

Zustellung der Klageschrift an ausländische Niederlassung ist dem Beklagten gegenüber wirksam

Oberlandesgericht München

Urteil vom 02.03.2017

Az.: 6 U 2940/16

In dem Rechtsstreit

Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V.
-Kläger und Berufungskläger-

gegen

Microsoft Corporation
-Beklagte und Berufungsbeklagte-

Microsoft Deutschland GmbH
-Nebenintervenientin-

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München 1 vom 07.06.2016, Az. 1 HK 0 22751/15, aufgehoben.

2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens und über die der Nebenintervenientin entstandenen

außergerichtlichen Kosten, an das Landgericht München I zurückverwiesen.

Gründe

I.

Die Parteien streiten sich in der Sache um die Frage, ob es der Beklagten unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten untersagt ist, auf Rechnern (PC's) von Verbrauchern im Hintergrund Installationsdateien zu einem Upgrade auf ein neues Betriebssystem zu platzieren, ohne den Verbraucher zuvor hiervon in Kenntnis gesetzt und eine Einwilligung hierzu eingeholt zu haben.

Mit Urteil vom 07.06.2016 hat das Landgericht die Klage des Klägers, eines Verbraucherschutzverbandes, gegen die Beklagte, einer Gesellschaft mit Sitz in den USA und einem der weltweit führenden Anbieter von Betriebssystemen auf PC's, Laptops und mobilen Endgeräten, darauf gerichtet, der im Verhandlungstermin erster Instanz anwaltlich nicht vertretenen Beklagten im Wege eines Versäumnisurteils zu untersagen,

auf Festplatten von Verbrauchern ohne deren Kenntnis und Einwilligung Dateien zur Installation eines neuen Betriebssystems zu laden und/oder laden zu lassen wie geschehen in Bezug auf den Ordner „\$Windows.-BT“ für das Betriebssystem „Windows 10“, insbesondere dann, wenn sich der Verbraucher zuvor nicht für eine von der Beklagten angebotene „Reservierung“ eines solchen Upgrades auf ein neues Betriebssystem entschieden hat,

abgewiesen. Zur Begründung ist im Ersturteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, ausgeführt:

Die Klage sei durch Endurteil als unzulässig abzuweisen, da die vom Kläger im Rubrum genannte Adresse „c/o Microsoft Deutschland GmbH“ keine zustellungsfähige Adresse bzw. ladungsfähige Anschrift der Beklagten – der US-amerikanischen

Corporation im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO – darstelle, so dass es an einer ordnungsgemäßen Parteibezeichnung auf Beklagtenseite fehle. Zwar handle es sich bei der Microsoft Deutschland GmbH um eine Niederlassung der Beklagten in Deutschland, weshalb im Streitfall gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 UWG sowohl die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte als auch die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I gegeben sei. Es fehle jedoch an einer zustellfähigen Adresse für eine Ersatzzustellung gemäß § 178 Abs. 1 ZPO, nachdem der Kläger nicht hinreichend dazu vorgetragen habe, dass die US-amerikanische Beklagte durch ihr eigenes prozessuales und vorprozessuales Verhalten den Rechtsschein einer zustellfähigen Geschäftsanschrift über die Adresse der GmbH in Deutschland gesetzt hätte. Die Beweiskraft der Postzustellungsurkunde sei hierfür nicht ausreichend. Dies gelte auch in Bezug auf die Angaben der Beklagten auf ihrer Internetseite zur GmbH als ihrer deutschen Tochtergesellschaft (Anl. K 10, K 11), da für den Verbraucher die darin enthaltenen Formulierungen („La and Corporate Affairs“, „Zuständigkeit für alle juristischen Aspekte, etwa vertrags- und urheberrechtliche Fragen“) nicht den Anschein einer zustellfähigen Anschrift der deutschen GmbH als Abteilung“ der Beklagten erweckten. Überdies unterliege die Zustellung an eine US-amerikanische Gesellschaft weder den Zustellvorschriften des Art. 7 Nr. 5 EuGVVO, noch des Art. 5 Nr. 5 des Lugano Übereinkommens (LugÜ II) zur Frage der wirksamen Zustellung an eine inländische Zweigniederlassung.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, die er wie folgt begründet:

Das Erstgericht habe zwar zutreffend erkannt, dass die Microsoft Deutschland GmbH aufgrund der öffentlichen Selbstdarstellung der Beklagten (vgl. Anl. K 10, K 11) als Niederlassung im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 1 UWG anzusehen sei.

Dem Erstgericht könne jedoch nicht darin gefolgt werden, dass

es trotz der dadurch begründeten Zuständigkeit des Landgerichts München I an der wirksamen Zustellung der Klageschrift nebst Terminladung fehle, weil die Voraussetzungen einer Ersatzzustellung nicht vorlägen. Ein Auseinanderfallen der durch die Niederlassung begründeten örtlichen Zuständigkeit einerseits und der Frage der richtigen Zustellungsanschrift auf Beklagtenseite andererseits sei rechtlich nicht darstellbar. Es entspreche einhelliger Auffassung, dass eine Auslandszustellung nicht veranlasst sei, wenn der Schuldner über eine Zweigniederlassung im Inland verfüge. Es habe daher im Streitfall keine Veranlassung bestanden, die Voraussetzungen einer Ersatzzustellung einer Prüfung zu unterziehen. Bei der Zustellung der Klageschrift an die Microsoft Deutschland GmbH habe es sich nicht um eine ersatzweise Zustellung an die Beklagte gehandelt, sondern um eine Zustellung an die Beklagte selbst. Der Hinweis im angegriffenen Urteil auf die Unanwendbarkeit der EuGVVO und des LugÜ LI sei zwar zutreffend, greife aber zu kurz, weil die Beurteilung der Zustellungs Vorschriften nach deutschem Zivilprozessrecht zu erfolgen habe („Fex form“). Das Erstgericht hätte daher zu der Erkenntnis gelangen müssen, dass eine Zustellung im Ausland nicht erforderlich sei, wenn das ausländische Unternehmen über eine inländische Zweigniederlassung verfüge.

Das Landgericht hätte zumindest von einer wirksamen Zustellung kraft Bevollmächtigung ausgehen müssen, was hilfsweise gerügt werde. Es sei insoweit von einer originären Zustellungsvollmacht kraft eigener Bekundung auszugehen (vgl. die Eigenbeschreibung der Beklagten in Anlage K 11, S. 5 in deutscher Übersetzung: „Die Abteilung Law & Corporate Affairs ist , für alle juristischen Aspekte und Politikthemen zuständig. ...“ sowie Anl. K 11, S. 2, wonach die Microsoft Deutschland GmbH „in Deutschland für das Marketing der Produkte und die Betreuung von Kunden und Partner zuständig“ sei), so dass es einer Prüfung der Voraussetzungen einer Empfangsbevollmächtigung kraft Rechtsscheins wie durch das

Erstgericht erfolgt nicht bedurft hätte, abgesehen davon, dass letztere ebenfalls vorliegen würden.

Der Kläger beantragt,

das Ersturteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen,

hilfsweise das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen wie in erster Instanz beantragt.

Die Beklagte ist mit Verfügung vom 12.12.2016 unter der Anschrift „Walter-Gropius-Straße 5, 80807 München als Niederlassung der Microsoft Deutschland GmbH“ zum Verhandlungstermin vor dem Senat vom 26.01.2017 geladen worden. Im Termin war sie nicht anwaltlich vertreten.

Mit am selben Tage per Telefax bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 17.01.2017 ist die Firma Microsoft Deutschland GmbH im Berufungsrechtszug auf Seiten der Beklagten dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin beigetreten.

Sie führt aus, der Beklagten sei die Klageschrift nicht wirksam zugestellt worden. Dies treffe auch auf den an die Nebenintervenientin gerichteten Zustellversuch vom 16,12.2016 zu. Ein Fall der §§ 170 bis 178 ZPO liege nicht vor. Eine wirksame Zustellung habe nach § 183 ZPO an dem Sitz der Beklagten in den USA im Wege der Rechtshilfe zu erfolgen. Der Regelung über die örtliche Zuständigkeit in § 14 UWG respektive § 21 ZPO – die im Streitfall in Richtung auf die Beklagte bereits nicht zur Anwendung komme, weil es insoweit an einem Zusammenhang des Rechtsstreits zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung, also der Nebenintervenientin, fehle, nachdem die klägerseits behauptete wettbewerbswidrige Handlung nicht von der Nebenintervenientin ausgehe, sondern von der Beklagten – sei unbeschadet dessen nicht zu entnehmen, dass dort auch eine ordnungsgemäße Zustellung an die beklagte Muttergesellschaft erfolgen könne. Richtigerweise habe das

Landgericht die Frage der örtlichen und internationalen Zuständigkeit von der Frage des richtigen Zustellungsempfängers getrennt. Ein Gleichklang bestehe insoweit nicht.

Es liege auch keine Zustellung kraft Empfangsvollmacht vor. Von einer Anscheinsvollmacht sei ebenfalls nicht auszugehen. Die der Nebenintervenientin gegenüber erfolgte funktionale Zuweisung bestimmter Aufgabengebiete innerhalb des Microsoft-Konzerns lasse nicht auf die Erteilung einer Empfangsvollmacht für sämtliche Klagen gegen die Microsoft Corporation schließen. Abgesehen davon sei die Tätigkeitsbeschreibung im Internetauftritt (Anl. K 11) ihrem Wortlaut entsprechend auf „alle juristischen Aspekte der Microsoft Deutschland GmbH sowie Politikthemen“ beschränkt.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze des Klägers und der Nebenintervenientin sowie auf das Protokoll des Termins vom 26.01.2017 (BI. 94/97 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers gegen das angegriffene Urteil des Landgerichts München 1 vom 07.06.2016 ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt (§§ 517, 519 ZPO) und begründet (§ 520 Abs. 2 ZPO) worden.

Sie führt auch zum Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts, die Klage aufgrund nicht ordnungsgemäßer Klageerhebung (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) wegen fehlender Angabe einer ladungsfähigen Anschrift der Beklagten abzuweisen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Zustellung der Klageschrift nebst Terminladung an die Beklagte unter der damaligen Anschrift der Nebenintervenientin, ihrer Niederlassung im Inland, in der Konrad-Zusc-Straße 1 in 85716 Unterschleißheim vom 23.12.2015 war prozessordnungsgemäß, eine Zustellung der Klageschrift am Sitz der Beklagten in den USA im Wege der Rechtshilfe (§ 183

ZPO) war nicht veranlasst.

Auf Antrag des Klägers ist daher unter Aufhebung des Ersturteils die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen (§ 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Die Entscheidung ergeht durch Endurteil, da trotz der Säumnis der Beklagten aufgrund des Verhandeln der Nebenintervenientin (§ 67 Hs. 2 ZPO) kein Versäumnisurteil ergehen kann (BGH NEW 1994, 2022, zitiert nach juris Tz. 7).

Im Einzelnen:

1. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht seine örtliche Zuständigkeit (und auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, da sich diese nach den Regeln über die örtliche Zuständigkeit bestimmt, vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, Ein UWG An. 5.50 m.w.N.) bejaht. Aus den Gründen zu 2. ist im Streitfall gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. UWG der Gerichtsstand der Niederlassung der Beklagten eröffnet, sodass es eines Rückgriffs auf den Gerichtsstand des § 14 Abs. 2 Satz 1 UWG, der bei Klagen von Verbänden nur bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung im Inland zur Anwendung kommt (§ 14 Abs. 2 Satz 2 UWG), nicht bedarf.

2. Im Ausgangspunkt ebenfalls zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Beklagten Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Klageerhebung im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist (vgl. die Nachweise bei Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 253 An. 8), deren Nichtvorliegen zur Abweisung einer Klage als unzulässig (wie vom Landgericht der Sache nach auch erfolgt, vgl. LGU S. 5, erster Absatz, auch wenn sich Ziffer 1. des landgerichtlichen Tenors hierzu nicht ausdrücklich verhält) führt.

a) Nicht gefolgt werden kann dem Erstgericht allerdings, soweit es in der Existenz der inländischen Niederlassung der Beklagten (der Microsoft Deutschland GmbH) zwar einen die

internationale und örtliche Zuständigkeit der Gerichte begründenden Umstand sieht, unter der Anschrift dieser Niederlassung aber eine wirksame Klagezustellung an die Beklagte nicht erfolgen könne, es mithin an der Angabe einer ladungsfähigen Anschrift fehle, so dass insoweit die Vorschriften über die Ersatzzustellung (§ 178 Abs. 1 ZPO) zur Anwendung kämen, deren Voraussetzungen im Streitfall allerdings nicht erfüllt seien. Die am 23.12.2015 an „c/o Microsoft Deutschland GmbH ...“ erfolgte Zustellung der Klageschrift ist nämlich in rechtlicher Hinsicht vor dem Hintergrund, dass eine Partei auf Beklagtenseite nicht nur an ihrem Hauptsitz, sondern auch an jedem Ort ihrer Niederlassung verklagt werden kann, als an die Beklagte selbst bewirkt anzusehen. Demgegenüber kommt die gesetzliche Regelung über die Ersatzzustellung nach Maßgabe des § 178 ZPO nur in Fällen zur Anwendung, in denen – anders als im Streitfall, in dem die Klageschrift der Adressatin, nämlich der Microsoft Deutschland GmbH, über einen Empfangsbevollmächtigten ausgehändigt wurde – der Zustellungsempfänger nicht angetroffen wird. Dieser Wertung folgend ist auch eine Auslandszustellung grundsätzlich nicht veranlasst, wenn der Schuldner über eine Zweigniederlassung im Inland verfügt (vgl. Geimer in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 183 An. 14 für den Anwendungsbereich der EuGVVO bzw. des LugE; ders. in: Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 2108 mwN). Eine hiervon abweichende Beurteilung ist auch nicht deshalb geboten, weil die Beklagte als US-amerikanische Gesellschaft den Vorschriften der Art. 7 Nr. 5 EuGVVO/5 Nr. 5 Lugt) II zur Wirksamkeit einer Zustellung an eine inländische Zweigniederlassung nicht unterliegt (vgl. LGU S. 6, 1. Absatz). Wie vorstehend ausgeführt richtet sich nämlich das Verfahren vor einem international zuständigen deutschen Gericht nach deutschem Prozessrecht (lex fori), so dass sich die Wirksamkeit der Zustellung der Klageschrift nach § 21 ZPO i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. UWG beurteilt.

Dem Einwand der Nebenintervenientin – die Wirksamkeit ihres

Beitritts zum Rechtsstreit stellt der Kläger zu Recht nicht in Frage -, der Geltungsbereich der Vorschriften der § 14 UWG, § 21 ZPO erschöpfe sich in der Feststellung zur örtlichen und internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und treffe keine Aussage über den Adressatenkreis, an den eine Klageschrift zuzustellen sei insoweit kämen ausschließlich die Vorschriften der §§ 166 ff. ZPO zur Anwendung -, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Dem Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregelung in § 21 ZPO/§ 14 UWG, einen Schuldner am Sitz seiner Niederlassung verklagen zu können, liefe es zuwider, wenn dort nicht in zulässiger Weise die Klageschrift zugestellt werden könnte (Geimer, Internationales Zivilprozessrecht a.a.O., m.w.N). So entspricht es allgemeiner Auffassung, dass § 183 ZPO nur das bei einer Auslandszustellung einzuhaltende Verfahren regelt, nicht aber, ob eine Zustellung im Ausland zu erfolgen hat (vgl. BGH NEW 1999, 2442; MünchKomm/Häublein, ZPO, 5. Aufl., § 183 Rn 2; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, An. 1928b, 2108).

b) Ohne Erfolg macht die Nebenintervenientin ferner geltend, sie sei keine Niederlassung im Sinne von § 21 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. UWG, so dass auch aus diesem Grunde eine der Beklagten gegenüber wirksame Klagezustellung nicht habe erfolgen können.

Bei der Nebenintervenientin handelt es sich um eine Niederlassung der Beklagten im Sinne von § 21 ZPO/§ 14 Abs. 1 Satz 1 UWG, wie sich aus dem Internetauftritt der Beklagten (Anlagen K 10, K 11) ergibt (siehe hierzu nachfolgend). Dass es sich bei der Nebenintervenientin um eine rechtlich selbständige juristische Person (GmbH) handelt, steht dem nicht entgegen (vgl. Zöllner/ Vollkommer a.a.O., § 21 An. 4 m.w.N).

Ihren Rechtsstandpunkt stützt die Nebenintervenientin darauf, dass es insoweit an einem hinreichenden Bezug der Klage zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung, also der Microsoft Deutschland GmbH, fehle (vgl. den Wortlaut des § 21 Abs. 1

ZPO: ... so können gegen ihn alle Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, ...).

Ein solcher Bezug der Klage zur Niederlassung setzt nicht voraus, dass der Klageanspruch unmittelbar aus dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung hervorgegangen ist (vgl. Zöller/Vollkommer a.a.O., § 21 Kn. 11). Der Wettbewerbsverstoß muss daher nicht zwingend vom Geschäftsbetrieb der Niederlassung ausgehen (der Hinweis der Nebenintervenientin auf Köhler/Feddersen a.a.O., § 14 Rn. 10 lässt diesen Schluss nicht zu). Vielmehr genügt ein (hinreichend gewichtiger) Sachzusammenhang der streitgegenständlichen Angelegenheit mit dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung, aufgrund dessen im Einzelfall die Befassung der für den Niederlassungsort zuständigen Gerichte mit der Angelegenheit sachlich gerechtfertigt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.11.2010 – U (Kart) 19/10 Tz. 38, nachgewiesen in juris).

Der vom Gesetz geforderte Bezug der Klage zur Nebenintervenientin resultiert im Streitfall aus dem Intemetauftritt der Beklagten wie aus Anl. K 10 ff., namentlich aus Anl. K 10, ersichtlich. Hierdurch hat die Beklagte den äußeren Anschein gesetzt (zur Maßgeblichkeit dieses Kriteriums für die Frage des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen einer gewerblichen oder selbständigen Niederlassung im Sinne von § 32 Abs. 1 ZPO/§ 14 Abs. 1 Satz 1 UWG vgl. OLG Karlsruhe WRP 1998, 329; Köhler/Feddersen a.a.O., § 14 An. 9; Retzer/Tolkmitt in: Harte/Henning, UWG, 4. Aufl. 2016, § 14 Rn. 41 m.w.N.), dass die Abwicklung von mit der streitgegenständlichen Fallkonstellation vergleichbaren Angelegenheiten, betreffend den deutschen Markt, typischerweise zum Aufgabenbereich ihrer deutschen Niederlassung gehöre (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 10.11.2003 – 5 W 249/03 Tz. 8, nachgewiesen in juris).

Diese Beurteilung stützt sich darauf, dass die Beklagte in ihrer eigenen Internetwerbung (Anl. K 10, K 11, zu ersehen aus

der Kopfzeile „Microsoft Corporation ... www.microsoft.com...) die Nebenintervenientin als ihre zweitgrößte Tochtergesellschaft – eine von weltweit 119 Niederlassungen – vorstellt (Anl. K 10), die in ihrem Aufgabengebiet in der Abteilung Marketing & Operations (M&O) „sämtliche Marketingaktivitäten, Kampagnen und Produkteinführungen“ des Microsoft-Konzerns in Deutschland „steuert“, als Consumer Channels Group (CCG) den „Vertrieb und die Vermarktung aller Produkte – von Office über Phones bis hin zur Xbox – an Privatkunden“ steuert und in ihrer Abteilung Law & Corporate Affairs (LCA) für „alle juristischen Aspekte und Politikthemen zuständig“ ist. „Dazu gehören etwa vertrags- und urheberrechtliche Fragen, aber auch im Bereich Software-Piraterie“ (vgl. Anl. K 11). Angesichts der Fülle der von der Beklagten als Muttergesellschaft der Nebenintervenientin für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugewiesenen Aufgaben innerhalb des Microsoft-Konzerns sowohl im Bereich der Vertriebs und der Vermarktung aller Produkte, von dessen Einführung bis hin zu Marketingaktivitäten und der Durchführung von Kampagnen, als auch in Bezug auf die Zuweisung juristischer Fragenkomplexe, von denen Vertrags- und urheberrechtliche Themen nur beispielhaft aufgeführt werden, nicht abschließend, wie der Hinweis auf „alle juristischen Aspekte“ (abweichend vom Vortrag der Nebenintervenientin bezieht sich diese Aussage in Anl. K 11 nicht auf die Microsoft Deutschland GmbH, sondern auf die Microsoft Corporation) belegt, wird der von der Werbung der Beklagten angesprochene Interessent davon ausgehen, dass es konzernintern zum Aufgabengebiet der vor Ort ansässigen Nebenintervenientin zählt, sich der Frage der Unlauterkeit des im Streitfall vom Kläger als wettbewerbswidrig angesehenen Vorgehens der Beklagten zu stellen. Dieser äußere Anschein, den die Beklagte durch ihren Internetauftritt gesetzt hat, rechtfertigt aus den vorgenannten Gründen die Beurteilung, dass es sich bei der Nebenintervenientin um eine Niederlassung der Beklagten handelt, an deren Sitz letztere verklagt werden kann.

3. Aus den vorstehenden Gründen kann im Streitfall dahinstehen, ob sich die Wirksamkeit der Klagezustellung auch aus der Erteilung einer Empfangsvollmacht an die Nebenintervenientin oder kraft Rechtsscheins herleiten ließe.

4. Da das Ersturteil aus den vorstehenden Gründen keinen Bestand hat, war der Rechtsstreit auf den Antrag des Klägers an das Landgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens und der Nebenintervention, zurückzuweisen, nachdem im angegriffenen Urteil nur über die Zulässigkeit der Klage entschieden worden ist und eine Sachentscheidung nicht getroffen wurde (vgl. BGH, Urt. v. 11.03.1983 – V ZR 287/81, nachgewiesen in juris, Tz 32 ff. = WM 1983, 658; Zöller/Heßler a.a.O., § 538 An. 38; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Aufl. 2016, § 538 Rn. 15).

5. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

6. Das Vorbringen der Nebenintervenientin im nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23.2.2017 bietet keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (§ 156 Abs. 2 ZPO).