

Alexander Scherz*

Der Gerichtsstand des §33 ZPO bei isolierter Drittwiderklage – Besprechung von BGHZ 187, 112 (= BGH NJW 2011, 460)

Abstract

Anlass für den Beitrag bildet der Beschluss des *Bundesgerichtshofs* vom 30.9.2010 (NJW 2011, 460). Er befasst sich mit Fragen der sog. Drittwiderklage, d. h. einer Widerklage, die gegen eine dritte Person und nicht etwa den Kläger erhoben wird. Die Entscheidung gibt aber zugleich Gelegenheit zentrale Rechtsprobleme der Widerklage darzustellen und zu erörtern. Nachdem die Drittwiderklage für bestimmte Konstellationen heute höchstrichterlich anerkannt ist, hatte der *Bundesgerichtshof* zu entscheiden, ob § 33 ZPO den besonderen Gerichtsstand der Widerklage auch gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Dritten eröffnet. Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung spricht er sich für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift für den Fall aus, dass sich die Drittwiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung richtet.

* *Alexander Scherz* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Notarrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. W. Lücke, LL. M. (Chicago) an der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

I. Einleitung

Die Widerklage gehört zu dem Teil des Zivilverfahrensrechts, der in beiden Staats-examina sicher beherrscht werden sollte. Als privilegierte Möglichkeit des Beklagten, in einem rechtshängigen Verfahren seinerseits Klage zu erheben, ist sie auch praktisch von großer Bedeutung. Ein häufiger Fehler besteht darin, die einzelnen Problembereiche der Widerklage nicht getrennt voneinander zu behandeln. Um Sicherheit beim Umgang mit dieser Materie zu erlangen, lohnt die Auseinandersetzung mit der vorliegenden Entscheidung.

II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Dem Beschluss des *Bundesgerichtshofs* lag – vereinfacht – folgender Lebenssachverhalt zugrunde: Der Kläger nahm den Beklagten an dessen Wohnsitz aus abgetretenem Recht gerichtlich in Anspruch. Der Beklagte erhob Drittwiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung und begehrte Feststellung, dass dem Zedenten (und Drittwiderbeklagten) keine Ansprüche gegen den Beklagten (und Drittwiderkläger) zustünden. Der Drittwiderbeklagte rügte für die Widerklage die örtliche Zuständigkeit des Gerichts. Er hatte im Gerichtsbezirk des Ausgangsverfahrens keinen Wohnsitz und bis auf § 33 ZPO kam kein besonderer oder ausschließlicher Gerichtsstand in Betracht. Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung sprach sich der *Bundesgerichtshof* für eine analoge Anwendung von § 33 ZPO in diesen Situationen aus.¹ Er begründet dies mit der Überlegung, eine Verfahrenskonzentration bei einheitlichen Lebenssachverhalten zu erreichen und der andernfalls bestehenden Gefahr sich widersprechender Entscheidungen.² Ansonsten liefe die Rechtsprechung, die eine isolierte Drittwiderklage ausnahmsweise zulässt, im Ergebnis aufgrund mangelnder örtlicher Zuständigkeit leer.³ Dem bisher nicht am Prozess beteiligten Zedenten der Klageforderung sei es zuzumuten, sich beim Klagegericht auf die Verhandlung einzulassen.⁴

III. Rechtsprobleme der Entscheidung

Das Gericht entschied damit ein Problem der örtlichen Zuständigkeit. Zuvor musste der *Bundesgerichtshof* aber auf die Entwicklung der Widerklage zunächst in Form der parteierweiternden und später auch als isolierte Drittwiderklage in der Rechtsprechung eingehen. Ohne die heute nicht mehr grundsätzlich umstrittene Zulässigkeit von Drittwiderklagen hätte sich das Problem der Anwendung von § 33 ZPO

1 BGHZ 187, 112 (114) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

2 BGHZ 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461 f.).

3 BGHZ 187, 112 (116) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

4 BGHZ 187, 112 (117 f.) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

nicht gestellt. Beide Aspekte – die Zulassung von Drittwiderklagen und deren örtliche Zuständigkeit – sind jedoch streng voneinander zu trennen. Dem folgt die anschließende Darstellung. Erst nach Erörterung der Voraussetzungen einer Widerklage im Allgemeinen⁵ und der Drittwiderklage im Besonderen⁶ folgt eine Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 33 ZPO.⁷ Abschließend wird die Entscheidung bewertet.⁸

1. Die Widerklage und deren Voraussetzungen

Die Besonderheiten der Widerklage⁹ ergeben sich aus dem Umstand, dass sie in der Regel zwischen den Parteien eines bereits rechtshängigen Verfahrens unter umgekehrten Parteirollen erhoben wird. Der Beklagte des Ausgangsverfahrens wird Kläger (sog. Widerkläger), der ursprüngliche Kläger Beklagter der Widerklage (sog. Widerbeklagter). Zweck der Widerklage ist es, doppelte Prozesse und damit gegebenenfalls einhergehende und sich eventuell auch in ihrer Entscheidung widersprechende Mehrarbeit der Gerichte zu vermeiden sowie die Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse zu verhindern.¹⁰ Um diesen Zweck zu fördern, hat der Gesetzgeber die Widerklage mit verschiedenen Privilegien ausgestattet.¹¹ Das ist zum Einen die Regelung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 GKG, wonach die Zustellung der Widerklage nicht erst nach Zahlung der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen erfolgen soll. Zum Anderen braucht der Widerkläger unter den Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 ZPO¹² keine Prozesskostensicherheit zu leisten (§ 110 Abs. 2 Nr. 4 ZPO). Schließlich kann die Widerklage den besonderen Gerichtsstand bei dem Gericht der Klage eröffnen (§ 33 ZPO).

Die Voraussetzungen der Widerklage sind im Gesetz unvollkommen geregelt.¹³ Als besondere Form der Klage finden jedoch die allgemeinen Bestimmungen über die Klage Anwendung. Insbesondere müssen die Sachurteils- oder Zulässigkeitsvoraussetzungen¹⁴ vorliegen.¹⁵ Teilweise gelten hier jedoch Besonderheiten.¹⁶ So kann die

5 Siehe dazu unten Abschnitt III 1.

6 Siehe dazu unten Abschnitt III 2.

7 Siehe dazu unten Abschnitt III 3.

8 Siehe dazu unten Abschnitt IV.

9 Sie ist „normale“ Klage, *Rosenberg/Schwab/Gottwald* Zivilprozessrecht 17. Aufl. (2010), § 96 Rn. 23; *Zöllner/Vollkommer* ZPO 29. Aufl. (2012), § 33 Rn. 7.

10 *Lüke* Zivilprozessrecht 10. Aufl. (2011), Rn. 237.

11 Zur historischen Entwicklung der Widerklage *Schröder* Widerklage gegen Dritte? AcP 164 (1964), S. 517 (519 ff.).

12 Prozesshindernis, s. *Lüke* (Fn. 10), Rn. 154.

13 *Grunsky* Zivilprozessrecht 13. Aufl. (2008), Rn. 117.

14 Die Begriffe werden wie auch jener der Prozessvoraussetzungen synonym verwendet; zu den Begriffen *Lüke* (Fn. 10), Rn. 149.

15 *Musielak* Grundkurs ZPO 10. Aufl. (2010), Rn. 316; *Schilken* Zivilprozessrecht 6. Aufl. (2010), Rn. 737; *Jauernig/Hess* Zivilprozessrecht 30. Aufl. (2011), § 46 Rn. 12.

16 So kann die Widerklage nicht nur schriftlich, sondern auch in der mündlichen Verhandlung rechtshängig gemacht werden, vgl. § 261 Abs. 2 ZPO.

sachliche Zuständigkeit der Widerklage am Landgericht gegebenenfalls auch für ansonsten der sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte unterfallende Ansprüche vorliegen, wenn für das Ausgangsverfahren bereits das Landgericht als Eingangsinstante zuständig ist.¹⁷ Dem Zweck der Widerklage einer prozesswirtschaftlichen Streitbeilegung könnte anders nicht Rechnung getragen werden.¹⁸ Für den umgekehrten Fall eines am Amtsgericht rechtshängigen Verfahrens und einer Widerklage, die unter die sachliche Zuständigkeit der Landgerichte fällt, ist eine Verweisung gemäß § 506 Abs. 1 ZPO im Gesetz auch für die Widerklage möglich.¹⁹

Neben den allgemeinen muss die Widerklage zusätzliche besondere Sachurteilsvoraussetzungen erfüllen. So muss die Klage zum Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage noch rechtshängig sein. Andernfalls würde es sich nicht um die Erhebung einer Widerklage, sondern einer „normalen“ Klage handeln, für die dann nicht die vorgenannten Privilegien gelten. Die Widerklage muss weiterhin einen anderen prozessualen Anspruch als die bereits erhobene Klage zum Inhalt haben. Diese Voraussetzung ist allerdings keine Besonderheit der Widerklage.²⁰ Einer entsprechenden Klageerhebung außerhalb des Ausgangsverfahrens stünde die anderweitige Rechtshängigkeit ebenso entgegen und die Klage wäre aufgrund von § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO als unzulässig abzuweisen. Schließlich muss für die Widerklage derselbe Rechtsweg offen stehen,²¹ dieselbe Prozessart²² wie für die Klage zulässig und die Widerklage nicht ausgeschlossen sein.²³

Umstritten ist, ob es besondere Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage ist, dass der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht²⁴ oder dieses vom Gesetz in § 33 Abs. 1 ZPO formulierte Erfordernis nur Voraussetzung dieses besonderen Gerichtsstands ist.²⁵ Folgt man der herrschenden Meinung in der Literatur, so muss dies nicht weiter geprüft werden. Damit ist aber über die örtliche Zuständigkeit der Widerklage noch nichts gesagt. Hier liegt eine häufige Fehlerquelle in der Fallbearbeitung. Meistens ist es nicht angezeigt, vorschnell zu § 33 ZPO und der umstrittenen Frage der Konnexität zwischen Klage und Widerklage als besondere

17 *Lüke* (Fn. 10), Rn. 237; s. auch *Riehm* Anmerkung zu BGH Urt. v. 13.3.2007 (ZR 129/06) JZ 2007, 1001 (1004); *Hüßtege* in Thomas/Putzo ZPO 33. Aufl. (2012), § 33 Rn. 18.

18 *A. Mayer* Sachliche Zuständigkeit des Landgerichts für Widerklagen bis zu 6000 DM JuS 1991, 678 (679) m. w. N.

19 S. dazu *Musielak* (Fn. 15), Rn. 318; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 9), § 96 Rn. 24; *Becht/Beck* Zivilprozessrecht im Assessorexamen 3. Aufl. (2010), Rn. 408 ff.

20 Vgl. *Schilken* (Fn. 15), Rn. 737.

21 *Grunsky* (Fn. 13), Rn. 117; *Wern* in Prütting/Gehrlein ZPO 4. Aufl. (2012), § 33 Rn. 6.

22 *Hausmann* in Wiczorek/Schütze ZPO I 1 3. Aufl. (1994), § 33 Rn. 28 ff.; *Hüßtege* in Thomas/Putzo (Fn. 17), § 33 Rn. 27.

23 Ein solcher Ausschluss findet sich z. B. in § 595 Abs. 1 ZPO; s. auch *Wern* in Prütting/Gehrlein (Fn. 21), § 33 Rn. 17.

24 So z. B. *BGH* NJW 1975, 1228.

25 So z. B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 9), § 96 Rn. 21; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO 70. Aufl. (2012), § 33 Rn. 2; *Patzina* in MünchKomm ZPO I 3. Aufl. (2008), § 33 Rn. 5; *Zöller/Vollkommer* (Fn. 9), § 33 Rn. 1.

Prozessvoraussetzung auszuführen. Oft reicht es in diesem Zusammenhang aus, den Streitpunkt offen zu lassen, wenn Konnexität vorliegt, da beide Meinungen die Zulässigkeit der Widerklage dann annehmen. So lag es auch in der Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*. Die Streitfrage der Konnexität²⁶ als besondere Widerklagevoraussetzung spielte ebenso wenig eine Rolle wie der Streit, ob für den Zusammenhang im Sinne von § 33 Abs. 1 ZPO ein rechtlicher oder tatsächlicher Zusammenhang zu fordern ist.²⁷ Alle Erfordernisse waren unproblematisch gegeben, sodass lediglich die Konstellation der Drittwiderklage und deren örtliche Zuständigkeit die Probleme bildeten.

2. Zulässigkeit von Drittwiderklagen

Die im Gesetz nicht vorgesehene,²⁸ mittlerweile für verschiedene Konstellationen anerkannte Drittwiderklage tritt – soweit sie der Beklagte erhebt²⁹ – in Form zweier Prozesssituationen auf. Der Beklagte kann die Widerklage gegen den Kläger **und** einen bisher nicht am Prozess beteiligten Dritten (sog. parteierweiternde oder streitgenössische Widerklage) oder **nur** gegen einen solchen Dritten erheben (sog. isolierte Drittwiderklage). Grundsätzlich lässt die Rechtsprechung Drittwiderklagen nur in der ersten Situation und ausdrücklich unter der Voraussetzung zu, dass sie sich zugleich auch gegen den Kläger richten.³⁰ Dann liegt die ursprüngliche Situation einer Widerklage zwischen den Parteien des Klageverfahrens und eine Parteierweiterung³¹ vor. Eine Widerklage ausschließlich gegen eine bisher nicht am Prozess beteiligte Person bezeichnet die Rechtsprechung auch in dem jetzigen Beschluss als grundsätzlich unzulässig.³² Hierzu hat der *Bundesgerichtshof* aber mittlerweile verschiedene

26 Zu der allgemein geringen praktischen Bedeutung dieses Streits *Wern* in Prütting/Gehrlein (Fn. 21), § 33 Rn. 1.

27 Dazu *Jauernig/Hess* (Fn. 15), § 46 Rn. 4 f.; *Musielak* (Fn. 15), Rn. 321; *Pohlmann* Zivilprozessrecht 2. Aufl. (2010), Rn. 182 f.; *Schilken* (Fn. 15), Rn. 318.

28 In diesem Zusammenhang auf den materiellen Parteibegriff Bezug nehmend *Rüßmann* Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis AcP 172 (1972), S. 520 (552).

29 Die Situation einer Widerklage *durch* Dritte bleibt außer Betracht; s. dazu *Zöller/Vollkommer* (Fn. 9), § 33 Rn. 22 und *Fellner* Zulässigkeit der Drittwiderklage und die örtliche Zuständigkeit des Gerichts der Klage für den Drittwiderbeklagten MDR 2011, 146; zur strittigen Frage der Widerklage unter Streitgenossen *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 9), § 96 Rn. 29 und *Kähler* Widerklage und Erweiterungsklage unter Streitgenossen ZZZ 123 (2010), S. 473.

30 *BGH* NJW 1971, 466; *JZ* 2007, 1000.

31 Die Rechtsprechung misst diese zusätzlich anhand der Regeln für die als Klageänderung behandelte Parteierweiterung *BGHZ* 187, 112 (114) = *BGH* NJW 2011, 460 (461); *NJW* 2001, 2094 (2095); *JZ* 2007, 1000 (1001); so auch *Roth* in Stein/Jonas ZPO 122. Aufl. (2003), § 33 Rn. 42; die h. M. in der Literatur wendet lediglich die §§ 59, 60 ZPO an; z. B. *Riehm/Bucher* Die Drittwiderklage ZZZ 123 (2010), S. 347 (351 f.); *Schilken* (Fn. 15), Rn. 741 m. w. N.; zum Ganzen *Luckey* Probleme der parteierweiternden Widerklage *JuS* 1998, 499 (500 ff.); *Musielak* (Fn. 15), Rn. 324; *Pohlmann* (Fn. 27), Rn. 188; *Riehm* (Fn. 17), S. 1002 jeweils m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

32 *BGH* NJW 1971, 466; a. A. *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 353 f., allgemein auf § 147 ZPO abstellend.

Ausnahmen anerkannt, die er auch in dieser Entscheidung auflistet.³³ Außerdem legt er einen allgemeinen Maßstab für die Zulässigkeit isolierter Drittwiderklagen an, sodass der Grundsatz der Unzulässigkeit keiner mehr zu sein scheint.³⁴ So wird die isolierte Drittwiderklage auch diesmal generell für Ansprüche befürwortet, die tatsächlich und rechtlich mit dem Gegenstand der Klage so eng verknüpft sind, dass eine gemeinsame Verhandlung prozessual zweckmäßig ist und keine schutzwürdigen Interessen des Drittwiderbeklagten verletzt werden.³⁵ Bereits früher hat dies der *Bundesgerichtshof* für Widerklagen gegen Zedenten der Klageforderung entschieden, wenn die Gegenstände von Klage und Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind.³⁶ Angenommen hat er das für Fälle, in denen die abgetretene Klageforderung und die mit der Drittwiderklage geltend gemachte Forderung aus einem einheitlichen Schadensereignis resultieren³⁷ oder die Widerklage die Feststellung begehrt, dass dem Zedenten keine Ansprüche zustehen.³⁸ Die letzte Konstellation war hier gegeben und der *Bundesgerichtshof* konnte auf seine bisherige Rechtsprechung verweisen, womit für die örtliche Zuständigkeit der Drittwiderklage aber nichts gesagt war.

3. Die örtliche Zuständigkeit der Widerklage

Für die Bestimmung des Gerichtsstands der Widerklage gelten zunächst einmal keine Besonderheiten. Die örtliche Zuständigkeit am Gericht der Klage kann³⁹ ausschließlicher, besonderer oder allgemeiner Gerichtsstand sein oder sich aus rügeloser Einlassung (§ 39 ZPO)⁴⁰ des Widerbeklagten ergeben. Freilich begründet oft erst der besondere Gerichtsstand des § 33 ZPO den für den Widerkläger günstigen Gerichtsstand. Dies rechtfertigt aber – so auch der *Bundesgerichtshof* in der vorliegenden Entscheidung⁴¹ – das letztlich auf den Kläger zurückzuführende bereits bestehende Prozessrechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten am Ort der Klage und das

33 BGHZ 187, 112 (114 f.) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

34 Vgl. *Dräger* Isolierte Drittwiderklage – Sinn und Unsinn von prozesstaktischen Abtretungen MDR 2008, 1373 (1374): „Immer löchriger werdendes Dogma“.

35 *BGH NJW* 2008, 2852 (2854); 2011, 460 (461).

36 S. *BGH NJW* 2008, 2852 (2854); das gilt auch, wenn sich die Drittwiderklage mit dem Gegenstand einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt, BGHZ 147, 220.

37 *BGH NJW* 2007, 1753.

38 *BGH NJW* 2008, 2852 (2854 f.). Der negativen Feststellungsklage fehlt nicht das Feststellungsinteresse, da die Wirksamkeit der Abtretung unklar sein kann; s. auch *Dräger* (Fn. 34), S. 1374; *Schwenker* jurisPR-PrivBauR 1/2011 Anm. 6 unter A. m. w. N. Für weitere Fallgruppen s. *BGH JZ* 2007, 1000; *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 353; *Roth* in Stein/Jonas (Fn. 31), § 33 Rn. 44; *Zöller/Vollkommer* (Fn. 9), § 33 Rn. 25.

39 Das hängt freilich von Zufälligkeiten ab, *Schwenker* (Fn. 38) unter B.

40 Das kann vor Amtsgerichten den Hinweis gem. § 504 ZPO voraussetzen, § 39 S. 2 ZPO; hier wirkt sich auch der Meinungsstreit aus, ob der von § 33 ZPO geforderte Zusammenhang besondere Widerklagevoraussetzung ist (s. Fn. 24, 25), da dann § 295 ZPO Anwendung findet; dazu *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (Fn. 25), § 33 Rn. 11.

41 BGHZ 187, 112 (117 f.) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

Anliegen, Klage und Widerklage gemeinsam zu verhandeln. Dem Kläger sei es zumuteten, sich vor dem Gericht, an dem er den Beklagten angegriffen hat, auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen.⁴²

Diese Argumentation kann gegenüber einem bisher am Prozess Unbeteiligten grundsätzlich nicht greifen. Aus seiner Sicht besteht kein Prozessrechtsverhältnis und folglich auch keines am Ort der Klage. Deswegen wurde die Anwendung von § 33 ZPO für die Fälle der Drittwiderklagen vom *Bundesgerichtshof*⁴³ und der herrschenden Meinung⁴⁴ bisher abgelehnt. Dies hat zur Folge, dass nicht zwangsläufig der Gerichtsstand am Ort der Klage gegeben ist. Die örtliche Zuständigkeit kann sich für die Drittwiderklage aber anhand der allgemeinen Regeln außerhalb von § 33 ZPO ergeben,⁴⁵ einschließlich der Möglichkeit einer Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.⁴⁶

Für den Fall der isolierten Zedentenwiderklage macht der *Bundesgerichtshof* in seiner Entscheidung nun eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Er gelangt zu seinem Ergebnis nach der Feststellung, dass in diesen Situationen die durch die Anerkennung der Drittwiderklage ursprünglich bezweckte einheitliche Verhandlung oft allein aufgrund der nicht bestehenden örtlichen Zuständigkeit der Widerklage am Gericht der Klage scheitert. Soweit kein ausschließlicher, besonderer oder allgemeiner Gerichtsstand für die Widerklage am Gericht der Klage besteht und auch die Voraussetzungen des § 39 ZPO nicht vorliegen, komme bei isolierten Drittwiderklagen auch keine Bestimmung eines einheitlichen Gerichtsstands gemäß oder analog § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO in Betracht. Der Rechtsstreit könne insofern nicht vom Gericht der Klage an ein anderes Gericht zur gemeinsamen Verhandlung verwiesen werden.⁴⁷ Deshalb sei die Bestimmung des § 33 ZPO entsprechend heranzuziehen. Zwar bestehe kein Prozessrechtsverhältnis zu dem Widerbeklagten, aber ein Sachzusammenhang, der eine Verfahrenskonzentration rechtfertige.⁴⁸ Zusammenhängende Ansprüche sollten einheitlich verhandelt und entschieden werden, um eine Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen über einheitliche Lebenssachverhalte und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden.⁴⁹ Dieses

42 Zöller/*Vollkommer* (Fn. 9), § 33 Rn. 2 m. w. N.

43 *BGH NJW* 1991, 2838; anders noch *BGH NJW* 1966, 1028, zu dessen Ergebnis der *BGH* nunmehr zurückgekehrt ist.

44 *Lüke* (Fn. 10), Rn. 239; *Musielak* (Fn. 15), Rn. 327; *Rimmelpacher* Buchbesprechung von *Arens*, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren – Zwangsvollstreckung ZZP* 93 (1980), S. 187 (188 f.); *Roß* in *Stein/Jonas* (Fn. 31), § 33 Rn. 44; a. A. für die Zedentenwiderklage *Riehm* (Fn. 17), S. 1003; *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 359 f.

45 *BGH NJW* 2011, 460 (461); 1993, 2120.

46 *BGH NJW* 2011, 460 (461); 1993, 2120; *NJW-RR* 2008, 1516 (1517); *OLG München NJW* 2009, 2609; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 9), § 96 Rn. 27 ff.; *Rimmelpacher* (Fn. 44), S. 188 f.; bei der streitgenössischen Widerklage ist das möglich, wenn der Beklagte auf die Widerklage verzichtet und in einem neuen Prozess gegen den Kläger des Erstprozesses und den Dritten gemeinsam klagt.

47 *BGHZ* 187, 112 (116 f.) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

48 *BGHZ* 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

49 *BGHZ* 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

Bedürfnis und damit auch das nach der analogen Anwendung von § 33 ZPO bestehe in den Fällen, in denen die Rechtsprechung Drittwiderklagen zulasse.⁵⁰ Dem Zedenten sei es zuzumuten, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen, da ohne die Abtretung der Klageforderung er selbst hätte Klage erheben und mit einer Widerklage am Gerichtsstand der Klage rechnen müssen.⁵¹

IV. Bewertung der Entscheidung

Dem vom *Bundesgerichtshof* aufgestellten Grundsatz, dass die Einbeziehung des Drittwiderbeklagten dessen schutzwürdige Interessen nicht verletzen darf,⁵² ist zuzustimmen. Wenn nunmehr der Gerichtsstand des § 33 ZPO in Frage steht, muss der Grundsatz auch für diesen Aspekt gelten. Ob allerdings in dem zugrundeliegenden Sachverhalt der Zedent – was die Anwendung von § 33 ZPO angeht – schutzwürdig war oder aber das Bedürfnis an einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung von Klage und Widerklage dessen Interesse an einer Widerklage beispielsweise an seinem Wohnsitz überwog, lässt sich anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen. Die Umstände der Abtretung werden dort letztlich nicht deutlich. Vielmehr stand für das Gericht die Zweckmäßigkeit der gemeinsamen prozessualen Behandlung bei tatsächlich und rechtlich enger Verknüpfung zwischen Klage und Widerklage im Vordergrund. Eine Begründung oder Umstände dafür, wieso die zweckmäßige Anwendung von § 33 ZPO gegenüber einer Heranziehung der §§ 12 ff. ZPO, die den Beklagten und damit auch Widerbeklagte schützen wollen,⁵³ überwiegt, werden bis auf die Tatsache der Abtretung⁵⁴ der Klageforderung nicht mitgeteilt.

Die in diesem Zusammenhang abstrakt auf die Forderungsabtretung abstellende Argumentation des *Bundesgerichtshofs*⁵⁵ erscheint jedoch nicht für jede Abtretung zwingend. Ein Grundsatz, § 33 ZPO analog generell auf Drittwiderklagen gegen Zedenten der Klageforderung anzuwenden,⁵⁶ hätte daher keiner Aufstellung bedurft. Die möglicherweise vorliegend gerechtfertigte Verfahrenskonzentration⁵⁷ muss nicht in allen Fällen abgetretener Klageforderungen gegenüber den Interessen des Zedenten überwiegen. Vielmehr ist im Einzelfall eine Interessenbewertung anhand des dargestellten Grundsatzes vorzunehmen und zu prüfen, ob die (analoge) Anwendung von § 33 ZPO schutzwürdige Interessen des Drittwiderbeklagten verletzt. Der in

50 BGHZ 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461 f.).

51 BGHZ 187, 112 (118) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

52 *BGH NJW* 2008, 2852 (2854); *JZ* 2007, 1000; so auch diesmal ausdrücklich BGHZ 187, 112 (115) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

53 BGHZ 187, 112 (117 f.) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

54 BGHZ 187, 112 (118) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

55 BGHZ 187, 112 (118) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

56 BGHZ 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461).

57 BGHZ 187, 112 (117) = *BGH NJW* 2011, 460 (461) unter Verweis auf *Roth* in Stein/Jonas (Fn. 31), § 33 Rn. 1 m. w. N.

den §§ 12 ff. ZPO zum Ausdruck kommende Grundsatz *actor sequitur forum rei*,⁵⁸ wonach sich der Kläger grundsätzlich nach dem Beklagten zu richten hat, weil dessen Lage als gerichtlich in Anspruch Genommener gefährlicher ist,⁵⁹ gibt ein solches schutzwürdiges Interesse. Abweichungen davon bedürfen der Begründung.

Eine solche Abweichung wird man für prozesstaktisch motivierte Abtretungen der Klageforderung annehmen können, die beispielsweise vorgenommen werden, um den Zedenten die Zeugenrolle zu ermöglichen.⁶⁰ Auch die Geltendmachung der Klageforderung im Wege der gewillkürten Prozesstandschaft, die dem Beklagten einen Fremden als Prozessgegner aufdrängt,⁶¹ wird regelmäßig hierunter fallen.⁶² In beiden Situationen stellt die Drittwiderklage die ursprüngliche Prozesslage wieder her⁶³ und wirtschaftlich betrachtet ändert sich die Inhaberschaft der Forderung nicht.⁶⁴ Hinzu kommt, dass sich die Drittwiderklage bei gewillkürter Prozesstandschaft gegen eine Person richtet, die aufgrund der Rechtskrafterstreckung ohnehin bereits in das Prozessgeschehen der Klage eingebunden war.⁶⁵ Weiterhin könnte es eine Abweichung rechtfertigen, wenn es dem Beklagten im Wege der Streitverkündung⁶⁶ möglich gewesen wäre, den Dritten in das bestehende Prozessrechtsverhältnis am Gericht der Klage hineinzuziehen. Soweit die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind, bestünde diese prozessuale Möglichkeit ohnehin.

Nicht jede Abtretung als materiell-rechtlicher Vorgang hat aber a priori eine prozessrechtliche Motivation oder Relevanz.⁶⁷ So kann eine Abtretung zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Zedent nicht an eine gerichtliche Geltendmachung dachte und eine solche auch nicht im Raum stand. Letzteres könnte der Fall sein, wenn der Forderungsschuldner aufgrund gefestigter geschäftlicher Beziehungen zum Zedenten alle Forderungen stets außergerichtlich erfüllt, sich aber aufgrund familiärer Umstände aus Prinzip vom Zessionar verklagen lässt. Auch sind Fälle denkbar, in denen die Abtretung ursprünglich zur Sicherung erfolgte und der Zessionar nunmehr aufgrund eines vom Zedenten nicht verschuldeten Sicherungsfalls die Verwertung betreibt. Ob in diesen oder ähnlichen Situationen die allgemeine Aussage zutrifft, der

58 Der Kläger muss den Beklagten an dessen Gerichtsstand verklagen; ausführlich *Wacke Actor sequitur forum rei* JA 1980, 654.

59 *Wacke* (Fn. 58), S. 655.

60 Dazu *Riehm* (Fn. 17), S. 1004; *Dräger* (Fn. 34), S. 1373 f.; *Baumert* LMK 2010, 311 800; s. auch *Becht/Beck* (Fn. 19), Rn. 414 f.

61 *Schumann* Die Prozessermächtigung (die gewillkürte Prozesstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten in FS für Musielak, 2004, S. 457.

62 *Riehm* (Fn. 17), S. 1003; *Rüßmann* (Fn. 28), S. 548 ff.; *Schumann* (Fn. 61), S. 485 f.

63 Hier wird auch die Funktion der Widerklage als Element der prozessualen Waffengleichheit bemüht, *Schumann* (Fn. 61), S. 483; *Hausmann* in *Wieczorek/Schütze* (Fn. 22), § 33 Rn. 1.

64 Vgl. auch *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 354 f.

65 *Rüßmann* (Fn. 28), S. 550 f.; *Schumann* (Fn. 61), S. 486; *Hausmann* in *Wieczorek/Schütze* (Fn. 22), § 33 Rn. 57; anders *Roth* in *Stein/Jonas* (Fn. 31), § 33 Rn. 44.

66 Dazu z. B. *Lüke* (Fn. 10), Rn. 455 ff. m. w. N.

67 Vgl. auch *Roth* in *Stein/Jonas* (Fn. 31), § 33 Rn. 43: „Materiellrechtliche Sinnzusammenhänge und der Gerechtigkeitswert von Gerichtsstandsnormen unterliegen unterschiedlichen Maßstäben.“

Zedent hätte ohne die Abtretung selbst Klage erheben und mit einer Widerklage am Ort der Klage rechnen müssen,⁶⁸ ist zumindest fraglich und eine Interessenbewertung kann zu dem Ergebnis gelangen, dass die Anwendung von § 33 ZPO schutzwürdige Interessen des Drittwiderbeklagten verletzt.

Im Rahmen dieser Interessenbewertung ist aber auch zu berücksichtigen, dass gemäß dem Rechtsgedanken der §§ 404 ff. BGB die Abtretung nicht zu einer Verschlechterung der Schuldnerposition führen darf.⁶⁹ Das kann zwar bedeuten, nicht die Möglichkeit der Geltendmachung konnexer Gegenforderungen im Prozess genommen zu bekommen,⁷⁰ man wird aber nicht sagen können, dass es dem Zedenten allein aufgrund der Abtretung generell zumutbar ist, dem besonderen Gerichtsstand der Widerklage unterworfen zu sein. Die Abtretung zwischen zwei in demselben Gerichtssprengel ihren allgemeinen Gerichtsstand innehabenden Personen beeinflusst die prozessrechtliche Situation für den späteren Beklagten der Forderung grundsätzlich nicht.⁷¹ Erst ein anschließender Umzug des Zedenten in den örtlichen Zuständigkeitsbereich eines anderen Gerichts wirkt sich auf die örtliche Zuständigkeit einer möglichen Widerklage aus. Das hat aber zunächst einmal nichts mit der Abtretung zu tun. Auch stellt sich die Situation bei einem zeitlich großen Abstand zwischen Abtretung und gerichtlicher Geltendmachung nicht eindeutig dar. Ob die gefundenen Ergebnisse für die Situation des gesetzlichen Forderungsübergangs übertragbar sind, scheint ebenfalls fraglich.⁷² Im Übrigen wird man nicht völlig unberücksichtigt lassen können, dass der Zedent insbesondere bei einem Forderungsverkauf und anschließender Abtretung an den Zessionar die Forderung gerade „los sein“ möchte und er für die Forderung einen Gegenwert erhält. Vielleicht wurde die Abtretung auch deswegen vorgenommen, weil der Zedent sich mit dem Schuldner insbesondere gerichtlich nicht auseinandersetzen will und auch diese Motivation hat sich im Kaufpreis niedergeschlagen. Insgesamt sind zahlreiche verschiedene Situationen denkbar. Bereits die bisherige Aufzählung verdeutlicht aber die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung. Generell in jedem Fall der Zedentenwiderklage den Gerichtsstand des § 33 ZPO anzuwenden, erscheint daher zu weitgehend.

V. Ergebnis

Die Entscheidung verdeutlicht die grundsätzliche Problematik der Drittwiderklage. Ihre Bezeichnung als Widerklage beantwortet nicht die Frage, ob sie auch in Hinblick auf deren Privilegien als solche zu behandeln ist.⁷³ Vieles spricht dafür, dies zu

68 BGHZ 187, 112 (118) = *BGH NJW* 2011, 460 (462).

69 *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 355.

70 *Riehm* (Fn. 17), S. 1002 f.; *ders./Bucher* (Fn. 31), S. 356, 358 f.

71 Über die Geschäftsverteilung wird dadurch ggf. ein anderer Richter zuständig; dazu allg. *Lüke* (Fn. 10), Rn. 95 ff.; ohne bewusste Ausnutzung dessen wird man von einer Beeinträchtigung des gesetzlichen Richters jedoch nicht ausgehen können.

72 S. *Riehm/Bucher* (Fn. 31), S. 350 f., 355.

73 Dazu *Zöller/Vollkommer* (Fn. 9), § 33 Rn. 23 f.

verneinen und jede Situation einzeln daraufhin zu untersuchen, ob die Übertragung des jeweiligen Privilegs gerechtfertigt ist.⁷⁴ Insbesondere die Frage, ob auf Drittwiderklagen der Gerichtsstand des § 33 ZPO Anwendung findet, sollte neben dem Erfordernis der Konnexität von Klage und Widerklage daran gemessen werden, ob dadurch die Verletzung schutzwürdiger Interessen des Dritten droht. Dies mit dem *Bundesgerichtshof* für jede Situation abgetretener Klageforderungen anzunehmen, überzeugt nicht in jedem Fall. Dennoch wird sich die Praxis auf eine solche Handhabung durch die Rechtsprechung einstellen müssen. In den entsprechenden Fällen kann es für den von § 33 ZPO betroffenen Zedenten, der den Prozess nicht auf sich nehmen will, sinnvoll sein, die Widerklage sofort anzuerkennen. Das wird regelmäßig nicht nur seiner materiell-rechtlichen Auffassung entsprechen, sondern ihm unter den Voraussetzungen des § 93 ZPO auch die Pflicht zur Kostentragung der Widerklage ersparen.⁷⁵

74 Hierzu für die Zedentenwiderklage ausführlich *Riehm* (Fn. 17), S. 1003 f.; *ders./Bucher* (Fn. 31), S. 357 ff.; allgemein zu diesem Ansatz *Hausmann* in *Wieczorek/Schütze* (Fn. 22), § 33 Rn. 55 ff. und *Rimmelspacher* (Fn. 44), S. 188 f.

75 Dazu ausführlich *Schwenker* (Fn. 38) unter C., auf *OLG Celle* OLGR 2009, 879 hinweisend: Danach sollen die Voraussetzungen des § 93 ZPO bei isolierten Drittwiderklagen gegen den Zedenten der Klageforderung nicht vorliegen, wenn dieser sich dadurch die Zeugenrolle im Ausgangsverfahren ermöglichen wollte.