

114. Ist die Anschließung an die Revision zulässig, wenn der Revisionskläger im Termine zur Verhandlung über die Revision nicht erscheint und der Revisionskläger gegen ihn Versäumnisurteil beantragt?

I. Civilsenat. Urf. v. 27. Januar 1883 i. S. M. (Bekl.) w. R. u. Gen.
(Rl.) Rep. I. 342/82.

- I. Landgericht Nordhausen.
- II. Oberlandesgericht Naumburg.

In der Berufungsinstanz waren Kläger mit einem Teile der Klageforderung abgewiesen, im übrigen war der Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Der Beklagte legte hiergegen Revision ein. Die Kläger erklärten in einem dem Beklagten nach Ablauf der Revisionsfrist zugestellten Schriftsatz, sich bezüglich des abgewiesenen Teiles der Klageforderung der Revision anschließen zu wollen. Im Verhandlungstermine erschien Revisionskläger nicht. Die Revisionsbeklagten beantragten, hinsichtlich der Revision Versäumnisurteil zu erlassen, schlossen sich der Revision mit dem Antrage auf Abänderung des angefochtenen Urtheiles an und beantragten, auch hinsichtlich ihrer Anschließung an die Revision Versäumnisurteil zu erlassen. Das Revisionsgericht gab diesem Antrage in vollem Umfange statt, indem es durch Versäumnisurteil die Revision zurückwies und auf die Anschließung der Kläger das angefochtene Urtheil teilweise aufhob.

Aus den Gründen:

„Die Anschließung der Kläger an die Revision des Beklagten ist, ungeachtet des Nichterscheinens des letzteren im Verhandlungstermine, nach den gemäß §. 518 C.P.O. zur entsprechenden Anwendung kommenden Vorschriften über die Anschließung in der Berufungsinstanz (§§. 482. 483 a. a. O.) für zulässig zu erachten.

Man hat zwar die Zulässigkeit derselben verneinen zu müssen geglaubt, weil die Anschließung erst durch die Stellung des Antrages in der mündlichen Verhandlung erfolge, einer Anschließung in Abwesenheit des Gegners aber „selbstverständlich“ eine Wirksamkeit überall nicht beigelegt werden könne,

vgl. Urtheil des hanseatischen Oberlandesgerichtes in Seuffert,

Archiv Bd. 37 Nr. 71; Kleinschmidt, Über Anschlußberufung, in Busch, Zeitsch. für deutschen Civilprozeß Bd. 5 S. 456 flg., wie auch in betreff der ersten Instanz die Ansicht, daß beim Nichterscheinen des Klägers eine Widerklage nicht erhoben werden könne, von vielen verteidigt wird.

Vgl. Wach, Vorträge über die Reichscivilproceßordnung S. 41 Anm.; v. Wilimowski u. Levy, Kommentar, Aufl. 2 S. 331 Anm. 1 zu §. 254; Gaupp, Kommentar Bd. 2 S. 84 Anm. 3 zu §. 254; Endemann, Kommentar Bd. 2 S. 149 Anm. 7; Löning, die Widerklage, in Busch, Zeitsch. für deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 132 Nr. 168; Seuffert Kommentar, 2. Ausg. S. 42 Anm. 7 zu § 33.

Ob diese Ansicht hinsichtlich der Widerklage Billigung verdient, mag hier unerörtert bleiben. Jedenfalls ist derselben nicht beizustimmen, was die Anschließung an die Berufung und Revision betrifft.

Die Anschließung wird allerdings durch vorgängige Zustellung eines dieselbe ankündigenden oder aussprechenden Schriftsatzes an den Gegner nur vorbereitet; sie erfolgt erst durch die Stellung des Antrages in der mündlichen Verhandlung, wie auch von dem Reichsgerichte (Entsch. in Civils. Bd. 7 S. 245) bereits anerkannt worden ist. Eine andere Frage aber ist es, ob die Erklärung des Anschlusses in der mündlichen Verhandlung nur in Anwesenheit der Gegenpartei wirksam erfolgen könne. Der aus dem Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens sich ergebenden Forderung, daß die Anträge und die sie begründenden Vorträge der Parteien nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgen müssen, ist offenbar auch durch einen in Abwesenheit der Gegenpartei erfolgenden mündlichen Vortrag genügt. Dagegen kann in Zweifel gezogen werden, ob in einem derartigen Vortrage eine mündliche Verhandlung zu finden sei. Wenn nun auch nach dem Sprachgebrauche der Civilproceßordnung,

vgl. Birckmeyer in der Zeitschrift für mecklenburgische Rechtspflege Bd. 2 S. 141 flg., namentlich S. 171 flg.,

unter Verhandlung nicht ein Verhandeln der Partei mit dem Gerichte, sondern ein Verhandeln der Parteien unter einander vor dem Gerichte zu verstehen ist, so fällt doch, wie schon die Motive zum Entwurfe der Civilproceßordnung in §. 4 der allgemeinen Begründung hervorheben, unter den Begriff derselben nicht bloß dasjenige Parteiverfahren, in welchem beide Parteien wirklich gleichzeitig handeln, sondern auch das-

jenige, in welchem sie nach der Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollen, das Veräumnisverfahren, sodaß man die kontradiktorische und nichtkontradiktorische Verhandlung unterscheiden kann, wie auch im Gerichtskostengesetze §§. 18—20 und in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§. 13, 16, wenn auch in besonderem Sinne, geschieht. Es können daher, abgesehen von Erklärungen einer Partei, welche eine von der Mitwirkung des Gegners unabhängige Verfügung über ein Parteirecht enthalten, und abgesehen von Erklärungen einer Partei über Prozeßhandlungen, welche, wie die Beweisaufnahme (§. 332 a. a. O.), der Mitwirkung der Parteien nicht bedürfen, jedenfalls diejenigen Erklärungen, welche behufs Erlangung eines Veräumnisurteils erfolgen, mögen sie von der einen oder der anderen Partei ausgehen, in Abwesenheit der Gegenpartei wirksam stattfinden.

Nun handelt es sich aber, wenn der Berufungs- oder Revisionskläger im Verhandlungstermine ausbleibt, um Erlaß eines Veräumnisurtheiles nicht allein bei dem Antrage des Berufungs- oder Revisionsbeklagten auf Zurückweisung des Rechtsmittels, sondern auch bei dem Antrage desselben auf Abänderung des angefochtenen Urtheiles im Wege der Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners. Das Gericht befindet sich in der Lage, diesem Antrage zu entsprechen, sofern nur dem Gegner von der beabsichtigten Anschließung rechtzeitig vor dem Verhandlungstermine mittels Schriftsatzes Mitteilung gemacht worden ist (§. 300 Nr. 3 C.P.O.).

Man gerät demnach durch Zulassung dieses Antrages weder mit dem Grundsätze der Mündlichkeit noch mit dem Begriffe der Verhandlung in Widerspruch. Ebenfowenig aber widerspricht dieselbe dem Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners ihrem Begriffe nach zu diesem Rechtsmittel steht. Die Anschließung setzt, wenn sie nicht gemäß §. 483 Abs. 2 a. a. O. wie ein selbständiges Rechtsmittel zu behandeln ist, begrifflich voraus, daß die Sache durch ein von dem Gegner zulässigerweise geltend gemachtes Rechtsmittel in die Rechtsmittelinstantz gelangt ist und daß zur Zeit des Anschlusses, das ist zur Zeit der Anschlußerklärung in der mündlichen Verhandlung, die Anhängigkeit der Sache in der Rechtsmittelinstantz noch fort dauert. Diese Voraussetzung aber ist vorhanden, wenn der Gegner ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt und nicht zurückgenommen hat, gleichviel ob er im Verhandlungstermine erscheint

oder nicht. Wenn der Berufungs- oder Revisionskläger im Verhandlungstermine nicht erscheint, so kann man weder sagen, daß er das Rechtsmittel nicht eingelegt, noch daß er dasselbe zurückgenommen habe.

Wie die Erhebung der Klage nicht erst mit der Stellung des Klageantrages in der mündlichen Verhandlung, sondern schon durch Zustellung der Klageschrift erfolgt (§. 230 a. a. D.) und schon hierdurch die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird (§. 235 a. a. D.), so erfolgt in der Rechtsmittelinstantz, gemäß dem in den Motiven zum Entwurfe der §§. 458. 460. 463. 464 C.P.O. ausgesprochenen Grundgedanken, die Formen des Rechtsmittels und der Verhandlung über dasselbe denjenigen der Klage und der Verhandlung erster Instanz entsprechend zu gestalten, die Einlegung des Rechtsmittels nicht erst durch die Stellung des Antrages in der mündlichen Verhandlung, sondern bereits durch die Zustellung der Berufungs- oder Revisionschrift (§. 479 a. a. D.), wodurch die Sache in die Rechtsmittelinstantz gelangt. Daß dies der Civilprozeßordnung entspricht, ergibt sich mit Sicherheit daraus, daß §. 476 a. a. D. die Zurücknahme des Rechtsmittels durch Zustellung eines Schriftsatzes vor dem Verhandlungstermine gestattet und als Wirkung derselben den Verlust des Rechtsmittels bezeichnet, und daß nach §§. 505. 520. 295 a. a. D. im Falle des Nichterscheinens des Berufungs- oder Revisionsklägers im Verhandlungstermine auf Antrag die Zurückweisung des Rechtsmittels eintritt. Beides wäre nicht möglich, wenn nicht schon in der Einlegung die Geltendmachung des Rechtsmittels gefunden würde. Demgemäß ist schon durch die Einlegung dem Gegner das Recht erworben, sich dem Rechtsmittel anzuschließen (vgl. Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 7 S. 345). Die Voraussetzung der Anschließung, ein von dem Gegner zur Hand genommenes Rechtsmittel, ist mithin schon durch die Einlegung desselben vermittelt Zustellung eines Schriftsatzes hergestellt.

Es steht allerdings dem Berufungs- und Revisionskläger frei, durch Zurücknahme des Rechtsmittels, welche ihm vor Beginn der mündlichen Verhandlung des Gegners ohne Einwilligung desselben gestattet ist (§. 476 a. a. D.), der Anschließung des Gegners die Wirkung zu entziehen (§§. 843. 529), und es ist von manchen Auslegern der Civilprozeßordnung,

vgl. v. Wilnowski u. Levy 2. Ausg. S. 591 Anm. 1 zu §. 504; Gaupp, Bd. 2 S. 535 Anm. 2 zu §. 504; Endemann, Bd. 2 S. 411, 437, behauptet worden, daß das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Berufungs- oder Revisionskläger bezüglich der Unwirksamkeit der Anschließung des Gegners gleiche Wirkung habe, wie die Zurücknahme der Revision. Allein mit Recht wird dieser Ansicht von anderen Kommentatoren widersprochen.

Vgl. Struckmann u. Koch 3. Ausg. S. 467 Anm. 5 zu §. 504; Petersen 2. Ausg. S. 733 Anm. 5 zu §. 504; Seuffert S. 573.

Das Nichterscheinen des Berufungs- oder Revisionsklägers im Verhandlungstermine, welches auf verschiedenen Gründen beruhen kann, läßt an sich auf einen Verzicht desselben auf das Rechtsmittel nicht schließen. Ebensonenig wird demselben durch das gegen den Berufungs- oder Revisionskläger ergehende Versäumnisurteil die Wirkung eines Verzichtes auf das Rechtsmittel oder einer Zurücknahme desselben beigelegt. Wenn auch nach dem Ausdrucke der Motive zum Entwurfe der C.P.O. §§. 285—302 durch das Versäumnisurteil das gesetzlich angedrohte Präjudiz des Verzichtes verwirklicht wird und die Zurücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels einen Verzicht enthält, so stehen doch beide Fälle weder in Ansehung der Voraussetzungen noch der Wirkungen einander völlig gleich, wie auch die gesetzlichen Vorschriften über die Zurücknahme der Klage (§. 243 a. a. O.) oder Berufung (§. 476 a. a. O.) einerseits und über das Versäumnisurteil wegen Nichterscheinens des Klägers (§. 295 a. a. O.) oder Berufungsklägers (§. 504 a. a. O.) andererseits in der Civilprozeßordnung von einander getrennt sind. Es ist daher keineswegs selbstverständlich, daß die Zurücknahme des Rechtsmittels und die Zurückweisung desselben durch Versäumnisurteil auf die Anschließung des Gegners gleiche Wirkung äußern müsse. Es hätte vielmehr einer gesetzlichen Vorschrift bedurft, wenn gleich der Zurücknahme des Rechtsmittels (§. 483 a. a. O.) auch der Verlust desselben durch Versäumnisurteil die Folge haben sollte, die Wirkung der Anschließung aufzuheben. Eine solche Vorschrift findet sich aber in der Civilprozeßordnung nicht, und aus der Entstehungsgeschichte derselben geht hervor, daß eine früher beabsichtigte Vorschrift dieses Inhaltes schließlich unterblieben ist. Nachdem in dem hannoverschen Entwurfe §. 598 a. a. O. die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen worden war, daß beim Nichterscheinen des

Berufungsklägers im Verhandlungstermine das in der Berufungsschrift gestellte Gesuch verworfen und in Gemäßheit des von dem Berufungsbeklagten mittels Anschließung geltend gemachten und dem Berufungskläger mitgeteilten Gesuches, soweit dasselbe begründet sei, erkannt werden solle, wurde diese Bestimmung in dem Entwurfe der norddeutschen Kommission verlassen und durch die im §. 807 a. a. D. enthaltene Bestimmung ersetzt, es sei in dem gedachten Falle das Verfümmisurteil dahin zu erlassen, daß die Berufung als zurückgenommen anzusehen sei (vgl. Protokolle der norddeutschen Kommission S. 1533. 2373. 2376); diese Vorschrift des norddeutschen Entwurfes wurde aber in den folgenden Entwürfen wiederum aufgegeben, welche sämtlich diejenigen Bestimmungen enthalten, welche in die Civilprozeßordnung als §§. 482. 483 übergegangen sind. Ist nun auch in den Motiven dieser Entwürfe die Folgerung, welche sich aus der gedachten Änderung für die Anschließung ergibt, nicht besonders erwähnt, so ist doch klar ausgesprochen, daß das gegen den nicht erschienenen Berufungs- oder Revisionskläger zu erlassende Verfümmisurteil nicht dahin lauten solle, daß das Rechtsmittel als zurückgenommen angesehen werde, sondern dahin, daß dasselbe gemäß den Vorschriften über das Verfümmisverfahren in erster Instanz (§. 295 a. a. D.) zurückgewiesen werde.

Im vorliegenden Falle ist demnach, da der Beklagte die Revision zulässigerweise eingelegt und nicht zurückgenommen hat, die im Verhandlungstermine erklärte Anschließung der Kläger an die Revision für zulässig zu erachten und gegen den ordnungsmäßig geladenen, aber nicht erschienenen Beklagten, welchem die Anschließung rechtzeitig mittels Schriftsatzes durch Zustellung desselben mitgeteilt war, gemäß §§. 520. 296. 300 C.P.D. über die Anschließung zu erkennen.“