

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 21/79

URTEIL

Verkündet am

1. März 1979

Kaufmann,  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Wiederaufnahmeverfahren

der Erich O [REDACTED] KG, Baustoffe, G [REDACTED] straße [REDACTED],  
B [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden Gesell-  
schafter Erich O [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Restitutionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Holzwerk E [REDACTED], Import - Export,  
Inhaberin Martha E [REDACTED], K [REDACTED] straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagte und Restitutionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1979 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Restitutionsklage gegen das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 21. September 1978 - II ZR 18/76 - wird auf Kosten der Klägerin abgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Ansprüche aus Wechseln und eine abgetretene Werklohnforderung gerichtlich geltend gemacht. Im Berufungsrechtszuge ist sie mit der Klage im wesentlichen durchgedrungen. Mit der Revision hat die Beklagte unter anderem behauptet, die Rechtsanwälte, die vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht für sie aufgetreten seien, hätten sie nicht wirksam vertreten können, weil diese keine Prozeßvollmacht gehabt hätten. Der erkennende Senat hat nach Vernehmung von Zeugen die Klage durch Urteil vom 21. September 1978 (II ZR 18/76; teilweise veröffentlicht in WM 1978, 1275) als unzulässig abgewiesen, weil sich nicht feststellen lasse, daß die in den Vorinstanzen für die Beklagte aufgetretenen Rechtsanwälte Prozeßvollmacht gehabt hätten. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der beim Oberlandesgericht Bamberg erhobenen, von diesem gemäß § 281 ZPO an den Bundesgerichtshof verwiesenen Restitutionsklage. Die Klägerin behauptet, ihr

- 3 -

seien erst nach Abschluß des Revisionsverfahrens Urkunden, darunter Schreiben der Beklagten und der Sachwalter L. [REDACTED] und Arndt aus früherer Zeit bekannt geworden, aus denen sich die Unrichtigkeit der Behauptung der Beklagten ergebe, sie habe keine Prozeßvollmacht zur Führung des Vorprozesses erteilt. Wenn diese Urkunden dem erkennenden Senat im Revisionsverfahren vorgelegen hätten, wäre die Klage nicht aus den dargelegten Gründen als unzulässig abgewiesen worden.

Die Klägerin beantragt, das angefochtene Senatsurteil aufzuheben und die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt, die Restitutionsklage abzuweisen.

Sie meint, die Urkunden, auf die die Klägerin die Klage stütze, hätten keine günstigere Entscheidung für die Klägerin herbeigeführt.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Restitutionsklageschrift, den Schriftsatz der Klägerin vom 23. Februar 1979 und die vorgelegten Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe:

Die Restitutionsklage ist zulässig (§ 578 Abs. 1, § 281 Abs. 2, §§ 582, 586, 587, 589 Abs. 2 ZPO); sie ist aber nicht begründet.

Die Urkunden, auf die die Klägerin die Klage stützt, hätten zu keiner ihr günstigeren Entscheidung geführt (§ 580 Nr. 7 b ZPO), wenn sie dem Senat im Vorprozeß bekannt gewesen wären.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

10

4

Nachdem die Beklagte im Revisionsrechtszug des Vorprozesses behauptet hatte, in den Vorinstanzen nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen zu sein, kam es für die Entscheidung über die Revision zunächst darauf an, ob Rechtsanwalt L. [REDACTED] - der später den Berufungsanwalt beauftragt hatte - als zur Abwicklung des gerichtlichen Vergleichs bestellter Sachwalter und Treuhänder in dieser Eigenschaft zur Führung des Rechtsstreits für die Beklagte berechtigt war, oder ob diese ihn unmittelbar oder durch ihren Sohn Gerold E. [REDACTED] zur Führung des Rechtsstreits bevollmächtigt oder die Prozeßführung genehmigt hatte. Daß Rechtsanwalt L. [REDACTED] allein wegen seiner Sachwalterstellung berechtigt gewesen sei, den Rechtsstreit im Namen der Beklagten zu führen, hat der Senat aus Rechtsgründen verneint. Dagegen richtet sich die Restitutionsklage nicht.

Den Nachweis einer besonderen Bevollmächtigung hatte der Senat aus tatsächlichen Gründen nicht als erbracht angesehen. Gerold E. [REDACTED] sei nicht Bevollmächtigter der Beklagten gewesen. Deshalb habe er namens der Beklagten die Prozeßbevollmächtigten nicht bestellen können. Umstände, die für eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht sprächen, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Daß die Beklagte selbst die in den Vorinstanzen in ihrem Namen tätigen Rechtsanwälte stillschweigend beauftragt oder deren Tätigkeit genehmigt habe, könne nicht festgestellt werden. Nach der Aussage des Zeugen Gerold E. [REDACTED] sei nicht auszuschließen, daß die Beklagte angenommen habe, Rechtsanwalt L. [REDACTED] sei kraft seiner Stellung als Treuhänder und Sachwalter zur Prozeßführung berechtigt und sie sich deshalb gar nicht bewußt gewesen sei, daß sie Prozeßvollmacht erteilen könne und müsse. Die Beklagte habe in W. [REDACTED] gelebt und sich um die Geschäfte in Dietersdorf nicht gekümmert, weil es Rechtsanwalt L. [REDACTED] untersagt gehabt habe, daß die

Familienmitglieder E[REDACTED] in die geschäftlichen Angelegenheiten sich einmischten. Dieser habe es auch abgelehnt, die Beklagte über den Sachstand zu informieren, nachdem sie Kenntnis vom Rechtsstreit erlangt gehabt habe, weil der Prozeß die Vergleichsmasse betreffe und es sich somit um seine Angelegenheiten handle.

An diesen tatsächlichen Feststellungen hätte sich nichts geändert, wenn dem Senat die folgenden Schreiben der Beklagten, auf die die Klägerin ihre Klage stützt, bekannt gewesen wären:

1. Schreiben der Beklagten vom 9. August 1973 an das Nachlaßgericht: "... Nach dem Tode meines Mannes ist der o. a. Betrieb der E[REDACTED] & Co. KG durch Herrn Rechtsanwalt L[REDACTED] pflicht- und auftragsgemäß fortgeführt worden. Es sind dabei neue Erlöse angefallen, die jedoch zur Erfüllung des Vergleiches zu verwenden sind ..."

2. Schreiben der Beklagten an das Registergericht vom 7. Juni 1973: "In Beantwortung Ihrer u. a. Rückfrage teile ich mit, daß zufolge des Todes meines Mannes am 30. 3. 1973 die beiden oben bezeichneten Geschäfte auf mich als Alleinerbin übergegangen sind. Sie werden von mir fortgeführt."

3. Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 1973 an das Registergericht: "... Ich führe das Geschäft der seitherigen Firma E[REDACTED] & Co. KG, Inh. Viktor E[REDACTED] unter der neu einzutragenden Firma fort. ..."

Aus diesen Urkunden ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte Rechtsanwalt L[REDACTED] Vollmacht für den Vorprozeß erteilt hat. Die Mitteilung an das Berufungsgericht, daß sie als Alleinerbin das Geschäft

ihres Mannes fortführe, besagt nichts weiter, als daß sich die Beklagte als Geschäftsinhaberin betrachtete, allerdings eines Geschäfts, das von "Rechtsanwalt L. [REDACTED] pflicht- und auftragsgemäß fortgeführt worden" ist. Da nach der Aussage des Zeugen E. [REDACTED] Rechtsanwalt L. [REDACTED] die Familienmitglieder E. [REDACTED] von der Mitwirkung an der Geschäftsführung ausschloß, ergeben sich für die Würdigung der Beweisaufnahme keine neuen Gesichtspunkte.

Noch weniger ist dies bei den folgenden Schreiben der Sachwalter der Fall, die die Klägerin ebenfalls für ihre Klage heranzieht:

1. Schreiben des Sachwalters A. [REDACTED] vom 16. April 1976: "... Die E. [REDACTED] & Co. KG blieb auch nach dem Tode des Viktor E. [REDACTED] unter der Verfügung des Sachwalters weiterhin tätig. Es wurden sowohl weitere Verwertungen noch vorhandener Ware vorgenommen als auch neue Geschäfte getätigt ... Die letzte Verwertung eines Warenrestbestandes erfolgte im Oktober 1973 ... Ab 1. 10. 1973 wurde die Holzwerk E. [REDACTED] Import - Export, Inh. Martha E. [REDACTED], tätig. Die gewerbliche Tätigkeit wurde ausschließlich in Dietersdorf ausgeübt, in den seitherigen Geschäftsräumen der Ettel & Co. KG, Inh. Viktor E. [REDACTED]."

2. Rundschreiben des Sachwalters A. [REDACTED] vom 27. April 1976 an die Vergleichsgläubiger: "Die Außenstände ... wurden eingezogen, die Warenbestände wurden verwertet. Ebenso hat Herr L. [REDACTED] die Erlöse aus neuen Aufträgen in der Zeit, in der er noch vorhandene Bestände verwertete, zur Begleichung der nicht am Vergleich beteiligten Forderungen verwendet und für die aufgebrachte 25 %-Quote."

3. Aus dem Bericht des Sachwalters A. [REDACTED] vom 8. Februar 1976, in dem dieser dem Amtsgericht Worms mit-

teilte, daß nach dem Tode des Viktor E[REDACTED] langfristige Holzimportverträge nicht ausgenutzt und stattdessen "über dritte Importeure zu weitaus höheren Preisen importiert (worden sei), um bestehende Aufträge erfüllen zu können ... Den letzten nennenswerten Posten an vorhandener Ware konnte der Sachwalter mit Rechnung vom 7. 10. 1973 für brutto 177.600 DM veräußern."

4. Schreiben des Sachwalters L[REDACTED] an eine Gläubigerin: "Dabei war es bisher immer noch gelungen, im Handel zu bleiben und für Beschäftigung und Absatz zu sorgen. Die Erlöse sind jedoch zurückgegangen ..."

Aus welchen Gründen diese Schreiben für eine gesonderte Bevollmächtigung von Rechtsanwalt L[REDACTED] durch die Beklagte hätten herangezogen werden können, ist nicht erkennbar. Sie unterstützen allenfalls die Behauptung der Beklagten und die Aussage des Zeugen Gerold E[REDACTED], daß Rechtsanwalt L[REDACTED] das Geschäft selbständig fortgeführt hat, um den Vergleich zu erfüllen. Daß der Beklagten Raum für eigene Entscheidungen blieb, ergibt sich aus diesen Urkunden nicht.

Besondere Bedeutung mißt die Klägerin zwei Schreiben von Viktor E[REDACTED] (vom 31. August 1972) und Gerold E[REDACTED] (vom 4. Dezember 1972) an Rechtsanwalt L[REDACTED] bei, weil sich aus ihnen deutlich ergebe, welche umfassenden Vollmachten dieser gehabt habe. Dabei stellt die Klägerin insbesondere auf folgende Äußerung im Schreiben von Viktor Ettel ab: "Sie als Konkursverwalter und ich als Gemeinschuldner sind den Gläubigern verantwortlich und Rechenschaft schuldig. Es geht nicht an, daß erhebliche Beträge, die in die Hunderttausende gehen, von böswilligen Kunden, die sich an den eingetretenen Gegebenheiten meiner Firma noch bereichern wollen, mit fadenscheinigen Gründen zurückgehalten werden, bis sie der Verjährung anheimfallen oder

eines Tages wirklich uneinbringlich sind ... Sie würden in diesem Falle Ihrer Aufsichtspflicht nicht genügen und ich würde verantwortungslos handeln, wenn wir beide ein solches Verhalten widerstandlos tolerieren." Im Schreiben von Gerold E[REDACTED] sieht die Klägerin ihre Auffassung durch die Bemerkungen bestätigt: "Das Schicksal des Unternehmens sowie des ganzen Lebenswerks überhaupt liegt nun, sehr geehrter Herr Rechtsanwalt L[REDACTED], ausschließlich allein in Ihrer Hand" und "Trotz aller ... Schwierigkeiten, ... kann sich alles noch zum Positiven wenden, wenn Sie Ihre schützende Hand weiterhin über das Unternehmen halten".

Diese Schreiben stammen, was die Klägerin nicht berücksichtigt, aus der Zeit vor Abschluß des gerichtlichen Vergleichsverfahrens und somit vor Erteilung der Sachwalter- und Treuhändervollmacht. Als Viktor E[REDACTED] seinen Brief verfaßte, war über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet und Rechtsanwalt L[REDACTED] Konkursverwalter. Diesem stand daher kraft Gesetzes das Verfügungs- und Verwaltungsrecht zu (§ 6 Abs. 2 KO). Allein daraus ergaben sich für ihn damals das Recht und die Pflicht, gegebenenfalls Masseforderungen klageweise geltend zu machen, um deren Verjährung zu verhindern. In der Aufforderung durch Viktor E[REDACTED], in dieser Richtung tätig zu werden, lag daher nicht die Erteilung einer Prozeßvollmacht, sondern der Hinweis auf die Pflichten von Rechtsanwalt L[REDACTED] als Konkursverwalter. Für die Erteilung einer Prozeßvollmacht bestand aus rechtlichen Gründen überhaupt kein Anlaß. Zur Zeit des Schreibens von Gerold E[REDACTED] ging es darum, einen Vergleich zustande zu bringen, nachdem der Beschluß über die Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens und die Eröffnung des Anschlußkonkurses im Beschwerdeweg aufgehoben worden war. Dem von der Klägerin zitierten Satz, das Schicksal des Unternehmens liege in der Hand von Rechtsanwalt L[REDACTED], geht die Feststellung voraus:

"... Grundsätzlich kann (der ausgearbeitete Vergleichsvorschlag) nur eingereicht werden, wenn er Ihre Zustimmung findet". Der Hinweis, daß er das Schicksal des Unternehmens E[REDACTED] in Händen halte, sollte somit Rechtsanwalt L[REDACTED] die Bedeutung seiner Entscheidung vor Augen führen. Es bestand in diesem Zusammenhang keinerlei Grund zur Erteilung einer Prozeßvollmacht für künftige Rechtsstreitigkeiten. Dies gilt auch für die weitere Äußerung in dem Schreiben von Gerold E[REDACTED], es könne sich alles noch zum Positiven wenden, wenn Rechtsanwalt L[REDACTED] seine schützende Hand weiterhin über das Unternehmen halte. Zu alledem kommt hinzu, daß Gerold E[REDACTED] damals nicht mehr Generalbevollmächtigter seines Vaters gewesen ist und daher Rechtsanwalt L[REDACTED] nicht hätte bevollmächtigen können.

Den weiteren Urkunden (GA 29, 30/31, 32, 42, 44, 45, 48) läßt sich kein Hinweis auf eine stillschweigend erteilte Prozeßvollmacht oder die Genehmigung der Prozeßführung entnehmen. Mit ihnen hätte auch in Verbindung mit der Beweisaufnahme des Vorprozesses nicht der Nachweis der Bevollmächtigung von Rechtsanwalt L[REDACTED] erbracht werden können.

18'

Die von der Klägerin nachträglich aufgefundenen Urkunden hätten nach alldem nicht zu einer günstigeren Entscheidung für diese geführt. Deshalb war die Restitutionsklage als unbegründet abzuweisen.

Stimpel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh