

42. Tritt Unterbrechung des Verfahrens ein, wenn nach Einlegung der Revision der Revisionsbeklagte, der in der Berufungsinstanz durch einen Anwalt vertreten war, stirbt, ohne einen Vertreter für die Revisionsinstanz bestellt zu haben?

Vereinigte Zivilsenate. Beschl. v. 13. Mai 1909 i. S. W. (Bekl.)
w. H. (Rl.). Rep. II. 651/08.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Die vorstehende Rechtsfrage, die zwischen dem I. Senate einerseits und dem II., IV. und V. Zivilsenate andererseits streitig geworden war, wurde von den Vereinigten Zivilsenaten im bejahenden Sinne entschieden.

Gründe:

„Durch den Tod einer Partei wird nach § 239 ZPO. das Verfahren unterbrochen. Hiervon macht § 246 ZPO. eine Ausnahme für den Fall, daß „eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand“. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Frage streitig geworden, was unter Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 246 ZPO. zu verstehen ist. Der V. Zivilsenat hat durch Beschluß vom 17. Mai 1899 (Entsch. in Zivilf. Bd. 44 S. 358) entschieden, unter einer Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 223 (jetzt 246) sei an eine für eine bestimmte Instanz bestellte Vertretung gedacht, so daß gemäß § 219 (239) ZPO. eine Unterbrechung des Verfahrens in einer höheren Instanz durch den Tod einer Partei stets, also auch bei Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz, dann eintrete, wenn die Partei in derjenigen Instanz, in der das Verfahren schwebt, nicht durch einen für diese Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten vertreten werde. Dieselbe Auffassung ist in einem Urteile des IV. Zivilsenats vom 28. März 1904 (Rep. IV. 364/03) vertreten. Im Gegensatz hierzu hat der I. Zivilsenat durch Urteil vom 8. April 1901 (Rep. I. 480/00) in einem Falle, wo nach Einlegung der Revision der Revisionsbeklagte gestorben war, ohne einen Prozeßbevollmächtigten für die Revisionsinstanz bestellt zu haben, den Eintritt der Unterbrechung des Verfahrens verneint, weil der Revisionsbeklagte durch die Prozeßbevollmächtigten der beiden unteren Instanzen mit Rücksicht auf die ihnen nach § 81 ZPO. zustehende Ermächtigung, den Prozeßbevollmächtigten für die Revisionsinstanz zu bestellen, im Sinne des § 246 vertreten gewesen sei. In einem gleich liegenden Falle hat auch der IV. Zivilsenat durch Beschluß vom 22. März 1906 (Rep. IV. 13/06) die Aussetzung des Verfahrens angeordnet. Bei diesem Widerstreite der Entscheidungen hat der II. Zivilsenat, der in einem Falle gleicher Art ein Gesuch um Aussetzung des Verfahrens im Gegensatz zum I. Zivilsenate wegen Unterbrechung des Verfahrens ablehnen zu müssen glaubte, gemäß § 137 GVG. die Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate über die streitige Rechtsfrage eingeholt.

Durch die Unterbrechung des Verfahrens, die im Falle des Todes einer Partei nach § 239 ZPO. eintritt, soll verhütet werden,

daß eine Partei der anderen unvertreten gegenüberstehe. Grund zu solcher Besorgnis liegt nicht vor, wenn eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist. Denn die Prozeßvollmacht erlischt nicht mit dem Tode des Vollmachtgebers und ermächtigt nach § 81 BPO. zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen mit der Wirkung, daß die Zustellungen nach Maßgabe der §§ 176 und 179 BPO. rechtswirksam nur an den Prozeßbevollmächtigten, nicht an die Partei selbst erfolgen können. Im Falle einer Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten betrachtet das Gesetz die Interessen aller Beteiligten dadurch als genügend gewahrt, daß es sowohl dem Bevollmächtigten der verstorbenen Partei, als auch dem Gegner unbeschränkt das Recht einräumt, die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen, und das Prozeßgericht dem Antrage stattgeben muß (§ 246 Abs. 1).

Die Meinung, daß eine Partei während der Unhängigkeit des Verfahrens in einer höheren Instanz schon durch das bloße Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten einer unteren Instanz im Sinne des § 246 Abs. 1 hinreichend vertreten sei, stützt sich hauptsächlich auf die §§ 81 und 248 BPO., wonach der Prozeßbevollmächtigte zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen ermächtigt ist und das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts, also von jedweden Prozeßbevollmächtigten, erklärt werden kann. Als praktischer Vorzug dieser Gesetzesauffassung wird angeführt, damit würden die Nachteile einer Unterbrechung des Verfahrens vermieden, die gemäß § 249 durch den sofortigen Stillstand des Verfahrens mit der Wirkung verursacht würden, daß die während und selbst in Unkenntnis der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen der anderen Partei gegenüber unwirksam seien.

Es kann jedoch nicht anerkannt werden, daß diese Auslegung dem § 246 entspricht und daß damit der Zweck des Gesetzes, den Interessen der verstorbenen Partei den erforderlichen Schutz angedeihen zu lassen, mit hinreichender Sicherheit erreicht wird. Zwar kann das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens auch von einem Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts erklärt werden. Allein dieser formellen Befugnis

ist entscheidende Bedeutung nicht beizumessen. Maßgebend ist vielmehr, daß die Frage, ob ein Gesuch um Aussetzung des Verfahrens angemessen ist, als eine von den Umständen des Falles abhängige Zweckmäßigkeitsfrage am besten von demjenigen Prozeßbevollmächtigten beurteilt werden kann, der die derzeitige Prozeßlage vollständig und klar zu übersehen vermag, d. h. dem Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz, in der das Verfahren anhängig ist. Er ist es auch, der durch den Tod der Partei vor eine neue Entschliebung gestellt wird, nämlich vor die Frage, ob er das Mandat für die ihm zurzeit nicht einmal bekannten Rechtsnachfolger seines Vollmachtgebers fortführen oder kündigen soll und ob er im Falle der Fortführung des Auftrages neuer Instruktion bedarf. Gerade mit Rücksicht auf dergleichen Umstände ist das Recht, die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen, dem Bevollmächtigten zugleich als ein eigenes Recht eingeräumt. Daher liegt es in der Natur der Sache, daß die Entschliebung, ob die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen ist, nicht nur am zweckmäßigsten dem Prozeßbevollmächtigten der betreffenden Instanz überlassen wird, sondern auch jedenfalls insoweit, als seine eigenen Interessen dabei in Betracht kommen, seinem Ermessen allein vorbehalten bleiben muß.

Wenn nun auch weiter zuzugeben ist, daß § 81 den Prozeßbevollmächtigten zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen ermächtigt, so darf doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß § 81 ihn hierzu bloß ermächtigt, aber nicht verpflichtet. Eine Verpflichtung hierzu besteht nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung nicht, da diese grundsätzlich die Beurteilung der inneren Seite des Vollmachtvertrages, das Rechtsverhältnis zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, dem materiellen Rechte überläßt. Eine solche Verpflichtung läßt sich daher nur aus besonderen Umständen nach dem bürgerlichen Rechte begründen (vgl. *Sahn*, *Materialien* S. 191). Hierzu kommt, daß der Prozeßbevollmächtigte der unteren Instanz zur Wahrung der Interessen der verstorbenen Partei vielfach, namentlich dann nicht in der Lage sein wird, wenn sein Verhältnis zu dem im Prozesse unterlegenen Vollmachtgeber ein gespanntes geworden und ihm das Schicksal der in der höheren Instanz anhängigen Sache unbekannt geblieben ist. Unter solchen Umständen kann eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten der

unteren Instanz nicht noch als hinreichend vertreten angesehen werden, mag auch die Vollmacht formell noch zu Recht bestehen. Ausschlaggebend ist in dieser Beziehung der § 244 ZPO. Hiernach tritt, wenn in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei, d. h. der Anwalt der betreffenden Instanz, stirbt oder zur Fortführung der Vertretung der Partei unfähig wird, eine Unterbrechung des Verfahrens unter allen Umständen ein, also unabhängig davon, ob sein Vollmachtgeber noch durch einen Prozeßbevollmächtigten einer unteren Instanz vertreten ist. Diese Bestimmung dient als sicherer Beweis dafür, daß das Gesetz während der Anhängigkeit des Verfahrens in einer höheren Instanz die Interessen der Partei durch das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten einer unteren Instanz nicht als genügend vertreten ansieht. Mangels eines Prozeßbevollmächtigten in derjenigen Instanz, in der das Verfahren anhängig ist, erweist sich somit die Unterbrechung des Verfahrens als das einzig wirkliche Schutzmittel der Interessen der verstorbenen Partei. Bloß an ihren Schutz, nicht an die mit der Unterbrechung des Verfahrens für die Gegenpartei verbundenen Nachteile ist in den §§ 239 und 246 gedacht.

Ebenso wenig läßt sich aus der Stellung des § 246 unter den allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren ein Beweisgrund für die Gegenmeinung herleiten. Der § 246 bezieht sich offenbar nicht auf eine einzelne bestimmte Instanz, sondern auf alle Instanzen und hat deshalb mit Recht seine Stellung unter den allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren. Hieraus folgt indes nichts für die Frage, was unter einer Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 246 zu verstehen ist. Auch der § 244 steht unter den allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren, und doch beschränkt sich seine Anwendbarkeit unverkennbar auf den Anwalt derjenigen Instanz, in der das Verfahren anhängig ist.

Der allgemeinen Bedeutung einer auf alle Instanzen anwendbaren Vorschrift entspricht die allgemeine Ausdrucksweise des § 246 Abs. 1 „eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten“, zumal § 84 die Vertretung durch mehrere Prozeßbevollmächtigte zuläßt. Die nähere Bestimmung, in welchem Sinne der allgemeine Wortlaut je nach Verschiedenheit der Instanz zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Grunde und Zwecke, sowie aus dem sonstigen Inhalte des Gesetzes,

seiner Entstehungsgeschichte und aus den allgemeinen Grundsätzen über das Verfahren.

Daß im § 246 Abs. 1 lediglich an die Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten der betreffenden Instanz gedacht ist, erhellt klar aus § 246 Abs. 2, wonach in den Fällen des Todes und der Nacherbfolge der die Ladung zur Aufnahme des Verfahrens enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen ist. Die hierin vorgeschriebene Zustellung der Ladung an den Bevollmächtigten wird in den Motiven zu § 215 des Entwurfs (§ 246 d. Gef.) damit begründet, daß erfahrungsmäßig in den meisten Fällen derselbe Prozeßbevollmächtigte beibehalten wird. Die Beibehaltung desselben Prozeßbevollmächtigten, die als die Regel gedacht ist, kann nur bezüglich des Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz in Frage kommen, in der das Verfahren anhängig ist. Nur seine Ladung, nicht die eines Prozeßbevollmächtigten einer unteren Instanz, kann überhaupt einen Zweck haben. Zudem bestimmt § 176 ausdrücklich, daß Zustellungen, die in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen.

Die hier vertretene Auslegung des § 246 wird bestätigt durch die weiteren Ausführungen der Motive zum § 215 des Entwurfs, welche lauten:

„Während in den Fällen der §§ 209, 211“ (jetzt §§ 239, 241 d. Gef.) „die Partei dem Gegner unvertreten und unverteidigt gegenüberstehen würde, falls keine Unterbrechung des Verfahrens eintrete, läßt sich dies nicht sagen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt war. Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben (§ 80). Der Bevollmächtigte bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits berechtigt und verpflichtet. Gleichwohl bleibt die Veränderung, welche in der Person einer Partei durch Tod usw. eintritt, ein folgenschweres Ereignis, selbst wenn nicht Handlungen in Frage stehen, die nur persönlich von dem Vollmachtgeber ausgerichtet werden können. Wie einerseits die Vorschrift des § 80“ (§ 86 d. Gef.) „nicht soweit gehen kann, den Bevollmächtigten ein für allemal zur Fortführung des Prozesses für verbunden zu erklären und ihm die Befugnis

zur Kündigung des Mandats zu entziehen, so muß dem Bevollmächtigten auch die Möglichkeit gewahrt bleiben, den Prozeß nicht eher fortzusetzen, als bis er die neue Vollmacht und die nötige Instruktion von dem ihm zurzeit vielleicht noch nicht einmal bekannten Rechtsnachfolger seines Mandanten erhalten hat. Ohne eine Unterbrechung ipso facto zu statuieren, hat der Entwurf deshalb die anzuordnende Aussetzung des Verfahrens auf den Antrag des Bevollmächtigten gestellt. Das Gericht ist verpflichtet, demselben stattzugeben.“

Nach einem Blicke auf andere Zivilprozeßgesetzgebungen wird dann noch weiter bemerkt:

„Es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Unterbrechung auch dann stattfinden soll, wenn der Bevollmächtigte zur Fortführung gewillt und gehörig informiert ist. Die Rücksicht auf den Gegner . . . erfordert nur so viel, daß, wie der Entwurf im Falle des Todes getan, ihm unabhängig von der Einwilligung des Bevollmächtigten das gleiche Recht eingeräumt wird, die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen.“

Sahn, Materialien zur Zivilprozeßordnung S. 249—251.

Diese Ausführungen der Motive, die in den späteren Stadien der Beratung keinen Widerspruch gefunden haben, finden ihre natürliche Erklärung einzig und allein in ihrer Beziehung auf den Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz, in der das Verfahren schwebt und noch fortgesetzt werden kann. Insbesondere gilt dies von den Ausdrücken: Fortführung des Prozesses, Kündigung des Mandats, Einholung einer neuen Vollmacht und der nötigen Instruktion.

Zu demselben Ergebnis führt der Zusammenhang zwischen den §§ 78 und 246 ZPO. Das Zivilprozeßverfahren ist auf der Abstufung des Rechtsstreits in verschiedene Instanzen und auf der Lokalisierung der Rechtsanwaltschaft aufgebaut. Dieser Gestaltung des Verfahrens entsprechend stellt der § 78 an der Spitze der Bestimmungen über Prozeßbevollmächtigte und Beistände den Grundsatz auf:

„Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).“

Mit diesem Grundsatz würde § 246 P.D. nicht im Einklange stehen, wenn er unter einer Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten unterschiedslos jeden Prozeßbevollmächtigten verstände, ohne Rücksicht darauf, ob dieser zur Vertretung bei dem Prozeßgerichte zugelassen wäre oder nicht. Für eine derartige Abweichung von dem Grundprinzipie des Verfahrens müßte ein bestimmter Grund erkennbar gemacht sein. Hieran fehlt es nicht bloß, vielmehr sprechen alle die angeführten Gründe und die Motive dagegen.“