

22. Zum Verschäumnisverfahren in der Berufungsinstanz.

ZPO. § 542.

II. Zivilsenat. Ur. v. 2. Januar 1931 i. S. G. (Bekl.) w. B. (Kl.).
II 36/30.

I. Landgericht Kiel.

II. Oberlandesgericht baselbst.

Der Kläger beschäftigte sich seit Frühjahr 1922 mit der Vermittlung von Lieferungsaufträgen auf Reparationskonto zwischen der deutschen Industrie und der Marine des südslawischen Staates. Auf demselben Gebiet war auch der Beklagte tätig; beide traten zueinander in Beziehungen. In W. war eine südslawische staatliche Einkaufskommission tätig, deren Einsetzung der Kläger auf Wunsch des Beklagten herbeigeführt haben will. Mit dieser Kommission verhandelte der Kläger und der Beklagte. Es kamen große Abschlüsse zwischen deutschen Firmen und dem südslawischen Staat zustande, wofür Provisionen ausbezahlt wurden und an den Beklagten zu zahlen waren. Hiervon beansprucht der Kläger acht Zehntel; er behauptet auch ein Anerkenntnis des Beklagten. Dieser bestreitet jedes Vertragsverhältnis mit dem Kläger.

Der Kläger beantragte Verurteilung des Beklagten zur Erteilung stimmter Auskünfte. Das Landgericht gab nach Beweiserhebungen keine Klage statt. Die Berufung des Beklagten wurde beim Ausbleiben des Klägers im Verhandlungstermin durch Verschäumnisurteil des Oberlandesgerichts zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten war erfolglos.

Aus den Gründen:

... Dem Vorderrichter hat der Tatbestand des Urteils des Landgerichts mit dessen Beweiserhebungen und den in erster Instanz vorgebrachten Urkunden, sowie ein dem Kläger rechtzeitig zugestellter Schriftsatz vom 13. Juni 1929 mit der zwei Beweisangebote enthaltenden Berufungsbegründung und der mündliche Vortrag des Beklagten als Berufungsklägers zur Entscheidung vorgelegen. Er ist zu seinem Verschäumnisurteil, das gemäß § 542 ZPO. erlassen und ausdrücklich als solches bezeichnet ist, zur Zurückweisung der Berufung gelangt. Danach handelt es sich um ein sogenanntes unechtes Verschäumnisurteil, gegen welches die Revision stattfindet (Stein-Jonas

§ 542 III 6 und Vorbem. vor § 330 III 3). Das Oberlandesgericht tritt dem ersten Richter darin bei, daß unanfechtbar zwischen den Parteien ein Gesellschaftsvertrag zustandegekommen sei. Das wird als durch den Briefwechsel erwiesen erachtet. Dagegen macht sich der Berufungsrichter die Feststellung des Landgerichts nicht zu eigen, daß durch das Zeugnis des G., das der Beklagte als unglaubwürdig und als in sich unschlüssig angegriffen hatte, eine nachträgliche Einigung auf Überlassung der Hälfte der Provisionen an den Kläger, also auf gleichmäßige Teilung, zustandegekommen sei. Das Gericht hält aber nach dem Briefwechsel gleichwohl den Vertrag — mit Vorbehalt weiterer Einigung über die Verteilung der Provisionen — für abgeschlossen und findet sich mit der Vorschrift des § 154 BGB. durch die Erklärung ab, die Parteien seien, obwohl auf eine Einigung über diesen Punkt bedacht und darüber noch nicht einig, doch des Willens gewesen, den Vertrag mit Vorbehalt späterer Einigung hierüber als geschlossen anzusehen und in Wirksamkeit treten zu lassen und sich für den Anfang damit zu begnügen, daß der Grundsatz einer angemessenen Verteilung der Provisionen beiderseits anerkannt worden sei. Daraus leitet es die vom ersten Richter ausgesprochene Verpflichtung des Beklagten gleichfalls ab und erachtet somit die Berufung für unbegründet.

Zu Unrecht rügt die Revision Verletzung des § 542 ZPO. sowie der §§ 154, 722 BGB. Sie bringt vor, der Beklagte habe in zweiter Instanz ausgeführt, eine Provisionsvereinbarung sei nicht erfolgt und demzufolge sei der Vertrag nach § 154 BGB. als noch nicht zustandegekommen anzusehen. Mit der Annahme des Vorderrichters aber, der Vertrag sei doch — vor der Einigung über die Provision — geschlossen, werde § 542 ZPO. verletzt. Nach dieser Vorschrift, so meint die Revision, sollen „die Behauptungen des Berufungsklägers“ als zugestanden gelten, soweit ihnen das im ersten Urteil festgestellte Sachverhältnis nicht entgegenstehe. Das landgerichtliche Urteil enthalte aber keine Feststellung darüber, daß der Gesellschaftsvertrag auch beim Unterbleiben der geplanten Einigung über die Verteilung der Provision wirksam sein solle. Dem stehe auch die landgerichtliche Bezugnahme auf § 722 BGB. nicht entgegen; denn diese Bestimmung sei nur anwendbar, wenn der bereits fertige Vertrag eine entsprechende Vereinbarung (über den Anteil am Gewinn und Verlust) nicht vorsehe, also eine solche Vereinbarung

überhaupt nicht geplant gewesen sei. Die „Behauptung“, daß mit Rücksicht auf die beabsichtigte, aber nicht zustandegekommene Einigung über die Provisionsverteilung der Vertrag nicht zustande gekommen sei, habe als vom Kläger zugestanden zu gelten. Daher sei kein Raum für eine Prüfung, ob die Vermutung des § 154 BGB. nicht etwa durch die sonstigen Umstände widerlegt sei.

Diese Ausführung ist mehrfach rechtsirrtümlich. Nach § 542 Abs. 2 ZPO. gelten im Falle der Terminverschämnis des Berufungsbeklagten nicht „die Behauptungen“ des Berufungsklägers als zugestanden, sondern nur das „tatsächliche mündliche Vorbringen“, und zwar dieses gemäß § 542 Abs. 1, § 331 Abs. 1, § 335 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. nur insoweit, als es der nicht erschienenen Partei rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt war, und kraft des Vorbehalts des § 542 Abs. 2 selbst auch nur insoweit, als „das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht“. „Festgestelltes Sachverhältnis“ sind aber die im Tatbestand der ersten Urteils festgestellten Behauptungen und Erklärungen der Parteien sowie die aufgenommenen Beweise (RGZ. Bd. 95 S. 137 [141 ffg.]; JW. 1908 S. 558 Nr. 23; Jur. Woch. 1927 Nr. 534). Was nun aber hier der Beklagte zu § 154 BGB. behauptet haben soll, findet sich in seiner dem Kläger mitgeteilten Berufungsbegründung vom 13. Juni 1929, wo der Vertragschluß bestritten wird, überhaupt nicht, sondern ist nur im Tatbestand des Berufungsurteils als „Ausführung“ des Berufungsklägers vorgetragen. Das war also nur eine Ausführung in der mündlichen Berufungsverhandlung. Daher konnte eine Verschämnisfolge nach § 542 Abs. 2 ZPO. hieraus nicht gezogen werden, selbst wenn es sich um eine tatsächliche Behauptung gehandelt hätte. Das Vorbringen kann jedoch nur als eine Rechtsausführung zu dem Briefwechsel und zu den Aussagen des Zeugen G. gelten. Auf rechtliche Aufstellungen bezieht sich aber § 542 Abs. 2 ZPO. nicht. Vielmehr war es Sache des Berufungsgerichts, auf Grund des in der Vorinstanz festgestellten Sachverhältnisses, nämlich des sachlichen Parteivortrags, der Urkunden und der Zeugenbeweise, in eine freie tatsächliche und rechtliche Nachprüfung einzutreten, wie die Sachlage wegen des Vertragschlusses zwischen den Parteien zu beurteilen sei. Die in dem mitgeteilten Schriftsatz enthaltenen Beweisaneerbietungen spielen dabei keine Rolle. Die eine bezieht sich auf Tatsachen, welche das Anfechtungsrecht gegen-

über dem geschlossenen Vertrag stützen sollen, und die andere betrifft die Glaubwürdigkeit der Zeugen G. und L., deren Aussagen der Vorderrichter bei seiner Entscheidung dieses Punktes nicht verwertet. Der Vorderrichter hat, indem er den schon in erster Instanz vorgelegten und vorgetragenen Briefwechsel auslegt und danach tatsächliche Feststellungen über den Vertragswillen der Parteien trifft, den § 542 ZPO. nicht verletzt. Selbst wenn die Ausführung des Berufungsklägers zu § 154 BGB. als tatsächliche Behauptung anzusehen gewesen wäre, hätte der Vorderrichter ihre Annahme als Veräumnisfolge ablehnen dürfen, eben weil das festgestellte Sachverhältnis, nämlich der Inhalt der in erster Instanz vorgelegten Urkunden nach seiner Würdigung, der Behauptung entgegenstanden hätte.

Die mündliche Revisionsbegründung hat dem Berufungsgericht eine Verletzung des § 542 Abs. 2 ZPO. auch noch in dem Punkte der Behandlung des Beweisantrags zur Glaubwürdigkeit der Zeugen G. und L. vorgeworfen. Auf die Aussagen dieser Zeugen stützt sich der Vorderrichter neben anderem bei der Zurückweisung der Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung. In der Berufungsbegründungsschrift wurde mit Anerbieten von Zeugenbeweis neu vorgetragen, die beiden Zeugen seien am Ausgang des Rechtsstreits nicht unbeteiligt, denn sie hätten sich zusammen mit dem Kläger bei deutschen Firmen um Provisionszusagen bemüht. Die Revision ist der Ansicht, dieses Vorbringen hätte gemäß § 542 Abs. 2 ZPO. als zugestanden angesehen werden müssen, während der Vorderrichter hierzu erklärt, nach § 542 sei zu unterstellen, daß die benannten Zeugen die vom Beklagten behaupteten Tatsachen bestätigt haben würden. Im Anschluß daran wird ausgeführt, aus diesem Umstand könne nicht geschlossen werden, daß die beschworenen Aussagen des L. und des G. über die Bedeutung der Persönlichkeit des Klägers und über seinen Einfluß in Belgrad unrichtig seien, zumal da diese Bekundungen von einer Reihe weiterer Beweise gestützt würden. Hiernach kann unentschieden bleiben, ob der Vorderrichter die über die beiden Zeugen vorgebrachte tatsächliche Behauptung nicht, wie er es getan hat, als erwiesen, sondern als zugestanden und daher des Beweises nicht bedürftig zu behandeln hatte, was hinsichtlich ihrer Feststellung sich gleich kommt. Denn er vermag der Behauptung keinen Einfluß

auf seine Beweiswürdigung einzuräumen. Es liegt also hier keinesfalls eine Prozeßrechtsverletzung vor, auf der das Urteil beruhen könnte. Im übrigen ist aber diese Klage auch nicht mehr zulässig und daher unbeachtlich. Denn es handelt sich um die Behauptung der Verletzung einer Verfahrensvorschrift; dafür gilt das Erfordernis des § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO., daß schon die schriftliche Revisionsbegründung die Bezeichnung der Tatsachen enthalten muß, welche den Mangel ergeben. Daß § 542 ZPO. in Verbindung mit anderen Tatsachen als verletzt bezeichnet worden ist, gewährt dem Revisionskläger nicht die Freiheit, die Klage der Verletzung desselben Prozeßgesetzes bei einem ganz anderen Tatsachenbestand nachzuschieben. . . .