

In einer Anmerkung von C o h n zu dieser Entscheidung heißt es u. a.:

„Die Zulässigkeit der Beschränkung der Berufungsentscheidung auf die Bejahung eines wesentlichen Anspruchselementes, dessen Verneinung die erste Instanz zur Klageabweisung veranlaßt hat, ergibt sich daraus, daß im § 538 ZPO die Unterlassung der Verhandlung zur Hauptsache der Beschränkung der Verhandlung auf die Frage des Grundes gleichgestellt wird. Die Verhandlung zur Frage des Grundes betrifft jedoch die Hauptsache, erschöpft sie aber nicht. Es muß daraus der Schluß gezogen werden, daß auch andere den Anspruch nicht erschöpfende Verfahren erster Instanz den Verfahren gleichgestellt werden können, in denen nicht zur Hauptsache verhandelt worden ist, also zum Erlaß eines Urteils über die im Berufungsverfahren erledigte Frage und zur Zurückverweisung wegen des sonstigen Streitstoffes berechtigten, wenn dies dem Berufungsgericht zweckmäßig erscheint.“

An neueren veröffentlichten Entscheidungen darüber, wann die Voraussetzungen des Falles zwei des § 538 ZPO gegeben sind, fehlt es.

Die Rechtsprechung aus der Zeit vor der Neufassung des § 538 ZPO durch die 4. VereinfVO hielt es mit Rücksicht auf den damaligen Gesetzeswortlaut für nötig, auch bei Bestätigung eines Grundurteils oder eines Zwischenurteils nach § 275 Abs. 2 ZPO durch das Berufungsgericht den Fall zur Erledigung des Streitens um die Höhe bzw. zur Erledigung der Hauptsache ausdrücklich an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, obwohl diese Konsequenz absolut selbstverständlich ist und sich dieser Fall von den oben behandelten grundsätzlich dadurch unterscheidet, daß hier eine Zurückverweisung ohne Aufhebung der Entscheidung erster Instanz vorliegt.

Schließlich sieht das Gesetz (§ 538 ZPO, dritter Fall) die Aufhebung und Zurückverweisung auch dann vor, wenn aus „sonstigen Gründen“ nicht zur Hauptsache verhandelt wurde. Das Wort „Hauptsache“ wird in der ZPO im verschiedensten Sinne gebraucht. Die Auslegung dieses Begriffes stößt bei § 538 ZPO auf erhebliche Schwierigkeiten²⁾. Der Sinn dieses Begriffes kann nur aus dem Wesen der Berufung im ganzen System unseres heute geltenden Zivilprozeßrechts erklärt werden. Diese Erklärung soll weiter unten versucht werden.

Zunächst sei nun festgestellt, daß der Fall drei des § 538 zweifelsohne dann gegeben ist, wenn das Berufungsgericht ein sogenanntes zweites Versäumnisurteil aufheben muß, weil gar keine Versäumung vorlag (§ 513 Abs. 2). Das gleiche gilt, wenn ein Urteil, mit dem der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil als unzulässig zurückgewiesen wurde (§ 341 ZPO), auf Berufung des Verurteilten aufgehoben werden muß. Diese Fälle waren im ursprünglichen Wortlaut des § 538, der auf Grund der Zivilprozeßnovelle vom Jahre 1950 in der Bundesrepublik wiederhergestellt wurde, ausdrücklich als Zurückverweisungsgründe genannt.

Das BG Rostock hat auch auf Aufhebung und Zurückverweisung erkannt, wenn das Gericht erster Instanz gesetzwidrig im Urkundenprozeß statt im ordentlichen Verfahren verhandelt und entschieden hat³⁾. Wenn auch in der veröffentlichten Urteilsbegründung nichts Näheres gesagt wird, scheint das Bezirksgericht doch davon auszugehen, daß hier überhaupt keine Verhandlung zur „Hauptsache“ vorlag. Die Entscheidung blieb unwidersprochen.

Mitten in die ganze Problematik führt eine Entscheidung des BG Leipzig, welche die Zurückverweisung für erforderlich hält, weil das Urteil von anderen Richtern gefällt wurde als denjenigen, die bei der letzten mündlichen Verhandlung mitgewirkt hatten⁴⁾. Das Berufungsgericht geht dabei davon aus, daß die Verhandlung nicht zum Urteil geführt habe, das Urteil nicht auf der Verhandlung beruhe, in Wirklichkeit also gar keine Verhandlung vorläge.

2) Diese unklare Fassung mag im Jahre 1943 absichtlich gewählt worden sein, um, wie es der damaligen Tendenz entsprach, auch die Verfahrensvorschriften weitgehend auszuhöheln und ihre willkürliche Handhabung zu erleichtern. Diese Absichten des damaligen Gesetzgebers sind selbstverständlich für den heute geltenden Inhalt einer Norm völlig uninteressant.

3) Ur. vom 7. Januar 1954, NJ 1954 S. 735.

4) Ur. vom 13. Mai 1953, NJ 1953 S. 571.

Auf einer ähnlichen Erwägung, nämlich daß eine den Grundprinzipien des sozialistischen Prozesses widersprechende Verhandlung überhaupt keine Verhandlung, jedenfalls aber keine Verhandlung zur Hauptsache darstelle, beruht auch eine unveröffentlichte Entscheidung des BG Potsdam, die zur Zurückverweisung führte, weil bei einer mündlichen Verhandlung, die wenige Tage nach dem Erlaß des neuen GVG durchgeführt wurde, irrtümlich keine Schöffen mitgewirkt hatten.

Die Entscheidung des Bezirksgerichts Leipzig wurde in einer Anmerkung von Nathan scharf kritisiert. Er sieht in der Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips durch das Gericht erster Instanz nur einen Verfahrensmangel und führt im Anschluß an zwei frühere Urteilsanmerkungen⁵⁾ an, daß eine Zurückverweisung nach § 538 überhaupt unzulässig sei, wenn auch nur einmal streitig verhandelt wurde, wie mangelhaft das Verfahren im übrigen auch geblieben sein möge.

Diese Anmerkung blieb unwidersprochen, obwohl sie im Gegensatz zu der obenerwähnten Anmerkung von Cohn und auch der obenerwähnten Entscheidung des BG Rostock steht. Sie hat, soweit ich feststellen kann, entscheidenden Einfluß auf die Praxis der Berufungsgerichte ausgeübt und dazu geführt, daß Zurückverweisungen in aller Regel wirklich nur noch dann ausgesprochen werden, wenn die erste Instanz überhaupt nicht streitig verhandelt hat, auch wenn das erstinstanzliche Verfahren völlig torsohaft geblieben ist.

II

Es ist nun die Frage zu prüfen, ob dieser Zustand dem Gesetz und dem Wesen des Rechtsmittels der Berufung entspricht. Daran sollen sich einige Überlegungen anschließen, wie dieses Problem de lege ferenda gelöst werden könnte.

Das Berufungsverfahren unserer ZPO sieht zwar eine Neuverhandlung vor (§ 525 ZPO); es hat also reformatorischen Charakter und unterscheidet sich dadurch erheblich von dem Rechtsmittelverfahren im Strafprozeß, das nur auf Überprüfung des angefochtenen Urteils gerichtet ist, also kassatorischen Charakter hat. Trotzdem wäre es mit dem Wesen eines Rechtsmittels nicht in Einklang zu bringen, wenn man dem Berufungsverfahren im Zivilprozeß den Nachprüfungscharakter völlig absprechen und soweit gehen wollte, es vom Verfahren der ersten Instanz völlig unabhängig zu gestalten, so daß es unter Umständen geradezu an die Stelle des erstinstanzlichen Verfahrens treten und dieses kurzerhand ersetzen könnte.

Jedes Rechtsmittel bedeutet einen prozessualen Angriff des Betroffenen gegen eine gerichtliche Entscheidung. Er kritisiert diese Entscheidung, er will sie durch eine andere, seiner Ansicht nach bessere ersetzt wissen. Jedes zulässige Rechtsmittel muß also auch zu einer Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung führen. Daraus ergibt sich, daß eine Sachentscheidung des Rechtsmittelgerichts nur dann ergehen kann, wenn eine Überprüfung der sachlichen Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung überhaupt möglich ist.

Ich hatte Gelegenheit, an einer Konferenz der tschechischen Zivilprozessualisten teilzunehmen, die von der Prager Akademie der Wissenschaften am 3. und 4. Mal 1956 durchgeführt wurde. Auch dort wurde einheitlich festgestellt, daß es dem Wesen des Rechtsmittelverfahrens widerspräche, wenn das zweitinstanzliche Verfahren an die Stelle der ersten Instanz treten würde, wenn im Berufungsverfahren in erheblichem Umfang Dinge behandelt und erörtert würden, die aus irgendeinem Grunde in der ersten Instanz überhaupt nicht zur Sprache gekommen sind. Das tschechoslowakische Zivilprozeßgesetz neigt allerdings etwas mehr als unser Gesetz dazu, das Berufungsverfahren kassatorisch auszugestalten. Das soll weiter unten noch näher erläutert werden. Daß aber auch unser Gesetz, abgesehen von den oben auf gestellten allgemeinen Erwägungen, eine vollständige Neubehandlung im Berufungsverfahren nicht vorsieht, geht z. B. aus den Vorschriften des § 529 Abs. 2 bis 5 hervor, wonach neues Vorbringen und neue Anträge nicht bedingungslos zugelassen sind, sowie auch aus der Vorschrift des § 525, die das Berufungsverfahren auf die Berufungsanträge beschränkt, also auch Klageänderungen im

5) NJ 1950 S. 22 und S. 414.