

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 43/74

URTEIL

Verkündet am

18. September 1975

Kriegl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] A [REDACTED] (S.A.) T [REDACTED] A [REDACTED] "S [REDACTED]"
Rechtssitz P [REDACTED] (A [REDACTED]), C [REDACTED] La F [REDACTED];
Verwaltungs- und Handelssitz: G [REDACTED], Via C [REDACTED], ge-
setzlich vertreten durch ihren Liquidator, Ingenieur Franco
Z [REDACTED], G [REDACTED] (G [REDACTED])/Italien, Via F [REDACTED]
C [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Franz L [REDACTED], Alleininhaber Ingenieur Franz L [REDACTED],
M [REDACTED] Ofr.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1975 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Ballhaus, Dr. Bruchhausen, Bendler und Dr. Häußer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. März 1974 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Inhaberin von zwei italienischen Patenten, welche die automatische Herstellung von Wabenträgern aus Vollwandträgern betreffen; sie stellt dafür bestimmte Maschinen her.

Die Beklagte wurde Mitte Dezember 1962 gegründet und am 28. Januar 1963 in das Handelsregister eingetragen. Vor ihrer Gründung fanden zur Vorbereitung der beabsichtigten Geschäftstätigkeit Verhandlungen mit der Klägerin statt; diese führten am 5. Dezember 1962 zur Unterzeichnung eines Vertrags zwischen der Klägerin und "der sich in Gründung befindlichen Gesellschaft, vertreten von Dr. Ing.

- 3 -

Mario V [REDACTED] und Luigo R [REDACTED] (kurz Lizenznehmer genannt)". Gegenstand dieses Vertrages sollten "alle Verfahren und Vorrichtungen für die Herstellung und Lieferung von Spezial-Wabenträgern in gerader, gebogener und konischer Form nach dem "VERFAHRENSYSTEM L [REDACTED]" sein (Nr. 1 a). Der Lizenznehmer verpflichtete sich, die Serienfertigung solcher Wabenträger vorzubereiten und danach die Serienfertigung und Lieferung von Wabenträgern sicherzustellen (Nr. 3); die Klägerin übernahm es, an den Lizenznehmer zwei Spezialmaschinen zum Preis von DM 250.000,-- zu liefern (Nr. 2). Als Lizenzgebühr ("Anerkennungsgebühr") wurde ein nach der Jahresproduktion in Tonnen gestaffelter Betrag zwischen DM 40,-- und DM 25,-- je Tonne vereinbart; als Mindestlizenzgebühr ("Mindestroyalty") wurde jedoch ein jährlicher Betrag von DM 80.000,-- im ersten Jahr, von DM 122.500,-- im zweiten Jahr und von DM 150.000,-- im dritten Jahr festgesetzt (Nr. 4 a, d).

Der Vertrag vom 5. Dezember 1962 enthält weiterhin unter Nummer 7 e und Nummer 7 f folgende hier wesentliche Bestimmungen:

- "e) Zuständigkeitsort ist der Sitz der Firma L [REDACTED].
- f) Es gilt ausschließlich deutsches Recht für alle aus diesem Vertrage sich ergebenden Rechtsverhältnisse."

Der Geschäftsführer V [REDACTED] der Beklagten unterrichtete durch Telegramm vom 14. Dezember 1962 die Klägerin über die erfolgte Gründung der Beklagten; er bat gleichzeitig um Ausstellung einer "Pro-Forma-rechnung für Automaten". Die Klägerin übersandte da-



raufhin eine "Interimsrechnung" vom 22. Dezember 1962, die nach der Höhe des Rechnungsbetrages und nach den Zahlungsmodalitäten mit den entsprechenden Vereinbarungen des Vertrages vom 5. Dezember 1962 übereinstimmte. Der Rechnungsbetrag wurde von der Beklagten im Laufe des Jahres 1963 in den vereinbarten Teilbeträgen gezahlt. Die von der Klägerin Ende 1963 gelieferten Maschinen wurden von der Beklagten Anfang 1964 in Betrieb genommen. Die Beklagte wies im Briefkopf ihrer Geschäftspapiere und in ihren Katalogen entsprechend einer im Vertrag vom 5. Dezember 1962 ebenfalls übernommenen Verpflichtung (Nr. 6) auf das von ihr angewandte "Verfahren SYSTEM L [REDACTED]" hin. Durch ein Telegramm vom 2. Januar 1963 erteilte der Geschäftsführer V [REDACTED] der Klägerin weiterhin den Auftrag zur Lieferung einer Produktionshalle zum Preise von DM 78.900,--, über die durch Schreiben der Klägerin vom 14. Dezember 1962 ein Angebot unterbreitet worden war. Mit Schreiben vom 4. Januar 1963 bestätigte die Klägerin diesen Auftrag. Sie lieferte diese Hallenkonstruktion. Die Beklagte leistete auch dafür Zahlung in der vereinbarten Weise und Höhe.

Nach Darstellung der Beklagten waren sowohl die von der Klägerin gelieferten beiden Maschinen als auch die Hallenkonstruktion mangelhaft. Sie hat deshalb im Februar 1966 beim Landgericht in G [REDACTED] (Tribunale Civile di G [REDACTED]) Klage auf Schadensersatz und Beseitigung der behaupteten Mängel erhoben; sie hat dabei unter anderem auch beantragt, gleichzeitig zu erklären, daß sie keine Lizenzgebühr an die Klägerin zu entrichten habe. Die Klägerin (Beklagte jenes Rechtsstreits) hat durch Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 22. Juni 1966 in erster Linie die fehlende

internationale Zuständigkeit des italienischen Gerichts gerügt; sie hat "in rein eventueller und untergeordneter Linie" und unter Hinweis auf die nach Art. 167 Abs. 1 des Codice di Procedura Civile (Cod. proc. civ.) vorgesehene Präklusion Abweisung der Klage beantragt, sowie unter demselben Vorbehalt Widerklage auf Zahlung der fällig gewordenen Lizenzgebühren erhoben. Nach Erhebung der vorliegenden Klage hat die Klägerin durch Schriftsatz ihres dortigen Bevollmächtigten vom 1. Juli 1968, der Beklagten am selben Tage zugestellt, auf die beim Landgericht Genua erhobene Widerklage verzichtet; die Beklagte hat diesen Verzicht nicht angenommen. Das Landgericht Genua hat durch Urteil Nr. 2657/72 die Zuständigkeit des italienischen Gerichts bejaht, den Vertrag vom 5. Dezember 1962 auch gegenüber der Beklagten (Klägerin jenes Rechtsstreits) als rechtswirksam betrachtet, die Klägerin (Beklagte jenes Rechtsstreits) unter Abweisung der Klage im übrigen teilweise zum Schadensersatz verurteilt, sowie bezüglich der Höhe des Schadens, der Feststellungsklage über die Lizenzgebühren und der insoweit erhobenen Widerklage die weitere Untersuchung angeordnet.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die nach Nummer 4 des Vertrages vom 5. Dezember 1962 vereinbarten Mindestlizenzgebühren für die ersten vier Vertragsjahre geltend. Sie hat in erster Instanz zuletzt beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 502.500,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

- 6 -

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet den Klageanspruch und hat vorweg die fehlende Zuständigkeit des deutschen Gerichts vorgebracht. Nachdem diese Einrede rechtskräftig verworfen worden war (Senatsurteil vom 5. Oktober 1971 - ZR 68/69), hat sie die schon vorher angekündigte Einrede der Rechtshängigkeit aufgegriffen und beantragt, die Entscheidung über die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche abzulehnen. Die Beklagte hat sich darauf berufen, daß der Anspruch auf Zahlung von Lizenzgebühren durch die von der Klägerin beim Landgericht Genua erhobene Widerklage anhängig geworden sei, und daß die Rechtshängigkeit vor diesem Gericht einer Sachentscheidung entgegenstehe. Zwischen den Parteien sei insbesondere die ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht vereinbart worden. Bei dem Vertrag vom 5. Dezember 1962 habe es sich lediglich um einen Entwurf gehandelt, auf dessen Basis die damals im Gründungsstadium befindliche Beklagte nach Erlangen der Rechtsfähigkeit einen Vertrag mit der Klägerin abschließen sollte. Statt dessen sei dann nach weiteren fernmündlichen und schriftlichen Verhandlungen am 28. Januar 1963 mündlich ein Vertrag mit abweichendem Inhalt zustande gekommen, der insbesondere weder eine Gerichtsstandvereinbarung noch eine Vereinbarung über das anzuwendende Recht enthalten habe.

Das Landgericht hat durch weiteres Zwischenurteil auch die von der Beklagten erhobene Einrede der Rechtshängigkeit verworfen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag weiter, die Klage als unzulässig abzuweisen.

Die Klägerin begehrt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß für die Beurteilung des Zuständigkeitsstreits im Streitfall das deutsch-italienische Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 9. März 1936 (RGBl. 1937 II S. 145 / BGBI. 1952 II S. 986; im folgenden: deutsch-italienisches Abkommen) maßgebend ist, obwohl dieses Abkommen durch die Regelungen des Übereinkommens der Europäischen Gemeinschaft über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBI. 1972 II S. 773 ff.) ersetzt worden ist (Art. 55 EuG-Übk). Denn die hier in Rede stehenden Klagen wurden vor dem Inkrafttreten des Europäischen Übereinkommens am 1. Februar 1973 (Art. 62 EuG-Übk / Bekanntmachung vom 12.1.1973 - BGBI. 1973 II S. 60) erhoben (Art. 54 Abs. 1 EuG-Übk). Darin stimmen auch die Parteien überein.

2. Der die Einrede der ausländischen Rechtshängigkeit beinhaltende Antrag der Beklagten nach Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens ist zwar als Prozeßhandlung im vorliegenden Verfahren nach deutschem Recht als der *lex fori* zu beurteilen (Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht 1949, S. 91, 92; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. § 6 II Ziff. 1). Es kann indessen auf sich beruhen, ob dieser Antrag von der Beklagten gleichzeitig mit anderen prozeßhindernden Einreden vor dem Beginn der Verhandlung hätte vorgebracht werden müssen (§ 274 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 ZPO), oder ob es sich dabei - ebenso wie bei der Einrede der inländischen Rechtshängigkeit - um eine nicht verzichtbare prozeßhindernde Einrede handelt, die ohne Rücksicht auf ihre Geltendmachung von Amts wegen zu berücksichtigen ist (§ 274 Abs. 3 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 31. Aufl. § 263 Anm. 4 A). Denn die Bestimmung des § 274 Abs. 1 ZPO ist nachgiebigen Rechts (BGH LM Nr. 6 zu § 675 BGB), und die Klägerin hat ausweislich der Sitzungsniederschriften des Berufungsgerichts vom 23. Februar 1972 und vom 12. Juli 1972 das verspätete Vorbringen der Einrede der ausländischen Rechtshängigkeit bzw. des Antrags nach Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens nicht gerügt, sondern ohne Vorbehalt zur Sache verhandelt (§ 295 ZPO). Darin ist gleichzeitig ein Verzicht auf die Beobachtung der Vorschrift des § 528 Satz 1 ZPO zu erblicken (BGHZ 37, 264, 267).

3. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob durch den Vertrag vom 5. Dezember 1962 neben der Prorogation des deutschen Gerichts gleichzeitig

eine Derogation der italienischen Gerichte vereinbart wurde, und ob nachträglich eine Änderung dieser Vereinbarung erfolgte. Es ist deshalb in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien nicht getroffen wurde.

II. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, für die Einrede der ausländischen Rechtshängigkeit sei ausschlaggebend, ob das Gericht in Genua für den dort anhängigen Rechtsstreit zuständig sei. Dies sei allein nach den Vorschriften des deutsch-italienischen Abkommens zu beurteilen. Es könne deshalb nicht darauf ankommen, ob das Gericht in Genua durch das Urteil Nr. 2657/72 für die dort anhängige Klage der Beklagten seine Zuständigkeit nach italienischem Prozeßrecht bejaht habe. Durch diese Entscheidung werde das inländische Gericht nicht gebunden. Für die Klage der Beklagten des vorliegenden Rechtsstreits vor dem Landgericht in Genua sei eine Zuständigkeit dieses Gerichts nach dem Abkommen nicht begründet, da die Klägerin des vorliegenden Rechtsstreits ihren Sitz nicht in Italien habe und sich nicht vorbehaltlos auf den dortigen Rechtsstreit eingelassen habe. Die dort ergehende Entscheidung werde deshalb im Inland nicht anerkannt werden können. Auf die von der Klägerin bei dem italienischen Gericht erhobene Widerklage könne sich die Beklagte nicht berufen. Die Besonderheit dieser Widerklage bestehe darin, daß sie nur hilfsweise und vorsorglich für den Fall der Zuständigkeit des Gerichts in Genua für die Klage erhoben worden sei. Die Klägerin habe in dem Verfahren in Genua unter Berufung auf das deutsch-italieni-

sche Abkommen in erster Linie geltend gemacht, daß sie dort nicht verklagt werden dürfe und dabei auf die vereinbarte Anwendung deutschen Rechts hingewiesen.

III. Die Revision wendet sich gegen das Berufungsurteil insbesondere mit Verfahrensrügen (§§ 263, 274, 286 ZPO; Art. 2, 11 des deutsch-italienischen Abkommens). Sie stützt sich im wesentlichen darauf, daß das Berufungsgericht die Rechtshängigkeit der im Verfahren vor dem Gericht in Genua erhobenen Widerklage zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. Die Rügen der Revision können im Ergebnis nicht durchgreifen.

1. Für die Beurteilung der von der Beklagten vorgebrachten Einrede der Rechtshängigkeit ist die Vorschrift des Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens maßgebend, die als Vorschrift des inländischen Verfahrensrechts zu beachten ist und als *lex specialis* dem autonomen Recht vorgeht (Rosenberg/Schwab aaO § 158 I Ziff. 2). Nach dieser Vorschrift haben die Gerichte auf Antrag einer Partei die Entscheidung über Ansprüche abzulehnen, wegen deren vor einem nach dem Abkommen zuständigen Gericht des anderen Staates bereits ein Verfahren anhängig ist. Die Vorschrift des Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens stellt damit bei Berücksichtigung der Rechtshängigkeit von Ansprüchen, die bei einem Gericht des anderen Vertragsstaates bereits anhängig sind, lediglich auf ein - wenn auch wesentliches - Merkmal der Anerkennungsfähigkeit des dort ergehenden Urteils ab, nämlich auf die Zuständigkeit dieses Gerichts nach dem Abkommen (vgl. § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO),

während es auf die nach dem Abkommen erforderlichen weiteren Voraussetzungen der Anerkennung (Art. 4) nicht ankommt. Die durch diese Vorschrift getroffene Regelung unterscheidet sich dadurch von den inländischen Rechtsgegebenheiten, denn bei Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 263 ZPO ist eine ausländische Rechtshängigkeit grundsätzlich nur dann zu beachten, wenn alle Voraussetzungen für die Anerkennung der im Ausland ergehenden Entscheidung nach inländischem Verfahrensrecht (§ 328 ZPO) gegeben sind (RGZ 49, 340, 344; 158, 145, 147; BGH NJW 1958, 103, 104; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 263 Anm. 2 B; Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 263 Anm. 3 Ziff. 5; Rosenberg/Schwab aaO § 101 II Ziff. 1; Habscheid RabelsZ 1967, 255 ff.; a.A. Schütze RabelsZ 1967, 233 ff.)

2. Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß nach der im Gutachten von Prof. Dr. Sonnenberger angezogenen italienischen höchstrichterlichen Rechtsprechung (Cass. 16.6.1961 n. 1403 und Cass. 4.2.1959 n. 333) die Ansprüche der Klägerin auf Zahlung von Lizenzgebühren durch die bei dem Gericht in Genua erhobene "Eventual-Widerklage" (domanda riconvenzionale eventuale e subordinata) in dem dortigen Verfahren anhängig geworden sind, und daß die Rechtshängigkeit der "Eventual-Widerklage" durch den von der Klägerin am 1. Juli 1968 erklärten Verzicht (rinuncia) nicht beseitigt wurde, weil dieser Verzicht von der Beklagten nicht angenommen wurde und sie an der Fortsetzung des Verfahrens ein Interesse hat (Art. 306 Abs. 1 Cod. proc. civ. / vgl. Urteil Nr. 2657/72 S. 48).

3. Für die Entscheidung über den die Einrede der Rechtshängigkeit beinhaltenden Antrag der Beklagten nach Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens ist demnach allein noch erheblich, ob die internationale Zuständigkeit des Gerichts in Genua zur Entscheidung über die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche, die auch Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind, nach dem Abkommen gegeben ist. Die Zuständigkeit des italienischen Gerichts für diese Entscheidung ist demnach ausschließlich nach dem Abkommen selbst zu beurteilen, das für vermögensrechtliche Angelegenheiten in Art. 2 die Zuständigkeit der Gerichte der Vertragsstaaten abschließend regelt (vgl. BGHZ 60, 344, 346 zu der entsprechenden Regelung des deutsch-belgischen Vollstreckungsabkommens vom 30. Juni 1958).

Schon daraus ergibt sich, daß - entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht - die Bejahung der Zuständigkeit durch das Gericht in Genua für die dort erhobene Klage und die Widerklage nicht zu berücksichtigen ist. Denn das ausländische Gericht hat die Anwendung der Zuständigkeitsregelung des Abkommens ausdrücklich abgelehnt und seine konkrete Zuständigkeit ausschließlich auf die Vorschriften des italienischen Verfahrensrechts (Art. 2, 4 Abs. 2 Cod. proc. civ.) gestützt (Urteil Nr. 2657/72 S. 20 ff.). Die deutschen Gerichte sind zudem - wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt - an die Entscheidung des italienischen Gerichts über dessen Zuständigkeit nicht gebunden (BGHZ 52, 30, 36). Denn bei Prüfung der Zuständigkeit nach dem Abkommen ist eine Bindung an die insoweit maßgebenden tatsächlichen Feststellungen der Gerichte des anderen Staates ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 5 Abs. 1 des deutsch-italienischen

Abkommens), und die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2, nach der im übrigen die Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung nicht zu prüfen ist, enthält nichts anderes als ein Verbot der *révision au fond* im Verfahren über die Anerkennung einer ergangenen Entscheidung nach dem Abkommen (vgl. BGHZ 60, 344, 348).

4. Das Berufungsgericht hat demnach die Frage der Zuständigkeit des Gerichts in Genua für die "Eventual-Widerklage" der Klägerin im Ergebnis zutreffend nach der in Art. 2 des Abkommens getroffenen Zuständigkeitsregelung beurteilt. Es hat in diesem Zusammenhang festgestellt, daß die Klägerin im Verfahren vor dem Gericht in Genua in erster Linie unter Hinweis auf das deutsch-italienische Abkommen die fehlende Zuständigkeit zur Entscheidung über die dort von der Beklagten des vorliegenden Rechtsstreits erhobene Klage geltend gemacht hat, und daß sie ihre Widerklage auf Zahlung der Lizenzgebühren nur rein vorsorglich für den Fall erhoben hat, daß eine Zuständigkeit des Gerichts in Genua für die Klage zu bejahen ist. Davon ausgehend hat das Berufungsgericht die Zuständigkeit des italienischen Gerichts für die dort erhobene Klage verneint und deshalb den auf die dortige Widerklage der Klägerin gestützten Antrag nach Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens als nicht durchgreifend erachtet.

Das Berufungsgericht hat damit die Erhebung der Widerklage vor dem italienischen Gericht im Ergebnis dahin verstanden, daß die Klägerin dafür vorsorglich den durch Art. 2 Nr. 5 des deutsch-italienischen

Abkommens gewährten Gerichtsstand der Widerklage in Anspruch nehmen, sich insoweit jedoch nicht auf die Zuständigkeitsregelung des Abkommens im übrigen berufen wollte, und daß dabei für die Klage die Zuständigkeit des italienischen Gerichts nach dem deutsch-italienischen Abkommen maßgebend sein sollte. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe § 133 BGB und § 286 ZPO verletzt, greift nicht durch.

Die dem Berufungsurteil zugrunde liegende Auslegung der mit Erhebung der Widerklage erfolgten verfahrensrechtlichen Erklärung in einem ausländischen gerichtlichen Verfahren ist möglich; sie steht weder im Widerspruch mit dem Wortlaut der dabei von der Klägerin abgegebenen Erklärung, noch verletzt sie anerkannte Auslegungsregeln.

Dabei kann auf sich beruhen, ob es sich bei der Widerklage - wie vom Berufungsgericht angenommen wird - um eine Hilfswiderklage im Sinne des deutschen Verfahrensrechts handelt, deren Rechtshängigkeit entfällt, wenn die Entscheidung über die Hauptklage es zu keiner Entscheidung über die hilfsweise erhobene Widerklage kommen läßt (vgl. BGHZ 21, 13, 16; 43, 28, 30; BGH LM Nr. 5 zu § 33 ZPO). Ebensowenig kann es darauf ankommen, welche Folgerungen sich für Widerklagen dieser Art nach italienischem Prozeßrecht ergeben können.

Wesentlich erscheinen dagegen andere Besonderheiten des italienischen Verfahrensrechts: Die weit ausgedehnte Zuständigkeit italienischer Gerichte

(Art. 4 Cod. proc. civ.) kann nur dann zugunsten eines ausländischen Gerichts vertraglich abbedungen werden, wenn die Vereinbarung zwischen Ausländern oder zwischen einem Ausländer und einem im Ausland lebenden Italiener zustande kam (Art. 2 Cod. proc. civ.); andere Vereinbarungen sind nach der italienischen höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne Rücksicht auf die im deutsch-italienischen Abkommen anerkannte Möglichkeit der Vereinbarung einer abweichenden internationalen Zuständigkeit nichtig (vgl. Lutter in Hefte der Vereinigung für den Gedanken Austausch zwischen deutschen und italienischen Juristen, Heft 1 (1966) S. 9, 16 mit umfangreichen Nachweisen; Brogginì AWD 1969, 93, 95 f.). Zum anderen ist nach italienischem Verfahrensrecht eine "eventuelle", also jedenfalls auch eine dem Beklagten in diesem Zeitpunkt nur mögliche Widerklage (*domanda riconvenzionale eventuale*) in der Klageerweiterung (*comparsa riposta*) vorzubringen (Art. 167 Abs. 1 Cod. proc. civ.).

Berücksichtigt man diese verfahrensrechtlichen Gegebenheiten, so kann die Erhebung der "eventuellen" Widerklage durch die von einem italienischen Rechtsanwalt vertretene Klägerin nicht dahin verstanden werden, daß dafür jede nach dem deutsch-italienischen Abkommen mögliche Zuständigkeit des italienischen Gerichts in Anspruch genommen werden sollte. Angesichts der nach Art. 167 Abs. 1 Cod. proc. civ. drohenden Präklusion kann die Erhebung dieser Widerklage vielmehr lediglich als notwendige und geradezu unvermeidliche prozessuale Maßnahme der Rechtsverteidigung

gegenüber der in jenem Rechtsstreit erhobenen negativen Feststellungsklage der Beklagten und nicht als Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte der Klägerin vor den nach ihrer hauptsächlichen Darstellung international zuständigen deutschen Gerichten gewertet werden (vgl. BGHZ 53, 332, 336). Daraus folgt gleichzeitig, daß dabei die Zuständigkeit des italienischen Gerichts für die Klage nach dem deutsch-italienischen Abkommen maßgebend sein sollte. Denn der Klägerin ging es bei Erhebung der "eventuellen" Widerklage erkennbar nicht um die Vermeidung divergierender Entscheidungen über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Lizenzgebühren, sondern um die Ausschöpfung ihrer prozessualen Möglichkeiten im Verfahren vor dem italienischen Gericht, ohne die Rechtsverfolgung vor den nach ihrer hauptsächlichen Einlassung zuständigen deutschen Gerichten zu gefährden.

5. Bei Beurteilung der nach Art. 11 des deutsch-italienischen Abkommens wesentlichen internationalen Zuständigkeit des Gerichts in Genua für die Widerklage ist deshalb die Zuständigkeitsregelung des deutsch-italienischen Abkommens auch hinsichtlich der dort erhobenen Klage maßgebend. Denn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Zuständigkeit für eine Widerklage dann gegeben, wenn das angerufene Gericht für die Entscheidung über die Klage zuständig ist (Art. 2 Nr. 5). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin weder ihren Wohnsitz in Italien (Art. 2 Nr. 1, Art. 13), noch hat sie sich durch ausdrückliche Vereinbarung der Zuständigkeit des italienischen Gerichts unterworfen oder sich vorbehalts-

los auf den Rechtsstreit eingelassen (Art. 2 Nr. 2).
Insoweit greift die Revision das Berufungsurteil
nicht an.

IV. Die Revision der Beklagten war nach allem
mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuwei-
sen.

Trüstedt

Ballhaus

Bruchhausen

Bendler

Häußer