

89. Hat das Berufungsgericht die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, wenn die Klage vom Landgerichte von Amts wegen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen ist, das Berufungsgericht dagegen den Rechtsweg für zulässig erachtet hat?
C.P.D. §. 500.

III. Civilsenat. Urth. v. 3. Oktober 1890 i. S. der Stadt Celle (Kl.)
w. den Landkreis Celle (Bekl.). Rep. III. 144/90.

I. Landgericht Lüneburg.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die Frage ist verneint aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat aus zutreffenden Gründen die Zulässigkeit des Rechtsweges angenommen.

Der Angriff der Revisionsklägerin, das Berufungsgericht habe die Vorschrift in §. 500 Ziff. 2 C.P.D. dadurch verletzt, daß es, statt die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, selbst in der Sache erkannt und die Berufung verworfen habe, ist nicht begründet. Der Beklagte hat ausweislich des Thatbestandes des Urtheiles des Landgerichtes zwar gegen den ersten Klagegrund ausgeführt, daß durch den dem Gesetze vom 15. März 1869, betreffend die Vereinigung der Vorstädte von Celle und der Stadtgemeinde Celle, angehängten Plan für die Vereinigung die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zur Unterhaltung der in den betreffenden Bezirken belegenen Wegestrecken geregelt werden, nicht, wie die Klägerin vermeine, ein Privatrechtsverhältnis geschaffen worden sei, aber er hat nicht die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges (§. 247 Abs. 2 C.P.D.) erhoben und vollständig zur Sache verhandelt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil es davon ausgeht, daß das Gesetz vom 15. März 1869 und der die Ausführungsbestimmungen des Gesetzes enthaltende Plan öffentlich-rechtliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, und daß der über die Verteilung der Wegebaukosten unter den Parteien bestehende Streit in Gemäßheit der über die Zuständigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden geltenden gesetzlichen Vorschriften von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden sei, daß auch die den zweiten Klagegrund

bildende, dem Erlasse des Gesetzes vom 15. März 1869 vorausgegangene, angebliche Vereinbarung zwischen dem Amte und der Stadt Celle über die Verteilung der Wegebaulast einen öffentlichrechtlichen Charakter habe. Bei dieser Lage der Sache war das Berufungsgericht, nachdem es die von dem Landgerichte gegen die Zulässigkeit des Rechtsweges erhobenen Bedenken als unbegründet verworfen hatte, nicht genötigt, die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, sondern es konnte die Berufung aus anderen, in der Sache selbst liegenden Gründen verwerfen. Denn die Vorschrift in §. 500 Ziff. 2 C.P.D. setzt voraus, daß in erster Instanz von dem Beklagten eine verzögerliche Einrede erhoben ist, und daß das Gericht erster Instanz nur über eine solche Einrede entschieden hat, findet aber keine Anwendung, wenn das Gericht erster Instanz nach Verhandlung der Sache ohne eine solche Einrede des Beklagten die Klage abgewiesen hat, weil es angenommen hat, daß eine derjenigen wesentlichen Voraussetzungen des Prozesses nicht vorhanden sei, deren Mangel der Beklagte nach §. 247 C.P.D. im Wege der verzögerlichen Einrede mit der in §. 248 das. geregelten Wirkung geltend zu machen berechtigt ist, welche aber teilweise, namentlich die Unzulässigkeit des Rechtsweges, das Gericht auch von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Von dem in §. 499 C.P.D. in sehr weitem Umfange angeordneten Devolutiveffekte der Berufung, wonach das Berufungsgericht auch über diejenigen Streitpunkte zu entscheiden hat, über welche in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist, werden in §. 500 C.P.D. Ausnahmen aufgestellt, indem in den hier hervorgehobenen fünf Fällen eine vollständige Devolution des Rechtsstreites an das Berufungsgericht nicht eintritt, dasselbe vielmehr, insofern eine weitere Verhandlung erforderlich ist, d. h. insofern nicht schon die Entscheidung des Berufungsgerichtes die Sache beendet,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 378,

die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen muß. Diese Ausnahmen von der Regel des §. 499 dürfen nicht über den aus ihrer Fassung sich ergebenden Kreis ausgedehnt werden. Nach dem klaren Wortlaute des §. 500 Ziff. 2 findet aber eine Beschränkung des Devolutiveffektes nur statt, wenn durch das angefochtene Urteil nur über eine prozeßhindernde Einrede entschieden ist. Dieses setzt notwendig voraus, daß von dem Beklagten eine solche Einrede vorgebracht

worben ist. Eine verschiedene Behandlung dieses Falles und des Falles, wenn ohne Vorschüzung einer verzögerlichen Einrede das Gericht erster Instanz die Klage abgewiesen hat, weil es angenommen hat, daß eine der in §. 247 C.P.D. hervorgehobenen wesentlichen Voraussetzungen des Rechtsstreites fehle, ist auch prozessualisch wohl begründet, wie bereits in dem Urteile des IV. Civilsenates vom 1. Oktober 1885 (abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 164) ausgeführt ist. Denn das auf Grund eines solchen Umstandes nach vollständiger Verhandlung der Sache ergangene Urteil ist eine Entscheidung in der Sache selbst, nicht bloß eine Entscheidung über die in Frage stehende Prozeßvoraussetzung, weil der Richter zu einer formellen Abtrennung der letzteren von dem eigentlichen Prozeßstoffe im Sinne des §. 248 C.P.D. beim Mangel einer entsprechenden Einrede des Beklagten nicht befugt ist. Mit Recht wird ferner in dem angezogenen Urteile des IV. Civilsenates gegenüber dem Einwande, daß der Unterschied zwischen den erwähnten beiden Fällen lediglich ein formeller sei, und daß der Zweck der Vorschrift in §. 500 C.P.D. sei, zu verhindern, daß der Berufungsrichter über die Hauptsache ein Urteil fälle, ohne daß in erster Instanz darüber entschieden sei, also gleichsam in erster Instanz entscheide, geltend gemacht, daß eine derartige Erwägung, auch wenn sie begründet wäre, nicht berechtigen würde, die Ausnahmebestimmung des §. 500 a. a. O. über den klaren Wortlaut und Sinn hinaus auf ähnlich liegende Fälle anzuwenden, und daß dieses umso weniger statthaft erscheine, als das Berufungsgericht, abgesehen von den Fällen des §. 500, sehr häufig in die Lage komme, über den eigentlichen Rechtsstreit zuerst zu entscheiden — nämlich in allen den Fällen, in welchen es in der Entscheidung über einen präjudiziellen Punkt oder über eine prozessuale Vorfrage, auf welcher das erstinstanzliche Urteil beruht, von diesem abweicht, oder infolge neuen Vorbringens der Parteien —, ohne gleichwohl verpflichtet oder auch nur berechtigt zu sein, die Entscheidung in der Sache abzulehnen und auf die erste Instanz zu übertragen.“ . . .