an der Universität Münster geworden. Daraus sei zu schließen, daß Prof. K[REDACTED] nicht die Kapazität sei, für die der Senat ihn bei seinem Auftrag vom 14. Juli 1953 gehalten habe. - Dieser Angriff ist nicht begründet. Er kann nicht als Ablehnung des Sachverständigen gewürdigt werden; eine solche Ablehnung wäre verspätet, nachdem der Sachverständige sein Gutachten erstattet hat (§ 406 Abs 2 ZPO), sie könnte auch auf die Behauptung mangelnder Sachkunde nicht gestützt werden; ein gesetzlicher Ablehnungsgrund (Besorgnis der Befangenheit: § 42 iVm § 406 Abs 1 ZPO) ist nicht geltend gemacht. Es besteht aber auch kein Anlaß, auf Grund des von den Klägern behaupteten Sachverhaltes an der Sachkunde des Gutachters zu zweifeln. Die Erfahrung und Sachkunde, die Prof. K[REDACTED] als langjähriger Oberarzt der psychiatrischen und Nervenklinik an der Universität Münster erworben hat, geht nicht dadurch verloren, daß er jetzt nicht mehr an dieser Klinik, sondern als Psychiater an einem Institut für gerichtliche Medizin tätig ist. Daß Prof. K[REDACTED] nicht Nachfolger von Prof. Ke[REDACTED] auf dem Lehrstuhl für Psychiatrie und Nervenheilkunde geworden ist, läßt einen Schluß auf mangelnde Eignung nicht zu; es ist gerichtsbekannt, daß an den deutschen Hochschulen frei werdende medizinische Lehrstühle in der Regel durch Berufungen von auswärtigen Hochschulen und nicht durch Aufrücken des bisherigen Oberarztes besetzt werden. Bemerkt sei übrigens, daß der Kläger zu 1) selbst als erster im Entmündigungsverfahren eine gutachtliche Äußerung von Prof. K[REDACTED] vorgelegt hat,

gegen dessen Sachkunde er damals keine Bedenken gehabt zu haben scheint.

Gegen den Inhalt des Gutachtens von Prof. K. [REDACTED] vom 10. Februar 1954 wenden die Kläger ein, das Gutachten von Prof. K. [REDACTED] sei nicht überzeugend, auch nicht eingehend begründet, es lasse insbesondere jede kritische Auseinandersetzung mit den bewiesenen oder unter Beweis gestellten Tatsachen und Vorkommnissen vermissen. Auch dieser Angriff ist nicht begründet. Prof. K. [REDACTED] hat bereits in seinem ersten Gutachten vom 15. Januar 1952 zu dem damals vorliegenden Beweisergebnis eingehend Stellung genommen und dabei auch die Ergebnisse der Untersuchung der Witwe S. [REDACTED] in der Klinik, an der er Oberarzt war, ausgewertet. Gegen dieses erste Gutachten haben die Kläger seinerzeit im wesentlichen nur eingewandt, daß es die Ergebnisse der kurze Zeit vorher durchgeführten Leichenöffnung und deren Befund, nämlich das Vorliegen einer Alzheimerschen Krankheit, nicht berücksichtigt habe; die von Prof. K. [REDACTED] damals zu Grunde gelegte Annahme des Sachverständigen N. [REDACTED], die Witwe S. [REDACTED] habe in der Zeit zwischen dem 12. und 14. Dezember 1947 einen Schlaganfall erlitten, sei durch das Ergebnis der Leichenöffnung widerlegt worden. Diesem Einwand hat der Senat dadurch Rechnung getragen, daß er ein pathologisches Gutachten des die Leichenöffnung leitenden Prof. Dr. Kr. [REDACTED] angeordnet und weiter dem Sachverständigen Dr. K. [REDACTED] aufgegeben hat, sein Gutachten durch Berücksichtigung des Obduktionsergebnisses und des von Dr. Kr. [REDACTED] erstatteten Gutachtens zu ergänzen. Diesem Auftrag ist der Sachverständige Dr. K. [REDACTED] nachgekommen. Seine Ausführungen sind klar und überzeugend. Daß er in seinem zweiten Gutachten nicht erneut zu den Beweisergebnissen Stellung genommen hat, die bereits bei Erstattung seines ersten Gutachtens vorlagen,

ist nicht zu beanstanden. Der Senat sieht daher zu der von den Klägern beantragten Einholung eines Obergutachtens keinen Anlaß. Der Senat hat schon früher ausgesprochen, daß die Parteien im allgemeinen keinen Anspruch auf die Einholung eines Obergutachtens haben, und daß nur ausnahmsweise das Gericht hierzu verpflichtet sei, so bei besonders schwierigen Fragen oder bei groben Mängeln der vorliegenden Gutachten (Urteil vom 14. Juli 1953 - V ZR 97/52 -, MDR 1953, 605). Im vorliegenden Fall sind derartige Voraussetzungen nicht gegeben.

Die Kläger hatten noch einzelne Vorgänge aus der Zeit vor 1947 unter Beweis gestellt, aus denen der Beginn einer geistigen Erkrankung der Witwe Struchholz in einem wesentlichen früheren Zeitpunkt zu folgern sei. Der Senat hat dem Sachverständigen Prof. K. [REDACTED] die Frage vorgelegt, ob er die Erhebung dieser Beweise für notwendig halte; der Sachverständige hat dies verneint mit dem Bemerkens, er unterstelle diese Behauptungen als wahr. Die Kläger halten eine solche Unterstellung für eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses durch den Sachverständigen. Dieser Angriff ist unbegründet. Aufgabe des Sachverständigen ist es nicht, den Sachverhalt aufzuklären, sondern ihn zu beurteilen. Dabei kann der Sachverständige ein bestimmtes Ergebnis einer beantragten Beweisaufnahme unterstellen und hiervon bei seiner Begutachtung ausgehen. Der Einwand, daß eine solche Unterstellung nicht die Anhörung der Zeugen ersetzen könne, da nur diese dem Sachverständigen einen wirklichen Eindruck von den behaupteten Vorgängen vermitteln könne, geht fehl; Sache der Kläger war es, ihre Behauptungen genau zu fassen; wenn der Sachverständige ihre Behauptungen zu Grunde legt, sind die Kläger keinesfalls beschwert. Unter diesen Umständen bedurfte es der erbetenen Beweiserhebung nicht.

Das gemeinsame Privatgutachten der Nervenfachärzte Dr. D[REDACTED] und Dr. Loeser vom 26. Juni 1954 faßt nochmals die teils bewiesenen, teils wahr unterstellten Tatsachen zusammen, die zugunsten einer Geschäftsunfähigkeit der Witwe S[REDACTED] schon in einem früheren Zeitpunkt sprechen. Es ist nicht zu verkennen, daß für die zur Entscheidung stehende Zeit (Januar 1942) eine Reihe von erheblichen Fehlleistungen und Versagensfällen teils bewiesen, teils unter Beweis gestellt worden ist; im einzelnen kann auf das erwähnte Privatgutachten Bezug genommen werden. Die Kläger übersehen aber, daß für denselben Zeitraum eine Anzahl von Zeugen sich im gegenteiligen Sinne geäußert hat; das aus der Beweisaufnahme und den als wahr zu unterstellenden weiteren Behauptungen der Kläger sich ergebende Gesamtbild ist also nicht so eindeutig wie die beiden Privatgutachter annehmen. Es darf hierzu auf die im ersten Beweisicherungsverfahren von dem Amtsgericht Erwitte erhobenen Aussagen der Zeugen Po[REDACTED], G[REDACTED], Ra[REDACTED], W[REDACTED], St[REDACTED], Sc[REDACTED] und Kö[REDACTED] hingewiesen werden. Ebenso haben alle an den Verträgen der Jahre 1938 bis 1941 Beteiligten, sowohl die Vertragsparteien wie die beurkundenden Notare, offensichtlich keine Bedenken gegen die Geschäftsfähigkeit der Witwe St[REDACTED] in jenem Zeitraum gehabt. Selbst im Jahre 1947 hat Notar A[REDACTED] anläßlich der Beurkundung der Annahme der Kaufangebote des Beklagten durch die Witwe S[REDACTED] ausdrücklich vermerkt, sie sei ihm als verfassungsfähig bekannt. Noch auffallender ist, daß auch im Vorprozeß von keiner Seite Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Witwe S[REDACTED] geäußert worden sind, obwohl eine solche Behauptung dem Kläger zu 1), der unstreitig schon damals die Bemühungen seiner Mutter, von der Verpflichtung zur Übereignung des strittigen Grundstückes frei zu werden, gebilligt und unterstützt hat, die Erreichung dieses Zieles sehr erleichtert hätte. Unter diesen Umständen muß

an den Nachweis der Geschäftsunfähigkeit der Witwe S [REDACTED] bei Beginn dieses Prozesses ein strenger Maßstab angelegt werden (RG JW 1931, 1083). Diesen Anforderungen genügt das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht. Mögen daher auch Bedenken bestehen, dem Sachverständigen Ne [REDACTED] zu folgen, der - allerdings ohne Kenntnis von dem Obduktionsergebnis und von den Gutachten der Sachverständigen Dr. Kr [REDACTED] und Prof. K [REDACTED], und auch ohne Berücksichtigung der in den Schriftsätzen der Kläger vom 22. und 25. Juni 1953 nachgeschobenen Behauptungen - in seinem Gutachten vom 12. September 1951 die Frage der Geschäftsfähigkeit der Witwe S [REDACTED] für den Zeitpunkt der Klagerhebung positiv bejaht hat, ja mag man sogar nicht soweit gehen wie der Sachverständige K [REDACTED], der eine Geschäftsunfähigkeit für diesen Zeitpunkt nicht für wahrscheinlich erachtet, so bestehen doch jedenfalls an der von den Klägern behaupteten Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr 1 BGB so erhebliche Zweifel, daß eine dahingehende Feststellung keinesfalls möglich ist. Dies wäre aber Voraussetzung für einen Erfolg der Nichtigkeitsklage.

Die Klage war daher hinsichtlich der Kläger zu 1) bis 6) als unbegründet abzuweisen. Die Kostenentscheidung blieb dem Schlußurteil vorbehalten.

Dr. Tasche

Dr. Heck

Bundesrichter Schuster
ist durch Urlaub ver-
hindert zu unterschrei-
ben.

Dr. Tasche

Dr. Oechßler

Bundesrichter Dr. Großmann
ist durch Urlaub verhindert
zu unterschreiben.

Dr. Tasche