

41. Wie ist zu verfahren, wenn für den zunächst beschränkten Berufungsantrag die Zahlung der Prozeßgebühr rechtzeitig nachgewiesen, dann aber der Berufungsantrag erweitert und hierfür die Prozeßgebühr nicht bezahlt wird?

§ 519. GG. §§ 74, 85.

**VI. Zivilsenat. Urtr. v. 18. Februar 1932 i. S. R. (Rl.) w. B.
(Bekl.). VI 512/31.**

- I. Landgericht III Berlin.**
- II. Kammergericht daselbst.**

Die auf Zahlung von 7000 RM. gerichtete Klage war vom Landgericht abgewiesen worden. Der Kläger legte Berufung ein, beschränkte sie aber auf 60 RM. Da ihm das Armenrecht für die Berufung durch Beschluß vom 6. Mai 1930 wegen Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung versagt wurde, führte er die Berufung zunächst nur wegen jener 60 RM. durch, wofür er rechtzeitig die Einzahlung der erforderlichen Prozeßgebühr nachwies. Das Berufungsgericht machte die Entscheidung darüber im Urteil vom 2. Dezember 1930 von einem Eide des Beklagten abhängig. Diesen Eid leistete er am 24. Februar 1931, worauf am 5. Mai 1931 das Berufungsgericht nach erneuter Ablehnung des Armenrechtsgesuchs des Klägers, der seinen Berufungsantrag schriftlich um weitere 60 RM. erhöht hatte, durch Läuterungsurteil die Klage in Höhe von 60 RM. abwies, zugleich aber neuen Termin zur Verhandlung auf den 7. Juli 1931 anberaumte. Vor diesem Termin erweiterte der Kläger mit Schriftsatz vom 3. Juli 1931 seinen Berufungsantrag um insgesamt 6940 RM. nebst Zinsen. Im Termin war der Kläger durch einen Anwalt vertreten, der zunächst das Armenrechtsgesuch wiederholte. Nachdem dieses abgelehnt worden war, beschloß das Gericht, den Berufungskläger nicht zur Verhandlung zuzulassen, weil der nach § 74 GKG. erforderliche Zahlungsnachweis für den erweiterten Berufungsantrag nicht erbracht worden sei. Darauf beantragte der Anwalt des Beklagten, gegen den Kläger Versäumnisurteil zu erlassen. Die Verkündung wurde bis zum 14. Juli 1931 ausgesetzt und dem Berufungskläger anheimgegeben, bis zu diesem Zeitpunkt die Zahlung der Prozeßgebühr für einen Streitgegenstand von 6940 RM. nachzuweisen, in welchem Falle ein neuer Verhandlungstermin anberaumt werden würde. Da der Nachweis nicht erbracht wurde, erging am 14. Juli 1931 gegen den Kläger ein Versäumnisurteil, durch das seine Berufung zurückgewiesen wurde, soweit darüber nicht bereits durch das Läuterungsurteil entschieden worden sei. Gegen das Versäumnisurteil legte der Kläger rechtzeitig Einspruch ein und wiederholte nochmals sein Armenrechtsgesuch. Dieses wurde durch Beschluß vom 29. September 1931 abermals abgelehnt; zugleich wurde der Kläger darauf hingewiesen, daß er spätestens zum Verhandlungstermin vom 30. Oktober 1931, der auf den Einspruch des Klägers von Amts wegen anberaumt worden war, die Prozeßgebühr bezahlt haben müsse, widrigenfalls er nicht zugelassen werde. Im Termin vom

30. Oktober 1931 war der Kläger durch seinen Berufungsanwalt vertreten. Dieser wurde aber mangels Zahlung der Prozeßgebühr nicht zur Verhandlung zugelassen, und es erging auf Antrag des Beklagten gegen den Kläger ein zweites Versäumnisurteil, durch das sein Einspruch verworfen wurde. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das Verfahren des Berufungsgerichts ist darin nicht zu beanstanden, daß dem Kläger nach der Erweiterung seines Berufungsantrags nicht abermals eine Frist nach § 519 Abs. 6 ZPO. gesetzt worden ist. Die Unzulässigkeit einer solchen zweiten Fristsetzung war in RGZ. Bd. 109 S. 349 in einem Falle angenommen worden, wo der Kläger in der Berufungsinstanz die Klage erweitert hatte. Die Sache liegt aber nicht wesentlich anders, wenn der Berufungskläger seinen zunächst beschränkten Berufungsantrag später erweitert, wie es hier geschehen ist (vgl. Stein-Jonas ZPO. Anm. V 1 und 2 zu § 519). Im einen wie im anderen Falle bietet nur noch eine entsprechende Anwendung des § 74 Abs. 2 Satz 3 GKG., worauf am Schlusse jener Entscheidung hingewiesen worden ist, die Möglichkeit, den Fortgang des Verfahrens von der Zahlung der Prozeßgebühr abhängig zu machen, obwohl diese Vorschrift eigentlich nur für das Verfahren im ersten Rechtszuge erlassen ist. Das Berufungsgericht hat eine entsprechende Anwendung für zulässig gehalten, und insoweit kann der Revisionsangriff nicht für berechtigt erachtet werden.

Jene Vorschrift, nach welcher im Falle der Klagerweiterung keine gerichtliche Handlung vor Zahlung der Prozeßgebühr vorgenommen werden soll, ist verschieden ausgelegt worden. Die einen beziehen sie auf gerichtliche Handlungen aller Art, also auch auf solche, die lediglich zugunsten des Beklagten ergehen, und halten es darum für unzulässig, daß der Beklagte im Wege des Versäumnisverfahrens gegen den Kläger vorgehe und so dessen erweiterte Klage zur Abweisung, bei Verwerfung des Einspruchs sogar zur endgültigen Abweisung bringe. Diese Ansicht wird von Jonas in der 2. Auflage seines Erläuterungswerkes (§ 74 GKG. Anm. III 3f, anders in der 1. Auflage Anm. 5f), ferner von Sydow-Busch-Krieg (§ 74 GKG. Anm. 8), Friedländer (§ 74 GKG. Anm. 56) und Kraemer (Busch Zeitschr. Bd. 49 S. 143, 256) vertreten. Sie wird namentlich

auf den Unterschied in der Fassung gestützt, der zwischen § 74 Abs. 2 Satz 3 und § 85 Abs. 5 GKG. besteht. Letztere, den Ausländervorschuß betreffende Vorschrift lautete früher ähnlich wie jetzt § 74 Abs. 2 Satz 3, nämlich dahin, daß vor Zahlung des Vorschlusses die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen sei. Durch das Gesetz zur Änderung des Gerichtskostengesetzes vom 21. Dezember 1922 (RGBl. 1923 I S. 1), auf dem auch die jetzige Fassung des § 74 beruht, ist die Vorschrift des § 85 dahin gefaßt worden, daß der Ausländer vor Zahlung des Vorschlusses zur Verhandlung nicht zugelassen werden soll. Aus dem Unterschied beider Fassungen wird nun der Schluß gezogen, daß es im Falle des § 74 Abs. 2 Satz 3 GKG. eine Terminsanberaumung gegen den zahlungs säumigen Kläger und eine Nichtzulassung des Klägers wegen seiner Zahlungsverweigerung nicht gebe. Diese Ansicht führt zu dem Übelstande, daß der Beklagte gegen eine Klagerweiterung, die der Kläger durch Zustellung eines Schriftsatzes rechtshängig gemacht hat (§ 281 ZPO.), so gut wie hilflos ist; denn der Ausweg, auf den Kraemer (a. a. O. S. 143) hinweist, daß er selbst die Prozeßgebühr bezahle, ist ihm nicht wohl zuzumuten. Das ist für den Beklagten um so empfindlicher, als mit der Klagerweiterung sich die Gebühren seines eigenen Anwalts erhöhen. Die Gegenmeinung legt mit Rücksicht auf dieses unbefriedigende Ergebnis den § 74 Abs. 2 Satz 3 GKG. dahin aus, daß nur solche gerichtlichen Handlungen unterbleiben sollen, welche dem Kläger förderlich sind, nicht aber solche, welche sich gegen ihn richten. Diese Ansicht, welche von Rittmann-Wenz (§ 74 GKG. Anm. 9), Pollat (§ 74 GKG. Anm. 4), Baumbach (§ 74 GKG. Anm. 3 D), Spittel (JW. 1925 S. 2589) und Herm. Lucas (JW. 1929 S. 517 Fußnote) vertreten wird und in der Rechtsprechung durchzubringen scheint (Kammergericht in JW. 1925 S. 2361 Nr. 6, 1929 S. 517 Nr. 3; Oberlandesgericht Stuttgart in JW. 1926 S. 1613 Nr. 10), kann sich mit Recht darauf berufen, daß auch nach der älteren Fassung des § 85 GKG. der Ausschluß des Ausländers von der Verhandlung wegen unterbliebener Vorschußzahlung und die Erlassung eines Verfallurteils gegen ihn für zulässig erachtet worden war (RG-Urt. in JW. 1890 S. 256 Nr. 6, vgl. auch JW. 1893 S. 126 Nr. 9; Oberlandesgericht Marienwerder in SeuffArch. Bd. 55 Nr. 174; Oberlandesgericht Hamburg im Recht 1908 Nr. 3171). Sie kann ferner darauf hinweisen, daß das Gerichtskostengesetz in den Fällen,

wo ein Mahn- oder Güteverfahren vorangegangen ist, dem Beklagten ein Vorgehen gegen den Kläger ohne Vormezahlung der Prozeßgebühr gestattet (§ 74 Abs. 2 Satz 2, § 74 a Abs. 2 Satz 2 GKG.). Daß für den Kläger ein endgültiger Rechtsverlust eintreten kann, steht nicht entscheidend entgegen, zumal da Absatz 4 des § 74 GKG. Ausnahmen in weitem Umfange zuläßt, bei denen die Vorauszahlungspflicht wegfällt. Da auch die Gesetzesmaterialien (Entwurf nebst Begründung Nr. 5301 der Reichstagsdrucksachen 1920/22, Kommissionsbericht Nr. 5433) diese Auslegung nicht ausschließen und für sie unzweifelhaft ein Bedürfnis spricht, so ist sie als die richtige zu erachten. Der Revision kann also auch darin nicht Recht gegeben werden, daß sich die Erlassung eines Verfallurteils gegen den Kläger auf § 74 Abs. 2 Satz 3 GKG. nicht gründen lasse. Was für die Klagerweiterung gilt, muß sinngemäß auch für die Erweiterung der Berufungsanträge gelten (vgl. RGZ. Bd. 109 S. 351).

Über die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens setzt doch voraus, daß es vom Beklagten betrieben wird. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung läßt sich hier nicht feststellen. Mit dem Läuterungsurteil vom 5. Mai 1931 war der Teil der Berufung erledigt, für den die Prozeßgebühr fristgemäß eingezahlt worden war. Warum gleichzeitig ein neuer Verhandlungstermin auf den 7. Juli 1931 anberaumt wurde, läßt sich aus den Akten nicht ersehen. Da dem bedingten Endurteile der Schriftsatz des Klägers vom 15. November 1930 vorangegangen war, so ist anzunehmen, daß die Terminsanberaumung mit der darin enthaltenen Berufungserweiterung um 60 RM. zusammenhing, deren Antrag noch nicht in einer mündlichen Verhandlung verlesen worden war. Auf wessen Veranlassung der neue Termin aber anberaumt worden ist, ob auf Antrag des Klägers oder des Beklagten oder von Amts wegen, ist aus dem Protokoll vom 5. Mai 1931 nicht zu ersehen. Dagegen ist klar ersichtlich, daß der Termin vom 30. Oktober 1931, in welchem der Einspruch des Klägers verworfen wurde, nicht auf Antrag des Beklagten anberaumt worden war, sondern infolge des Eingangs der Einspruchsschrift des Klägers von Amts wegen. Hier war also unzweifelhaft nicht der Beklagte, sondern der Kläger der betreibende Teil.

Es kann nun, auch vom Standpunkte der oben gebilligten Ansicht aus, nicht für zulässig erachtet werden, daß im Geltungsbereich des § 74 GKG. Termine auf Antrag oder Anregung des Klägers

anberaumt werden und dann nachträglich seine Zulassung von der Zahlung der Prozeßgebühr abhängig gemacht wird. Ein solches Verfahren wird für den Fall der Klagerhebung (§ 74 Abs. 2 Satz 1 GKG.) ganz überwiegend und mit Recht abgelehnt (Rittmann-Wenz Anm. 8; Jonas Anm. III 3d; Friedländer Anm. 41; Sydow-Busch-Krieg Anm. 6; Heymann in JW. 1928 S. 123 Nr. 5; Oberlandesgericht Königsberg in JW. 1926 S. 866 Nr. 27, S. 2479 Nr. 15; Kammergericht in JW. 1928 S. 1518 Nr. 5, im Berliner Anwaltsbl. 1929 Sp. 221 flg.; a. M. Kammergericht in JW. 1927 S. 2471 Nr. 4, 1928 S. 2154 Nr. 5). Es besteht kein innerer Grund, den Fall der Klagerweiterung anders zu behandeln. Die von Satz 1 des § 74 Abs. 2 GKG. abweichende Fassung des Satzes 3 erklärt sich daraus, daß im Falle der Klagerweiterung nicht nur Terminsanberaumungen, sondern auch andere gerichtliche Handlungen in Frage kommen (vgl. §§ 281, 496 ZPO.). Hat das Gericht einmal auf Antrag des Klägers einen Termin vor Zahlung der Gebühr anberaumt, so bedeutet das grundsätzlich, daß es von der ihm durch Absatz 4 des § 74 GKG. in weitem Umfange gegebenen Ausnahmebefugnis Gebrauch macht und die Vorschriften des 2. und 3. Absatzes außer Anwendung läßt. Im Falle der Klagerweiterung mag es nach der Fassung des Satzes 3 des 2. Absatzes gestattet sein, bei veränderter Lage, wenn also die Voraussetzungen des 4. Absatzes nicht mehr vorliegen, oder auch wenn ihr Vorhandensein irrig angenommen war und ihr Fehlen erst nachträglich erkannt wird, mit der Fortsetzung gerichtlicher Handlungen bis zur Zahlung der Gebühr innezuhalten. Es geht aber nicht an, auf Antrag des Klägers ohne Zahlung der Prozeßgebühr Termin zur Verhandlung über die Klagerweiterung anzuberäumen und dann, ohne daß sich etwas objektiv oder auch nur für das Gericht geändert hätte, in diesem Termin den ordnungsmäßig vertretenen Kläger von der Verhandlung auszuschließen. Der Fall des Ausländervorschusses liegt wesentlich anders, da durch die jetzige Fassung des § 85 GKG. klargestellt ist, daß die Zahlung dieses Vorschusses überhaupt keine Voraussetzung für die Terminsanberaumung bildet, sondern nur eine solche für die Zulassung des Ausländers zur Verhandlung. Abgesehen von dieser Sondervorschrift gibt das Gesetz keine Handhabe, den Kläger, der in dem auf seinen Antrag anberaumten Termine ordnungsmäßig vertreten und verhandlungsbereit ist, als nicht erschienen zu behandeln. Der Berufsrichter hätte sich

daher, wenn er von der Vorschrift des § 74 Abs. 2 Satz 3 O.R.G. Gebrauch machte, einer Terminanberaumung enthalten müssen, solange sie nicht vom Beklagten veranlaßt wurde; es hätte auf den Einspruch des Klägers kein Termin anberaumt werden dürfen, sondern es hätte den Parteien die Ablehnung der Terminanberaumung mitgeteilt und abgewartet werden müssen, ob etwa der Beklagte den Kläger lud. Wurde aber auf Veranlassung des Klägers Termin anberaumt, so mußte bei unveränderter Lage sein Prozeßbevollmächtigter auch im Termin zugelassen werden; es konnte nicht nachträglich im Widerspruch mit der Terminanberaumung die Zulassung davon abhängig gemacht werden, daß der Kläger die Gebühr bezahlte. Aus diesem Grunde beschwert sich der Kläger über die Nichtzulassung seines Anwalts mit Recht und macht zutreffend geltend, daß der Fall der Säumnis, zum mindesten im Termin am 30. Oktober 1931, nicht vorgelegen habe (§§ 345, 513, 566 Z.P.O.).

Der Kläger beschwert sich mit Grund aber auch darüber, daß das Berufungsgericht den Absatz 4 des § 74 O.R.G. durch Nichtanwendung verletzt, zum mindesten nicht genügend zu erkennen gegeben habe, daß es von einer richtigen Auffassung dieser Vorschrift ausgegangen sei. Die Ausnahmen, bei denen trotz Nichtzahlung der Gebühr die Vorschriften der Absätze 2 und 3 das. keine Anwendung finden, sind gegenüber dem Regierungsentwurf durch den Reichstagsausschuß (vgl. dessen Bericht Nr. 5433) wesentlich erweitert und es ist damit zum Ausdruck gebracht worden, daß die fiskalischen Belange möglichst wenig der Rechtsverfolgung hinderlich sein sollen. Um die Vorschriften der Absätze 2 und 3 des § 74 O.R.G. außer Anwendung zu setzen, genügt schon die Glaubhaftmachung, daß dem Kläger die alsbaldige Zahlung der Gebühr mit Rücksicht auf seine Vermögenslage Schwierigkeiten bereiten würde. Nun hatte hier der Kläger zwei behördliche Armutzeugnisse eingereicht, ihm war im ersten Rechtszuge das Armenrecht bewilligt worden, im zweiten wurde es ihm zwar viermal verweigert, aber jedesmal nur wegen Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung, nicht wegen mangelnden Nachweises der Mittellosigkeit. Zudem hatte er in seiner Einspruchsschrift noch besonders erklären lassen, er sei wirtschaftlich völlig außerstande, die Gebühr aufzubringen. Es ist nicht ersichtlich, warum das Berufungsgericht trotzdem auf der Vorauszahlung der Gebühr bestanden hat. Sollte dabei der Umstand mitgesprochen haben, daß die Rechts-

verfolgung des Klägers nach der Ansicht des Berufungsgerichts aussichtslos war, so würde das außerhalb der Erwägungen liegen, die nach § 74 Abs. 4 OBG. in dieser Frage anzustellen sind.