

103. 1. In welcher Reihenfolge ist nach rechtzeitigem Vorbringen der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes und der Einrede der mangelnden Klagerhebung über diese Einreden zu entscheiden?¹

2. Hat das Berufungsgericht, wenn die Einrede der Unzuständigkeit ohne vorherige Prüfung der bestrittenen Klagerhebung durch Zwischenurteil verworfen worden ist, die unterbliebene Prüfung selbstständig vorzunehmen oder die Sache zur Entscheidung darüber an das Gericht erster Instanz zurückzuberweisen?

3. Bedeutung der Worte „Wohnung“ und „eine in der Familie dienende Person“ in § 166 C.P.O.

4. Findet der § 18 C.P.O. auf Personen Anwendung, die ihren Aufenthalt mit der Absicht dauernder Niederlassung in einem Orte des Auslandes genommen haben, in welchem sie nach den dort geltenden Gesetzen einen Wohnsitz nicht erwerben konnten?

VI. Civilsenat. Urth. v. 19. November 1894 i. S. Norddeutsche Grundcreditbank zu B. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. VI. 240/94.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Mit der bei dem Landgerichte I zu Berlin angebrachten Klage beanspruchte die Klägerin den Ersatz eines ihr angeblich vom Beklagten in Höhe von 82652,07 M außerkontraktlich zugesügten Scha-

¹ Vgl. hierzu Levy in Busch, Zeitschr. f. d. Civilprozeß Bd. 20 S. 87 fig.; sowie Schwalbach im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 63 S. 390 fig. 400; Weßell, System des ordentl. Civilprozeßes S. 136 fig. 937 fig.; Pland, Lehrbuch Bd. 2 S. 68—71; Bach, Handbuch Bd. 1 S. 24—34.

dens. In der Klage war Nagolschich in Südrußland als Aufenthaltsort des Beklagten bezeichnet. Die Zustellung der Klage erfolgte jedoch am 19. April 1892 in Berlin, Karlstraße Nr. . . . , während sich der Beklagte dort besuchsweise bei seiner Mutter aufhielt, und zwar, da er vom Gerichtsvollzieher nicht angetroffen wurde, in dieser Wohnung an das Dienstmädchen der Mutter des Beklagten, M. L. Bei der mündlichen Verhandlung erhob der Beklagte unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache den Einwand der Unzuständigkeit des Gerichtes, weil er zur Zeit der von der Klägerin behaupteten Vorgänge und im April 1892 seinen Wohnsitz nicht in Berlin, sondern im russischen Bezirke Charkow gehabt habe. Er rügte ferner, wie im Thatbestande des ersten Urtheiles bemerkt wird, die Ordnungsmäßigkeit der Klagezustellung mit Rücksicht darauf, daß Karlstraße Nr. . . . zwar seine Mutter, aber nicht er selbst gewohnt habe, und daß die Zustellung nicht an sein Dienstmädchen, sondern an das Dienstmädchen seiner Mutter erfolgt sei. Das Landgericht verwarf hierauf durch Zwischenurteil den Einwand der Unzuständigkeit unter Verurteilung des Beklagten in die durch den Einwand entstandenen Kosten. Es sah zwar nicht als erwiesen an, daß der Beklagte am 19. April 1892 seinen Wohnsitz in Berlin gehabt habe, erachtete sich aber nach § 18 C.P.D. für zuständig, weil der Beklagte damals überhaupt keinen Wohnsitz gehabt, namentlich nach den Gesetzen Rußlands als ausländischer Jude einen Wohnsitz im Bezirke Charkow nicht habe erwerben können. „Hiernach,“ sagt das Landgericht, „war gemäß § 248 C.P.D., wie gesehen, zu erkennen, indem die Entscheidung der Frage nach der ordnungsmäßigen Zustellung der Klage dem Verfahren in der Sache selbst vorbehalten bleibt, und die Art der Zustellung hier nur soweit geprüft wurde, als sie wegen der Behauptung der Klägerin, daß Beklagter zur fraglichen Zeit seinen Wohnsitz in Berlin gehabt habe, erheblich schien.“ Auf die Berufung des Beklagten, der Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz mit Rücksicht auf den Einwand der mangelnden Klagerhebung, eventuell Abweisung der Klage wegen mangelnder Klagerhebung und wegen Unzuständigkeit beantragte, hat das Kammergericht unter Abänderung des ersten Urtheiles die Klage als nicht gehörig erhoben zurückgewiesen und die Klägerin in die Kosten des Rechtsstreites verurtheilt. In den Gründen des Berufungsurtheiles wird ausgeführt, daß

die Entscheidung des ersten Richters über seine Zuständigkeit an sich zutreffend wäre, daß aber vor der Zuständigkeit zu prüfen sei, ob die Klage wirksam zugestellt und damit die Rechtshängigkeit der Streitfache bei dem angegangenen Gerichte begründet worden, und daß diese Frage verneint werden müsse, weil eine den Vorschriften des § 166 C. P. O. entsprechende Ersatzzustellung nicht vorliege.

Auf die Revision der Klägerin hat das Reichsgericht das Berufungsurteil aufgehoben, in der Sache selbst unter Verwerfung der Einrede der mangelnden Klagerhebung die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil, abgesehen vom Kostenpunkte, zurückgemiesen, die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz dem Beklagten auferlegt und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Der Revision mußte stattgegeben werden.

1. Mit Recht geht die Vorinstanz davon aus, daß eine gesetzwidrig erfolgte Ersatzzustellung als nicht geschehen anzusehen ist und auch dann wirkungslos bleiben muß, wenn das zuzustellende Schriftstück nachträglich in die Hände des Adressaten gelangt, daß andererseits, falls die Ungültigkeit der Klagezustellung rechtzeitig gerügt wird, die Abweisung der Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung geboten ist. In diesem Sinne hat sich das Reichsgericht, insbesondere auch der jetzt erkennende Senat, bereits mehrfach ausgesprochen, und davon abzugehen liegt kein Grund vor.

Vgl. Entsch. des R. G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 338, Bd. 21 S. 388; Juristische Wochenschrift 1888 S. 406 Nr. 3, sowie Entsch. in Civilf. Bd. 13 S. 336. 337.

2. Ungerechtfertigt ist auch der Angriff, den die Revision auf die Ausführung zu stützen sucht, daß die Gültigkeit der Klagezustellung nur von dem für die Entscheidung der Sache zuständigen Gerichte geprüft werden dürfe, und daß deshalb der Berufungsrichter zunächst über die Einrede der Unzuständigkeit hätte entscheiden müssen. Die Civilprozeßordnung enthält für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Einreden, die sich nicht auf die Hauptsache, sondern auf die Zulässigkeit der Sachverhandlung beziehen, keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, in welcher Reihenfolge das Gericht über das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen zu entscheiden hat; aus den über den Gang

des Verfahrens getroffenen Bestimmungen ist aber mit voller Deutlichkeit zu entnehmen, daß die Entscheidung über die Einrede der mangelnden Klagerhebung der Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit vorausgehen muß. Wenn das zweite Buch der Zivilprozeßordnung an die Spitze des § 230 den Satz stellt: „die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes“, und wenn im Anschlusse hieran der Abs. 1 des § 235 ausspricht, daß durch die Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird, so ist schon damit die Klage als Grundlage des ganzen Rechtsstreites und als Vorbedingung für die weiteren Prozeßhandlungen der Parteien gekennzeichnet. Erst die Zustellung der Klage versetzt den Beklagten rechtlich in die Lage, sich über den Klageinhalt, namentlich auch über die Thatfachen zu erklären, die nach der Ansicht des Klägers die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes begründen sollen. Deutlicher als im vorliegenden Rechtsstreite tritt dies dann hervor, wenn der durch Versäumnisurteil verurteilte Beklagte nach Einlegung des Einspruches nicht bloß die ordnungsmäßige Zustellung, sondern auch den nachträglichen Empfang der Klageschrift in Abrede stellt, zugleich aber eventuell die Zuständigkeit des Gerichtes und die darauf bezüglichen Anführungen des Klägers, als ihm erst durch dessen mündlichen Vortrag bekannt geworden, bestreitet. Wollte bei dieser Sachlage das Gericht etwa zuerst über die Zuständigkeitsfrage Beweis erheben, auf Grund der Beweisaufnahme alsdann die Einrede der Unzuständigkeit verwerfen und schließlich die Klage, weil ihre Zustellung an den Beklagten nicht erfolgt war, abweisen, so würde ein solches Verfahren gewiß nicht als den Grundsätzen der Zivilprozeßordnung entsprechend angesehen werden können. Entscheidend gegen die Ausführung der Revision und die Ansicht des ersten Richters spricht überdies der Umstand, daß gemäß § 235 Abs. 2 Ziff. 2 C.P.O. die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes sich nach den zur Zeit der Klagerhebung vorliegenden Umständen bestimmt. So lange noch nicht feststeht, ob und in welchem Zeitpunkte die Klage dem Beklagten zugestellt worden ist, fehlt es somit an einer sicheren Unterlage für die Entscheidung, ob die Zuständigkeit des Gerichtes in dem nach dem Gesetze maßgebenden Zeitpunkte begründet war, oder nicht.

Demgegenüber ist kein Gewicht darauf zu legen, daß die Einrede der nicht ordnungsmäßigen Ladung oder der mangelnden Klagerhebung

unter die prozeßhindernden Einreden des § 247 C.P.D. nicht aufgenommen ist, was die Motive zu den §§ 238, 239 des Entwurfes (S. 195) damit zu rechtfertigen suchen, daß diese Einrede durch die umfassendere Vorschrift des § 257 (jetzt § 267) gedeckt werde. Aus der Nichtaufnahme in den § 247 folgt zunächst nur, daß die Einrede der mangelnden Klagerhebung zur Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache nicht berechtigt und zum Erlasse eines mit besonderen Rechtsmitteln anfechtbaren Zwischenurtheiles nicht führen kann. Dagegen gewähren die gesetzlichen Vorschriften keinen Anhalt für die Annahme, daß über die prozeßhindernden Einreden vor allen sonstigen Prozeßeinreden entschieden werden müßte, daß also die Abweisung des Klägers wegen Mangels der Klagerhebung oder auch der Parteifähigkeit oder der Vollmacht des bestellten Vertreters erst nach Erledigung aller prozeßhindernden Einreden erfolgen dürfte.

Ebenso wenig kann sich die Revision darauf berufen, daß die Ordnungsmäßigkeit der Klagezustellung beim Erscheinen des Beklagten von Amts wegen nicht zu prüfen ist. Denn sofern die Einrede der mangelnden Klagerhebung rechtzeitig vorgebracht wird, hat das Gericht über den behaupteten Mangel in ebendergleichen Weise zu entscheiden, wie wenn er von Amts wegen zu berücksichtigen wäre. Daß aber die Einrede im vorliegenden Falle rechtzeitig erhoben worden ist, läßt sich nicht bezweifeln. Auch wenn der Hergang im ersten Verhandlungstermine der Darstellung des landgerichtlichen Thatbestandes entsprochen hat, wenn also zunächst die Einrede der Unzuständigkeit vorgebracht und darauf erst („ferner“) die Ordnungsmäßigkeit der Klagezustellung bemängelt wurde, mußte diese Bemängelung Beachtung finden, da nach § 267 C.P.D. der Verlust des Klagerrechtes, in Ermangelung eines Verzichtes, nur dann eintritt, wenn die Rüge bis zum Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat, nicht erhoben wird. Hierbei war das Gericht an die Reihenfolge, in welcher die Einreden vorgebracht worden, nicht gebunden; vielmehr hatte es das Verhältnis der Einreden zu einander selbständig zu prüfen und danach zunächst über diejenige Prozeßvoraussetzung zu erkennen, die als bedingend für jede weitere Entscheidung anzusehen war.

Vgl. Wegell, System des ordentlichen Civilprozesses S. 937, 938;

Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 2 S. 68.

3. Im Hinblick auf den § 500 Ziff. 2 C.P.D. muß die Frage aufgeworfen werden, ob das Berufungsgericht überhaupt befugt war, über die ordnungsmäßige Erhebung der Klage zu entscheiden, nachdem das Zwischenurteil des Landgerichtes sich auf die Verwerfung des Einwandes der Unzuständigkeit beschränkt hatte. Wenn der Berufungsrichter bei der Bejahung dieser Frage annimmt, das Landgericht habe die Einrede der mangelnden Klagerhebung seiner Prüfung unterzogen und danach verworfen, so steht dies mit der Begründung des ersten Urteiles nicht im Einklange. Allein die Bejahung der Frage folgt mit Notwendigkeit aus dem zu 2 Gesagten. Die Ziff. 2 des § 500 will, wie sich aus ihrem Zusammenhange mit dem Abs. 2 desselben Paragraphen und mit den §§ 247. 248 C.P.D. sowie auch aus den Motiven zum Entwurfe (S. 310) ergibt, nur verhindern, daß das Berufungsgericht über die Hauptsache entscheidet, wenn das Gericht erster Instanz sich noch nicht mit der Sache selbst, sondern nur mit prozeßhindernden Einreden befaßt hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 377, Bd. 27 S. 347. Dagegen kann die Vorschrift des § 500 Ziff. 2 da keine Anwendung finden, wo es sich in der Berufungsinstanz um eine Prozeßvoraussetzung, wie die Klagerhebung, handelt, deren Vorhandensein schon das Gericht erster Instanz bei richtigem Verfahren vor der Entscheidung über eine der prozeßhindernden Einreden hätte feststellen müssen. Nachdem solche Feststellung im vorliegenden Falle unterblieben war, mußte das Berufungsgericht, bevor von einer Zurückverweisung der Sache die Rede sein konnte, über den Einwand der mangelnden Klagerhebung entscheiden.

4. Die hierüber getroffene Entscheidung beruht nun aber nach der zutreffenden Rüge der Revisionsklägerin auf einer unrichtigen Auffassung des § 166 C.P.D. Dieser Gesetzesvorschrift entsprach die Ersazjustellung, wenn der Beklagte zur Zeit der Zustellung Karlstraße Nr. ... seine Wohnung gehabt hat, und wenn andererseits in dieser Wohnung, nachdem er dort nicht angetroffen war, die Zustellung an eine in der — nämlich seiner (vgl. §§ 679. 771 C.P.D.) — Familie dienende erwachsene Person erfolgt ist. Daß der Beklagte zur Zeit der Zustellung seine Wohnung Karlstraße Nr. ... gehabt hat, nimmt das Berufungsgericht selbst an, und diese Annahme erscheint nach dem bei der Berufungsverhandlung vorgetragenen Zeugnisse des

Dienstmädchens L. unbedenklich, indem dieses bekundet hat, daß der Beklagte damals — ungefähr ein Vierteljahr — bei seiner Mutter besuchsweise sich aufgehalten und gewohnt habe. War auch der Aufenthalt nur ein besuchsweiser und vorübergehender, so hatte doch während der Dauer des Besuches der Beklagte seine Wohnung im Sinne der §§ 165 flg. C.P.D. mit seiner Mutter in den von dieser bewohnten Räumen.

Vgl. Begründung zum Entwurfe der Civilprozeßordnung S. 150. 151 und die Commentare zu § 165.

Dagegen verneint die Vorinstanz, daß die M. L. „in der Familie“ des Beklagten gebient habe, und zwar deshalb, weil bei dem Begriffe der Familie im Sinne des § 166 C.P.D. nicht so das Verwandtschaftsverhältnis für sich, als die Zugehörigkeit zu demselben Familienhaushalt das Entscheidende, der Beklagte aber mindestens seit dem 25. Mai 1891 aus dem Hausstande seiner Mutter ausgeschieden sei. Der hieraus gezogene Schluß, daß der Beklagte am 19. April 1892 zur Familie seiner Mutter im Sinne des § 166 nicht gehört habe, kann indessen für gerechtfertigt nicht erachtet werden. Denn das Berufungsgericht läßt unbeachtet, daß der Beklagte bei dem besuchsweisen Aufenthalte in der Wohnung seiner Mutter in deren Hausstand wiederum eingetreten war und sich während der Dauer seines Besuches in der Gemeinschaft derjenigen Familie befunden hat, in welcher die L. als erwachsene Person diente und angestellt war.

Vgl. Gaupp, Commentar zu § 166 Bb. 1 S. 344.

Wenn hiernach im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer nach § 166 C.P.D. gültigen Ersatzstellung als gegeben anzusehen sind, so folgt daraus keineswegs, wie das Berufungsgericht meint, daß die Ersatzstellung auch dann für gültig erachtet werden müßte, wenn Beklagter in einem Hotel logiert hätte, und die Zustellung dort in seinem Zimmer für ihn an die Dienstmagd seiner Mutter bewirkt worden wäre. Denn in diesem Falle hätte er eben nicht, auch nicht vorübergehend, zum Hausstande und zur Familiengemeinschaft seiner Mutter gehört. Somit mußte das Berufungsurteil aufgehoben, und die Einrede der mangelnden Klagerhebung verworfen werden.

5. Was schließlich die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes anlangt, so bedurfte es zur Entscheidung hierüber einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht umsoweniger, als dieses

in seinen eventuellen Ausführungen die Einrede unter Anschluß an die betreffenden Erwägungen des ersten Urtheiles bereits für unbegründet erklärt hat. Auch diesseits muß die Verwerfung der Einrede gebilligt werden. Läßt sich auch die Zuständigkeit des Landgerichtes I zu Berlin aus dem § 13 C.P.D. nicht herleiten, da der Beklagte im Mai 1891 seinen Wohnsitz in Berlin aufgegeben hatte, so nehmen doch die Vorinstanzen mit Recht an, daß der Beklagte am 19. April 1892 noch keinen Wohnsitz an einem anderen Orte gehabt, daß er namentlich einen Wohnsitz nicht, wie er behauptete, in Charkow erworben hat. Als thatsächlich richtig ist zu unterstellen, daß der Beklagte im Mai 1891 seinen Aufenthalt in Charkow mit der Absicht dauernder Niederlassung daselbst genommen und dies der dortigen Polizeibehörde unter Vorlegung seines visirten Reisepasses angemeldet, daß er auch bei seiner Abreise nach Berlin im Jahre 1892 die Weiterbehaltung des Wohnsitzes in Charkow beabsichtigt, diese Absicht jedoch nicht ausgeführt hat, vielmehr demnächst von Berlin aus nach Holland verzogen ist. Auf der anderen Seite aber ist in unanfechtbarer Weise festgestellt, daß nach den Gesetzen, die am 19. April 1892 in Rußland galten, Ausländern jüdischer Konfession nicht gestattet war, im Bezirke Charkow ihren ständigen Aufenthalt zu nehmen und einen dauernden Wohnsitz zu haben. Selbst wenn also der Beklagte bei seiner Niederlassung in Charkow die zum Erwerbe des Wohnsitzes erforderliche Absicht gehabt hätte, würde solchem Erwerbe ein gesetzliches Hindernis nach dem hierfür maßgebenden russischen Rechte entgegengestanden haben. Uebrigens mußte sich der Beklagte bewußt sein, daß die Durchführung seiner Absicht, Charkow zum bleibenden Aufenthalte zu wählen und zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse zu machen, von der Zustimmung der russischen Behörden abhängig war und durch die letzteren jederzeit vereitelt werden konnte, daß also sein Wohnen in Charkow trotz der unbeanstandeten Anmeldung auf Grund des visirten Reisepasses einen nur prekären Charakter bezieht. Mit diesem Bewußtsein aber konnte er in Charkow einen Wohnsitz im Sinne der §§ 13 flg. C.P.D. und der §§ 8 flg. A.G.D. I 2 nicht erwerben.

Vgl. auch Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 66 S. 270. Nach § 18 C.P.D. folgt hieraus die Zuständigkeit des Landgerichtes I zu Berlin, da der Beklagte sich zur Zeit der Klagezustellung in Berlin aufgehalten und dort zugleich seinen letzten Wohnsitz gehabt hat."