

97. Ist die Erhebung der Widerklage zulässig, wenn der Kläger im
Verhandlungstermine nicht erscheint?

IV. Civilsenat. Urth. v. 9. Juli 1891 i. S. B. (Kl.) w. B. (Bekl.)
Rep. IV. 134/91.

- I. Landgericht Ratibor.
- II. Oberlandesgericht Breslau.

Die oben aufgestellte Frage ist vom Reichsgerichte bejaht worden.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter erklärt für festgestellt, daß der Kläger die Beklagte im Juni oder Juli 1889 in einer das Leben und die Gesundheit gefährdenden Weise mißhandelt habe, und spricht auf Grund dieser Feststellung die Trennung der Ehe aus, indem er den Einwand des Beklagten verwirft, daß die Mißhandlung gemäß §§. 720, 721 A.L.R. II. 1 als stillschweigend verziehen anzusehen sei und deshalb als Ehescheidungsursache nicht gerügt werden könne.

Diese Entscheidung wird von der Revision mit Recht angegriffen.

Die Klage ist der Beklagten am 25. April 1890 zugestellt, die Widerklage am 23. Oktober 1890 erhoben. Der Berufungsrichter nimmt an, daß dessenungeachtet die einjährige Frist des §. 721 A.L.R. II. 1 gewahrt sei, weil nach Anstellung der Klage die Erhebung einer selbständigen Klage seitens der Beklagten unstatthaft gewesen, die Widerklage aber erst am 23. Oktober 1890 habe erhoben werden können, da der Kläger in den vorher angestandenen Verhandlungsterminen vom 2. Juni, 26. Juni und 22. September 1890 nicht erschienen sei. Er geht also davon aus, daß die Erhebung der Widerklage bei dem Nichterscheinen des Klägers im Verhandlungstermine ausgeschlossen gewesen sei, und wenn dieser Auffassung beizutreten wäre, würde dem Berufungsrichter auch darin zu folgen sein, daß die Frist des §. 721 a. a. O. als gewahrt anzusehen wäre.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 15 S. 291.

Die Frage, ob die Anstellung der Widerklage durch die Unwesenheit des klagenden Teiles in dem Verhandlungstermine bedingt sei, wird von den Auslegern der Civilprozeßordnung teils bejahend,¹

¹ Vgl. v. Wilimowski-Levy, Civilprozeßordnung 5. Aufl., Anm. 1 zu §. 254, Anm. 5 zu §. 295, Anm. 4 zu §. 296; Seuffert, Civilprozeßordnung 5. Aufl., Anm. 5 zu §. 33, Anm. 6 zu §. 295, Anm. 5 zu §. 296, Anm. 1 zu §. 312; Gaupp, Civilprozeßordnung 2. Aufl., Anm. 3 zu §. 254; Förster, Civilprozeßordnung Anm. 3 zu §. 296; Endemann, Civilprozeßordnung Bd. 2 S. 149, Anm. 7; Planck, Lehrbuch des Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 72; Bach, Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung S. 41, 42; der selbe, Präklusion und Kon-

teils verneinend¹ beantwortet. Die letztere Auffassung ist als die dem Sinne der Civilprozeßordnung entsprechende anzuerkennen.

Der erste Civilsenat des Reichsgerichtes hat hinsichtlich der Anschließung an die Revision ausgesprochen, daß solche zulässig ist, wenn der Revisionskläger im Termine zur Verhandlung über die Revision nicht erscheint, und der Revisionsbeklagte gegen ihn Versäumnisurteil beantragt (Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 8 S. 380). Die für diese Entscheidung als maßgebend erachteten Gesichtspunkte treffen auch auf die hier streitige Frage zu.

Die Widerklage wird, ebenso wie die Anschließung an die Revision oder Berufung, durch vorgängige Zustellung eines dieselbe ankündigenden oder aussprechenden Schriftsatzes an den Gegner nur vorbereitet; die Erhebung der Widerklage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit geschieht erst durch die Verlesung des Widerklageantrages in der mündlichen Verhandlung (§. 254 C.P.O.). Infolge dieser Anordnung wird aber die wirksame Anbringung der Widerklage nicht durch die Anwesenheit des Klägers in dem Verhandlungstermine bedingt. Denn der aus dem Grundsätze der Mündlichkeit des Verfahrens sich ergebenden Forderung, daß die Anträge und die sie begründenden Vorträge der Parteien nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgen müssen, ist auch durch einen in Abwesenheit der Gegenpartei geschehenden mündlichen Vortrag genügt, und in einem derartigen Vortrage ist auch eine mündliche Verhandlung zu finden. Nach dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung ist zwar unter „Verhandlung“ nicht ein Verhandeln der Partei mit dem Gerichte, sondern ein Verhandeln der Parteien untereinander vor dem Gerichte zu verstehen. Dessenungeachtet fällt, wie die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung im §. 4 der allgemeinen Begründung (S. 20) her-

tumaz Bd. 7 S. 137 der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht; Löning, Zeitschrift für den deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 131. 132; Solgiano, ebenda, Bd. 5 S. 230.

¹ Vgl. Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung, 5. Aufl. Anm. 6 zu §. 296; Reinde, Civilprozeßordnung Anm. zu §. 254; Petersen, Civilprozeßordnung 2. Aufl. Anm. III. 2 zu §§. 295—299; Sarwey, Civilprozeßordnung Anm. 5 zu §. 296; Hellmann, Civilprozeßordnung Bd. 2. Anm. 5 zu §. 296; Fitting, Reichscivilprozeß 8. Aufl. S. 314; Schepers in Gruchot's Beiträgen Bd. 24 S. 868; Troll, Versäumnisurteil S. 133 flg.

teils verneinend¹ beantwortet. Die letztere Auffassung ist als die dem Sinne der Civilprozeßordnung entsprechende anzuerkennen.

Der erste Civilsenat des Reichsgerichtes hat hinsichtlich der Anschließung an die Revision ausgesprochen, daß solche zulässig ist, wenn der Revisionskläger im Termine zur Verhandlung über die Revision nicht erscheint, und der Revisionsbeklagte gegen ihn Versäumnisurteil beantragt (Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 8 S. 380). Die für diese Entscheidung als maßgebend erachteten Gesichtspunkte treffen auch auf die hier streitige Frage zu.

Die Widerklage wird, ebenso wie die Anschließung an die Revision oder Berufung, durch vorgängige Zustellung eines dieselbe ankündigenden oder aussprechenden Schriftsatzes an den Gegener nur vorbereitet; die Erhebung der Widerklage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit geschieht erst durch die Verlesung des Widerklagantrages in der mündlichen Verhandlung (§. 254 C.P.D.). Infolge dieser Anordnung wird aber die wirksame Anbringung der Widerklage nicht durch die Anwesenheit des Klägers in dem Verhandlungstermine bedingt. Denn der aus dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens sich ergebenden Forderung, daß die Anträge und die sie begründenden Vorträge der Parteien nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgen müssen, ist auch durch einen in Abwesenheit der Gegenpartei geschehenden mündlichen Vortrag genügt, und in einem derartigen Vortrage ist auch eine mündliche Verhandlung zu finden. Nach dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung ist zwar unter „Verhandlung“ nicht ein Verhandeln der Partei mit dem Gerichte, sondern ein Verhandeln der Parteien untereinander vor dem Gerichte zu verstehen. Dessenungeachtet fällt, wie die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung im §. 4 der allgemeinen Begründung (S. 20) her-

rum; Bd. 7 S. 137 der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht; Löning, Zeitschrift für den deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 131. 132; Volgiano, ebenda, Bd. 5 S. 230.

¹ Vgl. Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung, 5. Aufl. Anm. 6 zu §. 296; Reinde, Civilprozeßordnung Anm. zu §. 254; Petersen, Civilprozeßordnung 2. Aufl. Anm. III. 2 zu §§. 295—299; Sarwey, Civilprozeßordnung Anm. 5 zu §. 296; Hellmann, Civilprozeßordnung Bd. 2. Anm. 5 zu §. 296; Fitting, Reichscivilprozeß 8. Aufl. S. 314; Schepers in Gruchot's Beiträgen Bd. 24 S. 868; Troll, Versäumnisurteil S. 133 flg.

vorheben, unter den Begriff der Verhandlung nicht bloß dasjenige Parteiverfahren, in welchem beide Parteien wirklich gleichzeitig handeln, sondern auch dasjenige, in welchem sie nach der Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollen (Versäumnisverfahren), sodaß zwischen kontradiktorischer und nichtkontradiktorischer Verhandlung zu unterscheiden ist, wie auch das Gerichtskostengesetz (§§. 18—20) und die Gebührenordnung für Rechtsanwälte (§§. 13. 16) einen solchen Unterschied in Ansehung der zu erhebenden Verhandlungsgebühr ausdrücklich aufstellen. Es ist daher ein durchschlagender Grund nicht ersichtlich, der dem Beklagten die Möglichkeit verschließen sollte, in dem zur Verhandlung anstehenden Termine im Falle des Ausbleibens des Klägers die Widerklage durch Verlesung eines bezüglichen Antrages wirksam zu erheben. Ein solcher Grund kann umsoweniger als bestehend angesehen werden, wenn, wie gegenwärtig, der beklagte Teil dem Kläger durch Zustellung eines Schriftsatzes die Erhebung der Widerklage angekündigt, der Kläger also die Absicht des Gegners, im Termine als Widerkläger aufzutreten, gekannt hat. Bei anderer Auffassung müßte folgerichtig auch in dem Falle, wenn der Kläger in dem Termine erscheint, aber nicht verhandelt, die wirksame Erhebung der Widerklage ausgeschlossen sein, da die anwesende, aber nicht verhandelnde Partei der nicht erschienenen gleichsteht, und daher beide Fälle derselben Beurteilung zu unterziehen sind. Eine solche Annahme kann aber um deswillen nicht Raum gewinnen, weil der erschienene Kläger, wenn er auch nicht verhandelt, unmittelbar durch den mündlichen Vortrag des Beklagten von der Widerklage Kenntnis erlangt. Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht legen ein entscheidendes Gewicht darauf, daß die Geltendmachung der Widerklage den Vortrag der Widerklage voraussetze. Letzteres ist jedoch im Gesetze nicht ausgesprochen und auch nicht zutreffend. Die Erhebung der Widerklage setzt nur die Rechtshängigkeit der Klage voraus (§§. 33. 251. 252. 254 C. P. O.); und deshalb besteht das Recht zur Erhebung der Widerklage, solange nicht die Rechtshängigkeit der Klage — durch Zurücknahme, Verzicht, Urteil u. s. w. — aufgehoben ist.

Ob der Beklagte dem nichterschiedenen Kläger gegenüber bei der Erhebung der Widerklage zum Antrage auf Erlass des Versäumnisurtheiles in betreff derselben berechtigt ist, kann unerörtert bleiben. Durch diese Frage wird die streitige Frage nicht unmittelbar beeinflusst,

und deshalb ist es für die Beurteilung der letzteren im gegenwärtigen Falle unerheblich, daß es sich hier um einen Ehescheidungsprozeß handelt,

vgl. §. 578 Abs. 4. 5. C.P.D.

Die Beklagte ist hiernach in dem Verhandlungstermine am 2. Juni 1890, und wenn dies mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 1 — in Verbindung mit Abs. 5 — des oben angezogenen §. 578 zweifelhaft erscheinen sollte, jedenfalls in dem Verhandlungstermine am 26. Juni und 22. September 1890 trotz des Ausbleibens des Klägers in denselben die Widerklage zu erheben in der Lage gewesen, und da sie diese Termine unbenutzt gelassen, die Widerklage vielmehr erst im Termine den 23. Oktober 1890 erhoben hat, müssen die von ihr gerügten Mißhandlungen, welche sich nach der Feststellung des Berufungsrichters im Juni oder Juli 1889 zugetragen haben, als verziehen angesehen werden, sodaß sie nach der Vorschrift der §§. 720. 721 A.L.R. II. 1 als Ehescheidungsursache nicht mehr geltend gemacht werden können.

Durch die Ankündigung der Widerklage in dem vorbereitenden Schriftsatz vom 13. Mai 1890 ist die Frist des §. 721 a. a. D. nicht gewahrt. Das Gesetz erfordert, daß die Ehescheidungsursache innerhalb der festgesetzten Frist durch Erhebung der Klage oder wenigstens Beantragung des Sühneversuches, welcher letztere hier nicht in Betracht kommen kann (§. 574 Abs. 2 C.P.D.), gerügt werde.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 15 S. 291. 292 und Grundot, Beiträge Bd. 33 S. 1005 flg." . . .