

**Titel:**

**keine Bindung an Wahl des Gerichtsstands bei Parteiwechsel auf Beklagtenseite**

**Normenketten:**

ZPO § 35, § 36 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2, § 261 Abs. 3 Nr. 2

EGZPO § 9

LugÜ Art. 5 Nr. 5, Art. 15 Abs. 1 lit. c, Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 Alt. 2, Art. 24 Abs. 1 S. 1

**Leitsatz:**

**Zur Ausübung des Wahlrechts nach § 35 ZPO beim Parteiwechsel auf Beklagtenseite (Rn. 23)**

**Schlagworte:**

Gerichtsstand, Wahlrecht, Bindung, Mahnbescheid, Parteiwechsel, Anhängigkeit, Rechtshängigkeit, Verweisungsantrag

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 1760

**Tenor**

Örtlich zuständig ist das Amtsgericht Gelsenkirchen.

**Gründe**

I.

**1**

Gegenstand des Rechtsstreits, der mittlerweile vom Kläger für erledigt erklärt worden ist, ist die Rückerstattung des Reisepreises wegen einer ausgefallenen Pauschalreise.

**2**

Jetzige Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Hauptsitz in Genf. Zunächst hat der Kläger einen Mahnbescheid gegen deren Zustellungsbevollmächtigte, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in München, erwirkt. Als Prozessgericht, an das das Verfahren im Fall eines Widerspruchs abgegeben werden soll, hat er das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand der Zustellungsbevollmächtigten angegeben. Nach Widerspruch und Abgabe des Verfahrens an das Amtsgericht München hat der Kläger zum Sachverhalt vorgetragen, er habe im Januar 2020 über ein Reisebüro in Marl bei der Beklagten für sich und seine Ehefrau eine Kreuzfahrt gebucht und die vereinbarte Anzahlung überwiesen. Obwohl er über sein Reisebüro die Reise im Juli 2020 kostenfrei storniert habe, sei keine Rückzahlung erfolgt. Nach Ziffer 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anmerkung des Senats: es handelt sich um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der jetzigen Beklagten), die Vertragsgegenstand geworden seien, sei München als Sitz der Zustellungsbevollmächtigten als Gerichtsstand vereinbart.

**3**

Mit Verfügung vom 5. Oktober 2020 hat das Amtsgericht München die Durchführung eines schriftlichen Vorverfahrens angeordnet und gemäß § 139 ZPO darauf hingewiesen, dass die Klage unschlüssig sei, da sie sich nicht gegen den Vertragspartner richte. Bei der Beklagten handle es sich gerichtsbekannt um eine zustellungsbevollmächtigte GmbH, nicht jedoch um den Reiseveranstalter. Dies ergebe sich aus den vom Kläger vorgelegten Anlagen. Soweit eine Klageänderung beabsichtigt sei, gehe das Gericht davon aus, dass nach Art. 15, 16 LugÜ in Deutschland allein das Amtsgericht Gelsenkirchen am Sitz der Klagepartei international und örtlich zuständig sei. Nach Aktenlage sei die Klagepartei als Verbraucher, die Beklagtenseite als Unternehmerin einzustufen. Eine Bereichsausnahme nach Art. 15 Abs. 3 LugÜ liege nicht vor, da sowohl die Unterbringung als auch die Beförderung auf dem Schiff erfolgen sollte. Auch die Art. 4 und 5 Nr. 5 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 LugÜ seien nicht einschlägig.

**4**

Die Prozessbevollmächtigten der verklagten Zustellungsbevollmächtigten haben auf die fehlende Passivlegitimation hingewiesen und in einem weiteren Schriftsatz vom 15. Oktober 2020 ausgeführt, sie bestellten sich für den Fall der Klageänderung zu Prozessbevollmächtigten der „neuen“ Beklagten, die sich vor dem Amtsgericht München rügelos einlasse, auf eine Zustellung der Schriftsätze verzichte und das Verfahren in seinem aktuellen Zustand übernehme und fortsetze. Rein vorsorglich werde das Einverständnis mit einer Verweisung an das Amtsgericht Gelsenkirchen erklärt.

## 5

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2020 (Bl. 39 d. A.), der der Beklagten am 29. Oktober 2020 zugestellt worden ist (Bl. 50 d. A.), hat der Kläger die Klage nicht mehr gegen die zustellungsbevollmächtigte GmbH, sondern gegen den Reiseveranstalter gerichtet und beantragt, den Rechtsstreit an das Amtsgericht Gelsenkirchen zu verweisen. Die Klageänderung sei sachdienlich und die „alte Beklagte“ habe ihr bereits zugestimmt. Die „neue Beklagte“ habe bereits auf erneute Zustellung sämtlicher Schriftsätze verzichtet, so dass das Verfahren an das Amtsgericht Gelsenkirchen abzugeben sei.

## 6

Mit Beschlüssen vom 27. Oktober 2020 hat das Amtsgericht München zum einen ausgesprochen, dass der Kläger die der vormaligen Beklagten bis zu ihrem Ausscheiden aus dem Rechtsstreit entstandenen Kosten zu tragen hat, und zum anderen sich in dem Rechtsstreit gegen die neue Beklagte für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit auf Antrag des Klägers an das Amtsgericht Gelsenkirchen verwiesen. Die Entscheidung beruhe auf § 281 Abs. 1 ZPO. Das angegangene Gericht sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt örtlich zuständig, auf die Verfügung vom 5. Oktober 2020 werde Bezug genommen. Dieser Beschluss ist gemäß richterlicher Verfügung vom gleichen Tag, die am Folgetag ausgeführt worden ist, den Parteien formlos mitgeteilt worden.

## 7

Das Amtsgericht Gelsenkirchen hat mit Beschluss vom 16. November 2020 darauf hingewiesen, es halte sich örtlich nicht für zuständig, da der Kläger einerseits im Mahnbescheidsantrag das Amtsgericht München angegeben und damit gemäß § 35 ZPO sein Wahlrecht bindend ausgeübt habe und sich andererseits die Beklagtenseite im Schriftsatz vom 15. Oktober 2020 ausdrücklich rügelos zur Sache eingelassen habe. Unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (Beschluss vom 15. September 2020, Az. 101 AR 101/20, juris) entfalte der Verweisungsbeschluss keine Bindungswirkung. Denn das verweisende Gericht habe die Zuständigkeitsfrage ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Verbrauchergerichtsstands nach Art. 16 Abs. 1 LugÜ geprüft, ohne sich mit dem nach dem Luganer Übereinkommen ebenfalls in Betracht kommenden besonderen Gerichtsstand der Niederlassung i. S. d. Art. 5 Nr. 5 LugÜ, der nach Art. 15 Abs. 1 LugÜ bei Verbrauchersachen anwendbar bleibe, auseinanderzusetzen. Jedenfalls sei eine Verweisung deshalb nicht mehr in Betracht gekommen, da sich die Beklagtenseite zulässigerweise gemäß Art. 24 Satz 1 LugÜ mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2020 ausdrücklich rügelos zur Hauptsache eingelassen habe. Dem stehe der spätere, erst auf den Hinweis des Amtsgerichts München vom 5. Oktober 2020 erfolgte Verweisungsantrag des Klägers und das lediglich vorsorglich erklärte Einverständnis der Beklagten nicht entgegen, da es sich insoweit nicht um eine materiellrechtlich wirksame, schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung handle (vgl. BayObLG a. a. O. Rn. 31).

## 8

Die Beklagtenvertreterin hat mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2020 ausgeführt, das Amtsgericht Gelsenkirchen sei als Wohnsitzgericht des Verbrauchers zuständig. Das Amtsgericht München sei nicht nach Art. 5 Nr. 5 LugÜ zuständig. Der besondere Gerichtsstand der Niederlassung komme vorliegend nicht in Betracht, da die Zustellungsbevollmächtigte in München als Tochtergesellschaft ein eigenständiges Unternehmen sei. Sie erfülle nicht die tatsächlichen Voraussetzungen einer (Zweig-)Niederlassung im Sinne des autonom auszulegenden Begriffsverständnisses.

## 9

Mit Beschluss vom 11. Dezember 2020 hat sich das Amtsgericht Gelsenkirchen für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit dem Bayerischen Obersten Landesgericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO vorgelegt. Zur Begründung hat es auf den vorangegangenen Hinweisbeschluss Bezug genommen. Auch wenn die Beklagte im Schriftsatz vom 1. Dezember 2020 vorgetragen habe, die Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 5 LugÜ lägen nicht vor, sei dies vom Mit Schriftsatz

vom 15. Dezember 2020 hat der Kläger mitgeteilt, die Beklagte habe die Forderung beglichen, und den Rechtsstreit für erledigt erklärt.

#### **10**

Amtsgericht München vor der Verweisung nicht geprüft worden.

II.

#### **11**

Auf die statthafte Vorlage des Amtsgerichts Gelsenkirchen ist dessen Zuständigkeit auszusprechen.

#### **12**

1. Das Bayerische Oberste Landesgericht ist nach § 36 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 9 EGZPO zuständig für die Bestimmungsentscheidung, weil die Bezirke der am negativen Kompetenzkonflikt beteiligten Gerichte zu den Zuständigkeitsbereichen unterschiedlicher Landgerichte (München und Essen) gehören, so dass das für sie gemeinschaftliche im Rechtszug zunächst höhere Gericht der Bundesgerichtshof ist (vgl. BayObLG, Beschluss vom 24. September 2019, 1 AR 83/19, juris Rn. 5 ff.). An dessen Stelle entscheidet das Bayerische Oberste Landesgericht, weil das mit der Rechtssache zuerst befasste Gericht in Bayern liegt.

#### **13**

2. Die Voraussetzungen für die Bestimmung der (örtlichen) Zuständigkeit liegen im Ergebnis vor.

#### **14**

a) Zwar setzt eine Entscheidung nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO nach dem Gesetzeswortlaut voraus, dass sich verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, „rechtskräftig“ für unzuständig erklärt haben. In einem zivilprozessualen Klageverfahren kommt eine Bestimmung der Zuständigkeit danach grundsätzlich erst in Betracht, wenn Rechtshängigkeit der Streitsache durch Zustellung der Klage (§ 261 Abs. 1, § 253 Abs. 1 ZPO) eingetreten ist, denn vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit können keine rechtskräftigen Entscheidungen über die Unzuständigkeit im Sinne der Vorschrift erlassen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 1995, XII ARZ 18/95, NJW-RR 1996, 254 [juris Rn. 1]; Beschluss vom 5. März 1980, IV ARZ 8/80, NJW 1980, 1281 [juris Rn. 7 f.]; BayObLG, Beschluss vom 8. April 2020, 1 AR 7/20, juris Rn. 12; Schultzky in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 36 Rn. 36).

#### **15**

Zutreffend hat das Amtsgericht München den Schriftsatz des Klägers vom 21. Oktober 2020 als Klageänderung in der Form eines Parteiwechsels auf Beklagtenseite verstanden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2006, V ZB 91/06, juris Rn. 6; Becker-Eberhard in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 263 Rn. 82).

#### **16**

Rechtshängigkeit gegenüber der neuen Beklagten tritt mit Zustellung des Schriftsatzes ein, der die Parteiwechselerklärung enthält (Becker-Eberhard a. a. O. Rn. 94; Assmann in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 263 Rn. 134; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, § 263 Rn. 16, 18), die hier am 29. Oktober 2020 und damit erst nach Erlass des Verweisungsbeschlusses vom 27. Oktober 2020 erfolgt ist.

#### **17**

Im Stadium der Anhängigkeit kommt regelmäßig nur eine Abgabe der Sache an ein anderes Gericht in Betracht, die keine Entscheidung über die Zuständigkeit enthält, auch wenn sie dazu Ausführungen enthält (BGH, NJW 1980, 1281 [juris Rn. 7]; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 281 Rn. 5).

#### **18**

b) Nach ständiger Rechtsprechung kann allerdings mit Blick auf den Justizgewährleistungsanspruch der Partei(en) das zuständige Gericht in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ausnahmsweise bereits vor Rechtshängigkeit bestimmt werden, wenn nicht erwartet werden kann, dass die beteiligten Gerichte den Streit ohne Zuständigkeitsbestimmung in absehbarer Zeit beilegen (BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1982, I ARZ 586/82, NJW 1983, 1062 [juris Rn. 5]; BayObLG, Beschluss vom 8. April 2020, 1 AR 7/20, juris Rn. 13; Beschluss vom 21. Juni 1991, AR 1 Z 49/91, NJW-RR 1992, 569 [juris Rn. 6]; KG, Beschluss vom 31. Oktober 2019, 2 AR 52/19, juris Rn. 7; OLG München, Beschluss vom 8. August 2013, 34 AR 219/13, NJW-RR 2014, 80 [juris Rn. 5]; Toussaint in BeckOK, ZPO, 39. Ed. Stand 1. Dezember 2020, § 36 Rn. 40 m. w. N.). Nichts anderes gilt, wenn nach der Abgabe Rechtshängigkeit eingetreten ist.

## 19

Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben. Beide mit der Sache befassten Gerichte haben eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie sich für nicht zuständig halten und deshalb die gebotene Verfahrensförderung nicht vornehmen werden. Die Parteien hatten Gelegenheit, sich zu der Frage der örtlichen Zuständigkeit zu äußern.

## 20

3. Das Amtsgericht Gelsenkirchen ist nach Art. 16 Abs. 1 Alternative 2 LugÜ i. V. m. § 35 ZPO zuständig. Mit dem Antrag im Schriftsatz vom 21. Oktober 2020, das Verfahren an das Amtsgericht Gelsenkirchen zu verweisen bzw. abzugeben, hat der Kläger im Hinblick auf den Parteiwechsel sein Wahlrecht ausgeübt.

## 21

a) Entgegen der von dem Amtsgericht Gelsenkirchen vertretenen Ansicht ist der Kläger - gegenüber der jetzigen Beklagten - nicht an eine etwaige im Mahnbescheid getroffene Wahl gebunden, denn sie bezog sich jedenfalls nur auf die damalige Antragsgegnerin, also die Zustellungsbevollmächtigte der jetzigen Beklagten.

## 22

Für den Fall einer subjektiven Klageerweiterung hat das Oberlandesgericht Bamberg (Beschluss vom 8. August 2018, 8 SA 27/18, juris Rn. 21 f.) zwar entschieden, das einer Klagepartei gemäß § 35 ZPO zustehende Wahlrecht bestehe stets nur zu Beginn eines Rechtsstreits; es entstehe nicht jedes Mal neu mit jedem Hinzutreten einer weiteren Beklagtenpartei. Dies gelte auch dann, wenn mit der Klageerweiterung die Klage gegen den zuerst Beklagten zurückgenommen werde. Eine andere Auslegung würde dem Grundsatz der „perpetuatio fori“, § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO, widersprechen. In einem solchen Fall könne allenfalls eine Verweisung oder eine Gerichtsstandsbestimmung in Betracht kommen, wenn eine Zuständigkeit des zunächst angegangenen Gerichts bezüglich der neu hinzutretenden, in der Folge alleinigen Beklagtenpartei unter keinen Umständen gegeben wäre.

## 23

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Bamberg, der die Annahme einer Klageerweiterung zugrunde liegt, steht einer Ausübung des Wahlrechts durch einen Verweisungsantrag im Fall des Parteiwechsels aber nicht entgegen. § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO findet beim Beklagtenwechsel keine Anwendung (Becker-Eberhard in Münchener Kommentar zur ZPO, § 263 Rn. 94; Assmann in Wieczorek/Schütze, ZPO, § 263 Rn. 137). Die Rechtshängigkeit entsteht zwischen den neuen Parteien erst mit Eintritt der neuen Partei, so dass auch deren prozessuale Folgen erst ab diesem Zeitpunkt eintreten (Assmann a. a. O.). Da die bisherige Beklagte beim Parteiwechsel aus dem Rechtsstreit ausscheidet (Greger in Zöllner, ZPO, § 263 Rn. 25), kommt es auf die Folgen einer ihr gegenüber wirksam getroffenen Wahl nach § 35 ZPO nicht an; die zu Fällen der Klageerweiterung ergangene Rechtsprechung (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21. Oktober 2011, I 31 SA 72/11 juris Rn. 22 sowie nachfolgend zur Möglichkeit der Gerichtsstandsbestimmung BGH, Beschluss vom 14. Juli 2020, X ARZ 156/20, juris Rn. 24 und 27 ff.) ist nicht ohne weiteres übertragbar.

## 24

b) Eine rügelose Einlassung der Beklagten gemäß Art. 24 Satz 1 LugÜ (vgl. BayObLG, Beschluss vom 15. September 2020, 101 AR 101/20, juris Rn. 41 ff.) stand einer Verweisung nicht entgegen.

## 25

Die stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung setzt nach Art. 24 Abs. 1 Satz 1 LugÜ voraus, dass sich der Beklagte vor dem angerufenen Gericht auf das Verfahren einlässt, ohne den Mangel der internationalen Zuständigkeit zu rügen. Dies setzt Rechtshängigkeit voraus. Die Ankündigung im Schriftsatz vom 15. Oktober 2020, für den Fall der Klageänderung werde die „neue“ Beklagte sich vor dem Amtsgericht München rügelos einlassen, genügt nicht.

## 26

c) Der Verbrauchergerichtsstand gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. c, Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 Alternative 2 LugÜ liegt beim Amtsgericht Gelsenkirchen, in dessen Bezirk der Kläger unstreitig wohnt.

## 27

Die übrigen Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 Buchst. c LugÜ (vgl. BayObLG, Beschluss vom 15. September 2020, 101 AR 101/20, juris Rn. 34) ergeben sich aus den vorgelegten Reiseunterlagen. Gegenstand des Verfahrens ist die Klage eines Verbrauchers gegen dessen Vertragspartner wegen eines

Anspruchs, der seinen Grund in einem Vertrag hat, der dadurch zustande gekommen ist, dass die Beklagte ihre gewerbliche Tätigkeit (auch) auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Der Vertrag betrifft eine Pauschalreise i. S. d. Art. 15 Abs. 3 LugÜ.

## **28**

d) Eine Zuständigkeit des Amtsgerichts München nach Art. 5 Nr. 5 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 LugÜ am Ort der Niederlassung (vgl. BayObLG, Beschluss vom 15. September 2020, 101 AR 101/20, juris Rn. 37 f.) oder aufgrund einer Vereinbarung eines fakultativen Gerichtsstands in München für Klagen des Verbrauchers gegen die Beklagte durch Einbeziehung deren Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Art. 23 Abs. 1, Abs. 5 i. V. m. Art. 17 Nr. 2 LugÜ) ist dagegen nicht gegeben, so dass dahin stehen kann, ob in dem an das Amtsgericht München adressierten Schriftsatz vom 21. Oktober 2020 auch eine Wahl dieses Gerichts gesehen werden könnte.

## **29**

Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 1. Dezember 2020 ausgeführt, die in München ansässige Zustellungsbevollmächtigte sei keine (Zweig-)Niederlassung. Ein darüber hinaus erforderlicher Bezug des Streitstoffs zum Betrieb einer - unterstellten - Niederlassung in München ist nicht ersichtlich. Der Kläger hat vielmehr vorgetragen, die Reise über ein Reisebüro in Marl gebucht zu haben.

## **30**

Die Behauptung des Klägers, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei München als Gerichtsstand vereinbart, genügt nicht zur Begründung eines fakultativen Gerichtsstands nach Art. 23 Abs. 1, Abs. 5 i. V. m. Art. 17 Nr. 2 LugÜ. Zum Schutz des Verbrauchers bestehen strenge Pro- und Derogationsschranken. Nach Art. 17 Nr. 2 LugÜ kann zugunsten des Verbrauchers ein zusätzlicher Gerichtsstand vereinbart werden. Im Hinblick auf Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ muss dies jedoch hinreichend deutlich werden.

## **31**

Dies ist hier nach dem Vorbringen der Parteien nicht der Fall.