

71. Ist der zwischen Verkündung des Urteils eines Landgerichts und Einlegung der Berufung gefaßte, aber erst nach dem letzteren Zeitpunkt zugestellte Beschluß, durch den das Landgericht die Aussetzung des Verfahrens wegen Todes einer Partei anordnet, für das Berufungsgericht so lange wirksam, als er nicht auf Beschwerde aufgehoben wird, oder ist er von vornherein unwirksam?

RPD. §§ 246, 248, 249.

**IV. Zivilsenat. Beschl. v. 13. November 1930 i. S. Gem. Bau-
genossenschaft u. Gen. (Bekl.) w. S. u. Gen. (M.). IV B 25/30.**

I. Landgericht II Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

**Die Frage wurde im letzteren Sinne entschieden aus folgenden
Gründen:**

Die beiden Beklagten sind durch Urteil des Landgerichts vom 17. April 1930, das ihnen am 12. Mai 1930 zugestellt worden ist, zur Zahlung von 525 RM. verurteilt worden. Am 10. Juni 1930 zeigte ihr erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter dem Landgericht an, daß der Zweitbeklagte B. am 23. Mai 1930 verstorben sei, und beantragte die Aussetzung des Verfahrens gegen diesen Beklagten. Das Landgericht entsprach diesem Antrag durch Beschluß vom 10. Juni 1930, der den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Parteien

am 17. Juni 1930 zugestellt wurde. Schon vorher, nämlich am 12. Juni 1930, dem letzten Tage der Berufungsfrist, hatte der zweitinstanzliche Bevollmächtigte der beiden Beklagten Berufung für diese eingelegt. Der Vorsitzende des Berufungssenats bestimmte durch Verfügung vom 21., zugestellt am 26. Juni 1930, die Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr bis zum 14. Juli 1930. Die Prozeßgebühr wurde innerhalb dieser Frist nicht gezahlt. Am 12. Juli 1930 ging beim Landgericht ein Schriftsatz des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des verstorbenen Beklagten ein, worin der Anwalt erklärte, daß er das ausgesetzte Verfahren namens der Witwe und Alleinerbin dieses Beklagten aufnehme. Das gleiche erklärte der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der beiden Beklagten in einem am 17. Juli 1930 dem Berufungsgericht zugegangenen Schriftsatz, in dem er gleichzeitig bat, der Witwe und Alleinerbin des Zweitbeklagten das Armenrecht zu bewilligen. Außerdem beantragte er am 22. Juli 1930 beim Berufungsgericht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den Fall, daß die Nachweisfrist versäumt sein sollte.

Das Kammergericht hat durch Beschluß vom 22. September 1930 unter Zurückweisung des Antrags auf Bewilligung des Armenrechts und auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Berufung beider Beklagten als unzulässig verworfen, weil die Aussetzung des Verfahrens durch das Landgericht für die Berufungsinstanz nicht wirksam geworden, die Nachweisfrist daher versäumt sei, auch kein Grund zur Wiedereinsetzung vorliege.

Die gegen diesen Beschluß gerichtete sofortige Beschwerde ist nicht begründet. (Es wird ausgeführt, daß die Beschwerde nur von der Zweitbeklagten erhoben ist, und fortgeföhren:) Der Erfolg der Beschwerde hängt davon ab, ob der nach Einlegung der Berufung zugestellte Aussetzungsbeschluß des Landgerichts die Aussetzung des Verfahrens vor dem Berufungsgericht bewirkte und infolgedessen die während dieser Aussetzung erfolgte Bestimmung der Nachweisfrist unwirksam war, verneinendenfalls, ob der Wiedereinsetzungsantrag begründet ist.

Da eine Aussetzung des Verfahrens erst mit der Zustellung (oder Verkündung) des Aussetzungsbeschlusses eintritt, so konnte der Beschluß des Landgerichts, der am 17. Juni 1930 zugestellt ist, vorher überhaupt keine Wirkung äußern. Am 12. Juni aber war bereits

Berufung eingelegt und damit das Berufungsgericht für einen Aussetzungsantrag zuständig geworden. Es ist zwar seit der Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate in RGZ. Bd. 68 S. 247 ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß bis zur Einlegung eines Rechtsmittels das Gericht der unteren Instanz zuständig ist, die in § 246 ZPO. geregelte Aussetzung des Verfahrens zu beschließen. Es entspricht auch dieser Rechtsprechung, daß die Aussetzung ohne Wirkung bleibt, wenn der Beschluß, der sie anordnet, erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt worden ist. Denn dann stünde der Wirksamkeit der Aussetzung die Rechtskraft des Urteils entgegen. Wäre also der Aussetzungsbeschluß des Landgerichts hier vor der Rechtsmittelinlegung nicht nur erlassen, sondern auch zugestellt worden, so hätte er für die zweite Instanz Wirksamkeit erlangt und es hätten nicht nur alle Fristen zu laufen aufgehört (§ 249 Abs. 1 ZPO.), sondern es wären auch alle von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sowie alle Handlungen des Gerichts wirkungslos gewesen (§ 249 Abs. 2, 3 das.). Hier war aber das Landgericht im Zeitpunkt der Zustellung, auf den es allein ankommt, nicht mehr zuständig, die Aussetzung zu beschließen, da mittlerweile das Oberlandesgericht Prozeßgericht geworden war. Es fragt sich daher, ob die vom Landgericht als unzuständigem Gericht beschlossene Aussetzung für das zuständige Gericht, das Rechtsmittelgericht, wirksam war, solange der Aussetzungsbeschluß nicht auf Beschwerde aufgehoben wurde (eine Ansicht, die im Schrifttum [vgl. Stein-Jonas § 248 Anm. 1; Baumbach § 248 Anm. 3] vertreten wird), oder ob sie von vornherein für das Rechtsmittelgericht unwirksam war.

Die Frage ist im letzteren Sinne zu beantworten (RG. in Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 276; RGZ. Bd. 60 S. 126 Anm. 1). Die Wirkung der Aussetzung des Verfahrens hat nur ein Beschluß, der in dem für seine Wirksamkeit maßgebenden Zeitpunkt der Zustellung oder Verkündung vom Prozeßgericht ausgeht (§§ 248, 249 ZPO.). Er wirkt daher im allgemeinen nur für die Instanz, in der er erlassen worden ist. Daß der Aussetzungsbeschluß eines Landgerichts für die Berufungsinstanz wirkt, ist als Ausnahme von der Regel nur dann der Fall, wenn die Aussetzung zwischen den Instanzen notwendig wird, wo es streng genommen an einem Prozeßgericht fehlt. Die erste Instanz ist nach aller Regel nicht mehr Prozeßgericht, die zweite noch

nicht. Diese Lücke hat die Rechtsprechung ausgefüllt, indem sie bis zur Einlegung der Berufung das Landgericht als das bisherige Prozeßgericht für zuständig erklärt. Wird ein solcher landgerichtlicher Beschluß erst nach Einlegung der Berufung zugestellt, so bedeutet das einen Eingriff in die Zuständigkeit des Prozeßgerichts. Ihn will auch die Gegenmeinung nicht dulden. Sie meint nur, der Beschluß sei so lange wirksam, bis er auf Beschwerde des Gegners wegen Unzuständigkeit des Gerichts aufgehoben werde. Allein der von einem unzuständigen Gericht ausgehende Beschluß wirkt so wenig wie andere Aussetzungsbeschlüsse, welche die erste Instanz erlassen hat, für die zweite Instanz. Denkt man sich den Fall, daß während des Berufungsverfahrens ein Aussetzungsantrag beim Landgericht angebracht wird und dieses das Verfahren aussetzt, so wird das niemand als bindend für das Berufungsgericht ansehen, auch wenn die Einlegung einer Beschwerde unterbleibt. Hier liegt es nicht anders. Denn es kommt nicht darauf an, ob das Landgericht noch zuständig war, als der Antrag gestellt wurde. Verfahrensmäßig erheblich ist nur, ob es zuständig war, als sein Beschluß zugestellt wurde. Der Beschluß des Landgerichts hatte daher für die zweite Instanz keine Wirkung. Wenn eine Aussetzung erreicht werden sollte, mußte sie vielmehr dort erneut betrieben werden. Das ist nicht geschehen. Die Frage, ob die Zivilprozeßordnung eine absolute Nichtigkeit von gerichtlichen Entscheidungen kennt, bleibt hiervon unberührt; denn der Beschluß hat nach dem Gesetz nicht die Wirkung einer Aussetzung des Verfahrens zweiter Instanz. Er wirkt also nicht über die erste Instanz hinaus. Daß er für diese keine Bedeutung haben kann, ist nicht erheblich. Es kommt daher noch auf den Wiedereinsetzungsantrag an. (Es wird ausgeführt, daß er unbegründet sei.)