

76. Kann die Zustellung der Berufungsschrift, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Gegners nach der Zustellung des Urtheiles erster Instanz verstorben und ein Zustellungsbevollmächtigter nicht bestellt ist, mit Wirksamkeit an den Gegner selbst erfolgen, oder ist mit dem Tode des Anwaltes eine Unterbrechung des Verfahrens eingetreten?
C.P.D. §§. 164. 221. 226.

IV. Civilsenat. Ur. v. 8. Januar 1885 i. C. P. (Bekl.) w. P. (Kl.)
Rep. IV. 272/84.

- I. Landgericht Hagen.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Nach den Feststellungen des Berufungsrichters ist das Urtheil erster Instanz auf Betreiben des klägerischen Prozeßbevollmächtigten, Rechtsanwaltes W., am 16. April 1884, die Berufungsschrift des Beklagten hingegen, nachdem der genannte Anwalt am 6. Mai 1884 verstorben war, einem Schreiber desselben am 10. desselben Monats, und sodann nochmals dem Kläger selbst am 16. desselben Monats zugestellt. Der vom Justizrate F., als Bevollmächtigtem des Klägers, unterschriebene Gegenantrag vom 7. Juni 1884 ist am 9. desselben Monats dem Justizrate W., als Bevollmächtigtem des Beklagten für die Berufungsinstanz, zugestellt.

Daß die Zustellung vom 10. Mai 1884 als eine gehörige nicht angesehen werden kann, unterliegt keinem Zweifel.

Dagegen hat der Berufungsrichter der an den Kläger selbst erfolgten Zustellung der Berufungsschrift mit Unrecht die rechtliche Wirksamkeit aus dem Grunde ver sagt, weil mit dem Tode des Rechtsanwaltes W. eine Unterbrechung des Verfahrens eingetreten sei, welche erst am 9. Juni 1884 — dem Tage der Bekanntmachung der Bestellung eines anderen Anwaltes — ihre Endschafft erreicht habe.

Für die Zustellung der Schriftsätze, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt und somit eine neue Instanz des Prozesses eröffnet wird, hat die Civilprozeßordnung in §. 164 besondere Bestimmung getroffen. Danach hat die Zustellung der Berufungsschrift an den vom Gegner für die Berufungsinstanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, in dessen Ermangelung an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz, und, sofern auch weder ein solcher noch ein Zustellungsbevollmächtigter vorhanden ist, an den Gegner selbst zu erfolgen. Soweit ersichtlich ist, liegen die thatsächlichen Voraussetzungen des zuletzt gedachten Falles hier vor, da der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte des Klägers und Berufungsbeklagten nach der Zustellung des Urtheiles erster Instanz aber vor der Zustellung der Berufungsschrift verstorben war, von der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nach Lage der Sache offenbar nicht die Rede sein kann, und weder festgestellt noch auch nur von einer Seite behauptet ist, daß der Kläger schon vor Empfang der Berufungsschrift einen Bevollmächtigten für die zweite Instanz bestellt habe.

Auf den Grund des Nichtvorhandenseins eines Prozeßbevollmächtigten legt das Gesetz zufolge seines klaren Wortlautes kein Gewicht; es findet mithin auch dann Anwendung, wenn der vorhanden gewesene Prozeßbevollmächtigte vor der Zustellung der Berufungsschrift verstorben war. Wenn gleichwohl das Berufungsgericht zu der vorerwähnten abweichenden Annahme gelangt ist, so beruht diese auf unzutreffender Auffassung der §§. 221. 226 C.P.O. Denn von einer Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod oder die Unfähigkeit eines Anwaltes und den im §. 226 a. a. O. gedachten Sistierungswirkungen einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn das Verfahren derjenigen Instanz, für welche der Anwalt bestellt war, noch nicht zum Abschlusse gelangt ist, vielmehr in derselben noch Prozeßhandlungen vorzunehmen waren, welche die Mitwirkung jenes Anwaltes erheischten. Mit der ordnungsmäßigen Zustellung des Urtheiles hatte aber das Verfahren der ersten Instanz, soweit es sich um die Abgrenzung desselben von dem

Verfahren der höheren Instanz handelt, da keiner der im §. 163 a. a. O. vorgesehenen Fälle hier in Frage steht, seine Endschafft erreicht, und nach der positiven Vorschrift des §. 164 a. a. O. bedurfte es für die Eröffnung der Berufungsinstanz auf seiten des Berufungsbeklagten nicht der Mitwirkung eines Anwaltes. Es wäre nicht abzusehen, mit welchem Rechte trotzdem an den Berufungsbeklagten das Verlangen hätte gerichtet werden können, einen neuen Anwalt für die beendigte erste Instanz bloß zu dem Zwecke zu bestellen, um dem Gegner die ohnehin zulässige Beschreitung der zweiten Instanz zu ermöglichen; eine wirksame Aufforderung zur Bestellung eines Anwaltes für die letztere würde aber nicht vor Eröffnung derselben durch gesetzliche Zustellung der Berufungsschrift an den Berufungsbeklagten haben ergehen können und auch dadurch ausgeschlossen gewesen sein, daß es sich um die Unterbrechung des Verfahrens in der Berufungsinstanz vorliegend keinesfalls handelte. Hiernach unterliegt es keinem begründeten Bedenken, daß die §§. 221. 226 a. a. O. auf den in Frage stehenden Fall, in welchem es sich nur um die Einlegung eines Rechtsmittels vonseiten des Gegners handelt, mit Unrecht angewendet sind, daß die Entscheidung desselben vielmehr lediglich aus §. 164 a. a. O. zu entnehmen war.

Vgl. Urth. des V. Civilf. des R.G.'s vom 14. Mai 1884 i. S. F. w. die Aktiengesellschaft für Aquausführungen (Rep. V 461/83), abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 1130, und Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 10 S. 345 flg.

Nach der letztgedachten Vorschrift ist aber die am 16. Mai 1884 an den Kläger selbst erfolgte Zustellung der Berufungsschrift als eine gesetzliche, und demgemäß die Berufung gegen das am 16. April desselben Jahres zugestellte Urteil erster Instanz nach §. 477 Abs. 1 a. a. O. als rechtzeitig eingelegt anzusehen."