

zweitinstanzlichen Verfahren grundsätzlich ausschließt⁶⁾.

Dasselbe ergibt sich schließlich auch aus dem hier zur Debatte stehenden § 538, der immerhin zum Ausdruck bringt, daß ein gewisses Minimum an überprüfbarem Prozeßstoff vorhanden sein muß, um eine Sachentscheidung des Berufungsgerichts zu ermöglichen, wenn auch der Umfang dieses Minimums umstritten ist.

Es ist allen sozialistischen Prozeßordnungen eigentümlich, daß gerichtliche Entscheidungen grundsätzlich überprüfbar sein sollen. Das geht insbesondere daraus hervor, daß die Prozeßgesetze der Sowjetunion und der Volksdemokratien keine Berufungssumme kennen. Übt aber das Berufungsgericht keine Nachprüfungstätigkeit aus, sondern trifft es, obwohl ihm vom Gericht erster Instanz überhaupt kein oder nur völlig unzureichendes oder völlig unbrauchbares Entscheidungsmaterial geliefert wurde, eine ganz selbständige Entscheidung, so wird es in solchen Fällen tatsächlich als Gericht erster Instanz tätig. Trotzdem ist seine Entscheidung im ordentlichen Rechtsmittelverfahren unüberprüfbar. Das widerspricht dem Grundsatz der sozialistischen Kritik, dem Grundsatz der Nachprüfbarkeit aller staatlichen Entscheidungen wenigstens durch eine übergeordnete Stelle. Dieser Grundsatz muß auch für unser Verfahren gelten, wenn er vorläufig auch noch an dem „Schönheitsfehler“ der Berufungssumme nach § 40 AnglVO leidet. Das Übel wird bei uns dadurch noch schlimmer, weil nach unserem Gerichtsverfassungsgesetz in der zweiten Instanz keine Schöffen tätig sind, so daß bei Überspitzung des Prinzips der neuen Verhandlung im Berufungsverfahren unter völliger Zurückdrängung des Gedankens der Nachprüfung die Schöffen tatsächlich von der Entscheidung völlig ausgeschlossen werden können.

Die Tendenz, daß sowohl größte Verfahrensverstöße als auch eine absolut unvollständige oder völlig unbrauchbare Feststellung des Sachverhalts nur dazu führen, daß das Berufungsgericht nun selbst den ganzen Sachverhalt aufklären muß, und nicht zur Folge haben, daß das schlecht arbeitende Gericht erster Instanz gezwungen wird, seine unzulängliche Arbeit zu verbessern, trägt keinesfalls dazu bei, die Gerichte erster Instanz und insbesondere unsere Kreisgerichte, die den Grundpfeiler unserer Rechtsprechung bilden sollen, zu gewissenhafter Arbeit zu erziehen.

Diese Tendenz führt auch dazu, daß die Berufungsgerichte, nachdem sie die ganze Arbeit, die Sache des ersten Gerichts gewesen wäre, geleistet und an dessen Stelle den richtigen Sachverhalt ermittelt haben, häufig den Urteilsspruch der ersten Instanz bestätigen müssen. Das ist zwar in solchen Fällen durchaus kein Beweis für eine gute Arbeit des Gerichts, dessen Entscheidung mit Berufung angefochten wurde, führt aber nicht selten, insbesondere in den Gerichtsstatistiken, zu falschen Schlüssen über die Qualität der in der ersten Instanz geleisteten Arbeit.

Alle diese Überlegungen sprechen also dafür, die Aufhebung und Zurückweisung, soweit dies mit den geltenden Normen, also insbesondere mit der Vorschrift des § 538 ZPO vereinbar ist, stets dann zuzulassen, wenn die Entscheidung der ersten Instanz so unzureichend ist, daß das Berufungsverfahren, statt die sachliche Richtigkeit des früheren Verfahrens zu überprüfen, die Aufgaben eines erstinstanzlichen Verfahrens übernehmen müßte, um zu einer Sachentscheidung zu gelangen.

Tatsächlich läßt der Wortlaut des § 538 ZPO die Aufhebung und Zurückweisung in weit größerem Umfange zu, als sie in der heutigen Praxis angewendet wird. Das gilt insbesondere für den zweiten Fall (Beschränkung der erstinstanzlichen Entscheidung auf den Grund des Anspruchs) und den dritten Fall (keine Verhandlung zur Hauptsache) des § 538 ZPO, während der erste Fall (Irrtümliche Annahme des Gerichts erster Instanz, daß es an einer Prozeßvoraussetzung fehle) im allgemeinen richtig behandelt wird.

Das Gesetz spricht im Fall zwei ausdrücklich davon, daß das Verfahren im wesentlichen auf die

Frage des Grundes beschränkt war. Es verlangt also keineswegs, daß das Verfahren im Sinne des § 146 ZPO formell auf den Grund des Anspruchs beschränkt worden ist. Das scheint auch die Ansicht des Obersten Gerichts zu sein; jedenfalls ist aus der oben erwähnten Entscheidung nicht ersichtlich, daß das Verfahren gern. § 146 ZPO auf den Anspruchsgrund beschränkt worden ist.

Bleibt man konsequent bei dieser Auslegung, so wird gerade in den Fällen die Aufhebung und Zurückverweisung sehr häufig möglich, in denen die große Gefahr besteht, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die Aufgaben erfüllt, deren Erledigung, richtig gesehen, Sache des Vorderrichters ist.

Bei Abweisung der Klage wegen Verjährung, fehlender aktiver oder passiver Sachlegitimation, Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des dem Anspruch zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes und in vielen anderen ähnlich gelagerten Fällen beschäftigt sich das Gericht erster Instanz in der Regel nur mit dem Anspruchsgrund, ohne sich der ziffermäßigen Höhe des Anspruchs zu widmen. In diesen in der Praxis recht häufigen Fällen ist also die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz möglich.

Das Gesetz sieht eine Zurückverweisung in der Regel als nötig an, „wenn eine weitere Verhandlung erforderlich ist“. Es ist also nicht unbedingt nötig, daß das Berufungsgericht alle in der ersten Instanz nicht oder nur unvollständig erörterten, mit dem Grund des Anspruchs zusammenhängenden Fragen klärt. Die Zurückverweisung kann auch zu dem Zweck erfolgen, daß das Gericht erster Instanz das Bestehen des Anspruchs dem Grund nach völlig klärt und sich erst dann, wenn der Anspruch dem Grund nach gegeben ist, auch mit seiner Höhe zu befassen hat.

Der Gefahr einer übermäßigen Zurückverweisung ist dadurch begegnet, daß nach dem letzten Satz des § 538 ZPO das Berufungsgericht selbst entscheiden soll, wenn dies sachdienlich ist. Die Selbstentscheidung wird immer dann sachdienlich sein, wenn die Ergebnisse des erstinstanzlichen Verfahrens zu einer Sachentscheidung ohne weiteres ausreichen (das ist im letzten Satz des § 538 ZPO ausdrücklich gesagt). Das gleiche wird regelmäßig auch dann gelten, wenn die Ergänzung des Verfahrens einfach ist, durch Vernehmung eines Zeugen oder durch Hinzuziehung eindeutiger, von beiden Parteien anerkannter und auch vom Berufungsgericht nicht angezweifelter Urkunden erreicht werden kann. In solchen Fällen verliert das Berufungsverfahren keineswegs den Überprüfungscharakter. Es ergänzt das Verfahren erster Instanz — was nach unseren Gesetzen durchaus zulässig ist —, ersetzt es aber nicht.

Diese Behandlung des § 538 ZPO, Fall zwei, schafft also häufig die rechtspolitisch notwendige Möglichkeit der Aufhebung und Zurückverweisung, wenn eine Klage unrichtigerweise in der ersten Instanz abgewiesen wurde, ohne daß der vom erstinstanzlichen Gericht festgestellte Sachverhalt zur Fällung einer richtigen Sachentscheidung ausreicht. Sie hilft aber nicht, wenn einer Klage auf Grund völlig unzureichender Feststellungen in erster Instanz stattgegeben wurde. Ebensowenig hilft sie, wenn das Gericht erster Instanz formell sowohl den Anspruchsgrund als auch die Anspruchshöhe behandelt, aber sich trotzdem mit so unzureichenden Feststellungen begnügt hat, daß eine richtige Sachentscheidung auf Grund dieser Feststellungen schlechterdings ausgeschlossen ist.

M. E. kann jedoch in besonders krassen Fällen der dritte Fall des § 538 Abhilfe schaffen. Hier kommt es, wie schon eben gesagt, auf den Sinn des Wortes „Hauptsache“ im Berufungsverfahren an. Das Wort „Hauptsache“ wird in der ZPO in verschiedener Bedeutung benutzt. Es besteht kein Zweifel daran, daß es in § 99 (Zulässigkeit von Rechtsmitteln gegen Kostenentscheidungen) einen ganz anderen Sinn hat als etwa in den §§ 919, 937 und 942 (Zuständigkeit für den Erlaß von Arresten und einstweiligen Verfügungen), in § 590 (einzelne Etappen des Wiederaufnahmeverfahrens) oder in § 274 (Sachurteilsvoraussetzungen). Es können also keine grundsätzlichen Bedenken dagegen erhoben werden, dem Wort „Hauptsache“ im § 538

6) In diesem Zusammenhang mag es unerörtert bleiben, daß diese Vorschrift durch die sehr großzügige Handhabung der Anschlußberufung und durch die Möglichkeit, die Berufungsanträge nachträglich zu ändern, häufig umgangen wird.