

51. Hat das Berufungsgericht in Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 Z.P.O. die Sache auch dann an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, wenn dieses von Amts wegen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen hat, das Berufungsgericht dagegen den Rechtsweg für zulässig erklärt?

**Vereinigte Zivilsenate. Beschl. v. 19. Oktober 1908 i. S. F. (Bekl.)
w. Israhel. Gemeinde in L. (Kl.). Beschw.-Rep. VII. 169/07.**

- I. Landgericht Lübeck.
- II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die Frage wurde von den vereinigten Zivilsenaten bejaht aus folgenden

Gründen:

„Der Beklagte hatte in erster Instanz zur Hauptsache verhandelt, ohne die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder eine sonstige prozeßhindernde Einrede geltend zu machen, das Landgericht aber die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dagegen auf die Berufung der Klägerin den Rechtsweg für zulässig erklärt und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts wollte die Revision der Beklagten auch insoweit zurückweisen, als sie sich gegen die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht wendete, sah sich aber hieran gehindert durch die Urteile des IV. Zivilsenats vom 1. Oktober 1885, Rep. IV. 136/85 (Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 161), des III. Zivilsenats vom 3. Oktober 1890, Rep. III. 144/90 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 27 S. 347), des II. Zivilsenats vom 1. Dezember 1891, Rep. II. 216/91 (Jur. Wochenschr. 1892, S. 14 Nr. 11) und des V. Zivilsenats vom 20. Juni 1906, Rep. V. 39/06. In allen diesen Entscheidungen, bei denen es sich, ebenso wie hier, um die Zulässigkeit des Rechtsweges handelte, ist angenommen, der § 538 Abs. 1 Nr. 2 B.P.O. finde nur Anwendung, wenn der Beklagte die Unzulässigkeit des Rechtsweges als prozeßhindernde Einrede vorgeschützt hatte; dagegen habe das Berufungsgericht sich selbst der Verhandlung und Entscheidung über die Hauptsache zu unterziehen, wenn das Gericht erster Instanz von Amts wegen, ohne entsprechende Einrede des Beklagten, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen hatte, das Berufungsgericht dagegen den Rechtsweg für zulässig erachtet.

Auf der entgegengesetzten Rechtsansicht, der auch der VII. Zivilsenat folgen will, beruht offenbar die in dem Urteile des I. Zivilsenats vom 14. Mai 1887 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 19 S. 67, insbesondere S. 77) verfügte Zurückverweisung der Sache an

die erste Instanz, und auch der II. Zivilsenat hatte früher — in dem Urteile vom 14. Oktober 1884, Entsch. Bd. 12 S. 377 — dieselbe Anschauung vertreten. Die Voraussetzungen des § 137 G.B.G. liegen demnach unzweifelhaft vor.

Für die von den vereinigten Senaten beschlossene Bejahung der Frage waren folgende Erwägungen maßgebend.

Sowohl die Rechtsprechung des Reichsgerichts wie die Kommentare zur Zivilprozeßordnung vertreten überwiegend die entgegengesetzte Meinung. Begründet wird diese hauptsächlich durch den Hinweis auf den Ausnahmeharakter des § 538 B.P.O., der es verbiete, dem Begriff der Einrede im Abs. 1 Nr. 2 einen anderen, weiteren Sinn beizulegen, als den eines vorgeschützten Rechtsbehelfs. In den hierher bezüglichen Entscheidungen des Reichsgerichts wird die verschiedene Behandlung der beiden in Frage stehenden Fälle auch als prozeßualisch wohl begründet dargestellt. Denn, so wird ausgeführt, über einen prozeßhindernden Umstand könne nur dann abge sondert erkannt werden, wenn er vom Beklagten im Wege der Einrede geltend gemacht sei. Daß auf Grund eines von Amts wegen berücksichtigten Prozeßhindernisses nach vollständiger Sachverhandlung erlassene Urteil dagegen sei eine Entscheidung in der Sache selbst, und nicht bloß eine solche über die in Frage stehende Prozeßvoraussetzung, weil der Richter zu einer formellen Abtrennung der letzteren vom übrigen Prozeßstoffe im Sinne des § 275 B.P.O. beim Mangel einer entsprechenden Einrede gar nicht befugt sei. Möge auch der Zweck des § 538 — zu verhindern, daß der Berufungsrichter über die Sache selbst gleichsam in erster Instanz entscheide — für beide Fälle gleichmäßig zutreffen, so berech tige diese Erwägung doch nicht dazu, die Ausnahmebestimmung des § 538 Nr. 2 über den klaren Sinn und Wortlaut hinaus auf ähnlich liegende Fälle auszudehnen. In die Lage, über den eigentlichen Rechtsstreit in erster Linie zu entscheiden, komme der Berufungsrichter auch sonst häufig, so infolge neuen Vorbringens der Parteien. Das gesetzgeberische Motiv des § 538 Nr. 2 — es würde, wenn das Urteil des Berufungsgerichts sich auf andere Streitpunkte als die in erster Instanz entschiedenen erstreckte, der Gegenstand des Rechtsstreits ein anderer sein als in erster Instanz — passe nicht auf die Fälle der vorliegenden Art, weil hier der erste Richter mit dem ganzen Rechtsstreit befaßt gewesen sei und auch nicht

nur über einen (beim Einverständnisse der Parteien gar nicht existierenden) Streitpunkt, sondern über den ganzen Rechtsstreit, wie wohl auf Grund einer von Amts wegen aufgeworfenen Frage, entschieden habe.

Diese Ausführungen können theils nicht aufrecht erhalten, theils gegenüber den für die Bejahung der Frage sprechenden Gründen nicht für durchschlagend erachtet werden. Es handelt sich im § 538 B.P.O. um Ausnahmen von der sog. Devolutivwirkung der Berufung, von dem allgemeinen Grundsatz des § 525, daß vor dem Berufungsgerichte der Rechtsstreit (in den durch die Anträge bestimmten Grenzen) von neuem verhandelt wird. Genauer bestimmt indessen den Umfang der Devolutivwirkung der Berufung der § 537, aus dem sich ergibt, daß es nicht auf die erstinstanzliche Verhandlung, sondern auf das angefochtene Urtheil ankommt. Aus dem Inhalte des Urtheils ist die Antwort auf die Frage zu entnehmen, inwieweit das Berufungsgericht zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen ist. Nur soweit der erhobene Anspruch zuerkannt oder aberkannt ist, hat das Berufungsgericht von neuem darüber zu erkennen. Der Berufungsrichter soll nicht über einen schon in erster Instanz erhobenen Anspruch erstmalig, gleichsam in erster Instanz, erkennen; jede Partei hat vielmehr ein Recht auf zweimalige Entscheidung über jeden Anspruch. Dagegen hat keine Partei ein Recht auf zweimalige Entscheidung über einzelne Streitpunkte; Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind vielmehr alle Streitpunkte, die sich auf den zu- oder aberkannten Anspruch beziehen, mag auch über sie in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden sein. Dementsprechend kommt es wohl häufig vor, daß die Entscheidung des Berufungsgerichtes auf der Würdigung neuer oder in erster Instanz außer Betracht gebliebener Streitpunkte beruht; das ist aber etwas anderes als die erstmalige Entscheidung über einen erhobenen Anspruch. In die Lage, eine solche Entscheidung treffen zu müssen, kann das Berufungsgericht der Regel nach nicht kommen. Die in § 529 Abs. 2 B.P.O. bestimmten Ausnahmen bestätigen nur die Regel.

Untersucht man nun, ob und inwiefern der § 538 Abs. 1 unter Nr. 2 eine Ausnahme von diesen Regeln enthält, so wird dies am besten durch eine Vergleichung der Nr. 2 mit der Nr. 3 daselbst klar gestellt. Außer Betracht bleibt hier der Fall, daß die Berufung gegen

ein Zwischenurteil (nach § 275 oder 304 B.P.O.) gerichtet ist. Für diesen Fall wäre die Anordnung der Zurückverweisung überhaupt nicht erforderlich gewesen; denn hier ist der Streit über die Hauptsache oder über den Betrag von vornherein in erster Instanz anhängig geblieben. Es kann gleichzeitig in zweiter Instanz über die Berufung gegen das Zwischenurteil, in erster Instanz über die Hauptsache oder über den Betrag des Anspruchs verhandelt und entschieden werden (§ 275 Abs. 2 Satz 2, § 304 Abs. 2 Satz 2). Als notwendig erweist sich die ausdrückliche Anordnung der Zurückverweisung, wenn die Klage im Falle der Nr. 2 auf Grund einer prozeßhindernden Einrede, im Falle der Nr. 3 auf Grund der Verneinung des Anspruchsgrundes abgewiesen ist, da ohne solche Anordnung die Zurückverweisung nicht zulässig wäre. Der gesetzgeberische Grund der Anordnung ist dagegen für beide Fälle durchaus verschieden.

Im Falle der Nr. 3 ist ohne weiteres klar, daß der erste Richter durch die Klageabweisung über den erhobenen Sachanspruch vollständig entschieden hat, und daß deshalb auch das Berufungsgericht über alle in Frage kommenden Streitpunkte zu entscheiden hätte. Erweist sich vom Standpunkte des Berufungsgerichtes aus die Ermittlung des Betrages als nötig, so würde nach der Regel des § 537 B.P.O. das Berufungsgericht diesen Streitpunkt selbst zu erledigen haben. Im Gegensatz zur Regel hat aber das Gesetz aus Zweckmäßigkeits-erwägungen die Zurückverweisung des Rechtsstreits an die 1. Instanz verordnet. Hier liegt also eine wahre Ausnahmebestimmung vor, und daraus erklärt es sich, daß Wissenschaft und Rechtsprechung die Ausdehnung der Nr. 3 in der alten Fassung auf den Fall der Klageabweisung niemals für zulässig erachtet haben, und daß es hierzu einer besonderen, durch die Novelle von 1898 getroffenen gesetzlichen Bestimmung bedurfte.

Anders im Falle der Klageabweisung auf Grund einer prozeßhindernden Einrede. Hier kann es sich zunächst fragen, ob ein derartiges Urteil überhaupt unter den § 538 Nr. 2 fällt. Hält man sich eng an den Wortlaut, so wäre dies wohl zu verneinen, denn das Urteil, das nur über eine Einrede, also nur über ein einzelnes selbständiges Verteidigungsmittel entscheidet, ist begrifflich ein Zwischenurteil (§§ 303, 275 B.P.O.). Das auf Grund einer Einrede ergehende Endurteil würde deshalb an sich und nach dem strengen Wortlaute

ebensowenig hierher gehören, wie die Klagenabweisung unter die Nr. 3 nach älterer Fassung. Indessen ist schon in den Motiven zum jetzigen § 538 anerkannt und auch in Wissenschaft und Rechtsprechung niemals streitig gewesen, daß die Nr. 2 auch den Fall der Klagenabweisung treffen soll. Dem treten auch die Vereinigten Senate ohne Bedenken bei.

Durch die Berufung gegen ein derartiges Urteil entsteht nun eine eigentümlich zwiespältige Prozeßlage. Als eine „nur über prozeßhindernde Einreden“ ergangene Entscheidung hat das Urteil nur prozeßuale Bedeutung; es ist ein reines Prozeßurteil — *absolutio ab instantia* —, keine Entscheidung in der Sache selbst. Der Sachanspruch ist dem Kläger weder zuerkannt noch aberkannt; der wesentliche Inhalt des Prozeßurteils besteht vielmehr in der Erklärung des Gerichts, daß eine sachliche Entscheidung über den Anspruch nicht stattzufinden habe, daß das Prozeßverfahren als solches und im ganzen unzulässig sei. Hätte nun das Berufungsgericht, falls es die Prozeßabweisung mißbilligt, über die Hauptsache selbst weiter zu verhandeln und zu entscheiden, so würde der Gegenstand des Rechtsstreits ein anderer sein als in erster Instanz. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beträfe nicht nur einen anderen Streitpunkt, sondern es würde über den erhobenen Anspruch erstmalig entschieden. Dadurch würde aber nicht nur der § 537, sondern unter Umständen auch der § 536 B.P.O. verletzt. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Aberkennung des erhobenen Sachanspruchs den Kläger schlechter stellt, als er vorher durch das klagenabweisende Prozeßurteil gestellt war. Die Sachabweisung würde also eine Abänderung des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Berufungsklägers (*reformatio in pejus*) enthalten. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber in dem hier fraglichen Falle dem Berufungsgerichte die Entscheidung in der Hauptsache gar nicht belassen konnte, wollte er nicht die wichtigsten, das Berufungsverfahren beherrschenden Grundsätze preisgeben. Die Zurückverweisung der Hauptsache in die erste Instanz erscheint hier nicht als Durchbrechung der Regel, sondern als eine zur Durchführung der Regel notwendige, dem Gesetzgeber gewissermaßen durch die Rechtslogik aufgezwungene Anordnung. Sie hat keinen Ausnahmecharakter, und deshalb unterliegt auch die schon erwähnte ausdehnende Auslegung des § 538 Nr. 2 keinem Bedenken. Immerhin aber ist hier nicht, wie im Falle der Berufung gegen ein Zwischenurteil nach § 275 B.P.O., die An-

ordnung der Zurückverweisung überflüssig, weil selbstverständlich. Denn hier ist nicht der Rechtsstreit über die Hauptsache von vornherein in erster Instanz anhängig geblieben; es kann nicht gleichzeitig in zweiter Instanz über die prozessuale Seite, in erster Instanz über die Hauptsache verhandelt werden; der Rechtsstreit ist vielmehr durch die Klageabweisung, mag diese auch nur auf prozessualen Gründen beruhen, für die erste Instanz erledigt und kann nicht von selbst, ohne Zurückverweisung, dahin zurückgelangen.

Tritt man nun der Frage näher, was die Zivilprozeßordnung unter „prozeßhindernden Einreden“ versteht, so zeigt sich, daß der § 274, woselbst der Ausdruck zum erstenmal vorkommt, und der zugleich den Sitz der Frage enthält, unter dieser Benennung Rechtsbehelfe von ganz verschiedenem Wesen nebeneinander stellt. Nur zum Teil sind die dort aufgezählten Prozeßhindernisse wahre Einreden, d. h. selbständige Verteidigungsmittel des Beklagten, deren Geltendmachung in seinem Belieben steht. Zum anderen Teil handelt es sich um Erfordernisse, deren Vorhandensein eine positive Voraussetzung für die Zulässigkeit des Prozesses ist, die sich also auf prozessualen Gebiete zu den Einreden gerade so verhalten, wie auf materielrechtlichem Gebiete die zur Begründung eines Anspruchs erforderlichen Tatsachen zu den dem Anspruch entgegenstehenden Einreden. Unstreitig gehören hierher die Zuständigkeit des Gerichts (diese mit gewissen Einschränkungen), die Zulässigkeit des Rechtswegs, die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit und die erforderliche gesetzliche Vertretung (Nr. 1, 2 und 7 § 274). Das Dasein dieser Prozeßvoraussetzungen hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen; fehlt es an einer solchen, so ist die Klage abzuweisen, gleichgültig wie sich der Beklagte über den Mangel erklärt hat. Auch wenn der Beklagte gar nicht erscheint, oder wenn er erscheint, aber den Mangel nicht rügt, ja sogar wenn er im Einklange mit dem Kläger das Vorliegen eines Mangels bestreitet, hat gleichwohl die Abweisung zu erfolgen. Daraus folgt, daß es in diesen Fällen völlig unerheblich ist, ob der Beklagte die „Einrede“ erhebt, oder nicht. Die abgegebene Erklärung ist auch für den Beklagten unverbindlich; er kann sie jederzeit widerrufen; er kann, wie es in der Prozeßordnung heißt, auf die Einrede nicht verzichten.

Daß das über einen solchen Prozeßmangel oder auf Grund eines

solchen ergehende Urteil in jedem Falle nur einen rein prozessualen Charakter hat, daß es nicht je nach der Erklärung des Beklagten bald ein Prozeßurteil, bald ein Urteil in der Sache selbst sein kann, ist ohne weiteres klar. Ist die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen, so ist es nicht nur für den Urteilsfaz, sondern auch für die Begründung ohne Bedeutung, ob der Beklagte den Mangel gerügt hat, oder nicht; die Erklärung des Beklagten braucht im Urteile nicht einmal erwähnt zu sein. Natürlich soll damit nicht gesagt sein, daß die Erklärung des Beklagten in jeder Richtung unerheblich sei. So kann selbstverständlich ein die prozeßhindernde Einrede verwerfendes Zwischenurteil (§ 275 Abs. 2) nur ergehen, wenn der Beklagte die Einrede als solche geltend gemacht hatte; so darf die Unzuständigkeit in gewissen Fällen in zweiter Instanz nur geltend gemacht werden, wenn sie schon in erster Instanz vorgebracht war oder dort nicht vorgebracht werden konnte (§ 528). Um diese Fragen handelt es sich hier nicht; für die Entscheidung aber, um die allein es sich hier handelt, ist das Vorbringen der Einrede ein rechtlich bedeutungsloser Umstand, dessen Wegfall also auch nicht von Bedeutung für den Charakter des Urteils sein kann. Ist aber das auf Grund einer von Amts wegen berücksichtigten prozeßhindernden Einrede ergangene Urteil ein reines Prozeßurteil, so muß auch der gesetzgeberische Grund für die Zurückverweisung hier mit gleicher, aus der Rechtslogik fließender Kraft wirken, wie bei der vorgeschützten Einrede. Denn auch hier könnte das Berufungsgericht in der Hauptsache nicht entscheiden ohne Preisgabe der oben entwickelten wichtigsten Grundsätze.

Anscheinend gehen die entgegenstehenden Urteile des Reichsgerichts davon aus, daß dies alles nicht zutreffe, wenn die Verhandlung erster Instanz sich nicht auf den prozessualen Streitpunkt beschränkt hatte, sondern auch zur Hauptsache vollständig verhandelt war. Dies kann jedoch nicht zugegeben werden. Gewiß ist der Tatsache, daß zur Hauptsache verhandelt war, nicht jede Erheblichkeit abzuspochen. Wenn das Gericht nach erhobener Einrede und verhandelter Hauptsache die Einrede durch ein Zwischenurteil verwirft, etwa unter gleichzeitiger Erlassung eines Beweisbeschlusses zur Hauptsache, so kann es z. B. zweifelhaft sein, ob das Zwischenurteil selbständig mit der Berufung anfechtbar (§ 275 Abs. 2), oder ob es nur

ein gewöhnliches Zwischenurteil nach § 303 ist. Ferner kann es, wenn die Klage wegen eines Prozeßhindernisses, aber nach verhandelter Hauptsache abgewiesen ist, fraglich sein, ob nicht die Zurückverweisung deshalb ausgeschlossen ist, weil sie nach den Eingangsworten des § 588 nur zu erfolgen hat, „insofern eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist“. Auf diese Fragen ist hier nicht weiter einzugehen; denn sie haben nichts mit der vorliegenden Streitfrage zu tun, bei der es sich nur darum handelt, ob hinsichtlich des Charakters des nach verhandelter Hauptsache, aber auf Grund eines Prozeßhindernisses ergehenden Urteils etwas darauf ankommen kann, ob der Beklagte den Prozeßmangel gerügt hatte, oder nicht. Das aber ist zu verneinen.

Daß nach verhandelter Sache zur Urteilsfällung schreitende Gericht hat vor allem die Zulässigkeit des Prozesses, das Dasein der Prozeßvoraussetzungen, zu prüfen. Deckt diese Prüfung die Unzuständigkeit des Gerichts, die Unzulässigkeit des Rechtswegs, den Mangel der Parteifähigkeit oder Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung einer Partei auf, so hat das Gericht die Klage aus diesem prozessualen Grunde und nur aus diesem Grunde abzuweisen. Alles, was zur Hauptsache vorgebracht war, wird damit gegenstandslos. Das Gericht ist nicht berechtigt, zugleich in der Hauptsache zu entscheiden, etwa dahin, daß die Klage jedenfalls abzuweisen sei, entweder wegen des prozessualen Mangels oder weil der Sachanspruch nicht begründet sei. Das Reichsgericht hält sogar in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß nicht einmal eventuell, für den Fall abweichender Beurteilung des prozessualen Streitpunktes in höherer Instanz, eine Entscheidung über die Hauptsache gefällt werden dürfe. Das gilt aber in gleichem Maße, mag der Beklagte den Prozeßmangel gerügt haben, oder nicht. Das Gericht darf im einen Falle so wenig wie im andern über die Sache selbst entscheiden, sondern hat die Klage in beiden Fällen wegen des prozessualen Mangels abzuweisen. Diese Klageabweisung kann aber nicht im einen Falle ein Prozeßurteil, im andern ein Sachurteil sein; sie ist in beiden Fällen ein reines Prozeßurteil, absolutio ab instantia. Daraus folgt, daß auch dann, wenn die Klage nach vollständiger Verhandlung zur Sache, aber wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen ist, die Zurückverweisung der Sache an die erste

Instanz nicht davon abhängig sein kann, ob der Beklagte den Mangel der Prozeßvoraussetzung gerügt hatte, oder nicht. Die Vereinigten Zivilsenate haben deshalb auch den in der ursprünglich ihnen vorgelegten Frage enthaltenen Zusatz: nachdem von den Parteien vollständig zur Sache verhandelt worden ist, als unwesentlich zu streichen beschlossen.

Das einzige beachtliche Bedenken gegen die Bejahung der Streitfrage könnte daraus hergeleitet werden, daß in § 538 Nr. 2 von dem über eine Einrede entscheidenden Urteile die Rede ist und daß unter „Einrede“ eben nur die vorgeschützte Einrede verstanden werden könne. Auch dieses Bedenken kann jedoch nicht für berechtigt und jedenfalls nicht für durchgreifend erachtet werden. Schon oben ist auf die ungenaue Ausdrucksweise der Zivilprozeßordnung hingewiesen, die in § 274 die Unzuständigkeit des Gerichts, die Unzulässigkeit des Rechtswegs usw. Einreden nennt, obgleich diese prozeßualen Mängel keine Einredetatsbestände sind. Der Gesetzgeber aber, der sie so nennt, muß notwendig auch das Urteil über einen derartigen Mangel als Urteil über eine Einrede gelten lassen. Und ferner ist nicht zuzugeben, daß der Begriff „Einrede“ stets gleichbedeutend sei mit „vorgeschützter Einrede“; der Ausdruck wird auch für den Einredetatsbestand, ohne Beziehung zu seiner Vorbringung im Prozesse gebraucht. So ist beispielsweise in § 202 B.G.B. von der Hemmung der Verjährung durch Einreden, von den dem Bürgen zustehenden Einreden, in § 390 B.G.B. von der einer Forderung entgegenstehenden Einrede im Sinne von Einredetatsbestand, ohne Rücksicht auf das Vorschützen der Einrede, die Sprache. Freilich ist bei wahren Einreden das Vorschützen im Prozesse Vorbedingung für die Berücksichtigung im Prozeß; diese Vorbedingung ist aber bei Einredetatsachen, die von Amts wegen berücksichtigt werden müssen, schon durch diese Amtspflicht des Gerichts ersetzt; es bedarf hier nicht des Vorschützens. Die Zivilprozeßordnung nennt denn auch den Mangel der hier fraglichen Prozeßvoraussetzungen „Einreden, auf die der Beklagte wirksam nicht verzichten kann“, und das kann nur bedeuten: Einreden, die als solche wirksam sind und beachtet werden müssen, auch wenn der Beklagte sie nicht geltend macht.

Schließlich möge noch folgende Erwägung hier Platz finden. Angenommen, das Gericht erster Instanz hätte auf das Fehlen von Prozeßvoraussetzungen hingewiesen und die Parteien zur Ver-

handlung hierüber veranlaßt, dann aber die Klage wegen der fehlenden Prozeßvoraussetzung abgewiesen, so müßte in zweiter Instanz — vorausgesetzt, daß das Berufungsgericht die prozeßuale Abweisung mißbilligt — untersucht werden, wie sich der Beklagte in erster Instanz auf die Aufforderung des Gerichts verhalten hatte. Hatte er erklärt, daß er die Bedenken des Gerichts teile und sich aneigne, dann wird die prozeßhindernde Einrede als vorgeschützt gelten müssen, und es wäre die Hauptsache an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Hatte er erklärt, er teile die Bedenken des Gerichts nicht, dann hätte das Berufungsgericht selbst in der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden. Hatte er erklärt, er halte die Frage für zweifelhaft und stelle die Entscheidung dem Gerichte anheim, dann wird es mehr oder weniger vom Zufall abhängen, ob die Sache zurückverwiesen wird, oder nicht. Und diese einschneidenden Folgen, der Verlust einer Instanz hinsichtlich der Hauptsache für beide Parteien, würden die Folge von Erklärungen des Beklagten sein, deren vollkommene Bedeutungslosigkeit für das Urteil schon oben dargelegt ist. Dieses Ergebnis kann unmöglich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, und die Rechtsmeinung, die zu diesem Ergebnisse führt, kann deshalb nicht aufrecht erhalten werden.“