

18. Verliert eine vor dem Inkrafttreten der Vierten Vereinfachungsverordnung vom 12. Januar 1943 eingelegte unselbständige Anschlußberufung auch nach dem Inkrafttreten der Verordnung ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen wird? Wie ist über die Anschließung zu entscheiden?

ZPO. §§ 342, 515, 522, 542. Verordnung zur weiteren Vereinfachung der bürgerlichen Rechtspflege (Vierte Vereinfachungsverordnung — 4. VereinfB.) vom 12. Januar 1943 (RGBl. I S. 7) § 4 Abs. 1, 4, 6, § 16 Abs. 2.

V. Zivilsenat. Urf. v. 22. Oktober 1943 i. S. G. (Kl.) w. N. (Befl.). V 68/43.

I. Landgericht Halberstadt.
II. Oberlandesgericht Raumburg.

Durch Urteil des Landgerichts wurde der Beklagte verurteilt, dem Kläger wegen Verletzung seiner Ehefrau auf Grund des § 845 BGB. eine Rente von vierteljährlich 60 RM. zu zahlen, während der Kläger mit seiner Mehrforderung abgewiesen wurde. Der Kläger legte rechtzeitig Berufung ein. Nach Ablauf der Berufungsfrist schloß sich der Beklagte der Berufung an mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage. Durch Versäumnisurteil vom 15. Dezember 1942 änderte das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung des Klägers auf die Anschlußberufung des Beklagten das Urteil des Landgerichts ab und wies die Klage ganz ab. Der Kläger legte hiergegen frist- und formgerecht Einspruch ein und erklärte in der Einspruchsschrift, daß er seine Berufung zurücknehme. Dieser Schriftsatz ist laut Vermerk in den Gerichtsakten am 30. Januar 1943 mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 2. März 1943 zur Zustellung gegeben worden. In dieser Verhandlung hat der Kläger seine Erklärung, daß er die Berufung zurücknehme, wiederholt und beantragt, die Anschlußberufung des Beklagten als unzulässig zu verwerfen. Der Beklagte hat der Zurücknahme der Berufung widersprochen. Seinem Antrag entsprechend hat das Berufungsgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten und die weiteren Kosten des Rechtsstreits dem Kläger auferlegt. Auf die Revision des Klägers wurde die Anschlußberufung als unzulässig verworfen.

Gründe:

1. Das Berufungsgericht meint, in der Zeit vor dem 1. Februar 1943, dem Tage des Inkrafttretens der Vierten Vereinfachungsverordnung vom 12. Januar 1943, sei die Zurücknahme der Berufung, als der Kläger den Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt habe, nach § 515 ZPO. nicht mehr zulässig gewesen, weil der Berufungsbeklagte mit der Verlesung seines Anschlußberufungsantrags und dem zu dessen Begründung gehaltenen Sachvortrage mündlich verhandelt habe und deshalb ohne seine Einwilligung die Berufung nicht mehr wirksam habe zurückgenommen werden können. Dabei berücksichtigt das Berufungsgericht nicht die Vorschrift des § 342 mit § 542 ZPO., wonach der Rechtsstreit durch den zulässigen Einspruch in die Lage zurückversetzt worden ist, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befunden hatte. Nach dieser Vorschrift muß der Kläger so gestellt werden, wie er gestanden hätte, wenn er in der Sitzung vom 15. Dezember 1942 erschienen wäre. Der Umstand, daß der Beklagte, indem er Versäumnisurteil beantragte und den Antrag begründete, mündlich verhandelt hat, kann nicht mehr zuungunsten des Klägers berücksichtigt werden, weil diese Verhandlung erst nach dem Eintritt der Säumnis des Klägers stattgefunden hat und die Wirkung des Verhandeltens durch den Einspruch beseitigt worden ist. Der Kläger konnte also in der neuen Verhandlung alles das geltend machen, was er am 15. Dezember 1942 hätte vorbringen können, wenn er zur Verhandlung erschienen wäre. Da er damals in der Lage gewesen wäre, seine Berufung alsbald ohne Einwilligung des Beklagten wirksam zurückzunehmen und damit die Anschlußberufung nach § 522 ZPO. unwirksam zu machen, konnte er dies auch noch bei oder nach Einlegung seines Einspruchs (vgl. die Entscheidung des erkennenden [früher VI.] Zivilsenats vom 30. September 1941, RGZ. Bd. 167 S. 293).

Daß die Berufung vor dem 1. Februar 1943 rechtswirksam zurückgenommen worden sei, will die Revision daraus entnehmen, daß die die Zurücknahme der Berufung aussprechende Einspruchsschrift vom 25. Januar 1943 nicht nur am 30. Januar 1943 von Amts wegen zur Zustellung an den Beklagten gegeben, sondern ihm auch schon am 25. Januar 1943 zu Händen seines Anwalts von Partei wegen zugestellt worden sei. Zum Beweise hierfür beruft sie sich auf die in den Handakten des Berufungsanwalts des Klägers be-

findliche Quittung des gegnerischen Anwalts vom 25. Januar 1943 über den Empfang der Einspruchs- und Berufungsrücknahmeschrift. Daß dem Anwalt des Beklagten nach dieser Quittung zugegangene Schriftstück ist aber offenbar die bei dessen Handakten befindliche unbeglaubigte Abschrift, auf der sich eine Verfügung des Anwalts vom 26. Januar 1943 befindet. Der Mangel der Beglaubigung machte die Zustellung unwirksam; denn diese besteht nach § 170 Abs. 1 ZPO. in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und das Fehlen des wesentlichen Erfordernisses der Beglaubigung machte die Zustellung unwirksam (vgl. RGZ. Bd. 99 S. 140). In der nächsten mündlichen Verhandlung vom 2. März 1943 hat der Beklagte den Mangel zwar nicht gerügt, obwohl er ihm bekannt sein mußte; gleichwohl hat er dadurch nicht das Rügerecht nach § 295 Abs. 1 ZPO. verloren, weil in der Verhandlung nicht auf die Zustellung Bezug genommen worden ist.

Die Revision ist der Ansicht, daß nach § 187 ZPO. in der Fassung der Zustellungsverordnung vom 9. Oktober 1940 (RGBl. I S. 1340) auch die Zustellung einer unbeglaubigten Abschrift der Rücknahmeerklärung als rechtswirksam angesehen werden könne. Ob das richtig ist oder ob der neue § 187 zwar gestattet, über Mängel der Zustellung eines Schriftstücks hinwegzusehen, aber nichts daran ändert, daß das zu übergebende Schriftstück nach § 170 ZPO. entweder eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift sein muß, kann dahingestellt bleiben. Denn auf jeden Fall ist die Berufung, wenn nicht vor, dann nach dem Inkrafttreten der Vierten Vereinfachungsverordnung wirksam zurückgenommen worden, und zwar durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung vom 2. März 1943.

2. Das Berufungsgericht meint, nach § 532 Abs. 4 ZPO. in der Fassung der Vierten Vereinfachungsverordnung, die eine Anschlußberufung nicht mehr kenne, sei dem Berufungsbeklagten nur das Recht eingeräumt, vor Ablauf der Berufungsfrist die nach Abs. 1 bis 3 das. zulässigen Anträge zu stellen; ein solcher Antrag gelte als nicht gestellt, wenn die Berufung zurückgenommen werde. Dabei verstehe es sich von selbst, daß die Zurücknahme wirksam, d. h. mit Einwilligung des Berufungsbeklagten, geschehen sein müsse.

Daß das Recht zur Stellung jener Anträge dem Berufungsbeklagten nur für die Zeit vor Ablauf der Berufungsfrist eingeräumt sein soll, ist aber aus dem Gesetz nicht zu entnehmen; in dem angefochtenen Urteil findet sich auch keine Begründung für diese Aus-

legung. Ebenso ist unerfindlich, weshalb die Zurücknahme der Berufung der Einwilligung des Berufungsbeklagten bedürft haben sollte. Nach § 515 Abs. 1 ZPO. in der neuen Fassung kann die Berufung grundsätzlich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten zurückgenommen werden. Seiner Einwilligung bedarf es nur dann, wenn er einen neuen Antrag gemäß § 532 Abs. 4 gestellt hat, d. i. einen der in § 532 Abs. 1 allein zugelassenen Anträge (Änderung des Klageantrags nach Maßgabe des § 268 Nr. 3, d. i., wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird, oder Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage). Einen solchen Antrag hat der Berufungsbeklagte aber nicht gestellt. Also konnte der Kläger die Berufung bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung ohne Einwilligung des Gegners zurücknehmen.

Auch die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus der Übergangsbestimmung des § 16 Abs. 2 4. Vereinf. gezogen hat, sind verfehlt. Dieser Absatz 2 bestimmt nicht nur in seinem Satz 1, daß ein vor dem 1. Februar 1943 eingelegtes Rechtsmittel zulässig bleibt, sondern er sagt im Satz 2 weiter, daß auf eine vor dem 1. Februar 1943 eingelegte Berufung oder Anschlußberufung die Vorschriften des bisherigen § 519 Abs. 1 bis 5 und der bisherigen §§ 522, 522a ZPO. weiterhin anzuwenden sind mit der — hier nicht in Frage kommenden — Maßgabe, daß für die Erweiterung der Berufungsanträge § 519 ZPO. gilt. Danach war auf die Anschlußberufung des Beklagten auch nach dem Inkrafttreten der Vierten Vereinfachungsverordnung die Vorschrift des bisherigen § 522 ZPO. weiterhin anzuwenden, wonach die Anschließung ihre Wirkung verliert, wenn die Berufung zurückgenommen wird. Da, wie schon ausgeführt wurde, die Berufung seit dem 1. Februar 1943 bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten zurückgenommen werden konnte, hat also jedenfalls durch die in der Verhandlung vom 2. März 1943 erklärte Zurücknahme der Berufung die Anschließung ihre Wirkung verloren.

Die Folge des nachträglich eingetretenen Verlustes der Wirkung der Anschließung ist gewesen, daß der mit der Anschließung verfolgte Antrag nicht mehr gestellt werden konnte, d. h. unzulässig geworden ist. Die Ansicht der Revisionsbeantwortung, daß das nachträgliche

Wirkungsloswerden der Anschließung diese nicht unzulässig machen könne, da sich nach RGZ. Bd. 168 S. 355 die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, also auch die einer Anschließung, nur nach dem Zeitpunkt der Einlegung richte, trifft nicht zu. Wie die Berufung nicht nur, wenn sie überhaupt nicht statthaft war, sondern auch dann, wenn sie an sich zulässig war, aber nicht in der gesetzlichen Frist und Form begründet worden ist, nach § 519b ZPO. als unzulässig verworfen werden muß, so ist auch die Anschlußberufung als unzulässig zu verwerfen, wenn eines der Erfordernisse einer wirksamen Anschlußberufung, das Vorhandensein einer Berufung, durch deren Zurücknahme wegfällt.

Auch die Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 10. Dezember 1941 (RGZ. Bd. 168 S. 355) kann die Revisionsbeantwortung nicht für ihre gegenteilige Auffassung anführen, da diese Entscheidung überhaupt nicht die Frage der Zulässigkeit einer Anschlußberufung und des Verlustes ihrer Wirkung, sondern nur die Frage betrifft, ob die nachträgliche Verminderung des Beschwerdegegenstandes ein Rechtsmittel nachträglich unzulässig machen könne, eine Frage, die bei der Unabhängigkeit der Anschließung von einer Rechtsmittelsumme für die Zulässigkeit der Anschließung ohne Bedeutung ist.

Der Gedanke des Berufungsgerichts und der Revisionsbeantwortung, es sei anzunehmen, daß die Vierte Vereinfachungsverordnung den Anschlußberufungskläger nicht habe schlechter stellen wollen als bisher, ist schon deshalb unzutreffend, weil nach den Ausführungen unter 1 auch nach den bisherigen Vorschriften die Anschlußberufung durch die Zurücknahme der Berufung ihre Wirkung verloren hat. Eine Auslegung der Übergangsbestimmung, die eine vor dem 1. Februar 1943 eingelegte sogenannte unselbständige Anschlußberufung von der Anwendbarkeit des § 522 Abs. 1 ZPO. befreien würde, würde der grundsätzlichen Einstellung der Verordnung, welche die Anschließung an ein Rechtsmittel ganz beseitigt und die Möglichkeit der Zurücknahme eines Rechtsmittels erheblich erweitert, völlig widersprechen.

Die Revisionsbeantwortung meint schließlich, mangels Antrags des Klägers stehe rechtskräftig fest, daß die Berufung unbegründet gewesen sei, und darin liege zugleich mit Denknöwendigkeit der Ausdruck, daß sie nicht wirksam zurückgenommen worden sei. Aber auch dem kann nicht gefolgt werden. Die angefochtene Entscheidung

selbst hat nur das Verjumnisurteil aufrechterhalten und damit erneut unter Zurückweisung der Berufung des Klägers auf die Anschlußberufung des Beklagten in Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage ganz abgewiesen; sie hat aber nicht etwa festgestellt, daß die Berufung nicht wirksam zurückgenommen worden sei. Die nur in den Entscheidungsgründen enthaltenen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen erlangen keine Rechtskraft, auch wenn die darauf beruhende Entscheidung rechtskräftig wird. Im vorliegenden Fall ist nur ein Teil der auf jener Annahme beruhenden Entscheidung rechtskräftig geworden, nämlich die Zurückweisung der Berufung des Klägers; denn dieser hat insoweit keine Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragt. Aber auch der Teil der Entscheidung, den der Kläger mit der Revision angefochten hat, nämlich die gänzliche Abweisung der Klage auf die Anschlußberufung hin, beruhte auf der Annahme des Berufungsgerichts, daß die Berufung nicht wirksam zurückgenommen sei, und da dieser Teil der Entscheidung mit der Revision angefochten worden ist, unterlagen die gesamten diesem Teile zugrunde liegenden Entscheidungsgründe der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.