

61. 1. Ist gegen ein Urteil, durch das die Sache nach § 539 ZPO. an die erste Instanz zurückverwiesen wird, die Revision statthaft?
2. Ist eine Vereinbarung der Parteien, durch die sich der Kläger verpflichtet, die Klage zurückzunehmen, rechtswirksam? Steht sie insbesondere der Fortsetzung des anhängigen Rechtsstreits durch den Kläger entgegen?

V. Zivilsenat. Urt. v. 1. Juni 1921 i. S. R. (Besl.) w. R. (RL).
V 82/21.

I. Landgericht Marburg. — II. Oberlandesgericht Kassel.

Der Kläger verlangt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 12416,76 M als Zinsen einer ihm abgetretenen Restkaufpreisforderung aus einem Grundstückskauf und als Darlehenszinsen, sowie zur Duldung der Zwangsvollstreckung in ein für diese Forderung hypothekarisch haftendes Grundstück. Der Beklagte hat in der ersten Instanz beantragt, den Rechtsstreit für erledigt oder die Klage für zurückgenommen zu erklären und den Kläger in die Kosten zu verurteilen, die durch den Termin vom 4. Februar 1920 entstanden seien, eventuell, den Kläger mit der Klage abzuweisen. Er hat behauptet, vor dem zur Verhandlung über die Klage bestimmten Termine (4. Februar 1920) hätten die Parteien miteinander vereinbart, daß die Klage zurückgenommen werden solle. Das Landgericht hat über diese Behauptung Beweis erhoben und sodann durch bedingtes Endurteil für den Fall der Leistung eines richterlichen Eides über die behauptete

Vereinbarung durch den Beklagten auf kostenfällige Abweisung der Klage, für den Fall der Nichtleistung auf Zusprechung des Klageantrags erkannt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers das angefochtene Urteil nebst dem ihm vorangegangenen Verfahren aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

1. Die Statthaftigkeit des Rechtsmittels (§ 545 ZPO.) ist nicht zu bezweifeln. Das Berufungsgericht hat nach seiner ausdrücklichen Erklärung in den Urteilsgründen auf Grund des § 539 ZPO. das landgerichtliche Urteil und das ihm vorangegangene Verfahren aufgehoben, weil es annahm, daß das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leide, und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen. Ein solches die Instanz beendigendes Urteil ist nach der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Herrschaft gelangten Auffassung (vgl. RGZ. Bd. 6 S. 335, Bd. 7 S. 427, Bd. 17 S. 361), an welcher festzuhalten ist, ein den Rechtsmitteln zugängliches Endurteil. Freilich ist es, wie die Revision unter Berufung auf RGZ. Bd. 9 S. 323 nicht ohne Grund hervorhebt, nicht unbedenklich, daß der Berufungsrichter die Sache an das Landgericht zurückverwiesen hat, da das Landgericht die Klage aus einem materiellrechtlichen Entscheidungsgrunde, nämlich wegen des der weiteren Verfolgung des Anspruchs zur Zeit (in dem anhängigen Prozesse) entgegenstehenden privatrechtlichen Vertrags abgewiesen hat, also wohl kein Mangel des Verfahrens (error in procedendo), sondern eine unrichtige Entscheidung (error in iudicando) in Frage stand. Aber, wie die Revision gleichfalls zutreffend ausführt, steht der Umstand, daß das Berufungsgericht ein Urteil nach § 539 nicht hätte erlassen sollen, der Statthaftigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen, da es tatsächlich ein solches erlassen hat (RGZ. Bd. 85 S. 217.).

2. In der Sache selbst geht der Berufungsrichter unter Bezugnahme auf mehrere Kommentare der ZPO. sowie auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (v. 28. März 1919, Warneyer 1919 S. 161) davon aus, es könne aus einem Vertrage, in dem die Zurücknahme der Klage versprochen ist, ein Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses nicht entnommen werden; ein solcher Vertrag, durch den sich der Kläger außerhalb des Prozesses zur Zurücknahme der Klage verpflichtet, sei daher für das Gericht unbeachtlich, solange nicht der Kläger die Zurücknahme der Klage erkläre; denn kein Rechtsfaz ernächtigt das Gericht, die nicht erfolgte Erklärung als abgegeben anzusehen. Diese letzte Erwägung geht schon deshalb fehl, weil das Landgericht nicht die Zurücknahme der Klage als erfolgt angesehen, daher auch nicht die Klage für zurückgenommen

oder den Rechtsstreit für erledigt erklärt, sondern für den Fall der Eidesleistung über die behauptete Vereinbarung die Klage abgewiesen hat, indem es annahm, daß die vom Kläger übernommene Verpflichtung zur Zurücknahme der Klage der Fortsetzung des Rechtsstreits in dem gleichen Prozesse, also ohne Klagezurücknahme, entgegenstehen würde. Der Berufungsrichter will freilich nicht verkennen, daß in einem solchen Vertrag ein Verzicht oder eine Stundung gefunden werden könne; er meint aber, daß das eine oder das andere hier zuträfe, sei vom Beklagten gar nicht behauptet worden. Damit wird aber der Berufungsrichter dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht. Der Beklagte hatte schon in der ersten Instanz geltend gemacht, daß die von dem Kläger durch Vertrag übernommene Verpflichtung zur Zurücknahme der Klage der Fortsetzung des Rechtsstreits in dem anhängigen Prozeß entgegenstehe. Er hatte also aus dem Vertrag einen Verzicht des Klägers zwar nicht auf den Anspruch, aber auf seine Geltendmachung in dem anhängigen Prozesse und ein daraus sich ergebendes Einredeberecht gegen die Klage hergeleitet. Und das Landgericht hatte angenommen, daß der Kläger, falls eine solche Vereinbarung bewiesen würde, mit der erhobenen Klage abzuweisen sein würde, ohne daß ihm damit das Recht genommen wäre, mit einer neuen Klage seine Ansprüche wieder geltend zu machen, wobei unerörtert bleiben könne, ob alsbald oder nach angemessener Frist. Diese Auffassung des Landgerichts entspricht dem Standpunkte, der in der allerdings sehr bestrittenen Frage von einer Anzahl von Schriftstellern und Entscheidungen vertreten wird, so namentlich mit ausführlicher Begründung vom Oberlandesgericht Frankfurt a. M. (Mspr. OLG. Bd. 1 S. 423) in einem der hier zu unterstellenden Sachlage vollständig entsprechenden Falle; ferner Oberlandesgericht Oldenburg in Seuff. Arch. Bd. 44 Nr. 90; Skonieczki-Gelpke zu § 271 Erl. 7 S. 692 letzter Absatz unter c; Eisenlohr in Babilische Annalen Bd. 58 S. 174; Petersen-Anger zu § 271 Anm. 1. Auch Pland, Zivilprozeßrecht Bd. 1 § 57 II 1 und § 59, steht auf dem Standpunkt, daß unter den gewöhnlichen zivilrechtlichen Voraussetzungen ein Vertrag oder eine Vereinbarung wirksam ist, kraft deren die eine Partei sich der anderen gegenüber verpflichtet, von ihrem Prozeßrecht, also ihrem Ansprüche gegen das Gericht auf Rechtshilfe, seinen Gebrauch zu machen, und daß, wenn eine solche Vereinbarung insbesondere über eine Klagezurücknahme getroffen ist, die Partei, welche Interesse daran hat, in der Regel der Beklagte, die Vereinbarung vor Gericht geltend machen müsse, also (wie zu ergänzen ist) auch könne; — ebenso für das gemeine Prozeßrecht Renaud, S. 195/196 —. Auch Gaupp-Stein hat in den früheren Auflagen (4. Aufl. zu § 271 I) ersichtlich die gleiche Auffassung vertreten; denn er führt aus, die außergerichtliche Erklärung, auf die Fortsetzung des Rechtsstreits verzichten

zu wollen, sei keine Klagezurücknahme, könne aber dann bindend und wirksam sein, wenn sie auf Grund eines nach materiellem Recht zu beurteilenden Vertrags erfolge, in welchem Falle aber die prozessualen Wirkungen der Klagezurücknahme (§ 271 Abs. 3 und 4) erst eintreten, wenn der Kläger die Klage zurücknehme. Andererseits ist Hellwig (Anspruch und Klagerrecht S. 162 sowie Lehrbuch Vb. I § 27 Abs. 7 und System Vb. I § 151 S. 450) der Meinung, daß ein Versprechen des Klägers, die Klage zurückzunehmen, keinerlei zivilrechtliche Bedeutung habe, „nichtig“ sei, da es kein zivilrechtliches Verhältnis betreffe, und daß deshalb dadurch nicht nur kein Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses begründet werde, sondern auch eine Klage auf Erfüllung ausgeschlossen sei (ihm folgend AG. Meßkirch in Vab. Annalen 1904 S. 77 u. OLG. Braunschweig, 7. März 1913; Kooß in Vab. Annalen Vb. 58 S. 238), während Seuffert ZPO. 11. Aufl. zu § 271 Abs. 7 zwar den Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses verjagen, aber die Klage auf Erfüllung, die dann durch Zwangsvollstreckung gemäß § 888 ZPO. erzwungen werden könnte, zulassen will (ebenso Förster-Kann ZPO. zu § 271 Anm. 4a). Nicht ganz klar ist die Stellungnahme von Stein (ZPO. 11. Aufl. zu § 271 I. Abs. 2 u. Anm. 10); doch scheint auch er (entgegen den früheren Auflagen) der Hellwig'schen Ansicht im Ergebnis beitreten zu wollen. Das Reichsgericht hat, soweit feststellbar, die Streitfrage noch nicht ausdrücklich entschieden; das von dem Berufungsrichter angeführte Urteil vom 28. März 1919, Warnier 1919 S. 161, enthält nichts Einschlägiges; im Urteil vom 11. April 1912, IV 418/11, ist sie dahingestellt gelassen worden; in dem vom 12. Februar 1907, III 318/06, ist ausgesprochen, daß, abgesehen von dem in § 271 vorgesehenen Falle der Zurücknahme der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes, auch ein Verzicht auf die weitere Verfolgung des Klageanspruchs denkbar sei, der aber nicht einseitig, sondern nur durch vertragliche Bindung wirksam erfolge könne. —

Bei Beurteilung der Streitfrage ist davon auszugehen, daß die dingliche Verfügung über den durch die Klagerhebung erworbenen prozessrechtlichen Anspruch des Klägers auf Entscheidung der Sache durch das Gericht durch Endurteil (§ 300 ZPO.), mag man diesen als Rechtsschutzanspruch öffentlichrechtlicher Art gegenüber dem Gerichte oder als Anspruch auf Duldung des Urteils gegenüber dem Beklagten ansehen (vgl. darüber Stein vor § 253 III), nur durch eine in der vorgeschriebenen Form (§ 271) erfolgende Prozeßhandlung, nicht aber durch einen außergerichtlich abgeschlossenen Vertrag erfolgen kann. Auf dem Gebiete der dinglichen Verfügung besteht im Prozeßrechte, das dem öffentlichen Rechte angehört, noch weniger Vertragsfreiheit, als im materiellen bürgerlichen Rechte. Ein außergerichtlicher Vertrag, durch welchen der

Kläger auf die Fortsetzung des anhängig gemachten Rechtsstreits verzichtet, kann deshalb niemals einer tatsächlich erfolgten Klagezurücknahme gleichstehen und auch nicht die mit einer solchen verbundenen prozessualen Wirkungen hinsichtlich der Befreiung der Klageurteilshängigkeit, der kraft Gesetzes eintretenden Verpflichtung des Klägers zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits und der Befugnis des Beklagten zur Verweigerung der Einlassung auf eine erneute Klage vor Kostenerstattung (§ 271 Abs. 3, 4) erzeugen. Die Klage kann demzufolge, ohne daß eine Klagezurücknahme erfolgt ist, nicht, wie einzelne Schriftsteller meinen, vom Gericht für zurückgenommen erklärt werden. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob nicht schuldrechtliche Wirkungen unter den Parteien des Rechtsstreits durch einen Vertrag entstehen können, durch den sich der Kläger zur Zurücknahme der Klage verpflichtet, und bejahendenfalls, ob und in welcher Weise diese Wirkungen den weiteren Gang des anhängigen Prozesses beeinflussen. Daß ein solcher Vertrag „nichtig“ sei, also schuldrechtliche Wirkungen überhaupt nicht erzeugen könne, wird von Hellwig und den ihm Folgenden zu Unrecht aufgestellt. Eine schuldrechtliche Verpflichtung kann zu jeder Handlung, die möglich und rechtlich erlaubt ist, übernommen werden, also auch zu einer Prozeßhandlung, wie die Klagezurücknahme es ist. Warum ein privatrechtlicher Anspruch auf Erfüllung einer solchen Verpflichtung ausgeschlossen sein sollte, ist nicht einzusehen und keineswegs mit dem allgemeinen Satz zu begründen, daß ein Versprechen, die Klage zurückzunehmen, „kein privatrechtliches Verhältnis betreffe“. Die Klagezurücknahme ist ein Akt, den die Prozeßordnung dem Kläger freistellt, und zu dem er sich deshalb unbedenklich schuldrechtlich verpflichten kann, soweit nicht etwa in besonderen Fällen in einer solchen Verpflichtung ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden wäre, was etwa da, wo es sich um Zurücknahme der Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses handelte (OLG. Oldenburg in Eufl. Arch. Bd. 44 Nr. 90), in Frage kommen konnte; aber auch in dem damaligen Falle aus tatsächlichen Gründen verneint wurde. Der von Hellwig (System a. a. D.) geprägte Satz, es sei auch da, wo das Gesetz den Parteien gestatte, auf konkrete gegenwärtige Befugnisse durch Erklärung an das Gericht zu verzichten, das Versprechen, dies künftig tun zu wollen, nichtig, läßt sich aus der geltenden Prozeßordnung nicht begründen. Er steht vielmehr im Widerspruche mit der von Hellwig (a. a. D.) gleichfalls bekämpften, aber in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ständig festgehaltenen Auffassung, daß die Gültigkeit eines vor Erlass eines Urteils erklärten vertragmäßigen Verzichts auf das gesetzlich statthafte Rechtsmittel durch die Zivilprozeßordnung, wie deren Begründung (Motive S. 300) ergibt, nicht ausgeschlossen werden sollte, daß die Gültigkeit eines solchen Vertrags sich vielmehr nach dem geltenden bürgerlichen

Rechte bestimmt und daß das Bürgerliche Gesetzbuch kein Verbot eines solchen Vertrags enthält; vgl. RÖB. Bb. 20 S. 400, Bb. 36 S. 421 Bb. 70 S. 59 (von Hellwig a. a. D. Anm. 7 mit Unrecht für seine Meinung angeführt); vgl. auch § 514 ZPO. Auch daß zivilistische Rechtsgeschäfte über prozessuale Befugnisse ein „wider sinniger Begriff“ sein sollen (Hellwig a. a. D. Anm. 11), kann nicht zugegeben werden. Der von Hellwig (Lehrbuch a. a. D.) hinzugefügte praktische Grund, die Klage könne zu jeder Zeit wieder erhoben werden (vgl. auch Noos a. a. D., der meint, ein auf ein solches Versprechen gegründeter Einwand werde wohl kaum vorkommen, da ein Interesse des Beklagten kaum denkbar sei), ist noch weniger durchgreifend. Denn das Interesse des Beklagten erhellt ohne weiteres daraus, daß die anhängige Rechtsverfolgung zunächst einmal gehemmt und dadurch Zeit gewonnen, außerdem der Kläger zu einem neuen Entschlusse über Wiederanstellung der Klage genötigt wird, auch wenn nicht nach Treu und Glauben aus der Vereinbarung weitere Verpflichtungen des Klägers, die einer Stundung oder gar dem Verzicht auf den Klageanspruch gleichkommen, zu folgern sind. Ubrigens wird ein besonderes vermögensrechtliches Interesse an der Leistung für die Begründung eines Schuldverhältnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 241) nicht erfordert (RÖB. Bb. 87 S. 293). Die Unhaltbarkeit des Hellwig'schen Standpunktes sehen deshalb offenbar diejenigen ein, die eine Klage auf Erfüllung des Klagezurücknahmeversprechens und demnächstige Erzwingung der Erfüllung im Wege des § 888 (nicht 894) ZPO. zulassen, dagegen einen Einwand gegen die dem Versprechen zuwider erfolgende Fortsetzung des Rechtsstreits in dem anhängigen Verfahren verjagen wollen (Seuffert, Förster a. a. D.). Diese Ansicht würde nicht nur den Beklagten zu dem umständlichen und kostspieligen Umwege der Erhebung einer Klage nötigen, um zu seinem Rechte auf Erfüllung des Versprechens zu gelangen, sondern auch dieses Recht gefährden, da der Kläger unterdessen den anhängigen Rechtsstreit weiter führen und in ihm eine Verurteilung erzielen könnte. Einem solchen Verhalten des Klägers muß der Beklagte jedenfalls als einer vorfälligen Verletzung der durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung mit der Einrede der Arglist entgetreten können. Dafür, daß eine solche, dem materiellen Vertragsrecht entspringende Einrede einem auf prozessualem Gebiete liegenden Verhalten einer Partei nicht entgegengesetzt werden könnte, bietet die Prozeßordnung keinen Anhalt. Vielmehr muß man annehmen, daß auch das Prozeßrechtsverhältnis der Parteien ebenso wie ihre materiellrechtlichen Beziehungen durch den Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht wird, wie ja auch die für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannte *exceptio doli generalis* sich gerade gegen das Verhalten des Gläubigers im Prozesse

richtet. Zudem verweisen gerade für die „auf der Übereinkunft der Parteien beruhende Klagezurücknahme“ die Motive zu § 234 des Entwurfs der ZPO. (Sohn Bd. 1 S. 263) auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Verträge. Der Einwand muß aber, wie die obenangeführten Schriftsteller und Urteile mit Recht annehmen, dazu führen, daß die der Vereinbarung zuwider fortgesetzte Klage auf Antrag des Beklagten abgewiesen wird, da der Klagegriff in dem anhängigen Prozesse nicht mehr durchgeführt werden kann. Diese Abweisung ist eine Abweisung angebrachtermaßen wie bei mangelhaft erhobener Klage (RGZ. Bd. 13 S. 334, Bd. 45 S. 396). Sie hindert nicht die Geltendmachung des Anspruchs in einem neuen Prozesse, sofern nicht der Vereinbarung der Parteien über die Klagezurücknahme eine weitergehende Bedeutung — Stundung oder Verzicht auf den Klageanspruch — beizumessen war. . . .