

16. Verliert die Anschlußberufung ihre Wirkung, wenn der Berufungskläger nach dem Verlesen der Anträge und nach der Erklärung der Anschließung die Berufung ohne Einwilligung des Gegners zurücknimmt, bevor eine Verhandlung zur Sache stattgefunden hat?

RPD. §§ 515, 521, 522.

V. Zivilsenat. Ur. v. 23. Mai 1914 i. S. Bergfiskus (Bekl.) w. S. (kl.). Rep. V. 2/14.

I. Landgericht Beuthen.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Klägerin verlangt Ersatz des Schadens, der durch den Betrieb eines dem Beklagten gehörigen Steinkohlenbergwerks ihrem Grundstücke zugefügt werde. Der erste Richter verurteilte zu einem Teile den Beklagten nach dem Klageantrage, wies aber mit der Mehrforderung die Klägerin ab. Hiergegen legte die Klägerin Berufung ein. In dem Verhandlungstermine vom 9. Oktober 1913, als beide Parteien erstmalig vor dem Berufungsgericht erschienen waren, verlas der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin nach Feststellung der Rechzeitigkeit der Berufungseinlegung den Berufungsantrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer weiteren Entschädigung von 6700 M. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten erklärte darauf unter Überreichung eines Schriftsatzes vom 8. Oktober 1913, daß der Beklagte sich der Berufung anschließe, und verlas aus diesem Schriftsatz den Antrag: unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin und unter Abänderung des ersten Urteils die Klage abzuweisen. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin erklärte darauf, ohne sich zur Sache zu äußern, daß er auf den Schriftsatz vom 8. Oktober 1913, insofern er die Ankündigung der Berufungsanschließung, einen dementsprechenden Antrag und dessen Begründung enthalte, als auf ein neues Vorbringen sich nicht erklären könne, und beantragte deshalb Vertagung. Diesem Antrage, gegen den der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten nichts erinnerte, gab das Berufungsgericht statt und setzte, nachdem der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten Anberaumung eines neuen Termins beantragt hatte, Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 13. November 1913 fest. Am Tage vor diesem Termine stellte die Klägerin dem Beklagten einen Schriftsatz vom 12. November 1913 zu, worin

sie die Berufung zurücknahm. In dem Termine begann die Klägerin die Verhandlung mit der Wiederholung der Zurücknahmeerklärung. Der Beklagte erklärte, daß er mit der Zurücknahme der Berufung nicht einverstanden sei. Darauf stellte die Klägerin den Antrag, die Anschlußberufung als unzulässig zu verwerfen. Der Beklagte verlas demnächst wieder, wie in der Verhandlung vom 9. Oktober, den Antrag aus dem Schriftsage vom 8. Oktober 1913. Die nunmehr sich anschließende Verhandlung beschränkte sich auf die Frage nach der Zulässigkeit der Berufungszurücknahme und nach der Statthaftigkeit der Anschlußberufung. Das Berufungsgericht verwarf die Anschlußberufung als unzulässig.

Der Revision des Beklagten wurde stattgegeben aus folgenden Gründen:

„Die nach § 521 ZPO. zulässige Anschließung an die Berufung ist nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht selbst ein Rechtsmittel, gibt dem Berufungsbeklagten vielmehr nur das Recht, ebenfalls Anträge zu stellen, um zu bewirken, daß der Rechtsstreit von der Berufungsinstanz in weiterem Umfang entschieden werde, als es nach den Anträgen des Gegners geschehen müßte. Daher kann nach den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die in der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigenden Anträge die Anschließung erst durch Verlesung der Anschließungsanträge in der mündlichen Verhandlung (§ 297 ZPO.) wirksam erfolgen (RGZ. Bd. 7 S. 245, Bd. 8 S. 381, Bd. 41 S. 382). Der Beklagte hat nun in dem Verhandlungstermine vom 9. Oktober 1913, als beide Parteien erstmalig vor dem Berufungsgericht erschienen waren, nach Feststellung der Rechzeitigkeit der Berufungseinlegung und nachdem die Klägerin ihren Berufungsantrag verlesen hatte, erklärt, daß er sich der Berufung anschließe, und hat aus dem überreichten Schriftsage vom 8. Oktober 1913 den Antrag verlesen, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen. Damit hatte der Beklagte sich der Berufung der Klägerin wirksam angeschlossen. Nun bestimmt allerdings § 522 Abs. 1 ZPO.: „Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.“ Aber unter Zurücknahme der Berufung, die hier allein in Frage kommt, ist eine gültige Berufungszurücknahme zu verstehen (RGZ.

Bd. 45 S. 411; Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 705). Nach § 515 Abs. 1 ZPO. ist die Zurücknahme der Berufung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig. Vorliegend hat die Klägerin ihre Berufung erst nach dem Termine vom 9. Oktober durch Zustellung des Schriftsatzes vom 12. November 1913 zurückgenommen. Eingewilligt in die Zurücknahme hat der Beklagte nicht. Vielmehr hat der Beklagte in dem Verhandlungstermine vom 13. November 1913, als die Klägerin ihre Zurücknahmeerklärung wiederholte, erklärt, daß er mit der Zurücknahme nicht einverstanden sei. Trotzdem erachtet der Berufungsrichter die Zurücknahme für wirksam, weil „die mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten“ im Termine vom 9. Oktober 1913 noch nicht „begonnen“ gehabt habe, und erklärt deshalb die im Termine vom 13. November 1913 vom Beklagten aufrechterhaltene Anschlußberufung für unzulässig. Der Berufungsrichter führt in dieser Hinsicht aus: Die mündliche Verhandlung werde allerdings nach § 137 Abs. 1 ZPO. dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen, also sich erklären, wie sie den Rechtsstreit vom Gerichte entschieden wissen wollten; daher lägen die Anträge innerhalb der mündlichen Verhandlung und hätten als deren Bestandteil zu gelten. Gleichwohl seien die Anträge noch nicht als „die Verhandlung“ anzusehen. Denn unter Verhandlung sei die von den Parteien dem Gerichte vorgetragene Erörterung des Rechtsstreits nach seiner tatsächlichen und rechtlichen Seite zu verstehen, wozu sowohl die Stellung der Anträge, als auch die Kundgabe der die Anträge rechtfertigenden Begründung gehöre. Die Erläuterung der Anträge durch deren sachliche Begründung sei für den Begriff der „Verhandlung“ nach dem Gesetz ein unentbehrliches Erfordernis. Die Antragstellung ohne jegliche Begründung könne den Begriff der mündlichen Verhandlung eines Rechtsstreits noch nicht ausfüllen. Von einem Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des dem § 271 nachgebildeten § 515 ZPO. könne vielmehr begrifflich erst die Rede sein, wenn nach Vortrag der Anträge der Berufungskläger bereits zu einer begründenden sachlichen Erörterung seines Berufungsantrags das Wort genommen hatte und nunmehr die Gegenpartei in die Besprechung ihres Antrags eingetreten sei. Im gegebenen Falle sei im Termine vom 9. Ok-

tober 1913 nichts weiter geschehen, als daß die Hauptparteien ihre einander widersprechenden Anträge verlesen hätten und darauf, ohne Eintritt in eine Verhandlung über die Begründung des Rechtsmittels, auf den Antrag der Klägerin die Vertagung beschlossen worden sei. Danach habe in dem genannten Termin eine mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 Abs. 1 ZPO. nicht stattgefunden.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden, wenigstens nicht darin, daß die Anschlußberufung unzulässig gewesen sei, weil der Berufungskläger bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten einseitig die Berufungszurücknahme erklärt habe. Daß durch den § 515 Abs. 1 ZPO. die Zurücknahme der Berufung beschränkt ist, beruht gerade auf der dem Berufungsbeklagten gestatteten Anschlußberufung und steht mit dem Rechte der Anschließung in Wechselbeziehung (Hahn, Materialien zur Zivilprozeßordnung, S. 351, 710). Nachdem der Berufungsbeklagte sich durch Erklärung der Anschließung in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht der Berufung wirksam angeschlossen hat, soll dem Berufungskläger nicht mehr gestattet sein, dem Berufungsbeklagten die dadurch erlangten prozessualen Rechte ohne dessen Einwilligung durch Zurücknahme der Berufung zu entziehen. Die Begründung zu § 462 des Entwurfs (§ 522 ZPO.) bemerkt in dieser Hinsicht: „Die Anschließung wird durch die Beantwortung der Berufung oder einen anderen Schriftsatz vorbereitet . . . und erfolgt erst durch die Stellung der bezüglichen Anträge in der mündlichen Verhandlung. Der Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten ist daher der Zeitpunkt, von welchem an der Berufungskläger die Anschließung durch Zurücknahme der Berufung nicht mehr verhindern kann (§ 515 ZPO.), während die frühere Zurücknahme die Anschließung unmöglich macht“ . . . (Hahn, a. a. O. S. 354).

Wenn daher der Berufungsbeklagte im Verhandlungstermine, nachdem der Berufungskläger seinen Berufungsantrag verlesen hat, nicht nur die Zurückweisung der Berufung beantragt, sondern sogleich auch seine Anschließung an die Berufung erklärt, so ist einerseits die Anschließung wirksam erfolgt und hat anderenteils die mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 Abs. 1 ZPO. begonnen. Der Berufungskläger kann deshalb nun nicht mehr

ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten die Berufung zurücknehmen und dadurch die Anschlußberufung unwirksam machen. Hieran ändert sich auch nichts, wenn es nach Stellung der genannten Anträge aus diesem oder jenem Grunde, insbesondere, weil auf Antrag die Verhandlung vertagt wird, zur Begründung der Anträge des Berufungsbeklagten oder auch überhaupt zur Erörterung der Streitfache nicht kommt. Die mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten ist in solchen Fällen nicht zur Vollendung geblieben; aber begonnen hatte sie (vgl. RÜZ. Bd. 45 S. 409, 411). Dieser Auffassung steht das vom Berufungsrichter zur Stütze seiner Ansicht angezogene Urteil in RÜZ. Bd. 10 S. 386 ebensowenig entgegen wie das Urteil des Reichsgerichts in Jur. Wochenschr. 1894 S. 573 Nr. 4. Die Urteile verhalten sich nur darüber, ob, wenn der Rechtsmittelläger nach dem Verlesen der Parteienanträge sogleich die Vertagung beantragt und nach der Ablehnung dieses Antrags nicht weiter verhandelt, eine Verhandlung des Rechtsmittellägers zur Sache stattgefunden oder ob der Rechtsmittelläger noch gar nicht zur Sache verhandelt habe, so daß gemäß § 333 ZPO. ein Versäumnisurteil gegen ihn erlassen werden könne. Dabei wird zwar letzteres angenommen. Doch geschieht dies nur nach der besonderen Lage des Falles, indem dargelegt wird, es lasse sich nicht der Satz aufstellen, daß in dem Verlesen der Anträge, womit nach § 137 Abs. 1 ZPO. die mündliche Verhandlung eingeleitet werde, niemals ein Verhandeln zur Sache liegen könne; vielmehr könne auch mit dem Verlesen der Anträge eine Partei schon zur Sache verhandeln; es sei nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob in dem Verlesen der Anträge ein Verhandeln zur Sache enthalten sei oder nicht.

Mit dieser Auffassung steht im Einklange die über die Zurücknahme der Klage gemäß § 271 Abs. 1 ZPO. in der Rechtslehre herrschende Meinung: die Verlesung des Antrags auf Abweisung der Klage durch den Beklagten sei für sich allein noch nicht als mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zu erachten, weil der Abweisungsantrag auch durch die Erhebung prozeßhindernder Einreden gerechtfertigt werden könne und daher in der Stellung dieses Antrags allein noch nicht ein Verhandeln zur Streitfache selbst zum Ausdruck gelange; dagegen liege in der vorbehaltlosen Erhebung

einer Widerklage eine Einlassung auf die Streitsache, weil sie mit der Erhebung von Prozeßkrügen unvereinbar sei (vgl. Gaupp-Stein, Bem. II zu § 272 ZPO., Hofmann in Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 829, 834). Der § 515 Abs. 1 ZPO. ist, wie dem Berufungsrichter zuzugeben ist, dem § 271 Abs. 1 nachgebildet. Auch macht es keinen entscheidenden Unterschied, daß die Worte „zur Hauptsache“ im § 515 Abs. 1 fehlen. Der Grund für die Weglassung dieser Worte ist lediglich, daß das angefochtene Urteil auch allein eine Entscheidung über prozeßhindernde Einreden zum Gegenstande haben kann. Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 Abs. 1 ZPO. ist Verhandlung des Berufungsbeklagten über das mit der Berufung angefochtene erstinstanzliche Urteil. Danach mag es sein, daß in dem Verlesen des Antrags des Berufungsbeklagten auf Zurückweisung der Berufung des Gegners noch nicht der Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne der zuletzt genannten Vorschrift zu erblicken und daher auch noch nach Stellung lediglich dieses Antrags die einseitige Zurücknahme der Berufung durch den Berufungskläger zulässig ist. Wenn aber, wie hier, der Berufungsbeklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung, nachdem der Berufungskläger seinen Berufungsantrag verlesen hat, die Anschließung an die Berufung erklärt und außer dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung den Anschließungsantrag verliest, so muß einesteils nach dem vorerörterten Zusammenhange des § 515 Abs. 1 ZPO. mit der Anschließung, anderenteils, weil in der Anschließungserklärung ein Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil und somit ein Verhandeln des Berufungsbeklagten über dieses Urteil liegt, angenommen werden, daß die mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 Abs. 1 ZPO. begonnen hat und daher die Berufung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nicht mehr wirksam zurückgenommen werden kann.

Demnach ist die Ansicht des Berufungsrichters unzutreffend, daß die vom Kläger in dem Schriftsatz vom 12. November erklärte und in dem Termine vom 13. November 1913 wiederholte Zurücknahme der Berufung trotz des Widerspruchs des Beklagten wirksam gewesen sei und daß die vom Beklagten in dem Termine zur mündlichen Verhandlung am 9. Oktober 1913 erhobene Anschlußberufung dadurch gemäß § 522 Abs. 1 ZPO. ihre Wirkung verloren habe.“ ...