

10
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 521, 556

Zur Zulässigkeit einer bedingten unselbständigen
Anschlußberufung.

BGH, Urt. v. 10. November 1983 - VII ZR 72/83 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 72/83

URTEIL

Verkündet am
10. November 1983
Henco,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E-Vertriebs-Gesellschaft mbH, früher
vertreten durch ihren Geschäftsführer Peter M.,

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. den Hotelier Heinz B., B-straße ,
E.,

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

2. dessen Ehefrau Anita B., B-straße ,
E.,

Beklagte

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin und ihre Anschlußberufung werden die Urteile des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. Februar 1983 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kleve vom 24. März 1982 im Kostenpunkt - soweit nicht die Beklagte zu 2) betroffen ist - und insoweit aufgehoben, als die Anschlußberufung der Klägerin als unzulässig verworfen und die Klage gegen den Beklagten zu 1) abgewiesen worden ist.
2. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin weitere 24.575,04 DM nebst 10 % Zinsen hieraus seit 21. Oktober 1980 zu zahlen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits haben zu tragen:

Von den Kosten des ersten Rechtszuges die Klägerin die Hälfte der Gerichtskosten und ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten, der Beklagte zu 1) die Hälfte der Gerichtskosten und seine eigenen außergerichtlichen Kosten; die Kosten beider Rechtsmittelzüge der Beklagte zu 1).

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Beklagten unterzeichneten unter dem 12. März 1979 einen Vertrag, mit dem sie bei der Klägerin für ihr Hotel in E 51 Kunststoffenster zum Gesamtpreis von 51.520 DM einschließlich Mehrwertsteuer bestellten. In diesem Preis waren die Kosten für den Ausbau der alten Fenster und für den Einbau der neuen Fenster enthalten. Die Lieferung sollte "sofort bis Ende Mai 1979" nach vorheriger Nachmessung erfolgen. Unter der Rubrik "Zahlung" wurde die vorgedruckte Klausel b (Zahlung bei Lieferung mit Montage) gestrichen. Der Vertrag enthält an dieser Stelle den handschriftlichen Zusatz: "Finanzierung: durch H-M Versicherung (Bausparkasse H)".

Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 23. März 1979. Darauf bat der Beklagte zu 1) unter dem 27. März 1979 um Stornierung des Auftrags. Zur Begründung wies er auf fehlende Finanzierungsmöglichkeit hin. Die Klägerin antwortete am 25. April 1979 und bat um Nachricht, wann sie mit einer Zahlung der bei einverständlichem Rücktritt nach ihren Vertragsbedingungen fälligen Abstandssumme von 30 % des Auftragswertes, hier also von 15.456 DM, rechnen könne. Die Beklagten vertraten demgegenüber die Auffassung, der Auftrag sei unter der aufschiebenden Bedingung erteilt worden, daß die von der Klägerin zugesagte Finanzierung der Auftragssumme gelinge; die Finanzierung sei aber gescheitert.

Schließlich suchte ein Vertreter der Klägerin die Beklagten am 4. September 1979 auf. Bei dieser Gelegen-

heit unterzeichnete der Beklagte zu 1) eine handschriftliche Erklärung folgenden Inhalts:

"Ich bitte darum, die Fenster in meinem Hotel so bald wie möglich aufzumessen, damit noch vor Ende des Jahres die Montage erfolgen kann. Der Auftrag vom 12.3.1979 bleibt wie vereinbart bestehen".

In der Folgezeit versuchte die Klägerin mehrmals erfolglos, im Haus der Beklagten das vorgesehene Nachmaß aufzunehmen. Die Beklagten lehnten dies ab mit dem Hinweis, ihre finanzielle Lage sei noch nicht geklärt.

Mit ihrer vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Vergütung von 51.520 DM nebst Zinsen sowie auf Abnahme der bestellten Fenster in Anspruch genommen und außerdem die Feststellung begehrt, daß sich die Beklagten mit der Abnahme der Fenster in Verzug befinden. "Hilfsweise" für den Fall, daß die Beklagten den Vertrag gemäß § 649 BGB gekündigt haben, hat die Klägerin unter Anrechnung ersparter Aufwendungen Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 26.944,96 DM nebst Zinsen beantragt.

Das Landgericht hat den Beklagten zu 1) unter Abweisung der Klage im übrigen nach dem "Hilfsantrag" verurteilt. Die Klage gegen die Beklagte zu 2) hat es ganz abgewiesen.

Dagegen hat der Beklagte zu 1) Berufung eingelegt. Die Klägerin hat sich der Berufung des Beklagten hilfsweise für den Fall angeschlossen, daß das Berufungsge-

richt eine Kündigung des Beklagten gemäß § 649 BGB verneine und deshalb den vollen Erfüllungsanspruch für gerechtfertigt halte. Für diesen Fall hat sie Verurteilung zur Zahlung der ganzen Vergütung von 51.520 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Beklagte zu 1) den Vertrag nicht gekündigt habe und den vollen Werklohn schulde. Die Anschlußberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht als unzulässig verworfen. Mit ihrer Revision, die der Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt die Klägerin ihren in Höhe von 24.575,04 DM zusätzlich Zinsen abgewiesenen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Eventual-Anschlußberufung der Klägerin für unzulässig. Nach Darlegung der Klägerin solle die Anschlußberufung davon abhängen, daß das Berufungsgericht eine wirksame Kündigung des Vertrages durch den Beklagten verneine. Damit mache die Klägerin die Entscheidung über ihre Anschlußberufung von der Beurteilung einer Rechtsfrage durch das Berufungsgericht abhängig. Das sei unzulässig. Als Rechtsmittel könne die Anschlußberufung nur in dem Sinne bedingt eingelegt werden, daß der Hauptantrag auf Verwerfung oder Zurückweisung der Berufung mit dem Hilfsantrag aus der Anschlußberufung verbunden werde.

Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin ist nach § 547 ZPO zulässig (Senatsurteil NJW 1980, 2313, 2314). Sie hat auch Erfolg.

1. a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die unselbständige Anschließung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinn, sondern lediglich ein Antrag innerhalb des vom Rechtsmittelkläger eingelegten Rechtsmittels (vgl. BGHZ 80, 146, 148; 83, 371, 376/377 m.w.N.; a.A. Baur, Festschrift für Fragistas (1966), S. 359, 361; Klamaris, Das Rechtsmittel der Anschlußberufung (1975), S. 126 ff; Gilles, ZZP 91 (1978), 128 und ZZP 92 (1979), 152).

Die unselbständige Anschließung muß also nicht schon aus diesem Grunde als bedingungsfeindlich angesehen werden.

b) Sie ist aber auch nicht deshalb grundsätzlich bedingungsfeindlich, weil sie etwa in der hier in Frage kommenden Hinsicht einem Rechtsmittel gleichzuachten wäre. Denn durch sie wird, anders als durch Klage, Berufung und Revision, kein besonderes Verfahren eingeleitet. Es bleibt deshalb auch, im Gegensatz zur bedingten Klageerhebung und bedingten Einlegung eines Rechtsmittels, der Bestand des Verfahrens selbst nicht in der Schwebe (vgl. zu dieser Unterscheidung für die eventuelle Widerklage BGHZ 21, 13, 15). Die Gründe, die die bedingte Erhebung von Klagen und die bedingte Einlegung von Rechtsmitteln grundsätzlich ausschließen, gelten also nicht für die bedingte unselbständige An-

10

schließung (so auch Walsmann, Die Anschlußberufung (1928), S. 152). Vielmehr stellt sich wegen der Abhängigkeit vom Rechtsmittel des Gegners die "Einleitung" des Verfahrens durch die bedingte unselbständige Anschließung nicht anders dar als durch die unbedingte.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist auch nicht die allein mögliche Bedingung für die unselbständige Anschließung, daß der Hauptantrag auf Verwerfung oder Zurückweisung der Berufung erfolglos bleibt.

a) Die vom Berufungsgericht für seine Auffassung angeführten Entscheidungen und Meinungen aus dem Schrifttum geben hierfür nichts her. Sie halten die Erfolglosigkeit des Zurückweisungsantrags für eine mögliche Bedingung; aus ihnen ergibt sich nicht aber, daß dies die einzig zulässige Bedingung sein soll (vgl. auch BGHZ 67, 305, 310).

b) Allerdings hat der Bundesgerichtshof, ohne sich zur Möglichkeit anderer Bedingungen abschließend zu äußern, für den in mancher Hinsicht vergleichbaren Fall der eventuellen Widerklage ausgesprochen, daß diese jedenfalls dann zulässig ist, wenn Zurückweisungsantrag und Widerklage in einem solchen Bedingungsverhältnis stehen (BGHZ 21, 13, 15; 43, 28, 30). Die Gründe, die für eine Beschränkung der zulässigen Bedingungen bei der bedingten Widerklage angeführt werden können, gelten aber ohnehin nicht in gleicher Weise für die bedingte unselbständige Anschließung. Für eine solche Anschließung kann der Rechtsmittelgegner vielmehr in

Übereinstimmung mit den Zielen des Gesetzes ein schutzwertes Interesse daran haben, sie auch von anderen Bedingungen abhängig machen zu können.

c) Mit der unselbständigen Anschließung sollen u.a. überflüssige oder leichtfertige Rechtsmittel vermieden werden. Dem dient es, wenn der Rechtsmittelführer sich klar sein muß, daß das von ihm betriebene Rechtsmittelverfahren auch zu seinem Nachteil ausgehen kann (Baur aaO, 359, 366; Klamaris, aaO, S. 76). Außerdem soll die unselbständige Anschließung im Interesse der Waffengleichheit und Billigkeit die Rechtsstellung des Rechtsmittelgegners verbessern (BauraaO, Klamaris, aaO S. 61 m.w.N.; Rosenberg/Schwab, 13. Aufl., § 139 I 2). Beide Zwecke werden gefördert, wenn die - für den Rechtsmittelgegner unter Umständen ratsame - bedingte unselbständige Anschließung nicht unnötig erschwert wird. Beschränkt man nämlich die bedingte unselbständige Anschließung auf den Fall, daß allein die Erfolglosigkeit des "Hauptantrags" auf Zurückweisung des Rechtsmittels als Bedingung zulässig ist, so kann der Rechtsmittelgegner bei unbegründeten Berufungen eine eventuelle Überprüfung zu Lasten des Rechtsmittelführers nur erreichen, wenn er sich dem Rechtsmittel unbedingt anschließt. Eine solche Einschränkung ist nicht geboten. U.a. ist es gerade das Ziel des Gesetzes, unbegründete Berufungen durch das Anschließungsrisiko zu vermeiden. Ob sich der Rechtsmittelgegner dem Rechtsmittel bedingt oder unbedingt anschließt, ist dabei unmaßgeblich.

3. Es gibt somit keinen hinreichenden Grund, die Zulässigkeit einer bedingten unselbständigen Anschluß-

berufung anders zu beurteilen, als in der Regel sonst bedingte Prozeßhandlungen in einem anhängigen Verfahren beurteilt werden.

Danach ist die bedingte unselbständige Anschlußberufung zulässig, wenn sie lediglich von einem sogenannten "innerprozessualen Vorgang" abhängt, der auch in einer bestimmten Entscheidung des Gerichts bestehen kann, so daß die Wirksamkeit der Prozeßhandlung spätestens bei Abschluß des Verfahrens feststeht (vgl. Leipold in Stein/Jonas, 20. Aufl., vor § 128 ZPO Rdn. 210-212 m.N.; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2. Aufl. (1972), S. 128, 134, 136, 138; Kion, Eventualverhältnis im Zivilprozeß (1971), S. 136). Einen solchen "innerprozessualen Vorgang" kann daher der Erfolg wie der Mißerfolg einer eigenen oder von der anderen Partei unbedingt vollzogenen Prozeßhandlung darstellen (vgl. Rosenberg/Schwab aaO, § 65 IV 2, 3 d, § 139 V; Zöllner/Stephan, 13. Aufl., vor § 128 ZPO Anm. B II). Mit dieser Maßgabe vermag die Beurteilung einer Rechtsfrage durch das Gericht jedenfalls dann eine zulässige "innerprozessuale Bedingung" zu sein, wenn auf ihr eine Sachentscheidung des Gerichts unmittelbar beruht (vgl. Zöllner/Stephan aaO), so etwa hier die Entscheidung über die Begründetheit der Berufung.

4. Diese Anforderungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Bedingung, unter der die unselbständige Anschlußberufung der Klägerin eingelegt war, mußte mit der Entscheidung des Berufungsgerichts über die Berufung des Beklagten endgültig und unzweifelhaft eintreten.

Dabei hat das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten durch das Landgericht nicht - wie die Revision meint - unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung über einen Hilfsantrag bestätigt und nunmehr nach dem Hauptantrag erkannt. Ob der Klägerin der volle oder der nach § 649 BGB gekürzte Erfüllungsanspruch zusteht, betrifft nur einen Streitgegenstand. Mit ihrer Klage hat die Klägerin aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt (Vereinbarung über Lieferung und Einbau der Fenster) einen Zahlungsanspruch hergeleitet, der sich lediglich je nach der in Frage kommenden rechtlichen Beurteilung (voller oder infolge etwaiger Kündigung durch den Beklagten zu 1) um Aufwendungsersparnis verkürzter Erfüllungsanspruch) in unterschiedlicher Höhe berechnet. Dabei ergab sich aus dem Verneinen der Kündigung durch das Berufungsgericht zwangsläufig die für die Klägerin günstige weitergehende Rechtsfolge. Zumindest in einem solchen Falle begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, eine unselbständige Anschlußberufung nur bedingt einzulegen, wie es die Klägerin getan hat.

II.

Das Berufungsgericht hat somit die Anschließung der Klägerin zu Unrecht als unzulässig verworfen. Auf ihre Revision ist das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben. Die Anschlußberufung muß nach den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils auch in vollem Umfang Erfolg haben.

Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagte zu 1) den Vertrag nicht gekündigt hat,

sondern nach seinem Gesamtverhalten die Erfüllung des Vertrages grundlos und endgültig verweigert. Entgegen der vom Beklagten zu 1) in der Revision vertretenen Auffassung, ist die Klägerin auch nicht aufgrund ihres Schreibens vom 23. Januar 1980 auf die darin erwähnte Abstandssumme beschränkt. Diese hätte die Klägerin nach ihren Vertragsbedingungen - deren Gültigkeit unterstellt - nur verlangen können, wenn der Beklagte mit ihrem Einverständnis vom Vertrag zurückgetreten wäre. Das hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht getan. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB - wie die Revision meint - enthält das Schreiben nicht.

Der Senat kann daher gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO durcherkennen. Da der Beklagte zu 1) mit dem Zahlungsanspruch in der Sache voll unterlegen ist, hat er insoweit die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie nicht durch die Streitgenossenschaft der Beklagten zu 2) im ersten Rechtszug verursacht worden sind (§§ 91, 92, 97 ZPO).

Girisch

Recken

Bliesener

Walchshöfer

Quack

BUNDESGERICHTSHOF

VII ZR 72/83

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

der Firma E-Vertriebs-Gesellschaft mbH, früher
vertreten durch ihren Geschäftsführer Peter M.,

Klägerin, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

1. den Hotelier Heinz B., B-straße ,
E.,

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

2. dessen Ehefrau Anita B., B-straße ,
E.,

Beklagte

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie
die Richter Dr. Recken, Bliesener, Dr. Walchshöfer
und Quack

am 8. März 1984

beschlossen:

Ziffer 3 des Tenors des Senatsurteils vom
10. November 1983 wird wegen offener
Unrichtigkeit gem. § 319 ZPO dahin be-
richtet, daß es ab Zeile 6 der Urteils-
ausfertigung heißen muß:

"der Beklagte zu 1) die Hälfte der Ge-
richtskosten, die Hälfte der außerger-
ichtlichen Kosten der Klägerin und
seine eigenen außergerichtlichen Kosten;
die Kosten beider Rechtsmittelzüge der
Beklagte zu 1)."

Girisch

Quack