

120. Kann in dem Verlesen der Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen ein unvollständiges Verhandeln zur Sache im Sinne des §. 299 C.P.D. liegen?

V. Civilsenat. Ur. v. 17. Oktober 1883 i. S. v. C. (Bekl.) w. Reichsfiskus (Kl.). Rep. V. 202/83.

- I. Landgericht II Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Durch das Erkenntnis erster Instanz ist

1. der Beklagte verurteilt worden, einen gewissen Weg wieder in den früheren Zustand zu versetzen, die Beschädigungen an demselben zu beseitigen und sich jeder ferneren Störung des Klägers in der Benutzung dieses Weges und einer Badeanstalt zu enthalten, und es ist
2. der Beklagte mit seiner Widerklage abgewiesen worden, in welcher er die Verurteilung des Klägers und Widerbeklagten zur Beseitigung behaupteter Eingriffe in das Eigentum und den Besitz des Widerklägers herbeiführen wollte.

Der Beklagte legte die Berufung ein. Wie der Thatbestand des Berufungsurtheiles ergibt, verlasen in dem Verhandlungstermine die Vertreter beider Parteien die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen, und zwar beantragte der Beklagte,

das Erkenntnis des Landgerichtes II zu Berlin vom 7. November

1882 dahin abzuändern, daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen und auf die Widerklage zu verurteilen, das Urteil auch für vorläufig vollstreckbar zu erklären, während Kläger beantragte, die Berufung zu verwerfen.

Demnächst verlas Beklagter den Antrag,

die Verhandlung der Sache bis zur Erledigung des so schwebenden Prozesses in petitorio von Amts wegen oder nach stattgehabter Verhandlung auszusetzen.

Kläger widersprach diesem Antrage.

Das Berufungsgericht lehnte den Antrag auf Vertagung ab. Beklagter verweigerte darauf die weitere Verhandlung zur Sache, und stellte eventuell anheim, gegen ihn das Versäumnisverfahren eintreten zu lassen. Kläger beantragte nunmehr,

prinzipaliter, da der Beklagte durch Verlesung seines Antrages in die Hauptverhandlung eingetreten, nicht im Versäumnisverfahren zu erkennen, eventuell die Berufung durch Versäumnisurteil zu verwerfen.

Demnächst entfernte sich der Beklagte. Der Kläger aber verhandelte weiter zur Sache, wiederholte die Ausführungen erster Instanz und motivierte seinen vorstehend wiedergegebenen Antrag.

Der Berufungsrichter bestätigte in kontradiktorischer Entscheidung das erste Urteil. Er erwog:

„Der Berufungskläger hatte bereits seinen Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urtheiles und der Berufungsbeklagte seinen Antrag auf Verwerfung der Berufung verlesen. Durch die Stellung solcher einander widersprechender Anträge, welche gemäß §. 269 C.P.D. im Anwaltsprozesse durch Verlesung zu bewirken war, hatte die kontradiktorische mündliche Verhandlung — §§. 18. 19 des Gerichtskosten-gesetzes — ihre Einleitung gefunden (§. 128 C.P.D.). Daher lag der Fall des §. 298 C.P.D., wonach als nicht erschienen diejenige Partei anzusehen ist, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt, nicht vor, wohl aber der des §. 299 a. a. D. Und für diesen Fall des unvollständigen Verhandeln kommen die Vorschriften des dritten Titels im zweiten Buche der Civilprozessordnung über Versäumnisurtheile nicht zur Anwendung. Es war daher ein kontradiktorisches Urteil zu erlassen.“

Die von dem Beklagten erhobene Revisionsbeschwerde ist begründet.

In der Zivilprozeßordnung wird der Fall, daß eine Partei in dem zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht erscheint, oder erscheint aber nicht verhandelt (§§. 295. 296. 298), von dem Falle unterschieden, daß die anwesende Partei zwar verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschreibungen nicht erklärt (§. 299). Nur in dem ersteren Falle ist auf Antrag des Gegners ein Verschümnisurteil abzufassen. Im zweiten Falle finden die Vorschriften des dritten Titels (von Verschümnisurteilen) überhaupt keine Anwendung (§. 299). Diese Bestimmungen über das Verschümnisverfahren in erster Instanz haben nach §. 504 a. a. D. in der Berufungsinstanz entsprechende Geltung. Der Berufungsrichter stützt seine Annahme, daß der Fall des §. 299 vorliege, lediglich darauf, daß die Parteien ihre sich widersprechenden Anträge verlesen haben, und findet hierin, unter Bezugnahme auf die §§. 18. 19 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 (R.G.Bl. S. 141. 144), daß hiermit die mündliche Verhandlung ihre Einleitung (§. 128 C.P.D.) gefunden hat. Die Paragraphen lauten:

§. 18. Die volle Gebühr (§. 8) wird erhoben

1. für die kontradiktorische mündliche Verhandlung (Verhandlungsgebühr),
2. zc.

§. 19. Die Verhandlung gilt als kontradiktorische im Sinne des §. 18,

1. soweit in derselben von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt werden.

Vgl. §§. 13. 16 der Gebührenordnung für die Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 176).

Es ist dem Beklagten darin beizutreten, daß der §. 19 des Gerichtskostengesetzes nur Vorschriften über die Liquidation der Gerichtskosten erteilt, daß in ihm aber nicht ein über die Kostenliquidation hinaus geltender Rechtsgrundsatz ausgesprochen wird, sodaß aus ihm die vorliegende Streitfrage nicht entschieden werden kann. Der §. 299 C.P.D. setzt voraus, daß diejenige Partei, gegen welche er zur Anwendung gebracht werden soll, verhandelt hat, wenn auch nur unvollständig. Eine Definition des Begriffes „verhandeln“ wird in der Zivilprozeßordnung nicht aufgestellt. Unter Berücksichtigung der Bestimmungen in §§. 128. 129 Abs. 1 und des Sprachgebrauches,

vgl. Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache unter „Handeln“

Vb. 1 S. 685; Ubelung, Wörterbuch Vb. 4 S. 1057; Grimm, Wörterbuch bei „Handeln“ Vb. 4 S. 378. 11 d, wird unter verhandeln diejenige Thätigkeit der Parteien zu verstehen sein, in welcher sie unter einander vor dem Richter einen unter ihnen vorwaltenden Rechtsstreit von entgegengesetztem Standpunkte aus erörtern und — eine jede in ihrem Interesse — diejenigen thatsächlichen Umstände, rechtlichen Ausführungen und Anträge vorbringt, durch welche sie eine ihren Absichten entsprechende Entscheidung des Richters herbeiführen will. Übrigens fällt, wie in §. 4 der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung hervorgehoben wird, unter diesen Begriff nicht bloß dasjenige Parteiverfahren, in welchem beide Parteien wirklich gleichzeitig handeln, sondern auch dasjenige, in welchem sie nach der Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollen, das Veräumnisverfahren.

Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur C.P.D. Vb. 1 S. 125 und das übereinstimmende Urteil des ersten Civilsenates des R.G.'s vom 27. Januar 1883, mitgeteilt in den Entsch. d. R.G.'s in Civilsachen Vb. 8 S. 381.

Es wird behauptet, daß die Anträge überhaupt nicht ein Teil der mündlichen Verhandlung seien, sondern nur die Proposition eines Verhandlungsthemas, und es wird diese Behauptung in dem Aufsatze von Birkmeyer, Zum Begriff der „Verhandlung“ nach der Reichscivilprozeßordnung (Rechtsfälle S. 105 flg. namentlich S. 109. 110. 136. 141. 149), eingehend begründet. Dieser Ansicht stehen aber die erheblichsten Bedenken entgegen. Aus dem Prinzip der Mündlichkeit oder nach der Ausdrucksweise des §. 4 der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung aus dem Grundsätze „der Unmittelbarkeit der Verhandlung“, vermöge dessen „die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll,“

vgl. Hahn, Die gesamten Materialien Vb. 1 S. 124, ergibt sich, daß alles dasjenige zur mündlichen Verhandlung gehört, was die Parteien in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung über das Streitverhältnis zur Erreichung ihres Zweckes vor dem Richter vortragen (§§. 119. 128 Abs. 2 C.P.D.). Von dem Grundsätze, daß nur dasjenige zu berücksichtigen ist, was mündlich vorgetragen worden, besteht nach der Civilprozeßordnung keine Ausnahme. Ganz wesentlich für dieses Vorbringen der Parteien sind aber ihre Anträge (§. 121 Nr. 2 C.P.D.). Denn in ihnen ziehen die Parteien das Endergebnis aus ihren that-

fächlichen und rechtlichen Anführungen und rufen mit deren Formulierung den Richter an, dasjenige zu ihrem Vorteile anzuordnen, was sie als die berechnigte Folgerung aus ihrem gesamten Vortrag ansehen. Für die entgegenstehende Annahme, daß die Anträge nicht zur mündlichen Verhandlung gehören, spricht weder der Umstand, daß im französischen Prozesse und in dem preussischen Entwurfe von 1864 das Verlesen der Anträge in einer besonderen Sitzung erfolgte, noch der Ausdruck „einleiten“ im §. 128 Abs. 1 C.P.D. lautend:

„die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.“

Mit dem Ausdrucke einleiten will die Civilprozeßordnung die Anträge nicht in einen die Zugehörigkeit ausschließenden Gegensatz zu der mündlichen Verhandlung bringen; es ist nur angeordnet, daß die mündliche Verhandlung mit dem Verlesen der Anträge zu beginnen hat. Die Ausdrücke „Einleiten“, „Einleitung“ werden allerdings angewendet, um die Vorbereitung zu einem nachfolgenden Vortrage zu bezeichnen. Sie sind aber auch gleichbedeutend mit „Eingang“ und drücken dann den Anfang, insbesondere den Anfang einer Schrift aus.

Vgl. Uebung, Wörterbuch Bd. 1 S. 1779. 1701.

Der Inhalt eines solchen als Einleitung bezeichneten Vorbringens entscheidet, ob in demselben nur etwas Vorbereitendes, oder bereits etwas zur Sache selbst Gehöriges behandelt wird. Niemand wird bezweifeln, daß die Einleitungen zum Allgemeinen Landrecht und zur Allgemeinen Gerichtsordnung Bestandteile dieser Gesetzbücher sind. Die Parteienanträge sind wesentlich für die mündliche Verhandlung und müssen deshalb als Teile derselben angesehen werden. Ebenso wenig darf man sich für die Nichtzugehörigkeit der Anträge auf die im §. 269 C.P.D. vorgeschriebene Verlesung derselben aus den vorbereitenden Schriftsätzen und auf die Notwendigkeit schriftlicher Niederlegung später erhobener Anträge berufen. Nur ihrer Wichtigkeit wegen sollen die Anträge durch die Schrift fixiert werden. Aus der diesfälligen Begründung des Entwurfes zur Civilprozeßordnung ergibt sich, daß die Anträge als ein integrierender Teil der mündlichen Verhandlung angesehen worden sind. Es heißt in §. 4 der allgemeinen Begründung:

„Von dem Sage, daß der Richter bei der Urteilsfällung das tatsächliche Vorbringen nur insoweit zu berücksichtigen habe, als es ihm von den Parteien vorgetragen wurde, selbst wenn es in den bei ihm

hinterlegten vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist — eine Ausnahme zu gestatten, wie sie im rheinischen Verfahren sich gebildet hat, dürfte völlig unzulässig sein; denn damit würde der für die Parteien gebotene Zwang, die Sache mündlich zu verhandeln, beseitigt erscheinen u.

Ausnahmen von dem umgekehrten Satze, daß der Richter alles in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte, auch wenn dasselbe nicht schriftlich festgestellt worden ist, zu berücksichtigen habe, sind weit unbedenklicher, weil sie die Gefahr, die Entwicklung der mündlichen Verhandlung zu lähmen, nicht in dem Maße mit sich führen, wie die Ausnahme von dem ersten Satze u.

Es mag deshalb bei der großen Bedeutung, welche die Gesuche (*petita*) haben, eine Vorschrift gerechtfertigt sein, welche dahin geht, daß eine Abänderung dieser Gesuche in der mündlichen Verhandlung nicht zu berücksichtigen sei, wenn sie nicht nachträglich zum Sitzungsprotokolle festgestellt wird, wenngleich praktisch dasselbe durch die Vorschrift erreicht wird, daß derartige Abänderungen von Amts wegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen sind. Die Bedenken, welche man vom Standpunkte des Grundsatzes der Mündlichkeit aus gegen jene Vorschrift geltend machen kann, sind theoretischer Natur.“

Hiernach läßt sich also nicht der Satz aufstellen, daß in dem Verlesen der Anträge niemals ein Verhandeln zur Sache liegen kann, ebensowenig wie gegensätzlich etwa im Anschluß an die Artt. 342. 343 Code de procédure civile in diesem Verlesen ohne weiteres ein solches Verhandeln zu finden ist. Vielmehr bleibt die Frage, ob eine Partei gar nicht (§. 298) oder nur unvollständig verhandelt hat (§. 299), eine tatsächliche und aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beantworten. Die Begründung des Entwurfes zur Civilprozeßordnung zu §§. 285 u. (§. 295 des Gesetzes) sagt:

„Ob eine Partei in totum nicht verhandelt hat, ist *quaestio facti*.“

Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien Bd. 1 S. 295 und die händoverschen Protokolle Bd. 1 S. 1695. 1735, Bd. 15 S. 5543. 5554. Derselben Ansicht sind unter Berufung auf die Motive:

Struckmann-Roch, C.P.D. (4. Aufl. S. 335) zu §. 298 Note 1; Seuffert, Die C.P.D. (2. Aufl. S. 395) zu §. 298 Note 1; v. Wilimowski-Levy, Die C.P.D. (3. Aufl. S. 411) zu §. 298 Note 1; Gaupp, Die C.P.D. zu §. 298 Note 1 Bd. 2 S. 191;

Hellmann, C.P.D. zu §. 295; Petersen, C.P.D. zu §. 295
2. Aufl. S. 501.

Auch mit dem Verlesen der Anträge kann eine Partei schon zur Sache verhandeln. Freilich sollten nach den Vorverhandlungen zur Civilprozeßordnung die Anträge nur den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidungen (die *petita*) enthalten und keine begründenden Ausführungen, also keine *conclusions motivées* sein. Es ist aber keine Gewähr dafür vorhanden, daß die Parteien diese Grenze innehalten. Die Anträge sind nicht an feststehende Formeln gebunden. Ihr Inhalt und ihre Fassung steht ganz im Belieben der Parteien. Die Anträge können über die eigentliche Bitte hinaus begründende und erläuternde thatsächliche und rechtliche Umstände enthalten, in denen ein teilweises Eingehen auf die Sache selbst liegt, sodaß in dem Verlesen eines so beschaffenen Antrages (§§. 128. 269 C.P.D.) nicht ein bloßes Ausschweigen auf den Vortrag des Gegners zur Sache (§§. 296. 298 C.P.D.), sondern eine, wenn auch unvollständige Erwiderung auf die sachlichen Auslassungen des Gegners, die möglicherweise von diesem auch erst nachträglich vorgebracht werden können, zu finden ist. Deshalb muß nach Gestaltung des einzelnen Falles und nach dem Inhalte des verlesenen Antrages bei thatsächlicher Erwägung festgestellt werden, ob die Partei mit diesem Verlesen schon zur Sache verhandelt hat. Es wird noch die Meinung vertreten, daß es für die Frage, ob verhandelt worden sei, nicht auf den Inhalt des Vorgetragenen, sondern auf den Willen der Partei ankomme. Die Partei habe noch nicht verhandelt, wenn sie noch nicht vorgebracht habe, was sie habe vortragen wollen, auch wenn sie die materielle Begründung ihres Petitions bereits begonnen habe. Es stehe im Belieben der Partei, im Laufe der Verhandlung ihre bisherigen Auslassungen zur Sache zurückzunehmen, zu erklären, daß sie gar nicht verhandeln wolle, und zu beantragen, daß gegen sie nicht ein kontraktorisches (§. 299 C.P.D.), sondern bei entsprechendem Verlangen des Gegners ein bloßes Verschämnisurteil (§. 298) erlassen werde. Dieser Meinung hat nicht beigetreten werden können, weil das in der Civilprozeßordnung den Parteien eingeräumte Verfügungsrecht nicht dahin ausgedehnt werden darf, daß bereits erworbene Rechte der anderen Partei vereitelt werden. Ist die Partei in die Verhandlung zur Sache eingetreten, so kann sie das damit für die Gegenpartei begründete Recht auf endgültige Entscheidung des Prozesses nicht beseitigen und nicht die

definitive Beendigung des Rechtsstreites dadurch hinhalten, daß sie bei Anheimplagen der Abfassung eines Versäumnisurtheiles sich das verzügerrnde Recht des Einspruches hiergegen (§§. 303. 307 C.P.D.) sichert. Auch in anderen Fällen gestattet die Civilprozeßordnung (§§. 39. 43. 73. 247) und das Gerichtsverfassungsgesetz (§. 106) gewisse Anträge nur bis zu bestimmten Abschnitten des Verfahrens.

Der Berufungsrichter hat die gebotene thatsächliche Erwägung des Falles zu Unrecht unterlassen, indem er seine Entscheidung rechtsirrtümlich lediglich aus einem dem §. 19 des Gerichtskosten-gesetzes entsprechenden, vermeintlichen allgemeinen Rechtsgrundsatz herleitet. In dem zweiten Erkenntnisse ist der Inhalt der Anträge vollständig wiedergegeben und thatsächlich festgestellt, und es ergibt sich bei rechtlicher Beurteilung dieses Inhaltes, daß der Beklagte mit dem Verlesen seines Antrages noch gar nicht zur Sache verhandelt hat. Der Berufungsrichter durfte deshalb nicht den §. 299 C.P.D. zur Anwendung bringen und nicht eine kontradiktorische Entscheidung treffen. Bei Aufhebung des angefochtenen Urtheiles war die Sache in die zweite Instanz zu verweisen. Es bleibt vollständig dem Ermessen des Berufungsrichters anheingeegeben, was er nunmehr unter Berücksichtigung der eventuellen Anträge der Parteien erkennen oder sonst anordnen will."