

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 167, 675, 611

Wenn der Prozeßbevollmächtigte neben sich einen weiteren Rechtsanwalt mit der Prozeßvertretung beauftragt und dieser im Rechtsstreit für den Mandanten über längere Zeit hinweg tätig wird, kann dies nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht einen vertraglichen Gebührenanspruch des beauftragten weiteren Rechtsanwalts gegen den Mandanten begründen.

BGH, Urt. v. 12. März 1981 - III ZR 60/80 - OLG München  
LG München II

33

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 60/80

URTEIL

Verkündet am

12. März 1981

Schorm,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Anna T [REDACTED],  
L [REDACTED] Straße [REDACTED], P [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Rechtsanwälte

1. Franz S [REDACTED],

2. Max S t [REDACTED],

3. Albert L U [REDACTED],

Sta [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1981 durch  
die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Kröner, Boujong und  
Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das  
Urteil des 12. Zivilsenats des Ober-  
landesgerichts München vom 6. Februar  
1980 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Re-  
visionsrechtszuges.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Im Jahre 1969 begann die Beklagte gegen die Spar-  
und Darlehenskasse M■■■■-A■■■■ einen Rechtsstreit,  
in dem sie u.a. die Übertragung des Eigentums an mehreren  
Grundstücken begehrte. Mit der Prozeßführung betraute  
sie den Rechtsanwalt T., ihren Bruder. Dieser bat noch  
während des ersten Rechtszuges den Kläger zu 1), einen  
langjährigen Anwaltskollegen, um Unterstützung.

Der Kläger zu 1) bestellte sich in der letzten  
mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht neben dem eben-  
falls anwesenden Rechtsanwalt T. als Bevollmächtigter der  
Beklagten. Im Rubrum des landgerichtlichen Urteils wurden  
er und sein Sozius, der Kläger zu 2), neben Rechtsanwalt T.  
als Prozeßvertreter der Beklagten aufgeführt.



Im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 3. Juli 1973 bestellte sich der Kläger zu 1) abermals neben Rechtsanwalt T. als Prozeßbevollmächtigter der Beklagten. Er trat auch im weiteren Verlauf des Verfahrens als ihr Vertreter auf.

Die Parteien streiten über die Berechtigung der von den Klägern für den Berufungsrechtszug geltend gemachten Honoraransprüche.

Die Kläger, die in einer Anwaltssozietät verbunden sind, sind der Ansicht, die Beklagte habe den Kläger zu 1) durch Rechtsanwalt T. als ihren Vertreter mit der Prozeßführung vor dem Berufungsgericht wirksam beauftragt. Sie haben die nach den Sätzen der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung angefallenen Gebühren in Höhe von 234.344,76 DM nebst Zinsen verlangt.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat vorgetragen: Sie habe die Erteilung eines Prozeßauftrags ausdrücklich abgelehnt. Der Kläger zu 1) habe gegen ein Pauschalhonorar von 3.000 DM lediglich ihren Bruder bei der Prozeßführung unterstützen sollen und sei von ihm nur im eigenen Namen beauftragt worden.

Nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 9. März 1979 hat die Beklagte Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Kläger zur Herausgabe von Kostenfestsetzungsbeschlüssen aus dem vorangegangenen Rechtsstreit zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage unter Abzug bereits gezahlter 3.000 DM in Höhe von 231.344,16 DM nebst Zinsen

stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen. Über die Widerklage hat es nicht entschieden. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil deshalb als Teilurteil angesehen und die Entscheidungen über die Kosten und zur Vollstreckbarkeit aufgehoben. im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision hat im Ergebnis keinen Erfolg.

#### I.

Das Berufungsgericht entnimmt dem Verhalten des Rechtsanwalts T., der das selbständige Auftreten des Klägers zu 1) (im folgenden: Kläger) in dem von der Beklagten geführten Rechtsstreit unbeanstandet hingenommen hat, er habe dem Kläger eine umfassende Prozeßvertretungsbefugnis für die Beklagte einräumen wollen. Der Kläger sei damit neben Rechtsanwalt T. Prozeßbevollmächtigter der Beklagten geworden. Diese Bewertung des Berufungsgerichts greift die Revision nicht an. Sie meint jedoch, das Berufungsgericht habe aus der dem Kläger erteilten Prozeßvollmacht zu Unrecht gefolgert, daß Rechtsanwalt T. auch den der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Anwaltsvertrag im Namen der Beklagten abgeschlossen habe. Darüber hinaus wendet sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Erklärung des Rechtsanwalts T. sei der Beklagten nach den

Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Das angefochtene Urteil hält diesen Angriffen im Ergebnis stand.

## II.

1. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht die Vollmacht von dem Anwaltsvertrag als Grundverhältnis nicht hinreichend unterschieden und dadurch unbeachtet gelassen hat, daß der Vertretungsbefugnis nicht notwendig ein Rechtsverhältnis mit dem Vollmachtgeber zugrunde zu liegen braucht (Staudinger/Dilcher BGB 12. Aufl. Vorbem. zu § 164, Rdn. 33; BGB-RGRK 12. Aufl. vor § 164, Rdn. 5). So ist der Unterbevollmächtigte eines Prozeßvertreters zwar Vertreter der Partei, in deren Namen er handelt. In der Regel wird aber die Substitution für eine Tätigkeit, die der Prozeßbevollmächtigte pflichtgemäß selbst vorzunehmen hätte, von ihm im eigenen Namen aufgetragen und daher von ihm selbst bezahlt werden müssen (OLG Kiel SeuffArch 75,19; LG Darmstadt JW 1929, 152; Stein/Jonas/Leipold ZPO 20. Aufl, § 81 Rdn. 17; Staudinger/Dilcher aaO § 167 Rdn. 70; Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 12. Aufl. § 54 II 4).

Anders liegt es aber, wenn - wie hier - der zuerst bevollmächtigte Rechtsanwalt einem Kollegen eine umfassende Vollmacht erteilt und dieser in entsprechendem Maße auch tätig wird. In einem solchen Fall nimmt der weitere Prozeßvertreter nicht einen Teil der Aufgaben des Erstbevollmächtigten wahr, sondern tritt neben ihn. Er wird deshalb in der Regel nicht im Interesse des Erstbevollmächtigten eingeschaltet, sondern im Interesse der Partei, etwa weil nach ihrer Einschätzung wegen der Bedeutung oder des Umfangs der Angelegenheit ein einzelner Anwalt eine sachge-

rechte Interessenwahrung nicht gewährleistet. Der zusätzlich hinzugezogene Anwalt darf dann regelmäßig davon ausgehen, daß seine Tätigkeit von der Partei vergütet werden wird. Eine Beauftragung auf eigene Rechnung des zunächst betrauten Anwalts kann der später Bevollmächtigte ohne das Vorliegen besonderer Umstände auch deshalb nicht erwarten, weil dies im Ergebnis bedeutete, daß der ursprüngliche Prozeßvertreter seine Aufgaben unentgeltlich wahrnehme. Besteht mit der Partei nämlich keine besondere Vereinbarung (§ 3 BRAGO), so müßte er mit seinem Honorar die entsprechend hohe Vergütung (§ 5 BRAGO) des neben ihm tätig gewordenen Kollegen begleichen. In einem Fall - wie dem vorliegenden - ist nach allem davon auszugehen, daß der zusätzlich hinzugezogene Anwalt im Namen der Partei beauftragt wird.

Dem Berufungsurteil ist kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, daß von diesem Grundsatz hier eine Ausnahme zu machen ist. Der schon ältere Rechtsanwalt T. hatte den Kläger zu seiner Unterstützung herangezogen, weil er befürchtete, aufgrund jahrzehntelanger Auseinandersetzungen mit der Spar- und Darlehenskasse die Belastung des Rechtsstreits nicht mehr durchstehen zu können. Es lag daher weniger in seinem, als vielmehr im Interesse der Beklagten, durch die Beauftragung des Klägers eine reibungslose Fortsetzung des Rechtsstreits sicherzustellen. Dem steht nicht entgegen, daß Rechtsanwalt T. seinen Auftrag an den Kläger mit den Worten umschrieben hat, er solle "ihm assistieren". Entscheidend kommt es darauf an, daß der Kläger die Interessen der Beklagten umfassend wahrnehmen sollte. Der Kläger durfte das Verhalten des Rechtsanwalts T. daher dahin verstehen (§ 133 BGB), daß dieser ihm im Namen der Beklagten nicht nur eine Prozeßvollmacht er-

teilte, sondern ihn auch in ihrem Namen mit der Prozeßführung beauftragte (§§ 675, 611 BGB). Das gilt um so mehr, als Rechtsanwalt T. vermögenslos und die Durchsetzbarkeit von Honoraransprüchen ihm gegenüber von vornherein zweifelhaft war.

2. a) Eine ausdrückliche Bevollmächtigung des Rechtsanwalts T. zum Vertragsabschluß läßt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht herleiten. Insbesondere war er aufgrund seiner Prozeßvollmacht nicht dazu befugt, seine Vollmacht an einen anderen so weiterzugeben, daß dieser neben ihm die Vertretung für den Prozeß als Ganzes übernahm (vgl. RGZ 11, 368, 369; Stein/Jonas/Leipold aaO § 81 Rdn. 15; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 39. Aufl. § 81 Anm. 2 Bd; Zöllner/Vollkommer ZPO 12. Aufl. § 81 Anm. I 5).

b) Zutreffend hat aber das Berufungsgericht die Beauftragung des Klägers der Beklagten nach den Grundsätzen über der Anscheinsvollmacht zugerechnet. Danach kann sich der Vertretene auf den Mangel der Vollmacht seines angeblichen Vertreters dann nicht berufen, wenn er dessen Verhalten zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können, und wenn der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin auffassen durfte, daß es dem Vertretenen bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können (vgl. BGH Urteil vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75 = WM 1977, 1169, 1170 m.w.Nachw.; BGB-RGRK aaO § 167 Rdnr. 12).

aa) Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte habe bei pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können, daß ihr Bruder den Kläger in ihrem Namen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in der Berufungsinstanz beauftragt habe. Dem landgerichtlichen Urteil habe sie entnehmen können, daß der Kläger bereits in der ersten Instanz als ihr Prozeßbevollmächtigter aufgetreten sei. Sie habe auch gewußt, daß er für diese Tätigkeit ihr gegenüber Honorarforderungen geltend gemacht habe. Da ihr bekannt gewesen sei, daß ihr Bruder den Kläger auch im Berufungsverfahren beigezogen habe und dieser im Rubrum des Teil- und Zwischenurteils des Oberlandesgerichts vom 4. Juni 1976 erneut als ihr Prozeßbevollmächtigter aufgeführt sei, habe sie damit rechnen müssen, der Kläger werde auch für seine Tätigkeit in der Berufungsinstanz von ihr eine Vergütung erwarten.

Diese Feststellungen halten den Angriffen der Revision stand. Sie beruhen auf einer Würdigung tatsächlicher Umstände, die besondere Kenntnisse über die Befugnisse und die Rechtsstellung eines Prozeßbevollmächtigten oder die rechtliche Einordnung eines anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages nicht voraussetzt, und deshalb auch einer juristisch nicht vorgebildeten Partei möglich ist. Ohne Erfolg bleibt daher die Rüge der Revision, die verfahrensrechtliche Stellung eines Prozeßbevollmächtigten und daraus sich im allgemeinen ergebende Folgerungen für die Honorarfrage hätten der Beklagten nicht bekannt zu sein brauchen.

Zutreffend hat das Berufungsgericht den für die Beklagte erkennbaren Rechtsschein in erster Linie auf deren Verhalten bei den gescheiterten Honorarverhandlungen gestützt. Die Beklagte hat noch vor Verkündung des erstin-

stanzlichen Urteils über ihren Bruder dem Kläger eine Pauschalzahlung von 15.000 DM angeboten. Dies konnte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dem Schreiben des Rechtsanwalts T. vom 25. Oktober 1972 und dem eigenen Vortrag der Beklagten entnehmen, das Honorarangebot sei nach Rücksprache mit ihr gemacht worden. Der Kläger hat daraufhin einen Gegenvorschlag vorgelegt, wonach er die gesetzlichen Gebühren für sich beanspruchte, diese aber zunächst gestundet werden sollten. Aufgrund dieses Angebots durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, der Kläger werde sich wegen seiner in der Berufungsinstanz erwachsenen Gebührenansprüche an ihren Bruder halten oder werde zu geringeren als den gesetzlichen Gebühren für sie tätig werden.

bb) Die Beklagte hätte das Handeln ihres Vertreters auch verhindern können. Dazu hätte sie dem Kläger lediglich anzeigen müssen, eine Beauftragung durch sie komme nicht in Betracht. Eine solche klarstellende Erklärung der Beklagten hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als nicht bewiesen erachtet. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO außer acht gelassen, daß Rechtsanwalt T. nach der Zeugenaussage seiner Ehefrau dem Kläger auf dessen Bitte nach einer schriftlichen Prozeßvollmacht der Beklagten erwidert habe: "Sie stellen sich das so einfach vor, meine Schwester hat ihren eigenen Kopf. Sie unterschreibt mir keinen Übergabevertrag und auch keine Vollmacht." Das Berufungsgericht hat diese Aussage nicht übergangen, wie seine Ausführungen zeigen. Seine Würdigung, bei der Erklärung des Rechtsanwalts T. habe es sich um eine bloße Voraussage gehandelt, die er vor einer entsprechenden Befragung der Beklagten geäußert und die einen Anwaltsvertrag mit ihr nicht von vornherein ausgeschlossen habe, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

cc) Mit dem Berufungsgericht ist weiter davon auszugehen, daß der Kläger nach Treu und Glauben aufgrund der Umstände und der Verkehrssitte darauf vertrauen durfte, Rechtsanwalt T. sei dazu befugt, mit dem Kläger einen Anwaltsvertrag mit Wirkung für die Beklagte abzuschließen. Zutreffend leitet das Berufungsgericht den Rechtsschein einer entsprechenden Vertretungsmacht aus der Stellung des Rechtsanwalts T. als eines langjährigen Kollegen des Klägers ab und auch daraus, daß der Bruder der Beklagten den Prozeß sehr selbständig führte und mit der Sache selbst in enger Beziehung stand.

Die Revision macht geltend, der Kläger habe sich bei einem so außergewöhnlichen Rechtsgeschäft, wie es die Beauftragung eines weiteren Prozeßbevollmächtigten in einem Rechtsstreit mit einem Streitwert von nahezu 16 Millionen DM darstelle, nicht auf das Wort des Rechtsanwalts T. verlassen dürfen, sondern habe unmittelbar mit der Beklagten in Kontakt treten oder wenigstens auf der Erteilung einer schriftlichen Vollmacht bestehen müssen. Dem ist nicht beizutreten. Die Umstände des Einzelfalls können auch bei Vorliegen eines wichtigen, nicht besonders eilbedürftigen Geschäfts zur Annahme einer Anscheinsvollmacht führen (vgl. Staudinger/Dilcher aaO § 167 Rdnr. 37; BGB-RGRK aaO § 167 Rdnr. 14). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Geschäftspartner dem Vertreter besonderes Vertrauen entgegenbringen kann und einleuchtende Gründe für den Abschluß gerade eines solchen Rechtsgeschäfts vorliegen. Dem Bruder der Beklagten als einem ihm lange bekannten Berufskollegen durfte der Kläger in gesteigertem Maße vertrauen. Auch brauchten sich ihm aus der Art des Rechtsgeschäfts nicht notwendig Zweifel an der Vertretungsmacht des Rechtsanwalts T. aufzudrängen. Dieser stand selbst eng

mit dem dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt in Beziehung und wurde von dem Verfahren auch wegen seines Alters persönlich stark belastet. Dies konnte der Beklagten nach der Lebenserfahrung schwerlich verborgen bleiben. Es lag deshalb durchaus in ihrem Interesse, zur Gewährleistung einer sorgfältigen Prozeßführung den Kläger als eine an der Sache unbeteiligte Person zusätzlich einzuschalten und damit eine unvoreingenommene Einschätzung der Rechtslage und eine entsprechende Prozeßführung zu fördern. Gerade auch die erhebliche Bedeutung des Rechtsstreits ließ eine zusätzliche Prozeßvertretung durch den Kläger wirtschaftlich für vertretbar erscheinen. Das gilt um so mehr, als Rechtsanwalt T. erklärt hatte, die eingeklagten Rechte würden für die "Familie" geltend gemacht, und es deshalb nahelag, daß die Beklagte, soweit sie im Rechtsstreit unterliegen würde, im Ergebnis nicht oder jedenfalls nicht allein für die ihrem Bruder erwachsenen Anwaltsgebühren würde einstehen müssen.

Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß eine Anscheinsvollmacht nur bei einer gewissen Häufigkeit des Handelns des vorgeblichen Vertreters und einer gewissen Zeitdauer seiner Tätigkeit in Frage kommt. Sie meint, davon könne bei einer lediglich auf die Vertretung der Beklagten im ersten und zweiten Rechtszug eines Rechtsstreits gerichteten Bestellung des Klägers keine Rede sein. Auch diese Rüge bleibt bei dem hier zu prüfenden Sachverhalt ohne Erfolg.

Das Berufungsverfahren dauerte nahezu fünf Jahre. In den zahlreichen Verhandlungsterminen wurde dem Kläger regelmäßig gestattet, selbständig neben Rechtsanwalt T. aufzutreten. Dadurch wurde über eine lange Zeitspanne hinweg

der Eindruck erweckt, sein Handeln im Namen der Beklagten stehe im Einklang mit den Absichten des Rechtsanwalts T. und einer ihm von der Beklagten erteilten Vertretungsmacht. Damit ist aber dem Erfordernis Genüge getan, daß das Verhalten des Vertreters von einer gewissen Häufigkeit oder Dauer sein muß, um einen Vertrauenstatbestand zu rechtfertigen (vgl. BGH Urteil vom 13. Juli 1977 - VIII ZR 243/75 - aaO).

Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Parteien eine Honorarvereinbarung nicht getroffen haben, steht dem Kläger die von ihm eingeklagte gesetzliche Vergütung zu. Diese fällige Forderung können auch die Kläger zu 2) und 3) als Gesamtgläubiger geltend machen. Ihre vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejahte Aktivlegitimation hat die Beklagte in der Revisionsinstanz nicht mehr in Frage gestellt.

### III.

Die Verurteilung der Beklagten hat das Berufungsgericht zutreffend nicht von der Herausgabe der Kostenfestsetzungsbeschlüsse durch die Kläger abhängig gemacht.

Die Beklagte hat die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 19. Dezember 1979 nicht geltend gemacht. Zwar hatte sie mit der Widerklage zu erkennen gegeben, die Herausgabe der Kostenfestsetzungsbeschlüsse von den Klägern verlangen zu wollen. Das Berufungsgericht hatte jedoch keine Veranlassung, anzunehmen, die Beklagte wolle

auf diesen Anspruch in der Berufungsinstanz nunmehr ein Zurückbehaltungsrecht stützen, weil sich die Beklagte noch vor der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht mit Schriftsatz vom 5. November 1979 ausdrücklich "vorbehalten" hatte, "vorsorglich den Antrag zu stellen, ein Urteil nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Kostenfestsetzungsbeschlüsse zu verkünden." Da die Beklagte damit deutlich gemacht hatte, sich der Möglichkeit eines Zurückbehaltungsrechts und der Notwendigkeit seiner Geltendmachung bewußt zu sein, war das Berufungsgericht nicht nach § 139 ZPO verpflichtet, auf dieses Verteidigungsmittel hinzuweisen. Die Revision hat insoweit einen Verfahrensverstoß auch nicht gerügt.

Das Berufungsgericht konnte schließlich unberücksichtigt lassen, daß die Beklagte mit einem nachgelassenen Schriftsatz vom 15. Januar 1980 das landgerichtliche Urteil "auch deshalb" beanstandet hatte, "weil die Verurteilung nicht Zug um Zug erfolgte". Der Revision ist zuzugeben, daß in der Berufung auf diese Rechtsfolge die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gesehen werden kann. Den Parteien war jedoch in der der Beweiserhebung nachfolgenden letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht lediglich ein Schriftsatz "zur Beweiswürdigung" nachgelassen worden. Nur in diesem Rahmen war ihr späteres Vorbringen zulässig. Ein neuer Tatsachenvortrag und erst recht die Erhebung einer Einrede wie die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts waren von dem Schriftsatznachlaß nicht mehr gedeckt und mußten deshalb unbeachtet bleiben.

Das Berufungsgericht ist dementsprechend in seinem Urteil sachlich auf das neue Vorbringen nicht eingegangen.

Es hat den Schriftsatz vom 15. Januar 1980 lediglich zum Anlaß genommen, die Rechtsauffassung der Beklagten zu überprüfen, bereits das Landgericht habe die Beklagte nur Zug um Zug gegen die Herausgabe der Kostenfestsetzungsbeschlüsse verurteilen dürfen. Das Berufungsgericht ist demnach nur auf das Vorbringen der Beklagten in der ersten Instanz eingegangen und hat sich zu Recht nicht damit auseinandergesetzt, ob der Schriftsatz vom 15. Januar 1980 einen neuen erheblichen Sachvortrag enthielt.

#### IV.

Da ihr Rechtsmittel ohne Erfolg geblieben ist, fallen der Beklagten die Kosten des Revisionsrechtszuges zur Last (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz muß hingegen weiter offenbleiben.

Das Berufungsgericht hat die Kostenentscheidung des Landgerichts mit der Begründung aufgehoben, das erstinstanzliche Urteil sei ein Teilurteil, weil die Widerklage nicht beschieden sei und über sie noch eine Entscheidung zu treffen sein werde. Hiergegen bestehen zwar rechtliche Bedenken, da die Erhebung einer Widerklage nur bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung statthaft ist (BGH Urt. v. 12. Februar 1981 - VII ZR 112/80; Lorff JuS 1979, 569, 571; Stein/Jonas/Schumann aaO § 33 Rdn. 12; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 282 Anm. 2; Zöllner/Stephan aaO § 296 a Anm. 2) und sie deshalb ohne Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 156 ZPO) nicht mehr Gegenstand des vorlie-

genden Rechtsstreits werden konnte. War das Landgericht hiernach nicht befugt, ohne einen neuen Verhandlungstermin über die Widerklage zu befinden, so hat es über den gesamten Streitstoff entschieden, der seiner Beurteilung unterlag. Sein Urteil durfte deshalb nicht als ein Teilurteil aufgefaßt werden.

Die Revision hat jedoch die durch das Berufungsgericht vorgenommene Einordnung des landgerichtlichen Urteils als Teilurteil nicht gerügt. Der Senat ist deshalb an diese Bewertung gebunden (vgl. RGZ 85, 214, 217; BGHZ 16, 71, 73 f.). Eine abschließende Entscheidung über die erstinstanzlichen Kosten der Klage kann daher jetzt nicht ergehen. Das Landgericht wird deshalb bei der Beurteilung der Widerklage davon auszugehen haben, daß sie trotz ihres verspäteten Einbringens in den Rechtsstreit verfahrensrechtlich mit der Klage verbunden ist, und deshalb über die Kosten der Klage und der Widerklage einheitlich entscheiden müssen.

Krohn

Tidow

Kröner

Boujong

Scholz-Hoppe