

23. Ist der nicht selbständig anfechtbare Beschluß, der die Zulässigkeit der Berufung ausspricht, insbesondere die Wiedereinsetzung gewährt, auf die Revision gegen das Berufungsurteil nachzuprüfen?

330. §§ 233, 519b.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 19. Juli 1941 i. S. M. (Bekl.) w. St. (Kl.).
IV 73/41.

I. Amtsgericht Weißwasser.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Unterhaltsklage des Klägers war vom Amtsgericht abgewiesen worden. Das amtsgerichtliche Urteil wurde am 16. November 1939 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 19. November 1939, bei Gericht eingegangen am 22. November 1939, erbat der Kläger das Armenrecht zur Einlegung der Berufung. Es wurde ihm mit einer hier bedeutungslosen Einschränkung durch Beschluß vom 4. Dezember 1939 bewilligt. Dem ihm als Pflichtanwalt beigeordneten Rechtsanwalt Dr. G. in B. wurde der Beschluß am 14. Dezember 1939 zugestellt.

Dieser legte am 20. Dezember 1939 Berufung ein. Am 3. Januar 1940 erbat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist mit der Begründung, daß der Armenrechtsbeschuß vom 4. Dezember ihm erst nach Ablauf der Berufungsfrist zugegangen sei. Durch Beschluß des Oberlandesgerichts vom 6. Januar 1940 ist dem Kläger die beantragte Wiedereinsetzung bewilligt worden. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht der Berufung stattgegeben und den Beklagten verurteilt, an den Kläger eine vierteljährliche Unterhaltsrente von 90 RM. zu zahlen. Auf die Revision des Beklagten wurde die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen.

Gründe:

Da die Revisionssumme nicht gegeben ist, kann die Revision nur insoweit zulässig sein, als es sich um die Frage der Zulässigkeit der Berufung handelt. Wie feststeht, ist die Berufungsschrift verspätet eingereicht worden. Demgemäß hat der Kläger auch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gebeten. Das Berufungsgericht hat durch Beschluß diesem Antrage stattgegeben. Es fragt sich zunächst, ob diese Entscheidung des Berufungsgerichts der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt. Das ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. darüber Jonas-Pohle *RPD.* Fußnote 25 zu § 519b) zu bejahen. Wenn diese sich zur Begründung der gegenteiligen Auffassung auf § 548 *RPD.* gestützt hat, so ist das nicht zwingend. Der Umstand, daß, wie allgemein anerkannt ist, ein derartiger, dem Wiedereinsetzungsantrage stattgebender Beschluß nicht selbständig anfechtbar ist, besagt noch nicht, daß er „unanfechtbar“ im Sinne des § 548 wäre. Gibt aber das Gesetz selbst keinen sicheren Anhalt für die Frage, ob ein derartiger Beschluß durch die Revision gegen das Endurteil zur Nachprüfung gestellt werden kann, so wird man bei der Beantwortung der Frage Zweckmäßigkeitsabwägungen ausschlaggebend sein lassen. Dann aber kann die Entscheidung nur im Sinne der Nachprüfbarkeit der Entscheidung fallen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß eine derartige Entscheidung des Berufungsgerichts sowohl dann, wenn sie durch Zwischenurteil getroffen, wie auch dann, wenn sie im Endurteil selbst ausgesprochen worden ist, mit der Revision gegen das Endurteil angefochten werden kann. Dann aber ist es unangebracht, die Möglichkeit der Nachprüfung für den Fall zu verneinen,

daß die Entscheidung in der schwächsten Form, nämlich in der Beschlusform, ergangen ist. Unerwünscht ist es auch, daß das Berufungsgericht es in der Hand haben sollte, die Nachprüfung der Entscheidung, je nachdem, in welche Form es sie kleidet, zu ermöglichen oder zu versagen. Demgemäß vertritt der erkennende Senat unter Aufgabe der bisherigen, ihn nicht mehr bindenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung im Anschluß an Jonas-Pohle (ZPO. Bem. III D 2b Abs. 2 zu § 519b) die Auffassung, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts in der Wiedereinsetzungsfrage auf die vom Beklagten eingelegte Revision nachzuprüfen ist. Diese Nachprüfung muß aber dazu führen, entgegen der Entscheidung des Berufungsgerichts den Wiedereinsetzungsantrag abzulehnen. Fraglich ist schon, ob der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Frist des § 234 ZPO. gestellt worden ist. Doch kann das dahinstehen, da jedenfalls eine ordnungsmäßige Begründung des Antrags fehlt. Wenn sich der Anwalt in dem Wiedereinsetzungsantrage darauf berufen hat, der Urmentschbeschuß sei ihm erst nach Ablauf der Berufungsfrist zugegangen, so ist das unrichtig, wie sich aus den oben angeführten Tatsachen ergibt. Weitere Gründe für die Wiedereinsetzung sind aber nicht, jedenfalls nicht innerhalb der Frist des § 234 ZPO., geltend gemacht, insbesondere ist nicht vorgetragen worden, daß der Anwalt deshalb erst verspätet die Berufung habe einlegen können, weil er vorher keine Prozeßvollmacht der Partei gehabt habe. Unter diesen Umständen fehlt jede Grundlage für die Annahme, daß die Versäumung der Berufungsfrist auf einem unabwendbaren Zufall beruhe. Das Wiedereinsetzungsgeuch ist deshalb abzulehnen mit der Folge, daß die Berufung als unzulässig verworfen werden muß.