

121. 1. Ist die Einlegung des Einspruches schon vor Zustellung des Versäumnisurtheiles zulässig?
 2. Hat die Zurücknahme eines vor Zustellung des Versäumnisurtheiles eingelegten Einspruches die Wirkung des Verzichtes?
 3. Enthält die Erklärung, daß ein Einspruch, dessen Stattbarkeit vom Gegner wegen noch nicht erfolgter Zustellung des Urtheiles bestritten war, unter Vorbehalt der Einlegung eines neuen Einspruches zurückgezogen werde, eine Zurücknahme des Einspruches?
 C.P.D. §§. 217. 283. 304. 306. 311. 476. 477. 514. 540. 549.

I. Civilsenat. Urth. v. 17. Januar 1883 i. S. Testamentsvollstreckers G. (Bekl.) w. St. (Al.) Rep. I. 489/82.

- I. Landgericht Hamburg.
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Es kommt zunächst in Frage, ob der Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurtheil vom 16. Februar 1882 mit Recht für zulässig erachtet ist. Die Beklagten haben die Zulässigkeit bestritten, weil Kläger den zuerst und zwar vor der Zustellung des Versäumnisurtheiles von ihm eingelegten Einspruch im Termine vom 9. März 1882 wieder zurückgenommen habe. Diesen Einwand hat der Berufungsrichter nun allerdings aus einem rechtsirrthümlichen, auf einer Verletzung der §§. 311 und 476 C.P.D. beruhenden Grunde verworfen. Er meint nämlich, daß, weil die Zurücknahme einer vor Zustellung des Urtheiles erhobenen Berufung nicht die Wirkung eines Verzichtes habe (Struckmann und Koch, Kommentar 3. Aufl. S. 443 Note 3 zu §. 476), dies auch für den Einspruch gelten müsse, da nach §. 311 C.P.D. in betreff des Verzichtes auf den Einspruch und die Zurücknahme desselben die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung fänden. Mag nun aber auch — was hier dahingestellt bleiben kann — der Zurücknahme einer vor Zustellung des Urtheiles eingelegten Berufung die in §. 476 Abs. 3 C.P.D. an die Zurücknahme geknüpfte Wirkung des Verlustes dieses Rechtsmittels nicht beigelegt werden können, so würde sich diese Folgerung doch (wie auch Struckmann und Koch a. a. D. andeuten) nur aus der in §. 477 Abs. 2 C.P.D. enthaltenen Bestimmung rechtfertigen lassen, daß die

Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urtheiles wirkungslos ist, wonach in der bloßen Zurücknahme eines Rechtsmittels, welches mit Rechtswirkfamkeit noch nicht eingelegt werden konnte, füglich auch kein Verzicht auf dessen demnächstige Einlegung, sobald die Frist für dieselbe zu laufen begonnen haben werde, gefunden werden kann. Bei dem Einspruche fällt dieser Gesichtspunkt aber weg. Denn die Einlegung des Einspruches nach der Verkündung, aber vor der Zustellung des Urtheiles ist — wie bereits vom dritten Civilsenate des Reichsgerichtes (vgl. Entsch. in Civilf. Bd. 3 S. 408) zutreffend ausgeführt ist, zulässig, und die Zurücknahme des an sich zulässigen Einspruches hat daher nach §. 476 Abs. 3 vgl. mit §. 311 C.P.D. auch die Wirkung eines Verzichtes auf den Einspruch, sodaß eben dieses Verzichtes wegen der Einspruch dann auch während der nach §. 304 C.P.D. mit der Zustellung beginnenden Frist rechtswirksam nicht erneuert eingelegt werden kann.

Die Frage der Zulässigkeit des Einspruches vor Zustellung des Versäumnisurtheiles ist freilich eine sehr bestrittene, und der Kläger und jetzige Revisionsbeklagte hat sich für deren Verneinung noch auf die Abhandlung von Wach in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes (Grucho) Bd. 25 S. 257 flg. und S. 801 berufen. Das Reichsgericht hält aber die dort vertretenen Gründe nicht für überzeugend. Daß der §. 306 C.P.D. nicht beweisend ist, wird auch dort zugegeben und zutreffend begründet. Desgleichen wird anerkannt, daß weder der Begriff „Notfrist“ noch der übrige Wortlaut des §. 304 C.P.D. eine Entscheidung an die Hand geben, wie denn auch die im §. 549 Abs. 1 C.P.D. für die Wiederaufnahme des Verfahrens vorgeschriebene „Notfrist“ im Falle des Absatz 3 nicht als eine absolut begrenzte, sondern nur als eine Präklusivfrist erscheint. Auch die Motive und die Vorverhandlungen zu den betreffenden Bestimmungen der C.P.D. geben anerkanntermaßen kein klares Bild von dem Willen des Gesetzgebers, sodaß auch hieraus nicht zu ermitteln ist, ob eine gleichmäßige Behandlung der Rechtsmittel der Berufung und Revision einerseits und des Einspruches andererseits hinsichtlich der hier vorliegenden Frage beachtet ist, oder ob den sich aus der Natur und aus den übrigen einschlagenden Bestimmungen bei den Rechtsmitteln einerseits und dem Einspruche andererseits ergebenden Verschiedenheiten hat Rechnung getragen werden sollen. Der Vorzug der größeren Einfachheit einer gleichmäßigen Behandlung und der Mangel ausreichender Gründe für

eine verschiedene Behandlung würde aber nur vom legislatorischen Standpunkte aus in Betracht kommen, da nicht ersichtlich ist, daß dem Schlußsatz der §§. 477 und 514 C.P.D., welcher die Einlegung der Berufung und Revision vor der Zustellung des Urtheiles für wirkungslos erklärt, ein allgemeiner Rechtsgedanke zu Grunde liegt. Insbesondere ist nicht erkennbar, daß schon ohne den gedachten Schlußsatz die Einlegung auch der Berufung und Revision vor der Zustellung des Urtheiles wirkungslos sein würde, da der vorausgehende Satz, nach welchem die Einlegung auch gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheiles geschehen kann, sich im Weithalt des gedachten Schlußsatzes nur als eine reine Formvorschrift auffassen läßt, mithin daraus das Gegentheil nicht gefolgert werden kann. Ebenso wenig ist aus dem Schlußsatz des §. 217 C.P.D. ein direkter oder auch nur indirekter Beweis für die Unwirksamkeit eines vor der Zustellung eingelegten Einspruches zu entnehmen. Denn, abgesehen davon, daß der §. 217 a. a. O. sich auf die Aussetzung und Unterbrechung des Verfahrens bezieht und den Fall des Einspruches nur nebenbei und nach einer einzelnen Richtung hin berührt, ist auch davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei der betreffenden Bestimmung:

„Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.“

nur den gewöhnlichen, regelmäßigen Fall vor Augen gehabt habe, sodasß die Worte „wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist“ nur in dem Sinne eines vor Ablauf der Frist eingelegten Einspruches verstanden werden können.

Unter diesen Umständen muß es als entscheidendes Moment für die Rechtswirksamkeit der Einlegung des Einspruches schon vor der Zustellung des Versäumnisurtheiles angesehen werden, daß der Gesetzgeber in den Schlußsätzen der §§. 477 und 514 C.P.D. hinsichtlich der Berufung und Revision die Einlegung vor der Zustellung ausdrücklich für wirkungslos erklärt hat, während in den §§. 304 und 540 C.P.D. hinsichtlich des Einspruches und der sofortigen Beschwerde die Beifügung einer solchen Bestimmung unterlassen ist. Denn diese Thatsache berechtigt zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen ist, daß die Festsetzung einer Nothfrist grundsätzlich und ohne weiteres eine Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung vor dem Be-

ginne der Frist wirkungslos mache, und daß er ferner die für die Berufung und Revision besonders gegebene Vorschrift für den Einspruch und die Beschwerde nicht hat geben wollen, sondern hier mit Absicht fortgelassen hat. Das gegen diese Schlußfolgerung zulässige Bedenken, daß der Gesetzgeber auch etwas Überflüssiges gesagt bezw. die Wiederholung der betreffenden Bestimmungen überall, wo die gleichen Voraussetzungen zutreffen, unabsichtlich unterlassen haben könne, muß notwendig in den Hintergrund treten, wo es — wie bei der vorliegenden Frage — an jedem Anhaltspunkte dafür fehlt, daß den Gesetzgeber der Vorwurf eines solchen Mangels in der Technik seiner Ausdrucksweise treffe. Überdies ist in der Begründung des Entwurfes der C.P.D. (S. 302 vgl. mit S. 314) für den Schlußsatz der jetzigen §§. 477 und 514 ausdrücklich geltend gemacht, daß dadurch die Einheit der Frist für beide Parteien, sowie die einheitliche Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz über die möglicherweise von beiden Teilen eingelegten Rechtsmittel erreicht werde, welcher Gesichtspunkt bei dem Einspruche nicht zutrifft, sodaß sehr wohl dieser sachliche Unterschied den Gesetzgeber zu einer verschiedenen Behandlung bewogen haben kann. Außerdem wird die hier vertretene Ansicht noch unterstützt durch den §. 283 C.P.D., indem es hiernach die Regel ist, daß es der Zustellung der Urteile neben deren Verkündung nicht bedarf, und es als eine *petitio principii* erscheint, daß in betreff der für gewisse, in Bezug auf ein ergangenes Urteil vorzunehmende Prozeßhandlungen vorgeschriebenen Fristen eine allgemeine Ausnahme statuiert sei.

Vgl. Seuffert, Kommentar zur C.P.D. 2. Aufl. Anm. zu §. 304.

Die Revision kann aber demungeachtet keinen Erfolg haben, da die Entscheidung des Berufungsrichters sich aus den vom ersten Richter in dem Zwischenurteile vom 27. April 1882 ausgeführten Gründen als richtig darstellt. Denn eine Zurücknahme des Einspruches im Sinne des Gesetzes liegt hier überall nicht vor. Nach dem Thatbestande jenes Zwischenurteiles haben nämlich die Beklagten in der Verhandlung vom 9. März 1882 beantragt, den Einspruch des Klägers als unstatthaft zu verwerfen, weil in der Einspruchsschrift das am 16. Februar 1882 verkündete Versäumnisurteil irrthümlich als ein Urteil vom 17. Februar bezeichnet, und weil der Einspruch vor der Zustellung eingelegt war, worauf der Kläger seinerseits erklärte, er ziehe diesen Einspruch zurück, indem er sich vorbehalte, nach Zustellung des Versäumnisurteiles einen

neuen Einspruch einzulegen. Hiernach hat Kläger seine Willenserklärung, Einspruch einzulegen, nur in der Form, in welcher er sie ursprünglich abgegeben hatte, zurückgenommen, nicht aber diese Willenserklärung selbst, da er sich zugleich gegen die Annahme eines Verzichtes auf den Einspruch durch den ausgesprochenen Vorbehalt ausdrücklich verwahrte und seinen Willen kundgab, den Beklagten rechtzeitig einen, auch von dem gedachten Versehen in der Bezeichnung des Versäumnisurteiles freien Schriftsatz zustellen zu lassen, wie er dies auch demnächst gethan hat. Als eine Zurücknahme im Sinne der §§. 311 und 476 C.P.D. kann aber nur eine Erklärung aufgefaßt werden, welche einen Verzicht auf das Rechtsmittel bezw. den Einspruch involviert. Im vorliegenden Falle ist es dagegen offensichtlich, daß es dem Kläger durchaus fern lag, einen solchen Verzicht zu erklären, und daß er vielmehr lediglich beabsichtigte, es in betreff der von den Beklagten gegen den eingelegten Einspruch erhobenen formellen Bedenken nicht auf die Entscheidung des Gerichtes ankommen zu lassen. Die zur Begründung der Vorschrift des §. 476 C.P.D., daß die Zurücknahme der Berufung den Verlust des Rechtsmittels zur Folge habe, in den Motiven gemachte Bemerkung, es sei kein Bedürfnis, ein den Gegner wie die Gerichte belästigendes Schwanken zuzulassen, dient eher zur Bestätigung, als zur Widerlegung der vorstehend ausgesprochenen Auffassung, da sie offenbar eine Erklärung voraussetzt, in welcher der Entschluß, auf das Rechtsmittel selbst zu verzichten, enthalten ist. Nur ein solcher Entschluß, wenn er einmal erklärt ist, soll rechtswirksam nicht widerrufen werden können. Im vorliegenden Falle, wo weder bei dem Gerichte noch bei dem Gegner jemals ein Zweifel darüber entstehen konnte, daß der Kläger den Einspruch gegen das Versäumnisurteil nicht aufgeben wollte, kann von einem als unzulässig bezeichneten „Schwanken“ nicht die Rede sein.“...