

nur dann abgewichen und die Sache an die erste Instanz zur Entscheidung zurückverwiesen werden, wenn eine weitere Sachverhandlung erforderlich ist (§ 538 ZPO).

Im vorliegenden Fall ging es aber lediglich darum, der Klägerin Gelegenheit zu geben, ihren Klageantrag zu erweitern. Dies hätte dadurch erfolgen können, daß das Bezirksgericht ihr empfohlen hätte, im Wege der Anschlußberufung nach § 521 ZPO das Versäumte nachzuholen, d. h. Unterhalt in Höhe der Richtsätze der OG-Richtlinie Nr. 18 zu beantragen. Eine Anschlußberufung war schon deshalb zweckmäßig, weil für diese erhebliche Erleichterungen gelten; sie verlangt vor allem nicht das Vorliegen einer Beschwer. Zwar hätte eintreten können, daß die Anschlußberufung, weil sie nicht innerhalb der Berufungsfrist eingelegt worden war, keine selbständige Bedeutung erlangt hätte. Aber selbst dann, wenn der Berufungskläger sein Rechtsmittel zurückgenommen hätte, wäre das für das anspruchsberechtigte Kind nicht zum Nachteil gewesen, weil es dann bei der — wenn auch unter Verletzung des § 308 ZPO — zustande gekommenen Unterhaltsverurteilung geblieben wäre.

Elfriede Göl dn er,
Oberrichter am Obersten Gericht

§ 97 Abs. 2 ZPO.

Kann das Rechtsmittelgericht im Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft bei Zurückverweisung der Sadio dem Berufungskläger die Kosten des Rechtsmittelverfahrens auferlegen, weil dieser auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt hat, das er bereits in erster Instanz hätte geltend machen können?

**BG Karl-Marx-Stadt, Urt. vom 25. September 1967
- 7 BF 13/67.**

Die Klägerin hat Klage erhoben und beantragt festzustellen, daß der Verklagte der Vater ihres am 27. Oktober 1965 geborenen Kindes ist. Dieser hat zugegeben, der Klägerin in der gesetzlichen Empfängniszeit beigezogen zu haben, jedoch vorgetragen, die Klägerin habe in dieser Zeit auch mit Karl B. geschlechtlich verkehrt. B. hat in der Zeugenvernehmung einen Geschlechtsverkehr mit der Klägerin bestritten. Nach Beziehung zweier Blutgruppengutachten, nach denen die Vaterschaft des Verklagten unwahrscheinlich war, hat das Kreisgericht die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Bezirksgericht festgestellt, daß B. der Klägerin in der gesetzlichen Empfängniszeit beigezogen hat. Da er im Blutgruppengutachten nicht ausgeschlossen wurde und seine Vaterschaft daher wahrscheinlicher als die des Verklagten war, hat das Bezirksgericht den B. als Zweitverklagten in das Verfahren einbezogen. Es hat dann das Urteil des Kreisgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat es der Klägerin auferlegt.

Aus den G r ü n d e n :

Der Senat hat sich bei der Entscheidung über die Kosten davon leiten lassen, daß der Klägerin bereits in erster Instanz bekannt war, daß sie noch mit dem Zeugen B. Geschlechtsverkehr hatte und sie demzufolge in der Lage gewesen wäre, diese Tatsache in erster Instanz vorzutragen. Dann hätte das Kreisgericht die Einbeziehung des Zeugen anordnen können, und das Berufungsverfahren wäre nicht erforderlich gewesen.

Da die Klägerin auf Grund dieses Vortrages im Berufungsverfahren obsiegt hat, waren ihr gemäß § 97 Abs. 2 ZPO die Kosten aufzuerlegen. Über die weiteren Kosten des Verfahrens nach § 44 Abs. 2 FVerfO wird das Kreisgericht zu befinden haben.

Anmerkung:

Der Kostenentscheidung kann aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden:

1. Bei Aufhebung eines Urteils und Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz darf das Berufungsgericht deshalb keine eigene Kostenentscheidung treffen, weil in der Regel offen bleibt, welche Partei im Ergebnis obsiegen oder unterliegen wird. § 97 Abs. 1 ZPO regelt nur die Kostenfolge bei einem zurückgewiesenen Rechtsmittel. In allen anderen Fällen ergibt sich die Kostenfolge aus §§ 91 ff. ZPO. Obsiegen oder unterliegen bezieht sich immer auf das Prozeßergebnis, nicht auf eine Zwischenstufe.

Das Bezirksgericht ging offensichtlich davon aus, daß der in das Verfahren einbezogene Zeuge B. als Vater festgestellt, die Klägerin also obsiegende Partei i. S. des § 97 Abs. 2 ZPO sein werde. Dieses Ergebnis war zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bezirksgerichts zwar sehr wahrscheinlich, aber keineswegs sicher. So hätte z. B. der Einbezogene B. noch den Nachweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft führen oder einen anderen Mann benennen können, der noch wahrscheinlicher als er der Vater sein kann. Im letzteren Fall hätte zwar nach Einbeziehung jenes Mannes der Klage dennoch Erfolg beschieden sein können; möglicherweise wäre aber auch die Einbeziehung unterblieben, weil z. B. der Betreffende nicht auffindbar ist oder kein Antrag gestellt wird.

Das alles sind nur theoretische Überlegungen. Sie zeigen jedoch, daß das Berufungsgericht den Ausgang des Prozesses nicht mit solcher Präzision voraussagen konnte, daß eine auf § 91 ff. ZPO gestützte Kostenentscheidung getroffen werden konnte. Eine solche ist in zweiter Instanz nur möglich, wenn das Berufungsgericht selbst entscheidet. Ist aber eine Kostenentscheidung generell nicht zulässig, dann ist auch § 97 Abs. 2 nicht anwendbar, weil diese Bestimmung davon ausgeht, daß das Obsiegen des Berufungsklägers bereits feststeht.

2. § 97 Abs. 2 ZPO durfte aber auch deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil diese Bestimmung voraussetzt, daß das Obsiegen gerade auf denjenigen Tatsachen beruht, die pflichtwidrig erst in zweiter Instanz vorgebracht worden sind. Das Bezirksgericht sieht derartige Behauptungen in dem Zugeständnis der Klägerin, auch mit B. verkehrt zu haben. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Klägerin auch dann hätte obsiegen müssen, wenn sie dieses Eingeständnis unterlassen hätte. Da der Erstverklagte nach Ansicht des Bezirksgerichts als Erzeuger nicht ausgeschlossen, seine Vaterschaft vielmehr nur weniger wahrscheinlich als die des Zeugen ist, hätte es das klagabweisende Urteil des Kreisgerichts selbst dann aufheben müssen, wenn der Geschlechtsverkehr mit dem Zeugen überhaupt nicht zur Sprache gekommen wäre. Der vom Bezirksgericht vorausgesetzte Erfolg der Klage beruht also nicht allein auf dem verspäteten Vorbringen der Klägerin, sondern hätte ohnedies eintreten müssen. Wäre dagegen der Erstverklagte als Vater auszuschließen gewesen, dann hätte die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden müssen. Das Bezirksgericht hätte dann auch nicht den Zeugen einbeziehen dürfen (§ 28 Abs. 2 FVerfO in Verbindung mit Abschn. V Ziff. 21 der OG-Richtlinie Nr. 23).

3. Bei den vorstehenden Betrachtungen wurde zunächst der besondere Charakter des Familienverfahrens außer Betracht gelassen. Aus ihm ergibt sich ein weiterer Einwand, der für alle Kostenentscheidungen bedeutsam ist, in denen zum Nachteil der obsiegenden Partei Ausnahmetatbestände des Kostenrechts der ZPO angewendet werden sollen.

Die Bestimmungen der ZPO sind im Familienverfahren