

113. Hat nach Zurücknahme der Berufung der Berufungsbeklagte zur Rechtfertigung des Antrages, dem nicht erschienenen Berufungskläger die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten aufzuerlegen, den Nachweis zu führen, daß er vom Berufungskläger zum Verhandlungstermine geladen worden sei? Ist zu solchem Nachweise die Vorlegung der Zustellungsurkunde erforderlich?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 30. Oktober 1893 i. S. G. (Rl.) n. S. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 148/93.

I. Oberlandesgericht Marienwerder.

Der Sachverhalt ergibt sich aus folgenden  
Gründen:

„Der Kläger hat seine Berufung zurückgenommen, nachdem auf die von ihm eingereichte Berufungsschrift Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt war. In diesem Termine erschien nur der Vertreter des Berufungsbeklagten. Derselbe wies nach, wie im Protokolle konstatiert ist, daß der die Zurücknahme der Berufung enthaltende Schriftsatz des Bevollmächtigten des Berufungsklägers vom 7. Juli 1893 ihm am 8. Juli zugestellt worden sei, erklärte jedoch auf Befragen, daß er den Nachweis der Ladung des Beklagten nicht durch Vorlegung der Zustellungsurkunde führen könne, weil er nicht mehr im Besitze der Handakten des Anwaltes erster Instanz sei, daß aber die ordnungsmäßige Ladung als geschehen zu vermuten sei. Den hiernach

namens des Beklagten gestellten Antrag, durch Versäumnisurteil dem Kläger die Kosten der Berufung aufzuerlegen, hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die §§ 300 Ziff. 2. 504 C.P.D. zurückgewiesen, da die von seiten des Klägers geschehene Ladung des Beklagten zum Verhandlungstermine nicht nachgewiesen sei und als geschehen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden könne. Mit Recht beschwert sich der Beklagte über diese Zurückweisung.

Anzuerkennen ist, daß die Erlassung des begehrten Versäumnisurtheiles unstatthaft gewesen wäre, falls der Berufungskläger die Berufungsschrift mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung dem Beklagten nicht hätte zustellen lassen. Wenn der Beschwerdeführer meint, es komme auf solche Zustellung nach der Zurücknahme der Berufung nicht an, so übersieht er, daß in § 475 C.P.D. vom Verzicht auf die Berufung vor deren Einlegung, in § 476 dagegen von der Zurücknahme einer bereits eingelegten Berufung die Rede ist, und daß demgemäß auch die in Abs. 3 des § 476 bezeichneten Wirkungen nur da ausgesprochen werden können, wo vorher die Einlegung der Berufung nach Maßgabe des § 479 C.P.D. erfolgt war. Andererseits sind diese Wirkungen beim Richterscheinen des Berufungsklägers, wie das Reichsgericht wiederholt dargelegt hat, durch Versäumnisurteil auszusprechen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 6 S. 364, Bd. 24 S. 433; Beschluß des VI. Civilsenates vom 10. März 1893 i. S. J. R. w. F. R. Beschw.-Rep. VI. 49/93.<sup>1</sup>

Die Erlassung jedes Versäumnisurtheiles setzt aber nach § 300 Ziff. 2 C.P.D. voraus, daß die nicht erschienene Partei geladen war oder, was dem gleichsteht, durch Ladung des erschienenen Gegners sich selbst geladen hatte. (Vgl. §§ 191. 153 Abs. 2 C.P.D.)

Dagegen ist aus den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht zu entnehmen, daß der erschienene Berufungsbeklagte den Nachweis für die erfolgte Zustellung der Berufungsschrift und damit für seine Ladung zum Termine gerade durch Vorlegung der Zustellungsurkunde führen müsse. In einem Beschlusse vom 5. April 1884,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 365, hat das Reichsgericht schon ausgesprochen, es dürfe gegen den nicht er-

<sup>1</sup> S. oben Nr. 100 S. 404.

schienenen Berufungskläger ohne weiteres angenommen werden, daß er die mit der Terminbestimmung versehene Berufungsschrift dem erschienenen Berufungsbeklagten auch habe zustellen lassen. Wollte man aber auch diesem Ausspruche nicht in vollem Umfange beipflichten, so erscheint doch im vorliegenden Falle jeder Zweifel an der erfolgten Ladung dadurch ausgeschlossen, daß der Berufungskläger mittels des abgeschrieben auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Schriftsatzes vom 7. Juli d. J. „die gegen das Urteil vom 20. April 1893 eingelegte Berufung“ zurückgenommen, und daß er diesen Schriftsatz dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 8. Juli hat zustellen lassen. Wie diese Zustellung zu erklären sein möchte, wenn nicht vorher die Berufungsschrift zugestellt gewesen wäre, ist nicht zu erkennen. Wesentlich anders lag die Sache bei dem Beschlusse des Reichsgerichtes vom 15. Juni 1888.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 375.

In dem damaligen Falle mußte für die Erlassung des Versäumnisurtheiles ein besonderer Nachweis der Zustellung der Berufung erfordert werden, da im Verhandlungstermine weder der Berufungskläger noch der Berufungsbeklagte erschienen, der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheiles vielmehr von zwei aufgetretenen Nebenintervenienten gestellt war, ohne daß, soweit ersichtlich, irgend welche Umstände vorlagen, aus welchen die Zustellung der Berufungsschrift hätte entnommen werden können.

Hier aber erweist sich nach dem vorher Gesagten der Grund, welcher das Berufungsgericht zur Verjagung des Versäumnisurtheiles veranlaßt hat, als unhaltbar. Gemäß §§ 301, 504 C.P.O. war deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“