

5

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 89

Wird in der Berufungsinstanz ein Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Berufungsfrist nicht wegen mangelnder Vollmacht des Prozeßvertreters als unzulässig, sondern aus anderen Gründen als unbegründet zurückgewiesen, so kann die vollmachtlose Prozeßführung auch noch nach Einlegung der sofortigen Beschwerde genehmigt werden (§ 89 Abs. 2 ZPO).

BGH, Beschluß v. 24. Oktober 1979 - VIII ZB 20/79 - OLG Karlsruhe
LG Freiburg
i.Br.

5

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZB 20/79

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Giuseppe C [REDACTED], Matthias-B [REDACTED]-Straße / in F [REDACTED] i.Br.,

Beklagter und Beschwerdeführer,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] in F [REDACTED] -
II. Instanz:

g e g e n

Firma M [REDACTED] Italiano, Inh. Wiltrud H [REDACTED], Z [REDACTED]
Straße / in F [REDACTED] i.Br.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] u.a.
II. Instanz: in F [REDACTED] -

5

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Dr. Brunotte in der Sitzung vom 24. Oktober 1979 ohne mündliche Verhandlung

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Beklagten wird der Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe, 13. Zivilsenat in Freiburg, vom 4. Mai 1979 aufgehoben.

Dem Beklagten wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gegen das Urteil des Landgerichts Freiburg i.Br. vom 7. November 1978 erteilt.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e

I. Der Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts Freiburg i.Br. vom 7. November 1978 zur Zahlung von 4 839,32 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Gegen dieses Urteil hat der Rechtsanwalt S. [REDACTED] namens des Beklagten am 12. Dezember 1978 mit einem nicht unterzeichneten Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb der verlängerten Begründungsfrist begründet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nachdem das Oberlandesgericht mit Verfügungen vom 14. und 16. März 1979 auf die fehlende Unterzeichnung der Berufung hingewiesen hatte, beantragte Rechtsanwalt S. am 30. März 1979 unter Berufung auf ein Büroversehen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist und wiederholte gleichzeitig die Berufung. Auf die nunmehr von der Klägerin erhobene Rüge mangelnder Vollmacht des Rechtsanwalts S. legte dieser am 25. April 1979 zur Erfüllung einer Auflage des Oberlandesgerichts vom 10. April 1979 eine mit dem Namen des Beklagten unterzeichnete, auf den 18. April 1979 datierte Vollmacht vor. Wie sich erst nach Abschluß der Berufungsinstanz herausstellte, war diese Vollmacht nicht von dem Beklagten unterschrieben, sondern von dem Gastwirt Enzo G., der seinerzeit die von der Klageforderung betroffene Pizzeria des Beklagten führte und deshalb wirtschaftlich am Ausgang des Rechtsstreits allein interessiert ist.

Mit dem angefochtenen Beschluß hat das Oberlandesgericht den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen, weil der Beklagte Wiedereinsetzungsgründe zwar schlüssig vorgetragen, aber nicht glaubhaft gemacht habe. Gleichzeitig hat es die Berufung als unzulässig verworfen. Gegen diesen ihm am 25. Mai 1979 zugestellten Beschluß hat Rechtsanwalt Schiller für den Beklagten am 8. Juni 1979 sofortige Beschwerde eingelegt und mit Schriftsatz vom 17. September 1979 eine öffentlich beglaubigte Vollmacht des Beklagten vom 7. September 1979 nachgereicht, die nach ihrem Wortlaut den Bevollmächtigten zur Prozeßführung in allen Instanzen ermächtigt.

II. Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet.

1. Gegen Beschlüsse des Oberlandesgerichts, durch die ein Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Berufungsfrist abgelehnt und die Berufung als unzulässig verworfen ist, findet die sofortige Beschwerde statt (§§ 238 Abs. 2, 519 b Abs. 2 ZPO). Rechtsanwalt Schiller hat sie innerhalb zwei Wochen nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses in zulässiger Weise beim Oberlandesgericht eingelegt (§§ 569 Abs. 1, 577 Abs. 2 ZPO). Seine Vollmacht hat er durch Vorlage der Vollmachtsurkunde vom 7. September 1979 nachgewiesen.

2. a) Der sachliche Erfolg der sofortigen Beschwerde hängt zunächst davon ab, ob der in der Berufungsinstanz für den Beklagten handelnde Rechtsanwalt für den Wiedereinsetzungsantrag und für die Berufung wirksam bevollmächtigt war. Da der Mangel der Vollmacht im zweitinstanzlichen Verfahren von der Klägerin gerügt und daher vom Berufungsgericht aufzuklären war (§ 88 ZPO), hat das Revisionsgericht die Vollmachtsvoraussetzungen für die Berufungsinstanz von Amts wegen zu überprüfen (BGH Urteil vom 9. Mai 1951 - II ZR 108/50 = MDR 1951, 732).

b) Im Ergebnis greifen die Einwände der Klägerin gegen die Wirksamkeit der Vollmacht nicht durch.

Da die Vollmachtsurkunde vom 18. April 1979 nicht vom Beklagten, sondern von einem Dritten ausgestellt war, konnte sie nur wirksam sein, wenn der Dritte dazu

ermächtigt war. Ob das von Anfang an zutraf, wie der Beklagte in einer seiner Beschwerde nachgereichten Erklärung vom 8. Oktober 1979 behauptet, kann unentschieden bleiben. Durch die von ihm selbst unterzeichnete Vollmacht vom 7. September 1979 hat der Beklagte die Prozeßführung des Rechtsanwalts S. [REDACTED] im Berufungsrechtszug jedenfalls rückwirkend genehmigt (§ 89 Abs. 2 ZPO).

Unterstellt man, daß der Beklagte den Dritten nicht zur Beauftragung des Rechtsanwalts S. [REDACTED] ermächtigt hatte, so handelte dieser bei Einreichung des Wiedereinsetzungsantrags und Einlegung der Berufung ohne Vollmacht. Das Berufungsgericht hat den vollmachtlosen Prozeßvertreter jedoch einstweilen zugelassen (§ 89 Abs. 1 ZPO), indem es ihm die Vorlage einer Prozeßvollmacht aufgegeben hat. Eine solche vollmachtlose, vom Gericht einstweilen zugelassene Prozeßführung kann die Prozeßpartei, in deren Namen der Prozeßvertreter handelt, grundsätzlich gemäß § 89 Abs. 2 ZPO rückwirkend genehmigen (RGZ 161, 350; BGHZ 10, 147, 148; Senatsbeschuß vom 7. Juli 1960 - VIII ZR 215/59 = LM BGB § 209 Nr. 10; BGH NJW 1967, 2304). Die Genehmigung braucht, da § 89 ZPO insoweit keine Begrenzung festlegt, nicht schon vor Erlaß der Entscheidung in derselben Instanz erklärt zu werden, in der der Vertreter vollmachtlos gehandelt hat (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 89 Rdnrn 13 und 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 37. Aufl., § 88 Anm. 2 B b und § 89 Anm. 3; vgl. auch BGHZ 10, 147 f). Auf die Streitfrage, ob dasselbe gilt, wenn die Vorinstanz die Klage oder das Rechtsmittel wegen fehlender Vollmacht als

unzulässig verworfen hat (bejahend: BFH NJW 1968, 910 f; BSG MDR 1971, 614; verneinend: BAG NJW 1965, 1041; BGH MDR 1971, 483; Stein/Jonas/Leipold aaO; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 55 IV S. 288), braucht der erkennende Senat nicht einzugehen. Denn das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung hier nicht auf mangelnde Vollmacht gestützt, sondern die vorgelegte Vollmachtsurkunde vom 18. April 1979 als ausreichenden Nachweis angesehen.

c) Das Berufungsgericht hat dem Beklagten die Wiedereinsetzung versagt, weil er seinen Antrag zwar rechtzeitig gestellt und schlüssig begründet, aber nicht glaubhaft gemacht habe.

Diese Begründung kann keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht dem Beklagten Gelegenheit zur Nachholung der Glaubhaftmachung hätte geben müssen und deshalb § 139 ZPO verletzt hat.

aa) Rechtlich bedenkenfrei hat das Berufungsgericht die Rechtzeitigkeit des Wiedereinsetzungsantrags (§ 234 Abs. 1 ZPO) und dessen schlüssige Begründung (§ 233 ZPO) angenommen. Diese ihm günstigen Feststellungen greift auch der Beklagte nicht an.

bb) Die für die Wiedereinsetzung geltend gemachten Tatsachen hat der Antragsteller in seinem Wiedereinsetzungsantrag oder im weiteren Verfahren über diesen Antrag glaubhaft zu machen (§ 236 Abs. 2 ZPO in der Fassung des Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom

3. Dezember 1976 - BGBl I 3281 -). An einer solchen Glaubhaftmachung hat es der Beklagte vor Erlaß des angefochtenen Beschlusses fehlen lassen. Erst nach Einlegung der sofortigen Beschwerde hat er mit Schriftsatz vom 7. Juni 1979 zwei eidesstattliche Versicherungen seines Prozeßbevollmächtigten und der Büroangestellten Wolf vorgelegt, in denen das behauptete Büroversehen (Absendung der Berufungsschrift ohne vorherige Vorlage zur Unterschrift) und die hinreichende Überwachung des Büropersonals in überzeugender Weise als zutreffend versichert werden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nach der Neufassung des § 236 ZPO auch im Zivilprozeß die in der Beschwerdeinstanz nachgeholte Glaubhaftmachung in jedem Fall ausreicht, wie es das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der insoweit gleichlautenden Bestimmung des § 45 StPO für das Strafverfahren entschieden hat (BVerfGE 41, 334 ff = NJW 1976, 1537; BVerfGE 43, 95, 98). Jedenfalls durfte das Berufungsgericht unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles den Antrag nicht ohne vorherigen Hinweis auf die mangelnde Glaubhaftmachung zurückweisen.

In seinem Wiedereinsetzungsantrag hatte der Prozeßvertreter des Beklagten u.a. ausgeführt: "Zur Glaubhaftmachung werden eidesstattliche Versicherungen a) des Unterzeichneten, b) von Fräulein Doris W. vorgelegt". Die Versicherungen waren dem Schriftsatz jedoch nicht beigelegt. Das Berufungsgericht hat den Beklagten auf diesen Mangel nicht hingewiesen, sondern in der Verfügung des Vorsitzenden vom

5

10. April 1979 nur eine Frist zur Vorlage einer schriftlichen Vollmacht gesetzt. Für den Prozeßvertreter des Beklagten gab dies keinen Anlaß, auf die offenbar versehentlich noch nicht erfolgte Vorlage der eidesstattlichen Versicherungen aufmerksam zu werden. Zwar hatte der Vertreter der Klägerin im Schriftsatz vom 9. April 1979 u.a. auch mangelnde Glaubhaftmachung gerügt. Die Formulierung ("im Übrigen sind die Umstände, die nach der Antragsschrift die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen sollen, entgegen § 236 Abs. 2 ZPO nicht glaubhaft gemacht") ließ jedoch nicht erkennen, ob damit das Fehlen jeder Glaubhaftmachung oder nur ein nach Auffassung der Klägerin nicht ausreichender Inhalt beanstandet werden sollte. Da die Glaubhaftmachung nach § 236 Abs. 2 ZPO n.F. auch noch im Laufe des Verfahrens zulässig ist, hätte das Berufungsgericht den Beklagten unter diesen Umständen gemäß § 139 Abs. 1 ZPO vor seiner Entscheidung auf die notwendige Ergänzung hinweisen müssen.

3. Der Verfahrensmangel nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Da die Glaubhaftmachung inzwischen nachgeholt ist, konnte der Senat die Wiedereinsetzung selbst aussprechen. Über die Zulässigkeit der Berufung wird das Berufungsgericht danach neu zu befinden haben. Ihm war auch die Entscheidung über

die Kosten der Beschwerde zu übertragen (vgl. BGH Beschluß vom 15. Dezember 1959 - VIII ZB 29/59 = VersR 60, 181).

Braxmaier

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Dr. Brunotte