

33. 1. Ist ein Einspruch wirksam, der vor der Verkündung des Versäumnisurteils eingelegt wird?
 2. Ist die Unzulässigkeit des Einspruchs gegen ein durch das Schlussurteil des Berufungsgerichts aufrecht erhaltenes Versäumnisurteil in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen?
 RPD. §§ 338, 341, 559.

IV. Zivilsenat. Urte. v. 7. Februar 1925 i. S. D. & Co. (Bekl. u. Widerkl.) w. R. (Kl. u. Widerbekl.). IV 396/24.

- I. Landgericht Cassel.
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Gegenüber der Klageforderung von 135518 *M* stellte die Beklagte eine Gegenforderung von 206212 *M* zur Aufrechnung. Auf Zahlung des überschießenden Betrags erhob sie Widerklage. Das Landgericht erkannte unter Abweisung der Widerklage nach dem Klageantrage. Die Berufung der Beklagten wurde durch das — auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni ergangene — am 2. Juli 1923 verkündete, am 12. Juli 1923 im Parteibetriebe zugestellte Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts zurückgewiesen. Schon am 29. Juni war bei dem Oberlandesgericht der Schriftsatz der Beklagten vom 28. Juni 1923 eingegangen, laut dem sie gegen das „am 25. Juni“ 1923 verkündete Versäumnisurteil Einspruch einlegte. Der Einspruch wurde durch Zwischenurteil für zulässig erklärt. Auf die demnächstige Sachverhandlung, in der die Beklagte ihre Widerklageforderung auf den Betrag von 3985 *GM*. erhöhte, erging das Schlussurteil des Berufungsgerichts dahin, daß das Versäumnisurteil aufrecht erhalten werde.

Die Revision der Beklagten hatte den Erfolg, daß das Schlussurteil und das Zwischenurteil des Berufungsgerichts aufgehoben und

der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Berufungsgerichts als unzulässig verworfen wurde.

Gründe:

Damit dem mit der Revision verfolgten Berufungsantrag der Beklagten entsprochen werden könnte, müßte nicht nur das angefochtene Schlußurteil, sondern auch das ihm vorausgegangene, die Berufung der Beklagten zurückweisende Versäumnisurteil des Berufungsgerichts aufgehoben werden. Die Aufhebung des Versäumnisurteils aber hängt von der gemäß § 341 ZPO. von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeit des Einspruchs der Beklagten ab. Das Berufungsgericht hat diese Zulässigkeit in seinem Zwischenurteil bejaht. Das Zwischenurteil unterliegt nach § 548 ZPO. mit dem Endurteil der Beurteilung des Revisionsgerichts. Die in ihm festgestellten Prozeßvorgänge ergeben die Unzulässigkeit des Einspruchs.

Der Einspruch ist eingelegt, bevor ein Versäumnisurteil überhaupt erlassen worden war. Voraussetzung, wie eines Rechtsmittels (RGZ. Bd. 46 S. 418, Bd. 50 S. 352), so auch des Rechtsbehelfs des Einspruchs ist aber, daß eine Entscheidung vorliegt, gegen welche auf dem Wege der Anfechtung Abhilfe gesucht werden soll. In § 338 ZPO. ist dieser Grundsatz für den Einspruch ausdrücklich anerkannt. Das Berufungsgericht hat den Grundsatz nicht übersehen, jedoch geglaubt, über ihn nach den Umständen des Falles hinweggehen zu können. Es bezieht sich auf RGZ. Bd. 106 S. 265. Dort ist erwogen, daß auch wesentliche Prozeßvorschriften möglichst nicht dazu benutzt werden sollen, eine Partei in ihren Vermögensrechten zu benachteiligen und die Verfolgung ihrer Ansprüche vor Gericht zu vereiteln. Das Berufungsgericht hat bei Wiedergabe dieser Erwägung die in dem „möglichst“ enthaltene Einschränkung außer acht gelassen und ist so zur Aufstellung eines Satzes gelangt, durch welchen die im Gesetz als zwingend bezeichneten Verfahrensvorschriften, insbesondere die für Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegebenen Form- und Fristvorschriften ihre zwingende Bedeutung verlieren würden. In RGZ. Bd. 106 S. 264 flg. handelte es sich um die Zulässigkeit der Berufung in einem Falle, in dem die Zustellung des landgerichtlichen Urteils und die Einlegung der Berufung an demselben Tage erfolgt waren und nicht festgestellt werden konnte, welche der beiden Prozeß-

handlungen der anderen vorangegangen war. Das Reichsgericht hat damals die Zulässigkeit der Berufung bejaht und dies schließlich damit begründet, daß die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Verteilung und Erfüllung der Beweislast bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung von Form und Frist eines Rechtsmittels nicht Platz griffen und daß es zu einer der Rechtsordnung widersprechenden Härte führen würde, wenn einer Partei durch Anwendung von Prozeßvorschriften ein Rechtsverlust zugefügt würde, ob schon das Eingreifen der Vorschriften nur bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich gemacht, aber nicht mit Sicherheit nachgewiesen worden sei. Der gegenwärtige Fall liegt wesentlich anders. Hier handelt es sich nicht um eine tatsächliche Ungewißheit über die Reihenfolge von Prozeßvorgängen, sondern hier steht mit Sicherheit fest, daß der Einspruch mehrere Tage vor der Erlassung des Versäumnisurteils eingelegt ist. Das Berufungsgericht sagt, die Beklagte habe nach den Vorgängen im Termin vom 25. Juni 1923 (Ablehnung eines Vertagungsantrags des Anwalts der Beklagten, darauf Erklärung dieses Anwalts, nicht auftreten zu wollen) mit aller Bestimmtheit annehmen müssen, daß das vom Gegner beantragte Versäumnisurteil auch erlassen würde; und es knüpft daran die Betrachtung, daß es ein unerträglicher Formalismus sein würde, wenn man unter diesen Umständen von der Beklagten hätte verlangen wollen, daß sie den beabsichtigten Einspruch gegen das mit Sicherheit zu erwartende Versäumnisurteil bis nach dem Verkündungstermin hinauschiebe. Diese Auffassung ist abzulehnen. Das Verlangen an eine Partei, ihre Rechtsverfolgung, zumal im Anwaltsprozeß, einem leicht zu beachtenden Verfahrensgrundsatz anzupassen, ist kein Formalismus. Endlich bemerkt das Berufungsgericht, daß der Einspruch jedenfalls noch nach Erlassung des Versäumnisurteils vorgelegen habe. Auch darin findet die Zulassung des Einspruchs keine Stütze. Die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels oder des Einspruchs vor Erlassung der Entscheidung, die den Gegenstand der Aufhebung hätte bilden können, kann überhaupt nur in dem Falle aufgeworfen werden, wenn die erwartete oder vorausgesetzte Entscheidung später erlassen wird. Die Frage ist für diesen Fall mit dem vorher Ausgeführten (in Übereinstimmung mit den beiden zuerst angezogenen Reichsgerichtsentscheidungen) bereits verneint.

Die Revision kann somit den von ihr angestrebten Erfolg einer sachlichen Nachprüfung der Vorentscheidung nicht haben. Immerhin ist ihr insoweit stattzugeben, daß das angefochtene Urteil mit dem vorausgegangenen Zwischenurteil aufgehoben wird. Diese Aufhebung kann allerdings nur dazu führen, daß der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Berufungsgerichts als unzulässig verworfen wird. Das ist jedoch insofern ein gewisser Erfolg, als diese bloße Verwerfung des vorliegenden Einspruchs an die Stelle der sachlichen Bestätigung der im Versäumnisurteil ausgesprochenen Zurückweisung der Berufung tritt, und als sich das Versäumnisurteil nur auf die damals noch in Papiermark geltend gemachte Widerklageforderung, das Schlußurteil dagegen auf die erweiterte, in Goldmark erhobene Widerklageforderung bezieht. Der Grund, aus dem hiernach die Vorentscheidung aufgehoben wird, ist freilich als Revisionsgrund (§ 554 Abs. 3 Nr. 2, § 559 ZPO.) nicht geltend gemacht. Es handelt sich indessen um einen gesetzesverletzenden unverzichtbaren Mangel des Berufungsverfahrens, der zugleich das weitere Verfahren betrifft. Denn ist der vorliegende Einspruch unstatthaft, so ist das Versäumnisurteil mit Ablauf der durch seine Zustellung am 12. Juli 1923 in Lauf gekommenen Einspruchsfrist rechtskräftig geworden. Mit der von der Revision betriebenen Aufhebung dieses Urteils würde in ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren eingegriffen werden. Ein Verfahrensmangel, dessen Nichtbeachtung durch das Revisionsgericht zu einem solchen Ergebnis führen würde, braucht nicht gerügt zu werden; er ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen. In gleichem Sinne hat das Reichsgericht sich schon in mannigfachen Fällen die Pflicht auferlegt, Verfahrensmängel der Vorinstanz, die in der Revisionsinstanz fortwirken, auch ohne Revisionsrüge zu berücksichtigen, so in dem Falle einer im zweiten Rechtszug eingetretenen, dort unbeachtet gebliebenen Unterbrechung des Verfahrens (RGZ. Bd. 64 S. 361) und in dem Falle der Erlassung eines unzulässigen Teilurteils in einer Ehesache (RGZ. Bd. 107 S. 350). Ebenso ist unter der Herrschaft des früheren § 535 (jetzt § 519b Abs. 1 ZPO.), der die Amtsprüfung der Zulässigkeit der Berufung in gleicher Weise vorschreibt, wie § 341 die Amtsprüfung der Zulässigkeit des Einspruchs, vom Reichsgericht bereits ausgesprochen, daß jene Zulässig-

keit auch ohne entsprechende Revisionszüge in der Revisionsinstanz nachzuprüfen ist (Warn. 1916 Nr. 97).