

103. Gilt für die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, als Prozeßbevollmächtigter des Gegners für die höhere Instanz noch derselbe Anwalt, welcher Prozeßvollmacht für die gleiche Instanz hatte, als darin über den Grund des Ausspruches rechtskräftig erkannt wurde?

C.P.D. §§. 162—164.

V. Civilsenat. Urth. v. 19. Mai 1883 i. S. N. (Rl.) w. B. (Bekl.)
Rep. V. 161/83.

- I. Landgericht Halle a. S.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin belangte den Beklagten auf Zahlung einer Entschädigung, streitig sowohl dem Grunde als dem Betrage nach. In erster Instanz erging eine abweisende Entscheidung, beschränkt auf den Grund des Anspruches. In der Berufungsinstanz erstritt die Klägerin ein rechtskräftig gewordenes Erkenntnis, welches den Beklagten verurtheilte und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag der Entschädigung in die erste Instanz zurückverwies. Gegen das Urtheil, welches nunmehr in dieser Instanz erging und zum Theile abwies, legte die Klägerin wiederum Berufung ein, so zwar, daß sie den Berufungsschriftsatz zugleich mit dem Urtheile dem vom Gegner für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten zustellen ließ. Das jetzt mit der Revision angegriffene Erkenntnis hat die Berufung als unzulässig verworfen, geleitet von der Ansicht, die Zustellung des Rechtsmittels habe wirksam nur bei dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten erfolgen können, welcher von diesem für die Berufungsinstanz Vollmacht erhalten hatte, als die Sache zum erstenmale dorthin gelangt war.

Die Beantwortung der Frage, wem in einem Falle, wie er vorliegt, zugestellt werden muß, ist nicht ohne Zweifel. Überwiegende Gründe sprechen jedoch für die Richtigkeit des von der Klägerin beobachteten Verfahrens. Für diese Ansicht hat sich das Reichsgericht auch bereits ausgesprochen in dem Urtheile des II. Civilsenates vom 22. Dezember 1882 i. S. Pf. w. R. Rep. 410/82. Nicht im Widerspruche damit steht das Urtheil des V. Civilsenates vom 25. October 1882 i. S. B. & Sch. w. L. Rep. 506/82, denn dort war bei Einlegung der zweiten Berufung über die erste eine Entscheidung noch nicht ergangen, die Sache schwebte noch in der Berufungsinstanz, während hier in demselben Zeitpunkte das Erkenntnis jener Instanz bereits die Rechtskraft beschritten hatte.

Das angegriffene Urtheil entnimmt seine Begründung dem Vorder-

sage, es sei das ganze Verfahren in diesem Prozesse als ein und derselbe Rechtsstreit anzusehen. Diese an sich richtige Prämisse rechtfertigt aber nicht den daraus gezogenen Schluß.

Zwar bestimmt §. 77 C.P.D.:

„Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen.“

Aber diese Regel erleidet vielfache Ausnahmen, und es ist insbesondere in betreff der Zustellungen in §§. 162. 164 a. a. D. bestimmt, daß solche an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, bei Einlegung eines Rechtsmittels an den für die höhere Instanz bestellten, wenn er bei der Einlegung schon bestellt worden war, eventuell an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz zu erfolgen habe. Die Frage, von deren Beantwortung die Entscheidung in dieser Sache abhängt, ist demnach nicht mit dem Berufungsrichter dahin zu stellen, ob es sich um denselben Rechtsstreit handelte, als die Sache zum zweitenmale in die Berufungsinstanz gelangte, sondern dahin, ob die beiden in der Berufungsinstanz stattgehabten Verhandlungen als ein und dieselbe Instanz angesehen werden müssen. Es ist deshalb der Begriff der Instanz im Sinne der Civilprozeßordnung, und zwar für den Bereich der Zustellungen zu bestimmen. Denn im Anschluß an den angezogenen §. 162:

„Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen“

befaßt sich §. 163 a. a. D. mit Aufzählung der Prozeßhandlungen, welche „im Sinne des vorstehenden Paragraphen“, also für das Gebiet der Zustellungen „auch“ als zur Instanz gehörig angesehen werden sollen. Eine ausdrückliche Definition der „Instanz“ findet sich in der Civilprozeßordnung nicht. Auch der §. 163 setzt denselben als gegeben voraus, indem er nicht sämtliche zur Instanz gehörigen Prozeßhandlungen erschöpft, sondern nur einzelne auführt, welche „auch“, d. i. neben anderen, selbstverständlich dazu gehörigen, zur Instanz gerechnet werden sollen. Es sind dies nach dem Gedantengange des Gesetzes, wie auch von den Motiven hervorgehoben wird, solche Prozeßhandlungen, deren Zugehörigkeit ohne die getroffene ausdrückliche Bestimmung zweifelhaft sein könnte. Bei dieser Betrachtung gewinnt es

für die in Rede stehende Erörterung eine besondere Bedeutung, daß im §. 163 C.P.D. auch das Verfahren erwähnt wird, welches eintritt, wenn durch die Aufhebung eines ergangenen Urtheiles die Sache von neuem zur Verhandlung und Entscheidung in die Instanz gebracht wird, welche das aufgehobene Urtheil erlassen hatte. In einem solchen Falle betrifft das neue Verfahren denselben Rechtsstreit, der auch vorher zur Entscheidung stand, es wird von demselben Gerichte wie früher, und in der, der Ordnung nach gleichen Instanz entschieden, und es muß das neue Verfahren schon deshalb als eine bloße Fortsetzung des früheren angesehen werden, weil es durch den Wegfall des aufgehobenen Endurtheiles zu einem unvollendeten geworden ist, namentlich in den vielen Fällen, in welchen das aufhebende Urtheil eine positive Grundlage der neu zu treffenden Entscheidung nicht gegeben hat. Wenn trotzdem das Gesetz es für notwendig erachtet, diesen Fall unter die Reihe der Prozeßhandlungen aufzunehmen, welche als zur Instanz gehörig angesehen werden sollen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß nicht jede neue Verhandlung desselben Rechtsstreites in der gleichen Instanz, als dieselbe Instanz gelten soll, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des §. 163 a. a. D. zutreffen. Der Unterschied zwischen dem dort vorgesehenen Falle und dem hier vorliegenden — beide haben in diesem Prozesse Gestaltung gewonnen — liegt zu Tage. Während dort die betreffende Instanz noch des Endurtheiles entbehrt, hat sie hier durch die rechtskräftig gewordene Entscheidung einen bleibenden Abschluß erlangt, während dort die neue Verhandlung und Entscheidung eine gebotene ist, kann hier nicht vorausgesehen werden, ob nach Erlass seines ersten Urtheiles in der betreffenden Instanz der Berufungsrichter überhaupt wieder in Thätigkeit treten wird. Bei diesem Unterschiede kann nicht davon ausgegangen werden, das Gesetz habe in Verkennung desselben im zweifelhafteren Falle eine Prozeßhandlung als selbstverständlich zur Instanz gehörig betrachtet, obwohl es in einem kaum zweifelhaften Falle ähnlicher Art eine besondere Vorschrift über die Zubehörigkeit gegeben hat. Zu einer solchen Voraussetzung führt aber die Ansicht des Berufungsrichters. Denn weil unter den besonderen Anführungen des §. 163 a. a. D. der vorliegende Fall fehlt, würde man gezwungen sein, ihn als einen selbstverständlichen Teil der Instanz anzusehen. Näher liegt die Annahme, das Gesetz würde im §. 163 eine umfassendere Bestimmung gegeben haben, wenn es unterschiedslos

jede Verhandlung desselben Rechtsstreites in gleicher Instanz als dieselbe Instanz hätte angesehen wissen wollen.“