

65. 1. Zur Auslegung formularmäßiger Prozeßschriften.

2. Kann das Berufungsgericht neues Verteidigungsvorbringen zurückweisen, wenn das Verfahren des Landgerichts an Fehlern leidet, welche die Verteidigung des Beklagten beeinträchtigt haben?

3. Erfordernisse der Entscheidung nach Lage der Akten.

RPD. §§ 251 a, 331, 331 a, 529, 539.

VIII. Zivilsenat. Ur. v. 27. April 1931 i. C. N. u. Gen. (Befl.)
w. Internat. Tiefbohr-AG. (M.). VIII 611/30.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die Klägerin hat mit der Erdölbohrergesellschaft N. und der Erdölgesellschaft mbH. N. als Auftraggebern am 20. Mai 1927 einen Vertrag geschlossen, wonach sie als Unternehmerin eine Tiefbohrung nach Erdöl in der Gemarkung M. vornehmen sollte. Nach § 9 des Vertrags sollten die von der Klägerin jeweils nach dem Fortschreiten der Arbeiten auszustellenden Rechnungen am 1. und 15. jedes Monats bar bezahlt werden. Daran schließt sich die Bestimmung:

Falls die Zahlung in Akzepten erfolgt, dann übernehmen die Herren des Grubenvorstands der Erdölbohrergesellschaft N. die persönliche Bürgschaft für den Eingang der Akzeptbeträge.

Aus dieser Verpflichtung und aus weiteren Vereinbarungen vom 4. April und 13. Juli 1928 hält die Klägerin die drei Beklagten als die damaligen Mitglieder des Grubenvorstands und als Unterzeichner der Verträge für haftbar. Sie hat die drei Beklagten und außerdem noch einen vierten Beklagten, bezüglich dessen das Verfahren abgetrennt worden ist, im Dezember 1928 auf gesamtschuldnerische Zahlung eines Teilbetrags von 30000 RM. nebst Zinsen verklagt. Außer den bezeichneten Verpflichtungsurkunden hat die Klägerin einen Rechnungsauszug über die von ihr ausgeführten Arbeiten und Lieferungen beigebracht, der mit einem Saldo zu ihren Gunsten in Höhe von 91479,50 RM. abschließt. Auf der Sollseite sind Wechselposten (Rückwechsel, Einlösungen, Diskontspesen usw.) aufgeführt, die den Betrag von 30000 RM. um ein Mehrfaches übersteigen.

Der erste Termin — vor dem Einzelrichter — war auf den 19. Januar 1929 angesetzt. In diesem Termin waren alle vier Beklagten durch den Rechtsanwalt W. vertreten, der nach der Verhandlungsniederschrift für alle Beklagten Abweisung der Klage beantragte. Der Viertbeklagte wandte örtliche Unzuständigkeit ein. Nach Verhandlung verlangten die Beklagten Vertagung. Gegen Widerspruch der Klägerin wurde neuer Termin auf den 2. Februar 1929 bestimmt und gleichzeitig „dem Beklagten“ aufgegeben, „seine“ Klageantwortung der Klägerin bis zum 24. Januar 1929 zuzustellen. Das war, als am 2. Februar 1929 der neue Termin vor dem Einzelrichter stattfand, noch nicht geschehen. Nach der Niederschrift verlassen damals beide Parteien ihre Anträge. Der Vordruck der Niederschrift: „Die Anwälte verhandelten sodann zur Sache“ ist ausgestrichen. An

seiner Stelle steht der Vermerk: „Klägerin beantragte Verweisung an die Kammer mit Rücksicht darauf, daß die Beklagten die Klagebeantwortung noch nicht zu den Akten gebracht haben.“ Der Einzelrichter verwies darauf den Rechtsstreit an die Zivilkammer.

Im Zivilkammer-Termin vom 6. März 1929, zu dem beide Anwälte geladen waren, erschien für die Beklagten niemand. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin beantragte, nach Lage der Akten zu entscheiden. Das Landgericht setzte Termin zur Verkündung der Entscheidung auf den 20. März 1929 fest und gab das durch eingeschriebenen Brief an Rechtsanwalt B. bekannt. Bis zu diesem Tag war ein Antrag, die Verkündung zu unterlassen (§ 251 a Abs. 1 letzter Satz ZPO.), nicht gestellt worden, wohl aber war mit dem Eingangsstempel vom 9. März 1929 ein vom 2. Februar 1929 datierter Schriftsatz zu den Akten gelangt, worin die der Klage zugrunde liegenden Forderungen namens aller Beklagten unter Bezugnahme auf ein mitüberreichtes umfangreiches Gutachten des Bergingenieurs B. bestritten wurden. Im übrigen trägt der Viertbeklagte in diesem Schriftsatz eine Reihe von Einwendungen vor, unter anderem auch den Einwand, daß der ganze Bohrungs-Vertrag wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 und 2 BGB. nichtig sei.

Das Landgericht verurteilte durch Teilurteil vom 20. März 1929 die drei ersten Beklagten nach dem Klagantrag. Diese Beklagten legten gegen das Teilurteil rechtzeitig Berufung ein. Die Berufungsschrift enthält neben dem Antrag auf Klageabweisung die (vorgedruckte) Begründung: „Zur Begründung der Berufung wird das Vorbringen erster Instanz wiederholt und die Anführung neuer Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden vorbehalten.“ Das Oberlandesgericht wies die Berufung der drei Beklagten durch Versäumnisurteil vom 16. Januar 1930 zurück. Auf ihren Einspruch erging das jetzt angefochtene Urteil, das die Berufung in der Hauptsache zurückwies.

Die Revision dieser drei Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Die Revision greift das Berufungsurteil wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des § 529 ZPO. über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens an.

Das Berufungsgericht versteht mit dem ersten Richter den § 9 des Bohrungs-Vertrags dahin, daß die drei jetzt noch in Frage kommenden Beklagten für den Ausfall bei allen in Zahlung gegebenen Wechseln als Bürgen haften sollten, und hält auch die Voraussetzung des § 773 Abs. 1 Nr. 4 BGB. für erfüllt.

Diese Auffassung und die Auslegung der Abrede vom 4. April 1928 in dem Sinne, daß die beiden ersten Beklagten auf Zahlung hafteten, nachdem sie die zugesagten Akzepte nicht gegeben hätten, greift die Revision nicht an; ein sachlichrechtlicher Irrtum tritt darin auch nicht zutage. Gegenüber der schließlichen Bürgschaftsfrage hält der Berufungsrichter das Bestreiten der Höhe der Klageforderung durch die drei ersten Beklagten und ihr Vorbringen, der Bohrungs-Vertrag sei wucherlich, sowie dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung an sich für beachtlich. Er versagt aber diesem gesamten Vortrag das Gehör, einmal weil die drei Beklagten von ihrer Verteidigung aus grober Nachlässigkeit nicht schon im ersten Rechtszuge Gebrauch gemacht hätten (§ 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO.), und ferner, weil diese Behauptungen entgegen der Vorschrift des § 519 das. nicht in der Berufungsbegründung vom 21. Mai 1929, sondern zuerst im Schriftsatz vom 7. April 1930 vorgebracht worden seien.

Gegenüber der Anwendung von § 529 Abs. 3 greift die Revision mit Grund die Auslegung an, die der Vorberrichter der Berufungsschrift hat zuteil werden lassen. Wenn es dort heißt, das Vorbringen erster Instanz werde wiederholt, so will das Berufungsgericht den nach dem Verhandlungstermin vom 6. März eingegangenen Schriftsatz nicht als durch diese Wendung erfaßt gelten lassen, weil er im landgerichtlichen Verfahren nicht wirksam vorgetragen worden sei. Diese Auffassung mag sich sonst für Fälle rechtfertigen lassen, in denen Schriftsätze zwischen Verhandlungs- und Verkündungstermin zu den Akten gelangt sind. Im vorliegenden Fall enthalten die Akten der ersten Instanz über das Vorbringen der Beklagten überhaupt nichts bis auf diesen verspäteten Schriftsatz. Wenn es sich in dem angeführten Teil der Begründungsschrift auch um einen Wortdruck handelt, bei dem die eigentliche Willenserforschung geringeren Halt findet, so muß nach dem Prozeßzweck auch die in solcher Form abgegebene Erklärung so gedeutet werden, wie sie der Anwalt verständigerweise allein gemeint haben konnte. Es bedarf keiner Ausführung, daß die

Berufungsbegründung nur bei Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 2. Februar 1929 einen Sinn hat. Für diese Auslegung lassen die Worte „das Vorbringen erster Instanz“ um so mehr Raum, als bei dem vom Landgericht eingeschlagenen Verfahren nach Lage der Akten die Auffassung wenigstens vertretbar (wenn auch unzutreffend) war, daß das bis zum Verkündungstermin Vorgebrachte hätte beachtet werden sollen. Wäre aber auch die Auffassung des Berufungsrichters über die Prozeßerklärung zutreffend, so bot doch zum mindesten die Sachlage Anlaß zur Aufklärung. Es kommt indes auf diesen Punkt nicht an, wenn der Berufungsrichter schon nach § 529 Abs. 2 Satz 1 zur Abschneidung des Vorbringens befugt war.

Insofern bezweifelt die Revision, daß das Berufungsgericht den Begriff der groben Nachlässigkeit in dieser Vorschrift richtig erkannt habe. Die so gefaßte Rüge ist zwar zulässig, obgleich nach dem Gesetz bei der Feststellung des groben Verschuldens die freie Überzeugung des Richters maßgebend ist (RG. in SeuffArch. Bd. 81 Nr. 79 und Urteil dieses Senats vom 4. Februar 1929 VIII 296/28). Sie ist aber hier keineswegs gerechtfertigt. (Wird ausgeführt.)

Daß objektiv durch die Zulassung der erst im zweiten Rechtszug aufgenommenen Verteidigung eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits hätte eintreten müssen, ist offenbar. Es mag aber zweifelhaft sein, ob es sachgemäß war, den Beklagten das Gehör auch im zweiten Rechtszuge zu versagen, wenn sie, wie unterstellt, im ersten Rechtszuge wirksam mit ihrer gesamten Verteidigung abgeschlossen waren. Einer abschließenden Stellungnahme zu diesem Punkt bedarf es jedoch nicht. Denn das angefochtene Urteil kann jedenfalls aus einem anderen Grunde nicht aufrecht erhalten werden.

Der Berufungsrichter, der das zweitinstanzliche Vorbringen der drei ersten Beklagten nur unter dem Gesichtspunkt des § 529 ZPO. angesehen, inhaltlich aber nicht gewürdigt hat, macht damit das Verfahren und das Urteil des Landgerichts zur Grundlage seiner eigenen Entscheidung. Das geschieht in der auch ausdrücklich ausgesprochenen und begründeten Annahme, das landgerichtliche Urteil sei als ein solches nach Lage der Akten verfahrensrechtlich einwandfrei erlassen. Ist diese Urteilsgrundlage irrig, ist das Landgericht vielmehr unter Verstoß gegen § 331a ZPO., insbesondere durch Nichtbeachtung des Erfordernisses sachlicher Entscheidungsreife zu seiner

Entscheidung gelangt, so teilt der Berufungsrichter den Irrtum des ersten Richters. Die Eigenschaft der dann verletzten Rechtsnorm als einer Verfahrensvorschrift zwingt indes nicht zu der Folgerung, der Berufungsrichter habe, ebenso wie das Landgericht, das Gesetz „in bezug auf das Verfahren“ verletzt und dieser Verstoß müsse nach § 554 Abs. 3 Nr. 2b ZPO. gerügt werden. Das mit einem regelmäßigen kontradiktorischen Urteil abschließende Berufungsverfahren ist im Gegensatz zum Urteilsverfahren des Landgerichts von der Stellungnahme zu § 331a ZPO. nicht berührt. Die mit der Beurteilung des Landgerichts übereinstimmende Auffassung von dieser Vorschrift beeinflusst beim Berufungsrichter vielmehr nur den Inhalt seiner Entscheidung. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat auch in anderen Fällen anerkannt, daß die rechtlich falsche Beurteilung verfahrensrechtlicher Vorgänge einen inhaltlichen Mangel begründet, auf den § 554 Abs. 3 Nr. 2b keine Anwendung findet (RGZ. Bd. 79 S. 81; JW. 1912 S. 469 Nr. 15, 1910 S. 28 Nr. 49). Im übrigen ist aber auch anzunehmen, daß bei der Lage des gegenwärtigen Falles die gegen die Handhabung von § 529 Abs. 2 Satz 1 erhobene Rüge notwendig zur Nachprüfung der Stellungnahme des Berufungsrichters in bezug auf das erstinstanzliche Urteilsverfahren führt. Denn die Beschränkung in der Geltendmachung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel usw. in der Berufungsinstanz findet ihren Anlaß und ihre sachliche Rechtfertigung eben darin, daß die Parteien schon im ersten Rechtszug dem Gesetze gemäß angehört worden sind. Der Berufungsrichter nimmt nach dem Vorangestellten diesen Standpunkt ein und hat von dieser Anschauung aus das ihm nach § 529 Abs. 1 Satz 1 zustehende Ermessen ausgeübt. Die Grundlage dafür fällt aber weg, wenn sich herausstellt, daß der erste Richter rechtsirrig die Stellungnahme der Beklagten, wie im Fall des § 331 Abs. 1 ZPO., als Zugeständnis behandelt und von der erforderlichen weiteren Erörterung des Streitstoffes Abstand genommen hat. Auch von diesem Gesichtspunkt aus ist deshalb wesentlich, ob die dem Berufungsurteil zugrunde liegende landgerichtliche Entscheidung nach Lage der Akten ergehen durfte.

Nach § 331a ZPO. ist beim Ausbleiben einer Partei dem Antrag des Gegners auf eine Entscheidung nach Lage der Akten zu entsprechen, wenn der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung

hinreichend geklärt erscheint. Nach dem in § 331 a Satz 2 angezogenen § 251 a ZPO. kann ein Urteil nach Lage der Akten nur ergehen, wenn in einem früheren Termin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. In Übereinstimmung mit der im Schrifttum überwiegenden Meinung hat das Reichsgericht hierin schon im Urteil vom 4. Juli 1924 III 66/24 (DZB. 1924 Sp. 828) eine Verstärkung der angeführten Vorschrift des § 331 a gesehen, die eine sichere Grundlage zur Beantwortung der Frage gewähren soll, ob sich der Streitstoff zum Erlaß eines die Instanz endgültig abschließenden Urteils eignet (vgl. de Boor „Die Entscheidung nach Lage der Akten“ in den Beiträgen zum Zivilprozeß 2. Heft S. 41, 43, 70; Volkmar in JW. 1925 S. 109; Striemer in DZB. 1924 Sp. 500; Sonnen in JW. 1925 S. 2351 Anm. zu Nr. 27; Curtius in JW. 1924 S. 354 [358]; Büschel in Zeitschrift für Zivilprozeß Bb. 51 S. 85; Kann ZPO. § 251 a Anm. 1 und 3d; Stein-Jonas ZPO. § 251 a Anm. III 4a). Es unterliegt schon gewissen Bedenken, ob vor dem Zivilkammer-Termin vom 6. März 1929 eine mündliche Verhandlung im Sinne des soeben Ausgeführten stattgefunden hat. Im zweiten Termin (vom 2. Februar 1929) vor dem Einzelrichter (der auch an der zum Urteil führenden Verhandlung teilnahm) hat es an einer solchen Verhandlung jedenfalls gefehlt, da nach der Niederschrift zwar die Anträge verlesen worden sind, aber — wie die Streichung des Verhandlungsvermerks zeigt — eine Erörterung der Sache unter den Parteien und mit dem Richter nicht stattgefunden hat. Der Einzelrichter des ersten Termins vom 19. Januar 1929 hat an der Verhandlung vom 6. März 1929 nicht teilgenommen. Die Niederschrift vom 19. Januar 1929 ergibt nur, daß der Viertbeklagte örtliche Unzuständigkeit eingewendet hat, dagegen nichts über den Inhalt der Verhandlung mit den drei ersten Beklagten. Zwar ist entgegen de Boor a. a. O. S. 41 und Kann a. a. O. in Übereinstimmung mit Volkmar, Stein-Jonas a. a. O. und mit Sydow-Busch-Franz § 251 a Anm. 6, Raumbach § 251 a Anm. 4 nicht zu fordern, daß — wie im Falle des § 309 ZPO. — an der früheren Verhandlung die gleichen Richter teilgenommen haben müßten wie an der zum Urteil führenden. Aber der Inhalt der früheren Verhandlung muß sich entweder aus den Schriftsätzen der Parteien erkennen lassen oder die Verhandlungs-Niederschrift muß ein Bild des damaligen Streitstandes geben. Das landgerichtliche Urteil

sagt nichts über den Inhalt der früheren Verhandlung. Im Tatbestand heißt es, die Beklagten hätten, abgesehen vom Antrag auf Klageabweisung, keine schriftliche Erklärung abgegeben. Die Ausführung in den Gründen, die Beklagten hätten sich bis zur letzten mündlichen Verhandlung überhaupt nicht erklärt, ist im Sinne der erwähnten Feststellung im Tatbestand zu verstehen. Es bleibt also offen, ob die Beklagten in der ersten Verhandlung mündlich beachtliche Erklärungen abgegeben haben, die auf die Stellungnahme zur Frage der Entscheidung nach Lage der Akten und zur Sache selbst hätten einwirken können.

Das erstinstanzliche Urteil beruht aber auch auf einer grundsätzlich unrichtigen Vorstellung von der Entscheidung nach Lage der Akten.

Daraus, daß die drei ersten Beklagten in der ihnen — wie das Landgericht meint — nach § 279a ZPO. gesetzten Frist und nachher keine (schriftliche) Erklärung abgegeben haben, folgert die Zivilkammer, das Vorbringen der Klägerin sei als unbestritten zu behandeln. Der Berufungsrichter schließt sich unter Anführung von § 331a ZPO. dieser Auffassung an. Beide Vorinstanzen stellen also die Entscheidungslage für § 331a der des § 331 gleich. Das ist rechtsirrtümlich. Die Grundsätze der Rechtsfindung sind im Falle des § 331a durchaus die des kontradiktorischen Urteils, es wird nur der Prozeßstoff durch den eintretenden Aktenschluß beschränkt oder verändert. Nach Maßgabe dieses Stoffes muß der auf Grund der Aktenlage befindende Richter den Streit auszuschöpfen und zu erledigen suchen. Für eine Entscheidung nach Lage der Akten ist deshalb nach ausdrücklicher Vorschrift des § 331a kein Raum, wenn dem Streit die Entscheidungsreife mangelt.

Nun gehen im vorliegenden Falle beide Vorinstanzen auch davon aus, daß die Beklagten von jeder Verteidigung wirksam ausgeschlossen waren. Abgesehen von dem schon zu § 529 ZPO. berührten Bedenken gegen eine so vollständige Versagung des Gehörs kommt die vom Landgericht angezogene Vorschrift des § 279a das nach Lage der Sache nicht in Betracht. Wenn der Einzelrichter den Beklagten unter Fristsetzung aufgegeben hatte, die Klagebeantwortung schriftlich niederzulegen, so ist das ganz offenbar nicht das Verlangen, sich über bestimmte streitige Punkte zu erklären. § 279a setzt das voraus, was hier fehlt, nämlich eine Erörterung des Streitstandes

mit den Parteien, und ist eine Ausgestaltung des richterlichen Fragerechts (Curtius in *JW.* 1924 S. 358). Die vielleicht näherliegende Vorschrift des § 279 *ZPO.* hat das Landgericht nicht angewandt. Auch sie käme für das Verfahren nach § 331a nicht in Betracht, weil — von anderem abgesehen — Verteidigungsmittel nur zurückgewiesen werden können, wenn sie vorgebracht worden sind und damit Gelegenheit gegeben war, die Frage der Verzögerung, des Verschuldens und der Ungemessenheit der Ausschließung an Hand des neuen Vorbringens zu prüfen. Im Verfahren nach §§ 251a, 331a kann eine Ausschließung des Nichtvertretenen mit etwaigem Vorbringen nicht in Frage kommen. In der Verhandlung vom 6. März 1929 bestand deshalb eine der Klärung durchaus bedürftige und auch fähige Tatsachenlage, die von der Entscheidungsebene weit entfernt war. Das haben beide Vorderrichter verkannt. Der vom Gesetz für Fälle ungeklärten Sachstands allein bestimmte Weg zum Vorgehen gegen den nicht erschienenen und — was für die Einzelrichter-Termine zu beachten gewesen wäre — auch gegen den nicht verhandelnden Beklagten ist der Weg des § 331 *ZPO.*

Das die Instanz beendende Urteil des Landgerichts ist also prozeßordnungswidrig ergangen. Somit konnte der Berufungsrichter auf diesem Urteil als Grundlage nicht aufbauen. Vielmehr mußte er entweder nach § 539 *ZPO.* von seinem Recht zur Aufhebung des fehlerhaft erlassenen Urteils Gebrauch machen oder unter Beachtung der von den drei ersten Beklagten vorgebrachten Verteidigung auf Grund eigener Sachwürdigung entscheiden. Im Sinne dieser Erörterungen ist weitere Verhandlung vor dem Berufungsgericht erforderlich.