

76. Wie ist in der Revisionsinstanz zu verfahren, wenn das Berufungsgericht, einen vom Berufungskläger angetretenen Beweis irrigerweise für unerheblich erachtend, die Berufung durch Versäumnisurteil zurückgewiesen hat?

VII Zivilsenat. Urt. v. 20. November 1923 i. S. 2. (Bekl.) w. P. (Kl.). VII 702/22.

I. Landgericht II Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Das Landgericht hatte die Klage zugesprochen. Der Beklagte legte Berufung ein und stellte eine Behauptung unter Beweis, die, wenn bewiesen, zur Folge haben würde, daß die Aktivlegitimation des Klägers zu verneinen und die Klage abzuweisen wäre. Der Kläger war in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht vertreten. Das Kammergericht hat den Beweis irrigerweise für unerheblich erachtet und die Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen worden. Der Kläger war auch in der Revisionsverhandlung nicht vertreten; die Revision hatte beantragt, von einer Zurückverweisung abzusehen und ohne weiteres in Anwendung des § 542 ZPO. durch Versäumnisurteil die Klage abzuweisen. Zu diesem Antrage ist in den

Gründen

ausgeführt:

... Es kann dem von der Revision gestellten Antrage nicht entsprochen werden. Zwar war der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht vertreten, und das Berufungsgericht hätte daher gemäß § 542 Abs. 2 ZPO., soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegenstand, das tatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers (des Beklagten) für zugestanden erachten und in Ansehung der zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme annehmen müssen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, und demzufolge durch Versäumnisurteil die Klage abweisen müssen. Aber diese Entscheidung kann nicht an Stelle des Berufungsgerichts das Revisionsgericht treffen. Einmal schon deshalb nicht, weil die Frage, ob das festgestellte Sachverhältnis der Fiktion des § 542 Abs. 2 ZPO. nicht entgegensteht, dem für das Revisionsgericht verschlossenen Gebiete der Tatsachenfeststellung angehört. Ferner auch deshalb nicht, weil dadurch die prozessualen Rechte des Klägers gekürzt würden. Wenn das Berufungsgericht durch Versäumnisurteil auf Grund des § 542 Abs. 2 ZPO. die Klage abweist, so steht dem Kläger der Einspruch zu, der dazu führt, daß nunmehr die als zugestanden erachteten Behauptungen des Berufungsklägers durch das Berufungsgericht sachlich zu prüfen sind, und die beantragte Beweisaufnahme statzufinden hat. Wenn dagegen das Revisionsgericht die Klage von sich aus abweisen würde, so würde diese Entscheidung eine endgültige sein; zweifellos dann, wenn in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht beide Parteien vertreten waren, für einen Einspruch gegen das Revisions-

urteil wäre kein Raum. Nun ist allerdings auch in der mündlichen Revisionsverhandlung der Kläger nicht vertreten gewesen, und es steht ihm nunmehr der Einspruch gegen das Revisionsversäumnisurteil zu. Aber dieser Einspruch würde nur zu einer erneuten Prüfung der Revisionsangriffe in rechtlicher Hinsicht führen können und, wenn insofern der Senat bei seiner Ansicht verbliebe, zur Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils führen müssen. Dem in der Berufungsinstanz säumig gewesenen Kläger wäre also durch eine Entscheidung, wie sie die Revision beantragt hat, die Möglichkeit genommen, im Einspruchsweg eine sachliche Nachprüfung seines tatsächlichen Vorbringens herbeizuführen.