

an das Nachschlagewerk
für die amtliche Sammlung !

Gesetz: ZPO §§ 515 Abs 3, 521, 522; 91a, 92, 97.

Rechtssatz: Bei Zurücknahme einer an sich statthaften
und in der gesetzlichen Form und Frist
eingelegten Revision vor dem Beginn der
mündlichen Verhandlung sind dem Revisions-
kläger mit den Kosten der Revision auch
die Kosten einer zulässigen unselbstän-
digen Anschlussrevision aufzuerlegen.

Aktenzeichen: GSZ 2/51

Beschl.: v. 17. Dezember 1951

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

der Frau Margarete B., Witwe, in M. () -
S., S. strasse.

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Anschlussrevisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. () -

gegen

- 1.) die Firma K., K. Werke AG in R.,
vertreten durch den Vorstand,
- 2.) den Kraftfahrer Karl W. in R., W. strasse.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisions-
beklagte und Anschlussrevisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. () -

hat der Grosse Senat für Zivilsachen beim Bundesgerichts-
hof auf die ihm vom III. Zivilsenat zur Entscheidung
vorgelegte Frage :

"Sind bei Zurücknahme einer an sich statt-
haften und in der gesetzlichen Form und
Frist eingelegten Revision vor dem Beginn
der mündlichen Verhandlung dem Revisions-
kläger mit den Kosten der Revision auch
die Kosten einer zulässigen unselbständigen
Anschlussrevision aufzuerlegen oder treffen
diese Kosten den Anschlussrevisionskläger?"

in der Sitzung vom 17. Dezember 1951 beschlossen :

Bei Zurücknahme einer an sich statthaften und in
der gesetzlichen Form und Frist eingelegten Revision

- 2 -

vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung sind dem Revisionskläger mit den Kosten der Revision auch die Kosten einer zulässigen unselbständigen Anschlussrevision aufzuerlegen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. OBG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

1.) Die Zurücknahme der Berufung hat nach § 515 Abs 3 ZPO die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Diese für die Berufung geltende Vorschrift findet auf die Revision entsprechende Anwendung (§ 566 ZPO). Die Frage, ob dem Revisionskläger mit den Kosten der Revision auch die Kosten der Anschlussrevision aufzuerlegen sind, oder ob diese Kosten den Anschlussrevisionskläger treffen, eine Frage, welche für die Berufung und die Anschlussberufung die gleiche Bedeutung hat, ist im Gesetz nicht ausdrücklich beantwortet und auch sonst nicht ohne weiteres dem Gesetz zu entnehmen.

Das Reichsgericht hat von jeher bei Rücknahme des Rechtsmittels vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung in dem Falle der unselbständigen Anschliessung entschieden, dass der Rechtsmittelkläger die Kosten der Anschliessung zu tragen habe. Begründet ist die Stellungnahme des Reichsgerichts damit, dass die Anschliessung an das gegnerische Rechtsmittel nicht als selbständiges Rechtsmittel aufzufassen sei. Die richtige Auffassung der Anschliessung an die Berufung sei vielmehr die, dass der Berufungsbeklagte befugt sei, auch seinerseits Anträge zu stellen, welche die gleiche Bedeutung hätten wie die des Berufungsklägers, nämlich die Grenzen zu bestimmen, innerhalb welcher der Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht von neuem zu verhandeln sei; das Rechtsmittel selbst bleibe immer das einheitliche vom Berufungskläger eingelegte. Durch die Einlegung des Rechtsmittels werde ein Recht auf Anschliessung erworben. Die Kosten der Anschliessung gehörten in gleicher Weise

wie die zur Verteidigung gegen die Berufung aufgewendeten Kosten zu den durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten. Bei der Zurücknahme der Revision handele es sich um eine "willkürliche" Prozessmassnahme des Revisionsklägers, welche die Revisionsinstanz abschliesse und damit der Anschlussrevision jede Wirksamkeit und jeden Erfolg entziehe. An dieser Auffassung haben die Senate des Reichsgerichts in ständiger Rechtsprechung festgehalten (RGZ 7, 343 [345]; 95, 121 [122]; JW 1900, 649 Nr 5; WarnRspr 1914 Nr 97 u Nr 203 = JW 1914, 156 Nr 20 u 774 Nr 20; 1915 Nr 307 = JW 1915, 1437 Nr 11; 1935 Nr 189 = JW 1936, 257 Nr 13; 1936 Nr 194 = HRR 1937 Nr 197).

Dagegen lässt das Reichsgericht den Anschlusskläger die Kosten seiner unselbständigen Anschliessung dann tragen, wenn die Anschliessung selbst unzulässig war, sei es auf Grund der §§ 522 a Abs 3, 519 b ZPO, sei es, weil das Rechtsmittel des Gegners, an das sie sich anschloss, von vornherein unzulässig war, oder wenn über das Rechtsmittel und die Anschliessung sachlich entschieden und dabei die Anschliessung als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Angeschlossen hat sich dem Reichsgericht das führende Schrifttum, teilweise auch mit der selbständigen Begründung, dass den Rechtsmittelkläger, der nach der Anschliessung durch sein prozessuales Verhalten das Unzulässigwerden der Anschliessung herbeiführe, kostenrechtlich genau so die Kosten der Anschliessung treffen müssten wie umgekehrt im Falle der durch eine Handlung des Gegners herbeigeführten Rechtsmittelerledigung die Kosten des erledigten Verfahrens dem Gegner aufzuerlegen seien (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 97 Anm I 2; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 5. Aufl § 135 V 2 a und § 79 III 4 sowie Anm zu Nr 5 NJW 1950, 824;

ferner Schönke, Lehrbuch des Zivilprozessrechts 7. Aufl S 353 A 1; Seuffert-Walsmann ZPO 12. Aufl § 515 Anm 4d sowie Walsmann, Die Anschlussberufung 1928 S 164 und Anm Walsmann ZZP 55, 170; Sydow - Busch ZPO 22. Aufl § 515 Anm 4; a.A. Baumbach ZPO 20. Aufl § 515 Anm 4 B u § 521 Anm 1 A ohne nähere Begründung).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist uneinheitlich. Während sich einige dem Reichsgericht angeschlossen haben (KG JW 1925, 2362 Nr 8; OLG Celle JW 1925, 1896 Nr 6 u LZ 1926, 847 Nr 6; Braunschweig DRZ 1928 Nr 481; Stuttgart HRR 1930 Nr 447; Dresden HRR 1936 Nr 1542), stehen andere auf dem entgegengesetzten Standpunkte (OLG Celle JW 1925, 2801 Nr 1; Kiel LZ 1926, 549 Nr 1; Hamm JW 1930, 2074 Nr 29; Hamburg HRR 1931 Nr 700; Kiel JW 1931, 2586 Nr 18; Düsseldorf JW 1933, 2161 Nr 8; Karlsruhe JW 1925, 3579 Nr 66; Düsseldorf HRR 1936 Nr 1368; KG DR 1942, 43 Nr 6). Zur Begründung der gegenteiligen Auffassung, dass bei Rücknahme eines Rechtsmittels die Kosten einer Anschliessung nicht den Rechtsmittelkläger treffen könnten, sondern demjenigen zur Last fallen müssten, der sich der Berufung oder der Revision angeschlossen habe, wird namentlich auf § 97 ZPO oder auf § 92 ZPO hingewiesen, welche neben der Kostenbestimmung in § 515 Abs 3 ZPO zur Anwendung kämen. Die Anschliessung sei keine bloße Verteidigung gegenüber dem Hauptrechtsmittelkläger, sondern stelle einen eigenen Angriff dar. Sie müsse jedenfalls hinsichtlich der Kosten als Rechtsmittel angesehen werden. Bei Zurücknahme des Hauptrechtsmittels sei die Anschliessung ebenfalls erfolglos i.S. des § 97 ZPO, möge dies auch eine gesetzliche Folge sein, da es für die Kosten gleich sei, wie und aus welchen Gründen man unterliege. Wer sich der Berufung oder der Revision anschliesse, handele auf eigene Gefahr, er müsse von vornherein mit dem

Wirkungsloswerden der Anschliessung rechnen. Wenn ihn die Kosten der Anschliessung trafen, so sei dies kein unvorhergesehenes Übel. Er hätte sich ja innerhalb der Rechtsmittelfrist dem Rechtsmittel anschliessen können, um diese Folgen zu vermeiden. Dem Hauptrechtsmittelkläger hingegen könne nicht der Vorwurf gemacht werden, er handele willkürlich, wenn er das Rechtsmittel zurücknehme. Jede Partei habe die Wahl, sich unter den vom Gesetz gegebenen Rechtsbehelfen den geeignetsten auszusuchen, um den gegnerischen Anspruch zu Fall zu bringen, sie könne dies auch durch Rücknahme des Rechtsmittels tun. Besonders bedenklich sei schliesslich der Standpunkt des Reichsgerichts für den Fall, dass die Anschliessung sachlich unbegründet sei. Die sachliche Berechtigung der Anschliessung könne bei Rücknahme des Rechtsmittels nicht nachgeprüft werden. Das Ergebnis sei namentlich dann unbillig, wenn mit der Anschlussberufung neue und hohe Ansprüche erhoben würden, die in der ersten Instanz nicht geltend gemacht worden seien. Damit könne ein unzulässiger Druck auf den Berufungskläger zur Zurücknahme der Berufung ausgeübt werden. Auch die neuere Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist uneinheitlich (mit dem RG: OLG Kiel NJW 1947/48, 269 Nr 10 und mit Einschränkung OLG Schleswig 1950, 230 Nr 13. Dagegen: OLG Düsseldorf NJW 1950, 824 Nr 5 und OLG Bamberg JZ 1951, 452). Der Oberste Gerichtshof für die britische Zone hat sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen (HEZ 2, 304 Nr 156).

2.) Da weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes unmittelbar etwas dafür entnommen werden kann, ob die besondere Kostenregelung des § 515 Abs 3 ZPO bei Rücknahme des Rechtsmittels die Kosten der unselbständigen Anschliessung mit umfasst, ist auf das Wesen der Anschliessung und die Bedeutung der Rücknahme des Rechtsmittels für die

Anschliessung zurückzugehen, um so zu bestimmen, wie die Anschliessung bei Rücknahme des Rechtsmittels in die Kostenvorschriften einzuordnen ist.

a) Anstatt selbständig ein Rechtsmittel gegen das Urteil einzulegen, kann der Rechtsmittelbeklagte sich der Berufung oder der Revision anschliessen (§§ 521, 556 ZPO). Die Anschliessung gibt bei dem bestehenden Verbot einer dem Rechtsmittelkläger nachteiligen abändernden Entscheidung demjenigen, der sich der eingelegten Berufung oder Revision anschliesst, die Möglichkeit, innerhalb der eingelegten Berufung oder Revision eine Abänderung des angefochtenen Urteils auch zu seinen Gunsten herbeizuführen. Durch die Zulassung der Anschliessung wird, worauf bei der Entstehung des Gesetzes hingewiesen worden ist (Hahn, Die gesamten Materialien zur ZPO I. Abt. S 354), das Recht des Berufungsbeklagten gegenüber der Berufung, die den ganzen Rechtsstreit in die Berufung bringt, gewahrt, bei vollständiger Aufklärung der Sachlage auch für sich eine dieser entsprechende Entscheidung zu verlangen. Wenn die Anschliessung innerhalb der Rechtsmittelfrist eingelegt wird, so ist sie eine selbständige Anschliessung. Gemäss §§ 522 Abs 2, 556 Abs 2 ZPO wird sie bei Zurücknahme des Rechtsmittels oder seiner Verwerfung als unzulässig wie ein selbständiges Rechtsmittel behandelt. Im anderen Falle verliert sie als unselbständige Anschliessung ihre Wirkung, wenn das Rechtsmittel zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§§ 522 Abs 1, 556 Abs 2 ZPO). Die Anschlussberufung (und Anschlussrevision) ist nicht selbst ein Rechtsmittel, sie ist nur ein auch angriffsweise wirkender Antrag innerhalb der fremden Berufung. Sie begründet ein durch die Einlegung der Berufung erworbenes Recht des Anschlussberufungsklägers, auch von sich aus durch Anträge die Grenzen der neuen Verhandlung zu bestimmen,

wobei das Rechtsmittel selbst das einheitliche vom Berufungskläger eingelegte bleibt (RGZ 7, 345; 85, 84; 110, 233; 153, 348; WarnRspr 1914 Nr 97 und 171; Walsmann, Die Anschlussberufung 119 ff). Unbeschränkt gilt dies aber nur für die unselbständige Anschlussberufung, da ja die innerhalb der Berufungsfrist erfolgte Anschliessung bei Rücknahme der Berufung oder ihrer Verwerfung als unzulässig wie eine selbständige Berufung behandelt wird (§ 522 Abs 2 ZPO) und dann notwendigerweise auch Berufungsgrundsätzen unterstellt werden muss (Walsmann aaO 211; Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 522 Anm II; RGZ 156, 242). Die unselbständige Anschlussberufung ist und wird niemals Berufung. Die Anschliessung hat anerkanntermassen eine Beschwer nicht zur Voraussetzung ihrer Zulässigkeit, mag ihr auch im Regelfalle eine Beschwer zugrunde liegen; auch bei vollem Obsiegen ist sie bloss zu dem Zwecke der Klageerweiterung wie auch ausschliesslich zur Geltendmachung neuer Ansprüche oder zur Erhebung einer Widerklage zulässig. Ebenso wenig bedarf es der Erreichung der Rechtsmittelsumme und andererseits ist sie auch zur Anfechtung bloss der Kostenentscheidung gegeben (RGZ 156, 242; Hahn aaO; Walsmann aaO 143 ff). Selbst bei Berufungsverzicht oder Versäumung der Berufungsfrist kann sich der Berufungsbeklagte der Berufung anschliessen, wie § 521 ZPO ausdrücklich hervorhebt. Anerkannt ist auch die Zulässigkeit der Anschliessung, wenn der Anschlusskläger die von ihm eingelegte Berufung oder eine frühere Anschlussberufung zurückgenommen hat und des Rechtsmittels für verlustig erklärt ist, oder wenn seine Berufung oder eine frühere Anschlussberufung als unzulässig verworfen ist. Bei der Anschliessung innerhalb der Berufungsfrist wird die Anschliessung im Falle des § 522 ZPO als selbständige Berufung "angesehen", ohne als Rechtsmittel bezeichnet zu werden, und ebenso hat der Gesetzgeber es für nötig gehalten, ausdrücklich

auszusprechen, dass die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils durch Berufung auch auf die Anfechtung derselben durch Anschliessung Anwendung finden, worauf schon RGZ 7, 344 hingewiesen hat. Ein Ausspruch der Verlustigkeitserklärung wie bei der Zurücknahme des Rechtsmittels (§ 515 Abs 3 ZPO) findet bei der Anschliessung nicht statt.

Danach ist es nicht richtig zu sagen, die Anschlussberufung vereinige im Regelfalle alle Elemente einer echten Berufung in sich (so OLG Bamberg JZ 1951, 452). Dies ist nur dann der Fall, wenn die innerhalb der Berufungsfrist erfolgte Anschliessung ihre Wirkung als selbständige Berufung äussert (§ 522 Abs 2 ZPO).

b) Ist die unselbständige Anschliessung somit ihrem Wesen nach kein Rechtsmittel, sondern nur ein auch angriffsweise wirkender Antrag innerhalb des vom Rechtsmittelkläger eingelegten Rechtsmittels, so lässt sich, wenn die Anschliessung durch die Zurücknahme des Rechtsmittels hinfällig wird, jeden Falls weder durch unmittelbare noch durch entsprechende Anwendung der Kostenvorschriften der ZPO begründen, dass den Anschlusskläger die Kosten für seine durch eine Prozesshandlung des Rechtsmittelklägers ohne Sachentscheidung hinfällig gewordene Anschliessung träfen. Der § 515 Abs 3 ZPO ist auf den Anschliessungskläger nicht anwendbar, weil er kein Rechtsmittel zurückgenommen hat. Der § 97 Abs 1 ZPO ist nicht anwendbar, weil die Anschliessung kein Rechtsmittel ist, übrigens auch nicht im Sinn dieser Bestimmung ohne Erfolg eingelegt war, wenn sie durch die Zurücknahme des Rechtsmittels ohne die Möglichkeit einer Sachentscheidung wirkungslos wurde. Schon die Zurücknahme der Berufung untersteht kostenrechtlich nicht der Vorschrift des § 97 Abs 1, sondern der Sondervorschrift des § 515

Abs 3 ZPO. Um so weniger kann § 97 Abs 1 auf die infolge der Rücknahme der Berufung (oder Revision) wirkungslos gewordene Anschliessung Anwendung finden.- Der § 92 ZPO ist nicht anwendbar, weil durch eine im freien Ermessen des Rechtsmittelklägers stehende Prozesshandlung dem Anschlusskläger die Möglichkeit genommen wurde, eine Sachentscheidung über die Anschliessung herbeizuführen. Wenn das Reichsgericht in dem Falle, dass sowohl die Revision wie die Anschlussrevision sachlich unbegründet waren und deshalb auf Zurückweisung beider erkannt war, unter Rechtsmittel im Sinne des Kostenrechts auch die Anschlussrevision verstanden hat (RGZ 44, 374 377), so darf dies nicht verallgemeinert werden. In jenem Falle hat die Anschlussrevision nicht wie bei der Zurücknahme der Revision ihre Wirkung verloren. Die Sachlage ist dann, worauf schon RGZ 95, 121 hindeutet, eine völlig andere als bei formeller Hinfälligkeit der Anschlussrevision. Wenn kostenrechtlich der Unterliegende grundsätzlich die Kosten zu tragen hat (§§ 91, 92, 97 ZPO), so ist dabei vorausgesetzt, dass der Unterliegende in der Durchführung seiner Prozesshandlungen frei war, was bei der Rücknahme des eingelegten Rechtsmittels durch den Rechtsmittelkläger für den Anschlusskläger infolge der dadurch herbeigeführten Wirkungslosigkeit der Anschliessung eben nicht der Fall ist. Bei richtiger Betrachtung lässt sich daher aus dem Rechtsgedanken, dass die unterliegende Partei für ihren Misserfolg kostenrechtlich einzustehen hat, keine entsprechende Anwendung des § 97 oder des § 92 ZPO auf den Fall der Tragung der Kosten der unselbständigen Anschliessung bei der Zurücknahme der eingelegten Berufung oder Revision begründen. Eben- sowenig kann für diesen Fall etwas aus der Regelung der Kosten für erfolglose Angriffs- oder Verteidigungsmittel in § 96 ZPO hergeleitet werden. Nach dieser Bestimmung

können einer Partei die Kosten eines von ihr ohne Erfolg geltend gemachten einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittels auferlegt werden, und zwar auch dann, wenn sie in der Hauptsache obsiegt. Hier sollen also nach dem Ermessen des Gerichts denjenigen, der ein den Rechtsstreit unnötig verteuern des einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht hat, die Kosten dieses Mittels treffen. Die Sache liegt völlig anders als beim Hinfälligwerden der Anschliessung durch die Zurücknahme des Rechtsmittels. Hier steht nicht ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel des Anschliessenden in Frage, sondern seine gesamte ihm durch das Gesetz eröffnete prozessuale Stellung. Ausserdem entfällt hier durch das Verhalten des Rechtsmittelklägers gerade die Möglichkeit, nachzuprüfen, ob das Verhalten des Anschliessenden den Prozess unnötig verteuert hatte.

3.) Mit diesem negativen Ergebnis, dass denjenigen, dem durch die Zurücknahme des Rechtsmittels seine Anschliessung aus der Hand genommen wird, die Kosten der Anschliessung nicht auf Grund allgemeinen Kostenrechtes treffen, ist die Frage noch nicht beantwortet, ob positiv die Kostenbestimmung des § 515 Abs 3 ZPO, nach der die Zurücknahme des Rechtsmittels die Verpflichtung zur Folge hat, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen, auch die Kosten der unselbstständigen Anschlussberufung oder Anschlussrevision umfasst.

a) Es kann zweifelhaft sein, mag aber dahingestellt bleiben, ob eine derartige Rechtsfolge allein schon aus dem Umstande abgeleitet werden könnte, dass die Anschliessung ein blosses Angriffsmittel innerhalb des einheitlichen Rechtsmittels des Rechtsmittelklägers ist, oder dass die Kosten eines Rechtszuges einheitlich zu berechnen sind (§ 13 GKG).

b) Auch mit der Begründung, dass es eine willkürliche, d.h. eine schuldhaft willkürliche Prozessmassnahme des Revisionsklägers sei, welche die Revisionsinstanz abschliesse und damit der Anschlussrevision jede Wirksamkeit und jeden Erfolg entziehe, lässt es sich nicht rechtfertigen, dem Revisionskläger die Kosten der Anschlussrevision aufzuerlegen. Es gibt keinen Satz des Kostenrechts, der dies ausspräche. Eine derartige Kostenfolge aus einem an ein Verschulden des Rechtsmittelklägers anklingenden Verhalten zu entnehmen, ist dem Gesetz im allgemeinen fremd. Die Kostentragungspflicht einer Partei gegenüber dem Prozessgegner ist nicht an ein Verschulden geknüpft (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl. Vorbem II vor § 91). In diesem Sinne ist im Übrigen die einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gemeint. Sie will nur sagen, es stehe in der Macht des Rechtsmittelklägers, allein durch seinen Willensentschluss die Anschliessung wirkungslos zu machen.

c) Ebensowenig kann die blossе Erwägung durchgreifen, dass den Rechtsmittelkläger, der durch seine Rücknahme des Rechtsmittels dem Anschlusskläger die Weiterverfolgung der Anschliessung aus der Hand nehme, die ganze Kostenlast, auch die Kosten der Anschliessung, treffen müsse genau so wie den Berufungsbeklagten, der nach Einlegung der Berufung den Berufungskläger beschwerdelos stellt, worauf dieser die Berufung für erledigt erklärt. Selbst wenn man einen derartigen allgemeinen für die Erledigung der Hauptsache geltenden Satz als berechtigt anerkennen wollte (Stein-Jonas-Schönke und Rosenberg aaO), so liesse sich der darin steckende Rechtsgedanke nicht auf das Unwirksamwerden der Anschliessung bei Rücknahme des eingelegten Rechtsmittels übertragen. Der § 91 a ZPO trifft einen völlig anderen Fall. Die Hauptsache ist

erledigt, wenn nach übereinstimmender Erklärung der Parteien ein Ereignis die im Prozess befangenen Ansprüche gegenstandslos gemacht hat, ohne dass bis dahin eine rechtskräftige Entscheidung ergangen wäre. Hier entscheidet das Gericht nach § 91 a ZPO nach billigem Ermessen über die Kosten, wobei auch der mutmassliche sachliche Ausgang des Rechtsstreites eine Rolle spielt und zu beurteilen ist. Dagegen führt die Zurücknahme der Berufung oder Revision gerade zur Rechtskraft der Vorentscheidung. Deswegen und weil hier durch einen einseitigen formalen Akt des Rechtsmittelklägers eine sachliche Entscheidung über die Anschliessung unmöglich gemacht wird und eine Abschätzung ihres mutmasslichen Erfolges sich mit der Rechtskraft der Vorentscheidung nicht vereinigen liesse, ist der Rechtsgedanke des § 91 a ZPO hier nicht anwendbar. Man bewegt sich hier rein im Raume formaler Prozesshandlungen, die durch im Belieben des Rechtsmittelklägers stehende formale Akte eingeleitet, ermöglicht und ohne Sachentscheidung wieder hinfällig gemacht wurden. Hier wäre es unmöglich, übrigens auch im höchsten Mass unökonomisch, die Kostenverteilung nach dem mutmasslichen sachlichen Erfolg des Rechtsmittels und der Anschliessung vorzunehmen.

d) Gleichwohl ist es doch richtig, die Kosten einer zulässigen unselbständigen Anschlussrevision bei Zurücknahme einer an sich statthaften und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegten Revision vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung dem Revisionskläger zusammen mit den Kosten der Revision aufzuerlegen. Das mag sich nicht unmittelbar aus dem nicht ganz eindeutigen Wortlaut des § 515 Abs 3 ZPO entnehmen lassen. Wohl aber sind die Kosten der unselbständigen Anschliessung den durch die Zurücknahme des Rechtsmittels entstandenen Kosten deswegen notwendig zugeordnet, weil die unselb-

ständige Anschliessung in ihrem prozessualen Schicksal von dem prozessualen Schicksal des Rechtsmittels völlig abhängig ist und der Rechtsmittelkläger durch die in seinem alleinigen freien Belieben stehende prozessuale Verfügung über sein Rechtsmittel zugleich frei über das prozessuale Schicksal der Anschliessung bestimmt. Der Anschlussberufungskläger ist nicht frei im Angriff wie bei der selbständigen Berufung. Die Einlegung der Berufung gab ihm erst die Möglichkeit, sich der Berufung anzuschliessen. Bei der unselbständigen Anschlussberufung entfällt im Gegensatz zu der selbständigen Anschlussberufung im Falle der Zurücknahme oder der Verwerfung der Berufung als unzulässig für den Anschlussberufungskläger die Möglichkeit der Weiterverfolgung der Anschlussberufung vollkommen. Mag der Anschlussberufungskläger auch seine Beschwer beseitigen oder selbst einen neuen Anspruch mit der Anschliessung durchsetzen wollen, so wird er doch an der Durchführung dieses seines Willens durch die freie Entschliessung des Berufungsklägers gehindert. Jetzt zeigt sich, dass die Mehrkosten, die deshalb erwachsen sind, weil der Berufungsbeklagte sich der Berufung angeschlossen hat, im weiteren Sinne durch das Rechtsmittel entstandene Kosten sind. Sie sind es, weil die Anschliessung mit dem in der Hand des Rechtsmittelklägers liegenden Schicksal des Rechtsmittels verbunden ist, ohne dass eine Sachentscheidung ergeht, und weil daher für die im unlöslichen Zusammenhang mit dem Rechtsmittel stehenden Kosten der Anschliessung nichts anderes gelten kann als für die Kosten des Rechtsmittels selbst.

Demgegenüber kann nicht eingewendet werden, die prozessuale Grundlage der Anschlussberufung sei zwar die Berufung, nach eingelegter Berufung beruhe aber die Anschliessung auf der Willensentschliessung des Anschlussberufungsklägers, er habe von vornherein die

Abhängigkeit gekannt und müsse die Folgen der späteren Wirkungslosigkeit seiner Anschliessung tragen. Wenn er diese Folgen vermeiden wolle, müsse er sich innerhalb der Berufungsfrist der erhobenen Berufung anschliessen. Dazu ist zu bemerken, dass demjenigen, der von dem gesetzlichen Recht der ein Rechtsmittel nicht darstellenden Anschliessung Gebrauch macht, dies im Falle der Rücknahme der Berufung nicht über die gesetzlich angeordneten Folgen hinaus von Nachteil sein kann. Zu diesen Folgen gehört nicht die Kostenlast der wirkungslos gewordenen Anschliessung, da sich dies aus dem Gesetz in keiner Weise ergibt. Wenn auch ohne Anschliessung keine Anschliessungskosten entstehen können, so stehen sie doch in der oben bezeichneten Weise mit der allein vom freien Willen des Rechtsmittelklägers abhängigen Zurücknahme des Rechtsmittels in Verbindung. Dieser allein entscheidet bei der unselbständigen Anschliessung über die Durchführung des ganzen Verfahrens, so dass in Wirklichkeit auch die Kosten der Anschliessung im weiteren Sinne durch sein Rechtsmittel entstanden sind. Dem Anschlussberufungskläger kann auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er sich nicht innerhalb der Berufungsfrist der erhobenen Berufung angeschlossen hat, und es kann nicht gesagt werden, dass der Wirkungsverlust der Anschliessung so mehr in einer willkürlichen Prozesshandlung des Anschlussberufungsklägers anstatt einer solchen des Berufungsklägers begründet sei. Da es sich um gesetzlich festgelegte Rechte und Rechtsfolgen handelt, kann weder auf Seiten der einen noch der anderen Partei allgemein von Willkürhandlungen gesprochen werden, die ihnen zum Vorwurf gereichen können. Eine selbständige Anschliessung lässt sich zudem gegen den Willen des seine Berufung zurücknehmenden Berufungsklägers dann nicht durchführen, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung nicht gegeben sind.

e) Eine Einschränkung bei dieser Auferlegung der Kosten der unselbständigen Anschliessung ergibt sich im Falle der formalen Unzulässigkeit der Anschliessung. Der in § 522a Abs 3 ZPO ausdrücklich in Bezug genomene § 519b ZPO sieht somit auch die Verwerfung der Anschlussberufung als unzulässig mit der daraus sich für den Anschlussberufungskläger ergebenden Kostenlast vor. Nicht anders kann es bei der Zurücknahme der Anschlussberufung sein, wenn hier auch keine unmittelbare, so doch eine entsprechende Anwendung des § 515 Abs 3 ZPO wegen der zwecklosen Herbeiführung der Kosten der freiwillig vom Anschlussberufungskläger aufgegebenen Anschlussberufung in Frage kommt (Walsmann aaO 166). Berechtigterweise hat auch das Reichsgericht in dem Sonderfalle einer Verwerfung des Rechtsmittels selbst wegen anfänglicher Unzulässigkeit desselben die Kosten der Anschliessung dem Anschliessungskläger auferlegt (RGZ 95, 121; WarnRspr 1914 Nr 171; 1915 Nr 307 = JW 1915, 1437 Nr 11; 1935 Nr 189 = JW 1936, 257 Nr 13). Wenn die Gegner der grundsätzlichen Stellungnahme des Reichsgerichts darauf hinweisen, dass dann folgerichtig auch bei Verwerfung wegen nachträglicher Unzulässigkeit des nicht oder nicht ordnungsmässig begründeten Rechtsmittels sowie in dem vorliegenden Falle der Zurücknahme des Rechtsmittels den Anschliessungskläger die Kosten der Anschliessung treffen müssten, weil in allen diesen Fällen die Anschliessung in gleicher Weise ohne Zutun des Anschliessungsklägers hinfällig werde, so ist dies nicht stichhaltig. Diese Fälle sind in Wirklichkeit nicht gleich. Bereits das Reichsgericht hat darauf hingewiesen (RGZ 95, 121), dass bei Unzulässigkeit der Revision schon von vornherein, z.B. wegen mangelnder Revisionssumme, auch die nach Ablauf der Revisionsfrist eingelegte Anschlussrevision schon von

vornherein unzulässig gewesen sei, dass sie bei genauem Betracht nicht erst gemäss §§ 521 Abs 1, 556 Abs 2 ZPO wirkungslos geworden sei, weshalb der Anschlussrevisionskläger einen entsprechenden Teil der Revisionskosten selbst zu tragen habe. Daraus ergibt sich, dass dann im Sinne der angeführten Bestimmungen die Anschliessung nicht als abhängig von der eingelegten Revision anzusehen ist, was in einem solchen Falle die Belastung des Anschlussrevisionsklägers mit den Kosten der Anschliessung rechtfertigt.

Dass bei sachlich erfolgloser Anschliessung die Lage ebenfalls eine andere ist und aus der Kostenpflicht des Anschlussberufungsklägers nichts gegen die Belastung des Rechtsmittelklägers mit den Kosten der unselbständigen Anschliessung im Falle der Zurücknahme des Rechtsmittels entnommen werden kann, bedarf keiner Hervorhebung. Bei Durchführung der Berufung und der dabei erfolgenden sachlichen Prüfung und Entscheidung auch der Anschlussberufung liegt auch bezüglich dieser innerhalb des Berufungsverfahrens ein Verfahren vor, welches kostenrechtlich die entsprechende Anwendung des § 97 bzw. 92 ZPO für die vom Anschlussberufungskläger erfolglos verursachte Kosten der Anschliessung rechtfertigt (vgl. Walsmann aaO 163).

Dieselben Kostenbestimmungen müssen entsprechend angewandt werden, wenn der Anschlussberufungskläger in die Zurücknahme der Berufung eingewilligt hat und diese seine Einwilligung zur Wirksamkeit der Zurücknahme notwendig war, was auch bei einer den Kostenpunkt nicht regelnden vergleichweisen Rücknahme vorkommen kann, und so selbst mitwirkt, seine unselbständige Anschlussberufung zu Fall zu bringen. Auch hier fehlt es an einer Abhängigkeit der Anschliessung von dem eingelegten Rechtsmittel, weil bei der im notwendigen Ein-

verständnis bewirkten Rücknahme der Rechtsmittelkläger dem Anschlussberufungskläger nicht durch seine freie Entschliessung die Möglichkeit der Durchführung des Verfahrens nimmt, so dass der Grundgedanke für die Anwendung des § 515 Abs 3 ZPO hinsichtlich der Kosten der Anschliessung versagt. Die Frage, wie es sich verhält, wenn der Anschliessende in die Zurücknahme des Rechtsmittels willigt, ohne dass dies für die Wirksamkeit der Einwilligung notwendig ist, wird dadurch nicht berührt.

Dagegen muss auch dann, wenn mit der Anschlussberufung ein neuer bisher mit der Klage nicht geltend gemachter Anspruch erhoben wird, die Kostenentscheidung dieselbe sein wie sonst bei der Zurücknahme einer von vornherein zulässigen Berufung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten, der sich der erhobenen Berufung unselbständig angeschlossen hat. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Berufungsbeklagte nicht durch die Berufung des Gegners, sondern durch seine eigene Prozessführung zu der Geltendmachung des neuen Anspruches erst im Wege der Anschlussberufung veranlasst worden ist, und ob er ein selbständiges, vom Bestand des angefochtenen Urteils unabhängiges Interesse an der Durchführung der Anschlussberufung gehabt hat, wie das Oberlandesgericht Schleswig meint (NJW 1950, 230 Nr 13). Entscheidend muss immer der Umstand bleiben, ob die Anschliessung derart von dem Rechtsmittel abhängig ist, dass der Rechtsmittelkläger sie durch die freie Verfügung über sein eigenes Rechtsmittel hinfällig machen kann. Auch in diesem Falle wird durch die Willensentschliessung des Berufungsklägers die Durchführung des einheitlichen Berufungsverfahrens, das auch hier nicht in zwei verschiedene Prozessführungen der Berufung und der Anschlussberufung zerfällt, verhindert. Darum bleibt die Abhängigkeit der undurchführbar gewordenen Anschlussberufung von der zurückgenommenen Berufung bestehen. Umgekehrt bestünde bei Durchführung der Berufung und obsiegendem Urteil des

Anschlussberufungsklägers wegen seines neuen Anspruchs auf Grund neuen Vorbringens kein Hindernis, diesem in entsprechender Anwendung des § 97 Abs 2 ZPO die Kosten der Anschliessung ganz oder teilweise aufzuerlegen.

f) Die ins Feld geführten Bedenken, es sei unbillig, dem Rechtsmittelkläger alle Kosten aufzuerlegen, selbst wenn die Anschliessung sachlich unbegründet sei oder wenn trotz ihrer Aussichtslosigkeit die mit ihr verfolgten Ansprüche so hoch gestellt würden, um einen Druck auf den Rechtsmittelkläger auszuüben, dass dieser das Rechtsmittel zurücknehme, um nicht auch die hohen Kosten der Anschliessung tragen zu müssen, können bei richtiger Beurteilung der Verhältnisse nicht durchgreifen. Bei der Zurücknahme des Rechtsmittels ist allein die Tatsache der Zurücknahme für die Kostenpflicht entscheidend. Eine sachliche Prüfung der Begründetheit des Rechtsmittels kann nicht erfolgen. Ebenso wenig ist die Möglichkeit einer solchen Sachprüfung bei der durch die Zurücknahme des Rechtsmittels wirkungslos gewordenen Anschliessung gegeben. Diese Folgen können auch dem Rechtsmittelkläger gegenüber, der häufig erst durch die Einlegung des Rechtsmittels dem Gegner Veranlassung geben mag, sich bei dem Urteil nicht zu beruhigen und sich dem Rechtsmittel anzuschliessen, nicht als unbillig bezeichnet werden, weil es ja stets von seiner Entschliessung abhängt, ob sie eintreten. Die Gründe, welche den Rechtsmittelkläger zur Zurücknahme des Rechtsmittels veranlassen, sind für die Kostenentscheidung ohne Bedeutung. Im übrigen wird der Anschliessungskläger es sich wohl überlegen müssen, ob er das Wagnis einer aussichtslosen Anschliessung übernehmen will, da er ja von vornherein nicht wissen kann, wie der Rechtsmittelkläger sich entschliessen wird.

4.) Danach ist im Ergebnis der Rechtsprechung des

Reichsgerichts beizutreten. Die Kosten der zulässigen unselbständigen Anschliessung können bei der ohne Einwilligung des Gegners vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgten Zurücknahme des von vornherein zulässigen Rechtsmittels nicht selbständig behandelt werden. Sie können vielmehr nur den Kosten der Berufung bzw. der Revision als Mehrkosten zugeordnet werden. So schliesst sich eine bloß vermeintliche Lücke in der gesetzlichen Regelung der Kostentragung. Die Kosten der Anschliessung gehören in diesen Falle zu den durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten. Inhaltlich ist an der die Kostentragungspflicht regelnden Bestimmung des § 515 Abs 3 ZPO durch den Gesetzgeber nie etwas geändert worden. Wenn auch später durch die Einfügung des § 522a die Vorschriften über die Einlegung der Anschlussberufung geändert worden sind, die Anschliessung danach durch Einreichung der Berufungsanschlusschrift bei dem Berufungsgericht erfolgt, die Anschlussberufung auch begründet werden muss, und so formell eine Annäherung an die Berufung vollzogen ist, so hat doch die Anschlussberufung bei den unverändert gebliebenen Bestimmungen der §§ 521 und 522 ZPO ihrem Wesen nach keine Veränderung erfahren (Walsmann aaO 176, 183). Unbegründet ist deshalb auch, wenn die Gegner der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf das Alter der den Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung bildenden Entscheidung RGZ 7, 343, die sich mit dem Fall der Kosten der Vorbereitung einer erst beabsichtigten und nach damaligem Recht in der mündlichen Verhandlung zu erklärenden Anschlussberufung befasst, hinweisen. Wenn bei der Entstehung der heute in § 515 Abs 1 ZPO enthaltenen Bestimmung, dass die Zurücknahme der Berufung ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig ist, betont worden ist, dass

diese ausgesprochene Beschränkung der Rücknahme mit dem dem Berufungsbeklagten eingeräumten Recht der Anschlussberufung in Wechselbeziehung stehe, um das Anschliessungsrecht nicht zu entwerten (Hahn aaO 710), so ergibt sich daraus bei der inhaltlich unverändert gebliebenen Kostenregelung des § 515 Abs 3 ZPO für die Beurteilung der Frage der Kosten der unselbständigen Anschliessung nichts. Ob die Beschränkung der Rücknahme heute richtiger an die Einreichung der Anschlussberufungsschrift anstatt an den Beginn der mündlichen Verhandlung zu knüpfen wäre, ist hier ebenso bedeutungslos und nicht zu erörtern.

Weinkauff Dr. Canter Dr. Pritsch Dr. Riese Lindenmaier

Dr. Lersch

Wilde

Meiß

Dr. Fischer