



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZR 58/06

vom

5. Juli 2006

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Juli 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Dr. Ahlt und Dose

beschlossen:

Der Antrag des Antragstellers, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Mülheim an der Ruhr vom 23. Dezember 2004 und dem Versäumnisurteil des 8. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Mai 2005 ohne Sicherheitsleistung, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung, einzustellen, wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

- 1 Die Ehe der Parteien wurde durch Verbundurteil des Amtsgerichts Mülheim an der Ruhr vom 23. Dezember 2004 (insoweit rechtskräftig) geschieden. Zugleich wurde der Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin ab Rechtskraft der Scheidung nachehelichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 1.067 € monatlich zu zahlen. Gegen die Entscheidung zum Unterhalt legte der Antragsteller rechtzeitig Berufung ein und begründete diese. Nachdem das Berufungsgericht Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt hatte, meldete sich für den Antragsteller Rechtsanwalt G. unter Hinweis auf die Bevollmächtigung durch den Antragsteller. Die - beim Oberlandesgericht zugelassenen - früheren

Prozessbevollmächtigten legten ihr Mandat nieder. Im Verhandlungstermin vom 25. Mai 2005 erschien für den Antragsteller allein Rechtsanwalt G. und erklärte, nicht beim Oberlandesgericht zugelassen zu sein. Auf Antrag der Antragsgegnervertreter wurde die Berufung des Antragstellers durch Versäumnisurteil zurückgewiesen. Dieses Urteil wurde den am Oberlandesgericht zugelassenen früheren Prozessbevollmächtigten des Antragstellers am 1. Juni 2005 zugestellt. Am 6. Juni 2005 wurde durch die Geschäftsstelle eine weitere Zustellung des Versäumnisurteils an Rechtsanwalt G. veranlasst, der dieses ausweislich seines Empfangsbekennnisses am 11. Juni 2005 erhalten hat. Nachdem Rechtsanwalt G. am 24. Juni 2005 als Rechtsanwalt am Oberlandesgericht Hamm zugelassen war, legte er am (Montag) 27. Juni 2005 Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein. Außerdem beantragte er, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil ohne Sicherheitsleistung einzustellen.

2 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Oberlandesgericht den Einspruch als unzulässig verworfen. Die zweiwöchige Einspruchsfrist habe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits mit Zustellung des Versäumnisurteils an seine früheren Prozessbevollmächtigten begonnen und sei deswegen am 15. Juni 2005 abgelaufen. Der durch Rechtsanwalt G. am 27. Juni 2005 eingelegte Einspruch sei deswegen verspätet und somit unzulässig. Die Revision hat das Berufungsgericht zugelassen, weil die Frage, ob für die Wirksamkeit der Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten dessen Postulationsfähigkeit gegeben sein müsse, "in Rechtsprechung und Literatur durchaus auch verneint oder offen gelassen worden" sei.

3 Nach Einlegung und Begründung der Revision beantragt der Antragsteller, die Zwangsvollstreckung aus dem Verbundurteil des Amtsgerichts und aus dem Versäumnisurteil des Berufungsgerichts ohne Sicherheitsleistung, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung vorläufig einzustellen. Zur Begründung trägt er

vor, dass die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringe, zumal die Antragsgegnerin vollstreckte Beträge für ihren Unterhalt verbrauchen werde, obwohl sie seit der Trennung im August 1997 ohne Unterhaltszahlungen ausgekommen sei. Zwar habe es der Antragsteller versäumt, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher zumutbar und möglich gewesen wäre. Er habe aber beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil einzustellen, was als Voraussetzung für den nunmehr erhobenen Antrag genüge.

II.

4 Der Einstellungsantrag ist nicht begründet.

5 1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine solche Einstellung aber nicht in Betracht, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre (Senatsbeschlüsse vom 4. September 2002 - XII ZR 173/02 - NJW-RR 2002, 1650 und vom 6. Juni 2006 - XII ZR 80/06 - zur Veröffentlichung bestimmt).

6 An diesen Voraussetzungen für die Einstellung der Zwangsvollstreckung fehlt es hier. Der Antragsteller hatte im Berufungsrechtszug gegenüber dem

Berufungsgericht lediglich beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 25. Mai 2005 einzustellen. Über diesen Antrag hat das Berufungsgericht nicht entschieden, weil mit dem Versäumnisurteil lediglich die Berufung des Antragstellers gegen das amtsgerichtliche Urteil zurückgewiesen worden war und das Versäumnisurteil selbst deswegen keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist. Eine Entscheidung über diesen Antrag ist auch nicht mehr veranlasst, nachdem das Berufungsgericht den Einspruch des Antragstellers als unzulässig verworfen hat.

7 Der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts, der nur für die Dauer des Berufungsverfahrens gilt und nicht über den Erlass des Berufungsurteils hinauswirkt, ersetzt auch nicht den für eine Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO erforderlichen Antrag nach §§ 712, 714 ZPO dahin, dass das Berufungsgericht dem Antragsteller auch bei seiner Endentscheidung Vollstreckungsschutz gewähren sollte. Einen solchen Antrag, bei dem es sich um einen Sachantrag handelt, der in der mündlichen Verhandlung gestellt werden muss (Senatsbeschluss vom 6. Juni 2006 aaO), hat der Antragsteller weder angekündigt noch in der mündlichen Verhandlung gestellt.

8 2. Der Einstellungsantrag ist aber auch deswegen unbegründet, weil die Revision des Antragstellers keine Aussicht auf Erfolg hat. Die wirksame Bestellung eines Prozessbevollmächtigten i.S. von § 172 ZPO, die nach § 87 Abs. 1 ZPO im Anwaltsprozess auch Voraussetzung eines Erlöschens der Vollmacht ist, setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass er auch rechtlich in der Lage ist, die die Partei rechtswirksam zu vertreten (BGH Beschluss vom 22. Mai 1984 - III ZB 31/83 - MDR 1985, 30 zur früheren Fassung des § 176 ZPO). Das ist bei einem nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt nicht der Fall. Denn die Postulationsfähigkeit eines Rechtsanwalts ist Prozess-

handlungsvoraussetzung und muss im Zeitpunkt der Vornahme der Prozesshandlung gegeben sein (BGH Urteil vom 11. Oktober 2005 - XI ZR 398/04 - NJW 2005, 3773, 3774).

Hahne

Sprick

Weber-Monecke

Ahlt

Dose

Vorinstanzen:

AG Mülheim an der Ruhr, Entscheidung vom 23.12.2004 - 28 F 91/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.02.2006 - II-8 UF 30/05 -