

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 268/82

URTEIL

Verkündet am
8. Februar 1984
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Gastwirtin Johanna K [REDACTED], Z [REDACTED] U [REDACTED] in T [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Gastwirt Willi S [REDACTED], Inhaber des Restaurants "A [REDACTED]",
Z [REDACTED] U [REDACTED] in T [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 20. Juli 1982 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung von rückständigem Mietzins und Nebenkosten in Anspruch. Er erwirkte gegen sie ein Versäumnisurteil vom 15. Dezember 1978 über 11.198,55 DM nebst Zinsen, das nach Einspruch der Beklagten aufrechterhalten blieb (Urteil vom 25. Mai 1979). Auch ihre Berufung wurde mit einer Einschränkung im Zinsanspruch zurückgewiesen, jedoch die Revision zugelassen. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil in Höhe von 244,08 DM nebst Zinsen bestätigt, es im übrigen

jedoch abgeändert und das erstinstanzliche Urteil einschließlich des Verfahrens des Landgerichts seit Erlass des Versäumnisurteils vom 15. Dezember 1978 aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen (Senatsurteil vom 25. März 1981 - VIII ZR 114/80). In der darauf erneut anberaumten mündlichen Verhandlung am 10. Juli 1981 ist ausweislich des Protokolls für die Beklagte niemand erschienen. Der Kläger beantragte Erlass eines "zweiten Versäumnisurteils". Dementsprechend wurde - unter Verwendung eines Vordrucks für Versäumnisurteile - am 14. Juli 1981 ein "zweites Versäumnisurteil" verkündet, wonach das Versäumnisurteil vom 15. Dezember 1978 in Höhe von 10.954,47 DM nebst Zinsen "aufrechterhalten" wird. Hiergegen hat die Beklagte am 15. Dezember 1981 beim Oberlandesgericht Berufung und am 16. Dezember 1981 zum Landgericht Einspruch eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung verworfen; das Verfahren über den Einspruch ist noch beim Landgericht anhängig. Mit ihrer Revision gegen das Berufungsurteil, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter, soweit über die Klage nicht rechtskräftig entschieden worden ist.



Entscheidungsgründe

Die nach § 547 ZPO ohne weiteres statthafte Revision ist nicht begründet.

I. Das Berufungsgericht hält die Berufung der Beklagten schon für nicht statthaft, weil die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 513 Abs. 2 ZPO ein Versäumnisurteil mit der Berufung angefochten werden kann, nicht erfüllt seien. Bei dem mit der Berufung angegriffenen Urteil des Landgerichts vom 14. Juli 1981 handle es sich nämlich nicht um ein nach § 345 ZPO ergangenes Versäumnisurteil, gegen das der Beklagten ein weiterer Einspruch nicht zugestanden hätte. Denn trotz der Aufhebung des Verfahrens des Landgerichts seit Erlaß seines Versäumnisurteils vom 15. Dezember 1978 durch das erste Revisionsurteil sei der Verhandlungstermin vom 10. Juli 1981 kein solcher im Sinne des § 341 a ZPO oder ein Vertagungstermin gewesen.

Es braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob gegen diese Ansicht des Berufungsgerichts Bedenken bestehen. Hat es nämlich unzutreffend die Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil im Sinne von § 345 ZPO verneint und stellt sich bei richtiger rechtlicher Würdigung das landgerichtliche Urteil vom 14. Juli 1981 als "Zweites Versäumnisurteil" gemäß dieser Vorschrift dar, so ist die Berufung im Rahmen von § 513 Abs. 2 ZPO statthaft. Der Beklagten kann aber auch dann,

wenn lediglich die Voraussetzungen für ein "weiteres" Versäumnisurteil gegeben waren, das grundsätzlich nur dem Einspruch unterlag (§§ 331, 338 ZPO), nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung nicht verwehrt werden, das als solches bezeichnete und damit auf eine Entscheidung nach § 345 ZPO hinweisende "Zweite Versäumnisurteil" entsprechend § 513 Abs. 2 ZPO mit der Berufung anzugreifen (s. BGHZ 73, 87, 88 f.; OLG Nürnberg OLGZ 1982, 447, 448 unter Ziff. 1). Gegen die Statthaftigkeit der Berufung läßt sich schließlich nichts daraus herleiten, daß die Beklagte nach der Berufung auch Einspruch gegen das Urteil eingelegt hat. Nach alledem kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß das Urteil vom 14. Juli 1981 nicht mit der Berufung anfechtbar war.

II. Das angefochtene Urteil hat aber mit seiner Hilfsbegründung Bestand, daß die Berufung wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist (§ 516 ZPO) unzulässig ist.

1. Das landgerichtliche Urteil vom 14. Juli 1981 ist Rechtsanwalt Büttner am 20. Juli 1981 zugestellt worden. Damit wurde nach Ansicht der Vorinstanz die Berufungsfrist in Lauf gesetzt, so daß die am 15. Dezember 1981 eingelegte Berufung verspätet gewesen sei. Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe haben keinen Erfolg.

a) Rechtsanwalt B. hatte sich schon im Mahnverfahren für die Beklagte gemeldet und nach Übergang der Sache in das streitige Verfahren mit Schriftsatz vom 8. September 1978 auf ihn ausgestellte Prozeßvollmacht der Beklagten eingereicht. Er ist noch im Urteil vom 25. Mai 1979, mit dem das Verfahren vor dem Landgericht im ersten Durchgang abgeschlossen wurde, als Prozeßbevollmächtigter der Beklagten aufgeführt. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsverstöß davon ausgegangen, daß er gemäß § 87 ZPO auch im Zeitpunkt der Zustellung des Urteils vom 14. Juli 1981 noch Prozeßbevollmächtigter der Beklagten war, an den die Zustellung gemäß § 176 ZPO bewirkt werden mußte (s. BGH, Urteil vom 5. November 1974 - VI ZR 239/73, LM ZPO § 87 Nr. 6 = NJW 1975, 120; Urteil vom 14. Dezember 1979 - V ZR 146/78, LM ZPO § 233 K Nr. 3 unter Ziff. 1 = NJW 1980, 999).

aa) Durch den Übergang der Sache in das erste Berufungs- und Revisionsverfahren, also an Gerichte, vor denen Rechtsanwalt B. nicht postulationsfähig war, ist seine Prozeßvollmacht nicht erloschen, sondern lebte nach der Zurückverweisung durch das erste Revisionsurteil an das Landgericht wieder auf (§ 178 ZPO; vgl. Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. § 178 Anm. A II).

bb) Freilich hätte die Beklagte oder hätte Rechtsanwalt B. das Mandat kündigen können. Daß dies geschehen ist, ergibt sich aus dem für den Senat nach § 561 ZPO maßgeblichen

Prozeßstoff nicht. Zwar haben sich - nachdem am 2. Juli 1979 die Rechtsanwälte H. [REDACTED] für die Beklagte Berufung gegen das Urteil vom 25. Mai 1979 eingelegt hatten - die Rechtsanwälte Dr. Bu. [REDACTED], Bö. [REDACTED] und S. [REDACTED] mit Schriftsatz vom 23. Juli 1979 an das Landgericht gewendet und unter Überreichung einer Vollmacht der Beklagten beantragt, "uns die Gerichtsakten kurzfristig zur Einsichtnahme zu überlassen". In der beigefügten üblichen Formularvollmacht, die keine Streichungen enthält, ist nach dem vorgedruckten Wort "wegen" maschinenschriftlich das Wort "Akteneinsicht" eingefügt. Aus dem Schreiben und der Vollmacht ist nicht zu entnehmen, daß die Rechtsanwälte Dr. Bu. [REDACTED], Bö. [REDACTED] und S. [REDACTED] sich anstelle von Rechtsanwalt S. [REDACTED] (§ 87 Abs. 1 ZPO) zu Prozeßbevollmächtigten der Beklagten bestellt haben. Dies gilt um so mehr, als es an einem Anhaltspunkt dafür fehlt, warum sich die Rechtsanwälte Dr. Bu. [REDACTED] und Kollegen zu erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten hätten bestellen sollen, nachdem die Sache bereits in der Berufungsinstanz anhängig geworden war. Diese Erwägung wird auch nicht dadurch ausgeräumt, daß Rechtsanwälte Schött und Partner die Vertretung der Beklagten mit Schriftsatz vom 10. Juni 1981 ausdrücklich niedergelegt haben. Der Grund hierfür kann darin gelegen haben, im Hinblick auf die Zustellung vom 5. Juni 1981 (s. unten) klarzustellen, daß sie die Beklagte nicht vertreten.

Der Revision ist allerdings zuzugeben - und hierauf war auch schon in der Berufungsbegründung der Beklagten vom 15. Dezember 1981 hingewiesen worden -, daß das Landgericht in dem auf die Zurückverweisung durch den Bundesgerichtshof folgenden Verfahren ersichtlich Zweifel hatte, wer Prozeßbevollmächtigter der Beklagten war. Das Landgericht hat sowohl die Ladung zum Termin vom 10. Juli 1981 als auch den Schriftsatz des Klägers vom 3. Juni 1981 Rechtsanwalt S. zugestellt (Zustellungen vom 16. und 24. Juni 1981). Ebenso ist - wie schon erwähnt - eine Verfügung vom 19. Mai 1981 in Verbindung mit Verfügungen vom 4. Mai und 4. Juni 1981, mit der der Kammervorsitzende eine Äußerungsfrist gesetzt hatte, am 5. Juni 1981 Rechtsanwalt S. zugestellt worden, nachdem die Verfügung vom 19. Mai 1981 bereits Rechtsanwalt B. zugestellt worden war. Es erscheint möglich, daß das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung der Frage gekommen wäre, ob Rechtsanwalt B. noch Prozeßbevollmächtigter der Beklagten war, wenn es die von der Revision mit einer Rüge nach § 139 ZPO geltend gemachte Behauptung berücksichtigt hätte, daß Rechtsanwalt B. das Landgericht nach Erhalt der ihm zugestellten Verfügung vom 19. Mai 1981 telefonisch davon verständigt habe, nicht er, sondern die Rechtsanwälte S. und Kollegen seien nunmehr die alleinigen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten (zur Bestellung eines anderen Rechtsanwalts als Prozeßbevollmächtigten vgl. BGH, Beschluß vom 21. Mai 1980 - IV b ZB 567/80, NJW 1980, 2309, 2310 unter II 1). Das braucht indessen nicht ver-

tieft zu werden, weil dem Berufungsgericht keine Fragepflicht hinsichtlich der Beendigung des Mandats von Rechtsanwalt B. oblag. Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung ausführlich - wenn auch letztlich nicht durchgreifend - dargelegt, warum nach ihrer Ansicht die Zustellung des Urteils an Rechtsanwalt B. nicht wirksam gewesen ist. Die angebliche telefonische Mitteilung von Rechtsanwalt S. hat sie hierbei nicht vortragen. Für eine in diese Richtung zielende Frage hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. Die beim Landgericht ersichtlich bestehende Unklarheit darüber, wer Prozeßbevollmächtigter der Beklagten war, brauchte für das Berufungsgericht auch nicht ausschlaggebend zu sein, der Beklagten einen zusammenhängenden Vortrag anheimzugeben, wie sich ihre Vertretung in dem Rechtsstreit entwickelt hatte.

b) Auf Gründe für eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist kann sich die Revision ebenfalls nicht stützen. Zwar ist der Senat in der Überprüfung aus diesem Gesichtspunkt nicht gehindert, denn das Berufungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil zugleich die Wiedereinsetzung abgelehnt (vgl. BGH, Beschluß vom 7. Oktober 1981 - IV b ZB 825/81, NJW 1982, 887 = VersR 1982, 95 m.w.N.). Eine Wiedereinsetzung hätte unter den Voraussetzungen des § 236 Abs. 2 Satz 2 letzter Halbsatz ZPO auch keines Antrags bedurft. Diese Bestimmung macht aber nicht das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen entbehrlich. Ein entsprechender, hier fehlender Vortrag m i t

Glaubhaftmachung hätte sich insbesondere darauf beziehen müssen, daß Rechtsanwalt B [REDACTED] von der Beklagten nicht mehr bevollmächtigt war (vgl. Senatsbeschluß vom 9. März 1983 - VIII ZB 3/83, VersR 1983, 540 unter Ziff. 1) und daß die zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten jedenfalls bis zwei Wochen vor Berufungseinlegung (§ 234 ZPO) unverschuldet der Ansicht sein konnten, das Urteil vom 14. Juli 1981 sei nicht wirksam zugestellt worden. Demgegenüber braucht nicht weiter auf die Auffassung des Berufungsgerichts eingegangen zu werden, eine Wiedereinsetzung scheide schon deshalb aus, weil sich die Rechtsanwälte P [REDACTED] und D [REDACTED] (sie sind nicht die zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, sondern hatten für diese den Einspruch gegen das Urteil vom 14. Juli 1981 eingelegt) bereits am 27. Juli 1981 zu Prozeßbevollmächtigten der Beklagten bestellt und die Gerichtsakten am 3. August wie auch am 22. September 1981 zur Einsicht erhalten haben.

2. Nach alledem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch