

die Klägerin auch tatsächlich die Möglichkeit hat, ihre Berufung zu wiederholen.

Sollte die Rechtsmittelfrist inzwischen bereits abgelaufen gewesen sein, so hat die Entscheidung des Berufungsgerichts nur theoretischen Wert; denn eine neuerliche Berufung müßte wegen Versäumung der Frist wieder als unzulässig verworfen werden. Ein Wiedereinsetzungsgrund ist in diesem Fall nicht gegeben. Es liegt kein unabwendbarer Zufall vor (§ 233 Abs. 1 ZPO), der es der Klägerin unmöglich gemacht hätte, die Berufung rechtzeitig einzulegen. Die Einlegung einer unzulässigen Berufung durch den Prozeßbevollmächtigten, der es nicht erkannt hatte, daß die Einlegung einer Berufung unter einer Bedingung dem Prozeßrecht widerspricht, ist, wenn man diese Rechtsansicht teilt, ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten, das auch den Vertretenen trifft.

An einem Wiedereinsetzungsgrund fehlt es aber auch, weil sich ein Rechtsanwalt bereit gefunden hat, die Berufungsschrift zu verfassen, obwohl es noch nicht feststand, daß er der Berufungsklägerin beigeordnet und dafür aus der Staatskasse honoriert werden würde. Auf die Gründe, die den Rechtsanwalt zu einer solchen Haltung veranlaßt haben mögen, kommt es dabei nicht an.

Ob das Rechtsmittel der Klägerin eine sachliche Behandlung erfährt, hängt also ausschließlich von dem Zufall ab, ob die Berufungsfrist bereits abgelaufen war oder nicht. Sicherlich sind solche Fälle manchmal unvermeidlich, es ergibt sich aber trotzdem die Frage, ob es nach unserem Prozeßrecht unbedingt notwendig war, diesen, m. E. nicht sonderlich befriedigenden Weg zu gehen. An sich sind die Klägerin und ihr Prozeßbevollmächtigter von durchaus vernünftigen Erwägungen ausgegangen. Beide wollten sich auf das Risiko der Berufungseinlegung nur unter der Voraussetzung einlassen, daß für das Rechtsmittelverfahren die einstweilige Kostenbefreiung gewährt wird. Wenn die einstweilige Kostenbefreiung nicht erteilt werden sollte, wollten sie das Risiko nicht eingehen. Solche Erwägungen werden m. E. in der Praxis nicht zu Unrecht öfters angestellt. Das bedeutet durchaus nicht, daß es sich um eine mutwillige, aussichtslose Rechtsmitteleinlegung handelt. Eine riskante Berufung bedeutet noch lange nicht ihre Aussichtslosigkeit oder ihre Mutwilligkeit.

Nun ist es allerdings richtig, daß die bürgerliche Prozeßrechtswissenschaft die Prozeßhandlungen grundsätzlich als bedingungsfeindlich hinstellt und daß auch die sozialistische Prozeßrechtswissenschaft bisher in der Regel einen ähnlichen Standpunkt vertreten hat. Konsequenz wurde in dieser Beziehung allerdings nie vorgegangen. Es ist z. B. allgemein anerkannt, daß sogenannte Hilfsanträge zulässig sind, die nur für den Fall gestellt werden, daß der Hauptantrag abgewiesen wird, also unter der Bedingung, daß der Hauptantrag erfolglos bleibt, obwohl das Gesetz auch diesen Fall nicht ausdrücklich regelt. Es ist ebenso allgemein anerkannt, daß der Verweisungsantrag nach § 276 ZPO bedingt gestellt werden kann, nämlich für den Fall, daß sich das angerufene Gericht für unzuständig erachten sollte. Es ist also nicht so, daß die Bedingungsfeindlichkeit ein absolutes Prinzip unseres Prozeßrechts wäre. Es scheint mir daher nötig nachzuprüfen, ob die Einlegung einer Berufung unter der Bedingung, daß die einstweilige Kostenbefreiung gewährt wird, wirklich zu derartigen prozessualen Schwierigkeiten führt, daß eine solche Berufung als unzulässig verworfen werden muß, obwohl die Bestimmungen der ZPO über Rechtsmittel eine Vorschrift, die eine derartige Sanktion ausdrücklich festsetzt, nicht enthält. Wenn dies nicht der Fall sein sollte, so verlangt es m. E. das sozialistische Prozeßprinzip der Ermittlung der objektiven Wahrheit, daß eine solche Berufung grundsätzlich in sachliche Behandlung zu ziehen ist.

Die Schwierigkeiten sind m. E. jedenfalls nicht derartig groß, wie sie das Stadtgericht darstellt. Erwägungen darüber, ob eine derartige Berufungseinlegung unter einer aufschiebenden oder einer aufhebenden Bedingung erfolgt ist, scheinen mir abwegig zu sein. Auch ein Berufungsantrag ist, so wie jede andere rechtsgeschäftliche Erklärung, auslegungsfähig und auslegungs-

würdig. Prüft man den Willen der Klägerin und ihres Prozeßbevollmächtigten, der mit dem geschilderten Antrag zum Ausdruck kommt, so muß man zunächst zu der Ansicht gelangen, daß die Klägerin und ihr Prozeßbevollmächtigter ihre Berufung als zurückgenommen ansehen wollen, falls es nicht zu der beantragten einstweiligen Kostenbefreiung unter Beordnung des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin kommen sollte. Daß ein solcher Antrag nicht unvernünftig und nicht unzweckmäßig ist, habe ich bereits gesagt. Auch prozessual bereitet er m. E. keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Mit dem Augenblick, mit dem die Gewährung der einstweiligen Kostenbefreiung verweigert wird, gilt die Berufung als zurückgenommen. Das erstinstanzliche Urteil wird rechtskräftig. Die Rechtshängigkeit ist beendet. Die Situation unterscheidet sich kaum von der, wenn eine Berufung (§ 515 Abs. 2 ZPO) mittels Schriftsatzes zurückgenommen wird. Auch hier treten die Wirkungen der Berufungsrücknahme außerhalb der mündlichen Verhandlung ohne Mitwirkung des Gegners mit dem Eingang des Schriftsatzes bei dem Berufungsgericht ein. Die Verständigung des Gegners erfolgt allerdings in diesem Fall durch Zustellung einer Abschrift des die Berufung zurücknehmenden Schriftsatzes.

In diesem Fall wird es daher, um weiteren Kostenaufwand zu vermeiden, zweckmäßig sein, den Beschluß, mit dem die einstweilige Kostenbefreiung für das Berufungsverfahren verweigert wird, mit einem Hinweis darauf, daß die Berufung damit als zurückgenommen gilt, dem Gegner zuzustellen. Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 118 a Abs. 1 Satz 2 ZPO, wonach der Gegner vor der Entscheidung über das Gesuch um einstweilige Kostenbefreiung zu hören ist, ist eine solche Verständigung des Gegners von der Ablehnung des Kostenbefreiungsgesuchs immer empfehlenswert, um auch ihm Klarheit über die eingetretene Situation zu geben.

Das Stadtgericht hat gegen diese Lösung Bedenken, weil dem Berufungskläger bei diesem Verfahren trotz der bedingten Berufungseinlegung Kosten erwachsen könnten. Solche Kosten könnten dadurch entstehen, daß der Berufungsverklagte auf die Berufung, auch wenn sie nur bedingt eingelegt wurde, mittels Schriftsatzes antwortet. Dieses Risiko muß unter Umständen in Kauf genommen werden. M. E. kann ihm aber von seiten des Gerichts dadurch begegnet werden, daß dieses das Verfahren zunächst i. S. des § 146 ZPO auf die Frage der einstweiligen Kostenbefreiung einschränkt. Allerdings ist der Prozeßgegner auch in diesem Fall zu hören, wobei die Anhörung nach ständiger Praxis auch schriftlich erfolgen kann. Ein Kostenrisiko ist aber in diesem Fall ausgeschlossen, weil § 118 a Abs. 4 Satz 1 eine Erstattung der durch die Anhörung entstandenen Kosten grundsätzlich ausschließt. Es ist also schon aus diesen Erwägungen nicht einzusehen, warum das grundlegende Prinzip der Ermittlung der objektiven Wahrheit, bei dessen Durchsetzung die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidungen im Rechtsmittelverfahren eine entscheidende Rolle spielt, dem weit weniger bedeutsamen, ja durchaus nicht konsequent eingehaltenen Prinzip der Bedingungsfeindlichkeit der Prozeßhandlungen der Parteien geopfert werden soll.

Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, daß die Berufungseinlegung, obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, eine grundsätzlich bedingungsfeindliche Prozeßhandlung ist, ist m. E. daraus noch nicht der Schluß zu ziehen, daß eine unter einer Bedingung eingelegte Berufung schlechthin unzulässig ist. § 139 BGB sieht ein Rechtsgeschäft nicht bedingungslos als völlig nichtig an, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig war, sondern stellt darauf ab, ob anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

In dieser Vorschrift des materiellen Rechts kommt ein allgemeiner Gedanke zum Ausdruck, der dahin geht, daß der rechtsgeschäftliche Wille nach Möglichkeit zu respektieren ist. Wenn man auch einzelne Vorschriften des materiellen Rechts nicht ohne weiteres analog auf Erscheinungen des Prozeßrechts anwenden kann, so sollte doch dieser allgemeine Grundsatz des materiellen Rechts auch auf Prozeßhandlungen angewendet werden, soweit dem nicht zwingende Gründe