BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 253/07

Verkündet am:
16. Oktober 2008
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 33, § 139, § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3

Eine Wider-Widerklage kann in einem Rechtsstreit, in dem über eine Widerklage bereits rechtskräftig entschieden worden ist, nicht mehr erhoben werden. Auch zum Zwecke der Korrektur eines Verfahrensfehlers kann durch eine Verfahrensweise nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO eine Verfahrenssituation, die bestanden hat, solange über die Widerklage noch nicht rechtskräftig entschieden worden war, nicht wiederhergestellt werden.

BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - III ZR 253/07 - OLG Koblenz
LG Mainz

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Schlick sowie die Richter Dr. Wurm, Dr. Herrmann, Wöstmann und Hucke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 12. Oktober 2007 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das ihre Klage als unzulässig abweisende Urteil des Landgerichts Mainz vom 22. Februar 2006 wird unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Oberlandesgerichts vom 15. Juni 2007 zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelzüge zu tragen.

Gerichtskosten für das Revisionsverfahren werden nicht erhoben (§ 21 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die in der Touristikbranche tätigen Parteien schlossen im März 1997 eine Vereinbarung, wonach die Klägerin mit der offiziellen Vertretung der in Großbri-

tannien ansässigen Beklagten auf dem deutschen, österreichischen und schweizerischen Markt beauftragt wurde. Als Vergütung war zunächst ein Betrag von 5.500 US $ monatlich vereinbart, der nach kurzer Zeit auf 3.750 US $ herabgesetzt wurde; der Klägerin sollten daneben laufende Kosten für Telefon, Fax, Parkgebühren und Reisekosten auf entsprechenden Nachweis hin erstattet werden. Seit November 1997 leistete die Beklagte keine Zahlungen mehr.

2 Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Begleichung rückständiger Vergütung von November 1997 bis Juni 1998. Nach vorausgegangenem Mahnbescheid und Widerspruch der Beklagten hiergegen ist der Rechtsstreit an das Landgericht Mainz abgegeben worden, bei dem die Klägerin ihre Klageforderung begründet und noch einen Betrag in Höhe von 40.119,15 DM (= 20.512,60 €) gefordert hat. Die Beklagte hat die Unzuständigkeit des Landgerichts gerügt und die Auffassung vertreten, sie könne nur vor einem Gericht in London verklagt werden; zugleich hat sie Widerklage auf Rückzahlung von aus ihrer Sicht zu viel an die Klägerin gezahlter 27.178,20 DM (= 13.895,99 €) nebst Zinsen erhoben.

3 Nachdem das Landgericht in einem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 16. November 2005 ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht hatte, nach nochmaliger Überprüfung sei nunmehr von einem einheitlichen Gerichtsstand für Klage und Widerklage gemäß Art. 5 EuGVÜ auszugehen, hat es die Klage mit Urteil vom 22. Februar 2006 gleichwohl mangels internationaler Zuständigkeit deutscher Gerichte ohne nochmaligen Hinweis auf seine insoweit inzwischen abermals geänderte Meinung als unzulässig, die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat lediglich die Klägerin Berufung eingelegt, während die Beklagte die Abweisung ihrer Widerklage hinge-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nommen hat. Im Verhandlungstermin vom 15. Juni 2007 vor dem Berufungsgericht, in dem es unter anderem auch die Ansicht geäußert hat, bei einem - hier fehlerhaft unterbliebenen - Hinweis auf die Unzulässigkeit der Klage habe die Klägerin ihre Forderung in Form einer Eventual-Wider-Widerklage erheben können, um die Zuständigkeit des Landgerichts zu begründen, war die Beklagte nicht vertreten. Daraufhin ist an diesem Tag im Wege eines Versäumnisurteils die erstinstanzliche Entscheidung, soweit darin über die Klage entschieden worden war, einschließlich des zugrunde liegenden Verfahrens aufgehoben und der Rechtsstreit in diesem Umfang zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen worden. Nach fristgerechtem Einspruch der Beklagten hat das Berufungsgericht dieses Versäumnisurteil aufrechterhalten. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision.

Entscheidungsgründe

4 Die Revision ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung unter Aufhebung des Versäumnisurteils.

I.

5 Das Berufungsgericht hat die vorgenommene Aufhebung des landgerichtlichen Urteils einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens und die Zurückverweisung in die erste Instanz damit begründet, dass die Klageabweisung als unzulässig auf einem Verfahrensfehler beruhe. Die Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts für die erhobene Klage sei zwar mit zutreffender Be-

gründung verneint worden. Denn die Klägerin könne sich nicht auf Art. 5 Nr. 1 EuGVVO berufen, weil ihre Klage noch vor Inkrafttreten dieser Verordnung erhoben worden sei und ihre Bestimmungen deshalb nach Art. 66 Abs. 1 EuGVVO nicht anwendbar seien. Eine Zuständigkeit des Landgerichts ergebe sich auch nicht aus den Vorschriften des EuGVÜ, wobei mit Recht von zwei unterschiedlichen Erfüllungsorten für die wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen der Parteien ausgegangen worden sei.

6 Allerdings liege eine verfahrensfehlerhafte Überraschungsentscheidung vor, weil das erstinstanzliche Gericht noch mit Hinweisbeschluss vom 16. November 2005 ausdrücklich ausgeführt habe, es gehe von einem einheitlichen Gerichtsstand für Klage und Widerklage aus, dann aber dennoch ohne weiteren Hinweis ein Prozessurteil bezüglich der Klage erlassen habe. Wäre der Klägerin die letztlich angenommene Unzulässigkeit deutlich gemacht worden, hätte sie eine Zuständigkeit für die Klageforderung nach Art. 6 Nr. 3 EuGVVO durch Erhebung einer Wider-Widerklage begründen können und nach ihrem nicht zu widerlegenden Vortrag auch begründet. Bei ordnungsgemäßer Verfahrensweise hätte für sie die Möglichkeit bestanden, ihre Klage zuvor zurücknehmen. Dabei könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die erforderliche Einwilligung dazu verweigert hätte. Dies vor allem dann nicht, wenn die Klägerin ihre Absicht, eine Wider-Widerklage zu erheben, zunächst nicht offenbart hätte. Der Verfahrensfehler führe zur Zurückverweisung unter Aufhebung des zugrunde liegenden Verfahrens, der Klägerin sei Gelegenheit zu geben, entsprechend zu verfahren. Doppelte Rechtshängigkeit stehe dem nicht von vornherein entgegen. Durch die Verfahrensaufhebung werde der Rechtsstreit hinsichtlich der Klage in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor der ersten mündlichen Verhandlung in erster Instanz befunden habe. Somit bestehe für die Klägerin die Möglichkeit, die Klage auch ohne Einwilligung der Beklagten zurückzunehmen,

um anschließend ihre Klageforderung im Wege der Wider-Widerklage geltend zu machen. Da auf die Verfahrenssituation im Zeitpunkt eines rechtzeitigen Hinweises des Landgerichts abzustellen sei, stehe dem die bereits rechtskräftige Entscheidung über die Widerklage nicht entgegen, weil nach dem nicht widerlegbaren Vortrag der Klägerin dann über die Widerklage noch nicht rechtskräftig entschieden wäre.

II.

7 Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der nach Zurückverweisung und Aufhebung auch des zugrunde liegenden Verfahrens für die Klägerin noch bestehenden Möglichkeit der Klagerücknahme und der Erhebung einer Wider-Widerklage, um damit die Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts nach Art. 6 Nr. 3 EuGVVO zu begründen, halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Dieser mit der Erhebung einer Wider-Widerklage angestrebte Erfolg kann in dem Verfahrensstadium, in dem sich der Rechtsstreit nach rechtskräftiger Entscheidung über die Widerklage befindet, nicht mehr erreicht werden. Einer reformierenden Entscheidung nach Erteilung eines Hinweises auf die fehlende internationale Zuständigkeit und der dem Berufungsgericht im Anschluss an die Zurückverweisung der Sache vorschwebenden prozessualen Vorgehensweise ist bei dieser Sachlage der Boden entzogen.

8 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, die auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 153, 82, 84 ff; vgl. auch BGHZ 132, 105, 107; 134, 127, 129 f; 157, 224, 227; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2004 - XI ZR 366/03 - NJW-RR 2005, 581), verneint. Denn die Klägerin kann sich

nicht auf Vorschriften der EuGVVO berufen, weil diese nach Art. 66 Abs. 1 nur auf solche Klagen Anwendung findet, die erst nach ihrem Inkrafttreten erhoben worden sind. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall, so dass noch die Bestimmungen des zuvor geltenden EuGVÜ heranzuziehen sind. Auch wenn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht die EuGVVO bereits in Kraft getreten war, konnte die fehlende internationale Zuständigkeit nicht rückwirkend dadurch entstehen, dass diese nunmehr, hier nach Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, begründet wäre (vgl. BGHZ 132, aaO; BGH, Urteil vom 14. November 1991 - IX ZR 250/90 - NJW 1993, 1070, 1071; Hk-ZPO/Dörner, 2. Aufl.2007, Art. 66 EuGVVO, Rn. 2 m.w.N.).

9 Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist vorliegend nicht gegeben, weil im EuGVÜ für eine auf vertragliche Ansprüche gestützte Klage, wie sie hier geltend gemacht wird, keine Ausnahmevorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EuGVÜ enthalten war, die es ermöglicht hätte, die Beklagte, die ihren Geschäftssitz in Großbritannien hat, abweichend von der Regelvorschrift des Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ in einem anderen Vertragsstaat zu verklagen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2004, aaO). Eine solche Möglichkeit ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ. Nach dieser Vorschrift kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, wegen vertraglicher Ansprüche zwar auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die Verpflichtung zu erfüllen wäre. Rechtsfehlerfrei haben beide Vorinstanzen jedoch angenommen, dass der Erfüllungsort für die vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten im Sinne der genannten Vorschrift nicht in der Bundesrepublik Deutschland liegt. Der nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ maßgebliche Erfüllungsort richtet sich nach dem internationalen Privatrecht des Gerichtsstaates und dem danach berufenen Sachrecht, nicht dagegen autonom nach der vertragscharakteristischen Leistung (EuGH NJW 1977, 491 f m. Anm. Geimer;

NJW 2000, 721, 722 f, Rn. 33; BGHZ 157, aaO, S. 231; BGH, Urteile vom 25. Februar 1999 - VII ZR 408/97 - NJW 1999, 2442 f, und vom 7. Dezember 2004, aaO, S. 582 m.w.N.; vgl. auch Zöller/Geimer, ZPO, 26. Aufl. 2007, Art. 5 EuGVVO, Rn. 1a f). Die nunmehr in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO enthaltene Ausnahme für Dienstverträge (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2006 - IX ZR 15/05 - NJW 2006, 1806, 1807) bestand seinerzeit noch nicht. Danach gilt aber gemäß Art. 28 EGBGB für den zwischen den Parteien geschlossenen Dienstvertrag deutsches Recht, weil die Klägerin, die als Dienstverpflichtete die charakteristische Leistung zu erbringen hatte (vgl. Senatsurteil BGHZ 128, 41, 48; Palandt/ Heinrichs, BGB, 67. Aufl. 2008, EGBGB Art. 28, Rn. 14), ihren Geschäftssitz in Deutschland hat. Der Erfüllungsort für die hier eingeklagte Zahlungsverpflichtung bestimmt sich daher nach den §§ 269, 270 BGB. Bei Dienstverträgen besteht aber nach herrschender Auffassung grundsätzlich kein einheitlicher Erfüllungsort etwa am Ort der charakteristischen Leistung, sondern Zahlungsansprüche sind in der Regel am Wohn-(Geschäfts-)Sitz des Zahlungspflichtigen zu erfüllen (so für Rechtsanwaltshonorare BGHZ 157, 20, 23 ff; BGH, Urteil vom 4. März 2004 - IX ZR 101/03 - NJW-RR 2004, 932; Palandt/Heinrichs, aaO, § 269, Rn. 13 f). Gesichtspunkte, die im Streitfall eine davon abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich; vor allem ist die internationale Zuständigkeit des Landgerichts nicht durch rügelose Einlassung der Beklagten nach Art. 18 EuGVÜ (jetzt Art. 24 EuGVVO) begründet worden. Sie hat bereits mit ihrer Klageerwiderung die Zuständigkeitsrüge erhoben und ist davon im Laufe des weiteren Verfahrens nicht abgerückt. Dass sie sich hilfsweise (auch) zur Sache eingelassen hat, ließ nicht ihre Befugnis entfallen, sich auf die Unzuständigkeit zu berufen (vgl. EuGH, Slg. 1981, 1671, 1686, Rn. 17 = IPRax 1982, 234, 238; NJW 1984, 2760, 2761; BGH, Urteil vom 25. Februar 1999, aaO; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 18 EuGVÜ Rn. 46 f; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 1998, Art. 18 EuG-

VÜ, Rn. 10 bis 12 sowie 8. Aufl. 2005, Rn. 10 f zu Art. 24 EuGVVO m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Klägerin widerspricht ein derartiges Verhalten auch nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, denn die Beklagte hat das Recht, sich unabhängig von der Erhebung ihrer Widerklage mit allen prozessualen Möglichkeiten gegen die Klage zu verteidigen.

10 2. Das Berufungsgericht geht zwar weiter mit Recht davon aus, dass es sich bei dem erstinstanzlichen Urteil aus Sicht der Klägerin um eine Überraschungsentscheidung gehandelt hat. Denn nach dem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 16. November 2005, wonach ein einheitlicher Gerichtsstand für Klage und Widerklage angenommen wurde, hätte die Klage nicht ohne einen weiteren Hinweis und Gelegenheit zur Stellungnahme als unzulässig abgewiesen werden dürfen. Darin liegt jedoch nicht zugleich auch eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG. Abgesehen davon, dass nicht jede Verletzung einer prozessualen Hinweispflicht gleichbedeutend ist mit einer Versagung rechtlichen Gehörs (vgl. BVerfGE 66, 116, 146 f; 67, 90, 95 f; BayVerfGH NJW 1992, 1094; BGH, Beschluss vom 24. April 2008 - I ZB 72/07 - juris, Rn. 12), kann nicht davon ausgegangen werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einem Gehörsverstoß beruht. Ist eine Hinweispflicht unbeachtet geblieben, hat die darauf gerichtete Rüge auszuführen, wie die Partei auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte, insbesondere, was sie im Einzelnen vorgetragen hätte und wie sie weiter vorgegangen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Februar 2003 - XI ZR 153/02 - NJW-RR 2003, 1003, 1004; Beschluss vom 24. April 2008 a-aO; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 543 Rn. 9 f).

11 Diesen Anforderungen ist die Klägerin jedoch nicht gerecht geworden. Im Berufungsverfahren hat sie keinen prozessual zulässigen Weg aufgezeigt, den sie bei Erteilung des erforderlichen Hinweises auf die Unzulässigkeit ihrer Klage beschritten hätte. Die von ihr für diesen Fall beabsichtigte Erhebung einer Eventual-Wider-Widerklage stellte kein taugliches prozessuales Mittel dar, um die Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts zu begründen. Die Erhebung einer Wider-Widerklage unter der vorgesehenen Bedingung, dass die (Haupt-)Klage mangels internationaler Zuständigkeit deutscher Gerichte unzulässig sei, wäre nicht möglich gewesen. Denn eine solche hilfsweise und (auflösend) bedingt erhobene Wider-Widerklage hätte lediglich zur nochmaligen Rechtshängigkeit desselben Streitgegenstandes geführt. Dem hätte jedoch, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, das Verbot doppelter Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegengestanden. Erhebt eine Prozesspartei hilfsweise eine Wider-Widerklage für den Fall, dass die von ihr erhobene Klage unzulässig ist, hat dies zur Folge, dass über denselben Streitgegenstand einerseits die Klage, andererseits aber auch die Wider-Widerklage anhängig ist. Die Bedingung der Unzulässigkeit der Klage kann daran nichts ändern, weil diese Klage bis zu ihrer rechtskräftigen Abweisung oder wirksamen Rücknahme rechtshängig bleibt. In der Rechtsprechung wird deshalb nur eine solche hilfsweise erhobene Wider-Widerklage als zulässig angesehen, die von einer mit der Verteidigung gegen die Widerklage zusammenhängenden Bedingung abhängig gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1959 - VIII ZR 44/58 - LM § 164 BGB Nr. 15; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., 2003, § 33 Rn. 35, 37, 39; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 33, Rn. 14). So liegt der Streitfall aber ersichtlich nicht. Die hier vom Berufungsgericht zunächst als möglich angesehene Bedingung betraf nicht den möglichen Erfolg der Widerklage, sondern die Abweisung ihrer eigenen Klage und damit einen identischen Streitgegenstand, so dass es sich letztlich um eine Eventualklage gehandelt hätte. Die

Zulassung einer derartigen Vorgehensweise widerspräche Sinn und Zweck einer Wider-Widerklage. Eine Widerklage ist eine Reaktion auf die Klage (vgl. etwa BGHZ 43, 28, 30; 132, 390, 397 f), die Wider-Widerklage somit eine solche auf eine Widerklage (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 1995 - XII ARZ 14/95 - NJW-RR 1996, 65). Eine nur die eigene Klage betreffende Bedingung ist danach nicht möglich, zumal damit darüber hinaus eine unzulässige Umgehung der Regelung in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ einhergehen würde.

12 Abgesehen davon lässt sich dieser Verfahrensfehler jedoch wegen der weiteren Entwicklung des Rechtsstreits, nämlich dessen endgültiger Beendigung bezüglich der Widerklage durch Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts insoweit, ohnehin nicht mehr korrigieren; insbesondere geht die Ansicht des Berufungsgerichts fehl, durch eine Verfahrensweise nach § 538 Abs. 2 Satz 3 ZPO könne die Verfahrenssituation (wieder) hergestellt werden, die bestanden hat, solange über die Widerklage noch nicht rechtskräftig entschieden worden war.

13 3. Soweit das Berufungsgericht die Zurückverweisung in die erste Instanz zum Zwecke der Rücknahme der Klage und Erhebung einer unbedingten Wider-Widerklage trotz rechtskräftiger Abweisung der Widerklage gleichwohl als möglich ansieht, erweist sich dieser der Klägerin gewiesene Weg ebenfalls als nicht gangbar. Die vorgenommene Zurückverweisung mit der Aufhebung des Verfahrens geht vielmehr ersichtlich ins Leere.

14 a) Bereits der in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils zunächst enthaltene Ansatz, wonach die Klägerin entsprechend ihrem Vorbringen bei Erteilung des erforderlichen Hinweises ihre Klage zurückgenommen und Wider-Widerklage erhoben hätte, wobei davon auszugehen sei, dass die

Beklagte die erforderliche Einwilligung hierzu erteilt hätte, ist nicht tragfähig. Nichts spricht für eine derartige Erwartung; eine solche Annahme ist lediglich spekulativ. Daran ändert auch nichts die in diesem Zusammenhang weiter angestellte - für sich genommen äußerst fragwürdige - Überlegung des Berufungsgerichts, die erforderliche Einwilligung der Beklagten habe jedenfalls dadurch erlangt werden können, dass die Klägerin ihre Absicht, nach Klagerücknahme eine Wider-Widerklage zu erheben, zunächst geheim gehalten hätte.

15 b) Auch die Vorgabe des Berufungsgerichts, das Landgericht müsse der Klägerin nach Zurückverweisung nun ermöglichen, die Klage zurückzunehmen, wobei durch die mit der Aufhebung auch des Verfahrens verbundene Zurückversetzung des Prozesses in die Lage noch vor der ersten mündlichen Verhandlung eine Einwilligung der Beklagten hierzu nicht erforderlich sei, stellt sich als rechtsfehlerhaft dar.

16 Mit der Erklärung der Klagerücknahme wäre bei der vorliegenden Sachlage der Prozess vollständig abgeschlossen, für die Erhebung einer Wider-Widerklage anstelle der Klage bestünde schon deshalb kein Raum mehr.

17 c) Die weitere Annahme, es könne nicht auf die bereits eingetretene Rechtskraft bezüglich der Widerklage ankommen, weil nach dem nicht zu widerlegenden Vortrag der Klägerin bei der beschriebenen Vorgehensweise die Abweisung der Widerklage noch keine Rechtskraft erlangt hätte, ist ebenso verfehlt. Die eingetretene Rechtskraft hinsichtlich dieses Teils des Rechtsstreits kann für die Beurteilung etwaiger noch bestehender prozessualer Möglichkeiten für die Klägerin nicht hinweggedacht werden. Denn die Widerklage setzt nach allgemeiner Meinung begrifflich und denknotwendig voraus, dass die Klage in der Hauptsache im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage noch anhängig

ist (vgl. nur BGHZ 40, 185, 187; BGH, Urteile vom 8. März 1972 - VIII ZR 34/71 - JR 1973, 18, und vom 18. April 2000 - VI ZR 359/98 - NJW-RR 2001, 60; Stein/Jonas/Roth, aaO, § 33, Rn. 16 ff; Zöller/Vollkommer, aaO, § 33, Rn. 17), die Wider-Widerklage erfordert somit zwingend eine noch anhängige Widerklage. Durch die rechtskräftige Entscheidung über der Widerklage ist deren Rechtshängigkeit aber unabänderlich beseitigt worden. Auch zum Zwecke der Korrektur eines Verfahrensfehlers kann sie nicht wieder aufleben oder fiktiv als noch bestehend angesehen werden.

18 4. Danach konnten das Berufungsurteil und das zuvor ergangene Versäumnisurteil keinen Bestand haben. Das Versäumnisurteil ist dabei nicht in gesetzlicher Weise ergangen, denn die Rechtskraft der Entscheidung über die Widerklage war bereits zum Zeitpunkt der (Versäumnis-)Entscheidung des Berufungsgerichts am 15. Juni 2007 eingetreten, so dass diese auf den fristgerechten Einspruch der Beklagten hin hätte aufgehoben und die Berufung hätte zurückgewiesen werden müssen.

19 5. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, kann der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO selbst abschließend entscheiden.

Schlick Wurm Herrmann

Wöstmann Hucke

Vorinstanzen:
LG Mainz, Entscheidung vom 22.02.2006 - 3 O 10/02 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 12.10.2007 - 8 U 430/06 -