

69. 1. Ist für die Frage, ob die durch Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgte Zurücknahme der Berufung wirksam widerrufen worden ist, der Zeitpunkt der Ausstellung des Empfangsbekanntnisses von Bedeutung?

2. Können die Wirkungen der Zurücknahme der Berufung durch Parteieinverständnis wieder beseitigt werden?

3. Kann die Zurücknahme der Berufung widerrufen werden, wenn sie vom Gegner durch betrügerische Vorpiegelungen herbeigeführt worden ist? Setzt der Widerruf die vorgängige strafgerichtliche Verurteilung des Gegners voraus?

RPD. §§ 198, 515, 580, 581, 582.

IV. Zivilsenat. Urtr. v. 19. März 1936 i. S. Ehefrau Sch. (Bekl.) w. Ehemann Sch. (kl.). IV 290/35.

I. Landgericht Augsburg.

II. Oberlandesgericht München.

Die Parteien haben am 29. April 1933 die Ehe geschlossen. Mit der Klage hat der Kläger in erster Reihe die Ehe wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. In zweiter Reihe hat er Scheidung der Ehe begehrt. Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und Widerklage mit dem Antrag auf Scheidung erhoben. Das Landgericht hat die Anfechtungsklage abgewiesen und die Ehe aus Verschulden beider Parteien geschieden. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, mit der sie die Abweisung auch der Scheidungsklage erstrebt. Durch Schriftsatz vom 2. August 1935, der dem Anwalt des Klägers laut dessen Empfangsbekanntnis am 5. August 1935 zugestellt worden ist, hat sie die Berufung zurückgenommen. Durch Schriftsatz vom 7. August 1935 hat sie die Zurücknahme der Berufung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten, nachdem ihr Anwalt bereits am 5. August 1935 dem Anwalt des Klägers fernmündlich erklärt hatte, er widerrufe die Berufungszurücknahmeerklärung. Sie hat behauptet, daß sie zur Zurücknahme der Berufung vom Kläger durch die unwahre Vorpiegelung bestimmt worden sei, er wolle wieder mit ihr „zusammengehen“ und sie in drei Monaten wieder heiraten. Der Kläger hat nicht bestritten, die Beklagte unter Vorpiegelung der Möglichkeit

eines Wiederausammengehens zur Berufungszurücknahme veranlaßt zu haben; er habe erreichen wollen, daß die Beklagte durch die Zurücknahme ihres Rechtsmittels verlustig gehe; an ein Wiederausammengehen mit ihr habe er im Ernst nicht gedacht. Der Kläger hatte schriftsätzlich zunächst den Antrag aus § 515 Abs. 3 ZPO. angekündigt, dann aber erklärt, daß er diesen Antrag nicht aufrechterhalte, sondern Zurückweisung der Berufung beantrage. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I. Das angefochtene Urteil ist im schriftlichen Verfahren nach § 7 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 13. Mai 1924 (RGBl. I S. 552) ergangen. Die Urteilsformel ist nach dem Vermerk der Geschäftsstelle, der sich auf der bei den Akten befindlichen beglaubigten Urteilsabschrift befindet, beiden Prozeßbevollmächtigten der Streitparteien am 21. Oktober 1935 von Amts wegen zugestellt worden. Durch diese Zustellung wurde lediglich die Verkündung ersetzt (§ 7 Satz 2 a. a. O.). Die Revisionsfrist wurde dadurch noch nicht in Lauf gesetzt. Hierzu bedurfte es vielmehr, da durch das angefochtene Urteil die Berufung gegen ein auf Scheidung erkenndes Urteil des Landgerichts als unzulässig verworfen wurde, noch der in § 625 ZPO. vorgeschriebenen Zustellung von Amts wegen (RGZ. Bd. 123 S. 335; Stein-Jonas ZPO. § 625 Bem. II Abs. 3); und zwar gemäß § 552 ZPO. die Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils erforderlich. Nach dem Inhalt der Akten und nach den in der Revisionsverhandlung von den Parteien übereinstimmend abgegebenen Erklärungen ist eine solche Zustellung nicht erfolgt. Die Revisionsfrist hatte daher am 14. Dezember 1935, dem Tage der Einlegung der Revision, noch nicht zu laufen begonnen, so daß gegen die Zulässigkeit der Revision keine Bedenken bestehen.

II. Der Anwalt des Klägers und Berufungsbeklagten hatte, wie unstreitig ist, den die Berufungszurücknahme enthaltenden Schriftsatz bereits erhalten und zur Kenntnis genommen, bevor ihm fernmündlich der Widerruf der Berufungszurücknahme erklärt wurde. Streit besteht darüber, ob er im Zeitpunkt des fernmündlichen Widerrufs

bereits das Empfangsbekennnis nach § 198 Abs. 2 ZPO. ausgestellt hatte oder ob er dies erst nach dem Widerruf getan hat. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß es für die Frage, ob die Zurücknahme der Berufung wirksam widerrufen worden ist, auf den Zeitpunkt der Ausstellung des Empfangsbekennnisses nicht ankommt. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist erfolgt, sobald der Anwalt, dem zugestellt werden soll, persönlich von dem Gewährsam, den er an dem ihm übersandten Schriftstück erlangt hat, Kenntnis erhalten und den Willen geäußert hat, es zu behalten (RGZ. Bd. 98 S. 243, Bd. 109 S. 343). Die Beurkundung nach § 198 Abs. 2 ZPO., die zur Vollenbung des Zustellungsaktes erforderlich ist, wirkt auf den Zeitpunkt der Empfangnahme zurück (Stein-Jonas § 198 Bem. II 2). Nur dann, wenn dem Anwalt, dem zugestellt wird, vor der Empfangnahme des zuzustellenden Schriftstücks oder gleichzeitig mit ihr ein Widerruf des zustellenden Anwalts zugegangen ist, vermag mit Rücksicht auf den entsprechend anzuwendenden § 130 Abs. 1 Satz 2 ZGB. (vgl. RGZ. Bd. 104 S. 136/137, Bd. 105 S. 355) das Empfangsbekennnis keine Wirkungen zu äußern, weil dann im Zeitpunkt der Empfangnahme des Schriftstücks die Zustellungsabsicht des gegnerischen Anwalts nicht mehr vorhanden war. Im vorliegenden Fall hätte der Anwalt des Klägers und Berufungsbeklagten zwar durch Unterlassung der Ausstellung des Empfangsbekennnisses das Wirksamwerden der Berufungszurücknahme verhindern können. Wenn er es aber, woran er rechtlich nicht gehindert war, ausstellte, so hatte dies zur Folge, daß die Übersendung und die noch vor dem Widerruf erfolgte Empfangnahme des Schriftstücks zu einem wirksamen Zustellungsakt wurden. Im Gegensatz zur Ansicht der Revision ist daher mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß die Berufungszurücknahme durch die Zustellung des Schriftstücks vom 2. August 1935 in wirksamer Weise erfolgt ist.

III. Der die Zurücknahme der Berufung enthaltende Schriftsatz ist dem Anwalt des Klägers am 5. August 1935 zugestellt worden. An demselben Tage lief auch die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das am 5. Juli 1935 zugestellte Urteil des Landgerichts ab. Dieses Urteil hatte daher mit Ablauf des 5. August 1935 die formelle Rechtskraft erlangt, so daß eine erneute Berufungseinlegung, auch wenn man eine solche an sich für zulässig halten wollte (vgl. RGZ. Bd. 147 S. 313), nicht mehr möglich gewesen wäre. Wenn die

Beklagte gleichwohl die von ihr eingelegte Berufung weiterverfolgte, so griff sie damit nunmehr ein rechtskräftiges Urteil an. Daraus folgt, daß ihr Rechtsmittel nachträglich unzulässig geworden war. Dies war, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, gemäß § 519b Abs. 1 Satz 1 ZPO. von Amts wegen zu beachten (vgl. Stein-Jonas § 519b Bem. II 1e). Durch Parteieinverständnis können die Wirkungen der Zurücknahme der Berufung nicht wieder beseitigt werden (RG. in JW. 1907 S. 392 Nr. 13). Der gegenteiligen Ansicht der Revision, die auf die Ähnlichkeit mit dem im Einverständnis der Gegenpartei erfolgenden Widerruf des Rechtsmittelverzichts hinweist, kann nicht gefolgt werden. Der Rechtsmittelverzicht begründet nur eine prozessuale Einrede für den Gegner, auf die dieser wiederum verzichten kann (RG. in JW. 1925 S. 1372 Nr. 5; Stein-Jonas § 514 Bem. II 1 Abs. 3). Darin unterscheidet sich der Fall des Rechtsmittelverzichts von dem der Berufungszurücknahme. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht es hiernach für unbeachtlich erklärt, daß der Kläger durch Nichtstellung des Antrags aus § 515 Abs. 3 ZPO. den Willen zu erkennen gegeben hat, aus der Berufungszurücknahme keine Rechtsvorteile abzuleiten.

IV. Eine Anfechtung der Berufungszurücknahme wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums hält das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 69 S. 262, Bd. 81 S. 178, Bd. 105 S. 355) für unzulässig. Es erwägt aber, ob nicht eine Ausnahme hiervon in den Fällen zuzulassen ist, in denen gegen das Berufungsurteil mit der Restitutionsklage gemäß § 580 ZPO. vorgegangen werden könnte. Den hier in Betracht kommenden Fall des § 580 Nr. 4 ZPO. hält es jedoch deshalb nicht für gegeben, weil es zweifelhaft sei, ob der Betrugstatbestand des § 263 StGB. vorliege, und weil es überdies an dem Erfordernis fehle, daß eine Verurteilung des Klägers wegen Betrugs erfolgt sei (§ 581 ZPO.).

In der Rechtslehre wird, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, die Ansicht vertreten, daß in den Fällen, wo die Partei gegen das künftige Urteil mit der Restitutionsklage vorgehen könnte, insbesondere im Falle des § 580 Nr. 4 ZPO., schon im anhängigen Rechtsstreit ein Widerruf auch der bindenden Erklärungen zulässig sei (so insbesondere Hellwig System des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil S. 457 unter IV 2; Stein-Jonas vor § 128 Bem. V 4 Abs. 3; H. Lehmann in der Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für

Paul Krüger S. 239). Dieser Ansicht ist beizutreten. Es wäre widersinnig, wenn die Partei genötigt wäre, trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung im Sinne des § 580 Nr. 4 ZPO. zunächst ein Urteil gegen sich ergehen zu lassen und dann gegen dieses Urteil mit der Restitutionsklage vorzugehen. Das ist auch nicht der Wille des Gesetzes. Wie sich aus § 582 ZPO. ergibt, verlangt das Gesetz vielmehr von der Partei, daß sie den Restitutionsgrund, hier also die mit Beziehung auf den Rechtsstreit verübte strafbare Handlung, bereits im anhängigen Rechtsstreit geltend macht, und entzieht ihr für den Fall, daß sie dies schuldhaft unterläßt, die Möglichkeit der Erhebung der Restitutionsklage. Das Gesetz berechtigt und verpflichtet also die Partei, das Vorliegen der strafbaren Handlung bereits im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen und damit das Zustandekommen eines ihr ungünstigen Urteils zu verhindern. Daß unter § 580 Nr. 4 ZPO. auch die durch eine strafbare Handlung herbeigeführte Zurücknahme eines Rechtsmittels fällt, die zur Folge haben muß, daß das Rechtsmittel als unzulässig verworfen wird, kann nicht zweifelhaft sein.

Wenn das Berufungsgericht sich u. a. deshalb gehindert sieht, den Widerruf der Berufungszurücknahme zu berücksichtigen, weil es an der nach § 581 ZPO. erforderlichen strafgerichtlichen Beurteilung des Klägers wegen Betrugs fehle, so hätte diesem Bedenken ohne weiteres dadurch abgeholfen werden können, daß das Berufungsgericht die Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens gemäß § 149 ZPO. aussetzte. Es kann aber überhaupt nicht anerkannt werden, daß zur Geltendmachung des Restitutionsgrundes im anhängigen Rechtsstreit die vorgängige strafgerichtliche Beurteilung des Täters erforderlich ist. Die rechtskräftige Beurteilung ist lediglich eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Restitutionsklage. Den Restitutionsgrund im Sinne des § 582 ZPO. dagegen bilden in den Fällen des § 580 Nr. 1 bis 5 die dort bezeichneten strafbaren Handlungen, nicht die rechtskräftige Beurteilung (RG. in JW. 1901 S. 33 Nr. 2; Stein-Jonas § 582 Bem. I bei Nr. 1). Aus § 582 ergibt sich also zugleich, daß die Partei auch ohne vorgängige strafgerichtliche Beurteilung des Täters das Vorliegen einer der in § 580 Nr. 1 bis 5 ZPO. bezeichneten strafbaren Handlungen im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen berechtigt ist.

Nicht begründet sind auch die Zweifel des Berufungsgerichts daran, ob das Verhalten des Klägers den Tatbestand des § 263 StGB.

erfüllt. Zu der Prüfung, ob dies der Fall ist, ist auch das Revisionsgericht befugt, da hiervon die Zulässigkeit der Berufung abhängt (RdZ. Bd. 110 S. 172, Bd. 112 S. 142, Bd. 141 S. 283; Stein-Jonas § 559 Bem. IV 1 bei N. 24, § 561 Bem. II 3). Der Kläger hat nicht bestritten, die Beklagte durch die Vorpiegelung der falschen Tatsache, daß er zu einem „Wiederzusammengehen“ mit ihr bereit sei, zur Zurücknahme der Berufung veranlaßt zu haben. Er wollte seinem Zugeständnis gemäß erreichen, daß die Beklagte ihres Rechtsmittels verlustig ginge. Seine Absicht war also darauf gerichtet, die Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden landgerichtlichen Urteils und damit den Wegfall der ihm gegenüber der Beklagten auf Grund des ehelichen Verhältnisses obliegenden Pflichten herbeizuführen. Der Vermögensvorteil, den er damit erstrebt und erreicht hat, und dem auf seiten der Beklagten eine entsprechende Vermögensminderung gegenüberstand, bestand zum mindesten darin, daß seine Unterhaltspflicht früher als bei Durchführung des Berufungsverfahrens wegfiel. Darauf hatte er, wie ihm bewußt war, kein Recht.

Die Zurücknahme der Berufung ist nach alledem in wirksamer Weise von der Beklagten wegen des vom Kläger ihr gegenüber verübten Betrugs widerrufen worden.