

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtlichest Sammlung !

Gesetz: ZPO § 128 Abs 2

Rechtssatz: 1. Allgemeine Voraussetzungen für eine Anwendung des § 128 Abs 2 ZPO.

2. Haben die Parteien im Berufungsverfahren ihr Einverständnis mit einer schriftlichen Entscheidung durch den Einzelrichter erteilt, so wird ein von dem Senat des Berufungsggerichts erlassenes Urteil von dem Einverständnis der Parteien nicht gedeckt.

Aktenzeichen: II ZR 95/54

Urteil des BGH vom 30. Juni 1955 - OLG München

II. ZR. 95/54

Verkündet

am 30. Juni 1955

Jodas, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Geschäftsinhabers Ernst O [REDACTED], M [REDACTED],
G [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Privatmann Fritz O [REDACTED], M [REDACTED],
K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklag-
ten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. Juni 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Delbrück, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Winkelmann
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München,
den Parteien an Verkündungsstatt zugestellt am
.4./6. November 1953, aufgehoben und die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Vertrages, den sie am 4. August 1945 geschlossen haben und in dem der Beklagte sein Geschäft mit Firma auf den Kläger übertragen hat. Der Kläger begehrt in Ausführung dieses Vertrages von dem Beklagten die Herausgabe einiger zum Firmenvermögen gehörenden Gegenstände sowie die Mitwirkung des Beklagten bei der Eintragung des Geschäftsübergangs in das Handelsregister.

Das Landgericht hat der dahingehenden Klage stattgegeben. Im Berufungsverfahren haben die Prozeßbevollmächtigten der Parteien in einem Verhandlungstermin vor dem Einzelrichter schriftliche Entscheidung durch den Einzelrichter beantragt. Daraufhin hat der mit der Sache befaßte Senat des Berufungsgerichts im schriftlichen Verfahren das angefochtene Urteil erlassen, durch das das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen wurde. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klaganträge weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht unter Anwendung des § 128 Abs 2 ZPO im schriftlichen Verfahren ein Urteil erlassen hat. Die Revision geht bei ihrer Rüge allerdings nicht darauf ein, ob nach dem Sinn und Zweck des § 128 Abs 2 ZPO das schriftliche Verfahren auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muß, die Anwendung dieser Vorschrift also keinesfalls dazu führen darf, daß der Grundsatz der Mündlichkeit praktisch fast allgemein aufgegeben wird. In dieser Hinsicht bestehen im vorliegenden Fall in der Tat Bedenken, wenn man die dem erkennenden Senat



bekannte Tatsache berücksichtigt, daß bei dem Berufungsgericht in aller Regel die Urteile im schriftlichen Verfahren erlassen werden. Ein solches Verfahren entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 128 Abs 2 ZPO. Denn auch diese Bestimmung rührt nicht an dem Grundsatz, daß im allgemeinen das mündliche Verfahren die beste Gewähr für eine rasche und sichere Aufklärung des Sachverhalts und für eine sachgerechte Entscheidung des Streitfalles bietet und daß deshalb das mündliche Verfahren in der Regel auch zu beobachten ist. Die Bestimmung des § 128 Abs 2 ZPO soll vielmehr nur für bestimmte Fälle, in denen das mündliche Verfahren eine bloße Formsache darstellt, wenn z.B. für die abschließende Entscheidung nur noch die Erteilung einer Auskunft oder die Vorlage einer bestimmten Urkunde erforderlich ist, eine Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens ermöglichen. Welche Gefahren eine ungebührliche Ausdehnung bei der Anwendung des § 128 Abs 2 ZPO für eine rasche und sichere Aufklärung und Entscheidung mit sich bringt, zeigt gerade der vorliegende Sachverhalt, in dem ohne ersichtlichen Grund 8 1/2 Monate verstrichen sind, ehe die beantragte schriftliche Entscheidung ergangen ist, Gefahren, auf die im Schrifttum mit Recht immer wieder hingewiesen wird (Baumbach-Lauterbach § 128 Bem IV B; Kuhn DRiZ 1953, 123; vgl auch Schoenleich DRiZ 1954, 153). Es entspricht allein dem Sinn und Zweck des § 128 Abs 2 ZPO, das schriftliche Verfahren nur dort zur Anwendung zu bringen, wo es sich nach den gegebenen Verhältnissen tatsächlich auch als ein vereinfachtes und abgekürztes Verfahren erweist.

Welche prozessualen Folgen sich aus einer ungebührlichen und sachlich nicht gerechtfertigten Ausweitung bei der Anwendung des § 128 Abs 2 ZPO im Einzelfall ergeben, braucht hier nicht entschieden zu werden. Hier erweist sich, wie die Revision mit Recht hervorhebt, die Anwendung des § 128

Abs 2 ZPO schon aus einem anderen Grund als rechtlich fehlerhaft. Das Berufungsgericht durfte hier im schriftlichen Verfahren schon deshalb ein Endurteil nicht erlassen, weil diese Entscheidung von dem Einverständnis der Parteien nicht gedeckt war.

In diesem Zusammenhang ist zunächst davon auszugehen, daß bedingte Einverständniserklärungen nach § 128 Abs 2 ZPO nicht zulässig sind (RGZ 151, 193). Ob eine solche bedingte und daher unzulässige Einverständniserklärung auch schon dann vorliegt, wenn die erteilte Einwilligung auf die Entscheidung durch bestimmte Richter (Einzelrichter oder Kollegialgericht) beschränkt wird (so Stein-Jonas-Schönke § 128 Bem IX, 2; Baumbach-Lauterbach § 128 Bem 5 B; Rosenberg § 108 II, 1 c; a.M. Kann JW 1928, 385; ausdrücklich offengelassen in RG JW 1932, 646), kann hier dahinstehen.

Folgt man der im Schrifttum herrschenden Meinung, so ergibt sich daraus, daß die Einverständniserklärung der Parteien unzulässig war und daher nicht die Grundlage einer Entscheidung nach § 128 Abs 2 ZPO bilden konnte. Folgt man dieser Ansicht jedoch nicht, so war die Erklärung mit der ausgesprochenen Einschränkung zwar wirksam, führte damit aber auch zu einer Bindung des Gerichts an die ausgesprochene Einschränkung. Es könnte daher dann auf Grund der hier erteilten Einverständniserklärung nur eine Entscheidung durch den Einzelrichter ergehen, wobei angesichts der Bestimmung des § 523 a ZPO der Erlass eines Urteils ausgeschlossen war. Das bedeutet, daß bei der hier gegebenen Einverständniserklärung auf keinen Fall ein Urteil ergehen durfte. Somit beruht das angefochtene Urteil selbst dann, wenn man die Einverständniserklärung mit der ausgesprochenen Einschränkung als wirksam erachten würde, auf einer Verletzung des § 128 Abs 2 ZPO.

Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen ist.

Dr. Canter

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Winkelmann