

38

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 335 Abs. 1, 515 Abs 1

Ist der Berufungskläger im Verhandlungstermin säumig, stellt die Verlesung des Antrags auf Zurückweisung der Berufung kein Verhandeln i.S. von § 515 Abs. 1 ZPO dar, wenn dem Erlaß eines Versäumnisurteils nach diesem Antrag § 335 Abs. 1 ZPO entgegensteht (Bestätigung von BGH, Urteil vom 28. April 1980 - VII ZR 27/80 - NJW 1980, 2313).

BGH, Urteil vom 3. Juni 1987 - IVb ZR 68/86 - OLG Schleswig
AG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF

38

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 68/86

URTEIL

Verkündet am:
3. Juni 1987
Ernst,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Macke und Dr. Zysk

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 2. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 16. Juni 1986 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß das Urteil folgende Fassung erhält:

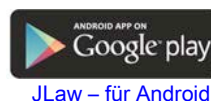
Die Anschlußberufung der Kläger gegen das Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Lübeck vom 21. September 1983 wird als unzulässig verworfen.

Von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens tragen der Beklagte 28 %, der Kläger zu 1) 31 % und der Kläger zu 2) 41 %. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 1) zu 12 % und des Klägers zu 2) zu 16 %. Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten werden dem Kläger zu 1) 31 % und dem Kläger zu 2) 41 % auferlegt.

WIV



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



Von den im Revisionsverfahren entstandenen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Beklagten tragen der Kläger zu 1) 43 %, der Kläger zu 2) 57 %.

Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger, minderjährige Kinder aus der im Jahre 1976 geschiedenen Ehe des Beklagten, haben gegen diesen Abänderungsklage auf Erhöhung des Unterhalts erhoben, der ihnen durch ein im Jahre 1980 ergangenes Urteil zugesprochen worden ist. Das Amtsgericht - Familiengericht - hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und mit Wirkung ab 1. März 1983 den Unterhalt für den Kläger zu 1) auf monatlich 259,50 DM und denjenigen für den Kläger zu 2) auf monatlich 213,50 DM angehoben.

Der Beklagte hat hiergegen Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Abänderungsklage abzuweisen. Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 27. Dezember 1985 den Antrag angekündigt, die Berufung zurückzuweisen. Im ersten Termin vor dem Oberlandesgericht ist die Sache nach einer Formalienprüfung ohne Antragstellung der Parteien auf den 31. Januar 1986 vertagt worden, weil der persönlich geladene Beklagte nicht erschienen war.



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



- 4 -

Mit Schriftsatz vom 27. Januar 1986, dem Beklagten zugestellt am folgenden Tage, haben sich die Kläger der Berufung angeschlossen und den Antrag angekündigt,

das angefochtene Urteil zu ändern und den Beklagten in Abänderung des Urteils des Amtsgerichts Lübeck vom 17.12.1980 (56 F 68/80 AG Lübeck) zu verurteilen, folgende Unterhaltsbeträge zu zahlen:

- a. an den Kläger zu 1) für Juni 1983 208,50 DM, für die Zeit 1.7.1983 bis 30.6.1984 203,50 DM monatlich, für die Zeit 1.7.1984 bis 31.12.1985 monatlich 315,50 DM, seit dem 1.1.1986 monatlich 401,50 DM,
- b. an den Kläger zu 2) für Juni 1983 162,50 DM, für die Zeit 1.7.1983 bis 30.6.1984 monatlich 157,50 DM, für die Zeit 1.7.1984 bis 31.12.1985 monatlich 269,50 DM und für die Zeit ab 1.1.1986 monatlich 401,50 DM,
- c. an die Gemeinde Ratekau (Sozialamt) für Juni 1983 insgesamt 102,-- DM und für die Zeit 1.7.1983 bis 30.6.1984 monatlich insgesamt 112,-- DM.

Im Termin vom 31. Januar 1986 hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten erklärt, keine Anträge stellen zu wollen. Der Prozeßvertreter der Kläger hat den Antrag aus dem Schriftsatz vom 27. Dezember 1985 auf Zurückweisung der Berufung gestellt und insoweit den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt. Das Oberlandesgericht hat das beantragte Versäumnisurteil nicht erlassen und die Verhandlung vertagt, weil "für den neugefaßten Antrag vom 27. Januar 1986 die Ladungsfrist nicht eingehalten" sei.

Mit einem am 3. Februar 1986 eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tage hat der Beklagte die Berufung zurückgenommen. Die Kläger haben hierzu die Einwilligung verweigert und im Termin vom 14. April 1986 die Anträge aus ihrem



38

Schriftsatz vom 27. Januar 1986 weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil erkannt: "Die Anschließung ist wirkungslos"; die Kosten des Berufungsverfahrens hat es dem Beklagten auferlegt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie dessen Aufhebung und eine Entscheidung nach den Anträgen des Schriftsatzes vom 27. Januar 1986 erstreben.

Entscheidungsgründe

1. Die Revision ist statthaft. Auch gegen die Verwerfung einer Anschlußberufung in einer Unterhaltssache ist nach § 621d Abs. 2 ZPO die zulassungsfreie Revision eröffnet (vgl. Senatsurteil vom 28. März 1984 - IVb ZR 58/82 - FamRZ 1984, 680). Zwar hat das Oberlandesgericht hier tenoriert, daß "die Anschließung wirkungslos" sei. Nach dem Senatsbeschuß vom 25. März 1981 (IVb ZB 824/80 - FamRZ 1981, 657, 658) ist kein Rechtsmittel gegeben, wenn eine unselbständige Anschlußberufung durch Zurücknahme der Hauptberufung gemäß § 522 Abs. 1 ZPO ihre Wirkung verliert und das Gericht lediglich diese kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge ausspricht. Die Kläger haben aber in dem eigens von ihnen nach der Rücknahme der Berufung beantragten Termin vom 14. April 1986 auf einer Entscheidung über ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 27. Januar 1986 bestanden. Dadurch haben sie die Anschlußberufung trotz der Zurücknahme der Hauptberufung weiterverfolgt. Richtigerweise hätte das Oberlandesgericht



- 6 -

daher von seinem Standpunkt aus die Anschlußberufung als unzulässig verwerfen müssen (vgl. Senatsurteil vom 6. Mai 1987 - IVb ZR 51/86 - zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Wie eine Auslegung anhand der Entscheidungsgründe ergibt, kommt das angefochtene Urteil aber einer solchen Entscheidung gleich, so daß seine Anfechtbarkeit nach § 621d Abs. 2 ZPO zu beurteilen ist.

2. Die Revision vertritt die Ansicht, daß der Beklagte seine Berufung nur mit Einwilligung der Kläger hätte zurücknehmen können, weil diese im Termin vom 31. Januar 1986 bereits mündlich verhandelt hätten (§ 515 Abs. 1 ZPO). Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Der Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten, der nach § 515 Abs. 1 ZPO das Einwilligungserfordernis nach sich zieht, wird regelmäßig in der Verlesung des Antrags auf Zurückweisung der Berufung zu sehen sein (§§ 137 Abs. 1, 297 ZPO), sofern damit eine mindestens stillschweigende Bezugnahme auf in Schriftsätzen enthaltenen Sachvortrag verbunden ist (§ 137 Abs. 3 ZPO), der ergibt, daß die Berufung als unbegründet und nicht als unzulässig angesehen wird (vgl. dazu Stein/Jonas/Leipold/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 137 Rdn. 4 und § 515 Rdn. 3; Wiezorek/Rössler ZPO 2. Aufl. § 515 Anm. B IV; Baumbach/Lauterbach/Albers ZPO 45. Aufl. § 515 Anm. 2 Ab). Im vorliegenden Fall ist jedoch von Bedeutung, daß der Beklagte im Termin vom 31. Januar 1986 gem. §§ 523, 333 ZPO als säumig anzusehen war. Für den Fall der Säumnis des Berufungsklägers gelten nach der Rechtsprechung besondere Grundsätze. Einerseits ist anerkannt, daß in diesem Fall die einseitige Verhandlung des



Berufungsbeklagten für die Anwendbarkeit von § 515 Abs. 1 ZPO genügt, andererseits aber auch, daß nach Einspruch gegen ein auf Zurückweisung der Berufung lautendes Versäumnisurteil (§ 542 Abs. 1 ZPO) die Wirkung des Verhandelns aufgrund von § 342 ZPO wieder beseitigt wird und die Berufung ohne Zustimmung des Berufungsbeklagten zurückgenommen werden kann (vgl. etwa RGZ 167, 292, 295 f; BGHZ 4, 328, 339 f; jetzt h.M.). Soweit der Berufungsbeklagte die Zurückweisung der Berufung beantragt hat, ohne daß es zu einem Versäumnisurteil nach diesem Antrag gekommen ist, weil einem solchen etwa § 335 Abs. 1 ZPO entgegengestanden hätte, ist nach RGZ 103, 124, 126 ein Verhandeln i.S. von § 515 Abs. 1 ZPO zu verneinen, weil der Berufungsbeklagte außerstande gewesen sei, gegen den säumigen Berufungskläger ordnungsgemäß zu verhandeln, bzw. durch sein Verhalten gezeigt habe, daß er seine Anträge im anstehenden Termin nicht verfolgen wolle. Der Bundesgerichtshof hat sich dem bereits angeschlossen und ausgesprochen, daß dann, wenn dem Erlaß eines die Berufung zurückweisenden Versäumnisurteils § 335 Abs. 1 ZPO entgegensteht, die Verlesung der Anträge durch den Berufungsbeklagten prozeßrechtlich bedeutungslos ist und nicht zur Anwendbarkeit des § 515 Abs. 1 ZPO führt, insbesondere auch dann, wenn der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zwar gestellt, aber vom Prozeßgericht zu Recht abgelehnt worden ist (vgl. Urteil vom 28. April 1980 - VII ZR 27/80 - NJW 1980, 2313, 2314; zustimmend Baumbach/Lauterbach/Albers aaO § 515 Anm. 2 A a sowie AK-ZPO/Ankermann § 515 Rdn. 10; kritisch Münzberg ZP 94, 330 ff). Daran ist festzuhalten. Im Normalfall gewährt § 515 Abs. 1 ZPO eine gewisse Überlegungsfrist insoweit, als der Berufungskläger sich nicht



vor der Prüfung der Zulässigkeit der Berufung (vgl. Münzberg aaO S. 334) und vor der eigenen Antragstellung zu entscheiden braucht, ob er das Rechtsmittel zurücknehmen will. Ist er säumig und kommt es zu einem Versäumnisurteil gegen ihn, so gewährleistet § 342 ZPO, daß ihm insoweit keine Rechtsnachteile erwachsen. Kommt es hingegen zu keinem Versäumnisurteil, weil der erschienene Berufungsbeklagte ein solches nicht erwirken kann, etwa weil er selbst die Verhandlung nicht hinreichend vorbereitet hat (§ 335 Abs. 1 Nr. 3 ZPO), oder ein solches nicht erwirken will, so läge eine Verkürzung der Rechte des Berufungsklägers nicht im Sinne der gesetzlichen Regelung. Die Antragsverlesung durch den Berufungsbeklagten ist in diesen Fällen nicht geeignet, das Verfahren in irgendeiner Weise zu fördern, so daß es auch nicht sachgerecht wäre, dem Berufungskläger deswegen eine Überlegungsfrist ganz zu nehmen.

b) Im vorliegenden Fall haben die Kläger den Schriftsatz vom 27. Januar 1986 so kurzfristig vor dem Termin vom 31. Januar 1986 eingereicht, daß einem Versäumnisurteil nach den darin enthaltenen Anträgen, insbesondere zur Anschlußberufung, § 335 Abs. 1 Nr. 3 ZPO entgegengestanden hätte. Ihr Prozeßbevollmächtigter hat deswegen nur den Antrag auf Zurückweisung der Berufung aus dem - rechtzeitig mitgeteilten - Schriftsatz vom 27. Dezember 1985 gestellt und insoweit - allerdings ohne Erfolg - den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt. Darin kann ein prozeßrechtlich relevantes Verhandeln i.S. von § 515 Abs. 1 ZPO nach dem Vorangegangenen deswegen nicht gesehen werden, weil das beantragte Versäumnisurteil aufgrund von § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht ergehen durfte. Der Schriftsatz vom 27. Januar 1986 enthielt



nämlich neben einer Anschlußberufung (auf Erhöhung des erstinstanzlich ausgeurteilten Unterhalts) eine Einschränkung der eigenen Abänderungsklage insoweit, als ein Teil des bereits in erster Instanz zuerkannten Unterhalts (für beide Kläger je 51 DM für Juni 1983 und je 56 DM für Juli 1983 bis Juni 1984) nicht mehr an die Kläger selbst, sondern an das Sozialamt der Gemeinde R. geleistet werden sollte (Antrag c). Wenn eine Klage von der Direktleistung an den Kläger auf Leistung an einen Dritten umgestellt wird, bedeutet dies eine Klagebeschränkung i. S. von § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. RGZ 158, 302, 314), die mit der Zustellung des entsprechenden Schriftsatzes an den Beklagten wirksam wird; gleichzeitig endet die Rechtshängigkeit der Klage auf Direktleistung an den Kläger (vgl. Stein/Jonas/Schumann aaO § 264 Rdn. 37). Da es sich bei der Rechtshängigkeit um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstand i.S. von § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO handelt, stand im Termin vom 31. Januar 1986 einem Versäumnisurteil auf Zurückweisung der Berufung entgegen, daß dem Ersturteil seit der Zustellung des Schriftsatzes vom 27. Januar 1986 an den Beklagten teilweise nicht mehr eine rechtshängige Klage zugrunde lag. Dem Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils konnte auch nicht im übrigen stattgegeben werden. Das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Kläger (§ 330 ZPO) oder Berufungskläger (§ 542 Abs. 1 ZPO) ergeht ohne Schlüssigkeitsprüfung allein aufgrund der Säumnis (vgl. etwa BGHZ 35, 338, 341) und kann daher nur auf Abweisung der Klage oder Zurückweisung der Berufung schlechthin lauten; insoweit gilt nicht § 331 Abs. 2 ZPO, der den Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den nicht erschienenen Beklagten rechtfertigt (vgl. dazu Zöller/Vollkommer ZPO 15. Aufl. § 301 Rdn. 10).



3. Nach allem ist die Berufung des Beklagten mit dem Eingang des Schriftsatzes vom 3. Februar 1986 beim Oberlandesgericht (§ 515 Abs. 2 ZPO) ohne Einwilligung der Kläger wirksam zurückgenommen worden. Dadurch hat die durch Schriftsatz vom 27. Januar 1986 erhobene Anschlußberufung gemäß § 522 Abs. 1 ZPO ihre Wirkung verloren. Da diese aber durch die Antragstellung im Termin vom 14. April 1986 ausdrücklich weiterverfolgt worden ist mit dem Begehren, darüber eine - sonst nicht erforderliche - Entscheidung zu treffen, war sie - wie oben zu 1) bereits dargelegt - als unzulässig zu verwerfen, nicht anders, als wenn sie in diesem Termin neu erhoben worden wäre. Das angefochtene Urteil war daher im Entscheidungssatz dahin neu zu fassen, daß die Anschlußberufung der Kläger als unzulässig verworfen wird.

In einem solchen Fall treffen den Anschlußberufungskläger auch die Kosten der Anschlußberufung, so daß das Oberlandesgericht zu Unrecht die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten auferlegt hat (vgl. Senatsurteil vom 6. Mai 1987 aaO). Das Verbot der Schlechterstellung des Rechtsmittelführers steht einer nachteiligen Änderung im Kostenpunkt nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom



24. November 1980 - VIII ZR 208/79 - WM 1981, 46, 48; RG JW 1913, 696), so daß der Senat von Amts wegen (§ 308 Abs. 2 ZPO) die Kosten des Berufungsverfahrens nach dem Verhältnis von Berufung und Anschlußberufung auf den Beklagten und die Kläger aufzuteilen hatte.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Macke

Zysk



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)