

**53. Unter welchen Voraussetzungen kann das Urteil eines Oberlandesgerichts, das die Berufung des ausgebliebenen Berufungsklägers auf Antrag des erschienenen Berufungsbeklagten als unzulässig verwirft, mit der Revision angefochten werden?**

RPD. §§ 330, 331a, 511, 519b, 542.

V. Zivilsenat. Ur. v. 23. Februar 1939 i. S. II. (Bekl.) w. B. bank Gmbh. (Kl.). V 174/38.

I. Landgericht Kiel.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der im ersten Rechtsgange zur Zahlung von 2722,29 RM. verurteilte Beklagte hat in rechter Form und Frist Berufung eingelegt und sie gehörig begründet. Vor Ablauf der ihm gesetzten Frist zum Nachweis der Gebührensatzung (§ 519 Abs. 6 RPD.) wurde ihm das Armenrecht für den zweiten Rechtsgang bewilligt; es wurde ihm jedoch später — nach Beweisaufnahme — wieder entzogen, weil seine Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete. Durch Verfügung vom 20. Mai 1938 wurde dem Beklagten darauf von neuem aufgegeben, die Einzahlung der Prozeßgebühr, und zwar bis zum 4. Juni, nachzuweisen. Die Verfügung wurde seinem Prozeßbevollmächtigten und eine Zahlungsaufforderung ihm selber am 23. Mai zugestellt. Inzwischen war am 20. Mai ein wiederholtes Gesuch des Beklagten um Bewilligung des Armenrechts eingegangen. Dieses Gesuch wurde durch einen am 28. Mai zugestellten Beschluß mit gleicher Begründung wie das erste abgelehnt. Die Einzahlung der Prozeßgebühr wurde nicht nachgewiesen. Im Verhandlungstermin vom 8. Juni vor dem Oberlandesgericht war der Beklagte nicht vertreten. Die Klägerin beantragte, die Berufung als unzulässig zu verwirfen, hilfsweise, sie durch Versäumnisurteil zurückzuweisen. Das Oberlandesgericht entsprach dem Hauptantrag auf Verwerfung der Berufung. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des erlassenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Der Revision steht nicht im Wege, daß die gesetzliche Revisionssumme nicht erreicht wird (§§ 546, 547 Nr. 1 RPD.). Sie richtet sich

auch gegen ein revisionsfähiges Urteil. Das bedarf deshalb der Klärung, weil das Urteil auf Grund einer Verhandlung ergangen ist, in welcher der Beklagte als Berufungskläger nicht vertreten war, und der Sonderfall des § 513 Abs. 2, § 566 ZPO., in dem ein Versäumnisurteil eines Oberlandesgerichts mit der Revision angefochten werden kann, nicht gegeben ist.

Die Frage, ob ein bei Säumnis des Berufungsklägers die Berufung als unzulässig verwerfendes Urteil ein echtes, nur mit dem Einspruch angreifbares Versäumnisurteil oder aber eine der Revision zugängliche Entscheidung ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Dabei wird die Antwort öfters durch den Gedanken beeinflusst, wie bei richtigem Verfahren des Berufungsgerichts zu entscheiden gewesen wäre. Nach der im Schrifttum vorherrschenden Meinung handelt es sich um ein sogenanntes unechtes Versäumnisurteil, das der Revision unterliegt (Jonas-Pohle ZPO. Vorbem. III 3 vor § 330, II zu § 542 mit Nachweisen). Dagegen hält die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts an der seit langem vertretenen Auffassung fest, daß solchenfalls ein echtes Versäumnisurteil ergehe, mithin nur der Einspruch zulässig sei (vgl. z. B. RGZ. Bd. 140 S. 77; RWG. Bd. 14 S. 16). Übereinstimmend wird unter einem Versäumnisurteil ein Urteil verstanden, das auf der völligen Säumnis einer Partei beruht, d. h. aus ihr die gesetzlichen Folgen zieht (RGZ. Bd. 50 S. 384). Während aber nach der genannten Rechtsprechung beim Ausbleiben des Berufungsklägers durch die Verwerfung der Berufung als unzulässig immer eine Versäumnisfolge verwirklicht wird, verwirft nach der im Schrifttum vorherrschenden Ansicht ein solches Urteil die Berufung trotz der Säumnis und spricht aus, daß eine Versäumnisfolge gerade nicht eintrete. Im Schrifttum wird also an Hand der gegebenen Begriffsbestimmung die Urteilsfolge (Verwerfung der Berufung) auf ihre Ursache hin geprüft und als nicht auf der Säumnis des Berufungsklägers beruhend gewürdigt. Dagegen begnügt sich die Rechtsprechung allein mit der Tatsache, daß das Urteil gegen die nicht erschienene Partei ergangen ist.

Eine grundsätzliche Stellungnahme zu dieser Meinungsverschiedenheit erübrigt sich. Sie hat, ohne daß dies immer bemerkt worden wäre, durch die Einfügung des § 331a in die Prozeßordnung ihre Bedeutung wenigstens zum guten Teil eingebüßt. Auch hier greift diese Vorschrift ein. Das angefochtene Urteil ist weder ein

echtes noch ein unechtes Versäumnisurteil, sondern eine gemäß § 331a ZPO. getroffene Entscheidung nach Lage der Akten, die unzweifelhaft mit der Revision angefochten werden kann. Vom Standpunkt der Rechtsprechung aus konnte das Berufungsgericht — je nach dem Antrag der Berufungsbeklagten — entweder ein echtes Versäumnisurteil erlassen oder nach Lage der Akten entscheiden. Vom Standpunkt der vorherrschenden Lehre im Schrifttum aus bestand bei folgerichtiger Durchführung vielleicht gar keine Wahlmöglichkeit, insofern sich die Annahme vertreten ließe, daß die gegen den säumigen Berufungskläger ausgesprochene Verwerfung der Berufung als unzulässig seit der Schaffung des § 331a kein unechtes Versäumnisurteil mehr ist, sondern eben eine Entscheidung nach Lage der Akten (vgl. Bley in ZRP. Bd. 49 S. 154). Bei Zweifeln über die Art einer angefochtenen Entscheidung wird nach der insoweit nicht einheitlichen Rechtsprechung (Nachweise bei Jonas-Bohle ZPO. Allgem. Vorbem. III 1 vor § 511) teils mehr auf den Inhalt, den sachlichen Gehalt der Entscheidung, teils mehr darauf abgestellt, was für ein Urteil der untere Richter erlassen wollte. Hier ist diese Unterscheidung bedeutungslos. Das Berufungsgericht hat kein (echtes) Versäumnisurteil erlassen wollen, und seine Entscheidung stellt sich auch nicht ihrem Inhalt nach als ein solches Urteil dar.

Daß das Berufungsgericht kein Versäumnisurteil erlassen wollte, folgt aus dem Mangel der sonst üblichen Bezeichnung des Urteils als Versäumnisurteil sowie aus dem Fehlen jeden Hinweises in den Entscheidungsgründen auf die Säumnis des Beklagten als tragenden Grund der Verwerfung jenes Rechtsmittels. Das Berufungsgericht erwähnt zwar im Urteilstatbestand, daß der Beklagte trotz ordnungsmäßiger Ladung im Verhandlungstermin nicht erschienen sei, zieht aber nicht hieraus, sondern aus den zuvor dargestellten Prozeßvorgängen die Folgerung auf die Unzulässigkeit der Berufung und verwirft sie ohne Rücksicht auf die Säumnis des Beklagten. Einen Schluß auf den Willen des Berufungsgerichts erlaubt auch die in der mündlichen Verhandlung augenscheinlich unter Einfluß des Gerichts von der Berufungsbeklagten gewählte Antragsfassung. Danach sollte ein Versäumnisurteil auf Zurückweisung der Berufung nur dann ergehen, wenn dem Hauptantrag auf Verwerfung der Berufung deshalb nicht entsprochen werden konnte, weil die Berufung für zulässig erachtet wurde.

Aus den dargelegten Gründen gibt sich das angefochtene Urteil auch seinem Inhalte nach nicht als Versäumnisurteil. Der in der bisherigen Rechtsprechung hiergegen hauptsächlich angeführte Grund, daß durch ein beim Ausbleiben des Berufungsklägers das Rechtsmittel als unzulässig verwerfendes Urteil immer eine Versäumnisfolge verwirklicht werde, hat sein Gewicht verloren, seitdem die Entscheidung nach Lage der Akten zur Wahl des Berufungsbeklagten steht. Ob die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine solche Entscheidung gegeben waren, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels hängt nicht davon ab, was für ein Urteil das Gericht bei gehörigem Verfahren hätte erlassen sollen; maßgebend ist vielmehr die tatsächlich vorliegende Entscheidung, wie sie sich nach dem gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Richters darstellt (RGZ. Bb. 96 S. 9 [12]). Aus einer Unstimmigkeit zwischen dem vom Berufungsgericht eingeschlagenen und dem nach § 331a ZPO. zu beobachtenden Verfahren könnte höchstens geschlossen werden, daß das Berufungsgericht nicht nach Lage der Akten entscheiden wollte, und mittelbar sich ergeben, daß eine Entscheidung dieses Inhalts nicht vorliege. Doch stünde einem solchen Schluß hier das Gewicht der Gründe entgegen, aus denen oben das Vorliegen eines Versäumnisurteils verneint wurde. Außerdem ist das Verfahren des Berufungsgerichts mit dem im § 331a ZPO. vorgeschriebenen zu vereinigen.

Die bezeichnete Vorschrift erfordert einen besonderen, auf Entscheidung nach Lage der Akten gerichteten Antrag des Gegners der säumigen Partei. Ein solcher Antrag der Berufungsbeklagten lag hier vor. Denn die in erster Linie begehrte Verwerfung der Berufung auf Grund der aktenmäßigen Vorgänge über die Einforderung der Prozeßgebühr war der Sache nach nichts anderes als eine Entscheidung „nach Lage der Akten“. Daß der Antrag nicht aus einem vorbereitenden Schriftsatz oder einer Protokollanlage verlesen wurde, hinderte seine Berücksichtigung nicht. Denn der Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten ist Prozeßbitte, nicht Sachantrag, und deshalb der Vorschrift im § 297 ZPO. nicht unterworfen. Vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus war auch der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt (§ 331a Satz 1 Halbsatz 2). Nicht angewendet hat das Berufungsgericht allerdings die nach § 331a Satz 2 für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften

im § 251a Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO., wonach ein Urteil nur in einem besonders anzuberaumenden, auch der säumigen Partei besonders bekanntzugebenden Termin und nur dann verkündet werden darf, wenn in einem früheren Termin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Doch wird im Schrifttum (Erläuterungen zu § 331a ZPO. bei Jonas-Böhle Ann. II 2, Seuffert-Walshmann 12. Aufl. Bem. 2, Baumbach Bem. 2; vgl. ferner Wieh a. a. O.) die Meinung vertreten, daß diese einschränken den Vorschriften in den Fällen, in denen sonst ein unechtes Versäumnisurteil zu erlassen sei, die sofortige Verkündung eines Urteils nach Lage der Akten nicht hinderten, weil durch die Zulassung einer solchen Entscheidung die Stellung des nichtsäumigen Teils habe verbessert, nicht verschlechtert werden sollen. Diese Meinung, die namentlich auch die Verwerfung der Berufung des säumigen Berufungsklägers als unechtes Versäumnisurteil behandelt, geht somit von einer Voraussetzung aus, die nach der herrschenden Rechtsprechung nicht gegeben ist. Ihre allgemeine Berechtigung mag dahinstehen; für den hervorgehobenen, gegenwärtig allein zu entscheidenden Fall trifft sie aus anderem Grunde zu. Dieser Fall des § 519b, dem übrigens der des § 554a ZPO. gleichsteht, hat die Besonderheit, daß über die Zulässigkeit der Berufung nach Ermessen des Berufungsgerichts auch ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Die Entscheidung ergeht dann in Form eines Beschlusses. Wird auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden, ist ein Urteil zu erlassen, und zwar (vom Standpunkt der herrschenden Rechtsprechung aus) nach Wahl des allein erschienenen Berufungsbeklagten entweder ein (echtes) Versäumnisurteil oder ein Urteil nach Lage der Akten. Nun ist zwar anzuerkennen, daß das Berufungsgericht, wenn es auf Grund mündlicher Verhandlung entscheidet, die Bestimmungen beachten muß, die für den Erlaß des dann gebotenen Urteils in der Prozeßordnung gegeben sind. Doch ist ein Gesetz niemals buchstäblich, sondern immer nur sinn- und zweckentsprechend anzuwenden. Die Vorschrift, daß ein Urteil nach Aktenlage nur ergehen darf, wenn in einem früheren Termin mündlich verhandelt worden ist, paßt aber nicht auf die Verwerfung einer als unzulässig erkannten Berufung. Denn hierzu bedarf es nach § 519b ZPO. einer mündlichen Verhandlung und folglich auch einer früheren mündlichen Verhandlung nur, wenn das Berufungsgericht sie nach seinem freien Ermessen für angezeigt

hält. Wenn diese Vorschrift nicht überhaupt als Sondernorm die genannte allgemeine Bestimmung im § 331a verbunden mit § 251a ZPO. geradezu ausschaltet, ergibt sie zum wenigsten, daß der Anwendung der letzteren die innere Berechtigung vollständig abgehen würde. Das Berufungsgericht hätte also den Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten nicht deshalb ablehnen dürfen, weil in einem früheren Termin noch nicht streitig verhandelt worden war. Es hatte sich vielmehr auf die Prüfung zu beschränken, ob ihm der Sachverhalt für eine sofortige Verwerfung der Berufung hinreichend geklärt erschien, und da es dies bejahte, dem Antrag, wie geschehen, zu entsprechen. Ebenso entfiel hier die Anwendbarkeit der sonstigen im § 331a Satz 2 für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften des § 251a Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO. Das Berufungsgericht war mithin nicht gehalten, den Verkündungstermin hinauszurücken und durch besondere Bekanntmachung des Termins dem säumigen Berufungskläger Gelegenheit zu geben, unter gewissen Voraussetzungen die Verkündung einer Entscheidung nach Aktenlage abzuwenden. Auch diese Vorschriften passen nicht auf die Verwerfung einer unzulässigen Berufung, die nach § 519b ZPO. ohne vorgängige Anhörung des Berufungsklägers ausgesprochen werden kann.

Die hiernach statthafte Revision ist auch sachlich begründet. Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, daß dem Beklagten nach Entziehung des Armenrechts von neuem eine Nachweisfrist gemäß § 519 Abs. 6 ZPO. zu setzen war, entspricht der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wird auch von der Revision nicht angezweifelt (vgl. RGZ. Bd. 132 S. 353, Bd. 151 S. 257; JW. 1936 S. 2457 Nr. 7.) Doch war die Frist bei Verkündung des angefochtenen Urteils noch nicht abgelaufen. Bei Anwendung des Grundsatzes, daß im allgemeinen von mehreren Armenrechtsgesuchen nur das erste fristhemmend wirkt, hat das Berufungsgericht übersehen, daß ein vor Bestimmung der maßgebenden Frist bereits erledigtes Gesuch nicht zählt (RGZ. Bd. 117 S. 136, Bd. 151 S. 257). Maßgebend war hier die nach Entziehung des Armenrechts gesetzte, nicht die bei Einlegung der Berufung bestimmte und durch Armenrechtsbewilligung gegenstandslos gewordene Frist. Das vom Beklagten am 20. Mai 1938 eingereichte Gesuch um Bewilligung des Armenrechts war also im Rechtsinne das erste, das für die am gleichen Tage verfügte neue und selbständige Nachweisfrist in Betracht kam. Daß bei Zustellung

dieser Fristverfügung das neue Armenrechtsgesuch schon vorlag, bewirkte nur den Aufschub des Fristbeginns bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf dieses Gesuch ergehenden Beschlusses (§ 519 Abs. 6 letzter Satz). Der ablehnende Beschluß ist dem Beklagten zu Händen seines Prozeßbevollmächtigten am 28. Mai 1938 zugestellt worden. Bei Schluß der Berufungsverhandlung am 8. Juni 1938 hatte also die dem Beklagten gesetzte Nachweisfrist, die auf 12 Tage bemessen worden war, noch nicht einmal zu laufen begonnen, geschweige denn ihren Lauf beendet. Daher konnte auf Grund dieser Verhandlung noch nicht der fruchtlose Ablauf der Frist festgestellt werden. Mit dem Urteil auf Verwerfung der Berufung aber ist die Fristbestimmung gegenstandslos geworden, so daß sie auch für das erneute Verfahren vor dem Berufungsgericht keine Wirkung mehr äußern kann. Es bedarf vielmehr abermals der Setzung einer Nachweisfrist (RGZ. Bd. 151 S. 257).