

Nachschlagwerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 304, 522

Zur Frage, ob eine Sachentscheidung zur Anschlußberufung ergehen kann, wenn die Parteien den mit einer zulässigen Berufung weiterverfolgten Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ohne daß hierin eine Zurücknahme der Berufung oder ein Verzicht auf sie liegt.

BGH, Urteil v. 30. Oktober 1963 - VIII ZR 81/62 - OLG Frankfurt
(Senat Kassol)
- LG Fulda

VIII ZR 81/62
Verkündet

am 30. Oktober 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Justizwachtmeisters Holmut V [REDACTED] in F [REDACTED], Lö [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Jakob G [REDACTED] in Me [REDACTED] bei Bad H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 6. März 1962 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

- 2 -

Tatbestand

Der Beklagte war zusammen mit seiner Ehefrau Hildegard V■■■■, von der er seit Sommer 1958 rechtskräftig geschieden und die inzwischen wiederverheiratet ist, auf Grund schriftlichen Pachtvertrages vom 1. Oktober 1956 Pächter des "Café M■■■■" in F■■■■. In dem Lokal befand sich bei Geschäftsübernahme ein dem Kläger gehörender Musikautomat. Über diesen Automaten wurde am 2. Oktober 1956 ein schriftlicher "Aufstellungsvertrag" abgeschlossen, in dessen Eingangsworten der Beklagte und seine Ehefrau als Vertragspartner angegeben sind, der jedoch außer vom Kläger nur von der Ehefrau des Beklagten unterschrieben worden ist. Der Vertrag enthält im wesentlichen gedruckte Bedingungen, nach denen eine Vertragsdauer von zwei Jahren vorgesehen ist. Das Wort "zwei" ist jedoch durchstrichen und handschriftlich durch die Zahl 6 ersetzt. Unter "Besondere Vertragsvereinbarungen" befindet sich u.a. der handschriftliche Zusatz: "... der Vertrag wird auf 6 Jahre abgeschlossen ..." Gleichzeitig erhielten der Beklagte und seine Ehefrau vom Kläger ein zinsloses Darlehen in Höhe von 2 500 DM. Der vom 2. Oktober 1956 datierte handschriftliche Vertrag über dieses inzwischen zurückbezahlte Darlehen weist als Darlehensnehmer ebenfalls die Eheleute V■■■■ aus, ist aber gleichfalls außer vom Kläger nur von der Ehefrau V■■■■ unterschrieben. Am 9. Oktober 1958 schlossen die Eheleute V■■■■ einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag. Danach schied Frau V■■■■ mit Wirkung vom 1. Oktober 1958 "aus ... dem gemeinsam betriebenen Geschäft" aus. Der Beklagte führte es allein fort (§ 1). In § 2 ist bestimmt:

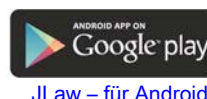
"Herr ... V■■■■ (Beklagter) übernimmt seiner Frau gegenüber die Verpflichtung, sie von allen Verbindlichkeiten, die aus dem vorgenannten Geschäftsbetrieb erwachsen sein sollten, mit sofortiger Wirkung zu befreien."

Tatsächlich war die Ehefrau V■■■■ schon vorher aus dem Betrieb ausgeschieden. Die Schankerlaubnis für das Café M■■■■

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

■ wurde der Mutter des Beklagten unter dem 5. Februar 1959 erteilt.

Seit dem 28. Dezember 1958 ist der vom Kläger aufgestellte Musikautomat abgeschaltet. Er wurde damals in einem anderen Raum des Betriebes abgestellt. An seiner Stelle ist ein Musikgerät einer anderen Firma in Betrieb,

Die geschiedene Ehefrau des Beklagten hat dem Kläger die Befreiungsansprüche abgetreten, die ihr auf Grund des § 2 des Auseinandersetzungsvertrages hinsichtlich des Automatenaufstellungsvertrages gegen den Beklagten zustehen.

Zunächst hat der Kläger versucht, seine Ansprüche aus dem Vertrag auf Aufstellung seines Automaten und Unterlassung des Betriebes eines anderen Automaten im Café M ■ durchzusetzen. Das Landgericht hat diesen Klaganträgen stattgegeben. Gegen das am 17. März 1959 zugestellte Urteil hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Am 19. Januar 1960 hat der Kläger Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 7 215 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat dem Antrag des Klägers entsprechend durch sein erstes Berufungsurteil die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dessen Verurteilung zur Aufstellung des Automaten und Unterlassung anderer Musikdarbietungen nur für die Zeit ab 1. Februar 1960 bestehen bleibt. Auf die Anschlußberufung hat es den Zahlungsanspruch des Klägers (als Schadensersatzanspruch für die Zeit vom 29. Dezember 1958 bis 31. Januar 1960) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Revision des Beklagten wurde dieses Urteil durch Entscheidung des erkennenden Senats vom 19. April 1961 - VIII ZR 59/60 - aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt war. In diesem Umfang ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Der Kläger hatte inzwischen seinen

noch in der Wirtschaft stehenden Musikautomaten am 3. Februar 1961 abgeholt. Daraufhin haben die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit über die Verpflichtung des Beklagten zur Aufstellung des Automaten und Unterlassung anderer Musikdarbietungen ab 1.2.1960 für erledigt erklärt. Insoweit haben die Parteien nur noch beantragt, (jeweils) der Gegenseite die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Im übrigen hat der Kläger den Antrag aus seiner Anschlußberufung (Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 7 215 DM nebst Zinsen) gestellt.

Das Berufungsgericht hat auf die Anschlußberufung des Klägers den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Kostenentscheidung dem Schlußurteil vorbehalten. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte Aufhebung des Berufungsurteils und in erster Reihe Verwerfung der Anschlußberufung als unzulässig, hilfsweise als unbegründet.

Entscheidungsgründe:

A.

Zulässigkeit des Grundurteils.

I. Bei der Anschlußberufung des Beklagten handelt es sich um eine sog. unselbständige Anschließung, die ihre Wirkung verliert, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§ 522 Abs. 1 ZPO). Die Revision folgt daraus, daß eine Sachentscheidung zur Anschlußberufung nur dann ergehen könne, wenn gleichzeitig auch eine Sachentscheidung zur Berufung erfolge. Da hier die Parteien im neuen Berufungsverfahren den Rechtsstreit über die Verpflichtung des Beklagten, den Musikautomaten für die Zeit vom 1. Februar 1960 an spielbereit zu halten und andere Musikdarbie-

tungen zu unterlassen, in der Hauptsache für erledigt erklärt hätten, könne zur Berufung eine solche Sachentscheidung nicht mehr ergehen; denn selbst eine richterliche Feststellung, daß die Hauptsache (tatsächlich) erledigt ist, wäre keine Entscheidung in der Hauptsache. Letzteres ist zwar richtig, weil die Erledigung unstreitig war (RGZ 114, 230). Daraus folgt aber entgegen der Auffassung der Revision noch nicht notwendig, daß eine Erledigungserklärung über den mit der Berufung weiterverfolgten Rechtsstreit die Berufung mit der Wirkung "erledigt", daß damit die ursprünglich zulässige Anschlußberufung nachträglich unzulässig würde und deshalb verworfen werden müßte. Eine solche Folgerung wird auch weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung aus einer bloßen Erledigungserklärung gezogen. Soweit die Revision auf Wic-zorek ZPO § 91a A I b 3 verweist, übersieht sie, daß diese Wirkung dort nur einer Erledigungserklärung beigelegt wird, die als Rechtsmittelzurücknahme oder als Verzicht auf Rechtsmittel angesehen werden muß. Ob aber ein Antrag eines Berufungsklägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, als Berufungsrücknahme zu behandeln ist, muß nach der jeweils gegebenen Rechtslage entschieden werden. Es kann auch in der Revisionsinstanz durch Auslegung ermittelt werden, was gemeint war. Daß aber hier in der Erklärung des Beklagten eine solche Zurücknahme zu erblicken ist, hat auch die Revision nicht behauptet. Dagegen spricht, daß der Beklagte beantragt hat, dem Gegner die Kosten aufzuerlegen, also gerade nicht die mit der Berufungsrücknahme sonst ausgelöste Kostenpflicht (§ 515 Abs. 3 ZPO) auszusprechen (BGHZ 34, 200, 203, 204). Da auch die Berufung nicht als unzulässig verworfen ist, liegt hier keine der Voraussetzungen des § 522 Abs. 1 ZPO vor, in denen die Anschließung ihre Wirkung verloren hat.

II. Die Revision meint weiter unter Hinweis auf den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 20. November 1953 - IV ZB 96/53 - NJW 1954, 109, über die Anschlußberufung habe auch deshalb

nicht sachlich entschieden werden dürfen, weil jedenfalls die Möglichkeit bestanden habe und auch noch bestehe, daß die Anschlußberufung nach § 522 Abs. 1 ZPO unzulässig werde. Keinesfalls habe unter diesen Umständen über sie nach der Rechtsprechung (RGZ 159, 293; RG DR 1941, 1680; BGHZ 20, 311) durch Teilurteil oder Grundurteil entschieden werden dürfen. Beide Bedenken sind nicht gerechtfertigt.

1. Die Möglichkeit, daß die Berufung noch als unzulässig verworfen und zurückgenommen werden könnte und daß deshalb die Anschlußberufung nach § 522 Abs. 1 ZPO nachträglich unzulässig werden könnte, scheidet hier aus.

a) Die Zulässigkeit der Berufung war bereits im ersten Berufungsurteil bejaht. Der erkennende Senat hat das in seinem ersten Revisionsurteil dadurch bestätigt, daß er das erste Berufungsurteil nur insoweit aufgehoben hat, als zum Nachteil des Beklagten erkannt war.

b) Was die Möglichkeit einer Zurücknahme der Berufung betrifft, so kann dahingestellt bleiben, ob eine solche überhaupt noch zulässig wäre, nachdem die Parteien die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt haben. Hier kommt jedenfalls die Möglichkeit einer Berufungsrücknahme praktisch aus folgenden Gründen nicht in Betracht: Der Beklagte kann hieran kein Interesse haben, weil dann das ihm ungünstige landgerichtliche Urteil wieder in Wirksamkeit träte und er zudem dann auch noch die Kosten der Berufung zu tragen hätte. Außerdem bedürfte eine Zurücknahme der Berufung der Einwilligung des Klägers (§ 515 Abs. 1 ZPO), die schon deshalb nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden kann, weil damit der Kläger wegen § 522 Abs. 1 ZPO seiner weiter verfolgten Anschlußberufung den Boden entziehen würde.

2. Das angefochtene Grundurteil ist auch kein Teilurteil, weil eine Sachentscheidung zur Berufung nicht mehr in Betracht kommt, nachdem die Parteien die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt haben. Die noch offenstehende Kostenentscheidung zur Berufung ist keine Sachentscheidung. Hiernach ist auch nicht die Möglichkeit widersprechender Sachentscheidungen gegeben, so daß unter diesem Gesichtspunkt gegen das ergangene Grundurteil ebenfalls keine Bedenken erhoben werden können.

B.

Die Revision kann auch keinen Erfolg haben, soweit sie sich gegen die sachliche Entscheidung des Berufungsgerichts wendet.

I. Nach dem ersten Revisionsurteil hatte das Berufungsgericht in erster Linie noch zu prüfen, ob sich der Beklagte durch § 2 des Auseinandersetzungsvertrages überhaupt verpflichtet hatte, seine geschiedene Ehefrau von ihrer Verpflichtung aus dem Automatenaufstellungsvertrag dem Kläger gegenüber zu befreien. Das hat das Berufungsgericht aus tatrichterlichen Erwägungen bejaht (BU 8-10). Diese enthalten keinen Rechtsirrtum und werden von der Revision auch nicht im einzelnen angegriffen.

II. Schließlich hatte das Berufungsgericht zu entscheiden, ob der Beklagte dem Kläger nach § 404 BGB Einwendungen entgegenhalten kann, die er aus den Rechtsbeziehungen zu seiner früheren Ehefrau dieser gegenüber seiner Befreiungsverpflichtung aus dem Auseinandersetzungsvertrag hätte entgegensetzen können. Das hat das Berufungsgericht verneint. Auch seine Ausführungen zu dieser Frage bewegen sich auf tatrichterlichem Gebiet. Sie enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten.

1. Im Rahmen der Erörterungen des Berufungsgerichts nimmt die Frage einen breiten Raum ein, ob die Darstellung des Beklagten richtig ist, daß er sich geweigert habe, einen Aufstellungsvertrag auf die Dauer von sechs Jahren abzuschließen (BU 11). Das Berufungsgericht sagt nun zwar zunächst, diese Darstellung finde eine "gewisse Bestätigung" in den Aussagen seines Vaters Anton V. [REDACTED] und des Zeugen Emil L. [REDACTED]. Es meint auch, wenn man die Vereinbarkeit der Darstellung dieser Zeugen mit der abweichenden Aussage der geschiedenen Ehefrau des Beklagten prüfe, sei "nicht völlig auszuschließen, daß der späteren Zustimmung des Beklagten zu einer Vertragsdauer von sechs Jahren eine anfängliche Weigerung bei den Vorverhandlungen vorangegangen ist". Es stellt aber nicht fest, daß eine solche Weigerung erfolgt ist. Es legt vielmehr seine erheblichen Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen V. [REDACTED] dar und führt aus, weshalb nach seiner Auffassung der Aussage des Zeugen L. [REDACTED] die sachliche Überzeugungskraft fehle (BU 13); es kommt dann abschließend zu dem Ergebnis, daß die Bekundungen des Zeugen V. [REDACTED] und L. [REDACTED] nicht genügen, um die Darstellung des Beklagten, dessen Vortrag auch aus weiteren Gründen wenig glaubhaft erscheine, während die des Klägers Anspruch auf größere Wahrscheinlichkeit habe, zu seiner Gewißheit festzustellen (BU 13, 14 oben). Beweispflichtig für seinen Widerspruch gegen einen sechsjährigen Vertrag war aber der Beklagte; denn auf diese Tatsache kommt es für seine Einwendungen aus § 404 BGB an. Diesen Beweis hat das Berufungsgericht nicht als geführt angesehen. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, kommt im Ergebnis nur auf einen unzulässigen Angriff gegen seine Beweiswürdigung hinaus.

2. Fehl geht der Hinweis der Revision auf die Bemerkung im ersten Revisionsurteil "über die recht ungewöhnliche Vertragsdauer von sechs Jahren". Schon in diesem Urteil ist erwähnt, es sei vom Berufungsgericht nicht geprüft, ob der

lange Zeitraum mit Rücksicht auf das gleichzeitig gewährte Darlehen vereinbart worden sei. Darauf ist das Berufungsgericht jetzt eingegangen. Es hat ausgeführt, für den Kläger habe es nahe gelegen, sich für sein - zinsloses - Darlehen durch eine längere Vertragsdauer zu entschädigen und zu sichern. Für den Beklagten andererseits seien keine ins Gewicht fallenden Umstände ersichtlich, die die Verweigerung einer Vertragsdauer von sechs Jahren genügend erklären könnten, zumal entgegen der Darstellung des Beklagten erwiesen sei, daß er und seine Frau damals das Darlehen des Klägers nicht entbehren konnten und daß vom Eingang des Geldes die Übergabe des Café's abhing (BU 14,15). § 286 ZPO ist nicht verletzt.

3. Fohl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht gewürdigt, daß der Beklagte unstreitig den von seiner damaligen Ehefrau unterzeichneten Vertrag nicht mit unterzeichnet habe, obschon in seinen Eingangsworten beide Eheleute als Vertragspartner angegeben sind. Dieser Sachverhalt war gerade der Ausgangspunkt beider Berufungsurteile und des ersten Revisionsurteils. Nur deswegen bedurfte es der weiteren Untersuchungen, welche Verpflichtungen der früheren Ehefrau unter § 2 des Auseinandersetzungsvertrages fallen und ob der Beklagte aus den Rechtsbeziehungen zu seiner früheren Ehefrau dem Kläger gegenüber, der aus abgetretenem Recht klagt, nach § 404 Einwendungen entgegenhalten kann. Letzteres ist rechtsirrtumsfrei verneint.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, ist seine Revision gemäß § 97 ZPO auf seine Kosten als unbegründet zurückgewiesen.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner