

108. Nichtigkeitsklage gegen ein Verfümmnisurteil, das dem für den Nichtigkeitskläger aufgetretenen falsus procurator zugestellt und nicht mit Einspruch angefochten worden war.

C.P.D. § 542 Ziff. 4.

V. Civilsenat. Ur. v. 16. Dezember 1896 i. S. C. (N. u. Nichtigkeitsbkl.) w. H. (Bkl. u. Nichtigkeitskl.). Rep. V. 201/96.

I. Landgericht Paderborn.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der jetzige Nichtigkeitsbeklagte C., der als Bürge für den Nichtigkeitskläger H. eine Schuld bezahlt hatte, nahm gegen diesen

klagend Negreß. In dem Verhandlungstermine vor dem Landgerichte am 13. November 1894 beantragten dem Sitzungsprotokolle zufolge die prozeßbevollmächtigten Anwälte der Parteien — für den Beklagten *H.* der Rechtsanwalt *B.* — vor Eintritt in die mündliche Verhandlung die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermines, und es wurde darauf beschloffen und verkündet, daß neuer Termin auf den 18. Dezember 1894 vormittags 9 Uhr anberaumt werde. Es ist aber unstrittig, daß *B.* vom Beklagten *H.* keinen Auftrag hatte. Am 18. Dezember erschien für den Beklagten *H.* niemand, und es erging nun auf Antrag des Klägers *E.* ein Veräumnisurteil nach dem Klagantrage. Dieses Urteil ist am 5. Januar 1895 dem Rechtsanwalte *B.* zugestellt worden. Nach Ablauf der Einspruchsfrist ist es am 15. Februar 1895 auch dem Beklagten *H.* zugestellt und gleichzeitig durch Pfändung bei ihm vollstreckt worden.

Gegen dieses Urteil hat *H.* die Nichtigkeitsklage erhoben, mit dem Antrage, das Urteil aufzuheben und die Klage des *E.* abzuweisen. Er beruft sich — abgesehen von der verfehlten Heranziehung des § 543 Ziff. 2. 4 — auf den § 542 Ziff. 4 C.P.D., indem er geltend macht, daß er in dem Verfahren nicht vertreten gewesen sei.

Der Nichtigkeitsbeklagte *E.* führt dagegen aus, daß *H.* zum Verhandlungstermine geladen worden, aber ungehorsam ausgeblieben sei, daß es einer Zustellung des verkündeten Beschlusses, wodurch der Termin verlegt wurde, nach § 195 C.P.D. nicht bedurft habe, daß endlich das Veräumnisurteil vom 18. Dezember 1894 dem *H.* selber am 15. Februar 1895 zugestellt worden sei und von ihm durch Einlegung des Einspruches hätte unwirksam gemacht werden können, der Fall des § 542 Ziff. 4 also gar nicht vorliege.

Der erste Richter hat aus diesen Gründen die Nichtigkeitsklage abgewiesen, während das Berufungsgericht das Veräumnisurteil vom 18. Dezember 1894 für nichtig erklärt hat. Die Revision ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

„Von der unstrittigen Thatsache ausgehend, daß der Rechtsanwalt *B.* in dem Verhandlungstermine am 13. November 1894 für *H.* aufgetreten, und daß das Veräumnisurteil vom 18. Dezember 1894 dem Rechtsanwalte *B.* als dem Vertreter des *H.* zugestellt worden ist, nimmt der Berufungsrichter an, daß mit dieser Zustellung, am

5. Januar 1895, die Einspruchsfrist begonnen habe, und daß das Versäumnisurteil am 19. Januar formell rechtskräftig geworden sei, weil binnen zwei Wochen kein Einspruch eingelegt worden ist. Der Umstand, daß B. in Wirklichkeit nicht von H. bevollmächtigt gewesen sei, habe nicht verhindern können, daß das Urteil rechtskräftig geworden und thatsächlich vollstreckt worden sei. Wollte man dies nicht annehmen, so würde die Nichtigkeitsklage auf Grund des § 542 Ziff. 4 C.P.D. (wegen mangelnder Parteivertretung) niemals gegen ein Urteil erster Instanz oder ein revisibles Urteil zweiter Instanz angestellt werden können. H. sei in der Zeit zwischen der ersten Ladung und der Zustellung des damals bereits rechtskräftigen Versäumnisurteiles an ihn selbst, am 15. Februar 1895, im Prozesse nicht vertreten gewesen; er habe auch nicht die Prozeßführung nachträglich etwa dadurch genehmigt, daß er nach dem 15. Februar 1895 nicht selber den Einspruch eingelegt habe; denn dies sei der schon eingetretenen Rechtskraft wegen nicht mehr möglich gewesen. Folglich könne er sich nur noch mit der Nichtigkeitsklage gegen die Nachteile der fehlerhaften Prozeßführung schützen.

Diese Entscheidung muß trotz der von der Revision erhobenen Angriffe für richtig erachtet werden.

Die Revision hat zunächst versucht, die Entscheidung auf Grund der Vorschrift in § 162 C.P.D. anzufechten: daß die Zustellungen in einem anhängigen Rechtsstreite an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Sie meint: die Zustellung an B. habe keine Gültigkeit gehabt, weil B. nicht der prozeßbevollmächtigte Anwalt des H. gewesen sei; folglich habe sie auch nicht die Einspruchsfrist in Lauf setzen können. Diese Ausführung trifft nicht zu; denn B. war im Sinne des § 162 in der That der prozeßbevollmächtigte Anwalt des H., weil er unbestritten in dem Prozeßverfahren, nämlich im Verhandlungstermine am 13. November 1894, als Prozeßbevollmächtigter des H. aufgetreten ist. Der Gegner hatte den Mangel einer Vollmacht nicht gerügt, und das Gericht konnte in diesem Anwaltsprozeß nicht von Amts wegen den Nachweis einer Vollmacht verlangen (§ 84 C.P.D.); B. galt daher als Prozeßbevollmächtigter des H., und ihm war deshalb auch das später erlassene Versäumnisurteil zuzustellen. Folglich begann mit dieser Zustellung die Einspruchsfrist, und wurde das Urteil formell rechtskräftig,

als nicht rechtzeitig der Einspruch eingelegt wurde. Der Fehler in der Prozeßführung hob in diesem Falle nicht erst hinter dem Urteile an; nicht die Zustellung war fehlerhaft, und es entstand daher nicht der bloße Schein einer Rechtskraft, der mit einer Beschwerde gegen die Zwangsvollstreckung hätte zerstört werden können, sondern der Fehler war schon vor dem Urteile begangen; er bestand in dem Mangel einer Vertretung des Beklagten H. in dem Prozeßverfahren und konnte, da gleichwohl ein rechtskräftiges Urteil entstanden war, nur im Wege der Nichtigkeitsklage wieder beseitigt werden.

Die Revision hat ferner gemeint: durch das Auftreten des Rechtsanwaltes W. sei an dem Verfahren nichts geändert worden, weil ja der Beklagte H. anderenfalles in dem Termine am 13. November 1894 unvertreten geblieben wäre und auch in diesem Falle von der Vertagung des Termines, die in einem sofort verkündeten Beschlusse angeordnet worden sei, nichts erfahren haben würde. Aber schon diese letzte Annahme ist irrtümlich; der § 300 letzter Absatz C.P.D. ordnet ausdrücklich an, daß bei einer Vertagung der Verhandlung die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden ist; es tritt also dann eine Ausnahme von der Regel des § 195 ein, daß zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt werden, nicht geladen zu werden braucht. Wäre der Rechtsanwalt W. nicht am 13. November für H. aufgetreten, so hätte dieser zu dem neuen Termine vom 18. Dezember geladen werden müssen. Diese Ladung wurde gerade dadurch verhindert, daß W. am 13. November erklärte, den H. zu vertreten, und infolgedessen die Regel des § 195 für anwendbar erachtet werden mußte. Überhaupt ist aber H. durch das Dazwischentreten des Rechtsanwaltes W. in eine ungünstigere Lage geraten, als wenn er unvertreten geblieben wäre; denn auch wenn am 13. November kein Vertagungsantrag gestellt, sondern sofort ein Versäumnisurteil ergangen wäre, hätte H. von diesem Vorgange durch die erforderliche Zustellung des Versäumnisurteiles an ihn persönlich Kenntnis erhalten und die Einspruchsfrist beobachten können. Jetzt ist die Versäumnung des neuen Termines am 18. Dezember lediglich auf das Auftreten des W. zurückzuführen. Die tatsächliche Gestaltung des Prozeßverfahrens und die sich daran anschließende Entstehung eines formell rechtskräftigen Urteiles gegen H. ist demnach nicht Folge seines ungehorsamen Ausbleibens im ersten Verhandlungs-

termine am 13. November 1894, sondern Folge des Dazwischentretens eines nicht beauftragten Vertreters, mithin Folge davon, daß G. in dem Prozesse nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen ist. Für solchen Fall ist in § 542 Riff. 4 C.P.D. die Nichtigkeitklage gegeben." . . .