

86. Können wesentliche Mängel des Schriftsatzes, der die Ladung zur Verhandlung über eine bis dahin noch nicht erhobene Klage enthält, im Verhandlungstermine gehoben werden?

IV. Civilsenat. Urtr. v. 29. November 1888 i. S. T. (Wekl.) w.
T. (Kl.) Rep. IV. 257/88.

I. Landgericht Allenstein.

II. Oberlandesgericht Königsberg i. Pr.

Aus den Gründen:

„Von den Parteien war die Ehefrau ursprünglich als Klägerin mit dem Verlangen der Ehescheidung aufgetreten. Der Ehemann aber hatte in einem die Beantwortung der Klage enthaltenden Schriftsatz die Erhebung einer Widerklage mit dem Antrage auf Ehescheidung angekündigt. In der zur Verhandlung über die Klage bestimmten Gerichtssitzung am 11. Dezember 1886 nahm die Ehefrau vor dem Eintritte in die Verhandlung die Ehescheidungsklage zurück. Über die Widerklage wurde in dieser Gerichtssitzung nicht verhandelt. Demnächst lud der Widerkläger durch Schrift vom 24. Dezember 1886, in welcher er ankündigte, daß er den Antrag der Widerklage wiederholen werde, die Ehefrau zu einem anderweiten Termine behufs Verhandlung über die Widerklage. Nach erfolgter sachlicher Verhandlung gab das Landgericht ein Urteil dahin ab, daß es die Widerklage als unbegründet abwies. Auf die vom Widerkläger eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht abändernd auf Ehescheidung unter Erklärung der Ehefrau für den schuldigen Teil erkannt.

Das Berufungsgericht bemerkt über die prozessualische Lage der Sache, daß das Verfahren erster Instanz an Mängeln leide. Denn eine Widerklage habe eine rechtshängige Klage zur Voraussetzung und könne nicht, wie eine Vorklage, durch Zustellung, sondern nur durch Geltendmachung im Verhandlungstermine erhoben werden. Im vorliegenden Falle aber sei zur Zeit der Verhandlung über die Widerklage die Vorklage nicht mehr rechtshängig, sondern durch Zurücknahme erledigt gewesen. Das Berufungsgericht nimmt jedoch an, daß der hieraus sich ergebende Mangel des Verfahrens für geheilt zu achten sei, da der Streitgegner ihn nicht gerügt habe. Es sieht aber

die Widerklage beim Nichtmehrvorhandensein einer Vorklage als eine selbständige Klage an.

In dieser Beurteilung der Sachlage ist ein Revisionsgrund nicht zu finden.

Mit der Zurücknahme der Klage vor dem Beginne der Verhandlung war, da mit dem Berufungsgerichte anzunehmen ist, daß die Zulässigkeit einer Widerklage von dem Vorhandensein einer rechtshängigen Vorklage abhängt, die angekündigte Widerklage erledigt, und zwar vor ihrer Erhebung. Daß darauf ausgesprochene Verlangen des Eheannes, Verhandlungstermin betreffs der Widerklage anzuberaumen, und die auf dies Verlangen geschehene Ladung der Ehefrau ist also von dem Gesichtspunkte der Erhebung einer neuen Klage zu prüfen. Es unterliegt daher von diesem Gesichtspunkte aus der Beurteilung nach §. 230 C.P.D. Der in dieser Hinsicht in Betracht kommende Schriftsatz vom 24. Dezember 1886, welcher nichts weiter enthält, als die Ladung der Klägerin und Widerbeklagten und die Ankündigung des Beklagten und Widerklägers, daß er den Antrag der Widerklage wiederholen werde, entspricht dem §. 230 a. a. D. an sich nicht. Er würde ihm entsprechen, wenn der Inhalt des älteren Schriftsatzes, der die Ankündigung der Widerklage enthielt, vermöge der in dem Schriftsatz vom 24. Dezember 1886 enthaltenen Bezugnahme auf den Antrag der Widerklage als Bestandteil dieses letzteren Schriftsatzes aufgefaßt werden könnte. Allein es erscheint nicht zulässig, als wirksame Ergänzung des Schriftsatzes, mit dessen Zustellung eine Klage erhoben werden soll, einen früher der Partei, gegen welche die Klage gerichtet wird, in einem anderen, nicht mehr anhängigen Rechtsstreite zugestellten Schriftsatz gelten zu lassen. Die Zustellung des Schriftsatzes vom 24. Dezember 1886 würde daher an sich als wirksame Klagerhebung nicht angesehen werden können. Nun ist aber, wie sich aus dem im Berufungsurteile in bezug genommenen Thatbestande des landgerichtlichen Urtheiles ergibt, die Widerklage und das mit ihr verbundene Begehren in der Gerichtssitzung vom 5. Februar 1887, in welcher das landgerichtliche Urtheil ergangen, vorgetragen worden, ohne daß die Ehefrau dem widersprochen und die Mängel des Schriftsatzes, welcher die Ladung der Ehefrau zur Verhandlung über die von dem Eheanne angekündigt gewesene Widerklage enthielt, gerügt hat. Damit ist der Mangel erfolgreich nachgeholt. Denn die in §. 230 C.P.D.

enthaltenen Bestimmungen über den wesentlichen Inhalt der Klageschrift sind ausschließlich im Interesse des Beklagten gegeben und sind daher als solche anzusehen, auf welche wirksam verzichtet werden kann (§. 267). Dies ist auch die fast einstimmige Meinung der Schriftsteller.

Vgl. Struckmann-Roch, Kommentar zu §. 230 Anm. 8; Hellmann, Kommentar zu §. 230 Anm. 3; Gaupp, Kommentar zu §. 230 Anm. II; Seuffert, Kommentar zu §. 230 Anm. 5; v. Wilnowski-Levy, Kommentar zu §. 230 Anm. 2; Petersen in Busch, Zeitschrift Bd. 3 S. 425 Anm. 40; a. M.: Schwalbach im Archiv für Civilprozeß Bd. 64 S. 276 Anm. 29.

Streit herrscht unter den zuerst angeführten Schriftstellern über die Frage, ob durch den Nichtwiderspruch des Beklagten im Verhandlungstermine der Mangel mit rückwirkender Kraft geheilt wird in der Art, daß die Klage mit der Zustellung des mangelhaften Schriftsatzes als rechtshängig geworden anzusehen ist, oder ob Rechtshängigkeit erst mit der im Verhandlungstermine erfolgten vollständigen Klageanstellung eintritt. Der Streit über diese Frage kann aber im vorliegenden Falle auf sich beruhen.“ . . .