

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 81, 88

Die Rüge des Mangels der Vollmacht betrifft alle von dem Rechtsanwalt vorgenommenen Prozeßhandlungen, die von einer ihm erteilten Vollmacht nach § 81 ZPO gedeckt gewesen wären, mithin auch die Rechtsmitteleinlegung. Einer Wiederholung der Rüge in der Rechtsmittelinstanz bedarf es deshalb nicht.

ZPO §§ 333, 345

Ein Verhandeln im Sinne der §§ 333, 345 ZPO liegt nicht vor, wenn eine Partei lediglich Gründe zur Ablehnung von Richtern und zur Aussetzung des Verfahrens anbringt.

BGH, Urt. v. 27. Mai 1986 - IX ZR 152/85 - OLG München
LG Passau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 152/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
27. Mai 1986
Krämer
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Carl W [REDACTED],
O [REDACTED] Weg [REDACTED], H [REDACTED],
2. Horst-Dieter W [REDACTED],
In den N [REDACTED], Bad N [REDACTED],
3. Peter W [REDACTED],
Am Hö [REDACTED], Sch [REDACTED]/Ts,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Albert M [REDACTED],
D [REDACTED] platz [REDACTED], P [REDACTED],
als Verwalter im Konkurse über den Nachlaß des Georg
K [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Henkel, Gärtner und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers zu 3) gegen das zweite Versäumnisurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. Juli 1985 wird verworfen, die Revisionen der Kläger zu 1) und 2) gegen dieses Urteil werden zurückgewiesen.

Der Kläger zu 1) trägt 2/3, der Kläger zu 2) 1/3 der Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger nehmen den Beklagten mit der Behauptung in Anspruch, er habe durch sein Verhalten als Verwalter im Konkurs über den Nachlaß des Landwirts Georg K. [REDACTED] ihnen zustehende Rechte vereitelt.

Mit notariellem Vertrag vom 16. Mai 1967 ermächtigte Georg K. [REDACTED] die Kläger, seinen landwirtschaftlichen Grundbesitz Do. [REDACTED] Nr. [REDACTED] zu verwerten. Das Projekt wurde nicht verwirklicht. Am 9. Mai 1970 starb Georg K. [REDACTED].



Ein Jahr später wurde der Konkurs über seinen Nachlaß eröffnet. Der Beklagte betrieb als Nachlaßkonkursverwalter in der Folgezeit die Zwangsversteigerung des Anwesens Do [REDACTED] Nr. [REDACTED].

Die Kläger sind der Auffassung, ihnen stehe ein "alleiniges Verwertungsrecht" an diesem Grundbesitz zu. Mit ihrer Klage beehrten sie daher zunächst, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären und den Beklagten zu verurteilen, "den Vertrag vom 16. Mai 1967 zu erfüllen und der Erfüllung dieses Vertrages durch die Kläger zuzustimmen"; außerdem machten sie im Wege der Teilklage Schadensersatzansprüche in Höhe von 100.000 DM geltend.

Das Landgericht wies die Klage des Klägers zu 3) als unzulässig ab, weil für ihn, wie der Beklagte gerügt hatte, keine Vollmacht vorgelegt worden war. Die Klage der Kläger zu 1) und 2) hielt es für unbegründet.

Nachdem zwischenzeitlich im Zwangsversteigerungsverfahren das Anwesen Do [REDACTED] Nr. [REDACTED] einem Dritten zugeschlagen worden war, wurde für die Kläger in der Berufungsinstanz ausschließlich Schadensersatz verlangt, jedoch ein Sachantrag nicht gestellt.

Als der Beklagte erneut den Mangel der Vollmacht des Klägers zu 3) rügte, setzte das Berufungsgericht eine Frist zur Vorlage einer schriftlichen Vollmacht. Der Klägervertreter kam dieser Auflage nicht nach. Er berief sich darauf, der Kläger zu 1) habe "Generalvollmacht in dem gesamten Komplex K [REDACTED] auch vom Kläger Peter W [REDACTED]" (Kläger zu

3), und in deren Rahmen sei der Auftrag erteilt worden, auch diesen zu vertreten; eine notariell beglaubigte unwider-
rufliche Generalvollmacht befinde sich in den Akten des
Amtsgerichts-Nachlaßgericht- P [REDACTED], "möglicherweise" auch
in den Akten des Beklagten. Der Kläger zu 3) ließ durch von
ihm beauftragte Rechtsanwälte mitteilen, er habe für diesen
Rechtsstreit keine Prozeßvollmacht erteilt und werde das
auch nicht tun.

In der mündlichen Verhandlung vom 8. März 1985 lehnte
der Kläger zu 1) zum wiederholten Male alle Mitglieder
des Zivilsenats ab. Nachdem der Senat das Gesuch als
unzulässig verworfen hatte, erklärte der Klägervertreter auf
Weisung des Klägers zu 1), er werde "im Hinblick auf die
konkreten Umstände heute im Termin keinen Antrag stellen".
Auf Antrag des Beklagten verkündete das Gericht daraufhin
ein Versäumnisurteil, mit dem es die Berufung des Klägers zu
3) als unzulässig verwarf und die Berufungen der Kläger zu
1) und 2) zurückwies; die Kosten des Verfahrens erlegte es
den Klägern zu 1) und 2), die außergerichtlichen Kosten des
Klägers zu 3) dem Kläger zu 1) auf.

Mit einem noch am selben Tage eingegangenen Schriftsatz
erhob der Klägervertreter "namens und im Auftrag aller
Kläger" Einspruch. In dem zur mündlichen Verhandlung über
den Einspruch und die Hauptsache anberaumten Termin vom 5.
Juli 1985 verlangte der Klägervertreter nach Aufruf der
Sache die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung
über die von den Klägern zu 1) und 2) beim Bundesverfas-
sungsgericht und beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof
eingelegten Verfassungsbeschwerden gegen zwei Entscheidungen

des Oberlandesgerichts München, durch die frühere Ablehnungsgesuche zurückgewiesen worden waren. Das Gericht gab dem Antrag nicht statt und beschloß auf Gegenvorstellung, daß es bei der Nichtaussetzung sein Bewenden habe. Daraufhin lehnte der Kläger zu 1) den gesamten Senat erneut ab. Dieser verwarf das Gesuch als unzulässig. Der Klägervertreter erklärte nunmehr, er werde "in der Sache jetzt nicht verhandeln". Entsprechend dem Antrag des Beklagten verkündete das Berufungsgericht sodann ein zweites Versäumnisurteil, durch das es den Einspruch der Kläger verwarf und die weiteren Kosten des Verfahrens im selben Verhältnis wie bei seinem ersten Versäumnisurteil verteilte.

Hiergegen wendet sich die vom Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz beim Bayerischen Obersten Landesgericht für alle Kläger eingelegte Revision, mit der die Aufhebung des Urteils vom 5. Juli 1985 und die Zurückverweisung des Rechtsstreites zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung erstrebt wird.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen der Kläger zu 1) und 2) sind zulässig, das für den Kläger zu 3) eingelegte Rechtsmittel ist unzulässig.

I.

Entgegen der Auffassung des Klägers zu 1) ist die

Abgabe der Sache durch das Bayerische Oberste Landesgericht wirksam. Die Mitwirkung eines der Richter des Bayerischen Obersten Landesgerichts an einem auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung in einer anderen Sache zwischen den gleichen Parteien gerichteten Verfahrens schließt ihn kraft Gesetzes nicht aus.

II.

1. Die Revision greift ein zweites Versäumnisurteil an; sie macht geltend, ein Fall der Versäumung habe nicht vorgelegen. Mit dieser Rüge ist das Rechtsmittel an sich statthaft, §§ 566, 513 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH, Urt. v. 11. Oktober 1978 - IV ZR 101/77, LM § 513 ZPO Nr. 5 = NJW 1979, 166).

2. Ob im Rahmen des § 513 Abs. 2 ZPO berücksichtigt werden kann, daß der Erlaß des zweiten Versäumnisurteils - beispielsweise wegen § 335 Abs. 1 Nr. 1, 3 ZPO - unzulässig war oder schon ein erstes Versäumnisurteil nicht hätte ergehen dürfen, ist im Schrifttum (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 44. Aufl., § 513 Anm. 2 B a.E.)) streitig, kann aber hier offen bleiben (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 16. April 1986 - VIII ZB 26/85, z. Veröff. i. BGHZ best.). Die Revision des Klägers zu 3) ist unzulässig, weil ein vollmachtsloser Vertreter sie eingelegt hat und die Einlegung später nicht genehmigt worden ist.

a) Der Gegner hat den Mangel der Vollmacht im Revisionsverfahren zwar nicht gerügt (vgl. § 88 Abs. 2 ZPO).

Darauf kommt es hier aber nicht an. Das Rechtsmittel wurde nämlich, da in Bayern ein Oberstes Landesgericht errichtet ist, zutreffend bei diesem Gericht angebracht (§ 7 Abs. 2 EGZPO i.V.m. Art. 10, 11 bayer. AGGVG in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juni 1981, GVBl S. 188). Die Kläger konnten sich dabei auch, wie geschehen, von ihrem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz vertreten lassen (§ 8 Abs. 1 EGZPO). Für diesen Prozeßbevollmächtigten hatte der Beklagte aber in der Vorinstanz den Mangel der Vollmacht gerügt. Diese Rüge betrifft alle von diesem Rechtsanwalt für den Kläger zu 3) vorgenommenen Prozeßhandlungen, die von einer ihm erteilten Vollmacht nach § 81 ZPO gedeckt gewesen wären, mithin auch die Revisionseinlegung. Einer Wiederholung der Rüge in der Revisionsinstanz bedurfte es nicht (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 13. Aufl. § 81 Anm. 1a und 3a).

b) Der in zweiter Instanz für den Kläger zu 3) als Prozeßbevollmächtigter aufgetretene Rechtsanwalt hat vor dem Berufungsgericht im Termin vom 25. Februar 1985 eingeräumt, von diesem nicht bevollmächtigt worden zu sein. Er hat sich vielmehr auf einen entsprechenden Auftrag des Klägers zu 1) berufen und geltend gemacht, dessen Befugnis hierzu ergebe sich aus "einer unwiderruflichen Generalvollmacht im Komplex K [REDACTED]". Der Prozeßbevollmächtigte konnte sich der Pflicht zur Vorlage auch der behaupteten Generalvollmacht seines Auftraggebers (vgl. § 80 Abs. 1 ZPO) nicht durch den Hinweis entziehen, Ausfertigungen befänden sich "bei den Akten des Amtsgerichts-Nachlaßgericht-P [REDACTED]" und "möglicherweise in den Akten des Beklagten" (Thomas/Putzo aaO § 88 Anm. 1 B; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 44. Aufl. § 80 Anm. 2 B b). Er mußte auf die Rüge hier

vielmehr eine schriftliche Vollmacht - auch die behauptete Generalvollmacht seines Auftraggebers - zu den Gerichtsakten innerhalb der ihm bestimmten Frist abgeben (§§ 89, 80 ZPO).

c) Nach alledem hat der Prozeßbevollmächtigte zweiter Instanz eine Prozeßvollmacht des Klägers zu 3) ebenso nicht nachweisen können wie auch für den Kläger zu 1) die von diesem behauptete Generalvollmacht. Es ist daher davon auszugehen, daß der Kläger zu 1) den Kläger zu 3) Peter Walden beim Abschluß eines Anwaltsvertrages nicht wirksam vertreten konnte. Ein Mandatsverhältnis zwischen dem Prozeßbevollmächtigten der Kläger zweiter Instanz und Peter W. ist somit nicht feststellbar.

Daß der Kläger zu 3) später Prozeßvollmacht erteilt und so die bisherigen Prozeßhandlungen genehmigt hätte, ist nicht vorgetragen. Er hat vielmehr wiederholt ausdrücklich erklärt, daß er dem Rechtsanwalt, der für ihn im zweiten Rechtszug als Prozeßbevollmächtigter aufgetreten ist und später für ihn die Revision eingelegt hat, keine Prozeßvollmacht erteilt habe und auch in Zukunft eine solche niemals erteilen werde. Allerdings ist mangels Rüge für den jetzigen Prozeßbevollmächtigten davon auszugehen, daß er Prozeßvollmacht hat. Er hat jedoch weder ausdrücklich erklärt, die frühere Prozeßführung durch den vollmachtlosen Vertreter zu genehmigen, noch läßt sich dies bei der aufgezeigten Sachlage allein aus der Einreichung einer Revisionsbegründung entnehmen.

3. Die für den Kläger zu 3) eingelegte Revision ist daher als unzulässig zu verwerfen (§ 554 a Abs. 1 ZPO). Die

dadurch verursachten Kosten trägt der Kläger zu 1), weil er die Einlegung der Revision durch einen vollmachtlosen Vertreter veranlaßt hat (Thomas/Putzo aaO, § 89 Anm. 3 d).

III.

Die Rechtsmittel der Kläger zu 1) und 2) haben keinen Erfolg.

1. Die Revision bekämpft das zweite Versäumnisurteil vom 5. Juli 1985 mit der Begründung, das Berufungsgericht habe den Begriff des Verhandelns verkannt. Der Prozeßbevollmächtigte der Kläger habe nämlich in diesem Termin ein Gesuch zur Richterablehnung und einen Antrag zur Aussetzung des Verfahrens angebracht; hierüber sei auch entschieden worden. Diese Vorgänge stellten ein Verhandeln im Sinne der §§ 333, 345 ZPO dar. Deshalb hätte ein zweites Versäumnisurteil nicht ergehen dürfen.

2. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Nach § 345 ZPO ist die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, säumig, wenn sie in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt. Ob ein Verhandeln vorliegt, ist aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles für jeden Termin selbständig (vgl. § 332 ZPO) zu beantworten. Es erfordert eine aktive Beteiligung an der Erörterung des Rechtsstreits vor Gericht, mag sie sich auf eine Tat- oder

Rechtsfrage beziehen (Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 333 Anm. I). Nichtverhandeln im Sinne des § 333 ZPO ist die völlige Verweigerung der Einlassung zur Sache (Zöllner/Stephan, ZPO, 14. Aufl. § 333 Rdn. 2).

b) Eine mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen, §§ 137 Abs. 1, 297 ZPO. Sind die Anträge im ersten Termin ordnungsgemäß angebracht, ist ihre Wiederholung in späteren Terminen (vgl. § 332 ZPO) in der Regel entbehrlich (BGHZ 63, 94, 95).

Hier haben die Kläger zu 1) und 2) während des gesamten mehr als fünf Jahre dauernden Berufungsverfahrens zu keinem Zeitpunkt Sachanträge gestellt, auch nicht im Termin vom 5. Juli 1985. Es kann offen bleiben, ob sich schon deshalb die Annahme einer Verhandlung verbietet.

c) Ein Verhandeln im Sinne der §§ 333, 345 ZPO liegt nicht vor, wenn eine Partei lediglich Gesuche zur Ablehnung von Richtern und zur Aussetzung des Verfahrens anbringt (RGZ 31, 423, 424; einhellige Meinung im Schrifttum: Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 333 Anm. 2; Zöllner/Stephan, § 333 Rdn. 2; Thomas/Putzo aaO Anm. zu § 333; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. § 333 Anm. B Ia 1; Rosenberg/Schwab aaO, § 108 II 1 c, die das als "selbstverständlich" bezeichnen).

aa) Die Revision macht für ihre gegenteilige Auffassung geltend, nach Art. 101 Abs. 1 GG dürfe niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Der Antrag auf Richterablehnung und die Verhandlung hierüber würden daher wesent-

liche verfassungsrechtliche Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens betreffen und somit eine Verhandlung im Sinne der §§ 333, 345 ZPO darstellen.

Richtig ist, daß die genannte Bestimmung des Grundgesetzes auch für die gesetzlichen Regelungen des Ausschlusses und der Ablehnung von Richtern bedeutsam ist. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach ausgesprochen, im System der normativen Vorausbestimmungen des gesetzlichen Richters müsse Vorsorge dafür getroffen sein, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit biete, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen sei oder im Ablehnungsverfahren ausgeschlossen werden könne (BVerfGE 21, 139, 146; 30, 149, 153). Dem wird die Zivilprozeßordnung durch ihre Bestimmungen über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen (§§ 41 ff ZPO) gerecht.

Die weitergehenden Folgerungen der Revision treffen aber nicht zu. Sie vermengt bei ihrer Sicht das Recht einer Partei, einen Richter abzulehnen (§ 42 ZPO), mit den Wirkungen, die von der Ausübung dieses Rechts für das Verfahren ausgehen. Insoweit ist dem System der Zivilprozeßordnung zu entnehmen, daß nach der Erledigung des Ablehnungsgesuches das Erkenntnisverfahren den im Gesetz vorgesehenen Verlauf zu nehmen hat; das folgt aus der Regelung in § 46 ZPO und einem Umkehrschluß aus §§ 550, 551 Nr. 2, 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Dazu gehört demnach auch, daß durch Versäumnisurteil zu entscheiden ist, wenn sich eine Partei weigert, nunmehr zu verhandeln. Wäre bereits die Anbringung eines Ablehnungsgesuches für eine Verhandlung im Sinne der §§ 333, 345 ZPO ausreichend, hätte die Partei es

in der Hand, den weiteren Verfahrensgang entgegen dem gesetzlichen Leitbild zu beeinträchtigen. Denn nach einem teilweisen Verhandeln ist ein Versäumnisurteil unzulässig, § 334 ZPO (BGHZ 63, 94). Die Partei könnte damit ihr Recht zur Ablehnung eines Richters für verfahrensfremde Zwecke, auch für eine bewußte Verzögerung oder Verschleppung, mißbrauchen.

bb) Entsprechendes gilt für den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens. Dem steht nicht, wie die Revision meint, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs entgegen, daß ein Verhandeln über die örtliche Zuständigkeit als Verhandlung zur Hauptsache im Sinne der §§ 333, 345 ZPO anzusehen sei (Beschl. v. 19. Januar 1967 - VII ZB 13/66, LM § 513 ZPO Nr. 1 = § 345 ZPO Nr. 1 = NJW 1967, 728). Denn dort hatten beide Parteien über eine Prozeßvoraussetzung, die örtliche Zuständigkeit, verhandelt und sich dahin geeinigt, daß ein bestimmter Gerichtsstand vereinbart sei. Die Erörterung der Zuständigkeit, eine Einigung darüber oder die Verweisung an das zuständige Gericht dienen unmittelbar dem Zweck, das Verfahren vor dem richtigen Gericht in Richtung auf eine Sachentscheidung weiterzubetreiben. Das ist aktive Beteiligung am Verfahren. Bei einem Antrag, die Verhandlung auszusetzen, ist es gerade umgekehrt. Hier will der Antragsteller das Verfahren anhalten, erstrebt also dessen Stillstand.

d) Das Berufungsgericht hat somit die Kläger zu 1) und 2) zutreffend als im Einspruchstermin säumig angesehen und daher mit Recht ihren Einspruch durch zweites Versäumnisurteil nach § 345 ZPO verworfen. Dem steht entgegen der

Meinung des Klägers zu 1) die Entscheidung des Bundesfinanzhofes vom 23. Oktober 1974 - VII ZR 54/70, BB 1975, 253 nicht entgegen. Über die Ablehnung der Berufungsrichter war unanfechtbar entschieden. Sie waren - vorbehaltlich einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung - hier verfahrensmäßig die gesetzlichen Richter.

3. Bei der Kostenentscheidung war zu berücksichtigen, daß der Kläger zu 1) durch sein Verhalten die Einlegung der Revision für den Kläger zu 3) veranlaßt hat (§§ 97, 100 Abs. 2 ZPO).

Merz

Zorn

Henkel

Gärtner

Graßhof