

V ZR 59/55

Verkündet am 29. September 1956
 Hirth, Justizangestellter als
 Urkundsbeamter der Geschäfts-
 stelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Adolfin G [REDACTED] geb. H [REDACTED], S [REDACTED]
 B [REDACTED] G [REDACTED], L [REDACTED] Cal. USA,
2. des Kaufmanns Hans Wilhelm H [REDACTED], ebenda,
3. des Rechtsanwalts Otto L [REDACTED]
 in H [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED], als Nachlaßver-
 walters für den Nachlaß des Dr. Otto H [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Margarethe H [REDACTED] geb. K [REDACTED] in H [REDACTED]
 Z [REDACTED] L [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
 liche Verhandlung vom 19. September 1956 unter Mitwirkung
 des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
 Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandes-
 gerichts Karlsruhe vom 16. Februar 1955 wird aufge-
 hoben und das Urteil der 1. Zivilkammer des Landge-
 richts Heidelberg vom 29. Januar 1953 abgeändert.
 Zusammenfassend wird folgendermaßen erkannt:

Zur Hauptsache:

Unter Zurückweisung des Erledigungsantrags in der Richtung gegen die Beklagten zu 1) und 2) wird in der Richtung gegen den Beklagten zu 3) festgestellt, daß durch den Vergleich, der am 13. Juni 1952 zwischen der Klägerin und Dr. Otto H. vor dem Einzelrichter des Landgerichts - Zivilkammer 1 - Heidelberg abgeschlossen wurde, die Hauptsache des vorliegenden Rechtsstreits erledigt ist. Insoweit werden Berufung und Revision zurückgewiesen.

Im Kostenpunkt:

Die Klägerin hat die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 2) zu tragen. Der Beklagte zu 3) und die Klägerin tragen die Gerichtskosten je zur Hälfte, außerdem jeder die eigenen Kosten.

Von Rechts wegen

13

- 3 -

Tatbestand:

Der ursprüngliche Beklagte Dr. Otto H. [REDACTED] war mit der Klägerin in zweiter Ehe verheiratet. Aus seiner ersten Ehe stammen die Beklagten zu 1) und 2). Die Ehe Dr. H. [REDACTED]s mit der Klägerin ist rechtskräftig geschieden worden. Noch vor der Rechtskraft des Scheidungsurteils hat die Klägerin unter dem 18. Juni 1948 auf Zahlung von 38 000 RM nebst Zinsen geklagt. Diesen Antrag hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 1948 vor dem Landgericht auf 3 800 DM umgestellt.

Im Termin des Einzelrichters vom 13. Juni 1952 war ausweislich des Protokolls des Landgerichts erschienen: die Klägerin mit ihren Prozeßbevollmächtigten, der Beklagte Dr. H. [REDACTED] und Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] für Rechtsanwalt Dr. S. [REDACTED], den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, außerdem Rechtsanwalt P. [REDACTED] für den dem Beklagten bestellten Prozeßpfleger Rechtsanwalt S. [REDACTED]. Nach der Beweisaufnahme wurde ein Vergleich zu Protokoll des Einzelrichters genommen. Sein § 6 lautet:

Die Parteien sind sich darüber einig, daß durch diesen Vergleich sämtliche beim Landgericht Heidelberg anhängigen Prozesse gleichen und umgekehrten Betreffs ihre Erledigung gefunden haben.

1. Landgericht Heidelberg 1-O-166/51 (früher O 27/46) in Sa. Frau Margarete H. [REDACTED] gegen Dr. H. [REDACTED] wegen Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung.
2. Landgericht Heidelberg 1-O-104/51 in Sachen Dr. Otto H. [REDACTED] gegen Margarete H. [REDACTED] wegen Löschungsbewilligung.



3. Landgericht Heidelberg 2-0-58/49 in Sachen Frau Margarete H. gegen Dr. Otto H. wegen Feststellung.
4. Landgericht Heidelberg 1-Q-6/51 in Sachen Margarete H. gegen Dr. Otto H. wegen einstweiliger Verfügung.

Es ist unbestritten (siehe Tatbestand des Landgerichtsurteils), daß bei dem Vergleichsabschluß Rechtsanwalt Dr. B. als Vertreter des Prozeßbevollmächtigten Dr. S. nicht mehr anwesend war, sondern nur der Beklagte selbst und Rechtsanwalt P. für den Prozeßpfleger, daß letzterer aber nur Vollmacht zur Wahrnehmung des Termins, nicht auch für einen Vergleichsabschluß vom Prozeßpfleger hatte.

Im Protokoll vom 13. Juni 1952 finden sich folgende Feststellungen: "Bei Aufruf erschienen:

1. die Klägerin und Rechtsanwalt Br.
2. der Beklagte und Rechtsanwalt Dr. B. für Rechtsanwalt Dr. S.
3. Rechtsanwalt Dr. P. für den Prozeßpfleger Rechtsanwalt Dr. S.

Rechtsanwalt B. entfernte sich alsbald wieder. (Folgt Zeugenvernehmung). Die Parteien schlossen hierauf nach eingehender Besprechung der Sachlage unter Mitwirkung ihrer Vertreter sowie des Prozeßpflegers des Beklagten folgenden Vergleich:"

Nach dem Tatbestand der Urteile der Vorinstanzen hat im Schlußtermin vor der Kammer des Landgerichts die Klägerin beantragt festzustellen, daß durch den Vergleich vom 13. Juni 1952 die Verfahren:

1. 1-0-167/51 (vorliegender Prozeß)
2. 1-0-166/51
3. 1-0-104/51
4. 2-0- 58/49 und
5. 1-Q- 6/51

beendet seien, und hat fürsorglich für den Fall, daß das Landgericht nicht einen wirksamen Prozeßvergleich, wohl aber einen wirksamen außergerichtlichen Vergleich für gegeben erachte, die Klage in den oben zu 1, 2 und 4 genannten Verfahren zurückgenommen und beantragt, Dr. H. [REDACTED] zu verurteilen, der Klagerücknahme zuzustimmen.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Vergleich sei ein wirksamer Prozeßvergleich, mindestens sei er aber als außergerichtlicher Vergleich rechtsgültig.

Der Beklagte Dr. H. [REDACTED] hat Klagabweisung beantragt. Er hat bestritten, daß ein rechtsgültiger Prozeßvergleich oder außergerichtlicher Vergleich zustandegekommen sei.

Das Landgericht hat durch Urteil erkannt:

Die Hauptsache ist erledigt.

Die bis zum 13. Juni 1952 entstandenen Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben. Die nach diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten hat der Beklagte zu tragen.

Das Landgericht hält den Vergleich wegen der Abwesenheit des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten beim Abschluß für keinen wirksamen Prozeßvergleich. Aber auch im Falle der Anwesenheit wäre, so meint das Landgericht, jedenfalls

nach § 139 BGB kein wirksamer Prozeßvergleich zustandekommen, weil für einen Teil der Verfahren dem Beklagten ein Pfleger nach § 1910 Abs 1 BGB bestellt gewesen sei und der Beklagte nach § 53 ZPO insoweit keine wirksamen Prozeßhandlungen habe vornehmen können. Der Prozeßpfleger, der sich nach dem Termin vom 13. Juni 1952 gegen den Vergleich ausgesprochen hatte, habe beim Vergleich nicht mitgewirkt, weil der ihn vertretende Rechtsanwalt P. nur Vollmacht zur Wahrnehmung des Beweistermins, nicht aber auch zur vergleichsweisen Erledigung der anderen zwischen den Parteien anhängigen Verfahren gehabt habe.

Dem Antrag der Klägerin auf Erlassung eines Feststellungsurteils dahin, daß die genannten Prozesse durch den Vergleich der eben kein Prozeßvergleich gewesen sei, beendet sei, könne daher nicht stattgegeben werden. Er sei aber trotz der fürsorglichen Klagertücknahme als Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, auszulegen. Da der Vergleich als außergerichtlicher wirksam sei, sei in der Tat die Hauptsache erledigt. Diese Rechtsfolge sei, da die beklagte Partei sie bestreite, urteilsmäßig auszusprechen gewesen, was allerdings nur für den gegenwärtigen Rechtsstreit habe geschehen können.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt. Nach seinem während des zweiten Rechtszuges am 1953 eingetretenen Tode sind die Beklagten zu 1) und 2) als seine gesetzlichen Erben in den Rechtsstreit eingetreten. Sie haben beantragt, das landgerichtliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Ihr Prozeßbevollmächtigter hat ohne Widerspruch der Klägerin angezeigt, daß für die Hinterlassenschaft Dr. H. Nachlaßverwaltung angeordnet worden ist, daß aber eine Aussetzung des Verfahrens nicht erforderlich sei, da der Nachlaßverwal-

ter dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 1) und 2) Vollmacht erteilt habe.

Die Klägerin hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zu 1) und 2) zurückgewiesen, jedoch in Abänderung des landgerichtlichen Urteils dahin erkannt, daß die Hauptsache des vorliegenden Rechtsstreits sowie der obenbezeichneten Klagesachen 2 - 5 erledigt sei. Es hat es bei der Kostenentscheidung des Landgerichts belassen, die Kosten der Berufungsinstanz den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Die Beklagten zu 1) und 2) haben mit dem Antrag auf Klagabweisung Revision eingelegt. In der Revisionsverhandlung hat ihr Prozeßbevollmächtigter erklärt, er trete auch für den Nachlaßverwalter auf.

Die Klägerin hat Zurückweisung der Revision beantragt und erklärt, sie stelle ihre Anträge auch gegen den Nachlaßverwalter.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Die Erben Dr. H. [REDACTED] hätten den Rechtsstreit als Rechtsnachfolger aufgenommen. Ob eine Nachlaßverwaltung angeordnet sei oder nicht, sei nach § 246 ZPO unerheblich.

2. Der Vergleich sei wegen der fehlenden Mitwirkung des Prozeßbevollmächtigten des Dr. H. [REDACTED] kein Prozeßvergleich. Das Vergleichsprotokoll bezeuge zwar seine Mitwir-

kung. Da sie aber unstreitig nicht gegeben gewesen sei, müsse der wirkliche Sachverhalt maßgebend sein. Der primäre Klagantrag sei somit, soweit er nur die Feststellung der Beendigung (des Rechtsstreits) durch Prozeßvergleich begehre, unbegründet.

3. Der primäre Klagantrag sei jedoch nicht dahin auszulegen, daß die Klägerin nur die Feststellung der Beendigung durch Prozeßvergleich angestrebt hätte. Sie habe vielmehr mit dem Antrag zum Ausdruck gebracht, daß nach ihrer Auffassung der Streit beendet sei, wie auch die fürsorgliche Klagrücknahme ergebe, und sie wolle festgestellt haben, daß die beklagte Partei an den Vergleich gebunden sei. Damit ziele der Hauptantrag auf die Feststellung ab, daß die Hauptsache im gegenwärtigen Prozeß und den genannten übrigen Verfahren erledigt sei. Der so verstandene Klagantrag, fährt das das Oberlandesgericht fort, sei begründet, weil der Vergleich auf der Seite der beklagten Partei durch Dr. H. [REDACTED] persönlich wirksam als außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen worden sei. Die Prozeßpflegschaft habe Dr. H. [REDACTED] nicht prozeßunfähig gemacht. Er sei auch nicht entmündigt gewesen. Seine Geschäftsfähigkeit sei zwar im Scheidungsrechtsstreit bezweifelt, jedoch trotz eines entgegenstehenden Gutachtens vom Oberlandesgericht als Berufungsinstanz mit eingehender Begründung bejaht worden. Dem nicht beizutreten, bestehe kein Anlaß.

Dr. Helmle möge im Vergleichstermin der Unterschied zwischen Prozeßvergleich und Parteivergleich nicht klar gewesen sein. Dieser Unterschied habe aber nur für die Klägerin wegen des Vollstreckungstitels Bedeutung. Über den Inhalt des Vergleichs sei Dr. H. [REDACTED] sich im klaren gewesen,

er habe auch nicht etwa geglaubt, daß der Vergleich ohne seinen Prozeßbevollmächtigten keine Wirkung habe. Die Irrtumsanfechtung der beklagten Partei greife demnach nicht durch, ebensowenig ergebe sich die Unwirksamkeit des Vergleichs aus § 779 BGB.

B.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Eintritt der Nachlaßverwaltung sei für den gegenwärtigen Rechtsstreit mit Rücksicht auf § 246 ZPO ohne jede Bedeutung, ist irrig. Der Umstand, daß die Beklagten zu 1) und 2) durch einen Prozeßbevollmächtigten im Rechtsstreit vertreten waren, hatte lediglich die Folge, daß der Rechtsstreit durch die Nachlaßverwaltung nicht unterbrochen wurde, die in § 249 ZPO genannten Folgen also nicht eintraten. Ob aber die Beklagten zu 1) und 2) nach Anordnung der Nachlaßverwaltung noch passiv legitimiert waren, war unabhängig von einer Unterbrechung oder Aussetzung in dem sich fortsetzenden Rechtsstreit zu prüfen (RGZ 50, 362; Baumbach-Lauterbach ZPO 24. Aufl, Anm 2 b zu § 246 ZPO; Jonas-Schönke-Pohle ZPO 18. Aufl § 246 IV), umsomehr als der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten die weitere Passivlegitimation der Erben bestritten hatte (Schriftsatz vom 3. Januar 1955).

Gemäß § 1984 Abs 1 Satz 3 BGB kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden. Eine nach diesem Zeitpunkt erhobene Klage wegen einer Nachlaßverbindlichkeit gegen den Erben selbst ist abzuweisen. (OLG 2, 160; RGRK 10. Aufl § 1984 Anm 4). Allerdings kann ein Nachlaßgläubiger seinen Anspruch gegen den Erben trotz Anordnung der Nachlaßverwaltung mit Erfolg weiter geltend

machen, wenn der Erbe allgemein oder gerade ihm gegenüber unbeschränkt haftet (RGRK aaO; Jonas-Schönke-Pohle § 241, I, 3). Will der Gläubiger eine solche persönliche Haftung der Erben neben der Nachlaßverwaltung geltend machen, so muß er den Verlust des Rechts auf beschränkte Haftung gegen den Erben darlegen und es kann, da die Erwirkung eines Titels zur Vollstreckung in den Nachlaß nicht in Frage steht, die Frage der beschränkten Haftung nicht, wie sonst, unter Verurteilung des Erben der Vollstreckung überlassen bleiben (§ 780 ZPO). Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn während des Prozesses gegen den Erben Nachlaßverwaltung angeordnet wird (Eccius Gruchot 43, 624/25). Demgemäß hätte die Klägerin Gründe für die unbeschränkbare Haftung der Erben darlegen müssen, wenn sie die Rechtsgültigkeit des Verpflichtungen des Erblassers enthaltenden Vergleichs durch den Feststellungsantrag den Beklagten zu 1) und 2) gegenüber verfolgt. Sie hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, in der der Nachlaßverwalter sogar anwesend, wenn auch nicht vertreten war, lediglich den Antrag auf Zurückweisung der Berufung gestellt und ist, soweit ersichtlich, auf die durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung eingetretene Rechtsfolge gar nicht eingegangen. Der Erledigungsantrag gegen die Erben hätte daher, wie der Revision zuzugeben ist, zurückgewiesen werden müssen.

Fraglich kann sein, ob die Klage noch in der Revisionsinstanz gegen den Nachlaßverwalter gerichtet werden kann, wie das geschehen ist. Da der Nachlaßverwalter nach der freilich nicht unbestrittenen Rechtsprechung Partei kraft Amts ist (Nachweise bei Jonas-Schönke-Pohle vor § 50, I, 2 Fußnote 19), ist an sich ein Parteiwechsel in der Revisionsinstanz gegeben. Ein solcher wird (mit Rücksicht auf das We-

sen der Revision als der Nachprüfung einer Entscheidung gegen eine bestimmte Partei) allgemein als unzulässig erachtet (Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., § 41, III 2; Jonas-Schönke-Pohle § 561, II 1; RGZ 160, 204 [212/213]). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Eintritt der Nachlaßverwaltung ist jedoch auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten (Jonas-Schönke-Pohle § 561 II 2 b), da die §§ 239 ff ZPO auch im Revisionsrechtszug gelten (§ 557 ZPO). Dabei muß auch die durch die eingetretene Veränderung bedingte neue Antragstellung hinsichtlich der Person zulässig sein (hierzu Jonas-Schönke-Pohle § 268, II: keine Klagänderung bei Änderung der Prozeßsubjekte in den Fällen der §§ 239 ff ZPO), da die Unterbrechung und Aussetzung gerade mit diesem Zweck dienen soll. Bei dieser Betrachtung erscheint es aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit gerechtfertigt, mit Rücksicht auf eine während der Vorinstanz unbestrittenenmaßen angeordnete Nachlaßverwaltung es zuzulassen, daß die ursprünglich gegen die Erben gerichtete Klage noch in der Revisionsinstanz gegen den Nachlaßverwalter gerichtet wird, jedenfalls wenn der Nachlaßverwalter, wie hier, erklärt, daß er in den Prozeß eintrete (BGH 13, VII, 56, VI ZR 32/55; zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

C.

1. Die Revision bekämpft die Auslegung des Klagantrags durch das Berufungsgericht. Sie weist darauf hin, daß die Klägerin mit Schriftsatz vom 17. Dezember 1952 hilfsweise, d.h. für den Fall, daß das Gericht zu der Auffassung gelangen sollte, es liege nur ein wirksamer außergerichtlicher Vergleich vor, die Klage zurückgenommen und beantragt habe, den Beklagten zu verurteilen, der Rücknahme der Klage zuzu-

stimmen. Nach Ansicht der Revision hätte sich der Ersterichter, wenn er einen Prozeßvergleich verneinte, mit dem Hilfsantrag befassen müssen. Die Revision sieht zudem in der Erledigungsfeststellung des Berufungsgerichts, soweit sie die anderen Verfahren betrifft, einen Verstoß gegen § 308 ZPO, da insoweit kein Antrag der Klägerin vorgelegen habe, diese sich vielmehr begnügt habe, Zurückweisung der Berufung zu beantragen.

Die Einwendungen der Revision sind zum Teil begründet. Wie der Hilfsantrag der Klägerin klar zeigt, hat sie im ersten Rechtszug die Möglichkeit, daß kein Prozeßvergleich zustandegekommen sei, ins Auge gefaßt und für diesen Fall die Klage in einigen der anhängigen Verfahren zurückgenommen, offenbar in Anlehnung an eine in Schrifttum und Rechtsprechung vertretene Auffassung über die Rechtsfolgen eines außergerichtlichen Vergleichs für den Prozeß (Baumbach-Lauterbach ZPO Anhang nach § 307 ZPO Anm 1 A; OLG Düsseldorf, DR 1940, 113¹³). Wenn der von der Klägerin für den Fall eines lediglich außergerichtlichen Vergleichs eingeschlagene Weg unzulässig war (bedingte Klagerücknahme), so hat die Klägerin eben doch diese rechtliche Gestaltung und keine andere (Feststellung der Erledigung der anderen Prozesse) gewollt.

Ob der Hilfsantrag der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 140 BGB in einen Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache umgedeutet werden könnte (Rosenberg, Lehrbuch § 74 II a.E.), kann aus folgender Erwägung unerörtert bleiben:

Das Landgericht hat entschieden, daß die Hauptsache (des gegenwärtigen Rechtsstreits) erledigt sei und hierzu

ausgeführt, daß der Klageantrag als auf eine derartige Feststellung gerichtet auszulegen sei. Die Klägerin hat im zweiten Rechtszug beantragt, die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Damit hat sie, soweit noch nicht geschehen, den Antrag auf Feststellung der Erledigung (der Hauptsache im vorliegenden Rechtsstreit) gestellt (RGZ 157, 23). Für die andern Prozesse trifft diese Erwägung allerdings nicht zu und insoweit ist die Rüge der Revision, § 308 ZPO sei vom Berufungsgericht verletzt, berechtigt. Der Antrag der Klägerin auf Zurückweisung der Revision kann daran nichts ändern, da mit dem blossen Antrag auf Zurückweisung der Berufung die Klägerin ihren etwaigen weitergehenden Klageantrag bezüglich der anderen Verfahren fallen gelassen hatte, somit in der Revisionsinstanz ein unzulässiger neuer Antrag vorläge (Baumbach-Lauterbach ZPO § 561 Anm 2 B; OGHZ 1, 72). Ohne Bedeutung ist bei dieser Sachlage, ob in der Schlußverhandlung vom 18. Dezember 1952 im ersten Rechtszug die Klägerin hinsichtlich der anderen Verfahren überhaupt noch eine Feststellung begehrt hat, was nach dem Sitzungsprotokoll vom 18. Dezember 1952 zweifelhaft sein könnte, da der Feststellungsantrag ausweislich des Protokolls nur verlesen wurde, soweit er sich auf den gegenwärtigen Rechtsstreit bezog. Desgleichen kann offen bleiben, ob der Streit über die Erledigung eines Prozesses in einem anderen Rechtsstreit als dem, dessen Erledigung strittig ist, entschieden werden kann.

2. Die Revision leugnet eine Erledigung der Hauptsache deswegen, weil sie nur vorliege, wenn ein Ereignis objektiv den Streit der Parteien gegenstandslos gemacht habe oder wenn beide Parteien dem Gericht gegenüber den Prozeß als erledigt erklärten, während hier die beklagte Partei

nach wie vor das Zustandekommen eines Vergleiches wie die Ansprüche der Klägerin bestritten habe.

Die Auffassung der Revision ist zu eng. Auch ein außergerichtlicher Vergleich macht die ursprüngliche Klage gegenstandslos, erledigt die Hauptsache (Rosenberg; Lehrbuch § 79, III 4 S 351; OLG Düsseldorf, JW 1924, 1622¹⁵), da zwar nur der gerichtliche Vergleich die Rechtshängigkeit beseitigt (RGZ 65, 423; 142, 1 ff; Rosenberg, Lehrbuch § 128, III, 1), jedoch auch der außergerichtliche Vergleich den Streit der Parteien beendet^{*)}. Daß die beklagte Partei den Vergleich als ungültig bezeichnet und die Erledigung der Hauptsache leugnet, steht nur einer Behandlung der Sache nach § 91 a ZPO, nicht aber der Erledigung der Hauptsache entgegen. Über ihren Eintritt ist vielmehr zu entscheiden, und zwar jedenfalls in Fällen wie der vorliegende, wo die begehrte Erledigungserklärung sachlich eine Feststellung der Wirksamkeit des Vergleichs in sich schließt, durch Urteil, nicht durch Beschluß (so Rosenberg, Lehrbuch 6. Aufl, § 126 I, 2 c S 583 und § 79 III 4 S 345, anders nunmehr - Beschluß - 7. Aufl S 593 und 352; siehe auch BGHZ 16, 167).

3. Es kommt demnach darauf an, ob ein außergerichtlicher Vergleich wirksam abgeschlossen worden ist. Die Revision erhebt hier Bedenken in doppelter Richtung:

a) Sie führt aus, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der von den Parteien gewollte gerichtliche Vergleich nach ihrem Willen überhaupt als außergerichtlicher

^{*)} demgemäß eine Einrede gegen die Fortsetzung des Prozesses gibt (RGZ 142, 1 [4]).

Vergleich aufrecht erhalten bleiben könne, wobei gemäß § 139 BGB der Regelfall sei, daß die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit als Prozeßvergleich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des gesamten Vergleiches nach sich ziehe. Das Berufungsgericht habe auch die Voraussetzungen für eine Umdeutung des nicht gültigen Prozeßvergleichs in einen gültigen außergerichtlichen Vergleich nicht festgestellt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 16, 388 [390]; ebenso BAG NJW 1956, 1215 [1216]) hat der Prozeßvergleich eine Doppelnatur. Er ist sowohl eine Prozeßhandlung, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des Prozeßrechts richtet, wie auch ein Rechtsgeschäft, für das die Regeln des materiellen Rechts gelten. Ob auf diese Rechtsfigur § 139 BGB entsprechend anzuwenden ist, wenn der prozessuale Teil nicht wirksam ist (Rosenberg § 128 III 1; RG WarnRspr 1909 Nr 294) kann offen bleiben. Denn auch aus § 139 BGB ließe sich die Unwirksamkeit des Vergleichs als eines außergerichtlichen nicht ableiten: Daß der Vergleich vom 13. Juni 1952 als Prozeßvergleich gedacht war, unterliegt keinem Zweifel. Die prozessuale Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches entfaltet er aber nicht. Ist dieser Teil des Rechtsgeschäfts nichtig, so ist - nach § 139 BGB - der materielle Vergleich nur wirksam, wenn der Vergleich auch bei Kenntnis der Nichtigkeit der prozessualen Seite geschlossen worden wäre. Das ist eine zwar hypothetische, aber dem Beweis zugängliche Frage, die vom Tatrichter zu entscheiden ist. Im vorliegenden Fall handelt es sich darum, ob die Parteien, wenn ihnen gesagt worden wäre, daß sie keinen wirksamen Prozeßvergleich im Termin schließen könnten, den Vergleich trotzdem geschlossen hätten oder ob sie davon Abstand genommen und etwa einen neuen Termin zur Schaffung der notwendigen Voraussetzungen

eines wirksamen Prozeßvergleichs sich hätten geben lassen. Wie der Revision zuzugeben ist, enthält das Berufungsurteil hierüber keine ausdrückliche Feststellung. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der materielle Teil allein abgeschlossen worden wäre, aber nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe bejahen wollen. Die beklagte Partei hatte behauptet, Dr. H. [REDACTED] habe keine Erklärung des Inhalts abgegeben wollen, daß ein (lediglich) außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen werde (Schriftsatz vom 9. März 1953 S 3 R). Die Klägerin ist dem entgegengetreten (Schriftsatz vom 3. Juli 1953). Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, daß Dr. H. [REDACTED] der Unterschied zwischen den beiden Vergleichsarten nicht klar gewesen sein möge, daß aber diese Unterscheidung allenfalls für die Klägerin wegen des Vollstreckungstitels, nicht aber für Dr. H. [REDACTED] von Bedeutung gewesen sei. Für ihn sei es nur darauf angekommen, ob er sich verpflichtete. Ein Parteivergleich sei für ihn eine weniger gefährliche Verpflichtung gewesen als ein Prozeßvergleich. Diesen Ausführungen kann die mittelbare Feststellung entnommen werden, daß Dr. H. [REDACTED] den Vergleich auf jeden Fall geschlossen hätte. Besondere Ausführungen hinsichtlich der Klägerin waren entbehrlich, da das Verhalten der Parteien zeigte, daß sie bei dem Vergleich für die Klägerin als günstig erachteten und demnach anzunehmen war, daß die Klägerin sich die Vorteile der getroffenen Regelung durch einen außergerichtlichen Vergleich auf jeden Fall hätte sichern wollen, umsomehr als ein - rechtlich verfehelter - Beschluß des Landgerichts im Vergleichstermin, der Klägerin werde eine Widerrufsfrist vorbehalten, in ihr die Vorstellung erwecken mußte, sie und nur sie habe die Möglichkeit vom Vergleich noch zurückzutreten. Die Wirksamkeit des Vergleichs als eines außergerichtlichen wird demnach durch die Ungültigkeit des prozessualen Teils nicht beeinträchtigt.

b) Die Revision rügt weiter, die Feststellung des Berufungsgerichtes, Dr. H. [REDACTED] sei bei Abschluß des Vergleichs geschäftsfähig gewesen, beruhe auf Verletzung des Prozeßrechts. Im Scheidungsurteil habe das Oberlandesgericht nicht für den Zeitpunkt des hier strittigen Vergleichsabschlusses die Geschäftsfähigkeit Dr. H. [REDACTED]s festgestellt, vielmehr sich lediglich mit der Frage befaßt, ob Dr. H. [REDACTED] z.Zt. der Erhebung der Scheidungsklage und zur Zeit der Erteilung der Prozeßvollmacht an seinen zweiten Prozeßbevollmächtigten (April 1950) geschäftsfähig gewesen sei. Entgegen dem psychiatrischen Gutachten des Sachverständigen Dr. M. [REDACTED] habe das Oberlandesgericht im Scheidungsstreit die Geschäftsfähigkeit bejaht, weil Dr. H. [REDACTED] noch in der Lage gewesen sei, selbständig Reisen sogar nach Übersee zu machen. Da der Sachverständige fortschreitende Cerebralsclerose festgestellt habe, habe das Berufungsgericht den Antrag der beklagten Partei im gegenwärtigen Rechtsstreit über die Zurechnungsfähigkeit des Beklagten zur Zeit des Vergleichsabschlusses, ein Sachverständigengutachten einzuholen, nicht ablehnen dürfen. Überdies sei, so meint die Revision, auch § 139 ZPO verletzt, da die Beklagten die Ärztin der Klägerin auf entsprechende Frage des Oberlandesgerichts als Zeugin dafür hätten benennen können, daß sie - die Ärztin - schon seit Jahren anlässlich ihrer Besuche im Hause H. [REDACTED] die Geschäftsunfähigkeit des Dr. H. [REDACTED] wegen Paranoia festgestellt habe.

Auch diese Revisionsrügen sind nicht begründet. Allerdings kam es für das Oberlandesgericht im Scheidungsstreit nur darauf an, ob zur Zeit der Klageerhebung und der späteren wegen Anwaltswechsels notwendigen, zweiten Erteilung einer Prozeßvollmacht der Kläger geschäftsfähig war. Das Oberlandesgericht spricht aber ganz allgemein aus, daß das

Gutachten in seiner Begründung wie in seinem zusammenfassenden Ergebnis nicht überzeugend sei, und stellt fest, daß der Kläger für seinen Scheidungsprozeß "prozeßfähig war und ist". Dabei genügte freilich die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 612 ZPO) aber um diese konnte es sich, da die in § 114 BGB genannten behördlichen Akte nicht vorlagen, nicht handeln. Die Feststellung der mindestens beschränkten Geschäftsfähigkeit war also in Wahrheit eine solche der unbeschränkten. Das Gutachten Dr. M. hebt Bl 23 R die Möglichkeit der Wiederkehr bereits in einem Fall aufgetretener arterioskleriotischer Verwirrtheit hervor, bejaht daher die Notwendigkeit eines Schutzes für Dr. H. und seine Umwelt und kommt so zu der Annahme der Geschäftsunfähigkeit. Richtig ist, daß seit dem oberlandesgerichtlichen Urteil in der Scheidungssache vom 7. März 1951 ein Jahr und seit der Begutachtung durch Dr. M. vom 30. November 1949 bis zum hier in Frage kommenden Zeitpunkt (13. Juni 1952) zweieinhalb Jahre vergangen sind. Aber außer der nicht näher substantiierten Angabe, bei Dr. H. sei die Cerebralsclerose in den letzten Jahren weiter vorge-schritten, hat die beklagte Partei den Berufungsrechtszug vorgebracht, der Beklagte sei zwar zeitweise zurechnungsfähig gewesen, sei aber im Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleiches es nicht gewesen, weil die länger dauernde Verhandlung seine verminderte geistige Spannkraft überschritten habe. Hierfür hat die beklagte Partei sich auf zu erholendes Sachverständigengutachten berufen. Dem stand die Feststellung des Landgerichts gegenüber, daß das Auftreten des Dr. H. vor Gericht und seine Teilnahme am Verhandlungsgeschehen zu der Überzeugung führten, er sei insbesondere im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses voll geschäftsfähig gewesen. Eine unmittelbare Nachprüfung des geistigen Zustands Dr. H. war durch seinen Tod unmöglich geworden,

bei bestehendem Zweifel war die Geschäftsfähigkeit zu bejahen. Mit dem Vorbringen der beklagten Partei, der Vergleichsabschluß selbst bewaise die Geschäftsunfähigkeit Dr. H. [REDACTED], hat das Berufungsgericht sich auseinandergesetzt. Wenn unter diesen Umständen das Berufungsgericht von der Einholung des Gutachtens abgesehen hat und die Geschäftsfähigkeit bejaht, so lag darin kein Verstoß gegen § 286 ZPO. Das Berufungsgericht konnte auch annehmen, daß die beklagte Partei einen ärztlichen Zeugen, der Beobachtungen zur Bestätigung der Geschäftsunfähigkeit machen konnte, ohne Aufforderung des Gerichtes von sich aus benannt hätte, wenn ein solcher zur Verfügung gestanden hätte. In der Unterlassung einer Frage in dieser Richtung lag kein Verstoß gegen § 139 ZPO.

D.

Nach alledem erwies sich die Berufung und Revision der Beklagten zu 1) und 2) deswegen als berechtigt, weil ihre Passivlegitimation weggefallen ist. Der Antrag auf Feststellung der Erledigung war in diesem Umfang in Abänderung des landgerichtlichen Urteils zurückzuweisen. Soweit die Berufung nunmehr infolge des Eintritts des Nachlaßverwalters in den Rechtsstreit von diesem zu vertreten war, war sie zurückzuweisen, ebenso die Revision. Die Erledigungserklärung hinsichtlich der vom Vergleich erfaßten anderen Verfahren war zu streichen.

Die Entscheidung im Kostenpunkt (§§ 92, 100 ZPO) beruht auf folgenden Erwägungen: Da die Klägerin gegenüber den Beklagten zu 1) und 2) unterlegen ist, hat sie die ihnen entstandenen Kosten zu ersetzen. Daß der gegen die Beklagten zu 1) und 2) gestellte Erledigungsantrag vor Eintritt

der Nachlaßverwaltung zum Teil begründet war, ändert, da die Klägerin ihren Antrag gegen die Beklagten zu 1) und 2) trotz deren Widerspruch aufrecht erhalten hat, an der vollen Kostentragungspflicht nichts. Die Klägerin hat mit Rücksicht auf dieses ihr Unterliegen jedenfalls auch einen Teil ihrer eigenen Kosten zu tragen. Der Beklagte zu 3) und die Klägerin haben teils obgesiegt, teils sind die unterlegen, sodaß eine verhältnismäßige Teilung der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten entsprechend der zweiten Regelung in § 92 Abs 1 Satz 1 ZPO vorzunehmen wäre. Im gegebenen Fall erscheint es jedoch angemessen, entsprechend der anderen Verteilungsmöglichkeit der genannten Gesetzesbestimmung die Kosten gegeneinander aufzuheben, d.h. die Gerichtskosten je zur Hälfte der Klägerin und dem Beklagten zu 3) aufzuerlegen und sie je ihre eigenen Kosten tragen zu lassen. Da diese Regelung mit der im Vergleich getroffenen übereinstimmt, kann offen bleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft (§ 308 Abs 2 ZPO), daß mangels entsprechender Anfechtung die Klägerin mit den im ersten Rechtszug ihr auferlegten Kosten belastet bleiben müsse.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Dosthel