

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 696, 697

Die Verweisung der Mahnsache an das Landgericht macht den Anspruch dort anhängig, aber noch nicht rechtshängig. Als rückwirkend mit der Zustellung des Zahlungsbefehls rechtshängig geworden gilt der Anspruch erst, wenn das Landgericht alsbald Termin anberaumt hat.

BGH, Urt. v. 4. Februar 1975 - VI ZR 85/73 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 85/73

URTEIL

Verkündet am
4. Februar 1975
[REDACTED],
Justizobersekretärin,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Alfons H [REDACTED],
M [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

die Firma I [REDACTED] - I [REDACTED] H [REDACTED] - und I [REDACTED] -
Agentur C [REDACTED] & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin Marianne C [REDACTED],
M [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Januar 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Um die Jahreswende 1966/1967 beabsichtigte die klagende Kommanditgesellschaft, die sich bis dahin nur als Grundstücksmaklerin betätigt hatte, ein zu Verkauf stehendes Grundstück auf eigene Rechnung mit Eigentumswohnungen zu bebauen und diese zu veräußern. Eigentümer des Grundstücks waren zur Hälfte eine Frau D., zur anderen Hälfte eine Erbengemeinschaft nach deren verstorbenen Ehemann, an der sie wiederum zur Hälfte beteiligt war. Drei ihrer Kinder, denen die andere Hälfte des Erbanteils zustand, waren noch minderjährig.



Der beklagte Rechtsanwalt, damals ständiger Berater der Klägerin, entwarf einen privatschriftlichen Vertrag, nach dem die Klägerin das Grundstück durch Bebauung verwerten und als Gegenleistung Frau D. zwei Eigentumswohnungen auf dem Grundstück verschaffen sollte. Außerdem wurde auf Entwurf des Beklagten durch Frau D. und einen ihrer volljährigen Söhne dem Zeugen C., der Prokurist der Klägerin ist, eine weitgehende, bis 1. Dezember 1967 unwiderrufliche Vollmacht zur Verfügung über das Grundstück erteilt.

Anfang Februar 1967 verkauften jedoch die Grundstückseigentümer das Grundstück anderweit; sie haben es späterhin auch demgemäß veräußert.

Die Klägerin behauptet, daß der Beklagte schuldhaft eine Vertragsgestaltung gewählt habe, bei der der Verkäuferin dieses "Abspringen" möglich geblieben sei. Sie hat von dem ihr angeblich entgangenen Gewinn von 291.190 DM mit - dem Beklagten am 28. Januar 1970 zugestellten - Zahlungsbefehl zunächst einen Teilbetrag von DM 100.000,-- geltend gemacht. Nach Widerspruch des Beklagten verwies das Amtsgericht die Sache mit Beschluß vom 12. Februar 1970 zuständigkeitshalber an das Landgericht. Nachdem das Landgericht noch unter dem 26. Februar 1970 bei der Klägerin die weitere Gerichtsgebühr eingefordert hatte, wurde diese erst am 13. Juli 1970 entrichtet. Nunmehr erst bestimmte das Landgericht Termin zur mündlichen Verhandlung.

Im Streitverfahren hat die Klägerin eine Urkunde vorgelegt, nach der sie die Klagforderung (unstreitig)

am 23. Juni 1970 an einen gewissen Abbt abgetreten hat. Sie hat deshalb Zahlung an diesen begehrt.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision des Beklagten erstrebt die Abweisung der Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet.

Entscheidungsgründe

A

I. Da die Klägerin die streitbefangene Forderung abgetreten hat und Zahlung an den Abtretungsnehmer fordert, macht sie mit ihrer Leistungsklage ein fremdes Recht geltend. Ihre Befugnis dazu will das Berufungsgericht der Vorschrift des § 265 Abs. 2 ZPO entnehmen. Darin kann ihm nicht gefolgt werden.

Eine gesetzliche Prozeßstandschaft hätte sich für die Klägerin nach dieser Vorschrift nur ergeben, wenn die Abtretung nach Rechtshängigkeit geschehen wäre. Das trifft entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht zu.

1. Die ZPO regelt bezüglich des Eintritts der Rechtshängigkeit im Mahnverfahren ausdrücklich nur zwei Fallgestaltungen. Nach § 696 Abs. 2 ZPO gilt die Streitsache als mit Zustellung des Zahlungsbefehls rechtshängig geworden, falls nach Erhebung des Widerspruchs alsbald

Termin anberaumt wird. Der Zusammenhang der Vorschrift mit § 696 Abs. 1 ZPO zeigt, daß damit wenigstens zunächst die Anberaumung eines Termins vor dem Amtsgericht gemeint ist. Nach § 700 S. 1 ZPO gilt ferner bei Erlaß des Vollstreckungsbefehls der Anspruch als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls im Streitverfahren rechtshängig geworden. Hingegen ist nicht ausdrücklich gesagt, wann bei einer Verweisung an das Landgericht Rechtshängigkeit eintritt. Im Falle des § 697 Abs. 1 ZPO - Verweisung in der mündlichen Verhandlung - greift § 696 Abs. 2 ZPO ein. Dagegen regelt das Gesetz nicht ausdrücklich den Eintritt der Rechtshängigkeit in dem vorliegenden Fall des § 697 Abs. 2 ZPO. In S. 2 dieser Vorschrift ist lediglich gesagt, daß, wenn die Verweisung beschlossen wird, der Rechtsstreit mit der Zustellung des Beschlusses als beim Landgericht anhängig gilt.

2. Nach ganz herrschender Meinung tritt im Fall des § 697 Abs. 2 ZPO Rechtshängigkeit auch, aber erst mit der Terminsbestimmung beim Landgericht ein (OLG Nürnberg HRR 1932 Nr. 1983 = SeuffArch 86 Nr. 140; OLG München NJW 1959, 2219; KG NJW 1973, 909; Stein/Jonas/Schlosser ZPO, 19. Aufl. § 697 ZPO Anm. II 3; Baumbach/Lauterbach ZPO, 32. Aufl. § 697 ZPO Anm. 3 B; Zöllner ZPO, 11. Aufl. § 697 ZPO Anm. 2; Wieczorek ZPO, 2. Aufl. § 696 ZPO Anm. B II a, b; Thomas/Putzo ZPO, 7. Aufl. § 697 ZPO Anm. 3; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl. § 101 I, II 1 b S. 519; vgl. auch BGHZ 52, 47, 49).

Dabei wird indessen für die Rückwirkung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungs-

befehls nicht anders als in § 696 Abs. 2 ZPO alsbaldige Terminsbestimmung vorausgesetzt (OLG Nürnberg und OLG München aaO; Baumbach/Lauterbach aaO § 697 ZPO Anm. 3 B).

An der herrschenden Meinung (von der sich der nur auf Besonderheiten des Schmerzensgeldanspruchs bezügliche Senatsbeschluß vom 8. Dezember 1970 - VI ZA 11/70 - VersR 1971, 272 nicht entfernt) ist festzuhalten.

a) Es begegnet Bedenken, etwa mit Weyer (VersR 1971, 993, 995) anzunehmen, das Amtsgericht könne eine bei ihm nicht bestehende Rechtshängigkeit durch die Verweisung beim Landgericht herbeiführen. Bei einer Verweisung kann schon nach dem Wortsinn ein Verfahren nur in dem Zustand übergehen, in dem es sich befindet (unrichtig daher OLG Düsseldorf JmBl. NJW 1955, 137, 152; 1956, 66; zutreffend OLG Nürnberg und OLG München aaO; Kleinfeller ZZP 55, [19307, 193, 210). Die Begründung der Rechtshängigkeit bei einem anderen Gericht aufgrund Verweisung durch ein Gericht, bei dem diese Rechtshängigkeit nicht bestand, würde eine eindeutige gesetzliche Regelung voraussetzen.

Der Wortlaut des § 697 Abs. 2 S. 2 ZPO spricht für die hier vertretene Auffassung. Es ist dort nicht von rechtshängig, sondern nur von anhängig die Rede. Das trifft zwar u.a. auch für §§ 64, 66 ZPO zu, bei denen nach überwiegender Auffassung anhängig i.S. von rechts-hängig zu verstehen ist. Jedoch erklärt sich das aus der Zeit, als noch die Zustellung eines Zahlungsbefehls die Wirkungen der Rechtshängigkeit begründete, daher die Frage nach dem Beginn der Rechtshängigkeit nicht dieselbe Bedeutung hatte.

Auch praktische Erwägungen sprechen dafür, die Rechtshängigkeit erst mit der Terminbestimmung beim LG eintreten zu lassen. Die Terminierung erfolgt in der Regel (§ 111 Abs. 1 GKG) erst nach Zahlung der zweiten Hälfte der Prozeßgebühr. Damit ist die Parallele zu § 696 Abs. 2 ZPO im amtsgerichtlichen Verfahren hergestellt. Auch tritt eine Angleichung an das Klageverfahren ein. Ein einleuchtender Grund für eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Herbeiführung der Rechtshängigkeit ist nicht ersichtlich.

b) Auch im übrigen sprechen Sinn und Zweck der in § 265 Abs. 2 ZPO getroffenen Regelung für die hier vertretene Auffassung. Die Vorschrift soll verhindern, daß durch die Veräußerung der streitbefangenen Sache eine Partei um die Früchte ihres bisherigen Prozessierens gebracht wird (Baumbach/Lauterbach aaO § 265 ZPO Anm. 1; Schönke/Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. § 44 v [S. 206] Lent/Jauernig aaO § 87 II [S. 255]; Grunsky: Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 15 ff.; Henckel ZZP 82 [1969] S. 333, 334). Auch dem Gedanken der Prozeßökonomie kommt Bedeutung zu (Grunsky aaO S. 22 ff.; Zöllner aaO § 265 ZPO Anm. I; einschränkend Henckel aaO S. 334 f.). Solange aber das eigentliche Streitverfahren noch nicht begonnen hat (sicherlich nicht vor der Terminanberaumung beim LG), verlangen weder der Schutz-, noch der Ökonomiegedanke die Anwendung des § 265 Abs. 2 ZPO (vgl. Rosenberg/Schwab aaO § 166 III 6 d S. 902).

II. Nach allem könnten die Wirkungen der Rechtshängigkeit nur dann auf einen vor der Abtretung liegenden Zeitpunkt zurückbezogen werden, wenn Termin zur mündlichen Verhandlung alsbald bestimmt worden wäre. Hier ist in-

dessen die Terminsbestimmung von der Klägerin durch Nichtzahlung der weiteren Gebühr monatelang verzögert worden. Deshalb kann von alsbaldiger Terminsbestimmung keine Rede sein. Auch die Klägerin hat dies auf Hinweis des Senats nicht in Frage gezogen.

Damit kann sich die Klage nicht auf gesetzliche Prozeßstandschaft stützen.

III. Gleichwohl sieht der Senat davon ab, die Klage schon jetzt deshalb abzuweisen, weil es der Klägerin an der Prozeßführungsbefugnis fehlt. Die Klägerin hat in der Revisionsverhandlung geltend gemacht, es hätten auch die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozeßstandschaft vorgelegen (dazu eingehend Stein/Jonas/Pohle 19. Aufl. Anm. II 7 vor § 50 ZPO).

Die Tatsachen, aus denen sich diese Voraussetzungen - die ausdrückliche Ermächtigung durch den Inhaber des sachlichen Rechts und das von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ständig geforderte eigene Interesse des Klägers - ergeben, müssen nun allerdings spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter vorgetragen werden (BGHZ 31, 179, 283). Für die gegenteilige Meinung (Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. S. 220 Fußn. 2) mögen gewisse systematische Erwägungen sprechen; ihnen gegenüber gebührt aber dem Interesse des Beklagten wie des Drittberechtigten an der rechtzeitigen Schaffung klarer Verhältnisse der Vorrang, da nur so eine unerwünschte Verdoppelung des Rechtsstreits vermieden werden kann.

Im vorliegenden Falle muß jedoch damit gerechnet werden, daß das Berufungsgericht seine irrtümliche Beurteilung der prozessualen Lage erkennbar gemacht und damit die Klägerin von dem, wie ausgeführt, in diesem Zusammenhang erforderlichen Sachvortrag abgehalten hat, statt sie - wie dies geboten gewesen wäre - ggf. gemäß § 139 ZPO zu einer Ergänzung ihres Vortrags anzuhalten. Daher erscheint es angezeigt, der Klägerin durch Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht die Gelegenheit zur Nachbringung dieses möglicherweise nur versäumten Vortrags in der anderweiten Verhandlung offenzuhalten.

B.

Nach allem hat das Revisionsgericht sich derzeit mit der sachlich-rechtlichen Entscheidung nicht zu befassen. Trotzdem sieht sich der Senat durch die Ausführungen des angefochtenen Urteils zu einigen vorsorglichen Hinweisen für den Fall veranlaßt, daß die anderweite Verhandlung zur Feststellung einer wirksam gewillkürten Prozeßstandschaft führen sollte:

I. Schon daß der dem Beklagten erteilte Anwaltsauftrag den jetzt von der Klägerin behaupteten Inhalt gehabt hat, ist ausdrücklich bestritten. Der Beklagte hat im einzelnen dargelegt, daß die Klägerin wegen ihrer damaligen, im Rechtsstreit nicht konkret in Abrede gestellten Mittellosigkeit sich auf einen alsbaldigen Kauf des Grundstücks gar nicht habe einlassen können. Für die Richtigkeit dieser Darstellung kann es sprechen, daß die Klägerin selbst unbestritten die Aufgabe des Klägers dahin umreißen ließ, "so geschickt zu formulieren,

daß Frau D. durch die Formulierung selbst nicht abgeschreckt würde, der Vertrag aber andererseits hieb- und stichfest sei" (Bl. 214 Rs. in Wiedergabe eines Schreibens des für die Klägerin tätig gewesenen Rechtsanwalts Dr. S. [REDACTED] vom 25. April 1967).

Daß dies das Berufungsgericht beachtet hätte, ist nicht erkennbar. Wenn es im übrigen bemängelt, daß die Vertragstexte die Freistellung der Verkäufer von jedem Risiko nicht hinreichend betont hätten (BU S. 22), so trifft das zwar zu, denn die Vollmacht setzte die Verkäufer unter anderem sogar der Gefahr der Zwangsvollstreckung in das persönliche Vermögen aus. Es ist aber derzeit nicht ersichtlich, daß der Beklagte gerade damit den Wünschen der Klägerin zuwidergehandelt hat. Ob ihm insoweit standesrechtliche Bedenken hätten kommen müssen, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Sollte aber die Möglichkeit bestehen, daß die dafür beweispflichtige Klägerin den Beklagten nicht mit dem Entwurf eines Kaufvertrags beauftragt hat, sondern mit einem Vertragswerk, das die Verkäufer ungeachtet der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin im Rahmen des Möglichen "bei der Stange hielt", dann würde es schon an einer Mandatsverletzung als Grundlage des Klageanspruches fehlen.

II. Außerdem erscheinen die Erwägungen bedenklich, aus denen das Berufungsurteil die Ursächlichkeit der angenommenen Mandatsverletzung für den behaupteten Schaden bejaht.

1. Geht man von der (derzeit zu unterstellenden) Mittellosigkeit der Klägerin aus, dann ist schon der rechtliche Bestand der die Verkäufer ungewöhnlich benachteiligenden Vereinbarung fraglich. Daß die Verkäufer nach der Feststellung des Berufungsurteils zur Übernahme dieses Risikos bereit waren, wäre nur von Belang, wenn feststünde, daß sie seine Tragweite erkannt haben. Die Aussagen der Zeugen D., die das Berufungsurteil hier nicht würdigt, könnten indessen dafür sprechen, daß diese, wie nach Lage der Sache zu erwarten, von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Klägerin ausgegangen waren, dann aber - mit Recht - absprangen, als sie wegen der Nichtzahlung eines Handgelds von 1.000 DM Zweifel bekamen. Ob sie auf dieses Handgeld einen Rechtsanspruch hatten, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

Es wird ferner zu bedenken sein, ob nicht der einen ordnungsmäßigen Kaufvertrag beurkundende Notar die Pflicht gehabt hätte, die Verkäufer auf die Notwendigkeit einer Sicherung hinzuweisen, die die Klägerin möglicherweise nicht zu bieten vermochte. Daß jedenfalls die wenn auch geringfügigen Anteile der noch minderjährigen Miterben hätten ausbezahlt oder gesichert werden müssen, steht wohl außer Zweifel. Es gälte also festzustellen, ob die Klägerin mindestens dazu im Stande war.

2. Schließlich wird erneut zu prüfen sein, ob die Beklagte zur Durchführung des Bauprojekts, aus dem sie den angeblich entgangenen Gewinn herleitet, wirtschaftlich in der Lage gewesen wäre. Unterstellt man, daß die zugunsten einer Brauerei vorhandene Hypothek bestehen bleiben konnte, so minderte diese doch die Belastbarkeit

des Grundstücks empfindlich. Selbst wenn man davon absieht, daß die Verkäuferin Denk billigerweise wegen ihres Anspruchs auf zwei Eigentumswohnungen ebenfalls dinglich gesichert werden mußte, wie dies übrigens der spätere Erwerber auch getan hat, dann blieb für eine auch nur teilweise Zwischenfinanzierung des aufwendigen Baues keine nennenswerte Kreditgrundlage. Soweit das Berufungsgericht den recht allgemein gehaltenen Aussagen der Zeugen C [REDACTED] und F [REDACTED] doch entnehmen will, daß die Finanzierung gesichert gewesen sei, wird diese trichterliche Feststellung nur Bestand haben können, wenn sie die kritische Würdigung erkennbar macht, die angesichts der besonderen Rolle dieser Zeugen unerlässlich erscheint.

Bei der Zurückverweisung macht der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 1 Gebrauch.

Dr. Weber

Dunz

Richterin Scheffen
ist beurlaubt.
Dr. Weber

Dr. Steffen

Dr. Ankermann