

Zeitschrift für Zivilprozeß

BEGRÜNDET VON LANDGERICHTSRAT H. BUSCH

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. FRITZ BAUR, Tübingen

Prof. Dr. KARL HEINZ SCHWAB, Erlangen

unter Mitwirkung von

Prof. Dr. ARTHUR BÜLOW, Staatssekretär a. D., Bonn

97. Band 1984



CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München

Schriftleitung

Zuschriften, die sich auf diese Zeitschrift beziehen, werden an Herrn Professor Dr. Karl Heinz Schwab, Atzelsberger Steige 16, 8520 Erlangen, erbeten. Rezensionsexemplare sind an Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Fritz Baur, Klopstockweg 14, 7400 Tübingen, zu senden.

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen. Es wird davon ausgegangen, daß die zur Veröffentlichung eingesandten Entscheidungen von Instanzgerichten nicht auch anderen Zeitschriften angeboten werden.

Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Verlag

Carl Heymanns Verlag KG, Gereonstraße 18, 5000 Köln 1, Ruf 02 21 - 13 40 22, Fernschreiber

ISBN 3-452-20181-3

8 881 888, Landeszentralbank 37008173, Postscheck 820 20-501.

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Heftes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahre, Jahrespreis 168,00 DM zuzüglich Versandkosten. Einzelheft 47,80 DM zuzüglich Versandkosten. Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen

Heymanns Anzeigen-Verwaltung, Gereonstraße 18, 5000 Köln 1, Ruf 02 21 - 13 40 22, Fernschreiber 8 881 888, Anzeigenleitung Klaus Garbe. Die Anzeigen werden nach der Preisliste vom 1. 4. 1983 berechnet. Landeszentralbank Köln 37008173, Postscheck Köln 820 20-501.

Druckerei

Gallus Druckerei KG, Berlin.

INHALTSÜBERSICHT

A. ABHANDLUNGEN

BECKER, Michael, Typologie und Probleme der (handelsrechtlichen) Gestaltungs- klagen unter besonderer Berücksichtigung der GmbH-rechtlichen Auflösungs- klage (§ 61 GmbHG)	314
BITTMANN, Folker, Treu und Glauben in der Zwangsvollstreckung	32
FASTRICH, Dr. Lorenz, Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts	423
HAGER, Dr. Johannes, Die Rechtsbehelfsbefugnis des Prozeßunfähigen	174
HENCKEL, Professor Dr. Wolfram, Reform des Insolvenzrechts	369
HERRMANN, Dr. Gerold, Die UNCITRAL-Vergleichsordnung – Nützliche Regeln für selbständige Schlichtungsverfahren –	445
LEIPOLD, Professor Dr. Dieter, Auf der Suche nach dem richtigen Maß bei der Zurückweisung verspäteten Vorbringens	395
METZNER, Dr. Richard, Rechtliches Gehör bei der Selbstablehnung des Richters ..	196
OLZEN, Dr. Dirk, Die Zwangsvollstreckung in Dispositionskredite	1
PECHER, Professor Dr. Hans Peter, Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleichs	139
SCHACK, Dr. Haimo, LL. M., Vermögensbelegenheit als Zuständigkeitsgrund – Exorbitant oder sinnvoll? –	46
SCHLOSSER, Professor Dr. Peter, Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz	121
SMID, Dr. Stefan, Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO – Zugleich ein Versuch der historischen Rekonstruktion der Problemstel- lung –	245
WALDNER, Dr. Wolfram, Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ord- nung – Der VII. Internationale Kongreß für Prozeßrecht –	411

B. ENTSCHEIDUNGEN

BGH, Urteil vom 3. 12. 1980 – VIII ZR 274/79 – Rechtskraft eines die Wirksam- keit des Vergleichs feststellenden Urteils (dazu Pecher, S. 139)	204
BGH, Urteil vom 22. 9. 1982 – IV b ZR 576/80 – Keine Bindung an Strafurteil in Restitutionsverfahren (Braun)	68
BGH, Urteil vom 2. 12. 1982 – VII ZR 71/82 – Präklusion (dazu Leipold, S. 395) .	470
BGH, Urteil vom 11. 7. 1983 – II ZR 114/82 – Arglistige Zustellung? (Zeiss)	206
BGH, Urteil vom 13. 7. 1983 – IV b ZR 2/82 – Durchbrechung der Rechtskraft (Braun)	337
BGH, Urteil vom 27. 10. 1983 – VII ZR 41/83 – Anschlußberufung (Grunsky) ...	476

BGH, Beschluß vom 24. 1. 1984 – IX ZR 86/82 – Annahmerevision bei Familiensache (Walter)	481
OLG Stuttgart, Beschluß vom 26. 9. 1983 – 11 W 43/83 – Zwangsvollstreckung bei unvertretbarer Handlung (Münzberg)	487
LG Bochum, Beschluß vom 21. 6. 1983 – 11 S 503/82 – Erledigung des Rechtsmittels (Waldner)	215
BAG, Beschluß vom 25. 6. 1981 – 2 AZR 219/79 – Gesamtvergleich (dazu Pecher, S. 139)	211
 C. BUCHBESPRECHUNGEN	
ACKMANN, Hans-Peter, Schuldbefreiung durch Konkurs?, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Bd. 96, Bielefeld 1983 (Prof. Dr. Henckel)	105
BANK, Wilfried J., Zwangsvollstreckung gegen Behörden, Die Handhabung der zivilprozessualen Vollstreckungsnormen bei der Zwangsvollstreckung aus allgemeinen Leistungsurteilen gegen Verwaltungsträger, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 77, Berlin 1982 (Prof. Dr. Stürner)	348
BAUER/KÖNIG/KREUZER, Italienisches Konkursrecht und andere Insolvenzverfahren – Fallimento ed altre procedure concorsuali, Bozen 1983 (Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Baur)	349
BAUR, Fritz, Konkurs- und Vergleichsrecht, 2. Auflage, Uni-Taschenbücher 880, Heidelberg 1983 (Prof. Dr. Häsemeyer)	221
BÖCKSTIEGEL, K.-H. (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 3, Köln/Berlin/Bonn/München 1983 (Prof. Dr. Walter)	493
BÖHLE-STAMMSCHRÄDER/KILGER, Konkursordnung, 14. neubearb. Auflage, Beck'sche Kurz-Komm., Bd. 27, München 1983 (Prof. Dr. Häsemeyer)	494
BUHEGGER/HOLZHAMMER (Hrsg.), Beiträge zum Zivilprozeßrecht I, Linzer Universitätschriften, Wien/New York 1982 (Prof. Dr. Rimmelspacher)	87
BUNTE, Hermann-Josef, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Bd. I: Entscheidungen aus den Jahren 1977 bis 1980, Heidelberg 1982 (wiss. Mitarb. Assessor Niedenführ)	86
COMMICHAU, Gerhard, Die anwaltliche Praxis in Zivilsachen, Eine Einführung in die Anwaltstätigkeit, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983 (RA Prof. Dr. Locher)	89
GOTTWALD/HUTMACHER/RÖHL/STREMPER (Hrsg.), Der Prozeßvergleich – Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven –, Köln 1983 (Prof. Dr. Peters)	497
GRUNSKY, Wolfgang, Taktik im Zivilprozeß, 2. neubearb. Auflage, RWS-Skript 123, Köln 1983 (Vors. Richter am OLG i. R. Prof. Plafßmann)	349
GURKE, Michael, Verhaltensweisen und Sorgfaltspflichten von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern bei drohender Überschuldung, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 40, Berlin 1982 (Prof. Dr. Schmidt)	224
HABSCHIED, Walther J., Droit judiciaire privé suisse, Mémoires publiés par la faculté de droit Genève Deuxième éd. entièrement revue et complétée, Genève 1981 (Prof. Dr. Walder-Bohner)	90
HIRSCH, Ernst E., Rezeption als sozialer Prozeß, erläutert am Beispiel der Türkei, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 50, Berlin 1981 (Prof. Dr. Nörr)	226

HOLZHAMMER, Richard, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Springers Kurzlehrbücher für Rechtswissenschaft, 2. verbesserte Auflage, Wien/New York 1980 (Prof. Dr. Gerhardt)	350
HORBER, Ernst, Grundbuchordnung mit der Ausführungsverordnung, der Grundbuchverfügung und den wichtigsten Nebenbestimmungen, 16. neubearb. Auflage unter Mitarbeit von Johann DEMHARTER, Becksche Kurzkommentare, Bd. 8, München 1983 (Prof. Dr. Ruhwedel)	354
HUBER, Michael, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 56, Köln 1983 (Vors. Richter am OLG Prof. Dr. Bender)	227
Italienische Zivilprozeßordnung – Codice di Procedura Civile. Zweisprachige Ausgabe, übersetzt von Max W. BAUER u. a., Bozen 1982 (Prof. Dr. Grunsky) ..	498
JAHNKE, Volker, Zwangsvollstreckung in der Betriebsverfassung, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 29, Berlin 1977 (Prof. Dr. Seiter)	91
JAUERNIG, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. völlig neu bearb. Auflage, München 1983 (Prof. Dr. Rimmelspacher)	355
JESSNITZER, Kurt, Dolmetscher, Ein Handbuch für die Praxis der Dolmetscher, Übersetzer und ihrer Auftraggeber im Gerichts-, Beurkundungs- und Verwaltungsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1982 (Prof. Dr. Pieper)	229
KAISSIS, Athanasios, Die Verwertbarkeit materiell rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Bd. 203, Frankfurt/Bern/Las Vegas 1978 (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Baumgärtel)	93
KIRCHNER, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. erneuerte und erweiterte Auflage, bearb. von H. KIRCHNER und F. KASTNER, Berlin/New York 1983 (Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Baur)	96
KLAMARIS, Nikolaos Kan., Die mißbräuchliche Rechtsausübung im Zivilprozeßrecht, Band A und B, Athen 1980 (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Baumgärtel)	97
KRAMER, Wolfgang, Der richterliche Unterlassungstitel im Wettbewerbsrecht, Eine Kritik der »Kerntheorie« und der These von der »konkreten Verletzungshandlung«, Hamburger Beiträge zum Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht, Bd. 4, Heidelberg/Hamburg 1982 (Prof. Dr. Stürner)	500
LIPPROSS, Otto-Gerd, Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Bd. 97, Bielefeld 1983 (Prof. Dr. Stürner)	501
LORITZ, Karl-Georg, Die Konkurrenz materiellrechtlicher und prozessualer Kostenerstattung, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 52, Köln/Berlin/Bonn/München 1981 (Prof. Dr. Konzen)	502
LÜKE, G., Fälle zum Zivilverfahrensrecht, Bd. II, Insolvenzrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, H. 79, München 1982 (wiss. Mitarbeiter Gangel)	103
MENZINGER, Klaus, Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger, Fragwürdigkeit und Grenzen, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 75, Berlin 1982 (Prof. Dr. Henckel)	105
MESSERLI, Peter, Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozeßordnung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 480, Bern 1983 (Prof. Dr. Peters)	230
MEYER, Felix, Dreigliedriger Gerichtsaufbau und Freiwillige Gerichtsbarkeit, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 53, Köln/Berlin/Bonn/München 1981 (Prof. Dr. Wolf)	231

MILETZKI, Rainer, Formen der Konfliktregelung im Verbraucherrecht, Der Beitrag der Schlichtungsstellen zur Rechtsverwirklichung, Industrie-Gesellschaft und Recht, Bd. 16, Bielefeld 1982 (Prof. Dr. Wolf)	505
MOTSCH, Richard, Vom rechtsgenügenden Beweis, Zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 79, Berlin 1983 (Staatsanwalt Nack)	506
PASTOR, Wilhelm L., Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungstiteln, Systematische Darstellung für die Praxis, 3. Auflage, Köln u. a. 1982 (Prof. Dr. Stürmer)	508
PIEPER/BREUNUNG/STAHLMANN, Sachverständige im Zivilprozeß, Theorie, Dogmatik und Realität des Sachverständigenbeweises, München 1982 (Vors. Richter am OLG Dr. Rudolph)	114
RIESS, Günther, Revision und Kassation am Beispiel des OGH und der Cour de Cassation, Veröffentlichungen der Universität Innsbruck Nr. 140, Innsbruck 1982 (Prof. DDr. Fasching)	233
RIGANO, Francesco, Costituzione e potere giudiziario, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Neue Serie, Bd. 34, Padua 1982 (Prof. Dr. Grunsky)	234
RÖHL, Klaus F., Der Vergleich im Zivilprozeß, Untersuchungen an einem großstädtischen Amtsgericht, Forschungsberichte des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft Nr. 3163, Fachgruppe Geisteswissenschaften, Opladen 1983 (Prof. Dr. Peters)	510
SCHELLHAMMER, Kurt, Zivilprozeß, Theorie-Praxis-Fälle, Heidelberg 1982 (Prof. Dr. Rimmelspacher)	236
SCHUEERLE, Wilhelm, Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 78, Berlin 1983 (Prof. Dr. Peters)	241
SCHLOSSER, Peter, Zivilprozeßrecht I, Erkenntnisverfahren, München 1983 (Prof. Dr. Münzberg)	511
SCHULZE-HAGEN, Alfons, Die Grundsätze der Zivilrechtsprechung der DDR, Berichte des Osteuropa-Instituts an der Freien Universität Berlin, Reihe Wirtschaft und Recht, Heft 130 – Rechtswissenschaftliche Folge (Prof. Dr. Pleyer) .	517
SCHUMANN, Ekkehard, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, Köln 1983 (Prof. Dr. Peters)	360
STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Auflage, bearbeitet von GRUNSKY/LEIPOLD/MÜNZBERG/SCHLOSSER/SCHUMANN, Tübingen 1976 ff., 8. Lieferung 1983, §§ 128–147, bearbeitet von LEIPOLD und 9. Lieferung 1984, §§ 828–850 i, bearbeitet von MÜNZBERG (Prof. Dr. Gerhardt)	519
STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung, Gesetz über den Zivilprozeß vom 13. 6. 1976, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix WIGET, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Zürich 1982 (Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Baur)	118
The Art of Arbitration. Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pie- ter Sanders, 12. 9. 1912–1982, Editors: Jan C. SCHULTSZ, Albert Jan VAN DEN BERG, Deventer/Niederlande 1982 (Prof. Dr. Walter)	242
ULE, Hans Michael, Der Rechtspfleger und sein Richter, Köln 1983 (Vors. Richter am OLG i. R. Prof. Plafßmann)	362

WALDER, Hans Ulrich (Hrsg.), SchKG – Schuldbetreibung und Konkurs, Das Bundesgesetz, die Nebengesetze, Verordnungen, Beschlüsse und Kreisschreiben mit Verweisungen, Anmerkungen, Hinweisen und Sachregister, unter Mitarbeit von lic. iur. Peter von SALIS, 10. neubearbeitete Auflage der von Dr. Carl JAEGER begründeten und von Dr. Marta DAENIKER weitergeführten Auflage, Zürich 1979 (Prof. Dr. Dr. h. c. Habscheid)	120
WALDER-BOHNER, Hans Ulrich, Fragen der Arrestbewilligungspraxis, insbesondere im Zusammenhang mit der Verarrestierung von Vermögenswerten bei Banken, Schriften zum Bankwesen, Bd. 25, Zürich 1982 (Prof. Dr. Leopold)	363
WEIL, Heinz, Der Handelsrichter und sein Amt, 3., neubearbeitete Auflage, München 1981 (Prof. Dr. Wolf)	364
WELP, Dietrich, Internationale Zuständigkeit über ausländische Gesellschaften mit Inlandstöchtern im US-amerikanischen Zivilprozeß. Zugleich ein Abriss der Entwicklung von »jurisdiction« über auswärtige Beklagte in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1982 (Prof. Dr. Schütze)	365

REGISTER

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.
Die Entscheidungen sind durch + gekennzeichnet.

A

Abänderungsklage 340 ff.
Abkürzungsverzeichnis 96
AGB der Banken, § 17 19 ff.
-, § 19 29 ff.
AGB-Gesetz 86 f.
Anerkenntnis 288 ff.
Annahmerevision + 481 ff.
Anschlußberufung + 476 ff.
Anwaltspraxis 89 f.
Arbeitsrecht und Insolvenzrechtsreform
381 ff., 392 f.
Arglist s. Treu und Glauben
Arrestgerichtsstand 52 f., 62 f.
Arrestrecht, schweizerisches 363 f.
Auflösungsklage, GmbH-rechtliche 314 ff.
Aufrechnung 306 f.
Ausländerforum 46 ff.
Ausländisches Recht, Ermittlung 424 ff.

B

Berufung, Erledigung + 215 ff.
Betriebsverfassung, Zwangsvollstreckung
91 ff.
Beweismaß 227 ff., 506 ff.
Beweismittel, materiell rechtswidrig
erlangte 93 ff.
Bindung an Strafurteil + 68 ff.
Bundesverfassungsgericht u. Zivilprozeß
360 ff.

D

Dispositionscredit, Zwangsvollstreckung
1 ff.
Dolmetscher 229 f.

E

Einstweiliger Rechtsschutz und Prioritäts-
prinzip 130 ff.
Erbenwürdigkeitsklage 326 ff.
Erledigterklärung 255 ff.
-, einseitige 292 ff.
-, des Beklagten 286 ff., 302 f.
Erledigung des Rechtsmittels + 215 ff.
Erledigung des Rechtsstreits 255 ff.
-, Kostenentscheidung 245 ff.
-, Rechtskraft des Beschlusses 279 ff.
Ersatzzustellung + 208 ff.

F

Familiengerichtbarkeit 421
Familiensachen, Annahmerevision +
481 ff.
Freiwillige Gerichtbarkeit 362 f., 419 f.
-, Fälle 103 ff.
-, Gerichtsorganisation 231 ff.
Früher erster Termin 398 ff., 401 ff.

G

Gerichtsorganisation 231 ff.
Gerichtsstand des Vermögens 46 ff.
Gesamtvergleich + 211 ff.
Gesetzlicher Richter 196 ff.
Gestaltungsklage 314 ff.
GmbH, Auflösungsklage 314 ff.
Grundbuchrecht 354 ff.
Güterverfahren, außergerichtliche 420

H

Handelsrichter 364 f.

- I
- Insolvenzrechtsreform 369 ff.
 Italienische Verfassung und Zivilprozeß
 234 ff.
- K
- Kassation 233 f.
 Klage auf Feststellung der Erbnunwürdig-
 keit 326 ff.
 – auf GmbH-Auflösung 314 ff.
 – auf künftige Leistung 340 ff.
 – auf wiederkehrende Leistung 342 ff.
 Konkurs, Nachforderungsrecht 105 ff.
 Konkurs und Schuldbefreiung 105 ff., 386
 Konkursanfechtung, Reform 375 ff.
 Konkursrecht 221 ff., 355 ff., 494 ff.
 –, Fälle 103
 –, italienisches 349
 –, Reform 369 ff.
 –, schweizerisches 120
 Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO
 245 ff.
 Kostenerstattungsansprüche, Konkurrenz
 502 ff.
 Kreditanspruch, Abrufrecht 10 ff.
 – als Vermögensbestandteil 6 ff.
 Krediteröffungsvertrag 3 ff.
 Kündigungsrecht der Banken nach § 17
 AGB-Banken 19 ff.
- M
- Mobiliarsicherheiten u. Insolvenzrechtsre-
 form 378 ff.
- O
- Organpflichten vor Insolvenz 224 ff.
- P
- Pfandrecht an Kreditanspruch 29 ff.
 Präklusion 395 ff.
 Prioritätsprinzip, vollstreckungsrechtliches
 121 ff.
 Prozeßkostenhilfe 422
 Prozeßstandschaft 332 f.
 Prozeßunfähiger, Rechtsbehelfsbefugnis
 174 ff.
- Prozeßvergleich 497 f., 510 f.
 –, Streit über Unwirksamkeit 139 ff.,
 204 ff. +, 211 ff. +
- R
- Rechtliches Gehör 196 ff., 273 ff., 279 ff.,
 283 ff., 299 ff., 333 ff.
 Rechtsbehelfsbefugnis bei Prozeßunfähig-
 keit 174 ff.
 Rechtskraft, materielle 35 ff., 204 ff. +,
 279 ff.
 Rechtskraftdurchbrechung 337 ff.
 Rechtsmißbrauch 97 ff., 210
 Rechtsmittel, Erledigung + 215 ff.
 Rechtspfleger und Richter, Aufgabenver-
 teilung 362 f.
 Rechtssoziologie und Prozeßrecht 419
 Reorganisationsverfahren 386 ff.
 Restitutionsklage + 68 ff.
 Revisionsrecht 233 f., 423 ff.
 Rezeption (Türkei) 226 f.
- S
- Sachverständigenbeweis 114 ff.
 Sachverständiger 418 f.
 Schiedsgerichtsbarkeit 242 ff., 318 ff.
 Schiedsgerichtsbarkeit in Frankreich 493 f.
 Schlichtungsstellen 505 f.
 Schlichtungsverfahren (UNCITRAL)
 445 ff.
 Schuldbefreiung durch Konkurs 105 ff.
 Selbstablehnung des Richters 196 ff.
 Sittenwidrigkeit 36, 337 ff.
 Sofortiges Anerkenntnis 288 ff.
 Strafurteil, Bindung an + 68 ff.
- T
- Treu und Glauben 39 ff., 61, 97 ff., 210 +
 Türkisches Recht 226 f.
- U
- Überschuldung 224 ff.
 Übersetzer 299 f.
 Unabhängigkeit der Gerichte 417 f., 420 f.
 UNCITRAL-Vergleichsordnung 445 ff.
 Unterlassungsurteil 500 f.
 Unterlassungsvollstreckung 508 f.

V

Verbandsklage 416 ff.
 Verbraucherschutz 505 f.
 Verfassung, italienische und Zivilprozeß
 234 ff.
 Verfassung und Zivilprozeß 59, 121 ff.,
 196 ff., 234 ff., 360 ff., 396 ff., 411 ff.
 Vergleichsverfahren 221 ff.
 Vermögensgerichtsstand 46 ff.
 Verwirkung 102
 Vollstreckungsschutz 501 f.
 Vorsitzender Richter 241 f.

Z

Zivilprozeß, Taktik 349 f.
 Zivilprozeßrecht 236 ff., 511 ff., 519 ff.
 –, bernisches 230 f.
 –, DDR 517 ff.
 –, italienisches 498 ff.
 –, österreichisches 87 ff., 350 ff.
 –, schweizerisches 90 f.
 –, zürcherisches 118 ff.

Zurückbehaltungsrecht 31
 Zuständigkeit, internationale 46 ff.,
 320 ff., 335 ff., 365 ff.
 Zuständigkeitsdurchgriff 365 ff.
 Zustellung + 206 ff.
 Zwangsvollstreckung, aktuelle Probleme
 421 f.
 –, bei Unterlassungsverpflichtung 508 f.
 –, gegen Behörden 348
 –, Gleichheitssatz 121 ff.
 –, in der Betriebsverfassung 91 ff.
 –, in Dispositionskredite 1 ff.
 –, Prioritätsprinzip 121 ff.
 –, Rechtsbehelfe 33
 –, Sittenwidrigkeit + 337 ff.
 –, Treu und Glauben 32 ff.
 –, unvertretbare Handlung + 487 ff.
 –, Verhältnismäßigkeit 121 f.
 –, Vollstreckungsschutz 501 f.
 Zwangsvollstreckungsrecht 355 ff.
 –, bernisches 230 f.
 –, schweizerisches 120
 Zwischenfeststellungsklage + 211 ff.

Zeitschrift für Zivilprozeß

97. Band

Heft 2

April 1984

Die Rechtsbehelfsbefugnis des Prozeßunfähigen

– Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 22. 12. 1982, V ZR 89/80¹ –

Von Dr. Johannes Hager, Akad. Rat a. Z., München

Für fast alle Fragen der Prozeßfähigkeit hat sich eine feste – wenn auch von der Lehre oft kritisierte² – Praxis herausgebildet. Um so mehr fällt es auf, daß der BGH im Ergebnis eingefahrene Gleise verlassen hat. Der Entscheidung lag freilich eine atypische Konstellation zugrunde:

Die Klägerin hatte die Feststellung beantragt, die Zwangsvollstreckung aus einer sofort vollstreckbaren notariellen Urkunde sei unzulässig³, da sie den dort verbrieften Kaufvertrag wirksam angefochten habe. In einem gerichtlichen Vergleich erkannte die Beklagte die Anfechtung als berechtigt an; die Klägerin ihrerseits übernahm verschiedene Zahlungsverpflichtungen. Später berief sie sich darauf, sie sei bei Abschluß des Vergleichs verhandlungsunfähig gewesen und habe ihn überdies wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Deshalb beantragte sie, die Unwirksamkeit des Vergleichs festzustellen und dem ursprünglichen Begehren zu entsprechen. Das Landgericht entschied, daß der Rechtsstreit durch Vergleich erledigt sei. Während der von der Klägerin eingelegten Berufung kamen Bedenken an ihrer Prozeßfähigkeit auf, die sich nicht beseitigen ließen. Daraufhin hob das Berufungsgericht das Urteil der 1. Instanz mit dem zugrunde liegenden Verfahren auf und wies die Klage als unzulässig ab. Der BGH hingegen hielt *nur* den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens für unzulässig. Zwar sei über die Frage der Nichtigkeit des Vergleichs in Fortführung der Vollstreckungsgegenklage zu entscheiden. Der Vergleich habe aber dieses Verfahren »rein tatsächlich« beendet; notwendig sei daher ein wirksamer Antrag, einen neuen Termin anzuberaumen. Diesen Antrag könne die prozeßunfähige Klägerin nicht stellen. Ob bereits die Klage unzulässig gewesen sei, dürfe nicht mehr geprüft werden⁴.

1 BGHZ 86, 184 ff. = BGH, NJW 1983, 996 ff. = WM 1983, 347 ff.

2 Hauptstreitpunkte sind nach wie vor die Verteilung der Beweislast im Streit um die Prozeßfähigkeit (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Leipold*, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1977 ff., § 56, 8 ff. m. w. N.) und das Problem, ob eine Zustellung an Prozeßunfähige wirksam ist (vgl. z. B. *Niemeyer*, NJW 1976, 742 ff. m. w. N.).

3 Nach h. M. ist die Vollstreckungsabwehrklage gegen gerichtliche Urteile eine Gestaltungsklage, bei der die Parteien freilich zusätzlich weitergehende Feststellung beantragen können (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767, 6 m. w. N.). Gegen eine vollstreckbare notarielle Urkunde ist auch Klage auf Feststellung der Nichtigkeit zulässig, die freilich selbst bei Erfolg nicht zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung führt (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797, 22 m. w. N.).

4 BGHZ 86, 184, 186 ff. = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 348.

Die Entscheidung steht im Gegensatz zu den Regeln, nach denen die h. M. Prozeßunfähige behandelt (I). Besonderheiten des gerichtlichen Vergleichs rechtfertigen die Abweichung nicht (II). Umgekehrt erfordert effektiver Schutz von Prozeßunfähigen eine Ausdehnung ihrer Befugnisse: Prozeßunfähige, die bei Schaffung des Titels nicht ordnungsgemäß vertreten waren, sind bei allen Rechtsbehelfen als prozeßfähig anzusehen, mit denen sie gegen diesen Titel oder die Vollstreckung selbst vorgehen können (III).

I. Die Rechtsmittelbefugnis des Prozeßunfähigen

1. Legt man freilich die allgemein anerkannte Definition der Prozeßfähigkeit zugrunde, so scheint die Ansicht des BGH nur konsequent zu sein. Ist es doch dem Prozeßunfähigen gerade nicht möglich, einen Prozeß als Partei selbst zu führen oder durch einen selbst bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen⁵. Die Prozeßfähigkeit ist Prozeß- wie auch Prozeßhandlungsvoraussetzung⁶. Hält man einen Antrag, das Verfahren wegen der Nichtigkeit des Vergleichs fortzusetzen, für unabdingbar – von diesem Ansatz des BGH soll hier ohne nähere Problematisierung ausgegangen werden⁷ –, so bleibt diese Prozeßhandlung⁸ auf den ersten Blick mangels Prozeßfähigkeit ohne Wirkung.

2. Unproblematisch ist das allerdings nur auf den ersten Blick: Daß Handlungen des Prozeßunfähigen samt und sonders unbeachtlich sind, gilt nach ganz gefestigter Anschauung nämlich nicht ohne Einschränkungen.

5 Vgl. z. B. *Stein/Jonas/Leipold*, § 51, 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozeßordnung, 42. Aufl. 1984, § 51, 1; *Thomas/Putzo*, ZPO, 12. Aufl. 1982, § 51 II; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl. 1981, § 44 I; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 20. Aufl. 1983, § 20 I.

6 *Zöller/Vollkommer*, Zivilprozeßordnung, 13. Aufl. 1981, § 52 III 1 und 2; *Rosenberg/Schwab*, § 44 III 1; implizit auch BGHZ 86, 184, 187 = BGH, NJW 1983, 696, 697 = WM 1983, 347, 348.

7 Das ist alles andere als selbstverständlich. Gerade wenn man die Rechtshängigkeit als noch nicht beendet ansieht (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 47 Fn. 154 m. w. N.; a. A. z. B. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Anhang nach § 307, 5 B a; *Thomas/Putzo*, § 794 II 7 c; vgl. auch BGHZ 86, 184, 187 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 348 m. w. N., wo das Gericht offensichtlich die Rechtshängigkeit weiterhin gegeben sieht), kann dieser nach wie vor anhängige Streit durch Anberaumung eines Termins fortgesetzt werden. Anträge der Parteien sind für eine solche Terminierung nur nötig, wo das Gesetz sie vorsieht (*Zöller/Stephan*, § 216 I 2). Das gilt um so mehr, als die Prozeßfähigkeit gemäß § 56 Abs. 1 ZPO ohnehin von Amts wegen zu prüfen ist. Hier hat die Klägerin zudem behauptet, sie sei prozeßfähig. Ihr Antrag auf Fortsetzung hätte somit schon nach den Grundsätzen des Zulassungsstreits als zulässig behandelt werden müssen (vgl. dazu sogleich im Text unter I 2 a). Der vom BGH in erster Linie herangezogene Gedanke, der Prozeßunfähige sei zu schützen, trägt sein Ergebnis jedenfalls nicht; effektiver Schutz ist auf diese Weise gerade nicht garantiert (vgl. dazu genauer unten II 4).

8 Vgl. statt aller *Rosenberg/Schwab*, § 64 I 1.

a) Schon die ZPO selbst sieht in § 56 Abs. 2 eine Ausnahme vor. Die vorläufige Zulassung ermöglicht es, nicht nur über die Prozeßfähigkeit, sondern auch über den Anspruch selbst zu verhandeln⁹.

Darüber hinaus kann die Partei den sogenannten Zulassungsstreit über die Frage, ob sie prozeßfähig ist, grundsätzlich ohne den gesetzlichen Vertreter führen¹⁰. Dies beinhaltet die Befugnis, Rechtsmittel einzulegen¹¹. Genaugenommen ist dieser Grundsatz gar keine Abweichung von den sonst gültigen Regeln. Das Gericht ist berufen, zu prüfen, ob die Klage zulässig und begründet ist¹². Es kann deshalb nicht von vornherein davon absehen, sich mit dem Antrag zu befassen. Besonderheiten zeigt der Zulassungsstreit also erst in der Berufungs- und Revisionsinstanz. Auch dort bleibt die Bedeutung gering. Abgesehen von Spezialfragen, wie etwa der Zulässigkeit der Revision nach § 547 ZPO¹³, spielt es keine Rolle, ob das Rechtsmittel als unzulässig oder unbegründet abgewiesen wird, wenn das Ausgangsgericht richtig entschieden, der Klage also wegen fehlender Prozeßfähigkeit des Klägers nicht stattgegeben hat.

Auf der anderen Seite bürdet die h. M. dem prozeßunfähigen Kläger die Kosten der unzulässigen und daher erfolglosen Klage auf¹⁴. Dies ist Konse-

- 9 *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 11; *Zöllner/Vollkommer*, § 56 III 3 c; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 56, 2 C; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 2 i. V. mit § 43 IV 1.
- 10 BGHZ 35, 1, 6; 86, 184, 186 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 348; BGH, NJW 1961, 2207; 1966, 2210; OLG Hamm, FamRZ 1960, 161; OLG Köln, NJW 1971, 569; OLG Karlsruhe, FamRZ 1977, 563; OLG Koblenz, OLGZ 1977, 125; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 16; *Zöllner/Vollkommer*, § 56 II 5 d; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 2; ebenso für den Zulassungsstreit über die Parteifähigkeit, BGHZ 24, 91, 94; 74, 212, 214; BGH, NJW 1982, 238. Weitergehend sind im Entmündigungsverfahren ebenso wie beim Aufhebungsantrag die Betroffenen prozeßfähig, um ihre Interessen vorbringen zu können; vgl. z. B. BGHZ 70, 252, 255 f.
- 11 BGHZ 18, 184, 190; 86, 184, 186 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 348; BGH, NJW 1961, 2207; 1966, 2210; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 16; *Zöllner/Vollkommer*, § 56 II 5 d; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 2; *Kirberger*, JuS 1976, 644 m. w. N. in Fn. 18; ebenso für die Parteifähigkeit BGHZ 24, 91, 94; 74, 212, 215.
- 12 Über diese allgemein gängige Formel hinaus geht es in Wirklichkeit um die Rechtfertigung der Entscheidung des Gerichts in ihrer konkreten Gestalt. Nur so lassen sich die zusätzlichen Prüfungsstationen einordnen, die bei besonderen Arten von Urteilen zu berücksichtigen sind. Beim Versäumnisurteil etwa kommt es nicht nur auf die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, sondern auch auf die Säumnis an. Wird Einspruch eingelegt, darf ein streitiges Urteil nur erlassen werden, wenn der Einspruch statthaft war sowie frist- und formgerecht eingebracht wurde. Ebenso macht die Versäumnis einer Notfrist die Klage nicht notwendigerweise unzulässig oder unbegründet; ein Urteil, das die versäumte Prozeßhandlung berücksichtigt, darf jedoch nur ergehen, wenn Wiedereinsetzung gewährt ist (vgl. z. B. *Thomas/Putzo*, § 238, 4 a).
- 13 Vgl. dazu z. B. BGH, LM Nr. 12 zu § 547 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.
- 14 RGZ 53, 65, 67; RG, WarnRspr. 1943, 1, 3; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 13; *Zöllner/Vollkommer*, § 56 II 5 b m. w. N.; *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl. 1975 ff., § 56 C IV b; *Rosen-*

quenz des Veranlassungsprinzips¹⁵; dem Beklagten wäre es nicht zuzumuten, die Kosten einer – evtl. wiederholt anhängig gemachten – Klage selbst zu tragen¹⁶. Damit kann es zu einer Kollision der dargestellten Prinzipien mit dem Schutz des Geschäftsunfähigen bzw. vermindert Geschäftsfähigen kommen. Dem Gericht zu gestatten, von vornherein keinen Termin anzuberaumen und die Klage nicht zuzustellen¹⁷, muß auch bei evidenter Prozeßunfähigkeit ein Ausnahmefall bleiben¹⁸. Selbst wenn nämlich der Kläger minderjährig ist oder ein Entmündigungsbeschluß vorliegt, an den das Prozeßgericht gebunden ist¹⁹, bleibt dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit, die Prozeßführung zu genehmigen²⁰. Ihm hat das Gericht daher Gelegenheit zu geben, sich zu äußern. Verweigert er die Genehmigung oder nimmt er innerhalb einer vom Gericht gesetzten angemessenen Frist nicht Stellung, so darf der Vorsitzende dennoch nicht ohne weiteres davon absehen, den Streit zu terminieren. Denn die Frage der Prozeßfähigkeit ist vom *Gericht* in mündlicher Verhandlung zu klären²¹, schon um das Recht auf rechtliches Gehör zu gewähren²². Vor allem aber ist gegen die Weigerung, einen Termin anzuberaumen, Beschwerde statthaft²³; jedenfalls für diese ist der Prozeßunfähige nach den Regeln des Zulassungsstreits als prozeßfähig anzusehen²⁴.

berg/Schwab, § 44 IV 5 a; *Schlosser*, Zivilprozeßrecht I, 1983, Rdnr. 255; *Jauernig*, § 20 IV 2 f; ebenso RGZ 66, 37, 39; BGH, MDR 1955, 468, 470; VersR 1975, 343, 344; OLG München, MDR 1955, 176 für einen vollmachtlosen Vertreter; OLG Düsseldorf, RPfl. 1980, 437 bei fehlender Parteifähigkeit.

15 *Zöllner/Vollkommer*, § 56 II 5 b; OLG Düsseldorf, RPfl. 1980, 437.

16 *Schlosser*, Rdnr. 255.

17 So *Schlosser*, Rdnr. 255; *Stein/Jonas/Pohle*, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. 1972 ff., § 216 II 3; ArbG Hamm, MDR 1966, 272 bei Schikane; zweifelnd *Jauernig*, § 38 II 4 e; a. A. RG, JW 1917, 295, 297; *Wieczorek*, § 216 B II a; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 216, 2 A a; *Rosenberg/Schwab*, § 98 I 2 a.

18 A. A. *Stein/Jonas/Pohle* (Fn. 17), § 216 II 3.

19 *Wieczorek*, § 51 B II a 2; vgl. auch SchlHOLG, SchlHA 1958, 230.

20 *Zöllner/Vollkommer*, § 56 II 5 b; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 216, 2 A; *Jauernig*, § 38 II 4 e; ebenso für die Frage der wirksamen Vertretung *Zöllner/Stephan*, § 216 I 4 f.

21 *Stein/Jonas/Pohle* (Fn. 17), § 216 II 3; *Rosenberg/Schwab*, § 98 I 2 a; *Grundmann*, Der Minderjährige im Zivilprozeß, 1980, 36 f.; im Ergebnis anders SchlHOLG, SchlHA 1958, 230.

22 Vgl. dazu z. B. OLG Koblenz, NJW 1977, 55, 57. Wenn BayVerfGH, BayVBl 1975, 138, 140 davon spricht, daß das rechtliche Gehör wirksam nur durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden könne, so heißt das nicht, daß der Betroffene nicht anzuheören sei. Das muß schon deshalb geschehen, damit er seine Auffassung darstellen kann, er sei gar nicht prozeßunfähig; vgl. z. B. BGHZ 70, 252, 255.

23 OLG Frankfurt, NJW 1974, 1715; OLG Schleswig, NJW 1981, 691, 692; *Zöllner/Stephan*, § 216 II 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 216, 2 E; *Thomas/Putzo*, § 216, 4 b; *Rosenberg/Schwab*, § 71 II 3; *Jauernig*, § 38 II 4 e; *Schneider*, MDR 1966, 273; speziell für die Zulässigkeit von Beschwerden von Prozeßunfähigen KG, OLGZ

b) Abweichungen von dem Grundsatz, Prozeßhandlungen von Prozeßfähigen blieben stets ohne Wirkung, sind auch für den Fall anerkannt, in dem das Gericht ein Sachurteil erlassen hat, obwohl die Klage als unzulässig hätte abgewiesen werden müssen. Auch hier ist der Prozeßunfähige befugt, Rechtsmittel einzulegen, damit der Fehler korrigiert werde²⁵. War Prozeßunfähigkeit schon bei Klageerhebung gegeben, ist die Klage als unzulässig abzuweisen²⁶ oder ein Vertreter zu bestellen²⁷. Trat sie später ein, ist der Prozeß nach § 241 ZPO unterbrochen, soweit nicht ein Anwalt bestellt war²⁸. Der Prozeßunfähige wird bei Einlegung des Rechtsmittels in aller Regel auf die nicht ordnungsgemäße Vertretung hinweisen. Nötig ist das aber nicht. Denn das Gericht hat diese Frage nach § 56 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu prüfen, wenn der entsprechende Sachverhalt vorgetragen ist.

(1) Schutz verdient in erster Linie der (prozeßunfähige) Beklagte. Zwar stünde zur Korrektur des Fehlers der Ausgangsinstanz die Nichtigkeitsklage zu Gebote²⁹; die Einleitung eines neuen Verfahrens dürfte kaum größere Last bedeuten als die Einlegung eines Rechtsmittels³⁰. Gewichtiger sind schon die Unterschiede bei der Zwangsvollstreckung³¹. Kann der Fehler in der Rechtsmittelinstanz berichtigt werden, so bleibt bis zu diesem Zeitpunkt das Urteil des Ausgangsgerichts allenfalls vorläufig vollstreckbar. Zudem ist bei Aufhebung der Entscheidung der unteren Instanz der Gläubiger nach § 717 Abs. 2 ZPO

1971, 421, 422; OLG Köln, JMBINRW 1972, 117; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 16 Fn. 42; insbesondere für Beschwerden wegen Nichtanberaumung eines Termins SchlHOLG, SchlHA 1958, 230.

24 SchlHOLG, SchlHA 1958, 230; KG, OLGZ 1971, 421, 422; OLG Köln, JMBINRW 1972, 117; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 16 Fn. 42. Die Befassung des Gerichts mit der Frage der Prozeßfähigkeit – sei es in der Ausgangsinstanz, sei es auf Beschwerde – kann also nur in Fällen unterbleiben, die denen des Querulantenums nahekommen; vgl. dazu z. B. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 42, I C m. w. N.; ähnlich für einen Fall der Schikane ArbG Hamm, MDR 1966, 272.

25 BGHZ 40, 197, 199; BGH, JR 1972, 246 mit zustimmender Anmerkung von *Bökelmann*; OLG Karlsruhe, FamRZ 1973, 272, 273; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 16; *Zöller/Vollkommer*, § 56 II 5 e; *Wieczorek*, § 56 C V; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 56, I E b, aa; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 5 a (dessen Begründung, dies hänge damit zusammen, daß Zustellungen an Prozeßunfähige Rechtsmittelfristen in Lauf setzen und daher die Rechtskraft herbeiführen könnten, aber nicht überzeugt. Abgesehen davon, daß die Rechtskraft nach §§ 516, 552 ZPO auch ohne wirksame Zustellung eintritt, ist dafür entscheidend die Wertung der §§ 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO; vgl. dazu sogleich im Text); *Grundmann* (Fn. 21), 46 f.

26 BGHZ 40, 197, 199; BGH, JR 1972, 246; NJW 1961, 2207 unter 3; OLG Karlsruhe, FamRZ 1973, 272, 273.

27 BGH, JR 1972, 246.

28 Vgl. z. B. *Zöller/Vollkommer*, § 56 II 5 a.

29 Wobei der Prozeßunfähige als prozeßfähig zu behandeln wäre; vgl. dazu unten III 2.

30 A. A. *Kirberger*, JuS 1976, 644.

31 Vgl. auch *Kirberger*, JuS 1976, 644.

schadensersatzpflichtig, wenigstens hat er nach § 717 Abs. 3 ZPO die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Verwirft man die Rechtsmittel dagegen als unzulässig, so wird das Urteil auch gegenüber dem Prozeßunfähigen spätestens nach sechs Monaten gemäß §§ 516, 552 ZPO rechtskräftig³². Eine Vollstreckung ist dann uneingeschränkt und ungeachtet der Prozeßunfähigkeit des Beklagten möglich, soweit von dessen Seite keine Mitwirkungshandlungen vorgenommen werden müssen³³. Hilfe bietet nur § 707 ZPO; er setzt aber die Wiederaufnahme des Verfahrens voraus. Auch bei Aufhebung des Urteils aufgrund einer Nichtigkeitsklage ist der Gläubiger nicht zum Schadensersatz nach § 717 Abs. 2 ZPO verpflichtet³⁴. Schon dieser Nachteile wegen muß der prozeßunfähige Beklagte auch ohne Einschaltung seines gesetzlichen Vertreters in der Lage sein, den Titel durch Rechtsmittel zu Fall zu bringen.

Ließe man in solchen Fällen »doppelt relevanter Tatsachen« die Rechtsmittel bereits bei der Zulässigkeit scheitern, so könnte der Fehler im anhängigen Verfahren nicht mehr korrigiert werden, obwohl gerade wegen der Prozeßunfähigkeit des Rechtsmittelführers das Ausgangsurteil falsch ist³⁵. Darüber hinaus legt es § 551 Nr. 5 ZPO schon von seinem Wortlaut her nahe, die nicht ordnungsgemäße Vertretung des Prozeßunfähigen auch auf seine Revision hin zu berücksichtigen³⁶, wenngleich die Norm auch sonst für den Ausnahmefall ihren Sinn behielte, daß der gesetzliche Vertreter den Prozeß erst in der Revisionsinstanz übernimmt. Entscheidend ist die *Wertung* des § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Ermöglicht es die Norm sogar, die Rechtskraft zu durchbrechen, so spricht das dafür, Rechtsmittel trotz der Prozeßunfähigkeit des Anfechtenden zuzulassen, um so den Fehler bereits im Ausgangsverfahren berichtigen zu können. Dies findet seine Parallele in dem Grundsatz, daß bei Vorliegen von Wiederaufnahmegründen entgegen den sonstigen prozessualen Regeln die Korrektur zuzulassen ist. Eine Partei kann beispielsweise ihre Prozeßhandlung widerrufen, wenn die Voraussetzungen des § 580 Nr. 4 ZPO erfüllt sind³⁷.

- 32 Dabei spielt der Streit, ob an den Prozeßunfähigen wirksam zugestellt werden kann, keine Rolle; vgl. z. B. *Niemeyer*, NJW 1976, 743.
- 33 Davon geht jedenfalls die h. M. nach wie vor aus; vgl. z. B. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 704, 6 C b; *Thomas/Putzo*, vor § 704 VII 2 d; a. A. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704, 79, der aber die Pfändung als ersten Zugriff auch gegenüber Prozeßunfähigen zuläßt.
- 34 RGZ 91, 195, 198 ff.; *Stein/Jonas/Grunsky*, § 590, 13; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 717, 67; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 590, 3 B; *Rosenberg/Schwab*, § 162 IV 3; analog § 717 Abs. 3 ZPO ist der Gläubiger aber zur Herausgabe des Beigetriebenen verpflichtet, vgl. z. B. *Thomas/Putzo*, § 590. 3.
- 35 BGHZ 40, 197, 199; *Bökelmann*, JR 1972, 246.
- 36 *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1966, 216.
- 37 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 578, 1 C; *Thomas/Putzo*, Einl. III 4 b; *Rosenberg/Schwab*, § 65 V 2 c m. w. N.

Diese Grundsätze werden allerdings überlagert durch weitere Anforderungen für die Einlegung von Rechtsmitteln, insbesondere die Notwendigkeit der Beschwer. Problemlos zu bejahen ist diese nur, wenn das Urteil der 1. Instanz der Klage in vollem Umfang stattgegeben hat. Schwierigkeiten treten dagegen bei Abweisung als unbegründet auf. Hier ist die Zulässigkeit der Berufung davon abhängig, ob man das Sachurteil als für den Beklagten ungünstiger erachtet als ein Prozeßurteil und deshalb die Beschwer bejaht³⁸. Von der Stellungnahme zu diesem Problem hängt es auch ab, ob bei teilweisem sachlichen Erfolg des Klägers der Beklagte das ganze Urteil anfechten kann. Selbst wenn man sich dieser Ansicht anschließt, ist das Schlechterstellungsverbot des § 536 ZPO zu beachten. Die Klage kann nur so weit als unzulässig abgewiesen werden, wie der Prozeßunfähige es beantragt hat³⁹.

Umgekehrt fehlt es an der Beschwer des prozeßfähigen Klägers, wenn das Ausgangsgericht seinen Anspruch bejaht hat. Die h. M. verwehrt ihm die Befugnis, sich auf die Prozeßunfähigkeit des Beklagten als Aufhebungsgrund zu stützen⁴⁰. Verfolgt der Kläger nach einem partiellen Sieg sein Ziel weiter, so geht es um die bekannte Streitfrage, ob das Verbot der reformatio in peius es zuläßt, von Amts wegen das Fehlen der Prozeßfähigkeit zu berücksichtigen⁴¹.

Diesen speziellen Problemen der Beschwer und des § 536 ZPO ist hier nicht weiter nachzugehen. Sie sind nicht spezifisch für die fehlende Prozeßfähigkeit und insbesondere ohne Einfluß darauf, daß die Rechtsmittel jedenfalls nicht mangels einer wirksamen Prozeßhandlung zurückgewiesen werden dürfen.

38 Ablehnend z. B. BVerwG, MDR 1977, 867 m. w. N.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 511, 3 A c; a. A. *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 511, 60.

39 Hält man die Abweisung der Klage insgesamt als unzulässig für eine Verschlechterung gegenüber der Abweisung als teilweise unbegründet (so z. B. *Stein/Jonas/Grunsky*, Einl. vor § 511, 57 m. w. N., 58, 60; § 536, 7), so steht folgerichtig § 536 ZPO entgegen.

40 BGHZ 63, 78, 79; *Stein/Jonas/Grunsky*, § 579, 6; *Wieczorek*, § 579 B IV; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 579, 5 C; *Thomas/Putzo*, § 579, 2; *Rimmelspacher* (Fn. 36), 216; a. A. RGZ 126, 261, 263; OLG Schleswig, NJW 1959, 200; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 3, § 161 I 1 b. Die Entscheidungen und die Literaturstellen beziehen sich zwar auf die Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Verneint man aber dort die Beschwer – exakter müßte man wohl vom fehlenden Schutzzweck der Normen über die Prozeßfähigkeit sprechen, also eine Art »Rechtskreistheorie« zugrunde legen –, so gilt das auch für Berufung und Revision (so z. B. *Stein/Jonas/Grunsky*, § 551, 21; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 551, 6; *Thomas/Putzo*, § 551, 5). Denn in den Wirkungen entspricht die Wiederaufnahme einem Rechtsmittel (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 578, 1 A; *Rosenberg/Schwab*, § 160 II 4); insbesondere das Erfordernis der Beschwer – bzw. des Schutzzwecks der Norm – ist identisch (BGHZ 39, 179, 181 m. w. N.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 578, 1 A; *Thomas/Putzo*, vor § 578, 3 c).

41 Vgl. dazu statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 536, 3 d (bejahend); *Rosenberg/Schwab*, § 141 II 2 d (verneinend) jeweils m. w. N.

(2) Auch bei Prozeßunfähigkeit des Klägers hat dieser ein schützenswertes Interesse an der Richtigstellung des Urteils⁴². Zwar sind hier – anders als bei Prozeßunfähigkeit des Beklagten – unbillige Ergebnisse aufgrund der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung nicht zu befürchten; der Kläger hat nur die ohnedies anfallenden Kosten⁴³ zu bezahlen. Auf der anderen Seite ist es gerade die Wertung der §§ 551 Nr. 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, die die Rechtsmittelbefugnis des Prozeßunfähigen nahelegt. Fehler der Vorinstanzen sind tunlichst im anhängigen Verfahren zu korrigieren⁴⁴. Das gilt um so mehr, als die Nichtigkeitsklage nur theoretisch immer den gleichen Schutz gewährt. Ist die Klage als unzulässig abgewiesen, so steht einem erneuten Begehren des – nunmehr prozeßfähigen oder ordnungsgemäß vertretenen – Klägers die Rechtskraft zwar nicht entgegen⁴⁵. Aber nach längerer Zeit trifft eine Klage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO evtl. auf Beweisschwierigkeiten, die bei sofortiger Korrektur nicht aufgetreten wären.

Hat das Gericht der Klage auch nur teilweise nicht stattgegeben, da der Anspruch (in diesem Umfang) sachlich nicht begründet sei, so ist insoweit jedenfalls eine Beschwer zu bejahen. Diese fehlt dagegen bei gänzlichem Sieg des Klägers, zumal wenn man mit der h. M. den Rechtskreis des Beklagten als nicht betroffen ansieht⁴⁶ und deshalb eine Nichtigkeitsklage von seiner Seite nicht zu befürchten ist. Beantragt der Kläger die Aufhebung des Urteils nur bezüglich einzelner Punkte, so geht es wiederum um den Streit, ob das Verbot der *reformatio in peius* die Abweisung der Klage im ganzen gestattet⁴⁷. Auch hier seien diese Fragen dahingestellt. Sie vermögen wiederum nichts an der Einsicht zu ändern, daß grundsätzlich auch der prozeßunfähige Kläger befugt ist, Rechtsmittel einzulegen.

II. Der gerichtliche Vergleich mit Beteiligung eines Prozeßunfähigen

1. Die der Entscheidung des BGH vom 22. 12. 1982 zugrunde liegende Problematik stellt eine Mischung der unter I 2 b geschilderten Fälle dar. Zwar hat die Klägerin die angestrebte Feststellung erreicht, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde sei unzulässig. Sie ist dafür aber eine Reihe von Zahlungsverpflichtungen eingegangen, die nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckt werden können. Insoweit befindet sie sich in einer ähnlichen Position wie ein (pro-

42 RG, HRR 1934 Nr. 42; OLG Karlsruhe, FamRZ 1973, 272, 273; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 5 a; a. A. *Rimmelspacher* (Fn. 36), S. 216 f., da eine Beschwer fehle; ähnlich BGH, LM Nr. 6 zu § 511 ZPO.

43 Vgl. oben I 2 a mit Fn. 14–16.

44 Vgl. oben I 2 b (1) bei Fn. 37.

45 Vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 322, 4 unter »Prozeßurteil«.

46 Vgl. die Nachweise in Fn. 40.

47 Vgl. die Nachweise in Fn. 41.

zeßunfähiger) Beklagter, gegen den ein teilweise stattgebendes Urteil ergangen ist. Der Antrag, das Verfahren aufgrund der Unwirksamkeit des Vergleichs fortzusetzen, hat die gleiche Funktion wie ein Rechtsmittel gegen ein Urteil: Erstrebt wird die Aufhebung eines Titels. Dieser Titel ist zudem nicht nur vorläufig vollstreckbar, § 717 Abs. 2 ZPO bietet der Klägerin keinen Schutz⁴⁸. Dennoch verwehrt ihr der BGH, den Prozeß weiterzuführen, und erreicht damit das, was die h. M. verhindern will: Gegen die Klägerin kann vollstreckt werden, obwohl sie in der Verhandlung nicht ordnungsgemäß vertreten war.

In zwei Beziehungen weist der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens allerdings keine Parallele zu einem Urteil auf: Aus der Definition des Vergleichs als »gegenseitiges Nachgeben« folgt schon, daß in aller Regel eine Pflicht des Antragstellers begründet wurde bzw. daß er auf die Durchsetzung eines (vermeintlichen) Anspruchs verzichtet hat⁴⁹, so daß eine Beschwerde in aller Regel vorliegt. Voraussetzung ist diese aber nicht; es genügt die Nichtigkeit des Vergleichs (auch) aus prozessualen Gründen. Zum anderen kann die Partei, die um Fortsetzung anträgt, keine Sicherung beanspruchen, die dem Verbot der *reformatio in peius* vergleichbar wäre. Denn ein aus prozessualen Gründen fehlerhafter Vergleich genießt nicht den erhöhten Schutz, der einem Urteil selbst dann zukommt, wenn es falsch, aber nicht nichtig ist⁵⁰. Der unwirksame Vergleich entspricht in seinen Wirkungen jedoch einem nichtigen Urteil. Will eine Partei ein nichtiges Urteil beseitigen lassen, so bedarf es nicht des Nachweises einer Beschwerde. Auch das Verbot der *reformatio in peius* gilt dann nicht. Vielmehr ist jederzeit eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Urteils möglich⁵¹. Ebenso wird bei Fortsetzung des Verfahrens nach Abschluß eines unwirksamen Vergleichs über die Klage entschieden, als hätte der Vergleich nie vorgelegen. Damit steht der Weiterverfolgung des sachlichen Antrags des Beklagten, die Klage als unzulässig abzuweisen, nichts im Wege. Beide Punkte sind aber kein Argument gegen die Wirksamkeit des Fortsetzungsbegehrens.

48 § 795 ZPO verweist nicht auf die Vorschriften der vorläufigen Vollstreckbarkeit. Vergleiche sind daher endgültig vollstreckbar; vgl. z. B. OLG Karlsruhe, OLGZ 1979, 370, 372 f.; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 717, 68; *Zöller/Scherübl*, § 717 II 4; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 717, 5 B d; *Thomas/Putzo*, § 717, 1 b; ebenso BGH, WM 1965, 767, 769; 1977, 656, 657; OLG Düsseldorf, NJW 1972, 2311; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1975, 100, 101; *Joch*, NJW 1973, 374 für eine vollstreckbare Urkunde.

49 Der Begriff des »gegenseitigen Nachgebens« ist weit auszulegen; es soll hierfür schon der Verzicht auf eine der Rechtskraft fähige Entscheidung genügen; vgl. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 15 m. w. N. Bei solch extensiver Interpretation könnte es bisweilen zweifelhaft sein, ob noch Beschwerde für einen Fortsetzungsantrag vorliegt, wenn eine solche Voraussetzung wäre.

50 Vgl. z. B. RGZ 160, 307, 309; BGH, LM Nr. 3 zu § 554 ZPO; *Thomas/Putzo*, vor § 300 III vor 1.

51 Vgl. z. B. *Zöller/Vollkommer*, vor § 300 III 2 e; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 300, 3 C; *Thomas/Putzo*, vor § 300 III 2 e.

Im Gegenteil: Da weder Beschwer nötig ist, noch eine Schlechterstellung verhindert werden muß, tauchen all die Probleme nicht auf, derentwegen trotz grundsätzlicher Rechtsmittelbefugnis des Prozeßunfähigen die Berufung bzw. Revision im Einzelfall unzulässig sein kann⁵².

2. Zwar wird ein Vergleich nicht rechtskräftig⁵³, so daß das Verfahren grundsätzlich jederzeit durch einen Antrag des gesetzlichen Vertreters auf Fortsetzung wieder aufgenommen werden kann⁵⁴. Dies bedeutet jedoch keinen Grund für eine von den gängigen Regeln abgesetzte Behandlung. Denn das ist auch bei Urteilen wegen § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht anders, wenn die Prozeßfähigkeit im Ausgangsverfahren fehlte. Hier läßt sich selbst nach längerer Zeit die Rechtskraft durch die Nichtigkeitsklage beseitigen; das führt zu einer neuen Verhandlung über den Streitstoff⁵⁵. Und dennoch bejaht die h. M. – wie gezeigt – hier zu Recht die Befugnis des Prozeßunfähigen, im Ausgangsprozeß Rechtsmittel einzulegen. Beim Vergleich anders zu entscheiden, besteht angesichts der Parallelen in der Interessenlage kein Anlaß.

3. Auch eine weitere Besonderheit des Vergleichs gegenüber dem Urteil bedingt keine abweichende Würdigung. Bei einem Titel aus einem Vergleich kann in der Erinnerung gegen die Erteilung der Klausel gerügt werden, der Vergleich sei nichtig⁵⁶. Dieser Rechtsbehelf ist bei einem Urteil gegen einen Prozeßunfähigen in aller Regel wenig erfolgversprechend. Auf Erinnerung gemäß § 732 ZPO wird der Titel nämlich nur überprüft, soweit er unwirksam ist⁵⁷. Das ist zwar bei einem Vergleich der Fall, bei dem ein Prozeßunfähiger

52 Vgl. oben I 2 b.

53 BGHZ 28, 171, 175; BGHZ 86, 184, 186 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 348; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 31.

54 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 47, 51; *Thomas/Putzo*, § 794 II 7 e; *Rosenberg/Schwab*, § 132 IV 1 a; *Reinicke*, NJW 1970, 306; die Gegenmeinung bejaht bei Durchführung des Vergleichs während eines längeren Zeitraums die Möglichkeit der Prozeßverwirkung; vgl. z. B. BAG, NJW 1970, 349; *Zöller/Scherübl*, § 794 II 2 e. Das dürfte allerdings, wenn überhaupt, nur für Formfragen oder ähnliche Fehler, nicht aber bei fehlender Prozeßfähigkeit gelten. Sonst liefe der Schutz des Prozeßunfähigen möglicherweise leer; vgl. z. B. MünchKomm./Roth, Bürgerliches Gesetzbuch, 1977 ff., § 242, 300.

55 Vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 590, 3 A.

56 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 48; LG Köln, JMBINRW 1980, 272, 273 f., für den Fall, daß ein Widerrufsvorbehalt nicht ordnungsgemäß protokolliert und deshalb nach § 139 BGB der gesamte Prozeßvergleich hinfällig war. BGHZ 15, 190, 191 und BGH, LM Nr. 5 zu § 1542 RVO lassen bei einem nicht vollstreckbaren Titel (unwirksamer bzw. widerrufenen Vergleich) lediglich die Erinnerung nach § 732 ZPO (und nicht auch die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO) zu (vgl. dazu Fn. 61).

57 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 732, 3; *Zöller/Vollkommer*, vor § 300 III 2 e; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 300, 3 B; *Thomas/Putzo*, § 724, 5 d; *Rosenberg/Schwab*, § 61 IV 1.

beteiligt war⁵⁸, nicht dagegen bei einem Urteil gegen einen Prozeßunfähigen⁵⁹. Ein solches Urteil kann rechtskräftig werden, auch wenn es falsch ist; der Vergleich dagegen ist nichtig.

Immerhin könnte man aber die Schutzbedürftigkeit des Prozeßunfähigen verneinen, da er durch § 732 ZPO hinreichend gesichert sei. Genau besehen überzeugt eine solche Argumentation aber nicht. Zum einen schließen sich auch sonst Rechtsmittel zur Beseitigung des Titels und die Erinnerung nach § 732 ZPO gegenseitig nicht aus, wenn die Voraussetzungen beider Rechtsbehelfe vorliegen⁶⁰. Das gilt schon deswegen, weil die Erinnerung nur die Vollstreckbarkeit aussetzt, nicht aber den Titel beseitigt. Funktionell entspricht der Fortsetzungsantrag nach nichtigem Vergleich den Rechtsbehelfen der Berufung/Revision. Es soll nicht nur die Vollstreckung als solche verhindert, sondern der Titel aus der Welt geschafft werden⁶¹. Darüber hinaus setzt der effektive Schutz des Prozeßunfähigen voraus, daß er wenigstens im Verfahren nach § 732 ZPO als prozeßfähig angesehen wird⁶²; nur so kann er den Antrag wirksam stellen. Muß man aber bei der Erinnerung diesen Schritt gehen, so steht nichts entgegen, beim Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens ebenso zu argumentieren.

4. Der dem Urteil des BGH vom 22. 12. 1982 zugrunde liegende Fall weist noch eine weitere Besonderheit auf, da nicht eine »normale« Klage, sondern eine Vollstreckungsgegenklage anhängig war. Nach den gängigen Regeln wäre diese Klage als unzulässig abzuweisen⁶³, nachdem das Verfahren auf Antrag

58 Daß ein Vergleich unter Beteiligung eines Prozeßunfähigen nichtig ist, ist allgemeine Ansicht; vgl. nur *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 47, 52.

59 *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 6.

60 *Zöller/Vollkommer*, vor § 300 III 2 e; *Rosenberg/Schwab*, § 61 IV 1. Eine Konkurrenz der Rechtsbehelfe tritt nur auf, wenn der Titel nichtig ist. Nur dann verspricht die Erinnerung nach § 732 ZPO Erfolg.

61 Deswegen überzeugen BGHZ 15, 190, 191 und BGH, LM Nr. 5 zu § 1542 RVO nicht. Selbst wenn der gerichtliche Vergleich jeweils nichtig war, so bestand dort zumindest der Schein eines Titels. Bei nichtigem Urteil reicht dieser Schein aber aus, um die Berufung zuzulassen; vgl. z. B. *Zöller/Vollkommer*, vor § 300 III 2; *Thomas/Putzo*, vor § 300 III 2 e; *Rosenberg/Schwab*, § 61 IV 1. Zwischen den beiden Arten von Titeln so zu unterscheiden, wie dies der BGH tut, überzeugt daher wenig. Allenfalls kann das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, weil der Ausgangsprozeß durch Antrag auf Fortsetzung weitergeführt werden kann (vgl. dazu BGH, NJW 1971, 467 f. m. w. N.).

62 Ob der Prozeßunfähige die mangelnde Prozeßfähigkeit bei der Erinnerung geltend machen kann, wird – soweit ersichtlich – nirgends behandelt (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 48, der diesen Rechtsbehelf zwar zuläßt, aber die prozessualen Details nicht schildert).

63 So BGHZ 86, 184, 190 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 349, der eine Verfolgung der Vollstreckungsgegenklage in sachlicher Hinsicht nur durch den gesetzlichen Vertreter zuläßt. Auch *Zöller/Geimer*, § 767 III 1 a und *Thomas/Putzo*, § 767, 1 verweisen bei der Klage nach § 767 ZPO auf die allgemeinen Prozeßvooraussetzungen, fordern also (wohl) Prozeßfähigkeit.

der Klägerin fortgesetzt wurde. Selbst wenn dem zu folgen wäre⁶⁴, so bedeutete das kein Gegenargument zur hier vertretenen Lösung, sondern läge im System der ZPO. Hätte die Vollstreckungsgegenklage ohne den Vergleichsschluß als unzulässig zurückgewiesen werden müssen, so steht die Klägerin nicht schlechter, wenn diese Entscheidung nunmehr nach Fortsetzung des Verfahrens getroffen wird. Sie davor auf die Art zu schützen, wie es der BGH versucht, entbehrt hinreichender Begründung. Es kommt hinzu, daß sich der Versuch des BGH in dem Augenblick als wenig effektiv erweist, da die prozeßfähige Beklagte den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens stellt. Dazu ist sie jederzeit in der Lage⁶⁵, schon deswegen, weil sie sonst die Vollstreckung aus einem Titel dulden müßte, obwohl dieser nichtig ist⁶⁶. Analog § 707 ZPO kann sie dann beantragen, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich einzustellen⁶⁷. Auch ohne Fortsetzungsantrag steht ihr die Erinnerung nach § 732 ZPO gegen die Erteilung der Klausel zur Seite, da der Vergleich nichtig ist⁶⁸. Beide Rechtsbehelfe führen dazu, daß der Vergleich jedenfalls nicht weiter vollstreckbar ist. Damit taugt er auch nach § 775 Nr. 1 ZPO nicht mehr dazu, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde zu verhindern⁶⁹.

64 Vgl. dazu unten III 3 b.

65 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 47.

66 Ob *Zöller/Vollkommer*, § 52 III 2 und *Rosenberg/Schwab*, § 44 III 1 b zu folgen ist, die jede Art von Prozeßhandlungen auch dann für unwirksam erachten, wenn sie gegenüber, und nicht von einem Prozeßunfähigen vorgenommen werden, kann dahinstehen. Der Antrag, einen Termin anzuberaumen, ist (nur) dem Gericht gegenüber vorzunehmen (vgl. *Rosenberg/Schwab*, § 65 II 2 b).

67 BGHZ 28, 171, 175; BGH, NJW 1971, 467, 468; OLG Neustadt, MDR 1964, 853; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 707, 28; § 794, 38; *Zöller/Scherübl*, § 707 II; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 707, 5 A; *Thomas/Putzo*, § 707, 2 b; *Rosenberg/Schwab*, § 132 IV 1 b m. w. N.; a. A. noch RG, Gruchot 54, 679, 680, freilich mit der wenig überzeugenden Begründung, aus dem Titel des Vergleichs könne nicht nur vorläufig vollstreckt werden. Das ist auch bei Urteilen so, gegen die die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt ist. Genauso kann beim Vergleich der Titel durch Fortsetzung des Verfahrens beseitigt werden.

68 Vgl. die Nachweise in Fn. 58.

69 Erst ab Eintritt der Rechtskraft bzw. der vorläufigen Vollstreckbarkeit einer (erfolgreichen) Vollstreckungsgegenklage ist die Zwangsvollstreckung unzulässig (vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 767, 3 G; *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren, 1975, § 24 I 1 a). Durch Aufhebung des der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils im Rechtsmittelzug wird der Ausgangstitel wieder vollstreckbar (*Stein/Jonas/Münzberg*, § 767, 51; ebenso *Wieczorek*, § 775 C I c 1 für den Fall, daß die Vollstreckbarkeit des Urteils nach § 767 ZPO gemäß § 712 ZPO aufgehoben wird).

Gleiches gilt, wenn der Ausgangstitel auf einer notariellen Urkunde beruht und die Einstellung der Zwangsvollstreckung aufgrund eines Vergleichs vorgenommen wird. Dies setzt voraus, daß der Vergleich vollstreckbar ist (§§ 775 Nr. 1, 795 ZPO). Selbst wenn ein Vergleich, durch den ein vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben wird,

III. Die Rechtsbehelfsbefugnis des Prozeßunfähigen gegenüber (vollstreckbaren) Titeln

Damit ist nicht gesagt, daß das Urteil der Vorinstanz richtig ist. Denn die Klägerin war bereits bei Ausfertigung der notariellen Urkunde jedenfalls nach den Beweisregeln der h. M. nicht prozeßfähig⁷⁰. Nach überkommener Anschauung würde das freilich nichts daran ändern, daß ihre Vollstreckungsgegenklage als unzulässig abgewiesen werden müßte⁷¹. Und doch überzeugt gerade dies nicht. Macht man nämlich Ernst mit dem Postulat, der Prozeßunfähige dürfe grundsätzlich auch ohne gesetzlichen Vertreter gegen Titel vorgehen, die (so) nicht hätten zustande kommen dürfen⁷², so bedeutet das eine Erweiterung seiner Befugnisse nicht nur bei der Einlegung von Rechtsmitteln, sondern von allen Rechtsbehelfen. Denn auch hier treffen die Gründe zu, derentwegen es dem Prozeßunfähigen ermöglicht wurde, wirksam Berufung und Revision einzulegen; insbesondere soll die Vollstreckung gegen ihn verhindert werden⁷³. Unterschiede im Detail resultieren aus der abgestuften Ausgestaltung der Rechtsbehelfe je nach Art des Titels.

1. Ist anstelle eines unechten Versäumnisurteils, mit dem das Gericht korrekterweise die Klage wegen der fehlenden Prozeßfähigkeit des Beklagten trotz dessen Säumnis hätte abweisen müssen, ein echtes Versäumnisurteil zugunsten des Klägers ergangen, so kann auch der nach wie vor prozeßunfähige Beklagte Einspruch einlegen⁷³. Daß der Einspruch überhaupt statthaft ist, ergibt sich aus dem Grundsatz, daß einer Partei aus dem unrichtigen Verfahren des Gerichts keine Nachteile in ihren prozessualen Rechten erwachsen dürfen. Daher ist

keine Entscheidung im Sinn des § 775 Nr. 1 ZPO sein sollte (vgl. z. B. KG, JW 1930, 2066; Stein/Jonas/Münzberg, § 775, 8; Zöllner/Scherübl, § 775 II Nr. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 775, 2 B; Thomas/Putzo, § 775, 3 a), dürfte das bei einem Ausgangstitel, der auf einer vollstreckbaren Urkunde beruht, anders sein (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, § 20.14 und § 49.18, der die Vorlage einer Vereinbarung über die Aufhebung des Titels in öffentlicher Urkunde ausreichen läßt. Hinzuzufügen ist, daß im Falle des Vergleichs Vollstreckbarkeit gegeben sein muß). Im übrigen kann diese Frage hier dahinstehen. Läßt man einen Vergleich nicht genügen, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde einzustellen, so ist die Klägerin erst recht nicht geschützt. Die Beklagte kann dann weiterhin aus der notariellen Urkunde vorgehen, was die Klägerin rechtlos stellt.

70 BGH, NJW 1983, 996, 997; insoweit in BGHZ 86, 184 ff. und BGH, WM 1983, 347 ff. nicht abgedruckt.

71 Vgl. die Nachweise in Fn. 63.

72 Vgl. oben I 2 b.

73 BGH, NJW 1961, 2207 unter 3 (für den Einspruch des prozeßunfähigen Revisionsklägers, der in 1. Instanz antragsgemäß verurteilt worden war); Kirberger, JuS 1976, 644; a. A. LG Paderborn, NJW 1975, 1748. Im vorliegenden Fall ist der Streit ohne Interesse, ob bei Fehlen der Prozeßfähigkeit des Beklagten ein echtes Versäumnisurteil zu seinen Gunsten zu ergehen hat (so z. B. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 330, 2 A b m. w. N. auch zur herrschenden Gegenansicht).

derjenige Rechtsbehelf zulässig, der sich aus der Fassung der angefochtenen Entscheidung ergibt⁷⁴, hier also der Einspruch. Daneben könnte nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auch Berufung eingelegt werden⁷⁵. Dazu ist auch der Prozeßunfähige berechtigt⁷⁶. Entschiede man im Einspruchsverfahren umgekehrt, so würde das geschilderte Prinzip gerade im Fall des besonders schutzbedürftigen Prozeßunfähigen durchbrochen^{77, 78}.

2. a) Bei rechtskräftigen Titeln, die dem Prozeßunfähigen eine Leistungspflicht auferlegen, vorwiegend also bei Urteilen und Beschlüssen, bleibt nur die Nichtigkeitsklage⁷⁹. Die Erinnerung nach § 732 ZPO ermöglicht keine Einwendungen gegen den Titel als solchen, soweit dieser nicht nichtig ist⁸⁰. Das ist bei Urteilen nur wegen der fehlenden Prozeßfähigkeit einer Partei in aller Regel nicht der Fall⁸¹. Auch eine Vollstreckungsgegenklage verspricht wenig Aussicht auf Erfolg. § 767 Abs. 2 ZPO schneidet dem Prozeßunfähigen die Berufung ab, er sei während des Ausgangsverfahrens nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen. Ist die Prozeßunfähigkeit erst nach Ende der mündlichen Verhandlung eingetreten, hindert dies nach h. M. die Vollstreckung aus dem Titel ohnehin nicht⁸².

Es bleibt der Weg der Nichtigkeitsklage gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, soweit im Ausgangsverfahren die Prozeßunfähigkeit nicht ausdrücklich gerügt worden ist⁸³. Bei diesem Rechtsbehelf ist der Prozeßunfähige in der Lage, seine

74 RGZ 110, 135, 138; BGHZ 17, 149, 152; 40, 265, 267; 72, 182, 187 f.; 73, 87, 89; BGH, LM Nr. 23 zu § 91 a ZPO; Nr. 13 zu § 511 ZPO; VersR 1981, 548, 549; KG, NJW 1967, 1865, 1866; *Stein/Jonas/Grunsky*, Einl. vor § 511, 24; *Zöllner/Schneider*, vor § 511 IV 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 511, 4 B c; *Thomas/Putzo*, vor § 511 II 2 b, aa; *Rosenberg/Schwab*, § 136 II 2 a.

75 BGHZ 72, 182, 190; 73, 87, 89; BGH, FamRZ 1978, 330, 331; ZZZ 92 (1979), 362, 363 f.; OLG Oldenburg, FamRZ 1981, 185 f.; OLG Stuttgart, DAVorm. 1978, 217, 218; *Stein/Jonas/Grunsky*, Einl. vor § 511, 26 m. w. N. in Fn. 36; *Zöllner/Schneider*, vor § 511 IV 1; *Thomas/Putzo*, vor § 511 II 2 b, bb; *Rosenberg/Schwab*, § 136 II 2 a; *Schlosser*, Rdnr. 378; *Gottwald*, ZZZ 92 (1979), 364.

76 Vgl. dazu oben I 2 b.

77 Diese Schutzbedürftigkeit wird vom LG Paderborn, NJW 1975, 1748 gänzlich mißachtet.

78 Das gilt auch, wenn das nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz zulässigerweise angerufene Gericht an das sachlich zuständige Gericht abzugeben hat (vgl. z. B. BGHZ 72, 180, 191; BGH, FamRZ 1978, 330, 331; OLG Oldenburg, FamRZ 1981, 185 f.). Das hätte allenfalls zur Folge, daß das Gericht 1. Instanz an das Berufungsgericht verweisen müßte.

79 Trotz des Wortlauts des § 579 ZPO findet die Wiederaufnahme des Verfahrens auch bei Beschlüssen statt, soweit sie auf einer Sachprüfung beruhen (vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 578, 2 D).

80 Vgl. die Nachweise in Fn. 57.

81 *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 6.

82 Vgl. die Nachweise in Fn. 33.

83 Vgl. zu diesem Fall unten III 2 a a. E.

Belange auch ohne den gesetzlichen Vertreter wahrzunehmen⁸⁴. Dieses Ergebnis wird schon dadurch nahegelegt, daß § 579 Abs. 2 ZPO die Wahl zwischen Berufung/Revision und der Nichtigkeitsklage gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO offenläßt⁸⁵. Damit verträge es sich schlecht, wenn der Prozeßunfähige entgegen den Grundsätzen des Rechtsmittelverfahrens⁸⁶ im Wiederaufnahmeverfahren nicht ohne gesetzlichen Vertreter soll handeln können.

Eine solche Erweiterung scheint es freilich dem Prozeßunfähigen zu ermöglichen, stets von neuem die Nichtigkeitsklage zu erheben, wenn die vorangegangene abgewiesen wurde, weil er im Ausgangsverfahren prozeßfähig gewesen sei und § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO daher die Durchbrechung der Rechtskraft nicht ermögliche. Diese Entscheidung⁸⁷ vermag den Prozeßunfähigen auf den ersten Blick nicht daran zu hindern, das Ausgangsverfahren erneut aufzurollen. Denn § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO läßt es zu, auch die Rechtskraft einer Nichtigkeitsklage zu durchbrechen⁸⁸.

Das Argument verliert an Relevanz, wenn auch im Rechtsstreit nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO Zweifel an der Prozeßfähigkeit für die Zeit des Ausgangsverfahrens dazu führen, den Kläger als in dieser Phase prozeßunfähig anzusehen. Diese für den laufenden Streit anerkannte Beweislastverteilung⁸⁹ muß auch für die Frage gelten, ob der Kläger in der vorangegangenen Auseinandersetzung ordnungsgemäß vertreten war⁹⁰. Die Wahlmöglichkeit des § 579 Abs. 2 ZPO wäre sonst zumindest faktisch beeinträchtigt.

Gänzlich seine Durchschlagskraft verlore der Einwand, die hier vertretene Ansicht ermögliche eine nicht mehr endende Kette von Nichtigkeitsklagen

84 *Stein/Jonas/Grunsky*, § 579, 6; *Behre*, Der Streitgegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens, 1968, 56 ff.; *Grundmann* (Fn. 21), 58; ebenso schon *Schoetensack*, Festschrift für Burckhard, 1910, 270; a. A. (ohne Erörterung des Problems), z. B. *Wieczorek*, § 578 B I b 5.

85 BGHZ 84, 24, 27; *Zöller/Scherübl*, § 579 III 3; *Thomas/Putzo*, § 579, 3.

86 Vgl. oben I 2 b.

87 Nach h. M. wäre die Nichtigkeitsklage als unbegründet abzuweisen, wenn die mangelnde Prozeßfähigkeit für die Zeit des Ausgangsverfahrens nicht dargetan werden kann (vgl. z. B. *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 578, 25), nach abweichender Ansicht ist sie unzulässig (*Wieczorek*, § 578 B II c).

88 *Stein/Jonas/Grunsky*, § 591, 1.

89 Vgl. z. B. BGHZ 18, 184, 188 ff.; BGHZ 86, 184, 189 = BGH, NJW 1983, 996, 997 = WM 1983, 347, 349; BGH, NJW 1962, 1510; BAG, NJW 1958, 1699, 1700; *Zöller/Vollkommer*, § 56 II 4; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 56, 1 B; a. A. vor allem *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 9.

90 Die h. M. geht (wohl) davon aus, daß die Nichtigkeitsgründe vom Nichtigkeitskläger zu beweisen sind (vgl. z. B. *Zöller/Schneider*, § 579 II 4 c; *Thomas/Putzo*, § 579, 4; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 579, 5 A unter Berufung auf OLG Hamburg, FamRZ 1981, 960, 962; OLG Stuttgart, FamRZ 1980, 379. In beiden Entscheidungen ging es jedoch nicht um die Beweislastverteilung). Wie hier – wenn auch vom Standpunkt der Gegenmeinung aus, was die Folgen eines non liquet betrifft – *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, 122 f.

durch den Prozeßunfähigen, wenn man mit der früher h. M. die Wiederaufnahme versagte, soweit die Vorinstanz die Prozeßfähigkeit untersucht und – auch zu Unrecht – bejaht hat⁹¹. Es bedeutet dieser Ansicht zufolge keine sinnvolle Verstärkung des Rechtsschutzes, wenn sich das Gericht nach ausdrücklicher Prüfung wiederum⁹² mit der Frage zu befassen hätte⁹³. Darüber hinaus käme man nie zu einer endgültigen Entscheidung: Das im Wiederaufnahmeverfahren erlassene Urteil könne stets von neuem mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden⁹⁴.

Dem hat der BGH widersprochen, und das grundsätzlich zu Recht. Es kann den Rechtsbehelf des § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO aushöhlen, wenn die nunmehr prozeßfähig gewordene Partei oder der gesetzliche Vertreter am Ergebnis des Vorprozesses festgehalten wird, obwohl sich der Prozeßunfähige im Ausgangsverfahren möglicherweise nicht hinreichend artikulieren konnte. Rechtliches Gehör wird zudem nur dadurch gewährt, daß (auch) der gesetzliche Vertreter zu Wort kommt⁹⁵. Damit ist aber auch die Grenze markiert. Die vom BGH genannten Gründe sind nicht einschlägig, wenn die Prozeßunfähigkeit andauert und kein gesetzlicher Vertreter bestellt ist. Denn dem Prozeßunfähigen selbst war im vorangegangenen Verfahren bereits Gelegenheit gegeben, seine Argumente vorzubringen; *ihm* ist dadurch hinreichend das rechtliche Gehör gewährt worden⁹⁶.

Dogmatisch beruht das Ergebnis auf der Bindung des *Prozeßunfähigen* an die Rechtskraft derjenigen Entscheidungen, bei deren Erlaß er als prozeßfähig behandelt wird. Die gleiche Wertung findet man beim Zulassungstreit. Ist die Klage ohne weitere Anfechtungsmöglichkeit als unzulässig abgewiesen, so

91 *Stein/Jonas/Grunsky*, § 579, 2; *Wieczorek*, § 579 A II; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 6, § 161 I 3; *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren, 1963, § 8 III 4; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1952, § 129 III 2; *Schellhammer*, Zivilprozeßrecht, 1982, Rdnr. 895; *Leipold*, ZZP 81 (1968), 70 f.; wohl auch *Schlosser*, ZZP 79 (1966), 191 f.; ebenso für die Frage der Parteifähigkeit BGH, JZ 1959, 127; *Rosenberg/Schwab*, § 43 IV 6; *Jauernig*, Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, 174 m. w. N.; ebenso für die Frage der vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts BSG, MDR 1965, 518.

92 Nach § 584 ZPO sind die im vorangegangenen Verfahren zuletzt befachten Gerichte zuständig (vgl. z. B. BGH, WM 1980, 1350, 1351).

93 *Leipold*, ZZP 81 (1968), 71.

94 *Stein/Jonas/Grunsky*, § 579, 2.

95 BGHZ 84, 24, 26 ff.; zustimmend *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 579, 5 A; *Schlosser*, Rdnr. 399; ablehnend *Jauernig*, § 20 IV 2 e.

96 Soweit später keine neuen Umstände zutage treten, ist dem Recht auf rechtliches Gehör Rechnung getragen, wenn der Betroffene sich bis zur Entscheidung äußern konnte (vgl. Bonner Komm./*Rüping*, Art. 103 Abs. 1, 36; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 1, 39, jeweils m. w. N.). Das gilt auch, wenn der nach wie vor Prozeßunfähige behauptet, zwar noch prozeßfähig, aber nunmehr zur Wahrung seiner Interessen besser gewappnet zu sein.

kann der Prozeßunfähige selbst auch mit Hinweis auf § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO das Verfahren nicht erneut aufrollen⁹⁷. Das ist anders, wenn die Partei inzwischen prozeßfähig geworden oder ordnungsgemäß vertreten ist.

Auch teleologisch ist das Ergebnis gerechtfertigt. Wenngleich die Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu prüfen ist, so soll der Prozeßunfähige doch Gelegenheit erhalten, das Gericht höherer Instanz auf eine seiner Meinung nach falsche Einschätzung hinweisen zu können; für das Rechtsmittelverfahren wird er in dieser Hinsicht als prozeßfähig behandelt. Ihm eine solche Gelegenheit während eines Instanzenzuges zu gewähren, genügt. Für ein erneutes Vorbringen der Argumente des Prozeßunfähigen gegenüber einem Gericht, dem diese Sicht schon vorgetragen wurde, besteht kein schutzwürdiges Bedürfnis. Insofern verbleibt es bei der früher h. M.⁹⁸. Weitergehenden Schutz gewährt die vom (nunmehr) Prozeßfähigen oder vom gesetzlichen Vertreter angestrebte Nichtigkeitsklage; diese ermöglicht eine der endgültigen Rechtskraft fähige Entscheidung.

Daraus ergibt sich auch eine Modifikation der bisher gestellten Anforderungen. Entscheidend ist nicht, daß das Gericht die Prozeßfähigkeit ausdrücklich geprüft hat, soweit darüber keine rechtskraftfähige Entscheidung – etwa durch ein Zwischenurteil – erging. Eine solche Prüfung wäre aus den Urteilsgründen oft nicht mit hinreichender Sicherheit abzulesen⁹⁹. Den Ausschlag gibt grundsätzlich, ob der Prozeßunfähige selbst seine fehlende Prozeßfähigkeit gerügt hat. Geschah dies bereits im Rechtsmittelverfahren, so ist *ihm* nach den geschilderten Grundsätzen die Nichtigkeitsklage versperrt. Hat er die Rüge aber im Ausgangsverfahren nicht vorgebracht, ist dies in *einem* Wiederaufnahmeverfahren möglich. Dort bedarf es des ausdrücklichen Hinweises, da die Klage sonst nicht zulässig ist¹⁰⁰. Jedenfalls nach Abweisung der (ersten) Nichtigkeitsklage ist dem Prozeßunfähigen eine erneute Anrufung des Gerichts wegen der Bindung an die vorangegangenen Entscheidungen verwehrt. Daß es vorher zu einer unterschiedlichen Zahl von Verfahren kommen kann, je nachdem, ob der Prozeßunfähige im Rechtsmittelzug auf seine mangelnde Prozeßfähigkeit hingewiesen hat oder nicht, liegt an der Wahlmöglichkeit, die § 579 Abs. 2 ZPO eröffnet.

b) Dagegen wird es in der Regel bereits am Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn der weiterhin prozeßunfähige Kläger die Wiederaufnahme mit dem Ziel

97 Vgl. *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 2, der ohne weiteres von der Rechtskraft des Urteils ausgeht und auf die Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verweist. Das ist bei Prozeßurteilen nicht nötig, wenn sich die Umstände, die zur Verneinung der Prozeßfähigkeit geführt hatten, geändert haben (vgl. z. B. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 322, 4 unter »Prozeßurteil«).

98 Vgl. die Nachweise in Fn. 91.

99 BGHZ 84, 24, 28.

100 Vgl. statt aller *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 578, 23.

betreibt, die Klage möge als unzulässig anstatt als unbegründet abgewiesen werden. Eine Verurteilung des Beklagten kann er nämlich ohnehin nur mit Hilfe des gesetzlichen Vertreters erreichen. Dessen Klage hindert die Rechtskraft der Ausgangsentscheidung wegen § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht. Dem Prozeßunfähigen selbst die Möglichkeit einzuräumen, statt des abweisenden Sach- ein Prozeßurteil zu erzielen, besteht kein schützenswertes Bedürfnis¹⁰¹.

3. Bei Titeln, die der Rechtskraft nicht fähig sind und bei denen daher die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO nicht eingreift¹⁰², stehen mehrere Rechtsbehelfe zu Gebote. Exemplarisch ist das an gerichtlich protokollierten Vergleichen bereits dargestellt worden; ähnliches gilt auch bei Urkunden, in denen sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

a) Der Prozeßunfähige kann Erinnerung gemäß § 732 ZPO gegen die Klauselerteilung einlegen. Für diesen Rechtsbehelf ist er als prozeßfähig anzusehen¹⁰³. Wie beim gerichtlich protokollierten Vergleich wird auf Erinnerung auch der Titel aus der notariellen Urkunde überprüft, soweit sich die Nichtigkeitsgründe auch prozessual auswirken¹⁰⁴. Die Unterwerfung ist eine Prozeßhandlung¹⁰⁵, fehlende Prozeßfähigkeit führt daher zur Unwirksamkeit des Titels¹⁰⁶, was auch im Verfahren nach § 732 ZPO gerügt werden kann¹⁰⁷.

101 Insofern ist die Situation anders als bei Berufung und Revision. Ist das Verfahren schon anhängig, so soll das falsche Urteil verhindert werden, zumal da die fehlende Prozeßfähigkeit in diesem Stadium leichter dargetan werden kann. Ist der Ausgangsprozess dagegen rechtskräftig abgeschlossen, so bedeutet es einen Umweg, das sachliche Ziel in zwei Klagen anzustreben – vor allem weil ein Prozeßurteil keinen Vorteil bringt. Insofern ist die Lage anders als bei Prozeßunfähigkeit des Beklagten, gegen den dennoch ein Titel erlassen wurde. Eine Ausnahme kann nur gelten, wenn einer raschen Bestellung des gesetzlichen Vertreters Schwierigkeiten im Weg stehen und Eile geboten ist, etwa weil Beweisprobleme drohen.

102 § 767 Abs. 2 ZPO soll die Rechtskraft der Ausgangsentscheidung sichern; vgl. z. B. BGH, NJW 1953, 345; 1977, 583, 584; BAG, DB 1980, 358, 359; OLG Hamm, NJW 1976, 246, 247; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 795, 13 mit Fn. 31 und 32; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 795, 2 G.

103 Vgl. oben II 3.

104 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 87; § 797, 18.

105 RGZ 146, 308, 312; BGH, WM 1981, 189 f.; BayObLG, NJW 1971, 514, 515; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797, 14 mit Fn. 42, 18 mit Fn. 49; § 794, 92; *Zöller/Scherübl*, § 794 VI 3 a; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 794, 10 C a; *Thomas/Putzo*, § 794 VI 1 c; ausführlich *Werner*, DNotZ 1969, 716 ff.; im Ergebnis auch *Wieczorek*, § 794 H V b (auch eine Prozeßhandlung); offengelassen von *Wolfsteiner*, NJW 1971, 1140; *ders.* (Fn. 69) bejaht in § 8.3 zwar das Vorliegen einer Prozeßhandlung, entwickelt jedoch modifizierte Regeln, was die Voraussetzungen angeht.

106 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 92; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 794, 10 C b; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. Aufl. 1983, § 3 II; a. A. *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 12.4; dagegen *Stein/Jonas/Münzberg*, a.a.O., Fn. 372; Geschäfts- und Prozeßfähigkeit fordert *Wieczorek*, § 794 H V. Der Streit dreht sich im Ergebnis weniger um die Frage, ob die Unterwerfung Prozeßhandlung oder rechtsgeschäftliche Erklärung ist, sondern darum, ob zur Beurteilung der Prozeßfä-

b) Daneben kann der Prozeßunfähige auch gegen den Titel selbst vorgehen. Der naheliegende Einwand, konsequent weitergedacht hieße das, Klagen von Prozeßunfähigen gegen jede Art von Verträgen zuzulassen, bei denen sie als nicht ordnungsgemäß vertretene Geschäftsunfähige oder vermindert Geschäftsfähige beteiligt gewesen seien, erweist sich als wenig überzeugend. Schon der Anspruch im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hat keinen materiellen, sondern nur prozessualen Gehalt¹⁰⁸, bezeichnet also nur den Vollstreckungsgegenstand¹⁰⁹. Die Unterwerfung selbst ist eine Prozeßhandlung¹¹⁰. Es handelt sich somit – und darin liegt die Besonderheit – um die Schaffung eines Titels im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹¹¹. Damit aber ist die Situation abgehoben vom Vertragsschluß unter Beteiligung eines nicht voll Geschäftsfähigen, bei dem sich dieser nicht der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterwirft.

Als Rechtsbehelf kommt in erster Linie die Vollstreckungsgegenklage in Betracht. Mit ihr kann gerügt werden, der Titel sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen, da der Schuldner bei der Unterwerfung nicht prozeßfähig gewesen sei. Diese Einwendung ist nicht präkludiert; nach § 797 Abs. 4 ZPO findet § 767 Abs. 2 ZPO keine Anwendung.

Problematisch ist dabei, ob nicht die Erinnerung nach § 732 ZPO Vorrang genießt. So steht denn auch die h. M. auf dem Standpunkt, die Klage nach § 767 ZPO setze einen vollstreckbaren Titel voraus; fehle es daran, scheidet die Möglichkeit aus¹¹². An diesem Ansatz leuchtet schon nicht ein, warum der vor-

higkeit die Vorschriften des BGB herangezogen werden können. Kontrovers beurteilt wird dabei insbesondere, ob beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt, wenn die Unterwerfung nachträglich genehmigt wird (vgl. *Wolfsteiner* [Fn. 69], § 12.5 m. w. N.). Das heißt aber nicht, daß die Unterwerfung keine Prozeßhandlung wäre. Es gelten für diese Prozeßhandlung – wie generell im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. z. B. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 11. Aufl. 1979, § 13, 28 m. w. N.) – nicht die Vorschriften der ZPO, sondern die des BGB.

107 Vgl. oben II 3.

108 OLG Celle, DNotZ 1969, 102, 105; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794, 82; *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 21.2 und 3; *Werner*, DNotZ 1969, 718; vgl. auch BGHZ 1, 181, 187 (»rein formale Rechtsstellung«).

109 *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 14.1.

110 Vgl. die Nachweise in Fn. 105.

111 *Wieczorek*, § 794 H; *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 8.3.

112 So z. B. BGHZ 15, 190, 191; 22, 54, 56, 64; BGH, WM 1971, 165, 166; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767, 11 mit Fn. 41; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 767, I A b; dem Grundsatz nach auch BGHZ 55, 255, 256; das Rechtsschutzbedürfnis verneinen OLG Nürnberg, NJW 1957, 1286, 1287 und OLG Düsseldorf, OLGZ 1978, 248, 249, das aber eine negative Feststellungsklage zulassen will; a. A. *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 59.5; *Baur*, Fälle und Lösungen, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 4. Aufl. 1980, 116 Fn. 2; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 732, 3 und *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 732, I B a lassen bei nichtigen Titeln die Rechtsbehelfe nach § 767 ZPO und § 732 ZPO parallel zu.

gebliche Schuldner nicht auch gegen den Schein eines Titels, sondern nur gegen die Klausel soll vorgehen können¹¹³. Immerhin kann im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage der Streitgegenstand auf den Fortbestand des verbrieften Anspruchs ausgedehnt werden¹¹⁴, soweit diese Frage nicht ohnehin bereits als rechtshängig angesehen wird¹¹⁵. Verwirrend ist auch die unterschiedliche Zuständigkeit, die dazu führen kann, daß das Gericht die Vollstreckungsgegenklage als unzulässig abweist, weil kein wirksamer Titel vorliege, sich das bei der Erinnerung angerufene Gericht dieser Einschätzung aber nicht anschließt¹¹⁶. Schließlich erscheint es als wenig gereimt, die Klage nach § 767 ZPO zuzulassen, soweit es nur um Einwendungen gegen den Anspruch als solchen geht, der Titel aber nicht nichtig ist, bei Unwirksamkeit des Titels aber § 732 ZPO für vorrangig zu erachten¹¹⁷. So ist es denn auch weitgehend anerkannt, daß die Vollstreckungsabwehrklage gegen eine notarielle Urkunde zulässig ist, wenn nicht nur ein wirksamer Titel fehlt, sondern auch das materiellrechtliche Geschäft nichtig ist¹¹⁸. Eine solche Fehleridentität wird aber durch die Prozeßunfähigkeit des Schuldners begründet¹¹⁹.

Den Rechtsbehelf des § 767 ZPO zu ergreifen, ist auch der Prozeßunfähige befugt. Dem mag man entgegenhalten, damit werde trotz des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung ein nicht auf prozessuale Fragen beschränkter Streit zugelassen¹²⁰. Relevant wird dies nur, wenn das Gericht den Kläger für die Zeit der Ausfertigung der Urkunde als prozeßfähig ansieht¹²¹; sonst ist die Vollstreckungsgegenklage begründet, ohne daß es weiterer Untersuchungen bedarf. Aber auch für diesen Fall bietet sich an, die Grundsätze heranzuziehen, die bei

113 Vgl. auch Fn. 61.

114 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767, 6.

115 Z. B. *Blomeyer* (Fn. 69), § 33 VII 1; a. A. aber z. B. BGH, WM 1978, 439.

116 *Baur* (Fn. 112), 116 Fn. 2; *Wolfsteiner* (Fn. 69), § 59.5.

117 Bei nichtigen Urteilen wird der Vorrang des § 732 ZPO – soweit ersichtlich – nirgends postuliert, z. T. die Vollstreckungsgegenklage ausdrücklich zugelassen (vgl. z. B. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, vor § 300, 3 C a. E.; s. a. Fn. 112 a. E.).

118 *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797, 18 Fn. 49; *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983, § 14 IV 3 a; *Werner*, DNotZ 1969, 721 f.; so im Ergebnis auch BGHZ 86, 184, 190 = BGH, NJW 1983, 696, 697 = WM 1983, 347, 349, freilich ohne das Problem zu erörtern.

119 Das gilt jedenfalls, wenn man die für die Unterwerfung nötige Prozeßfähigkeit nach den Normen des BGB bestimmt (vgl. dazu Fn. 106).

120 *Bebre* (Fn. 84), 58 f., der deswegen die Vollstreckungsgegenklage als unzulässig erachtet, freilich dabei in erster Linie die Klage gegen einen gerichtlichen Titel im Auge haben dürfte. Dort ist diese allerdings unzulässig – wenn auch aus anderen Gründen (vgl. oben III 2 a).

121 Bei der Vollstreckungsgegenklage trifft die Beweislast den Kläger (BGH, NJW 1981, 2756 m. w. N.). Es scheint aber fraglich, ob auch für die Frage der Prozeßfähigkeit so zu entscheiden ist. Dagegen sprechen die Grundsätze bei der Nichtigkeitsklage (vgl. oben III 2 a).

der Einlegung von Rechtsmitteln und der Erhebung der Nichtigkeitsklage durch Prozeßunfähige gelten. Dort wird nur geprüft, ob Prozeßunfähigkeit auch schon in der Vorinstanz bzw. im vorangegangenen Verfahren vorlag. Ist das zu verneinen, so ist keineswegs Raum für weitere Untersuchungen eröffnet. Denn der Prozeß vor dem Rechtsmittelgericht ist unterbrochen¹²², die Nichtigkeitsklage muß abgewiesen werden¹²³. Ihren Grund findet die Beschränkung darin, daß wie in den sonstigen Fällen der Rechtsmitteleinlegung durch Prozeßunfähige die nicht ordnungsgemäße Vertretung während des Erlasses des Titels gerügt und geprüft werden kann – aber eben nur diese. Die Fiktion der Prozeßfähigkeit reicht nur so weit, wie sie zur Prüfung nötig ist, ob gerade wegen des Fehlens der Prozeßfähigkeit der Titel nicht hätte ausgefertigt werden dürfen.

c) All diese Rechtsbehelfe – die Erinnerung nach § 732 ZPO, der Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens nach Abschluß eines Vergleichs sowie die Vollstreckungsgegenklage – sind zulässig, ohne daß der Prozeßunfähige ausdrücklich rügen müßte, er sei bei Erstellung des Titels nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen. Beim Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens ist das ohne weiteres einsichtig: Es wird der alte Rechtsstreit wieder aufgenommen. Daher gilt auch § 56 Abs. 1 ZPO, der die Prüfung der Prozeßfähigkeit von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens vorschreibt. Dies entspricht der Situation, daß der Prozeßunfähige ein Rechtsmittel eingelegt hat, um den gegen ihn ergangenen Titel zu Fall zu bringen. Auch dort ist eine ausdrückliche Rüge der fehlenden Vertretung nicht Voraussetzung¹²⁴.

Ungeachtet ihrer genauen Qualifikation gibt es keinen Grund, andere Rechtsbehelfe abweichend zu behandeln. Mag auch die Vollstreckungsgegenklage als rein prozessuale Gestaltungsklage anzusehen sein¹²⁵, funktionell entspricht sie bei Titeln nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO einem Rechtsmittel. Insbesondere können alle Einwendungen gegen den Anspruch selbst vorgebracht werden, ohne daß Präklusionsvorschriften entgegenstehen¹²⁶. Daß dies ein

122 Vgl. § 241 ZPO und z. B. *Zöller/Vollkommer*, § 56 II 5 a.

123 Vgl. dazu oben I 2 b vor (1).

124 BGH, NJW 1969, 1574; 1970, 1683; BAG, AP Nr. 5 zu § 56 ZPO; DB 1974, 1244; OLG Koblenz, NJW 1977, 55, 56; *Stein/Jonas/Leipold*, § 56, 4; *Zöller/Vollkommer*, § 56 II 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 56, 1 A; *Rosenberg/Schwab*, § 44 IV 3 m. w. N.; ebenso BGHZ 31, 279, 283 für die Frage der Prozeßführungsbefugnis.

125 BGHZ 22, 54, 56 m. w. N. zur älteren Rechtsprechung; BGH, WM 1978, 439; GRUR 1982, 483, 484; OLG Karlsruhe, OLGZ 1976, 333, 335; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 767, 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 767, 1 A a; *Thomas/Putzo*, § 767, 1; *Henckel*, AcP 174 (1974), 109; *Braun*, ZZP 89 (1976), 96; a. a. z. B. *Blomeyer* (Fn. 69), § 33 VII 1.

126 Eine Ausnahme mag § 767 Abs. 3 ZPO bilden; vgl. dazu statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 797, 2 B m. w. N.

neues Verfahren erfordert und nicht die Fortsetzung des alten möglich ist, hat seine einsichtigen Gründe. Diese sind jedoch keine Rechtfertigung dafür, bei der Prüfung der Prozeßfähigkeit für die Zeit des Ausgangsverfahrens andere Regeln anzuwenden¹²⁷. Vielmehr sind die Argumente, derentwegen die Prüfung von Amts wegen vorgeschrieben ist¹²⁸, auch einschlägig, wenn ein Titel und seine Vollstreckbarkeit nicht mit einem Rechtsmittel, sondern mit einem Rechtsbehelf angegriffen wird. Schließlich sind Rechtsmittel und Rechtsbehelfe z. T. parallel zulässig¹²⁹, es wäre kaum verständlich, wie sich damit ein Unterschied bei der Prüfung der Prozeßfähigkeit während des vorausgegangenen Verfahrens vereinbaren ließe¹³⁰. Es schadet daher nicht, daß die Klägerin im hier besprochenen Fall bei Einreichung der Vollstreckungsgegenklage ihre fehlende Prozeßfähigkeit zur Zeit der Unterwerfungserklärung nicht ausdrücklich gerügt hat.

4. Weder dem BGH noch dem KG kann somit zugestimmt werden. Das Ausgangsverfahren hätte auf jeden Fall fortgesetzt werden müssen. Da die Klägerin bereits bei Ausfertigung der notariellen Urkunde prozeßunfähig war, hätte die Vollstreckungsgegenklage wegen dieser fehlenden Prozeßfähigkeit Erfolg haben müssen.

IV. Zusammenfassung

1. Rechtsmittel einzulegen, ist der Prozeßunfähige auch ohne Einschaltung seines gesetzlichen Vertreters nicht nur im Zulassungsstreit befugt, sondern auch dann, wenn ein Urteil aufgehoben werden soll, das unrichtig ist, weil der Mangel der Prozeßfähigkeit nicht beachtet wurde. Der Fehler ist im Rechtsmittelverfahren zu korrigieren. Ausnahmen können sich ergeben, wenn die Beschwerde fehlt, das Verbot der reformatio in peius entgegensteht oder der Rechtskreis des Rechtsmittelführers nicht betroffen ist.

2. Diese Grundsätze gelten darüber hinaus für alle Rechtsbehelfe, durch die der Prozeßunfähige sowohl die Vollstreckung aus einem Titel verhindern als auch den Titel selbst beseitigen will, der wegen der fehlenden Prozeßfähigkeit so nicht hätte zustande kommen dürfen. Soweit der Titel der Rechtskraft fähig ist, kann der Prozeßunfähige die Nichtigkeitsklage erheben. Die Vollstreckung aus Titeln, die nicht der Rechtskraft fähig sind, kann mit der Erinnerung nach

127 Vgl. auch Fn. 121.

128 Vgl. dazu statt aller *Rimmelspacher* (Fn. 36), 145 ff.

129 Wie die Erinnerung nach § 732 ZPO und die Berufung bei einem nichtigen Urteil (vgl. dazu z. B. Fn. 60).

130 Es ist also zu unterscheiden zwischen der Frage, ob der Prozeßunfähige den Fehler der Ausgangsentscheidung ausdrücklich rügen muß – das ist zu verneinen, soweit nicht die Nichtigkeitsklage erhoben wird –, und dem Problem, daß der Prozeßunfähige an die Rechtskraft der Entscheidung gebunden ist, wenn er die Rüge erhoben hat (vgl. dazu oben III 2 a bei Fn. 99 und 100).

§ 732 ZPO verhindert werden. Darüber hinaus ist aber auch die Beseitigung des Titels bzw. seiner Vollstreckbarkeit selbst möglich. Bei gerichtlich protokollierten Vergleichen ist dies durch Antrag auf Fortsetzung des Ausgangsverfahrens in die Wege zu leiten, bei für vollstreckbar erklärten Urkunden kann sich der Prozeßunfähige mit der Vollstreckungsgegenklage wehren.