

**Art. 224 ZPO, Art. 317 ZPO. Keine Widerklage erst mit der Berufung.**

*Die Widerklage kann nicht erst in der Berufung erhoben werden. E. 2.2 a*

**Art. 110 ZPO, Art. 313 ZPO. Anschlussberufung nur im Kostenpunkt.**

*Die Anschlussberufung kann sich auf den Kostenpunkt beschränken. E. 2.2 b*

Der Kläger, ein Reinigungsangestellter, hat aus Unvorsicht einen Unfall verursacht: er hat mit einem beim Putzen gefundenen (geladenen!) Gewehr einen Arbeitskollegen aus Übermut "bedroht" und dabei einen Schuss abgegeben. Er wird dafür vom geschädigten Kollegen in Pflicht genommen. Im vorliegenden Prozess gegen seinen Privathaftpflichtversicherer ist streitig, ob dieser für den Sachverhalt grundsätzlich haftet, oder ob die Ausschlussbestimmung greift, dass "im Zusammenhang mit einer beruflichen oder bezahlten Tätigkeit" stehende Schäden nicht versichert sind.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.1 Auf das Verfahren des Bezirksgerichts fand auch nach dem 1. Januar 2011 noch das alte kantonale Recht Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

Für die Berufung gilt hingegen die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Damit stand die Frist zum Erheben und Begründen der Berufung nurmehr während der gegenüber dem kantonalen Recht verkürzten Gerichtsferien vom 15. Juli bis zum 15. August still (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) - die Berufung der Beklagten ist aber auch danach fristgerecht. Die vom Kläger verlangte Erstreckung der Frist zum Beantworten der Berufung konnte nach neuem Recht nicht bewilligt werden (Art. 144 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 312 Abs. 2 ZPO); auf den sofortigen Hinweis des Gerichtes hin (act. 43 gestützt auf Art. 52 und/oder 56 ZPO) hielt auch der Beklagte die Frist ein (act. 41 und act. 47, Art. 142 Abs. 3 ZPO).

2.2 Nicht nur die Fristen, sondern vorweg die zulässigen Anträge bestimmen sich nach neuem Recht:

a) Der Kläger äussert sich zur prozessualen Zulässigkeit der Anträge der Berufung nicht (act. 47), doch ist das als Rechtsfrage von Amtes wegen zu prüfen (Art. 57 ZPO).

Die Beklagte verlangt Aufhebung von Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Urteils, welches sie "verpflichtet, die versicherungsvertraglichen Leistungen zu erbringen im Zusammenhang mit dem Unfall vom 29. August 2000", und Abweisung der Klage. Das ist ohne Weiteres zulässig. Auch die Anträge der Beklagten zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen bedürfen hinsichtlich der Zulässigkeit keiner weiteren Erörterungen. Hingegen verlangt die Beklagte vom Obergericht zusätzlich die "Feststellung, dass die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet ist, im Zusammenhang mit dem Unfall vom 29. August 2000 versicherungsvertragliche Leistungen zu erbringen" (act. 31 S. 2). Das ist neu; vor Bezirksgericht beschränkte sich die Beklagte darauf, Abweisung der Klage zu beantragen (act. 11 S. 2 und act. 25 S. 2). Ob sie an dem neuen Begehren ein rechtlich geschütztes Interesse hat (Art. 88 und Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), kann offen bleiben. Formell ist der Antrag eine Widerklage (Art. 224 Abs. 1 ZPO), welche nur zusammen mit der Klageantwort in erster Instanz erhoben werden kann (KuKo ZPO Naegeli, Art. 224 N. 9 und 14). In der Berufung ist sie nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht möglich (Art. 224 und 317 ZPO, vgl. auch ZK ZPO Reetz/Hilber, Art. 317 N. 71 ff.), und selbst wenn man eine in der Berufung neu eingebrachte Widerklage als Klageänderung durch die beklagte Partei verstehen wollte, fehlte es im vorliegenden Fall an der zwingenden Voraussetzung der "neuen Tatsachen und Beweismitteln" (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO).

b) Der Kläger beschränkt seine Anschlussberufung auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen; die Beklagte hält das für unzulässig (act. 50).

Auszulegen ist Art. 110 ZPO, wonach der "Kostenentscheid" (nach der für Zürcher Praktiker neuen Terminologie umfassen die Prozesskosten auch die Parteientschädigung: Art. 95 ZPO) separat nur mit Beschwerde angefochten werden kann.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass die Kammer rechtzeitig eingereichte Rechtsmittel von Amtes wegen auf ihre Zulässigkeit prüft und ungeachtet der von der Partei gewählten Bezeichnung nach den im konkreten Fall zutreffenden Regeln beurteilt (*OGerZH* NQ110026 vom 23. Juni 2011 und NQ110029 vom 5. September 2011). Das führt dazu, dass eine unrichtige Bezeichnung des

Rechtsmittels in der Regel kein Nichteintreten zur Folge hat - die Frist für das Rechtsmittel hängt nach der neuen gesetzgeberischen Konzeption vom Verfahren ab, und nicht mehr wie bisher vom Rechtsmittel, und sowohl Berufung als auch Beschwerde müssen sofort abschliessend begründet werden (Art. 311 Abs. 1 und 321 Abs. 1 ZPO, Art. 314 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO; anders noch die §§ 261/264 gegenüber den § 276 und § 287 ZPO/ZH). Hier wäre es darum anders, weil der Kläger nicht innert Frist eine Berufung anstelle einer Beschwerde eingereicht hat (was nach der zitierten Praxis ohne Weiteres richtig zu stellen wäre), sondern weil die Frist für ein selbständiges Rechtsmittel abgelaufen ist. Allenfalls könnte sich die Frage nach einer Wiederherstellung (Art. 148 ZPO) aufdrängen, welche gerade in der Anfangszeit des neuen Verfahrensrechtes nicht kleinlich gehandhabt werden soll. Das Problem stellt sich allerdings nicht, da das ergriffene Rechtsmittel das richtige ist:

Nach klarem und insoweit unstreutigem Wortlaut können die Kosten- und Entschädigungsfolgen Gegenstand einer Berufung bilden. Klar ist das für den Fall, dass die Berufung in der Sache erfolgreich ist und der Entscheid geändert wird: dann ist die Auferlegung der Prozesskosten auch ohne entsprechenden Antrag der Parteien von Amtes wegen zu überprüfen (Art. 105 Abs. 1 ZPO; Urwyler, Dike-Komm. ZPO Art. 110 N. 1 letzter Satz); entsprechende Anträge sind zulässig und werden, wenngleich nur floskelhaft, regelmässig gestellt. Auch die Prozessentschädigung wird von Amtes wegen überprüft, wenn der Spruch in der Sache geändert wird (Art. 106 Abs. 1 und 111 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 ZPO).

Eine Partei kann ferner Berufung in der Hauptsache führen und für den Fall, dass das nicht erfolgreich wäre, eventuell eine Abänderung der Kosten- und Entschädigungsfolgen verlangen (etwa dass sie, auch wenn sie nicht durchdringen sollte, ihren Standpunkt doch im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO in guten Treuen verfochten habe). Das ist keine "selbständige" Anfechtung des Kostenentscheides, welche nach Art. 110 ZPO nur mittels Beschwerde erfolgen könnte.

Als letzter sozusagen benachbarter Fall ist anzuführen, dass die Kostenfolgen selbständig auch dann nur mit Beschwerde angefochten werden können, wenn sie schon für sich allein mehr als die Fr. 10'000.-- von Art. 308 Abs. 2 ZPO ausmachen (KuKo ZPO-Schmid, Art. 110 N. 4).

Einzuordnen bleibt das auf den Kostenentscheid beschränkte Anschlussrechtsmittel. Gegenüber einer Beschwerde wäre es nicht zulässig, denn es gibt keine Anschlussbeschwerde (Art. 323 ZPO). Wird es einer Berufung in der Sache entgegen gestellt, kommt es darauf an, ob man das als "selbständig" im Sinne von Art. 110 ZPO betrachtet. Die Experten hatten das Problem nicht angesprochen (Bericht zum Vorentwurf 2003, S. 58 und 140). Der Bundesrat hielt in der Botschaft ohne weitere Begründung fest, die Anschlussberufung sei nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt "und auch lediglich im Kostenpunkt zulässig" (Bot ZPO 7374). Die Literatur folgt dem so weit ersichtlich ausnahmslos (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 313 N. 17 und 43; Hungerbühler, Dike-Komm ZPO, Art. 12 [wenn auch mit Referenz-Literatur zu alten kantonalen Rechten]; BSK ZPO-Rüegg, Art. 110 N. 1; KuKo ZPO-Brunner, Art. 313 N. 10; Staehelin/Staehelin/ Grolimund, Zivilprozessrecht, § 27 N. 7). Das ist nicht nur quantitativ überwältigend, sondern auch in der Sache überzeugend: offenkundig sollte mit Art. 110 ZPO nicht einem dogmatischen Bedürfnis Rechnung getragen und aus diesem Grund die Berufung gegen den Kostenentscheid allein ausgeschlossen werden: das Berufungsgericht sollte sich nur dann mit den Kostenfragen beschäftigen (müssen), wenn ihm auch die Sache selbst vorgelegt würde. Und das ist auch der Fall, wenn die berufungsbeklagte Partei die Kostenfrage erst im Rahmen einer Anschlussberufung aufbringt. Dass (auch) eine solche Anschlussberufung unter den Voraussetzungen von Art. 313 Abs. 2 ZPO dahin fällt, versteht sich.

Die nur im Kostenpunkt erhobene Anschlussberufung ist demnach zulässig.

