

BUNDESGERICHTSHOF

IX ZR 40/84

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. Rainer S [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED],
2. Elmar S [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
II. Instanz: [REDACTED] -

g e g e n

M [REDACTED] E [REDACTED], E [REDACTED] und V [REDACTED]genossenschaft
der M [REDACTED] eG-KG, G [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED],
vertreten durch die Geschäftsführer Ernst-Michael B [REDACTED]
und Gisela K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] -
II. Instanz: [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Juli 1984 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Gärtner, Winter und Dr. Graßhof

beschlossen:

Die Sache wird gemäß §§ 136, 137 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs zur Entscheidung folgender Rechtsfragen vorgelegt:

1. Kann der nicht beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwalt des Revisionsbeklagten den Verlustantrag nach §§ 566, 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO stellen, wenn die beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegte Revision durch den nicht beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt des Revisionsklägers zurückgenommen wurde, nachdem dieses Gericht sich für unzuständig erklärt und das Verfahren an den Bundesgerichtshof abgegeben hatte?

Bei Verneinung der Frage zu 1:

2. Kann der nicht beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwalt die von ihm beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegte Revision noch wirksam zurücknehmen, nachdem dieses Gericht gemäß § 7 Abs. 2 EGZPO den Bundesgerichtshof für zuständig erklärt hat?

- 3 -

G r ü n d e

I.

Die Beklagten wurden im ersten Rechtszuge verurteilt, der Klägerin aufgrund einer Bürgschaft 200 000 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Oberlandesgericht Bamberg wies ihre Berufung zurück. Die Beklagten legten durch ihren beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt Revision beim Bayerischen Obersten Landesgericht ein und nahmen diese durch denselben Anwalt zurück, nachdem das Bayerische Oberste Landesgericht gemäß § 7 Abs. 2 EGZPO den Bundesgerichtshof für zuständig erklärt und das Verfahren hierher abgegeben hatte.

Die Klägerin beantragt durch ihre zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, die Beklagten ihres Rechtsmittels für verlustig zu erklären.

II.

1. Der IX. Zivilsenat möchte in dieser bayerischen Revisionssache dem durch einen nicht beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwalt gestellten Verlustantrag der Klägerin stattgeben. Er sieht sich daran jedoch durch folgende Entscheidungen anderer Zivilsenate gehindert: Beschlüsse vom 11. Februar 1953 - II ZR 239/52 = LM ZPO § 78 Nr. 3; vom 18. Oktober 1966 - I a ZB 12/66 = NJW 1967, 49; vom 10. Juli 1954 - III ZR 229/53 = NJW 1954, 1405, 1406 (insoweit in BGHZ 14, 210 nicht abgedruckt); vom 22. April 1970 - IV ZR 1103/68 =



LM ZPO § 78 Nr. 11; vom 24. November 1976 - V ZR 264/74 =
LM ZPO § 78 Nr. 13; vom 8. Dezember 1977 - VII ZR 226/77 =
LM ZPO § 78 Nr. 14; vom 12. Dezember 1979 - VIII ZR 84/79.
Nach diesen Entscheidungen kann den Verlust- und Kosten-
antrag nach §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO beim Bundes-
gerichtshof nur ein hier zugelassener Rechtsanwalt stellen.
Davon möchte der IX. Zivilsenat-jedenfalls in bayerischen
Revisions-sachen-abweichen.

Auf Anfrage gemäß § 136 GVG haben der II.-, III.-, IVa-, IVb-, VII.-, VIII.-Zivilsenat erklärt, daß sie der vom IX. Zivilsenat beabsichtigten Änderung der Rechtsprechung zum Anwaltszwang für den Kosten- und Verlustantrag nach §§ 566, 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO in bayerischen Revisions-sachen zustimmen. Der I. Zivilsenat hat erklärt, es bestehe keine sachlich gerechtfertigte Veranlassung, die schon nicht unproblematische Rechtsprechung zur Lockerung des Anwaltszwanges noch auszudehnen, zumal die Beschränkung auf bayerische Revisionen als auf Dauer nicht durchführbar erscheine. Der X. Zivilsenat ist nicht bereit, seine bisherige Rechtsprechung zum Anwaltszwang für den Verlustantrag aufzugeben. Eine Durchbrechung des Anwaltszwanges für diesen Fall in den bayerischen Revisions-sachen erscheine ihm - auch wegen der sich daraus ergebenden Folgerungen - nicht angezeigt. Der V. Zivilsenat hält an der im Beschluß vom 24. November 1976 - V ZR 264/74 - vertretenen Auffassung fest.

Der IX. Zivilsenat hält eine Entscheidung des Großen Senats über diese Frage sowohl wegen der bestehenden Divergenz der Rechtsmeinungen (§ 136 GVG), als auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die unterschiedlichen Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte für geboten (§ 137 GVG). Die Sache wird daher gemäß §§ 136, 137 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorgelegt.

III.

Die Frage, ob den Verlust- und Kostenantrag nur ein bei dem jeweiligen Rechtsmittelgericht zugelassener Rechtsanwalt stellen oder ob der Rechtsmittelbeklagte sich dazu auch des Anwalts der Vorinstanz bedienen kann, ist umstritten. Der erstgenannten Ansicht folgen der Bundesgerichtshof in den oben zitierten Entscheidungen, die Oberlandesgerichte Neustadt (JZ 1953, 185), Braunschweig (MDR 1963, 1019), Hamm (NJW 1972, 770), Celle (MDR 1972, 617; Rpfl. 1973, 314; OLGZ 1973, 484), Koblenz (Rpfl. 1974, 117), Schleswig (SchlHA 1976, 142), Düsseldorf (JMBl NRW 1967, 150) sowie folgende Autoren: Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 78 Anm. B II d 1, 3 und B IVa, § 8 EGZPO Anm. A II sowie (bearbeitet von Rössler) § 515 Anm. C I; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 42. Aufl. § 515 Anm. 4 C und § 8 EGZPO Anm. 1;

Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 138 III 4 c und 143 II 3 b; Mattern, Anwaltsblatt 1970, 303.

Die Gegenmeinung vertreten OLG Celle (MDR 1971, 400), OLG Köln (MDR 1976, 1025), LG Arnsberg (NJW 1962, 451), und im Schrifttum: Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 515 Rnr. 23; Thomas/Putzo, ZPO 12. Aufl. § 515 Anm. 5 c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 42. Aufl. § 78 Anm. 1 C b; Zöllner, ZPO 13. Aufl. § 78 Anm. II 3 c cc (bearbeitet von Vollkommer) sowie § 515 Anm. VI 1 und § 566 Anm. II (bearbeitet von Schneider); Vollkommer (Rpfl 1974, 89, 91; 1977, 98; 1978, 173); Schneider (Rpfl 1971, 154; 1973, 315; JurBüro 1974, 839); Bergerfurth, Der Anwaltszwang und seine Ausnahmen, Rnr. 246.

1. Für die Ansicht, daß den Antrag nur ein beim Rechtsmittelgericht zugelassener Rechtsanwalt stellen kann, spricht der Wortlaut des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Vorschrift bestimmt, daß sich die Parteien vor den Landgerichten und allen Gerichten des höheren Rechtszuges durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen. Eine Besonderheit gilt gemäß § 8 Abs. 1 EGZPO in bayerischen Revisionssachen: Muß nach § 7 Abs. 2 EGZPO die Revision bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegt werden, können sich die Parteien bis zu dessen Entscheidung über die Zuständigkeit auch durch einen bei einem Landgericht, Oberlandesgericht oder dem Bundesgerichtshof zugelassenen Anwalt vertreten lassen. Nach diesem Zeitpunkt greift an sich

§ 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO wieder ein, d.h. grundsätzlich ist nur ein beim Bundesgerichtshof zugelassener Anwalt zur Vertretung berechtigt. Die Vorschrift des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterscheidet nicht nach Art und Bedeutung der Prozeßhandlung. Ihr Wortlaut verbietet es an sich, über die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen (vor allem: § 78 Abs. 2 ZPO; § 13 RpflG) hinaus weniger wichtige Prozeßhandlungen vom Anwaltszwang auszunehmen. Da für den Antrag aus den §§ 566, 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO nichts Besonderes bestimmt ist, spricht der Wortlaut des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO dafür, daß den Antrag nur ein bei dem Rechtsmittelgericht zugelassener Anwalt stellen kann.

Über den Wortlaut der Vorschrift des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch in anderen Fällen hinweggesetzt: Ein beim Bundesgerichtshof nicht zugelassener Anwalt kann die von ihm beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegte Revision auch noch wirksam zurücknehmen, nachdem das Gericht gemäß § 7 Abs. 2 EGZPO den Bundesgerichtshof für zuständig erklärt hat (RGZ-VZS-132, 92; BGH, Beschlüsse vom 11. Februar 1953 - II ZR 239/52 = LM ZPO § 78 Nr. 3; vom 22. April 1970 - IV ZR 1103/68 = LM ZPO § 78 Nr. 11; vom 8. Dezember 1977 - VII ZR 226/77 = LM ZPO § 78 Nr. 14). Ebenso kann ein solcher Anwalt noch vor dem Bundesgerichtshof den Rechtsmittelverzicht erklären (BGH, Urteil vom 22. Mai 1954 - V ZR 93/74 = BB 1974, 1045 = JurBüro 1974, 990). Auch kann der Kläger als Revisionsbeklagter noch beim Revisionsgericht die Klage durch seinen zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zurücknehmen, solange sich für ihn ein beim Revisionsgericht

zugelassener Rechtsanwalt nicht gemeldet hat (BGH - III. Zivilsenat -, BGHZ 14, 210).

Die Entscheidung RGZ 132, 92 stellt darauf ab, daß es nach wirksamer Einlegung der Revision durch einen bayerischen Anwalt beim Bayerischen Obersten Landesgericht eine leere Form ohne Inhalt wäre, wenn nur zum Zweck der Rücknahme der Revision ein beim Revisionsgericht zugelassener Anwalt beauftragt werden müßte, der sich mit der Sache selbst gar nicht zu befassen hätte. Hierdurch würde, so meint das Reichsgericht, die Gegenpartei lediglich mit erheblichen (unnötigen) Kosten belastet. Der Wortlaut des § 8 EGZPO zwingt nicht zu der Auslegung, daß Prozeßhandlungen, die nicht auf die Durchführung der Revision, sondern auf ihre Erledigung durch Zurücknahme gerichtet seien, nur durch einen beim Reichsgericht zugelassenen Anwalt vorgenommen werden dürften. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen.

Noch weiter geht die Begründung in BGHZ 14, 210, 211 ff:

"Dieser Grundsatz (daß Prozeßhandlungen, die sich an das Rechtsmittelgericht wenden, nur von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt vorgenommen werden können) kann jedoch nicht starr durchgeführt werden und muß dort, wo prozeßökonomische Erwägungen dies erheischen und der mit der Bestimmung des § 78 ZPO verfolgte Zweck dadurch nicht in Frage gestellt wird, Ausnahmen erleiden.

.....

Bei der Zurücknahme der Klage handelt es sich nicht um eine dem Revisionsverfahren eigentümliche Prozeßhandlung, sie kann vielmehr in jedem Verfahrensabschnitt bis zur Rechtskraft des Urteils erklärt werden. Der bei dem Berufungsgericht zugelassene Rechtsanwalt - und nur er allein ... - kann mithin kraft der ihm gemäß § 81 ZPO zustehenden Vollmacht zweifellos bis zur Einlegung der Revision die Zurücknahme der Klage erklären. Es ist aber ein zwingender Grund nicht dafür vorhanden, die Befugnis des beim Berufungsgericht zugelassenen Anwalts zur Klagerücknahme mit dem Augenblick enden zu lassen, in dem die beklagte Gegenpartei Revision eingelegt hat. Prozeßwirtschaftliche Erwägungen fordern vielmehr, diese Befugnis bis zu dem Augenblick dauern zu lassen, in dem ein vom Kläger als Revisionsbeklagten bestellter, beim Revisionsgericht zugelassener Rechtsanwalt sich meldet. Wollte man den Kläger nötigen, einen beim Revisionsgericht zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen, obwohl sich dieser mit der Sache selbst überhaupt nicht befassen und auch keine für die Fortführung des Revisionsverfahrens bedeutsame Prozeßhandlung vornehmen, sondern lediglich die Klagerücknahme erklären soll, so würde das eine Überspitzung des in § 78 Abs. 1 ZPO normierten Anwaltszwang bedeuten, die sachlich nicht gerechtfertigt ist."

Hält man an dieser Rechtsprechung fest - davon geht der IX. Zivilsenat zunächst aus -, genügt es auch in anderen Fällen nicht, zur Begründung des Anwaltszwangs auf den Wortlaut des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu verweisen, wenn prozeßökonomische Erwägungen für eine Lockerung des Grundsatzes sprechen. Insbesondere für Anträge nach den §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO liegt es nahe, an sie keine strengeren Anforderungen zu stellen als an die Rechtsmittelrücknahme oder den Rechtsmittelverzicht selbst.

Auch hier wird der mit § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO verfolgte Zweck nicht in Frage gestellt. Der Anwalt des Revisionsbeklagten muß bei der Stellung eines solchen Antrages sich mit der Sache selbst überhaupt nicht befassen und auch keine für die Fortführung des Revisionsverfahrens bedeutsame Prozeßhandlung vornehmen. Die Bedeutung des Antrages ist erheblich geringer als die der Klage- oder Rechtsmittelrücknahme und des Rechtsmittelverzichts. Die Übertragung der für diese Prozeßhandlungen geltenden Grundsätze auf den Verlust- und Kostenantrag führt auch nicht zu einem völligen Wegfall der anwaltlichen Vertretung, sondern nur zu einer Lockerung des Lokalisationsgrundsatzes, der allerdings in § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem Anwaltszwang verknüpft ist.

2. Darüber hinaus sprechen - zumindest in bayerischen Revisionsachen - auch prozeßwirtschaftliche Gesichtspunkte dafür, die Anwendung des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf den Verlust- und Kostenantrag in gleichem Umfang einzuschränken wie für die Klage- oder Rechtsmittelrücknahme und den Rechtsmittelverzicht. Außer der Verfahrensvereinfachung, die damit für den Rechtsmittelbeklagten verbunden ist, können jedenfalls in bayerischen Sachen weitere Kosten vermieden werden. In den Fällen des § 7 Abs. 2 EGZPO läßt sich der Revisionsbeklagte nicht selten vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht durch seinen zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vertreten, der dort gemäß § 8 Abs. 1 EGZPO für ihn handeln kann. Der Anwalt erhält für seine Tätigkeit eine 13/20-Gebühr aus § 56 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO, die sich allerdings auf die Bagatellgebühr des § 56 Abs. 3 BRAGO in Verbindung mit § 120 BRAGO (vgl. Riedel/Sußbauer, BRAGO 4. Aufl. § 56 Rnr. 13, Göttlich/Mümmeler, BRAGO 14. Aufl. Stichwort "Revision" Nr. 1.23, jeweils m.w.N.), nach anderer Ansicht auf die Gebühr des § 56 Abs. 2 BRAGO ermäßigen kann (vgl. Schumann/Geißinger, BRAGO 2. Aufl. § 14 Rnr. 20). Da das Revisionsverfahren vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht und anschließend vor dem Bundesgerichtshof gebührenrechtlich einen Rechtszug bildet (§ 14 Satz 1 BRAGO) und die Gebühr des § 56 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO nicht nur einen einzelnen Schriftsatz, sondern alle Schriftsätze abgilt, die in demselben Rechtszug angefertigt werden (vgl. Riedel/Sußbauer, § 56 BRAGO Rnr. 5; Schumann/Geißinger, § 56 BRAGO Rnr. 6;

Hartmann, Kostengesetze 21. Aufl. § 56 BRAGO Anm. 2 E), würde eine zusätzliche Gebühr nicht entstehen, wenn der für das Verfahren vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht bestellte Anwalt den Antrag aus den §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO beim Bundesgerichtshof stellen könnte. Wenn dagegen ein beim Bundesgerichtshof zugelassener Anwalt damit beauftragt werden muß, entsteht für diesen gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 BRAGO ebenfalls eine 13/20-Gebühr, allerdings aus einem geringeren, nach den Rechtsmittelkosten bemessenen Streitwert (BGHZ 15, 394).

3. Stichhaltige Gründe, an den Verlust- und Kostenantrag strengere Anforderungen zu stellen als an die Klage- oder Rechtsmittelrücknahme und den Rechtsmittelverzicht, liegen nicht vor.

a) Auf die Gesetzgebungsgeschichte des § 515 ZPO läßt sich die bisherige Rechtsprechung nicht stützen. Die ZPO enthielt ursprünglich für die in § 515 geregelten Prozeßhandlungen keine Ausnahme vom Anwaltszwang. Durch § 4 Abs. 1 der 4. Vereinfachungsverordnung vom 12. Januar 1943 (RGBl I 7) wurde § 515 ZPO neu gefaßt. Die Absätze 2 und 3 lauteten:

(2) Die Zurücknahme ist dem Gericht gegenüber zu erklären. Die Erklärung kann auch vor dem beauftragten oder ersuchten Richter oder vor der Geschäftsstelle zu Protokoll sowie durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht abgegeben werden.

- (3) Wird die Berufung zurückgenommen, so ist der Berufungskläger verpflichtet, die durch die Berufung entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Berufungsbeklagten ist diese Verpflichtung durch Beschluß auszusprechen. Der Beschluß bedarf keiner mündlichen Verhandlung und ist unanfechtbar.

Eine entsprechende Änderung erfuhr die Vorschrift über die Klagerücknahme (§ 271 ZPO aF).

Durch diese Gesetzesänderung wurde der Anwaltszwang für die Rücknahmeerklärung beseitigt (vgl. § 78 Abs. 2 ZPO), während über die Form des Kostenantrages nichts bestimmt war. Anscheinend hat aber die damalige Rechtspraxis den § 515 Abs. 2 Satz 2 auf den Kostenantrag entsprechend angewendet (vgl. OLG Neustadt JZ 1953, 185). Nach Kriegsende verlief die Entwicklung in den Besatzungszonen unterschiedlich. Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit (BT-Drucks. I/530) wollte es bei der durch die 4. Vereinfachungsverordnung erfolgten Beseitigung des Anwaltszwangs belassen und schlug daher in Art 2 Nr. 65 folgende Fassung des § 515 Abs. 2 und 3 ZPO vor:

- (2) Die Zurücknahme ist dem Gericht gegenüber zu erklären. Die Erklärung kann, wenn die Partei nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, vor dem beauftragten oder ersuchten Richter oder vor der Geschäftsstelle zu Protokoll sowie durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht abgegeben werden.

- (3) Die Zurücknahme hat den Verlust des eingelegten Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Beschluß auszusprechen; auf den Antrag ist die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 entsprechend anzuwenden. Der Beschluß bedarf keiner mündlichen Verhandlung und ist nicht anfechtbar.

Ähnlich sah der Vorschlag für die Klagerücknahme aus (Art. 2 Nr. 40 des Regierungsentwurfs).

Der Bundestag ist diesem Vorschlag nicht gefolgt. Auf Empfehlung des Unterausschusses "Bürgerliche Rechtspflege" des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (vgl. Drucks. Nr. 3 dieses Ausschusses) erhielt § 515 Abs. 2 und 3 durch Art. 2 Nr. 72 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12. September 1950 (BGBl I 455) die noch heute gültige Fassung.

Der Berichterstatter des Unterausschusses begründete die Änderung in der Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht vom 15. Mai 1950 wie folgt (vgl. das Ausschlußprotokoll Nr. 38 S. 35):

"Er berichtet dann über die Erörterungen des Unterausschusses zu der Frage, inwieweit im landgerichtlichen Verfahren und auch im

Rechtsmittelverfahren die Partei selber zur Zurücknahme der Klage und zum Verzicht auf Rechtsmittel, insbesondere auch in Ehesachen, berechtigt sein solle. Die Regierungsvorlage sehe vor, daß im Anwaltsprozeß die Partei die Möglichkeit haben solle, durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle etwa auf Rechtsmittel zu verzichten. Der Unterausschuß habe die Meinung vertreten, daß besonders bei Ehesachen die Schaffung einer solchen Möglichkeit zu schweren Mißbräuchen führen könnte. Wenn schon der Sinn des Anwaltsprozesses sei, daß die Parteierklärungen nur durch den Anwalt abgegeben werden könnten und der Anwalt daher eine gewisse Mitverantwortung trage, so könne auf diesen Schutz der Prozeßpartei dann nicht verzichtet werden, wenn es sich um so entscheidende Erklärungen handele, wie es die Klagezurücknahme oder der Rechtsmittelverzicht, ganz besonders in Ehesachen, darstelle. Der Unterausschuß habe aus diesem Grunde die in der Zusammenstellung vorgelegte Fassung vorgeschlagen, wonach auch im Anwaltsprozeß die Mitwirkung des Anwalts bei diesen prozeßentscheidenden Erklärungen notwendig sei."

In ähnlicher Weise wandte sich der Berichterstatter des Ausschusses in der zweiten Lesung des Gesetzes gegen die im Regierungsentwurf vorgesehene Einschränkung des Anwaltszwangs beim Rechtsmittelverzicht (Sitzungsbericht über die 79. Sitzung des Bundestages vom 26. Juli 1950 S. 2874).

Daraus ergibt sich eindeutig, daß der Gesetzgeber damals den Anwaltszwang gerade für die Klage- und Rechtsmittelrücknahme sowie den Rechtsmittelverzicht beibehalten wollte. Die Form des Verlust- und Kostenantrages hat dagegen in den Erörterungen keine Rolle gespielt. Daß die in § 515 Abs. 3 des Regierungsentwurfs enthaltene Verweisung auf § 515 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs ebenfalls gestrichen worden ist, beruht auf der vom Regierungsentwurf abweichenden Fassung des § 515 Abs. 2 ZPO.

Wenn also aus der Gesetzgebungsgeschichte der Wille des Gesetzgebers hervorgeht, den Anwaltszwang für die in den §§ 271 aF, 514, 515 ZPO geregelten Prozeßhandlungen beizubehalten, so gilt dies vor allem für die Rücknahme- und Verzichtserklärungen. Der Gesetzgeber hat sie als so wichtig angesehen, daß ihm eine anwaltliche Vertretung geboten erschien. Sie entscheiden das Schicksal des Prozesses. Dagegen ist der Beschluß nach § 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO von erheblich geringerer Bedeutung. Er ist rein deklaratorisch. Zwar bedarf es der Prüfung, ob die Rechtsmittelrücknahme wirksam ist und ob der Kostenentscheidung eine abweichende Parteivereinbarung entgegensteht. Das wirft aber nur in Ausnahmefällen Probleme auf. Die geringe sachliche Bedeutung der Entscheidung wird in BGHZ 15, 394 zutreffend gewürdigt. Es ist daher nicht Überzeugend, sich auf die Gesetzgebungsgeschichte des § 515 ZPO zu berufen, wenn es um die Form des Verlust- und Kostenantrages geht, sie aber bezüglich der Rücknahme- und Verzichtserklärungen zu ignorieren.

12

- 17 -

b) Aus der Entstehungsgeschichte des Rechtspflegergesetzes ergeben sich keine für die hier zu entscheidende Frage bedeutsamen Gesichtspunkte. Der Regierungsentwurf (BT-Drucks. V/3134) sah in § 20 Nr. 10 vor, die Entscheidungen nach den §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO dem Rechtspfleger zu übertragen. Wegen § 13 RpflG hätten dann die entsprechenden Anträge nicht dem Anwaltszwang unterlegen. Auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestages wurde § 20 Nr. 10 des Entwurfes gestrichen und ist nicht Gesetz geworden. Die im Schriftlichen Ausschlußbericht (BT-Drucks. V/4341) enthaltene Begründung lautet:

"Die Vorschrift wurde gestrichen, da die Auslegung von Prozeßerklärungen, wie sie die Klagerücknahme und ihr entsprechende Prozeßhandlungen darstellen, dem Richter vorbehalten bleiben muß."

Nicht die Beibehaltung des Anwaltszwangs, sondern das Entscheidungsprivileg des Richters war mithin das Motiv, § 20 Nr. 10 des Entwurfs zu streichen.

4. Die unterschiedliche Behandlung der Klage- und Rechtsmittelrücknahme sowie des Rechtsmittelverzichts einerseits und des Verlust- und Kostenantrages andererseits läßt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, daß die Rücknahme- und Verzichtserklärungen Bewirkungshandlungen seien, während die Anträge nach den §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO darauf gerichtet seien, eine

gerichtliche Entscheidung zu erwirken. Die rechtswissenschaftliche Unterscheidung der Prozeßhandlungen in Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen ist in bezug auf den Anwaltszwang ohne jeden Aussagewert. § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO macht insoweit keinen Unterschied.

5. Das weitere Argument, die Revisionsrücknahme beim Bundesgerichtshofs durch bayerische Anwälte sei gewohnheitsrechtlich gestattet (Wieczorek, § 8 EGZPO Anm. A II), überzeugt ebenfalls nicht. Gegen das geschriebene Gesetz könnte sich Gewohnheitsrecht nicht durchsetzen. Außerdem ist es bis heute umstritten, ob ein beim Prozeßgericht nicht zugelassener Anwalt das Rechtsmittel zurücknehmen kann (vgl. Wieczorek, § 78 ZPO Anm. B II d 1, 3; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 566 ZPO Anm. 1; Mattern, Anwaltsblatt 1970, 301 ff).

Daß auch sonstige Versuche, die unterschiedliche Behandlung der Rücknahmeerklärung und des Verlustantrages zu rechtfertigen, scheitern müssen, hat Mattern a.a.O. überzeugend dargelegt.

IV.

Die Ansicht, der Verlust- und Kostenantrag könne im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof nur durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwalt gestellt werden, läßt sich nach allem folgerichtig nur vertreten,

wenn man abweichend von der bisherigen Rechtsprechung die gleichen Anforderungen an die Rechtsmittelrücknahme, den Rechtsmittelverzicht und die Klagerücknahme stellt. Bei Verneinung der Frage zu 1) hält der IX. Zivilsenat daher die nach der Unzuständigkeitserklärung des Bayerischen Obersten Landesgerichts erklärte Revisionsrücknahme für unwirksam und möchte die Revision als unzulässig verwerfen (§ 554 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 7 Abs. 5 EGZPO), sieht sich aber daran durch die bereits genannten Entscheidungen gehindert: Beschlüsse vom 11. Februar 1953 - II ZR 239/52 = LM ZPO § 78 Nr. 3; vom 22. April 1970 - IV ZR 1103/68 = LM ZPO § 78 Nr. 11; vom 8. Dezember 1977 - VII ZR 226/77 = LM ZPO § 78 Nr. 14. Der IVa-, VI.-, VII.- und X.-Zivilsenat haben im Rahmen der Anfrage zur Änderung der Rechtsprechung zum Anwaltszwang beim Kosten- und Verlustantrag nach §§ 515 Abs. 3 Satz 2, 566 ZPO bereits erklärt, daß einer Änderung der Rechtsprechung bei Revisions- und Klagerücknahme nicht zugestimmt werden könne.

Auch zu dieser Rechtsfrage ist eine Entscheidung des Großen Senats zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten (§ 137 GVG). Die Sache wird bei Verneinung der Frage zu 1) daher gemäß §§ 136, 137 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung auch über diese Rechtsfrage vorgelegt.

V.

Das Reichsgericht (RGZ-VZS - 132, 92) hatte die Rücknahme einer beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingelegten Revision durch den nicht beim Reichsgericht zugelassenen Anwalt für wirksam angesehen. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof in den bereits zitierten Entscheidungen gefolgt. Die Kommentarliteratur hat sich dieser Meinung angeschlossen (Stein/Jonas/Schlosser ZPO 19. Aufl. § 8 EGZPO Anm. I; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 42. Aufl. § 8 EGZPO Anm. 1; Thomas/Putzo 12. Aufl. § 566 Anm. c; Zöllner, ZPO 13. Aufl. § 566 Anm. II (bearbeitet von Schneider), § 78 Anm. 3 c bb (bearbeitet von Vollkommer), Wieczorek ZPO 2. Aufl. § 8 EGZPO Anm. A II (gewöhnheitsrechtlich anerkannt), § 78 Anm. B II d 1, 3 (mit der Einschränkung, daß alle weiteren Entscheidungen vom Bayerischen Obersten Landesgericht zu fassen sind), § 515 Anm. C I (bearbeitet von Rössler); Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 143 II 3 b, Bergerfurth, Der Anwaltszwang und seine Ausnahmen, Rnr. 241).

Soweit erkennbar hat sich nur Mattern (Anwaltsblatt 1970, 303) dafür ausgesprochen, daß eine bayerische Revision nach dem Übergang des Verfahrens an den Bundesgerichtshof nur von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zurückgenommen werden kann. Es ist in der Tat ein unbefriedigendes und widersprüchliches Ergebnis, wenn die Rücknahme des Rechtsmittels, die den Prozeß sachlich beendet und daher von zentraler Bedeutung ist, vom Voranwalt erklärt werden kann, während

den dadurch ausgelöst und nur der formalen Abwicklung dienenden Verlustantrag der Voranwalt des Rechtsmittelbeklagten in bayerischen Revisionsverfahren nicht stellen kann. Es ist bereits ausgeführt worden, daß die Gründe, die für eine Ausnahme vom Anwaltszwang (genauer: Lokalisationsgrundsatz) bei Rechtsmittelrücknahme in bayerischen Revisionssachen sprechen, auch eine Ausnahme vom Wortlaut des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO beim Kosten- und Verlustantrag nach §§ 566, 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO rechtfertigen würden. Eine Gleichbehandlung (auch im Sinne einer prozessualen Waffengleichheit) drängt sich geradezu auf. Der einzige sachliche Unterschied, der sich anführen läßt, liegt darin, daß wegen der vorgeschalteten Zuständigkeit des Bayerischen Obersten Landesgerichts für den Revisionskläger häufig der Vorinstanz-Anwalt auch schon in der Revisionsinstanz tätig geworden sein wird, bevor das Verfahren an den Bundesgerichtshof gelangt, für den Revisionsbeklagten zu solcher Anwaltsbetreuung in der Regel kein Anlaß besteht (BGH, Beschl. v. 24.11.1976 - V ZR 264/74 = LM ZPO § 78 Nr. 13). Dieser Unterschied kann jedoch als nicht so gewichtig angesehen werden, daß eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden könnte. Es ist nicht selten, daß sich der Revisionsbeklagte bei Anträgen an das Bayerische Oberste Landesgericht z.B. im Verfahren der Prozeßkostenhilfe und zur Verteidigung gegen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung anwaltlicher Hilfe bedient. Wenn daher eine Ausnahme vom Anwaltszwang beim Kosten- und Verlustantrag gemäß §§ 566, 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO in bayerischen Revisions-sachen nach Unzuständigkeitserklärung des Bayerischen

Obersten Landesgerichts und Abgabe des Verfahrens an den Bundesgerichtshof wegen des eindeutigen Wortlauts des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO verneint wird, müssen auch für die Rücknahme der Revision die gleichen Grundsätze gelten. Eine "Harmonisierung" (Vollkommer Rpfl. 1978, 173) ist geboten. Außer dem Wortlaut des § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO läßt sich für den uneingeschränkten Anwaltszwang bei Rechtsmittelrücknahmen in bayerischen Revisionssachen die Entstehungsgeschichte des heutigen § 515 ZPO und das weitere Gesetzgebungsverfahren zur Begründung heranziehen.

Merz

Henkel

Gärtner

Winter

Graßhof