

**37. Kann die inländische Partei in der Revisionsinstanz wegen der ihr hier entstehenden Kosten die Einrede der mangelnden Sicherheit noch erheben, wenn sie diese Einrede in der Berufungsinstanz zwar schon erhoben, aber wieder fallen gelassen hatte?**

RPD. §§ 110, 112, 274, 528, 566.

V. Zivilsenat. Urt. v. 4. August 1937 i. S. Witwe W. (Bekl.)  
w. W. (kl.). V 53/37.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Frage ist verneint worden aus nachstehenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Auch für die Revisionsinstanz hat die Beklagte vor Verhandlung zur Hauptsache von dem Kläger (einem Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika) Sicherheit für die Prozeßkosten begehrt. Ihrem Verlangen, dem der Kläger widersprochen hat, stehen jedoch die Vorschriften in den §§ 566, 528 Satz 1 RPD. entgegen. Danach

darf die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten als verzichtbare prozeßhindernde Einrede (§ 274 Abs. 2 Nr. 5 ZPO.) in der Revisionsinstanz nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außerstande gewesen sei, die Einrede schon in der Berufungsinstanz vorzubringen. Nun hat zwar die Beklagte in der Berufungsinstanz eine Erhöhung der vom Kläger im ersten Rechtszuge geleisteten Sicherheit mit der dem § 112 Abs. 3 ZPO. entnommenen Begründung gefordert, daß nach dem Anfall der Sache an eine höhere Instanz die geleistete Sicherheit nicht mehr hinreiche. Die Beklagte ist jedoch der beim Widerspruch des Klägers gebotenen Entscheidung des Berufungsgerichts aus dem Wege gegangen, ohne daß sich dem Tatbestand des angefochtenen Urteils eine Rechtfertigung ihres Verhaltens entnehmen ließe. Dem im § 528 ZPO. allein genannten Fall, daß eine prozeßhindernde Einrede in der Vorinstanz nicht geltend gemacht werden konnte, ohne daß Verschulden dabei mitspielte, muß nach dem Rechtsgrund der auf Verfahrensbeschleunigung und auf wirkliche Erschöpfung der unteren Instanz abzielenden Vorschrift der Fall gleichstehen, daß die Partei die Einrede in der unteren Instanz zwar zunächst vorbringt, sie dann aber wieder fallen läßt. So liegt die Sache hier. Die Beklagte ist, ebenso wie ihr Prozeßgegner, in dem zur Verhandlung über die Einrede bestimmten Termin ausgeblieben. Sie ist ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils und der dort in bezug genommenen Aktenteile weder schriftlich noch bei der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache auf die Einrede zurückgekommen. Damit hat sie in der Vorinstanz ihre auf die §§ 110 fgl. ZPO. gestützte Verteidigung aufgegeben, ohne daß ein dieses Verhalten entschuldigender Grund erkennbar wäre. Insbesondere ist über eine Vereinbarung der in RRG. Bd. 98 S. 316 behandelten Art nichts behauptet worden.

Dem Schluß, daß danach die Einrede in der Revisionsinstanz gemäß §§ 566, 528 ZPO. nicht wieder aufgegriffen werden dürfe, kann nicht mit der sich bei Stein-Jonas, Bem. II zu § 528, findenden Erwägung begegnet werden, die Einrede sei, weil die bisher geleistete Sicherheit zur Deckung der Kosten des Revisionsverfahrens nicht ausreiche (§ 112 Abs. 3 ZPO.), in der Revisionsinstanz von neuem erwachsen und werde deshalb von dem in den genannten Vorschriften verordneten Ausschluß der Geltendmachung nicht berührt.

Nach der Zivilprozeßordnung gehört die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten zu den verzichtbaren prozeßhindernden Einreden und ist damit den für diese geltenden Vorschriften in den §§ 528, 566 unterworfen. Die letzteren greifen, weil sie von der Möglichkeit des Vorbringens der Einrede in der früheren Instanz ausgehen, dann freilich nicht ein, wenn die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wie in dem (denn auch z. B. von Baumbach, Anm. 1e zu § 566 allein genannten) Fall des § 111 ZPO., erst im Lauf der höheren Instanz eintreten. Diesem Fall kann jedoch der des § 112 Abs. 3 für die Anwendung des § 528 ZPO. nicht gleichgesetzt werden. Nach allgemeiner Anschauung ist die vorhergehende Vorschrift im § 112 Abs. 2 ZPO. dahin zu verstehen, daß bei Bestimmung der Höhe der Sicherheit alle im Prozeß einschließlich der möglichen Rechtszüge entstandenen und voraussichtlich entstehenden Kosten vom Gericht veranschlagt werden sollen (RGZ. Bd. 83 S. 428 [429], Bd. 154 S. 225 [227]). So hat auch die Beklagte die bezeichnete Vorschrift angewendet wissen wollen. Das zeigt schon die Höhe der im ersten Rechtszug geforderten und vom Kläger geleisteten Sicherheit, aus der die Beklagte beim Obliegen mehr als die im Verfahren vor dem Landgericht ihr erwachsenen Kosten hätte decken können. Eine noch deutlichere Sprache führt die im zweiten Rechtszuge der Einrede gegebene Begründung. Hier hat die Beklagte Erhöhung der Sicherheit auf 3500 RM. gerade deshalb gefordert, weil sie auch für den Fall der Eröffnung der Revisionsinstanz gesichert sein wollte. Die Beklagte hätte, falls sie auf der zunächst begehrten und vom Kläger ebenfalls gewünschten Entscheidung durch das Berufungsgericht bestanden hätte, erwarten dürfen, daß dabei auch die Kosten einer künftigen Revisionsinstanz berücksichtigt werden würden. Wenn sie dem unentschuldig durch ihr Ausbleiben im Verhandlungstermin und ihr weiteres Verhalten in der Revisionsinstanz entgegengewirkt hat, so ist ihr die im Revisionsverfahren einmal versäumte Einrede in der Revisionsinstanz nicht von neuem erwachsen. Dem steht die nach den §§ 528, 566 ZPO. beachtliche Tatsache schuldhafter Säumnis, aber auch die Erwägung entgegen, daß in der Revisionsinstanz ein Rechtsbehelf nicht neu erwachsen sein kann, der schon im Revisionsverfahren mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden konnte und dort tatsächlich zunächst auch geltend gemacht worden war.

Für die im vorstehenden gegebene Auslegung der Vorschriften in den §§ 110 fgl., 528, 566 ZPO. finden sich in der bisherigen, allerdings nicht einheitlichen Rechtsprechung einige Belege. Das von Stein-Jonas a. a. O. angezogene Urteil des Kammergerichts (OLG. Bd. 29 S. 102) behandelt einen Fall, wo das in der Berufungsinstanz vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache vorgebrachte Verlangen nach Sicherheitsleistung schon im ersten Rechtszuge gestellt und für begründet erklärt worden war. Nur war die Sicherheit dort nicht in der vom Beklagten verlangten, auch die zu erwartenden Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz berücksichtigenden Höhe bemessen worden. Das Kammergericht hat den § 528 ZPO. grundsätzlich für anwendbar erachtet und den Einwand des Klägers, daß der Beklagte das Verlangen nach höherer Sicherheitsleistung nicht in der Vorinstanz weiter verfolgt habe, mit der nach Lage des Falles zutreffenden Begründung zurückgewiesen, der Beklagte habe im ersten Rechtszug alles getan, um sich eine möglichst ausreichende Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu verschaffen. Zwei ältere Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1885 und 1894 (Seuff-Arch. Bd. 41 Nr. 63, Bd. 51 Nr. 219) haben freilich den mit Erschöpfung der geleisteten Sicherheit begründeten Antrag auf Erhöhung (§ 112 Abs. 3 ZPO.) in der Revisionsinstanz — mit Wirkung auch für die Kosten des Berufungsverfahrens — zugelassen, obschon die Einrede zwar in der ersten, nicht aber in der zweiten Instanz vorgebracht worden war. Das ältere der beiden Urteile findet sich mit der Vorschrift des § 528 ZPO. (§ 490 a. F.) — § 566 (§ 529 a. F.) wird nicht erwähnt — dahin ab, daß die Beklagte die Einrede im ersten Rechtszuge vorgeschützt und daß sich nur die vom Landgericht festgesetzte Sicherheit später als unzureichend erwiesen habe; in dem jüngeren wird die Frage der Ausschließung der Einrede nach § 274 Abs. 2 Nr. 5, § 528 Satz 1, § 566 ZPO. nicht angeschnitten. Dagegen hat das Reichsgericht in einem, soviel bekannt geworden, nicht veröffentlichten Urteil VI 450/17 gemäß §§ 528, 566 ZPO. die erst in der Revisionsinstanz erhobene Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten nur zugelassen, weil die Beklagte glaubhaft gemacht hatte, daß ihr die Ausländereigenschaft des Prozeßgegners erst nach Verkündung des Berufungsurteils bekannt geworden sei. In einem Urteil des Reichsgerichts vom 11. Juli 1933 (LJ. 1933 Sp. 1396) ist entschieden worden, daß in der Revisionsinstanz die Leistung einer

erhöhten, die Kosten auch der Berufungsinstanz mitdeckenden Sicherheit nach § 112 Abs. 3 ZPO. gefordert werden kann, wenn die Kosten sich erst durch eine neue Streitwertfestsetzung am Schluß der Berufungsinstanz erhöht haben und dem Beklagten in dieser Instanz keine Gelegenheit mehr gegeben war, vor weiterer mündlicher Verhandlung zur Hauptsache die Einrede noch vorzubringen. Auch RGZ. Bd. 146 S. 8 läßt die im ersten Rechtszug nicht erhobene Einrede nur unter den Voraussetzungen des § 528 Satz 1 ZPO. noch in der Berufungsinstanz zu.

Hiernach hat es im Streitfall dabei zu bewenden, daß die Beklagte die Einrede in der Revisionsinstanz nicht als neu erwachsen unter Hinweis auf § 112 Abs. 3 ZPO. erheben kann. Denn sie hat eine dahin zielende, die Kosten gerade auch des dritten Rechtszugs mit umfassende Einrede in der Berufungsinstanz, soviel ersichtlich, unentschuldig fallen lassen. Die damit in der Vorinstanz eingetretene Ausschließungswirkung dauert fort.