

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 39, 272a, 274 Abs. 3

a) Zur Frage, wann eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache vorliegt.

b) Ist die Zuständigkeit eines Gericht nach den §§ 38, 39 ZPO vereinbart worden, so ist für eine Unzuständigkeitseinrede, die nach § 274 Abs. 3 ZPO nachgeholt werden könnte, kein Raum mehr.

BGH, Urt. v. 11. November 1963 - VII ZR 167/62 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

Verkündet
am 11. November 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Maklers Hermann R [REDACTED], W [REDACTED],
J [REDACTED] str. [REDACTED]

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rentner August F [REDACTED], L [REDACTED] bei M [REDACTED],
Haus W [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. November 1963 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Dr. Heilmann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden die Urtei-
le des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 11. April 1962 und der 5. Zivilkammer des Land-
gerichts in Wuppertal vom 17. Oktober 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das Landge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

In dem Rechtsstreit 5 0 113/60 vor dem Landgericht in Wuppertal forderte der Beklagte vom Kläger die Rückzahlung eines Betrages von 5.000 DM, die der Kläger sich im Zusammenhang mit einem im Jahre 1957 für den Beklagten vermittelten Grundstückskauf von diesem erschlichen haben soll. Im Verhandlungstermin vom 24. Januar 1961 erhob der Kläger Widerklage und beantragte mit dieser die Feststellung, daß eine vom Beklagten am 8. Juni 1957 notariell anerkannte Schuld von 10.000 DM bestehe. Der Beklagte beantragte, die Widerklage abzuweisen. Im Protokoll über die Verhandlung vom 24. Januar 1961 ist der vorgedruckte Satz "Die Anwälte verhandelten sodann zur Sache" durchgestrichen.

Das Landgericht gestattete im Termin vom 24. Januar 1961 dem Beklagten nach § 272 a ZPO, einen Schriftsatz nachzubringen. In dem fristgemäß eingereichten Schriftsatz machte der Beklagte geltend, die Widerklage sei nicht zulässig und das Landgericht in Wuppertal für die Entscheidung über sie nicht zuständig.

Das Landgericht verkündete am 21. Februar 1961 ein Urteil, in dem es der Klage auf Zahlung von 5.000 DM stattgab. Durch einen gleichzeitig verkündeten Beschluß trennte das Landgericht die Verhandlung über die Widerklage ab und ordnete insoweit die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung an.

Im vorliegenden abgetrennten Rechtsstreit, in dem der Widerklageanspruch nunmehr mit Klage verfolgt wird, streiten die Parteien darüber, ob das Landgericht in Wuppertal örtlich zuständig ist.



Der Kläger macht geltend, zwischen Klage und Widerklage habe ein rechtlicher Zusammenhang bestanden. Deshalb sei die Zuständigkeit nach § 33 ZPO begründet worden. Zudem habe sich der Beklagte im Termin vom 24. Januar 1961 auf die Widerklage eingelassen, ohne die Unzuständigkeit zu rügen.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß die notariell anerkannte Schuld von 10.000 DM besteht.

Der Beklagte lounget einen rechtlichen Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage. Er meint, er habe sich auf die Unzuständigkeit des Gerichts rechtzeitig in dem ihm vorbehaltenen Schriftsatz berufen.

Das Landgericht hat die Klage "wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts" abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil bestätigt.

Mit der Revision beantragt der Kläger, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben, das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Sache an das Berufungsgericht, hilfsweise an das Landgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Beklagte wohnt nicht im Bezirk des Landgerichts in Wuppertal, so daß eine Zuständigkeit dieses Gerichts nach §§ 12, 13 ZPO nicht in Betracht kommt. Streitig ist, ob ein Gerichtsstand gegen ihn im Rechtsstreit 5 O 113/60

vor der Abtrennung der Verhandlung über die Widerklage nach § 33 oder §§ 38, 39 ZPO begründet worden ist. Wenn das der Fall ist, so bleibt die so begründete Zuständigkeit auch nach der Trennung für das nunmehr mit Klage verfolgte Feststellungsbegehren bestehen (Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 18. Aufl., § 145 V). Davon gehen auch das Berufungsgericht und die Revision aus.

Das Berufungsgericht verneint jedoch, daß vor der Trennung ein Gerichtsstand nach den genannten Vorschriften begründet worden sei. § 33 ZPO sei nicht anwendbar, weil der nach dieser Bestimmung erforderliche rechtliche Zusammenhang zwischen Klage- und Widerklageanspruch fehle. Auch sei ein Gerichtsstand nicht nach §§ 38, 39 ZPO vereinbart worden, weder ausdrücklich noch durch Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit. Der Beklagte habe eine solche Rüge in dem von ihm nach der Verhandlung vom 24. Januar 1961 nachgereichten Schriftsatz erhoben. Die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1961 habe auch den Inhalt dieses Schriftsatzes umfaßt. Es müsse angenommen werden, daß der Beklagte nicht vorher - im Termin vom 24. Januar 1961 - sich zur Hauptsache eingelassen habe. Nach dem Protokoll über diese Verhandlung sei davon auszugehen, daß die Parteien sich darauf beschränkt hätten, die Anträge zur Klage und Widerklage zu stellen, und nicht in eine sachliche Erörterung des Sach- und Streitstands eingetreten seien. Daraus, daß das Landgericht auf Grund dieser Verhandlung ein Urteil über die Klage auf Zahlung von 5.000 DM erlassen habe, könne jedenfalls nicht geschlossen werden, daß auch in Bezug auf die Widerklage zur Hauptsache verhandelt worden sei. Für das Gegenteil spreche, daß die Widerklageschrift erst im Termin vom 24. Januar 1961 überreicht worden sei, daß weder das Gericht noch der Be-

klagte ihren Inhalt gekannt hätten und daß die mündliche Verhandlung wiedereröffnet worden sei. Demnach sei davon auszugehen, daß erstmals nach der Abtrennung in der Verhandlung vom 3. Oktober 1961 in Bezug auf das Feststellungsbegehren zur Hauptsache verhandelt worden sei; in diesem Termin habe aber der Beklagte in erster Linie die Einrede der Unzuständigkeit erhoben.

II.

Im Gegensatz zum Berufungsgericht bejaht der Senat die Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts auf Grund der § 38, 39 ZPO.

1. Anscheinend nimmt das Berufungsgericht an, daß die Rüge der Unzuständigkeit, weil sie in dem nach § 272 a ZPO vorbehaltenen Schriftsatz enthalten ist, als in der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1961 vorgetragen zu gelten habe. Hiergegen wären mit der Revision Bedenken zu erheben. § 272 a ZPO dient dazu, Behauptungen des Gegners zu beantworten, auf die die Partei in der Verhandlung keine Erklärung abgeben kann. Die Vorschrift soll aber nicht ermöglichen, prozeßhindernde Einreden in dem nachgereichten Schriftsatz zu erheben.

Doch braucht nicht abschließend geprüft zu werden, ob die Unzuständigkeit überhaupt in einem nach § 272 a ZPO vorbehaltenen Schriftsatz geltend gemacht werden kann.

Ein Beklagter kann, wie sich aus § 39 ZPO ergibt, die Unzuständigkeit nicht mehr geltend machen, wenn er zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Wenn das im Termin vom 24. Januar 1961 der Fall war, ist die Zuständigkeit des Landgerichts in Wuppertal begründet worden und die

Rüge im nachgebrachten Schriftsatz zu spät gekommen. Wenn es nicht geschehen ist, so kam die Rüge im nächsten Termin vom 3. Oktober 1961, in dem der Beklagte sie, wie das Berufungsgericht feststellt, vor der Verhandlung zur Sache erhoben hat, noch früh genug.

2. Die entscheidende und auch vom Berufungsgericht in den Vordergrund gerückte Frage ist demnach, ob der Beklagte im Termin vom 24. Januar 1961 über die Widerklage zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Das wird vom Berufungsgericht verneint. An diese Beurteilung ist der Senat nicht gebunden, ebenso nicht an diejenige des Landgerichts, vor dem die Verhandlung am 24. Januar 1961 stattgefunden hat. Wie Erklärungen und Verhalten einer Partei im Prozeß zu werten sind, kann vielmehr das Revisionsgericht frei und selbständig prüfen.

a) Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich darauf beschränkt, die Anträge zu stellen, und überhaupt nicht zur Hauptsache verhandelt, kann nicht beigetreten werden.

Der Hinweis auf die dem Protokoll nach § 164 ZPO zukommende Beweiskraft geht fehl. Diese Beweiskraft erstreckt sich nur auf die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten, die in den §§ 159 Abs. 2, 160 Abs. 2 aufgezählt sind. Daß die Parteien zur Hauptsache verhandelt haben, braucht nach diesen Vorschriften im Protokoll nicht angegeben zu werden.

Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts spricht, daß das Landgericht auf Grund der Verhandlung vom 24. Januar 1961 durch das Urteil vom 21. Februar 1961 sachlich über die Klage entschieden und ihr stattgegeben hat. Diese Entscheidung setzt voraus, daß jedenfalls über die Klage zur Hauptsache verhandelt worden ist.

b) Es ist allerdings denkbar, daß die Verhandlung zur Hauptsache sich auf die Klage beschränkte und sich nicht auch auf die Widerklage bezog. Genügende Anhaltspunkte für diese Annahme bestehen aber nicht. Es ist nicht ersichtlich, daß Klage und Widerklage, was die Verhandlung zur Hauptsache angeht, im Termin verschieden behandelt worden wären. Daß der Beklagte bereits im Termin vom 24. Januar 1961 sich gegen die Zulässigkeit der Widerklage und die Zuständigkeit des Gerichts für diese gewandt und insbesondere geltend gemacht hätte, die Voraussetzungen des § 33 ZPO seien nicht gegeben, behauptet er selbst nicht.

c) Die Gründe, die das Berufungsgericht für seine Ansicht anführt, es sei gleichwohl über die Widerklage nicht zur Hauptsache verhandelt worden, überzeugen nicht.

Daß das Landgericht kein Urteil über die Widerklage erlassen hat, sondern - ob mit Recht oder Unrecht - die Trennung nach § 145 Abs. 2 ZPO angeordnet hat, beweist nichts über den Inhalt der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung. Auch deren Wiedereröffnung, die nur die Folge der Trennung nach § 145 Abs. 2 ZPO ist, besagt hierüber nichts.

Schließlich wird auch die Ansicht des Berufungsgerichts nicht genügend gestützt durch die Erwägung, daß die Widerklageschrift erst im Termin vom 24. Januar 1961 überreicht worden und ihr Inhalt dem Gericht und dem Beklagten nicht bekannt gewesen sei.

Schon der Ausgangspunkt stimmt mit dem Prozeßvorbringen nicht überein, wie die Revision mit Recht rügt. Der Beklagte hat ausdrücklich zugestanden, daß seinem Prozeßbevollmächtigten die Widerklage 4 Tage vor dem Ter-

min angekündigt und die Widerklageschrift etwa 10 bis 15 Minuten vor der Verhandlung übergeben worden ist (Schriftsatz vom 9. Februar 1962). Die weitere Behauptung des Klägers, der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten habe die Widerklageschrift auch durchgelesen, hat der Beklagte nicht bestritten.

Zudem muß jedenfalls der Kläger (damals Widerkläger) den Inhalt der Widerklage vorgetragen haben, sei es auch nur durch Bezugnahme (§ 137 Abs. 3 Satz 1 ZPO) auf den sie enthaltenden Schriftsatz. Sonst hätte dem Beklagten nicht nach § 272 a ZPO gestattet werden können, sich zu den Behauptungen der Widerklage in einem nachzubringenden Schriftsatz zu erklären, wie es § 272 a ZPO ermöglicht (vgl. oben unter 1). Hat aber der Kläger in Bezug auf die Widerklage verhandelt und der Beklagte gegen sie in prozessualer Hinsicht keine Einwände oder auch nur Bedenken oder Vorbehalte geltend gemacht, sondern sich nur vorbehalten, zu den Behauptungen der Widerklage noch Erklärungen abzugeben, so hat er sich damit sachlich auf die Widerklage eingelassen und im Sinne des § 39 ZPO zur Hauptsache verhandelt. So ist sein Verhalten, das in Kenntnis der Widerklage erfolgte, objektiv zu werten. Ob er sich bewußt war, damit zur Hauptsache zu verhandeln, ist nicht entscheidend (Stein-Jonas-Schönke aaO 39 II 4).

3. In der Revisionsverhandlung ist erörtert worden, ob der Beklagte sich auf die Vorschrift des § 274 Abs. 3 ZPO berufen könne. Danach kann eine prozeßhindende Einrede noch nach dem Beginn der Verhandlung zur Hauptsache geltend gemacht werden, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er sie ohne sein Verschulden nicht vorher geltend machen konnte.

Diese Vorschrift kommt jedoch dem Beklagten nicht zugute. § 274 Abs. 3 ZPO ist in einem Falle, in dem die

Zuständigkeit nach § 39 ZPO begründet worden ist, überhaupt nicht anwendbar. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

§ 274 Abs. 1 ZPO schneidet die Unzuständigkeitsreinrede - wie andere prozeßhindernde Einreden - ab, wenn der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat. Gleichwohl kann aber unter den besonderen Voraussetzungen des § 274 Abs. 3 ZPO die Einrede noch nachgeholt werden. Eben deswegen bedeutet § 274 Abs. 1 ZPO noch nicht, daß die Zuständigkeit des Gerichts durch Verhandlung zur Hauptsache schon endgültig begründet wird. Eine solche Bedeutung kommt aber dem § 39 ZPO zu. Hiernach wird eine unwiderlegliche Vermutung aufgestellt, daß die Zuständigkeit vereinbart worden ist. Kraft dieser Vereinbarung wird das Gericht zuständig. Ist es aber einmal zuständig, so ist für eine Einrede der Unzuständigkeit, die nachgeholt werden könnte, kein Raum mehr (RGZ 86, 229, 231; 151, 65, 67 f; Stein-Jonas-Schönke § 39 I 1 und 2, III).

4. Demnach ist das Landgericht in Wuppertal dadurch zuständig geworden, daß der Beklagte zur Hauptsache über die Widerklage verhandelt hat. Wie unter I bemerkt, folgt daraus auch die Zuständigkeit, nunmehr über das nach der Abtrennung nicht mehr mit Widerklage, sondern mit Klage verfolgte Feststellungsbegehren zu entscheiden.

Bei dieser Sachlage braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Zuständigkeit auch nach § 33 ZPO begründet worden ist. Es kommt weiter nicht auf die umstrittene Frage an, ob § 33 ZPO nur den Gerichtsstand der Widerklage oder allgemein die Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit regelt. Eine Vereinbarung über die Zuständigkeit ist in jedem Falle möglich (vgl. RGZ 46, 424, 426 f).

III.

Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben.

Das Berufungsgericht hätte, wenn es die Zuständigkeit richtig beurteilt hätte, die Sache nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts an dieses zurückverweisen müssen. Eine sachliche Entscheidung des Berufungsgerichts über die Feststellungsklage wäre, da die Parteien nach der Abtrennung, wie der Akteninhalt zeigt, nur die Frage der Zuständigkeit erörtert haben, nicht sachdienlich i.S. des § 540 ZPO gewesen. Beide Parteien hatten auch das Berufungsgericht ausdrücklich gebeten, von einer Entscheidung in der Sache selbst abzusehen.

Bei dieser Lage hält es der Senat für angebracht, auch das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen.

Dr. Winkelmann

Meyer

Rietschel

Finke

Heimann-Trosien