

W I E C Z O R E K  

---

Z P O und G V G



SAMMLUNG



GUTTENTAG

---

252

# Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz

Handausgabe

auf Grund der Rechtsprechung erläutert von

**Bernhard Wieczorek**

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof



Berlin 1960

**Walter de Gruyter & Co.**

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung  
Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Comp.

Archiv-Nr. 21 1 252/60

Satz: Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin SW 61

Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Herstellung von Photokopien und Mikrofilmen, vorbehalten

## Vorwort

Der Verlag wünschte ein Erläuterungsbuch in der Größenordnung des von ihm früher herausgegebenen Handkommentars zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz von Dr. Sydow, Dr. L. und A. Busch, Dr. Krantz und Triebel. Der Verfasser hat sich bemüht, dem Wunsch durch das vorliegende Erläuterungsbuch zu entsprechen.

Die Handausgabe soll der Praxis eine schnelle Orientierung über die Rechtsprechung ermöglichen. Sie erfaßt in größeren Zügen das von dem Verfasser in seinem Großkommentar zum ZPO näher Erläuterte.

Die Randziffern stimmen in beiden Ausgaben überein. Wer also tiefer in die Materie eindringen will, kann auf dieselbe Stelle in dem Großkommentar zurückgreifen. Um dem Benutzer diese Erleichterung zu verschaffen, war es allerdings nötig, die Reihenfolge der Randziffern in der Handausgabe dort zu unterbrechen, wo bestimmte Abschnitte der großen Ausgabe, die in der Praxis eine geringere Rolle spielen, nicht beibehalten worden sind.

In diesem Erläuterungsbuch ist zum Beleg des Gesagten grundsätzlich nur eine Entscheidung genannt, die Nebengesetze sind in ihm — im Gegensatz zum Großkommentar — nicht abgedruckt; es beschränkt sich auf die Zivilprozeßordnung, ihr Einführungsgesetz, daß Gerichtsverfassungsgesetz und sein Einführungsgesetz.

Auch das Erläuterungsbuch ist auf Grund der Rechtsprechung gefertigt, und ich bitte auch hier den Leser, selbst zu urteilen und zu prüfen, ob die vorgetragene Auffassung richtig ist. Nach Möglichkeit wurde versucht, Irrtümer zu vermeiden; eine Gewähr für Richtigkeit kann aber unter dem Gesichtswinkel menschlicher Unvollkommenheit nicht übernommen werden.

Allen, die mir halfen, dieses Buch vorzulegen, danke ich sehr.

Herbst 1960

Der Verfasser



# Inhaltsverzeichnis

|  | Seite      |
|--|------------|
| Vorwort . . . . .  | III        |
| Abkürzungsverzeichnis . . . . .  | IX         |
| <b>Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz . . . . .</b>                     | <b>1</b>   |
| <b>Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) . . . . .</b>                                     | <b>12</b>  |
| Erster Titel. Richteramt (§§ 1—11) . . . . .   | 12         |
| Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit (§§ 12—21) . . . . .                                  | 23         |
| Dritter Titel. Amtsgerichte (§§ 22—27) . . . . .                                     | 61         |
| Vierter Titel. Schöffengerichte (§§ 28—58) . . . . .                                 | 68         |
| Fünfter Titel. Landgerichte (§§ 59—78) . . . . .                                     | 73         |
| Sechster Titel. Schwurgerichte (§§ 79—92) . . . . .                                  | 86         |
| Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen (§§ 93—114) . . . . .                     | 89         |
| Achter Titel. Oberlandesgerichte (§§ 115—122) . . . . .                              | 103        |
| Neunter Titel. Bundesgerichtshof (§§ 123—140) . . . . .                              | 107        |
| Zehnter Titel. Staatsanwaltschaft (§§ 141—152) . . . . .                             | 114        |
| Elfter Titel. Geschäftsstelle (§ 153) . . . . .                                      | 117        |
| Zwölfter Titel. Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte (§§ 154, 155) . . . . .        | 120        |
| Dreizehnter Titel. Rechtshilfe (§§ 156—168) . . . . .                                | 123        |
| Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei (§§ 169—183) . . . . .         | 136        |
| Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache (§§ 184—191) . . . . .                            | 148        |
| Sechzehnter Titel. Beratung und Abstimmung (§§ 192—198) . . . . .                    | 151        |
| Siebzehnter Titel. Gerichtsferien (§§ 199—202) . . . . .                             | 154        |
| <b>Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung . . . . .</b>            | <b>159</b> |
| <b>Zivilprozeßordnung . . . . .</b>  | <b>168</b> |
| <b>Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen (§§ 1—252) . . . . .</b>                     | <b>168</b> |
| <b>Erster Abschnitt. Gerichte (§§ 1—49) . . . . .</b>                                | <b>168</b> |
| Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte (§§ 1—11) . . . . .               | 168        |
| Zweiter Titel. Gerichtsstand (§§ 12—37) . . . . .                                    | 200        |
| Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte (§§ 38—40) . . . . . | 244        |
| Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen (§§ 41—49) . . . . . | 250        |
| <b>Zweiter Abschnitt. Parteien (§§ 50—127) . . . . .</b>                             | <b>262</b> |
| Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit (§§ 50—58) . . . . .                  | 262        |
| Zweiter Titel. Streitgenossenschaft (§§ 59—63) . . . . .                             | 299        |
| Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit (§§ 64—77) . . . . .              | 312        |
| Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände (§§ 78—90) . . . . .              | 339        |
| Fünfter Titel. Prozeßkosten (§§ 91—107) . . . . .                                    | 367        |
| Sechster Titel. Sicherheitsleistung (§§ 108—113) . . . . .                           | 432        |
| Siebenter Titel. Armenrecht (§§ 114—127) . . . . .                                   | 448        |
| <b>Dritter Abschnitt. Verfahren (§§ 128—252) . . . . .</b>                           | <b>487</b> |
| Erster Titel. Mündliche Verhandlung (§§ 128—165) . . . . .                           | 487        |
| Zweiter Titel. Verfahren bei Zustellungen (§§ 166—213) . . . . .                     | 553        |
| I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien (§§ 166—207) . . . . .                    | 553        |
| II. Zustellungen von Amts wegen (§§ 208—213) . . . . .                               | 599        |

## Inhaltsverzeichnis

|  | Seite       |
|--|-------------|
| Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen (§§ 214—229) . . . . .  | 606         |
| Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 230—238) . . . . .   | 619         |
| Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 239—252) . . . . .  | 644         |
| <b>Zweites Buch. Verfahren im ersten Rechtszuge (§§ 253—510c) . . . . .</b>  | <b>685</b>  |
| <b>Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253—494) . . . . .</b>  | <b>685</b>  |
| Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil (§§ 253—299) . . . . .  | 685         |
| Zweiter Titel. Urteil (§§ 300—329) . . . . .   | 867         |
| Dritter Titel. Versäumnisurteil (§§ 330—347) . . . . .   | 979         |
| Vierter Titel. Verfahren vor dem Einzelrichter (§§ 348—350) . . . . .  | 998         |
| Fünfter Titel. Allgemeine Vorschriften über die Beweisaufnahme (§§ 355—370) . . . . .  | 1002        |
| Sechster Titel. Beweis durch Augenschein (§§ 371—372a) . . . . .   | 1015        |
| Siebenter Titel. Zeugenbeweis (§§ 373—401) . . . . .   | 1020        |
| Achter Titel. Beweis durch Sachverständige (§§ 402—414) . . . . .  | 1060        |
| Neunter Titel. Beweis durch Urkunden (§§ 415—444) . . . . .  | 1072        |
| Zehnter Titel. Beweis durch Parteivernehmung (§§ 445—455) . . . . .  | 1093        |
| Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 478—484) . . . . .   | 1106        |
| Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises (§§ 485—494) . . . . .  | 1108        |
| <b>Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten (§§ 495—510c) . . . . .</b>  | <b>1116</b> |
| <b>Drittes Buch. Rechtsmittel (§§ 511—577) . . . . .</b>   | <b>1129</b> |
| <b>Erster Abschnitt. Berufung (§§ 511—544) . . . . .</b>   | <b>1129</b> |
| <b>Zweiter Abschnitt. Revision (§§ 545—566a) . . . . .</b>   | <b>1220</b> |
| <b>Dritter Abschnitt. Beschwerde (§§ 567—577) . . . . .</b>  | <b>1277</b> |
| <b>Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578—591) . . . . .</b>  | <b>1302</b> |
| <b>Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß (§§ 592—605a) . . . . .</b>   | <b>1334</b> |
| <b>Sechstes Buch. Ehesachen, Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, Entmündigungssachen (§§ 606—687) . . . . .</b>  | <b>1351</b> |
| <b>Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen (§§ 606—638) . . . . .</b>   | <b>1351</b> |
| <b>Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstand haben (§§ 640 bis 644) . . . . .</b> | <b>1405</b> |
| <b>Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen (§§ 645—687) . . . . .</b>  | <b>1414</b> |
| <b>Siebentes Buch. Mahnverfahren (§§ 688—703a) . . . . .</b>   | <b>1443</b> |
| <b>Achtes Buch. Zwangsvollstreckung (§§ 704—945) . . . . .</b>   | <b>1459</b> |
| <b>Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften (§§ 704—802) . . . . .</b>  | <b>1459</b> |
| <b>Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803—82a) . . . . .</b>   | <b>1638</b> |
| <b>Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (§§ 803—863) . . . . .</b>   | <b>1638</b> |
| <b>I. Allgemeine Vorschriften (§§ 803—807) . . . . .</b>   | <b>1638</b> |
| <b>II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen (§§ 808—827) . . . . .</b>  | <b>1656</b> |
| <b>III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 828 bis 863) . . . . .</b>   | <b>1705</b> |
| <b>Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§§ 864—871) . . . . .</b>  | <b>1804</b> |
| <b>Dritter Titel. Verteilungsverfahren (§§ 872—882) . . . . .</b>  | <b>1816</b> |
| <b>Vierter Titel. Zwangsvollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechtes (§ 882a) . . . . .</b>   | <b>1825</b> |

## Inhaltsverzeichnis

|   | Seite |
|---|-------|
| <b>Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen<br/>und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 883—898)</b> . . . . . | 1827  |
| <b>Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft (§§ 899—915)</b> . . . . .   | 1858  |
| <b>Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 916—945)</b> . . . . .  | 1872  |
| <b>Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren (§§ 946—1024)</b> . . . . .   | 1923  |
| <b>Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren (§§ 1025—1048)</b> . . . . .  | 1962  |
| <b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .   | 2024  |



## Abkürzungsverzeichnis

|                     |   |
|---------------------|---|
| a. a. O.            | = am angegebenen Ort  |
| ABl.                | = Amtsblatt   |
| AbzG                | = G betr. die Abzahlungsgeschäfte   |
| ADB                 | = Allgemeine Deutsche Bankbedingungen   |
| ADSp.               | = Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen  |
| a. E.               | = am Ende   |
| a. F.               | = alte Fassung  |
| AG                  | = Amtsgericht; bei Gesetzen: Ausführungsgesetz  |
| AKG                 | = Allgemeines KriegsfolgenG   |
| AktienG             | = Gesetz über Aktien- und Kommanditgesellschaften auf Aktien  |
| a. M.               | = andere Meinung  |
| AnfG                | = Anfechtungsgesetz   |
| Anh.                | = Anhang  |
| AnO                 | = Anordnung   |
| AnwBl.              | = Anwaltsblatt, Nachrichten für Mitglieder des Deutschen Anwaltsvereins   |
| AP                  | = Arbeitsrechtliche Praxis (ab 1. 7. 54 Nachschlagewerk des BARbG)  |
| Arch. f. ziv. Prax. | = Archiv für die zivilistische Praxis (Verlag J. C. B. Mohr — Paul Siebeck, Tübingen)   |
| AV                  | = Allgemeine Verfügung  |
| AVB                 | = Allgemeine Versicherungsbedingungen   |
| AVO                 | = Ausführungsverordnung   |
| BAnz.               | = Bundesanzeiger  |
| Baumbach-Lauterbach | = ZPO, Kurzkomentar von Dr. A. Baumbach, neubearbeitet von Dr. Lauterbach   |
| Bay.                | = Bayern  |
| BayOblG             | = Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band und Seite); ohne Zusatz Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB                  | = Betriebsberater   |
| BBG                 | = Bundesbeamtengesetz   |
| Bd.                 | = Band  |
| BdF                 | = Bundesminister der Finanzen   |
| BDO                 | = Bundesdisziplinarordnung  |
| Beil.               | = Beilage   |
| Bek.                | = Bekanntmachung  |
| Bekl.               | = Beklagte(r)   |
| betr.               | = betreffend  |
| Betrieb             | = Der Betrieb, Verlag Handelsblatt GmbH, Düsseldorf, Pressehaus, Martin-Luther-Platz  |
| BGBI.               | = Bundesgesetzblatt   |
| BGH                 | = Bundesgerichtshof   |
| BGHSt.              | = Urteile des BGH in Strafsachen (ohne Zusatz: Amtliche Entscheidungssammlung)  |
| BGHZ                | = Urteile des BGH in Zivilsachen  |
| BinnSchG            | = Binnenschiffahrtsgesetz   |
| BJM                 | = Bundesminister der Justiz   |
| Bl.                 | = Blatt   |

## Abkürzungsverzeichnis

|                |   |
|----------------|---|
| Bf. RA         | = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Band und Seite)                          |
| BLG            | = BundesleistungG v. 19. 10. 56 (BGBl. I 815)                                     |
| BRAGebO        | = Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung  |
| BRD            | = Bundesrepublik Deutschland  |
| Büro           | = Das Büro (Verlag Kurt Groß, Flensburg, Moltkestr. 10)                           |
| BüroBl.        | = Büro Blatt (ab 1932 JVB1)   |
| BVFG           | = Bundesvertriebenen- und Flüchtlingsgesetz                                       |
| BW             | = Baden-Württemberg   |
| BWM            | = Bundesminister für Wirtschaft   |
| bzw.           | = beziehungsweise   |
|                |   |
| e.             | = canon   |
| CC             | = code civile   |
|                |   |
| DanzJZ         | = Danziger Juristenzeitung  |
| DAR            | = Deutsches Autorecht; 1951 und 1952 vereinigt mit „Das Recht des Kraftfahrers“   |
| DB             | = Der Betrieb   |
| DDR            | = Deutsche Demokratische Republik (Ostzone)                                       |
| Dersch-Volkmar | = Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar von Dr. H. Dersch und Dr. E. Volkmar           |
| dgl.           | = desgleichen   |
| DGemWiR        | = Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht  |
| DGVZ           | = Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung  |
| d. h.          | = das heißt   |
| DJ             | = Deutsche Justiz   |
| DJZ            | = Deutsche Juristenzeitung  |
| DNNotZ         | = Deutsche Notarzeitschrift   |
| DR             | = Deutsche Rechtsprechung   |
| DR A           | = Deutsches Recht (Wochenausgabe)   |
| DR B           | = Deutsches Recht (Monatsausgabe)   |
| DRpflRspr.     | = Deutsche Rechtspflege (Rechtsprechungbeilage)                                   |
| DRiZ           | = Deutsche Richterzeitung   |
| DRiZ Rspr.     | = Deutsche Richterzeitung (Rechtsprechungbeilage)                                 |
| DRZ            | = Deutsche Rechtszeitschrift (ab 1951 mit SJZ vereinigt zu JZ)                    |
| DVO            | = Durchführungsverordnung   |
|                |   |
| EG             | = Einführungsgesetz (ohne Zusatz: EG ZPO)   |
| EntlVO         | = Entlastungsverordnung   |
| Erl.           | = Erläuterung   |
| EVO            | = Eisenbahnverkehrsordnung  |
|                |   |
| f.             | = folgend   |
| FamRZ          | = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Zeitschrift)                |
| FGG            | = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit                |
| folg.          | = folgende  |
| FürsPflVO      | = Verordnung über die Fürsorgepflicht   |
|                |   |
| G              | = Gesetz  |
| GA             | = Goldammer Archiv, Jahrgang und Seite  |
| GBO            | = Grundbuchordnung  |
| GebrMG         | = Gebrauchsmustergesetz   |
| GenG           | = Genossenschaftsgesetz   |
| GeschmMG       | = Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz) |

## Abkürzungsverzeichnis

|                      |   |   |
|----------------------|---|---|
| GewO                 | = | Gewerbeordnung  |
| GG                   | = | Grundgesetz   |
| GKG                  | = | Gerichtskostengesetz  |
| GMBL                 | = | Gemeinsames Ministerialblatt  |
| GmbH                 | = | Gesellschaften mit beschränkter Haftung   |
| Gruch.               | = | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)                                   |
| GRUR                 | = | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht  |
| GS                   | = | Gesetzsammlung  |
| GV                   | = | Gerichtsvollzieher  |
| GVBl.                | = | Gesetz- und Verordnungsblatt  |
| GVG                  | = | Gerichtsverfassungsgesetz   |
| GVGA                 | = | Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher   |
| GVO                  | = | Gerichtsvollzieherordnung   |
| GVVO                 | = | VO zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung  |
| GWB                  | = | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
|                      |   |   |
| HGB                  | = | Handelsgesetzbuch   |
| HinterlO             | = | Hinterlegungsordnung  |
| h. M.                | = | herrschende Meinung   |
| HRR                  | = | Höchstrichterliche Rechtsprechung   |
|                      |   |   |
| i. d. F.             | = | in der Fassung  |
| i. F.                | = | im Falle  |
|                      |   |   |
| Jb.                  | = | Jahrbuch  |
| JBl.                 | = | Justizblatt   |
| JMBL                 | = | Justizministerialblatt  |
| JR                   | = | Juristische Rundschau   |
| JR A                 | = | Juristische Rundschau (Aufsatzteil)   |
| JR B                 | = | Rechtsprechungsbeilage der Juristischen Rundschau von 1925 bis 1927, ab 1928 vereinigt mit OLG zu HRR (Jahr und Nummer) |
| JuV                  | = | Justiz und Verwaltung   |
| JW                   | = | Juristische Wochenschrift   |
| JWG                  | = | Jugendwohlfahrtsgesetz  |
| JZ                   | = | Juristenzeitung   |
|                      |   |   |
| KG                   | = | Kammergericht   |
| KGBL                 | = | Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts   |
| KGJ                  | = | Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band und Seite)              |
| Kl.                  | = | Kläger  |
| KO                   | = | Konkursordnung  |
| Konkurs und Treuhand | = | Konkurs und Treuhandwesen   |
| KostO                | = | Kostenordnung   |
| KostV                | = | Kostenverfügung   |
| KunstUrhSchutzG      | = | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Fotografie                                    |
| KV                   | = | Konkursverwalter  |
|                      |   |   |
| l                    | = | lex   |
| LAG                  | = | Lastenausgleichsgesetz  |
| Lb.                  | = | Lehrbuch  |
| LG                   | = | Landgericht   |
| LitUrhG              | = | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst   |

## Abkürzungsverzeichnis

|             |   |
|-------------|---|
| LM          | = Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs   |
| LPG         | = Landpachtgesetz   |
| LuftschG    | = Luftschutzgesetz  |
| LVG         | = Gesetz über das Verfahren in Landwirtschaftssachen  |
| MDR         | = Monatsschrift für Deutsches Recht   |
| MDR B       | = Rechtsprechungsbeilage der Monatsschrift für Deutsches Recht (Nummer und Jahr)  |
| MDRRAK      | = Monatsschrift der Reichsrechtsanwaltskammer   |
| MecklZ      | = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Wissenschaft  |
| m. N.       | = mit Nachweisen  |
| Mot.        | = Motive  |
| MSchG       | = MieterschutzG   |
| MuW         | = Markenschutz und Wettbewerb   |
| N           | = Nachschlagewerk des Reichsgerichts auf dem Gebiet der ZPO (§ und Nummer); auf anderen Gebieten Zitat nach Gesetz, §, Nr., also z. B. N GVG § 13/7                 |
| NaumburgerZ | = Zeitung der Anwaltskammer im Bezirk des OLG Naumburg  |
| Nds.        | = Niedersachsen   |
| n. F.       | = neue Fassung  |
| NdsRpfl.    | = Niedersächsische Rechtspflege   |
| NJ          | = Neue Justiz   |
| NJW         | = Neue Juristische Wochenschrift  |
| NotO        | = Notarordnung  |
| NotVO       | = Notverordnung   |
| Nov.        | = Novelle   |
| Nr.         | = Nummer  |
| NRW         | = Nordrhein-Westfalen   |
| O           | = Ordnung   |
| ÖA          | = Öffentlicher Anzeiger der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes  |
| OGH         | = Oberster Gerichtshof der britischen Zone  |
| oHG         | = Offene Handelsgesellschaft  |
| OLG         | = Oberlandesgericht; (mit Zahlenszusatz: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan-Falkmann); (Band und Seite) |
| PatBl.      | = Blatt für Patente, Muster und Zeichenwesen  |
| Pohle       | = Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, bearbeitet von Pohle  |
| PosMS       | = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern   |
| PrABG       | = Pr. Allgemeines Berggesetz  |
| PStG        | = Personenstandsgesetz  |
| R           | = Reich ...   |
| RA          | = Rechtsanwalt  |
| RAGeBO      | = Gebührenordnung für Rechtsanwälte   |
| RAnz.       | = Deutscher Reichsanzeiger  |
| RAO         | = Rechtsanwaltsordnung  |
| RBeratG     | = G zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung  |
| RdErl.      | = Runderlaß   |

## Abkürzungsverzeichnis

|                     |  |
|---------------------|--|
| Recht               | = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, seit 1925 mit dem Untertitel Juristisches Zentralblatt für Praktiker, zuletzt Monatsbeilage der DJ (Jahr und Nummer) |
| RechtsbeiständeGebG | = G über Gebühren und Auslagen von Rechtsbeiständen  |
| RegBl.              | = Regierungsblatt  |
| RegBlThür.          | = Regierungsblatt für Thüringen  |
| RG                  | = Reichsgericht  |
| RGBl.               | = Reichsgesetzblatt  |
| RGSt.               | = Amtliche Entscheidungssammlung des RG in Strafsachen   |
| RGStRspr.           | = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Reichsanwälten (Band und Seite)  |
| RGZ                 | = Amtliche Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen   |
| RheinArch.          | = Archiv für Zivil- und Strafrecht der Königl. Pr. Rheinprovinz  |
| RheinZ              | = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht  |
| RhPf.               | = Rheinland-Pfalz  |
| RJA                 | = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt vom Reichsjustizamt, zuletzt vereinigt mit KGJ als JFG (Band und Nummer)              |
| RLG                 | = Reichsleistungsgesetz  |
| RMG                 | = Reichsmietengesetz   |
| Rosenberg Lb.       | = Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts  |
| Rpfl.               | = Der deutsche Rechtspfleger   |
| RV                  | = Reichsverfassung   |
| RVO                 | = Reichsversicherungsordnung   |
| RWP-Blattei         | = Blattei-Handbuch Rechts- und Wirtschaftspraxis (Forkel-Verlag, Stuttgart)  |
|                     |  |
| S                   | = Satz bzw. Seite  |
| SaBl.               | = Sammelblatt  |
| SächsA              | = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (Band und Seite)  |
| SächsA f. Rechtspf. | = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (später Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt) (Jahr und Seite)   |
| SächsAnn.           | = Annalen des Oberlandesgerichts Dresden, später vereinigt mit Sächsischem Archiv für Rechtspflege (Band und Seite)  |
| SchIH               | = Schleswig-Holstein   |
| SchIHA              | = Schleswig-Holsteinische Anzeigen   |
| Schönke             | = Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, 17. Auflage, jetzt bearbeitet von Pohle  |
| SchutzVO            | = Schutzverordnung   |
| Seuff.              | = Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte (Band und Nummer)   |
| Seuff.-Walsmann     | = Seuffert-Walsmann, Kommentar zur ZPO   |
| SGG                 | = Sozialgerichtsgesetz   |
| SHG                 | = Soforthilfegesetz  |
| SJZ                 | = Süddeutsche Juristenzeitung  |
| StAnz.              | = Staatsanzeiger   |
| SR+StZ              | = Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift  |
| SRZ                 | = Saarländische Rechtszeitschrift  |
| StPO                | = Strafprozeßordnung   |
| str.                | = streitig   |
| StVG                | = Straßenverkehrsgesetz  |
| StVO                | = Straßenverkehrsordnung   |
| StuW                | = Steuer und Wirtschaft  |

## Abkürzungsverzeichnis

|             |   |
|-------------|---|
| Sydow-Busch | = Kommentar zur ZPO nebst GVG, erläutert von R.Sydow, L.Busch, fortgeführt von W. Krantz, Fr. Triebel |
| ThürBl.     | = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt  |
| UWG         | = Gesetz über den unlauteren Wettbewerb   |
| VAG         | = Versicherungsaufsichtsgesetz  |
| Verf.       | = Verfassung  |
| Vfg.        | = Verfügung   |
| VersR       | = Versicherungsrecht  |
| vgl.        | = vergleiche  |
| VglO        | = Vergleichsordnung   |
| VHG         | = Vertragshilfegesetz   |
| VkBl.       | = Verkehrsblatt   |
| VOBl BZ     | = Verordnungsblatt für die britische Zone   |
| VP          | = Versicherungspraxis   |
| VRS         | = Verkehrsrechtssammlung (Band und Seite)   |
| VVG         | = Gesetz über den Versicherungsvertrag  |
| Warn.       | = Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)                                       |
| WG          | = Wassergesetz (PrWG usw.)  |
| WM          | = Wohnwirtschafts- und Mietrecht  |
| WuW         | = Wirtschaft und Wettbewerb   |
| WürttJb.    | = Jahrbuch der württembergischen Rechtspflege (Jahr u. Nummer)  |
| WürttZ      | = Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung  |
| WZG         | = Warenzeichengesetz  |
| Z           | = Zeitschrift   |
| ZakDR       | = Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht  |
| ZfB         | = Zeitschrift für Bergrecht   |
| ZfV         | = Zeitschrift für Versicherungswesen  |
| ZHK         | = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht   |
| ZMR         | = Zeitschrift für Miet- und Raumrecht   |
| ZPO         | = Zivilprozeßordnung  |
| ZRHO        | = Rechtshilfe-Ordnung in Zivilsachen  |
| z. T.       | = zum Teil  |
| ZustandErgG | = Zuständigkeitergänzungsgesetz   |
| ZVG         | = Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsvollstreckung                                     |
| ZZP         | = Zeitschrift für Zivilprozeß, begründet von Busch (Band und Seite)                                   |

I.  
**Einführungsgesetz  
zum Gerichtsverfassungsgesetz**

vom 27. Januar 1877 (RGBl. 77)  
unter Berücksichtigung der späteren Änderungen.

**§ 1**

**I** Das Gerichtsverfassungsgesetz tritt im ganzen Umfange des Reichs an einem durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats festzusetzenden Tage, spätestens am 1. Oktober 1879, gleichzeitig mit der im § 2 des Einführungsgesetzes der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Gebührenordnung in Kraft.

**A.** Das Gesetz ist am 1. 10. 1879 in Kraft getreten; es wurde in Helgoland eingeführt am 1. 4. 1891 (VO v. 22. 3. 91 — RGBl. 22).

**B I.** An die Stelle des RG sind der BGH (Nov. 1950 Art. VIII 88), an die des Reiches die BRD, Westberlin getreten.

**B II.** In der DDR gilt das GVG v. 2. 10. 1952 (GBl. 983), das nur einige Bestimmungen des alten GVG enthält.

**§ 2**

**I** Die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung.

**A.** Das GVG regelt die **Gerichtsorganisation** der ordentlichen Gerichte — d. h. der Amts-, Land-, Oberlandesgerichte, des Bay. Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofes (GVG § 12).

**A I.** EG GVG § 2 bezieht sich „nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit“; nicht auf die freiwillige Gerichtsbarkeit.

**A II b)** Bisweilen ist den ordentlichen Gerichten eine **besondere Organisation** gegeben, etwa den Rhein-, Mosel- und Binnenschiffahrt-, den Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichengerichten, die nur Abteilungen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit sind. Dahin gehören auch die Gerichte in Baulandsachen.

**A III.** Darüber hinaus dürfen auch den ordentlichen Gerichten **andere Verfahren übertragen** werden (EG GVG §§ 3, 4); doch darf nach EG GVG § 3 I 2, III auch von der Gerichtsverfassung nach dem GVG abgewichen werden.

b) Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird auf die Organisation der ordentlichen Gerichte verwiesen und darüber hinaus auf GVG §§ 157—168 nach FGG §§ 2, 194 IV, auf GVG §§ 169—175 nach PrAG GVG § 88, auf GVG §§ 176—198 nach FGG § 8; daß dagegen GVG §§ 199—202 unanwendbar sind, besagt FGG § 10.

B. Das Recht des GVG gilt indes nicht, wo Organisationen (Gerichte) anderer Form (wie die der ordentlichen Gerichte) tätig werden, wenn es nicht nach ausdrücklicher Regelung anzuwenden ist.

### **§ 3**

**I Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, kann den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werden. Die Übertragung darf nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen erfolgen.**

**II Auch kann die Gerichtsbarkeit letzter Instanz in den vorerwähnten Sachen auf Antrag des betreffenden Bundesstaates mit Zustimmung des Bundesrats durch Kaiserliche Verordnung dem Reichsgerichte übertragen werden.**

**III Insoweit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein von den Vorschriften der Zivilprozeßordnung abweichendes Verfahren gestattet ist, kann die Zuständigkeit der ordentlichen Landesgerichte durch die Landesgesetzgebung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen bestimmt werden.**

A. Die Vorschrift knüpft an GVG § 14 an (vgl. aber auch GVG § 13 a); sie ermächtigt die Landesgesetzgebung nicht, besondere Gerichte zu wählen.

B. EG GVG § 3 II ist in GG Art. 99 aufgegangen.

**BI.** GG Art. 99 regelt die Zuweisung an die Bundesgerichte kraft Landesrechts, nicht kraft Bundesgesetzes; soweit dies geschehen sollte, wird § 549 I ausgeschlossen. Obwohl Westberlin durch das VereinheitlichungG v. 9. 1. 1951 (VOBl. I 99) dem BGH die Entscheidung in der Revisioninstanz zugewiesen hat, wird vom BGH dies nicht auf die Entscheidung über berliner Landesrecht bezogen und insoweit § 549 angewandt.

**BII.** Aus GG Art. 99 wird bisweilen gefolgert, daß die Bundesgerichte ohne solche Zuweisung überhaupt nicht über Landesrecht entscheiden dürfen. Dem ist indes der BGH nicht gefolgt (BGHZ 6/147).

C. Landesrechtlich abweichende Verfahren sind nach EG §§ 11, 15 I 2, 3, 4, 16 I 3 gestattet.

### **§ 4**

**I Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden.**

A. Jede andere Art der Gerichtsbarkeit darf die Landesgesetzgebung den Landesbehörden übertragen, die nicht bundesrechtlich geregelt ist und nicht zu der ordentlichen Gerichtsbarkeit gehört. Die Übertragung der Dienstaufsicht über Richter an Staatsanwälte ist aber nach GVG § 151 I 2 verboten. EG GVG § 4 I 2 geht von dem Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung aus. Reine Staatsverwaltung darf durch die Landesgesetzgebung nicht den ordentlichen Gerichten als solchen übertragen werden.

B. Vgl. EG GVG § 23.

### **§ 5—7**

außer Kraft.

## § 8

**I** Durch die Gesetzgebung eines Landes, in dem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes gehörenden Revisionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem obersten Landesgericht zugewiesen werden.

**II** Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, in denen für die Entscheidung Bundesrecht in Betracht kommt, keine Anwendung, es sei denn, daß es sich im wesentlichen um Rechtsnormen handelt, die in den Landesgesetzen enthalten sind.

A. Nach EG GVG § 8 I darf innerhalb der BRD in den Ländern, in denen es mehrere OLG gibt, ein Oberstes LG errichtet werden.

A I. Von diesem Vorbehalt hat Bayern Gebrauch gemacht (BayAG GVG Art. 18 folg.).

a) Nach BayAG GVG Art. 21 erstreckt sich die Zuständigkeit des BayObLG darauf, über Revisionen nach §§ 545 folg., GVG § 133 I 1 zu entscheiden, doch ist diese Vorschrift durch EG § 7 VI auch darauf erstreckt, daß über die sofortige Beschwerde nach § 519 b II in bürgerlichen Rechtsstreiten (vgl. GVG § 133 I 2) von ihm entschieden werden darf (nicht aber über die sonstigen Rechtsmittel), wenn dies auch indes angesichts des EG GVG § 8 II nur wenig bedeutet, da über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels in der Regel nach Bundesrecht zu entscheiden ist.

a 1. Der Begriff des bürgerlichen Rechtsstreits knüpft hier rein formal daran, ob ein OLG (bzw. bei Sprungrevisionen ein LG) in einem zivilen Streit entschieden hat.

a 2. Auch dafür, die Zuständigkeit eines Gerichts nach §§ 36, 650 III zu bestimmen, ist das OLG zuständig (vgl. EG § 9).

B. Über die Gegebenheiten des EG GVG § 8 II entscheidet das BayObLG unanfechtbar (vgl. dazu EG § 7 II). Die Vorschrift besagt, daß das BayObLG nur dann über Revisionen und sofortige Beschwerden nach § 519 b II entscheiden soll, wenn im wesentlichen über bayrisches Landesrecht zu entscheiden ist.

## § 9

**I** Durch die Gesetzgebung eines Landes, in dem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, können die zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gehörenden Entscheidungen in Strafsachen ausschließlich einem der mehreren Oberlandesgerichte oder an Stelle eines solchen Oberlandesgerichts dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden.

A. Vgl. dazu BayAG GVG Art. 24; EG GVG § 8 A II.

## § 10

**I** Die allgemeinen sowie die in den §§ 124, 130, 131 und 181 Abs. 1 enthaltenen besonderen Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden auf die obersten Landesgerichte als Behörde der ordentlichen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung; ferner sind die Vorschriften der §§ 132, 136 bis 138 des Gerichtsverfassungsgesetzes mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, daß durch Landesgesetz die Bildung eines einzigen Großen Senats angeordnet werden kann, der aus dem Präsidenten und mindestens acht Mitgliedern zu bestehen hat und an die Stelle der Großen Senate für Zivilsachen und für Strafsachen sowie der Vereinigten Großen Senate tritt.

**II** Die Besetzung der Senate bestimmt sich in Strafsachen, in Grundbuchsachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den Vorschriften über die Oberlandesgerichte, im übrigen nach den Vorschriften über den Bundesgerichtshof.

A. Die Bestimmung regelt die Gerichtsverfassung des obersten Landesgerichts.

B. Über Revisionen entscheidet das OLG in Besetzung von fünf Mitgliedern (EG GVG § 10 II).

## EGGVG § 10

## EGGVG

C. Bei dem BayObLG sind alle bay. OLG-Rechtsanwälte zugelassen (BRAO § 227). Über die Funktion dieser Rechtsanwälte vgl. EG § 8 A.

D. Über die Bedeutung der Staatsanwaltschaft bei dem BayObLG vgl. BayAG GVG Art. 25.

## § 11

**I Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die strafrechtliche oder zivilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft.**

**II** Gegenstandslos.

A. Der Begriff des Beamten i. S. dieser Bestimmung betrifft nicht den öffentlich-rechtlichen, sondern den Träger hoheitlicher Funktionen (GVG § 13 H). Sie bezieht sich nur auf Landes-, nicht auf Bundesbeamte. Bei Schadenersatzklagen wegen Amtspflichtverletzung gegen den Fiskus ist EG GVG § 11 II gegenstandslos (RV Art. 131 I 3; GG Art. 34 I 3; RGZ 106/41).

## § 12–22

gegenstandslos.

## § 23

**I Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte. Das gleiche gilt für Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Freiheitsstrafen, der Maßregeln der Sicherung und Besserung, des Jugendarrests und der Untersuchungshaft.**

**II Mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch die Verpflichtung der Justiz- oder Vollzugsbehörde zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden.**

**III Soweit die ordentlichen Gerichte bereits auf Grund anderer Vorschriften angerufen werden können, behält es hierbei sein Bewenden.**

A. Über die Justizverwaltung vgl. GVG § 12 A II.

B. Es sind zwei Arten von Justizverwaltungsakten zu unterscheiden, die, welche auf Grund besonderer Vorschriften angreifbar sind, und die, welche EG GVG § 23 I, II unterliegen.

**B I.** EG GVG § 23 I betrifft nur die **Regelung einzelner Angelegenheiten** in den in Absatz I bezeichneten Rechtsbereichen; nicht die rein fiskalische Tätigkeit.

a) **Nicht unter die Norm** fällt die Einrichtung der einzelnen Gerichte, die Materialbeschaffung, die Dienstaufsicht, Besoldung und Fürsorge für Richter, Beamte und Arbeitnehmer. Die Geschäftsverteilung, die ihre besondere Ausgestaltung im GVG (vgl. §§ 22 b, e, 63 f. g., 117, 131) gefunden hat.

a 1. Soweit hier die Richter **nicht weisungsgebunden** sind (vgl. GVG § 1 B II) im besonderen, wenn sie die Geschäfte verteilen, ist diese Tätigkeit weder nach EG GVG § 23 I, II, noch verwaltungsgerichtlich angreifbar; sondern u. U. nur im laufenden Verfahren unter der Rüge des nicht richtig besetzten Gerichts (vgl. §§ 551 I 1, 579 I 1) u. dgl. m.

a 2. Aber auch soweit die Richter **weisungsgebunden** sind (vgl. GVG § 1 B I b, EG § GVG 4), unterliegt ihre Tätigkeit nur dann EG GVG § 23 I, wenn damit einzelne Angelegenheiten im

Rahmen des Absatzes I geregelt werden. Auch davon ausgenommen sind die unter Absatz III fallenden Justizverwaltungsakte (vgl. EG GVG § 23 B II).

b) EG GVG § 23 umfaßt alle Angelegenheiten der **Justizverwaltung**, welche in das Gebiet der **ordentlichen Gerichtsbarkeit** fallen. Die Norm verweist dabei auf die Tätigkeit der Gerichte auf dem Wege des Zivilverfahrens (vgl. GVG § 13 B IV, F—N), auf dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. GVG § 13 C) und auf dem des Strafverfahrens (vgl. GVG § 13 D) und meint damit die Angelegenheiten, welche von den ordentlichen Gerichten außerhalb dieser Verfahren zu erledigen sind, einschließlich der Tätigkeit der Justizverwaltungsbehörden, auch die der Justizministerien (also der Ministerien, soweit sie Rechtspflogetätigkeit ausüben; nicht soweit sie bei der Gesetzgebung mitwirken). Die Anführung des materiellen Rechtskreises (bürgerliches und Handelsrecht) hat nur beispielsweise Bedeutung, da auch strafrechtliche Gebiete geregelt werden.

b 1. Man wird nur die Verwaltungstätigkeit der Ministerien im eigenen Hause nicht unter EG GVG § 23 I zu bringen haben.

b 2. Das Gesetz nennt nicht den **Kreis des GVG**; doch gehört dieser zu den anderen Verfahrensordnungen (ZPO, StPO, FGG).

**B II.** Soweit Richter auf den in Absatz I genannten Gebieten auf dem Gebiet der Justizverwaltung tätig werden (EG GVG § 23 B I b) und deshalb nicht schon unter die gerichtlichen Verfahrensordnungen (ZPO, FGG, StPO) gehören, ist die Norm nicht anzuwenden, soweit besondere Rechtsbehelfe vor den ordentlichen Gerichten gegeben sind (vgl. GVG § 13 B III d), also praktisch, soweit nicht schon die Regelungen der gerichtlichen Verfahrensordnungen für anwendbar erklärt worden sind (wie z. B. die Regelung in der Hinterlegung O §§ 3, 16).

**B III.** Von den **verbleibenden Fällen** sind u. a. zu nennen die Rechtshilfe im Verhältnis zum Ausland (ZRHO vgl. den Abdruck im Kommentar), aber auch die Entscheidung über die Zulassung von Prozeßagenten (§ 157 B II a) wie die gesamte Tätigkeit der Justizverwaltung nach dem Rechtsberatungsmißbrauchgesetz, Anerkennung ausländischer Eheurteile.

**C. Angreifbar** ist der Justizverwaltungsakt mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung (EG GVG § 23 II),

**C I.** der unter EG GVG § 23 I fällt (vgl. EG GVG § 23 B) also soweit nicht die Verfahrensordnungen (ZPO, StPO, FGG) unmittelbar oder mittelbar (EG GVG § 23 B II) Platz greifen.

**C II.** Ferner ist angreifbar der Justizverwaltungsakt, der nach EG GVG § 23 I zu treffen wäre, aber nicht getroffen wird.

a) Keinesfalls darf nach der hier vertretenen Auffassung damit in laufende Verfahren eingegriffen werden, etwa mit der Begründung, daß das Verfahren verzögert oder nicht entschieden wird u. dgl. m.

b) Über das Verfahren im einzelnen vgl. EG GVG §§ 24 folg.

## § 24

**I** Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.

**II** Soweit Maßnahmen der Justiz- oder Vollzugsbehörden der Beschwerde oder einem anderen förmlichen Rechtsbehelf im Verwaltungsverfahren unterliegen, kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung erst nach vorausgegangenem Beschwerdeverfahren gestellt werden.

**A.** EG GVG § 24 I fordert für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung die Beschwerde (vgl. § 511 B II c). Doch genügt eine Beschwerde rein verfahrensrechtlicher Art (vgl. sonst auch GG Art. 19 IV). Ohne eigene Beschwerde ist aber der Antrag unstatthaft (vgl. § 511 B II).

**B.** Unterliegen die Maßnahmen der Justizverwaltung einem förmlichen **Rechtsbehelf** (der Beschwerde) im **Verwaltungsverfahren**, so muß dieser erschöpft sein, wie EG GVG § 24 II ergibt.

**B I.** Formlose verwaltungsverfahrensrechtliche **Rechtsbehelfe** bleiben dabei **außer Betracht** (also z. B. die formlose Dienstaufsichtsbeschwerde), aber auch an sich zulässige Angriffe verwaltungsgerichtlicher Art gegen Vorbescheide, wenn der Tatbestand des Vorbescheides schon den Rechtsweg öffnet.

a) Ist der Rechtsbehelf von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden, so kommt nicht EG GVG § 24 II, sondern EG GVG § 23 III zum Zuge.

**B II.** Ob das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine Beschwerde oder sonstiges Rechtsbehelfverfahren ist, ist gleichgültig.

**C.** Der Antrag ist eine dem Gericht gegenüber abzugebende (EG GVG § 26 I), prozessuale (§ 38 B II a 2) Willenserklärung. Er unterliegt nicht dem Anwaltszwang; wohl aber muß ihn — nach der herrschenden Auffassung des FGG (vgl. Keidel FGG § 13 Anm. 8) ein Geschäftsfähiger (BGB §§ 104 folg.) einlegen bzw. sein gesetzlicher Vertreter. Über Vollmacht vgl. FGG § 13 (EG GVG § 29 II). Anwaltszwang besteht nicht.

## § 25

**I** Über den Antrag entscheidet ein Zivilsenat oder, wenn der Antrag eine Angelegenheit der Strafrechtspflege oder des Vollzugs betrifft, ein Strafsenat des Oberlandesgerichts, in dessen Bezirk die Justiz- oder Vollzugsbehörde ihren Sitz hat. Ist ein Beschwerdeverfahren (§ 24 Abs. 2) vorausgegangen, so ist das Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk die Beschwerdebehörde ihren Sitz hat.

**II** Ein Land, in dem mehrere Oberlandesgerichte errichtet sind, kann durch Gesetz die nach Absatz 1 zur Zuständigkeit des Zivilsenats oder des Strafsenats gehörenden Entscheidungen ausschließlich einem der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zuweisen.

**A.** Die Norm bestimmt das zur Entscheidung über den Antrag zuständige Gericht.

## § 26

**I** Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung muß innerhalb eines Monats nach Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe des Bescheides oder, soweit ein Beschwerdeverfahren (§ 24 Abs. 2) vorausgegangen ist, nach Zustellung des Beschwerdebescheides schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts oder eines Amtsgerichts gestellt werden.

**II** War der Antragsteller ohne Verschulden verhindert, die Frist einzuhalten, so ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

**III** Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Die Tatsachen zur Begründung des Antrags sind bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen. Innerhalb der Antragsfrist ist die versäumte Rechtshandlung nachzuholen. Ist dies geschehen, so kann die Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden.

**IV** Nach einem Jahr seit dem Ende der versäumten Frist ist der Antrag auf Wiedereinsetzung unzulässig, außer wenn der Antrag vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war.

**A.** Über die Berechnung der Monatsfrist vgl. FGG § 17 (§ 222). Die Frist läuft auch in den Gerichtsferien, da nach dem FGG bzw. der StPO verfahren wird (EG GVG § 29 II; FGG § 10, GVG § 200 II 1).

**A I.** Die Frist läuft ab Zugang der schriftlichen Entscheidung der Justizverwaltungsbehörde, auch wenn zugestellt werden sollte, die Zustellung aber formell unwirksam ist (vgl. § 187).

**A II.** Der Antrag erfordert die Schriftform.

a) An Stelle der Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts bzw. eines Amtsgerichts genügt die Einreichung einer Beschwerdeschrift bei dem zuständigen Gericht (in nicht strafrechtlichen Angelegenheiten nach FGG § 21 I, EG GVG 29 II); darüber hinaus wird man FGG § 21 I nicht anwenden können, weil bei Justizverwaltungsakten an sich kein Gericht, sondern eine Verwaltungsbehörde entscheidet, so daß Einlegung bei der Stelle, welche den Justizverwaltungsakt erläßt oder unterläßt, ihn zu erlassen, nicht genügt. Die Stelle wird man auch nicht als verpflichtet zur Weiterleitung ansehen können.

a 1. Andererseits wird man auch die Einreichung einer Schrift bei jedem beliebigen Amtsgericht nicht als genügend anzusehen haben.

b) Der Antrag darf auch zu Protokoll eines jeden Amtsgerichts gestellt werden. Vollziehung des Antrags reicht zur Fristwahrung aus.

Da es Amtsgerichte in der Ostzone nicht mehr gibt, kommen nur Amtsgerichte der BRD und West-Berlins in betracht.

b 1. Der Urkundbeamte der Geschäftsstelle des Amtsgerichts hat die Amtspflicht, die Beschwerde unverzüglich dem zuständigen Oberlandesgericht weiterzuleiten. Verspätete Weiterleitung schadet nicht. Die Weiterleitung selbst kann durch weitere Anträge an das Oberlandesgericht — selbst nach Fristablauf — erzwungen werden.

B. EG GVG § 26 II—IV entspricht FGG § 22 mit den nachstehend aufgeführten Abweichungen und ZPO §§ 233, 234, wenn man § 233 wie hier (vgl. § 233 B II a) auslegt, ebenfalls mit den nachstehend aufgeführten Abweichungen.

B I. EG GVG § 26 II—IV nennt im Gegensatz zu § 232 II, FGG § 22 II 2 nicht das Verschulden des Vertreters der Partei als die Wiedereinsetzung hindernd; dennoch sollte man diese Norm gemäß EG GVG § 29 II 2 entsprechend anwenden, um Ungleichheiten zu vermeiden. Die Frage, inwieweit die genannten Normen rechtspolitisch aufrechtzuerhalten sind, ist zwar umstritten; doch sind Justizverwaltungsakte viel weniger einschneidend als Entscheidungen in Verfahren nach der ZPO bzw. dem FGG. Vgl. auch EG GVG § 24 C.

B II. EG GVG § 26 IV gibt jenseits der Jahresfrist eine weitere Frist, wenn der Antrag vor Ablauf der Frist durch höhere Gewalt verhindert wurde (vgl. auch § 234 A I a).

a) Es genügt, daß die höhere Gewalt im letztmöglichen Zeitpunkt eintritt.

b) Mit dem Wegfall der höheren Gewalt läuft sodann die Zweiwochenfrist des EG GVG § 26 III.

## § 27

I Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch gestellt werden, wenn über einen Antrag, eine Maßnahme zu treffen, oder über eine Beschwerde oder einen anderen förmlichen Rechtsbehelf ohne zureichenden Grund nicht innerhalb von drei Monaten entschieden ist. Das Gericht kann vor Ablauf dieser Frist angerufen werden, wenn dies wegen besonderer Umstände des Falles geboten ist.

II Liegt ein zureichender Grund dafür vor, daß über die Beschwerde oder den förmlichen Rechtsbehelf noch nicht entschieden oder die beantragte Maßnahme noch nicht erlassen ist, so setzt das Gericht das Verfahren bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist, die verlängert werden kann, aus. Wird der Beschwerde innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist stattgegeben oder der Verwaltungsakt innerhalb dieser Frist erlassen, so ist die Hauptsache für erledigt zu erklären.

III Der Antrag nach Absatz 1 ist nur bis zum Ablauf eines Jahres seit der Einlegung der Beschwerde oder seit der Stellung des Antrags auf Vornahme der Maßnahme zulässig, außer wenn die Antragstellung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles unterblieben ist.

A. Gegenüber einem beantragten, aber unterlassenen Justizverwaltungsakt ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach EG GVG § 27 I zulässig. Die Norm regelt die **Prozeßbedingungen** des Verfahrens.

**A I.** Vorausgesetzt wird ein wirksam gestellter Antrag gegenüber der Justizverwaltungsbehörde (vgl. EG GVG § 24 C).

**A II.** Für die Berechnung der Frist vgl. FGG § 17 (§ 222). Die Frist ist zu berechnen von der Stellung des nicht beschiedenen Antrags an. Wird der Antrag weitergegeben und richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Stelle, an die weitergegeben worden ist, so ist die Frist von der Zeit des Zuganges an bei der Stelle, die entscheiden soll, zu berechnen.

**a)** Dies gilt zunächst von der Dreimonatsfrist des EG GVG § 27 I 1.

**a 1.** Von dem Erfordernis ist der Antragsteller bei Eilbedürftigkeit der Entscheidung befreit (EG GVG § 27 I 2). Die Eilbedürftigkeit ist darzulegen. Glaubhaftmachung (§ 294) fordert das Gesetz nicht; doch wird sie das Gericht verlangen dürfen.

Ein Antrag vor Ablauf der Dreimonatsfrist wird das Verfahren verzögern können; dennoch sollte man ihn nicht (mehr) zurückweisen, sobald die drei Monate verstrichen sind und sollte sogar bis dahin EG GVG § 27 II entsprechend anwenden.

**a 2.** Andererseits darf das Gericht die Frist gemäß EG GVG § 27 II verlängern, muß sich dabei aber im Rahmen des EG GVG § 27 III halten. Erledigt sich das Verfahren vor Entscheidung des Gerichts (vgl. auch EG GVG § 27 II 2), so vgl. über die Kosten EG GVG § 30.

**b)** Die Vorschrift des EG GVG § 27 III ist nur dann von Bedeutung, wenn der Antrag bei der Justizverwaltungsbehörde befistet ist und deshalb nicht wiederholt werden kann.

**b 1.** Über die Berechnung der Jahresfrist vgl. EG GVG § 27 A II a.

**b 2.** Über die Verlängerung der Frist und ihre Berechnung im Fall der Verhinderung durch höhere Gewalt vgl. EG GVG § 26 B II.

Darüber hinaus darf das Gericht besondere Umstände gelten lassen; dazu gehört es auch, wenn der Antrag jederzeit wiederholbar ist (vgl. § 27 A II b). Darüber hinaus sollte man dann, wenn durch den Antrag eine andere Rechtsperson benachteiligt werden würde, aus Gründen der Rechtsicherheit die Verlängerung aus besonderen Umständen nicht zulassen; es sei denn, daß nur der Justizfiskus betroffen wird.

## § 28

**I** Soweit die Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht die Maßnahme und, soweit ein Beschwerdeverfahren (§ 24 Abs. 2) vorausgegangen ist, den Beschwerdebescheid auf. Ist die Maßnahme schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, daß und wie die Justiz- oder Vollzugsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Ausspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist. Hat sich die Maßnahme vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag aus, daß die Maßnahme rechtswidrig gewesen ist, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

**II** Soweit die Ablehnung oder Unterlassung der Maßnahme rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Justiz- oder Vollzugsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

**III** Soweit die Justiz- oder Vollzugsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

**A.** Die Norm regelt die Entscheidungsgewalt des Gerichts (über die Prozeßbedingungen des Verfahrens vgl. EG GVG § 27). Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegenüber einem Justizverwaltungsakt wirkt nur im Rahmen der Beschwer des Antragstellers (EG GVG § 28 I 1; vgl. EG GVG § 24 A).

**A I.** Mit Rücksicht darauf, daß nur insoweit zu entscheiden ist, wie der Antragsteller „in seinen Rechten verletzt ist“, und daß das Antragerfordernis gilt (EG GVG § 23), ist es dem Gericht nicht gestattet, über Antrag bzw. Beschwer hinauszugehen, wenn es auch im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeit des Verfahrens in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (EG GVG § 29 II) in der Entscheidung ähnlich freigestellt ist wie der Prozeßrichter nach § 938 (vgl. § 938 A).

**A II.** Zugesprochen werden darf dem Antrag nur,

**a)** wenn der **Justizverwaltungsakt rechtswidrig** ist (EG GVG § 29 II). Ein im Ermessen der Justizverwaltung liegender Verwaltungsakt ist dies auch dann, wenn die Ermessengrenzen überschritten worden sind (GVG § 13 LI f 5). Dies stellt EG GVG § 28 III ausdrücklich klar.

**a 1.** Darüber hinaus läßt aber EG GVG § 28 III auch die Entscheidung darüber zu, ob von dem Ermessen ein zweckentsprechender Gebrauch gemacht worden ist. Damit sollte man nur als klagestellt ansehen, daß ein nicht zweckentsprechendes Ermessen als Ermessensmißbrauch anzusehen ist; keinesfalls darf das Gericht selbst verwalten wollen. Dies läßt EG GVG § 28 II erkennen (vgl. EG GVG § 28 A II b).

**a 2.** Liegt ein rechtswidriger Justizverwaltungsakt vor, so ist er aufzuheben.

**b)** Unterläßt die Justizverwaltung rechtswidrig den Justizverwaltungsakt, so ist die **Verpflichtung zu seiner Vornahme** auszusprechen. Das Gericht darf also den Justizverwaltungsakt nicht selbst erlassen (EG GVG § 28 II). Es stellt damit praktisch nur fest die Amtspflicht der Justizverwaltung zu handeln.

**B.** Die Entscheidung des Gerichts wirkt sich, wie folgt, aus:

**B I.** Soweit der rechtswidrige (EG GVG § 28 I) Justizverwaltungsakt wirkt, wird er **aufgehoben**.

**B I a)** Damit wird, wenn keine zukünftige Wirkung mit seinem Bestehen verbunden ist, ihm diese Wirkung von der Aufhebung ab genommen.

**a 1.** Ist der aufgehobene Justizverwaltungsakt vollzogen, so darf das Gericht auf Antrag anordnen, daß er rückgängig zu machen ist (EG GVG § 28 I 2). Das setzt voraus, daß die Maßnahme rückgängig gemacht werden kann (EG GVG § 28 I 3). Ist dies nicht möglich zu verwirklichen, so darf das Gericht auf Antrag aussprechen, daß eine Ersatzmaßnahme getroffen wird, wenn damit die ursprüngliche unrechtmäßige Maßnahme aufgehoben werden kann (EG GVG § 28 I 3). In beiden Fällen darf aber nur die Verpflichtung der Justizverwaltung ausgesprochen werden; es darf also nicht die Rückgängigmachung vom Gericht vollzogen werden; vielmehr gilt für diese Anordnung dasselbe, was auch sonst bei unterlassenen Justizverwaltungsakten rechtens ist (EG GVG § 28 A II b).

**a 2.** Läßt sich der Justizverwaltungsakt weder unmittelbar, noch durch Ersatzmaßnahme rückgängig machen, so ist ein darauf gerichteter besonderer Antrag zurückzuweisen. Doch bleibt der **Ausspruch**, daß der Justizverwaltungsakt **unrechtmäßig** ist.

**a 3.** Wirkte ein (etwa von der Verwaltung oder sonstwie aufgehobener) Justizverwaltungsakt in der Vergangenheit und wirkt er nicht mehr fort, so wird auf Antrag die Rechtswidrigkeit des Justizverwaltungsaktes vom Gericht festgestellt, sofern der Antragsteller Rechte daraus herleiten kann.

Ist dies nicht der Fall, so wird ein solcher Antrag zurückgewiesen.

**b)** Ist die Justizverwaltung gesetzlich gehalten, den Justizverwaltungsakt zu erlassen, so spricht das Gericht die Verpflichtung hierzu aus (EG GVG § 28 II 1). Den Akt selbst darf das Gericht nicht erlassen. Erläßt es ihn dennoch, so wirkt er wegen des Vorrangs der gerichtlichen Entscheidung vor dem der Verwaltung (GVG § 17 I 1).

**b 1.** EG GVG § 28 II 2 sieht eine Zwischenentscheidung des Gerichts vor, wenn die Anlegenheit nicht spruchreif ist.

Solche Zwischenentscheidungen können sich ergeben, wenn nicht nur durch die Verwaltung, sondern auch durch von ihr unabhängigen Rechtspersonen oder Behörden noch etwas zu (er)klären ist und diese Erklärungen die Justizverwaltung bzw. das Gericht nicht herbei-

führen kann. Dann wird aber u. U. auch der Antrag zurückzuweisen sein; denn der Justizverwaltung kann dann nicht vorgeworfen werden, rechtswidrig einen Justizverwaltungskt nicht erlassen zu haben.

Wird eine solche Zwischenentscheidung getroffen, so wird damit das Verfahren beendet. Die Bindung der Entscheidung für die Justizverwaltung schreibt EG GVG § 28 II 2 vor.

**B II.** Wird ein unrechtmäßiger Verwaltungskt vom Gericht **aufgehoben**, so steht fest, daß objektiv eine Amtspflichtverletzung i. S. des BGB § 839 begangen worden ist. Soweit der Justizverwaltungskt nicht rückgängig gemacht wird bzw. werden kann, ist deshalb nach GG Art. 34, BGB § 839 Schadenersatz zu leisten, falls die Amtspflichtverletzung schuldhaft begangen worden ist (vgl. Kommentar GVG § 13 K III), andernfalls ist der Aufopferungsanspruch gegeben (vgl. Kommentar GVG § 13 K II).

**a)** Damit, daß der Weg des EG GVG §§ 23 folg. gegeben ist, kann ein Rechtsbehelf i. S. des BGB § 839 III vorliegen, aber nur dann, wenn die Wirkung des Justizverwaltungsktes noch beseitigt werden kann. Ist dies nicht der Fall, so darf unmittelbar auf Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten geklagt werden. Soweit es nur um den Ausspruch geht, daß ein Justizverwaltungskt unberechtigt war (EG GVG § 28 IV), liegt kein Fall des BGB § 839 III vor, wenn dieser Ausspruch nicht beantragt wird.

**a 1.** Der Ausspruch, daß und wie der Justizverwaltungskt rückgängig zu machen ist, stellt, wenn die Anordnung nicht befolgt wird, eine Amtspflichtverletzung dar wie sonst bei unterlassenen Justizverwaltungskten, zu deren Erlaß die Justizverwaltung als verpflichtet angesehen wird (EG GVG § 28 B I b, II b).

**a 2.** Die Unterlassung eines solchen Antrags im Fall der Amtspflichtverletzung bzw. die Zurückweisung eines solchen Antrags ist aber unschädlich und präjudiziert den Antragsteller nicht im Schadenersatzprozeß, auch nicht unter dem Gesichtswinkel des BGB § 254, soweit die Justizverwaltung von sich aus Ersatzakte erlassen kann.

**b)** Bei unterlassenen Justizverwaltungskt begründet die Feststellung, daß er zu erlassen ist, eine Amtspflicht der Justizverwaltung, selbst wenn sie sonst nicht gegeben wäre.

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welcher Frist die Justizverwaltung dem gerichtlichen Anspruch nachkommen soll. Aus seinem Sinn wird man indes zu schließen haben, daß es unverzüglich geschehen soll und daß, wenn dies nicht geschieht, zumindest von da ab die Ersatzansprüche des Antragstellers gegeben sind.

Durch das Verfahren selbst wird ein Verzögerungsschadenersatzanspruch des Antragstellers nicht ausgeschlossen.

**c)** Wird der Antrag des Antragstellers als unbegründet zurückgewiesen, so steht fest, daß der erlassene Justizverwaltungskt rechtmäßig bzw. daß es das Unterlassen seines Erlasses ist.

Bei der Zurückweisung des Antrags als unzulässig (wegen der fehlenden Prozeßbedingungen) ist dagegen im Amtspflichtverletzungsprozeß immer noch zu prüfen, ob dem Antragsteller daraus unter dem Gesichtswinkel des BGB § 839 III etwas vorzuwerfen ist.

## § 29

**I** Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist endgültig. Will ein Oberlandesgericht jedoch von einer auf Grund des § 28 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofes abweichen, so legt es die Sache diesem vor. Der Bundesgerichtshof entscheidet an Stelle des Oberlandesgerichts.

**II** Im übrigen sind auf das Verfahren vor dem Zivilsenat die Vorschriften des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit über das Beschwerdeverfahren, auf das Verfahren vor dem Strafsenat die Vorschriften der Strafprozeßordnung über das Beschwerdeverfahren sinngemäß anzuwenden.

**III** Auf die Bewilligung des Armenrechts sind die Vorschriften der Zivilprozeßordnung entsprechend anzuwenden.

**A.** Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts bzw., wenn es dem Bundesgerichtshof vorliegt, des Bundesgerichtshofs (EG GVG § 29 I 3) ist nicht gegeben (EG GVG § 29 I 1); wohl aber gibt es u. U. die Verfassungsbeschwerde (BVGG § 90).

Die Entscheidung hindert nicht, daß andere Ansprüche anläßlich des Erlasses oder des Unterlassens von Justizverwaltungsakten geltend gemacht werden, wenn sie auch auf diese — außerprozessual — einwirkt (EG GVG § 28 B II).

**B.** Will ein Oberlandesgericht von der Entscheidung eines anderen oder der des Bundesgerichtshofs, die in einem Verfahren nach EG GVG § 23 (nicht in einem sonstigen) ergangen ist, abweichen, so soll es dem Bundesgerichtshof die Angelegenheit zur Entscheidung vorlegen (EG GVG § 29 I 2); die Entscheidung ist nicht ergänzbar.

Ob die Voraussetzungen der Vorlegung gegeben sind, wird der Bundesgerichtshof nachprüfen (vgl. BGHZ 7/339, 9/111, 13/56). Gibt er die Angelegenheit dem Oberlandesgericht zurück, so ist dieses gehalten zu entscheiden.

**C.** Für alle nicht strafrechtlichen Verfahren kommen die Normen des FGG ersatzweise zum Zuge (EG GVG § 29 II), für Strafverfahren die der StPO. Nur die Armenrechtsgesuche sind nach §§ 114 folg. zu beurteilen (EG GVG § 29 III).

## § 30

**I** Für die Kosten des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht gelten die Vorschriften der Kostenordnung entsprechend. Abweichend von § 130 der Kostenordnung wird jedoch ohne Begrenzung durch einen Höchstbetrag bei Zurückweisung das Doppelte der vollen Gebühr, bei Zurücknahme des Antrags eine volle Gebühr erhoben.

**II** Das Oberlandesgericht kann nach billigem Ermessen bestimmen, daß die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, ganz oder teilweise aus der Staatskasse zu erstatten sind. Die Vorschriften des § 91 Abs. 1 Satz 2 und der §§ 102 bis 107 der Zivilprozeßordnung gelten entsprechend. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts kann nicht angefochten werden.

**III** Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 der Kostenordnung. Er wird vor dem Oberlandesgericht durch unanfechtbaren Beschluß festgesetzt.

**A.** Soweit der Bundesgerichtshof entscheidet, trifft er die Entscheidungen des EG GVG § 30 anstelle des Oberlandesgerichts (EG GVG § 29 III).

## II.

# Gerichtsverfassungsgesetz

vom 27. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung  
vom 12. September 1950 (BGBl. 513)  
mit den späteren Änderungen.

Erster Titel

Richteramt

## § 1 (1)

**I Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt.**

**B.** GVG § 1 verlangt **unabhängige Richter** und unterwirft sie dem Gesetz (er ist in GG Art. 97 I und in den folgenden Länderverfassungen enthalten und genießt damit verfassungsmäßigen Schutz: B-W Art. 65, Bay. Art. 85, Bremen Art. 135, Hbg. Art. 62, Hessen Art. 126, Nds. Art. 39 III, NRW Art. 3 III, RhPf. Art. 121, SchlH Art. 36, Westberlin Art. 63).

**Bl.** Er ist der Ausdruck der **staatlichen Gewaltentrennung** (Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege, wenn sich zu ihnen nicht noch eine vierte Macht gesellt: die Wirtschaft) und bestimmt die richterliche Gewalt. Zu ihr gehört es, zu entscheiden, was sein oder geschehen soll, auf Grund und in Ausübung bestehender Gesetze. Sie schafft (dem Grundsatz nach) nicht einen Tatbestand, sondern stellt den Sachverhalt für den Spruch fest; sie soll auch (dem Grundsatz nach) kein Richtergesetz schaffen, sondern das von der Gesetzgebung geschaffene nur anwenden (Positivismus). Von der Verwaltung unterscheidet sich die Rechtsprechung wie die Gesetzgebung dadurch, daß jene den Sachverhalt ändert (vgl. Kommentar § 1 B I a). Doch verlangt das Gesetz der Gerechtigkeit (d. h. das der Gleichheit, vgl. GG Art. 3), daß die Gesamtheit der Rechtsgesetze als Einheit gefaßt wird, was dann zur Abgrenzung und zur Auslegung der Einzelnormen führt. Soweit für Willkür ein Spielraum ist, wird er durch eine beständige Rechtsprechung eingeschränkt; auch ist sie zweckgebunden. Auch gehört das Gewohnheitsrecht zum positiven; es ist die Bestätigung einer angegriffenen Gepflogenheit, der stets ohne die Kritik, daß sie nicht gelten könnte, nachgekommen wurde (vgl. OGH v. 10. 3. 1950 II E 3/372 [378]).

**b) Verstößt ein Gericht gegen das positive Gesetz**, so begeht der Berufsrichter eine Amtspflichtverletzung (nicht aber der Laienrichter), geschieht dies durch den Berufsrichter schuldhaft, so haftet dafür der Staat (GG Art. 34, BGB § 839). Wird indes durch Urteil im technischen Sinn entschieden (also nicht durch Beschluß, RGZ 116/90, vgl. aber für die Spruchgerichte der US-Zone BGHZ 10/55), so muß der Richter eine Rechtsbeugung begangen haben (BGB § 839 II), womit solche Ansprüche praktisch nicht verfolgbar werden.

**B II.** Unabhängigkeit i. S. des GVG § 1 bedeutet nur, nicht an Weisungen von Dienstvorgesetzten gebunden zu sein (sein Gegenstück findet sich in GVG § 146). Die Staatsverwaltung soll sich also nicht des Gerichts bemächtigen, weder durch Dienstaufsicht (vgl. OGH St. MDR 49/570<sup>225</sup>) noch durch Allgemeinverfügung. Deshalb sind auch die Allgemeinverfügungen der Minister — jedenfalls für die streitige Zivilgerichtsbarkeit — nichtig.

Umgekehrt kann auch der Richter, soweit er außerhalb seiner Richterberufung tätig wird und werden darf, also im Rahmen der Justizverwaltung (EG § 4) abhängig und an Weisungen gebunden sein (vgl. RGZ 82/39 [43]). Innerhalb der richterlichen Tätigkeit sollte man jedenfalls — entgegen der herrschenden Praxis — keine Dienstaufsichtsbeschwerde zulassen. Auch darf, soweit ein Gericht gemäß GG Art. 100 I eine Frage dem BVG vorlegt, nicht durch irgendein anderes Gericht die Vorlegung verhindert werden, obwohl BVGG § 80 I den Vorlegungsweg vorschreibt, so daß die übergeordneten Gerichte nicht daran gehindert sind, ihre Meinung dazu zu sagen. Die Rücksendung der Akten durch ein höheres Gericht mit Rechtsbelehrungen verstößt gegen GG Art. 97 I, und das praktische Ende der richterlichen Unabhängigkeit bedeutet es, wenn die Justizverwaltung dann dafür sorgt, daß der tätig gewesene Hilfsrichter inzwischen abberufen wird (hier kann nur damit geholfen werden, daß jeder Partei die Verfassungsbeschwerde zugebilligt wird, weil es zu den Grundrechten eines jeden Rechtsstaates gehört, vor unabhängigen Richtern Recht zu erhalten). Vgl. EG GVG § 23.

a) Diese richterliche Unabhängigkeit steht jedem Richter, dem festgestellten Berufsrichter, dem Hilfsrichter (OGH St. 2/331 = NJW 50/315) wie auch dem Laienrichter zu, wie überhaupt jedem, der mit Rechtspflegefunktionen betraut ist, also dem Rechtspfleger (RechtspflegerG § 8), dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, dem Protokollführer.

b) Über die Frage, ob der einzelne Richter sich der Entscheidung enthalten darf, wenn er gegen sein Gewissen entscheiden würde, vgl. § 48 A; einem ganzen Gericht kann eine solche Befugnis selbst dann nicht zugestanden werden, wenn auf eine Gesetzesänderung mit rückwirkender Kraft gerechnet wird.

## § 2 (2)

**I** Die Fähigkeit zum Richteramt wird durch die Ablegung zweier Prüfungen erlangt.

**II** Der ersten Prüfung muß ein mindestens dreijähriges Studium der Rechtswissenschaft auf einer Universität vorangehen. Von dem dreijährigen Zeitraum sind mindestens drei Halbjahre dem Studium auf einer deutschen Universität zu widmen.

**III** Zwischen der ersten und der zweiten Prüfung muß eine Ausbildungszeit von mindestens drei und einem halben Jahr und höchstens vier Jahren liegen. Mindestens dreißig Monate sind zum Dienst bei den Gerichten, Staatsanwaltschaften, Notaren und Rechtsanwältinnen zu verwenden; der Rest der Ausbildungszeit ist mindestens zur Hälfte bei Verwaltungsbehörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts, im übrigen in einer dem Ausbildungszweck dienenden Weise zu verwenden.

A. GVG § 2 regelt die Fähigkeit, **Berufsrichter** zu sein (die Richterfähigkeit). Über die Berufung zum Richter vgl. GVG § 6 A. Er ist in erster Linie für die Berufung in das Amt des (Berufs-)Richters beim ordentlichen Gericht (GVG § 5) bedeutsam.

A I. GVG § 2 bestimmt, wie jedermann regelmäßig die Richterfähigkeit (in Zukunft) erwerben kann. Er greift nicht in die nach früheren Gesetzen erworbene Richterfähigkeit ein und entzieht sie also nicht denen, welche sie nach anderen Bestimmungen erworben haben.

A II. GVG § 4 regelt den Erwerb der Richterfähigkeit durch Berufung zum ordentlichen Professor.

B. GVG § 2 gibt nur die Rahmenvorschrift, welche die Länder, denen die Justizausbildung wieder übertragen worden ist, beachten sollen.

**B I.** Entscheidend in ihr erscheint nur das Bestehen der zweiten (der großen) Staatsprüfung.

**B II.** Nach GVG § 2 II soll der ersten Prüfung ein mindestens dreijähriges Universitätsstudium vorausgehen, von denen mindestens drei Halbjahre an einer deutschen Universität belegt worden sein sollen.

a) Der Begriff deutsche Universität wurde früher als im kleindeutschen Reiche belegen ausgelegt (Sydow-Busch § 2 Anm. 3), obwohl in ihm 1877 noch keinesfalls überwiegend gleiches Recht galt. Man wird deshalb den Begriff jetzt für die Nachfolgestaaten (DDR, Westberlin, BRD) gelten lassen dürfen, also für das Inland (§ 12 A II a 1), nicht bloß für das Gerichtsinland (§ 12 A II a 2). Zwar schreiben darüber hinaus die Prüfungsordnungen bisweilen vor, daß an den Universitäten ihres Bereichs eine Anzahl von Semestern belegt worden sein muß. Soweit sie nicht Bundesrecht sind und im Widerspruch zu GVG § 2 stehen, sind sie aber unwirksam (GG Art. 31). Regelmäßig wird als Universität zu bewerten sein, was so in einem Staat genannt ist (vgl. im übrigen Wengler JZ 51/219). Keinesfalls könnte sich der Staat, der sie so nennt oder sie so nennen läßt, darauf berufen, daß es keine sei.

**B III.** Nach der ersten Staatsprüfung werden die Kandidaten, welche die erste Prüfung bestanden haben, zu **Referendaren** nach den Justizausbildungsordnungen ernannt. Die Ausbildungszeit als Referendar soll mindestens dreieinhalb Jahre und höchstens vier Jahre betragen (GVG § 2 III). Dreißig Monate davon sollen sodann bei Gerichten, der Staatsanwaltschaft, den Notaren und den Rechtsanwälten verbracht werden, der Rest (12—18 Monate) mindestens zur Hälfte in der Verwaltung (d. h. 6—9 Monate), während über den verbleibenden Rest die Landesjustizverwaltung nach ihrer Ausbildungsordnung verfügen darf. Daran schließt (in von der Prüfungsordnung zugelassenem Abstand) die zweite Staatsprüfung.

**C.** In den Ländern gelten unterschiedliche **Ausbildungs- und Prüfungsordnungen**.

**D.** Für andere Justizorgane gibt es ebenfalls Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, die aber nicht in das GVG eingegangen sind. Für den gehobenen Dienst und für den mittleren Justizdienst vgl. Kommentar GVG § 153, für den GV vgl. Kommentar GVG § 154.

### § 3 (3)

**I** Wer in einem deutschen Land die erste Prüfung bestanden hat, kann in jedem anderen Land zur Vorbereitung für den Justizdienst und zur weiteren Prüfung zugelassen werden.

**II** Die in einem deutschen Land auf die Vorbereitung verwendete Zeit kann in jedem anderen Land angerechnet werden.

**A.** Ein Rechtsanspruch, zum **Vorbereitungsdienst in einem anderen Lande** zugelassen zu werden als dem, wo die erste Prüfung abgelegt worden ist, besteht danach nicht. Doch darf die Landesjustizverwaltung das zulassen, was für sie unter dem Gesichtswinkel eines einheitlichen Staatsangehörigkeitsrechts selbstverständlich sein sollte. Ob bei Ländern innerhalb der BRD die Beschränkung überhaupt gilt, ist nach GG Art. 11, 12 zweifelhaft. Das Entsprechende gilt für die Vorbereitungszeit nach der ersten Prüfung.

**B.** Der **Begriff des deutschen Landes** bezog sich 1877 auf die zum kleindeutschen Reich gehörenden Länder. Hierbei ging man davon aus, daß ein einheitliches Staatsgebiet vorhanden war, obgleich in ihm nicht einmal ein einheitliches Recht galt. Unter diesem Gesichtswinkel sind deshalb weder Westberlin noch die DDR von dem Begriff auszuschließen.

### § 4 (4)

**I** Zum Richteramt befähigt ist ferner jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität.

**A.** Nur ordentliche Professoren des Rechts, die keine zweite Staatsprüfung gemacht haben, nicht außerordentliche oder Privatdozenten werden mit der Ernennung durch die dafür zuständigen Staatsorgane richterfähig. Die Berufung zum ordentlichen Professor geschieht durch ein inländisches Staatsorgan. Über den Begriff „deutsch“ vgl. GVG § 2 B II a.

## § 5 (5)

**I Wer in einem deutschen Land die Fähigkeit zum Richteramt erlangt hat, ist, soweit dieses Gesetz keine Ausnahme bestimmt, zu jedem Richteramt innerhalb Deutschlands befähigt.**

**A.** Im Geltungsbereich des GVG (nicht darüber hinaus) genügt grundsätzlich die Richterfähigkeit in irgendeinem Gebiet zur Ernennung. Es genügt der Erwerb der Richterfähigkeit in einem deutschen Land (GVG § 3 B), aber die auf Grund des GVG § 2, also grundsätzlich (über die Ausnahmen vgl. GVG § 2 A I) mit einer großen Staatsprüfung nach vorangegangenen Ausbildungsgang, wie man sie in Westdeutschland und in Westberlin kennt. Entspricht die Prüfung dem nicht, so ist § 5 nicht anwendbar. Dies wird durch die Normen bestätigt, wonach die zweite Staatsprüfung erlassen werden darf, wenn der Richterfähige schon im Auslande auf Grund entsprechender Ausbildung richterfähig war (Kommentar GVG § 2 A I a). Ohne diese Prüfung werden nur die deutschen ordentlichen Professoren des Rechts richterfähig (GVG § 4). Darüber hinaus sind Prüfungen, die nicht der großen Staatsprüfung entsprechen, nicht ausreichend, auch wenn sie in einem deutschen Lande zum Erwerb der Richterfähigkeit genügen.

## § 6 (6)

**I Die Richter werden auf Lebenszeit ernannt.**

**A.** GVG § 6 befaßt sich mit der **Richterernennung**; er setzt sie als solche voraus und regelt nur ihren Inhalt.

**A I.** Der **ständige Berufsrichter** (GVG § 6 C I) wird von dem zu seiner Ernennung zuständigen Staatsorgan in das Richteramt berufen. Über das Ausscheiden des Berufsrichters vgl. GVG § 8.

a) Welches **Organ** im einzelnen für die **Berufung** zuständig ist, ergibt das Verfassungsrecht.

c) Über die **Wiederernennung** nach Beendigung der Mitgliedschaft als Abgeordnete vgl. § 8 B III.

**A II.** In den genannten Gesetzen sind außer der Richterfähigkeit bisweilen noch Besonderheiten gegeben, die beachtet werden sollen, etwa die Erreichung eines bestimmten Lebensalters für Bundesrichter (vgl. GVG § 6 B II a 1), die besonderen Kenntnisse (nach Meinung der Wahlorgane).

b) Ernannt werden die Richter an einem bestimmten Gericht, als vorläufiger (Assessor), ständiger Richter (Amts-, Land-, Oberlandesgerichtsrat), ständiger Vorsitzender (Landgerichtsdirektor, Senatspräsident), ständiger Gerichtspräsident; aber nicht für einen bestimmten Platz innerhalb der Geschäftsverteilung dieses Gerichts. In Westberlin werden die Präsidenten auf Zeit bestimmt. Dabei ist noch streitig, soweit dies nicht die einzelnen Gesetze ausdrücklich ergeben, ob der ganze Wahlapparat bei jeder Stufe der Ernennung mitzuwirken hat. Der Bundesminister der Justiz hat — bisher unbeanstandet — gegen die wohl h. M. im Richterwahlausschuß vom Ausschuß gewählte Mitglieder zu Senatspräsidenten auch ohne dessen Zustimmung ernannt.

**A III.** Was über die Ernennung und das Ausscheiden von Richtern gesagt ist, gilt entsprechend für die **Ernennung zu Referendaren und Assessoren**, nur daß für diese nach dem Laufbahngesetz meist andere Organe (untergeordnete) und weniger komplizierte Verfahren einzuhalten sind. Dies gilt erst recht von der Berufung der sonstigen Justizorgane (vgl. GVG § 2 D), von den Laienrichtern abgesehen (über diese vgl. GVG § 11 B).

**B.** Die **ordnungsmäßige Berufung**, d. h. die vom zuständigen Organ vorgenommene, gibt die richterliche Gewalt, ohne Rücksicht auf Mängel, die das ernennende — nach außen allein in die Entscheidung tretende — Organ von der Ernennung hätte abhalten müssen. Dabei wird indes als zuständiges Organ jeder Behördenchef angesehen werden müssen, mag er auch für die Ernennung sachlich unzuständig gewesen sein; denn eine solche Ernennung ist nach BBG § 11 I 1 — schwebend — unwirksam und kann von dem zuständigen Organ noch bestätigt

werden (BBG § 11 I 1). Doch sind die Amtshandlungen des so Ernannten wirksam (BBG § 64), bis die ihn ernennende Behörde ihm die Weiterführung der Geschäfte verboten hat (BBG § 13). Darüber, wie sich diese Norm auswirkt, vgl. GVG § 8 D III.

**B I.** Ohne Ernennung durch das zuständige (vgl. GVG § 6 B) Organ bzw. in der richtigen Form (vgl. BBG § 36) bzw. an einem bestimmten Gericht würde, selbst wenn ein Richterfähiger entscheidet, die Entscheidung nichtig sein (sofern sie das Staatsgericht zu treffen berufen ist) und auch dann, wenn der Betreffende schon als Richter gewählt worden ist. Ist indes ein Kollegium tätig geworden, so ist die Entscheidung erst dann nichtig, wenn kein Mitglied des Kollegiums (ordnungsmäßig) berufen war (vgl. §§ 551 I 1, 579 I 1).

**B II. Wesentliche Mängel** bei der Berufung durch das zuständige Organ können dagegen nur zu einem Angriff auf die unrichtig besetzte Richterbank führen (vgl. §§ 539, 551 I 1, 579 I 1). Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit liegt darin, daß für die letzte Fristen zu wahren sind, für die erste nicht; daß das letzte Erkenntnis angegriffen werden muß, das erste auch ohne Angriff nicht beachtet werden darf.

**a)** Doch sind nicht alle Berufungsmängel so wesentlich, daß sie zur Anfechtbarkeit ausreichen, sondern nur die, welche das Gesetz für das berufende Organ zur unbedingten Voraussetzung gemacht hat.

**a 1.** Die wesentlichen Mängel können in der Person des Berufenen eintreten. Dazu gehören für Berufsrichter die mangelnde Richterfähigkeit (GVG § 2), im besonderen, wenn ein Referendar ernannt wird (soweit er nicht gerade schon auf Grund dieser Berufung richterliche Geschäfte wahrnehmen darf, vgl. GVG § 10, BBG § 11 II 3), die mangelnde Prozeßfähigkeit (§ 41 B I; § 51, BBG § 11 II 2 spricht nur von dem Fall der Entmündigung; über den Fall des BBG § 11 II 1 vgl. GVG § 6 B II b 1); in diesen Fällen erklärt zwar BBG § 11 II die Ernennung für nichtig; doch ergibt BBG § 14 I 1, daß trotz dessen die Amtshandlungen des Beamten wirksam sind. Dies bedeutet aber nur, daß es sich um kein nichtiges Erkenntnis handelt, sondern um ein anfechtbares. So ist es auch zu beurteilen, wenn jemand zum Richter ernannt worden ist, nachdem ihm durch zuvor rechtskräftig gewordenes Urteil die Fähigkeit, ein öffentliches Amt zu bekleiden, abgesprochen war (StGB §§ 31, 33, 34, 35, 36, 358). Auch diese Ernennung verstößt nur gegen BBG § 11 II 3. Soweit die Berufung an ein bestimmtes Lebensalter geknüpft ist (beim BGH und BARBG an die des 35. — GVG § 125 II, ArbGG § 42 II), liegt ebenfalls ein anfechtbarer Berufungsmangel vor (vgl. BBG § 11 II 3); doch braucht, nachdem das Alterserfordernis gegeben ist, nicht mehr neu berufen zu werden; von da ab werden die Entscheidungen wirksam. Dagegen kommt es darauf nicht an, ob der zum Richter Berufene, soweit das DBG noch in den Ländern oder an seiner Stelle entsprechende Normen in Kraft sind, das 27. Lebensjahr vollendet haben muß, wie das DBG § 27 II 1 vorschreibt, wenn er auf Lebenszeit berufen werden soll, was auch BBG § 11 I 1 bestätigen könnte, wenn nicht der Minister die Ausnahme zugelassen hat oder nachträglich zuläßt, arg. BBG § 11 I 2); denn er darf ohne Rücksicht auf dieses Lebensalter richten, auch wenn er noch nicht auf Lebenszeit berufen ist (ganz abgesehen davon, daß die Berufung auf Lebenszeit, die unter Verstoß gegen DBG § 27 II 1 ausgesprochen wird, nicht allein deshalb vernichtet werden darf).

**a 2.** Anfechtbar ist die Berufung aber auch, wenn bei der Berufung andere Organe mitwirken mußten, so daß ohne ihre Zustimmung nicht hätte berufen werden dürfen, also soweit Richterwahlausschüsse bestehen und sie wählen müssen, bevor ernannt werden darf, sofern sie nicht gewählt haben oder ihr Beschluß nichtig oder vernichtet worden ist (stimmen sie nachträglich zu, so wird ex nunc die Berufung unanfechtbar). Entsprechend sollte man die vorgeschriebene interne Zustimmung eines Fachministers behandeln (vgl. ArbGG § 42 I).

**b)** Alle übrigen Mängel sind unwesentlich.

**b 1.** Ist es allerdings unterlassen, jemand zum Direktor zu ernennen, so ist er nur Richter, nicht Direktor usw. Unerheblich ist es auch, ob er tatsächlich die besonderen Qualitäten besaß, die das Gesetz an seine Ernennung knüpfte, etwa die besondere Kenntnis auf arbeitsrecht-

lichem Gebiet, von der ArbGG § 42 II spricht. Rosenberg Lb. § 21 II 1 a schließt aus GVG § 109 (vgl. BBG § 7 I 1, II), daß der Richter die deutsche Staatsangehörigkeit haben muß; sie erhält er regelmäßig nicht durch die Berufung zum Richter.

**b 2.** Unerheblich ist es, ob ein Vorschlagsrecht, das gesetzlich besteht, derart beachtet wird, daß der, welcher vorschlagen soll, gehört wird, solange nicht von den Vorzuschlagenden einer bestimmt werden muß. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Minister etwa intern verpflichtet ist, einen Kabinettsbeschluß herbeizuführen oder ob er sich an ihn hält, wenn nur er als Organ zur Ernennung ermächtigt ist. Unwesentlich ist weiter, ob die verschiedenen Laufbahnvorschriften beachtet worden sind (vgl. Kommentar GVG § 6 A II a).

**B III.** Die Frage nach den wesentlichen oder unwesentlichen Mängeln stimmt mit der, ob die Beamtenstellung des Richters vernichtet werden kann, nicht überein. Wird die Ernennung nach BBG §§ 11 folg. vernichtet, so wirkt dies von der Abberufung ab (ex nunc, BBG § 13), und zwar dann auch ohne daß nach der Abberufung dies noch besonders zu rügen wäre. Dies gilt aber auch, wenn eine unzuständige Behörde den Richter ernannt hat (BBG § 14). Vgl. im übrigen GVG § 8.

**C.** GVG § 6 wird einschränkend ausgelegt.

**CI.** Einmal wird er nur auf festangestellte Richter bezogen (RGSt. 56/83), nicht auf die Hilfsrichter (vgl. GVG §§ 10, 70 II, BGHSt. 1/274, OGHSt. Rpf. 50/355). **Hilfsrichter** dürfen danach auf Zeit berufen werden. Die Laufbahngesetze sehen solche Berufungen auch ausdrücklich vor. Für den Vorsitzenden des ArbG ergeben sie sich aus ArbGG §§ 18, 19, 36.

**CI.** Eingeschränkt wird die Bestimmung durch GVG § 8, wonach die Lebenszeit auf die Erreichung gewisser Altersstufen begrenzt wird.

## § 7 (7)

**I Die Richter beziehen in ihrer richterlichen Eigenschaft ein festes Gehalt mit Ausschluß von Gebühren.**

**A.** Die **Richterbesoldung** entspricht der für Beamte; sie ist abhängig von der Verleihung des Amtes (RG N GVG § 7/2) und umfaßt auch Umzugskostenvergütungen (RG N GVG § 7/1), Reisekosten, Beihilfen, Unterstützungen, Beschäftigungstagegelder. Nur die Parteien bezahlen sie nicht unmittelbar (RGSt. 3/231 [234]).

## § 8 (8)

**I Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, die die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung Richter in den Ruhestand treten.**

**II Die vorläufige Amtsenthebung, die kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt.**

**III Bei einer Veränderung in der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke kann die unfreiwillige Versetzung an ein anderes Gericht oder die Entfernung aus dem Amt unter Belassung des vollen Gehalts durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden.**

**A.** Die Bestimmungen des GVG § 8 I, III entsprechen dem GG Art. 97 II; auch sonst ist GVG § 8 in verschiedene Landesverfassungen aufgenommen: B-W Art. 66, Bay. Art. 87 I, Bremen Art. 137 I, Hessen Art. 127, Rh.-Pf. Art. 122. GG Art. 97 II spricht dabei ausdrücklich aus, daß sich die Bestimmung nur auf die hauptamtlichen und planmäßig endgültig angestellten Richter bezieht, also nicht auf Hilfsrichter; so wurde schon früher GVG § 8 ausgelegt (vgl. RGSt. 56/83). GVG § 8 bezieht sich auf alle Gründe der Amtsveränderung gegen den Willen des Richters, also auch, wenn sie allein im Interesse der Rechtspflege und ohne jedes

Verschulden des Richters geschieht (RGZ 49/112 [119]), und zwar sowohl bei der Dienstentlassung wie bei der Versetzung in den Ruhestand oder in den Wartestand, wie bei der in eine andere Stelle. Er regelt indes nicht die sonstigen Entlassungsgründe.

**B.** So wie die Berufung dem Richter die Richtermacht gibt, so nimmt sie ihm die **Entlassung** durch das zuständige Organ.

**B I.** Für die Abberufung ist grundsätzlich **dasselbe Organ** zuständig, das die Ernennung ausspricht (vgl. BBG § 33), sofern das Gesetz nicht ein anderes Organ dafür bestimmt. Die Abberufung stellt sich so als Widerruf der Berufung dar. Vollzogen wird sie mit der Entlassungserklärung des zuständigen Staatsorgans (vgl. GVG § 6 A I), soweit sie nicht durch Richterspruch kraft Gesetzes (GVG § 8 B II) oder sonst kraft Gesetzes (GVG § 8 B III) eintritt. Daß der Richterspruch nicht bloß für die dauernde, sondern auch für die einstweilige Dienstenthebung zu fordern ist, stellt GVG § 8 II klar, eine Bestimmung, die durch BDO §§ 108 I 1, 110 ausgeführt worden ist. In GG Art. 97 II ist sie nicht ausdrücklich aufgenommen; doch ergibt sich dies schon aus GG Art. 97 II 1. Auch hier tritt die Wirkung erst mit dem rechtskräftigen Erlaß der einstweiligen Entscheidung ein.

**a 1.** Der Richter, der seine Entlassung beantragt, ist zu entlassen.

**a 2.** Weiterer Endigungsgrund ist der Eintritt in den Ruhestand durch Entlassungsverfügung des Anstellungsorgans. Obwohl die Altersgrenze nach dem Gesetz erreicht wird, bedarf es zu der Entlassung noch der Entlassungsverfügung (vgl. GG Art. 60; DB zur AnO v. 17. 5. 1950 — BGBl. 209 — § 1 II). Sie soll mit Erreichung der Altersgrenze ergehen, d. h. regelmäßig mit der Erreichung des 65. Lebensjahres (BBG § 41 I 1); doch darf eine andere Altersgrenze gesetzlich (BBG § 41 I 2) wie verwaltungsmäßig (BBG § 41 II) festgelegt werden. Dies ist für Bundesrichter geschehen, die mit Erreichung des 68. Lebensjahres entlassen werden (3. G v. 28. 11. 1956 [BGBl. I 884]).

**a 3.** Entsprechend wird der Eintritt der Dienstunfähigkeit geregelt und die Zuruhesetzung des Richters infolge ihres Eintritts nach BBG §§ 42—44 zulässig. Auch sie wird nach BBG § 33 von der dazu berufenen Behörde durchgeführt. Beantragt sie der Richter, so entscheidet die Anstellungsbehörde nach BBG §§ 42 III, 43; gegen den Willen des Richters kommt es zu einem verkürzten Disziplinarverfahren (BBG § 44 IV). Dieses braucht der Richter nicht gegen sich gelten zu lassen (GG Art. 97 II 1). Ist er geschäftsunfähig, so muß ihm ein Pfleger bestellt werden. Jedenfalls hört mit dem Eintritt der Prozeßunfähigkeit das Richten nach der hier vertretenen Auffassung auf (§ 41 B I).

**a 4.** GG Art. 97 II 3, GVG § 8 III gestatten die Entfernung aus dem Amt bzw. die Versetzung an ein anderes Gericht durch die Anstellungsbehörde (BBG § 33) ohne Richterspruch unter Belassung des vollen Gehalts, wenn ihre Einrichtung oder ihre Bezirke verändert werden (vgl. dazu das ZuständigkeitsänderungsG v. 6. 12. 1933). Bloße Verfahrensänderungen genügen dazu nach RGZ 113/211 nicht, was anläßlich der Einführung der Einzelrichter (§§ 348 folg.) ausgesprochen wurde, jedenfalls genügen nicht die Verlegung der Zuständigkeitsgrenze zwischen Amts- und Landgericht oder die Erhöhung der Erwachsenheitssumme für Berufung oder Revision. Auch erlischt die Befugnis, sobald die neue Gerichtsverfassung wirksam wird nach RGZ 113, 217 folg., wobei allerdings das erst spätere Ausscheiden nicht schaden soll. Die Befugnis steht der Verwaltungsbehörde zu: sie darf den Richter auch in ein niederes Amt versetzen.

**B II.** Doch gibt es auch Fälle, in denen das Gesetz andere Organe zur Abberufung bestellt; darunter fallen die **kraft Richterspruchs**. Nach GG Art. 97 II 1, GVG § 8 I ist zur Veränderung (Versetzung, Entlassung) der Richterstellung wider Willen des Richters grundsätzlich (vgl. aber GVG § 8 B III) ein Richterspruch erforderlich. GG Art. 97 I gewährleistet den Richtern aller Zweige der Gerichtsbarkeit, Bundes- wie Landesrichtern die persönliche Unabhängigkeit. Ebenso die entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen (vgl. Kommentar GVG § 8 A).

**a)** Zu ihnen gehören die auf Grund der Richteranklagen durch Richterspruch des Verfassungsgerichts, und zwar für Bundesrichter (GG Art. 98 II), falls sie (auch außerhalb des Amtes) gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder die verfassungsmäßige Ordnung

eines Landes verstoßen. Dieser Regelung entsprechen für die Landesrichter nach den Landesverfassungen folgende: BW Art. 66 II, Bremen Art. 136 III, Hamburg Art. 63 III, Hessen Art. 127 IV, Nds. Art. 40, NRW Art. 73, RhPf. Art. 132, SchlH Art. 36 II. Auch nach diesen Bestimmungen entscheidet das BVG; insoweit ist die Zuständigkeit der Landesverfassungsgerichte nicht mehr gegeben (GG Art. 98 V 3). Die Verfassung von Bayern enthält keine entsprechende Regelung. In Westberlin entscheidet nach Verf. Art. 70 II und RichterG § 49 bei Verfassungsverstößen von Richtern der Dienststrafhof.

b) Dazu gehören ferner die Abberufung kraft Spruch der Straferichte nach StGB § 35 II, BBG § 48 und den entsprechenden Landesgesetzen.

c) Eine besondere Art der Abberufung ist die durch den Spruch des Disziplinargerichts. Die Disziplinargerichte des Bundes sind nach der Bundesdisziplinarordnung v. 28. 11. 1952 (BGBl. I 761 i. V. m. G v. 5. 8. 55 [BGBl. I 497]) die Bundesdisziplinarkammern und der Disziplinarhof, dessen Sitz in Berlin ist. Für die richterlichen Beamten des Bundes ist BDO § 108 von besonderer Bedeutung, für die Richter der oberen Bundesgerichte und die unabhängigen Mitglieder des Bundesrechnungshofes besteht ein besonderer Disziplinarsenat beim BGH (BDO § 110). In den Ländern ist das Dienststrafrecht entsprechend geordnet.

**B III. Der Richter kann auch ausscheiden infolge des Überganges zu einer anderen Tätigkeit.** Davon sind ausdrücklich geregelt die folgenden Fälle:

a) nach dem G über die Rechtstellung der in den Deutschen Bundestag gewählten Angehörigen des öffentlichen Dienstes v. 4. 8. 1953 (BGBl. I 777) tritt der in den Bundestag gewählte Richter mit der Annahme der Wahl in den Ruhestand, d. h. er ist als Richter abberufen. Nach Beendigung der Mitgliedschaft des Bundestages darf er innerhalb von drei Monaten beantragen, in das frühere Dienstverhältnis übernommen zu werden. Auch ohne Antrag kann ihn das Anstellungsorgan wieder in ein solches Dienstverhältnis berufen. Eine erneute Richterwahl ist dazu nicht erforderlich, wohl aber die Ernennung durch das Organ. Auch braucht es nicht den Richter am selben Gericht zu ernennen, wenn es auch seinen Rang nicht vermindern kann. Direktoren, Senats- und Gerichtspräsidenten werden sich also auch eine Beschäftigung als zweite Hand gefallen lassen müssen. Bundesminister dürfen neben ihrem Amt kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben (BMinisterG v. 17. 6. 1953 [BGBl. I 407] § 5 I). Wird ein Beamter oder Richter des Bundes zum Bundesminister ernannt, so scheidet er mit Beginn seines Amtsverhältnisses aus seinem Amte als Beamter oder Richter aus. Nach Beendigung des Amtsverhältnisses als Minister tritt der Beamte oder Richter in den Ruhestand, wenn ihm nicht innerhalb dreier Monate mit seinem Einverständnis ein anderes Amt übertragen wurde (BMinisterG § 18 I, II). Dies gilt entsprechend für die zu Mitgliedern der Bundesregierung ernannten Beamten oder Richter eines Landes, einer Gemeinde oder einer sonstigen Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts (BMinisterG § 18 III). In den Ländern gilt für die Wahl von Beamten und Richtern zu Abgeordneten bzw. für ihre Ernennung zum Minister ähnliches. Im übrigen ist es aber dem Richter oder Beamten gestattet, sich parteipolitisch zu betätigen (BBG § 53; OLG Bamberg NJ 51/188) und einer Gewerkschaft anzugehören.

b) Nach BVGG § 101 scheiden die zum Bundesverfassungsgericht gewählten Richter auf Zeit aus ihrem bisherigen Amt aus, nicht aber die für die Dauer ihres Amtes gewählten Bundesrichter (vgl. BVGG § 4 I). Nach dem Ausscheiden aus dem Amt als Bundesverfassungsrichter tritt der Richter in den Ruhestand, „wenn ihm kein anderes Amt übertragen wird“. Hier hat er also kein Antragsrecht, wohl aber darf das Anstellungsorgan ihn weiter verwenden. Wird ein Bundesverfassungsrichter nachträglich zum Bundesrichter gewählt, so hat er nur die Wahl, das Amt als Bundesverfassungsrichter niederzulegen oder das Amt als Bundesrichter nicht anzutreten; insoweit muß dann BBG § 28 I 2 entsprechend angewandt werden.

c) Über die Stellung der Richter während des Grundwehrdienstes oder einer Wehrübung vgl. G v. 30. 7. 1957 (BGBl. I 293) § 9.

d) Schließlich ist noch der Beurlaubung der Richter in sonstigen Fällen zu gedenken.

**C. Die gerichtlichen Abberufungsverfahren haben besondere gesetzliche Fundamente.**

**C I.** Bei der Richteranklage nach GG Art. 98 II und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen (vgl. GVG § 8 B II a) kann der Richter auch in ein anderes Amt oder in den Ruhestand versetzt werden (vgl. GG Art. 98).

**C II.** Die Verfahren der Strafgerichte richten sich nach der StPO, ohne daß hier die Persönlichkeit des Richters eine besondere Rolle spielen könnte; dies gilt auch, soweit über eine Rechtsbeugung zu erkennen wäre. Auch hier scheidet der Richter mit der Rechtskraft des Urteilspruches aus (StGB § 35 II, BBG § 48).

**C III.** Das Dienststrafverfahren hat zur Voraussetzung, daß der Richter ein Dienstvergehen beging (BBG § 77), d. h. er muß schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) seine Dienstpflichten (BBG §§ 52 folg.) verletzt haben. Für die Richter der Länder gilt nach Landesrecht ähnliches. Auch hier scheidet der Richter mit der Rechtskraft des Urteils aus.

**D.** Die **Abberufung** des Richters wirkt nur, wenn sie in der ordentlichen Form vom ordentlichen Organ, bei dem Ausscheiden durch Richterspruch durch wirksamen (d. h. nicht nichtigen), rechtskräftigen Spruch, in den Fällen des GVG § 8 B III durch die (wirksame) Annahme der Wahl erklärt worden ist.

**DI.** Nichtig ist die Abberufung nur, wenn sie von einem unzuständigen Organ (BBG § 33, vgl. GVG § 8 B I) oder durch einen nichtigen Spruch (GVG § 8 B II) ausgesprochen worden ist bzw. wenn ein Minister (in den für ihn in Betracht kommenden Fällen), ein Abgeordneter oder ein Bundesverfassungsrichter seine Wahl gar nicht angenommen hat bzw. wenn sich herausstellt, daß er gar nicht gewählt worden ist, sofern er sein neues Amt noch nicht angetreten oder sein altes noch nicht verlassen hat.

**a)** Die nichtige Abberufung erhält den Abberufenen im Amt, d. h. seine fortgesetzte Tätigkeit ist unangreifbar, sein Nichttätigwerden kann dagegen regelmäßig nicht gerügt werden, denn sein Ausfall wirkt sich nur in der Geschäftsverteilung aus.

**b)** Wird dagegen die Entlassungsverfügung

**b 1.** des Anstellungsorgans durch Spruch des Verwaltungsgerichts aufgehoben, so tritt der Richter ex nunc wieder in seine alte Stelle ein; war sie in der Geschäftsverteilung der Gerichte besetzt, so muß neu eingeteilt werden.

**b 2.** Wird der Spruch des BVG im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben (vgl. BVGG § 61), so ist BBG § 51 entsprechend anzuwenden. Das Entsprechende gilt, wenn ein Strafurteil oder ein Disziplinarurteil auf dem Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens aufgehoben wird. Sodann hat der noch nicht in den Ruhestand zu versetzende Beamte einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Übertragung eines Amtes derselben oder gleichwertigen Laufbahn (also der als Bundesrichter, wenn auch nicht notwendigerweise am selben Gericht; BBG § 51 I 2); doch wird er es erst werden mit der Berufung (die allerdings nicht mehr eine Neuwahl fordert).

**b 3.** Über die gesetzliche Regelung der zu GVG § 8 B III genannten Fälle vgl. daselbst. Die Regelung wird auch Platz greifen, falls die Wahl des Richters nicht ordnungsgemäß war bzw. er nicht angenommen hatte, beides aber angenommen und er deshalb so behandelt wurde, wie wenn beides in Ordnung gewesen wäre.

**DI I.** Die **Abberufung** kann indes auch bloß **anfechtbar** sein. Bleibt dann der Richter tätig, so sind seine Entscheidungen nichtig, wenn er nicht im Kollegium sitzt, und jedenfalls ist die Entscheidung des unrichtig besetzten Kollegiums nach §§ 551 I, 559, 579 I 1 angreifbar. Sein Nichttätigwerden kann nicht gerügt werden, ganz abgesehen davon, daß auch durch seine Untätigkeit nur eine Frage der Geschäftsverteilung berührt wird.

**a)** Anfechtbar ist eine Abberufung, welche ein zwar an sich zuständiges Organ (GVG § 8 B I) ausgesprochen hat, das aber über den Fall nicht entscheiden durfte. Aufgehoben werden kann der Ausspruch nur durch Widerruf der Anstellungsbehörde bzw. durch verwaltungsgerichtliches Urteil. Gibt sich der Abberufene mit der Abberufung zufrieden, so stimmt er zu.

b) Über die mit der Wiederaufnahmeklage anfechtbaren gerichtlichen Abberufungsentscheidungen vgl. GVG § 8 D I b 2; da sie nicht mit Rechtskraft wirken, ist die Rechtslage anders als bei der Abberufungsverfügung der Anstellungsbehörde. Über die Fälle zu GVG § 8 B III vgl. GVG § 8 D I b 3.

**D III.** Wird umgekehrt ein Richter nicht abberufen, der kraft Gesetzes **abzuberufen** ist, so ist die Richterbank nicht ordnungsmäßig besetzt, was als unrichtige Besetzung der Richterbank rüggbar ist (§§ 539, 551 I 1; 579 I 1; OLG HRR 29/560).

**E.** Die **sonstigen Rechtspflegeorgane** — von den Laienrichtern abgesehen (über diese vgl. GVG § 11 B) — werden **von der sie ernennenden Stelle abberufen** (BBG § 33 und die entsprechenden Länderbestimmungen, vgl. GVG § 153 C).

**E I.** Auch unter ihnen gibt es lebenslängliche Beamte (Rechtspfleger, die Urkundsbeamten, GV). Gegen sie gibt es keine Richteranklage (GVG § 8 B II a). In einer Reihe von Fällen dürfen sie durch die Anstellungsbehörde abberufen werden, während gegen Richter allein durch Disziplinargerichte vorgegangen werden darf (vgl. BBG §§ 11—13, 28 I 1, 29 und die entsprechenden Landesgesetze).

**E II.** Solange der Beamte nur auf Widerruf angestellt ist — und dazu gehören auch Hilfsrichter — darf die Anstellungsbehörde auch ohne die sonstigen Voraussetzungen die Berufung widerrufen (BBG § 32 und die entsprechenden Landesgesetze).

## § 9 (9)

**I** Wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnis, insbesondere auf Gehalt, Wartegeld oder Ruhegehalt, darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

**A.** Unter Rechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche (§ 2 A I b 2), u. U. ist ein verwaltungsrechtlicher Vorbescheid herbeizuführen (vgl. GVG § 13 F Ve), ist wie in GVG § 13 der Gerichtsweg vor den ordentlichen Gerichten gemeint (a. M. BVerwG JR 57/144).

**B.** Dies gilt sowohl für die Richter des Bundes wie für die der Länder.

**C.** Nichtvermögensrechtliche Ansprüche können durch verwaltungsgerichtliche Klage geltend gemacht werden, soweit die Gesetzgebung auf diesen Weg verweist. Die Frage, ob ein Richter berufen oder abberufen wurde, ist von den ordentlichen (usw.) Gerichten nur als Vorfrage zu entscheiden (vgl. GVG § 13 J III c). Die Rechtsansprüche der Richter im einzelnen sind im Besoldungsrecht der Beamten geregelt (GVG § 7 A). Nicht auf dem ordentlichen Rechtsweg kann über Bezüge entschieden werden, die nur nach dem Ermessen der Verwaltungsbehörden gewährt werden, auf die aber kein Rechtsanspruch besteht (RG N GVG § 9/1). Soweit durch Disziplinarentscheidung der Richter entlassen oder seine Bezüge gekürzt worden sind, prüfen die ordentlichen Gerichte nur nach, ob das Disziplinarerkenntnis rechtskräftig und es auf eine im Gesetz begründete Strafe erkannt hat, nicht aber, ob die Entscheidung sachlich richtig ist (RGZ 71/233 [235]).

**D.** Zuständig sind nur die ordentlichen, nicht die Arbeitsgerichte (ArbGG § 5 II).

## § 10 (10)

**I** Nach näherer landesgesetzlicher Bestimmung können Gerichtsreferendare mit der Wahrnehmung einzelner richterlicher Geschäfte betraut werden. Der Auftrag ist in jedem Falle durch den Richter aktenkundig zu machen.

**II** Bei Amtsgerichten und Landgerichten kann, wer zum Richteramt befähigt ist, als Hilfsrichter verwendet werden, ohne gemäß § 6 zum Richter auf Lebenszeit ernannt zu sein.

**III** Unberührt bleiben die Vorschriften über die Übertragung richterlicher Geschäfte auf den Rechtspfleger.

**A.** GVG § 10 regelt die Verteilung richterlicher Geschäfte auf **Hilfsrichter**, d. h. Richter, welche aushilfsweise als solche tätig werden (und die nicht bloß richterliche Hilfsarbeiter sind).

**B. Referendare** werden zu einer richterlichen (GVG § 2) Tätigkeit nur nach den näheren Bestimmungen der Landesgesetzgebung herangezogen. Bundesrechtlich ist nur vorgeschrieben, daß der Richter den Auftrag aktenkundig zu machen hat (GVG § 10 I 2), geschieht dies nicht, so ist der Akt unwirksam (doch hat RGZ 29/222 [224] auch eine allgemeine Ermächtigung insoweit passieren lassen, wie der einzelne Richterakt als gültig angesehen wurde, in einem Falle, wo dem Referendar der Erlaß sämtlicher Zahlung- und Vollstreckungsbefehle übertragen war).

**B II.** Darüber hinaus gibt es die bundesgesetzliche Regelung des § 116, wonach Referendare einer Partei als Armenvertreter im Parteiprozeß beigeordnet werden können; StPO § 142, wonach sie zum Verteidiger bestellt werden können. Dabei sollte indes die Justizverwaltung bedenken, daß die Regreßansprüche der Partei dann vom Staat zu tragen sind (GG Art. 34, BGB § 839). Über ihre Gehilfeneigenschaft vgl. § 183 B III a. Über ihre Zurückweisung im amtsgerichtlichen Verfahren vgl. § 157 B I b, D I b, über die im arbeitsgerichtlichen Verfahren vgl. Kommentar § 157 F.

**B III.** Referendare dürfen auch als Vertreter eines Rechtsanwalts bestellt werden (BRAO § 53 IV 2) bzw. auftreten (BRAO § 59 II).

**B IV.** Landesrechtlich können Referendare zu Amtsanwälten bestellt werden, aber auch mit Vernehmung von Parteien und Zeugen beauftragt werden, nicht aber mit ihrer Verteidigung; oder mit der Durchführung von Ermittlungen nach § 118 a, auch in der zweiten Instanz, und soweit Rechtspfleger tätig werden. Regelmäßig wird ihre richterliche Tätigkeit auf die des Amtsrichters beschränkt. Häufig wird auch noch vorgeschrieben, daß sie außer der Ernennung noch eine gewisse Vorbereitungszeit abgeleistet haben müssen.

**B V.** Das Besoldungsrecht der Referendare ist landesrechtlich geregelt.

**C.** GVG § 10 II läßt bei den Amtsgerichten und den Landgerichten die Verwendung von **nicht fest angestellten Hilfskräften** durch Richterfähige zu; doch dürfen es keine fest angestellten Staatsanwälte sein (GVG § 151, RGSt. JW 26/1223<sup>15</sup>); wohl aber Rechtsanwälte (RGSt. JW 10/863<sup>52</sup>), Richter i. W. oder i. R.; aber nicht mehr nach Erreichung der Altersgrenze. Über ihre Bestellung vgl. GVG § 6 A I, über ihre Abberufung vgl. GVG § 8 B.

**CI.** Auf einfache Hilfsrichter des GVG § 10 II sind GVG §§ 6, 8 nicht anzuwenden, wohl aber GVG §§ 1—5, 7, 9. Die Regelung verstößt nicht gegen GG Art. 97 (OGHSt. NJW 50/315, BGHSt. 1/274 folg.). Mit solchen Hilfsrichtern dürfen bei den LG Lücken i. S. des GVG § 70 ausgefüllt werden, aber auch bei besonderem, vorübergehendem Geschäftsanfall und zur Heranziehung des Nachwuchses (BGHSt. NJW 55/1805); die Besetzung einer Zivilkammer mit zwei Hilfsrichtern dieser Art hat OLG MDR 57/488 für unzulässig gehalten (dagegen aber BGH NJW 57/1762). Schon die vorübergehende Bestellung eines Hilfsrichters ist unzulässig, wenn die Landesjustizverwaltung (willkürlich und ohne triftigen Grund) keine erforderlichen Planstellen schafft (BGH MDR B 830/55); doch hat BGH MDR B 592/57 = LM ZPO § 373/3 die Heranziehung von Hilfsrichtern wegen des Anfalls der BEG-Sachen gebilligt. Schon eine verhältnismäßig hohe Zahl an beschäftigten Hilfsrichtern zeigt, daß sie nicht bloß für einen vorübergehenden Arbeitsanfall bestellt sind (BGH NJW 56/871).

**CI I.** Soweit lebenslänglich angestellte Richter zu Hilfsrichtern berufen werden, ist ihre Abberufung nicht mehr in das Belieben der Justizverwaltung gestellt (vgl. GVG § 70 III). Über die Bestellung von Hilfsrichtern an den Oberlandesgerichten vgl. GVG § 118 A.

**D.** Über die **Rechtspfleger** vgl. GVG § 153 C und das RechtspflegerG.

## § 11 (11)

**I Auf Handelsrichter, Schöffen und Geschworene sind die Vorschriften der §§ 2—9 nicht anzuwenden.**

**A.** Auf die hier genannten **Laienrichter** ist nur GVG § 1 insoweit anzuwenden, wie er ihre Unabhängigkeit betrifft (GVG § 1 B), nicht soweit nicht vorauszusetzende Rechtskenntnisse verlangt werden.

**B.** Zu ihnen gehören die Schöffen und Geschworenen (GVG §§ 30 folg., 84 folg.), die Handelsrichter (GVG §§ 107 folg.), die Arbeitsrichter (ArbGG §§ 20 folg., 37, 43) und im Verfahren nach dem LVG (also Sonderverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) die landwirtschaftlichen Beisitzer (LVG §§ 3 folg.).

## Zweiter Titel

### Gerichtsbarkeit

## § 12 (12)

**I Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und durch den Bundesgerichtshof (das Obere Bundesgericht für das Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit) ausgeübt.**

**A II.** Unter **Gerichtsbarkeit** im weiteren Sinne oder Rechtspflege versteht man die organisierte richterliche Gewalt (Kommentar § 1 B II b), welche von der Gesetzgebung und der Verwaltung sich unterscheidet. Diese begriffliche Trennung ist aber nur der Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung. Soweit wie die richterliche Gewalt in Frage steht, liegt Gerichtsbarkeit im engeren Sinne vor, so wie sie der vorliegende Titel als solche bezeichnet; während ihre Organisation zur Justizverwaltung gehört. Praktisch wird der Unterschied dort, wo die Justizverwaltung bürokratisch (also mit Weisungsrecht übergeordneter Dienststellen) geübt wird, während die Gerichtsbarkeit von dem von Weisungen unabhängigen Richter auszuüben ist (GVG § 1 B II).

**a)** Die **Justizverwaltung** also ist der Teil der Staatsverwaltung, welche die Rechtspflegeorgane einsetzt und ihre Organisation regelt. Doch unterstellt auch hier das Gesetz manche Verwaltungstätigkeit der Regelung der von Weisungen unabhängigen Richter; nur soweit dies nicht geschehen ist, gilt deshalb das Weisungsrecht der übergeordneten Stellen. Im einzelnen entscheidet darüber also das Gesetz (RGZ 82/39 [43]).

**a 1.** Soweit der Präsident eines Gerichts mit der Entscheidung gesetzlich beauftragt ist, wird regelmäßig eine Justizverwaltungsentscheidung vorliegen, wie es etwa die über die Befreiung von Eheverboten ist (vgl. die 1. DVO EheG § 11 = BZ AV Zentraljustizamt v. 12. 7. 1948 — VOBl. BZ 210) oder die der Anerkennung ausländischer Urteile in Ehesachen nach der 4. DVO EheG § 24 bzw. AVO BZ § 28, eine Entscheidung, die jetzt den Landesjustizministern (-senatoren) zusteht (vgl. Entscheidung v. 20. 12. 1949 — BGBl. 34), wobei die gegen § 328 verstoßende Sonderregelung im Verhältnis zu den übrigen Urteilen gegen GG Art. 3 verstoßen könnte.

**b)** Über die Anfechtbarkeit der **Justizverwaltungsakte** vgl. EG GVG § 23, GVG § 13 B III d.

**B.** Die Gerichtsbarkeit (im engeren Sinne) findet ihre Grenze an der Staatsgewalt und im **Staatsgebiet**, soweit die Entscheidung nicht im Ausland anerkannt wird. Das Gericht hat zwar die durch die eigene Staatsgewalt gezogene Grenze in der örtlichen und in der sachlichen Zuständigkeit zu beachten, Verstöße dagegen sind indes nur nach diesen Normen zu beurteilen (§ 1 B III, IV).

**B I.** Doch grenzt die inländische Staatsgewalt die Gerichtsbarkeit auch u. U. so ab, daß sie sie allen oder nur bestimmten ausländischen Gerichten entzieht.

**a)** Dies kann wegen der Person geschehen, die in das Verfahren gezogen werden müßte (vgl. dazu GVG §§ 18 folg.).

b) Es kann aber auch sachlich geschehen, so daß schon in bestimmten Fällen bestimmte Gerichte (oder Verwaltungsbehörden) zuständig sind (Kommentar § 1 B II). Dabei gibt es dann Abgrenzungen nach oben (Kommentar dazu GVG § 13 B III a) wie nach unten; die nach unten wird durch die Errichtung der Sondergerichte (GVG § 14) und durch die Verwaltungsgerichte und -behörden unter dem Begriff der Zulässigkeit des Rechtsweges (GVG § 13 B III c) gewonnen; aber auch dies nur für einzelne Fragen.

B II. Geht ein (ordentliches) Gericht über seine obere Grenze der Gerichtsbarkeit hinaus, so ist seine **Entscheidung nichtig** (vgl. das aufgehobene AHKG 13 Art. 4); dies gilt auch, wenn ein Gerichtsfreier (ohne seine Zustimmung) verurteilt wird. Greift es dagegen in die untere Sphäre (des Sondergerichts oder der Verwaltungsgerichte oder -behörden) ein, so gilt die rechtskräftige Entscheidung, wenn auch die nicht rechtskräftige angreifbar und zu beseitigen ist, soweit hier nicht die Gesetze schon in einem früheren Zeitpunkt die „Zuständigkeits-einrede“ abschneiden (vgl. § 528 B).

C. Wenn das GVG als **Gerichte der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit** nur die Amtsgerichte, die Landgerichte, die Oberlandesgerichte und den Bundesgerichtshof nennt, so heißt dies, daß sich auf diese Gerichte unmittelbar seine Vorschriften beziehen. Darüber, daß das BayObLG ordentliches Gericht ist, vgl. EG GVG § 10 A.

C I. Unter der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit wird dabei die in Straf- und in Zivilsachen verstanden. Dies ist aus der geschichtlichen Entwicklung erklärlich, nach der 1877 das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. GVG § 13 C I a) noch Landesangelegenheit blieb. Doch gilt praktisch für die ordentlichen Gerichte zusätzlich auch dann das GVG, wenn sie als Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zuge kommen, sofern nicht Sondernormen seine Anwendung ausschließen. Auch sind es ordentliche Gerichte, wo eine besondere Abteilung (etwa bei den Binnen-Schiffahrtsgerichten; vgl. aber über die Rheinschiffahrtsgerichte GVG § 14 B III c) oder Kammer (bei der Patent-, Gebrauchsmuster-, Warenzeichenkammer) entscheiden soll. Das GVG regelt nur den Unterschied zwischen den Zivilkammern und den für Handelsachen.

C II. Von den ordentlichen Gerichten werden die **Sondergerichte** unterschieden (GVG § 14); doch nehmen auch die für ihre Gerichtsverfassung geltenden Vorschriften in weitem Umfange auf das GVG Bezug. Und auch für alle übrigen Gerichte gelten Normen des GVG, sei es, daß sie in bezug genommen, sei es, daß sie in besonderen Regeln aufgenommen worden sind.

C III. Es trifft auch nicht (mehr) zu, daß **nur** durch die ordentlichen Gerichte die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, weil nämlich auch das BVG (vgl. GG Art. 100) wie das oberste Bundesgericht (vgl. GG Art. 95) in den Entscheidungsgang eingeschaltet werden können.

D. Soweit nach Sondergesetzen **Beisitzer** herangezogen werden, verlieren damit die ordentlichen Gerichte nicht diese Eigenschaft (vgl. RGZ N GVG § 12/1: für die Beisitzer, die nach MSchG § 7 a. F. herangezogen wurden, vgl. aber RGZ 107/284 [286], 126/99 [101] OGHZ 3/110: für die Landwirtschaftsrichter, OLG MDR 50/491). Viel entscheidender ist, wie im allgemeinen verfahren wird (doch verfahren auch die Sonder- und andere Gerichte bisweilen nach der ZPO).

## § 13 (13)

**I Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.**

A. Der Grundsatz der **Trennung der Staatsgewalt** in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung zwingt wegen der praktisch daraus gezogenen Folgerungen dazu, die Teilgewalten voneinander abzugrenzen. Denn die Rechtsprechung ist (der Norm nach) dem Gesetz unterworfen (GG Art. 97 I. GVG § 1). Die Gesetzgebung kann (in gewissem Um-

fange, nämlich soweit sie sich nicht selbst entgegensteht, vgl. im besonderen GG Art. 14 III) deshalb auch den (rechtskräftigen) Richterspruch ändern (wie in schwebende Prozesse eingreifen, im besonderen die formelle Rechtskraft aufheben, aber auch die — materielle — Rechtskraftwirkung ändern). Die (Staats-)Verwaltung ist dem Gesetz (was der Norm nach wohl in GG Art. 20 III festgelegt ist, auch aus dem Vorhandensein der Gesetze — dem Wesen des Rechtsstaates — folgt) wie der Rechtsprechung untergeordnet. Zwar soll der Richterspruch nicht in die Staatsverwaltung eingreifen. GVG § 17 I gibt indes dem Gericht die Entscheidungsgewalt darüber, ob ein solcher Eingriff gefordert wird und läßt deshalb folgerecht, wenn rechtskräftig entschieden ist, den Richterspruch selbst dann gelten, wenn sein Befehl Verwaltungsangelegenheit ist (GVG § 17 II 4); wenn auch solche Vorgriffe bis zur Rechtskraft der Entscheidung (§ 705 A) zu beachten sind (GVG § 17). Doch haben auch die Gesetzgebung wie die Rechtsprechung ihre Verwaltung; auch können an den Grenzen die Gesetzgebung in die Rechtsprechung wie in die Verwaltung, die Rechtsprechung in die Gesetzgebung wie in die Verwaltung, die Verwaltung in die Gesetzgebung wie in die Rechtsprechung übergreifen (vgl. Kommentar § 1 B I b). Solche Übergriffe ergeben sich aus dem Verhältnis des Gegebenen zueinander und sind aus ihm heraus zu entwirren.

**B.** Das Gebiet der Rechtsprechung gehört zur Staatsgewalt und ist an die Staatsmacht gebunden. Sie ist nur in ihrem Rahmen möglich (an ihren Raum gebunden, vgl. RGZ 67/77 [79]).

**B I b.** Über die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit vgl. § 12 A II a 2. Auf die inländische Gerichtsbarkeit müssen die Gerichte von sich aus in jeder Lage des Verfahrens achten, gegen sie verstoßende Entscheidungen sind nichtig (dürfen aber auch durch Rechtsmittel beseitigt werden, BGHZ 4/389 = NJW 52/469); selbst wenn eine schon formell rechtskräftige Entscheidung (§ 705 A) ergangen ist, darf sie auch von dem Gericht, im besonderen vom selben Gericht, nicht beachtet werden. Die ordentlichen Gerichte erkennen nicht über den über ihren Zuständigkeitskreis nach oben hinausgehenden Bereich, also über Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit der Entscheidungen übergeordneter überstaatlicher [Schieds-]Gerichte, über Gerichtsbefreiung, über die Verfassungsmäßigkeit formeller Gesetze. Die Grenzen der richterlichen Gewalt, der inländischen Gerichtsbarkeit sind im besonderen durch die Zuständigkeitsregeln der §§ 12 folg. gesetzt (RGZ 126/196 [199], 150/265 [268], 157/389 [397]); soweit man die Gerichtsstandsvereinbarung (§ 38 A) auf ein Verhältnis zum Ausland zuläßt, kann so auch die inländische Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden (RG Warn. 22/60). Setzen sich die inländischen Gerichte über die örtliche Zuständigkeit hinweg, so bleiben sie bei vermögensrechtlichen Streiten — schon vom Ende der Instanz ab — zuständig (§§ 512a, 549 II; RGZ 150/265 [268], 385 [392]), bei nicht vermögensrechtlichen mit der Rechtskraft der Entscheidung (KG Recht 24/1585). Darüber hinaus gibt es keine inländische Gerichtsbarkeit gegen die von ihr Befreiten, sofern sie nicht zustimmen (GVG § 18 C) oder die Voraussetzungen des GVG § 20 gegeben sind.

**B II.** Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs beruht auf inländischem Prozeßrecht (RGZ 89/208 [209], 96/74). Davon sind unabhängig Anspruch, Klage- und Prozeßart.

**a)** Es ist unerheblich, ob es um vermögensrechtliche (§ 2 A I b 2) oder nichtvermögensrechtliche Ansprüche geht. Auch die ersten können den ordentlichen Gerichten entzogen sein (RGZ 153/4). Ob ein Anspruch durch Vollstreckung durchsetzbar ist, entscheidet nichts darüber, ob er im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden darf (vgl. RG JW 05/646); es gibt aber auch Ansprüche, welche nach der Vollstreckungsnorm der ZPO durchzusetzen sind, obwohl ihre Titel nicht auf dem Rechtsweg entstanden sind (vgl. § 704 B II b); die Behörde hat kein Wahlrecht zwischen Verwaltungszwangsverfahren und ordentlichem Rechtsweg (RGZ 43/293). Dies gilt sowohl für Leistungs- wie für Feststellungsansprüche (RGZ 93/204). Wird aber eine Hypothek durch Verwaltungszwang eingetragen, so wird auch über ihre Tilgung auf dem Wege des Zwangsverwaltungsverfahrens entschieden (OLG Nds. Rpfl. 55/32). Nebenansprüche (§ 4 C I) folgen dabei grundsätzlich den Hauptansprüchen.

**b)** Auch die Klageart (Leistung, Gestaltung, Feststellung) als solche entscheidet nicht über die Zulässigkeit des Rechtswegs (RGZ 111/48, HRR 31/245). Ist indes der Rechtsweg nur für einzelne Ansprüche geöffnet, nicht für das zugrunde liegende Rechtsverhältnis wie um-

gekehrt, so können Klagen bestimmter Art auf dem Rechtsweg unzulässig sein, wie es andere nicht sind. So ist eine Feststellungsklage, daß jemand Beamter (Richter) oder nicht Beamter ist, auf dem Rechtsweg stets ausgeschlossen, wenn auch aus vermögensrechtlichen Beziehungen aus dem Beamtenverhältnis geklagt werden darf (RGZ 108/117). OGHZ 2/21 ließ die Feststellungsklage, ob Neuland im Eigentum des Klägers stehe, zu, während es die Verfolgung der von der Wasserpolizei abhängigen Inbesitznahme des Neulands dem Rechtsweg entzog (praktisch aber mit der ersten die Wasserpolizei zur Besitzeinweisung zwang). Umgekehrt darf auch vor den Verwaltungsgerichten nicht geklagt werden, wenn für den Grund des Anspruchs die ordentlichen Gerichte zuständig sind (vgl. WB VGH DÖV 51/334).

e) Auch die Prozeßart ist ohne Einfluß auf die Zulässigkeit des Rechtsweges. So darf eine einstweilige Verfügung (bzw. Anordnung) nur erlassen werden, wenn der Rechtsweg zulässig ist (OLG SchHA 55/277; vgl. § 916 B II c).

**B III.** Die derzeitige rechtsprechende Gewalt ist im Inland keiner einheitlichen Gerichtsordnung unterworfen, so daß ihre Abgrenzung voneinander erforderlich wird. Unter dem Gesichtswinkel der ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt es über- wie untergeordnete **Gerichtsruppen** (Komm ntar § 1 B II) und innerhalb der ordentlichen drei Zweige: die streitige Zivil-, die (streitige) Straf- und die freiwillige Gerichtsbarkeit.

a) Die **übergeordneten** Gerichtsruppen werden regelmäßig unter dem Gesichtswinkel der Gerichtsbarkeit von den ordentlichen Gerichten abgegrenzt. Eine gewisse Überordnung des BVG ist durch GG Art. 100 und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen für die Verfassungsgerichtshöfe der Länder gegeben (BWVerf. Art. 68; BayVerf. Art. 60 folg., 92; Bremen Verf. Art. 140 folg.; HbgVerf. Art. 64f.; Hessen Verf. Art. 130 folg.; NdsVerf. Art. 42; NRWVerf. Art. 75f.; RhPfVerf. Art. 130 III i. F. des G v. 10. 7. 1952 — GVBl. 109 —; SchlHVerf. Art. 37; Westberlin Verf. Art. 72).

c) Die **übrigen Gerichte** werden von den ordentlichen Gerichten unter dem Begriff der Zulässigkeit des Rechtsweges getrennt (§§ 274 II 2, 547 I 1; GVG §§ 13, 17). Betroffen wird die Zulässigkeit (i. w. S.) des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten (das nicht notwendigerweise ein Klageverfahren zu sein braucht).

d) Unter den Gesichtswinkel der nicht weisungebundenen Justizverwaltung, deren Akte anfechtbar sind und für die ein besonderer Prozeßweg vorgeschrieben ist (GVG § 13 E I b), gehören die Entscheidungen nach GKG §§ 4, 5, KostenO § 14, JustizverwaltungskostenO § 13, G über die Entschädigung ehrenamtlicher Beisitzer §§ 12, 13 II, ZuSgebG § 15, BRAGebO §§ 19, 128, GVKostenG § 9; für Notare KostenO §§ 142, 155, 156. Über die Anfechtbarkeit der übrigen Justizverwaltungsakte vgl. EG GVG §§ 23 folg.

d 1. Auch das Verfahren über die Festsetzung der Vergütung der Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Abwickler, Prüfer; das Kostenfestsetzungsverfahren (RG v. 7. 11. 1930 II E 130/218) sind besonders geregelte gerichtliche Verfahren.

d 2. Die Ansprüche nach der JustizbeitreibungO § 1 i. F. des G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 681) Art. V werden auf dem Justizverwaltungsweg eingezogen (a. a. O. § 2). Soweit hier gegen dritte entschieden wird, ist nach JustizbeitreibungO § 6 V zwar der Gerichtsvorstand dazu mit anschließender Beschwerde nach JustizbeitreibungO § 8 berufen, doch wird dadurch dem dritten der Rechtsweg nicht genommen (JustizbeitreibungO § 6 V 3). Da der dritte hier die Wahl hat, wird die Frage nicht praktisch, ob er nach GG Art. 19 auch gegen die Justizverwaltungsentscheidung den Rechtsweg hat.

d 3. Für Hinterlegungen gilt die HinterlegungO. Hier ist zunächst der Justizverwaltungsweg, dann aber nach HinterlegungO § 3 V die Klage vor dem ordentlichen Gericht gegeben (also nach verwaltungsmäßigem Vorbescheid).

**B IV a.** Die **Prüfung**, ob der Rechtsweg zulässig ist, darf in bezug auf den — maßgebenden — Entscheidungsgrund (vgl. GVG § 13 B II b 2) **nicht dahingestellt** bleiben; wird verneint, daß der Rechtsweg zulässig ist, so darf grundsätzlich nicht mehr sachlich entschieden werden (RGZ 154/167 [184], JW 37/3043<sup>37</sup>), gleichviel ob die Verhandlung auf diese Frage beschränkt war oder nicht.

**a 1.** Wird als unzulässig und unbegründet abgewiesen, so gilt bei rechtskräftiger Entscheidung die sachliche Abweisung als **nicht geschrieben** und wird insoweit von der Rechtskraftwirkung (§ 322 B) nicht erreicht (RGZ 154/167 [184], 164/72 [74]). Bis zur Rechtskraft der Entscheidung hat das erkennende Gericht (nicht das bloß ersuchte) in jeder Lage des Verfahrens von Gerichts wegen (RGZ 82/126, 96/74 m. N.), also auch ohne Parteirüge (insoweit kann also auch das Rügerecht der Partei nach § 274 II 2 nicht verlorengehen: RGZ 122/100 [101]) und noch in der Revisionsinstanz (RGZ 96/74 m. N.), und zwar für jeden Klagegrund (RGZ 146/244 [245f.], 153/1 [4]) auf die Zulässigkeit des Prozesses vor den ordentlichen Gerichten zu achten, wenn auch — nach der hier vertretenen Auffassung — jedenfalls im Verhältnis zu den Sondergerichten und darüber hinaus überall, wo ein Verweisungsverhältnis besteht (§ 276 A), nach Verweisung das angewiesene Gericht einen sonst von ihm nicht zu prüfenden Klagegrund, der zur Zuständigkeit des anweisenden Gerichts gehört, mit zu prüfen hat (§ 276 B).

**a 2.** **Entschieden** wird im ordentlichen Prozeß **durch Urteil**; wenn über die Zulässigkeit des Rechtswegs getrennt entschieden und sie bejaht wird, durch Zwischenurteil (§§ 275, 303), möglicherweise auch über einzelne Klagegründe (RGZ 129/95 [96]); wird aber der Rechtsweg für alle Klagegründe verneint, so ist, soweit keine Verweisungsmöglichkeit (§ 276 A) besteht, die Klage als unzulässig abzuweisen, vgl. GVG § 17, ArbGG § 48 a. Über einzelne Klagegründe darf auch in den Gründen des Endurteils entschieden werden, sofern die Klage im übrigen sachlich abzuweisen ist (denn das Gericht soll nie über mehr entscheiden, als es entscheiden muß; würde man anders vorgehen, so würde es bei einem solchen Urteil u. U. bleiben, obwohl möglicherweise die höhere Instanz einen als unzulässig zurückgewiesenen Klagegrund für zulässig und begründet halten kann, hier sollte man umgekehrt die Zurückweisung als unzulässig, als nicht geschrieben ansehen; nach dem derzeitigen Standpunkt der Rechtsprechung wird allerdings der Kläger ein Anschlußrechtsmittel einlegen müssen, jedenfalls aber dürfen, Kommentar § 276 B III a 2). Hatte die erste Instanz die Klage als unzulässig abgewiesen, hält sie die Berufungsinstanz aber für zulässig, so darf sie sogleich sachlich erkennen (§ 540). Hatte die erste Instanz über die Klage sachlich entschieden und ergibt sich ihre Unzulässigkeit, so ist darauf zu erkennen. Kann in der dritten Instanz nicht verwiesen werden (vom BayObLG), so ist, wenn die Klage unzulässig ist, sie abzuweisen (§ 565 III 2); ist dagegen eine Klageabweisung als unzulässig — ohne Verweisung — aufzuheben, so kann nur, wenn die Voraussetzungen des § 565 III 1 gegeben sind, durcherkannt werden, also in der Revisionsinstanz nicht, wenn der Sachverhalt nicht geklärt ist. Soweit hier einer Partei ein Rechtsmittel nur gewährt wird, um die Zu- oder Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend zu machen (§§ 511 a IV, 547 I 1), ist allerdings auch der Rechtsmittelangriff auf diese Frage beschränkt (BGHZ 1/369).

**a 3.** Über die genaue **Reihenfolge**, in der die Zulässigkeit des Rechtsweges zur Prüfung gelangt, vgl. § 274 B I d 6.

**a 4.** Praktisch tritt der **Unterschied zwischen sachlich ausschließlicher Zuständigkeit** und der Zulässigkeit des Rechtsweges allerdings in den nichtvermögensrechtlichen Streiten (§ 2 A I b 1) nicht hervor, weil auch hier bei der sachlich ausschließlichen Zuständigkeit erst mit der Rechtskraft der Entscheidung (§ 705 A) der Mangel unerheblich wird. Anders ist dies in den vermögensrechtlichen (§ 2 A I b 2) Angelegenheiten (vgl. §§ 528 I 2, 558), wo also der Zuständigkeitsmangel nicht erst ab Rechtskraft der Entscheidung unerheblich wird, sondern schon von der zweiten Instanz ab, wenn er nicht in der ersten schuldlos vor Verhandlung zur Hauptsache gerügt worden ist.

**b)** Die Entscheidungen, welche von den ordentlichen Gerichten der streitigen Zivilgerichtsbarkeit ergehen, lösen bestimmte **Wirkungen** aus, welche im Verhältnis zu allen gleich- oder untergeordneten Gerichten in gleicher Weise bestimmt sind. Über die Wirkungen der Entscheidungen der Strafgerichtsbarkeit zu der streitigen Zivilgerichtsbarkeit vgl. GVG § 13 D; über die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu ihr vgl. GVG § 13 C; im Verhältnis dieser beiden Zweige zu den übrigen ranglich untergeordneten Gerichten gilt wieder dasselbe wie von dem der streitigen Zivilgerichtsbarkeit zu ihnen. Das Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu den Sondergerichten ist dabei schon ein Verweisungsverhältnis geworden, das nur noch unter dem Gesichtswinkel der ausschließlichen Zuständigkeit betrachtet werden darf (GVG

§ 14 B I); nicht weiter kann dann aber auch die Trennung zwischen den einzelnen besonderen ordentlichen Gerichten und den allgemeinen gehen (GVG § 14 B III); all diese Verhältnisse wirken dabei gegenüber den Verwaltungsgerichten und -behörden ebenso wie das der ordentlichen streitigen Zivilgerichte zu ihnen, so daß also auch ihre Entscheidungen unter dem Gesichtswinkel der Zulässigkeit des Rechtsweges zu beurteilen sind.

**b 1.** Ist einmal die Zulässigkeit des Rechtsweges ausdrücklich oder stillschweigend **rechtskräftig** (§ 705 A) **entschieden**, so darf sie nicht mehr geprüft werden, also wenn ein von den ordentlichen erlassenes, bejahendes Zwischenurteil (§ 303) rechtskräftig geworden ist (§ 275 II) oder wenn ein rechtskräftiges Grundurteil (§ 304) oder ein solches Vorbehaltsurteil (§§ 302 III, 599 III) über den Anspruch vorliegt; hier kann in dem Nachverfahren nicht mehr die Unzulässigkeit des ausgeurteilten Anspruchs geltend gemacht werden. Dies gilt aber auch bei Abänderungs- (§ 323) und Wiederaufnahmeklagen (§§ 578 folg.), sofern nicht inzwischen eine Gesetzesänderung eingetreten und dadurch erst die Zuständigkeit i. w. S. verändert worden ist. Ist allerdings — auch abgesehen davon — die Wiederaufnahmeklage zulässig und wird gerade durch sie die Zulässigkeit des Rechtsweges berührt, so ist noch darüber zu befinden und, falls der Rechtsweg unzulässig ist, die Klage als unzulässig abzuweisen; inwieweit sonst Prozeßbedingungen noch zu beachten sind, vgl. § 585 C I g. Jedenfalls aber brauchen hier Vorbescheide nicht mehr eingeholt zu werden (RG HHR 1528 bei der Restitutionsklage). Für reine Anhangprozesse, Vollstreckungsgegenklagen (§ 767), die auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 732) oder die auf ihre Unzulässigkeitsklärung (§ 768) bleibt die Zulässigkeit des Rechtsweges stets bestehen. Auch hierzu brauchen Vorbescheide nicht mehr eingeholt zu werden (RGZ 153/216 für den Fall des § 767). Dennoch verwandelt ein vom ordentlichen Gericht erlassenes Urteil über einen öffentlich rechtlichen Anspruch diesen nicht (RGZ 129/248). Liegt ein verwaltungsrechtlicher Titel vor, so versagte BGH NJW 56/1356 die Klage vor den ordentlichen Gerichten; dagegen ließ OLG JZ 55/552 die Vollstreckungsgegenklage gegenüber der Bescheinigung des Finanzamts nach DVO AufhebungVO der Gebäudeentschuldungsteuer §§ 3 II, 11 II mit der Behauptung des Klägers zu, er sei nicht Schuldner (vgl. dazu § 767 B II c).

**b 2.** Hat dagegen das ordentliche Gericht rechtskräftig die Zulässigkeit des Rechtsweges verneint, so sind daran die Gerichte gebunden (GVG § 17 I). Nicht gebunden an die Entscheidung sind die übergeordneten Gerichte (und Stellen). Im Verhältnis zu den Sozialgerichten gilt SGG § 52 (vgl. Komm. ntar § 276 A VI b).

**B V.** Es gibt indes eine Reihe von **Bindungen an Verwaltungsentscheidungen** für die ordentlichen Gerichte (über die an die der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. GVG § 13 C II e 1).

**a)** Dies gilt überall dort, wo es zu verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen kommt, die sich im gesetzlichen Rahmen halten (vgl. VerwaltungsgerichtsO § 121); doch gilt dies nur wie für die bei den ordentlichen Gerichten gegebene Rechtskraftwirkung (§ 322 E III), im besonderen nicht für die Begründung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (BGH NJW 56/1358). Dies gilt ferner in all den Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde einer Rechtshandlung des materiellen Rechts zustimmen muß, hier wird die Rechtshandlung — regelmäßig — erst mit der Zustimmung der Verwaltungsbehörde wirksam, was nach materiellem Recht zu beurteilen ist. Hier wirkt die Vorentscheidung tatbestandsmäßig, ohne daß sie die ordentlichen Gerichte nachprüfen dürfen. Verneint eine — nach der Auffassung der Gerichte — zuständige Behörde ihre Zuständigkeit bei einer erforderlichen Genehmigung, so gilt die Zustimmung als erteilt (BGH v. 15. 3. 1951 IV E 1/294 = NJW 645). Vgl. auch im Verhältnis zur freiwilligen Gerichtsbarkeit GVG § 13 C II e. Etwas anders ist bei devisenrechtlichen Zustimmungen der Fall.

**b)** Für Gerichte kann auch die bloße Tatsache des (negativen) Vorbescheides zur Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klage gehören (vgl. GVG § 13 F V). Soweit eine Vorabentscheidung der Verwaltungsbehörde auf dem Rechtsweg angegriffen wird, wird sie mit der Klageerhebung (vorbehaltlich der Rücknahme) hinfällig (RG N GVG § 13/200). Umgekehrt hindert der vorbehaltene Vorbescheid die Entscheidung im ordentlichen Verfahren, bis er fällt (RGZ 153/162, das von einer Voraussetzung der Endentscheidung spricht), wenn

man auch in der Einlassung auf die Klage ihn sehen darf. Auch sehen hier bisweilen die Gesetze vor, daß, wenn die Vorbescheide in bestimmter Zeit nicht ergehen, der Rechtsweg auch ohne Vorbescheid beschritten werden darf.

c) Es gibt aber auch **Verwaltungsentscheidungen**, die nur in bezug auf die Verwaltung Bedeutung haben, deshalb werden hier andere Organe, im besonderen die Gerichte, **nicht gebunden**.

**C.** Die **freiwillige Gerichtsbarkeit** steht im Verhältnis zur ordentlichen streitigen Zivilgerichtsbarkeit unter dem Gesichtswinkel der Zulässigkeit des Rechtsweges (GVG § 13 B II b; RGZ 156/279 [291], d. h. erst die Rechtskraft der Entscheidung des ordentlichen Zivilgerichts bindet das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit für seine Zu- oder Unzuständigkeit wie umgekehrt (jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung; vgl. aber GVG § 13 C II).

**C I.** Abzugrenzen ist sie von der streitigen nur dadurch, daß ihr in **Einzelnormen** bestimmte Aufgaben zugewiesen sind (vgl. OLG 15/403), wobei die gesetzliche Zuteilung durchaus willkürlich ist.

a) Dabei sind hier von vornherein die **streitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit** zu trennen, weil nämlich sie in einem **Verweisungsverhältnis** zu der streitigen Gerichtsbarkeit stehen. Insoweit kann das Verhältnis nur unter dem Gesichtswinkel der ausschließlichen Zuständigkeit gesehen werden (vgl. LVG §§ 12, 13; 6. DVO EheG §§ 18, 18a; WohnungseigentumsG §§ 46, 50; DM-BilanzG § 58).

b) Nur die **übrigen Fälle** stehen noch unter dem Gesichtswinkel der Zulässigkeit des Rechtsweges. Aber auch sie sind positiv rechtlich willkürlich normiert worden.

**b 1.** Dies ergibt sich im besonderen bei der **Gruppe**, welche sich um das **Recht der Person** rankt (vgl. aber auch GVG § 13 C I e). Nach dem G über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitentziehungen v. 26. 6. 1956 (BGBl. I 599) wird nach den Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfahren (damit ist NRW Verf. Art. 74 außer Kraft).

**b 2.** Aus **anderen Gruppen** gehört hierher, daß das **Zwangsversteigerungsverfahren** (abgesehen von dem in Wohnungseigentum nach dem WohnungseigentumsG) in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit fällt, ebenso das **Konkurs-** und das **Vergleichsverfahren**; die **Nachlaßverwaltung**, die **Nachlaßpflegschaft**, die **Testamentsvollstreckung** in den Fällen des BGB §§ 2227, 2228 in das der freiwilligen Gerichtsbarkeit (streiten aber mehrere Testamentvollstrecker darüber, ob die von einem Vollstrecker angestrebte Verwaltungshandlung mit der letztwilligen Verfügung des Erblassers vereinbar ist, so hat BGHZ 20/264 die ordentlichen Gerichte für berufen erachtet). Wer aber durch Vermächtnis eine Verwaltung zugewandt erhalten hat, wird, wenn es um seine Abberufung geht, durch Klage (OGH v. 3. 8. 1950 I E 4/223), nicht durch das Nachlaßgericht abberufen (BGB § 2227). Ebenso wird die Anordnung der Verwaltung gegen Nießbraucher, Vorerben durch Klage verfolgt (BGB §§ 1052, 2129), erst recht der Anspruch des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer, das Grundstück nicht zu verschlechtern (BGB § 1134). Auch das Registerrecht ist zu nennen, ferner das Spruchverfahren nach dem G zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften v. 12. 11. 1956 (BGBl. I 845) §§ 30f.

c) Auch vom anderen Standpunkt muß man aber beide Verfahrensgruppen gelten lassen, soweit sie gesetzlich im **Nebeneinander** berufen sind.

d) Im Einzelfall kann es bisweilen **zweifelhaft** sein, ob die Normen über die Zulässigkeit des Rechtsweges oder die der ausschließlichen Zuständigkeit anzuwenden sind. Durch die Zustimmung der Parteien wird die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht begründet (RGZ 94/172, JW 25/2114<sup>5</sup>).

e) Von den **besonderen Fällen kraft gesetzlicher Zuweisung** sind die folgenden zu nennen:

**e 1.** nach dem MilRegG 59 sind die **Wiedergutmachungstatbestände** ausschließlich den Wiedergutmachungsorganen zugewiesen worden (USMilRegG 59 Art. 57 = BMilRegG 59 Art. 49 = Westberlin Art. 51). Sie entschieden nach dem FGG v. 29. 6. 1956 (BGBl. I 562). Wird im Rückerstattungsverfahren verglichen und ergeben sich daraus Klagen, so hat sie LG München MDR 50/186 auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Rückgriffsansprüche

nach MilRegG 59 Art. (US) 47 = (B) Art. 39 = (Westberlin) Art. 41 gehören vor die ordentlichen Gerichte (vgl. BGH NJW 1953/464, 302. Im Gegensatz dazu verweist das BEG wegen der Entschädigungsansprüche auf den Prozeßweg. Klagen wegen zu unrecht gezahlter Haftentschädigungen hat OLG Bremen RzW 53/105 nach altem Recht nicht zugelassen. Über Wiedergutmachung im Beamtenrecht vgl. GVG § 13 J III b 2. Wiedergutmachungstatbestände in bezug auf Österreich gehören auf dem Klageweg vor die ordentlichen Gerichte (BGH MDR 57/31). Die Abgrenzung zwischen Entschädigung- und Rückerstattungsrecht ist nicht immer zweifelsfrei. BGH VersR 55/497 hat die Entschädigung wegen Einziehung einer Rentenversicherung unter MilRegG 59 (BZ) § 26 gebracht. Nach dem G zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reiches und gleichgestellter Rechtsträger (BundesrückerstattungG) v. 19. 7. 1957 (BGBl. I 734) gibt es gegen den Bescheid der Oberfinanzdirektion das gerichtliche Verfahren nach G § 42.

e 2. Die Wertpapierbereinigung wurde im freiwilligen Gerichtsbarkeitsverfahren vollzogen (WertpapierbereinigungG § 61). Dies gilt auch nach dem BereinigungG für deutsche Auslandsbonds v. 25. 8. 1952 (BGBl. I 553), AuslWBG § 69 I.

e 4. Auch bei der Umstellung von Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden nach der 40. DVO MilRegG 63 § 6 ist das AG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließlich berufen; doch erwachsen die dabei geprüften Vorfragen nicht in Rechtskraft (OLG Hamm JZ 51/656); für Ansprüche aus Umstellungsgrundschulden ist deshalb das Prozeßgericht zuständig (BGH NJW 52/874, vgl. GVG § 13 F III e).

**C II.** Inwieweit es **rechtskräftige Vorgriffe** gibt und wie sie wirken, hängt vom Einzelfall ab.

a) Nur echte Vorgriffe der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit können auch die ordentlichen streitigen Gerichte binden (KG DNotZ 39/261, OLG MDR 51/489). Die gegenseitigen Vorgriffmöglichkeiten gestatten allerdings keinen Eingriff in das andere Verfahren. Wenn aber ein Vormundschaftsrichter etwa für ein Prozeßverfahren, das nicht vor demselben Amtsgericht schwebt (vgl. GVG § 22 d), einen Armenanwalt bestellt, so hat der Armenanwalt zwar Ansprüche an die Staatskasse (a. M. KG JW 38/2420<sup>21</sup>), doch treten die sonstigen Wirkungen des Armenrechts nach §§ 115 folg. nicht ein. Ebenso wäre es, wenn ein ordentliches Gericht für ein schwebendes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie umgekehrt dieses für jenes Beweise erheben wollte oder Ermittlungen anstellt u. dgl. m., wenn auch die in dem einen Verfahren erhobenen Beweise im anderen auf dem Weg des Urkundensbeweises benutzt werden können, soweit nicht eine Partei den Zeugen-(usw.)beweis antritt (§ 286 C III b 5).

b) Wo indes nach der gesetzlichen Ordnung gar nicht vorgegriffen wird, tritt auch keine Bindung ein. Dies gilt für die freiwillige Gerichtsbarkeit für die Entscheidungen über die Erteilung eines Erbscheins, Testamentsvollstreckerzeugnisses, sie binden das Prozeßgericht nicht (KG HRR 36/1643). Ist aber der Erbe unter allen Beteiligten rechtskräftig festgestellt, so ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit daran auch bei der Erteilung des Erbscheins gebunden, wenn das Urteil allen gegenüber wirkt (vgl. §§ 636a, 643); nicht aber, wenn noch andere Beteiligte vorhanden sind, denen gegenüber das Urteil nicht Rechtskraft wirkt (KG Recht 19/320), weil nämlich grundsätzlich der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Erben selbständig ermittelt (KGJ 38 A 118, BayObLG BayZ 28/377) und im besonderen nicht zu binden ist, wenn die Erbfolge durch Vergleich zu regeln versucht wird (Bay ObLG 29/208). Für ein Amtslöschungsverfahren ist insoweit kein Raum mehr, als über die Löschung bereits rechtskräftig vom ordentlichen Gericht entschieden ist (vgl. GVG § 23 C I e). Es gilt aber auch für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit. Das ordentliche Gericht kann deshalb nicht schlechthin jemand für volljährig erklären (wohl aber im Einzelfall ihn so behandeln, wie wenn er für volljährig erklärt wäre).

c) Davon zu unterscheiden sind wieder die **Tatbestände**, welche die **Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit** schaffen. Hat das Vormundschaftsgericht jemanden für volljährig erklärt, so wird die Gesetzmäßigkeit dieses Aktes vom Prozeßgericht nicht nachgeprüft (RGZ 158/156 [159]), ebenso nicht die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nach BGB § 1666 (RG LZ 29/934), die Pflegerbestellung (RGZ 137/341), die der sonstigen Vertreter etwa nach BGB § 29 (RG JW 18/362). Ebenso ist das Prozeßgericht gebunden an die Rechtsfähigkeit eines

Vereins, wenn er sie durch Eintragung erlangt und eingetragen ist (RGZ 81/206 [208]); dies gilt auch für die juristische Person des Handelsrechts, die durch Registrierung rechtsfähig wird. Es ist weiter gebunden an die Tatsache der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch das Vormundschaftsgericht; nicht aber wird die Entscheidung darüber vorweggenommen, ob die Genehmigung auch mitgeteilt wurde oder ob etwa inzwischen das Mündel volljährig geworden ist.

**c 2.** Entsprechend wirken die **rechtskräftigen Urteile der Prozeßgerichte** (OLG 11/219), im besonderen die Gestaltungsurteile, aber auch schon die Einleitung eines Entmündigungsverfahrens für die Einleitung der vorläufigen Vormundschaft (BayObLG NS 28/193, 29/388, 34/146). Wird einer Partei die Vertretungsmacht durch einstweilige Verfügung entzogen, so ist auch daran das Registergericht gebunden (KGJ 53 A 9), wie es dies auch ist, wenn das Prozeßgericht über das Stimmrecht der Aktionäre entschieden hat (BayObLG JW 25/628<sup>1</sup>). Dahin sollte man auch den Schuldausspruch (BGB § 1671 III 2) zählen, der für die dem Scheidungs- usw. Verfahren nachfolgenden Verfahren ohne eigene Nachprüfung zugrunde zu legen ist (BGH DR I [164] 1003).

**C III. Präjudizielle Vorfagen** werden aber auch im Verfahren nach dem FGG entschieden. Ausgesetzt werden darf nur, wenn es das Gesetz erlaubt (vgl. FGG §§ 95, 127, 159, 40. DVO MilRegG 63 § 6 V). Im Verfahren nach PrFGG hat KG J 30 A 61 die Aussetzung, um die Klärung des Sachverhalts im ordentlichen Verfahren abzuwarten, zugelassen, ebenso (BayObLG DJZ 21/498) im Erbscheinverfahren bei anhängigem (nicht sonst: KG DFG 43/8) Streit, im besonderen wenn eine letztwillige Verfügung nach BGB § 2077 angefochten worden ist (Bay-ObLG 6/169, 172).

Sonst darf die Zukunft nicht abgewartet werden (KG DFG 42/36), im besonderen nicht, wenn schleunig zu handeln ist, wie im Verfahren über die vorläufige Fürsorgeerziehung; auch darf die Fortsetzung des Verfahrens über die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft nicht vom Gang des Entmündigungsverfahrens abhängig gemacht werden (KG DFG 36/107).

**D.** Auch **Straf- und Zivilgerichtsbarkeit** stehen sich als sachlich ausschließliche Zuständigkeiten gegenüber. Beide überschneiden sich nur in zwei Fällen. In dem des § 890 spricht der Zivilrichter eine strafrechtlich wirkende Verurteilung aus, in denen der StPO §§ 403 folg. entscheidet der Strafrichter über zivilrechtliche Ansprüche.

**D IV.** In die Verfahren, die der Strafjustiz unterstellt sind, greift das Zivilverfahren — von Amtspflichtverletzungen (GVG § 13 K III) abgesehen — nicht ein.

**a)** **Unzulässig** war der **Rechtsweg** gegen Strafverfügungen der Preisüberwachungsstellen (RGZ 162/230); unzulässig ist er bei Ordnungswidrigkeiten.

**b)** Das **Gefängniswesen** ist dem ordentlichen Gerichtswesen insoweit entzogen, wie nicht Rechtsbehelfe nach der StPO oder ZPO (§ 766) gegeben sind. Dies gilt im besonderen für die Klage auf Verbesserung der Gefangenenkost, für die der Rechtsweg nicht zulässig war (OLG SchIHA 51/91).

**E.** Ein **Ausschluß** der staatlichen Gerichtsbarkeit ist **kraft Parteiabrede** bzw. Partei-autonomie möglich.

**E I.** Die staatliche Gerichtsbarkeit kann dadurch ausgeschlossen sein, daß in vermögensrechtlichen Streiten (mit nicht ausschließlichem Gerichtsstand) ein **ausländischer Gerichtsstand** als ausschließlicher vereinbart worden ist (§ 40 C III). Die Vereinbarung wird nur beachtet, wenn sie im Prozeß — rechtzeitig — geltend gemacht wird (vgl. § 39) und wenn sie nicht, wenn auch zu unrecht, von der vorhergehenden Instanz übergangen wird (§§ 512a, 549 II). Die Abrede setzt aber die Zulässigkeit des Rechtswegs voraus (RGZ 108/244, 122/102). Über die Wirkung der Vereinsautonomie vgl. § 1048.

**a)** Andererseits sind **Abreden der Parteien**, eine Verwaltungsbehörde an Stelle der Prozeßgerichte entscheiden zu lassen, nichtig (RGZ 111/276, 121/80) wie umgekehrt (RGZ 100/178). Dies gilt auch für Vereinssatzungen (RG HRR 34/284). Vgl. auch GVG § 13 C I d. Das Entsprechende gilt, wenn eine Sondergerichtsbarkeit besteht, soweit sie der Parteivereinbarung entzogen ist (RGZ 156/279 [291]); vgl. aber ArbGG § 3.

b) Auch sind die Parteien, soweit sie den Rechtsweg beschreiten, nicht in der Lage, bei **bestimmt vorgeschriebenen Verfahren** andere auszuwählen. Die h. M. arbeitet hier mit dem Begriff des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. RGZ 160/204 [213]); sie will dabei § 275 nicht anwenden. Dazu gehören die besonderen Verfahren, etwa das nach § 104 (RGZ 130/218), das nach § 109 (RGZ 86/36 [43]); vgl. auch FGG § 145. Ferner ist hier der Fall zu nennen, wo durch eine Feststellungsklage der Wirkung der Streitverkündung zuvorgekommen werden sollte (RGZ 82/170). Anders ist dies, wenn das Verfahrensrecht selbst verschiedene Verfahrensmöglichkeiten gibt (vgl. Kommentar GVG § 13 C I c, IV).

**E II.** Einen weiteren Fall des Ausschlusses stellt der **Schiedsvertrag** dar (§§ 1025 folg., ArbGG §§ 101 folg.). Auch durch ihn, soweit er zulässig ist, wird das (ordentliche) Staatsgericht unzuständig (bzw. wird ihm die Gerichtsbarkeit entzogen, vgl. RGZ 111/276 [279]).

a) Der Schiedsvertrag setzt grundsätzlich die Zulässigkeit des Rechtswegs voraus — oder doch eines Gerichtswegs vor den Sondergerichten usw. (GVG § 14 A) — und gehört selbst nicht unter den Begriff des unzulässigen Rechtswegs (RG N GVG § 13/374), sondern löst nur, wenn die Einrede rechtzeitig geltend gemacht wird, ein Prozeßhindernis aus (§ 274 II 3), wobei unverschuldetes Nichtgeltendmachen jedenfalls in den Tatsacheninstanzen nachholbar ist (§ 274 III). Durch Schiedsabrede darf indes nur so weit die Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden, wie dies das Gesetz zuläßt, also gegenüber den ordentlichen Zivilgerichten nach §§ 1025 folg., gegenüber den Arbeitsgerichten nach ArbGG §§ 101 folg.

b 2. Umgekehrt kann gerade das Gesetz Schiedsgerichte einrichten, die dann Sondergerichte sind und deren Bereich dann unter den Begriff des unzulässigen Rechtswegs bzw. den der ausschließlichen Zuständigkeit fällt (vgl. RGZ 107/352/247). Vgl. GVG § 14.

**E III.** Über die Zulässigkeit von **Schiedsgutachterabreden** und ihre beschränkende Wirkung auf die Entscheidungsmacht des Gerichts vgl. § 1025 C II (im arbeitsgerichtlichen Verfahren gibt es sie nicht mehr). Auf den Rechtsweg gehören auch die Ansprüche des Siedlers gegen den Siedlungsträger aufgrund des Nutzungsvertrags nach den bayrischen Bestimmungen über die Förderung des sozialen Wohnung- und Kleinsiedlungsbau: OLG NJW 59/2171. Die Bestellung einer Behörde zum Schiedsgutachter hat BGH NJW 55/665 gebilligt.

**E IV.** In **autonomes Handeln** greift die Rechtsprechung dem Prinzip nach nicht ein; doch gibt es hier keinen Ausschluß des Rechtswegs.

**F.** Im Verhältnis zu den Verwaltungs-, Verwaltungs- und Verwaltungsbehörden weist GVG § 13 den ordentlichen Zivilgerichten die **Entscheidung der bürgerlichen Streitigkeiten** zu, soweit nicht andere Stellen dazu berufen sind. Doch gibt es auch öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die nach Sondergesetzen vor die ordentlichen Zivilgerichte gehören (also kraft gesetzlicher Zuweisung, RGZ 130/268, 154/207, 166/218 [226] auch kraft Gewohnheitsrechts), wie bürgerlich-rechtliche, die nach besonderen Gesetzen der Entscheidung der ordentlichen Gerichte entzogen sind.

**F I.** Dem **Prinzip** nach gibt es im Rechtsstaat überall irgendeinen gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. GG Art. 19 IV). Dabei darf indes nicht übersehen werden, daß trotz dieses Prinzips in autonomes Handeln — auch das des Staats — nicht eingegriffen werden sollte.

a 1. Nach **VerwaltungsgerichtsO § 40 II** gehören vor die **ordentlichen Gerichte** die Ansprüche aus Entrechtung (GVG § 13 F IV), die aus Amtspflichtverletzung (GVG § 13 F IV), wie überhaupt die wegen Entschädigung aus einem Hoheitakt (Kommentar GVG § 13 K), einschließlich der aus § 945 (Kommentar § 945 A II b 9).

a 2. Ferner gehören vor die ordentlichen Gerichte die Ansprüche **kraft besonderer Zuweisung** durch Gesetz (Kommentar GVG § 13 F I a 4).

a 3. Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit kraft **Beamtenrechts** ist dagegen nach VerwaltungsgerichtsO § 40 II 2 geblieben (Kommentar GVG § 13 H I).

a 4. Die **Abgrenzung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht** nimmt die VerwaltungsgerichtsO nicht vor. Fiskalische Handlungen gehören vor die ordentlichen Gerichte (GVG § 13 L); inwieweit dies noch für Verhältnisse der hoheitlichen Hand zueinander (GVG § 13 L II), inwieweit es in Mischverhältnissen gilt (GVG § 13 L III, M, N), wird zunehmend umstritten

werden. In die Auffassung der ordentlichen Gerichte spielt klar die Frage der Umgrenzung nach dem Stande des Jahres 1877 hinein (Zuweisung kraft Tradition, GVG § 13 J I). Die Verwaltungsrichter werden sich dagegen auf die Formulierung der VerwaltungsgerichtsO § 40 I, daß nur eine ausdrückliche Zuweisung durch Gesetz zu beachten sei, berufen; doch ist eine Zuweisung durch Gewohnheitsrecht (vgl. EG § 12) ebenfalls ausdrücklich; und wenn der Gesetzgeber dies lindern will, kann gefordert werden, daß er es unzweideutig erklärt.

**F II.** Über die Zuständigkeit (i. w. S.) der Zivilgerichte entscheidet deshalb zunächst stets das positive Bundes- und, soweit dies zugelassen ist (vgl. GG Art. 31), das Landesgesetz (im materiellen Sinne, RGZ 117/28), gleichviel ob es öffentlich-rechtliche Ansprüche auf den Rechtsweg verweist (was RGZ 164/226 [233] schon dann angenommen hat, wenn eine bürgerlich-rechtliche Ordnung der Ansprüche zugelassen wurde, auch wenn der Anspruch sonst auf öffentlich-rechtlichem Gebiet liege) oder bürgerlich-rechtliche ihm entzieht (vgl. aber GG Art. 19, GVG § 13 F I).

### **F III. Der Rechtsweg ist verschlossen**

**a)** im öffentlichen Staats- und Verwaltungsrecht. Dahin gehören im besonderen Angriffe gegen die materiellen Gesetze (vgl. aber GG Art. 100), die abgesehen von den Angriffen gegenüber dem BVG nicht als solche zum Gegenstand eines vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Streits gemacht werden dürfen. Es gehören dahin aber auch die Angriffe gegen die Verwaltung als solche (vgl. Kommentar § 1 B I), im besonderen grundsätzlich die gegen Staatshoheitsakte (GVG § 13 G), wie ferner dem Prinzip nach die Streitigkeiten um Beamtenrechte (GVG § 13 H I). Auch Klagen aus der AsylVO v. 6. 1. 1953 (BGBl. I 3), dem Zweckverband G v. 7. 6. 1939 (RGBl. I 979) § 32 gehören vor die Verwaltungsgerichte.

**b)** Die Streitigkeiten über die öffentlich-rechtliche Sozialversicherung sind den Sozialgerichten zugewiesen worden (SGG § 51).

**b 1.** Aber auch die öffentliche Fürsorge, soweit sie nicht der Sozialgerichtsbarkeit untersteht, unterliegt dem — allgemeinen — Verwaltungsrechtsweg, also die Kleinrentenfürsorge außerhalb des umgrenzten Gebietes, die Minderjährigen-, die Waisen- und die Armenfürsorge.

**b 2.** Das WiedergutmachungsG v. 11. 5. 1951 (BGBl. I 291) § 26 i. F. des G v. 27. 12. 1955 (BGBl. I 820) verweist auf den Verwaltungsgerichtsweg, soweit nicht die in den Ländern geltenden Rechtsvorschriften oder Verwaltungsanordnungen für Wiedergutmachungsansprüche gegen das Land oder eine der Landesaufsicht unterstehende Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts einen anderen Rechtsweg vorsehen, ebenso das KriegsgefangenenentschädigungG i. F. v. 8. 12. 1956 (BGBl. I 908) §§ 22, 43.

**b 3.** Im Gesundheitswesen ist dort, wo bei gemeindlichen Unternehmungen Anschluß- oder Benutzungszwang besteht, der Rechtsweg bei Gebühren für Wasser, Kanal, Müllabfuhr und Schlachthöfe wie bei ähnlichen Einrichtungen verschlossen, und zwar für das Recht der Mitbenutzung wie das der Festsetzung von Zwangsgeldern oder das der Ersatzvornahme. Nach Bad. VGH (BadVerwZ 1910/24, 1922/146 [vgl. dazu auch VGH Freiburg DVBl. 55/745]) kann auch bei der Wasserleitung einer Gemeinde, für die Anschlußzwang besteht, die Abgabe des Wassers und die Entrichtung der Entgelte privatrechtlich geregelt sein. Nach BGH NJW 53/778 kann die Frage, wann Beziehungen zwischen einem Unternehmer der öffentlichen Hand und seinen Benutzern hoheitlicher Natur sind, nicht allein aus der Zielsetzung des Unternehmens, sondern nur auf Grund seiner organisatorischen Gestaltung unter Bewertung aller Wesenselemente in ihrer Gesamtheit getroffen werden. Vgl. GVG § 13 L I b 6. Nur für das Entgelt (RGZ 148/328) für das von der Anstalt gelieferte Wasser usw. und für Schadenersatzansprüche (RGZ 152/129) ist der Rechtsweg offen. Anders ist für alle Ansprüche der Rechtsweg offen, wenn der Wasseranschlußzwang aufgehoben ist (LG Saarbrücken SaarRuStZ 51/31). Für die Benutzung sonstiger öffentlicher Einrichtungen gilt dasselbe, vgl. aber GVG § 13 N I, L I b 6, im besonderen bei Belieferung mit Elektrizität und Gas.

**b 4.** Nach dem G betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten §§ 29 folg. und dem ViehseuchenG §§ 66 folg. ist eine Entschädigung aus öffentlichen Mitteln vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen (BGHZ 17/137). Dagegen ist nach dem G zur Bekämpfung

der Geschlechtskrankheiten v. 23. 7. 1953 (BGBl. I 700) § 22, wonach die Kosten dem Landesfürsorgeverband zur Last fallen, der Rechtsweg verschlossen. Bringt der Staat Geschlechtskranke im Krankenhaus unter, so ist für die negative Feststellungsklage der Krankenkasse gegen den Staat (Polizei), daß sie für die Kosten nicht aufzukommen habe, der Rechtsweg zulässig (RG N GVG § 13/248), ebenso der Streit zwischen dem Staat und der Gemeinde auf Erstattung der mittelbaren Polizeikosten bei Ausheilung von geschlechtskranken Dirnen (RGZ 77/194 [199]). Ebenso ist über Ansprüche Dritter gegen den Fürsorgeträger aus BGB §§ 667, 679, 683 auf Ersatz der Aufwendungen für den Fürsorgebedürftigen auf dem Rechtsweg zu entscheiden (RG v. 20. 1. 1936 VI E 150/81), auch wenn eine Stadt klagt, die ein Kinderheim unterhält, sofern sie nicht selbst als Fürsorgeträger in Betracht kommt (RGZ 150/243). Der Anspruch auf Freigabe einer Sicherheit, die für den Anspruch auf Kostenersatz an die öffentliche Fürsorge gestellt war, ist im Rechtsweg verfolgbar (RGZ 164/226). Vgl. auch GVG § 13 F III b 1.

e) Die Ausgleichsansprüche (Kommentar GVG § 13 K II b 3) für Kriegs- und Vertreibungsschäden (bis zum 31. 7. 1945 — LAG § 13: BGH v. 15. 5. 1953 V NJW 1062<sup>5</sup>) sind auf den Verwaltungs-(rechts-)weg verwiesen (vgl. LAG §§ 325 folg., Feststellungs v. 21. 4. 1952 — BGBl. I 237 mit Änderungen). Doch hat LG MDR 55/680 (a. M. OLG NJW 55/1561) die Klage vor den ordentlichen Gerichten zugelassen, als zwei Ehegatten darum stritten, in wessen Eigentum der Hausrat stand, für den eine Entschädigung zu zahlen war (vgl. auch GVG § 13 C I a). Dasselbe gilt auch sonst im Forderungsprätendentenstreit (OLG NJW 55/426; a. M. OLG NJW 55/427). Soweit in dem LAG Abgaben angeordnet wurden, gehört das Recht zu dem der Finanzverwaltung. Über Weiterzahlungen aus Umstellungsgrundschulden entscheiden die Finanzgerichte (BGH NJW 55/501). Für Ansprüche auf Grund zu unrecht gezahlter Beträge auf Umstellungsgrundschulden hat OLG NJW 56/30 den Rechtsweg für zulässig gehalten (vgl. GVG § 13 C I e 4); für die Frage, wem von geschiedenen Eheleuten die Hausratentschädigung zusteht: BGHZ 27/190 (vgl. auch GVG § 13 C I a).

d) Auf den besonderen Verwaltungsweg mit den Finanzgerichten als Sonderverwaltungsgerichten gehört die Finanzverwaltung nach der AbgabenO (vgl. GVG § 13 H II). Öffentlichlich ist auch der Anspruch aus dem Finanzausgleich und dem Zerlegungsrecht (vgl. GVG § 13 H II c).

e) Bei Besatzungsschäden neuer Art gibt es nach einem Vorverfahren die Klage vor den ordentlichen Gerichten nach Finanzvertrag Art. 8.

Nach BArbG E 5/196 ist bei Ansprüchen aus Handlungen der bei der Besatzungsmacht beschäftigten Dienstgruppenangehörigen die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben, wenn der Beschäftigte auch für Handlungen nicht haftet, die er in Erfüllung dienstlicher Pflichten begeht (ob dies der Fall ist, entscheidet die Besatzungsmacht). Über den **Truppenvertrag** vgl. GVG § 18 B IV h.

f) Vom Rechtsweg verwiesen ist die gesamte **Disziplinar- und Ehrengerichtsbarkeit**, also die der Beamten (einschließlich der Richter und Notare), der Ärzte, Zahnärzte, Dentisten, Apotheker wie der Rechtsanwälte. Dazu darf man auch die Entziehung der Gewerbeerlaubnis als Kapitän, Seeschiffer, Seesteuermann, Schiffsingenieur, See- oder Kleinmaschinist oder Seemotorführer rechnen. Dasselbe gilt für die Architektenehrengerichtsbarkeit, soweit sie landesrechtlich angeordnet ist.

g) Vom Rechtsweg verwiesen ist die Prüfung und die Zulassung zu gewissen Berufen, etwa die der Ärzte, Zahnärzte, Dentisten, Apotheker, Heilpraktiker, die der Anwälte (vgl. § 78 B I), der Notare, der Prozeßagenten, der Rechtsberater, der Steuerberater, der Steuerhelfer, der Verwaltungsrechtsräte; der Wirtschafts- und Betriebsprüfer, der Handwerker u. U. die der Architekten nach Landesrecht.

RGZ 144/285 hat wegen der Nichtzulassung einer Handelsgärtnerei auf Friedhöfen den Rechtsweg nicht zugelassen; nicht geprüft worden ist dabei, ob die Fernhaltung der Handelsgärtnerei nicht gegen GewO § 1 verstieß und das Gemeindestatut deshalb nichtig war, während in dem gleichen Fall bei einer Klage gegen eine Kirchengemeinde der Rechtsweg für zulässig erklärt wurde (RG HRR 37/122).

h) Vom Rechtsweg verwiesen wird in einer Fülle weiterer **Einzelnormen**: über **Jagd-schäden** vgl. GVG § 13 F Va; Streitigkeiten aus dem **Deich-, Wasser- und Sielrecht** gehören vor die Verwaltungsgerichte nach PrWG, BayWG usw., ebenso die aus dem **Fischereirecht** (vgl. PrG v. 11. 5. 1916 — GS 55 —, PrVO über Zulassung der Klage im Verwaltungstreitverfahren in Fischereisachen v. 20. 7. 1934 [GS 340] § 1); dies gilt nach RGZ 150/174 auch, wenn die Klage sich auf positive Vertragsverletzung eines Vergleichs über die Schließung eines offenen Gewässers stützt. Über Entrechtungen vgl. GVG § 13 F IV. Über die Tatbestandswirkung der Entscheidung des Versicherungsaufsichtsamtes vgl. VAG §§ 2, 89 II. Die Anfechtbarkeit seiner Entscheidungen ist im ErgänzungsG v. 10. 12. 1954 (BGBl. I 501) durch Einfügung des § 10a geregelt (Verfahren vor dem BVerwaltungsgericht). Für die öffentlich-rechtlichen Versicherer vgl. G v. 27. 11. 1934 (RGBl. I 1189). Auf dem Gebiete des **Wirtschaftsrechts** ist öffentlich-rechtlicher Art im besonderen das Preisrecht; das OrdnungswidrigkeitenG v. 25. 3. 1952 (BGBl. I 177) ist mehr strafrechtlicher Art (vgl. aber seinen § 75). Subventionen gehören unter das öffentliche Recht, so daß Ansprüche aus ihnen wie Rückforderungen nicht auf dem Rechtsweg verfolgbar sind (BGH BB 52/443; sie stellen auch keine Entrechtung dar, vgl. Kommentar GVG § 13 K II d 3). Auch das Gewerberecht ist vielfach öffentlich-rechtlicher Art. GewO §§ 19, 20 verweisen auf den Verwaltungsrechtsweg (dessen Einzelheiten das Landesrecht regelt). Verstöße gegen GewO § 1 sind dagegen auf dem Rechtsweg verfolgbar. So durfte ein Leichenbestatter gegenüber der städtischen Friedhofsverwaltung auf Unterlassung klagen, die ihm die Ausübung seines Gewerbes verboten hatte (RG N GVG § 13/371); während umgekehrt BGH NJW 54/1483 (nach Herkommen) einer Kirchenstiftung es gestattete, gewerblichen Bestattungsunternehmen zu verbieten, Leichen in ihre Leichenhalle zu bringen (vgl. GVG § 13 M II), und es BGH Z 19/130 zuließ, daß eine Friedhof die Grabpflege unter Ausschuß der freiberuflichen Gärtner ihrer eigenen Gärtnerei zwies; in allen Fällen hatten aber darüber die ordentlichen Gerichte zu entscheiden. Auch für Ansprüche aus GewO §§ 7, 9 (RG 395/24 N GVG § 13/423), 51, 52 ist der Rechtsweg offen. HandwerkO §§ 11, 14; 36 II, 44 VI eröffnet die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Auf dem Gebiete des **gewerblichen Rechtsschutzes** sind für Patenterteilung und -vernichtung (mit besonderem Verfahren in zweiter Instanz vor dem BGH), Gebrauchsmuster, Warenzeichen Verwaltungsstellen berufen. Auf dem Gebiete des **Verkehrsrechts** ordnet das G über Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen v. 4. 7. 1939 (RGBl. I 1211) § 11 die bindende Wirkung der Verwaltungsentscheidung über die (Bau-) Kosten für Gericht und andere Behörden an. Im **Bergrecht** ist nach PrABG § 23 die Verleihung zu nennen, soweit der Anspruch sich gegen die Bergbehörden richtet; während sonstige Ansprüche (selbst wenn schon im voraus nach Verwaltungsbescheiden zu zahlen ist) auf den Rechtsweg gehören (vgl. PrABG §§ 9, 23, 129, 145, 151, 177, 186; wobei die Ansprüche aus PrABG § 148 nicht die aus BGB §§ 1004, 906 ausschließen (RG JW 11/338)). Auf dem Gebiete des **Arbeitsrechts** sind beispielsweise zu nennen die Allgemeinverbindlichkeitserklärung in Tarifordnungen (TVG § 5), die Zwangseinstellung von schwerbeschädigten Arbeitnehmern nach G v. 16. 6. 1953 (BGBl. I 389) § 10.

**F IV.** Andererseits gibt es **Verwaltungsentscheidungen**, gegen die nur der **ordentliche Rechtsweg** geöffnet ist. In solchen Fällen ist der Verwaltungsrechtsweg verschlossen. PrAG GVG § 1 bestimmt, daß die Verweisung auf den Rechtsweg der Klage ist. Vgl. dazu GG Art. 14 III 3. 19 IV, 34; GVG § 9.

**F V.** Es gibt indes auch Gesetze, die ein verwaltungsgerichtliches Vorverfahren mit **Vorbescheid** (über sie vgl. GVG § 13 B IV b) und (gewöhnlicher befristeter) Klage vor den ordentlichen Gerichten anordnen. Das ordentliche Verfahren wird mit der Erteilung des Vorbescheides zulässig, gleichviel ob diese später (auf dem verwaltungsgerichtlichen Verfahrenswege) wieder aufgeschoben wird oder nicht (a. M. BGH LM-DBG § 143/12 bezügl. der Wahrung der Klagefristen).

a) Dazu gehören die Vorbescheide auf dem Gebiete des **Jagdrechts** über Ansprüche auf Wildschadenverhütung (BJagdG v. 29. 11. 1952 [BGBl. I 780] §§ 26 folg.) und auf Wildschadenersatz (BJagdG §§ 33 folg.). Nach BJagdG § 35 dürfen die Länder verwaltungsmäßige Vorbescheide anordnen. Davon ist Gebrauch gemacht worden. Soweit diese Gesetze auf den

Rechtsweg verweisen, regelt sich die sachliche Zuständigkeit nach GVG §§ 23 I 2 d (doch ist die Regelung kraft Bundesrechts — GG Art. 31 — nicht ausschließlicher Art und kann es auch nicht kraft Landesrechts werden).

b) Ferner gehören dazu die Vorbescheide nach der Strandung O v. 17. 5. 1874 (RGBl. 73) § 33 (nach Vorbescheid § 38), § 39 I für Berge- und Hilfslohn (vgl. auch §§ 29 III, 30, 31, 36, 39), während die Strandung O sonst öffentliches Recht, das nicht auf dem ordentlichen Rechtsweg verfolgsbar ist, enthält.

c) Weiter sind zu nennen Hinterlegung O § 3 V, der nach verwaltungsrechtlichem Vorbescheid die Klage vor den ordentlichen Gerichten zuläßt;

d) PrABG § 157, der nach Vorbescheid die Klage des Bergwerkeigentümers gegen den Staat (Oberbergamt) auf Beseitigung des Aufhebungsbescheides gibt.

e) Auch im Beamtenrecht gibt es die Vorbescheide (vgl. die Landesbeamtengesetze, Kommentar GVG § 9 B).

f) Vorbescheide sind ferner nach dem G über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen §§ 5, 6 bzw. nach dem G über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft §§ 6 III, 9, 10 die gerichtlichen Beschlüsse.

g) Nach RVO § 906 darf die Genossenschaft gegen den Ersatzpflichtigen, der gegen die Mitteilung des Vorstandes die Vertreterversammlung (vgl. SelbstverwaltungG i. F. v. 13. 8. 1952 [BGBl. I 427], § 1 IV 3) angerufen hat, erst nach diesem Beschluß, und, wenn er die Versammlung nicht anruft, erst einen Monat nach der Mitteilung des Vorstandes wegen des Rückgriffsanspruchs klagen, wobei es die Vertreterversammlung in der Hand hat, sich den Klageweg zu eröffnen (nur der negativen Klagen wird hier nicht gedacht).

h) Vgl. auch BayAG ZPO und -KO Art. 2, wonach bei Ansprüchen gegen den Fiskus bei der nächst höheren Dienststelle um Abhilfe gebeten werden muß und die Klage erst nach dem abschlägigen Bescheid oder Zuwarten von sechs Wochen auf den Bescheid (Leonhard SJZ 47/661) erhoben werden darf.

i) Über das Vorbescheidverfahren im Finanzvertrag vgl. Kommentar GVG § 13 F III c 1.

j) Nur fakultativ sind die Vorbescheide nach Gew O § 51, nach Post G § 13.

k) Noch andere Bedeutung haben die **verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren**, soweit sie der Verwaltung das Recht einstweiliger Titel geben. Dahin gehört die vorläufig vollstreckbare Feststellung der Verwaltungstelle, daß ein dritter dem Unterstützungspflichtigen und — nach Mitteilung des Verbandes an ihn — diesem ersatzpflichtig ist (FürsorgepflichtVO § 23 II i. F. der NotVO v. 5. 6. 1931 — RGBl. I 279, 305; vgl. BayFürsorgeG i. F. v. 19. 1. 1953 — GVBl. 4 — Art. 24), wie der entsprechende Bescheid nach FürsorgepflichtVO § 25 c II in derselben Fassung (vgl. BayFürsorgeG Art. 25, HessFürsorgeG v. 18. 3. 1957 [GVBl. 31] §§ 19 folg.); denn diese Vorschriften dienen nur dazu, der Fürsorgestelle einen Titel zu verschaffen (vgl. im übrigen GVG § 13 F III b 1).

l) Über sonstige Vorbescheide vgl. Kommentar GVG §§ 13 K II d, H I c; 14 C I b 6.

m) Auch die Ablehnung der Anmeldestelle nach allgemeinem KriegsfolgenG § 29 ist Vorbescheid.

n) Das Entsprechende gilt für den Verwaltungsvorbescheid, der nach BLG § 587 durch Klage anfechtbar ist,

o) wie nach dem LandbeschaffungG v. 23. 2. 1957 (BGBl. I 134) § 59 I und

p) dem SchutzbereichG v. 11. 12. 1956 (BGBl. I 899) § 25 I,

q) wie dem BEG § 210.

G. Unter den **öffentlich-rechtlichen Ansprüchen** gibt es mehrere Gruppen, die rechtlich ungleichartig behandelt sind. Was dabei als öffentlich-rechtlicher Anspruch angesehen wird, ist der geschichtlichen Entwicklung zu entnehmen (vgl. GVG § 13 J I). Die erste dieser Gruppen sind die **Staatshoheitsakte**, welche in Gesetze, gerichtliche Entscheidungen (GVG § 13 B—D, F) und Verwaltungsakte untergliedert werden dürfen.

**G I.** Von welcher hohen Hand (Bund, Land, Kommune, öffentlich-rechtliche Körperschaft) der Verwaltungshoheitakt ausgeht, ist dabei grundsätzlich gleichgültig (RGZ 154/167 [178]). Über die interzonale und die internationale Abgrenzung der verwaltenden Staatsgewalt vgl. GVG § 13 B I. Die hohe Hand braucht aber nicht in Ausübung ihrer Hoheit zu handeln, sondern kann wie jede andere Rechtsperson tätig werden. Ein Anhalt dafür, daß sie hoheitlich tätig wird, ist im **Unterordnungsverhältnis** des Untertanen zu finden (RG JW 32/795<sup>16</sup>).

**G II.** Über die Verwaltungshoheitakte darf grundsätzlich von den ordentlichen Gerichten **nicht** entschieden werden, wenn sie ein rein gesetzlich begründetes Verhältnis der Unterwerfung unter die hohe Hand betreffen (RGZ 103/56 m. N.), sofern nicht der Rechtsweg besonders durch Gesetz geöffnet ist (RGZ 130/319 [327]) und sofern die Verwaltungsakte der hohen Hand von dem Staatsgebiet des Gerichtssitzes anerkannt werden.

**a)** Dies gilt sowohl dann, wenn ein **Verwaltungsakt vorgenommen** (vgl. LG MDR 48/80) wie wenn er **unterlassen** werden soll (RGZ 159/129 m. N., 162/181, 168/143 [151], im besonderen kann nicht auf Unterlassung mißbräuchlicher Amtsausübung bzw. Überschreitung der Amtsbefugnis geklagt werden (RG N GVG § 13/55). Verhindert werden darf so ein Hoheitsakt nicht (vgl. RGZ 154/144 [152]). Die Rechtsprechung hat hier eine Fülle von Einzelfällen entschieden, wonach der **Rechtsweg unzulässig** war: etwa bei der Klage gegen eine dienstliche **Auskunft** (RGZ 158/257), gegen eine dienstlich geäußerte **Behauptung** (BGH NJW 54/1486). Die **Finanzmaßnahmen** der öffentlichen Hand (Rechnungseinzug der Ärztekammer) sind auf dem Rechtsweg nicht nachprüfbar (RG v. 12. 11. 1941 III E 168/34). Über die des Bundes, der Länder vgl. GVG § 13 F III d, H II, über die der Gemeinden vgl. GVG § 13 H II c, M I, über die der Kirchen vgl. GVG § 13 M II. Über das **Kassenarztrecht** entscheiden die Sozialgerichte nach SGG § 51 II. Ein **Minister** kann nicht durch Klage vor den ordentlichen Gerichten dazu gezwungen werden, eine Anordnung zurückzunehmen: RGZ 147/255. Die Klage um die **Namensführung** gegen eine zur Überwachung dafür berufene Behörde dahin, eine Verfügung aufzuheben, ist vor den ordentlichen Gerichten unzulässig (RG JW 19/309<sup>11</sup>), andere Störungen der Namensführung sind nach BGB § 12 auch gegen die öffentliche Hand auf dem Rechtsweg verfolgbar (RGZ 147/253). Auch ist der Rechtsweg zulässig, wenn gegen jemand auf Ablegung des Familiennamens geklagt wird (RG JW 04/53<sup>3</sup>) oder wenn die Mitgliedschaft zu einer Familie festgestellt werden soll (RG N GVG § 13/104). Der Eingriff in die **polizeilichen Hoheitsakte** wurde verwehrt sowohl in Polizeiverordnungen (RGZ 144/253) wie in einzelne Verwaltungsakte, etwa bei der Klage auf Entfernung einer Beleuchtung auf einem (öffentlichen) Wege, die durch die Polizei angeordnet war (RG N GVG § 13/2); bei der Klage, durch die in Baugenehmigungen eingegriffen werden sollte (vgl. RGZ 46/301), bei Maßnahmen der Theaterpolizei (RGZ 88/405), der Wasserpolizei (RG N GVG § 13/493), der Wegepolizei (RG N GVG § 13/127). Auch wohnungspolizeiliche Maßnahmen gehören nicht vor die ordentlichen Gerichte (vgl. § 885 A I a). Auch wenn eine Behörde von ihrem Hausrecht Gebrauch macht, ist nur der Verwaltungsrechtsweg gegeben (OVG Berlin DÖV 53/61). Über das gerichtliche Hausrecht vgl. GVG §§ 175 folg. Unzulässig war die Klage einer Handelsgesellschaft auf **Abberufung** des Vorstandes und Aufsichtsrats, die auf Grund einer von der Besatzungsmacht erteilten Ermächtigung von der zuständigen öffentlichen Verwaltungsstelle eingesetzt waren (KG JR 47/23).

**b)** Die Klage auf **Gestaltung** von durch den Hoheitsakt geschaffenen Vorgängen ist ebenfalls unzulässig; doch muß es sich dabei um unmittelbare Eingriffe handeln (nicht um bloßen Schadensersatz in Geld, dazu vgl. GVG § 13 K).

**c)** Die **Feststellung**, daß ein Verwaltungshoheitakt unzulässig ist, darf nicht auf dem ordentlichen Rechtsweg gegeben werden (vgl. GVG § 13 A IV b; RGZ 130/291), und zwar selbst dann nicht — und auch nicht durch Zwischenfeststellungsklage (§ 280) —, wenn der Staatshoheitsakt nichtig ist.

**G III.** Vom Standpunkt der ordentlichen Gerichte aus kann der **nichtige Verwaltungsakt** nicht gelten. Im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten wird deshalb grundsätzlich (vgl. aber die Ausnahme nach Finanzvertrag Art. 8 XVII, GVG § 13 F III e) geprüft, ob der Hoheitsakt formal wirksam erlassen worden ist, von wann ab er wirkt und bis wann (im besonderen bei späteren aufschiebenden Hoheitsakten bzw. der vorgesetzten Behörde) und ob er nichtig ist.

a) Nichtig ist der Verwaltungsakt, wenn sein Inhalt rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist oder wenn die Verwaltungsbehörde weder funktionell noch sachlich zuständig ist (OLG Kiel DVBl. 49/106, vgl. auch RG HRR 28/465). BGHZ 1/146 (150) hat dies schon angenommen, wenn einem nicht Berufenen eine Blankoverfügung zur Ausfüllung übergeben war. Doch darf man im Verwaltungsrecht nicht übersehen, daß Delegationen in weitem Umfange üblich sind und daß es die scharfe Trennung zwischen einzelnen Funktionen, wie etwa die bei der Berufung zum Richter im Verhältnis zu der als Rechtspfleger im Verwaltungsrecht nicht besteht. Relative Unzuständigkeit führt (jedenfalls regelmäßig) nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts. Aber auch, wenn in ein anderes Hoheitsgebiet eingegriffen wird, also wenn etwa die DDR auf das Gebiet der BRD übergreifen wollte oder auch, wenn innerhalb der BRD ein Land über seine Grenze hinaus verwalten wollte, ist der Akt unwirksam für das andere Gebiet, was auch für Gemeinden gilt. Ist der Staatshoheitsakt nichtig, so ist der Rechtsweg zulässig; ist er wirksam, so ist die Klage unzulässig (a. M. OGH NJW 50/784: unbegründet). Nichtigkeitsgründe sind danach die folgenden:

a 1. Die Verwaltungsakte müssen sich im Rahmen der Gesetze halten, also formell gültig sein. Geprüft wird dabei nur, ob sie in abstracto ergehen durften, nicht ob sie in concreto erforderlich oder gar zweckmäßig waren. Ein Verwaltungsakt, der sich nicht in dem ihm gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen hält, ist nichtig (BGHZ 1/146 [148]), wozu im besonderen die Zustellungsvorschriften gerechnet werden (BGH MDR 52/93), die etwa gegenüber Beamten zu wahren sind, während eine sonstige Anordnung formlos widerrufen werden darf: BGH NJW 51/715.

a 2. Auch wenn es um die Abgrenzung des Verwaltungsakts, um seinen Inhalt und seine Grenzen geht, sollte man den Rechtsweg zulassen, indes nur, wenn tatsächlich ein Grenzstreit vorliegt; nicht wenn der Inhalt als solcher unstrittig ist (a. M. RGZ 59/5, 99/41). Ferner ließ RGZ 70/395 die Nachprüfung auf dem Rechtsweg durch die Klage nicht zu, welche die Freiheit der Gewerbeausübung gegenüber Postgesetz § 3 festgestellt wissen wollte, weil die Gewerbebetriebsbeschränkung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörte. Die Auslegung eines Staatshoheitsaktes ist Sache des ordentlichen Gerichts (auch noch unbeschränkt in der Revisionsinstanz: BGH v. 20. 1. 1951 III ZR 20/50). Ferner wird geprüft, ob der Staatshoheitsakt noch besteht bzw. ob er widerrufen oder aufgehoben worden ist (RGZ 102/246 [250]), wobei der Widerruf selbst wieder formal wirksam sein muß, denn auch der (selbst anfechtbare) widerrufenene Staatshoheitsakt ist es. Entscheidungen der Verwaltung im Einspruch- und Beschwerdeverfahren binden die ordentlichen Gerichte nur, wenn diese Verfahren (in Begründung eines neuen Verwaltungsaktes) gesetzlich zulässig waren (RGZ 164/226 [234]). Auch der aufgehobene Staatshoheitsakt vermag aber inzwischen anderweit begründete Rechte dritter nicht zu beseitigen, selbst wenn durch den aufgehobenen diese Begründung erst möglich war (BGH NJW 51/359).

a 3. Unter den bloß anfechtbaren Verwaltungsakten sind zwei Gruppen zu unterscheiden, die, welche, auch wenn sie noch nicht beseitigt sind, als unwirksam zu behandeln sind, und die, welche bis zu ihrer Beseitigung wirken (GVG § 13 G III b). Die Grenzen sollte man entsprechend denen, die gegenüber anfechtbaren Gesetzen bestehen, ziehen. Nach der Rechtsprechung sind die auf reiner Willkür beruhenden Verwaltungsakte als unwirksam angesehen worden, also Verstöße gegen das pflichtgemäße Ermessen (BGHZ 2/315 [319]); auch bei Widerruf von Verwaltungsakten (BGHZ 1/223); im besonderen wenn allein die Rechte einzelner berücksichtigt werden (RGZ 130/290 m. N.; BGH NJW 51/715 für den Fall der willkürlichen Entziehung eines Beschäftigungsauftrages). Doch schwankt hier die Rechtsprechung an den Grenzen. BGH NJW 51/957 hat entschieden, daß nur dann ein Verwaltungsakt wegen Willkür nichtig sei, wenn er sich durch keine sachlichen Erwägungen rechtfertigen lasse.

a 4. Unwirksam sind Verwaltungsakte, die von Tatbeständen ausgehen und sich auf sie ausschließlich beziehen, die nicht (mehr) bestehen, wie wenn eine Genehmigung nach MilRegG 52, 53 verweigert wird, während der Betreffende nicht mehr gesperrt ist (a. M. BGH NJW 52/469); entsprechend wirkt die vormundschaftsgerichtlich erteilte Genehmigung nicht, die nach Mündigkeit des Mündels gegeben wird.

**a 5.** Dagegen ist der Staatshoheitsakt wirksam, auch wenn die Behörde sich über den Sachverhalt getäuscht hat (RGZ 93/138) oder ihn in sonst zu mißbilligendem Sinn beurteilt hat (RGZ 158/257). Diese Rechtsprechung geht jedenfalls über das zu GVG § 13 G II c Ausgeführte hinaus und OLG Hamm DV 48/66 wollte deshalb durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sie abgeschwächt wissen (vgl. dagegen BGHZ 1/147 [148] und auch Kommentar § 1 B I b3).

**b)** Sonstige Gründe vernichten den Verwaltungsakt nicht.

**b 1.** Soweit ein Staatshoheitsakt als solcher besteht, darf von den ordentlichen Gerichten deshalb seine Rechtmäßigkeit (grundsätzlich) nicht nachgeprüft werden (RGZ 168/134). Dies gilt im besonderen dann, wenn er nicht nichtig, aber vor den Verwaltungsgerichten noch anfechtbar ist (vgl. GVG § 13 G III a 4). Gültige anfechtbare Verwaltungsakte sind u. a. die, wo die Verwaltungsbehörde nur örtlich unzuständig war (RGZ 102/251, in einem Fall, wo ein anderweit belegenes Grundstück oder ein öffentliches Gewässer außerhalb des Bereiches der Behörde desselben Landes betroffen wurde). Dasselbe gilt, wenn die Verwaltungsbehörde zwar sachlich unzuständig ist, ihr Handeln aber gesetzlich gedeckt war (GVG § 13 G III a). Anders ist dies bei Überschneidung der staatlichen Hoheitsgebiete (vgl. GVG § 13 A). Auch wenn eine Behörde ein Gesetz inhaltlich unrichtig auslegt oder anwendet, nimmt die h. M. einen gültigen, nur durch Anfechtung zu beseitigenden Verwaltungsakt an (OLG MDR 49/442 folg., 50/686).

**c)** Unter den Voraussetzungen des **GG Art. 19 IV** ist allerdings der Rechtsweg offen. Die Bestimmung ist von nur geringer praktischer Bedeutung.

**G IV. Hoheitsakte** gehen in die private Sphäre, aber diese wirkt auch auf sie zurück. Dadurch ergeben sich schon bei ihrer Bildung, wenn sie auf die private Sphäre gerichtet sind wie bei ihrer Existenz in ihr, Besonderheiten.

**a)** Auf rein hoheitliches Handeln gibt es — dem Prinzip nach — **keinen Anspruch**, bei der betroffenen Sphäre einzelner indes regelmäßig öffentlich-rechtliche und, wenn auch selten, solche, die auf dem Rechtsweg verfolgbar sind. Zu den letzten beiden Gruppen gehören die Verleihungen und die Versagungen. Bei den Verleihungen begibt sich z. T. der Staat sogar seiner Hoheitsrechte, indem er sie Privaten zur freien Verfügung überläßt. Auf die Verleihung als solche kann je nach ihrer Art ein öffentlich-rechtlicher Anspruch bestehen oder aber sie kann in das Ermessen des Staates gestellt sein. Im letzten Fall ist der Gerichtsweg stets verschlossen. Aber auch im ersten Fall ist er es regelmäßig. Wann ein öffentlich-rechtlicher Anspruch besteht, muß sich aus dem Gesetz ergeben. Ein Privileg liegt aber nicht vor, wenn jemand ein Recht erlangt, falls er in einen bestimmten Bezirk zieht, und es wieder verliert, wenn er ihn verläßt (RGZ 87/199).

**a 1.** Bei Apotheken wird das Privileg auf dem Verwaltungsweg übertragen. Für die Frage, ob ein Apothekerprivileg besteht, ist der Rechtsweg gegen den Staat zulässig (RGZ 15/138 für PrRecht). Ist es erteilt, so ist der Rechtsweg für die Klage auf Unterlassung der Ausübung der Apothekerkonzession unzulässig, wenn es nur auf die Rechtmäßigkeit der Konzession ankommt (OLG Hamm DRZ 48/140), weil sie nicht gegen den Staatshoheitsakt als solchen zulässig ist.

**a 2.** Im Bergrecht besteht das Recht des Muters auf die Verleihung. Wird indes um den Vorrang mehrerer Muter gestritten, so ist darüber vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden (PrABG § 23, BayBergG Art. 34, ferner Art. 38 II); im übrigen steht nur der Verwaltungsweg offen.

**a 3.** Einen besonderen Fall der Verleihung regelt GewO §§ 16—25. Um eine solche Verleihung zu erreichen, ist nur der Verwaltungsweg offen, desgleichen gegen die Versagung (GewO § 27). Eine Entrechtung (i. S. des GG Art. 14) dessen, der die Anlage errichten will, liegt nicht vor, weil sie sonst von den Nachbarn nach BGB § 1004 verhindert werden könnte. Soweit die öffentliche Hand Anlagen nach GewO § 26 genehmigt hat, darf nicht auf Einstellung ihres Betriebs geklagt werden (wohl aber, solange die Genehmigung nicht erteilt ist und selbst, wenn das Genehmigungsverfahren noch schwebt; RG N GVG § 13/118). Soweit das

Recht zu entrichten verliehen wird (vgl. etwa BundesbahnG § 77), bleibt es regelmäßig öffentlich-rechtlicher Art. Auf seine Erteilung wie seinen Entzug wie seine Benutzung entsteht kein vor den ordentlichen Gerichten verfolgbarer Anspruch.

a 4. Dies gilt auch für die sonstigen Regalien, wie die Rechte aus Flößerei-, Fähr- und Mühlengerechtigkeiten, soweit sie noch bestehen.

a 5. Als Gegenstück besteht die **öffentliche Versagung**, wie sie etwa GewO § 51 vorschreibt. Wegen dieser ist der Verwaltungsweg gegeben; für Entschädigungen wegen Entrechtung dagegen der vor den ordentlichen Gerichten.

b) Der Hoheitsakt wirkt in der privaten Sphäre **unterschiedlich**, je nachdem er selbständig ist oder einen privaten Akt begleitet.

b 1. Der nur begleitende Hoheitsakt setzt Privatrechtsgeschäfte voraus, auf die er sich bezieht. Die sich aus diesem ergebenden Ansprüche gehören auf den Rechtsweg. Dahin gehören die behördlichen Preisregelungen, aus denen die Folgerungen aber auf dem Rechtsweg zu ziehen sind (etwa bei der Kaufpreisklage). Eine Stadt, auf deren Bürgersteig ein Gastwirt Stühle und Tische aufstellte, durfte deshalb vor den ordentlichen Gerichten auf Unterlassung klagen, obwohl die Polizei aus verkehrstechnischen Gründen keine Bedenken dagegen geäußert hatte (RG N GVG § 13/17). Dementsprechend darf die Stadt, welche Obdachlose aufgenommen hatte, auf dem Rechtsweg klagen, ihr lästige Besucher fernzuhalten (a. M. LG Duisburg NJW 51/320). Vgl. auch GVG § 13 G IV c.

b 2. Bildet der Staatshoheitsakt nur die Grundlage und den Anlaß zivilrechtlicher Vereinbarungen, im besonderen wenn er wie ein relatives Veräußerungsverbot wirkt (vgl. BGB § 136), etwa bei Beschlagnahmen, wenn zwischen Berechtigten und Verpflichteten freie Vereinbarungen getroffen wurden, so ist der Rechtsweg zulässig (RGZ 167/281 folg.). Aber auch wenn der Hoheitsakt ein bestimmtes Rechtsverhältnis anordnete (etwa die Gebrauchsüberlassung), blieb den Parteien das Recht, ihn inhaltlich ausfüllende Vereinbarungen zu treffen bzw. ihr Verhältnis für den Fall, daß er entfällt, zu regeln (BGH MDR 52/98), während in der reinen Entgegennahme der Nutzungsentschädigung noch keine privatrechtliche Vereinbarung zu finden war. Bei der Eigentumsübertragung ist aber der Hoheitsakt als solcher vollzogen, wenn auch der OGH MDR 49/551 m. N. trotz der Vollziehung unter dem Gesichtswinkel der Nichtigkeit (Anfechtbarkeit wegen Willkür) die Klage auf dem Rechtsweg gegen den Begünstigten zuließ.

c) Der Inhalt des Staatshoheitsakts wird (regelmäßig) durch die allgemeine Gesetzesordnung **eingeschränkt**.

c 1. So darf die Anbringung von Schutzeinrichtungen auf dem Rechtsweg gefordert werden, wo die Abwehrklage (BGB § 1004) infolge des Hoheitaktes unzulässig war (RGZ 170/43, GewO § 26 in entsprechender Anwendung: RG JW 38/2969<sup>28</sup> in bezug auf die Auswirkungen eines Eisenbahnunternehmens; RGZ 1959/129 in bezug auf die Autobahn). Aber auch hier gibt es gesetzlich normierte Fälle, in denen nur Schadenersatz gefordert werden kann, wie etwa nach dem G über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volkserziehung bzw. für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind.

c 2. Indes darf nichts gefordert werden, was der Durchführung des Hoheitsaktes als solchem zuwiderläuft bzw. ihn inhaltlich einschränkt, obwohl er uneingeschränkt gilt (RGZ 62/132, wo gefordert wurde, daß eine Omnibusstrecke, deren Betrieb genehmigt war, auf den Betrieb mit eingeschossigen Omnibussen beschränkt werde).

d) Soweit sich aus Hoheitsakten öffentlich-rechtliche Ansprüche ergeben, etwa ein **Gemeingebrauch** oder eine Besteuerung, so ist für diese gesondert zu prüfen, ob der Rechtsweg wegen ihrer Natur zulässig ist; aber auch sie richten sich nicht gegen den Bestand des Hoheitsaktes.

**H.** Unter den Kreis der öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse mit **aufgeteilter Gerichtsbarkeit** nach den verschiedenen Ansprüchen gehören die folgenden:

**H I.** das **Beamtenrecht**, soweit noch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet ist, im besonderen für Richter für vermögensrechtliche Ansprüche (GVG § 9). Für

Rechtsverhältnisse, die nur an eine Beamtenstellung anknüpfen, wie die anlässlich der Zuweisung beamteneigener Kraftfahrzeuge, ist aber stets der Rechtsweg zulässig (BGH NJW 57/1402). Aber auch soweit überhaupt noch der Rechtsweg für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gegen den Staat offen ist, ist er es nicht (und nicht gewesen), soweit es um den **Staatshoheitsakt der Anstellung** der Beamten geht (bei dem nur die gewährte Form, der Verstoß gegen die Gesetze — etwa die Berufung eines Nichtrichterfähigen zum Berufsrichter — die offenbare Willkür, soweit sie also kein Ermessen rechtfertigt, nachprüfbar ist, vgl. dazu RGZ 83/429). Entsprechend ist auch die **Abberufung** aus dem Beamtenverhältnis von den ordentlichen Gerichten **nicht nachprüfbar** (RGZ 108/345). Über die Folgen nicht innegehaltener vertraglicher Zusicherungen vgl. Kommentar GVG § 13 K III c 2, über die von Amtspflichtverletzungen vgl. GVG § 13 K III d.

e) Streitet der Staat **mit dritten** um Lasten für seine Angestellten, Arbeiter und Beamten, so ist für solche Rechtsverhältnisse der Gerichtsweg offen, etwa bei dem Streit einer Gemeinde mit ihrer Ruhegehaltskasse (RG N GVG § 13 /453), bei dem einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft mit dem Land auf Erstattung von Versicherungsbeiträgen (RGZ 159/141).

f) Umgekehrt ist für die **Ansprüche der öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegen den Beamten** i. S. des Beamtenrechts (gegen Angestellte und Arbeiter ist er unbeschränkt zulässig) der ordentliche Gerichtsweg nur in vermögensrechtlichen Streitigkeiten geöffnet. Sonstige Ansprüche gegen den Beamten i. S. des Beamtenrechts können nur disziplinarisch durchgesetzt bzw. geahndet werden. Gegenüber Arbeitern und Angestellten sind die Arbeitsgerichte zuständig (OLG ZPP 68/78).

f 1. Die vermögensrechtlichen Ansprüche (vgl. § 2 A I b) des Staates (der öffentlich-rechtlichen Körperschaften) **gegen Beamte** auf Erstattung von Fehlbeständen einschließlich der Ansprüche gegen die Bürgermeister, Ratsmitglieder u. Gemeindebediensteten nach den Gemeindeordnungen gehören ebenfalls nach dem Erlaß des Erstattungsbeschlusses, einem vollstreckbaren Vorbescheid, vor die ordentlichen Gerichte (GG Art. 34 I 3; in unmittelbarer wie entsprechender Anwendung; vgl. BGH v. 11. 7. 1955 III ZR 263/53; mit Ausnahme der Zwangsvollstreckungen aus dem Erstattungsbeschuß, die grundsätzlich dem Verwaltungsverfahren unterliegen, im Geschäftsbereich der Finanzverwaltung aber nach der VO v. 17. 12. 1937 — RGBI. I 1388 — den Regeln der AbgabenO). ErstattungG § 13, das die Möglichkeit vorsah, den Verwaltungsweg zu eröffnen, ist durch GG Art. 34 überholt (abweichend in der Begründung, nicht aber im Ergebnis, die, welche die Bestimmung entsprechend der Vorschrift über die Zuständigkeit der Gerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Beamten behandeln — vgl. GVG § 13 H I —: BGHZ 18/117). HessBeamtenG § 138 will allerdings diese Verfahren auf den Verwaltungsgerichtsweg verweisen, doch sollte man darin einen Verstoß gegen GG Art. 34 I 3, 31 sehen (insoweit a. M. ohne sich über das Problem auszusprechen: HessVGH NJW 55/1755).

f 2. Der Begriff des Beamten folgt aber hier nicht dem öffentlichen Recht, sondern knüpft an den des **Hoheitsträgers** i. S. des GG Art. 34 an (ErstattungG § 1). Die Regelung bezieht sich z. Z. auf den Bund und seine öffentlich-rechtlichen Körperschaften, soweit nicht diese eine Sonderregelung erlassen. Ansprüche gegen Arbeiter und Angestellte gehören dabei aber vor die Arbeitsgerichte (ArbGG § 2; für Bay.: BayVGH JR 55/312 = AP ArbGG § 2/6).

**H II. Das Staatsfinanzrecht** ist grundsätzlich dem Rechtsweg entzogen.

a) Dies gilt für die vom **Abgaben-(Steuer-)schuldner** zu leistenden Abgaben nach AbgabenO § 242.

a 1. Auch andere konkurrierende Klagegründe werden von dem Ausschluß ausgeschlossen, im besonderen, wenn die öffentliche Hand auf Zahlung eines Betrages, gestützt auf unerlaubte Handlung (BGB §§ 823, 826) gegen den Steuerschuldner klagt oder gegen ihn wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorgeht (RGZ 83/304). Dies gilt selbst dann, wenn die Beteiligten über den öffentlich-rechtlichen Anspruch Vereinbarungen getroffen haben (RGZ JW 37/2306<sup>29</sup>). Selbst für Vergleiche im Steuerverfahren ist der Rechtsweg unzulässig (RGZ 147/280 [284] beiläufig) und auch, wenn nur die Wirksamkeit der Abtretung eines solchen Anspruchs an einen dritten streitig ist (RG JW 36/2712<sup>12</sup>).

**a 2.** Auch über Nebenfolgen eines Steueranspruchs darf nicht vor den ordentlichen Gerichten entschieden werden, also über die Verzinsung (RGZ 87/120).

**a 3.** Dies gilt auch zu Lasten des Steuerschuldners für den Erstattungsanspruch (vgl. jetzt AbgabenO §§ 242 I 2, 150—159). Dies gilt auch für konkurrierende Klagegründe, also selbst wenn der Rückforderungsanspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird (RGZ 129/96f.) oder auf unerlaubte Handlung (RGZ 103/131 [134] m. N.; über Amtspflichtverletzungsansprüche vgl. GVG § 13 K III d). Auch Einwendungen, etwa ob eine Zahlung gutgebracht worden ist (RGZ 140/84), werden nur im Steuerverfahren entschieden, aber (nach der hier vertretenen Auffassung) nicht über die Aufrechnung einer Forderung, die vor die ordentlichen Gerichte gehört, von einer unstreitigen Aufrechnung abgesehen (vgl. GVG § 13 J II b 2).

**a 4. B. i nichtigem Steuerakt** ist dagegen der Rechtsweg offen, etwa wenn die Besteuerungsgrundlage nichtig ist (RGZ 105/35).

**a 5.** Allerdings sind **privatrechtliche Abmachungen** auch über Abgabeschulden insoweit möglich, wie ihre dingliche oder persönliche Sicherung vereinbart werden kann. Für Sicherungsverträge der Steuer mit dem Steuerschuldner ist der Rechtsweg nach RGZ 127/337 offen, im besonderen, wenn der Steuerschuldner eine Hypothek bestellt und dann auf ihre Löschung mit der Begründung klagt, die Steuerschuld bestehe nicht (RGZ 129/95). Dies gilt erst recht, wenn ein dritter durch Vertrag die Steuerschuld übernommen hat, soweit gegen oder durch ihn vorgegangen wird (RGZ 129/95) oder wenn ein dritter sich dem Staat gegenüber verpflichtet hat, die Steuerschuld eines anderen zu bezahlen (AbgabenO § 120 II); dies gilt auch bei Sicherungsübereignungen dritter (RG Stuw 30/699) und auch für den Rückgriffsanspruch des Zollbürgen (BGB § 774, RGZ 135/25) oder dessen, der ein Pfandrecht abgelöst hat (BGB §§ 268, 1249, 1257, RG HRR 35/1069), wie überhaupt, wenn ein Streit zwischen Staat und dritten über die Rangfolge eines Pfandrechts (RFH Stuw 30/1314) oder bei Vorrechten im Konkurs entsteht (RGZ 116/369, KO § 61 I 2). Deshalb wird auch ein Vertrag, durch den sich eine Gemeinde verpflichtet hatte, den Steuerschuldner wegen der Abgabepflicht schadlos zu halten, und zwar wo die Gemeinde selbst steuerberechtigt war (RGZ 82/327), der Rechtsweg für zulässig erachtet. Auch ist, wenn unter den Parteien streitig ist, wer von ihnen die Steuerlast zu tragen hat, der Rechtsweg zulässig (RG N GVG § 13/208).

**a 6.** Öffentliche Lasten, die im Zwangsversteigerungsverfahren geltend gemacht werden, sind ihrem Bestande nach vom Schuldner-Eigentümer nicht angreifbar (RG N GVG § 13/159); für sie ist der Rechtsweg verschlossen; dies gilt aber auch für dritte (RG N GVG § 13/38), soweit sie sich im bevorrechtigten Rahmen des ZVG § 10 I 3 halten. Wird allerdings auf eine Zeit zurückgegriffen, die diesen Vorrang nicht hat, so ist der Rechtsweg zur Entscheidung darüber offen (RG N GVG § 13/137).

**a 7.** Für Klagen auf Rückzahlung von Steuern, deren Begleichung vom Konkursverwalter angefochten worden ist, war der Rechtsweg zulässig (OLG MDR 50/356). Dies wird auch für eine Gläubigeranfechtung gelten.

**a 8.** Zur Feststellung des Konkursvorrechts der Abgaben nach KO § 61 I 2 ist der Rechtsweg zulässig (BGH NJW 53/1785).

**b)** Der Rechtsweg ist nicht zulässig für **Beiträge** usw. für öffentlich-rechtliche Körperschaften, wenn die AbgabenO für anwendbar erklärt worden ist oder wenn PrKommunalabgabenO § 70 anzuwenden ist. Dahin gehören Schulgeld, Schullasten (vgl. aber GVG § 13 H II b 2), Kurtaxen (RGZ 121/237), Marktgebühren (vgl. RGZ 160/216 m. N.), Brückengelder (RG N GVG § 13/463), Handelskammerbeiträge, Kirchensteuern.

**b 2.** Gelten aber für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht das Recht der AbgabenO bzw. entsprechende Normen, so bleibt es dabei, daß **Beiträge** auf dem **Zivilrechtsweg** geltend zu machen sind (RGZ 142/165), wie dies auch sonst bei privatrechtlichen Abmachungen über öffentliche Abgaben der Fall ist (RG Warn. 34/66). In solchen Fällen ist auch das Rückzahlungsbegehren dem ordentlichen Rechtsweg unterworfen. Für den Vergleich (vgl. aber GVG § 13 L III a) zweier Gemeinden über Schullasten wurde der Klageweg für zulässig erklärt (RGZ 79/197), ebenso wenn der Staat der Gemeinde durch Vertrag Zuschüsse zur Lehrer-

besoldung verspricht und darin die Stellenbesetzung geregelt wird, ist der Rechtsweg zulässig (RG JW 28/3246<sup>15</sup>), wenn aus diesem Vertrag, der eine privatrechtliche Regelung öffentlich-rechtlicher Beziehungen darstellt, geklagt wird. Anders ist dies aber, wenn ein Zweckverband gebildet worden ist (vgl. GVG § 13 F III a 4).

c) Die Verträge aus dem **Finanzausgleich- und Zerlegungsrecht** (vgl. GVG § 13 F III d) sind dem Rechtsweg entzogen.

c 1. Doch hat im Gegensatz hierzu BGH DVBl. 53/118 den Rechtsweg bei dem Streit zweier Gemeinden um Zerlegungsverträge noch für zulässig gehalten. Der Satz, daß wenn Abgaben aus altem Recht weitergezahlt werden, sie dann zu einem privatrechtlichen Titel werden, wenn der öffentliche Grund in Jahrhunderten dem Bewußtsein entschunden ist (so RG Warn. 28/16), wird nicht mehr aufrechtzuerhalten sein.

J. Gibt es **keine besondere gesetzliche Zuweisung**, so gehören nach GVG § 13 die bürgerlich-rechtlichen Streite vor die ordentlichen Zivilgerichte.

J I. Was ein **bürgerlich-rechtlicher Streit** ist, wird gewohnheitsrechtlich nach dem entschieden, was z. Z. des Erlasses des GVG (1877) als solcher angesehen wurde. Der Rechtsweg ist also geöffnet für Ansprüche, über die nach damaliger Anschauung die ordentlichen Zivilgerichte zu entscheiden hatten (RGZ 125/216 [223]), selbst wenn nach heutiger Betrachtung ein öffentlich-rechtlicher Anspruch vorliegt (RGZ 112/222 m. N., 166/218 [228, 231]); denn diese Zuständigkeit (i. w. S.) darf nicht nachträglich (ohne besondere Gesetzesänderung) in Wegfall gebracht werden.

a) Da die Ordnung des außerprozessualen Anspruchs nicht schlechthin Aufgabe des Bundesgesetzgebers ist und allein nach dem außerprozessualen Anspruch die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden ist, ist die **Landesgesetzgebung** in ihrem Bereich nicht gehindert, bürgerliche Streite an Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu verweisen (RG JW 37/224), soweit nicht sonst die abschließende Regelung der Bundesgesetzgebung oder ihre ausschließliche Zuständigkeit dem entgegensteht (GG Art. 31, 72 folg.); im besonderen verstößt die Landesgesetzgebung damit nicht gegen EG GVG § 4.

b) Die h. M. sieht das Wesen des bürgerlichen Streits in der Gleichordnung der Beteiligten (RGZ 153/4, 166/218 [226], 167/284), das des öffentlich-rechtlichen in dem Untertanenverhältnis (RGZ 156/189); wer aber etwas vor den Gerichten beanspruchen darf, ist stets gleichgeordnet. Auch gibt es „Vereinbarungen“ wirtschaftlicher Unternehmungen mit dem Staat (Finanzämtern) auf Zubilligung von Spensätzen, damit sich jene bereit finden, im Bezirk eines Landes einen Betrieb zu eröffnen, also kraft Wirtschaftsgewalt gegen das Staatshoheitsrecht, wo m. a. W. der Staat sich dem Unternehmen unterordnet, ohne daß an der öffentlich-rechtlichen Natur der Abmachungen zu zweifeln wäre.

**J II.** Für die bürgerlich-rechtliche Zuweisung an die Zivilgerichte gilt folgendes:

a) bei der Beurteilung der Frage, ob ein vor die ordentlichen Gerichte gehörender Streit vorliegt, ist zunächst **von der Klage** (dem Klageanspruch mit seiner Begründung) auszugehen.

a 1. Ist die Klage schlüssig und ergibt sich aus ihr, daß ein Anspruch geltend gemacht wird, für den der Rechtsweg verschlossen ist, so ist sie unzulässig. Insoweit kann es nicht darauf ankommen, ob der Anspruch noch begründet wäre, wenn er geprüft werden könnte.

a 2. Auf die reine Schlüssigkeit der Klage kommt es auch insoweit nur an, wenn der Streit der Parteien nur darum geht, ob mit ihr ein bürgerlich-rechtlicher oder ein Anspruch geltend gemacht wird, für den der Rechtsweg verschlossen ist, m. a. W. wenn der begründete Anspruch vor den ordentlichen Gerichten zugesprochen werden müßte (RGZ 157/106 [115] m. N., 162/230, 167/315). Maßgeblich ist insoweit nur das **tatsächliche Klage vorbringen** (RGZ 157/108 [115], 153/4, 167/315). Es kommt also auf die Rechtsansicht der Parteien über den Charakter des Anspruchs nicht an, weder auf die des Klägers (RGZ 162/233) noch die des Beklagten (RARBG JW 36/2180<sup>78</sup>). Beansprucht der Kläger aus einem öffentlich-rechtlichen Klagegrund etwas, so muß er nach RG N GVG § 13/163 die Umstände darlegen, weshalb der Anspruch vor den ordentlichen Gerichten verfolgbar ist, aber nur die tatsächlichen (iura novit curia). Bei Schadensersatzansprüchen gegen den Staat muß deshalb dargelegt werden, daß der

Kläger, wenn er ihn aus dem öffentlich-rechtlichen Grunde der Aufopferung (Einl. z. ALR § 75) oder aus Amtspflichtverletzung (GG Art. 34) herleitet, durch eine Amtshandlung (oder Unterlassung) zu dem von ihm ersetzt verlangten Schaden gekommen ist (RGZ 130/321 m. N.). Die Behauptung des Schadens und des Hoheitsaktes, durch den er eingetreten ist, sollte aber genügen, mag auch noch der Tatbestand der Aufopferung oder der **schuldhaften Amtspflichtverletzung** zur Verurteilung hinzutreten müssen.

**a 3.** Ist der Klageanspruch nicht schlüssig begründet, so ist die Klage grundsätzlich unbegründet (nicht unzulässig). Bei einer nicht schlüssigen Klage ist allerdings die Klagebegründung unvollständig, so daß es darauf ankommt, ob ihre an sich mögliche Vervollständigung einen Klagegrund abgeben würde, über den die ordentlichen Gerichte entscheiden dürfen; ist indes nur eine Ergänzung denkmöglich, die einen öffentlichen Anspruch begründet, für den der Rechtsweg verschlossen ist, dann ist die Klage unzulässig, weil schon die Schlüssigkeitsprüfung nicht zur Zuständigkeit (i. w. S.) der ordentlichen Gerichte gehört. Zur Klageabweisung einer nicht schlüssigen Klage als unzulässig gehört dann aber die Begründung, daß das ordentliche Gericht nicht zuständig sein kann, wenn die (zu ergänzende) Klage schlüssig wäre. Vor einer solchen Abweisung wird indes nach § 139 aufzuklären sein. Ist es zweifelhaft, ob der Anspruch auf einen zugelassenen oder einen nicht zugelassenen Klagegrund gestützt werden kann, so muß vom ordentlichen Gericht sachlich entschieden werden (RGZ 51/316).

**a 4.** Wird die Klage auf mehrere Klagegründe gestützt und ist einer von ihnen bürgerlich-rechtlich, so ist über ihn sachlich zu entscheiden, sofern der Klage stattgegeben werden muß. Ist dieser Klagegrund nicht begründet, wohl aber einer, über den nicht auf dem Rechtsweg zu entscheiden wäre, so ist der Rechtsstreit, soweit Verweisungsrecht besteht, zu verweisen (vgl. § 276 A, aber auch Kommentar § 276 B III a 2), womit dann das angewiesene Gericht selbst dann auch über den bürgerlich-rechtlichen zu entscheiden hat, wenn es sonst nicht für seine Entscheidung zuständig wäre. Nur wenn es ohne Rücksicht auf die Verweismöglichkeit entscheiden müßte, muß die Klage als unbegründet abgewiesen werden, was dann ihre Erneuerung wegen der sonstigen Klagegründe nicht hindern würde (im besonderen wenn etwa dafür das verwaltungsbehördliche Verfahren zu beschreiten ist).

**a 5.** Ist das ordentliche Gericht angewiesenes Gericht (vgl. BVerwaltungsGG § 81, SGG § 52 usw.), so entscheidet es auch dann selbst über öffentlich-rechtliche Klagegründe, wenn es sonst über sie nicht entscheiden dürfte.

**b 2.** Macht der Beklagte einwand- oder einredeweise einen selbständigen Gegenanspruch geltend, welcher der Beurteilung des ordentlichen Gerichts entzogen ist, so ist, wenn er sich auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts bezieht (BGB § 273), nur der rechtliche Zusammenhang zu prüfen, falls er schon — rechtskräftig — durch verwaltungsgerichtliche Entscheidung festgestellt ist. Ist der Zusammenhang gegeben, so muß auf die Gegenleistung erkannt werden, obwohl das ordentliche Gericht zu ihr nicht (mit Rechtskraftwirkung) verurteilen dürfte und obwohl die Verurteilung über den Gegenanspruch bei einer Zug-um-Zugleistung nicht rechtskräftig wird (§ 322 E IV a 3). So ist auch gegenüber dem **Einwand der Aufrechnung** einer öffentlich-rechtlichen, verwaltungsgerichtlich rechtskräftig festgestellten Gegenforderung zu verfahren (vgl. RGZ 80/372). Ist er nur eventuell zur Aufrechnung gestellt, so muß das ordentliche Gericht den Klageanspruch prüfen und, wenn die Klage begründet ist, in Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung abweisen (womit die aufgerechnete Gegenforderung verbraucht wird), andernfalls muß es die Klage schlechthin abweisen, so daß also die Gegenforderung noch bestehenbleibt. Bei Alternativaufrechnung ist die Klage ohne Prüfung ihrer Begründetheit unter Verbrauch der aufgerechneten Gegenforderung abzuweisen. Ist indes über die Aufrechnung vor den Verwaltungsgerichten noch nicht rechtskräftig entschieden, so darf — gleichviel ob ein verwaltungsgerichtliches Verfahren über den Anspruch rechtshängig ist oder nicht — das ordentliche Gericht nicht über den aufgerechneten Anspruch entscheiden, weil, wenn es entscheiden würde, damit die Rechtskraftwirkung nach § 322 II eintritt (was geschieht, wenn es zu Unrecht so verfährt). Die Aufrechnung ist insoweit — prozessual — unzulässig und wird nicht beachtet (RGZ 157/106 [118]; a. M. RG N GVG § 13/311 und im Verhältnis zu Sondergerichten RG Gruch. 52/1154 [1158], das auch über die Gegen-

forderung entschied; abweichend BGH NJW 55/497, das Vorbehaltsurteil geben und dann den Streit auch aussetzen will). Dabei kommt es darauf, ob die Ansprüche im rechtlichen Zusammenhang stehen, nicht an; denn dies würde dazu führen, daß der vor dem Verwaltungsgericht anhängig zu machende bzw. anhängig gemachte Anspruch gegenüber dem zivilrechtlichen bevorrechtigt behandelt werden würde, weil ja auch umgekehrt das Verwaltungsgericht über den zivilrechtlichen Anspruch nicht erkennen darf (beiderseits von bindenden Verweisungen abgesehen). Aus diesem Grunde darf aber nicht einmal nach § 148 ausgesetzt werden (a. M. in beiden Fällen RGZ 77/411, BGH NJW 55/497). Wird allerdings der öffentlich-rechtliche Anspruch anerkannt, so sollte man ihn auch vor den ordentlichen Gerichten beachten, was besonders in den Fällen der Eventualaufrechnung praktisch werden kann. Das Entsprechende muß aber auch für den selbständigen Anspruch gelten, der eingewendet wird, um eine Zugum-Zugverurteilung zu erhalten. Ist über ihn — außerhalb des Rechtsweges — noch nicht rechtskräftig erkannt, so muß er schlechthin (und ohne Aussetzungsmöglichkeit) — aber auch hinsichtlich der Rechtskraftwirkung (§ 322 E IV a 3) — unbeachtet bleiben. Über die (sonst vor die Arbeitsgerichte gehörende) zur Aufrechnung gestellte Lohnforderung hat OLG MDR 57/689 entschieden.

**b 3.** Bezieht sich der **Beklagte** auf einen öffentlich-rechtlich begründeten **Einwand** oder auf eine solche **Einrede**, über die nicht auf dem Rechtsweg zu entscheiden ist, und würden diese nicht bloß zu einer Leistungsverweigerung (Verurteilung Zug um Zug) führen oder die Aufrechnung betreffen, so wird damit die schlüssige bürgerlich-rechtliche **Klage unzulässig**, wenn Einwand oder Einrede durchgreifen. Bei den negativen Klagen wird dabei der Einwand usw. zum Klagegrund, so daß die Klage auf Eigentumsübertragung, gestützt auf einen wichtigen Verwaltungsakt, in jedem Falle auf den Rechtsweg gehört (BGH NJW 52/622). Der (unselbständige) Einwand und die (unselbständige) Einrede, gestützt auf öffentliches Recht, machen also die Klage unzulässig (LG NJW 52/426; a. M. OGH NJW 50/784: unbegründet), obwohl die an sich schlüssige Klage einen zivilrechtlichen Grund hat. Sind Einwand oder Einrede indes unschlüssig, so ist über sie deswegen hinwegzugehen. Wenn dabei über ihre Schlüssigkeit von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, so geschieht dies wie sonst bei präjudiziellen Vorfragen. Darüber hinaus haben — weil und insoweit keine Rechtskraftwirkung eintritt — die ordentlichen Gerichte zu prüfen, ob Einwand bzw. Einrede begründet sind (BGHZ 1/148).

**c)** Wurzeln Repliken und Replikationen (vgl. auch GVG § 13 J II b 3) des Klägers im öffentlichen Recht, so wird, wenn sie so zu begründen sind, die Klage unzulässig (wenn sie unbegründet bleiben, bleibt sie unbegründet). Für Duplik und Duplikation gilt wieder das Entsprechende wie bei Einwendungen und Einreden usw.

**J III.** Auf dem Rechtsweg sind von den ordentlichen Zivilgerichten, wenn sie ihre Befurteilung erfüllen wollen, auch **öffentlich-rechtliche Vorfragen** (über den Bestand öffentlich-rechtlicher Verhältnisse u. dgl. m.) zu entscheiden, über die als solche von ihnen mit Rechtskraftwirkung nicht entschieden werden soll (RGZ 93/202). Dies gilt besonders für behördliche Genehmigungen (RGZ 154/385 [391]). Dies gilt auch umgekehrt derart, daß die sonstigen Gerichte auch über zivilrechtliche Vorfragen gegebenenfalls entscheiden müssen.

**a)** Durch Entscheidungen solcher Fragen außerhalb des Rechtswegs werden die ordentlichen Gerichte nur insoweit **gebunden**, wie eine **Rechtskraft-** (BGH NJW 53/1103) oder eine **Tatbestandswirkung** (GVG § 13 C II c) oder ein (nicht nichtiger) Staatshoheitsakt (GVG § 13 G II) festzustellen ist.

**a 2.** Die (nicht nichtigen) Hoheitsakte sind in ihrer Existenz mit Tatbestandswirkung hinzunehmen (RGZ 103/134 m. N.).

**b 2.** Soweit ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag geltend gemacht wird (BGB §§ 677 folg.), ist die Frage, ob die Erfüllung der Pflicht im öffentlichen Interesse lag, nach BGB § 679 präjudiziell (vgl. RG Warn. 33/17). Die Handlungen dritter sind dabei stets dem ordentlichen Rechtsweg unterworfen, wenn sie auch für einen anderen zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen vorgenommen wurden. Soweit es dann um die Frage

der Verpflichtung des anderen nach öffentlichem Recht geht, wird darüber im bürgerlichen Streit entschieden (RG JW 23/78<sup>6</sup> m. N.). Aber auch soweit die private Hand von der öffentlichen Aufwendungen ersetzt fordert, wird regelmäßig der Rechtsweg offen sein (vgl. Einl. z. ALR § 75). Doch darf Ansprüchen auf Kostenersatz nicht stattgegeben werden, wenn damit einem öffentlich-rechtlichen Gebot, eine Handlung vorzunehmen, begegnet werden sollte (RGZ 130/270 m. N.).

**b 3.** Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGB §§ 812 folg.) sind bürgerlich-rechtlicher Art, soweit sie nicht dem Abgabenrecht oder dem Sozialversicherungsrecht angehören (GVG § 13 F III d). Steht einem Naturalanspruch ein — wirksamer — Hoheitsakt entgegen, so bleibt der Geldanspruch (vgl. auch Einl. z. ALR § 75).

**b 4.** Gegenüber einer Besitzstörungs- bzw. Entziehungsklage (BGB §§ 861, 862), der ein Hoheitsakt entgegeng gehalten wird, kommt es darauf an, ob er sich schon gegen den — unmittelbaren — Besitz als solchen richtet oder nur gegen das Recht zum Besitz, m. a. W. ob einer Besitzstörung bzw. -entziehung vermöge des Hoheitsakts entgegeng gehalten werden kann, sie sei nicht verbotene Eigenmacht (BGB § 863) oder ob es nur um die Berechtigung zum Besitz geht, wo nur ein rechtskräftiges Urteil die verbotene Eigenmacht überwindet (BGB § 864 II).

**b 5.** Dahin gehört es, wenn zu prüfen ist, ob nach BGB § 917 ein Notwegrecht zu gewähren ist, weil die Verbindung zu einem öffentlichen Wege fehlt (PrKompetenzkonfliktgerichtshof JW 25/2287<sup>2</sup>). Die Feststellung, ob ein Weg öffentlich ist, ist vor den ordentlichen Gerichten nicht mit Rechtskraftwirkung (§ 322) zu treffen (RG Gruch. 44/1134); ebenso ist der Rechtsweg unzulässig, wenn es nur um den allgemeinen Gebrauch eines Weges geht (RGZ 76/323). Geht es indes darum, daß der Eigentümer einem dritten das Betreten eines öffentlichen Weges auf Grund seines Eigentums (oder eines Vertrages) verwehren will, so wird die Frage der Öffentlichkeit des Weges nur präjudiziell berührt (RG N GVG § 13/108).

**b 6.** Auch Ansprüchen aus BGB §§ 1004, 1007 werden häufig Hoheitakte entgegengesetzt. Wurden daneben (private) Verträge geschlossen, so kam es auf die Hoheitakte und ihre Gültigkeit insoweit nicht an, wie der vertragliche Anspruch sich mit ihnen deckte, so daß auch die etwaige Aufhebung des Hoheitaktes das vertragliche Recht auf den Besitz unberührt ließ (BGH NJW 52/60); bei sich nicht deckenden Verträgen konnten die Verträge allerdings unwirksam sein (BGB §§ 134 folg.).

**b 7.** Besteht eine gesetzliche Unterhaltspflicht u. dgl. m., so wird bei Ansprüchen der Fürsorgeträger gegen dritte (vgl. GVG § 13 F III a 1) auch das öffentliche Fürsorgerecht nachgeprüft; dies gilt auch bei Ansprüchen gegen den Unterstützten bzw. seine Gesamtrechtsnachfolger, soweit sie auf den Rechtsweg gehören (RGZ 164/226 [233]).

**c)** Noch stärker tritt die Notwendigkeit, öffentlich-rechtliche Vorfragen zu entscheiden, bei den Ansprüchen hervor, die aus dem öffentlich-rechtlichen Gebiete **auf den Rechtsweg verwiesen** worden sind. Dazu gehören die Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen und aus Aufopferung sowie beamtenrechtliche Ansprüche, sofern für diese der Rechtsweg noch zulässig ist.

**J IV.** Ist über das **Hauptrechtsverhältnis** nicht auf dem Rechtsweg zu entscheiden, wohl aber für einzelne aus ihm fließende Ansprüche, so darf unter den Voraussetzungen des § 148 das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ausgesetzt werden (Kommentar GVG § 13 J IV a 1; RGZ 48/322).

**K.** Hoheitakte, deren Bestand unangreifbar (oder unangegriffen) ist, lösen im Rahmen der gegebenen Gesetze (Folge-) **Ersatzansprüche** aus.

**K I.** Da diese Ansprüche den Hoheitsakt als solchen unberührt lassen, ist die Naturalrestitution (BGB § 249 I 1) grundsätzlich ausgeschlossen; denn dies würde zur unzulässigen Rückgängigmachung des Hoheitsaktes führen (RGZ 105/193).

**b)** Die (sonstigen) Ersatzansprüche beziehen sich grundsätzlich auf ein Entgelt, das dem durch den Hoheitsakt Verlorenen entspricht, und zwar

**b 1.** regelmäßig in Geld, im besonderen wegen einer Entrechtung (als Aufopferungsanspruch: RGZ 167/14 [25]; aber auch wegen schuldhafter Amtspflichtverletzungen nach GG Art. 34, BGB § 839), die nach GG Art. 14 III auf den Rechtsweg verwiesen worden sind.

**K III d. Ausgleichsansprüche der öffentlichen Hand** untereinander wegen Amtspflichtverletzungen mehrerer öffentlich-rechtlicher Körperschaften gehören ebenfalls auf den Rechtsweg (BGH NJW 53/785).

**L.** Soweit die **öffentliche Hand** nicht als Hoheitsträger handelt, ist sie **Privatperson**. Es gibt zwar Handlungen, die sie nur als Hoheitsträger vornehmen kann; andererseits muß sie sich (um nicht offenbar willkürlich zu handeln, vgl. GVG § 13 G III a 3) in großem Umfange dem privaten Rechtsverkehr unterwerfen.

**L I.** Wählt die öffentlich-rechtliche Körperschaft **an Stelle eines an sich zulässigen Staatshoheitsaktes** die Übereinkunft mit dem Beteiligten (oder auch mit der Öffentlichkeit), den Vertrag (die Auslobung), so unterliegt dieser grundsätzlich der Beurteilung der ordentlichen Gerichte (RGZ 148/338), selbst wenn dies zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben geschieht (RGZ 125/396), und gleichviel, wie weit die öffentliche Hand andere handeln läßt oder selbst eingreift. Ist für den Vertrag allerdings eine besondere Form vorgeschrieben, so muß diese gewahrt sein; es genügt in diesem Falle nicht, daß die Privatperson formlos anerkennt, daß sie sich einem Hoheitsakt, der nicht vorgenommen wird, unterwerfen will (RGZ 125/216).

**a 1.** Hoheitrechtlich ist die verwaltungsmäßige Durchführung in bezug auf Beschlagnahmen bzw. die Verwaltung des Beschlagnahmten (vgl. RGZ 104/207).

**a 2.** Privatrechtlicher Art ist dagegen der Abschluß von Marktregelungsverträgen (auch durch Bildung der Zwangskartelle oder Einfuhrstellen u. dgl. m.; RGZ 101/20 für die Reichsfuttermittel-GmbH), der von Kriegslieferungsverträgen (OLG NdsRpfl. 48/64).

**b)** Die öffentliche Hand kann sich indes auch eigenwirtschaftlicher Unternehmen bedienen. Bedient sie sich dazu der Form der privaten juristischen Person, so ist sie stets dem Rechtsweg unterworfen; dies gilt im besonderen, wenn ein Privatunternehmen in Gemeineigentum überführt worden ist, aber auch sonst (a. M. für die DDR vgl. OG DDR E 1/119, 31).

**b 1.** Dies gilt für den Betrieb der (Bundes)-Bahn, für die Geschäfte der Post, für das Sendegut für den Rundfunk (RGZ 153/1).

**b 3.** Die Deutsche Bundesbank und die Landeszentralbanken haften aus allen mit ihnen geschlossenen Geschäften nach bürgerlichem Recht. Dahin gehören auch die Sparkassen der Kommunen.

**b 4.** Auch die öffentlich-rechtlichen (früher provinziellen) Versicherungsunternehmungen sind wegen der Versicherungsgeschäfte ganz dem bürgerlichen Recht unterworfen (RGZ 116/31).

**b 6.** Während die unter Anschluß- und Benutzungszwang stehenden gemeindlichen Verwaltungen öffentlich-rechtlich sind (vgl. GVG § 13 F III b 3), ist für jede weitergehende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden der Rechtsweg offen. Auch aus dem Betrieb öffentlicher Krankenhäuser (einer Universitätsklinik) entstehen grundsätzlich bürgerlich-rechtliche Ansprüche (BGH NJW 53/778<sup>2</sup>). Dasselbe gilt für ein städtisches Reisebüro (BGH MDR B 439/56). Wieweit bei öffentlichen (unselbständigen) Anstalten (Bädern, Bibliotheken) der Rechtsweg offen ist, ist streitig (vgl. GVG § 13 N).

**c)** Die öffentliche Hand bedient sich zur Sicherung ihrer öffentlichen Ansprüche oft der **Verträge**, die dann auf dem Rechtsweg verfolgbar sind.

**d)** Aber nicht nur im Wirtschaftlichen, sondern darüber hinaus hat die öffentliche Hand ihre **bürgerlich-rechtliche Sphäre**, sei es, daß sie sich bürgerlich-rechtlicher Geschäfte bedient, um ihre Hoheitsaufgaben erfüllen zu können, sei es, daß sie ihr gehörendes Gut durch bürgerlich-rechtliche Geschäfte verwaltet. Insoweit ist die Art der von der hoheitlichen Hand entwickelten Tätigkeit entscheidend (vgl. OLG WRP 58/51). Die Ansprüche aus der Vergebung solcher öffentlicher Leistungsanforderungen sind auf dem Rechtsweg verfolgbar; dies gilt auch, wenn die öffentliche Hand einen Unternehmer bei dem Vertragschluß ablehnt, im be-

sonderen, wenn sie ihn von vornherein von der Bewerbung ausschließt (BVerwG NJW 58/394). Zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben kommen Verträge in Betracht, die unmittelbar die Mittel dazu beschaffen, wie solche, welche nur dazu dienen, mittelbar ihr gestellte Aufgaben zu erfüllen.

e) Aus Eigentum und Besitz an Gegenständen, auch der Inhaberschaft von Forderungen und Pflichten, aus der Benutzung von Menschen als Gehilfen folgen für den Fiskus eine Reihe von privatrechtlichen Pflichten, die jedermann treffen, der sich in der gleichen Lage befindet, so daß die Möglichkeit der hoheitlichen Verwaltung insoweit nicht in das Gewicht fallen kann.

f) Umgekehrt können sich für den Fiskus aus der privaten Sphäre Ansprüche ergeben, die auf dem Rechtsweg verfolgbar sind. Doch liegt in Vergleichen auf öffentlich-rechtlichem Gebiet noch nicht notwendigerweise eine Novation (vgl. GVG § 13 L III a).

f 2. Ob die öffentliche Hand Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (BGB § 683) geltend machen kann oder nach besonderen Normen geltend machen muß, wird man grundsätzlich gegenüber dritten ihrer Wahl überlassen dürfen, sofern sie nicht das öffentliche Recht auf einen bestimmten Weg zwingt (RGZ 133/245), wie bei Ausgleichsansprüchen unter Fürsorgeträgern. Allerdings meint BGH NJW 52/466, daß, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft hoheitlich tätig werden könnte, dies auch angenommen werden müsse. Auch die Haftung aus BGB § 904 kommt gegen den Fiskus in Betracht.

f 3. Über die öffentlich-rechtlichen Bereicherungsansprüche vgl. GVG § 13 J III b 3.

f 4. Ansprüche aus unerlaubter Handlung im weiten Sinne stehen dem Fiskus wie jedem dritten zu.

f 5. Ausgeübte Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand werden privatrechtlich abgewickelt; über ermessensmißbräuchliche Ausübung entscheiden die ordentlichen Gerichte (BGH NJW 59/478).

L II. Auch für die Rechtsverhältnisse der hohen Hand untereinander kann Privatrecht gelten.

a) Namentlich die ältere Rechtsprechung gab bei den Verträgen der öffentlichen Hand untereinander grundsätzlich den Rechtsweg.

L III. Mischfälle gibt es

a) beim Vergleich. Haben sich die Parteien nur über ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis verglichen, so kann der Vergleich sowohl öffentlich-rechtlichen Charakter behalten wie privatrechtlichen angenommen haben; doch wird man dann den Umschaffungswillen (Novation) der Beteiligten festzustellen haben, im besonderen, wo es jetzt auch Vergleiche im Verwaltungs(sonder)gerichtsverfahren gibt (vgl. VerwaltungsgerichtsO § 187 I). Vereinbarungen mit der Verwaltungsbehörde auf Sicherheitsleistung bis zur Durchführung des Verwaltungsverfahrens wurden als privatrechtliche angesehen (RG N GVG § 13/435), was heute nicht mehr zutreffend erscheint. Nicht anzunehmen ist die Novation im Steuerrecht (RGZ 77/296). Ebenso hat durch einen Vergleich über Fischereirecht RGZ 150/174 den Rechtsweg nicht als geöffnet angesehen. LG NJW 56/1362 hat für Ansprüche aus einem Vergleich mit dem Verteidigungslastenanwalt den Rechtsweg nicht gegeben. Wird dagegen sonst ein Vergleich abgeschlossen, so ist grundsätzlich — jedenfalls noch im Zweifel — der Rechtsweg offen (vgl. dazu auch GVG § 13 C Ia). Über die Frage eines zivilrechtlichen Vergleichs vor den Strafgerichten vgl. GVG § 13 D.

b) Bei dem Vertrag über Hoheitsrechte im Verhältnis zu Untertanen (also nicht im internationalen Recht), kann der Anspruch, soweit er sich auf das Hoheitsrecht als solches bezieht, nicht auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden.

M. Es gibt auch noch sonstige öffentliche Rechtsansprüche, welche die private Sphäre überschneiden und die überlieferungsmäßig dem privaten Recht — gleichviel wie sie z. Z. geordnet sind — nahestehen.

**M I.** Nach dem **Gemeinderecht** gehören Klagen der Gemeinden gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörde auf den Verwaltungsweg. Dagegen gehören die Erstattungsansprüche gegen Bürgermeister, Gemeinderäte u. Gemeindebedienstete vor die ordentlichen Gerichte (vgl. GVG § 13 H I f 1).

**M II.** Auf dem Gebiete des **Kirchenrechts** wird seit langem zwischen der staatlichen und der kirchlichen Gewalt unterschieden. Dies wirkte sich in Deutschland dahin aus, daß man die Kirchen als zum öffentlichen Recht (zur Staatsgewalt) gehörig rechnete, sie aber doch in weitem Umfange wie eine Person des privaten Rechts behandelte. 1877 wurden Kirchenstreite grundsätzlich als bürgerlich-rechtliche behandelt. Andererseits darf nicht durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Autonomie der Kirche eingegriffen werden (a. M. LG SchlHA 52/52).

**M III.** Bei Streitigkeiten aus **Monopolen und Kartellen** ist zwischen der Tätigkeit der Kartellbehörden (mit Rechtsbehelfen an OLG und BGH) und den sonstigen Tatbeständen zu unterscheiden, aus denen die ordentlichen Gerichte Rechtsfolgen zu ziehen haben; die Überprüfung der ersten ist den ordentlichen Gerichten im Klageverfahren nicht gestattet (vgl. G gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27. 7. 1957 [BGBl. I 1081]). Dabei hat BGH NJW 58/1395 ausgesprochen, daß nach GWB § 96 II auch auszusetzen ist, wenn die Entscheidung abhängt von Entscheidungen oder Teilentscheidungen, die nach dem GWB zu treffen sind und für welche die Kartellgerichte ausschließlich zuständig sind.

**M IV.** Deich-, Siel-, Fischerei-, Wasserrechte gehören grundsätzlich nicht auf den Rechtsweg.

**c 2.** Ging aber der Stau über die zulässige Höhe (unstreitig) hinaus, so war der Rechtsweg zugelassen (RG N GVG § 13/198). Geht es um die Staustufe, so ist (trotz des PrWasserG), sofern kein Verfahren auf Setzung einer Staumauer anhängig ist, der Rechtsweg offen (RG N GVG § 39/211). Auch ist der Rechtsweg offen, wenn jemand behauptet, daß er durch ein dem öffentlichen Wohl dienendes Unternehmen, das unterirdisches Wasser zutage fördert, nach PrWasserG § 200 I, II geschädigt wurde und Einrichtungen zur Verhütung des Schadens fordert. Fordern dritte (nicht die Verwaltungsbehörde wegen der Ersatzvornahme) von einem Wasserlaufunterhaltungspflichtigen Aufwendungen ersetzt, so ist der Gerichtsweg zulässig (RGZ 111/90); während der Streit über die Unterhaltungspflicht nach PrWasserG § 130 II dem Rechtsweg entzogen ist (nach BGHZ 19/126 aber nur, soweit er nicht — auch — auf privatrechtliche Titel gestützt ist). Auch ließ BGHZ 16/234 die ordentlichen Gerichte über den Bestand von Stau- und Wasserableitungsrechten, die über den Gemeingebrauch hinausgingen, entscheiden. Für den Schaden, der einem Anlieger durch eine Überschwemmung entstanden war, weil der Wasserlauf nicht geräumt war, ist der Rechtsweg zulässig (RG N GVG § 13/421). Trotz des PrWasserG ist für den Streit um Fischereirechte (Komm ntar GVG § 13 M IV b) und für den Antrag auf Einwilligung der Berichtigung des Wasserlaufs der Rechtsweg zulässig (RGZ 112/269). Zwischen Wasserverbänden und ihren Mitgliedern gibt es den Rechtsweg nur bei Enteignungsentschädigungen (RG ZAkDR 42/220) und sonst bei Streit über die Zuleitung von Abwässern in den Fluß (RGZ 169/272), bei der Eigentumfeststellung für Anlandung, nicht aber für die Zustimmung zur Inbesitznahme (OGH NJW 49/546).

**c 3.** Ist ein Verleihungsverfahren anhängig und wird möglicherweise dadurch der Klageanspruch in seinem Umfange eingeschränkt, wenn verliehen wird, so darf nach § 148 ausgesetzt werden, aber der Rechtsweg bleibt zulässig (RGZ 91/148).

**d)** Ein besonderes Verfahren — entsprechend dem Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichenrecht — ist für **Saaten und Sortenschutz** eingerichtet, wonach im Verfahren vor dem Sortenausschuß für Zucht von Sorten Schutz gewährt wird, und zwar mit anschließendem Verfahren vor dem BVerwaltungG, während im Verletzungstreit die ordentlichen Gerichte zuständig sind (vgl. Kommentar GVG § 13 L I a).

**M V.** Bei den **Polizeikosten** ist zu unterscheiden, ob die Polizei auf Kosten des Polizeipflichtigen eine Handlung vornehmen läßt. Dieser Betrag kann auf dem Verwaltungswege beigetrieben werden (PrPVG § 55 V). Soweit indes die Polizei nach PrPVG § 21 gegen den, der

keinen Anlaß gegeben hat, vorgeht und ihn schädigt, gehört der Anspruch vor die ordentlichen Gerichte (PrPVG §§ 70—73). Der, welcher schuldhaft den Anschein einer polizeilichen Gefahr hervorgerufen hat, hat den Entschädigungsanspruch nicht (BGHZ 5/144).

**M VI.** Störungsklagen wegen des Schulbetriebs sind unzulässig (RG Warn. 16/248).

**M VII a.** Aus dem Elektrizitätsrecht gehört der Anspruch gegen den Abnehmer darauf, Leitungen auf seinem Grundstück anzubringen, vor die ordentlichen Gerichte (BGHZ 9/390). Dasselbe gilt für den Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Hausanschluß (BGH NJW 54/1323).

**b 1.** Dem Eigentümer einer (öffentlichen) Landstraße wurde die Klage vor den ordentlichen Gerichten auf Beseitigung der Verbindung der Straße zu einem Anliegergrundstück versagt (RGZ 46/296).

**N.** Es gibt auch eine **fiskalische Verwaltung auf öffentlich-rechtlichem Gebiet**. Die Ansprüche, welche daraus entstehen, gehören grundsätzlich auf den Rechtsweg.

**N I.** Zu der bürgerlich-rechtlichen Verwaltung des der öffentlichen Hand gehörenden Gutes gehört die Erlaubnis eines **erweiterten Gemeingebrauchs** gegen Entgelt,

**a)** etwa wenn das Plakatieren an öffentlichen Wegen einschließlich der Einrichtung und Benutzung von Anschlagssäulen gestattet wird (BGH NJW 52/620<sup>5</sup>) oder auch, wenn gestattet wird, auf der Straße ein Baugerüst aufzustellen; hier ist der Rechtsweg zulässig, auch wenn das Entgelt gefordert wird, weil insoweit keine Kommunalabgabe nach PrKommunalabgabenG vorliegt (RG N GVG § 13/139). Unter diesem Gesichtswinkel war der Rechtsweg offen, als eine Stadt auf Entfernung eines Verkaufstisches von dem ihr gehörenden Straßenkörper klagte (AG MDR 51/234) bzw. für Entgelt gegen Benutzung von Straßengelände (BGH NJW 56/104). Bei Streit um den Gemeingebrauch (Lichtreklame, die über den Bürgersteig hinausragt) ist der Rechtsweg offen, sofern eine Eigentumstörungsklage erhoben wird (RGZ 124/181), ebenso wenn die Gemeinde auf Unterlassung von Straßenhandel klagt.

**N II.** Ähnlich dem Gemeingebrauch ist die **Verwaltung von Friedhöfen** geregelt.

**N III.** Zu den fiskalischen Ansprüchen, für die der Rechtsweg offen ist, zählen gewohnheitsrechtlich die aus der **öffentlichen Verwahrung**. Ansprüche aus **unterlassener Inverwahrnehmung** können nur als Amtspflichtverletzungen zu begründen sein.

## § 13a (—)

Die Bestimmung galt nur in der USZ; sie ist durch Nov. 1950 Art. 1 I 10 mit Wirkung ex nunc aufgehoben worden, hat aber trotz Übergangrechts (in Art. 8 III 93, vgl. EG ZPO § 1) keine Bedeutung mehr, da das sie anordnende Gesetz vom BVG NJW 60/187 — für nichtig erklärt worden ist.

## § 14 (14)

**I** Als besondere Gerichte werden zugelassen:

1. Gerichte der Schifffahrt für die in den Staatsverträgen bezeichneten Angelegenheiten;
2. Gemeindegerichte für die Verhandlung und Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Streitwert einhundert Deutsche Mark nicht übersteigt. Gegen die Entscheidung der Gemeindegerichte muß innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist sowohl dem Kläger wie dem Beklagten die Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg zustehen. Der Gerichtsbarkeit des Gemeindegerichts dürfen als Kläger oder Beklagte nur Personen unterworfen werden, die in der Gemeinde den Wohnsitz, eine Niederlassung oder im Sinne der §§ 16, 20 der Zivilprozeßordnung den Aufenthalt haben.

**A.** Sondergerichte sind die gesetzlich besonders zugelassenen Gerichte (vgl. GVG §§ 13a, 14) — GG Art. 101 II spricht von den Gerichten für besondere Sachgebiete —, die keine Ausnahmegerichte sind (vgl. GVG § 16 B).

**A I.** GVG § 14 läßt nur (bundesrechtlich) noch die Bestellung besonderer Gerichte an Stelle der ordentlichen Gerichte durch die Landesgesetzgebung in zwei Fällen zu (vgl. GVG

§ 27). Seine Bedeutung liegt darin, die **landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz** bezogen auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beschränkt zu haben.

**A II a.** In BW gilt das G über die **Gemeindegerichtsbarkeit** v. 7. 3. 60 (GBl. 73). Gegen die Entscheidung des Gemeindegerichts ist in Monatsfrist ab Zustellung die Berufung auf dem ordentlichen Rechtsweg an das AG zulässig (G § 51 II).

**A III.** Die Möglichkeit, **bundesgesetzlich Sondergerichte** zu bestellen, wird durch GVG § 14 nicht berührt. Rechnet man die besonderen ordentlichen Gerichte (GVG § 14 B III) nicht zu den Sondergerichten, so kommen hierfür in Betracht:

- a) die Arbeitsgerichte (die früher unter den Vorbehalt des GVG § 14 I 4 fielen),
- b) die Zentralkommission für die Rheinschiffahrt (die unter GVG § 14 I 1 fällt); die übrigen Rheinschiffahrtsgerichte sind besondere ordentliche Gerichte;
- c) der Berufungsausschuß für die Moselschiffahrtsgerichte nach dem Moselvertrag v. 27. 10. 1956 (BGBl. II 1837) Art. 34 IV.

**B I.** Das Verhältnis zwischen den inländischen ordentlichen und den inländischen Sondergerichten ist wie die ausschließliche Zuständigkeit zu behandeln (arg. GVG § 17 II [Kommentar GVG § 17 A II]); für die Arbeitgerichtsbarkeit vgl. GVG § 17 V und BGH NJW 55/791). Vgl. auch GVG §§ 14 E, 17 a.

**B III.** Von den Sondergerichten zu unterscheiden sind die **besonderen ordentlichen Gerichte** (bzw. die besonderen Arbeitsgerichte). Eine solche Besonderung ergibt sich entweder für die örtliche oder für die sachliche oder für die funktionelle Zuständigkeit oder für mehrere von ihnen. Welche Besonderungen sich auch immer innerhalb der ordentlichen (bzw. der Arbeits-) Gerichte ergeben, sie bleiben ordentliche (bzw. Arbeits-)Gerichte, so daß, wenn das AG, das LG, das OLG, der BGH als solche berufen sind, sie es stets als ordentliche Gerichte sind, wie es GVG § 12 ausdrücklich erklärt. Diese Unterschiedlichkeiten können indes nicht größere Wirkungen auslösen, als sie im Verhältnis von den ordentlichen Gerichten zu den Sondergerichten entstehen können (abweichend im Ergebnis BGH v. 22. 6. 1954 I E 14/72). Der Unterschied zwischen den besonderen ordentlichen Gerichten und den Sondergerichten ist allerdings nach der hier vertretenen Auffassung nicht mehr so bedeutsam. Auch ist er innerhalb derselben Zweige der ordentlichen Gerichtsbarkeit (der Straf-, der Zivil-, der freiwilligen Gerichtsbarkeit) als sachlich ausschließliche Zuständigkeitsregelung aufzufassen.

a) In diesen Fällen wird nämlich die Frage der **Berufung einer besonderen Abteilung des Gerichts** zu der der bloßen Geschäftsverteilung. Im Falle der streitigen Zivilgerichtsbarkeit wird zwischen den Kammern für Handelsachen und den Zivilkammern unterschieden. Auch die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind ordentliche Gerichte (GVG § 13 C), selbst wenn sie so besondere Gerichte wie die Landwirtschaftsgerichte sind (BGHZ 12/254, 4/352). Das Entsprechende gilt für die Wiedergutmachungskammern nach MilRegG 59, FrMilRegVO 120, die den Landgerichten angegliedert sind.

b) Neben der **funktionellen Verlagerung** findet sich auch die der andersartigen **Sprengelabgrenzung** und die der sachlichen Zuständigkeit (vgl. § 1 B III b) innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

c) Zu den **besonderen ordentlichen Gerichten** gehören:

1. die Binnen-, Mosel- und Rheinschiffahrtsgerichte (vgl. G v. 27. 9. 1952 — BGBl. I 641) mit Ausnahme der Zentralkommission für die Rheinschiffahrt und den Berufungsausschuß für die Moselschiffahrt, die Sondergerichte sind;
2. die Patentgerichte nach PatentG §§ 51 folg. (vgl. GebrauchsmusterG § 19),
3. die Warenzeichengerichte nach WZG § 32,
4. die Gerichte in Baulandsachen nach Baulandbeschaffungsg § 34
5. die Saatenschutzgerichte nach SaatgutG § 36,
6. die Entschädigungsgerichte nach BEG (vgl. für SchlH die Zuweisung an das LG Kiel durch VO v. 22. 2. 1955 — GVBl. 79),
7. die Wettbewerbsgerichte nach GWB.

**C.** Als **Zuständigkeit i. w. S.** (§ 1 B III b) ist die bundesgesetzlich geregelte **Arbeitsgerichtsbarkeit** (vgl. ArbGG v. 3. 9. 1953 — BGBl. I 1267) von den ordentlichen Gerichten nach

ArbGG §§ 2, 3, 5, 112, 113 abzugrenzen (über die Abgrenzung der Arbeitsgerichtsbarkeit zu den Verwaltungsgerichten und -behörden vgl. GVG § 13 B IV b 2, und § 276 A IV a 4 zu ArbGG § 48a). Das Verzeichnis der Arbeitsgerichte in der BRD ist im Sammelblatt 1956/1180 folg. veröffentlicht worden.

**C IV.** Ob über Gegenforderungen arbeitsrechtlicher Art die ordentlichen Gerichte entscheiden dürfen, ist streitig (OLG MDR 57/689 hat es bejaht, vgl. aber auch MSchG §§ 20, 21 und GVG § 13 J II b 2).

**D.** Über die **internationalen Schiedsgerichte**, die Sondergerichte sind, vgl. GVG § 18 B IV.

**E. Gemeindegerichte** (GVG § 14 I 2 = § 14 I 3 a. F.) sind in Südwürttemberg (vgl. Bek. v. 1. 2. 1947 — ABl. 515, VO v. 27. 2. u. 24. 9. 1948 — RegBl. 60, 143 — und Art. 256 bis 260 des Württ. G v. 26. 11. 1931 — RegBl. 545) und Südbaden (vgl. Rdschr. v. 30. 10. 1945 — Amtsbl. 46/3 —, AG zu dem ReichsjustizG i. d. F. d. Bek. v. 22. 11. 1933 — Bad GVBl. 273) wieder eingerichtet worden. In Württemberg-Baden sind an ihre Stelle die Friedensgerichte getreten (vgl. GVG § 13a). Über die Orts-, Dorf-, Feldgerichte nach dem FGG vgl. PrFGG Art. 104—124, Hess. OrtsgerichtsG v. 6. 7. 1952 (GVBl. 124), i. d. F. des G v. 5. 7. 1956 (GVBl. 127) mit GebührenO v. 10. 7. 1956 (GVBl. 129); Baden LFGG i. d. F. d. Bek. v. 13. 10. 1925 (GVBl. 287) und VO über die freiwillige Gerichtsbarkeit v. 3. 12. 1926 (GVBl. 301).

**E I. GVG § 14 I 2** läßt die Landesgesetzgebung nur in bürgerliche Streite eingreifen. Die frühere Fassung beschränkte den Eingriff ausdrücklich auf vermögensrechtliche Streitigkeiten (§ 2 A I b). Nach der historischen (beharrenden) Auslegung gilt dies auch jetzt noch. Während indes früher die Beschränkung auf den Streitwert von 100,— DM mit der Bagatell- und Berufungsgrenze zusammenfielen, trifft dies jetzt nicht mehr zu (weil diese bei 50,— DM liegt). Über die Berechnung des Streitwerts vgl. §§ 3—9. Die Gemeindegerichtsbarkeit wird ferner weiter beschränkt auf Streite, wo alle Parteien in der politischen Gemeinde ihren Wohnsitz bzw. ihren Sitz (§§ 13—16; BGB §§ 7—11), ihre Niederlassung (§ 21) oder an Stelle des Wohnsitzes nach §§ 16, 20 ihren Aufenthalt haben. Andere als die hier zugelassenen Sondergerichte dürfen nicht mehr landesrechtlich neu eingerichtet werden.

**E II.** Im Rahmen ihrer Kompetenz darf die **Landesgesetzgebung** sowohl die Gerichtsverfassung wie das Verfahren besonders regeln; bei geregelter besonderem Verfahren darf sie aber auch zur Entscheidung die ordentlichen Gerichte berufen (EG GVG § 3, EG § 3). Die Berufungsmöglichkeit auf den ordentlichen Rechtsweg, die GVG § 14 I 2 zwingend vorschreibt, bedeutet dann nur, daß im dafür geregelten Verfahren nach der ZPO vorzugehen ist.

**E III.** Die Frist, innerhalb deren sich jede beschwerte Partei an die ordentlichen Gerichte wenden darf, bestimmt die Landesgesetzgebung; in erster Instanz sind dafür die Amtsgerichte zuständig. Eine abweichende Parteivereinbarung ist aber auch hier noch zulässig.

**E IV.** B-W GVGA §§ 278, 280 gehen davon aus, daß die Titel der Gemeindegerichte in anderen Ländern nicht vollstreckbar sind. Doch ist diese Auffassung nicht zu billigen.

## § 15

GVG § 15 ist durch Art. 1 I 13. Nov. 1950 als überholt aufgehoben worden

## § 16 (16)

**I Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.**

**A.** Die Bestimmung ist in GG Art. 101 I (RV Art. 105) aufgenommen. Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Verfassungen von Bayern Art. 86, Bremen Art. 6, Hessen Art. 20, Rheinland-Pfalz Art. 6.

**B. Die Ausnahmegerichte** werden von den Sondergerichten in historischer Betrachtung voneinander abgegrenzt. Die Sonderjustiz — besonders auf strafrechtlichem Gebiet — soll vermieden werden. Unzulässig ist dabei stets die Errichtung eines Gerichts für einen bestimmten Fall, nachdem sich dieser ereignet hat (vgl. RG JW 24/192<sup>31</sup>, RGSt. JW 34/565<sup>22</sup>).

## § 17 (17)

**I** Die ordentlichen Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des zu ihnen beschrifteten Rechtsweges. Hat ein ordentliches Gericht den zu ihm beschrifteten Rechtsweg zuvor rechtskräftig für unzulässig erklärt, so kann ein anderes Gericht in derselben Sache seine Gerichtsbarkeit nicht deshalb verneinen, weil es den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für gegeben hält.

**II** Hat ein Gericht der allgemeinen Verwaltungs-, der Finanz- oder der Sozialgerichtsbarkeit den zu ihm beschrifteten Rechtsweg zuvor rechtskräftig für zulässig oder unzulässig erklärt, so sind die ordentlichen Gerichte an diese Entscheidung gebunden.

**III** Hält ein ordentliches Gericht den zu ihm beschrifteten Rechtsweg nicht für gegeben, so verweist es in dem Urteil, in dem es den Rechtsweg für unzulässig erklärt, zugleich auf Antrag des Klägers die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält. Der Kläger kann den Antrag auf Verweisung nur bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung stellen, auf die das Urteil ergeht. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Rechtshängigkeit der Sache bei dem im Urteil bezeichneten Gericht als begründet. Soll durch die Erhebung der Klage eine Frist gewahrt werden, so tritt diese Wirkung bereits in dem Zeitpunkt ein, in dem die Klage erhoben ist. Das gleiche gilt in Ansehung der Wirkungen, die durch andere als verfahrensrechtliche Vorschriften an die Rechtshängigkeit geknüpft werden.

**IV** Das Gericht, das den zu ihm beschrifteten Rechtsweg nicht für gegeben hält, kann, wenn sich der Beklagte mit dem Antrag des Klägers (Absatz 3) einverstanden erklärt, die Sache durch Beschluß verweisen.

**V** Für das Verhältnis zwischen den ordentlichen Gerichten und den Arbeitsgerichten gilt § 48 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes.

**A.** Bejaht oder verneint ein ordentliches Gericht die Zulässigkeit des Rechtsweges rechtskräftig, so sind alle anderen Stellen (Behörden und Gerichte) daran gebunden, soweit nicht etwa die Entscheidung nichtig ist (vgl. GVG §§ 13 B IV b, 17). Nach GVG § 17 I steht die Entscheidungsgewalt über die Zulässigkeit des Rechtsweges (GVG § 13) grundsätzlich den ordentlichen Gerichten zu.

**A I.** GVG § 17 I wird indes noch durch andere Normen begrenzt.

**a)** Die Norm gilt nicht gegenüber den ranglich übergeordneten Gerichten und Behörden (GVG § 13 B III a). Entscheidungen der ordentlichen Gerichte, die gegen die übergeordneter verstoßen, sind nichtig.

**b)** Nach **GG Art. 100** haben die ordentlichen Gerichte keine Entscheidungsgewalt, wenn die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges von der Gültigkeit eines Gesetzes abhängt, über die das Gericht nicht entscheiden darf, d. h. in diesen Fällen entscheiden sie trotz des GVG § 17 I nicht (entscheiden sie dennoch, so ist allerdings ihre Entscheidung nur angreifbar). Die entsprechende Norm findet sich für die LandesG in den folgenden Verfassungen: B-W Art. 68; Bay. Art. 60 folg. u. 92; Bremen Art. 140 folg.; Hessen Art. 131, 133; Nds. Art. 42; NRW Art. 75 folg.; RhPf. Art. 130 (i. F. d. G v. 10. 7. 1952 GVBl. 109); SchlH Art. 37; Westberlin Art. 72.

**A III.** Die Verwaltungs- und Verwaltungs Sondergerichte entscheiden über ihre Gerichtsbarkeit aus eigener Macht gemäß VerwaltungsgerichtsO § 41 I, II. Soweit sie ihre Zuständigkeit bejahen oder verneinen, sind daran die ordentlichen (und die Sonder-)Gerichte gebunden (GVG § 17 II). Doob kommt es auf die Begründung, die das seine Zuständigkeit verneinende

Gericht gegeben hat, nicht an. Hat etwa ein Verwaltungsondergericht seine Zuständigkeit verneint, so kann auch eine andere Gruppe Verwaltungsondergerichte oder das allgemeine Verwaltungsgericht oder das ordentliche oder Sondergericht zuständig sein. Die eigene Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts darf nur dann überhaupt nicht mehr geprüft werden, wenn alle Arten von Sondergerichten, Verwaltungs- und Verwaltungsondergerichte ihre Zuständigkeit verneint haben.

**B. Das Verweisungsverhältnis unter allen Gerichten bis auf das BVG ist jetzt abgeändert.**

**B I.** Über das Verweisungsverhältnis zwischen den Zivilkammern und der Kammer für Handelsachen vgl. GVG §§ 97 folg.; über das innerhalb der drei Zweige der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Strafgerichtsbarkeit, freiwillige Gerichtsbarkeit, Zivilgerichtsbarkeit) vgl. § 276 A III; über das zu den besonderen Gerichten vgl. GVG § 14 B III; über das zu den Sondergerichten vgl. § 276 A IV. Dieses Verweisungsverhältnis wird durch GVG § 17 nicht berührt (vgl. GVG § 17 V in bezug auf ArbGG § 48).

**B II.** Das Verhältnis zu den Verwaltungs- und Verwaltungsondergerichten regelt GVG § 17 III. Die Norm gilt nicht, soweit ein anderes Verweisungsverhältnis vorgeschrieben ist (also in dem von BGH zum BArbG und umgekehrt, vgl. § 276 A IV a) bzw. soweit nicht ArbGG § 48a II eingreift (§ 276 A IV a 4, V b). Die Verweisung zur abstrakten Normenprüfung hat BGH v. 17. 10. 1956 V E 22/32 = NJW 1957 nicht zugelassen. Mit derart angeblichem Nichtstützen auf einen Klagegrund (vgl. dazu § 253 G IV a 1) hat BGH v. 19. 9. 1957 VII ZR 42/56 nicht verwiesen.

Verwiesen werden soll an das Gericht der ersten Instanz der in betracht kommenden Gruppe (das kann vom Standpunkt der Verwaltungsgerichte sowohl das AG wie das LG sein, von dem der ordentlichen Gerichte sowohl das VG wie das OVG wie das BVerwaltungsG).

**a)** Die Verweisung kann von jedem ordentlichen Gericht (auch dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem Strafgericht, dem Prozeßgericht, dem Vollstreckungsgericht u. dgl. m.) ausgehen.

**a 1.** Das Gesetz spricht zwar nur von Urteilen und von mündlicher Verhandlung; doch sollte man die Norm ausdehnend auf jedes Erkenntnis und ohne Rücksicht darauf, ob mündlich verhandelt wird, auslegen.

**b)** Prozeßbedingung der Verweisung ist der **Antrag des Klägers** (§ 276 B II c), der auch hilfswise gestellt werden darf.

**b 1.** Der Antrag des Klägers braucht nur auf Verweisung an das zuständige Gericht zu lauten (also anders als nach § 276, ArbGG § 48). Aber auch, wenn der Kläger beantragt, an ein anderes Gericht zu verweisen, das das ordentliche Gericht nicht für zuständig hält, darf es auf diesen Antrag an das Gericht verweisen, das es für zuständig hält. Wird versehentlich ohne Antrag verwiesen oder wird an ein anderes Gericht als beantragt verwiesen, so ist dies mit den zulässigen Rechtsbehelfen zu bekämpfen.

**b 2.** Der Antrag darf von der Rechtshängigkeit (§ 276 A II a) in Verfahren, in denen über den Antrag nicht in notwendiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist bzw. (§ 276 A II a) von der Anhängigkeit (§ 263 A I) an **bis zum Verhandlungsschluß** (§ 300 C II a 1), im schriftlichen Verfahren bis zum Erlaß der Entscheidung (§ 516 A I) gestellt werden. Er kann nicht in der Zwischeninstanz und nicht mehr nach Rechtskraft (§ 705 B) des Erkenntnisses gestellt werden; wohl aber in jeder Instanz (auch noch in der Revisionsinstanz) und auch noch im Wiederaufnahmeverfahren (sofern das Rechtsbehelfverfahren zulässig ist, was stets vorweg zu prüfen ist).

**c) Entschieden wird**

**c 1.** in der Regel **durch Urteil**, in dem die Verweisung ausgesprochen wird (vgl. GVG § 17 III 3). Das Urteil ist **Endurteil** (§ 300) und mit **Kostenentscheidung** (§§ 91 folg.) zu versehen, vgl. bei altem Recht BGH NJW 54/554, das § 276 III entsprechend anwendet. Bei teilweiser Verweisung hat BGH MDR 494 die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz dem LVG vorbehalten, die Kosten der Rechtsmittel aber dem Kläger auferlegt. Wegen der

Kosten ist das Erkenntnis für vorläufig vollstreckbar zu erklären (vgl. § 709 I 4). Zugestellt wird das Urteil gemäß § 317, soweit nicht die Zustellung von gerichts wegen nach Sondernormen zu beurteilen ist (§ 317 A II).

**c 2.** In Ausnahmefällen ergeht die Entscheidung **durch Beschluß**, der in der Regel von gerichts wegen, im Ausnahmefall auf Betreiben der Parteien zuzustellen ist. Bezüglich der Kosten vgl. GVG § 17 B II c 1, bezügl. der vorläufigen Vollstreckbarkeit § 794 I 3.

Nach GVG § 17 IV ergeht Beschluß, wenn der Beklagte mit dem Antrag des Klägers sich einverstanden erklärt hat, d. h. dem abstrakten Verweisungsantrag oder dem konkreten. Will er an ein bestimmtes Gericht verwiesen haben, das von dem vom Kläger genannten abweicht, so muß er es erklären. Will das Gericht an ein anderes als an das von beiden Parteien genannte verweisen, so soll es durch Urteil; nicht durch Beschluß entscheiden.

Nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. GVG § 17 B II a 1) ist aber auch dann durch Beschluß zu verweisen, wenn das der Verfahrensart entspricht, selbst wenn der Beklagte nicht zustimmt. Dies gilt aber nicht, wenn das Verfahren in ein Urteilverfahren überzuleiten ist, wie etwa in dem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedspruchs; sodann ist Termin anzusetzen und in dem Verfahren nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden, falls kein Einverständnis der Parteien besteht.

**d)** Gegen das verweisende Erkenntnis sind die auch sonst zulässigen **Rechtsbehelfe** gegeben.

**d 1.** Da die Prozeßbedingung des Rechtswegs von gerichts wegen zu prüfen ist (§ 274 D II b), wirken die Erkenntnisse **stets kontradiktorisch** gegen den Beklagten. Aus dem Fall, wo sich die Unzulässigkeit des Rechtsweges erst aus der Verteidigungsbegründung ergibt (§ 274 D II), ist nichts Gegenteiliges herzuleiten.

**d 2. Berufung und Revision** sind ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes und auch in allen nichtvermögensrechtlichen Streiten zulässig (§§ 511 a IV, 547 I 1).

**d 3.** Ergeht ein **Beschluß**, so ist dagegen die Beschwerde zulässig (§ 567 I). Mit Rücksicht auf die Wirkungen des GVG § 17 III 3—5 muß es die sofortige Beschwerde sein (vgl. GVG § 17 B III).

**d 4.** Will eine Partei **nur die Kostenentscheidung** angreifen, so ist, wenn im beiderseitigen Einverständnis verwiesen wird, § 99 II entsprechend anzuwenden.

**d 5.** Bezüglich der **Rechtsbehelfskosten** gilt § 97.

**e)** Nicht ergriffen werden verwaltungsgerichtliche Vorbescheide, die den Gerichtsweg öffnen (GVG § 13 F V). Ob an sonstige nichtrichterliche Verwaltungsinstanzen abzugeben ist, ist zu verneinen.

**B III. Die Folgen der rechtskräftigen (§ 705 B) Verweisung** sind in GVG § 17 III 3—5 geregelt. Die Regel gilt auch für eine Verweisung durch Beschluß (GVG § 17 IV).

Über die Wirkungen der Rechtshängigkeit vgl. § 263 C (SGG § 94, VerwaltungsgerichtsO § 90) und ArbGG 48 a III 3, 4 (§ 276 A IV a 4). Die Norm stellt klar, was im Verweisungsverhältnis stets gilt, daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die Verweisung nicht geändert werden. Bedenklich ist sie nur insoweit, wie die Rechtshängigkeit anders normiert worden ist (wie etwa nach SGG § 94 I, VerwaltungsgerichtsO § 81 mit der Einreichung der Klage und nicht erst mit ihrer Zustellung).

**a)** GVG § 17 III 4 und 5 ergeben, daß die Rechtshängigkeitwirkung von der Rechtshängigkeit bei dem ordentlichen Gericht an eintritt, sowohl materiell-rechtlich wie formell-rechtlich (GVG § 17 III 5).

**b)** Darüber hinaus wird aber auch die Vorwirkung der §§ 261 b III, 496 III übertragen (die Fassung des GVG § 17 III 4 ist ungenau, wenn von der Erhebung der Klage gesprochen wird, vgl. § 253 I).

## § 17 a (17 a)

**I Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden nach Maßgabe der folgenden Vorschriften übertragen:**

1. Die Mitglieder werden für die Dauer des zur Zeit ihrer Ernennung von ihnen bekleideten Amtes oder, falls sie zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleiden, auf Lebenszeit ernannt. Sie können nur unter denselben Voraussetzungen wie die Mitglieder des Bundesgerichtshofes ihres Amtes enthoben werden.
2. Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Bundesgerichtshof oder dem Obersten Landesgericht oder einem Oberlandesgericht angehören. Bei Entscheidungen dürfen Mitglieder nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken. Diese Anzahl muß eine ungerade sein und mindestens fünf betragen.
3. Das Verfahren ist gesetzlich zu regeln. Die Entscheidung erfolgt in öffentlicher Sitzung nach Ladung der Partelen.
4. Sofern die Zulässigkeit des Rechtsweges durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung maßgebend.

**A.** Die VerwaltungsgerichtsO hat an der Norm des GVG § 17 a (= GVG § 17 II a. F.) nichts geändert, obwohl die Norm, sobald rechtskräftig über die Zuständigkeit entschieden ist, nicht mehr zum Zuge kommt.

**B.** Nach GVG § 17 a darf die Landesgesetzgebung bei **Kompetenzkonflikten** zwischen den (ordentlichen und evtl. auch den Sonder-)Gerichten und Verwaltungstellen (Gerichten oder Behörden) besondere Gerichtshöfe (vgl. GG Art. 92; keine Verwaltungstellen mehr) zur Entscheidung berufen.

**B II.** Soweit landesrechtliche Kompetenzgerichtshöfe entscheiden, werden nur die Gerichte desselben Landes gebunden (RGZ 152/178 [185]), nicht die eines anderen und nicht die des Bundes, also auch nicht der BGH; Kompetenzgerichtshöfe für den Fall, daß eine Verwaltungstelle eines anderen Landes befaßt ist, gibt es nicht. Einen Kompetenzkonfliktgerichtshof gibt es z. Z. nur in Bayern. Der Kompetenzkonflikt kann hier nicht mehr nach Verweisung durch das BayObLG an den BGH erhoben werden.

**C.** GVG § 17 a gibt dann noch Vorschriften darüber, was die Landesgesetzgebung bei der Entscheidung durch Kompetenzgerichtshöfe mindestens anzuordnen hat.

**C I.** Die Voraussetzungen für die Abberufung der Richter sind jetzt überall gleich geregelt. Schwierigkeiten dürften sich ergeben, soweit die Mitgliedschaft an ein politisches Amt gebunden ist, weil dann GVG § 17 a I 1 eine Abberufung aus dem Kompetenzkonfliktgerichtshof u. U. nicht zuläßt.

**C IV. GVG § 17 a I 4** bezieht sich nur auf den positiven Konflikt, an den negativen sah man bisher die Verwaltungbehörde usw. nicht als gebunden an (vgl. die Worte „Zulässigkeit des Rechtsweges“, also nicht die „Unzulässigkeit“). Vgl. dazu GVG § 13 B IV b 2 und Bötticher JZ 57/568.

## § 18

**I Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckt sich nicht auf die Leiter und Mitglieder der bei der Bundesrepublik Deutschland beglaubigten diplomatischen Vertretungen. Sie erstreckt sich auch nicht auf andere Personen, die nach den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts oder nach einem Staatsvertrag von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit sind.**

**A.** Einen weiteren Fall der Zuständigkeit im weiten Sinn stellt die **Prozeßbedingung der Gerichtsbarkeit** dar (§ 1 B III b).

**A I.** Sie ist für die ordentlichen Gerichte eine obere Grenze. Entscheiden sie dennoch, so ist ihre Entscheidung — soweit sie den Exterritorialen belastet — (schwebend) nichtig; wenn auch eine solche Entscheidung durch Rechtsmittel nachgeprüft werden darf (BGH

NJW 52/469) und in jeder Lage des Verfahrens und von jedem Gericht (nicht bloß dem erkennenden) von sich aus zu prüfen ist. Dies gilt auch dann, wenn eine andere Klagemöglichkeit überhaupt nicht, also etwa auch nicht die im Auslande besteht (RGZ 157/392), weil es insoweit nicht möglich ist, einen Friedenszustand herzustellen, wenn das Ausland ihn verwehrt (die Gerichtsbarkeit findet in den Grenzen der Staatsmacht ihre eigenen).

b) Die **Gerichtsunterworfenheit** des Beklagten ist Prozeßvoraussetzung. Sie steht deshalb zur Beweislast des Klägers, und auch der mit der Klage abgewiesene Kläger hat das Rechtsmittel, um eine Klageabweisung als unzulässig zu erreichen (soweit er sie nicht noch — einseitig — zurücknehmen darf); er hat aber keinen Rechtsbehelf mehr, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Insoweit darf auch nach § 275 verfahren werden (RGZ 157/399 [394]). Dagegen kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß sein Gegner exterritorial ist, wie es auch der Kläger nicht (mehr) kann, wenn der Exterritoriale sich unterworfen hat.

**A II.** Die Bestimmung bezieht sich nur auf das Gerichtsland (§ 12 A II a 2, d. h. auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und Westberlin). Sie befreit die Leiter und die Mitglieder der bei der BRD beglaubigten Vertretungen von der inländischen Gerichtsbarkeit, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie ausländische oder deutsche Staatsangehörige oder staatenlos sind.

a) Indem man es auf das Gerichtsland abstellt, wurden zunächst nur die bei den gerichtsländischen Hoheitsträgern Akkreditierten als Exterritoriale geschützt, nicht die bei anderen ausländischen Hoheitsträgern (vgl. dazu aber GVG § 18 B 1). Würde die DDR bei der BRD Geschäftsträger u. dgl. m. stellen, so wären auch sie exterritorial. Dabei kann es für die inländischen Gerichte allein darauf ankommen, ob der eigene Staat eine ausländische Mission als solche anerkennt, gleichviel ob das Ausland sie gelten läßt.

b) Im einzelnen sind geschützt die Leiter der Missionen (nach dem vom Wiener Kongreß aufgestellten Reglement v. 19. 3. 1815 sind es Botschafter, Legaten, Nuntien, Gesandte und Geschäftsträger; die Konsuln gehören nicht dazu, vgl. GVG § 21 A, B), sobald ihnen das Agrément erteilt worden ist (und schon mit der Zureise und vor Übergabe des Beglaubigungsschreibens, sofern nicht das Agrément von vornherein verweigert und diese Erklärung dem Absendestaat rechtzeitig zugegangen war); die Mitglieder der ausländischen Vertretung sind geschützt, solange sie anerkannter Weise besteht und ihr nicht mitgeteilt worden ist, daß das einzelne Mitglied der Bundesrepublik nicht genehm ist (OLG Darmstadt JW 27/2324<sup>7</sup>) bzw. sofern der Absendestaat auf sie verzichtet, im besonderen indem er das Anstellungsverhältnis löst, aber auch wenn sich das Mitglied von ihm lossagt; wobei allerdings der Schutz noch für eine angemessene Abreisezeit bestehen bleiben muß. Zu den Mitgliedern gehören die Vertreter der Leiter und ihre Sachberater, im besonderen die Attachés (was für den Presseattaché noch nicht geklärt ist). Über den persönlichen Schutz der Familienmitglieder und den der Bediensteten vgl. GVG § 19 A I, B.

**b 1.** Der Schutz der in GVG § 18 angeordneten **Gerichtsbefreiung** erstreckt sich darauf, daß gegen den Exterritorialen **kein innerstaatlicher Zwang** ausgeübt werden darf (Personal-territorialität), wozu auch der Zugriff auf Sachen, die er bei sich trägt, gehört. Darüber hinaus besteht aber auch der Schutz seiner Wohnung (RG Gruch. 50/1127 [1130]), die gegen seinen Willen nicht betreten werden darf (Realexterritorialität). Davon geht § 203 III aus; eine Zustellung ist in ihr nicht zulässig (auch wenn sie an eine nichtexterritoriale Person gerichtet ist). Der Gerichtsbefreite darf grundsätzlich nicht dazu gezwungen werden, als Beklagter aufzutreten; dies gilt auch, wenn er der gesetzliche Vertreter des Beklagten ist, doch darf dem Beklagten dann ein Vertreter nach § 57 in entsprechender Anwendung bestellt werden, sofern er nicht selbst exterritorial ist. Ist der Exterritoriale nur sein Prozeßvollmächtigter oder Beistand, so wird auf seine Exterritorialität keine Rücksicht genommen; in der Annahme eines solchen Mandats liegt die Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit in bezug auf die Vertretung als solche; oder der Beklagte muß einen anderen Vertreter für sich bestellen. Der Exterritoriale darf nicht ohne seine Zustimmung als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden (wohl aber darf er als solcher nach der hier vertretenen Auffassung —

vgl. GVG § 18 A II b 2 — auf diplomatischem Wege geladen werden, solange nicht feststeht, daß er nicht bereit ist, zu erscheinen), und keineswegs dürfen gegen ihn Ordnung- und Haftstrafen festgesetzt oder gar erzwungen werden. Eine Vollstreckung gegen ihn ist grundsätzlich unzulässig, auch wenn er sich der Gerichtsbarkeit unterworfen (vgl. GVG § 18 C) hatte (KG OLG 33/225, HRR 33/1522).

**b 2.** Die **Zustellung** an einen Exterritorialen auf diplomatischem Wege ist zulässig; ob die Zustellung gegen ihn Wirkungen auslöst, hängt allerdings davon ab, ob er im Einzelfall gerichtsbefreit ist oder nicht (d. h. trotz wirksamer Zustellung darf gegen einen Gerichtsbefreiten kein Versäumnisurteil ergehen, wenn er sich dem Verfahren nicht unterworfen hat). Jedenfalls ist, wenn eine Klage gegen einen Gerichtsbefreiten eingereicht wird, so wie sonst Termin anzusetzen und der Gegner zu laden. Die Ablehnung der Terminanberaumung durch Beschluß ist unzulässig (vgl. OLG JR 54/263; a. M. OLG MDR 53/109); ergeht ein solcher Beschluß, so ist er anfechtbar. Wohl aber ist in der Verhandlung durch kontradiktorisches Urteil die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn der beklagte Exterritoriale nicht erschienen ist bzw. sich nicht ausdrücklich dem Verfahren unterworfen hat.

**B.** Darüber hinaus gibt es auch noch **völkerrechtliche Normen für die Befreiung** von der Gerichtsbarkeit, die nach GG Art. 25 Bundesrecht sind (vgl. dazu GG Art. 100 II).

**B I. Exterritorial** sind danach auch die wirklichen (d. h. auch von dem betreffenden Ausland anerkannten) Staatsoberhäupter (die Monarchen bzw. die Präsidenten) ausländischer Staaten; die richterlichen Mitglieder der internationalen Gerichtshöfe, deren Jurisdiktion die Bundesrepublik unterworfen ist; fremde Truppen (vgl. den Truppenvertrag i. F. v. 30. 3. 1955 — BGBl. II 321; GVG § 18 B IV h); ferner die Leiter (und wohl auch die Mitglieder) wirklich ausländischer Vertretungen bei fremden Staaten (nicht aber die eigenen Vertreter der Bundesrepublik oder Westberlins); die Vertreter fremder Staaten bei Ministerbesuchen, Delegationen zu bestimmten Verhandlungszwecken (für internationale Tagungen, aber auch nur für Staatsbesprechungen) u. dgl. m., wie auch die auf der Durchreise zu solchen Befindlichen (sofern Friedenszustand besteht). Die bloße Handelsvertretung eines Staates und ihre Angehörigen sind aber nicht befreit (RARBG E 7/301), sofern nicht besondere Staatsverträge dies anordnen.

**B II.** Auch die Rechtsperson des ausländischen Staates als solche ist gerichtsfrei (RGZ 62/165), selbst wenn sie sich im Inlande privatrechtlich (als Gewerbebetrieb) betätigt (RGZ 103/274 [278]); nicht aber sonstige Personen des öffentlichen ausländischen Rechts und erst recht nicht Handelsgesellschaften, wenn ihr Inhaber auch der ausländische Staat ist (RGZ 157/389 [395], BGH NJW 55/1435). Zu den Staaten gehören auch die Länder in ausländischen Bundesstaaten; nicht aber die Gemeinden der ausländischen Staaten (RGZ 110/315 für einen abgetrennten Kreis).

**a)** Staatschiffe (d. h. die, deren Reeder der Staat ist) sind nach der h. M. auf den inländischen Gewässern exterritorial, gleichviel ob es sich um Schiffe, die infolge der Staatshoheit des ausländischen Staates (Kriegs-, Zoll-, Postschiffe u. dgl. m.) gehalten werden, handelt oder um Kauffahrtschiffe (vgl. RGZ 103/274).

**b)** Besonderheiten gelten, soweit das **IA zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Immunitäten der Staatschiffe** (RGBl. 27 II 484) gilt.

**B III.** Sonstige Befreiungen von der Gerichtsbarkeit in personeller wie sachlicher Art ergeben sich aus **weiteren IA**, im besonderen

- a) nach dem Schumanplan,
- b) nach dem Europaratabkommen,
- c) nach dem Abkommen über die Gründung einer europäischen Zahlungsunion,
- d) nach dem I Weizen A,
- e) nach dem IA über die Gründung eines Rates für die Zusammenarbeit auf dem Gebiete des Zollwesens,
- f) nach dem Truppenvertrag,
- g) nach dem ECA-Abkommen.

- h) nach dem Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen der Sonderorganisationen der UNO,
- k) nach dem Abkommen mit Israel,
- l) nach der VO über die Gewährung von Vorrechten und Befreiungen an die Nordatlantikorganisation,
- m) nach dem Brüsseler Protokoll v. 30. 7. 1956 über die Immunitäten der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich,
- n) nach dem Abkommen über die Internationale Finanz-Corporation,
- o) nach dem Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Atomgemeinschaft,
- p) nach dem Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt.
- q) nach bilateralen Verträgen, dem französisch-deutschen Forschungsinstitut St. Louis, dem sowjetisch-deutschen Handelsabkommen,
- r) für die internationale Arbeitorganisation,
- s) für Natoangehörige,
- t) für den internationalen Währungsfonds,
- u) für die Bank für Wiederaufbau und Entwicklung.

**B IV.** Der ordentliche Gerichtsweg ist ausgeschlossen kraft staatsrechtlicher Sondervereinbarungen, wo **internationale Gerichtshöfe** zuständig gemacht worden sind.

Dahin gehören u. a. die Schiedsgerichte:

- a) nach dem Deutschlandvertrag,
- b) die Zuständigkeit des internationalen Gerichtshofes nach dem Brüsseler Vertrag,
- c) der Gerichtshof nach dem Schumanplan,
- d) die Gerichtsbarkeit bzgl. der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten,
- e) die nach dem IA über die Errichtung einer europäischen Organisation für kernphysikalische Forschung,
- f) die Entscheidungsgewalt des Rats nach dem IA Weizenabkommen,
- g) die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Londoner Schuldenabkommen,
- h) die ausländische Gerichtsbarkeit über fremde Truppen,
- i) die Entscheidungsgewalt des Rates nach dem I ZuckerA,
- k) die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem I Fernmeldevertrag,
- l) die nach dem Weltpostvertrag,
- m) die nach dem Welturheberrechtsabkommen,
- n) die mit Israel, mit Großbritannien, mit Österreich, im Saarabkommen, mit den USA, mit Dänemark, mit der Schweiz, mit Frankreich, mit Schweden, mit der Dominikanischen Republik,
- o) die nach der Verschollenheitkonvention,
- p) nach dem Ölabkommen,
- q) nach dem Abkommen zur Bestrafung des Völkermordes,
- r) nach dem Abkommen über die europäische Wirtschaftsgemeinschaft,
- s) nach dem europäischen Atomgemeinschaftabkommen,
- t) nach dem Abkommen über die Arbeitbedingungen der Rheinschiffer,
- u) nach dem europäischen sozialen Sicherheitabkommen,
- v) nach Eurofima,
- w) nach dem Luftverkehrsabkommen,
- x) nach Zollabkommen und
- y) nach dem europäischen Niederlassungabkommen.

**C.** Der Exterritoriale darf sich der inländischen **Gerichtsbarkeit unterwerfen.**

**C I.** Die Unterwerfung ist eine einseitige, prozessuale, auch stillschweigende, aber unbedingte und unwiderrufliche **Willenserklärung** (§ 38 B II e). Sie liegt in der Klageerhebung (auch in der der negativen Feststellungsklage, vgl. dazu OGH DRZ 49/66) oder in dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder in einem Verfahren durch Übernahme nach

§ 76 (OG Danzig JW 24/710<sup>2</sup>), aber auch in der Stellung des materiellen Klageabweisungsantrages (nicht in dem auf Abweisung als unzulässig). Auch wenn der Exterritoriale als obgesiegt habender Beklagter vollstrecken läßt, stimmt er der Gerichtsbarkeit zu. Ein vorprozessualer Verzicht auf die Gerichtsfreiheit ist bedeutungslos, deshalb darf auch nicht in der Errichtung eines Gewerbebetriebes im Inlande schon ein Verzicht auf die Exterritorialität gesehen werden (vgl. RGZ 103/274). Daß der Exterritoriale selbst zur Aufgabe seiner Gerichtsbefreiung der Zustimmung seiner Staatsmacht bedarf, ist nicht zu fordern.

**C II.** Der Verzicht ergreift alle Instanzen, die Wiederaufnahmeklagen (§§ 578 folg.), die Abänderungsklage (§ 323), die Vollstreckungsgegenklage (§ 767) wie die Klage auf Unzulässigkeit der Vollstreckung (§ 771 u. a.), bei der einstweiligen Verfügung auch die Folgeklagen (§ 926).

**a)** Doch ergreift der Verzicht nur die vorgebrachte Klage. Bei einer gesetzlich nicht zugelassenen Klageänderung (über die gesetzlich zugelassene vgl. § 268 A) bedarf es erneuter Zustimmung des Exterritorialen (a. M. Riezler 381). Eine Widerklage ist unzulässig, soweit der Exterritoriale nicht einwilligt. Dagegen sind Einwendungen aller Art einschließlich Aufrechnung und das Geltendmachen von Einreden, einschließlich der des Zurückbehaltungsrechts, stets zulässig.

**b)** Der Verzicht des Gerichtsbereiten im Prozeß erstreckt sich nicht notwendigerweise auf die Vollstreckung (KG OLG 38/225 [228], HRR 33/1522); denn die Vollstreckung ist ein besonderer Zwang; ein Verzicht auf die Realexterritorialität ist schlechthin ausgeschlossen, sofern nicht der ausländische Staat selbst zustimmt (bzw. die rechtrtragende internationale Körperschaft) und erst recht der auf den persönlichen Schutz des Exterritorialen, so daß Verhaftungen ausgeschlossen sind.

**c)** Die Streithilfe wirkt gegen den Exterritorialen, wenn er als Streithelfer in den Prozeß eintritt, sie eröffnet indes noch nicht die Möglichkeit, nach Beendigung des Hauptprozesses gegen ihn vorzugehen (anders die Hauptintervention); die Streitverkündung äußert dagegen hier keine Wirkung, weil es zu irgendeiner prozessualen Erklärung durch den Gerichts-freien regelmäßig nicht kommt; es sei denn, daß er den Streit weiter verkündet.

**d)** Bezüglich dinglicher Klagen vgl. GVG § 20.

## § 19 (19)

**I Für die Familienmitglieder, das Geschäftspersonal der im § 18 genannten Personen und für ihre Bediensteten, die nicht Deutsche sind, gilt die Vorschrift des § 18 entsprechend.**

**A.** Die Exterritorialität der Bediensteten und der Familienmitglieder ist abgeleiteter Art (Riezler 343).

**A I.** Bedienstet sind alle Angestellten und Arbeiter, die in einem auf die Dauer berechneten Dienst-, Geschäftsbesorgungs- oder Werkvertragsverhältnis stehen, selbst wenn sie nicht für den ausländischen Staat, sondern von dem Exterritorialen angestellt sind. Doch genießen die Bediensteten der Familienmitglieder diesen Schutz nicht, wenn sie nicht von dem Exterritorialen selbst angestellt sind. Auch dürfen die Bediensteten nicht deutsche Staatsangehörige (selbst wenn sie diese Angehörigkeit neben anderen haben) sein (anders, wenn sie staatenlos sind oder eine fremde, wenn auch nicht gerade die der Macht haben, der der Exterritoriale angehört). Deutsche sind hier nur gerichtsbefreit, wenn sich die BRD bzw. Westberlin ihrer Gerichtshoheit begeben haben.

**A II.** Das Geschäftspersonal genießt dagegen den Schutz, solange ihn der ausländische Staat für seine Vertretung im Inlande hat (und für die Abreisezeit), auch wenn es aus Deutschen besteht. Die Bediensteten des Geschäftspersonals sind nicht mehr gerichtsbefreit.

**B.** Als Familienmitglieder zählen die, welche zum Hausstande des Exterritorialen gehören, selbst wenn sie deutsche Staatsangehörige sind. Für die Scheidung dieser kommt die diplomatische Vertretung des Heimatstaats in betracht (LG FamRZ 59/506).

## § 20 (20)

**I** Durch die Vorschriften der §§ 18, 19 werden die Vorschriften über den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht berührt.

A. Das Gebäude, in dem sich die ausländische Vertretung aufhält, ist exterritorial. Kann sonst gegen einen Exterritorialen ein dinglicher Gerichtsstand begründet werden (§ 24), so ist die Klage gegen ihn zulässig; für die nach §§ 25, 26 im dinglichen Gerichtsstand erhobene Klage gilt die Vorschrift des GVG § 20 nicht.

B. GVG § 20 betrifft auch nur das Erkenntnis-, nicht das Vollstreckungsverfahren (KG HRR 33/1522). Doch ist die Vollstreckung in das Grundstück auf Grund des dinglichen Titels ebenfalls zulässig, kann aber nicht zur Besitzentsetzung führen.

## § 21 (21)

**I** Die in der Bundesrepublik Deutschland angestellten Konsuln sind der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen, sofern nicht in Verträgen der Bundesrepublik mit anderen Mächten Vereinbarungen über die Befreiung der Konsuln von der inländischen Gerichtsbarkeit getroffen sind.

A. Konsuln werden auf Grund eines Exequatur von ausländischen Mächten zur Wahrung und Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen und der ihrer Angehörigen, wie zum Schutze dieser, zur Legalisierung von Urkunden, zu der Vermittlung von Zustellungen, Unterstützung von Staatsangehörigen, bisweilen auch zur Vernehmung von Zeugen, im Nachlaß- und Vormundchaftswesen, zur Erteilung von Einreisevisen u. dgl. m. bestellt. Die dienstlichen Papiere des Konsuls gelten nach Völkerrecht als unangreifbar. Vollstreckungen in sie sind unzulässig. Dagegen ist der Konsul — sofern er nicht zugleich beglaubigter Vertreter seiner Macht ist (sonst ist er „Nurkonsul“ — KG HRR 33/1522), nicht exterritorial.

B. Doch können Staatsverträge den Konsuln Befreiung gewähren. Solche Verträge gibt es mit Spanien, mit der Türkei, mit Jemen, mit den USA, mit der UdSSR.

Dritter Titel

Amtsgerichte

## § 22 (22)

**I** Den Amtsgerichten stehen Einzelrichter vor.

**II** Ein Amtsrichter kann zugleich Mitglied oder Direktor bei dem übergeordneten Landgericht sein.

**III** Die allgemeine Dienstaufsicht kann von der Landesjustizverwaltung dem Präsidenten des übergeordneten Landgerichts übertragen werden. Geschieht dies nicht, so ist, wenn das Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt ist, einem von ihnen von der Landesjustizverwaltung die allgemeine Dienstaufsicht zu übertragen; ist die Zahl der Richter höher als fünfzehn, so kann die Dienstaufsicht zwischen mehreren von ihnen geteilt werden.

**IV** Jeder Amtsrichter erledigt die ihm obliegenden Geschäfte, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, als Einzelrichter.

A. GVG § 22 bezieht sich auf die Amtsgerichte als Organe der streitigen Zivil- und der Strafgerichtsbarkeit, gilt aber auch für die ihnen als Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Aufgaben. Über die Bildung der Kammer für Handelsachen beim Amtsgericht vgl. GVG §§ 93 II, 106, über die Einrichtung von Zweigstellen und die Abhaltung von Gerichts-

tagen außerhalb des Sitzes des AG vgl. VO v. 20. 3. 1935 (RGBl. I 403) § 3. Arbeitsgerichte sind keine Amtsgerichte, sondern Sondergerichte, über ihre Errichtung vgl. ArbGG §§ 14 folg.

**B.** Grundsätzlich soll der Amtsrichter als **Einzelrichter** tätig werden (GVG § 22 I, IV). Doch gibt es im Strafverfahren, aber auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Ausnahmen (bei den Landwirtschaftsgerichten, LVG § 2 II, wo zwei Laienbeisitzer mitwirken; dem entspricht auch die Besetzung der Arbeitsgerichte nach ArbGG § 16 II). Wann ein Amtsrichter zugleich Mitglied oder Direktor beim übergeordneten Landgericht ist, ergibt sich aus seiner Berufung durch die Landesjustizverwaltung. Als solcher kann er auch Vorsitzender einer auswärtigen Kammer für Handelsachen sein (GVG § 106).

**C.** Die allgemeine **Dienstaufsicht** des dienstaufsichtführenden Richters besteht nur über die nichtrichterlichen Beamten, Angestellten und Arbeiter (VO v. 10. 3. 1935, [RGBl. I 403] § 15, vgl. AV v. 14. 6. 1937 — DJ 914). Die richterlichen Beamten (einschließlich der dienstaufsichtführenden) unterstehen in diesem Falle dem Präsidenten des übergeordneten LG. Über die Dienstaufsicht bei am AG gebildeten Präsidien vgl. GVG § 22 a.

### § 22 a (—)

**I** Bei den mit einem Präsidenten besetzten Amtsgerichten wird ein Präsidium gebildet.

**II** Das Präsidium besteht aus dem Amtsgerichtspräsidenten als Vorsitzenden, den Amtsgerichtsdirektoren, den Oberamtsrichtern und den beiden dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach ältesten Amtsrichtern.

**III** Das Präsidium entscheidet nach Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Amtsgerichtspräsidenten den Ausschlag.

**A.** Bei den **großen Amtsgerichten** wird ein Präsident ernannt und ein Präsidium gebildet. Wann dies geschieht, ist Sache der Justizverwaltung des Landes und muß durch Gesetz bestimmt werden (vgl. VO v. 20. 3. 1935 § 1 I). Soweit ein Amtsgerichtspräsident ernannt ist, übt er auch über die Richter die Dienstaufsicht aus (vgl. GVG § 22 c I 2). Der Hamburger AG-Präsident übt sie über alle hamburgischen AG aus (vgl. Hbg. AG GVG § 26).

**B.** Der **Aufgabenkreis des Präsidenten** liegt in der Wahrnehmung der Geschäfte der Justizverwaltung, seine Vertretung regelt die Landesjustizverwaltung. Der Aufgabenkreis des Präsidiums besteht darin, die Geschäfte zu verteilen und die Vertretung im Behinderungsfalle zu regeln. Die Vorschrift des GVG § 22 a II, III ist der des GVG § 64 II, IV nachgebildet.

### § 22 b (—)

**I** Bei den mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amtsgerichten werden die Geschäfte vor Beginn des Geschäftsjahres auf seine Dauer verteilt. In gleicher Weise wird die Vertretung der Amtsrichter in Behinderungsfällen geregelt.

**II** Die getroffene Anordnung kann im Laufe des Geschäftsjahres nur geändert werden, wenn dies wegen Überlastung, Wechsels oder dauernder Behinderung eines Richters erforderlich ist.

**A.** Die **Geschäftsverteilung** befaßt sich mit der Zuteilung der einzelnen zu bearbeitenden Angelegenheiten, etwa nach Verfahrensarten (Straf-, Zivilangelegenheiten, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit), Gegenständen (etwa Vormundschafts-, Nachlaß-, Vertragshilfe-, innerhalb des Zivilprozesses nach Miet-, Pachtsachen; Kauf, Tausch usw.), Parteien (die stets nach dem Nachnamen des Beklagten alphabetisch zugeordnet werden, etwa nach Anfangsbuchstaben) und sorgt für die Vertretung im Behinderungsfalle des sonst bestimmten Richters (bei Erkrankung, Urlaub, infolge Ablehnung). Die Geschäftsverteilung wird jährlich festgelegt (vor Beginn des Geschäftsjahres; GVG § 22 b I). Sie bleibt für das Geschäftsjahr bestehen, wenn nicht gesetzlich bestimmte außergewöhnliche Gründe ihre Änderung erforderlich machen (GVG § 22 b II). Die Verletzung der Sollvorschrift ist aber ohne jede Wirkung (GVG § 22 d).

### § 22 c (—)

**I** Die im § 22 b bezeichneten Anordnungen werden bei den mit einem Präsidenten besetzten Amtsgerichten von dem Präsidium des Amtsgerichts getroffen. Das gleiche gilt für andere zum Bezirk des übergeordneten Landgerichts gehörige Amtsgerichte, über die der Amtsgerichtspräsident an Stelle des Landgerichtspräsidenten die Dienstaufsicht ausübt. Der Amtsgerichtspräsident bestimmt die Abteilung, die er übernimmt.

**II** Bei den übrigen Amtsgerichten werden die im § 22 b bezeichneten Anordnungen von dem Präsidium des Landgerichts getroffen.

**III** Sofern eine Entscheidung des Präsidiums nicht rechtzeitig ergehen kann, werden die im § 22 b bezeichneten Anordnungen bei dem mit einem Präsidenten besetzten und bei anderen seiner Dienstaufsicht unterstehenden Amtsgerichten von dem Amtsgerichtspräsidenten, bei den übrigen Amtsgerichten von dem Landgerichtspräsidenten getroffen. Die Anordnung ist dem Präsidium unverzüglich vorzulegen. Sie bleibt in Kraft, solange das Präsidium nicht anderweit beschließt.

**A.** Die Geschäftsverteilung nimmt, wo ein Amtsgerichtspräsident ernannt ist, das Präsidium vor (GVG § 22 a), und es ist auch zuständig, wenn dem Amtsgerichtspräsidenten mehrere Amtsgerichte zugeteilt worden sind, die aber zum selben Landgericht gehören müssen (GVG § 22 e I 2). Dabei wählt der Amtsgerichtspräsident die Abteilung, die er bearbeiten will (GVG § 22 c I 3). In diesem Falle bestimmt also er allein, sonst nur das Präsidium und nicht er.

**B.** Bei Amtsgerichten ohne eigenes Präsidium entscheidet das Präsidium des übergeordneten Landgerichts (§ 22 c II, vgl. GVG § 64).

**C.** In dringenden Fällen entscheidet der Amtsgerichts- bzw. der Landgerichtspräsident allein; doch darf das Präsidium die Anordnung aufheben. Entscheiden sie ohne Dringlichkeit, so bleiben ihre Maßnahmen bis zur Aufhebung aber dennoch bestehen (vgl. auch GVG § 22 d).

### § 22 d (—)

**I** Die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters wird nicht dadurch berührt, daß die Handlung nach der Geschäftsverteilung von einem anderen Richter wahrzunehmen gewesen wäre.

**A.** Durch die Vorschrift des GVG § 22 d ist jeder Angriff gegen GVG §§ 22 a—22 c unzulässig.

### § 23 (23)

**I** Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind:

1. Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von eintausend Deutsche Mark nicht übersteigt;
2. ohne Rücksicht auf den Wert der Streitgegenstandes:
  - a) Streitigkeiten zwischen dem Vermieter und dem Mieter oder Untermieter von Wohnräumen oder anderen Räumen oder zwischen dem Mieter und dem Untermieter solcher Räume wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung sowie wegen Zurückhaltung der von dem Mieter oder dem Untermieter in die Mieträume eingebrachten Sachen;
  - b) Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpediten in den Einschiffungshäfen, die über Wirtszechen, Fuhrlohn, Überfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, die aus Anlaß der Reise entstanden sind;

- c) Streitigkeiten wegen Viehmängel;
- d) Streitigkeiten wegen Wildschadens;
- e) alle Ansprüche auf Erfüllung einer durch Ehe oder Verwandtschaft begründeten gesetzlichen Unterhaltspflicht;
- f) Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlaf;
- g) Ansprüche aus einem mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugvertrag;
- h) das Aufgebotsverfahren.

A. GVG § 23 regelt die sachliche Zuständigkeit i. e. S. (§ 1 B III b) der Amtsgerichte <sup>1a</sup> erster Instanz, im Gegensatz zu der der Landgerichte, welche in GVG § 71 normiert ist. Über die örtliche Zuständigkeit vgl. §§ 12 folg.

A I. Die Regelung der sachlichen Zuständigkeit in GVG § 23 ist ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht ausschließlich (RG v. 4. 5. 1883 III E 9/349), d. h. in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (GVG § 23 B I) darf die des LG vereinbart werden (§§ 38 folg.). Wegen Verletzung des GVG § 23 sind die Entscheidungen des LG nicht angreifbar (§ 10). Umgekehrt kann aber auch das Amtsgericht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten an Stelle des Landgerichts angegangen werden. Doch soll das Amtsgericht auf die landgerichtliche Zuständigkeit nach § 504 II hinweisen.

A II. Die Regelung ist nicht erschöpfend, sondern wird von einer Reihe von Einzelgesetzen ergänzt und modifiziert. Im besonderen gilt sie nur, soweit nicht die Landgerichte ausschließlich zuständig sind (vgl. GVG §§ 71 II, 27).

B. GVG § 23 I 1 regelt die sachliche Zuständigkeit in vermögensrechtlichen Streitigkeiten (§ 2 A I b 2) nach der Höhe des Streitwerts und in GVG § 23 I 2 ohne Rücksicht auf diesen.

B I. Der Wert wird nach §§ 3—9 berechnet.

B II. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten (§ 2 A I b 1) gehören grundsätzlich vor das Landgericht (GVG § 71, vgl. auch § 40 II); doch gehören noch die (nichtstreitigen) Vorverfahren in Entmündigungsangelegenheiten als nichtvermögensrechtliche vor die Amtsgerichte.

B III. Ohne Rücksicht auf den Streitwert, also auch wenn 1000 DM überschritten werden (und grundsätzlich nicht ausschließlich RGZ 9/349), zuständig sind die Amtsgerichte in den Fällen des GVG § 23 I 2. Bei Verbindung mit anderen Ansprüchen ist auf Antrag zu trennen und zu verweisen (§ 276). Nur soweit die ausschließliche Zuständigkeit besteht und zu beachten ist (GVG § 23 A I), darf es zur Trennung und Abweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit kommen, sofern kein Verweisungsantrag gestellt wird. Über die einheitliche Verhandlung bei mehreren Klagegründen, von denen einer unter die amts- der andere unter die landgerichtliche Zuständigkeit fällt, vgl. § 2 A I.

a) Unter GVG § 23 I 2 a fallen die Mietstreitigkeiten um Räume wie um Zurückhaltung eingebrachter Sachen (vgl. BGB §§ 536, 542, 544, 553, 556, 559, 561 II, 564, 580). Die Vorschrift wird verdrängt durch MSchG §§ 7 I 1, 27 I 1. In allen Fällen des MSchG ist das AG ausschließlich zuständig. Die Aufhebungsklage des MSchG § 7 ist eine Gestaltungsklage, die Herausgabeklage des MSchG § 27 I 1 dagegen kann sowohl eine Leistungs- wie eine Feststellungsklage sein. Unter MSchG § 7 I fallen alle Aufhebungsklagen, d. h. grundsätzlich die über Miet- (MSchG § 1 I) und Pacht- (MSchG § 36) verhältnisse über Gebäude, Gebäudeteile (BGB § 580; mit Ausnahme der in MSchG §§ 19—26, 32—35 enthaltenen Einschränkungen), soweit nicht Ausnahmen vom Mieterschutz bestehen (MSchG § 31 a folg., 52 e, GeschäftsraummiettenG § 5); Leihe fällt nicht unter den Mieterschutz. Beim Streit über die wirksame und vom Mieter veranlaßte Auflösung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses darf das AG nicht präjudiziell vor dem ArbG entscheiden, sondern muß bei Werkwohnungen die — erste — Entscheidung dem ArbG überlassen (MSchG §§ 20, 21); bis zur Entscheidung des ArbG ist der Streit auszusetzen. Anders ist dies, wenn die vom Mieter veranlaßte Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Mieter unstreitig ist. Soweit MSchG § 7 1 nicht zutrifft, greift u. U. GVG § 23 I 2 ein; diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf Mietverhältnisse, nicht auf Leihe oder Pacht (RG JW 33/517<sup>a</sup>) und begründet auch keine ausschließliche Zuständigkeit. Bei nur

auf Eigentum gestützten Klagen ist weder das MSchG noch GVG § 23 I 2 anzuwenden, auch wenn der Beklagte sein Recht zum Besitz (BGB § 986) auf Miete stützt, in dem letzten Falle muß aber, wenn ein Mietverhältnis besteht, die Klage abgewiesen werden. GVG § 23 I 2 trifft nur die in ihm genannten Ansprüche aus dem Mietverhältnis, also die auf Überlassung, Benutzung oder Räumung sowie wegen Zurückbehaltung eingebrachter Sachen. Dazu gehören auch Klagen auf Instandsetzung, Beheizung (KG JW 21/1368<sup>4</sup>), Warmwasserversorgung einschließlich der Instandsetzung der dazu erforderlichen Anlagen (KG JW 22/228<sup>3</sup>), auf Lieferung von Dampf für zum Gewerbebetrieb vermietete Räume (KG JW 22/815<sup>4</sup>), auf Beseitigung von Störungen (OLG NJW 54/1370); aber nicht die gegen Fernheizunternehmen. Nicht in Betracht kommen dagegen die auf Zahlung des Mietzinses, einer Entschädigung und nicht die auf Feststellung des gesamten Verhältnisses (RG Seuff. 46/128), wohl aber ist die Feststellung im Rahmen einer Leistungsklage zulässig (§ 280). Auf Miete beweglicher Sachen trifft die Bestimmung nicht zu (RG Gruch. 38/1066); doch wird man für Wohnwagen und Wohnschiffe sie entsprechend anwenden dürfen (obwohl BGB § 580a die in Betracht kommenden Bestimmungen nur teilweise aufnimmt). Nicht vor die ordentlichen Prozeßgerichte (sondern vor die Landwirtschaftsgerichte) gehören die landwirtschaftlichen Streitigkeiten nach **LVG §§ 1, 13** (Grundstückvererbung und -veräußerung, Pacht und Nutzungsverhältnisse von Land- und Forstwirtschaften). Bei Streitigkeiten über die Untervermietung (MSchG § 29), oder bei der Genehmigung eines Wohnungstausches (MSchG § 30) entscheidet das **Miet-einigungsamt**. Zuständig dafür sind die Amtsgerichte (MSchG § 37), die im Beschlußverfahren mit anschließender Rechtsbeschwerde entscheiden (MSchG § 41). Eine weitere Beschwerde gibt es z. Z. hier nicht; wohl aber die Vorlegung entsprechend FGG § 28 II, III für einen Rechtsentscheid nach MSchG § 47. Bei Streit um die **Zuteilung der Wohnung an einen geschiedenen Gatten** (oder den, dessen Ehe für nichtig erklärt wurde oder aufgehoben ist) wird vom Amtsgericht als Hausratsgericht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden (EheG 6. DVO §§ 3 folg.).

b) Das AG ist ferner sachlich zuständig für **Reisestreitigkeiten** (GVG § 23 I 2 b) zwischen Reisenden und Wirten (vgl. BGB §§ 701 folg.), Schiffern (BinnenschiffahrtsG §§ 26 folg., HGB §§ 664 folg.), Flößern (vgl. § 2 FlößereiG), Auswanderungsexpediten (vgl. AuswanderungsG §§ 22 folg.) nur wegen der im Gesetz ausdrücklich genannten Ansprüche, und zwischen Reisenden und Handwerkern, die aus Anlaß der Reise entstanden sind (gemeint sind aber stets nur Vertragsverhältnisse), gleichviel ob die Reise z. Z. der Klageerhebung schon beendet ist oder nicht.

c) Für **Viehängel** (vgl. BGB §§ 481 folg.) kommt es nur darauf an, ob ein Mangel eines der in BGB § 481 bezeichneten Tiere und nach der h. M. (Sydow-Busch § 23 GVG Anm. 11) auch Mängel der in BGB § 481 nicht bezeichneten Tiere Grundlage für einen erhobenen Anspruch (nicht für Einwendungen und Einreden, vgl. OLG Seuff. 52/112 ist, gleichviel ob er auf Wandlung, Schadensersatz oder Gewährleistung gerichtet ist, also auch bei besonderem Gewährvertrag oder Zusicherung oder aus betrügerischem Verhalten (OLG 15/44), bei selbständigem Garantievertrag; aber nicht für die auf Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung gerichteten Ansprüche.

d) Für **Wildschadensansprüche** vgl. das BundesjagdG und die LänderG (GVG § 13 F Va), welche nach Vorbescheiden auf das AG verweisen. Eine ausschließliche Zuständigkeit des AG ist im GVG nicht angeordnet und darf deshalb — nach der hier vertretenen Auffassung — auch nicht durch die Ländergesetze angeordnet werden.

e) **Unterhaltsansprüche** aus Ehe oder Verwandtschaft gehören auch bei nichtiger, aufgehobener oder geschiedener Ehe vor die AG (GVG § 23 I 2 a). Vgl. aber auch die landgerichtliche Zuständigkeit für die einstweiligen Anordnungen nach §§ 627 folg. Auch die auf den Rechtsnachfolger übergegangenen Unterhaltsansprüche (im besonderen i. F. des BGB § 1607 II 2, a. M. Schönke § 1 Anm. II 2 e) und die nach FürsorgepflichtVO § 21 a (über die Erstattungsansprüche der Fürsorgebehörden, vgl. GVG § 13 F III b 1) gehören vor die AG. Ebenso Ansprüche aus BGB § 1361a. Ob die Ansprüche durch Leistung- oder Feststellungsklage geltend gemacht werden, ist gleichgültig; auch die auf Kapitalabfindung (EheG § 62 II) und

die auf Grund eines Vertrages, der auf dem gesetzlichen Grunde der Unterhaltspflicht den Anspruch der Höhe nach regelte (RGZ 149/29), im besonderen bei Unterhaltsvergleichen, die im Ehestreit abgeschlossen werden (OLG SchlHA 50/61), gehören hierher (anders, wenn der Anspruch auf Kapitalabfindung nicht aus dem Gesetz herzuleiten ist nach RGZ 149/29). Änderungsklagen (§ 323) fallen unter die Bestimmung, soweit der zu ändernde Anspruch hierher gehört. Keine Unterhaltsansprüche sind Ansprüche aus Verlöbniß und die auf den Zugewinn (BGB §§ 1372 folg.). Ansprüche aus BGB §§ 679, 683, 670 zählen auch nicht hierher. Nicht auf Ehe oder Vormundschaft beruhen die Ansprüche gegen die Erben nach BGB §§ 1963, 2141, 1969.

f) Die AG sind nach GVG § 23 I 2 f ferner zuständig für die Entscheidung über Ansprüche aus **unehelichem Beischlaf**, vgl. BGB §§ 1708, 1709 II, 1715, 1716, 1718, FürsorgepflichtVO § 21 a, wozu auch der vertragliche Anspruch, sofern die Unterhaltspflicht dem Grunde nach festliegt, zählt (vgl. RGZ 12/368). Dies sollte man aber auch im Fall des BGB § 1714 gelten lassen, selbst wenn sich der uneheliche Vater zu mehr verpflichtet, als er dem Gesetze nach verpflichtet ist. Dies alles gilt auch bei der Klage gegen den Rechtsnachfolger, wozu auch die Schuldübernahme nach BGB § 419 gehört (OLG BayJMBL. 52/266). Nicht unter die Norm fallen die Ansprüche aus BGB §§ 679, 683, 670. Gewohnheitsrechtlich gehören hierher nicht die Klage aus BGB § 1300 (OLG Dresden Seuff. 58/218, OLG Darmstadt Seuff. 61/11), die aus BGB §§ 825, 847 II (Schönke § 1 Anm. II 2 f). Nicht unter die Norm fällt ferner die nichtvermögensrechtliche Klage auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft — der Blutsverwandtschaft — überhaupt (BGH MDR B 944/56: sie sei Statusklage, vgl. § 644).

g) **Leibdingeverträge** i. V. m. Grundstücküberlassungsverträgen (vgl. EGBGB Art. 96, PRAGGB Art. 15) gehören nach GVG § 23 I 2 g vor die Amtsgerichte. Auf die dingliche Sicherung dieser Ansprüche kommt es dabei nicht an. Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ist allerdings nur noch für Altenteilsverträge zuständig, welche nicht aus einer Hofüberlassung stammen. Denn diese Streitigkeiten gehören sonst vor die Landwirtschaftsgerichte.

h) Für **Aufgebotsverfahren** vgl. §§ 946—1024 (§§ 946 II, 978, 983, 987 a, 990, 1005, 1006). Wegen der Möglichkeit des landesgesetzlichen Ausschlusses der Amtsgerichte vgl. EG § 11.

**C.** Abweichend von diesen **Zuständigkeitregeln** ist — ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes und ohne Rücksicht auf die Frage, ob etwas vermögensrechtlich streitig ist (weshalb auch die Änderung der Zuständigkeitwertgrenze außer acht bleibt) — **kraft besonderer gesetzlicher Zuweisung** bisweilen ein besonderes Prozeßgericht

**C I.** **ausschließlich** zuständig, d. h. entweder das AG oder das LG (die Kammer für Handelsachen oder die Zivilkammer; hier indes abgesehen von dem Fall der Hauptintervention, vgl. § 64, GVG § 103); doch wird auch hierbei nur das Gericht im allgemeinen; nicht etwa dieselbe Besetzung, auch nicht dieselbe Abteilung, Kammer (vgl. RG JW 00/182?) zuständig gemacht.

a) Eine solche liegt in der **Zuweisung** eines Rechtsstreits an das **Prozeßgericht der ersten Instanz**, vgl. §§ 64 (für die Hauptintervention), 731, 749 (für die Erteilung der Vollstreckungsklausel), 767 (für die Vollstreckungsgegenklage), 768 (für die auf Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel), §§ 769 I, 770 I, III, 772, 773, 774, 785, 786, 791 I, 795, 796 III, 797, 797 a, 800 III, 800 a II, 802, 879 (als Vollstreckungsprozeßgericht), 893 (für die Klage auf das Interesse). Entsprechende Zuweisungen finden sich im Kostenfestsetzungsverfahren (vgl. § 103) und in der Vollstreckungsinstanz in den Fällen der §§ 887 folg. Eine nicht ausschließlich, sondern wahlfreie Zuweisung an das Prozeßgericht der ersten Instanz findet sich in dem Falle des § 34, dessen Bedeutung allerdings durch BRAGeO § 19 nur noch gering ist.

b) Sie liegt ferner in der Bestimmung des **Wiederaufnahmegerichts** nach § 584.

**C II.** Im Gegensatz zu diesen Vorschriften ist (regelmäßig) **wahlweise** das Prozeßgericht der ersten Instanz und, wenn der Rechtsstreit sich in der Berufungsinstanz befindet, das Berufungsgericht (§ 943) für das Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren zuständig

(vgl. §§ 919, 937 I, aber auch das AG nach §§ 919, 942); eine ausschließliche Zuständigkeit gibt es nur nach § 943 II für die Anordnung nach § 109 und in den Fällen, wo der Arrest wegen veränderter Umstände aufgehoben werden soll, nach § 927 II.

## § 24 (27)

- I** In Strafsachen sind die Amtsgerichte zuständig für
1. Übertretungen,
  2. Vergehen, wenn nicht die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt oder die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 74 a oder des Bundesgerichtshofes nach § 134 begründet ist,
  3. Verbrechen, wenn nicht die Zuständigkeit des Schwurgerichts oder des Bundesgerichtshofes begründet, im Einzelfall eine höhere Strafe als zwei Jahre Zuchthaus oder der Ausspruch der Sicherungsverwahrung zu erwarten ist oder die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt.
- II** Das Amtsgericht darf nicht auf eine höhere Freiheitsstrafe als zwei Jahre Zuchthaus und nicht auf Sicherungsverwahrung erkennen.

## § 25 (—)

- I** Der Amtsrichter allein entscheidet bei
1. Übertretungen,
  2. Vergehen,
    - a) wenn sie im Wege der Privatklage verfolgt werden,
    - b) wenn die Tat mit keiner höheren Strafe als Gefängnis von sechs Monaten allein oder in Verbindung mit anderen Strafen oder mit Nebenfolgen bedroht ist,
    - c) wenn die Staatsanwaltschaft Anklage zum Einzelrichter erhebt und keine höhere Strafe als Gefängnis von einem Jahr zu erwarten ist,
  3. Verbrechen, die nur wegen Rückfalls Verbrechen sind, unter den Voraussetzungen der Nr. 2 c.

## § 26 (—)

**I** Für Straftaten Erwachsener, durch die ein Kind oder ein Jugendlicher verletzt oder unmittelbar gefährdet wird, sowie für Verstöße Erwachsener gegen Vorschriften, die dem Jugendschutz oder der Jugenderziehung dienen, sind neben den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichten auch die Jugendgerichte zuständig. Die §§ 24 und 25 gelten entsprechend.

**II** In Jugendschutzsachen soll der Staatsanwalt Anklage bei den Jugendgerichten nur erheben, wenn in dem Verfahren Kinder oder Jugendliche als Zeugen benötigt werden oder wenn aus sonstigen Gründen eine Verhandlung vor dem Jugendgericht zweckmäßig erscheint.

## § 26 a

weggefallen

## § 27 (24)

**I** Im übrigen wird die Zuständigkeit und der Geschäftskreis der Amtsgerichte durch die Vorschriften dieses Gesetzes und der Prozeßordnungen bestimmt.

## § 27

## GVG

B. Auf dem Gebiete des **Zivilprozessrechts** kommen auch noch andere Zuständigkeiten des AG in Betracht, im besonderen in Entmündigungssachen, als Konkurs-, Zwangsversteigerung-, Binnen-, Rhein- und Moselschiffahrtgericht.

C. Auf dem Gebiete der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** ist regelmäßig das AG als erste Instanz berufen.

**C I.** Seine Zuständigkeit ist regelmäßig ausschließlich (GVG § 13 C I a); doch gibt es auch eine konkurrierende Zuständigkeit zu den Organen der streitigen Gerichtsbarkeit (GVG § 13 C I c). Mit Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit konkurrieren u. a. die Zuständigkeit zu den Notaren nach NotarO §§ 22 folg.

### Vierter Titel Schöffengerichte

## § 28 (25)

**I** Für die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörenden Strafsachen werden, soweit nicht der Amtsrichter allein entscheidet, bei den Amtsgerichten Schöffengerichte gebildet.

## § 29 (26)

**I** Das Schöffengericht besteht aus dem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei Schöffen.

**II** Bei Eröffnung des Hauptverfahrens kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Zuziehung eines zweiten Amtsrichters beschlossen werden, wenn dessen Mitwirkung nach dem Umfang der Sache notwendig erscheint. Eines Antrages der Staatsanwaltschaft bedarf es nicht, wenn ein Gericht höherer Ordnung das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet.

## § 30 (30)

**I** Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie der Amtsrichter aus und nehmen auch an den im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen teil, die in keiner Beziehung zu der Urteilsfällung stehen und die auch ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können.

**II** Die außerhalb der Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen werden von dem Amtsrichter erlassen.

## § 31 (31)

**I** Das Amt eines Schöffen ist ein Ehrenamt. Es kann nur von Deutschen versehen werden.

## § 32 (32)

**I** Unfähig zu dem Amt eines Schöffen sind:

1. Personen, welche die Befähigung infolge strafgerichtlicher Verurteilung verloren haben oder wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt sind;

2. Personen, gegen die ein Ermittlungsverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens schwebt, das die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben kann;
3. Personen, die infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind.

### § 33 (33)

- I** Zu dem Amt eines Schöffen sollen nicht berufen werden:
1. Personen, die zur Zeit der Aufstellung der Vorschlagsliste für Schöffen das dreißigste Lebensjahr noch nicht vollendet haben;
  2. Personen, die zur Zeit der Aufstellung der Vorschlagsliste noch nicht ein Jahr in der Gemeinde wohnen;
  3. Personen, die wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen zu dem Amt nicht geeignet sind.

### § 34 (34)

- I** Zu dem Amt eines Schöffen sollen ferner nicht berufen werden:
1. der Bundespräsident;
  2. die Mitglieder der Bundesregierung oder einer Landesregierung;
  3. Beamte, die jederzeit einstweilig in den Warte- oder Ruhestand versetzt werden können;
  4. Richter und Beamte der Staatsanwaltschaft, Notare und Rechtsanwälte;
  5. gerichtliche und polizeiliche Vollstreckungsbeamte;
  6. Religionsdiener und Mitglieder solcher religiösen Vereinigungen, die satzungsgemäß zum gemeinsamen Leben verpflichtet sind.
- II** Die Landesgesetze können außer den vorbezeichneten Beamten höhere Verwaltungsbeamte bezeichnen, die zu dem Amt eines Schöffen nicht berufen werden sollen.

### § 35 (35)

- I** Die Berufung zum Amt eines Schöffen dürfen ablehnen:
1. Mitglieder des Bundestages, des Bundesrates, eines Landtages oder einer zweiten Kammer;
  2. Personen, die im letzten Geschäftsjahr die Verpflichtung eines Geschworenen oder an wenigstens zehn Sitzungstagen die Verpflichtung eines Schöffen erfüllt haben;
  3. Ärzte, Krankenpfleger und Hebammen;
  4. Apotheker, die keinen Gehilfen haben;
  5. Frauen, die glaubhaft machen, daß ihnen die Fürsorge für ihre Familie die Ausübung des Amtes in besonderem Maße erschwert;
  6. Personen, die zur Zeit der Aufstellung der Vorschlagsliste das fünfundsechzigste Lebensjahr vollendet haben oder es bis zum Ablauf des Geschäftsjahres vollenden würden.

### § 36 (36)

- I** Die Gemeinde stellt in jedem zweiten Jahr eine Vorschlagsliste für Schöffen auf. Für die Aufnahme in die Liste ist die Zustimmung von zwei Dritteln der gesetzlichen Zahl der Mitglieder der Gemeindevertretung erforderlich. Die Vorschlagsliste soll außer dem Namen auch den Geburtsort, den Geburtsort und den Beruf des Vorgeschlagenen enthalten.
- II** Die Vorschlagsliste ist in der Gemeinde eine Woche lang zu jedermanns Einsicht aufzulegen. Der Zeitpunkt der Auflegung ist vorher öffentlich bekanntzumachen.
- III** In die Vorschlagsliste sind aufzunehmen in Gemeinden
- a) mit 500 oder weniger Einwohnern fünf Personen,
  - b) mit mehr als 500 Einwohnern mindestens sechs Personen, im übrigen für je 200 Einwohner eine Person.

### § 37 (37)

**I** Gegen die Vorschlagsliste kann binnen einer Woche, gerechnet vom Ende der Auflegungsfrist, schriftlich oder zu Protokoll mit der Begründung Einspruch erhoben werden, daß in die Vorschlagsliste Personen aufgenommen sind, die nach § 32 nicht aufgenommen werden durften oder nach den §§ 33, 34 nicht aufgenommen werden sollten.

### § 38 (38)

**I** Der Gemeindevorsteher sendet die Vorschlagsliste nebst den Einsprüchen an den Amtsrichter des Bezirks.

**II** Wird nach Absendung der Vorschlagsliste ihre Berichtigung erforderlich, so hat der Gemeindevorsteher hiervon dem Amtsrichter Anzeige zu machen.

### § 39 (39)

**I** Der Amtsrichter stellt die Vorschlagslisten des Bezirks zusammen und bereitet den Beschluß über die Einsprüche vor. Er hat die Beachtung der Vorschriften des § 36 Abs. 2 zu prüfen und die Abstellung etwaiger Mängel zu veranlassen.

### § 40 (40)

**I** Bei dem Amtsgericht tritt jedes zweite Jahr ein Ausschuß zusammen.

**II** Der Ausschuß besteht aus dem Amtsrichter als Vorsitzenden und einem von der Landesregierung zu bestimmenden Verwaltungsbeamten sowie zehn Vertrauenspersonen als Beisitzern.

**III** Die Vertrauenspersonen werden aus den Einwohnern des Amtsgerichtsbezirks von der Vertretung des ihm entsprechenden unteren Verwaltungsbezirks mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl gewählt. Umfaßt der Amtsgerichtsbezirk mehrere Verwaltungsbezirke oder Teile mehrerer Verwaltungsbezirke, so bestimmt die zuständige oberste Landesbehörde die Zahl der Vertrauenspersonen, die von den Vertretungen dieser Verwaltungsbezirke zu wählen sind.

**IV** Der Ausschuß ist beschlußfähig, wenn wenigstens der Vorsitzende, der Verwaltungsbeamte und fünf Vertrauenspersonen anwesend sind.

### § 41 (41)

**I** Der Ausschuß entscheidet mit einfacher Mehrheit über die gegen die Vorschlagsliste erhobenen Einsprüche. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden. Die Entscheidungen sind zu Protokoll zu vermerken. Sie sind nicht anfechtbar.

### § 42 (42)

**I** Aus der berichtigten Vorschlagsliste wählt der Ausschuß mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen für die nächsten zwei Geschäftsjahre:

1. die erforderliche Zahl von Schöffen;
2. die erforderliche Zahl der Personen, die in der von dem Ausschuß festgesetzten Reihenfolge an die Stelle wegfallender Schöffen treten (Hilfsschöffen). Zu wählen sind Personen, die am Sitz des Amtsgerichts oder in dessen nächster Umgebung wohnen.

### § 43 (43)

**I** Die für jedes Amtsgericht erforderliche Zahl von Haupt- und Hilfsschöffen wird durch den Landgerichtspräsidenten (Amtsgerichtspräsidenten) bestimmt.

**II** Die Zahl der Hauptschöffen ist so zu bemessen, daß voraussichtlich jeder mindestens zu zwölf ordentlichen Sitzungstagen im Jahr herangezogen wird.

### § 44 (44)

**I** Die Namen der gewählten Hauptschöffen und Hilfsschöffen werden bei jedem Amtsgericht in gesonderte Verzeichnisse aufgenommen (Schöffenlisten).

### § 45 (45)

**I** Die Tage der ordentlichen Sitzungen des Schöffengerichts werden für das ganze Jahr im voraus festgestellt.

**II** Die Reihenfolge, in der die Hauptschöffen an den einzelnen ordentlichen Sitzungen des Jahres teilnehmen, wird durch Auslosung in öffentlicher Sitzung des Amtsgerichts bestimmt.

**III** Das Los zieht der Amtsrichter.

**IV** Über die Auslosung wird von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ein Protokoll aufgenommen.

### § 46 (46)

**I** Der Amtsrichter setzt die Schöffen von ihrer Auslosung und den Sitzungstagen, an denen sie in Tätigkeit zu treten haben, unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens in Kenntnis.

**II** In gleicher Weise werden die im Laufe des Geschäftsjahres einzuberufenden Schöffen benachrichtigt.

### § 47 (47)

**I** Eine Änderung in der bestimmten Reihenfolge kann auf übereinstimmenden Antrag der beteiligten Schöffen von dem Amtsrichter bewilligt werden, sofern die in den betreffenden Sitzungen zu verhandelnden Sachen noch nicht bestimmt sind. Der Antrag und die Bewilligung sind aktenkundig zu machen.

### § 48 (48)

**I** Wenn die Geschäfte die Anberaumung außerordentlicher Sitzungen erforderlich machen, so werden die einzuberufenden Schöffen vor dem Sitzungstag nach § 45 ausgelost.

**II** Erscheint dies wegen Dringlichkeit unzulässig, so erfolgt die Auslosung durch den Amtsrichter lediglich aus der Zahl der am Sitz des Gerichts wohnenden Hilfsschöffen. Die Umstände, die den Amtsrichter hierzu veranlaßt haben, sind aktenkundig zu machen.

### § 49 (49)

**I** Wird zu den einzelnen Sitzungen die Zuziehung anderer als der zunächst berufenen Schöffen erforderlich, so erfolgt sie aus der Zahl der Hilfsschöffen nach der Reihenfolge der Schöffensliste.

**II** Würde durch die Berufung der Hilfsschöffen nach der Reihenfolge der Schöffensliste eine Vertagung der Verhandlung oder eine erhebliche Verzögerung ihres Beginns notwendig, so sind die nicht am Sitz des Gerichts wohnenden Hilfsschöffen zu übergehen.

## § 50 (50)

**I** Erstreckt sich die Dauer einer Sitzung über die Zeit hinaus, für die der Schöffe zunächst einberufen ist, so hat er bis zur Beendigung der Sitzung seine Amtstätigkeit fortzusetzen.

## § 51 (51)

**I** Die Schöffen sind bei ihrer ersten Dienstleistung in öffentlicher Sitzung zu beeidigen. Die Beeidigung gilt für die Dauer der Wahlperiode (§ 42).

**II** Der Vorsitzende richtet an die zu Beeidigenden die Worte: „Sie schwören bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, die Pflichten eines Schöffen getreulich zu erfüllen und Ihre Stimme nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben.“

**III** Die Schöffen leisten den Eid, indem jeder einzeln die Worte spricht: „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe.“

**IV** Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

**V** Ist ein Schöffe Mitglied einer Religionsgesellschaft, der das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, so wird die Abgabe einer Erklärung unter der Beteuerungsformel dieser Religionsgesellschaft der Eidesleistung gleichgeachtet.

**VI** Der Eid kann auch ohne religiöse Beteuerung geleistet werden.

**VII** Über die Beeidigung wird von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ein Protokoll aufgenommen.

## § 52 (52)

**I** Wenn die Unfähigkeit einer als Schöffe in die Schöffensliste aufgenommenen Person eintritt oder bekannt wird, so ist ihr Name von der Liste zu streichen.

**II** Ein Schöffe, bei dem nach seiner Aufnahme in die Schöffensliste Umstände eintreten oder bekannt werden, bei deren Vorhandensein eine Berufung zum Schöffenamts nicht erfolgen soll ist zur Dienstleistung ferner nicht heranzuziehen.

**III** Der Amtsrichter entscheidet nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und des beteiligten Schöffen.

**IV** Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

## § 53 (53)

**I** Ablehnungsgründe sind nur zu berücksichtigen, wenn sie innerhalb einer Woche, nachdem der beteiligte Schöffe von seiner Einberufung in Kenntnis gesetzt worden ist, von ihm geltend gemacht werden. Sind sie später entstanden oder bekannt geworden, so ist die Frist erst von diesem Zeitpunkt zu berechnen.

**II** Der Amtsrichter entscheidet über das Gesuch nach Anhörung der Staatsanwaltschaft. Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

## § 54 (54)

**I** Der Amtsrichter kann einen Schöffen auf dessen Antrag wegen eingetretener Hinderungsgründe von der Dienstleistung an bestimmten Sitzungstagen entbinden.

**II** Die Entbindung des Schöffen von der Dienstleistung kann davon abhängig gemacht werden, daß ein anderer für das Dienstjahr bestimmter Schöffe für ihn eintritt.

**III** Der Antrag und die Bewilligung sind aktenkundig zu machen.

## § 55 (55; 55 a)

**I Die Schöffen und Vertrauenspersonen des Ausschusses erhalten eine Entschädigung nach dem Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Beisitzer bei den Gerichten.**

## § 56 (56)

**I Schöffen und Vertrauenspersonen des Ausschusses, die sich ohne genügende Entschuldigung zu den Sitzungen nicht rechtzeitig einfinden oder sich ihren Obliegenheiten in anderer Weise entziehen, sind zu einer Ordnungsstrafe in Geld sowie in die verursachten Kosten zu verurteilen.**

**II Die Verurteilung wird durch den Amtsrichter nach Anhörung der Staatsanwaltschaft ausgesprochen. Bei nachträglicher genügender Entschuldigung kann die Verurteilung ganz oder teilweise zurückgenommen werden. Gegen die Entscheidung ist Beschwerde des Verurteilten nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.**

## § 57 (57)

**I Bis zu welchem Tag die Vorschlagslisten aufzustellen und dem Amtsrichter einzureichen sind, der Ausschuß zu berufen und die Auslosung der Schöffen zu bewirken ist, wird durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.**

## § 58 (—)

**I Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann für den Bezirk mehrerer Amtsgerichte einem von ihnen die Entscheidung der Strafsachen ganz oder zum Teil zugewiesen werden.**

**II Der Landgerichtspräsident bestimmt die für dieses Gericht erforderliche Zahl von Haupt- und Hilfsschöffen und die Verteilung der Zahl der Hauptschöffen auf die einzelnen Amtsgerichtsbezirke.**

**III Die übrigen Vorschriften dieses Titels sind entsprechend anzuwenden.**

Fünfter Titel

Landgerichte

## § 59 (58)

**I Die Landgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Direktoren und Mitgliedern besetzt. Von der Ernennung eines Direktors kann abgesehen werden, wenn der Präsident den Vorsitz in den Kammern allein führen kann.**

**II Die Direktoren und die Mitglieder können gleichzeitig Amtsrichter im Bezirk des Landgerichts sein.**

**A I.** Die Vorschriften dieses Titels werden durch **VO v. 20. 8. 1935 § 7** (RGBl. I 403) ergänzt. Alle Normen gelten auch, soweit die LG in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen sind (KGJ 47/1 = OLG 31/256 [257]).

**A II.** In bürgerlichen Streiten sind bei den LG die Zivil- und die **Kammern für Handelsachen** gebildet (vgl. GVG §§ 93 folg.); über die Errichtung von Kammern für Patent-, Gebrauchsmuster-, Warenzeichen-, Bauland-, Sortenschutzsachen vgl. GVG § 14 B III c. In Arbeitsgerichtsachen sind Landesarbeitsgerichte errichtet (vgl. ArbGG §§ 33 folg.).

**B.** Kleine Landgerichte haben nur einen **Präsidenten** (GVG § 59 I 2), andere ihn und **Direktoren**, beide stets noch andere richterliche Mitglieder. Die Direktoren und die Mitglieder dürfen zugleich **Amtsrichter** im Bezirk des LG sein (GVG § 59 II). Die Zahl der Direktoren und der Mitglieder bestimmt die Landesjustizverwaltung. Die Direktoren sitzen regelmäßig vor (GVG § 62 I); doch können sie auch beisitzen (und auch der LG-Präsident darf beisitzen, wenn ein weiterer Direktor vorsitzt). Bei den Landesarbeitsgerichten (ArbGG § 36 II) wie bei Verwaltungsgerichten können die ständigen Mitglieder eines jeden ordentlichen Gerichts nebenamtlich (für die Dauer ihres Hauptamtes) ernannt werden; daneben gibt es die hauptamtlich ernannten. Vgl. auch SGG § 32 II.

**C.** Der Präsident hat die **Dienstaufsicht** über die Richter (wie über die sonstigen Angestellten und Beamten) des LG und die Richter der ihm unterstellten AG, soweit diese nicht einen AG-Präsidenten haben (VO v. 20. 3. 1935 § 14). Er bestimmt die Anzahl der Zivil- und Strafkammern. Zu seinem Vertreter darf der Landesjustizminister oder -senator einen ständigen Vertreter bestimmen. Falls dies nicht geschehen ist, gilt GVG § 66 II. Der LG-Präsident unterliegt der Weisungsbefugnis des OLG-Präsidenten und der der Landesjustizverwaltung im Bereich der reinen Justizverwaltung (d. h. der, die ihm das G nicht allein überläßt).

## § 60 (59)

**I** Bei den Landgerichten werden Zivil- und Strafkammern gebildet.

**A.** Ihre Zahl bestimmt der LG-Präsident (vgl. GVG § 59 C), ebenso bestimmt er die Zahl der Kammermitglieder, die mehr als zwei (neben dem Direktor) betragen darf (RGZ 133/29 [30]); unter den Begriff Zivilkammer fällt hier auch die Kammer für Handelsachen.

## § 61 (60)

**I** Bei den Landgerichten sind Untersuchungsrichter nach Bedürfnis zu bestellen.

**II** Sie werden durch die Landesjustizverwaltung auf die Dauer eines Geschäftsjahres bestellt.

## § 62 (61)

**I** Den Vorsitz in den Kammern führen der Präsident und die Direktoren. Den Vorsitz in der kleinen Strafkammer (§ 76 Abs. 2) kann auch ein ständiges Mitglied des Landgerichts führen, das vom Präsidium für die Dauer eines Geschäftsjahres bestimmt wird.

**II** Vor Beginn des Geschäftsjahres bestimmt der Präsident die Kammer, der er sich anschließt. Über die Verteilung des Vorsitzes in den übrigen Kammern entscheiden der Präsident und die Direktoren nach Stimmenmehrheit; bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Präsidenten den Ausschlag.

**A.** GVG §§ 62—70 regeln die **ordnungsgemäße Besetzung** des Gerichts.

**A I.** Fehler in ihr dürfen durch Rechtsmittel (doch hat in Zivilsachen in der Revisionsinstanz die falsche Besetzung des LG in erster Instanz keine Bedeutung wegen der §§ 538, 539, 540, 566 a III) und, wenn diese nicht gegeben sind, mit der Nichtigkeitklage gerügt werden (§ 579 I 1, II, also bei dem LG als Berufungsinstanz). Die Nichtigkeitklage ist allerdings nur innerhalb Monatsfrist ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes zulässig (§ 586, RGZ 121/197 [198]), wobei nach h. M. aber die Kenntnis der Vertreter der Parteien (vgl. § 232 II) nicht genügt (§ 586 A III a). In der mündlichen Verhandlung braucht der Mangel nicht gerügt zu werden (selbst wenn er bekannt war). Die Vorschriften sind auch bei der fehlerhaften Besetzung der OLG (§ 551 I 1, GVG § 117) bedeutsam. Bei der fehlerhaften Besetzung des BGH ist nur die Nichtigkeitklage gegeben (§ 579 I 1).

**A II.** Auf die Rüge des nicht richtig besetzten Gerichts prüft die Rechtsprechung (RGZ 119/284 [286], 126/97f., 245) allerdings nur nach, ob der ordentliche Vorsitzende nur einstweilig oder ob er dauernd verhindert ist, was nach einem Durchschnittsbegriff beantwortet wird (so daß seltenes Nichtverhindertsein unerheblich ist, wie seltenes Verhindertsein außer Betracht bleibt, und zwar gemessen am Zeitpunkt des Erkenntnisses). Eine im Geschäftsverteilungsplan als einstweilig gekennzeichnete Vertretung muß also auch tatsächlich eine solche sein. Die Bestellung zweier Vorsitzender ließ BGHZ 15/135 nicht gelten; dagegen ließ es BGHSt. NJW 55/152 genügen, daß neben dem LGPräsidenten stellvertretend ein Direktor zum Vorsitzenden bestellt wurde, weil der LGPräsident zu häufig verhindert war (vgl. GVG § 62 C). Nicht nachgeprüft wird die tatsächliche Behinderung des ordentlichen Vorsitzenden im Einzelfall (RGZ 119/284 [286]). Auf den Grund der Verhinderung kommt es dabei nicht an; er kann sich rechtlich (vgl. §§ 41 folg.) wie rein tatsächlich (BGHSt. LM-GVG § 67/4) — etwa infolge Arbeitsüberlastung oder auch infolge Erledigung anderer Geschäfte oder wenn der Vorsitzende als Zeuge im selben Rechtstreit zu vernehmen ist (BGHSt. NJW 55/152) — ergeben. Insoweit besteht eine gewisse Ermessensfreiheit des Vorsitzenden, die nicht nachprüfbar ist, sofern nicht ein offener Ermessensmißbrauch vorliegt. Über die Frage, welche Folgen sich ergeben, wenn eine Sache von der nach der Geschäftsverteilung unzuständigen Kammer behandelt wird, vgl. Kommentar § 1 C II, GVG § 63 C.

**B.** In den Zivilkammern muß der LGPräsident (beim OLG der OLGPräsident) oder ein Direktor (beim OLG: Senatspräsident) **vorsitzen** (RG JW 15/96<sup>14</sup>), soweit nicht der Einzelrichter (§§ 348 folg.) tätig werden darf; in den Kammern für Handelsachen muß es ein Mitglied des LG (GVG § 105 I), bei auswärtigen Kammern (GVG § 93 II) darf es ein Mitglied des AG sein (GVG § 106), d. h. ein ständiger Richter dieser Gerichte (GVG § 6 A II b), also kein Hilfsrichter (GVG § 10 C, BGHSt. MDR B 76/56).

**B I.** Das Gesetz geht davon aus, daß der Vorsitzende richtunggebenden Einfluß hat (BGHSt. 2/71, 9/291).

**a)** Das Gesetz gibt dem Vorsitzenden eine Reihe von **Funktionen**, etwa die der Geschäftsverteilung innerhalb der Kammer (vgl. GVG §§ 69, 117, 131), der Bestellung von Parteivertretern (§§ 57, 58), bei der Ausführung von Entscheidungen (§§ 202, 361 folg., 791). Darüber hinaus gibt es ihm in den Fällen des § 944 Entscheidungsgewalt, die jetzt aber auch andere Einzelrichter (an Stelle des Kollegiums — OLG Karlsruhe JW 25/2352<sup>28</sup>) haben. Über die Terminsanberaumung durch ihn vgl. § 216 II, über die Verhandlungsleitung §§ 136 folg., über seine Stellung als Sitzungspolizei GVG § 176; auch die Beratung und die Abstimmung soll er leiten (GVG § 194). Vor allem aber soll sein Einfluß auf die Sachentscheidung bestehen.

**b)** Kann ein solcher Vorsitzender seine Aufgaben nicht erfüllen, so ist die Kammer (der Senat) nicht ordnungsmäßig besetzt (RG N § 551/54).

**b 1.** RGZ 132/301 (303) hat es als gesetzeswidrig angesehen, wenn ein ordentlicher Vorsitzender nur einmal monatlich saß und an der sonstigen Tätigkeit des Vorsitzenden nicht teilnahm; RG N GVG § 62/18 hat es nicht genügen lassen, daß ein Senatspräsident alle acht Wochen an einer Spruchszitzung teilnahm und keine umfangreiche Beschlußpraxis daneben hatte. Jahrelanges Nichttätigwerden des OLGPräsidenten haben RGZ 119/280 (282), JW 28/1302<sup>20</sup> als nicht ordentliche Besetzung angesehen; abweichend RG N GVG § 62/13, das es genügen ließ, wenn ein OLGPräsident an 10 Sitzungen im Jahr teilnahm; RG JW 32/2146<sup>6</sup>, das es genügen ließ, daß der Vorsitzende den Berichterstatter auswählt. RG N GVG § 63/12 hat für Spruchsenate darauf hingewiesen, daß dabei Nebentätigkeiten (Anberaumung von Terminen u. dgl. m.) nicht zählen. Hier hilft nur die Bildung einer (kleinen) Kammer (eines kleinen Senats) mit eng begrenztem Aufgabengebiet oder daß sich der (O)LGPräsident der Kammer als Beisitzer anschließt (was zulässig ist, GVG § 59 B; vgl. auch GVG § 62 A II, C).

**b 2.** Allerdings schadet es nichts, wenn rein tatsächlich der Vorsitzende auch länger vertreten wird, sofern die Vertretung von vornherein nur vorübergehender Natur ist (RGZ 126/97 [98], 246) infolge Todes, Krankheit oder Urlaubs (RG JW 37/1063<sup>12</sup>). In solchen Fällen ist die vorübergehende Vertretung zulässig, selbst wenn sie mehrere Monate andauert (RGZ

LG 32/236<sup>6</sup>), sofern Wegfall der Behinderung gewiß ist (RGZ 131/31, 126/97); BGH v. 9. 2. 1955 IV NJW 587<sup>4</sup> hat die Begrenzung einer Abordnung auf einige — „äußerstenfalls aber drei“ — Monate gefordert; daß die Beseitigung einer dauernden Verhinderung bevorsteht, beweist nichts für die vorübergehende Natur (RG JW 33/2004<sup>6</sup>). Steht indes schon am Anfang des Geschäftsjahres der Wegfall des Vorsitzenden fest, so ist die Kammer (der Senat) nicht ordnungsmäßig besetzt, also bei Beurlaubung eines ordentlichen Vorsitzenden von den Geschäften der Kammer für das ganze Geschäftsjahr (RG JW 28/1302<sup>20</sup>) oder bei anderweit starker Belastung des Direktors (BGHSt. 2/71). Andererseits schadet es auch nicht, daß der ordentliche Vorsitzende für bestimmte Termintage des Jahres selbst im voraus verhindert ist (RGSt. 55/238). Darüber hinaus haben RGZ 130/154, 132/295 es sogar gebilligt, daß er keinen Spruchtermin wahrnahm, wenn der Kammer neben den Prozeßsachen auch andere (der freiwilligen Gerichtsbarkeit) zugeteilt waren, die keine mündliche Verhandlung erforderten (und er an den zwei Terminstagen im Monat nicht saß); doch verstößt dies schon gegen das Verbot der Aufteilung der Kammer; der Einfluß des ordentlichen Vorsitzenden darf nicht bloß auf bestimmte Sachen der Kammerzuständigkeit beschränkt werden (RG JW 15/96<sup>13</sup>).

**B II.** Der Begriff der dauernden Behinderung ist ein Rechtsbegriff, wenn die Tatsachen dazu vorliegen, aber eine Beweisfrage, die dem großen Senat zur tatsächlichen Feststellung nicht überlassen wurde (GVG § 136; RGZ 119/284 [268]); doch werden diese Tatsachen auch in der Revisionsinstanz nachgeprüft (a. M. BGHSt. LM-GVG § 67/4). Entscheidend ist, ob sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen haben (RG JW 37/1063<sup>12</sup>), auch wenn sich die dauernde Behinderung für längere Zeit (bis zum Schluß des Geschäftsjahres) erst im Laufe des Geschäftsjahres herausgestellt hatte (RGZ 127/1001.) oder wenn überhaupt nicht voraussehbar ist, wann die Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden wegfallen wird (RG JW 28/1063<sup>12</sup> m. N.). Behinderungsgründe nach Erlaß der Entscheidung dürfen jedenfalls nicht berücksichtigt werden (RGZ 119/284), wie umgekehrt der nicht, daß der Vorsitzende nachträglich zum Senatspräsidenten berufen wurde (BGHZ 10/130). Die **Abgrenzung** im einzelnen ist schwierig, wie die Praxis zeigt.

**a)** Vertretung in der Form, daß abwechselnd der ordentliche Vorsitzende (ein LGPräsident oder ein Direktor) und das älteste Kammernmitglied vorsitzen, ist noch für zulässig gehalten worden (RGSt. 62/367, a. M. BGHZ 15/135), erst recht wenn der Präsident nur an zwei Sitzungstagen im Monat ausfiel (RGZ 130/154). RGSt. 64/6 hat eine Verhinderung von zwei Jahren noch nicht als dauernd angesehen. Nichtbesetzung eines Zivilsenats nach dem Tode eines Senatspräsidenten wurde für die Dauer zweier Monate nicht beanstandet (RG Seuff. 87/143). Auf den Geschäftsverteilungsplan kommt es dabei nicht an (KG JW 30/2989<sup>18</sup>).

**b)** Doch wurde, wenn auch nur in zwei Monaten eine dauernde Überlastung ohne Anhaltspunkt für eine Änderung festgestellt wurde, schon dauernde Verhinderung angenommen (RGZ 127/100). Ein Vorsitzender, der vom 1. 3. 1928 bis 15. 6. 1929 nicht tätig war, wurde im März 1929 als dauernd verhindert angesehen (RG HRR 30/1147). Dauernd ist eine Verhinderung auch, wenn eine (durch Versetzung in den Ruhestand) freigewordene Stelle in angemessener Frist nicht wiederbesetzt wird (vgl. RGSt. JW 30/2793<sup>26</sup>). Bei vorübergehender Bildung eines Hilfsenats wurde vorschriftwidrige Besetzung angenommen, wenn der Senat nur formal einen Senatspräsidenten hatte, der tatsächlich nicht mitsaß, und man mit einer erst zu bringenden Gesetzesnovelle auf Entlastung rechnete (RG JW 31/1082<sup>11</sup>).

**C.** Zulässig ist, daß ein Präsident oder Direktor **mehreren Kammern (Senaten) vorsitzt** (RG N GVG § 61/1). Doch muß auch hier der maßgebende Einfluß des ordentlichen Vorsitzenden dann auf die mehreren Kammern (Senate) gewährleistet bleiben (RG JW 32/2874<sup>21</sup>, BGHSt. NJW 55/1447).

**D.** Über die Kammer, der sich der Präsident anschließt, haben die Direktoren nicht zu bestimmen; über die mit Direktoren zu besetzenden Kammern bestimmen der Präsident und die Direktoren gemeinsam (GVG § 62 II nach Stimmenmehrheit und bei Stimmengleichheit mit der Stimme des LGPräsidenten). Über den Vorsitzenden der kleinen Strafkammer befindet das Präsidium (GVG § 62 I), den Vorsitzenden der Kammer für Handelsachen bestimmt der LGPräsident (auch soweit er ihn Direktoren gibt). Über die Vertreter vgl. GVG § 66 A I.

## § 63 (62)

**I** Vor Beginn des Geschäftsjahres werden auf seine Dauer die Geschäfte unter die Kammern derselben Art verteilt und die ständigen Mitglieder der einzelnen Kammern sowie für den Fall ihrer Verhinderung die regelmäßigen Vertreter bestimmt. Jeder Richter kann zum Mitglied mehrerer Kammern bestimmt werden.

**II** Die Anordnung kann im Laufe des Geschäftsjahres nur geändert werden, wenn dies wegen Überlastung einer Kammer oder infolge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird.

**A.** GVG § 63 sieht vor, daß die Geschäfte am Beginn des Geschäftsjahres unter die Kammern durch das Präsidium (GVG § 64 I) verteilt werden. Die Geschäftsverteilung regelt die Zuständigkeit mehrerer gleich berufener Organe desselben Gerichts derart, daß sie bestimmt, welches von diesen mehreren gleichgeordneten Organen in einem bestimmten Einzelfall tätig zu werden hat. Die Geschäftsverteilung richtet sich nach einem (Jahres-) Plan, der von den Organen der Gerichte aufgestellt wird. Sie gilt für ein Geschäftsjahr. Doch darf sie geändert werden, wenn eine Kammer überlastet ist (für diese hat RGSt. JW 32/2888<sup>86</sup> es zugelassen, daß ihr kein Direktor vorsaß), d. h. wenn der LGPräsident eine neue Kammer bestellt oder wenn ein Mitglied, für das ein anderes vom Präsidium zu bestellen ist, ausscheidet (durch Versetzung, Tod, Behinderung) oder dauernd behindert ist (nach RGSt. 20/386 bei kurzem Krankheitsurlaub). Nicht zulässig ist aber die Zuweisung einzelner Sachen an bestimmte Richter (BGHSt. NJW 57/800), etwa zur Erledigung bestimmter Strafsachen (BGHSt. MDR B 216/56), die willkürliche Änderung der Geschäftsverteilung wegen Überlastung einer Kammer derart, daß einzelne ausgesuchte Sachen einer anderen Kammer zugewiesen werden (BGHSt. NJW 55/152). Umgekehrt hat OLG Schleswig SchlHA 53/68 die mangelnde Aufteilung durch Geschäftsverteilungsplan an eine mit anderen Richtern (überbesetzte) kleine Strafkammer nicht geduldet.

**B.** Die Zahl der Kammern bestimmt der LGPräsident (VO v. 20. 3. 1935 § 7 II), die ordentlichen Vorsitzenden werden nach GVG § 62 II, die regelmäßigen Vertreter dieser dagegen vom Präsidium (GVG § 66 I) berufen, gegebenenfalls kommt der nach GVG § 66 I bestimmte zum Zuge; dies gilt auch für den zeitweiligen Kammervorsitzenden. Die Vorsitzenden der Kammern für Handelsachen werden nach VO v. 20. 3. 1935 § 7 IV vom LGPräsidenten bestimmt (GVG § 68). Die ständigen Mitglieder und die Vertreter der Kammermitglieder (auch die zweiten Vertreter für die Behinderung der ersten, RGSt. JW 35/3393<sup>27</sup>) werden vom Präsidium bestimmt (GVG § 64). Bei Behinderung des Vertreters (für den kein anderer Vertreter bestellt ist) bestimmt der LGPräsident den zeitweiligen (GVG § 67). Wie viele Mitglieder eine Kammer haben darf, sagt das Gesetz nicht; doch werden häufig mehr Richter an Zahl als die zum Spruch erforderlichen bestimmt, was für zulässig gehalten wird (BGH NJW 56/1238; vgl. auch GVG § 69 A).

**C.** Wird die Geschäftsverteilung **nicht innegehalten**, so berührt dies die Zuständigkeit des Gerichts nicht (RG JW 19/83<sup>4</sup>); es läßt sich aber nicht einmal die Rüge der unrichtig besetzten Richterbank mit Erfolg erheben, wenn die Sache vor eine nach der Geschäftsverteilung unrichtige Kammer kommt (BGHZ 6/178), abgesehen von dem Unterschied zwischen der Kammer für Handelsachen und der Zivilkammer, ein Verhältnis, das in GVG §§ 93 folg. besonders geregelt ist. Für die Amtsgerichte ist dieser Grundsatz in GVG § 22 d (in erweitertem Umfang) ausdrücklich gesetzlich bestätigt worden.

**CI.** Nur im Strafrecht nimmt die h. M. Anfechtbarkeit i. S. der StPO § 338 I 1 auch bei den Verletzungen der Geschäftsverteilungsvorschriften an (BGHSt. DR IV 478 b; RGSt. Goldt.A 47/159). Die unrichtige Besetzung der Kammern ist dagegen stets erheblich (GVG § 62).

## § 64 (63)

**I** Die im § 63 bezeichneten Anordnungen trifft das Präsidium.

**II** Das Präsidium wird durch den Präsidenten als Vorsitzenden, die Direktoren und das dem Dienstalder nach, bei gleichem Dienstalder das der Geburt nach älteste Mitglied gebildet; ist kein Direktor ernannt, so besteht das Präsidium aus dem Präsidenten und den beiden ältesten Mitgliedern.

**III** Sind bei einem Landgericht zu Beginn des Geschäftsjahres mehr als zehn Direktoren angestellt, so gelten folgende besondere Vorschriften: Das Präsidium wird durch den Präsidenten als Vorsitzenden, seinen ständigen Vertreter (§ 66 Abs. 2), die acht dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach ältesten Direktoren und drei Mitglieder gebildet, die von der Gesamtheit der Mitglieder des Landgerichts für die Dauer des Geschäftsjahres gewählt werden.

**IV** Das Präsidium entscheidet nach Stimmenmehrheit; bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Präsidenten den Ausschlag.

**A.** Das Präsidium unterscheidet sich von der Direktorenversammlung des GVG § 62 II 2 dadurch, daß ihm beim LG noch das dienstälteste Mitglied (und bei mehreren gleichaltrigen das geburtälteste — weitere Differenzierungen wurden hier nicht getroffen —) des LG angehört. Zu ihm gehören auch die Direktoren, die zugleich Amtsrichter sind. Ist kein Direktor ernannt, so besteht das Präsidium aus dem LG-Präsidenten und den beiden ältesten Mitgliedern. Sind dagegen beim LG mehr als zehn Direktoren angestellt, so wird es gebildet aus dem Präsidenten, seinem ständigen Vertreter (GVG § 66 II), acht rang- (hilfsweise geburt-) ältesten Direktoren und drei Mitgliedern, die von allen ständigen Mitgliedern des LG für die Dauer des Geschäftsjahres gewählt werden. Nicht wählbar sind die, welche schon dem Präsidium angehören; sonst können aber sowohl Direktoren wie andere ständige Mitglieder gewählt werden, und hier ohne Rücksicht auf ihr Alter. Darauf, ob mehr als zehn Direktoren Dienst tun, kommt es nicht an (BGH v. 19. 1. 1960 I StR 616/59).

**B.** Über die Vertretung des Präsidenten vgl. GVG § 66 II; Direktoren und die gewählten Mitglieder werden nicht vertreten; dagegen ist vom Präsidium stets das jeweils im Dienste befindliche älteste Mitglied hinzuzuziehen, so daß sich insoweit von selbst die Vertretung des behinderten Mitglieds ergibt.

**C.** Stets entscheidet die Stimmenmehrheit (der Erschienenen); bei Stimmgleichheit entscheidet der LG-Präsident (GVG § 64 IV). Für Beratung und Abstimmung sind GVG §§ 194 folg. entsprechend anzuwenden; doch ist auch die schriftliche Abstimmung durch Umlauf zulässig (RGSt. JW 31/3560<sup>25</sup>). Es genügt aber nicht, wenn dem Präsidium nur von einer Maßnahme, die es zu treffen hat (außerhalb der Präsidialsitzung) Kenntnis gegeben wird (BGH NJW 58/550 = MDR 309). Auch kann das Präsidium nicht wirksam von vornherein bestimmen, daß bei dauernder Verhinderung eines Kammermitgliedes der von der Justizverwaltung als Ersatz zugewiesene Hilfsrichter von selbst in das Geschäftsgebiet des verhinderten Richters eintritt, sondern muß einen besonderen Beschluß zur gegebenen Zeit fassen (BGHSt. NJW 59/251). Wird ein Hilfsrichter für bestimmte Zeit zugeteilt, so ist ein neuer Präsidialbeschluß für die weitere Zuteilung erforderlich (BGH MDR 59/122).

## § 64a

aufgehoben durch Nov. 1950 Art. 8 II 70.

## § 65 (64)

**I** Der Präsident kann bestimmen, daß einzelne Untersuchungen von dem Untersuchungsrichter, dessen Bestellung mit dem Ablauf des Geschäftsjahres erlischt, zu Ende geführt werden, sowie daß in einzelnen Sachen, in denen während des Geschäftsjahres eine Verhandlung bereits stattgefunden hat, die Kammer in ihrer früheren Zusammensetzung auch nach Ablauf des Geschäftsjahres verhandle und entscheide.

**A.** Im Interesse der Geschäftserleichterung darf der LG-Präsident (also nicht das Präsidium) bestimmen, daß verhandelte oder im schriftlichen Verfahren vorentschiedene Sachen von der Kammer in alter Besetzung weitergeführt werden, und zwar sowohl nach Abschluß des Geschäftsjahres (und für alle folgenden) für die Prozeßdauer (RGZ 71/79 [81]) wie innerhalb eines Geschäftsjahres im Fall der nachträglichen Änderung des Geschäftsverteilungsplanes (GVG § 63 II, KG OLG 31/257); dies gilt auch für die Richter, welche inzwischen zu Direktoren ernannt worden sind (RG JW 05/501<sup>32</sup>); aber nicht mehr für die, welche nicht mehr Mitglieder desselben LG sind.

B. Wird nach StPO § 229 die Hauptverhandlung im neuen Geschäftsjahr fortgesetzt, so bedarf es dazu keiner Anordnung des LG-Präsidenten (BGHSt. NJW 56/110).

## § 66 (65)

**I** Bei Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden führt den Vorsitz in der Kammer das von dem Präsidium vor Beginn des Geschäftsjahres zum regelmäßigen Vertreter bestellte Mitglied der Kammer; ist ein solcher Vertreter nicht bestellt oder ist auch er verhindert, so führt das Mitglied der Kammer, das dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach das älteste ist, den Vorsitz.

**II** Der Präsident wird in seinen übrigen durch dieses Gesetz bestimmten Geschäften, wenn ein Direktor zu seinem ständigen Vertreter ernannt ist, durch diesen, sonst durch den Direktor vertreten, der dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach der älteste ist. Ist kein Direktor ernannt, so wird der Präsident, wenn nicht ein Mitglied des Landgerichts zu seinem ständigen Vertreter ernannt ist, durch das Mitglied vertreten, das dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach das älteste ist.

### A. GVG § 66 I regelt die Vertretung des Vorsitzenden.

**A I.** Es ist der vom Präsidium (GVG § 64) vor Beginn des Geschäftsjahres oder im Falle einer Änderung der Geschäftsverteilung im Laufe des Geschäftsjahres (GVG § 63 II) bestimmte regelmäßige Vertreter, im Fall seiner Verhinderung der als zweiter Vertreter bestimmte; im Falle der Nichtbestimmung oder Verhinderung dieser das dienst- (notfalls das geburts-) älteste Kammermitglied und im Falle dessen Verhinderung das nächstälteste (RG HRR 32/147). In dieser Rangfolge kommt als Vertreter nur ein zur Kammer gehörendes (RGSt. 25/390), ständiges (planmäßiges) Mitglied des LG (also kein Hilfsrichter, BGHSt. 1/265) in Betracht. Steht aber aus der Kammer nur ein nichtständiges Mitglied zur Verfügung, so führt den Vorsitz das hinzugezogene Mitglied einer anderen Kammer, das ständig Richter am LG ist (BGHSt. MDR B 441/56). Das Dienstalter bestimmt die Landes(Bundes)justizverwaltung durch die Ernennung.

**A II.** Der ordentliche Vorsitzende (bzw. der Vertreter) kann durch Krankheit (RGSt. 56/63), Beurlaubung, aber auch jede rechtliche (Ablehnung) wie tatsächliche (unerlaubtes Fernbleiben) Unmöglichkeit verhindert sein, auch durch Tod oder Eintritt in den Ruhestand (RGSt. 62/274) und durch Überlastung (RGSt. 55/238), was sogar schon im Geschäftsverteilungsplan im voraus berücksichtigt werden darf (RGSt. 54/298); in Strafsachen wurde als Verhinderungsgrund die Unkenntnis der Prozeßakten angesehen (RGSt. 56/63). Doch darf er nicht dauernd verhindert sein (GVG § 62 B II b). Steht zeitweilige Verhinderung fest, so wird der Hinderungsgrund in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft (RG JW 18/222<sup>12</sup>); vgl. dagegen GVG § 62 B II. Doch erscheint es nicht angängig, daß der Vorsitzende, der wegen Verhinderung abgegeben hat, als Beisitzer tätig wird (so aber für Strafsachen: RGSt. 23/100, und für das zur Vertretung des Vorsitzenden verhinderte Mitglied: RGSt. 25/390). Auch wenn eine neu zu besetzende Stelle erst noch besetzt werden muß, kann eine vorübergehende Verhinderung vorliegen (BGH v. 6. 11. 1959 — 4 StR 376/59).

### B. GVG § 66 II regelt die Vertretung des LG-Präsidenten.

**B I.** Er ist nach VO v. 20. 5. 1935 § 7 I von der Landesjustizverwaltung zu bestellen, muß indes ein Direktor (bzw. Senatspräsident) sein. Ist kein solcher (Erst- oder Zweit-) Vertreter bestellt oder auch dieser verhindert, so ist es das dienst- (notfalls das geburts-) älteste Mitglied des Gerichts. Ist kein Direktor ernannt, so darf ein (ständiges) Mitglied des LG zum (Erst- oder Zweit- usw.) Vertreter von der Landesjustizverwaltung bestellt werden; sonst ist es in allen Fällen das dienst- (u. U. geburts-) älteste ständige Mitglied des LG. Der LG-Präsident ist nicht befugt, ein anderes Mitglied als das berufene zu ermächtigen, ihn zu vertreten (RGSt. 60/32).

**B II.** Die in GVG § 66 II geregelte Vertretung betrifft nicht die Vertretung des LG-Präsidenten als Vorsitzenden seiner Kammer, diese ist in GVG § 66 I geregelt.

## § 67 (66)

**I Bei Verhinderung des regelmäßigen Vertreters eines Mitgliedes wird ein zeitweiliger Vertreter durch den Präsidenten bestimmt.**

**A.** Der LGPräsident (bzw. im Falle seiner Verhinderung sein Vertreter, GVG § 66 II) bestimmt, wenn auch der regelmäßige (erste oder zweite) Vertreter eines Mitgliedes, den das Präsidium nach GVG § 63 I bestellt, verhindert ist, einen zeitweiligen. Der Fall wird also erst praktisch, wenn ein Mitglied herangezogen werden soll, das nicht schon zur Kammer gehört; denn diese Vertretung regelt der Vorsitzende allein (GVG § 69). Andererseits kann der Vorsitzende nicht etwa ein Mitglied, das nicht zur Kammer gehört, von sich aus hinzuziehen, selbst wenn der LGPräsident ihn ermächtigt haben sollte (RGSt. 41/184). Ist jemand regelmäßiger Vertreter für mehrere Kammermitglieder, so fällt damit seine Vertreterbereitschaft weg, sobald er ein Kammermitglied vertritt, d. h. wenn er dann für weitere Kammermitglieder als Vertreter einzutreten hätte, sind für sie zeitweilige Vertreter zu bestellen (RGSt. 40/438; RG v. 18. 11. 1909 IV Warn. 10/42). Der Präsident darf ein jedes Mitglied des Gerichts und auch sich selbst zum zeitweisen Vertreter bestellen (RGSt. JW 10/25<sup>41</sup>, RGSt. 40/437). Auf den zu seinem Bezirk gehörenden Amtsrichter darf er zurückgreifen, soweit dies das Landesrecht zuläßt (GVG § 70 III). Im Falle der Verhinderung des Vorsitzenden darf er auch für ihn den zeitweiligen Vertreter bestellen (RG v. 19. 6. 1886 I E 16/413 [416]).

**B.** Ob eine solche Verhinderung vorliegt, bestimmt die Justizverwaltung; dies wird rechtlich nach BGHSt. LM—GVG § 67/1 nicht nachgeprüft. Wohl aber muß grundsätzlich von der Landesjustizverwaltung die erforderliche Anzahl von Richtern und Vorsitzenden bestellt werden, so daß GVG § 67 nur den Ausnahmefall deckt (BGHSt. NJW 55/680); vgl. auch GVG § 10 C I.

## § 68 (67)

**I Die Vorschriften der §§ 62 bis 67 sind auf die Kammern für Handelssachen nicht anzuwenden.**

**A.** Der Vorsitzende der Kammer für Handelsachen wird vor Beginn des Geschäftsjahres (bei Änderung der Geschäftsverteilung auch während des Geschäftsjahres nach Errichtung der neuen Kammer, GVG § 63 II) vom LGPräsidenten bestellt (VO v. 20. 3. 1935 § 7 IV). Über die Kammer für Handelsachen vgl. GVG §§ 93 folg., über die Ernennung von Handelsrichtern GVG §§ 108 folg. Die Zahl der Kammern bestimmt der LGPräsident; er verteilt auch die Geschäfte unter mehrere Kammern nach VO v. 20. 3. 1935 § 7 IV. Ohne den Vorsitzenden bzw. seinen Vertreter ist die Kammer für Handelsachen nicht ordnungsmäßig besetzt (KG JW 30/2989<sup>17</sup>).

## § 69 (68)

**I Innerhalb der Kammer verteilt der Vorsitzende die Geschäfte auf die Mitglieder.**

**A.** Der Vorsitzende verteilt die Sachen unter die einzelnen Kammermitglieder und bestimmt auch ihre Mitbeisitzer, wenn mehr als zwei Beisitzer zu der Kammer gehören (RGZ 133/29 [33]). Auch die Zuteilung an die Einzelrichter liegt in der Hand des Vorsitzenden (§§ 348, 350), soweit er nicht von ihrer Bestellung absieht.

## § 70 (69)

**I Soweit die Vertretung eines Mitgliedes nicht durch ein Mitglied desselben Gerichts möglich ist, wird sie auf den Antrag des Präsidiums durch die Landesjustizverwaltung geordnet.**

**II Die Beiordnung eines nicht auf Lebenszeit ernannten Richters darf, wenn sie auf eine bestimmte Zeit erfolgte, vor Ablauf dieser Zeit, wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgte, solange**

das Bedürfnis, durch das sie veranlaßt wurde, fort dauert, nicht widerrufen werden. Ist mit der Vertretung eine Entschädigung verbunden, so ist diese für die ganze Dauer im voraus festzustellen.

**III Unberührt** bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen richterliche Geschäfte nur von auf Lebenszeit ernannten Richtern wahrgenommen werden können, sowie die, welche die Vertretung durch auf Lebenszeit ernannte Richter regeln.

**A.** Die Bestimmung betrifft die Bestellung eines nicht zum Gericht gehörenden Mitglieds als Vertreter, falls der ständig bestellte (GVG § 63 I 1) verhindert ist und auch kein anderer nach GVG § 67 aus den Mitgliedern des Gerichts bestellt werden kann. Die Vertreterbestellung soll die Landesjustizverwaltung auf Antrag des Präsidiums vornehmen. Richterlich wird nicht nachgeprüft, ob sie notwendig war (RGSt. 23/119); sie kann für einen Einzelfall wie als allgemeine Aushilfe angeordnet werden (RGSt. 22/168). Den Hilfsrichter wählt die Landesjustizverwaltung aus (RGSt. 57/270); er braucht nicht an der Stelle verwendet zu werden, wo der Bedarf aufgetreten ist (BGH LM § 373/3); vielmehr regelt die Verwendung das Präsidium nach GVG § 63 I (RGSt. 42/297), das ihn in jedem Falle einweisen muß (RGSt. 23/120, 167). Zum Vorsitzenden darf ein Hilfsrichter nicht bestellt werden (GVG § 66 A I).

**B.** Zum Hilfsrichter können die in GVG § 10 II Genannten bestellt werden (vgl. GVG § 10 C). Ein Hilfsrichter darf nur berufen werden entweder auf bestimmte Zeit oder für die Dauer eines bestimmten Bedürfnisses (die Krankheit eines Richters u. dgl. m.). Innerhalb dieser Zeit ist die Bestellung unwiderruflich (wenn nicht der Hilfsrichter dem Widerruf zustimmt). Bei der Entschädigung ist, wenn auf bestimmte Zeit bestellt wird, sie für die gesamte Zeit im voraus festzusetzen, wenn sie auf unbestimmte Zeit geht, sind die (monatlichen) Teilbeträge festzulegen. Für die Dauer schlechthin darf ein Hilfsrichter nicht bestellt werden; bei Geschäftsüberlastung muß die Landesjustizverwaltung Planstellen schaffen (BGH NJW 54/505). Die Bestellung von zwei Hilfsrichtern für denselben Senat für zwei neuernannte OLG-Räte, welche erst noch ihre alte Tätigkeit abwickeln mußten, ist vom BGH JR 55/414 gebilligt worden.

## § 71 (70)

**I** Vor die Zivilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind.

**II** Die Landgerichte sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig:

1. für die Ansprüche, die auf Grund der Beamtengesetze gegen den Fiskus erhoben werden;
2. für die Ansprüche gegen Richter und Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen.

**III** Der Landesgesetzgebung bleibt überlassen. Ansprüche gegen den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden sowie Ansprüche wegen öffentlicher Abgaben ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuzuweisen.

**A.** Die Zuständigkeit des Landgerichts in Zivilsachen als Prozeßgericht erster Instanz wird in GVG § 71 im Verhältnis zum AG negativ abgegrenzt, während GVG § 71 II, III einige ausschließliche Zuständigkeiten des LG regelt. Die Trennung innerhalb des LG unter Zivil- und Kammern für Handelsachen nehmen GVG §§ 94, 95 vor.

**A I.** Nach GVG § 71 I ist das LG gesetzlich in vermögensrechtlichen (§ 2 A I b) Streiten zuständig, soweit sie nicht unter GVG § 23 I 2 bzw. Sondergesetze (GVG § 23 B III) fallen oder — von diesem Falle abgesehen — den Streitwert (§§ 3—9) von 1000 DM nicht übersteigen (GVG § 23 I 1).

**a)** Doch dürfen die Parteien diese Zuständigkeit durch Vereinbarung (§§ 38—40) abschließen, nach der sie das AG angehen, soweit nicht die des LG ausschließlich ist (GVG § 71 II); von der Schiedsgerichtsvereinbarung ist hier nicht die Rede, wo es nur um die Ab-

grenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen AG und LG geht. Umgekehrt können trotz gesetzlich begründeter Zuständigkeit des AG die Parteien die Zuständigkeit des LG vereinbaren (§§ 38—40), soweit nicht die Zuständigkeit des AG ausschließlich ist (GVG § 23 A I).

b) Nichtvermögensrechtliche Streite (§ 2 A I b 1) sind dem AG als Zivilprozeßgericht (über die Zuweisung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. GVG § 27 C und die in der Strafgerichtsbarkeit GVG §§ 24 folg.) nur noch in den Entmündigungsverfahren zugewiesen (GVG § 23 B II); für alle anderen sind die LG zuständig. In ihnen verbietet zudem § 40 II die Vereinbarung (vgl. §§ 511 a III, 547 I 2).

c) Bei Klage und Widerklage sind für die Zuständigkeit §§ 5, 506 zu beachten; eine bloße Aufrechnung ändert an der Zuständigkeit nichts (möglicherweise aber die mit einer Widerklage verbundene).

d) Darüber hinaus gibt es eine Reihe gesetzlicher Zuweisungen an die LG.

**A II.** Nach GVG § 71 II gehören ferner ausschließlich und ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor die LG Ansprüche auf Grund der Beamtengesetze gegen den Fiskus und Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen. Vgl. dazu auch §§ 511 a IV, 547 I 2.

a) Ansprüche auf Grund der Beamtengesetze dürfen von den ordentlichen Gerichten nur insoweit geltend gemacht werden, wie der Rechtsweg offen ist (GVG § 13 H I). Die Ansprüche müssen gegen den „Fiskus“ gerichtet sein. Unter den Begriff des Beamten fällt nur der im öffentlich-rechtlichen Sinn. Ferner gehören hierher die Ansprüche seiner Rechtsnachfolger, im besonderen der Hinterbliebenen, die beamtenrechtliche Ansprüche geltend machen. Der Beamte kann dabei auf Lebenszeit, auf Zeit oder auf Widerruf (RG v. 29. 6. 1893 VI JW 381<sup>1</sup>) berufen worden sein; auch die Beamten zur Wiederverwendung (nach dem AG zu GG Art. 131) gehören hierher. Nicht unter die Bestimmung fallen die Notare, nicht die Angestellten (RGZ 167/254 bei einem Erstattungsbeschluß).

b) Die LG sind **ausschließlich** zuständig nach GVG § 71 II 2 für **Amtspflichtverletzungsansprüche** (GVG § 13 K III). Die öffentlich-rechtliche Körperschaft hat bei schuldhaften Amtspflichtverletzungen den Anspruch auf Schadensersatz gegen den Handelnden, soweit dafür der Rechtsweg zulässig ist (vgl. GVG § 13 H I). Dritte haben solche Ansprüche gegen die Beamten unmittelbar regelmäßig nicht (anders wenn der Anspruch auf Grund des allgemeinen KriegsfolgeG erloschen ist, sodann haftet der Beamte nach allgemeinem KriegsfolgeG § 95), dafür aber die gegen die öffentlich-rechtliche Körperschaft (GG Art. 34), vgl. auch RBeamtenhaftungG § 3, soweit hier nicht die Ansprüche ausgeschlossen sind, wie etwa die gegenüber Ausländern nach RBeamtenhaftungG v. 22. 5. 1910 (RGBl. 798) § 7. Dies gilt auch gegenüber Gerichtsvollziehern (RG JW 23/800<sup>7</sup>). Nur bei Ansprüchen gegen Notare, die auf Gebühren gesetzt sind, besteht die Haftpflicht des Staates nicht, diese sind vielmehr unmittelbar von den dritten in Anspruch zu nehmen (NotO § 21). Auch die Ansprüche zwischen Notarkammer und Notarverweser, Notaren und Notarvertretern gehören hierher (VO v. 26. 6. 1937 [RGBl. I 663]) §§ 8, 12 II. Soweit dieses Notarrecht nicht gilt, haftet der Staat. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft bezieht sich auch auf Gemeinden (RGZ 163/195), sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften (RGZ 168/133), im besonderen auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften (RGZ 165/343). Dagegen ist der Begriff des Beamten hier anders als in GVG § 71 II 1, nämlich nur als Hoheitsträger (vgl. GG Art. 34: „jemand“) zu fassen. Weiter gehören hierher auch die Verfahren, die gegen öffentlich-rechtliche Beamte (GVG § 71 A II a, b) sich auf Grund des ErstattungsG ergeben wegen der Fehlbestände. Dieses Gesetz gilt zwar auch gegen Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes; doch sind insoweit die Arbeitsgerichte zuständig, weil hier nicht nur an die öffentliche Tätigkeit dieser (die Ausübung von Hoheitsrechten) angeknüpft wird. GVG § 71 II 2 gilt insoweit nicht (BGH NJW 51/762<sup>8</sup>). Darüber, ob der Rechtsweg bei Zugriff des Staates gegen Beamte noch gegeben ist, vgl. GVG § 13 H I f 1. Negative Ansprüche der Genannten gegen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften auf Feststellung, Rückzahlung u. dgl. m. fallen ebenfalls unter GVG § 71 II 2. Unter GVG § 71 II 2 gehören alle Ansprüche wegen schuldhaft verletzter Amtspflicht (RGZ 50/396). Es wird damit auf BGB § 839 verwiesen. Ansprüche aus dem Aufopferungsrecht (Einl. z. ALR § 75) sind keine aus Amtspflichtver-

letzung; ebenso nicht nach h. M. die aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (BGHZ 1/369). Nicht vor die LG gehören die Amtspflichtverletzungen, welche unter SchiffsverkehrsverfahrensG § 2 I d fallen.

**A III.** Nach GVG § 71 III (i. F. der Nov. 1950) darf die Landesgesetzgebung Ansprüche gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften wegen Verfügungen oder wegen öffentlicher Abgaben ohne Rücksicht auf den Streitwert den Landgerichten ausschließlich zuweisen. Ist der Rechtsweg offen, so ist er es auch für Feststellungsklagen, die auf Rückgewähr und die auf Schadensersatz trotz ihrer Rechtsbeständigkeit gehen (RGZ 139/278 [282]). Die Zuweisungen durch die frühere Landesgesetzgebung sind dadurch vielfach gegenstandslos. Die Zuständigkeit richtet sich nur nach dem eingeklagten Anspruch; nicht nach einem zur Aufrechnung gestellten (BGH LM § 547 I 2/4).

**a)** Der Begriff der öffentlichen Abgaben ist weit zu fassen. Unter ihn fallen die im Sinne der AbgabenO, also das, was ohne Gegenleistung an eine öffentliche Körperschaft zu entrichten ist (RG DR 40 A 2183<sup>23</sup>).

**b)** Unter den Begriff der Abgaben i. S. des GVG § 71 III fallen aber nicht die aus dem sonstigen öffentlichen Recht durch besonderen Verwaltungsakt entstehenden Lasten bzw. Entschädigungsansprüche auf Grund von Enteignungen (RGZ 165/281 [287]).

**B.** Die ausschließliche Zuständigkeit des LG als Zivilprozeßgericht der ersten Instanz wird in einer Reihe weiterer Vorschriften festgelegt:

**B II.** in vermögensrechtlichen Streiten (§ 2 A I b) findet sich die Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit der LG **a)** in den Fällen des GVG § 71 II, III (GVG § 71 II, III); **b)** in den Fällen der Anfechtungsklagen im Aufgebotsverfahren (§ 957 II); **c)** nach AktienG §§ 199 III, 201 I, 202 III, 216 IV, 219 III für Anfechtungs- und Nichtigkeitklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse, auf Feststellung der Nichtigkeit von Jahresabschlüssen einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie die auf Nichtigkeitsklärung dieser Gesellschaften; das Entsprechende gilt nach VAG § 36 i. V. m. AktienG §§ 199, 201, 202 für die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit; nach GenG §§ 51, 96 für Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse einer Genossenschaft und auf Nichtigkeitsklärung dieser; **d)** nach BörsenG § 49 für Ansprüche aus BörsenG § 45 (Haftung für unrichtige Angaben in einem Prospekt, auf Grund dessen Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen wurden); **e)** nach PatentG § 51 I 1 (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit); **f)** nach HinterlegungO § 3 V (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit, weil keine ausschließliche sachliche Zuständigkeit angeordnet worden ist); **g)** nach dem G v. 20. 5. 1898 (RGBl. 345) § 5 III für Klagen — der Höhe nach — auf Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und dem G v. 14. 7. 1904 (RGBl. 321) § 6 (nach Vorbescheid der Verwaltung) für Klagen derer, die unschuldig in Untersuchungshaft gesessen haben; **h)** nach dem BEG § 208 als Entschädigungskammer (mit besonders geregelter Rechtsmittelzulässigkeit); **i)** nach dem BaulandbeschaffungG § 32 I 2; **k)** nach AG Schuldenabkommen v. 24. 8. 1953 (BGBl. I 1003) § 16 für die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schuldtitels (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit); **l)** nach G gegen Wettbewerbsbeschränkung § 87; **m)** nach BLG § 58 II (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit); **n)** nach LandbeschaffungG § 59 III (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit); **o)** nach SchutzbereichG § 25 III (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit); **p)** nach HessAufbauG § 43 (ohne erweiterte Rechtsmittelzulässigkeit). **q)** Nach AuslandsbondsentschädigungG v. 10. 3. 1960 (BGBl. I 177) § 15 ist die ausschließliche Zuständigkeit des LG Berlin begründet (ohne erweiterte Zuständigkeit der Rechtsmittel).

**B III.** Über die besondere Zuweisung kraft Gesetzes in **Anhangstreiten** usw. vgl. GVG § 23 C und § 879 II (Verteilungsverfahren).

**C.** Darüber hinaus sind die LG als erste Instanz auch in der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** zuständig. Hier gilt indes die Regel, daß im Zweifel die AG zuständig sind, und nicht die LG (also das umgekehrte wie nach GVG § 71 I). Wo sie aber zuständig sind, sind sie es auch ausschließlich.

**D.** Über die erstinstanzlichen **strafrechtlichen Entscheidungen** vgl. StPO §§ 13 II 2, III, 14; 15; 19; GVG §§ 73, 74, 79folg.

## § 72 (71)

**I Die Zivilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, sind die Berufungs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.**

**A.** GVG § 72 regelt die **zweitinstanzliche Zuständigkeit** der LG im streitigen Verfahren. Über die Trennung der Zivilkammer von der für Handelsachen vgl. GVG § 100.

**A I.** Sie sind im **Zivilprozeß** Berufungsinstanz (§§ 511 folg.) gegen amtsgerichtliche Entscheidungen und ebenso erste Beschwerdeinstanz (§§ 567 folg.). Gegenüber dem Mieteinigungsamt entscheidet das LG als Rechtsbeschwerdeinstanz (MSchG § 41).

**A II.** Es ist aber auch in der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** erste Beschwerdeinstanz (vgl. FGG § 19 II, GBO § 76, SchiffsregisterO § 76, VHG § 18 II) und nach WohnungseigentumsG § 58 gegen die Notare (als erste Instanz) bei der Vollstreckung (vgl. auch den Fall des PrFGG Art. 51 II).

**A III.** Über die Zuständigkeit in **Strafsachen** als zweite Instanz vgl. GVG §§ 73, 74 II, JGG § 41 II.

**B.** Das **LG** wird indes als Berufungs- und Beschwerdeinstanz der streitigen Zivilgerichtsbarkeit bisweilen **übersprungen**, so

**B I.** in Binnen-, Mosel- und Rheinschiffahrtsachen (vgl. das SchiffsverkehrsverfahrensG § 11),

**B II.** und wenn es sich um Beschwerden wegen verweigerter Rechtshilfe und gegen die Sitzungspolizei handelt (GVG §§ 159, 181).

**B III.** In Landwirtschaftsachen geht die Beschwerde an das Oberlandesgericht (LVG § 22).

**C.** Die **LArbG** sind Berufungsgerichte und haben regelmäßig die den Landgerichten als Berufungs- und Beschwerdegerichte entsprechende Zuständigkeit (vgl. aber die Ausnahmen für die Entscheidung über die Ablehnung von Richtern, ArbGG § 49).

## § 73 (72)

**I Die Strafkammern sind zuständig für die die Voruntersuchung und deren Ergebnisse betreffenden Entscheidungen, die nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung von dem Gericht zu erlassen sind; sie entscheiden über Beschwerden gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Amtsrichters sowie gegen Entscheidungen des Amtsrichters und der Schöffengerichte.**

**II Die Strafkammern erledigen außerdem die in der Strafprozeßordnung den Landgerichten zugewiesenen Geschäfte.**

## § 73a

ist durch Nov. 1950 weggefallen.

## § 74 (73)

**I Die Strafkammern sind als erkennende Gerichte des ersten Rechtszuges zuständig für alle Verbrechen, die nicht zur Zuständigkeit des Amtsgerichts, des Schwurgerichts oder des Bundesgerichtshofes gehören. Sie sind auch zuständig für alle Vergehen und Verbrechen, die von der Staatsanwaltschaft bei ihnen angeklagt werden (§ 24 Nr. 2, 3) oder vom Amtsgericht an sie verwiesen sind, weil seine Straf Gewalt zu ihrer Aburteilung nicht ausreicht.**

**II Die Strafkammern sind außerdem zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Urteile des Amtsrichters und des Schöffengerichts.**

## § 74 a (74)

**I** Eine Strafkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk das Oberlandesgericht seinen Sitz hat, ist für den Bezirk des Oberlandesgerichts als erkennendes Gericht des ersten Rechtszuges zuständig für Verbrechen und Vergehen

der Verbreitung hochverräterischer Schriften (§ 84 des Strafgesetzbuchs),  
 der Staatsgefährdung (§§ 90 bis 97 des Strafgesetzbuchs),  
 der Agententätigkeit in den Fällen des § 100 d Abs. 2 und 3 des Strafgesetzbuchs,  
 der Gefährdung der Landesverteidigung in den Fällen des § 109 d, des § 109 e Abs. 1 bis 4,  
 des § 109 f und des § 109 g Abs. 1 bis 3 des Strafgesetzbuchs,  
 der Beteiligung an verbotenen Vereinigungen (§§ 129, 129 a des Strafgesetzbuchs),  
 der Verschleppung (§ 234 a des Strafgesetzbuchs) und  
 der politischen Verdächtigung (§ 241 a des Strafgesetzbuchs).

Dasselbe gilt für die Vergehen nach den §§ 42 und 47 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht.

**II** Die Zuständigkeit der Strafkammer entfällt, wenn der Oberbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles vor der Eröffnung des Hauptverfahrens die Verfolgung übernimmt, es sei denn, daß durch Abgabe oder Überweisung nach § 134 a Abs. 2 oder 3 die Zuständigkeit der Strafkammer begründet wird.

**III** In den Sachen, in denen die Strafkammer nach Abs. 1 zuständig ist, trifft sie auch die in § 73 Abs. 1 bezeichneten Entscheidungen.

**IV** Im Rahmen der Absätze 1 und 3 erstreckt sich der Bezirk des Landgerichts auf den Bezirk des Oberlandesgerichts.

## § 74 b (—)

**I** In Jugendschutzsachen (§ 26 Abs. 1 Satz 1) ist neben der für allgemeine Strafsachen zuständigen Strafkammer auch die Jugendkammer als erkennendes Gericht des ersten Rechtszuges zuständig. § 26 Abs. 2 und §§ 73 und 74 gelten entsprechend.

## § 75 (77)

**I** Die Zivilkammern sind, soweit nicht nach den Vorschriften der Prozeßgesetze an Stelle der Kammer der Einzelrichter zu entscheiden hat, mit drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden besetzt.

A. Soweit nicht der Einzelrichter zur Entscheidung berufen ist (§§ 348, 349) bzw. der Vorsitzende (§ 944), im besonderen der der Kammer für Handelsachen (GVG § 105 I, III) bzw. der Vorsitzende des ArbG (ArbGG §§ 53 folg.), LArbG (ArbGG §§ 64 III, 53), entscheidet die Kammer in der Besetzung von drei Mitgliedern (gleichviel mit wie vielen Mitgliedern sie nach der Geschäftsverteilung besetzt ist, vgl. GVG § 63 A, B).

## § 76 (77)

**I** Die Strafkammern entscheiden außerhalb der Hauptverhandlung in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

**II** In der Hauptversammlung ist die Strafkammer besetzt: mit dem Vorsitzenden und zwei Schöffen (kleine Strafkammer), wenn sich die Berufung gegen ein Urteil des Amtsrichters richtet;

mit drei Richtern mit Einschluß des Vorsitzenden und zwei Schöffen (große Strafkammer) in allen übrigen Fällen.

## § 77 (—)

**I** Für die Schöffen der Strafkammer gelten entsprechend die Vorschriften über die Schöffen des Schöffengerichts mit folgender Maßgabe:

**II** Die Landesjustizverwaltung verteilt die Zahl der erforderlichen Hauptschöffen auf die zum Bezirk des Landgerichts gehörenden Amtsgerichtsbezirke. Die Hilfsschöffen wählt der Ausschuß bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat. Hat das Landgericht seinen Sitz außerhalb seines Bezirks, so bestimmt die Landesjustizverwaltung, welcher Ausschuß der zum Bezirk des Landgerichts gehörigen Amtsgerichte die Hilfsschöffen wählt. Die Namen der gewählten Hauptschöffen und der Hilfsschöffen werden von dem Amtsrichter dem Landgerichtspräsidenten mitgeteilt. Der Landgerichtspräsident stellt die Namen der Hauptschöffen zur Schöffenliste des Landgerichts zusammen.

**III** An die Stelle des Amtsrichters tritt für die Auslosung der Reihenfolge, in der die Hauptschöffen an den einzelnen ordentlichen Sitzungen der Strafkammer teilnehmen, und für die Streichung eines Schöffen von der Schöffenliste des Landgerichts der Landgerichtspräsident, im übrigen tritt an die Stelle des Amtsrichters der Vorsitzende der Strafkammer.

**IV** Niemand soll für dasselbe Geschäftsjahr zugleich als Schöffe für das Schöffengericht und für die Strafkammer bestimmt werden. Ist dies dennoch geschehen oder ist jemand für dasselbe Geschäftsjahr in mehreren Bezirken zu diesen Ämtern bestimmt worden, so hat der Einberufene das Amt zu übernehmen, zu dem er zuerst einberufen wird.

## § 78 (78)

...ch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann wegen großer Entfernung des Landgerichtssitzes bei einem Amtsgericht für den Bezirk eines oder mehrerer Amtsgerichte eine Strafkammer gebildet und ihr für diesen Bezirk die gesamte Tätigkeit der Strafkammer des Landgerichts oder ein Teil dieser Tätigkeit zugewiesen werden.

**II** Die Kammer wird aus Mitgliedern des Landgerichts oder Amtsrichtern des Bezirks besetzt, für den sie gebildet wird. Der Vorsitzende und die übrigen Mitglieder werden nach § 63 durch das Präsidium des Landgerichts bezeichnet.

**III** Die Landesjustizverwaltung verteilt die Zahl der erforderlichen Hauptschöffen auf die zum Bezirk der Strafkammer gehörenden Amtsgerichtsbezirke. Die Hilfsschöffen wählt der Ausschuß bei dem Amtsgericht, bei dem die auswärtige Strafkammer gebildet worden ist. Die im § 77 dem Landgerichtspräsidenten zugewiesenen Geschäfte nimmt der Vorsitzende der Strafkammer wahr.

Sechster Titel

Schwurgerichte

## § 79 (79)

**I** Für die Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen treten bei den Landgerichten nach Bedarf Schwurgerichte zusammen.

## § 80 (80)

**I** Die Schwurgerichte sind zuständig für die Verbrechen  
 der Unzucht und Notzucht mit Todesfolge (§ 178 StGB),  
 des Mordes (§ 211 StGB),  
 des Totschlags (§ 212 StGB),

der Kindesötung (§ 217 StGB),  
 der Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 3 letzter Halbsatz StGB),  
 der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226 StGB),  
 der Vergiftung mit Todesfolge (§ 229 Abs. 2 letzter Halbsatz StGB),  
 der Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 Abs. 3 StGB),  
 des schweren Raubes (§ 251 StGB),  
 des räuberischen Diebstahls und der räuberischen Erpressung (§§ 252, 255 StGB), wenn die Strafe aus § 251 zu entnehmen ist,  
 der besonders schweren Brandstiftung (§ 307 StGB),  
 der Zerstörung durch explodierende Stoffe (§ 311 StGB), wenn die Strafe aus § 307 StGB zu entnehmen ist,  
 der Überschwemmung mit Todesfolge (§ 312 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB),  
 der Beschädigung wichtiger Bauten mit Todesfolge (§ 321 Abs. 2 letzter Halbsatz StGB),  
 der gemeingefährlichen Vergiftung mit Todesfolge (§ 324 letzter Halbsatz StGB),  
 der Freiheitsberaubung im Amt mit Todesfolge (§§ 341, 239 Abs. 3 StGB),  
 der Tötung durch Sprengstoffe (§ 5 Abs. 2 Halbsatz 2, Abs. 3 Sprengstoffgesetz).

### § 81 (81)

**I** Das Schwurgericht besteht aus drei Richtern mit Einschluß des Vorsitzenden und sechs Geschworenen.

### § 82 (82)

**I** Die Richter und die Geschworenen entscheiden über die Schuld- und Straffrage gemeinschaftlich; während der Hauptverhandlung üben die Geschworenen das Richteramt im gleichen Umfang wie die Schöffen aus.

**II** Außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden während der Tagung die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts; außerhalb der Tagung entscheidet die Strafkammer des Landgerichts.

### § 83 (83)

**I** Vor Beginn des Geschäftsjahres ernennt der Oberlandesgerichtspräsident für jede Tagung des Schwurgerichts aus der Zahl der Mitglieder des Oberlandesgerichts oder der in seinem Bezirk angestellten Richter einen Vorsitzenden des Schwurgerichts.

**II** In gleicher Weise ernennt der Landesgerichtspräsident für jede Tagung des Schwurgerichts aus der Zahl der Mitglieder des Landgerichts und der in seinem Bezirk angestellten Amtsrichter einen Stellvertreter des Vorsitzenden, die übrigen richterlichen Mitglieder und ihre Stellvertreter.

**III** Wird im Laufe des Geschäftsjahres eine Schwurgerichtstagung erforderlich, für die richterliche Mitglieder nicht ernannt worden sind, so können sie nachträglich ernannt werden. Ebenso können nachträglich Stellvertreter ernannt werden, wenn eine Vertretung erforderlich wird und die regelmäßigen Vertreter verhindert sind.

**IV** Solange noch nicht bestimmt ist, wann das Schwurgericht zusammentritt, erledigt der Vorsitzende der Strafkammer des Landgerichts die in diesem Gesetz und in der Strafprozeßordnung dem Vorsitzenden zugewiesenen Geschäfte. Das gleiche gilt, nachdem die Tagung geschlossen ist.

### § 84 (84)

**I** Für die Geschworenen gelten die Vorschriften der §§ 81 bis 57, 77 entsprechend, soweit nicht die §§ 85 bis 90 Abweichendes bestimmen.

**§ 85 (86)**

**I** Die Zahl der Hauptgeschworenen ist so zu bestimmen, daß voraussichtlich jeder Hauptgeschworene nur zu einer Tagung des Schwurgerichts im Geschäftsjahr herangezogen wird.

**§ 86 (87)**

**I** Die Reihenfolge, in der die Hauptgeschworenen an den Tagungen des Schwurgerichts teilnehmen, wird für das ganze Geschäftsjahr im voraus durch Auslosung bestimmt; der Landgerichtspräsident setzt die Geschworenen von der Auslosung mit dem Hinzufügen in Kenntnis, daß ihnen darüber, ob und zu welchem Tage sie einberufen werden, eine weitere Nachricht zugehen werde.

**§ 87 (—)**

**I** Der Landgerichtspräsident bestimmt, wann das Schwurgericht zusammentritt, und ordnet die Einberufung der Hauptgeschworenen für die einzelne Tagung nach der Reihenfolge ihrer Auslosung an. Zwischen der Zustellung der Ladung und dem Beginn der Tagung soll eine Frist von zwei Wochen liegen.

**§ 88 (94)**

**I** Der Landgerichtspräsident entscheidet über die von den Geschworenen vorgebrachten Ablehnungsgründe sowie darüber, ob ein Geschworener ferner zur Dienstleistung heranzuziehen ist.

**§ 89 (95)**

**I** Erstreckt sich eine Tagung des Schwurgerichts über den Endtermin des Geschäftsjahres hinaus, so bleiben die Geschworenen, die dazu einberufen sind, bis zum Schluß der Tagung zur Mitwirkung verpflichtet.

**§ 90 (97)**

**I** Niemand soll für dasselbe Geschäftsjahr als Geschworener und als Schöffe bestimmt werden.  
**II** Ist dies dennoch geschehen oder ist jemand für dasselbe Geschäftsjahr in mehreren Bezirken zu diesen Ämtern bestimmt worden, so hat der Einberufene das Amt zu übernehmen, zu dem er zuerst einberufen wird.

**§ 91 (98)**

**I** Die Strafkammer des Landgerichts kann bestimmen, daß einzelne Sitzungen des Schwurgerichts nicht am Sitz des Landgerichts, sondern an einem anderen Ort innerhalb des Schwurgerichtsbezirks abzuhalten seien.

**II** Wird in einem solchen Fall die Zuziehung anderer als der zunächst berufenen Geschworenen erforderlich, so werden die Hilfsschöffen des für den Sitzungsort zuständigen Schöffengerichts nach § 49 herangezogen.

**§ 92 (99)**

**I** Die Landesjustizverwaltung kann bestimmen, daß die Bezirke mehrerer Landgerichte zu einem Schwurgerichtsbezirk zusammengelegt und die Sitzungen des Schwurgerichts bei einem der Landgerichte abgehalten werden.

**II** In diesem Falle hat das Landgericht, bei dem die Sitzungen des Schwurgerichts abgehalten werden, und dessen Präsident die ihnen in den §§ 82 bis 91 zugewiesenen Geschäfte für den Umfang des Schwurgerichtsbezirks wahrzunehmen.

**III** Die Mitglieder des Schwurgerichts mit Einschluß des Stellvertreters des Vorsitzenden können aus der Zahl der in dem Bezirk des Schwurgerichts angestellten Richter bestimmt werden.

**IV** Die Zahl der erforderlichen Hauptgeschworenen wird auf sämtliche Amtsgerichte des Schwurgerichtsbezirks verteilt.

#### Siebenter Titel

#### Kammern für Handelssachen

### § 93 (100)

**I** Soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfnis als vorhanden annimmt, können bei den Landgerichten für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Teile davon Kammern für Handelssachen gebildet werden.

**II** Solche Kammern können ihren Sitz innerhalb des Landgerichtsbezirks auch an Orten haben, an denen das Landgericht seinen Sitz nicht hat.

**B.** Zwischen den Zivilkammern und den Kammern für Handelssachen besteht grundsätzlich nur der Unterschied, der auch sonst zwischen mehreren Kammern desselben Gerichts bei der Geschäftsverteilung besteht, nur wird ihre „Zuständigkeit“ nicht nach den Grundsätzen dieser, sondern ausschließlich nach dem GVG bestimmt, sofern eine Kammer für Handelssachen eingerichtet ist (GVG §§ 93, 94).

**B I.** Auf diese unterschiedlich geregelte funktionelle Zuständigkeit sind §§ 274 II 1, 528 I 2, 551 I 4 nicht anzuwenden (RG Gruch. 37/766).

**a)** Soweit sich die Unzuständigkeit ergibt, ist zu verweisen. Darüber darf auch der Einzelrichter entscheiden (§ 349 I 1). § 276 ist unanwendbar. Die Zivilkammer darf, abgesehen von Beschwerdesachen, nicht von Gerichts wegen verweisen, die Kammer für Handelssachen darf es dagegen nach GVG §§ 97 II, 99 II. Soweit Klagen an bestimmte Prozeßgerichte gebunden sind (GVG § 23 C I a), gilt dies nicht so, daß die einzelne früher zuständig gewesene Kammer wieder zu entscheiden hätte, sondern es kann z. B. über die Vollstreckungsgegenklage (§ 767) auch eine andere Kammer entscheiden (RGZ 45/343 [344]).

**b)** Die Kammer für Handelssachen wird nur auf Antrag des (Berufung-)Klägers in der Klage- (bzw. Berufung-)schrift bzw., soweit zu einer Verweisung an die Kammer ein Antrag gehört, mit diesem, der vom Kläger gestellt ist, zuständig (GVG §§ 96, 100) und sofern die Voraussetzungen nach GVG § 95 gegeben sind, wie in der Beschwerdeinstanz (GVG § 104), wo die Zuständigkeit allerdings von Gerichts wegen geprüft wird. Sind die Voraussetzungen des GVG § 95 nicht gegeben, so wird auf Antrag des (Berufung-)Beklagten (nicht des Klägers) an die Zivilkammer, bei nachträglicher Erweiterung oder Widerklage auf Antrag des Gegners (GVG § 99) und, wenn dieser Widerklage erhoben hat, aber die Voraussetzungen des GVG § 95 — mit Ausnahme der Kaufmannseigenschaft — für diese nicht bestehen, auch von Gerichts wegen (GVG §§ 97, 99 II) verwiesen. Andererseits darf auch der (Berufung-)Beklagte durch Antrag die Verweisung an die Kammer für Handelssachen durchsetzen, wenn die Voraussetzungen des GVG § 95 gegeben sind und keine Widerklage erhoben wird, die nicht Handlungssache ist; während aber die Zivilkammern in all diesen Fällen nicht von Gerichts wegen verweisen, geschieht dies in der Beschwerdeinstanz.

c) Über die Zulässigkeit der Anträge vgl. GVG § 101; über die Unanfechtbarkeit der Verweisung GVG § 102. All dies gilt, gleichviel ob die LG als erste oder als zweite Instanz (vgl. GVG §§ 96 folg., 100, 104) entscheiden.

**B II.** Ausgenommen von diesen Wirkungen sind nach der h. M. die **auswärtigen Kammern für Handelsachen**, die nach GVG § 93 II gebildet sind, soweit nunmehr eine gebietsmäßig nicht zuständige Kammer angegangen wird. In diesem Fall hat man das Verhältnis der örtlichen Unzuständigkeit angenommen (RGZ 48/27 [29]).

a) Der **Unterschied** zwischen der Zivilkammer und der Kammer für Handelsachen besteht einmal in ihrer Besetzung mit zwei Laienbeisitzern und der erweiterten Zuständigkeit ihres Vorsitzenden (GVG § 105). Der Vorsitzende braucht kein Direktor zu sein, wohl aber muß er ein (ständiges) Mitglied des Landgerichts sein, nur bei auswärtigen Kammern für Handelsachen (GVG § 93 II) darf es auch ein (ständiger) Amtsrichter sein (GVG § 106). Er und sein Vertreter werden vom LG-Präsidenten bestellt, bei mehreren Kammern für Handelsachen verteilt dieser die Geschäfte unter sie.

**B III. Verfahrensmäßig** weicht die Regelung nur im Fall des GVG § 103 (bei der Hauptintervention) ab.

C. Ob Kammern für Handelsachen gebildet werden, entscheidet allein die **Landesjustizverwaltung** nach ihrem Ermessen; sie darf solche Kammern für den gesamten LG-Bezirk errichten, aber auch für örtlich begrenzte Teile dieses Bezirks (GVG § 93 I), für mehrere LG-Bezirke darf sie nur in Kartellsachen errichtet werden (G gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 89). Auch steht es ihr frei, auswärtige Kammern für Handelsachen (d. h. solche, die ihren Sitz nicht an dem des LG haben) zu errichten (GVG § 93 II); auch diese dürfen sich auf den gesamten LG-Bezirk oder seine örtlich begrenzten Teile erstrecken, über den LG-Bezirk aber nur in Kartellsachen hinausgehen; ihnen darf ein Amtsrichter vorstehen (GVG § 106).

## § 94 (101 a)

**I** Ist bei einem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so tritt für Handelssachen diese Kammer an die Stelle der Zivilkammern nach Maßgabe der folgenden Vorschriften.

A. Wo Kammern für Handelsachen errichtet sind, treten sie im Zivilprozeß an die Stelle der Zivilkammern in erster und in zweiter Instanz (GVG § 93 B).

B. Sie sind aber auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig.

## § 95 (101)

**I** Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch die Klage ein Anspruch geltend gemacht wird:

1. gegen einen Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches aus Geschäften, die für beide Teile Handelsgeschäfte sind;
2. aus einem Wechsel im Sinne des Wechselgesetzes oder aus einer der im § 363 des Handelsgesetzbuches bezeichneten Urkunden;
3. auf Grund des Scheckgesetzes;
4. aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse:
  - a) aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft oder zwischen dieser und ihren Mitgliedern oder zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts, sowohl während des Bestehens als auch nach Auflösung des Gesellschafterverhältnisses, und aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Vorstehern oder den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern;
  - b) aus dem Rechtsverhältnis, welches das Recht zum Gebrauch der Handelsfirma betrifft;

- e) aus den Rechtsverhältnissen, die sich auf den Schutz der Warenbezeichnungen, Muster und Modelle beziehen;
- d) aus dem Rechtsverhältnis, das durch den Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts unter Lebenden zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber entsteht;
- e) aus dem Rechtsverhältnis zwischen einem Dritten und dem, der wegen mangelnden Nachweises der Prokura oder Handlungsvollmacht haftet;
- f) aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denen, die sich auf die Reederei, auf die Rechte und Pflichten des Reeders oder Schiffseigners, des Korrespondentreeders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßes von Schiffen, auf die Bergung und Hilfeleistung und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger beziehen;

5. auf Grund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (Reichsgesetzbl. S. 499);

6. aus den §§ 45 bis 48 des Börsengesetzes (Reichsgesetzbl. 1908 S. 215).

A. GVG § 95 regelt die **erstinstanzliche Zuständigkeit** der Kammer für Handelsachen, soweit sie gebildet ist. Sind die Voraussetzungen des GVG § 95 gegeben, so darf (von dem Fall der Widerklage abgesehen) weder auf Antrag des Gegners noch von Gerichts wegen an die Zivilkammer verwiesen werden; andererseits soll auf Antrag des Gegners eine solche Sache, die vor die Zivilkammer gebracht war, an die für Handelsachen verwiesen werden (GVG § 98). Doch sind fehlerhafte Verweisungsbeschlüsse nicht angreifbar (GVG § 102).

**B I.** Die Klage muß nach GVG § 95 I 1 gegen einen Kaufmann (z. Z. der Klageerhebung) gerichtet sein; doch genügt es, wenn er es zunächst nicht (mehr) war, daß er es bis zum Zeitpunkt der (sonst in Betracht kommenden) Verweisung geworden ist. Ist einer von mehreren Beklagten nicht Kaufmann, so liegt der Fall des GVG § 95 I nicht vor, selbst wenn die Klage gegen ihn abtrennbar ist (vgl. § 145 B II a).

a) Der Begriff des Kaufmanns ist dem Handelsrecht zu entnehmen (vgl. HGB §§ 1—7, AktienG §§ 3, 219 III, GenG § 17 II, GmbHG § 13 III, VAG § 16); die Post ist es nicht nach HGB § 452. Ob es die Bundesbahn ist, ist streitig (bejahend RGZ 161/341 [346f.]). Kaufmann ist auch der Minderkaufmann (HGB § 5). Als Beklagter kann er sich auf die Bestimmung nicht stützen und auch der Vollkaufmann, der nicht registriert ist, kann es nicht (GVG § 98); der Scheinkaufmann wird wie der Kaufmann behandelt.

b) Über den Begriff des beiderseitigen Handelsgeschäfts vgl. HGB §§ 343, 344. Ansprüche aus anderen Rechtsgründen gehören nicht unter die Bestimmung, selbst wenn sie bloß eventuell geltend gemacht werden (LG HRGZ 28 B 447<sup>199</sup>) oder die anderen Ansprüche überlagern (LG GRUR 51/82 nimmt dann ein Wahlrecht des Klägers an).

**B II.** Ansprüche aus einem Wechsel (GVG § 93 I 2) nach WG Art. 1 folg., 75 oder aus einer kaufmännischen Anweisung usw. nach HGB § 363 fallen stets unter die Bestimmung, gleichviel ob im Urkunden- oder im allgemeinen Prozeß geklagt wird (RGZ 78/317) und ob die Parteien Kaufleute sind. Dagegen gehören Ansprüche aus Wechselbereicherung (WG Art. 89) nicht hierher, wohl aber auch die Wechselansprüche, welche nur durch gewöhnliche Abtretung übertragen wurden (also auch im Fall des WG Art. 20 I 2).

**B III.** Für Ansprüche aus dem Scheck (GVG § 93 I 3) i. S. des ScheckG gilt das über die Ansprüche aus Wechseln Gesagte entsprechend.

**B IV a.** In den unter GVG § 95 I 4 a fallenden Streitigkeiten kommt es dabei nicht darauf an, ob die Handelsgesellschaft bzw. das Handelsgeschäft, an das sie anknüpfen, noch besteht oder aufgelöst ist und ob die Ansprüche an das Bestehen oder die Auflösung anknüpfen (HGB § 156, AktienG §§ 205 II, 219 III).

a 1. GVG § 95 I 4 a nennt Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft und dieser wie umgekehrt, nicht aber die der Mitglieder der Handelsgesellschaften untereinander (doch kann insoweit ein Fall des GVG § 95 I 1 vorliegen). Sonst brauchen die

Mitglieder nicht Kaufleute zu sein. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind nach VAG § 16 keine Handelsgesellschaften, auch ist es nicht die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft der Minderkaufleute (HGB § 4).

a 2. Handelsache ist aber auch der Streit zwischen den Vertretern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder ihren Mitgliedern. Vertreter einer Handelsgesellschaft sind nur ihre gesetzlichen Vertreter, aber auch dann, wenn ihre Vertretungsmacht beschränkt ist. Über Abwickler vgl. HGB §§ 146 folg., AktienG §§ 206 folg., GmbHG §§ 66 folg. Auch hier kommen nur Ansprüche in Betracht, die ihre Beziehung auf die Handelsgesellschaft haben. Doch kann hier auch ein Streit vorliegen, wo die Handelsgesellschaft nicht Partei ist, sondern nur ihre Mitglieder und ihre Vertreter. Auf die Kaufmannseigenschaft der Mitglieder und der Vertreter (z. Z. der Klageerhebung) kommt es nicht an; auch ihre Rechtsnachfolger machen Ansprüche aus Handelsachen geltend bzw. müssen sie gegen sich als solche gelten lassen.

a 3. Die stille Gesellschaft (HGB §§ 6, 335 folg.) ist keine Handelsgesellschaft. Dennoch sind diese Streitigkeiten einbezogen worden. Dabei kann der stille Gesellschafter auch Nichtkaufmann, der ein Handelsgeschäft Betreibende auch ein Minderkaufmann i. S. des HGB § 4 sein. Ist er aber überhaupt nicht Kaufmann, weil er kein Handelsgewerbe betreibt (etwa der Grundstücksmakler), so ist der Streit keine Handelsache.

b) Handelsachen sind nach GVG § 95 I 4 b auch die Ansprüche aus dem Firmenrecht (HGB §§ 13 folg.). Der, welcher eine Firma führt, muß dabei Vollkaufmann sein, nicht aber sein Gegner. Auf den Rechtsgrund des Anspruchs kommt es nicht an.

c) Handelsachen sind ferner die Ansprüche (GVG § 95 I 4 c) auf den Schutz von Warenzeichen, von Geschmacksmustern. Doch gehören die Streite nach dem GebrauchsmusterG vor die Zivilkammern; auch die Patentstreitigkeiten kommen nicht vor die Kammern für Handelsachen.

d) Über den Streit zwischen Erwerber und Veräußerer von Handelsgeschäften (GVG § 95 I 4 d) vgl. HGB §§ 22, 25 (es ist also der über das Geschäft eines Vollkaufmanns).

e) Wer sich als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter (GVG § 95 I 4 e; vgl. HGB §§ 48 folg., 54 folg.) geriert und nicht nachweisen kann, daß er es ist, haftet nach BGB § 179. Diese Klage ist sowohl dann, wenn der dritte gegen ihn klagt, wie umgekehrt, wenn der (angebliche) Prokurist oder der (angebliche) Handlungsbevollmächtigte gegen den dritten auf negative Feststellung klagen, Handelsache. Auch hier kommt es auf die Kaufmannseigenschaften nicht an.

f) Streitigkeiten aus dem See- oder dem Binnenschiffahrts(Flößerei-)recht sind Handelsachen (GVG § 95 I 4 f); doch werden die Kammern für Handelsachen mit ihnen nur befaßt, soweit sie vor die Landgerichte gehören. GVG § 94 regelt deren Zuständigkeit nicht, sondern nur die Geschäftsverteilung zwischen Zivilkammern und den Kammern für Handelsachen.

f 1. Nicht hierher gehören deshalb Streitigkeiten mit der Besetzung von Binnen- und Seeschiffen, die der Arbeitsgerichtsbarkeit nach ArbGG § 2 I 2 unterliegen.

f 2. Nicht hierher gehören die Streitigkeiten, die vor die Binnen-, Mosel- oder Rheinschiffahrtgerichte gehören.

f 3. Handelsachen sind aber alle sonstigen Ansprüche aus dem Seerecht, der Strandung.

B V. Bei den Klagen aus dem unlauteren Wettbewerb (GVG § 95 I 5) kommt es nur darauf an, ob auch ein Haftungsgrund auf ihn gestützt wird, gleichviel ob sonst Haftungsgründe aus Vertrag oder sonstiger unerlaubter Handlung geltend gemacht werden. Zu dem UWG gehören auch die Bestimmungen, die auf es verweisen, vgl. NotVO v. 9. 3. 1932 (RGBl. I 121), RabattG v. 25. 11. 1933 (RGBl. I 1011). Wird indes ein Anspruch aus WarenzeichenG geltend gemacht, so hat dieser bei Überlagerung den Vorrang (vgl. WZG §§ 32, 33).

B VI. Handelsachen sind ferner Ansprüche aus BörsenG §§ 45—46 (GVG § 95 I 6), das sind die aus unrichtiger Angabe auf Prospekten der zum Börsenhandel zugelassenen Papiere u. dgl. m. gegen Ausgeber von Börsenpapieren.

**B VII.** Handelsachen sind ferner die Streitigkeiten aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen (G gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 87 II).

## § 96 (102)

**I** Der Rechtsstreit wird vor der Kammer für Handelsachen verhandelt, wenn der Kläger dies in der Klageschrift beantragt hat.

**II** Ist ein Rechtsstreit nach den Vorschriften der §§ 276, 506 der Zivilprozeßordnung vom Amtsgericht an das Landgericht zu verweisen, so hat der Kläger den Antrag auf Verhandlung vor der Kammer für Handelsachen in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht zu stellen.

**A.** GVG § 96 I schreibt vor, daß der Kläger den Antrag, daß die Sache vor der Kammer für Handelsachen verhandelt werden soll, in der Klageschrift (oder im gleichzeitig eingereichten Gesuch) stellen soll (Sydow-Busch § 96 Anm. 1 wollen es genügen lassen, daß der Antrag vor Terminsberaumung gestellt wird).

**B.** Kommt die Sache an das LG durch Verweisung vom AG, so muß der Antrag des Klägers vor Erlaß des Verweisungsbeschlusses gestellt sein, also im besonderen, wenn nach § 697 ohne mündliche Verhandlung an das LG verwiesen wird (Baumbach-Lauterbach § 96 Anm. 2 A; a. M. Sydow-Busch § 96 Anm. 2, die noch an die Ladung vor das LG anknüpfen wollen; doch wird jetzt von Gerichten wegen geladen; dies gilt auch bei der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 128 II. §§ 276, 506 gelten hier nicht (KG OLG 33/78). Über das Recht des Beklagten vgl. GVG § 98.

**C.** Wird von einem LG (Kammer für Handelsachen) an ein anderes LG verwiesen, so wird auch bei dem anderen der Streit vor der Kammer für Handelsachen anhängig, sofern dort eine solche besteht. Wird aber von einem LG, bei dem keine Kammer für Handelsachen besteht, an eines, bei dem sie vorhanden ist, verwiesen, so ist auch hier der Antrag nur bis zum Erlaß des Verweisungsbeschlusses zulässig.

**D.** Das verweisende Gericht hat nur die Zuständigkeit des LG als solche zu prüfen, die Zuständigkeit der Kammer für Handelsachen ist von ihm nicht zu prüfen. Über die Frage, wann die Kammer für Handelsachen verweisen darf, vgl. GVG § 97.

## § 97 (103)

**I** Wird vor der Kammer für Handelsachen eine nicht vor sie gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Zivilkammer zu verweisen.

**II** Gehört die Klage oder die im Falle des § 506 der Zivilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelsachen, so ist diese auch von Amts wegen befugt, den Rechtsstreit an die Zivilkammer zu verweisen, solange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und darauf ein Beschluß verkündet ist. Die Verweisung von Amts wegen kann nicht aus dem Grund erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist.

**A.** GVG § 97 regelt die Verweisung des Streits vor der Kammer für Handelsachen an die Zivilkammer. Der Verweisungsbeschluß ist unanfechtbar (GVG § 102).

**A I.** Wird keine Handelsache (GVG § 95) vor die Kammer für Handelsachen gebracht, so soll sie auf Antrag des Beklagten an die Zivilkammer verwiesen werden (GVG § 97 I). Dazu genügt es schon, wenn bei objektiver Klagehäufung auch nur ein Klageanspruch nicht unter GVG § 95 fällt; ebenso genügt es, wenn bei subjektiver Klagehäufung nur für einen der Beklagten die Sache nicht Handelsache ist (vgl. GVG § 95 B), sofern gerade dieser den Antrag stellt; ein anderer, für den sie Handelsache ist, stellt ihn, abgesehen von notwendiger Streitgenossenschaft oder notwendiger Streithilfe, für sich allein ohne Erfolg. Auf die Person des Streitgehilfen wird es aber nicht abgestellt. Über den Charakter des Antrags vgl. GVG § 101 A II.

**A II.** Von Gerichts wegen (also auch ohne Antrag) darf nur in den Fällen des GVG § 97 II, 99 II verwiesen werden.

**a)** Ist die Klage keine Handelsache (GVG § 95), so darf bis auf den Fall, wo der Beklagte kein Kaufmann ist (GVG § 95 I 1), von Gerichts wegen verwiesen werden; die fehlende Kaufmannseigenschaft des Beklagten muß also außer Betracht bleiben.

**b)** Über den Fall der **Klageerweiterung**, der **Widerklageerhebung** oder der **Widerklageerweiterung** oder der **Änderung dieser Klage** vgl. GVG § 99. Nur wenn wegen einer vor dem AG erhobenen **Widerklage** der **Rechtsstreit** gemäß § 506 verwiesen worden ist und diese keine Handelsache ist (ist es schon die Klage nicht, so gilt GVG § 97 I unmittelbar), so darf wieder der **gesamte Streit** an die **Zivilkammer** von Gerichts wegen verwiesen werden. Aber auch hier kommt es nicht darauf an, daß der **Kläger** als **Widerbeklagter** nicht Kaufmann ist (GVG § 97 II 2 in entsprechender Anwendung, was für den Fall des GVG § 95 I 1 erheblich ist); daß es auf die **Kaufmannseigenschaft** des **Beklagten** als **Widerklägers** in diesem Falle nicht ankommen kann, ergibt schon GVG § 95 I 1 (allerdings wird damit nicht die Prüfung vorweggenommen, ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt; ist dies nicht der Fall, so darf von Gerichts wegen verwiesen werden).

**B.** Von Gerichts wegen darf nur verwiesen werden, solange nicht „zur Hauptsache“ verhandelt worden oder diese Verhandlung durch einen Beschluß vorbereitet ist. Der Begriff ist derselbe wie in § 39 A II a.

## § 98 (104)

**I** Wird vor der Zivilkammer eine vor die Kammer für Handelssachen gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Beklagten an die Kammer für Handelssachen zu verweisen. Ein Beklagter, der nicht in das Handelsregister eingetragen ist, kann den Antrag nicht darauf stützen, daß er Kaufmann ist.

**II** Der Antrag ist zurückzuweisen, wenn die im Falle des § 506 der Zivilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage vor die Kammer für Handelssachen nicht gehören würde.

**III** Zu einer Verweisung von Amts wegen ist die Zivilkammer nicht befugt.

**IV** Die Zivilkammer ist zur Verwerfung des Antrags auch dann befugt, wenn der Kläger ihm zugestimmt hat.

**A.** GVG § 98 handelt von der **Verweisung von der Zivilkammer an die für Handelssachen**. Liegt eine Handelsache (GVG § 95) vor, so darf der Beklagte, wenn sie der Kläger vor die Zivilkammer bringt, beantragen, daß sie an die Kammer für Handelssachen verwiesen wird (GVG § 98 I 1). Von Gerichts wegen wird nicht verwiesen (GVG § 98 III).

**B.** Doch hat der Beklagte dieses Recht im Fall des GVG § 95 I 1 nur, wenn er im Handelsregister eingetragen worden ist (GVG § 98 I 2). Auch hat er kein Verweisungsrecht, wenn er eine Widerklage vor dem AG erhoben hatte, die keine Handelsache ist, wenn dann der Streit nach § 506 an das LG (Zivilkammer) verwiesen worden ist (GVG § 98 II).

**C.** Die Voraussetzungen der Verweisung sind von Gerichts wegen zu prüfen (GVG § 98 IV). Eine Vereinbarung nach § 38 wird insoweit nicht beachtet.

## § 99 (105)

**I** Wird in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreit die Klage nach § 280 der Zivilprozeßordnung durch den Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses erweitert oder eine Widerklage erhoben und gehört die erweiterte Klage oder die Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen, so ist der Rechtsstreit auf Antrag des Gegners an die Zivilkammer zu verweisen.

**II** Unter der Beschränkung des § 97 Abs. 2 ist die Kammer zu der Verweisung auch von Amts wegen befugt. Diese Befugnis tritt auch dann ein, wenn durch eine Klageänderung ein Anspruch geltend gemacht wird, der nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört.

**A.** GVG § 99 ergänzt GVG § 97, indem er wegen im Laufe des Prozesses eingetretener **Veränderungen** die Verweisung von der Kammer für Handelsachen an die Zivilkammer regelt, während es den umgekehrten Fall nicht gibt. Wird die Klage durch Klageerweiterung verändert und damit zu einer Nichthandelsache, so hat der Beklagte das Antragsrecht zur Verweisung (GVG § 99 I). Die Vorschrift bezieht sich auf jede Klageänderung, die nicht gesetzlich zugelassen ist (GVG § 99 II 2).

**B.** Wird eine **Widerklage** erhoben, die keine Handelsache ist (GVG § 99 I), oder wird sie um eine Nichthandelsache erweitert (ohne daß ein Fall der gesetzlichen Zulassung der Änderung des § 268 vorliegt), so hat der Kläger das Recht, zu beantragen, daß der Streit an die Zivilkammer verwiesen wird. Für die Widerklage aus §§ 302 IV, 717 II, III, 945, 1042 c II gilt dies nicht, auch nicht für die Aufrechnung und wohl auch nicht für Eventualwiderklagen.

**C.** In den Fällen der **Klageerweiterung** oder der Widerklageerhebung oder -erweiterung in Nichthandelsachen darf auch das Gericht von sich aus den Streit an die Zivilkammer nach seinem Belieben (also ohne Antrag) verweisen (GVG § 99 II 1), ausgenommen, wenn bei der Klage bzw. Klageerweiterung es nur darauf ankommt, ob der Beklagte Kaufmann ist (vgl. GVG § 97 A II a), oder wenn bei der Widerklage oder der Widerklageerweiterung es nur darauf ankommt, ob der Kläger Kaufmann ist (GVG § 97 A II b).

**D.** Über die **Zulassung** der Klageänderung oder die Widerklageerhebung bzw. -änderung hat in den Fällen der Verweisung die Zivilkammer zu entscheiden. Über den Charakter des Antrags und die Zeit, in der er zu stellen ist, vgl. GVG § 101; von Gerichts wegen darf nur vor Verhandlung zur Hauptsache und vor Erlaß eines sich auf sie beziehenden Beschlusses verwiesen werden (GVG § 97 B), wobei hier allerdings die Frage der Zulassung der Klageänderung bzw. der Widerklageerhebung oder -änderung außer Betracht zu bleiben hat, weil darüber nur die Zivilkammer zu entscheiden hat, wenn verwiesen wird.

## § 100 (105 a)

**I Die §§ 96 bis 99 sind auf das Verfahren im zweiten Rechtszuge vor den Kammern für Handelssachen entsprechend anzuwenden.**

**A.** GVG § 100 regelt die **zweitinstanzliche Zuständigkeit** der Kammer für Handelsachen.

**A I.** Wird ein amtsgerichtliches Urteil mit der Berufung angegriffen, so hat

**a)** der Berufungskläger (gleichviel, ob er Kläger oder Beklagter ist) in der Berufungsschrift (nicht erst in der Berufungsbegründungsschrift) zu beantragen, daß die Sache vor die Kammer für Handelsachen kommt (vgl. GVG § 96 I). Der Antrag kann hier auch dann nicht mehr nachgeholt werden, wenn das Berufungsgericht unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die Sache an sich als erste Instanz verweist (vgl. Kommentar § 276 B IV c).

**b)** Bringt der Berufungskläger eine Nichthandelsache vor die Kammer für Handelsachen, so darf der Berufungsbeklagte (gleichviel ob er Kläger oder Beklagter ist) die Verweisung an die Zivilkammer beantragen (GVG § 97 I). Doch zieht der Antrag nur, wenn sich in der Berufungsinstanz (auch) die Nichthandelsache befindet (also nicht, wenn bei Klagehäufung etwa die Nichthandelsache nicht angegriffen ist und auch der Gegner nicht die Möglichkeit hat, sich auf diesen Tatbestand zu beziehen und bezieht). Wird die Berufung erweitert, (sei es, daß auf bislang nicht angegriffene Posten des amtsgerichtlichen Urteils zurückgegriffen wird, sei es, daß über die amtsgerichtlichen Anträge hinausgegangen wird, also wenn der Berufungskläger Kläger ist durch Erweiterung oder Klageänderung, wenn er Beklagter ist, durch Erhebung der Widerklage oder ihre Änderung — immer von der gesetzlich zugelassenen Klageänderung des § 268 abgesehen), so hat ebenfalls der Berufungsbeklagte (als Kläger oder als Beklagter) das Recht des Verweisantrags (vgl. GVG § 99).

**A II.** Bringt dagegen der Berufungskläger den Streit nicht vor die Kammer für Handelsachen, sondern kommt er vor die Zivilkammer, so darf

a) der Berufungsbeklagte die Verweisung an die Kammer für Handelsachen beantragen, wenn der Streit eine Handelsache betrifft (GVG § 98 I). Der Berufungsbeklagte (mag er Kläger oder Beklagter sein) wird aber mit dem Antrage nur gehört, wenn der Beklagte (also möglicherweise auch der Berufungskläger) als Vollkaufmann im Handelsregister eingetragen ist (GVG § 98 I 2), soweit es für die Zuständigkeit der Kammer für Handelsachen gerade darauf ankommt, daß die Klage gegen den Beklagten als Kaufmann gerichtet war (GVG § 95 I 1). Hatte der Berufungsbeklagte eine Widerklage in der ersten Instanz erhoben, ist diese Nichthandelsache und noch in der Berufungsinstanz im Streit, so ist der Antrag zurückzuweisen (wie stets, wenn auch nur ein Bestandteil des Streits Nichthandelsache ist). Erhebt er die Widerklage erst in der zweiten Instanz oder erweitert er sie, so liegt ein Fall der Anschlußberufung vor (GVG § 100 A II b).

b) Legt der Berufungsbeklagte **Anschlußberufung** ein oder erweitert er sie und erstreckt sich diese (ganz oder teilweise, von den Prozeßkosten abgesehen) auf eine Nichthandelsache, so darf er die Verweisung beantragen (und zwar hier in der Frist des GVG § 101). Dies gilt auch, wenn er als Kläger von vornherein Handelsache und Nichthandelsache gemischt hatte. Doch wird er mit dem Antrage nicht gehört, wenn sich die Anschlußberufung auf eine von ihm selbst (in erster oder in zweiter Instanz) erhobene Widerklage bezieht (vgl. GVG §§ 98 II, 99) weil er dann auch in erster Instanz die Zuständigkeit der Kammer für Handelsachen nicht angreifen könnte.

**A III.** Die Einlegung einer Anschlußberufung berechtigt dagegen den Berufungskläger nie, den Streit vor die Kammer für Handelsachen zu bringen. Betrifft sie aber eine Nichthandelsache und schwebt der Streit vor der Kammer für Handelsachen, so darf der Berufungskläger den Verweisungsantrag stellen, sofern er nicht als Kläger oder als Widerkläger die Entscheidung des Amtsgerichts herbeigeführt hat (GVG §§ 98 II, 99); also nur, wenn er aus seiner Stellung als Berufungsbeklagter oder als Widerbeklagter angreift.

**B.** Von Gerichts wegen darf die Zivilkammer niemals verweisen (GVG § 98 III).

**B II.** Die **Kammer für Handelsachen als Berufungsinstanz** darf von Gerichts wegen nach Belieben verweisen, sofern eine Nichthandelsache vor sie als Berufungsinstanz gebracht wird (von Anfang an oder im Laufe des Verfahrens). Doch ist die Verweisung nicht zulässig, sofern es (im Fall des GVG § 95 I 1) nur darauf ankommt, daß die Klage bzw. die Widerklage gegen einen Kaufmann als Beklagten bzw. als Widerbeklagten gerichtet ist (GVG §§ 97 II 2, 99 II 1). Das Verweisungsrecht geht indes verloren nach Verhandlung „zur Hauptsache“ (GVG § 97 B) wie der Verkündung eines auf die Hauptsache sich beziehenden Beschlusses (GVG § 97 B).

**B III.** Wird von beiden Parteien selbständig Berufung bei verschiedenen Kammern (eine bei der Kammer für Handelsachen, die andere bei der Zivilkammer) eingelegt, so sollte man den Streit so behandeln, wie wenn beide Parteien Verweisungsanträge gestellt hätten (abgesehen von den Fällen des GVG §§ 97 II 2, 98 I 2); sobald indes ein Verweisungsbeschluß vorliegt, ist auch die bei der anderen Kammer anhängige Sache auf die angewiesene zu übertragen (Baumbach-Lauterbach § 100 Anm. 1 lassen die erste Berufung entscheiden, was bei gleichzeitig eingelegtem Rechtsmittel versagt).

**C.** GVG §§ 101, 102 gelten auch in der Berufungsinstanz. Über den Charakter des Antrags, das Verhältnis mehrerer Kläger oder mehrerer Beklagter vgl. GVG § 101 A II. Über die Kammer für Handelsachen als Beschwerdeinstanz vgl. GVG § 104.

## **§ 101 (106)**

**I** Der Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an eine andere Kammer ist nur vor der Verhandlung des Antragstellers zur Sache zulässig.

**II** Über den Antrag ist vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

**A.** Unter GVG § 101 fallen

**A I.** nur die Anträge,

a) welche nicht schon bei der Klageerhebung (GVG § 95) bzw. bei der Verweisung vom Kläger (GVG § 96 II), bei Einlegung der Berufung (GVG § 100) vom Berufungskläger zu stellen sind.

b) Die übrigen Anträge sind vor „Verhandlung“ zur Sache, im schriftlichen Verfahren (§ 128 II) spätestens mit der ersten sachlichen Einlassung i. S. des GVG § 101 zu stellen.

**A II.** Der Antrag ist eine prozessuale empfangsbedürftige (gegenüber dem Gericht abzugebende) einseitige Willenserklärung (vgl. § 38 B II). Er ist Prozeßantrag und fällt nicht unter § 297.

a) Wird sie vom Kläger bzw. Berufungskläger in den Fällen des GVG § 101 A I a nicht abgegeben, so ist die Zivilkammer zuständig. Dies kann er nur durch Klagerücknahme und erneute Klageerhebung vor der Kammer für Handelsachen rückgängig machen. Wird die Erklärung in den Fällen abgegeben, so ist der Kläger usw. an sie gebunden, weil der Beklagte usw. ihn an der Bestimmung der Kammer für Handelsachen festhalten darf. Der Antrag ist insoweit unwiderruflich.

b) **Widerruflich** (und wiederholbar) ist der Antrag, soweit er nicht zugleich mit der Klage bzw. der Berufung bzw. der Verweisung zu stellen ist, also in den Fällen des GVG § 101 A I b, aber nicht mehr, sobald über ihn entschieden worden ist (GVG § 102 A). Nicht mehr wiederholbar ist er ab Verhandlung zur Sache i. S. des GVG § 101, wohl aber noch widerruflich, solange noch das Gericht von sich aus verweisen könnte (GVG § 97), danach indes nicht mehr, weil in dem Beschluß zur Sache zugleich die Ablehnung des Antrags zu sehen ist.

**A III. Verhandlung zur Sache** bedeutet die Verhandlung über irgendeinen Gegenstand außer dem Verweisungsantrag. Deshalb gehört auch die über Prozeßbedingungen zur Verhandlung zur Sache (RG JW 91/465<sup>1</sup>). Reine Vertagungsanträge, die sich auch auf die Verweisung beziehen, sind dagegen noch keine Sachverhandlung i. S. des GVG § 101, wohl aber Ablehnungsgesuche (a. M. Baumbach-Lauterbach § 101 Anm. 1), die Stellung von Sachanträgen (§ 137 I; a. M. Sydow-Busch § 101 Anm. 1, Baumbach-Lauterbach § 101 Anm. 1). Das Verhandeln zur Hauptsache wird jedenfalls nicht verlangt (vgl. §§ 271 I, 274, 504 I, 528, GVG § 97 II).

**B.** Über den Antrag (gleichviel, ob in der Klage-, Berufungsschrift oder später gestellt) soll **vorab** verhandelt und **entschieden** werden. Die Beschränkung der Verhandlung auf diesen Antrag darf nach § 146 angeordnet werden (doch muß dies nicht geschehen). Wird über ihn nicht ausdrücklich entschieden, sondern ein Beschluß zur Sache gefaßt (GVG § 97), so gilt er als abgelehnt. Die zur Sache ergangene Entscheidung ist deswegen nicht angreifbar. Auch wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts ist kein Rechtsmittel mehr zulässig (§ 512 a — soweit vermögensrechtliche Streitigkeiten betroffen sind —), selbst wenn eine unzuständige auswärtige Kammer für Handelsachen entschieden hat (vgl. Kommentar GVG § 93 A II b). Der Beschluß bindet nach GVG § 102.

## § 102 (107)

**I Die Entscheidung über Verweisung eines Rechtsstreits an die Zivilkammer oder an die Kammer für Handelsachen ist nicht anfechtbar. Erfolgt die Verweisung an eine andere Kammer, so ist diese Entscheidung für die Kammer, an die der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend. Der Termin zur weiteren mündlichen Verhandlung wird von Amts wegen bestimmt und den Parteien bekanntgemacht.**

**A.** Die Entscheidung über die Verweisung, mag sie ausgesprochen oder abgelehnt (RG JW 86/225<sup>2</sup>) werden, ist unanfechtbar, sofern sie von einer Kammer desselben LG ausgeht, aber nicht wenn ein AG (GVG § 96 B, KG OLG 33/78) oder ein auswärtiges LG (GVG §§ 96 C, 98) verweist. Zurückverweisungen von der Kammer für Handelsachen an die Zivilkammer bei Klageerweiterung sind trotz des GVG § 102 zulässig (GVG § 99). Die Bestimmung bezieht sich auch auf die Fälle des GVG § 100. GVG § 102 I 3 ist jetzt nur noch ein besonders geregelter Fall des § 216.

## § 103 (108)

**I** Bei der Kammer für Handelssachen kann ein Anspruch nach § 64 der Zivilprozeßordnung nur dann geltend gemacht werden, wenn der Rechtsstreit nach den Vorschriften der §§ 94, 95 vor die Kammer für Handelssachen gehört.

A. Die Hauptintervention (§ 64) gehört nur dann vor die Kammer für Handelssachen, wenn auch der Anspruch, der ihr zugrunde liegt, Handelsache (GVG § 95) ist. Schwebt der Erstprozeß vor einer Zivilkammer, so ist nur sie zuständig, selbst wenn der Prozeß des Hauptinterventions als Klägers Handelsache ist. Die Verweisung dieses Prozesses nach GVG § 98 ist nur zulässig, sofern sie für den Erstprozeß noch zulässig ist (Baumbach-Lauterbach § 103 Anm. 1; Sydow-Busch § 103 Anm. 1). Vgl. auch GVG § 101 B.

## § 104 (108 a)

**I** Wird die Kammer für Handelssachen als Beschwerdegericht mit einer vor sie nicht gehörenden Beschwerde befaßt, so ist die Beschwerde von Amts wegen an die Zivilkammer zu verweisen. Ebenso hat die Zivilkammer, wenn sie als Beschwerdegericht in einer Handelssache mit einer Beschwerde befaßt wird, diese von Amts wegen an die Kammer für Handelssachen zu verweisen. Die Vorschriften des § 102 Satz 1, 2 sind entsprechend anzuwenden.

**II** Eine Beschwerde kann nicht an eine andere Kammer verwiesen werden, wenn bei der Kammer, die mit der Beschwerde befaßt wird, die Hauptsache anhängig ist oder diese Kammer bereits eine Entscheidung in der Hauptsache erlassen hat.

A. GVG § 104 regelt die Aufteilung der Zivilkammer und der Kammer für Handelssachen, soweit das LG als Beschwerdeinstanz angerufen wird. Im Beschwerdeverfahren wird nur von Gerichts wegen verwiesen, hier aber nicht unter den Beschränkungen der GVG §§ 97 II, 98 III, 99 II 1. Dagegen darf nicht verwiesen werden, wenn bei der mit der Beschwerde befaßten Kammer oder einer gleicher Art (also entweder einer Zivilkammer, wenn jene eine solche ist, oder der Kammer für Handelssachen, wenn jene es auch ist), die Hauptsache anhängig ist oder sie zur Hauptsache bereits entschieden hat; daß früher einmal in einer anderen Beschwerdesache entschieden worden ist, reicht dagegen nicht aus, wenn nicht zur Hauptsache entschieden wurde. Als Hauptsache wird man hier auch die Entscheidungen über Prozeßbedingungen wie die über die Zulässigkeit des Rechtsmittels ansehen dürfen. Ob dagegen die an sich zuständige Kammer(-art) an die andere verweisen muß, wenn ein Fall des GVG § 104 II vorliegt, ist streitig (verneinend: Sydow-Busch § 104 Anm. 4; bejahend Baumbach-Lauterbach § 104 Anm. 3).

B. Wird verwiesen oder entschieden, so geschieht dies selbst dann unanfechtbar, wenn es rechtsirrig geschah (GVG §§ 104 I 3, 102).

**B I.** Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind als Beschwerdegerichte

a) grundsätzlich die Zivilkammern zuständig.

b) Die Kammer für Handelssachen ist aber nach FGG § 30 I 2 für „Handelsachen“ zuständig (soweit sie gebildet ist). Der Begriff der Handelsache ist hier dem 7. Abschnitt des FGG (§§ 125—158) — nicht dem GVG § 95 — zu entnehmen. Dazu gehören die Handelsregistersachen und die Sachen, wo auf diese Vorschriften verwiesen wird (KG RJA 10/189, KGJ 48 A 137), einschließlich der sich für das Handelsregister ergebenden Aufgaben nach dem DM-BilanzG und nach dem BereinigungG handelsrechtlicher Vorschriften v. 18. 4. 1950 (BGBl. 90), im besonderen die der Genossenschaftsregister (OLG 19/352, OLG München JFG 16/8 [10]), aber auch die Geschmacksmustersachen, weil das Register von den Handelsregistergerichten geführt wird (KG RJA 10/189). Auch die Angelegenheiten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit werden als zur Kammer für Handelssachen gehörig betrachtet (KG RJA 3/121). Über die Bestellung von Vertretern nach BGB § 29 für Handelsgesellschaften ist von den Kammern für Handelssachen als Beschwerdegericht zu entscheiden (KG JFG 38/248,

BayObLG RJA 15/44). Die Entscheidungsgewalt der Kammer für Handelsachen erstreckt sich in Handelsachen auch auf die Nebenentscheidungen, im besonderen auf das Kostenrecht (KGJ 31 B 18). Obwohl auch bei Vereins- und Güterrechtsregistern auf die Vorschriften über die Handelsregister verwiesen wird (vgl. BGB §§ 59—61), hält hier KG RJA 5/187 die Zivilkammer als Beschwerdegericht für zuständig, ebenso in Beschwerden bei Angelegenheiten für gemeinsames Recht für Inhaber von Schuldverschreibungen (KG RJA 12/78).

**B II.** Die h. M. läßt auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Abweichung von der streitigen Gerichtsbarkeit die Anfechtung (durch weitere Beschwerden) zu, weil GVG § 102 nicht gelte (RGZ 48/27 folg.), und hier wurde auch die Unzuständigkeitserklärung der Kammer — an Stelle der Verweisung — zugelassen, was dann mit der weiteren Beschwerde für anfechtbar gehalten wurde (BayObLG 1953/9, BayJMBI. 54/70).

## § 105 (109)

**I Die Kammern für Handelsachen entscheiden in der Besetzung mit einem Mitglied des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern, soweit nicht nach den Vorschriften der Prozeßgesetze an Stelle der Kammer der Einzelrichter zu entscheiden hat.**

**II Sämtliche Mitglieder der Kammer für Handelsachen haben gleiches Stimmrecht.**

**III In Streitigkeiten, die sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Reeder oder Schiffer und Schiffsmannschaft beziehen, kann die Entscheidung im ersten Rechtszug durch den Vorsitzenden allein erfolgen.**

**A.** GVG § 105 I entscheidet über die **Besetzung** der erkennenden **Kammer für Handelsachen** (vgl. GVG § 75). Über die Errichtung der Kammer durch die Landesjustizverwaltung vgl. GVG § 93. Über die Ernennung der Vorsitzenden und der ständigen Stellvertreter wie die Geschäftsverteilung unter mehreren Kammern für Handelsachen durch den LGPräsidenten vgl. GVG § 94. Zeitweilige Vertreter (GVG § 67) darf er nur bestimmen, wenn der regelmäßige Vertreter nicht durch andere Geschäfte in Anspruch genommen ist, für die er geschäftsplanmäßig nicht bestimmt ist (KG JW 30/2989<sup>18</sup>). Vorsitzender darf nur ein ständiges Mitglied des LG (also kein Hilfsrichter) sein (wenn es auch kein Direktor sein muß), der Amtsrichter nur nach GVG § 106 bei auswärtiger Kammer (GVG § 93 II).

**B.** Über die **Berufung der Handelsrichter** vgl. GVG §§ 108 folg. Sie haben das gleiche Stimmrecht wie der Vorsitzende (GVG § 105 II).

**C.** Der **Vorsitzende** darf allein entscheiden als Einzelrichter nach §§ 348 folg. — insoweit gilt nichts anderes als bei dem Einzelrichter der Zivilkammer, nur daß nur der Vorsitzende Einzelrichter sein kann (§ 350 I) — es ist dabei nicht selten, daß die Parteien sich mit der Entscheidung durch ihn als Einzelrichter einverstanden erklären (vgl. § 349 III) — und als Vorsitzender, wo diesem allein die Entscheidungsgewalt zusteht (in den Fällen des § 944). Wie beim Einzelrichter herrscht vor ihm Anwaltszwang (§ 78 I). Seine Entscheidungen sind wie die des LG anfechtbar, soweit er als Einzelrichter tätig wird (§ 350 II).

**C I.** GVG § 105 III ist gegenstandslos (ArbGG § 2 I 2).

## § 106 (110)

**I Im Falle des § 93 Abs. 2 kann ein Amtsrichter Vorsitzender der Kammer für Handelsachen sein.**

**A.** Bei auswärtigen Kammern für Handelsachen (GVG § 93 II) darf ein Amtsrichter vorsitzen, nicht notwendigerweise nur der, in dessen Bezirk sich die auswärtige Kammer befindet; doch muß auch er ein ständig angestellter Richter, also kein Hilfsrichter sein.

## § 107 (111)

**I** Das Amt der Handelsrichter ist ein Ehrenamt.

**II** Die Handelsrichter, die weder ihren Wohnsitz noch ihre gewerbliche Niederlassung am Sitz der Kammer für Handelssachen haben, erhalten Tage- und Übernachtungsgelder sowie Ersatz der verauslagten Fahrtkosten nach den für Landgerichtsräte geltenden Vorschriften.

**III** Handelsrichtern, die ihren Wohnsitz oder ihre gewerbliche Niederlassung am Sitz der Kammer für Handelssachen haben, werden die notwendigen Fahrtkosten für die Benutzung von öffentlichen, regelmäßig verkehrenden Beförderungsmitteln erstattet.

**IV** Den Handelsrichtern werden jedoch bei Fußwegen und bei Benutzung von anderen als öffentlichen, regelmäßig verkehrenden Beförderungsmitteln bei Entfernungen von mehr als zwei Kilometern für jedes angefangene Kilometer des Hin- und Rückweges 0,25 Deutsche Mark gewährt. Kann ein Hin- und Rückweg von zusammen mehr als zweihundert Kilometern mit öffentlichen, regelmäßig verkehrenden Beförderungsmitteln zurückgelegt werden, so gilt Satz 1 nur insoweit, als die Mehrkosten gegenüber der Benutzung von öffentlichen, regelmäßig verkehrenden Beförderungsmitteln durch eine Minderausgabe an Tage- und Übernachtungsgeldern ausgeglichen werden. Kann der Handelsrichter wegen besonderer Umstände ein öffentliches, regelmäßig verkehrendes Verkehrsmittel nicht benutzen, so werden die nachgewiesenen Mehrauslagen ersetzt, soweit sie angemessen sind.

**A.** Handelsrichter erhalten keine Besoldung (GVG § 107 I). Haben sie am Sitze der Kammer weder ihren Wohnsitz (BGB §§ 7 folg.; vgl. § 13 B) noch ihre gewerbliche Niederlassung (§ 21 B), so erhalten sie Fahrauslagen usw. nach Maßgabe der GVG § 107 IV. Hierbei wird allerdings der Wohnsitz dem gewöhnlichen Aufenthaltsort gleichzusetzen sein, wenn sie am Sitz der Kammer zwar nicht jenen, aber diesen haben. Die notwendigen Fahrtkosten erhalten sie aber auch, wenn sie ihren Wohnsitz (bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort) oder ihre gewerbliche Niederlassung zwar am Sitz (d. h. im Bezirk derselben politischen Gemeinde) der Kammer haben, aber ihr Weg zum Gericht mehr als 2 km beträgt (GVG § 107 IV).

## § 108 (112)

**I** Die Handelsrichter werden auf gutaechtlichen Vorschlag der Industrie- und Handelskammern für die Dauer von drei Jahren ernannt; eine wiederholte Ernennung ist nicht ausgeschlossen.

**A.** Über die Besetzung der Kammer für Handelssachen wie Ernennung von Handelsrichtern besteht noch die AV des RJM v. 1. 4. 1935 (DJ 549) — vgl. dazu die VO v. 20. 3. 1935 (RGBl. I 403), soweit sie nicht von der Landesjustizverwaltung geändert ist, die wieder an die Stelle des RJM getreten ist. Ein Zwang, das Amt anzunehmen, besteht für Handelsrichter nicht; die jederzeitige Niederlegung des Amtes kann gesetzlich nicht verhindert werden. Die wiederholte Ernennung setzt einen wiederholten Vorschlag voraus.

**B.** Es kommt aber nicht darauf an, ob der Ernannte vorgeschlagen war; wird er ernannt, so ist er Handelsrichter. Dies gilt auch, wenn die Unterlagen zur Ernennung nicht beigebracht worden sind. Wird indes jemand ernannt, bei dem die sonstigen notwendigen Voraussetzungen und die des GVG § 109 I nicht vorliegen, so ist die Richterbank unrichtig besetzt, wie wenn ein Berufsrichter seine gesetzlich vorgeschriebene Qualifikation nicht hat (GVG § 2 A). Ob im Einzelfalle der Berufene mitwirken darf, regelt die Bestimmung des Vorsitzenden (GVG § 69), die Verhinderung im Einzelfall §§ 41 folg.

**C.** Innerhalb der drei Jahre, für die der Handelsrichter zu ernennen ist, darf er grundsätzlich von der Verwaltungsbehörde nicht verabschiedet werden (vgl. aber GVG § 113 A).

## § 109 (113)

**I** Zum Handelsrichter kann jeder Deutsche ernannt werden, der das dreißigste Lebensjahr vollendet hat und als Kaufmann, als Vorstand einer Aktiengesellschaft, als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen ist oder eingetragen war.

**II** Zum Handelsrichter soll nur ernannt werden, wer in dem Bezirk der Kammer für Handels-sachen wohnt oder, wenn er als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist, dort eine Handelsniederlassung hat; bei Personen, die als Vorstand einer Aktiengesellschaft, als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen sind, genügt es, wenn die Gesellschaft oder juristische Person eine Niederlassung in dem Bezirk hat.

**III** Personen, die infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt sind, können nicht zu Handelsrichtern ernannt werden.

**A.** Als persönliche Voraussetzungen für die Ernennung des Handelsrichters nennt GVG § 109, daß er die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (GVG § 6 B II b 1), das dreißigste Lebensjahr vollendet hat (vgl. BGB § 187 II) und als Vollkaufmann oder gesetzlicher Vertreter bzw. als Vorstand (nicht als Aufsichtsrat) einer juristischen Person im Handelsregister eingetragen ist. Dazu gehören das Vorstands-, aber auch das stellvertretende Vorstandsmitglied, wenn die Eintragung seine gesetzliche Vertretungsmacht ergibt (a. M. insoweit Baumbach-Lauterbach § 109 Anm. 1, Sydow-Busch § 109 Anm. 2). Die Komplementäre der Kommanditgesellschaft auf Aktien sind Vollkaufleute. Weiter gehören dazu die Geschäftsführer der GmbH, auch die einer Genossenschaft (obwohl das Register hier Genossenschaftsregister genannt wird) und auch der Abwickler. Nicht dazu gehören der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte, selbst wenn er Direktor genannt wird oder leitender Angestellter bei einer Aktiengesellschaft ist; auch nicht der Vergleichs- oder der Konkursverwalter, die in das Handelsregister nicht eingetragen werden, und nicht die gesetzlichen Vertreter von Einzelkaufleuten, mögen sie auch tatsächlich das Geschäft führen. Dagegen genügt es, daß der zu Berufende zu irgendeiner Zeit im Handelsregister eingetragen war, auch wenn er es z. Z. der Berufung oder später nicht mehr ist.

**B.** Weitere allgemeine Voraussetzungen sind: die Prozeßfähigkeit (§ 51 B); GVG § 109 III ergibt dies, indem er, gleichviel aus welchem Grunde, Entmündigte ausschließt, also auch die bloß unter BGB § 114 fallenden; ferner die Fähigkeit, öffentliche Ämter bekleiden zu dürfen (StGB §§ 31, 35) und der Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte (StGB §§ 33, 34 I 1). Verstößt die Ernennung hiergegen, so ist das Gericht nicht ordentlich besetzt.

**C.** GVG § 109 II, III nennt eine Reihe weiterer Voraussetzungen, welche gegeben sein sollen; dahin gehören Wohnung (nicht Wohnsitz; aber wohl die mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthaltsort, vgl. GVG § 107 II) oder gewerbliche Niederlassung im Gerichtsbezirk; bei dem gesetzlichen Vertreter genügt der Sitz der juristischen Person im Bezirk des Gerichts. Für die, welche nicht mehr eingetragen sind, wird es aber wieder auf die Wohnung abzustellen sein. Weiter gehört hierher, daß der Handelsrichter nicht durch gerichtliche Verfügung über sein Vermögen (insgesamt) beschränkt sein soll, was für die Konkurseröffnung und allgemeine gerichtliche Veräußerungsverbote (BGB § 136) wie für die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zutrifft. Verstöße hiergegen sind auf dem Rechtswege nicht verfolgbar.

**D.** Über die Entlassung bei (nachträglichem) Eintritt dieser Gründe vgl. GVG § 113.

## § 110 (114)

**I** An Seepätzen können Handelsrichter auch aus dem Kreise der Schiffahrtskundigen ernannt werden.

**A.** Der Begriff des Seeplatzes ist nicht näher umschrieben; es gehört dazu jede Seehafenstadt, mag sie auf Übersee- oder nur auf heimischen Seeverkehr eingestellt sein (also auch, wenn sie bloß Fischereihafen ist).

## § 111 (115)

**I** Die Handelsrichter sind vor ihrem Amtsantritt auf die Erfüllung der Obliegenheiten des ihnen übertragenen Amtes eidlich zu verpflichten.

## § 112 (116)

**Die Handelsrichter haben während der Dauer ihres Amtes in Beziehung auf dasselbe alle Rechte und Pflichten eines Richters.**

**A.** Die Handelsrichter sind Richter; doch gelten für sie nicht GVG §§ 2—9 (GVG § 11); inwieweit GVG § 1 gilt, Kommentar GVG § 1 B I a. Sie können nicht vorsitzen und nicht als Einzelrichter tätig werden (§ 350 I, wohl aber als beauftragte). Sie sind nicht versetzbar und sind zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Über ihre Heranziehung zu den einzelnen Sitzungen vgl. GVG § 108 A.

**B.** In der Dienstvorschrift werden sie wie Richter behandelt. Ihre Amtsenthebung regelt indes nur GVG § 113. Ob sie daneben dem Disziplinarverfahren wie Richter wegen sonstiger Dienstpflichtverletzungen unterliegen, ist streitig (bejahend Sydow-Busch § 112 Anm. 1, § 113 Anm. 2). Die Richteranklage (GG Art. 98 II u. V) gegen sie ist soweit zulässig, wie sie das Landesrecht gewährt (vgl. GVG § 8 B II a). Auch scheiden sie nach StGB §§ 31, 33, 35 II kraft Gesetzes als Richter aus.

## § 113 (117)

**I Ein Handelsrichter ist seines Amtes zu entheben, wenn er eine der für die Ernennung erforderlichen Eigenschaften nachträglich verliert.**

**II Es entscheidet der erste Zivilsenat des Oberlandesgerichts nach Anhörung des Beteiligten.**

**A.** Hat ein Berufener die nach GVG § 109 I erforderlichen Eigenschaften (GVG § 109 A) nicht oder hat er sonstige Eigenschaften nicht, die zur ordnungsmäßigen Besetzung der Richterbank gehören (GVG § 109 B), so ist die Richterbank nicht ordnungsmäßig besetzt (über die Folgen vgl. GVG § 62 I). Unter GVG § 113 sollte man die Verabschiedung des Handelsrichters, soweit sie die Beamtengesetze der Länder zulassen, bringen, im besonderen also die Verabschiedung des Ehrenbeamten nach Vollendung des 65. Lebensjahres, wenn er dienstunfähig wird, ferner bei Auflösung der Behörde, d. h. wenn die Kammer für Handelsachen bei dem LG, wo sie gebildet ist, aufgehoben wird (was die Landesjustizverwaltung bestimmen kann, vgl. GVG § 93 C); nicht aber schon mit der Einziehung einer von mehreren Kammern.

**B.** Darüber, ob das Verfahren dienststrafrechtlicher Art ist, herrscht Streit (verneinend Sydow-Busch § 113 Anm. 2, bejahend wohl Baumbach-Lauterbach § 113 Anm. 1).

**B I.** Aus den Dienststrafordnungen der Länder (vgl. GVG § 8 B II c) sind aber die Vorschriften anzuwenden über die für die Einleitung des Verfahrens zuständige Behörde (vgl. BDO §§ 3, 29 I e), d. h. das OLG darf nicht von sich aus tätig werden oder auf Antrag eines dazu nicht Befugten. Die Einleitung des Verfahrens erübrigt sich aber, soweit der Handelsrichter von sich aus beantragt, entlassen zu werden, oder einer angeregten Entlassung zustimmt.

**B II.** GVG § 113 II schreibt rechtliches Gehör vor. Bei Verstößen dagegen sollte man die Nichtigkeitsklage (§ 579 I 4 in entsprechender Anwendung) geben. Beteiligt sind die Landesjustizverwaltung einerseits, der Handelsrichter andererseits. Daraus, daß das Verfahren nicht näher geregelt ist, wird man nicht schließen dürfen, daß das OLG völlig frei ist. Man wird vielmehr im wesentlichen auf die Normen der ZPO zurückzugreifen haben (a. M. Sydow-Busch § 113 Anm. 2); doch ist die mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben, so daß die Grundsätze der freigestellten mündlichen Verhandlung gelten (§ 128 G II).

**B III.** Zuständig zur Entscheidung ist der 1. Zivilsenat des vorgeordneten Oberlandesgerichts; entschieden wird durch Beschluß, der unanfechtbar ist (RG JW 36/1290<sup>7</sup>); Verstöße dagegen, wenn ein anderer Senat entscheidet, sind nicht rügbär.

**B IV.** Wiederaufnahmeklagen werden zuzulassen sein (§ 578 D III b 6). Doch ist auch gegen die Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren wieder kein Rechtsmittel zulässig. Nach Ablauf der Amtszeit ist allerdings auch dieses Verfahren nicht mehr zulässig, da die Aufhebung der Entlassung ohne Wirkung bliebe.

C. Entläßt das OLG den Handelsrichter, so kann die nicht ordentliche Besetzung der Kammer für Handelsachen auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn er zu Unrecht entlassen worden ist. Anders — ex nunc — wird dies erst mit einem aufhebenden Beschluß im Wiederaufnahmeverfahren.

## § 114 (118)

**I Über Gegenstände, zu deren Beurteilung eine kaufmännische Begutachtung genügt, sowie über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann die Kammer für Handelssachen auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden.**

B. GVG § 114 ersetzt das Gutachten eines Sachverständigen, soweit eine kaufmännische Begutachtung oder die Feststellung eines Handelsbrauchs (HGB § 346: die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche) in Betracht kommen. Kaufmännisch ist die Begutachtung, soweit sie sich auf den Handelsverkehr bezieht, etwa die, ob eine Warenausstattung bei langjähriger Mitbenutzung durch den Konkurrenten allgemein üblich geworden ist (RGZ 79/292 folg.), auch die, was „prompte Verladung“ bedeutet (OLG 38/205). Bestehende Handelsgebräuche können gewohnheitsrechtliche Handelsrechtsätze sein (§ 293); aber auch sonstige Gebräuche (RGZ 44/31 [33]). Ob auch Gebräuche unter Scheinkaufleuten hierher gehören, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist die Feststellung des Handelsbrauchs durch die Kammer für Handelssachen nicht um deswillen unbeachtlich, weil die Parteien keine Kaufleute sind (eine andere Frage ist dabei nur die, ob sie den festgestellten Handelsbrauch auch als Nichtkaufleute gegen sich gelten lassen müssen, was nach HGB § 346 grundsätzlich zu verneinen ist).

D. Diese Feststellungen der Kammer für Handelsachen bleiben als Gutachten in der zweiten Instanz bzw. Feststellung der Rechtsätze durch Gutachten nach § 293 bestehen. Sie hindern aber das Berufungsgericht nicht daran, ein anderes Gutachten einzuholen (RGZ 44/31 [34]), und es muß dies tun, wenn ein dagegen gerichteter Beweisantrag in bezug auf tatsächliche Feststellungen (Zeugenbeweis, Augenschein) gestellt ist; für einen Sachverständigenbeweis gilt dies indes nur (RG Warn 15/282), soweit das Berufungsgericht auch sonst zu seiner Erhebung verpflichtet wäre. Es darf also grundsätzlich trotz entgegenstehender Parteibehauptung sich auf die Sachkunde der Kammer für Handelssachen verlassen (RGZ 110/47 [48/49]). Bedenklich ist dies allerdings dann, wenn die Partei die mündliche Vernehmung eines Sachverständigen, um aufzuklären, beantragt. Umgekehrt darf das Berufungsgericht nicht die Feststellung der Kammer für Handelssachen übergehen, wenn sie für die Entscheidung wesentlich ist (RG JW 94/20<sup>52</sup>), es sei denn, daß es von ihr auf Grund Offenkundigkeit (§ 291 A) abweicht, also aus eigener Sachkunde entscheidet und auch sonst in demselben Umfang, wie es sich über ein Sachverständigengutachten hinwegsetzen darf.

Achter Titel

Oberlandesgerichte

## § 115 (119)

**I Die Oberlandesgerichte werden mit einem Präsidenten und der erforderlichen Anzahl von Senatspräsidenten und Räten besetzt.**

A I. Die Errichtung und die Aufhebung eines (Ober-)Gerichts wird durch Landesgesetz geregelt, ebenso die Änderung der Gerichtsbezirke (vgl. VO v. 20. 3. 1935 § 1). Bei veränderter Gerichtsbezirkseinteilung gilt das G v. 6. 12. 1933 (RGBl. I 1037), bei ersatzlos weggefallenen Gerichten das ZuständigkeitsänderungsG.

**B.** Aus der unterschiedlichen Fassung von GVG § 59 I und GVG § 115 folgert die h. M. (Sydow-Busch § 115 Anm. 2, Baumbach-Lauterbach § 115 Anm. 1) in historischer Auslegung, daß neben dem OLGPräsidenten noch mindestens ein weiterer Senatspräsident ernannt worden sein muß. Wie dem auch sei, keinesfalls ist der erkennende Senat unvorschriftsmäßig besetzt, wenn nur der OLGPräsident vorhanden ist, sofern er ihm vorsitzt.

**C.** Der OLGPräsident hat die Dienstaufsicht über das OLG, die LG und die AG seines Bezirks (VO v. 20. 3. 1935 § 14 I 3). Er entscheidet über Beschwerden gegen die Entscheidung des LGPräsidenten in dessen „übrigen Geschäften“ (vgl. GVG § 66 II; GVG § 66 B), und über die Befreiung vom Eheverbot wegen Schwägerschaft, wenn nur der Verschwägte nicht Deutscher ist oder die Ehe bereits unter Verletzung des EheG § 7 geschlossen ist, über die Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs in besonderen Fällen, über die von der Beibringung des Ehezeugnisses für Ausländer nach 1. DVO EheG 38 §§ 3 IV, 5 IV 7. Über weitere Zuständigkeiten vgl. GVG §§ 116 A, 117 A.

## § 115a

ist aufgehoben durch Nov. 1950.

## § 116 (120)

**I** Bei den Oberlandesgerichten werden Zivil- und Strafsenate gebildet.

**II** Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung können außerhalb des Sitzes des Oberlandesgerichts für den Bezirk eines oder mehrerer Landgerichte Zivil- oder Strafsenate gebildet und ihnen für diesen Bezirk die gesamte Tätigkeit des Zivil- oder Strafsenats des Oberlandesgerichts oder ein Teil dieser Tätigkeit zugewiesen werden.

**A.** Die Zahl der Senate bestimmt der OLGPräsident, wobei ihn die Landesjustizverwaltung (Minister oder Senator) anweisen darf. GVG § 116 I entspricht GVG § 60.

**B.** GVG § 116 II läßt auswärtige Zivil- oder Strafsenate oder beide zu. Er ist GVG § 93 I nachgebildet. Zuständig für die Bildung ist die Landesjustizverwaltung.

## § 117 (121)

**I** Die Vorschriften der §§ 62 bis 69 und des § 70 Abs. 1 sind mit der Maßgabe anzuwenden, daß zu dem Präsidium stets die beiden ältesten Mitglieder des Gerichts zuzuziehen sind.

**A.** Auf die Erläuterungen der für anwendbar erklärten Bestimmungen wird verwiesen. Soweit ein Vizepräsident bestellt ist, ist er der ständige Vertreter des OLGPräsidenten.

**B.** Zur Bestellung von Hilfsrichtern (vgl. auch GVG § 118) müssen die Voraussetzungen des GVG § 70 I vorliegen (keine Vertretung durch ein Gerichtsmitglied muß möglich sein, das Präsidium muß sie beantragen, die Landesjustizverwaltung den Hilfsrichter bestellen).

## § 118 (122)

**I** Zu Hilfsrichtern dürfen nur auf Lebenszeit ernannte Richter berufen werden.

**A.** Die Bestimmung bezieht sich nicht auf die reine Justizverwaltung. Die Hilfsrichter müssen bei einem LG oder AG fest angestellt sein. Über ihre Bestellung vgl. GVG § 117 B. Sie dürfen einem oder mehreren Senaten als Mitglieder zugewiesen werden (RG Gruch. 49/397), aber nicht vorsitzen (OGHZ 2/209). Die Zuweisung eines Hilfsrichters an einen Senat bewirkt, daß er ihm als Mitglied angehört. Sie ist stets vorübergehend, auch wenn dies der Beschluß nicht erwähnt (RG N GVG § 119/1) und zulässig auch bei vorübergehender Geschäftsbelastung (nicht bei dauernder: BGH NJW 54/505). Anstellung als Verwaltungsrichter genügt nach BGH v. 17. 12. 1959 VIII ZR 157/58.

## § 119 (123)

**I Die Oberlandesgerichte sind in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:**

- 1. der Berufung gegen die Endurteile der Landgerichte;**
- 2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte.**

**A. Erstinstanzlich** wird das OLG tätig,

**A I.** im Zivilprozeß nach §§ 36, 650 III, 651 II, 676 III, ZVG § 2 (beschränkt auf die Gerichte seines Bezirks), nach GVG § 113 bei der Enthebung eines Handelsrichters, nach § 45, wenn es über die Ablehnung eines Richters des LG zu entscheiden hat, sofern das LG beschlußfähig geworden ist;

**A II.** in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach FGG §§ 5 I 2, 46 II, in Fideikommissachen, ferner gemäß 1. DVO zum Aktiengesetz (RGBl. 37 I 1026) § 28 i. F. des G v. 28. 12. 1950 (BGBl. 811) § 7 I 10; ferner ist der 1. Zivilsenat bei der Abberufung der landwirtschaftlichen Beisitzer zuständig (LVG § 7 II; das Verfahren entspricht GVG § 113); im Spruchverfahren nach dem G über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften v. 12. 11. 1956 (BGBl. I 844) § 30.

**A III.** in der Strafgerichtsbarkeit nach StPO §§ 13 II 2, III; 14, 15, 19, 172 III (beschränkt auf die Gerichte seines Bezirks), bei der Entlassung von Schiedsmännern nach PrSchiedmannsO v. 3. 12. 1924 (GS 751) § 9, nach GVG § 120.

**B. Zweitinstanzlich** wird das OLG tätig für die ihm unterstellten LG (nicht aber das KG [West]) für das LG Berlin-Ost: BGH JR 53/106):

**B I.** in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit als Berufungs- (§§ 511 folg.) und Beschwerdeinstanz, wo das Landgericht erstinstanzlich tätig wurde (vgl. § 567, GVG § 181 III), soweit die Beschwerde nicht ausgeschlossen ist (wie nach §§ 127 I 2, 567 II, in Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren, wo das LG als erste Instanz entscheidet, sofern es als Berufungsgericht der Hauptsache tätig wird); nach GVG § 119 sowie als Beschwerdeinstanz gegen amtsgerichtliche Beschlüsse über GVG § 158 II, gemäß GVG § 159 und nach GVG § 181 III; als Binnen-, Mosel- und Rheinschiffahrtbergericht nach dem SchifffahrtsverfahrenG, ferner als Rechtsbeschwerdestelle des Mieteneinigungsamts (MSchG § 41 i. F. der VO über Änderungen des Mieterschutzrechts v. 7. 11. 1944 — RGBl. I 319); doch geht dieses Verfahren schon in eines der freiwilligen Gerichtsbarkeit über (vgl. MSchG § 47). Diese zweitinstanzliche Tätigkeit schließt nicht aus, daß es bei Arresten und einstweiligen Verfügungen oder einstweiliger Anordnung (§§ 627 folg.), die vor das OLG gebracht werden, weil es als Berufungsinstanz in der Hauptsache tätig ist, als erste Instanz zu entscheiden hat. Auch Wiederaufnahmeklagen gehören erstmalig vor das OLG; doch sind sie rechtlich gesehen außerordentliche Rechtsbehelfe;

**B II.** in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Beschwerdeinstanz gegen die landgerichtlichen Entscheidungen erster Instanz;

**B III.** in Strafsachen als Revisions- und Beschwerdeinstanz nach GVG § 121;

**C. drittinstanzlich** wird das OLG tätig:

**C I.** in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit als weitere Beschwerdeinstanz (vgl. § 568 II); auch in Konkursverfahren (KO §§ 72, 73) und nach ZVG §§ 95 folg., aber nur soweit sie nicht ausgeschlossen ist, wie nach §§ 127 I 3, 567 III und in allen Gebührensachen (vgl. § 568 III, ausgenommen die nach KostenO § 156 für die Notariatsgebühren); in Vergleichsverfahren ist sie nach VglO § 121 III ausgeschlossen;

**C II.** in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als weitere Beschwerdeinstanz (Zivilsenat vgl. FGG § 30 I 1) in allen Fällen, wo in den ersten das AG entscheidet;

**C III.** in Strafsachen als weitere Beschwerdeinstanz nach StPO § 310.

**D.** Bisweilen sind kraft Landesgesetzes bestimmte Sachen einem besonderen OLG zugewiesen worden.

## § 120 (—)

**I** Die Oberlandesgerichte sind zur Verhandlung und Entscheidung im ersten und letzten Rechtszug in den Strafsachen zuständig, die nach § 134 a Abs. 1 von dem Oberbundesanwalt an die Landesstaatsanwaltschaft abgegeben werden oder in denen der Bundesgerichtshof nach § 134 a Abs. 3 bei Eröffnung des Hauptverfahrens die Verhandlung und Entscheidung dem Oberlandesgericht überweist. In den von dem Oberbundesanwalt an die Landesstaatsanwaltschaft abgegebenen Sachen trifft das Oberlandesgericht auch die im § 73 Abs. 1 bezeichneten Entscheidungen.

**II** Für den Gerichtsstand gelten in diesen Fällen die allgemeinen Vorschriften. Sind jedoch in einem Land mehrere Oberlandesgerichte errichtet, so können die im Abs. 1 den Oberlandesgerichten zugewiesenen Aufgaben durch die Landesjustizverwaltung einem oder einigen der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht übertragen werden. Durch Vereinbarung der beteiligten Länder können diese Aufgaben dem hiernach zuständigen Gericht eines Landes auch für das Gebiet eines anderen Landes übertragen werden.

**III** Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so hat es die Sache diesem vorzulegen.

## § 121 (123)

**I** Die Oberlandesgerichte sind in Strafsachen ferner zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

**1.** der Revision gegen

- a) die mit der Berufung nicht anfechtbaren Urteile des Amtsrichters;
- b) die Berufungsurteile der kleinen und großen Strafkammer;
- c) die Urteile der großen Strafkammer und des Schwurgerichts, wenn die Revision ausschließlich auf die Verletzung einer in den Landesgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt wird;

**2.** der Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen, soweit nicht die Zuständigkeit der Strafkammer oder des Bundesgerichtshofes begründet ist.

**II** Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung nach Abs. 1 Nr. 1 a oder b von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so hat es die Sache diesem vorzulegen.

## § 122 (124)

**I** Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden, soweit nicht nach den Vorschriften der Prozeßgesetze an Stelle des Senats der Einzelrichter zu entscheiden hat, in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

**II** Die Strafsenate sind in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges mit fünf Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden zu besetzen. Im ersten Rechtszug entscheiden sie in dieser Besetzung auch darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder das Verfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen ist.

**A.** In Zivilsachen (und denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit) entspricht GVG § 122 I dem GVG § 75. Nur in Landwirtschaftssachen treten noch zwei landwirtschaftliche Beisitzer hinzu (LVG § 2 II). Die Entscheidungsbefugnis des Einzelrichters ist hier gemäß §§ 523 a, 348 folg. eingengt. Ist der Senat nicht vorschriftsmäßig besetzt, so ist dies angreifbar (GVG § 62 A I).

## GVG

### Neunter Titel Bundesgerichtshof

#### § 123 (125)

**Sitz des Bundesgerichtshofs ist Karlsruhe.**

**B.** Der BGH ist in GG Art. 96 I vorgesehen worden. Er ist für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und Westberlins an die Stelle des RG getreten, das seinen Sitz in Leipzig hatte (Nov. 1950 Art. 8 III 88). Für das Land Bayern ist er nur zuständig, soweit nicht das BayObLG in München entscheidet (vgl. EGZPO §§ 7, 8). Die Verbindung mit der arbeitgerichtlichen Revisionsinstanz ist gelöst.

#### § 124 (126)

**I Der Bundesgerichtshof wird mit einem Präsidenten und der erforderlichen Zahl von Senatspräsidenten und Bundesrichtern besetzt.**

**A.** Der BGH hat z. Z. 8 Zivil- und 4 Strafsenate in Karlsruhe und einen Strafsenat in Westberlin.

**B.** Über die Vertretung des Präsidenten vgl. GeschäftsO § 5.

#### § 125 (127)

**I Die Mitglieder des Bundesgerichtshofes werden durch den Bundesminister der Justiz gemeinsam mit dem Richterwahlausschuß gemäß dem Richterwahlgesetz berufen und vom Bundespräsidenten ernannt.**

**II Zum Mitglied des Bundesgerichtshofes kann nur berufen werden, wer die Fähigkeit zum Richteramt in einem deutschen Land erlangt und das fünfunddreißigste Lebensjahr vollendet hat.**

**A.** Über die Ernennung der Bundesrichter entscheidet der Bundespräsident (GG Art. 60 I); doch muß der Bundesminister der Justiz gegenzeichnen (GG Art. 58). Vgl. dazu die AnO des Bundespräsidenten über die Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten und Bundesrichter v. 17. 5. 1950 nebst DVO vom selben Tage (BGBl. 209).

**A I.** Der Ernannte muß richterfähig sein (GVG §§ 2, 4, 5) und das 35. Lebensjahr erreicht haben.

**A II.** Darüber hinaus verlangt GG Art. 95 III, 96 II, daß „über die Berufung“ der Richter der Bundesminister der Justiz gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß, bestehend aus den Landesjustizministern (-senatoren) und der gleichen Anzahl vom Bundestag gewählter Mitglieder, entscheidet. Dies geschieht nach dem RichterwahlG v. 25. 8. 1950 (BGBl. 368).

**B.** Über die Entlassung der Bundesrichter vgl. GVG § 8 B, C. Auch die Versetzung in den Ruhestand ist Entlassung; vgl. die zu GVG § 125 A erwähnte AnO und VO des Bundespräsidenten.

#### § 126

ist weggefallen.

#### § 127

ist außer kraft getreten.

#### §§ 128, 129

wurden aufgehoben.

## § 130 (132)

**I** Bei dem Bundesgerichtshof werden Zivil- und Strafsenate gebildet. Ihre Zahl bestimmt der Bundesminister der Justiz.

**II** Der Bundesminister der Justiz wird ermächtigt, Zivil- und Strafsenate auch außerhalb des Sitzes des Bundesgerichtshofes zu bilden.

A. Anders als bei den anderen Gerichten bestimmt nicht der Präsident des Gerichts, sondern der Bundesminister der Justiz die Anzahl der Senate. Er darf auch detachierte Senate bilden (was mit einem Strafsenat in Westberlin geschehen ist).

## § 131 (133)

**I** Die Vorschriften der §§ 62 bis 69 sind mit der Maßgabe anzuwenden, daß das Präsidium aus dem Präsidenten, den Senatspräsidenten und den vier dem Dienstalter nach, bei gleichem Dienstalter der Geburt nach ältesten Mitgliedern des Gerichts besteht.

A. Die Vorschrift entspricht dem GVG § 117; in Abweichung hiervon gehören indes die vier dienstältesten (bei gleichem Dienstalter geburtältesten) Mitglieder, die nicht Senatspräsidenten sind, stets zum Präsidium. Außerdem hat das Präsidium hier die Aufgabe, die großen Senate zu besetzen (GVG § 132 III) und auch der Vertreter des Präsidenten wird nicht vom Bundesminister der Justiz, sondern vom Präsidium bestellt (vgl. GVG § 132 III); ein Vizepräsident als ständiger Vertreter ist nicht vorgesehen.

B. Der BGH hat eine Geschäftsordnung nach GVG § 140. Er hat ferner einen Geschäftsverteilungsplan.

## § 132 (131 a)

**I** Beim Bundesgerichtshof wird ein Großer Senat für Zivilsachen und ein Großer Senat für Strafsachen gebildet.

**II** Jeder Große Senat besteht aus dem Präsidenten und acht Mitgliedern.

**III** Die Mitglieder und ihre Vertreter werden durch das Präsidium des Bundesgerichtshofes für die Dauer von zwei Geschäftsjahren bestellt.

**IV** Die Vereinigten Großen Senate bestehen aus dem Präsidenten und sämtlichen Mitgliedern der Großen Senate.

**V** Den Vorsitz in den Großen Senaten und den Vereinigten Großen Senaten führt der Präsident des Bundesgerichtshofes, im Falle seiner Verhinderung sein Vertreter. In den Fällen des § 136 können die Präsidenten der beteiligten Senate, in den Fällen des § 137 der Präsident des erkennenden Senats oder ein von ihnen bestimmtes Mitglied ihres Senats an den Sitzungen des Großen Senats oder der Vereinigten Großen Senate mit den Befugnissen eines Mitglieds teilnehmen. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

A. In den Fällen des GVG §§ 136, 137 dürfen die Senatspräsidenten der beteiligten Senate oder ein von ihnen zu benennendes Senatsmitglied als Mitglied des großen Senats teilnehmen; doch gilt dies nur, wenn sie nicht schon selbst Mitglieder des großen Senats sind. Ist der Senatspräsident bereits im großen Senat selbst vertreten, so darf er nicht etwa noch ein Senatsmitglied bestimmen. Ob der Senatspräsident sich so betiligen soll, steht in seinem Belieben.

B. Abgesehen vom Präsidenten, bestimmt das Präsidium die ordentlichen Mitglieder der großen Senate und ihre Vertreter (auch den des Präsidenten) auf die Dauer von zwei Geschäftsjahren.

C. Über die Zuständigkeit der großen Senate vgl. GVG §§ 136, 137; über das Verfahren vor dem großen Senat GVG § 138.

## § 133 (135)

**I In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist der Bundesgerichtshof zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:**

1. der Revision gegen die Endurteile der Oberlandesgerichte sowie gegen die Endurteile der Landgerichte im Falle des § 566 a der Zivilprozeßordnung;
2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in den Fällen des § 519 b Abs. 2 der Zivilprozeßordnung.

**A.** Der BGH ist in erster Instanz in den folgenden Fällen (soweit er nicht durch das BayObLG ausgeschlossen wird, EGZPO § 7) zuständig. Über die Möglichkeit, dem BGH durch Landesgesetzgebung die Entscheidung zu übertragen, vgl. EGGVG §§ 3 II, 11 II 2, 14, 15, 17 I.

**A I.** In Zivilsachen ist er erstinstanzlich zuständig: nach §§ 36, 650 III, 651 II, 676 III; nach § 45 I, wenn Mitglieder des OLG, das nicht zu Bayern gehört, abgelehnt und das OLG beschlußunfähig ist, oder wenn Mitglieder des BayObLG abgelehnt und dieses beschlußunfähig geworden ist;

**A II.** in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach FGG § 5 I vgl. BGH v. 21. 11. 1955 II NJW 183<sup>7</sup> (aber nicht im Falle des FGG § 46 II) und GBO § 1 II und bei der Abberufung der landwirtschaftlichen Beisitzer (wo der erste Zivilsenat in dem GVG § 113 entsprechenden Verfahren entscheidet) nach LVG § 7;

**A III.** in Strafsachen nach StPO §§ 13 II 2, III; 14; 15; 19, 172 IV und GVG § 134.

**B.** Der BGH ist in zweiter Instanz zuständig (soweit er nicht durch das BayObLG ausgeschlossen wird):

**B I.** in Zivilsachen nach § 566 a bei Sprungrevisionen gegen land(amts)gerichtliche Urteile;

**B II.** auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Patentsachen für die Berufung gegen Entscheidungen des Patentamtes, in Patentnichtigkeitstreiten bei Zurücknahme des Patents und bei Erteilung der Zwangslizenz (vgl. PatentberufungVO v. 30. 9. 1936 — RGBl. II 316); ferner weiter, wo das Landgericht als erste Instanz entscheidet und das Oberlandesgericht sich der Entscheidung enthält oder wo das Oberlandesgericht als zweite Instanz gegen amtsgerichtliche Entscheidungen Rechtsmittelinstanz ist und dem BGH vorlegt, vgl. FGG § 28 II, III in entsprechender Anwendung (a. M. OGH v. 30. 6. 1948 E 1/13 = NJW 554, BGH v. 18. 1. 1951 IV MDR 228 zu BMilRegG 59 Art. 60). Von der historischen Auslegung der abweichenden Meinung sollte man indes abgehen, weil nach dem Gesetz gerade dann die AG ausgeschlossen wurden, wenn es eine sorgfältigere Beurteilung der Sachen wünschte. Die h. M. läßt es auf diesen Gebieten nicht zur Rechtseinheit kommen (vgl. GG Art. 95). Eine Auslegung gibt es aber nicht, wo das Gesetz entschieden hat, wie in den Fällen des MSchG § 47 i. V. m. FGG § 28 II, III, ferner gemäß 1. DVO Aktieng (RGBl. 37 I 1026) §§ 28 II, 31 bei besonderer Zulassung durch das OLG. Der Ausschluß der weiteren Beschwerde in FGG § 64 bedeutet dabei noch nicht, daß dem BGH nicht vorgelegt werden dürfte; denn der BGH würde ja nur über die Beschwerde zu entscheiden haben;

**B III.** in Strafsachen nach GVG § 135.

**C.** Der BGH ist in dritter Instanz zuständig (soweit er nicht durch das BayObLG ausgeschlossen wird):

**C I.** in Zivilsachen nach GVG § 159 (Beschwerde bei verweigerter Rechtshilfe durch ein OLG); nach § 519 b II (Beschwerde gegen Rechtsmittelverwerfung des OLG; GVG § 133 I 2), nach §§ 545 folg. (Revision gegen oberlandesgerichtliche Urteile; GVG § 133 I 1);

**C II.** in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (wobei die Zivilsenate zuständig sind; vgl. FGG § 30, GBO § 81 I, SchiffsregisterO § 89 I); auf Vorlegung nach FGG §§ 27, 28 II, III (dagegen gibt es keine weitere Beschwerde an den BGH, falls das OLG nicht vorlegt — OGH v. 17. 5. 1950 II NdsRpfl. 151 — SchiffsregisterO § 87 II, GBO § 79 II, III); und ohne Vorlegung gegen Entscheidungen der OLG, sofern das LG erste Instanz war, nach

1. DVO AktienG §§ 9 III, 14 II (bei besonderer Zulassung oder Streitwert über 6000 DM); nach VHG § 18 III, wo in erster Instanz das LG entschieden hatte, ferner gegen zweitinstanzliche Entscheidungen der OLG, wo in erster Instanz das AG entschieden hat, nämlich in Landwirtschaftsachen nach LVG § 24;

**C III.** in Strafsachen im Fall des GVG § 159.

**E.** Von einer Instanzverschiebung kann auch hier bei den Wiederaufnahmeklagen nicht gesprochen werden, weil es außerordentliche Rechtsbehelfe sind, selbst wenn beim BGH die Klage zu erheben ist (vgl. RGZ 57/231 [232/233]).

## **§ 134 (136)**

**I** In Strafsachen ist der Bundesgerichtshof zuständig für die Untersuchung und Entscheidung im ersten und letzten Rechtszug:

bei Hochverrat und Verfassungsverrat in den Fällen der §§ 80 bis 83 und 89 des Strafgesetzbuchs,

bei Landesverrat in den Fällen der §§ 100 bis 100 c, 100 d Abs. 1, 100 e und 100 f des Strafgesetzbuchs,

bei einem Anschlag gegen ausländische Staatsmänner nach § 102 des Strafgesetzbuchs, bei Parlamentsnötigung nach § 105 des Strafgesetzbuchs,

bei Nichterfüllung der Pflichten nach § 188 des Strafgesetzbuchs, wenn die Unterlassung eine Straftat betrifft, die zur Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes gehört

und bei Völkermord nach § 220 a des Strafgesetzbuchs.

**II** Der Bundesgerichtshof ist ferner für die Untersuchung und Entscheidung im ersten und letzten Rechtszug zuständig bei den in § 74 a Abs. 1 bezeichneten Straftaten, wenn der Oberbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung übernimmt.

**III** In den Sachen, in denen der Bundesgerichtshof nach Abs. 1 und 2 zuständig ist, trifft er auch die in § 73 Abs. 1 bezeichneten Entscheidungen. Er entscheidet ferner über die Beschwerde gegen eine Verfügung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofes (§ 168 a der Strafprozeßordnung).

## **§ 134 a (—)**

**I** Richtet sich eine in § 134 Abs. 1 bezeichnete Tat überwiegend gegen die Interessen eines Landes, so soll der Oberbundesanwalt das Verfahren an die Landesstaatsanwaltschaft abgeben, sofern nicht besondere Umstände entgegenstehen. Der Oberbundesanwalt kann auch andere Sachen abgeben; er soll von dieser Befugnis nur bei Sachen minderer Bedeutung Gebrauch machen.

**II** Der Oberbundesanwalt kann eine Sache, die er nach § 74 a Abs. 2 übernommen hat, wieder an die Landesstaatsanwaltschaft abgeben.

**III** Der Bundesgerichtshof kann bei der Eröffnung des Hauptverfahrens die Verhandlung und Entscheidung in den Sachen, in denen er nach § 134 Abs. 1 zuständig ist, dem Oberlandesgericht und in den Sachen, in denen er nach § 134 Abs. 2 zuständig ist, dem Landgericht überweisen.

## **§ 135 (136)**

**I** In Strafsachen ist der Bundesgerichtshof ferner zuständig zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision gegen die Urteile der Schwurgerichte und die Urteile der großen Strafkammern im ersten Rechtszuge, soweit nicht die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet ist.

## § 136 (137)

**I** Will in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder des Großen Senats für Zivilsachen oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder des Großen Senats für Strafsachen abweichen, so entscheidet im ersten Fall der Große Senat für Zivilsachen, im zweiten Fall der Große Senat für Strafsachen.

**II** Die Vereinigten Großen Senate entscheiden, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder des Großen Senats für Strafsachen, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenats oder des Großen Senats für Zivilsachen oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung der Vereinigten Großen Senate abweichen will.

**A.** Ein Zivil- oder Strafsenat ist an seine Rechtsmeinung außerhalb ein und desselben Prozesses (über die Bindung innerhalb dieses vgl. §§ 318 B II, 565 A II c) **nicht gebunden**, selbst wenn sie gerade die Entscheidung trägt. Der Gesetzgeber verhindert also nicht den Meinungswechsel.

**B.** Die Rechtsprechung, welche zu GVG § 136 ergangen ist, befaßt sich mit den Fällen, wo ein Senat bewußt von der Entscheidung eines anderen abwich, nicht vorlegte, sich aber mit ihr auseinandersetzte. Es gibt indes Fälle, wo die Auseinandersetzung unterblieb und weitere, wo die andere Meinung dem erkennenden Senat nicht bekannt war. Die Tendenz ging und geht dahin, die Vorschrift möglichst eng zu umgrenzen.

**B I.** Der erkennende Senat **soll vorlegen**, wenn er in einer Rechtsfrage von der Meinung eines anderen abweichen will. Legt er nicht vor, so ist die Entscheidung aber doch nicht angreifbar. Dabei ist es darauf abzustellen, ob die abweichende Rechtsmeinung die Entscheidung trägt, also nicht bloß beiläufig geäußert ist (RGZ 134/17 [22]). Doch sollte auch dann vorgelegt werden, wenn das gleiche Ergebnis erzielt wird, gleichviel, ob die eine oder die andere Meinung richtig ist (a. M. RGZ 147/313 [316]); denn es wird ja gerade auf die Rechtsansicht abgestellt. Dann darf aber auch nicht entscheiden, daß eine Rechtsansicht zu einem extremen Fall anders gebildet war (a. M. BGHZ 14/138). Hatte ein Senat versehentlich nicht vorgelegt, so wird derselbe, wenn er (und der andere Senat) bei seiner Meinung verbleiben will, bei der nächsten Gelegenheit vorzulegen haben; BGHSt. NJW 56/351 hat dies sogar in dem Falle für recht gehalten, wenn derselbe Senat von seiner eigenen geäußerten Ansicht abgehen und sich der Meinung des anderen Senats anschließen wollte (vgl. dazu aber § 136 B II).

**B II.** Die Norm wird dahin beschränkt, daß es nur auf die Rechtsmeinung noch existenter Senate abzustellen ist (RGZ 108/58 [60]), und der Senat ist auch dann nicht mehr existent, wenn er inzwischen sein Sachgebiet an den nunmehr zum Erkenntnis berufenen abgegeben hat (RGZ 115/103 [105]). Aber auch dann braucht die Entscheidung des großen Senats nicht herbeigeführt zu werden, wenn der Senat, der früher anders entschieden hatte, von seiner geäußerten Rechtsansicht (auf Anfrage des neu erkennen wollenden) abgeht (RGZ 129/208 [210]); doch braucht nicht einmal angefragt zu werden, wenn die letzte ergangene Entscheidung des anzufragenden Senats zeigt, daß er von einer früher geäußerten Rechtsmeinung abgegangen ist (RGZ 87/281 [283]); und der große Senat braucht auch dann nicht angegangen zu werden, wenn ein anderer Senat — unter Verstoß gegen GVG § 136 — sich über die Rechtsmeinung des zuerst erkennenden hinweggesetzt hat und der nunmehr dritte zum Zuge kommende Senat von der letzten Entscheidung nicht abweichen will (RGSt. JW 32/2147<sup>6</sup>). Es muß also die Rechtsmeinung des einen Senats der des anderen (noch) entgegenstehen.

**B III.** Ferner zwingt trotz gleichen Sachverhalts die abweichende rechtliche Begründung nicht zur Anrufung des großen Senats, selbst wenn der zuerst entscheidende den neuen rechtlichen Gesichtspunkt des anderen nicht übergehen durfte (vgl. RGZ 70/431 [433], u. U. auch gar nicht übersehen, sondern nur für unerheblich gehalten hat), sofern er ihn übergangen hat. Die abweichende rechtliche Ansicht zu gleich oder ähnlich liegenden Normen ist in einer Reihe von Entscheidungen für unerheblich erklärt worden (dagegen zu Recht: BGHZ 9/179).

**B IV.** RG N GVG § 137 a. F./5 hat es sogar für nicht erforderlich erklärt, die Plenarentscheidung herbeizuführen, wenn es sich um Übergangsrecht handelte, und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch Anrufung des Plenums nicht mehr erreicht werden konnte.

**C.** Die Norm hat eine rückbezügliche Bedeutung in den Fällen des § 546 II 2, ArbGG § 69 II 2, FGG § 28 II, GVG § 121 II, wo nämlich das OLG die Revision zulassen bzw. vorlegen soll, wenn es von einer Entscheidung des BGH abweicht bzw. wenn so die Zulassung des Rechtsmittels erkämpft werden soll (LVG § 24 II 1, ArbGG § 72 I 2). Sodann sollte nicht unterschieden werden, ob ein Senat von einem anderen des BGH (BArbG) unter Außerachtlassung des GVG § 136 abgewichen ist, vielmehr sollte in allen Fällen vorgelegt werden, weil nur so die erforderliche Rechtseinheit hergestellt werden kann (BGHSt. 5/136).

## § 137 (—)

**I** Der erkennende Senat kann in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Großen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordert.

**A.** Jeder Senat darf (mit Mehrheitsbeschluß) Rechtsfragen an den großen Senat bringen,

**A I.** wenn es seiner Ansicht nach um die **Einheitlichkeit der Rechtsprechung** geht (GVG § 137; vgl. auch GG Art. 95). Das Gesetz verlangt weiter, daß die Frage von grundsätzlicher Bedeutung sei; dies sollte man i. S. des GVG § 136 dahin auslegen, daß sie in der vorliegenden Sache von entscheidender Bedeutung ist (abweichend Sydow-Busch § 137 Anm. 1, Baumbach-Lauterbach § 137 Anm. 1, nicht: wenn nur einmal zu entscheiden sei; dann wird aber die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht gefährdet — und nicht: wenn sie nebensächlicher Art sei: das ist sie aber nie, wenn es um die Rechtseinheit geht).

**A II.** GVG § 137 stellt ferner neben die zu sichernde einheitliche Rechtsprechung die Fortbildung des Rechts. Ob diese Norm Bestand hat, ist zweifelhaft. Festehendes positives Recht darf jedenfalls nicht vom Gericht und also auch nicht vom großen Senat geändert werden (GG Art. 97 I). Eine Fortbildung des Rechts ist deshalb nur im Rahmen des bestehenden positiven Rechts zulässig, nicht über es hinaus und nicht gegen es (a. M. BGH NJW 52/463).

**B.** Der einzelne Senat darf die Rechtsfrage nur seinem großen (also dem Zivil- oder dem Straf-)Senat vorlegen, nicht dem **vereinigten großen Senat**. Hält aber ein großer Senat die Rechtsfrage für bedeutend für beide Rechtsarten (Zivil- und Strafrecht), so darf auch er von GVG § 137 Gebrauch machen und (durch Mehrheitsbeschluß) die Frage dem vereinigten großen Senat vorlegen. An die Verweisung an den vereinigten großen Senat ist dieser jedenfalls nur gebunden, wenn ihn ein großer Senat angeht.

## § 138 (139)

**I** Die Großen Senate und die Vereinigten Großen Senate entscheiden ohne mündliche Verhandlung nur über die Rechtsfrage.

**II** Vor der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen oder der Vereinigten Großen Senate sowie in Ehe- und Entmündigungssachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern oder die Anfechtung einer Todeserklärung zum Gegenstand haben, ist der Oberbundesanwalt zu hören. Der Oberbundesanwalt kann auch in der Sitzung seine Auffassung darlegen.

**III** Die Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend.

**IV** Erfordert die Entscheidung der Sache eine erneute mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat, so sind die Beteiligten unter Mitteilung der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage zu der Verhandlung zu laden.

**A.** Der Senat, der eine Rechtsfrage dem großen Senat zur Entscheidung vorlegen will, handelt von sich aus.

**A I.** Ein Antrag der Parteien ist dazu nicht erforderlich; wird er gestellt, so darf über ihn ohne Bescheidung hinweggegangen werden (aus der zu GVG § 136 mitgeteilten Rechtsprechung ist indes zu entnehmen, daß sich das RG mit solchen Anträgen auseinandersetzen pflegte). In den Fällen des GVG § 136 soll der Senat vorlegen (trotz der Fassung des GVG § 136 handelt es sich um eine Sollvorschrift; denn ihre Übergehung zieht keine Rechtsfolgen nach sich), und nicht anders steht es in den Fällen des GVG § 137 (trotz der „Kann“-fassung), denn er soll vorlegen, wenn die Auffassung des Senats die Voraussetzungen dieser Bestimmung trifft.

**A II.** Der Senat darf erst **nach mündlicher Verhandlung** bzw. im schriftlichen Verfahren nach § 128 II (das indes vor dem Revisionsgericht nicht üblich ist) bzw. im Beschlußverfahren nach Anhörung der Parteien an den großen Senat verweisen (GVG § 138 IV; vgl. „erneute mündliche Verhandlung“). Aber auch ein Verstoß hiergegen bleibt ohne rechtliche Folgen. In dem Fall des GVG § 137 wird die Rechtsfrage in dem Vorlegungsbeschluß formuliert; im Fall des GVG § 136 geschieht dasselbe, wobei die Abweichungen begründet werden.

**A III.** Über die Vorlegung an den vereinigten großen Senat vgl. GVG § 137 B.

**B.** Der große Senat **entscheidet nur die Rechtsfrage** (GVG § 138), sofern er nicht an den vereinigten großen Senat verweist (GVG § 137 B), und zwar grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung, d. h. ohne Anhörung der Parteien (auf Grund eines schriftlichen Votums und mündlichen Berichts wie Gegenberichts). Aus der Norm darf indes nicht herausgelesen werden, daß der große Senat nicht mündlich verhandeln lassen darf (a. M. BGHZ 13/265), sondern nur, daß er nicht mündlich zu verhandeln braucht, wie in all den Fällen, wo das Gesetz sagt, daß ohne mündliche Verhandlung entschieden wird (d. h. werden kann), soweit es nicht ausdrücklich die Anhörung verbietet (wie etwa im Falle des § 834). Eine mündliche Verhandlung mit dem Oberbundesanwalt sieht GVG § 138 II vor (vgl. die Worte „in der Sitzung“).

**B I.** GVG § 138 II sieht die **Anhörung des Oberbundesanwalts** vom großen bzw. vereinigten Senat „in der Sitzung“ vor.

**a)** In Strafsachen hat der Oberbundesanwalt das Gehör des Strafsenats, doch hatte, solange ihm GVG § 137 a. F. es ermöglichte, die Entscheidung des Senats zu erzwingen, die Vorschrift noch einen besonderen Sinn. In Ehe- (§§ 606 folg.), Entmündigungs- (§§ 645 folg.), Kindschaftsachen (§§ 640 folg.), die an den BGH nur als Revisions- (nicht als Beschluß-) sachen kommen, sollte ihn schon der Zivilsenat hören (§§ 607, 634, 638, 640), soweit er dort keine Parteistellung hat, vgl. §§ 632, 636, 638, 666, 679, 684 III, 686 III.

**b)** Soweit im Verfahren auf Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht der Staatsanwalt als Partei nicht mitwirkt (also abgesehen vom Fall des § 686 III), ist er in ihm überhaupt nicht beteiligt und darf insoweit auch nicht im Verfahren vor dem großen Senat beteiligt werden (GVG § 138 ist insoweit ungenau).

**c)** Im Verfahren über die Todeserklärung (das jetzt nach dem VerschollenheitsG zu einem der freiwilligen Gerichtsbarkeit geworden ist; VerschollenheitsG § 13) wirkt die Staatsanwaltschaft nach VerschollenheitsG §§ 22, 24 II, 25, 28 I mit. Sofern hier eine solche Sache nach FGG § 28 II dem BGH vorgelegt wird, wird auch der Staatsanwalt von dem Zivilsenat gehört werden. Nur in den Fällen, wo der vereinigte große Senat auf Veranlassung eines Zivilsenats tätig wird, ist er (möglicherweise — nämlich wenn keiner der genannten Ausnahmefälle vorliegt, wo er auch in Zivilsachen tätig werden darf) nicht gehört (doch ist der Staat ja stets durch das Gericht in den Fragen der Gesetzesauslegung vertreten und die Zivilparteien erhalten gar kein [auch nicht mittelbar] Gehör, wenn auf Veranlassung eines Strafsenats der vereinigte Senat tätig wird; es sei denn, daß der große Senat dies so bestimmt).

**B II.** Die Parteien haben grundsätzlich keinen Anspruch darauf, rechtlich gehört zu werden (a. M. BGHZ 13/265, der sie hört, vor sich eine neue Rechtslage ergeben hat; aber die Parteien brauchen in solchen Fällen auch vor dem erkennenden Senat nicht gehört zu werden, nicht einmal dann, wenn das Gesetz sich nach Verhandlungschluß geändert hat; wenn dies

alles auch zweckmäßig ist). Nur in den Fällen, wo der Oberbundesanwalt „in der Sitzung“ gehört wird, müssen es auch die Parteien (GG Art. 3 I) und dann in voller mündlicher Verhandlung (a. M. die Praxis des GSSt.).

**C.** Der große Senat entscheidet durch (begründeten) **Beschluß** die Rechtsfrage. Der Beschluß ist den Parteien zuzustellen (§ 329 III). Die Entscheidung ist für die zu entscheidende Sache schlechthin bindend (vgl. GVG § 138 III, über die Bindung für andere Sachen und andere Senate gilt GVG § 136). Derselbe Senat (im Gegensatz zu den anderen Senaten) darf in diesen Fällen aber nicht nochmals die Sache dem großen Senat vorlegen, selbst wenn er (nachträglich) anderer Ansicht geworden ist. Entscheidet er trotz der Entscheidung des großen Senats anders, so ist dagegen aber kein Rechtsbehelf gegeben (ergeht indes kein Urteil, sondern nur ein Beschluß — beim Urteil vgl. BGB § 839 II —, so ist der Anspruch gegen den Staat nach GG Art. 34 gegeben). Legt er nochmals vor, so muß der große Senat zurückweisen (von seinem Beschluß kann er in derselben Sache nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nicht mehr abweichen, § 318 C). Nach der sog. naturrechtlichen Auffassung wird allerdings weder der erkennende Senat noch der große Senat an seine Entscheidung gebunden, wenn sie gegen das sog. Naturrecht verstößt; nach der des positiven Rechts muß bei einer Verletzung des Verfassungsrechts der erkennende Senat trotz der Entscheidung des großen Senats dem BVG nach GG Art. 100 vorlegen.

## **§ 139 (140)**

**I Die Senate des Bundesgerichtshofes entscheiden in der Besetzung von fünf Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.**

**II Die Strafsenate entscheiden im ersten Rechtszug außerhalb der Hauptverhandlung in der Besetzung von drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden. Dies gilt nicht für den Beschluß, durch den darüber entschieden wird, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder das Verfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen ist.**

## **§ 140 (141)**

**I Der Geschäftsgang wird durch eine Geschäftsordnung geregelt, die das Plenum beschließt; sie bedarf der Bestätigung durch den Bundesrat.**

**A.** Die Geschäftsordnung des BGH ist im Bundesanzeiger v. 30. 3. 1952 Nr. 83 Seite 9 bis 10 abgedruckt.

Zehnter Titel

Staatsanwaltschaft

## **§ 141 (142)**

**I Bei jedem Gericht soll eine Staatsanwaltschaft bestehen.**

**B. Die Staatsanwaltschaft wirkt**

**B I** im Zivilprozeß (und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) nur selten mit, im besonderen bei dem Verfahren vor dem großen Senat des BGH (GVG § 138 II), in Ehe- (§§ 607, 632, 634, 636, 637, EheG § 24), Kindschaft- (§ 640, BGB § 1595 a), Entmündigungsangelegenheiten (§§ 646 II, 652, 663, 666, 673, 675, 676 III, 678 II, 679 IV, 684 III, 686 III, IV), nach AktienG §§ 77 II, 98 IV bei Klagen gegen Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder.

**B II.** Die Hauptaufgabe der StA ist die Vertretung des Staates als Anklagebehörde.

**C.** Die Beamten der StA sind **nichtrichterliche** (VO v. 20. 3. 1935 § 9). Doch sind die Staatsanwälte Volljuristen (GVG § 148 II, nicht aber die Amtsanwälte).

**D.** Die **Einrichtung** der StA ist Sache der Landesjustizverwaltungen bis auf die der Bundesanwaltschaft, die dem BJM untersteht. Sie arbeitet nach den Weisungen der vorgesetzten Dienstbehörden. Maßgebend im Prozeß sind allerdings die Erklärungen des jeweiligen Vertreters; das Gericht prüft nicht, ob er sich an die Weisungen hält.

## § 142 (143)

**I Das Amt der Staatsanwaltschaft wird ausgeübt:**

1. bei dem Bundesgerichtshof durch einen Oberbundesanwalt und durch einen oder mehrere Bundesanwälte;
2. bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten durch einen oder mehrere Staatsanwälte;
3. bei den Amtsgerichten durch einen oder mehrere Staatsanwälte oder Amtsanwälte.

**II Die Zuständigkeit der Amtsanwälte erstreckt sich nicht auf das amtsrichterliche Verfahren zur Vorbereitung der öffentlichen Klage in den Strafsachen, die zur Zuständigkeit anderer Gerichte als der Amtsgerichte gehören.**

**A.** Der **Generalbundesanwalt** (das GVG nennt ihn noch Oberbundesanwalt) ist Behördenchef, die Bundesanwälte handeln in seinem Auftrag und sind an seine Weisungen gebunden, wie er selbst an die des BJM gebunden ist.

**B.** An Weisungen der **Landesjustizverwaltung** ist die Bundesanwaltschaft nicht gebunden. Doch wickelt sich der innere Dienst reibungslos ab (die Bundesanwaltschaft kehrt meist unmittelbar mit den General- und Oberstaatsanwälten); die von den Landesjustizverwaltungen eingelegten und begründeten Revisionen nimmt sie nur in deren Einverständnis zurück. Soweit ein Gesetz der StA eine besondere Befugnis gibt (BGB § 1595a), darf die Bundesanwaltschaft auch von sich aus eingreifen, ohne die Landesjustizverwaltungen (Generalstaatsanwälte) zu hören, sofern der Streit bei dem BGH schwebt.

**C.** Der Behördenchef der Staatsanwaltschaft bei dem OLG ist der Generalstaatsanwalt, der der Staatsanwaltschaft bei dem LG der Oberstaatsanwalt.

**D.** Bei den AG (Schöffengerichten) dürfen auch Amtsanwälte (die nicht Volljuristen sind) auftreten (GVG § 145 II).

## § 143 (144)

**I Die örtliche Zuständigkeit der Beamten der Staatsanwaltschaft wird durch die örtliche Zuständigkeit des Gerichts bestimmt, für das sie bestellt sind.**

**II Ein unzuständiger Beamter der Staatsanwaltschaft hat sich den innerhalb seines Bezirks vorzunehmenden Amtshandlungen zu unterziehen, bei denen Gefahr im Verzug ist.**

**III Können die Beamten der Staatsanwaltschaft verschiedener Länder sich nicht darüber einigen, wer von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat, so entscheidet der ihnen gemeinsam vorgesetzte Beamte der Staatsanwaltschaft, sonst der Oberbundesanwalt.**

## § 144 (145)

**I Besteht die Staatsanwaltschaft eines Gerichts aus mehreren Beamten, so handeln die dem ersten Beamten beigeordneten Personen als dessen Vertreter; sie sind, wenn sie für ihn auftreten, zu allen Amtsverrichtungen desselben ohne den Nachweis eines besonderen Auftrags berechtigt.**

## § 145 (146)

**I** Die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten sind befugt, bei allen Gerichten ihres Bezirks die Amtsverrichtungen der Staatsanwaltschaft selbst zu übernehmen oder mit ihrer Wahrnehmung einen anderen als den zunächst zuständigen Beamten zu beauftragen.

**II** Amtsanwälte können das Amt der Staatsanwaltschaft nur bei den Amtsgerichten versehen.

## § 145 a

ist durch Nov. 1950 gestrichen.

## § 146 (147)

**I** Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen.

## § 147 (148)

**I** Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu:

1. dem Bundesminister der Justiz hinsichtlich des Oberbundesanwalts und der Bundesanwälte;
2. der Landesjustizverwaltung hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten des betreffenden Landes;
3. dem ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirkes.

## § 148 (147)

**I** Der Oberbundesanwalt und die Bundesanwälte sind nichtrichterliche Beamte.

**II** Zu diesen Ämtern sowie zu dem Amt eines Staatsanwalts können nur zum Richteramt befähigte Personen ernannt werden.

## § 149 (150)

**I** Der Oberbundesanwalt und die Bundesanwälte werden auf Vorschlag des Bundesministers der Justiz, der der Zustimmung des Bundesrates bedarf, vom Bundespräsidenten ernannt.

## § 150 (151)

**I** Die Staatsanwaltschaft ist in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig.

## § 151 (152)

**I** Die Staatsanwälte dürfen richterliche Geschäfte nicht wahrnehmen. Auch darf ihnen eine Dienstaufsicht über die Richter nicht übertragen werden.

## § 152 (153)

**I Die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten.**

**II Die Landesregierung bezeichnet im Einvernehmen mit der Landesjustizverwaltung die Beamtenklassen, auf die diese Vorschrift anzuwenden ist.**

Elfter Titel

Geschäftsstelle

## § 153 (154)

**I Bei jedem Gericht wird eine Geschäftsstelle eingerichtet, die mit der erforderlichen Zahl von Urkundsbeamten besetzt wird. Die Geschäftseinrichtung bei dem Bundesgerichtshof wird durch den Bundesminister der Justiz, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.**

**A. Nach außen (für dritte) bildet das Gericht eine Einheit. Innerhalb des Gerichts sind seine Funktionen unterteilt.**

**A I.** Die richterliche Tätigkeit wird von der sie vorbereitenden (sie erst ermöglichenden) und der sie unterstützenden geschieden, indem dem Richter mehr das reine Richten zugewiesen wird, er aber sonst weitgehend entlastet wird. Wie weit hier die Grenzen zu ziehen sind, dies bestimmt die Gesetzgebung, welche noch in Fluß ist. Eine Reihe ehemals nur Richtern zustehende Funktionen sind auf die Rechtspfleger (vgl. GVG § 153 C IV), weitere auf die Urkundsbeamten (vgl. GVG § 153 C III) verteilt worden, womit allerdings nach der hier vertretenen Auffassung die Richter nicht von ihnen ausgeschlossen werden (Kommentar § 1 B IV b 1), während umgekehrt der Vorgriff der Urkundsbeamten und der Rechtspfleger auf den den Richtern vorbehaltenen Bereich ihr Handeln unwirksam (nichtig) macht (vgl. RechtspflegerG § 7).

**a)** Das GVG unterscheidet **Richter und Urkundsbeamte** und bezeichnet die letzten als Mitglieder der Geschäftsstelle. Darüber hinaus trennt das RechtspflegerG v. 8. 2. 1957 (BGBl. I 18) den Rechtspfleger vom Urkundbeamten der Geschäftsstelle.

**a 1.** Die richterlichen Funktionen sind von denen der Geschäftsstelle und der Rechtspfleger meist durch die positive Regelung getrennt, wobei die ersten verhältnismäßig weitgehend gesetzlich geregelt worden sind.

**a 2.** Auch das Tätigkeitgebiet der Rechtspfleger ist gesetzlich geregelt. Soweit dies geschehen (nämlich im RechtspflegerG), entscheiden sie selbständig, nur unter richterlicher Kontrolle, nicht unter der der Justizverwaltung (RechtspflegerG § 8 I 2).

**a 3.** Das Entsprechende gilt für die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle; soweit ihre Funktionen durch Gesetz nicht festgelegt sind, sind sie den Anordnungen der Justizverwaltung unterworfen; im übrigen denen der Gerichte.

**a 4.** Von den weiteren Hilfskräften gehören noch vom außergerichtlichen Standpunkt aus zur Geschäftsstelle die Gerichtswachtmeister, Kassenbeamten und Kanzleiangestellten. Diese werden vom innergerichtlichen Standpunkt aus nicht mehr zur Geschäftsstelle gerechnet. Das entsprechende gilt für den Bezirksrevisor beim LG und die Beamten des Rechnungamtes beim OLG.

a 5. Für das weitere Hilfspersonal (Heizer, Aufräumarbeiter u. dgl. m.) gibt es im allgemeinen nicht einmal die allgemeinen Anweisungen; sie gehören nicht zu der Geschäftsstelle.

b) GVG § 153 ordnet die **Einrichtung einer Geschäftsstelle** (früher die Gerichtschreiberei) bei jedem Gericht an, überläßt aber ihre Organisation den Landesjustizverwaltungen und beim BGH dem Bundesminister der Justiz (vgl. GVVO § 12). Das Gesetz kennt nur die Geschäftsstelle des Gerichts.

b 1. Die Justizverwaltungen haben die gesetzlich gegebene Einheit (Geschäftsstelle des Gerichts) bei **großen Gerichten in mehrere Geschäftsstellen** aufgegliedert und zumeist durch allgemeine Anordnungen ihre Errichtung und Besetzung geordnet. Die Aufgliederung für ein Gericht folgt in der Regel der Geschäftsverteilung. Da diese ein Internum des Gerichts ist, so darf es nicht überbewertet werden, wie dies häufig in der Vergangenheit bei der Anbringung von Schreiben geschah, wo es der einzelnen — zuständigen — Geschäftsstelle eingereicht sein mußte, wenn Fristen durch seine Einreichung zu wahren waren. Doch geht die herrschende Tendenz dahin, daß dadurch dem rechtsuchenden dritten (dem Publikum) kein Schaden entstehen darf, so daß im besonderen bei Fristsachen Eingangsstellen mit ständiger Besetzung bzw. Nachbriefkästen zu errichten sind (vgl. § 233 B II d 3).

b 2. Es gibt aber auch eine Geschäftsstelle für mehrere Gerichte (und Behörden), etwa in Hamburg die gemeinschaftliche Eingangsstelle für das AG, LG, OLG, die StA beim LG und OLG. Wird dann aber eine Rechtsmittelschrift versehentlich falsch adressiert, so soll erst mit Abgabe an die speziell zuständige Geschäftsstelle die Frist gewahrt werden (vgl. § 233 B II d 3). Soweit sich mehrere verschiedenartige Gerichte in einem Gebäude bzw. Gebäudekomplex befinden, wird sich die Errichtung der gemeinschaftlichen Eingangsgeschäftsstelle schwerlich vermeiden lassen.

A II. Geschäftsstellen gibt es bei **allen Gerichten**, — selbst soweit sie nicht der Justizverwaltung unterstehen.

A III. Den Justizverwaltungen usw. ist es nicht verwehrt, die Geschäftsstellen auch noch zu **anderen Zwecken** als Verwaltungstellen zu verwenden; doch geschieht dies regelmäßig schon deshalb nicht, weil man nicht auf ein anderes Ressort übergreift. Nur im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft kennt die Praxis gemeinsame Eingangsstellen. Die gesetzlich nicht verbotene Verbindung der Geschäftsstellen der Gerichte mit denen der Staatsanwaltschaft ist nicht üblich.

**B. Die allgemeinen Anordnungen für die Geschäftsstellen** finden sich in der Aktenordnung und den Zusatzbestimmungen der Länderjustizverwaltungen.

B I. Sie wirken nur, soweit nicht besondere gesetzliche Regelungen, die etwas anderes anordnen, getroffen worden sind.

a) Über die gesetzlichen Regelungen auf dem Gebiet des Zivilprozesses für die Tätigkeiten der verschiedenen Rechtspflegeorgane vgl. § 1 B IV.

b) Über die gesetzliche Regelung der Tätigkeit der Rechtspflegeorgane auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. GVG § 153 C IV c. Einen besonders breiten Raum davon nimmt die gesetzlich geregelte Tätigkeit auf dem Gebiet des Registerrechts ein.

c) Über die gesetzliche Regelung der Tätigkeit der Rechtspflegeorgane auf dem Gebiete des Strafrechts vgl. GVG § 153 C IV d.

B II. Die **Geschäfts- und Dienstordnungen** ergänzen die Einzelnormen und schließen damit die Lücke zu dem Falle der Einzeltätigkeit der Gerichtsangestellten.

B III. Hinsichtlich **Aktenaufbewahrung**, -aussonderung und -vernichtung gilt folgendes: Durch Beschluß der Justizministerkonferenz vom 15./16. Mai 1952 sind einheitliche Bestimmungen über die Aufbewahrungsfristen für Akten, Register und Urkunden bei den Justizbehörden im Bereich der Bundesrepublik Deutschland getroffen worden. Die Bestimmungen wurden den Gerichten als Sonderdruck mitgeteilt.

B IV. **Bekanntmachungen, Veröffentlichungen, Mitteilungen, Benachrichtigungen, Akteneinsicht und Auskünfte** sind besonders geregelt.

**B VI. Auch über den Post- und Schriftverkehr gibt es besondere Regeln.**

**C. Zur Geschäftsstelle gehören:** die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (die Gerichtswachtmeister, die Kanzleiangestellten). Zu ihr sollte man auch die Rechtspfleger i. S. des RechtspflegerG zählen. Ihre Zahl bestimmt die Justizverwaltung. Die Laufbahnbestimmungen unterteilen sie in Beamte des gehobenen und des mittleren Dienstes. Entscheidend ist aber ihre Berufung (nicht ihre Vorbildung), wenn sie auch nicht berufen werden sollen, falls sie die Vorbildung nicht haben; VO des ZJA BZ v. 27. 9. 1948 § 1 (VOBl. BZ 293) spricht allerdings von „kann nicht“, ArbGG § 46 III 2 von „können nur“. Mängel der Berufung können nur im Verfahren gerügt werden, führen also nicht ohne weiteres zur Nichtigkeit ihrer Handlungen. Die Handlung eines Nichtberufenen ist dagegen nichtig (vgl. Güthe-Triebel, Komm. z. GBO II 1417). Allerdings dürfen auch die nur zu Urkundsbeamten Berufenen keine Rechtspflegerfunktionen i. S. des RechtspflegerG ausüben.

**C I.** Über die Vorbildung dieser Beamten gibt es eine Reihe von Prüfungs- und Ausbildungsvorschriften.

**C II.** Beide Gruppen (gehobener wie mittlerer Dienst) sind Organe des Gerichts (RGZ 44/409 [411]), ihre Ausschließung und Ablehnung erfolgen nach den für Richter geltenden Bestimmungen (§ 49, RechtspflegerG § 9); ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit richtet sich nach der des Gerichts, wenn die Justizverwaltung nicht für mehrere Gerichte eine gemeinsame Geschäftsstelle errichtet.

**C III. Im Zivilprozeß** sind dem Urkundsbeamten eine Reihe untergeordnete, aber auch selbständige Tätigkeiten zugewiesen.

**a)** Die Urkundsbeamten führen die Geschäftskalender, Register und Akten; sie erteilen Abschriften und Ausfertigungen, Notfrist- und Rechtskraftatteste, Vollstreckungsklauseln (und schreiben um), verteilen die Anträge an die GV.

**b)** Weiter gehört zu ihrer Tätigkeit die Beurkundung, und zwar (mitwirkend) in der mündlichen Verhandlung, wenn ein Richter tätig wird (§§ 133, 159, 163, 163a), soweit nicht das Gericht von ihrer Mitwirkung absieht. Außerhalb der mündlichen Verhandlung und dann, wenn kein Richter tätig wird, beurkunden sie allein, im besonderen Gesuche der Parteien.

**c)** Noch selbständiger ist ihre Mitwirkung bei der Kostenfestsetzung (§§ 103 folg.), wie überhaupt im Kostenwesen, aber auch bei der Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit (§ 109) und im Mahnverfahren (§§ 693, 699).

**C IV.** Der Bereich der selbständigen Verantwortung des Rechtspflegers ist durch die Übertragung richterlicher Aufgaben auf ihn nach dem RechtspflegerG ausgestaltet worden.

**a)** Durch landesgesetzliche Regelung sind ihm weitere Aufgaben übertragen worden,

**b)** Weitere (funktionelle) Zuständigkeiten ergeben sich für den Rechtspfleger bzw. für den Urkundsbeamten im Konkurs- (vgl. KO §§ 111, 112, 116, 163, 190, 205, 122, 149, 140, 198; RechtspflegerG § 21) und im Vergleichsverfahren (vgl. VgIO §§ 22, 23, 67, 81, 98, 108, 111; RechtspflegerG § 22).

**c)** Ferner wird der Rechtspfleger auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig (RechtspflegerG §§ 12 folg.).

**d)** Auch im Strafverfahren ist der Urkundsbeamte vielfach zur Entgegennahme von Erklärungen bestellt. Die wichtigste seiner selbständigen Funktionen ist aber die der Revisionbegründung (StPO § 345 II); in Strafvollstreckungssachen ermächtigt ihn StrafvollstreckungO v. 15. 2. 1956 § 10.

**D.** Über sonstige ~~Bedien-tete~~ der Gerichte äußert sich das GVG nicht, obwohl im besonderen noch die Gerichtswachtmeister als Gerichtsorgane eine Rolle spielen.

**D II.** Darüber hinaus gibt es Vorschriften über technisches Personal, Vollstreckungsbeamte im Kassendienst und Strafvollzug.

**D III.** Für die Rechtsverhältnisse der auf Privatdienstvertrag Beschäftigten (**Ange-stellten und Arbeiter**) gelten die Tarifordnungen und die Allgemeine Dienstordnung für nicht-beamtete Gefolgschaftsmitglieder (ADO) in der jeweils gültigen Fassung.

**E I.** In den Verfahren mit Rechtspflegern und Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gelten folgende Regeln: Anwaltzwang besteht vor dem Urkundsbeamten bzw. dem Rechtspfleger nicht (vgl. § 78 II). Das Verfahren vor ihm ist die freigestellt mündliche Verhandlung (vgl. § 128 G II), praktisch wird regelmäßig schriftlich verfahren. Er darf das Armenrecht in dem vor ihm stattfindenden Verfahren bewilligen und entziehen, es sei denn, daß es vom Gericht bewilligt ist. Der Rechtspfleger darf Nachzahlung anordnen, selbst wenn das Armenrecht vom Gericht bewilligt war (RechtspflegerG § 19 I 5), die Parteien anhören, ihr Erscheinen anordnen, die eidesstattliche Erklärung entgegennehmen, eine Beweisaufnahme anordnen und durchführen, aber nicht vereidigen. Seine Entscheidung darf er berichtigen (§ 319; OLG Kiel 42/54) und ergänzen (§ 321); abändern darf er sie, soweit das Gesetz ihn nicht bindet (also in all den Fällen, wo keine befristete — sofortige — Erinnerung gegen seine Entscheidung zugelassen ist). Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers, der in ihr nicht an Weisungen gebunden ist, ist — soweit das Gesetz dies zuläßt — u. U. befristet das Gericht anzugehen (RechtspflegerG § 10; die Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen der Urkundsbeamten sind in der Prozeßordnung geregelt, vgl. §§ 104, 576 II, 577 IV), dem er zugehört (unzulässig ist aber eine Anrufung des Gerichts gegen eine Eintragung in das Grundbuch u. dgl. m.). Gegen die gerichtliche Entscheidung richten sich dann erst die Rechtsmittel; es sei denn, daß Sprung-erinnerung (RechtspflegerG § 10 IV) eingelegt wurde oder § 577 IV anzuwenden ist. Ist der Urkundsbeamte aber an Weisungen gebunden, so ist nicht das Gericht als solches, sondern die Justizverwaltung auf dem Aufsichtsweg anzugehen, es sei denn, daß der Urkundsbeamte gerade der richterlichen Anweisung unterliegt.

**E II.** Über die Verhängung von Kosten gegen Urkundsbeamte vgl. § 102 A I a.

#### Zwölfter Titel

#### Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte

### § 154 (155)

**I Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) werden bei dem Bundesgerichtshof durch den Bundesminister der Justiz, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.**

**A I.** Seit dem 1. 1. 1955 gelten im Gebiet der BRD und Westberlins überwiegend gleichlautende Normen kraft Landesrechts, nämlich die Geschäftsanweisungen für Gerichtsvollzieher (GVGA).

**B.** Das in GVG § 154 gekennzeichnete **Aufgabengebiet** des GV erstreckt sich auf die Zustellung einschließlich der Ladung wie auf die Vollstreckung.

**B I.** Soweit von Gerichts wegen **geladen** wird (§ 214 I), bedient sich die Geschäftsstelle allerdings regelmäßig der Post und nicht mehr des GV. Dies gilt auch von den sonstigen **Zustellungen** von Gerichts wegen.

**B II.** Vollstreckt wird regelmäßig auf Betreiben der Parteien.

**a)** Soweit von **Gerichts wegen vollstreckt** wird (vgl. auch den Fall der zwangsweisen Vorführung von Zeugen nach § 380 II, aber auch bei der Vollstreckung der Ordnung- und Haftstrafen), darf sich das Gericht des GV bedienen, muß es aber nicht tun, im besonderen darf es auch den Gerichtswachtmeister heranziehen. Auch darf der GV als Vollstreckungsorgan im Verwaltungszwangsverfahren herangezogen werden.

**B III.** Weiterhin wird der GV **tätig** u. a. bei freiwilligen Versteigerungen (BGB §§ 383 III, 1233 II; HGB § 371 III), auch nach Landesrecht (GVGA §§ 247 folg.), als Protestbeamter für

Wechsel und Schecke (GVGA §§ 214 folg.); bei Aufnahme von Vermögensverzeichnissen, Siegelungen, Entsiegelungen, bei der Beurkundung eines tatsächlichen Angebots einer Leistung für öffentliche Verpachtung.

**C.** Der GV ist **Beamter** (GVO § 1) des mittleren Dienstes.

**C I.** Seine Ausbildung regeln in den einzelnen Ländern besondere Ausbildung- und Prüfungsordnungen.

**C II.** Der GV ist **Organ des Gerichts** (RGZ 44/409 [411]) und handelt in eigener Verantwortung (RGZ 140/424 [429]).

**a)** **Berufen und abberufen** wird der GV nach Beamtenrecht, und danach ist auch die Wirksamkeit der Berufung zu beurteilen. Eine fehlerhafte Berufung ist nur auf dem Verwaltungsweg anfechtbar, macht Handlungen des GV aber nicht unwirksam und auch nicht anfechtbar, selbst wenn er nicht zum GV ausgebildet war und nicht berufen werden durfte.

**b)** Der GV ist **dem Gesetz unterworfen**. Überschreitet ein GV den ihm durch Gesetz übertragenen Aufgabenbereich, so sind seine Handlungen nichtig (vgl. RG HRR 37/1216 bei einer Vollstreckungshandlung des GV in unbewegliches Vermögen). Über die Protokollierungspflicht des GV vgl. §§ 190, 762.

**b 1.** Der **Dienstvorgesetzte** hat kein Weisungsrecht (RGZ 145/204 [213]), sondern nur die allgemeine Dienstaufsicht. Die Abberufung ist nach Beamtenrecht zulässig; nur mittelbar kann so bei einer Pflichtwidrigkeit des GV gegen ihn vorgegangen werden. Dagegen unterliegt der GV den Weisungen des Vollstreckungsgerichts nach § 766; das Gericht kann z. T. auch unmittelbar eingreifen (etwa Vollstreckungshandlungen aufheben, aber nicht Fahrnis neu pfänden); vgl. § 753 A I a 1.

**b 2.** Hält sich der GV an die **Geschäftsanweisung**, so kann ihm nicht der Vorwurf der schuldhaften Amtspflichtverletzung gemacht werden, dieser trifft vielmehr, wenn er gesetzwidrig handelt, dann die Landesjustizverwaltung, welche die Geschäftsanweisung erlassen hat, es sei denn, daß das Vollstreckungsgericht ihn nach § 766 angewiesen hat.

**c)** Über die Wirkung von Handlungen des GV, der örtlich oder sachlich unzuständig ist, vgl. § 753 B I, II. Über den GV, der kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, vgl. GVG § 155. Die **Organisation des Gerichtsvollzieherwesens** ist in den einzelnen Ländern unterschiedlich. Am weitesten verbreitet ist das preußische System: in ihm hat der GV seinen festen Bezirk (dessen Überschreitung im selben Lande unschädlich ist); die Anträge werden ihm meist — soweit bei einem AG mehrere GV beschäftigt sind — über die GV-Verteilerstellen (vgl. GVO §§ 33 folg., Hbg. GVO §§ 60 folg., ausgenommen Bayern), die von Gerichtsangestellten geleitet werden, zugeteilt.

**C III.** Bei Ausübung der vom GV durch Gesetz übertragenen hoheitlichen Funktionen **muß er persönlich handeln**, auch bei der Übergabe eines Zustellungersuchens an die Post (§ 194 I; RG JW 34/34<sup>9</sup>).

**a)** Zur **Aushilfe** im Gerichtsvollzieherdienst — als Vertreter oder Verwalter von Plan- oder Hilfstellen (**Hilfsbeamte des Gerichtsvollzieherdienstes**) — können durch Auftragserteilung der Landesjustizbehörde oder der von ihr ermächtigten Stelle, in Eilfällen auch durch vorläufigen Dienstleistungsauftrag des aufsichtführenden Richters des AG geprüfte Gerichtsvollzieheranwärter als „beauftragte Gerichtsvollzieher“ herangezogen werden.

**b)** Von diesen Hilfsbeamten sind die **Hilfskräfte des Gerichtsvollzieherdienstes** zu unterscheiden, die im Bedarfsfalle von dem aufsichtführenden Richter des AG oder bei dessen Behinderung vom Geschäftsleiter mit der Wahrnehmung einzelner Gerichtsvollziehergeschäfte beauftragt werden können.

**c)** Sowohl auf die Hilfsbeamten als auch auf die Hilfskräfte des Gerichtsvollzieherdienstes finden, soweit keine Sondervorschriften bestehen, die **für die GV geltenden Bestimmungen** der GVO entsprechende Anwendung.

**d)** **Hilfen** darf der GV nur für den inneren Geschäftsbetrieb als Schreibkräfte halten.

e) Bei Widerstand kann der GV die **Polizeivollzugsorgane zur Unterstützung** heranziehen (§§ 758 D, 759 A II a 1; GVGA §§ 108 I, 145 III, 237 V.

**C IV.** Soweit nach §§ 166—168, 753 folg. der GV auf Veranlassung der Partei tätig wird, nimmt die jetzt herrschende Meinung einen **Antrag** an. Doch ist diese Meinung nicht folgerichtig durchzuführen, im besonderen zeigt sich der zivilrechtliche Einfluß dieses Rechtsverhältnisses insoweit, wie der GV bevollmächtigter Vertreter der ihn beauftragenden Partei ist (dies gilt jedenfalls unbestritten für die Vollstreckung); aber auch im Zustellungsrecht kommt man ohne diese Konstruktion nicht aus (Rosenberg, Stellvertretung 1908, 518f.; a. M. RGZ 48/413 und die h. M.); in den Fällen des § 840 ist der GV jedenfalls Vertreter insoweit, wie er die Erklärungen des Zustellungsempfängers namens der zustellenden Partei entgegennehmen muß.

a) In allen Fällen **handelt der GV hoheitlich** (als Beamter; vgl. RGZ 82/85 [86f.], wenn auch zugleich als Gläubigervertreter (vgl. §§ 167, 753; RGZ 134/141 [143], a. M. RGZ 156/395 [399]) —, und der Staat haftet für seine schulhaften (RG v. 5. 12. 1934 V HRR 35/734) Amtspflichtverletzungen (GG Art. 34; RGZ 82/93). Dies gilt auch, soweit er den Weisungen der Partei zu folgen gehalten ist (RGZ 161/111).

c) Der **Gläubiger haftet für den GV** insoweit **nicht**, wie der GV Amtspflichten zu erfüllen hat (RGZ 104/283 [285]).

**D.** Das **Gebührenrecht** ist in verschiedenen Richtungen geregelt.

**D I.** Im **Verhältnis zu den Parteien** gilt GVGebG. Danach sind für die Tätigkeit der GV Gebühren zu entrichten. Die Vorschriften darüber betreffen nicht die Dienst- und Geschäftsverhältnisse, sie fallen daher nicht in die Zuständigkeit der Landesjustizverwaltungen i. S. des VVG § 154, sondern sind Bundesrecht.

a) Für die nicht bundesrechtlich geregelten Geschäfte der GV haben die **Länder eigene Kostenvorschriften** erlassen.

**D II.** Für **Streit über die Gebühren** ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen; er wird nach § 766 II bzw. GKG § 4 entschieden (GVGebG § 9). Über die Verjährung vgl. BGB § 196 I 15.

a) Über **Vorschüsse** vgl. GVGebG § 4. Streitig ist, ob der GV die Verhaftung des Schuldners zur Erzwingung des Offenbarungseides von Haftkostenvorschußzahlung abhängig machen darf, wenn der Schuldner bei Eidesverweigerung nicht in die Haftanstalt eingeliefert werden soll (verneinend LG JMBL. NRW 54/260; bejahend: LG JMBL. NRW 54/219 und LG MDR 55/175).

b) Das GVGebG ist auch im **arbeitsgerichtlichen Verfahren** anwendbar, doch darf der GV keinen Gebührenvorschuß erheben (ArbGG § 9 III).

c) § 115 gibt der durch das Armenrecht begünstigten Partei einen Anspruch auf unentgeltliche Zustellung und Vollstreckung durch den GV. Über das Verhältnis zur Gegenpartei vgl. Kommentar § 124 A III b.

**D III.** Die Vorschriften des GVGebG sind landesrechtlich ergänzt worden (vgl. EG § 2 A II).

**D IV.** Der **besondere Aufwand** des GV besteht vor allem in der Einrichtung bzw. Beschaffung und Unterhaltung von Geschäftszimmern und Kraftfahrzeugen, wozu in den einzelnen Ländern die ergangenen Regelungen zu beachten sind.

**D V.** Nach dem in den Ländern geltenden System fließen die **Gebühren der GV dem Staate** zu. Davon erhält er ein festes Gehalt auf Grund der Besoldungsgesetze sowie Anteile der Gebühren. Diese sind prozentual festgelegt, insgesamt der Höhe nach begrenzt und ruhegehaltsfähig; der Gerichtsvollzieher behält seine Anteile und liefert den Rest der eingenommenen Gelder an die Gerichtskasse ab. Soweit die Gebühren dem Staat zustehen, gilt § 124 zugunsten des Staates (vgl. § 124 A II); § 34 wird dann unabwendbar (vgl. § 34 A I d). Vgl. auch JustizbeitreibungO § 1 I 4.

**D VI.** Über die Anwendung des § 102 vgl. § 102 A I d.

## § 155 (156)

Der Gerichtsvollzieher ist von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen

### I. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten:

1. wenn er selbst Partei oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist, oder zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Schadensersatzpflichtigen steht;
2. wenn sein Ehegatte Partei ist, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. wenn eine Person Partei ist, mit der er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Annahme an Kindes Statt verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

### II. in Strafsachen:

1. wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist;
2. wenn er der Ehegatte des Beschuldigten oder Verletzten ist oder gewesen ist;
3. wenn er mit dem Beschuldigten oder Verletzten in dem unter Nr. 1 § bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis steht.

A. Das Gesetz kennt nur den ausgeschlossenen GV. Seine Ablehnung ist nicht möglich und darf auch nicht durch die Landesgesetzgebung eingeführt werden. Handelt der GV, obwohl er ausgeschlossen ist, so ist die Handlung nichtig; handelt er schuldhaft, so begeht er eine Amtspflichtverletzung, für die das ihn bestellende Land haftet (GG Art. 34). Ist er ausgeschlossen, so tritt an seine Stelle der durch die Landesjustizverwaltung bestimmte Vertreter.

B. Die Ausschlussgründe des GVG § 155 I 1—3 entsprechen denen des § 41 I 1—3.

## Dreizehnter Titel

### Rechtshilfe

## § 156 (157)

**I Die Gerichte haben sich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen Rechtshilfe zu leisten.**

A II. Die Vorschriften dieses Titels regeln ein besonderes gerichtliches Verfahren für die von ihm ergriffenen Angelegenheiten. Doch gelten sie auch, soweit auf sie in sonstigen Vorschriften verwiesen wird. Über den so zu umgrenzenden Kreis hinaus werden sie aber nicht angewandt; für das darüber hinausgehende Gebiet wird auf den Justizverwaltungsweg verwiesen, wenn nicht auch dieser ausgeschlossen ist. Die Regelung ist historisch gewachsen; sie ist ohne Systematik und uncinheitlich. Aus dem allgemeinen Begriff der Rechtshilfe sind deshalb die Rechtspflegehandlungen abzusondern, welche dem Verfahren nach GVG §§ 156 folg. unterworfen sind.

a) An dieser Rechtslage hat auch GG Art. 35 nichts geändert (OLG NJW 57/1037).

b) Die Staatsanwaltschaft darf von sich aus auch auswärtige Gerichte ersuchen, obwohl sie selbst unmittelbar vernehmen oder über die Polizei vernehmen lassen dürfte (früher wurde dieses Recht der Staatsanwaltschaft verneint [vgl. Sydow-Busch § 156 Anm. 1], soweit nicht der Fall des GVG §§ 146, 152, 161, 162 gegeben war); doch wird es auf die Strafverfolgung zu beschränken sein (vgl. auch StPO §§ 125, 162). Außerdem gilt StPO § 162 II, wonach der Amtsrichter zu prüfen hat, ob die Handlung allgemein im einzelnen Falle zulässig und er örtlich zuständig ist (KG JW 25/2494<sup>1</sup>). Lehnt der Amtsrichter ab, so soll hier aber nach KG JW 25/2494<sup>1</sup> die Beschwerde an die Strafkammer, nicht an das Oberlandesgericht stattfinden; derselben Auffassung ist Sydow-Busch (§ 156 Anm. 1) in dem Fall, wenn die Staatsanwalt-

schaft klären will, ob sie eine Klage nach BGB § 1595 a mit Erfolg erheben kann, dagegen: KG DR 39 A 1014<sup>25</sup>. Umgekehrt haben auch die anderen Behörden den Gerichten Amtshilfe zu leisten (vgl. § 758; LVG § 17: wonach auch die Finanzämter den Gerichten über Einheitwerte Auskunft geben müssen), während Rechtshilfe den Gerichten nicht gewährt wird. Im **schiedsrichterlichen Verfahren** besteht für die Vornahme richterlicher Handlungen (vgl. §§ 1031 I 2, 1032, 1033, 1036, 1045) die Sondernorm des § 1045 III, welche GVG §§ 158, 159 ausschließt. Im arbeitsgerichtlichen Schiedsverfahren nach ArbGG § 106 II wird hier aber von Rechtshilfe gesprochen, womit auch GVG § 159 zum Zuge kommt (KG JW 37/1162<sup>24</sup>).

**A III.** GVG §§ 156 folg. gelten im Inland (§ 12 A II a 1), also auch im Verhältnis des Gerichtslandes (§ 12 A II a 2: Westberlins und BRD) zur Ostzone (vgl. Nathan NJ 49/119 a. E., 47/81, OLG Potsdam NJ 48/279; AG Meiningen NJ 50/320, OLG Kiel SchlHA 47/25).

**b) Modifiziert** werden diese Bestimmungen indes durch die Änderung des **materiellen Rechts** (vgl. auch GVG § 158 II 1). In Strafsachen gilt das G v. 2. 5. 1953 (BGBl. I 161; vgl. GVBl. Berlin 53/293; SaarlABl. 425) mit der DVO v. 23. 12. 1953 (BGBl. I 1569; vgl. GVBl. Berlin 54/2; SaarlABl. 54 I 10) und die Hess. VO v. 25. 11. 1953 (GVBl. 201). Über die Rechts- und Amtshilfe im Verhältnis zu der Strafgerichtsbarkeit der Alliierten Streitkräfte in Deutschland vgl. Truppenvertrag Art. 8 V, in nichtstrafrechtlichen Angelegenheiten vgl. Truppenvertrag Art. 9f (abgedruckt Kommentar GVG § 18 B IV h).

**B.** Unter GVG §§ 156 folg. fällt die **Rechtshilfe**. Geht man von einem allgemeinen Begriff der Hilfe verschiedener Organe desselben Staates zueinander aus, so darf man die Verwaltungshilfe von der Gerichtshilfe trennen. Die wohl h. M. unterscheidet zwischen Rechts- und Amtshilfe und meint, daß man nur dort von Rechtshilfe sprechen dürfe, wo das Gericht selbst die Handlung vornehmen könnte, während sie von Amtshilfe dort spricht, wo die ersuchende Behörde die Handlung nicht vornehmen darf (vgl. RG JW 34/1047<sup>6</sup>); doch darf man das Ersuchen des Rechtspflegers um Vereidigung von Zeugen nicht als Amtshilfeverfahren ansehen. Andere fassen unter Amtshilfe die gerichtliche Tätigkeit, welche nicht unter GVG §§ 156 folg. fällt (vgl. Sydow-Busch Vorb. 1 B vor GVG § 156).

**B I.** Ursprünglich sonderte man aus dem Gebiet der Rechts- und der Amtshilfe all die Fälle aus, wo nicht ein **Organ desselben Staates** ein anderes ersuchte.

**a)** Soweit nicht Staatsverträge bestehen, wird in Rechtshilfehandlungen für ausländische Staatsorgane GVG §§ 156 folg. nicht angewandt (es sei Justizverwaltungsache: Sydow-Busch Vorb. 7 vor § 156; nach Schönke Vorb. VII Anm. 4 vor § 1 sollen sie selbst dann noch Justizverwaltungsache sein, wenn sie durch Staatsverträge geregelt sind). Sie sind hier Gerichtshilfe. Über die Zulässigkeit dieser Gerichtshilfe wird dann nach h. M. nicht nach GVG § 159, sondern durch Dienstaufsichtsbeschwerde entschieden (Schönke Vorb. VIII Anm. 5d vor § 1). Soweit keine Verträge bestehen, wird das Gericht auf Weisung des Ministeriums tätig (auch hier wird von der h. M. GVG § 159 nicht angewandt, vgl. Schönke Vorb. VIII vor § 1). Deshalb wird auch kein Zeugenzwang, keine Ersatzzustellung für zulässig gehalten (Schönke Vorb. VIII vor § 1). Soweit keine Staatsverträge bestehen, muß auf diplomatischem Wege ein Staat den anderen Staat ersuchen. Hier hat sich die Erleichterung vielfach eingebürgert, daß die ausländische diplomatische Vertretung von dem ersuchenden ausländischen Gericht unmittelbar angegangen wird. Außerdem besteht die Möglichkeit, daß die Vertretungen der ausländischen Mächte, im besonderen durch ihre Konsuln, ihre Staatsangehörigen formlos (nicht durch Zustellung) benachrichtigen oder sie vernehmen, soweit sie sich freiwillig dazu bereitfinden. Darüber hinaus können auch dritte die Notare ersuchen, Eide abzunehmen, im besonderen in den angelsächsischen Staaten und im Inland im Verhältnis zu ihnen (vgl. PrFGG Art. 34, wo der Notar für die Abnahme von Eiden für zuständig erklärt wurde; vgl. auch NotO § 24). Auch sonst wird die Justizverwaltung für ermächtigt gehalten, solche Gesuche Privater zuzulassen (Schönke Vorb. VIII E vor § 1, vgl. für die umgekehrten Fälle: § 199 über die Zustellung im Ausland; §§ 363, 364, 369: über das Beweisverfahren im Ausland; § 791: über die Vollstreckung in das Ausland). Über die Vollstreckung ausländischer Titel im Inland vgl. §§ 722, 723. Dahin gehört auch die Norm des Ausl. WBG § 17 II.

c) Soweit die **Ersuchen gegenüber dem Auslande** in Betracht kommen, dürfen die **gerichts-inländischen Gerichte** (§ 12 A II a 2) die diplomatischen Vertreter der BRD unmittelbar angehen (sie brauchen also nicht den Dienstweg über die Justizministerien, das Auswärtige Amt zu beschreiten). Wie die diplomatischen Vertreter der BRD zu verfahren haben, ergibt sich aus den Gesetzen, Gepflogenheiten des ausländischen Staates, bei dem sie akkreditiert sind. Über die Einzelheiten vgl. ZRHO, Länderteil. Auch soweit **keine diplomatischen Beziehungen** bestehen, ist es möglich, über die Schutzmächte, aber auch im unmittelbaren Verkehr der Staaten Rechtshilfeersuchen durchzusetzen. Solche Ersuchen sind über das Auswärtige Amt vorzunehmen. Über das Verhältnis zur DDR vgl. § 156 A III. Auf **Ersuchen einzelner** brauchen die diplomatischen Vertreter der BRD nicht tätig zu werden; doch bestehen bisweilen ausländische Normen, nach denen sie sich unmittelbar an Behörden bzw. Notare des Auslandes zur Vornahme von Vernehmungen u. dgl. m. wenden dürfen.

**B II.** Die Gerichtshilfe im weiteren Sinne knüpft an die **Gerichtsbarekeit** an, nicht etwa an die Gerichtsverwaltung als solche und ist deshalb nicht als Verwaltungshilfe (Amtshilfe) zu verstehen, sondern sie besteht, um Rechtspflegehandlungen durch ein Gericht vornehmen zu lassen. Unter den Begriff der Gerichtshilfe fallen in weiterem Sinne deshalb alle Rechtspflegehandlungen, an denen die Gerichte in dieser Funktion beteiligt sind.

a) An gerichtlichen Funktionen kommen die der Richter, der Rechtspfleger und der Urkundsbeamten in Betracht. Dahin gehören die richterlichen Handlungen der Beweisaufnahme (§§ 355, 372 II, 375, 382, 402, 434, 451, 479), die bloße Anhörung der Parteien (vgl. §§ 619 II, 640, 654 II, 671), die Vornahme eines Sühneversuchs (§ 296), aber auch wo sonst einer Partei Urkunden auf Veranlassung des Gerichts zur Einsicht vorgelegt werden, damit sie sich äußern kann (vgl. § 434; und besonders auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarekeit). Um Rechtshilfehandlungen der Rechtspflege geht es, wenn Rechtspfleger in ihrem Tätigkeitsbereich handeln (Rechtspfleg-rG § 4); hier werden regelmäßig zwar die Geschäftsstelle oder wieder der Rechtspfleger ersucht, aber auch Richter, soweit der Rechtspfleger auch am eigenen Gericht nicht zuständig wäre, etwa bei der Vereidigung von Zeugen usw. Aber auch die Handlungen der Geschäftsstellen sind unmittelbare Rechtspflege-tätigkeit, etwa wenn Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle genommen werden (§ 78 II) — mag dies auf Ersuchen der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts oder auf Angehen des Amtsgerichts durch Ortsansässige geschehen (wobei die Amtsgerichte zur Entgegennahme solcher Erklärungen als verpflichtet anzusehen sind; OLG Augsburg 3/314), wenn auch die Erklärungen erst mit dem Eingang bei der zuständigen Geschäftsstelle wirksam werden, sofern das Gericht nicht ersucht war (beim ersuchten Gericht wird die Handlung so gewertet, wie wenn sie vor dem ersuchenden vorgenommen wäre: KGJ 53 A 254). Auch dürfen die Amtsgerichte den Gerichtsvollzieher des anderen Bezirks unmittelbar ersuchen (vgl. GVG § 160). Weiter gehört dazu auch der Fall des GVG § 161. In diesen Fällen spricht die h. M. schon von Amtshilfe (vgl. Schönke § 159 ZPO Anm. I C; Vorb. VII A 1 vor § 1 ZPO); doch handelt es sich nicht um eine reine Justizverwaltungstätigkeit. Und man sollte auch die Aktenmitteilung (GVG § 168) bzw. die Einsicht durch dritte (§ 299 II) als eine Rechtspflegehandlung ansehen wie die Erteilung gerichtlicher Auskünfte, zu denen die Gerichte kraft richterlicher Stellung verpflichtet sind (vgl. § 915 III), während sonstige Auskünfte der Justizverwaltung nicht unter den Begriff der Rechtshilfe zu bringen sind.

b) Handlungen der **Justizverwaltung als solche** gehören nicht zu dem Kreis der Gerichtshilfe, selbst soweit sich die Verwaltung helfen lassen muß. Unter die reine Verwaltung(amtshilfe) fällt es, wenn Protokollführer (RGSt. Recht 27/1257), Räume, Bücher, Material u. dgl. m. und erst recht, wenn etwas zur Verfügung gestellt wird, was nicht zu einem Gericht unmittelbar gehört oder sonstige nicht gerichtliche Funktionen ausübt. Dahin gehören etwa die Vorführungen durch Gerichtsvollzieher oder Gerichtswachtmeister (vgl. dazu GVG § 154), wie auch die Ladungen, Zustellungen und Vollstreckungen, die nicht unmittelbar von dem Gericht bewirkt werden (GVG § 160).

c) Von einer Rechtshilfe kann aber nur dort gesprochen werden, wo nicht die Entscheidung dem ersuchten Gericht überlassen wird (vgl. OLG 8/1). Im besonderen sind nicht übertragbar: die Entscheidung, die mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgericht

(§ 309 A I), das schriftliche Verfahren ihm gegenüber (vgl. § 128 II); Arreste, einstweilige Verfügungen, einstweilige Anordnungen kann der ersuchte Richter nicht kraft Ersuchens als Prozeßgericht erlassen. Nicht ersucht werden darf, um eine Entscheidung bekanntzugeben, um über die Rechtsmittel zu belehren, um die Abgabe einer Erklärung anzuregen (RGZ 69/271 [274]), um den Erbaueinandersetzungstermin nach FGG § 89 abzuhalten, weil dazu das Nachlaßgericht ausschließlich zuständig ist (KGJ 49/86).

c 1. Deshalb liegt Rechtshilfe in all den Fällen nicht vor, wo eine Sache abgegeben wird (vgl. §§ 276, 650, 651, 676 und die weiteren Fälle nach FGG, HausratVO usw.) oder wo ein Gericht kraft eigener Zuständigkeit (also ohne Ersuchen) handelt, etwa nach §§ 848, 855, 857 IV, 942, GVG § 166 (für die Zustimmung des Amtsgerichts, soweit eine in seinem Bezirk belegene Rechtspflegehandlung vorgenommen werden soll; KG OLG 12/187; a. M. OLG 5/263, 17/43).

c 2. Die Richter Macht des ersuchten Gerichts ist deshalb aber auch beschränkt auf die Durchführung der ihm übertragenen Rechtspflegehandlung (aber insoweit wird auch die Richtergewalt an das ersuchte Gericht übertragen: RG JW 13/214<sup>31</sup>, das Ersuchen nach § 941 gehört nicht dazu, weil es nicht der Rechtshilfe entspringt), also die Beweisaufnahme-, Anhörung-, Sühnerichter; wobei ihm nicht bloß die Sitzungspolizei, sondern auch die Zwangsbefugnisse zustehen, soweit sie mit diesen Handlungen verbunden sind, wie etwa im Fall des § 400. BayObLG Z 1952/75 hat ein Rechtshilfeersuchen eines Nachlaßgerichts auf Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung weit ausgelegt und es auch für die des Nachfolgers gelten lassen (was indes nicht unbedenklich ist).

c 3. Wenn auch das ersuchende Gericht die Richtergewalt (in beschränktem Umfange) auf das ersuchte Gericht überträgt, so bleibt es ihm, soweit die Prozeßordnung dies bestimmt, doch vorgeordnet (vgl. § 389). Über die Bestellung von Armenanwälten vor dem ersuchten Gericht vgl. §§ 116 a, 116 b.

B III. Von dem Kreis der Gerichtshilfe i. w. S. sind die **Rechtshilfehandlungen** zu sondern, die unter GVG §§ 158, 159 fallen, weil hier ein besonderes Verfahren eröffnet ist. Die anderen fallen nicht unter diese Vorschriften (vgl. KG OLG 40/171), sondern lassen nur Dienstaufsichtbeschwerden zu (wobei fraglich ist, ob insoweit die Verwaltungsklage auf Vornahme erhoben werden darf, vgl. GVG § 13 G II a). Es geht aber nicht an, inhaltlich gleiche Handlungen einmal als Amts-, das andere Mal als Rechtshilfe aufzufassen (vgl. GG Art. 3). Soweit deshalb nicht positives Recht entgegensteht, gilt GVG § 159 (a. M. wohl die h. M., vgl. Sydow-Busch Vorb. 5 vor GVG § 156). Eine weitere Beschwerde an den Bundesgerichtshof gibt es allerdings nicht, wo sie positivrechtlich ausgeschlossen ist, nämlich in den früher preußischen Ländern nach PrAG GVG § 87 II. Die Vorschrift gilt allerdings nur, soweit es sich um landesrechtliche Zuweisungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Landesrecht handelt. Noch verwirrender ist es aber, dort, wo Rechtshilfe vorliegt, auch Dienstaufsichtbeschwerden geben zu wollen, wenn das ersuchte Gericht wegen zeitweiliger Überlastung ablehnt (so: KGJ 52/14).

a) GVG § 156 bezieht sich auf die **Gerichtshilfe**, welche ein **ordentliches Gericht** von einem anderen ordentlichen Gericht fordert, und zwar unmittelbar nur in der streitigen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit (EG GVG § 2). Über den Umfang der streitigen Zivilgerichtsbarkeit vgl. GVG §§ 12 C I, 13 C; im besonderen gehören dazu die Vollstreckungsgerichte des ZVG, die Konkurs- und Vergleichsgerichte, die Mieteinigungsämter. Doch sind GVG §§ 156 folg. auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden (FGG §§ 2, 194 IV), also für die Gerichte und selbst, wenn landesrechtlich an ihre Stelle andere Behörden getreten sind, für diese (RGZ 69/271 [273]); sowohl sie wie die AG dürfen dann ersucht werden (a. M. RGZ 71/303 [305], LZ 27/1015<sup>11</sup>: nur die andere Behörde)— doch gehört das Jugendamt nicht hierher —; sofern hier allerdings noch landesrechtliche Vorschriften gelten, nur: wenn diese es bestimmen (wie PrAGGVG Art. 87 I, OLG NdsRpfl. 50/57). Doch finden sich auch hier in Sondergesetzen ausdrückliche Einzelbestimmungen, AuslWBG § 17 II, wonach auch die Wertpapiervereinigungskammer ersucht werden darf).

Sonderbestimmungen finden sich in BVGG § 27 und den entsprechenden Bestimmungen des Landesrechts zugunsten der Staatsgerichtshöfe der Länder.

b) Im Verhältnis zu den **Sondergerichten** (GVG § 14 A) gilt das G v. 21. 6. 1869 (BGBl. 305). Es bezieht sich auf bürgerliche Rechtstreite (§ 1 I 1) wie auf Strafsachen (§ 20). Gehört die vorzunehmende Rechtspflegehandlung nicht zur Zuständigkeit des Gerichts oder ist sie in seinem Bezirk verboten, so ist sie abzulehnen (G § 37, vgl. dazu GVG § 158 II). Ein an ein unzuständiges Gericht gelangtes Gesuch soll indes dem zuständigen abgegeben werden (G § 44). Über die Zulässigkeit des Gesuchs wird von den Gerichten des Landes im Instanzenzuge entschieden (G § 38, im Gegensatz zu GVG § 159 wird also das OLG erst auf weitere Beschwerde tätig; doch wird wohl GVG § 159 I 2, 3 entsprechend angewandt werden dürfen). Abgesehen von diesen Besonderheiten wird man jetzt den 13. Titel des GVG insgesamt entsprechend anzuwenden haben.

b 1. Die **Arbeitsgerichte** erhalten indes von den ordentlichen Gerichten nach ArbGG § 13 Rechtshilfe, sofern sich am Sitze des Amtsgerichts kein Arbeitgericht befindet. Für den Sitz des Arbeitgerichts kommt es darauf an, ob an seinem Sitz in der politischen Gemeinde das ersuchte Amtsgericht nicht liegt. Ersuchter Richter des Arbeitgerichts kann auch der Vorsitzende des Arbeitgerichts allein sein (ohne Beisitzer, ArbGG § 58 I 2; möglicherweise dürfen aber auch Referendare mit der Erledigung des Ersuchens nach Landesrecht beauftragt werden, vgl. GVG § 10 B; RArbG E 3/153). Lehnt ein Arbeitgericht das Ersuchen ab, so entscheidet darüber das übergeordnete Landesarbeitgericht (dies ist aber nur dem ArbG i. S. des GVG § 159 übergeordnet, nicht etwa dem AG, selbst wenn sein Bezirk es erfaßt; a. M. Schönke Vorb. VII B 4 vor § 1) und entsprechend kommt es im Fall des GVG § 159 I 2 nur darauf an, daß das betreffende ArbG nicht zum selben LArbGbezirk gehört, während die Zugehörigkeit zum selben OLGbezirk gleichgültig ist (RArbG E 2/275).

b 2. Das Entsprechende ist für die sonstigen **Sondergerichte**, die Zentralkommission für die Rheinschiffahrt, den Berufungsausschuß für die Mo-elschiffahrt und die Dorferichte nicht vorgeschrieben worden. Hier dürfen deshalb nur die ordentlichen Gerichte ersucht werden.

b 3. **BW GemeindegerechtigkeitsG v. 7. 3. 60** (GBl. 73) § 28 ordnet für die Gerichte und Behörden des Landes BW an, daß sie den Gemeindegerechtigten Amts- und Rechtshilfe zu leisten haben.

c) Im Verhältnis zu der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** gelten VerwaltungsgerichtsO §§ 14, 96 II. Danach ist den Verwaltungsgerichten von den anderen Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten Rechtshilfe zu leisten. Eine Vorschrift, wann das eine oder das andere Gericht anzugehen ist, ist hier nicht gegeben worden. Danach wird man es in die Wahl des ersuchenden Gerichts stellen dürfen, welches dieser Gerichte es angeht.

d) Für die **Verwaltungs Sondergerichte** sind Sonderbestimmungen erlassen worden.

d 1. Das gilt durchweg für die Dienststraf- und Ehrengerichtsbarkeit für öffentliche Bundesbeamte, vgl. BDO § 16 (wonach nur die AG Zeugen und Sachverständige vereidigen dürfen) und die entsprechenden Vorschriften für Landesbeamte; für Rechtsanwälte (Kommentar § 78 B I); für Patentanwälte (PatentanwaltG § 41 II 3); für das Börsenehrengericht (BörsenG § 26); für Ärzte, Tierärzte, Apotheker und Zahnärzte nach landesrechtlichen Bestimmungen.

d 2. Die Sozialgerichte dürfen andere um Rechtshilfe ersuchen; ist die Amtshandlung außerhalb des Sitzes eines Sozialgerichts vorzunehmen, so ist das Amtsgericht zu ersuchen (SGG § 5). Die Truppendienstgerichte dürfen nach WehrdisziplinarO § 65 II die Amtsgerichte ersuchen.

e) Gerichtshilfe gibt es aber auch für **Verwaltungsbehörden** nach Sondergesetzen; doch darf Zeugniszwang nur insoweit ausgeübt werden, wie ihn die ersuchende Behörde hat oder dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, OLG NJW 57/1037; vgl. dazu

e 1. BEG § 193 III, IV, V für die Entschädigungsbehörde;

e 2. für die Finanzbehörden einschl. der Finanzgerichte nach AbgabenO §§ 182 II, 188, 277, 325 III, 431;

e 3. nach FlurbereinigungG § 135 ist der Flurbereinigungsbehörde Rechtshilfe zu leisten;

e 4. für die Fürsorgebehörde nach FürsorgepflichtVO §§ 23 II, 25 c II. FürsorgepflichtVO § 23 VI ordnet die „Amtshilfe“ der Gerichte an;

- e 5. für die Jugendämter nach JWG § 5;
  - e 6. für die Lastenausgleichämter usw. nach LAG § 317; die Amtsgerichte dürfen das Ersuchen der Lastenausgleichbehörde nicht mit dem Hinweis ablehnen, daß diese selbst vernehmen dürfen (OLG SchlHA 56/52, NJW 57/29, KG NJW 57/1239;
  - e 7. für die Versicherungsorgane nach RVO §§ 115, 1571 II, IV, 1613 III, 1628 II werden jetzt nur noch die Sozialgerichte ersucht;
  - e 8. für das Patentamt (PatentG § 46, GebrMG § 12, WZG § 12 I 1);
  - e 9. für die Post nach PostG § 38;
  - e 10. für das Bundesversicherungsaufsichtsamt nach VAG § 99;
  - e 11. für die Seeämter und das Oberseeamt;
  - e 12. für die Standesbeamten nach Dienstanweisung für Standesbeamte § 78;
  - e 13. für die Wettbewerbseinigungsstellen nach UWG § 27 a, RabattG § 13, G über Zugabewesen § 2;
  - e 14. die Wiedergutmachungsbehörde darf sich nach AMilRegG 59 Art. 65 des Vollstreckungsgerichts bedienen, wodurch dann GVG § 159 anwendbar wird (OLG BayJMBL 51/204);
  - e 15. den Behörden des allgemeinen KriegsfolgenG ist Amts- und Gerichtshilfe nach G § 108 (vgl. auch G § 78, der LAG § 317 anwendbar macht) zu leisten;
  - e 16. den Kartellbehörden nach G gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 54 VI bezüglich der Vereidigung;
  - e 18. den Musterungsausschüssen nach WehrpflichtG § 19 IV.
- f) Die Behörden der RVO § 116, der FürsorgepflichtVO § 27 decken sich gegeneinander ab. Rechtshilfersuchen an die ordentlichen Gerichte sind insoweit (vgl. aber auch FürsorgepflichtVO § 23) unzulässig (vgl. auch GVG § 156 B III e 7).

## § 157 (158)

### I Das Ersuchen um Rechtshilfe ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirk die Amtshandlung vorgenommen werden soll.

A. Von wem das Ersuchen um Rechtshilfe auszugehen hat, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich, meint indes unmittelbar nur die ordentlichen Gerichte (über die anderen Stellen vgl. GVG § 156 B III).

B. GVG § 157 regelt die sachliche und die örtliche Zuständigkeit — nach h. M. ausschließlich (vgl. Sydow-Busch GVG § 157 Anm. 2). Über die funktionelle Zuständigkeit vgl. GVG §§ 1 u. 10 (Richter, Referendare), 153 (Rechtspfleger). Das Ersuchen ist demnach an das Amtsgericht zu richten (vom Sondergericht auch an ein anderes Sondergericht, im besonderen vom Arbeitergericht auch an ein Arbeitgericht, von einer Kammer für Wertpapierbereinigung an eine andere nach dem Ausl. WBG).

B I. Wird ein sachlich unzuständiges Gericht (also ein ranglich höheres als das AG) angegangen, so fehlt eine ausdrückliche Regelung; doch sollte man GVG § 158 II 2 entsprechend anwenden, wie dies in dem Fall ausdrücklich vorgeschrieben worden ist, wenn ein örtlich unzuständiges Gericht angerufen wird, d. h. es sollte also an das zuständige AG abgegeben werden.

a) Das AG selbst darf seine sachliche Zuständigkeit gegenüber ordentlichen Gerichten nicht verneinen. Tut es dies dennoch, so gilt GVG § 159. Ablehnen darf es nur nach GVG § 158 II 1, abgeben nach GVG § 158 II 2. Über die Frage, ob die Abgabe angreifbar ist, vgl. GVG § 159 A I. Im Verhältnis zu nicht rangniederen Gerichten und Behörden kann indes die sachliche Zuständigkeit des AG deshalb zu verneinen sein, weil die (ordentlichen) Gerichte überhaupt nicht ersucht werden dürfen.

b) Doch sind auch schon arbeitgerichtliche Ersuchen abzulehnen, wenn am Sitz des Amtsgerichts ein Arbeitsgericht bzw. ein Sozialgericht vorhanden ist (inwieweit das ent-

sprechend für ähnliche Fälle gilt, sofern auch die andere Stelle vollwertig dasselbe tun könnte wie das AG, vgl. GVG § 156 B III b 1, also nicht bei der Staatsanwaltschaft).

**B II.** Örtlich zuständig ist das Gericht, wo die Handlung vorzunehmen ist. Wo dies der Fall ist, entscheidet sich nach dem Tatbestand (RG JW 12/305<sup>25</sup>).

**b)** Ist die Handlung am Sitz des ersuchenden Gerichts vorzunehmen, so ist die Rechtshilfe unzulässig (RGSt. 18/261, 26/338), bei Ersuchen der ArbGerichte, der Sozialgerichte oder des Patentamts vgl. GVG § 156 B III b 1, d 2 und e 8; § 157 B I b.

**b 2.** Über die Frage, wie zu verfahren ist, wenn das AG daran gehindert ist, an ein anderes AG abzugeben vgl. GVG § 158 B. Ist das an sich zuständige AG verhindert und deshalb gesetzlich ein anderes berufen (vgl. PrAG GVG § 24 bei den EinmannAG), so tritt dieses ohne weiteres an die Stelle des verhinderten, andernfalls ist das zuständige nach § 36 I 1 zu bestimmen.

**B. III.** Wird die funktionell unzuständige Stelle angegangen, der Richter an Stelle der Geschäftsstelle oder des Rechtspflegers wie umgekehrt, so wird formlos an die richtige abgegeben (RGSt. 46/176).

**C.** Nach NotVO v. 1. 12. 1930 (RGBl. I 604) Teil 9 § 4 darf für mehrere AG-Bezirke ein ersuchtes Gericht gebildet werden (selbst wenn sie verschiedenen Landgerichtsbezirken angehören).

## § 158 (159)

**I** Das Ersuchen darf nicht abgelehnt werden.

**II** Das Ersuchen eines nicht im Rechtszuge vorgesetzten Gerichts ist jedoch abzulehnen, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichts verboten ist. Ist das ersuchte Gericht örtlich nicht zuständig, so gibt es das Ersuchen an das zuständige Gericht ab.

**A.** GVG § 158 II regelt, wann das AG ein Rechtshilfeersuchen ablehnen und wann es dies abgeben darf, während GVG § 158 I den Grundsatz ausspricht, daß (sonst) ein Ersuchen nicht abgelehnt werden darf.

**A I.** Ist das ersuchte AG

**A II.** sachlich unzuständig, so ist abzulehnen (vgl. GVG § 157 B I b), weil damit stets zugleich die Zuständigkeit der örtlichen Gerichte verneint wird.

**A III.** Ist das ersuchte AG örtlich unzuständig, so gibt es das Ersuchen an das zuständige Gericht ab (GVG § 158 II 2). Fällt indes mit der örtlichen Unzuständigkeit die sachliche zusammen (etwa weil ein ArbG zuständig ist, vgl. GVG §§ 156, 157 B I b), so ist abzulehnen.

**B.** Die Abgabe bindet das Gericht nicht, wenn weitergegeben worden ist; es darf also weiter abgeben, wenn es örtlich nicht zuständig ist, aber nicht zurückgeben. In diesem Falle sollte es entweder die Handlung vornehmen oder ablehnen.

**B I.** Abzulehnen ist das Gesuch des ersuchenden Gerichts, wenn es selbst die Handlung vornehmen könnte, sofern das ersuchende Gericht seinen Sitz im Bezirk des ersuchten Gerichts hat (GVG § 157 B I b).

**B II.** Trotz seiner Zuständigkeit darf das AG ablehnen, wenn die Handlung nicht von einem im Instanzenzug vorgesetzten Gericht begehrt wird und die vorzunehmende Handlung nach dem Recht des ersuchten Gerichtes verboten ist.

**b)** Welcher Richter des vorgesetzten Gerichts ersucht, ist gleichgültig. Es kann also auch ein Einzelrichter sein (OLG LZ 25/445<sup>1</sup>) und seine Zuständigkeit ist für das ersuchte Gericht nicht nachprüfbar (RARbG E 2/275 [276]), d. h. es darf das Ersuchen nicht deswegen zurückweisen, weil der Einzelrichter unter Verstoß gegen die Prozeßordnung etwa den Beweisbeschluß an Stelle des Kollegiums erlassen hatte. Dies wird auch für das Ersuchen des Rechtspflegers des übergeordneten Gerichts an den Richter des untergeordneten gelten.

**B III.** Ist das Gericht nicht im Instanzenzug vorgesetzt, so ist abzulehnen, wenn die Handlung gesetzlich verboten ist. Das Gesetz hat hauptsächlich daran gedacht, daß im Gebiet des ersuchten Richters ein anderes Recht als in dem des ersuchenden gilt (KGJ 43/17); doch können sich auch verschiedene Auffassungen aus der Auslegung der in beiden Bezirken gleich geltenden Vorschrift ergeben (vgl. RG JW 09/21<sup>17</sup>).

**a)** Nicht verboten ist es, Handlungen vorzunehmen, die (abstrakt) zulässig, im Einzelfalle (konkret) aber prozeßordnungswidrig sind, weil darauf zu achten, die Aufgabe des ersuchenden Gerichts ist.

**a 1.** Nicht nachgeprüft wird, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für das Ersuchen gegeben sind (RGZ 106/417 [419]).

**a 2.** Nicht nachgeprüft wird, ob die Beweisfrage prozessual zulässig ist, etwa einen angeblich unzulässigen Ausforschungsbeweis enthält (RGZ 169/160, BGH JZ 53/230 mit der Einschränkung, daß es kein offensichtlicher Ausforschungsbeweis sein dürfte. Hat das ersuchende Gericht die Vereidigung eines Zeugen oder einer Partei angeordnet, so darf das ersuchte Gericht die Vereidigung nicht ablehnen. Nochmalige Vernehmung eines bereits vernommenen Zeugen darf das Amtsgericht nicht ablehnen (a. M. RGZ 114/1 [2]). RG Gruch. 62/651 hat es für unzulässig erklärt, daß im Eheprozeß eine Partei durch den ersuchten Richter zwecks Prüfung ihres Geisteszustandes vorgeführt werden sollte; allein dies ist zulässiger Augenscheinbeweis. Nicht nachzuprüfen ist es, ob der Vernommene anstatt als Zeuge vernommen zu werden als Partei vernommen werden müßte wie umgekehrt (a. M. Baumbach-Lauterbach § 158 Anm. 2c); doch trifft die Verantwortung dafür allein das Prozeßgericht.

**a 3.** Rechtshilfe auf dem Gebiet des FGG wird nur so weit gewährt, wie sie durch Bundesgesetz den Gerichten übertragen ist (vgl. FGG §§ 1, 2).

**b 1.** Unzulässig ist die Vornahme einer Beurkundung durch das Amtsgericht auf Ersuchen eines anderen Gerichts, wenn in seinem Bezirk andere Stellen, etwa die Notare, ausschließlich dazu berufen sind (RG N GVG § 158/4). Unzulässig ist das Verlangen an ein Gericht im Gebiete des früheren Preußen auf Übersendung der Urschrift von einer von ihm aufgenommenen Urkunde, weil diese nach PrFGG Art. 42 bei ihm verbleiben muß (RGZ 106/344).

**b 2** Gesetzlich verboten ist die Vereidigung eines Eidesunfähigen (vgl. OLG HRR 39/1365), die Vernehmung eines Minderjährigen über die Anerkennung der Vaterschaft ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (RGZ 87/426), die Aufnahme von Beweismitteln zur Ermittlung strafbarer Handlungen, die im Bundesgebiet nicht zu verfolgen sind. Unzulässig ist die Vernehmung eines Zeugen, der das Zeugnis verweigert hat (OLG 18/380). Unzulässig ist die Anhörung einer Partei nach § 141 zur Aufklärung vor dem ersuchten Gericht (RG JW 09/21<sup>17</sup>, anders die nach §§ 619, 640).

**B IV.** Abzulehnen ist ein Gesuch aber auch, wenn kein Fall der Rechtshilfe vorliegt (RGZ 25/364), wenn der Inhalt des Ersuchens unklar ist (Hinweis auf den Beweisbeschluß genügt aber: RG JW 99/826<sup>1</sup>).

## § 159 (160)

**I** Wird das Ersuchen abgelehnt oder wird der Vorschrift des § 158 Abs. 2 zuwider dem Ersuchen stattgegeben, so entscheidet das Oberlandesgericht, zu dessen Bezirk das ersuchte Gericht gehört. Die Entscheidung ist nur anfechtbar, wenn sie die Rechtshilfe für unzulässig erklärt und das ersuchende und das ersuchte Gericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören. Über die Beschwerde entscheidet der Bundesgerichtshof.

**II** Die Entscheidungen ergehen auf Antrag der Beteiligten oder des ersuchenden Gerichts ohne mündliche Verhandlung.

**A.** Lehnt ein AG ein Rechtshilfeersuchen ab, so eröffnet GVG § 159 dagegen die Möglichkeit, die Entscheidung des vorgeordneten OLG herbeizuführen. Lehnt die Geschäftsstelle oder ein Rechtspfleger ab, so ist das Gericht anzurufen (§ 576 I, RechtspflegerG § 10).

**A I.** Die Weitergabe (GVG § 158 II 2) an das zuständige AG wird dabei nicht als Ablehnung anzusehen sein. Wollte indes das AG, an das abgegeben wurde, die Sache an das abgebende AG zurückgeben, so liegt darin eine Ablehnung des zurückgebenden AG (GVG § 158 A). Jedenfalls darf die ungerechtfertigte Vornahme der Handlung nicht mehr mit Erfolg gerügt werden, wenn das AG örtlich unzuständig ist, soweit es sich um einen vermögensrechtlichen Streit handelt (§§ 512a, 549 II in entsprechender Anwendung).

**A II.** Auf den Grund der Ablehnung kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht an. Dies gilt auch für den Fall, daß das AG ein Gesuch ablehnt, das es von einem vorgesetzten Gericht (GVG § 158) erhalten hatte und das es nach GVG § 158 II 1 gar nicht ablehnen durfte. In diesem Falle gewährt die h. M. keine Rechtsbehelfe, sondern die Dienstaufsichtsbeschwerde (Sydow-Busch § 159 GVG Anm. 2).

**B.** GVG § 159 kommt (auch nach der h. M.) zum Zuge, wenn ein nicht im Instanzenzuge vorgeordnetes Gericht das Amtsgericht ersucht und dieses — zu Recht oder zu Unrecht — dies nach GVG § 158 II ablehnt.

**B I.** Die Ablehnung sollte durch Beschluß ausgesprochen werden, der den Parteien formlos mitgeteilt werden darf (§ 329 III).

**B II.** Wird ein Amtsgericht von einem im Instanzenzuge vorgesetzten Gericht ersucht, so kommt wegen der Stattgabe ein Rechtsbehelf nicht in Betracht. Dagegen läßt GVG § 159 den Rechtsbehelf zu, wenn das AG nicht von dem vorgesetzten Gericht ersucht worden ist und dem Ersuchen stattgeben will. Von der Stattgabe erfahren die Parteien durch die Terminladung u. dgl. m.

**C.** Gegen die genannten Entscheidungen darf das dem ablehnenden bzw. dem stattgebenden (ersuchten) AG vorgeordnete OLG angegangen werden. Das GVG bezeichnet diesen Rechtsbehelf nicht näher.

**C I.** Sachlich ist er eine **unbefristete Beschwerde**, die (gegenstandslos werden kann und) im Fall des GVG § 159 von dem dem ersuchten Gericht vorgeordneten OLG (GVG § 159 I 1; ZPO § 568 I ist damit nicht anwendbar) bzw. Landesarbeitsgericht (RARbG E 2/275) zu entscheiden ist.

**C II.** Im Falle des Rechtshilfe v. 21. 6. 1869 (BGBl. 305) § 38 ist dagegen die gewöhnliche Beschwerde der §§ 567 folg. im gewöhnlichen Instanzenwege gegeben (GVG § 156 B III b). Über die sonstigen Fälle, die nicht unter GVG § 159 gehören, vgl. GVG § 156 B I a.

**C III.** Sonstige Fälle als „Amtshilfe“ ausscheiden zu wollen, geht indes nicht an (a. M. Sydow-Busch GVG § 159 Anm. 3, Baumbach-Lauterbach GVG § 159 Anm. 2, OLG Düsseldorf JW 36/1391<sup>40</sup>).

Über den Ausschluß der Anrufung des BGH in den Fällen des PrAG GVG Art. 87 II vgl. GVG § 156 B III. Diesen Fall nimmt bei „Amtshilfe“ die h. M. stets an, vgl. OLG Celle NdsRpfl. 50/57.

**D.** Die **Beschwerde darf von jeder Partei** (gleichviel ob sie Beweisführer oder Gegner, Kläger oder Beklagter, selbständiger oder unselbständiger Streitgehilfe ist — der letztere aber nicht gegen den Widerspruch seiner Hauptpartei) — im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit von jedem Beteiligten — und stets von dem **ersuchenden Gericht** eingelegt werden. Dabei ist das Gericht nur beschwert, wenn das Ersuchen ganz oder zum Teil abgelehnt oder nicht so ausgeführt wird, wie dies das ersuchende Gericht für erforderlich hält und auch bei einem Streit um die Kosten (doch kann nicht der vernommene Zeuge oder Sachverständige nach GVG § 159 vorgehen, wenn er liquidiert).

**D I.** Die Beschwerde ist schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle zu erklären (§ 569 II); sie darf (wenn man den Rechtsbehelf als Beschwerde auffaßt) bei dem Amtsgericht, welches das Ersuchen ablehnt, aber auch bei dem Oberlandesgericht eingelegt werden; Anwaltzwang besteht für sie nicht (§ 78 II).

**D II.** Entschieden wird ohne mündliche Verhandlung (GVG § 159 II). Anhörung des Gegners ist nicht vorgeschrieben; aber auch nicht verboten; §§ 570, 573 gelten auch hier. Das AG darf der Beschwerde abhelfen (§ 571); es darf wie das OLG die einstweilige Anordnung,

daß das Rechtshilfeersuchen einstweilen nicht vorzunehmen ist, treffen (§ 572 II, III); nicht aber die, daß es zu erledigen ist, weil damit die Entscheidung über die Beschwerde gegenstandslos werden würde. Waren der Rechtspfleger oder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ersucht (GVG § 156 B II a), so ist zuerst das ersuchte Gericht anzurufen (RechtspflegerG § 10, vgl. auch § 576 I).

a) Die Beschwerde ist unzulässig, wenn sie nicht ordnungsgemäß eingelegt worden ist. Mit der Vornahme der Handlung durch das ersuchte Gericht wird das Beschwerdeverfahren gegenstandslos.

b) Ist die Beschwerde dagegen zulässig, aber unbegründet, so wird sie zurückgewiesen, sonst wird ihr stattgegeben (vgl. § 575).

**D III.** Hat das AG abgeändert, so ist gegen den Abänderungsbeschluß u. U. von dem dadurch Beschwerten die Beschwerde zulässig. Ein und dieselbe Partei kann aber nicht einmal die Zulässigkeit, das andere Mal die Unzulässigkeit des Ersuchens geltend machen, sofern ihrem Antrag irgendwann einmal stattgegeben ist. Hatte deshalb schon vor dem Prozeßgericht die Partei um das konkrete Ersuchen gebeten, so ist sie nicht beschwert.

**D IV. Gegenüber der Entscheidung des OLG** sind die folgenden Rechtsbehelfe gegeben:

a) gegen die Entscheidung des OLG, die das Ersuchen für zulässig erklärt, ist kein Rechtsmittel gegeben, auch wenn es selbst gerade abgeändert hat (RG JW 94/519<sup>10</sup>).

b) Gehören ersuchendes oder ersuchtes Gericht demselben OLG-Bezirk an, so ist die Entscheidung, auch wenn durch sie das Ersuchen für unzulässig erklärt wurde, unanfechtbar (GVG § 159 I 2); sonst ist die weitere Beschwerde an den BGH zulässig (GVG § 159 I 3; ZPO § 567 III ist unanwendbar: RGZ 64/178 f.) aber auch, wenn das OLG — zu Unrecht — das Ersuchen für erledigt erklärt (a. M. RG JW 97/528<sup>2</sup>). Bei dem LArbG kommt es entsprechend darauf an, daß ersuchendes und ersuchtes Gericht demselben Landesarbeitsgericht nicht unterstellt sind (RArbG E 2/275).

c) Sachlich handelt es sich um eine weitere Beschwerde, die GVG § 159 als Beschwerde kennzeichnet. Die weitere Beschwerde darf beim OLG oder bei dem BGH eingelegt werden (Sydow-Busch GVG § 159 Anm. 5), eine Zuständigkeit des Bay. ObLG ist hier nicht vorgesehen. In Arbeitsachen geht die weitere Beschwerde an das LArbG, das sonst als Revisionsgericht tätig wird (soweit es dem ersuchten Gericht vorgeordnet ist). Für Form und Inhalt gilt das für die Beschwerde Gesagte. Sie ist nur zulässig, wenn sie vom ersuchenden Gericht oder der beschwerten Partei eingelegt ist. § 568 I, II ist unanwendbar. Geht es nur um die Kosten, so wird man die weitere Beschwerde nach § 568 III in entsprechender Anwendung für unzulässig halten dürfen.

d) Inwieweit sie nach Landesrecht nicht zulässig ist, vgl. GVG § 159 C III. Die im Instanzenweg nach dem RechtshilfeG zugelassene Beschwerde unterliegt dagegen nur der Norm der §§ 567 folg. und führt nicht zum BGH.

## § 160 (161)

**I Vollstreckungen, Ladungen und Zustellungen werden nach Vorschrift der Prozeßordnungen bewirkt ohne Rücksicht darauf, ob sie in dem Land, dem das Prozeßgericht angehört, oder in einem anderen deutschen Land vorzunehmen sind.**

**A.** Eine Rechtshilfe kommt für **Vollstreckungen** (§ 753, auch wegen Vermögenstrafen und Bußen: StPO § 463, einschließlich der Vorführungen, Vollstreckung zivilprozessualer Strafen oder die Vorführung des Offenbarungseidschuldners, für Beschlagnahme und Durchsuchung: RG JW 95/98<sup>1</sup>); für **Ladungen** und für **Zustellungen** (§§ 166, 193, 208, 214, 497; StPO §§ 37, 38) von Gerichten wegen oder auf Betreiben der Parteien bzw. der Staatsanwaltschaft nicht in Betracht (RGZ 25/364 [365], RGSt. 26/338); vielmehr haben hier das Gericht, die Parteien, die Staatsanwaltschaft das zuständige Organ unmittelbar anzugehen.

**A I.** Lehnt das zuständige Organ aber ab, so sind gegen den Gerichtsvollzieher die Erinnerung (§ 766 in unmittelbarer wie in entsprechender Anwendung, hier auch die Dienstaufsichtbeschwerde), gegen sonstige Dienststellen (Post, Polizei u. dgl. m.) die bloße Dienstaufsichtbeschwerde, gegen Vollstreckungsgerichte (etwa in dem Fall des § 828) die gewöhnlichen zivilprozessualen Rechtsbehelfe (also nicht die Beschwerde nach GVG § 159) gegeben (in diesen Fällen gibt es dann wieder keine Dienstaufsichtbeschwerde).

**A II.** Ungerechtfertigte Ablehnung gibt dem Betroffenen den Ersatzanspruch gegen den Staat (GG Art. 34) unter den Voraussetzungen des BGB § 839.

**B.** Im **Verwaltungszwangsverfahren** gelten entsprechende Normen.

## § 161 (162)

**I** Gerichte, Staatsanwaltschaften und Geschäftsstellen der Gerichte können wegen Erteilung eines Auftrags an einen Gerichtsvollzieher die Mitwirkung der Geschäftsstelle des Amtsgerichts in Anspruch nehmen, in dessen Bezirk der Auftrag ausgeführt werden soll. Der von der Geschäftsstelle beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als unmittelbar beauftragt.

**A.** Soweit an einen Gerichtsvollzieher Aufträge zu vergeben sind, dürfen sich die Gerichte (einschließlich ihrer Geschäftsstellen) wie die Staatsanwaltschaft der Vermittlung der Geschäftsstelle des AG für den Gerichtsvollzieher bedienen. Die Parteien dürfen die Vermittlung dieser Geschäftsstelle nach §§ 166 II, 753 II in Anspruch nehmen.

**B.** Der Gerichtsvollzieher darf sich in diesem Fall nicht darauf berufen, daß er nicht unmittelbar beauftragt worden ist (GVG § 161 I 2). Weigert er sich gegenüber der Geschäftsstelle, so hat ihr Behördenchef die Dienstaufsichtbeschwerde (soweit er nicht schon auf Grund seiner etwaigen Dienstaufsicht über den Gerichtsvollzieher unmittelbar eingreifen kann); dies gilt auch für das fremde Gericht und die Staatsanwaltschaft; die Partei hat zusätzlich die Erinnerung an das Gericht (§ 766 in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung).

**C.** Gegen die Weigerung der Geschäftsstelle des Gerichts haben das fremde Gericht und die Staatsanwaltschaft die Dienstaufsichtbeschwerde; neben dieser hat die Partei aber auch die gewöhnlichen Rechtsbehelfe wie gegen Urkundsbeamte (vgl. § 576 I).

## § 162 (163)

**I** Hält sich ein zu einer Freiheitsstrafe Verurteilter außerhalb des Bezirks der Vollstreckungsbehörde auf, so kann diese Behörde die Staatsanwaltschaft des Landgerichts, in dessen Bezirk sich der Verurteilte befindet, um die Vollstreckung der Strafe ersuchen.

**A.** Im zivilen Verfahren wird die Bestimmung praktisch für die Vollstreckung der nach §§ 380, 390 II, 888, 890, GVG §§ 178, 179 verhängenen Strafen und die Haftanordnung nach § 901. Doch wird die Verhaftung des Schuldners im letzten Fall durch den Gerichtsvollzieher durchgeführt, und dieser ersucht die Strafvollziehungsbehörde um Aufnahme, gleichviel ob sich das Gericht, das den Haftbefehl erlassen hat, in ihrem Bezirk befindet. Abgesehen davon, veranlaßt sonst das Gericht die Verhaftung. Hält sich der zu Belangende in diesem Fall außerhalb des Bezirks der Vollstreckungsbehörde auf, so ist die Staatsanwaltschaft des Aufenthaltsbezirks vom Gericht zu ersuchen (GVG § 163). An die Stelle der Staatsanwaltschaft tritt der Amtsrichter, soweit ihm die Landesjustizverwaltung die Vollstreckung übertragen hat (StPO § 451 III i. V. m. GVG § 24 in entsprechender Anwendung; StrafvollstreckungO § 5).

**B.** Die Form des Ersuchens richtet sich nach StPO § 451 I, d. h. der Urkundsbeamte des ersuchenden Gerichts hat eine mit der Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehene beglaubigte Abschrift des Tenors der Entscheidung (einschließlich des Rubricums) zu übersenden und um Vollstreckung zu ersuchen.

**C.** Die ersuchte Behörde darf allerdings nur einschreiten, wenn ein anzuerkennendes Ersuchen vorliegt; insoweit pflügen sich die getrennten Währungsgebiete wie Ausland zu

behandeln (vgl. dazu die Devisengesetzgebung). In Strafsachen gilt im Verhältnis zur Ostzone das G v. 2. 5. 1953 (BGBl. I 161, GVBl. Berlin 53 I 293) mit der DVO v. 23. 12. 1953 (BGBl. I 1569, GVBl. Berlin 54/2). Sonst besteht indes grundsätzlich die Vollstreckungshilfe auch im Verhältnis zur Ostzone (vgl. BVG v. 13. 6. 1952 I E 1/332).

D. Lehnt die Staatsanwaltschaft ab, so gibt es dagegen die Dienstaufsichtbeschwerde, und dasselbe gilt, soweit der Amtsrichter zuständig ist, da er als Vollstreckungsbehörde nur Justizverwaltungsbeamter ist (RGSt. 20/104). Über die Maßnahmen des Amtsrichters entscheidet der Generalstaatsanwalt bei dem OLG, über die des Generalstaatsanwalts der Landesjustizminister(-senator), über die des Oberbundesanwalts der Bundesminister der Justiz (StrafvollstreckungO § 21).

## § 163 (164)

**I Soll eine Freiheitsstrafe in dem Bezirk eines anderen Gerichts vollstreckt oder ein in dem Bezirk eines anderen Gerichts befindlicher Verurteilter zum Zwecke der Strafverbüßung ergriffen und abgeliefert werden, so ist die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht des Bezirks um die Ausführung zu ersuchen.**

A. Bei Vollstreckung der Geldstrafen vgl. GVG § 160 A. § 163 regelt den Fall, daß eine Freiheitsstrafe in einem auswärtigen Gerichtsgefängnis verbüßt werden soll oder daß der Betroffene im auswärtigen Bezirk ergriffen (verhaftet) und abgeliefert werden soll. Auch hier wird die Vollstreckungsbehörde an die Staatsanwaltschaft des Bezirks verwiesen, wo sich das auswärtige Gericht befindet oder wo der Betroffene zu ergreifen und von wo er zu überführen ist. Es gilt hier das zu GVG § 162 B Gesagte entsprechend. Nach der StrafvollstreckungO § 27 ist der Betroffene unmittelbar von der Vollstreckungsbehörde zum Strafantritt in die auswärtige Anstalt zu laden, doch ist in diesem Falle das Aufnahmeersuchen noch vor Absendung der Anforderung zum Strafantritt an die ersuchte Anstalt abzusenden (StrafvollstreckungO § 29).

B. In all diesen Fällen handelt es sich nicht um Rechtshilfe, weil es nicht um richterliche Handlungen geht, mit denen geholfen werden soll. Über die Dienstaufsichtbeschwerde vgl. GVG § 162 D. Auch über die Dienstaufsichtbeschwerde gegen die Strafanstalten entscheidet zunächst der Generalstaatsanwalt (StrafvollstreckungO § 21).

C. Eine Auslieferung nach der Ostzone darf allerdings nicht gegen das Auslieferungsverbot des GG Art. 16 II verstoßen (vgl. im übrigen dazu GVG § 162 C). Inwieweit in Strafsachen an das Ausland (§ 12 A II a 1) ausgeliefert wird, bestimmen die Auslieferungsgesetze, im besonderen auch Staatsverträge.

## § 164 (165)

**I Kosten und Auslagen der Rechtshilfe werden von der ersuchenden Behörde nicht erstattet.**

**II Gebühren oder andere öffentliche Abgaben, denen die von der ersuchenden Behörde übersendeten Schriftstücke (Urkunden, Protokolle) nach dem Recht der ersuchten Behörde unterliegen, bleiben außer Ansatz.**

A. Kosten und Gebühren der Rechtshilfe werden unter den Behörden nicht erstattet; auch nicht für die Zeugen und Sachverständigen (OLG 18/336) oder der beigeordneten Anwälte, vgl. dazu GVG § 156 B II c 3. Unter Rechtshilfe versteht dabei die Bestimmung auch die Akte, welche in GVG §§ 162, 163 gekennzeichnet sind, wie die alte Fassung des GVG § 164 klarstellt. Die Erteilung von Abschriften, etwa die des Urteils für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, gehört dagegen nicht in den Kreis (soweit deshalb nicht GKG § 2 durchgreift, sind hier die Kosten zu begleichen, vgl. BayObLG OLG 25/275).

B. Nach der Aufhebung der Urkundensteuer ist GVG § 164 II insoweit gegenstandslos.

C. Über die Erstattung von Gebühren und Auslagen bei ausländischen Rechtshilfeersuchen vgl. die JustizverwaltungskostenO, Gebührenverzeichnis 5. Auch soweit vertraglose Zustände herrschen, wird im allgemeinen gewohnheitsrechtlich vom ausländischen Staat — ab-

gesehen von Gutachtergebühren — kein Kostenersatz gefordert. Über die Nichterstattung auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt KostenO § 4 I (Gebühren und Auslagen werden von dem ersuchten Gericht angesetzt, aber ebenfalls nicht erstattet).

## § 165 (166)

Aufgehoben durch G v. 26. 7. 1957.

## § 166 (167)

**I Ein Gericht darf Amtshandlungen außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Ortes nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzug ist. In diesem Falle ist dem Amtsgericht des Ortes Anzeige zu machen.**

**A.** Außerhalb der Staatsgrenzen (i. S. des Gerichtsauslandes) hat das staatliche Gericht keine Gewalt. Nimmt es aber solche Handlungen vor, so sind sie doch (in den Grenzen seines Staates) nicht unwirksam. Die Gerichtshoheit wird aber nicht bloß als der Ausfluß der Staatshoheit angesehen, sondern als eine Hoheit eigener Art, deshalb kommt es nicht auf die Staatsgrenzen an, sondern auf die Begrenzung der Sprengel. Soll außerhalb dieser Grenzen eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden, so soll das AG des Bezirks um seine Zustimmung gebeten werden. Wenn indes zu befürchten ist, daß die Zustimmung nicht rechtzeitig erteilt werden wird, darf die Handlung auch vorgenommen werden, bevor das AG gehört wird; doch soll in diesem Fall dies dem AG nachträglich angezeigt werden (GVG § 166). Auch ein LG, OLG, das BayObLG sollen sich also gegebenenfalls an das örtlich zuständige AG wenden.

**B.** Verweigert das Amtsgericht seine Zustimmung, so sollte man indes GVG § 159 (unmittelbar — vgl. OLG 5/263, 17/43 — oder doch entsprechend) anwenden (a. M. KG OLG 12/187).

## § 167 (168)

**I Die Polizeibeamten eines deutschen Landes sind ermächtigt, die Verfolgung eines Flüchtigen auf das Gebiet eines anderen deutschen Landes fortzusetzen und den Flüchtigen dort zu ergreifen.**

**II Der Ergriffene ist unverzüglich an das nächste Gericht oder die nächste Polizeibehörde des Landes, in dem er ergriffen wurde, abzuführen.**

**A.** Zu den Sicherheitsbeamten gehören auch die Gerichtsvollzieher. Verfolgt werden dürfen nur die flüchtigen Personen (nicht zum Zwecke der Durchsuchung oder Beschlagnahme von Sachen, RGSt. 26/212, oder anderer dienstlicher Maßnahmen; nach OLG NJW 54/206 dürfen die Täter auf fremdem Landesgebiet nicht zur Verantwortung gezogen werden, die Verfolgung muß im eigenen Land begonnen haben), wobei alle Maßregeln, die geeignet sind, sie zu ergreifen, erlaubt sind (RGSt. 30/386). Doch hat BGHSt. 4/110 es gebilligt, daß ein Gendarmeriewachtmeister außerhalb seines Amtsbezirks zur Verhinderung strafbarer Handlungen einschritt. Getroffen wird nur die Staatshoheit; in das Gebiet der sowjetisch besetzten Zone wie umgekehrt von ihm in das der Westzonen sind solche Verfolgungen nicht zulässig. Die Bestimmung trifft also die Staats-, nicht aber die besondere Gerichtshoheit wie in GVG § 166.

## § 168 (169)

**I Die in einem deutschen Land bestehenden Vorschriften über die Mitteilung von Akten einer öffentlichen Behörde an ein Gericht dieses Landes sind auch dann anzuwenden, wenn das ersuchende Gericht einem anderen deutschen Land angehört.**

**A.** Aktenversendung in das Ausland ist Sache der Justizverwaltung. Nach der Ostzone werden Akten nicht versandt (ZJBl. 49/85). OLG 9/145 (147), KG OLG 21/1 lassen bei Verstößen nur die Dienstaufsichtsbeschwerde zu.

## § 169 (170)

**I Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht, einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse, ist öffentlich.**

**B.** GVG § 169 ordnet an, daß vor dem erkennenden Straf- oder Zivilgericht (auch dem Einzelrichter; Sydow-Busch § 169 Anm. 1) **grundsätzlich öffentlich zu verhandeln** ist (vgl. BayVerf Art 90) soweit nicht GVG §§ 170 folg. etwas anderes ergeben.

**B I.** Die Bestimmung setzt eine **mündliche** Verhandlung voraus. Diese gibt es in Strafsachen grundsätzlich, in Zivilsachen in der Regel, auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur, wo „streitig“ verhandelt wird (vgl. GVG § 13 C I a).

**a)** In Strafsachen ist die Verhandlung vor den Jugendgerichten einschließlich der Urteilsverkündung nicht öffentlich, soweit sie nur gegen Jugendliche im Sinne von JGG § 1 II stattfindet (JGG § 48 I). Dagegen ist sie grundsätzlich öffentlich, wenn gleichzeitig auch Erwachsene oder Heranwachsende (JGG § 1 II) angeklagt sind (JGG § 48 III 1), jedoch kann aus erzieherischen Gründen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden (JGG § 48 III 2), ebenso wenn gegen Heranwachsende allein verhandelt wird (JGG § 109 I).

**b)** In der streitigen Zivilgerichtsbarkeit darf schriftlich verfahren werden (§ 128 II), insoweit gibt es keine (allgemeine) Öffentlichkeit des Verfahrens; es gibt sie aber auch nicht, wo die mündliche Verhandlung freigestellt ist, selbst wenn dann mündlich verhandelt wird (LG ZZP 58/196: für das Beschlußverfahren), und nicht im Entmündigungsverfahren (vgl. GVG § 171 II).

**c)** Grundsätzlich nicht öffentlich sind die Verhandlungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. FGG § 8, wo eine Verweisung auf die Vorschriften über die Öffentlichkeit fehlt; OLG DNotZ 52/34). Doch ist auch nicht der Ausschluß der Öffentlichkeit angeordnet, so daß, wenn nicht öffentlich vorgegangen wird und die Beteiligten dies nicht rügen, im allgemeinen keine Rechtsbehelfverfahrensrüge anbringbar ist. Doch gibt es in der „streitigen“ freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. GVG § 13 C I a) die Öffentlichkeit in den Verhandlungen vor der Wiedergutmachungskammer (USMilRegG 59 Art. 67 — BZ Art. 59, Berlin Art. 61).

**d)** Die Verhandlungen vor den **Sondergerichten** sind ebenfalls öffentlich. Vor dem Arbeitsgericht bestimmt dies ArbGG § 52: hier ist die Öffentlichkeit insoweit stärker, als es kein schriftliches Verfahren nach § 128 II gibt. Die BW Gemeindegerichte verhandeln ebenfalls öffentlich, BWG v. 7. 3. 60 (GBl. 73). Das Verfahrensrecht der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt enthält keine solche Bestimmung.

**e)** Auch das Verfahren vor dem BVG ist grundsätzlich öffentlich (BVG § 17), ebenso gilt dies für die Verfahren vor den Staats- und Verfassungsgerichtshöfen der Länder auf Grund der hierzu erlassenen Gesetze und Verordnungen (Kommentar GVG § 156 B III a 4).

**B II. Nichtöffentlich ist die Verhandlung** vor nicht erkennenden Gerichten, also vor dem beauftragten oder dem ersuchten Richter (RG Warn. 34/45), in Offenbarungeidverfahren; vor erkennenden nach GVG §§ 170 folg.; aber nur soweit es diese Vorschriften anordnen. Bei Ausschließung der Öffentlichkeit für die Dauer bestimmter Ereignisse (Vernehmungen) muß alsbald danach die Öffentlichkeit wieder hergestellt werden (RGSt. HRR 35/822).

**B III a.** Verletzt die erste Tatsacheninstanz diese Bestimmungen, so ist dadurch, wenn die zweite folgt, ein absoluter Berufungsgrund nicht gegeben (vgl. § 539); folgt die Revisionsinstanz, so ist der Mangel nach § 566 a III nicht rügbar. Verstößt die **zweite Tatsacheninstanz** gegen die Normen, so ist dies im landgerichtlichen Berufungsverfahren belanglos,

da es Wiederaufnahmeklagen wegen der Verletzung dieser Normen nicht gibt (§§ 579, 580; StPO §§ 359, 362). Auch läßt sich keine Verfassungsbeschwerde bei Verletzung der Norm im zivilprozessualen Verfahren rechtfertigen. Anders ist dies, wenn das **OLG** als Berufungsinstanz in der **Schlußverhandlung** (auf die Verkündung kommt es nach der hier vertretenen Auffassung in Zivilsachen nicht an, vgl. GVG § 173 A; anders in Strafsachen, vgl. BGHSt. MDR 53/596) die Normen über die Öffentlichkeit nicht beachtet, falls die Revision gegen sein Urteil zulässig ist. Dann ergeben sie einen absoluten Revisionsgrund (§ 551 I 6, vgl. für Strafsachen StPO § 338 I 6); doch muß der Mangel gerügt werden; jedenfalls kann jetzt (im Zivilverfahren) auch auf die Innehaltung der Normen verzichtet werden, weil ja auch schriftlich verfahren werden darf (§ 128 II), und es gilt auch § 295 (a. M. noch auf dem alten Rechtsstand fußend: RGZ 157/341 [347]). Verstöße in vorangegangenen Verhandlungen sind dagegen ohne Rüge unbeachtlich, auf Rüge sind die Prozeßhandlungen zu wiederholen; dies gilt auch für die Beweisaufnahme, selbst wenn das erkennende Gericht außerhalb des Gerichtssitzes tagt (RGZ 157/341 [347]). Verstöße der Revisionsinstanz sind (jedemfalls im zivilprozessualen Verfahren) belanglos.

**b)** Soweit die nichtöffentliche Verhandlung vorgeschrieben und **dennoch öffentlich verhandelt** worden ist, ist ebenfalls ein Verfahrensverstoß begangen, aber kein absoluter Revisionsgrund gegeben, und die Verhandlung braucht nur auf begründete Rüge wiederholt zu werden (also wenn der Verstoß ursächlich ist und nicht, wenn tatsächlich niemand von der Öffentlichkeit zugegen war; a. M. RG DR 40 A 84<sup>19</sup>). War der Verstoß in erster Instanz begangen (und ist er nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht gerügt worden), so muß die zweite die Vernehmung wiederholen (vgl. RG JW 05/53<sup>28</sup>). Den Parteiverzicht hält hier RG Warn. 38/163 für unwirksam.

**C.** Der **Begriff der Öffentlichkeit** knüpft an eine unbestimmte Vielzahl der Bevölkerung an, die zueinander in keinem Zusammenhang zum Verfahren steht (RGZ 157/341 [343]).

**C I.** Bei der Überfüllung des Verhandlungsraumes darf der Zutritt weiteren Personen verwehrt werden (RGSt. HRR 38/715), auch darf er durch Ausgabe von Eintrittskarten beschränkt werden (nur darf keine besondere Auswahl für die Ausgabe der Karten getroffen werden: RG JW 06/794<sup>59</sup>). Auch darf ein Anschlag, daß der Saal überfüllt sei, an der Tür angebracht werden (RGSt. JW 06/794<sup>60</sup>); und es darf Vorlegung eines Ausweises von den Personen, die Zutritt begehren, verlangt werden (RGSt. 54/225). Mißverständnisse der Öffentlichkeit über diese Möglichkeiten des Zuhörens sind keine unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit (RGSt. HRR 31/169).

**a)** Doch dürfen nicht einzelne im Saal befindliche Personen — ohne daß dies nach GVG §§ 175—177 zu begründen wäre — zum Verlassen des Saales aufgefordert werden (RGSt. 30/244, 64/386). Und es dürfen auch nicht so enge Räumlichkeiten gewählt werden, daß die Öffentlichkeit dadurch praktisch ausgeschlossen wird (BGHSt. NJW 54/281), wenn es nicht gerade um die Augenscheincinnahme geht, wo eine Wahl der Räumlichkeit nicht in Betracht kommt.

**b)** Darauf, ob beabsichtigt war, die Öffentlichkeit auszuschließen, kommt es für den Begriff nicht an, sofern sie tatsächlich ausgeschlossen war. Es ist deshalb bedeutungslos, daß etwa der Gerichtswachtmeister nur versehentlich die Öffentlichkeit ausschließt, z. B. dadurch, daß er die Tür zum Zuhörerraum nicht öffnet (RGSt. JW 26/2762<sup>10</sup>) oder an der Tür ein Schild beläßt, das die Öffentlichkeit ausschließt (RGSt. JW 11/247<sup>27</sup>); tatsächlich liegt dann der Ausschluß der Öffentlichkeit vor (RGSt. 23/219; aber aufgegeben von RGSt. 43/189; nach RGSt. JW 26/2761<sup>10</sup> entscheidet der Wille des Vorsitzenden). Andererseits genügt der **gesetzwidrige tatsächliche Ausschluß** stets, auch wenn niemand Zutritt begehrt hat (RGSt. 23/219).

**C II.** Auch bei der nicht öffentlichen Verhandlung darf grundsätzlich den an ihr Beteiligten nicht der Zutritt verwehrt werden.

**D.** Ob öffentlich oder nichtöffentlich verhandelt wurde, ist in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 159 I 5, RG Warn. 40/153; StPO § 272 I 5).

## § 170 (171)

### I Die Verhandlung in Ehesachen ist nicht öffentlich.

A. Über Ehesachen vgl. § 606 b B I. Über die öffentliche Verkündung des Urteils vgl. GVG § 173 A I. Über die Rechtsfolgen bei Verstößen vgl. GVG § 169 B III b.

B. Die Bestimmung gilt nicht für Kindschaftprozesse (§§ 640 folg.; BGH NJW 56/1441, RG Warn. 42/61), nicht für Unterhaltsklagen und sonstige Prozesse der Ehegatten untereinander.

## § 171 (172)

I In dem auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung einer Person wegen Geisteskrankheit oder wegen Geistesschwäche eingeleiteten Verfahren (§§ 664, 679 der Zivilprozeßordnung) ist die Öffentlichkeit während der Vernehmung des Entmündigten auszuschließen, auch kann auf Antrag einer der Parteien die Öffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden.

II Das Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 645 bis 663, 675 bis 678 der Zivilprozeßordnung) ist nicht öffentlich.

A. Nicht öffentlich ist das amtsgerichtliche Verfahren auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (§§ 645—663, 675—678, GVG § 171 II); die Bestimmung hat mit Rücksicht auf die regelmäßig notwendige Verhandlung nach § 654 Sinn; nicht öffentlich ist jedenfalls auch das wegen Verschwendung und Trunksucht (§§ 680—687).

B. Nicht öffentlich ist bei der Anfechtungsklage im Verfahren wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche die Vernehmung des Entmündigten (§§ 664, 679), — und auf Antrag einer Partei ist die Öffentlichkeit für die gesamte Verhandlung auszuschließen. Die Anfechtungsklage der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten ist öffentlich zu verhandeln.

## § 171 a (—)

I Die Öffentlichkeit kann für die Hauptverhandlung oder für einen Teil davon ausgeschlossen werden, wenn das Verfahren die Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt neben einer Strafe oder ausschließlich zum Gegenstand hat.

## § 172 (173)

I In allen Sachen kann durch das Gericht für die Verhandlung oder für einen Teil davon die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, eine Gefährdung der Sittlichkeit oder die Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besorgen läßt.

A. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt ArbGG §§ 52, 64 III, 72 IV.

B. Das Gesetz nennt vier Gründe für den Ausschluß der Öffentlichkeit; im arbeitsgerichtlichen Verfahren besteht auch die Möglichkeit, im Sühneverfahren die Öffentlichkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen auszuschließen, was nicht nachprüfbar ist. Die Ausschlußgründe dürfen nicht vermehrt werden (BGHSt. MDR 936/56). Ob sie vorliegen und im besonderen über die Gefährdung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (RGSt. 69/401). Einen prozessualen Anspruch auf die Ausschließung haben die Parteien nur in den Fällen der GVG §§ 170, 171, nicht in dem des GVG § 172 (KG JW 31/233<sup>13</sup>). Über die Verhandlung und Beschlußfassung vgl. GVG § 174 A.

B I. Die vier Ausschlußgründe sind die folgenden:

a) Gefährdung der öffentlichen Ordnung liegt vor, wenn die Verhandlung gestört oder erschwert werden könnte (oder wenn sie tatsächlich fortwährend durch die Zu-

hörer gestört wird, OLG HEST. 1/206), wenn die (Wahrheits-)Feststellung gefährdet würde (BGHSt. NJW 53/315, wenn zu befürchten ist, daß Zeugen oder Sachverständige vom Anhang des Angeklagten belästigt oder mißhandelt werden könnten: RGSt. JW 96/511).

b) Gefährdung der Staatsicherheit liegt vor, wenn die öffentliche Bekanntgabe der zu erörternden Vorgänge Staatsgeheimnisse aufdecken würde, welche nicht bekannt werden sollen.

c) Dem entspricht die Gefährdung wichtiger Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse (zu denen das ArbGG noch die Erfindergeheimnisse hinzugesetzt hat, die aber schon unter die ersten Begriffe fallen). Vgl. § 384 I 3 und UWG §§ 17, 18, 19, 20, 20a. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren wird in diesem Falle der Antrag einer Partei gefordert.

d) Gefährdung der Sittlichkeit liegt vor, wenn durch die Erörterung das Schamgefühl des Durchschnittsmenschen berechtigterweise verletzt werden würde.

**B II.** Ist die Öffentlichkeit ausgeschlossen für die Verlesung von Urteilen und Zeugenaussagen, so werden auch die Parteierklärungen hiervon ergriffen, die sich darauf beziehen und eine etwaige weitere Beweisaufnahme (RGSt. HRR 39/449). Aber auch, wenn hier die Nichtöffentlichkeit nicht aufrechterhalten wird, so ist dies kein absoluter Revisionsgrund (RGSt. JW 36/463<sup>26</sup> m. N.), ja nicht einmal ein einfacher, weil der Grund für den Ausschluß nicht im Verhältnis zu den Prozeßbeteiligten, sondern in dem zur Öffentlichkeit allein liegt.

**B III.** Verkennt der Tatrichter diese Rechtsbegriffe und schließt er aus, so ist dies durch die Rechtsmittelrüge nachprüfbar. Ob der Tatrichter zu Recht oder zu Unrecht eine Gefährdung angenommen hat, wird aber in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft (vgl. RGSt. 69/401).

## § 173 (174)

**I Die Verkündung des Urteils erfolgt in jedem Falle öffentlich.**

**II Durch einen besonderen Beschluß des Gerichts kann unter den Voraussetzungen des § 172 auch für die Verkündung der Urteilsgründe oder eines Teiles davon die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden.**

**A.** GVG § 173 schreibt die öffentliche Verkündung der Urteile vor; über die der Beschlüsse sagt er nichts. Soweit sie auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, sind sie nach § 329 I zu verkünden. In diesen Fällen sollte man GVG § 173 entsprechend anwenden.

**A I.** Urteile sind auch dann öffentlich zu verkünden, wenn die Verhandlung nicht öffentlich ist (GVG § 173 I; mit der Ausnahme der Urteile nach JGG § 48 I, vgl. GVG § 169 B Ia). Zu der Urteilsverkündung ist deshalb die Öffentlichkeit herzustellen, was im Protokoll zu beurkunden ist (RGSt. JW 04/373<sup>1</sup>), jedenfalls muß sie auch tatsächlich wieder hergestellt worden sein (OLG Recht 25/1766).

**A II.** Im schriftlichen Verfahren werden indes auch die (Zivil-)Urteile nicht verkündet (§ 310 II).

**A III.** GVG § 173 II hat seine Bedeutung nur für Strafsachen, wo aber auch noch durch besonders zu fassenden und zu verkündenden (GVG § 174) Gerichtsbeschluß (RGSt. 60/280) bei der Verkündung der Urteilsgründe oder eines Teils davon die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden darf (GVG § 172). Der Tenor muß indes stets öffentlich verkündet werden (OGHSt. NJW 50/711<sup>21</sup>, abgesehen von den unter JGG § 48 I fallenden Urteilen, vgl. GVG § 169 B Ia).

## § 174 (175)

**I Über die Ausschließung der Öffentlichkeit ist in nicht öffentlicher Sitzung zu verhandeln, wenn ein Beteiligter es beantragt oder das Gericht es für angemessen erachtet. Der Beschluß, der die Öffentlichkeit ausschließt, muß öffentlich verkündet werden. Bei der Verkündung ist in den Fällen der §§ 172, 173 anzugeben, aus welchem Grund die Öffentlichkeit ausgeschlossen worden ist.**

**II** Ist die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Staatssicherheit oder eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses ausgeschlossen, so kann das Gericht den anwesenden Personen die Geheimhaltung von Tatsachen, die durch die Verhandlung, durch die Anklageschrift oder durch andere amtliche Schriftstücke des Prozesses zu ihrer Kenntnis gelangen, zur Pflicht machen. Der Beschluß ist in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Er ist anfechtbar. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

**A.** Bevor die Öffentlichkeit auszuschließen ist, soll in nichtöffentlicher Sitzung hierüber verhandelt werden, sofern dies eine Partei beantragt.

**A I.** Auch zu dieser Verhandlung darf nach GVG § 175 II einzelnen Personen der Zutritt gestattet werden (RGSt. 33/311).

**A II.** Alle (anwesenden) Beteiligten müssen Gelegenheit zur Äußerung haben; die ausdrückliche Aufforderung eines jeden Beteiligten zur Äußerung ist aber nicht erforderlich (BGHSt. MDR B 438/51). RGSt. 35/216 hat es aber genügen lassen, wenn über einen Antrag verhandelt wurde, der nur einen Teilausschluß betraf, auf den dann aber in vollem Umfange die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde. War die Öffentlichkeit nur für einen Teil (zur Vernehmung eines Zeugen) ausgeschlossen, so muß über den weiteren Ausschluß jedenfalls erneut verhandelt (RGSt. JW 89/396<sup>1</sup>, BGHSt. 7/218 wenn der für die Vernehmung des Angeklagten beschlossene Ausschluß für die Beweisaufnahme ohne weiteren Beschluß aufrecht erhalten wurde) werden.

**A III.** Sodann berät das (Kollegial-)Gericht (geheim) und der Beschluß wird in öffentlicher Sitzung verkündet (GVG § 174 I 2); doch hat, wenn bereits eine Ausschließung verkündet war, RGSt. JW 35/2496<sup>11</sup> nicht gefordert, daß ein erneut gefaßter Beschluß nochmals öffentlich verkündet werden muß; so auch RGSt. HRR 35/1283, wenn die Öffentlichkeit zunächst wegen Gefährdung der Sittlichkeit, dann wegen der der Staatssicherheit ausgeschlossen wurde; doch ist dies nicht unbedenklich, schon weil GVG § 174 I 3 die Mitteilung des Ausschließungsgrundes an die Öffentlichkeit fordert. War die Öffentlichkeit beschränkt ausgeschlossen, so ist jeder darüber hinausgehende Beschluß öffentlich zu verkünden (KG JW 32/204<sup>45</sup>).

**A IV.** In dem verkündeten Beschluß muß der Ausschließungsgrund bekanntgegeben werden (GVG § 174 I 3; BGHSt. 2/56, 1/334), dies genügt mit Worten, die denselben Sinn haben wie die gesetzlich genannten Ausschließungsgründe des GVG § 172 (RGSt. JW 96/511<sup>1</sup>). Doch muß gerade der besondere Ausschließungsgrund genannt werden; daß er sich aus sonstigen Zusammenhängen (im besonderen früheren Beschlüssen) ergibt, reicht nicht aus (BGHSt. NJW 52/153). Der Grund ist im Sitzungsprotokoll zu nennen (vgl. § 164; RGSt. 57/26).

**B. Verstöße** gegen GVG § 174 I geben einen absoluten Revisionsgrund (§§ 551 I 6, StPO § 338 I 6, BGHSt. 1/334, 2/56). Dies gilt auch, wenn überhaupt nicht mit den Beteiligten verhandelt, bevor die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde (RGSt. 57/26; a. M. BGHSt. LM-StPO § 33/2, es sei nur ein relativer Revisionsgrund). Im Zivilprozeß muß indes nach der hier vertretenen Auffassung gerügt sein und werden (vgl. § 295), wenn der Grund wirken soll (GVG § 169 B III).

Dagegen führt ein Verstoß, daß trotz Antrags eines Beteiligten über die Ausschließung öffentlich verhandelt worden ist, auch im Strafprozeß nur dann zur Aufhebung des Urteils in der Revisionsinstanz, wenn die Ursächlichkeit des Verstoßes für die Entscheidung dargelegt wird (RGSt. JW 36/463<sup>26</sup>).

**B I.** Wechselt die Richterbank und muß deshalb neu verhandelt werden, so ist auch über den Ausschluß der Öffentlichkeit erneut zu verhandeln und zu beschließen (RGSt. 62/198); beim Eintritt eines Ergänzungrichters wird das dagegen nicht anzunehmen sein (GVG § 192 II), wenn auch er selbst (sofern er abweichender Meinung war) dies verlangen darf.

**B II.** Der Verstoß gegen GVG § 174 wird (im Zivilprozeß, außer durch Rügeverlust, vgl. GVG § 169 B III) geheilt, wenn die Verhandlung unter Beachtung der Norm wiederholt wird (RGSt. 35/353), in der zweiten Tatsacheninstanz wird der von der ersten Instanz begangene Fehler bedeutungslos.

**C.** Das (verhandelnde) Gericht (auch der beauftragte oder der ersuchte Richter: OLG JW 28/745<sup>23</sup>, 1527<sup>40</sup>) dürfen durch Beschluß — bevor die geheimzuhaltenden Dinge verhandelt oder den Beteiligten mitgeteilt werden — den „anwesenden Personen“ die **Geheimhaltung** der Tatsachen **auflegen**, sofern die Öffentlichkeit zur Wahrung des Geheimnisses ausgeschlossen wird (GVG § 172 B Ic) oder werden könnte, sofern sonst öffentlich zu verhandeln wäre.

**C I.** Die Pflicht bindet nur den, der keine Verfügungsbefugnis über die Offenbarung der Tatsachen hat, also nicht den, der durch die Geheimhaltung geschützt werden soll. Sie ist ferner umfänglich beschränkt, derart daß die Parteien im Prozeß darüber sprechen dürfen. Auch muß der beteiligte Anwalt in der Lage sein, seine Partei zu unterrichten, wird dann aber das Geheimhaltegebot ihr weiterzugeben haben, womit es auch gegen sie wirkt (Sydow-Busch § 174 Anm. 5; a. M. OLG JW 28/745).

**C II.** Der Geheimhaltungsbeschluß ist in der Verhandlung zu verkünden; er sollte in das Sitzungsprotokoll aufgenommen werden, wirkt aber auch, wenn das versehentlich unterblieben ist (Sydow-Busch § 174 Anm. 5, a. M. Baumbach-Lauterbach § 174 Anm. 2); doch wird dann nachgewiesen werden müssen, daß er dem Verletzer bekannt war.

**C III.** Gegen den Beschluß ist die einfache Beschwerde (nach §§ 567 folg., StPO §§ 304 folg.) zugelassen (GVG § 174 II 2; daß sie keine aufschiebende Wirkung hat, ergibt sich für das Zivilrecht schon aus § 572 I; GVG § 174 II 3).

**C IV.** Verstöße gegen die Geheimhaltungspflicht können nach G betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen v. 5. 4. 1888 (RGBl. 133) i. F. der NotVO v. 9. 3. 1932 (RGBl. I 121) Teil 2 Art. II, III strafrechtlich verfolgt werden.

## § 175 (176)

**I** Der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen kann unerwachsenen und solchen Personen versagt werden, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, oder die in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen.

**II** Zu nicht öffentlichen Verhandlungen kann der Zutritt einzelnen Personen vom Gericht gestattet werden. Einer Anhörung der Beteiligten bedarf es nicht.

**III** Die Ausschließung der Öffentlichkeit steht der Anwesenheit der die Dienstaufsicht führenden Beamten der Justizverwaltung bei den Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht nicht entgegen.

**A.** Das Prinzip der Öffentlichkeit der Verhandlung hindert den Vorsitzenden nicht, Unerwachsene, die, welche keine bürgerlichen Ehrenrechte haben, oder die, welche in würdiger Weise vor Gericht erscheinen, auszuschließen (GVG § 175). Gegen seine Maßnahmen darf das Gericht angerufen werden (vgl. GVG § 176 C).

**B.** Zu nicht öffentlichen Verhandlungen darf einzelnen Personen vom Gericht (nicht vom Vorsitzenden allein) der Zutritt gestattet werden (GVG § 175 II), auch stillschweigend (in Großstädten in der Regel für wartende Anwälte in Ehesachen), auch für die nichtöffentliche Verhandlung über den Ausschluß nach GVG § 174 I 1 (RGSt. 33/311). Wegen der Zulassung einzelner brauchen die Beteiligten nicht gehört zu werden, dürfen aber ihrerseits Gegenstellungen erheben und zwingen damit das Gericht bei stillschweigender Zulassung zur ausdrücklichen Stellungnahme.

**C.** GVG § 175 III zählt nicht zur Öffentlichkeit die über den Richter Dienstaufsichtsberechtigten der Justizverwaltung. Auch soweit diese Dienstaufsichtsberechtigten Zutritt zur Verhandlung haben, sind sie von der Teilnahme an der Beratung ausgeschlossen (GVG § 193). Die über den Staatsanwalt Dienstaufsichtsberechtigten haben den Zutritt als Vertreter der Staatsanwaltschaft, also als Beteiligte. Anwaltskammervorstände haben ihn nicht.

## § 176 (177)

### I Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt dem Vorsitzenden.

**A.** Der Vorsitzende ist der Träger der Ordnungsgewalt in der Sitzung (der Sitzungspolizei, die äußere Störungen verhindern soll: OLG JW 35/3489<sup>67</sup>).

**A I.** Er darf gegen jedermann einschreiten.

**A II.** Wo die Sitzung stattfindet, im Gerichtsgebäude, wie außerhalb, im besonderen bei Augenscheineinnahme, ist dabei gleichgültig. Der Wille des Vorsitzenden entscheidet darüber, wann die Sitzung eröffnet und wann sie beendet ist (KG JW 25/810<sup>18</sup>, OLG 34/780<sup>9</sup>). Doch hat OLG NJW 56/1452 dazu noch die Zeit der Entfernung des Gerichts aus dem Sitzungssaal ohne Haast gerechnet.

**B.** Der Vorsitzende darf jede Maßregel ergreifen, die nicht dem Gericht (GVG §§ 177, 178) vorbehalten ist bzw. die auch das Gericht nicht treffen darf, weil dies gesetzlich nicht vorgesehen ist.

**B I.** Der Vorsitzende darf anordnen, daß der Zuhörerraum nur in den Pausen betreten und verlassen werden darf (RGSt. HRR 30/466<sup>1</sup>), er darf das Rauchen gestatten (obwohl dies nicht üblich ist), das Essen (Nichtbeteiligter) untersagen (obwohl dagegen meist nichts eingewandt wird); daß das Gericht während der Sitzung raucht, ißt oder trinkt, ist nicht üblich (anders bei der Beratung, wo das Gericht unter sich ist). Er darf den Zuhörerraum räumen lassen; aber berechtigterweise nur, wenn die Öffentlichkeit nach GVG § 172 ausgeschlossen worden ist (RGSt. 30/104); oder wenn das Gericht die Räumung beschlossen hat und — bei aufrechterhaltener Öffentlichkeit — wenn zugleich anderen Personen Zutritt gewährt wird (RGSt. LZ 16/309). Er darf die Beteiligten durchsuchen lassen, wenn Gefahr der Störung besteht (etwa nach Waffen); er darf rügen und warnen, besondere Plätze zuweisen oder freihalten, auch die Sitzung selbst wegen Störungen aufheben (RGZ 32/390).

**B II.** Dem Gericht vorbehalten ist nur die Belegung mit einer Ungebührstrafe (GVG § 178) und die Entfernung wegen Ungehorsams von Nichtbeteiligten und Beteiligten nach GVG § 177. Soweit deshalb der Grund der Entfernung nicht der Ungehorsam dieser ist, darf auch der Vorsitzende sie entfernen, etwa wenn er die Schließung des Zuhörerraums anordnet, weil er überfüllt ist, dennoch aber jemand sich in ihn — etwa nichtsahnend — begibt, oder wenn er es den unter GVG § 175 I fallenden Personen untersagt, an der Verhandlung teilzunehmen, auch wenn er etwa einen an Krampf (Epilepsie) Leidenden, einen Ohnmächtigen u. dgl. m. entfernen läßt. Gerade in diesen Fällen kann die Abgrenzung im einzelnen schwer sein. Greift er in die Befugnisse des Gerichts ein, so braucht das Gericht dies nicht zu dulden.

**C.** Gegen die Maßnahmen des Vorsitzenden gibt die h. M. grundsätzlich keine Anrufung des Gerichts (RGSt. DJZ 27/1694; dafür wird die Dienstaufsichtbeschwerde zugelassen; doch handelt der Richter in Ausübung der Gerichtshoheit; wäre die Dienstaufsichtbeschwerde zugelassen, so dürfte der anwesende aufsichtführende Richter jederzeit eingreifen; man sollte deshalb § 140 entsprechend anwenden, der unmittelbar nur die Prozeßleitung, also sachliche Anordnungen trifft). Die Verfahrensbeschwerde nach §§ 567 folg. ist jedenfalls nicht zulässig (OLG HEst. 3/59). Trifft der Vorsitzende eine Maßnahme, die nur dem Gericht zusteht, so ist sie nicht wirkungslos; doch ist in diesem Falle die Anrufung des Gerichts zulässig, wobei auch jeder beteiligte Richter gegen die Maßnahmen das Gericht anrufen darf.

## § 177 (178)

**I Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorchen, können auf Beschluß des Gerichts aus dem Sitzungszimmer entfernt, auch zur Haft abgeführt und während einer in dem Beschluß zu bestimmenden Zeit, die vierundzwanzig Stunden nicht übersteigen darf, festgehalten werden.**

**A. GVG § 177 läßt die Entfernung von Personen auf Gerichtsbeschuß zu (nicht auf Einzelanordnung des Vorsitzenden, vgl. GVG § 176 B II).**

**A I. Entfernt werden dürfen: die an der Verhandlung nicht beteiligten Personen.** Die dienstaufsichtsführenden anwesenden Staatsanwälte dürfen jederzeit in die Geschäfte des amtierenden Staatsanwaltes eingreifen und sind deshalb beteiligt. Aber auch die dienstaufsichtsführenden Richter dürfen nicht aus dem Saal gewiesen werden.

**a)** Die h. M. (Sydow-Busch § 176 Anm. 3, Baumbach-Lauterbach § 177 Anm. 1) nimmt an, daß der Vorsitzende Unbeteiligte auch ohne Gerichtsbeschuß entfernen lassen darf (vgl. GVG § 176 B II). Die Abgrenzung zu GVG § 177 liegt dann darin, daß wegen Ungehorsams nur das Gericht entfernen darf. Die h. M. (Sydow-Busch § 177 Anm. 1, Baumbach-Lauterbach § 177 Anm. 1) sieht den Ungehorsam nur in der vorsätzlichen und zurechenbaren Zuwiderhandlung gegen die zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Gerichtsbefehle. Wer unrechnungsfähig ist oder nicht vorsätzlich handelt, darf nach ihr zwar auch entfernt werden (und schon auf Anordnung des Vorsitzenden); aber dann nicht gegen den Willen des Vorsitzenden.

**A II. Die an der Verhandlung beteiligten Personen dürfen — aber nur wenn sie ungehorsam sind — entfernt werden; mit Ausnahme der**

**b)** an der Verhandlung beteiligten Richter (auch Ergänzungsrichter, doch darf der Vorsitzende auf sie verzichten), Urkundsbeamten (doch darf der Vorsitzende sie auswechseln), Staatsanwälte und Rechtsanwälte wie Verteidiger (OLG JW 19/257<sup>8</sup>, KG JW 25/810<sup>16</sup>). Verteidigern, soweit sie nicht Rechtsanwälte oder Hochschulprofessoren sind, darf indes die Genehmigung zur Verteidigung entzogen werden (vgl. StPO § 138 II, KG JW 33/484<sup>28</sup>).

**B. Soweit danach das Gericht zus tändig ist, genügt die Anordnung des Vorsitzenden nicht (RGSt. 20/274).**

**B I. Das Verfahren ist von Anträgen unabhängig. Der Betroffene ist vorher zu hören (GG Art. 103 I, weil es sich um eine Strafmaßnahme handelt, und RGSt. HRR 39/450).**

**B II. Der Beschuß darf nach h. M. nur ergehen, wenn ein rechtmäßiger gerichtlicher Befehl vorliegt, gegen den vorsätzlich verstoßen worden ist. Er geht auf Entfernung aus dem Sitzungssaal (nicht aus dem Gebäude) oder auf Verhaftung für bestimmte Zeit. Der Beschuß soll die Verhaftungszeit angeben; sie darf 24 Stunden nicht überschreiten. Er ist sofort zu Protokoll (GVG § 182 A) zu begründen und soll den Befehl angeben, gegen den der Betroffene verstoßen hat (RGSt. HRR 39/450). Er ist zu verkünden und dem Betroffenen zuzustellen, falls er sich schon aus dem Sitzungssaal entfernt hatte oder entfernt worden war (§ 329 I, III, StPO §§ 34, 35). Das Gericht darf ihn jederzeit aufheben oder abmildern (nicht verschärfen, sofern kein neuer Anlaß dazu gegeben ist; es darf also nicht, wenn es auf Entfernung erkannt hat, nachdem diese durchgeführt ist, noch auf Haft übergehen). Über die Möglichkeit, eine Ordnungstrafe festsetzen zu dürfen, vgl. GVG § 178 A.**

**B III. Wird ein Nichtbeteiligter zu Unrecht entfernt, so kann dadurch die (erforderliche) Öffentlichkeit verletzt sein (was allerdings bei Einzelentfernungen nicht angenommen werden sollte), was dann die Parteien zur Rüge der verletzten Öffentlichkeit bringen kann (GVG § 169 B III).**

**a)** Ist eine Partei zu Recht entfernt, so darf sie wie eine säumige Partei behandelt werden (im Strafverfahren darf die Verhandlung im Ausnahmefall auch ohne Anwesenheit des Angeklagten zu Ende geführt werden, RGSt. JW 33/964<sup>24</sup>; wird er später wieder zugelassen, so ist ihm das bis dahin Verhandelte mitzuteilen, StPO § 247), soweit Säumnisfolgen gezogen werden dürfen (also nicht etwa im Verfahren, wo dieses ausgeschlossen ist, § 128 G II). Vgl. Kommentar § 158 A I a.

**b)** War die Entfernung der Partei unrechtmäßig, so ist die auf Grund der Verhandlung ergangene Entscheidung aufzuheben, sofern dadurch die Entscheidung beeinflusst wurde (RG N GVG § 177/1); doch ist dies schon anzunehmen, wenn die Partei darlegt, daß sie, etwa bei einer Beweisaufnahme, noch Fragen und Beweisanträge gestellt, daß sie sonst gegenüber neuem Vorbringen beachtliche Gegenansführungen gemacht, die ihres Prozeßbevollmächtigten (Anwalts) nach § 85 I 2 widerrufen oder berichtigt hätte.

C. Ob der Betroffene sich gegen den Beschluß nach GVG § 181 beschweren darf, ist streitig. Die h. M. (Sydow-Busch GVG § 177 Anm. 2, RGZ 43/424 [427]) verneint dies mit der Begründung, daß GVG § 181 den GVG § 177 nicht zitiere. Baumbach-Lauterbach § 177 Anm. 2 wenden dagegen GVG § 181 entsprechend an. Die Anrufung des Gerichts sollte zugelassen werden, wenn an Stelle des Gerichts der Vorsitzende entscheidet (GVG § 176 C; a. M. Baumbach-Lauterbach § 181 GVG Anm. 1: nur die Beschwerde nach GVG § 181). Hält sich das Gericht nicht im Rahmen des GVG § 177, ordnet es also eine unbeschränkte oder eine über 24 Stunden hinausgehende Haft, gleichviel, ob dann die Sitzung noch fort dauert oder nicht, an, so sollte man die Angreifbarkeit der Entscheidung nicht leugnen. Darüber hinaus erscheint es nicht tragbar, die geringer wirkende Ordnungsstrafe im Verhältnis zur Verhaftung für angreifbar zu erklären, die stärkere der Verhaftung dagegen nicht (GG Art. 3). GVG § 181 ist deshalb entsprechend anzuwenden. Bei der bloßen Entfernung gilt dies allerdings nicht. Gegen Unbeteiligte braucht hier der Beschluß und die Begründung nicht protokolliert zu werden (GVG § 182); auch wird, wenn auf Entfernung erkannt wurde, das Verfahren mit der Beendigung der Verhandlung in der betreffenden Sache gegenstandslos. Das Rechtsmittel des GVG § 181 hat mit dem in der Sache selbst nichts zu tun und ist von ihm völlig unabhängig, so daß auch nicht die §§ 512, 548, 583 anwendbar sind.

## § 178 (179)

**I Das Gericht kann gegen Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die sich in der Sitzung einer Ungebühr schuldig machen, vorbehaltlich der strafgerichtlichen Verfolgung, eine Ordnungsstrafe in Geld oder bis zu 3 Tagen Haft festsetzen und sofort vollstrecken lassen.**

**A. Bei Ungebühr in der Sitzung** (vgl. auch GVG § 176) darf gegen dieselben Personen, gegen die bei Ungehorsam auf Entfernung und Verhaftung eingeschritten werden könnte (GVG § 177 A I, II) nach GVG § 178 durch Ordnungsstrafen vorgegangen werden (also nicht gegen beteiligte Rechtsanwälte, OLG JW 35/2073<sup>48</sup>).

**B. Ungebühr** ist jede Mißachtung des Gerichts, des Gegners oder dritter. Sie setzt Vorsatz voraus (OLG HRR 37/186, a. M. OLG JW 35/2073<sup>48</sup>). Erst recht kann bei mangelnder Rechtswidrigkeit nicht bestraft werden, also nicht, wenn Beleidigungen nach StGB § 193 gerechtfertigt (LArbG Groß-Berlin AP 52/139, a. M. OLG MDR 53/555) oder nach StGB § 186 (bei Wahrheitsbeweis) nicht zu bestrafen sind (a. M. OLG JMBL NRW 54/60).

**BI. Mißachtung des Gerichts in der Sitzung** ist ein Angriff auf die Würde des Gerichts (BGHSt. MDR B 55/52), eine nicht unerhebliche Achtungsverletzung (OLG Rpf. 51/135),

**a)** also Erscheinen in anstößiger Kleidung (BayObLG JW 30/3431<sup>10</sup>), in Trunkenheit (OLG HRR 32/364), die Erklärung des Zeugen, er beantwortete eine Frage nicht, weil das Gericht ihn damit nur fangen wolle (BGHSt. MDR B 55/52), wie eine sonstige Beleidigung des Gerichts. OLG Rpf. 51/135 hat in dem Vorwurf des verurteilten Angeklagten, der in seiner Art und Weise auch ungebührlich war, die Verurteilung sei ein Justizirrtum, er werde sich ihn nicht gefallen lassen, eine Beleidigung des Gerichts gesehen; und auch der beleidigte Richter darf hier die Strafe mitverhängen (OLG JW 34/780<sup>8</sup>).

**b)** Nicht unter diesen Begriff der Ungebühr fallen: die eigenmächtige Entfernung vom Gericht, das Nichterscheinen trotz gerichtlicher Anordnung, die in schriftlichen Eingaben (OLG DR 40 A 501<sup>10</sup>).

**BII. Die Beleidigung des Gegners oder dritter** ist nicht notwendigerweise und auch nicht einmal in der Regel die des Gerichts; doch haben OLG 27/6, JW 28/3009<sup>11</sup>, 35/2073<sup>48</sup> diese jedenfalls dann genügen lassen, wenn dadurch Ruhe und Ordnung in der Sitzung oder die dem Gericht geschuldete Achtung verletzt wurde. Die Verletzung der Wahrheitslast (§ 138 I) wurde aber noch nicht als Ungebühr angesehen (OLG JW 35/3489<sup>87</sup>). Der Vorwurf an den Gegner, er lüge, ist im Zivilprozeß stets zugelassen (a. M. LArbG RdA 51/197) wegen des § 138 I (vgl. auch GVG § 178 B).

C. Das Verfahren entspricht dem des GVG § 177 (vgl. GVG § 177 B, C). Im besonderen ist auch hier der Betroffene zu hören (GG Art. 103 I; OLG NJW 59/61, a. M. OLG MDR 53/555). Das Verfahren ist auch hier nur in der Sitzung, nicht nach deren Beendigung zulässig (KG OLG 12/190) und hier auch gegen Abgeordnete durchführbar (vgl. GG Art. 46 II, KGJ 41/358). Verhängt wird die Strafe durch Gerichtsbeschuß, der im Protokoll zu begründen (GVG § 182) und zu verkünden bzw. zuzustellen ist (GVG § 177 B II).

CI. Die Höhe der Ordnungsstrafe darf von 1—1000 DM betragen (VO über Vermögensstrafen und Bußen Art. II Abs. 4), die Haftstrafe ein bis drei Tage (StGB § 18 I; a. M. OLG 25/276 auch Stunden). Bei fortgesetzter Handlung wird nur eine Strafe verhängt werden dürfen, bei danach folgender Ungebühr darf neu bestraft werden. An Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe darf auch nachträglich gewohnheitsrechtlich eine Haftstrafe (von einem bis zu drei Tagen) festgesetzt werden (BayObLG OLG 40/173). Entschieden wird gebührenfrei (GKG § 1, OLG JW 35/2073<sup>48</sup>). Über die Anordnung der Vollstreckung vgl. GVG § 179; die Rechtsmittel gegen die Vollstreckung sind nicht nach GVG § 181 zu beurteilen, vielmehr nach §§ 766, 793 (OLG JZ 53/243).

CII. Die Bestimmung stellt klar, daß die Ungebührstrafe nicht die disziplinäre oder allgemeine Strafe konsumiert. Eine Anrechnung jener in diesem Verfahren wäre unzulässig.

## § 179 (181)

**I Die Vollstreckung der vorstehend bezeichneten Ordnungsstrafen hat der Vorsitzende unmittelbar zu veranlassen.**

A. Die sitzungspolizeilichen Anordnungen des Vorsitzenden werden durch die Gerichtswachtmeister vollzogen; doch darf der Vorsitzende auch persönlich die Vollstreckung betreiben (RGSt. 15/231). Die Vollstreckung bewirkt der Vorsitzende ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft (RGSt. 15/230). Die rechtzeitige Entlassung im Fall der Verhaftung hat der Vorsitzende zu überwachen. Geldstrafen werden nach der AVO über die Einforderung von Vermögensstrafen und Verfahrenskosten v. 15. 2. 1956 begetrieben (vgl. auch StGB §§ 28—30).

## § 180 (182)

**I Die in den §§ 176 bis 179 bezeichneten Befugnisse stehen auch einem einzelnen Richter bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung zu.**

A. Außerhalb der Sitzung werden beauftragte und ersuchte Richter, Vollstreckungsrichter im zivilprozessualen Verfahren tätig, soweit vor ihnen verhandelt wird. Die Verhandlung vor dem Amtsrichter und dem Einzelrichter ist die vor dem Prozeßgericht, für welche GVG §§ 176—179 unmittelbar gelten.

B. Die Anfechtung ihrer Entscheidungen richtet sich nach GVG § 181.

## § 181 (183)

**I Ist in den Fällen der §§ 178, 180 eine Ordnungsstrafe festgesetzt, so kann gegen die Entscheidung binnen der Frist von einer Woche nach ihrer Bekanntmachung Beschwerde eingelegt werden, sofern sie nicht von dem Bundesgerichtshof oder einem Oberlandesgericht getroffen ist.**

**II Die Beschwerde hat in dem Falle des § 178 keine aufschiebende Wirkung, in dem Falle des § 180 aufschiebende Wirkung.**

**III Über die Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht.**

A. GVG § 181 gibt dem Betroffenen (niemandem sonst, weil niemand sonst ein Antragsrecht hat, GVG § 176 C) die Beschwerde gegen die Verhängung von Ordnungsstrafen durch das Gericht in den Fällen der GVG §§ 178, 180. Darüber, ob sie auch in den Fällen der GVG §§ 177,

180 gegeben ist, vgl. GVG § 177 C. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden, welcher zu Unrecht in die Kompetenz des Gerichts eingegriffen hat, sollte man stets (von dem Betroffenen wie von jedem mitwirkenden Richter, GVG § 176 C), die Anrufung des Gerichts zulassen. Von der Beschwerde nach GVG § 181 ist die gegen die Vollstreckung verhängter Strafen zu unterscheiden (vgl. GVG § 178 C I).

**A I.** Die Beschwerde ist **schriftlich** oder zu Protokoll der Geschäftsstelle (arg. § 569 II) bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten (KG OLG 21/191, OLG München 25/276, a. M. KG OLG 21/191 Anm. 3: nur beim Beschwerdegericht) wird oder dem Beschwerdegericht (arg. §§ 569, 577 II 2) einzulegen.

**A II.** Sie ist **innerhalb einer Woche** ab Verkündung (KG ZZP 12/241), sofern der Betroffene noch bei der Verkündung anwesend und prozeßfähig ist, andernfalls mit der Zustellung des Beschlusses an ihn bzw. seinen gesetzlichen Vertreter (vgl. GVG § 181 I „Bekanntgabe“), einzulegen; ob die Frist eine Notfrist ist oder eine gesetzliche, ist bestritten (für die erste Meinung OLG JW 26/2586<sup>4</sup>, OLG MDR 54/179, KG OLG 21/19); deshalb gewährt die erste Meinung bei Versäumung der Frist unter den Bedingungen des § 233 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die zweite dagegen nicht (OLG 40/174 [175], BayZ 27/48), doch müßte man dann BGB §§ 203, 206 entsprechend anwenden, was mißlich ist. Keinesfalls geht es an, dem Betroffenen nur theoretisch ein Rechtsmittel zu geben, das er praktisch nicht ausüben kann.

**A III.** Es gibt **keine Beschwerde** gegen Beschlüsse der LArbG, der OLG, des BayObLG oder des BGH oder eines höheren Gerichts, auch nicht gegen die der beauftragten Richter dieser Gerichte (wohl aber gegen die der von ihnen ersuchten Amtsrichter, GVG § 157).

**A IV.** Gewohnheitsrechtlich ist anzunehmen, daß der angegriffene Richter — auch noch nach Ablauf der Wochenfrist — **abändern darf** (OLG Hamm 40/174, Baumbach-Lauterbach § 181 2 B; Sydow-Busch § 181 Anm. 3; a. M. KGJ 38/410, OLG München JW 26/2586<sup>4</sup>, OLG Neustadt MDR 53/555). § 577 IV ist unanwendbar, wie GVG § 181 unmittelbar ergibt (KG OLG 33/26).

**B.** Wird der Beschwerde nicht abgeholfen, so **entscheidet** über sie das OLG, in Rheinschiffahrtsachen das Rheinschiffahrtobergericht, in Arbeitgerichtssachen (d. h. für die, in welchen Arbeitgerichte entschieden haben) das LArbG (HansOLG LZ 33/797).

**B I.** Trotz Einlegung der Beschwerde darf der Beschluß sofort vollstreckt werden, wenn er nicht von einem Richter erlassen wurde, der unter GVG § 180 fällt, in diesem Falle darf er nicht durchgeführt werden (von der Entfernung abgesehen; insoweit läßt sich die entsprechende Anwendung des GVG § 181 nicht rechtfertigen). Sie wird gegenstandslos, soweit man an die bloße Entfernung anzuknüpfen hat und die Sitzung beendet ist (GVG § 177), sonst darf sie auch nach Beendigung der Sitzung und nach der Vollstreckung noch durchgeführt werden (OLG Königsberg JW 27/3063<sup>11</sup>). Derjenige, der zu Unrecht verhaftet war, hat einen Anspruch auf Entschädigung wegen der unschuldig erlittenen Haft (in entsprechender Anwendung des G über die Entschädigung für unschuldig erlittene Strafhaft). Doch ist auch in diesem Falle § 572 II, III entsprechend anwendbar. Für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gelten §§ 573, 574 entsprechend.

**B II.** Die Beschwerde ist **unzulässig**, wenn sie nicht in rechter Form und in rechter Frist eingelegt worden ist bzw. sich gegen die Entscheidung eines LArbG, eines OLG oder eines höheren Gerichts oder eines beauftragten Richters dieser Gerichte richtet.

**B III.** Sie ist

a) stets **begründet**, wenn der Beschluß oder seine Veranlassung nicht protokolliert worden sind (GVG § 182 A). Sie ist ferner begründet, wenn das rechtliche Gehör nicht gewährt worden ist (GVG §§ 177 B I, 178 C) und mit der Beschwerde eine aufklärende Begründung gegeben wird, die zutrifft. Weiter muß aufgehoben werden, wenn eine Geld- oder Haftstrafe gegen einen Strafmündigen festgesetzt worden war.

b) Sonst ist auf die Beschwerde weiter zu prüfen, ob der Gerichtsbeschluß begründet ist oder nicht; im ersten Falle wird sie zurückgewiesen, im zweiten ihr stattgegeben. Die Sachverhaltsfeststellungen des Protokolls binden das Beschwerdegericht nicht zu Lasten des

Beschwerdeführers (OLG JR 51/693). Ob im Fall der Verwerfung bzw. Zurückweisung der Beschwerde die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind, ist streitig (OLG JW 29/520<sup>12</sup> konstruiert über GKG § 85; OLG JW 33/540<sup>24</sup> über GKG § 46; während keine Kosten nach GKG § 1 berechnen läßt: OLG 04/174).

C. Die weitere Beschwerde ist unzulässig (RGZ 2/365).

## § 182 (184)

**I Ist eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt oder eine Person zur Haft abgeführt oder eine bei der Verhandlung beteiligte Person entfernt worden, so ist der Beschluß des Gerichts und dessen Veranlassung in das Protokoll aufzunehmen.**

A. Wird auf Entfernung nach GVG §§ 177, 180 gegen eine am Verfahren beteiligte Person, auf Verhaftung oder Strafe nach GVG §§ 177, 178, 180 erkannt, so sollen der **Beschluß und seine Begründung protokolliert** werden (GVG § 182). Über die Protokollierung vgl. §§ 159, 160; StPO §§ 168, 272, 273. Im ersten Fall wird der Beschluß Grundlage eines evtl. Rechtsmittelverfahrens (aber auch einer Nichtigkeitsklage mangels Vertretung, vgl. § 579 I 4), in dem letzten die des Beschwerdeverfahrens nach GVG § 181; denn gerade und nur diese Begründung wird auf Stichhaltigkeit vom Beschwerdegericht nachgeprüft (GVG § 181 B III a); KGJ 8/260, BayObLG JW 26/1239<sup>10</sup>, HRR 35/823, OLG München 25/276, OLG Hamburg NJW 52/591, OLG Hamm JMBL NRW 56/8; a. M. Baumbach-Lauterbach § 182 Anm. 2; daß dienstliche Äußerungen der Richter nicht genügen, lassen auch sie gelten, so auch OLG München HRR 37/186, OLG Hamburg NJW 52/591. Jedenfalls muß auch der Protokollführer diesen Vorgang mit unterschreiben und durch seine Unterschrift decken (OLG Hamburg 31/260 Anm.). Will er dies bei einer Beschlußbegründung nicht, so muß er es kenntlich machen. Es genügt also nicht, wenn der Anlaß des Beschlusses nur aus einer allein vom Gericht gedeckten Begründung sich ergibt (OLG NJW 55/348; a. M. OLG MDR 55/364: die Schilderung des Sachverhalts im Beschluß genüge, doch darf der Vorsitzende auch einen Richter als Protokollführer heranziehen, vgl. dazu § 159). Deshalb ist auch auf Beschwerde nur zu prüfen, ob die protokollierte Veranlassung ausreicht, den Beschluß zu begründen (BayObLG HRR 33/1471 Anm. 3). Nachgeschobene Gründe sind unbeachtlich (OLG München HRR 37/186, Rpf. 52/135 = Bay JMBL 52/74, Bay JMBL 54/17); jedenfalls ist die nachträgliche Protokollierung unzulässig, sobald das Protokoll abgeschlossen (von den am Protokollführenden Beteiligten, in der Regel also dem Protokollführer und dem Vorsitzenden unterschrieben) ist und erst recht, wenn die Beschwerde eingelegt ist (a. M. OLG Hamm JMBL NRW 52/86). Doch ist es gleichgültig, ob die Veranlassung besonders oder in der Beschlußbegründung protokolliert ist (Sydow-Busch § 182 Anm. 5, a. M. BayObLG HRR 35/823, das besondere Protokollierung fordert); auch genügt es, wenn die Begründung sich aus den im Protokoll vor Erlaß des Beschlusses beurkundeten Vorgängen ergibt (OLG Bremen JR 51/693, Celle NdsRpfl. 58/57). Nichtbegründung im Protokoll führt also zur Aufhebung des Beschlusses, und zwar ohne daß die Protokollierung nachgeholt werden könnte (OLG NJW 55/348).

Jedenfalls muß der Beschluß aufgehoben werden, wenn er weder im Protokoll noch im Beschluß begründet ist; die nachträgliche Aufklärung ist unzulässig (OLG JMBL NRW 55/139 bei nachträglichen Aktenvermerken des Vorsitzenden; a. M. LArbG AP-GVG § 178/1, das auch eine nachträgliche Tatbestandsfeststellung zulassen will, vgl. auch GVG § 182 A).

B. Über die Nichtbindung des Beschwerdegerichts an die Sachverhaltfeststellung im Protokoll zu Gunsten des Beschwerdeführers vgl. GVG § 181 B III b.

## § 183 (185)

**I Wird eine strafbare Handlung in der Sitzung begangen, so hat das Gericht den Tatbestand festzustellen und der zuständigen Behörde das darüber aufgenommene Protokoll mitzuteilen. In geeigneten Fällen ist die vorläufige Festnahme des Täters zu verfügen.**

**A.** Das Gericht soll eine in der Sitzung begangene strafbare Handlung protokollieren und der zuständigen Behörde (d. h. der zuständigen Staatsanwaltschaft) das darüber aufgenommene Protokoll mitteilen. Die h. M. wendet die Bestimmung nicht an bei Übertretungen, die i. S. der StPO § 153 I geringfügig sind (Sydow-Busch § 183 Anm. 1; Baumbach § 183 Anm. 1). Bei Beleidigungen dürfte zu prüfen sein, ob ihnen nicht der Schutz des StGB § 193 zur Seite steht, bei übler Nachrede, ob sie erweislich wahr sein kann (StGB § 186); vgl. auch GVG § 178 B, B II. Ist es zweifelhaft, ob eine strafbare Handlung vorliegt (bei versuchtem oder vollendetem Meineid), so braucht das Gericht die Verhandlungsniederschrift nicht der Staatsanwaltschaft zu übersenden, wenn es an dem Vorliegen der Straftat zweifelt.

**B.** Das Gericht darf den Täter in der Verhandlung vorläufig nach StPO § 127 festnehmen. Ein Haftbefehl ist weder erforderlich, noch deckt er die Verhaftung; er ist also unzulässig (RGSt. JW 27/2010<sup>21</sup>).

#### Fünfzehnter Titel

#### Gerichtssprache

### § 184 (186)

#### **I Die Gerichtssprache ist deutsch.**

**B.** Bevor man richten kann, muß man sich verständigen können. In Deutschland tut dies allein die Allgemeinheit mit deutsch, folglich ist die Gerichtssprache deutsch. Letzten Endes kommt es nur auf die Verständigung und den Willen zu ihr an. Eingereichte fremdsprachige Schriftsätze sollen nicht unübersetzt weitergegeben werden (GVG § 184; RGSt. 67/223); dagegen dürfen (außerprozessuale) Urkunden in fremder Sprache, nicht bloß in Übersetzung mitgeteilt werden. Sind vorprozessuale Urkunden nicht deutsch, so genügt ihre Vorlegung zur Führung des Urkundenbeweises; wenn auch bei einer fremdsprachigen (BGHSt. 1/4) die Übersetzung gefordert werden darf.

### § 185 (186)

**I Wird unter Beteiligung von Personen verhandelt, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so ist ein Dolmetscher zuzuziehen. Ein Nebenprotokoll in der fremden Sprache wird nicht geführt; jedoch sollen Aussagen und Erklärungen in fremder Sprache, wenn und soweit der Richter dies mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden. In den dazu geeigneten Fällen soll dem Protokoll eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Übersetzung beigelegt werden.**

**II Die Zuziehung eines Dolmetschers kann unterbleiben, wenn die beteiligten Personen sämtlich der fremden Sprache mächtig sind.**

**A.** In der mündlichen Verhandlung darf fremdsprachig verhandelt werden, wenn sämtliche an ihr Beteiligten ihrer mächtig sind (GVG § 185 II) und zumindest einer von ihnen das Sprechen in Deutsch nicht beherrscht (GVG § 185 I).

**A II.** Darüber, ob fremdsprachig verhandelt werden soll, wenn alle Beteiligten der fremden Sprache mächtig sind, entscheidet das Gericht (nach seinem Ermessen); doch darf auch der Vorsitzende die fremdsprachige Erklärung sofort in Deutsch übertragen (KG HRR 35/991) oder auch einen Dolmetscher zu diesem Zweck hinzuziehen (GVG § 185 I 1). Regelmäßig wird man dabei sich mit der Erklärung des Beteiligten zu begnügen haben, daß er deutsch nicht beherrschend verstehen könne (daß jemand deutsch nur versteht, aber nicht sprechen

kann, reicht also nicht aus; OLG Frankfurt NJW 52/1310; a. M. BGHSt. 3/285 = MDR B 250/53, wenn der Angeklagte teilweise der deutschen Sprache mächtig sei, so bleibe es dem Ermessen des Tatrichters überlassen, in welchem Umfange er Dolmetschen lasse; dagegen aber BSG NJW 57/1087, das Sprachunkundigkeit für einen Revisionsgrund hält). Ob in Anwaltsprozessen (§ 78 I) die Partei selbst eingreifen darf, wenn sie fremdsprachig ist, bestimmt das Gericht (nicht der Vorsitzende allein); sonst ist der Dolmetscher hinzuzuziehen (vgl. § 85 I 2).

**B. Der Dolmetscher** ist Sachverständiger, der aber den besonderen Regeln der GVG §§ 189 folg. unterliegt (vgl. RGSt. JW 36/464<sup>28</sup>).

**B I.** BGHSt. 1/4 = JR 51/90 sieht den **Unterschied** von Dolmetscher und Sachverständigen darin, daß der Dolmetscher zur Verhandlung vor dem Gericht bestimmt ist, während Sachverständiger der ist, welcher den Sinn einer außerprozessual abgegebenen fremdsprachlichen Erklärung ermitteln und sich darüber in der Verhandlung äußern soll.

**C. Übersetzt** werden sollte stets der gesamte Gang der Verhandlung, soweit er den in Betracht kommenden Beteiligten betrifft.

**CI.** Die Personalien des zu Vernehmenden, die Beweisbeschlüsse müssen stets vollständig übersetzt werden (RGSt. 43/441).

a) Doch hat RGSt. JW 95/572<sup>1</sup> es zugelassen, daß von einem Sachverständigengutachten nur das Ergebnis übersetzt wurde, wenn die Partei ihre volle Übersetzung nicht beantragt hat.

b) Wird ein Vernommener beeidigt, so genügt es, daß der Dolmetscher das in der fremden Sprache vorspricht, was der zu Vernehmende wiederholen muß (RGSt. 45/304: es ist nicht erforderlich, daß diesen Teil auch der Richter noch dem Dolmetscher vorspricht).

**CI I.** Ein **Nebenprotokoll** in fremder Sprache wird nicht geführt, doch werden — nach dem Ermessen des Gerichts — bedeutsame Erklärungen auch in der fremden Sprache im Hauptprotokoll (oder seiner Anlage) festgehalten (GVG § 185 I 2). Auch soll im Hauptprotokoll die Zuziehung des Dolmetschers festgestellt werden; die Berechtigung des Zugezogenen, als Dolmetscher tätig zu werden, braucht indes nicht festgestellt zu werden (RGSt. 1/397); wohl aber, daß einer der deutschen Sprache nicht mächtigen Partei (bzw. ihrem ihrer nicht mächtigen gesetzlichen Vertreter) der gesamte Gang der Verhandlung übersetzt worden ist (RGSt. JW 02/574<sup>3</sup> oder, was ihr nicht übersetzt worden ist); während sonst b. i. Hinzuziehung zur Vernehmung die einzelne Tätigkeit des Dolmetschers nicht gekennzeichnet zu werden braucht (RGSt. 43/442), wenn sich schon aus der Art der Zuziehung ergibt, worauf sie sich erstreckt. Da das Protokoll insoweit aber keine Beweiskraft i. S. des § 164 hat, ist der Gegenbeweis hier zulässig (vgl. RGSt. 43/441).

## § 186 (188)

**I Zur Verhandlung mit tauben oder stummen Personen ist, sofern nicht eine schriftliche Verständigung erfolgt, eine Person als Dolmetscher zuzuziehen, mit deren Hilfe die Verständigung in anderer Weise erfolgen kann.**

**A.** Soweit eine **Verständigung** mit Tauben, Stummen und Taubstummen **nicht möglich** ist, ist ein Dolmetscher hinzuzuziehen; den Stummen sind dabei die mit Sprachfehlern Behafteten, welche der Normale nur schwer verstehen kann, den Tauben die stark Schwerhörigen gleichzusetzen (RGSt. 33/181; a. M. BGHSt. MDR B 973/52 setzt die hochgradige Schwerhörigkeit nicht der Taubheit gleich; doch hat BGH St NJW 60/584 Kopfnicken und -schütteln auf Fragen des Vorsitzenden als ausreichende Verständigungsmöglichkeit angesehen, wenn der Vorsitzende die Antworten mit ja bzw. nein bekannt gibt). Über die Eidesleistung Stummer vgl. § 483.

**B.** Der Stumme darf an ihn gerichtete Fragen des Gerichts, der Parteien, der Sachverständigen schriftlich beantworten; dem Stummen muß jedenfalls ausreichend Gelegenheit

gegeben werden, sich zu verdeutlichen. Der Taube muß schriftlich unterrichtet werden und darf mündlich antworten (RGSt. HRR 17/903) — doch meist wird auch seine Antwort nicht verständlich sein (vgl. GVG § 187). Mit Taubstummen ist die Verständigung nur schriftlich möglich, wenn sie überhaupt Verständnis für die Vorgänge haben und sich so verständigen können. Überhaupt gibt es bei diesen Menschen auch Ausfälle ihrer geistigen Funktion im Verhältnis zu den Normalen, welche nicht unbeachtet bleiben dürfen.

### **§ 187 (189)**

**I** Ob einer Partei, die taub ist, bei der mündlichen Verhandlung der Vortrag zu gestatten sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.

**II** Dasselbe gilt in Anwaltsprozessen von einer Partei, die der deutschen Sprache nicht mächtig ist.

**A.** Der mündliche Vortrag darf der Partei auch im Anwaltsprozeß wegen des § 85 I 2 nicht abgeschnitten werden. Stumme dürfen schriftlich oder durch einen Dolmetscher fragen. Taube können meist nicht mehr ordentlich sprechen, weil ihnen die Kontrolle durch das Gehör fehlt. Sind sie nicht zu verstehen, so sind sie schriftlich oder durch einen Dolmetscher zu befragen.

### **§ 188 (189)**

**I** Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten Eide in der ihnen geläufigen Sprache.

### **§ 189 (191)**

**I** Der Dolmetscher hat einen Eid zu leisten; daß er treu und gewissenhaft übertragen werde.

**II** Ist der Dolmetscher für Übertragungen der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

**A.** GVG § 189 verlangt grundsätzlich den Voreid (vgl. RGSt. HRR 39/1117). Wird der Dolmetscher indes nachträglich vereidigt, so ergibt dies noch keine Verfahrensrüge (abweichend: RGSt. HRR 39/1117). Auf seine Vereidigung kann nicht wirksam verzichtet werden. Für jede Verhandlung auch in derselben Sache ist er grundsätzlich neu zu vereidigen (RGSt. JW 94/349<sup>9</sup>); doch genügt hier auch die Berufung auf den früher geleisteten Eid (RGSt. Recht 06/3469), was auch in der Erklärung liegt, die Richtigkeit der Übertragung auf seinen Eid nehmen zu wollen (RGSt. HRR 33/1153). Nicht beeidigt werden der Protokollführer (GVG § 190) und der Richter, die dolmetschen.

**B.** Ist der Dolmetscher als solcher (nicht etwa sonst als Sachverständiger, RGSt. JW 96/511<sup>2</sup>) allgemein vereidigt, so genügt seine Bezugnahme auf diesen allgemeinen Eid (RGSt. HRR 33/1153), bei schriftlichen Übertragungen die in diesen (vgl. § 410 II).

### **§ 190 (192)**

**I** Der Dienst des Dolmetschers kann von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle wahrgenommen werden. Einer besonderen Beeidigung bedarf es nicht.

**A.** Soweit der Protokollführer Dolmetscher ist, bedarf es seiner Vereidigung überhaupt nicht (RGSt. 1/397); doch gilt dies nicht für Urkundsbeamte, die nicht Protokollführer sind, auf sie ist GVG § 189 anzuwenden (RGSt. 2/373).

**B.** Für Richter gilt die Vorschrift entsprechend (vgl. Kommentar § 1 B IV b 1).

## § 191 (193)

**I Auf den Dolmetscher sind die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung der Sachverständigen entsprechend anzuwenden. Es entscheidet das Gericht oder der Richter, von dem der Dolmetscher zugezogen ist.**

A. Über den gesetzlichen Ausschluß von Sachverständigen vgl. § 406 A; die Regelfälle treffen seine Ablehnung (§ 406) wegen der Gründe, durch die ein Richter ausgeschlossen ist (§ 41) oder abgelehnt werden darf (§ 42). Ist der Dolmetscher Protokollführer (GVG § 190) oder Richter, so ist er kraft Gesetzes in dieser Eigenschaft ausgeschlossen, wenn ein Fall des § 41 vorliegt (§§ 41, 49).

### Sechzehnter Titel

#### Beratung und Abstimmung

## § 192 (194)

**I Bei Entscheidungen dürfen Richter nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken.**

**II Bei Verhandlungen von längerer Dauer kann der Vorsitzende die Zuziehung von Ergänzungsrichtern anordnen, die der Verhandlung beizuwohnen und im Falle der Verhinderung eines Richters für ihn einzutreten haben.**

**III Diese Vorschriften sind auch auf Schöffen und Geschworene anzuwenden.**

A II. Im schiedsgerichtlichen Verfahren gilt der 16. Titel des GVG nicht (RG JW 21/1248<sup>27</sup>).

B. GVG § 192 I legt fest, daß bei einer Entscheidung nur die Richter in der gesetzlich bestimmten Zahl mitwirken dürfen.

B I. Diese ergibt sich einmal aus GVG §§ 22, 75, 105, 122, 139; bei Landwirtschaftsgerichten aus LVG § 2 II, aber auch aus der Prozeßordnung, nämlich insoweit bei Kollegialgerichten dem Vorsitzenden, dem Einzelrichter oder dem Kollegium eine Entscheidung zugewiesen wird; doch ist es unschädlich, wenn an Stelle des Einzelrichters das Kollegium entscheidet (nicht aber umgekehrt); auch darf der allein zuständige Vorsitzende sich vom Kollegium beraten, — aber nicht überstimmen lassen, wenn er allein zu entscheiden hat. Vgl. auch § 320 IV 2.

b) Der Verstoß gegen die Norm ist absoluter Revisionsgrund (§ 551 I 1, StPO § 338 I 1) und Nichtigkeitgrund des § 579 I 1.

B II. Nach GVG § 192 II darf der Vorsitzende — nicht das Gericht, nicht die Justizverwaltung — bei Verhandlungen von längerer Dauer (also nicht für das schriftliche Verfahren und nicht, wenn bloß länger zu beraten ist) Ergänzungsrichter hinzuziehen; er darf auch nach seinem Ermessen die Anordnung zurücknehmen (RGSt. 61/307). Darüber, ob die Verhandlung i. S. des GVG § 192 II länger dauern wird, entscheidet das Ermessen des Vorsitzenden unanprüfbar.

a) Die Ergänzungsrichter wählt der Vorsitzende aus den überzähligen Mitgliedern seiner Kammer (seines Senats) aus, falls diese stärker besetzt ist; sonst müßten jetzt die Stellvertreter herangezogen werden und wenn diese verhindert sind, darf der Gerichtspräsident zeitweilige Vertreter bestimmen (GVG § 67).

b) Der Ergänzungsrichter darf zunächst nur der Verhandlung (nicht der Beratung oder der Beschlußfassung, RGSt. JW 26/1227<sup>14</sup>, a. M. Jonas § 309 Anm. I 1) beiwohnen. Er hat aber in der Verhandlung alle Rechte eines beisitzenden Richters, darf also auch fragen (RGSt. 27/172). Der Ergänzungsrichter tritt in die Stelle eines Richters voll ein, sofern ein anderer (tatsächlich oder rechtlich) verhindert ist, was allein das Gericht feststellt (RGSt. 38/43). Fällt ein Richter erst in der Beratung aus, so muß diese von vorn begonnen werden. Es tritt

stets der Vertreter des Ausscheidenden ein. Sind aber mehrere zu Ergänzungrichtern bestellt, ohne daß diese Bestellung an den Ausfall eines bestimmten Richters geknüpft ist, so hat der Vorsitzende die Wahl (GVG § 69).

**B III.** Daß auch Laien als **Laienergänzungrichter** herangezogen werden dürfen, stellt GVG § 192 III klar. Dies gilt auch für Handelsrichter (GVG §§ 107 folg.), die landwirtschaftlichen Beisitzer u. dgl. m. ArbGG § 9 II führt zur entsprechenden Anwendung der Vorschrift für die Arbeitrichter.

## § 193 (195)

**I** Bei der Beratung und Abstimmung dürfen außer den zur Entscheidung berufenen Richtern nur die bei demselben Gericht zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein, soweit der Vorsitzende deren Anwesenheit gestattet.

**A. Beratung und Abstimmung** gibt es bei allen Entscheidungen (GVG § 192 B, RGSt. 17/287) von Kollegialgerichten (nicht bei Einzelrichtern). Jeder solchen Entscheidung muß erkennbar eine (geheime) Beratung der Entscheidung vorausgehen (RGSt. 43/51), wenn sie auch im Sitzungsaal möglich ist (RGSt. 22/398, 43/51).

**A I.** GVG § 193 verbietet nicht dem einzelnen Richter, den Fall mit den anderen zu erörtern.

**A II.** Bei der Beratung eines Kollegiums dürfen nur die zur Entscheidung berufenen Richter zugegen sein (RGSt. JW 26/1227<sup>14</sup>). Doch darf der Vorsitzende (nicht das Gericht) den Personen, Referendaren (RGSt. HRR 28/291) und Studenten, die dem Gericht, nicht gerade der erkennenden Kammer, zur Ausbildung überwiesen sind, die Anwesenheit gestatten (RGSt. 18/161, OGHSt. 2/62; auch wenn sie protokolliert haben); nicht aber, soweit sie Beteiligte vertreten haben, als Verteidiger (OLG NJW 55/1938) oder Staatsanwälte tätig geworden (RGSt. 66/252) oder als Zeugen vernommen worden sind (RGSt. 66/252). Wissenschaftlichen Hilfsarbeitern hat BVerwG JR 57/473, Studenten OLG NJW 59/1145 die Anwesenheit in der Beratung nicht gestattet.

**A III.** Darüber, ob im Schiedsverfahren auch dritte an der Beratung teilnehmen dürfen (etwa der Geschäftsführer eines Schiedsgerichtes, bejahend RG JW 21/1248<sup>27</sup>) vgl. § 1034 C I b 3.

**B.** Wird GVG § 193 verletzt, so wird dadurch ein absoluter Aufhebungsgrund gegeben (§ 551 I 1, 579 I 1; vgl. auch StPO § 338 I 1).

## § 194 (196)

**I** Der Vorsitzende leitet die Beratung, stellt die Fragen und sammelt die Stimmen.

**II** Meinungsverschiedenheiten über den Gegenstand, die Fassung und die Reihenfolge der Fragen oder über das Ergebnis der Abstimmung entscheidet das Gericht.

**A.** Der Vorsitzende leitet die Beratung und stellt die vom Kollegium zu beantwortenden Fragen. Diese müssen sich nicht bloß auf die Entscheidung, sondern auch auf die einzelnen Entscheidungsgründe beziehen (§§ 311 II, 313 I 4, RG v. 27. 2. 1903 II JW 151<sup>7</sup>). In die Leitung des Vorsitzenden darf bei Meinungsverschiedenheiten über die Art seines Vorgehens das Gericht eingreifen (GVG § 194 II).

**B.** Ob mündlich beraten werden muß, ist streitig. Ein Teil läßt die schriftliche Abstimmung nicht zu (RARbG E 12/163 [167]), der andere dagegen doch (Sydow-Busch § 194 Anm. 1, Baumbach-Lauterbach § 194 Anm. 1).

**C.** Prozeßangriffe werden indes wegen Verletzung dieser Vorschrift nicht zu führen sein, weil der Gang der Beratung nicht offenbar wird. Doch hat RARbG E 12/163 (167) dann dem Angriff stattgegeben, als bewiesen wurde, daß Schriftstücke und Parteierklärungen in der Entscheidung verwertet wurden, die nicht Gegenstand der Beratung waren. Vgl. auch GVG § 193 A.

## § 195 (197)

**I** Kein Richter, Schöffe oder Geschworener darf die Abstimmung über eine Frage verweigern, weil er bei der Abstimmung über eine vorhergegangene Frage in der Minderheit geblieben ist.

## § 196 (198)

**I** Das Gericht entscheidet, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, mit der absoluten Mehrheit der Stimmen.

**II** Bilden sich in Beziehung auf Summen, über die zu entscheiden ist, mehr als zwei Meinungen, deren keine die Mehrheit für sich hat, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt.

**III** Bilden sich in einer Strafsache, von der Schuldfrage abgesehen, mehr als zwei Meinungen, deren keine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so werden die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen so lange hinzugerechnet, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt. Bilden sich in der Straffrage zwei Meinungen, ohne daß eine die erforderliche Mehrheit für sich hat, so gilt die mildere Meinung.

**IV** Ergibt sich in dem mit zwei Richtern und zwei Schöffen besetzten Schöffengericht in einer Frage, über die mit einfacher Mehrheit zu entscheiden ist, Stimmengleichheit, so gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

**A II.** Regelmäßig kann Stimmengleichheit nicht auftreten; in dem Ausnahmefall gelten Sonderregeln (vgl. § 320 IV), zu denen auch GVG § 196 IV gehört; nur bei der Entscheidung des oder der großen Senate gibt es sie nicht. Im Zweifel wird bei Stimmengleichheit eine Ansicht als abgelehnt zu gelten haben (im Zivilprozeß zu Lasten des positiven Anspruchs, gleichviel, wer klagt.)

**B.** GVG § 196 II kann nur insoweit zum Zuge kommen, wie es sich um Abstimmungen über Summen, im besonderen bei Schätzungen handeln kann. Wo aber über einzelne Rechnungsposten (über deren Berechtigung als solche) abzustimmen ist, muß erst diese zergliederte Abstimmung über jeden Posten (innerhalb dessen wieder eine zergliederte oder eine summenmäßige Feststellung zu treffen ist) herbeigeführt werden.

**C.** Eine **Prozeßrüge** wird hier nur insoweit erhoben werden können, wie aus dem schriftlichen Urteil selbst die Verletzung der Vorschrift erhellt.

**D.** GVG § 196 III, IV gilt für Strafsachen; seine entsprechende Anwendung kommt in den Fällen der Bestrafung nach GVG und ZPO in Betracht, vgl. im besonderen § 890.

## § 197 (199)

**I** Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, Handelsrichter, Schöffen und Geschworene nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor dem älteren. Die Schöffen und Geschworenen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter genannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

**C.** Die Verletzung der Vorschrift ist nicht rügbär (vgl. RGZ 38/410 [412]).

## § 198 (200)

**I** Schöffen und Geschworene sind verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu bewahren.

**A.** Die Vorschrift betrifft in erster Linie Laienrichter. RG v. 15. 5. 1930 VII JW 2534<sup>3</sup> wendet sie auch auf Schiedsrichter an. Für Berufsrichter folgt die **Verschwiegenheitspflicht** aus dem Beamtenrecht.

**B I.** Die h. M. läßt ganz allgemein keine Zeugenvernehmung über Vorgänge in der Beratung zu (RGSt. 61/217) und sogar nicht im ehrengerichtlichen Verfahren (RG JW 31/1069<sup>1</sup>); nach RGSt. 16/217 (219) kann auch die vorgesetzte Behörde den Richter nicht von der Verschwiegenheit entbinden.

**B II.** Es gibt indes keinen Schutz des Beratungsgeheimnisses nach OGHSt. 1/217 (223), wenn Mitglieder des Gerichts freiwillig sich darüber äußern oder wenn es bei einer Amtspflichtverletzung darauf ankommt, wie ein Richter gestimmt hat (RGZ 89/13 [16]), wenn er in Anspruch genommen wird, oder darauf, ob ein nicht beteiligter Richter an der Beratung teilgenommen hat (RG GVG § 194 folg./2), aber nicht umgekehrt, daß einer, der nach den Akten an der Fällung des Urteils mitgewirkt hat, ob er auch in der ordnungsmäßigen Beratung mitgewirkt hat (RG a. a. O.). RArbG E 12/163 (167) hat es zugelassen, daß nachgewiesen wurde, daß Schriftstücke und Parteierklärungen nicht Gegenstand gemeinsamer Beratung waren, die in einem Urteil verwertet wurden. Nach BVG § 28 II 2 kann das BVG jederzeit die Aussage trotz Verschwiegenheitspflicht fordern.

**B III.** Jedenfalls darf sich der Richter literarisch zu den Problemen des Falles äußern, und ihm darf insoweit seine Meinung nicht verboten werden. Allerdings war es früher üblich, daß dies nicht in Form einer Anmerkung zu einer veröffentlichten Entscheidung geschah, an der er mitgewirkt hatte.

#### Siebzehnter Titel

#### Gerichtsferien

### § 199 (201)

#### I Die Gerichtsferien beginnen am 15. Juli und enden am 15. September.

**B.** Die Fristenberechnung ist von der Rechtsprechung nicht folgerichtig durchgeführt.

**B I.** Der 15. 7. ist der erste Ferientag. War der 14. 7. ein Sonn- oder Feiertag, so wird die sonst an ihm ablaufende Frist, die unter die Ferienhemmung fällt (§ 223; also nicht die Notfristen, im besonderen nicht die Rechtsmittelfristen, wohl aber die Rechtsmittelbegründungsfristen des ordentlichen Prozesses) bis zum 16. 9. gehemmt.

**B II.** Der 15. 9. gehört noch zu den Ferien (RG v. 19. 10. 1915 VII JW 16/51<sup>13</sup>). Ist der 16. 9. ein Sonn- oder Feiertag, so laufen die sonst mit ihm ablaufenden Fristen am 17. 9. ab, sonst ist aber dieser Tag ohne Einfluß auf die allgemeine Berechnung, d. h. die am 17. 9. ablaufende Frist läuft auch dann an ihm ab, wenn der 16. 9. ein Sonntag ist. Abgesehen von dem Fristende verschiebt sich aber nach der Rechtsprechung das Datum des Ablaufs nicht (a. M. BGHZ 27/143). Für die während der Ferien eingelegten Rechtsmittel läuft die — normale — Begründungsfrist am 15. 10. (vorausgesetzt, daß dieser kein Sonntag ist) ab (RG N 233/173, JW 16/51<sup>13</sup>, Z 109/215). Dies bedeutet, daß, wenn vor den Ferien eingelegt wurde, etwa am 7. 7., die Frist mit dem 7. 10. (vorausgesetzt, daß dieser kein Sonntag ist) verstreicht. Vgl. im übrigen § 222 A IV.

### § 200 (201)

**I** Während der Ferien werden nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen.

**II** Feriensachen sind:

1. Strafsachen;
2. Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen;
3. Meß- und Marktsachen;

4. Streitigkeiten zwischen dem Vermieter und dem Mieter oder Untermieter von Wohnräumen oder anderen Räumen oder zwischen dem Mieter und dem Untermieter solcher Räume wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung sowie wegen Zurückhaltung der von dem Mieter oder dem Untermieter in die Mieträume eingebrachten Sachen;
5. Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlaf;
6. Wechselsachen;
7. Regreßansprüche aus einem Scheck;
8. Bausachen, wenn über Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird.

**III** In dem Verfahren vor den Amtsgerichten hat das Gericht auf Antrag auch andere Sachen als Feriensachen zu bezeichnen. Werden in einer Sache, die durch Beschluß des Gerichts als Feriensache bezeichnet ist, in einem Termin zur mündlichen Verhandlung einander widersprechende Anträge gestellt, so ist der Beschluß aufzuheben, sofern die Sache nicht besonderer Beschleunigung bedarf.

**IV** In dem Verfahren vor den Landgerichten sowie in dem Verfahren in den höheren Instanzen soll das Gericht auf Antrag auch solche Sachen, die nicht unter die Vorschrift des Abs. 1 fallen, soweit sie besonderer Beschleunigung bedürfen, als Feriensachen bezeichnen. Die Bezeichnung kann vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts durch den Vorsitzenden erfolgen.

**A.** Die Ferien wirken sich hauptsächlich auf dem Gebiet der streitigen Zivilgerichtsbarkeit aus (vgl. GVG § 200 B).

**A I.** Keine Auswirkung haben sie in der Strafgerichtsbarkeit (GVG § 200 II 1), also auch soweit über zivilrechtliche Ansprüche vor Strafgerichten nach der StPO erkannt werden soll, bei Buße oder Entschädigung. Praktisch wirken sich die Ferien allerdings auch in Strafsachen bei den höheren Gerichten aus, — im Grunde bei allen Kollegialgerichten.

**A II.** Auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es keine gesetzlichen Gerichtsferien (FGG § 10). Doch darf hier die Bearbeitung der Vormundschaft- (FGG §§ 35 folg.) und der Nachlaßsachen (FGG §§ 72 folg.), die nicht eilbedürftig sind, zurückgestellt werden. Ob sie eilbedürftig sind, muß aber der Richter in eigener Verantwortung entscheiden; bei schuldhaftem Verkennen liegt eine den Staat verpflichtende Amtspflichtverletzung vor (GG Art. 34). Darüber hinaus sind aber die Ferien ohne Einfluß. Dies gilt im besonderen für die Rechtsbeschwerdebegründungsfrist nach LVG § 26 II (BGH v. 27. 11. 1951 V LM — LVR § 10/3).

**A III.** Von den Sondergerichten kennen die ArbG keine Gerichtsferien (ArbGG § 9 I 2); ebenfalls gibt es keine Gerichtsferien bei den Gemeinde- und Dorfgerichten, und auch die Zentralkommission für die Rheinschiffahrt kennt sie nicht.

**B.** In den Zivilsachen gibt es für die in GVG §§ 200 II 2—8, 202 genannten wie die zu Feriensachen erklärten Angelegenheiten keine Ferien.

**B I.** Nach BEG § 209 VI werden Entschädigungssachen auf Antrag zu Feriensachen erklärt.

**B II.** Aber auch in den von den Ferien betroffenen Angelegenheiten laufen in den Gerichtsferien die Notfristen (§§ 221 C I a 1, 223 C I). Ferner laufen die Fristen in Feriensachen (§ 223 II), die Ausschlussfristen (§ 221 B II a, b, RGZ 68/55 [57]);

a) nicht aber in Nichtferiensachen die Rechtsmittelbegründungsfristen — wovon nur die Rechtsbeschwerdebegründungsfrist in Landwirtschaftssachen auszunehmen ist, weil sie in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt (vgl. GVG § 200 A II) — und die innerprozessualen.

**C.** GVG § 200 I bestimmt, daß in Nichtferiensachen in den Ferien keine Termine abgehalten und keine Entscheidungen erlassen werden sollen.

**C I.** Der Sinn sollte nur der sein, daß keine Urteile und keine Beschlüsse ergehen sollen, die im Prozeß entscheidende Bedeutung haben. Die ältere Rechtsprechung hat indes die Vorschrift sehr weit und streng ausgelegt.

a) Gegen prozeßleitende Verfügungen (Terminansetzungen, aber auch die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36) in den Ferien wurde nichts eingewandt.

b) Nach der hier vertretenen Auffassung wird auch das Armenrechtsverfahren nicht durch die Ferien gehemmt.

c) Das entsprechende sollte auch gelten für die Anträge auf Einstellung der Vollstreckung (so BGH Feriensenat v. 26. 8. 1954 II ZR 146/54);

d) wie für die Beweissicherungsverfahren.

e) Auch Ablehnungsverfahren sind nach OLG SchlHA 56/20 Feriensachen.

**C II. Wird in Nichtferiensachen entschieden**, so wird man fordern müssen, daß die Partei dies bei Vermeidung des Verlustes (§ 295) schon in der Verhandlung rügt, auf die eine solche Entscheidung ergehen könnte.

#### D I. Gesetzlich sind Feriensachen

a) nach GVG § 200 I: **a1**) Strafsachen (vgl. GVG § 200 A I); **a2**) Arrest- (§§ 916 folg.) und einstweilige Verfügungsverfahren (§§ 935 folg.), also einschließlich der Widerspruchsverfahren und der Rechtsmittelverfahren, auch des Antrags nach § 926; hier darf auch die Frist zur Klageerhebung innerhalb der Ferien gesetzt werden, weil sie außerprozessual ist; dazu gehört auch das Verfahren nach §§ 627 folg. (OLG NJW 51/607); **a3**) Meß- und Marktsachen (vgl. §§ 30, 217, 262, 499); **a4**) Mietstreitigkeiten (die Vorschrift entspricht GVG § 23 I 2a; auch wenn es um den mit einer Wohnung mitvermieteten Garten geht, liegt eine Feriensache vor: LG ZMR 53/24; Pachtstreitigkeiten gehören nicht hierher: OLG 29/77); **a5**) Streitigkeiten aus unehelichem Beischlaf (die Vorschrift nimmt GVG § 23 I 2f auf); **a6**) Wechselsachen. Nach der historischen Auslegung liegt eine solche schon vor, wenn aus einem Wechsel — nicht notwendigerweise im Wechselprozeß — ein Anspruch erhoben wird (RGZ 118/28 [30]), auch wenn von und gegen Parteien geklagt wird, deren Legitimation sich nicht aus dem Wechsel selbst ergibt (RGZ 78/316f.) oder deren wechselfähige Legitimation nicht gegeben ist, bei dem Wechselfälschungsanspruch (RG JW 07/313<sup>15</sup>) oder bei dem Anspruch auf Herausgabe der Wechselurkunde (OLG MDR 57/44); dies gilt auch, wenn der Rechtstreit sich im Nachverfahren (auf einen Wechselprozeß) befindet (BGH NJW 55/1678). Keine gesetzliche Feriensache ist die Widerspruchsklage gegen ein Wechselurteil bzw. die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 (RG N GVG § 202/6). **a7**) Bei Regreßansprüchen aus einem Scheck kommt es ebenfalls nicht auf die Prozeßart an, aber es müssen ebenfalls Scheckregreßansprüche sein, die geltend gemacht werden (auch hier hat im Nachverfahren nach einem Scheckprozeß der Vorsitzende des Feriensenats deshalb die Begründungsfrist verlängert, BGH v. 26. 8. 1954 I ZR 131/54); **a8**) bei Streiten um die Fortsetzung eines Baues, d. h. eines Bauwerkes (vgl. BGB § 638), nicht des Baues von Schiffen oder sonstiger beweglicher Sachen.

b) Ergänzt wird diese Regelung **b1**) durch Bauandbeschaffungsg § 36 I 2 und **b2**) bei Streiten wegen Störung elektrischer Anlagen nach G v. 6. 4. 1892 §§ 12, 13 II (RGBl. 467), die beides Feriensachen sind.

c) Ist der Anspruch, der eine gesetzliche Feriensache abgibt, mit dem einer Nichtferiensache gehäuft (§ 260), so ist der Gesamtprozeß eine Nichtferiensache (vgl. RGZ 118/28 [31], anders nach Trennung auf Grund des § 145). Ist die Klage insgesamt Feriensache, die Widerklage dagegen nicht, so ist der gesamte Prozeß Feriensache (RGZ 118/28 [34]). Ist nur die Widerklage Feriensache, aber die Klage nicht, so ist ebenfalls der gesamte Prozeß Feriensache (a. M. KG JW 31/1106<sup>19</sup>). Wird nur über Klage oder nur über die Widerklage durch Teilurteil entschieden, so tritt eine Trennung ein. Sind die Ansprüche im Eventualverhältnis geltend gemacht, so kann der Feriensachen-Eventualananspruch nicht den gesamten Streit zur Feriensache machen (BGH NJW 53/663 unter Aufgabe von BGH NJW 53/179). Doch sollte man dies auch im umgekehrten Falle gelten lassen (der Kläger hat es ja in der Hand, insoweit sich zu beschränken) und dann also auch, wenn über einen Hilfsanspruch, der nicht Feriensache ist, in der unteren Instanz nicht entschieden wurde, weil er in die höhere hineinwächst.

d) Das Entsprechende wie zu GVG § 200 D I c gilt bei der **Klagegrundhäufung**.

e) Ist eine Sache Feriensache, so wird sie nicht durch **Abtretung**, Schuldübernahme (OLG BayJMBL 52/266 i. F. des BGB § 419), Bürgschaft verändert.

**D II. Auf Antrag** werden **Feriensachen** durch den Amtsrichter, bei den Kollegialgerichten durch den Vorsitzenden, dazu erklärt (GVG § 200 IV 2).

a 1. Im amtsgerichtlichen Verfahren ist auf Antrag die Sache zur Feriensache zu erklären. Werden dann aber im Termin widersprechende Anträge gestellt, so ist die Feriensachenerklärung aufzuheben, falls kein Beschleunigungbedürfnis vorliegt. Widersprechende Anträge sind alle, wo nicht anerkannt, verzichtet wird oder Versäumnisurteil ergehen kann, hier allerdings einschließlich des kontradiktorischen (vgl. § 331 II, 2. Halbsatz). Wird der Beschluß aufgehoben, so gilt dasselbe wie für den ablehnenden Beschluß (GVG § 200 D II c).

a 2. Im Kollegialverfahren ist dagegen das Beschleunigungbedürfnis bei Stellung des Antrages darzutun, soweit es sich nicht schon aus der Sache selbst ergibt (auch kann hier der Einzelrichter zuständig sein, vgl. § 348 B I b 3). Nur im Verfahren nach BEG § 209 ist die Sache zur Feriensache zu erklären, ohne daß es auf ein Beschleunigungsbedürfnis ankäme.

b) Über den Antrag wird vom Amtsrichter bzw. vom Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung **durch Beschluß** entschieden, der stets beiden Parteien zuzustellen ist, weil er die Fristen in den Gerichtsferien in Lauf setzt (RGZ 146/381 für die Ingangsetzung der Berufungsbegründungsfrist); doch setzt auch die formlose Mitteilung die Fristen (einschließlich der Rechtsmittelbegründungsfrist) in Lauf nach § 187. Gegen den Beschluß, der die Sache zur Feriensache erklärt, gibt es kein Rechtsmittel (RGZ 31/410), wohl aber in der Verhandlung die Anrufung des Gerichts (GVG § 200 IV 2), das dann entweder endgültig bestätigt oder aufhebt. Im Falle der Aufhebung ist dann wieder die Beschwerde gegeben. Der Beschluß wirkt nur für die Instanz (RGZ 143/250 [251]). Ob er innerhalb der Instanz auf gewisse Prozeßhandlungen beschränkt werden kann, ist zweifelhaft (RGZ 53/04 hat in einer Beweissicherungssache die Frage auf die Verhandlung beschränkt, ob die Beweissicherung anzuordnen ist; BGH Feriensenat v. 24. 7. 1951 II ZA 14/51 hat das Armenrechtsverfahren zur Feriensache erklärt; vgl. GVG § 200 C I b), das Gesetz kennt solche Beschränkungen aber nicht.

c) Die **Ablehnung** ist dagegen durch Gerichtsbeschluß (nicht durch den Vorsitzenden allein) formlos dem Antragsteller mitzuteilen, der dagegen die einfache Beschwerde (RG JW 92/392<sup>1</sup> m. N., u. U. die einfache weitere Beschwerde) hat, aber nicht mehr gegen den Beschluß des OLG (§ 567 III), des BayObLG oder des BGH. Solche **Beschwerden** sind **von sich aus Feriensachen** (Baumbach-Lauterbach § 200 Anm. 8).

## § 201 (203)

**I Zur Erledigung der Feriensachen können bei den Landgerichten Ferienkammern, bei den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof Feriensenate gebildet werden.**

**A.** Innerhalb der Ferien gilt die gewöhnliche Geschäftsverteilung nicht (RGSt. DJZ 03/178<sup>20</sup>). Die Ferienkammern und die Feriensenate, deren Zahl der Landgerichtspräsident, der Oberlandesgerichtspräsident bzw. der Bundesminister der Justiz anordnen sollen, müssen auf Präsidialbeschluß besetzt werden (RGSt. 37/59, 40/85). Daß sie ohne ordentlichen Vorsitzenden (Chef-, Senatspräsident bzw. Direktor) besetzt sein dürfen, hat RGSt. 56/143 angenommen, aber wohl zu Unrecht.

**B.** Die Feriensenate sind auch zuständig überall dort, wo es keine Ferien gibt, also auch auf den Gebieten der Straf- und der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGH NJW 53/744). Bei einer innerhalb der Ferien nicht zu Ende geführten (aber innerhalb der Frist der StPO § 229 fortgesetzten) Hauptverhandlung bleibt der Feriensenat auch nach Beendigung der Ferien zuständig (BGHSt. NJW 56/801).

**§ 202 (204)**

**I Auf das Kostenfestsetzungsverfahren, das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren, das Konkursverfahren und das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses sind die Ferien ohne Einfluß.**

**A I.** Über das Kostenfestsetzungsverfahren vgl. §§ 103 folg., über das Mahnverfahren vgl. §§ 688 folg.

**A III.** Weiter ist das gesamte Vollstreckungsverfahren des 8. Buches der §§ 704 folg. wie das ZVG einschließlich der Erteilung von Notfrist- und Rechtskraftzeugnissen, der Erteilung der Vollstreckungsklausel und des Verteilungsverfahrens (§§ 872 folg.) Feriensache, weshalb auch die Frist des § 878 zur Erhebung der Widerspruchsklage in den Gerichtsferien läuft (RG JW 98/222<sup>14</sup>).

**a)** Nicht hierher gehören die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen, nicht die aus der Vollstreckung entstehenden Klageverfahren (§§ 731, 767, 771, RG N GVG § 204/1), auch das Verfahren aus § 109 gehört nicht hierher (OLG 33/44).

**A V.** Über das Konkursverfahren vgl. KO §§ 71 folg., über das gerichtliche Vergleichsverfahren VglO §§ 1 folg.

III.  
Gesetz, betreffend die  
**Einführung der Zivilprozeßordnung**  
vom 30. 1. 1877 (RGBl. S. 244)  
unter Berücksichtigung der späteren Änderungen

**§ 1**

**I Die Zivilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.**

**A.** An die Stelle des kleindeutschen Reiches sind die BRD mit Westberlin und die DDR getreten; beide Gebietteile können als Inland i. S. der ZPO angesprochen werden. Doch hat dieses Inland kein gemeinschaftliches oberes Gericht mehr; soweit sich die Normen der ZPO deshalb auf ein gemeinschaftliches oberes Gericht beziehen, wird nur noch das beschränkte Gerichtsinland angesprochen. Die Eingliederung von Gerichten bedarf eines Gesetzes. Daß mehrere Gerichtsgebiete zu einem einheitlichen Staatsgebiet gehören, bedeutet noch nicht, daß sie ein einheitliches Gerichtsinland sind. Über die Ausgliederung der Gerichte infolge Gebietverlustes vgl. im besonderen ZuständigkeitänderungG.

**B.** Mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Entwicklungen in den Nachfolgestaaten wird hier nur von der Westdeutschlands (BRD und Westberlins) ausgegangen.

**B I.** Der örtliche Geltungsbereich des Prozeßrechts beschränkt sich auf das Recht, dem das angegangene Gericht unterworfen ist (lex fori).

**a)** Das inländische Gericht verfährt also stets nach seinem **Prozeßrecht** (RGZ 65/329 [331]), selbst wenn ausländisches materielles Recht anzuwenden ist, und auch, wenn das inländische Gericht nur als ersuchtes Gericht tätig wird (vgl. Haager ZPA Art. 14, aber auch Art. 14 II).

**a 1.** Zum inländischen Prozeßrecht gehört die **Beweisnorm**. Ob ein Zeuge berechtigt ist, sein Zeugnis zu verweigern, ist deshalb nach inländischem Prozeßrecht zu beurteilen (OLG Seuff. 77/92), während, wenn die Zeugenvernehmung nach inländischem Prozeßrecht zulässig ist, nicht geprüft wird, ob sie auch das ausländische Recht des ersuchenden Gerichts zuläßt. Andererseits wird am inländischen Gericht, wenn eine im Ausland stattgefundene Beweisaufnahme verwertet wird, nicht geprüft, ob sie nach ausländischem Prozeßrecht wirksam ist, wenn sie nur dem inländischen genügt (§ 369, RGZ 2/371 [374]). Das entsprechende gilt bei der **Verurteilungsnorm**. Sieht man die Möglichkeit, Zug um Zug zu verurteilen als zum inländischen Prozeßrecht gehörend an, so wird auch dann darauf erkannt, wenn das Rechts-

verhältnis dem ausländischen außerprozessualen Recht unterliegt und nach ihm zu beurteilen ist, mag auch das ausländische Prozeßrecht die Zug-um-Zug-Verurteilung nicht kennen (RGZ 46/193 folg. in bezug auf englisches Recht). Würde man dagegen davon ausgehen, daß die Zug-um-Zug-Verurteilung dem inländischen außerprozessualen Recht zuzuweisen sei und würde sie das ausländische Recht nicht kennen, so dürfte bei seiner Anwendung nicht auf Leistung Zug um Zug erkannt werden. Für ein Verfahren, das im Inland unzulässig ist (bei der Klage auf Trennung von Tisch und Bett), wird das inländische Gericht auch dann nicht zuständig, wenn das ausländische Recht auf es verweist (RGZ 167/193 [198]).

a 2. Im Gegensatz zur Beweisnorm gehört die **Beweislastnorm** zu dem Recht, auf das sie sich bezieht. Die an außerprozessuales Recht anknüpfenden ausländischen Beweislastnormen sind, wenn ausländisches materielles Recht zu beurteilen ist, anzuwenden (vgl. BGHZ 3/342 [346]).

b) Soweit das inländische Prozeßrecht allerdings auf ausländische Normen zurückgreift, gelten sie auch im Prozeßrecht (vgl. §§ 55, 328, 723).

**B II. Ändert sich das Prozeßgesetz, so kommt es zumeist zu Übergangsvorschriften.**

a) Grundsätzlich tritt jedenfalls das **neue Prozeßrecht** sofort in Kraft, und zwar auch für schon schwebende Prozesse (RGZ 168/175 u. a.). Andererseits darf im voraus nicht schon so verfahren werden, wie es nach Erlaß der Entscheidung nach neuem Recht geschehen soll (RG N § 538/7 bei der Einführung der notwendigen Zurückverweisung nach § 538 I 3, sofern das Grundurteil schon vor dem 1. 1. 1900 erlassen war; während sonst diese Bestimmung sofort anzuwenden war: RG N § 538/3). Soweit nicht durch Übergangsvorschriften etwas anderes bestimmt wird, gilt demnach das folgende:

a 1. Alle **Prozeßhandlungen** (§ 38 B II e), die unter dem alten Recht wirksam vorgenommen sind, bleiben gültig (RG N EG ZPO § 1/1); vom Inkrafttreten des neuen Rechts an werden sie aber nach dem neuen beurteilt (RGZ 110/160 [162] u. a.). Wird eine Prozeßhandlung nach neuem Recht — im Gegensatz zum alten — zugelassen und ist sie z. Z. des Inkrafttretens des neuen Rechts noch zulässig, so wirkt sie, wenn sie auch unter dem alten Recht unzulässigerweise vorgenommen war (RG N § 554/91, § 554/89). Abweichend verlangte indes RGZ 111/31 noch, daß ein vor dem 1. 6. 1924 verkündetes Urteil noch zugestellt werden mußte, bevor Berufung eingelegt werden konnte. Im übrigen wird das Rechtsmittel grundsätzlich nach dem neuen Verfahren abgewickelt (RGZ 19/416 [417] u. a.). **Unterlassungen**, die Verwirklichungsfolgen nach altem Recht nach sich zogen, bleiben wirksam, falls nicht das neue Recht diese Voraussetzungen ändert, die Norm mildert; wenn die neue Norm ihre Wirkungen im Verhältnis zum alten Recht verschärft, dann dürfen sie unter dem neuen Recht nachgeholt werden (RGZ 49/429 u. a.). Dies gilt auch für den **Erlaß der Entscheidungen** (R ArbG E 1/3). Jedenfalls darf keine Entscheidung nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes mehr ergehen, die nach neuem Recht nicht zu rechtfertigen ist (vgl. OLG JW 26/816<sup>18</sup>). Die Zulässigkeit der **Rechtsmittel** richtet sich nach dem Zeitpunkt ihrer Einlegung (vgl. OGHZ 1/149, RGZ 135/121 [123] u. a.), wenn nicht bis dahin die Entscheidung schon rechtskräftig geworden ist. Auch der Fristenlauf ist nach der Zeit der Einlegung des Rechtsmittels zu beurteilen (R ArbG E 1/3, 7). Die Begründungsfrist richtet sich nach der Zeit der Einlegung des Rechtsmittels (R ArbG E 1/68). Eine spätere Beschränkung macht das zulässigerweise eingelegte Rechtsmittel nicht unzulässig (RG JW 25/362<sup>16</sup>). Doch ist es möglich, daß auch nachträglich, d. h. nach Rechtskraft der Entscheidung das Rechtsmittel durch Gesetz zugelassen wird.

a 2) Die Zuständigkeit der Gerichte bleibt aufrechterhalten, wenn sie einmal begründet war (vgl. § 263 II 2); auch die Parteifähigkeit, die einmal gegeben war, bleibt aufrechterhalten, auch wenn das neue Prozeßrecht sie nicht mehr gewährt (etwa die aktive Parteifähigkeit der nicht rechtsfähig n V. rein<sup>9</sup>, vgl. § 50 II). Wurden andere **Prozeßbedingungen** neu eingeführt, so gelten sie sofort (ex nunc: etwa wenn der Rechtsweg versperrt wird oder umgekehrt, wenn er neu eröffnet wird; ebenso wenn die gesetzliche Vertretung oder die Postulationsfähigkeit durch Gesetz neu geregelt wird, soweit sie noch erforderlich sind — also nicht mehr nach Verhandlungsschluß, vgl. § 249 III); dies gilt auch bei der Einführung von Sondergerichten, sofern hier keine Übergangsnormen geschaffen werden.

b) Zurückwirken können Prozeßgesetze nur bedingt.

b 1. Ist das Verfahren bereits abgeschlossen, so kann nur entweder in den ausgeurteilten Anspruch — also außerprozessual — oder dadurch eingegriffen werden, daß eine Wiederaufnahmemöglichkeit geschaffen wird.

b 2. Bezieht sich die neue Norm auf einen Tatbestand, der erst nach ihrem Inkrafttreten sich bilden soll, so darf sie nicht auf einen vorher entstandenen angewandt werden (vgl. RGZ 155/327 [332]).

c) Sondergesetze regeln bisweilen das Übergangsrecht besonders. Sind sie nicht gegeben, so wird man von der Kontinuität der Gerichte und der Verfahren auszugehen haben. Doch sind die Verfahren aus der Kriegzeit, soweit sie nicht übergeleitet wurden (Kommentar EG § 1 B II c 5), als erledigt angesehen worden, so daß BGH LM-ZPO §321/1 das Urteil des RG nicht nach § 321 ergänzt hat. Doch bleiben Restitution- und Nichtigkeitklagen zulässig (OGH NJW 50/65, BGH v. 13. 7. 1954 V ZR 56/50).

## § 2

**I Das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird für den ganzen Umfang des Reichs durch eine Gebührenordnung geregelt.**

A. Die Kostengesetze für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind niedergelegt in: dem GKG v. 18. 6. 1878 i. F. des G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 861 [941]). Ergänzt wird das GKG durch die JVKostenO v. 14. 2. 1940 (RGBl. I 357) i. F. des G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 861) Art. IV mit landesrechtlichen Ergänzungen. Sie sind weiter niedergelegt im GVKostG (v. 26. 7. 1957 [BGBl. I 861, 887] Art. III) mit landesrechtlichen Ergänzungen, ferner im ZUSGebG (v. 26. 7. 1957 [BGBl. I 861, 902] Art. VII), der BRAGebO (v. 26. 7. 1957 [BGBl. I 861, 907] Art. VIII), der Regelung der Gebühren und Auslagen der Rechtsbeistände (G v. 26. 7. 1957 [BGBl. I 861, 931] Art. IX).

B. Diese G werden ergänzt durch das G über die Beordnung von Patentanwälten in Armensachen v. 5. 2. 1938 (RGBl. I 116) i. F. des G v. 7. 8. 1952 (BGBl. I 401). Über die Entschädigung von Laienrichtern vgl. G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 861 [931]) Art. VI. Über die Kosten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vgl. ArbGG § 12 i. F. des G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 861, 933) Art. X § 12 I 1, 2.

## § 3

**I Die Zivilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.**

**II Insoweit die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.**

A. Die ordentlichen Gerichte (GVG § 12, EGGVG § 8) verfahren in bürgerlichen Rechtsstreiten nach der Zivilprozeßordnung, die allerdings, soweit dies die ZPO zuläßt, durch die Landesgesetzgebung ergänzt werden darf (vgl. EG § 14). Was nach Bundesrecht vor die ordentlichen Gerichte gehört, ist in GVG § 13 geregelt. Ausnahmen hiervon sind nach § 801 und EG § 11 für die landesrechtlich geregelten Aufgebotsverfahren zugelassen.

B. Sind aber bundesrechtlich besondere Gerichte der Landesgesetzgebung vorbehalten (GVG § 14, EGGVG § 3), so darf das dafür vorgesehene Verfahren landesgesetzlich ausgestaltet werden. Doch darf in diesem Falle auch die Landesgesetzgebung die landesrechtliche Sondergerichtsbarkeit den ordentlichen Gerichten übertragen und in diesem Falle ihnen auch ein besonderes Verfahren vorschreiben (EG § 3 II). Soweit hiernach die ZPO anzuwenden ist, gilt ihre jeweilige Fassung (RG JW 13/606; vgl. aber auch die abweichende Entscheidung BGHZ 15/221 = NJW 55/181 zu HessAG GVG Art. 20 im Verhältnis zu GVG § 70 III a. F. = § 71 III n. F.).

## § 4

**I Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.**

A. Die Bestimmung schließt nicht verwaltungsrechtliche Vorbescheide aus (RGZ 17/416 [418], vgl. GVG § 13 B V b) wie sonstige Erschwerungen des Rechtswegs (RGSt. 15/325, RGZ 55/61), doch kann durch Landesrecht kein bürgerlicher Anspruch, der vor die ordentlichen Gerichte gehört, ausgeschlossen werden, etwa bei von dritten gegen den Staat erhobenen Ansprüchen aus Amtspflichtverletzungen, wo nicht die Prüfung der ordentlichen Gerichte darüber, ob die Amtshandlung rechtmäßig ist, beschränkt werden kann (RGZ 106/34 [40] nach altem Recht), wenn auch öffentlich-rechtliche Vorfragen, welche die ordentlichen Gerichte als Hauptfrage nicht entscheiden (etwa ob jemand Beamter i. S. des Beamtenrechts ist), anderweit — auch landesrechtlich — zur Entscheidung gestellt werden dürfen. EG § 4 setzt stets einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch voraus (RGZ 56/215). Landesrechtliche Einschränkungen des Rechtsweges sind aber nur so weit zugelassen, wie ihnen das Bundesrecht nicht entgegensteht. Umgekehrt darf die Bundesgesetzgebung vorschreiben, daß eine Klage nur von einer bestimmten Behörde oder mit deren Einwilligung erhoben werden darf (soweit der Bund dazu die Gesetzgebungskompetenz hat).

## § 7

**I Ist in einem Land auf Grund des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Vorschriften der §§ 553, 553 a der Zivilprozeßordnung gelten entsprechend.**

**II Das oberste Landesgericht entscheidet ohne mündliche Verhandlung endgültig über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen zu bestimmen und den Parteien bekanntzumachen. Erklärt es sich dagegen für unzuständig, weil der Bundesgerichtshof zuständig sei, so sind diesem die Prozeßakten zu übersenden.**

**III Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für den Bundesgerichtshof bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof ist von Amts wegen zu bestimmen und den Parteien bekanntzumachen.**

**IV Die Fristbestimmung im § 555 der Zivilprozeßordnung bemißt sich nach dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an den Revisionsbeklagten.**

**V Wird der Beschluß des obersten Landesgerichts, durch den der Bundesgerichtshof für zuständig erklärt wird, dem Revisionskläger erst nach Beginn der Frist für die Revisionsbegründung zugestellt, so beginnt mit der Zustellung des Beschlusses der Lauf der Frist für die Revisionsbegründung von neuem.**

**VI Die vorstehenden Vorschriften sind auf das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte in den Fällen des § 519 b Abs. 2 der Zivilprozeßordnung entsprechend anzuwenden.**

A. Über die Errichtung und die Funktionen des BayObLG vgl. EGGVG §§ 8—10.

B. Die Revision gegen ein bayr. Gericht (nicht gegen ein außerbayerisches: RG JR 25/B 1689) ist nach EG § 7 I ausschließlich beim BayObLG einzulegen, nicht beim BGH. Für die Form der Revisionseinlegung verweist EG § 7 I 2 ausdrücklich auf §§ 553, 553 a; aber auch die sofortige Beschwerde richtet sich nach §§ 519 b II, 577. Über die Postulationsfähigkeit vgl. EG § 8 I. Die sofortige Beschwerde gegen die Beschlüsse der BayOLG (vgl. § 519 b II) darf entweder bei dem (betroffenden) BayOLG (dann aber durch einen bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt) oder bei dem BayObLG (über die hier zugelassenen Rechtsanwälte) eingelegt werden; die bei dem BGH eingelegte ist dagegen unzulässig.

**B I.** Ist eine an sich statthafte (§ 511 B I a 1) Revision bzw. sofortige Beschwerde bei dem BayObLG eingelegt, so **entscheidet das BayObLG**, ob es selbst oder der BGH zur Verhandlung und Entscheidung zuständig ist, unanfechtbar und bindend (RG JW 10/749; BayObLG 1955/12) **durch Beschluß** (regelmäßig) ohne vorgängige mündliche Verhandlung (EG § 7 II 1, III 1).

a) Sind die Revision bzw. die sofortige Beschwerde **an sich unstatthaft** (vgl. §§ 511, 545, 567) oder liegt gar keine Revisions- bzw. Beschwerdeschrift vor, so darf das BayObLG ohne Rücksicht darauf, ob es sonst zuständig wäre, die Revision bzw. die sofortige Beschwerde als unzulässig verwerfen, während es über die sonstige Zulässigkeit (im besonderen Wahrung der Fristen) erst befindet, wenn es seine Zuständigkeit festgestellt hat (vgl. BayObLG v. 28. 5. 1951 Rev.Reg. I 28/51). Jedenfalls prüft der BGH nochmals (nach Verweisung) die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach (BGH III LM-ZPO § 233/42 auch bzgl. der Wiedereinsetzung).

b) Der Beschluß des BayObLG über die Zuständigkeit wird allen Beteiligten **von Gerichts wegen zugestellt** (arg. EG § 7 V). In entsprechender Anwendung des § 553 a II sollte man dem Revisionsbeklagten den Beschluß mit der Mitteilung zustellen, wann er dem Revisionskläger zugestellt worden ist (um ihm die Möglichkeit für die Anschlußrevision zu wahren). Wird der Beschluß nur mitgeteilt, so gilt § 187 (eine Notfrist wird durch ihn nicht in Lauf gesetzt, sondern nur die neue Revisionsbegründungsfrist).

**B II.** Hat sich das BayObLG für unzuständig erklärt und den Streit an den BGH verwiesen, so wird **ab Zustellung** des Beschlusses an den beteiligten Revisionskläger der BGH zuständig. Dennoch darf noch der Revisionskläger das Rechtsmittel durch einen für die Einlegung der Revision beim BayObLG postulationsfähigen Anwalt zurückzunehmen (BGH LM-ZPO § 78/3).

a) **Bis zum Verweisungsbeschluß** ist das BayObLG Revisionsgericht (RGZ 65/130 [131]); Wiedereinsetzungsanträge, Einstellung- und Armenrechtsgesuche sind bei dem BayObLG anzubringen (BGH LM-ZPO § 233/45), worüber dann nach Verweisung der BGH zu entscheiden hat (BGH LM-ZPO § 719/6 für den Einstellungsantrag nach § 719 II). Das BayObLG ist für die Entscheidung eines Armenrechtsgesuchs zur Einlegung der Revision auch dann zuständig, wenn es — später: nach Einlegung der Revision — den Streit an den BGH verweist (BayObLG v. 1. 2. 1955 ArmReg 2/55, RReg. 1 Z 21/55). Nach Verweisung entscheidet der BGH über einen neu zu stellenden Antrag neu. Durch den Verweisungsbeschluß wird das Verfahren nicht unterbrochen (RG Warn. 12/184).

b) Ab Zustellung des Verweisungsbeschlusses an den Revisionskläger läuft eine **neue Revisionsbegründungsfrist** (EG § 7 V); doch kann die Revision nunmehr nur noch von einem bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwalt wirksam begründet werden (RG N EGZPO § 8/3). Auch darf der Revisionsbeklagte innerhalb dieser Frist Anschlußrevision einlegen und begründen (§ 556). Die Frist läuft auch dann neu, wenn die vor dem BayObLG laufende Frist schon abgelaufen war (BGH v. 15. 3. 1957 VI Z 24/36).

**B III.** OLG NJW 59/993 hat für die Einlegung der Revision bei dem ObLG eine<sup>13/20</sup> Gebühr den Anwälten zugebilligt (vgl. BRAGEBO § 56 I 1).

**C.** Bleibt dagegen die Sache bei dem BayObLG, so läuft von dem Beschluß, der dies bekannt gibt, keine neue Begründungsfrist mehr (BayObLG 1955/148).

## § 8

**I** Der Bestellung eines bei dem obersten Landesgericht oder bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts bedarf es erst, nachdem das oberste Landesgericht über die Zuständigkeit entschieden hat. Für die dieser Entscheidung vorhergehenden Handlungen können die Parteien sich auch durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

**II** Die Zustellung der Abschrift der Revisionschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt gemäß § 210 a der Zivilprozeßordnung.

**A.** EG § 8 I 2 regelt in Abweichung von § 78 I die **Postulationsfähigkeit** des Rechtsanwalts bis zur Zustellung des Beschlusses, durch den das BayObLG über die Zuständigkeit entscheidet, an den Revisionskläger (RG JW 08/144<sup>15</sup>).

**A I.** Postulationsfähig ist bis zu dem Beschluß des BayObLG über die Verhandlungszuständigkeit (EG § 7) jeder bei einem (also auch nicht bayerischen) Land- oder einem Oberlandesgericht zugelassene Rechtsanwalt; also bloß nicht der, welcher nur an einem AG oder am BGH zugelassen ist. Die Prozeßhandlungen dieses Postulationsfähigen bleiben wirksam (RGZ 65/81 [86], 131 u. a.).

**A II.** Von der Zustellung (über den Zugang vgl. § 187) des Beschlusses ab, durch den das BayObLG seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit ausspricht, kann nur noch entweder, wenn das BayObLG seine Zuständigkeit bejaht, der an diesem Gericht zugelassene Rechtsanwalt wirksam Prozeßhandlungen vornehmen bzw., wenn es seine Unzuständigkeit ausgesprochen hat, der bei dem BGH zugelassene; ausgenommen wird davon nur die Rücknahme der (Anschluß-)Revision (EG § 7 B II).

**A III.** Der Beschluß über die Zuständigkeit wird dem Prozeßbevollmächtigten des Revisionsklägers **zugestellt**, der sie eingelegt hat (bzw. sie vor dem BayObLG verfolgt). Solange sich für den Revisionsbeklagten kein anderer Anwalt gemeldet hat, wird ihm nach § 210a zugestellt (vgl. EG § 8 II).

## § 9

**I** Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

In der Bekanntmachung der Nov. 1950 wird die Vorschrift als gegenstandslos bezeichnet.

## § 11

**I** Die Landesgesetze können bei Aufgeboten, deren Zulässigkeit auf landesgesetzlichen Vorschriften beruht, die Anwendung der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen.

**A.** Von dem Vorbehalt ist verschiedentlich in den Ausführungsgesetzen zur ZPO und in anderen Gesetzen Gebrauch gemacht worden.

**B.** Über die Aufgebotsfälle nach Landesrecht vgl. für die früher preußischen Gebiete (mit Ausnahme Nds.): Pr. ABG § 110, Pr. FischereiG §§ 9—15; und ferner Bad AG ZPO §§ 11—15; BayAG ZPO + KO Art. 29—32, BayBergG Art. 147 V; BayAG BGB Art. 49—57, 111—121; Bremen AG ZPO §§ 4 folg.; Hamburg AG ZPO §§ 4 folg.; HessAG ZPO §§ 9—12, AG BGB Art. 71; LippeAG ZPO §§ 10 folg.; Nds. G v. 18. 12. 1959 (GVBl. 149) § 3; WürttAG BGB Art. 283—287.

**C.** Die Regelung im EG ist durch EGZVG § 12 erweitert worden auf die Fälle, in denen bei der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung ein Aufgebotsverfahren erforderlich wird.

## § 12

**I** Gesetz im Sinne der Zivilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Vgl. § 550.

## § 13

**I Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Zivilprozeßordnung nicht berührt.**

II-IV sind überholt.

## § 14

**I Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Zivilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.**

**II Außer Kraft treten insbesondere:**

- 1. die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter;**
- 2. die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkung zulassen;**
- 3. die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;**
- 4. die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren;**
- 5. die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.**

**B I a)** Ist Tatbestandsvoraussetzung eines außerprozessualen Anspruchs eine strafrechtliche Entscheidung, so muß sie vorliegen (vgl. RVO § 903; G über die Entschädigung im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochener und für unschuldig erlittene Untersuchungshaft §§ 4, 5 bzw. § 581).

**B II.** Aufgehoben sind die **Beweismittelbeschränkungen** besonders des französischen und des bayrischen Rechts, Beweislastnormen gehören nicht hierher. Soweit hier ausländisches Recht Beweismittelbeschränkungen vorschreibt, ist es im Inlande nicht anwendbar (a. M. KG JW 29/448<sup>3</sup> für SowjZGB § 136); ergeht darüber ein ausländisches Urteil, so ist es für seine Anerkennung entscheidend, ob man in der Verletzung des deutschen Prozeßrechts die der öffentlichen deutschen Ordnung sieht (vgl. § 328 I 4 und § 328 E IV a).

**B III.** Zur Aufhebung der gesetzlichen **Beweisregeln** vgl. auch EG § 16 I 1.

**B IV.** Gerichtliche **Moratorien** kannte die ZPO nicht; vgl. jetzt aber §§ 813 a I, 900 IV.

**B V.** Im Urteil übergangene **Nebenansprüche** gelten nicht mehr als aberkannt wie nach früherem preußischen und gemeinen Recht; sie dürfen vom Beschwerzten nach § 321 verfolgt werden.

**C. Verweisungen auf Landesrecht** enthalten die §§ 148 III, 680 V, 801, 813 IV, 871, 1006 III, 1009 III, 1023, 1024. In diesem Rahmen ist auch noch die Bildung neuen Landesrechts zugelassen. Soweit landesrechtlich Sondergerichte noch bestehen und zugelassen sind, darf auch das Landesrecht ihr Verfahren ordnen, vgl. EG § 3.

## § 15

**1 Unberührt bleiben:**

- 1. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht;**

2. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;
3. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen einen Gemeindeverband oder eine Gemeinde, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt worden;
4. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen auf die Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger des Schuldners, soweit sie in das zu einem Lehen, mit Einschluß eines allodifizierten Lehens, zu einem Stammgute, Familienfideikommiß oder Anerbengute gehörende Vermögen stattfinden soll, die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gegen einen Erben des Schuldners entsprechende Anwendung finden.

A. EG §§ 15, 16 ergeben nur die einzelnen aufrechterhaltenen landesrechtlichen Bestimmungen. Als Ausnahmenvorschriften sind die Regeln eng auszulegen und gestatten keine Erweiterung.

B. Dies gilt zunächst von Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß landesrechtlich ein **Kompetenzkonflikt** zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden — oder -gerichten nach besonderen Vorschriften auszutragen ist (die Bestimmung führt GVG § 17 I 2 folgerecht durch).

B I. Vorausgesetzt wird hier also, daß ein Kompetenzgerichtshof eingerichtet worden ist. Er besteht **nur noch in Bayern** nach G v. 18. 8. 1879 Art. 11—13 (GVBl. 991 = bereinigte Sammlung III 204). Nach BayG Art. 11 III wird das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten von der wirksamen Erhebung des Kompetenzkonfliktes bis zur Entscheidung des Kompetenzkonfliktgerichtshofs unterbrochen.

a) Über die Wirkung vgl. § 245 B.

b) Über die Landesgrenzen hinaus wirkt die Entscheidung nicht (RGZ 152/178 [185]), im besonderen nicht mehr, wenn mit dem Streit schon der BGH befaßt ist (vgl. GVG § 17).

C. EG § 15 I 2 hält die landesrechtlichen Vorschriften aufrecht, soweit sie das Verfahren bei Streitigkeiten über die Zwangsenteignung und ihre Entschädigung den ordentlichen Gerichten zuweisen; doch muß der ordentliche Rechtsweg für das Entschädigungsverfahren zugelassen werden (GG Art. 14 III 4). Daneben gelten noch die Bestimmungen, wonach in **bestimmter Frist Klage** zu erheben ist oder wonach ein bestimmter Gerichtstand angeordnet wird oder wonach die Kosten der ersten Instanz in jedem Falle den Unternehmer treffen, wenn er den Antrag auf richterliche Entscheidung gestellt hat (PrEnteignungsG § 30 V), was aber nicht für die Kosten der Widerklage des Enteigneten gilt (RGZ 34/194).

D. Die **Vollstreckung gegen den Fiskus** und öffentlich-rechtliche Körperschaften ist bis auf die Gemeinden und Gemeindeverbände jetzt in § 882a geregelt; wegen Geldforderungen gegen Gemeinden und Gemeindeverbände ist das Landesrecht zuständig. Gegen Gemeinden dürfen Zwangsvollstreckungen nur unter Einschaltung der Aufsichtsbehörde durchgeführt werden. In den Ländern regeln dies folgende Bestimmungen: B-W: GemO v. 25. 7. 1955 (GBl. 129) § 127, Bay. GemO v. 25. 1. 1952 Art. 65 (GVBl. 19), BayLandkreisO v. 16. 2. 1952 (GVBl. 39) Art. 59; BayBezirksO v. 27. 7. 1953 (GVBl. 107) Art. 57; Hess. GemO v. 25. 2. 1952 § 146 (GVBl. 269), Nds.: GemO v. 4. 3. 1955 (GVBl. 55) § 136 (vgl. G v. 21. 12. 1948 — GVBl. 18); Nds. KreisO v. 31. 3. 1958 (GVBl. 17) § 68; NRW GemO v. 21. 10. 1952 § 114 (GVBl. 269); NRW LandschaftsverbandO v. 12. 5. 1953 (GVBl. 271) § 31; Rh.-Pf.: SelbstverwG v. 24. 9. 1948 Teil A § 122 (GVBl. 335); Saarland GemO v. 10. 7. 1951 (Abl. 995) § 139; SchlH: GemO v. 24. 7. 1950 § 131 (GVBl. 25). Bei Zwangsvollstreckungen gegen die Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg gilt § 882a. Über die Vollstreckung gegen den Bund und Körperschaften des öffentlichen Rechts vgl. § 882 a B I.

E. Die Vorschrift des EG § 15 I 4 ist gegenstandslos, da der Rechtsnachfolger nunmehr Erbe des Rechtsvorgängers ist. Es braucht hier also nicht mehr auf das frühere Recht eingegangen zu werden. Die Vollstreckung in Höfe ergibt sich aus der bundesgesetzlichen Regelung.

## § 16

### **I Unberührt bleiben:**

- 1. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;**
- 2. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;**
- 3. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können.**

## § 17

**I Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.**

**II Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden bleiben unberührt, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.**

A. EG § 17 II ist mit der Anlegung des Grundbuchs gegenstandslos geworden (vgl. EGBGB Art. 186), vgl. auch BGB § 1139. Zu EG § 17 I vgl. BGB § 368.

## § 24

**I Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, daß gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht wird.**

A. Vgl. KO § 5 II; EGBGB Art. 31. Die Bestimmung ist z. Z. nicht ausgestaltet (vgl. auch das G über die Aufhebung von Kriegsvorschriften v. 14. 6. 1951 — BGBl. I 391). Die Gerichte sind nicht befugt, auf Grund des EG § 24 unmittelbar ein Vergeltungsrecht zu üben. Nur in dem Fall der §§ 110, 114, 328, 723 wird die Stellung des Ausländers möglicherweise noch unterschiedlich von der des Inländers behandelt. An Stelle des Reichskanzlers ist jetzt der Bundeskanzler getreten (GG Art. 129 I).

IV.

## Zivilprozeßordnung

vom 30. 1. 1877 in der Fassung der Bekanntmachung  
vom 12. 9. 1950 (BGBl. 533)  
mit den ihr nachfolgenden Änderungen

Erstes Buch

### Allgemeine Bestimmungen

Erster Abschnitt

#### Gerichte

Erster Titel

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte

### § 1 (1)

**I Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.**

**A.** Die ZPO regelt das Verfahren des bürgerlichen Rechtstreits.

**A III.** Das Recht der **ZPO** gilt vielfach (meist subsidiär) auch für sonstige Verfahren,

**a)** im besonderen in dem der **Sondergerichte**.

**a 1.** Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt das Recht der ZPO grundsätzlich (vgl. ArbGG §§ 46 I 1, 64 II 1, 72 III, 78, 79).

**B III a)** Soweit ein ordentliches Gericht als solches befaßt wird, ist es dieses im Sinne des GVG § 12, gleichviel welche Aufgaben ihm übertragen sind, wie es benannt ist, und nach welchen sonstigen Bestimmungen es zu verfahren hat.

**b)** Unter der sachlichen Zuständigkeit **i. S. der ZPO** versteht man die Abgrenzung mehrerer Gerichte desselben Bezirks in der ersten Instanz, also die des AG vom LG. Sie wird, wie § 1 sagt, durch das GVG (§§ 23, 71, 72) — im allgemeinen — geregelt, aber nicht nur durch das GVG, sondern auch durch die ZPO (vgl. § 767 u. a.). Die sachliche Zuständigkeit ist unter den Voraussetzungen der §§ 38—40 durch Parteivereinbarung bestimmbar; soweit sie der Parteivereinbarung entzogen ist, ist sie ausschließlich.

**B IV a)** Die **Geschäftsverteilung** regelt die Zuständigkeit mehrerer gleich berufener Organe desselben Gerichts derart, daß sie bestimmt, welches von diesen mehreren gleichgeordneten Organen in einem bestimmten Einzelfall tätig zu werden hat. Sie setzt die Berufung der Organe voraus (§ 1 B IV b). Die Geschäftsverteilung richtet sich nach einem (Jahres-)Plan, der von den Gerichten (Organen der Gerichte) aufgestellt wird. Über sie vgl. GVG §§ 22 b, c; 63; 117; 131.

**b)** Durch die **funktionelle Zuständigkeit** wird eine verschiedenartige Berufung mehrerer Organe desselben Gerichts abgegrenzt (Richter, Rechtspfleger).

**B V.** Eine **Zuständigkeitsbegrenzung** besonderer Art ist die Einteilung in **Instanzen**. Sie gehört unter den Begriff der sachlichen Zuständigkeit i. w. S., aber nicht i. S. der ZPO. Instanzverschiebungen können bei Kollisionen wie dem Wegfall von Gerichten eintreten.

## § 2 (2)

**I** Insoweit nach dem Gesetz über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Wert des Streitgegenstandes abhängt, gelten die nachfolgenden Vorschriften.

**A.** Nach dem Streitwert werden abgegrenzt die Zuständigkeit des AG von der des LG nach GVG § 23, die Zulässigkeit der Rechtsmittel und der Bagatelverfahren, die Zulässigkeit einer einzutragenden Zwangs- oder Arresthypothek, der Ausspruch vorläufiger Vollstreckbarkeit und die Gebührenberechnungen.

**A I b)** **Vermögensrechtlich** sind Werte, die nach allgemeiner Auffassung in Geld ausdrückbar sind (man darf sie als wirtschaftliche bezeichnen). Der Kreis der nicht vermögensrechtlichen Werte ist laufend eingeeignet worden und auch dort, wo man heute noch nichtvermögensrechtliche Streite annimmt, steht häufig der wirtschaftliche Wert in Wahrheit zur Entscheidung. Doch kommt es nicht auf die individuelle Wertung an, sondern auf die der Allgemeinheit (der Öffentlichkeit), so daß sehr wohl für den einzelnen das ein vermögensrechtlicher Wert sein kann, was er für die Öffentlichkeit nicht ist, wie umgekehrt (RGZ 61/89).

**b 1.** **Nicht vermögensrechtlicher Art** sind eine Reihe von Menschenrechten und von Grundrechten, also das auf Freiheit der Person, auf Leben, körperliche Unversehrtheit (Gesundheit), Freiheit von geschlechtlichem Zwang; das auf Glaubens- und Gewissensfreiheit; das auf Freiheit der Meinungsäußerung; das auf das Recht am eigenen Bilde (LitUrheberG § 22); das auf Ehe und Familie; das auf Erziehung im Rahmen des GG Art. 7; das auf Versammlung- und Vereinigungsfreiheit; das auf Wahrung des Brief- und Postgeheimnisses; das auf Freizügigkeit; das auf Staatsangehörigkeit und politischen Schutz; das Petitionsrecht. Ferner gehören dahin: das Recht auf den Namen (bei physischen Personen und ideellen Vereinen; vgl. BGB § 12, RG JW 99/574<sup>8</sup>; nicht aber das auf den Handelsnamen — die Firma —, obwohl sie nicht zur Konkursmasse gehört, KO § 1; bei der Klage aus BGB § 12 auf Unterlassung der Führung einer Firmenbezeichnung wurde ein vermögensrechtlicher Streit angenommen, BGH LM-BGB § 12—21); auf die Ehre (vgl. RGZ 61/368; RG N § 546/84 will hier abgrenzen, ob die Beleidigung auch vermögensrechtliche Interessen betraf; doch kommt es auf die Auswirkungen nicht an), sowie die daraus entspringenden Rechte (meist öffentlich-rechtlicher Art) gegenüber dem Staat und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften auf (aktives und passives) Wahlrecht (auf die sog. bürgerlichen Ehrenrechte). Dahin gehören auch Rechte gegenüber der Kirche, wie die auf den „Ehrensitz“ (RG JW 10/590<sup>26</sup>), aber auch die um die Ehre des Toten bei einem Begräbnis (RG JW 02/93<sup>19</sup>), aber auch sonst bei dem Recht auf Bestattung an einem bestimmten Friedhofsplatz (RG HRR 31/138), und man sollte dazu auch das Recht der Bestattung an einer bestimmten Grabstelle gegenüber **Privaten** rechnen (wie die Beisetzung in einer Familiengruft; a. M. RGZ 8/200); die Klage auf Ablegung der Diakonissentracht einer ausgeschiedenen Diakonissin wurde als nicht vermögensrechtlich angesehen (OLG HRR 41/276). Auch die reinen Urheber- und Erfinderrechte (der reine Ruhm der Erfindung, vgl. BGHZ 14/72), das Recht auf Abänderung des Werks (vgl. KG JW 29/3099<sup>8</sup>), soweit sie keinen unmittelbaren geldwerten Anspruch zum Gegenstande haben (nicht aber Patente, Gebrauchsmuster, Warenzeichen: RG N § 549/230), sind nicht vermögensrechtlicher

Art. Weiter gehören hierher gegenüber Privaten etwa das Recht auf Mitgliedschaft (RG N § 546/105, oder die Vorstandseigenschaft in einem ideellen Verein; RG JW 35/2632<sup>15</sup>) bei nicht gewerblichen Vereinen (RG JW 00/417<sup>19</sup>), auch wenn dieser Verein mittelbar wirtschaftliche Ziele verfolgt (sofern er unter BGB § 21 fällt), wie ein Hausbesitzerverein (RGZ 88/332, HRR 29/256, doch sind hiervon BGH v. 30. 3. 1953 IV ZR 176/52, v. 18. 3. 1954 IV ZR 200/53 abgewichen, soweit diese Vereine ihren Mitgliedern eine gewerbliche oder berufliche Hilfeleistung leisteten und es um die Verwechslungsfähigkeit des Vereinsnamens geht). Dasselbe gilt für die ideellen nicht rechtsfähigen Vereine (RG N § 546/115; wovon bei Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke BGH MDR B 683/54 abgewichen ist). Ferner gehören hierher die reinen Familienrechte, soweit sie keinen geldwerten Anspruch zum Gegenstande haben; also Ehesachen (RGZ 40/412); die Feststellung der natürlichen Abstammung (BGHZ 5/385); doch wurde die Klage auf Feststellung der Zahlvaterschaft als vermögensrechtlicher Streit angesehen: RGZ 165/248. Auch das Recht eines Beamten auf Einsicht in die Personalakten (vgl. RGZ 139/396) ist nicht vermögensrechtlicher Art. Darüber, inwieweit für solche Rechte der ordentliche Gerichtsweg verschlossen ist, vgl. Kommentar GVG § 13 H I b I.

**b 2. Vermögensrechtlicher, d. h. geldwerter Art** sind alle sonstigen, u. a. regelmäßig die Grundrechte auf Freiheit der Arbeit, wozu auch das Unterlassen eines wirtschaftlichen Boykotts gehört (RG Warn. 09/524), auf Unverletzlichkeit der Wohnung und auf Eigentumschutz (GG Art. 14, 15) und regelmäßig das auf allgemeinen Rechtsschutz, die nur in Ausnahmefällen nicht vermögensrechtlicher Art sind (etwa die auf Rechtsschutz dann, wenn sie nicht vermögensrechtliche Ansprüche betreffen). Vermögensrechtlicher Art sind auch die Ansprüche, die sich auf die juristischen Personen (soweit sie nicht ideelle Vereine sind) beziehen, etwa auf die Mitgliedsrechte bei einer Genossenschaft (RGZ 89/336; wenn um die Vorstandstellung gestritten wird: RG N § 546/60); in einer Aktiengesellschaft bei Streit um die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat (RG N § 546/152), die Anfechtungsklagen (RG N § 546/158) oder in sonstiger Handelsgesellschaften die Ansprüche wegen der Firmenbezeichnung (RG JW 01/652<sup>7</sup>) wie der Namensgebrauch im Erwerbsinteresse (RG HRR 31/1297); die aus dem UWG (RGZ 40/412), WZG, Urheber- und Erfinderrecht, soweit sie geldswerte Ansprüche betreffen, also auch die des Schriftstellers gegen den Verleger (RG JW 04/391<sup>20</sup>) oder urheberrechtliche Unterlassungsansprüche (BGH MDR B 790/53); die auf eine bestimmte Grabstelle, wenn nur der Kauf dieser streitig ist (RG JW 90/150<sup>2</sup>); auch die Erteilung eines Zeugnisses wird (regelmäßig) einen vermögensrechtlichen Anspruch betreffen, weil es dem wirtschaftlichen Fortkommen dient, wie etwa das Führungszeugnis eines Handlungsgehilfen (RG JW 02/362) bzw. der Anspruch aus BGB § 824 aus verletzter Ehre (BGH v. 13. 7. 1955 VI ZR 18/54); auch die aus dem Familienrecht fließenden Ansprüche auf geldwerte Leistungen, wie die auf Unterhalt (RG JW 00/853<sup>3</sup>), auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses, die aus dem familienrechtlichen Güterrecht, sind vermögensrechtlicher Art (RGZ 144/158). Die Ansprüche aus Verlöbnis (wie aus unerlaubter Handlung) sind es, auch soweit ein sog. ideeller Schaden ersetzt wird (vgl. BGB §§ 825, 1300).

**C. Der Streit-(Rechtsmittel- usw.)wert** kann von den ordentlichen Gerichten **grundsätzlich nicht bindend** vor Erlaß der maßgeblichen Entscheidung durch Beschluß festgesetzt werden (RG DR 40 A 1953<sup>25</sup>); die Praxis pflegt indes Streitwerte auch schon früher festzusetzen, ohne daß damit eine — bindende — Zwischenentscheidung gefällt wird (vgl. OGH BZ v. 7. 2. 1950 II b ZS 9/50). Es sind auch Beschlüsse denkbar, welche früher gefaßt werden müssen und die mittelbar ergeben, daß ein bestimmter Streitwert erreicht ist, etwa die über ein beantragtes Armenrecht (BGH MDR 51/27<sup>3</sup>) oder die Beiordnung eines Notrechtsanwalts (§ 78 a, BGH v. 25. 4. 1951 II ZR 22/51).

**C I a)** Jedenfalls ist die gesonderte Streitwertfestsetzung nicht isoliert angreifbar (im besonderen nicht mit der Beschwerde: OLG HRR 35/375, KG JW 35/141<sup>5</sup>).

**b)** Ist der Streit-(Rechtsmittel-)wertfestsetzungsbeschluß auch grundsätzlich nicht allein angreifbar, so wird er nicht mehr abänderbar mit der Hauptentscheidung, sobald diese unabänderlich geworden ist (OLG HRR 35/375).

**C II b)** Im ordentlichen Verfahren ist (anders im arbeitsgerichtlichen nach ArbGG §§ 64 I, 72 I 4) die **höhere Instanz** an die Bemessung des Streitwertes durch die erste (vorhergehende)

Instanz (grundsätzlich) nicht gebunden (weil sie über die Zulässigkeit des Rechtsmittels usw. selbst entscheidet). Indes ist die untere an die Entscheidung der höheren gebunden, soweit davon die Hauptentscheidung abhängt.

**D. Von der Streitwertfestsetzung ist die Gebührenwertfestsetzung zu unterscheiden.**

**D II.** Die Gebührenwerte hat das Gericht von sich aus oder auf Antrag einer jeden (Haupt- und Neben-)Partei festzusetzen, wie der am Verfahren beteiligten Rechtsanwälte, selbst wenn nur Anwaltsgebühren entstanden sind (BRAGebO § 101, OLG DR 40 A 470, aber nur für die Instanz, in der der Anwalt tätig war, dann aber auch des Verkehrsanwalts, des Unterverreters, vgl. OLG HRR 31/1882), der zugelassenen, am Verfahren beteiligten Prozeßagenten, der Staatskasse: der jederzeit, sowohl vor Beendigung der Instanz (RG JW 04/149<sup>22</sup>), wie danach (RG DR 41 A 2254<sup>20</sup>) gestellt (und bis zur Entscheidung widerrufen) werden darf, solange ein Gebührenwertbeschluß bzw. ein ihn deckender Streitwertfestsetzungsbeschluß noch nicht erlassen (§ 329) ist. Stellt den Antrag ein Anwalt (usw.), der vertreten hat, so wird im Zweifel angenommen, daß er ihn im eigenen Namen gestellt hat, falls er nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß er ihn für die Partei stellen will (RG JW 98/279<sup>10</sup>).

**a)** Wird der Antrag gestellt, so muß das Gericht festsetzen (RG JW 37/546<sup>14</sup>).

**b)** Die Festsetzung darf in jeder Instanz erneut beantragt werden (vgl. RG JW 96/57<sup>27</sup>) und nach jeder Änderung des Streitgegenstandes neu, selbst wenn über die alte schon durch Beschwerde entschieden war (RG JW 98/418<sup>11</sup>).

**b 1.** Zuständig ist das Prozeßgericht, bei der Zwangsvollstreckung das Vollstreckungsgericht (OLG 31/205). Dem Einzelrichter steht nach OLG JW 28/1878<sup>21</sup>, HRR 31/991 die Befugnis nicht zu. Hat er indes selbst entschieden, so sollte man sie ihm bezüglich der Streit- und Gebührenwertfestsetzung nicht nehmen. Dabei erfaßt die Wertfestsetzung der höheren Instanz bei gleichbleibendem Gegenstand und unveränderter Wertbildung auch die der unteren (RGZ 35/395) und ändert sie ab, ohne daß es der förmlichen Aufhebung der Entscheidung der unteren Instanz bedürfte (OLG JW 37/263<sup>72</sup>); doch kommt es darauf nicht an, ob die Sache sonst noch in der Rechtsmittelinstanz „anhängig“ ist, sofern sie dort nur anhängig war (vgl. RGZ 71/323, a. M. RG JW 31/1094<sup>24</sup>); also nicht, wenn es bloß möglich gewesen wäre, die höhere Instanz zu befassen, sie aber tatsächlich nicht befaßt worden ist (vgl. RG JW 27/262<sup>78</sup>). Andererseits genügt dazu nicht die Einlegung einer unstatthaften (unzulässigen) Beschwerde (RG JW 07/678<sup>21</sup>, a. M. OLG LZ 18/1373<sup>16</sup>) oder eine Befassung, wo die Gebührenwertfestsetzung nur Vorentscheidung ist.

**b 2.** Bei veränderter Wertbildung (vgl. § 4 B I a), abweichender Beschwer, liegt für die obere Instanz kein Anlaß vor, auf die Wertfestsetzung der unteren überzugreifen. Für verschiedene Verfahrensabschnitte können verschiedene Gebührenwerte in Betracht kommen und festgesetzt werden (RG JW 00/46<sup>1</sup>). Soweit keine Wertfestsetzung vorliegt, legt der Rechtspfleger dem Beitreibung- bzw. dem Kostenfestsetzungsverfahren die von ihm angenommenen Werte zugrunde. Wendet sich eine Partei gegen diese Wertannahme, so ist darin allerdings (zugleich) ein Antrag auf Festsetzung des Gebührenwertes zu sehen.

**b 3.** Bei Verstößen gegen die Wertfestsetzung der oberen Instanz gilt stets die Entscheidung der höheren, von mehreren Entscheidungen derselben Instanz die letzte.

**c)** Gegen den Gebührenwertfestsetzungsbeschluß (nicht aber gegen den „reinen“ Streit- oder Beschwerdewertfestsetzungsbeschluß, nach dem hier vertretenen Standpunkt allerdings nicht in bezug auf die Grenzwerte) ist die einfache Beschwerde zulässig (§§ 567 folg.). Die weitere Beschwerde ist durch § 568 III ausgeschlossen.

**c 1.** Die Beschwerde unterliegt nicht dem Anwaltzwang (§ 78 II; OLG München LZ 22/596, a. M. OLG Frankfurt JW 28/1523<sup>27</sup>, KG JW 34/3005<sup>9</sup>). Aber auch wenn der Anwalt für die Partei tätig wird, braucht er nicht ihre schriftliche Vollmacht vorzulegen, wenn er im Anwaltsprozeß legitimiert ist (vgl. § 88 B III a; a. M. RG v. 5. 6. 1915 V Warn. 221).

**c 2.** Die Beschwerde ist zulässig gegen jede Festsetzung (soweit nicht § 567 III entgegensteht), auch wenn die Gebührenwerte sich erst im Laufe des Verfahrens ändern; aber auch gegen den Beschluß, der im Laufe des Verfahrens den Wert von Gerichts wegen ändert (vgl.

RG JW 01/226<sup>2</sup>). Die Beschwerde darf zulässigerweise so lange eingelegt werden, wie die Abänderung zulässig ist (OLG DRpflRspr. 38/283<sup>711</sup>, also auch noch nach Beendigung des Verfahrens und nach Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses), aber nicht mehr, wenn die Abänderung unzulässig ist (vgl. § 2 D II a). Andererseits darf die angegangene Instanz, weil sie den Beschluß von Gerichts wegen ändern darf, ihn auch zum Nachteil des Beschwerdeführers ändern (vgl. RGZ 37/383), nicht aber die Beschwerdeinstanz (RG JW 97/466<sup>28</sup>), weil sie dieses Änderungsrecht nicht hat (sofern sich nicht der Gegner anschließt). Das freie Änderungsrecht der Instanz entfällt indes, soweit die obere entschieden hat. Ob gegen eine Gebührenwertfestsetzung des LG, die dieses als Berufungsinstanz erläßt, die Beschwerde zulässig ist, ist streitig; unzulässig ist sie, soweit tatsächlich über den Beschwerdewert auch nur mittelbar entschieden werden soll (KG JW 35/141<sup>6</sup>, OLG MDR 47/257), zulässig wäre sie dann nur, insoweit das GKG eine von der ZPO abweichende Festsetzungsmöglichkeit bietet (in diesem Fall bejahend: KG JW 37/263<sup>73</sup>; verneinend: KG JW 31/2378<sup>5</sup>).

c 3. Die Beschwerde darf (nach der hier vertretenen Ansicht) jeder einlegen, der den Erlaß des Beschlusses beantragen darf, sofern er beschwert ist. Beschwer ist nur die Partei, wenn sie eine niedere Wertfestsetzung erstrebt (RGZ 22/426), ohne Rücksicht darauf, ob sie sonst ein Interesse an der Erhöhung haben könnte, etwa um für die Prozeßkosten keine zu niedrige Sicherheit nach § 110 zu erhalten (RG JW 96/150<sup>28</sup>); die Staatskasse, der Rechtsanwalt und der Prozeßagent, wenn sie eine höhere (RG v. 10. 12. 1888 VI B 227/426) und die Staatskasse auch, wenn sie eine niedrigere Festsetzung erstrebt, wenn und insoweit diese von Einfluß auf die Zahlung von Armenanwaltsgebühren ist. Führt der Anwalt den Prozeß für sich selbst, so hat er sowohl bei zu niedriger wie bei zu hoher Festsetzung das Beschwerderecht (OLG JW 16/1433<sup>10</sup>, a. M. KG OLG 23/260: nicht bei zu niedriger). Sonst kann die Partei sich gegen den höheren Festsetzungsantrag ihres eigenen Anwalts (RGZ 37/384) wie umgekehrt der eigene Anwalt gegen den niedrigeren Festsetzungsantrag seiner eigenen Partei wenden (RG JW 96/693<sup>22</sup>).

c 4. Als Beschwerdewert soll ein Betrag von mehr als DM 50,— erreicht werden, § 567 II.

e 5. Ob das Beschwerdegericht seine Entscheidung (gegen die es keine weitere Beschwerde gibt [§ 568 III]) ändern darf, ist umstritten. Dem positiven Recht nach ist die Frage zu verneinen (vgl. RGZ Seuff 81/16; doch haben RGZ 33/377, 37/385 die Gegenvorstellung mit Abänderungsbefugnis des Beschwerdegerichts bejaht).

## § 3 (3)

**I Der Wert des Streitgegenstandes wird von dem Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt; es kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amts wegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.**

A. § 3 regelt, wie ein Streitgegenstand zu bewerten ist, sofern keine Sondervorschriften bestehen (vgl. im besonderen §§ 4—9, PatentG § 53, KO § 148), und wie bei der Bewertung zu verfahren ist, unmittelbar bei der Streitwertfestsetzung, mittelbar auch sonst (etwa bei der Rechtsmittelwertfestsetzung, §§ 511 a II, 546 III 1), soweit auch hier nicht Sondernormen gegeben sind (vgl. §§ 511 a III, 546 III 2). Im Verfahren wird der Streitgegenstand (§ 3 B), soweit das erforderlich ist, vom Gericht bewertet (§ 3 D I b).

B. Streitgegenstand ist das Klagebegehren.

B I. Im Prozeß wird das Klagebegehren vom Kläger bestimmt; es ist das, was er zum Spruch stellt, ein Anspruch, über den das Gericht entscheiden soll, und zwar

a) durch sein Begehren, das regelmäßig im Antrag (vgl. KG JW 29/134<sup>32</sup>, 37/3054<sup>54</sup>) niedergeschlagen ist, über den das Gericht nicht hinausgehen soll (§ 308 I) und über das mit Rechtskraftwirkung (§ 322 B) entschieden wird. Bloß in Aussicht gestellte Anträge werden nicht bewertet (RG JW 95/10<sup>28</sup>); doch ist zu beachten, daß die Klage mit ihrer Zustellung (§§ 253 I, 263 I), ein im Laufe des Prozesses eingeführter Anspruch u. U. mit der Zustellung des Schriftsatzes (§ 281) rechtshängig wird, wobei von Gerichts wegen zugestellt wird (vgl.

§§ 261 b, 496 I). Wird zugleich mit der Klage ein sie erweiternder oder ein sie beschränkender Schriftsatz gestellt, so ist Streitgegenstand nur das erweiterte bzw. das beschränkte Begehren geworden. Doch braucht der Kläger selbst rechtshängig gewordene Ansprüche nicht (ganz oder teilweise) weiter zu verfolgen, indem er etwa die Klage zurücknimmt oder, ohne dies zu tun, in der mündlichen Verhandlung nicht seine Anträge stellt, so daß das Gericht über sein Klagebegehren nicht entscheiden darf. Dann kann indes der Beklagte die Entscheidung erzwingen, indem er sich auf den vom Kläger nicht gestellten Antrag bezieht und gegen ihn eine (Versäumnis- oder Aktenlage-) Entscheidung begehrt. Nur soweit der Beklagte sich darauf einläßt, daß der Kläger seine Anträge nicht (voll) stellt, wird der Urteilsgegenstand eingeschränkt; während der Klagegegenstand sonst nur durch Klagerücknahme bzw. -änderung verändert werden kann. Da indes positive wie negative Ansprüche erhoben werden können, kann angesichts der Polarität des Prozesses jede Partei, je nachdem wer zuerst die Initiative ergreift, Kläger sein. Hat eine Partei ihr Begehren in bezug auf den gesamten Streitgegenstand beschränkt, so kann die andere Partei ihrerseits durch andere oder weitere (grundsätzlich aber nicht durch sich deckende oder eingeschränkte) Anträge (vgl. aber § 256 C III b) selbst zum Kläger, im selben Verfahren möglicherweise zum Widerkläger werden und so ihrerseits willkürlich den Streitgegenstand bestimmen; sie kann aber nicht (als Beklagter) die Wahl des Klägers gegen seinen Willen beeinträchtigen.

**a 1.** Eine abgeschwächte Form der (Eventual-)Widerklage (aber doch keine echte, weil der aufgerechnete Anspruch nicht rechtshängig wird, vgl. §§ 278 B II c, 263 B I a 2) ist die **Aufrechnung**, über die nach § 322 II mit Rechtskraftwirkung entschieden wird. Ihren Umfang bestimmt der Aufrechnende im Prozeß (so daß er auch nur einen Teil des von ihm außerprozeßual aufgerechneten zur Entscheidung stellen kann). Wie hoch indes auch seine Gegenforderung sein mag, niemals kann durch bloße Aufrechnung der Wert der Klageforderung überschritten werden (§ 322 II). Sie verändert nicht den Streitgegenstand der Klage, wenn der Beklagte sie einwendet (darüber, ob dies auch für die Rechtsmittelwerte gilt, vgl. § 4 B I b 2).

**a 2.** **Sonstige Einwendungen und Einreden** des Beklagten können den Streitgegenstand nicht beeinflussen (OLG München ZfV 52/415). Dasselbe gilt für Repliken, Replikationen des Klägers, Dupliken, Duplikationen des Beklagten usw. (vgl. § 253 B IV c).

**a 3.** Ob der Beklagte Gegenrechte hat, ist ohne Belang; er kann sie möglicherweise durch Widerklage geltend machen (§ 5 C Ia). Sie mindern den Streitwert der Klage nicht. Das gilt sowohl für dingliche wie persönliche Belastungen der Sachen, die den Kläger treffen (RGZ 22/388, OGH v. 24. 2. 1950 I ZS 24/49), bei Auflassungen kommt deshalb nur der Grundstückswert in Betracht ohne Abzug der auf ihm ruhenden Lasten (OLG JVB. 36/271). Dies gilt auch, wenn nur der Besitz im Streit ist, also bei der Herausgabe einer belasteten Sache, wo die auf ihr ruhenden Lasten nicht abzusetzen sind (RG N § 6/17); während es andererseits nicht darauf ankommt, daß die Hypothek in eine bereits eingetragene Vormerkung eingerückt ist (RG N § 6/24); sie wird damit nicht höher bewertet (mag sie auch wirtschaftlich an Wert gewinnen), vgl. aber auch § 6 I 2. Dies gilt auch für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (RG JW 25/2323<sup>2</sup>), selbst wenn es schon vom Kläger im Antrag berücksichtigt wurde (RGZ 140/359). War also auf Auszahlung eines hinterlegten Betrages von 491 DM geklagt, macht der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht wegen 50 DM geltend, so sind 491 DM im Streit (RG JW 01/120<sup>4</sup>). Wird auf Löschung einer Hypothek von 3000 DM geklagt, so ist dieser Betrag der Streitwert, auch wenn der Beklagte die Löschung nur wegen 282 DM verweigert (RG N § 3/39). Wird die Rückübertragung des Gesellschaftsanteils gefordert, so ist dieser ohne Abzug der Gegenleistung Streitgegenstand (RG JW 01/120<sup>3</sup>). Dann wird aber auch, selbst wenn die Hauptleistung unstreitig geworden ist, ohne Erhebung der Widerklage die Gegenleistung nicht zum Streitwert oder zum Beschwerdewert der Rechtsmittelinstanz (a. M. RG JW 36/322<sup>14</sup>). Soweit hier einmal für die Vergangenheit auf Leistung, für die Zukunft auf Feststellung geklagt wird, sind dann beide Werte zusammenzuziehen (BGHZ 2/74); indes wird über ein Zurückbehaltungsrecht nicht mit Rechtskraftwirkung entschieden (§ 322 E IV a 3), und der Kläger muß die Sache wieder herausgeben, wenn er nicht die Gegenleistung erbringt. Über den Einwand eines Miet- und Pachtrechts vgl. § 8 A I c 1. Dasselbe gilt für die Einrede der Verjährung (RG JW 06/755<sup>27</sup>). Es ist deshalb auch gleichgültig, ob sich der Beklagte

auf die beschränkte Erbenhaftung (§ 780, RGZ 54/411) berufen hat; denn auch diese Rechtsbehelfe berühren den Streitgegenstand nicht, sondern wirken sich erst bei der Vollstreckung aus.

**a 4. Der Gebührenwert** (§ 4 C II) bemißt sich zwar nach dem Streitwert, kann aber für eine einzelne Aktgebühr anders zu bemessen sein, also derart, daß die Prozeßgebühr höher als die Beweis- oder die Urteilsgebühr usw. sein kann. Für einen bloß angekündigten Antrag sind aber nach dem derzeitigen Verfahrensrecht noch keine Prozeßgebühren zu erheben, sofern der Anspruch noch nicht rechtshängig geworden ist (vgl. § 263). Für Teilakte können sich auch höhere Werte ergeben, etwa für die Gebührenberechnung von Vergleichskosten eines gerichtlichen Vergleichs, der die Klageanträge übersteigt (RG N § 3/54). Über die sonstige Änderung des Streitwerts im Laufe der Instanz vgl. § 4 B I a 2.

**b) Von dem Erkenntnis ab** wird der Beschwerdewert nach dem Spruch bemessen (§§ 511 a, 546, 567 II); er kann sich voll mit dem Streitwert decken, wenn der Klage voll entsprochen, sie ganz abgewiesen wurde, er kann den Streitgegenstand teilen bei teilweise Zu- und Abprechen, er kann aber auch den Streitgegenstand verändern oder doch anders festlegen. So wird der Streitgegenstand verändert bei bewußten Teilurteilen (§ 301), aber auch bei wesentlich überangegangenen Ansprüchen (§§ 321, 716). Neben diesen Beschränkungen können indes auch Erweiterungen eintreten, etwa dadurch, daß das Gericht über den Antrag einer Partei hinausgeht.

**b 1. In der Rechtsmittelinstanz** wird der Streitgegenstand als Beschwerdegegenstand zunächst durch das Erkenntnis des Gerichts, das angefochten wird, umgrenzt. Der Rechtsmittelkläger darf in der Berufung- wie in der Revisionsinstanz den Antrag beschränken bzw. modifizieren (§ 268 I 2), in der Berufunginstanz auch erweitern. In die Rolle des Widerklägers kommt hier der Rechtsmittelantragskläger (§§ 521, 556). Aufrechnungen sind grundsätzlich nur noch im Berufungsrechtszug (vgl. § 529 V) zulässig.

**b 2. Gebührenrechtlich** gilt für die Bewertung der Rechtsmittel GKG § 11 II, wonach für Berufung und Revision die innerhalb der notwendigen Begründungsfrist eingereichten (letzten) Rechtsmittelanträge maßgebend sind; wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Begründungsfrist gewährt, so kommt es auf den Lauf der Wiedereinsetzungsfrist an (§ 234). Werden innerhalb dieser Frist keine Rechtsmittelanträge gestellt oder werden sonstige Rechtsbehelfe (Beschwerde, Einspruch, Widerspruch) ohne Antrag eingelegt, so wird von der vollen Beschwer ausgegangen (und der später in Streit gestellte beschränkte Antrag als Rechtsmittelrücknahme gewertet, BGH MDR 51/353<sup>235</sup>). Doch gilt gebührenrechtlich der gesamte Wert, wenn in vollem Umfange — selbst über den Antrag hinausgehend und unter Verstoß gegen § 536 — erkannt wird (RG N § 3/3).

**B II.** Die Bewertung des Streitgegenstandes hat — nach der hier vertretenen Auffassung — mit dem Bestimmungsrecht des (Wider-)Klägers nichts zu tun (**objektive Theorie**). Das Interesse des Klägers entscheidet über den Streitgegenstand, nicht aber über seinen Wert, wie vielfach gelehrt wird (subjektive Theorie). Die subjektive Theorie vermischt den Streitgegenstand mit seiner Bewertung, nach der objektiven ist zunächst der Streitgegenstand, dann sein Wert festzustellen.

**a) Auszugehen** ist also von dem Klageanspruch (d. h. von dem vom Kläger erhobenen **außerprozessualen Anspruch**), über den — nach seinem Willen — das Gericht entscheiden soll.

**a 1. Regelmäßig** wird er **im Klageantrag** formuliert. Ist dies eindeutig (Zahlung von 100 DM), so wird auf die abweichende Klagebegründung (Forderung von 1000 DM oder von 10 DM) grundsätzlich nicht zurückgegriffen (KG JW 37/3040, was der Ausdeutung der Rechtskraftwirkung der tenorierten Entscheidung entspricht, § 322 E II a). Verlangt eine Partei vollen Schadenersatz durch einen bezifferten Antrag, so wird nur die Bezifferung bewertet (RG N § 546/131, 134). Andererseits hat RG N § 6/44 einem dem Leistungsanspruch vorausgeschickten Feststellungsantrag auf Anerkennung des Eigentums keine Bedeutung beigemessen. Beruht indes auch der eindeutige Klageantrag nach der Begründung auf einem offenbaren (§ 319) Versehen des Klägers, so gilt nur das offenbar Gemeinte, nicht das bloß unrichtig Ausgedrückte (OLG Recht 06/953, OLG 17/74); doch gehört zu dem Begriff des Offenbaren, daß auch der Kläger dieser Ansicht ist, also nicht, wenn über seinen Rechenfehler gerade ent-

schieden werden soll (vgl. RG Seuff. 83/172). Aber auch sonst ist der Klageantrag **durch die Begründung auszudeuten** (RGZ 112/209), aber nicht umzudeuten, wenn er in sich klar ist oder der Kläger ihm eine Erklärung gibt.

a 2. Allerdings gibt es auch **nicht fest umgrenzte Klageanträge**, nämlich die, über deren Höhe das Ermessen des Gerichts entscheiden soll (vgl. § 253 G III a 3). Verlangt der Kläger eine Mindestsumme, so ist der darüber hinausgehende Wert — soweit die Bemessung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist — nach RG Warn. 12/251 nicht zu berücksichtigen, soweit nur auf die Mindestsumme erkannt wird. Findet sich hier aber keine Abgrenzung nach unten (also eine Mindestsumme) und keine nach oben (Höchstsumme, in diesem Fall sollte man diese als Streitgegenstand ansehen [OLG JW 28/125<sup>12</sup>]), so ist Streitgegenstand das, was der Kläger billigerweise zugesprochen erhalten würde, wenn seine sein Begehren begründenden Behauptungen zutreffen würden. Dabei sollte man von dem vom Gericht zugesprochenen Wert ausgehen (RG JW 05/372<sup>13</sup>). Wird abgewiesen, so ist der Wert der, welcher zuzusprechen gewesen wäre, wenn der Grund des Anspruchs gegeben wäre (vgl. RG JW 27/893<sup>4</sup>). Mit der Frage der Beschwer hat dies indes nichts zu tun; sie kann der Kläger, wenn er keine Höchst- oder Mindestsumme genannt hat, durch seinen über das Erkenntnis hinausgehenden Antrag herstellen (§§ 511, 545).

b) Bewertet wird nur der Streitgegenstand (die vom Kläger bestimmte Begrenzung seines Begehrens), **nicht etwa der wirtschaftliche Wert**, den die Klage, wenn sie durchdringt, dem Kläger bringt.

b 1. Danach muß es **gleichgültig** sein, ob der Kläger einen **positiven** oder einen **negativen Anspruch** verfolgt, m. a. W., die Parteirolle kann insoweit nicht über den Wert entscheiden, wie ja auch für den negativen Streit wie für den positiven derselbe Gegenstand rechtskräftig in gleicher Weise festgelegt wird (§ 322 E II b 2, F I a) und deshalb auch gleich zu bewerten ist. Stellt man es bei dem negativen Begehren auf ein Verhalten des Beklagten ab, so wird dessen außerprozessuales Begehren Streitgegenstand und ist als solches zu bewerten, nicht aber das Interesse, das der Kläger daran hat, daß der Beklagte es nicht außerprozessual begehrt. Hier kommt indes die subjektive Theorie zu anderen Ergebnissen, und die Rechtsprechung schwankt. Auch bei diesen negativen Klagen entscheidet aber die Willkür des Klägers über den Klageantrag. Streitgegenstand ist deshalb der vermeintliche Angriff des Beklagten, selbst wenn dieser ihn leugnet (RGZ 71/69) oder wenn er sich in größerem Umfang berührt, als dies der Kläger mit seinem Antrag zur Entscheidung stellt (KG JW 25/1144<sup>18</sup>). Der Streitgegenstand der negativen Feststellungsklage deckt sich also mit dem positiven Begehren des Beklagten, sofern er Kläger wäre (vgl. BGHZ 2/276); also bei der bezifferten negativen Feststellungsklage mit der Bezifferung (RGZ 71/68). Ob die Bezifferung des Beklagten sich im Laufe des Streits verringert, ist gleichgültig (KG JW 38/2617<sup>4</sup>), wenn nicht der Kläger die höhere Bezifferung für erledigt erklärt. Zu den zurückbezogenen Klagen gehören auch die **Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen**, die gegen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien gerichtet sind; hier ist nach AktienG § 199 VI die Aufrechterhaltung des angefochtenen oder nichtigen Beschlusses im Streit, weil allein darüber zu entscheiden ist. Das Entsprechende muß auch für die GmbH gelten (KG GmbHRdsch. 56/92). Und nichts anderes kann für die Genossenschaft gelten (OLG NJW 53/1716). Darüber, ob und inwieweit bei den Personalgesellschaften, also denen des bürgerlichen Rechts, der oHG, der Kommanditgesellschaft und der Reederei, das Innenverhältnis zu berücksichtigen ist, vgl. § 3 B III b 1, 3. Weiter gehören hierher die Klagen auf **Vernichtung eines Patents**. Hier ist das Patent Streitgegenstand (BGH MDR B 36/57), bei der Gebrauchsmusterlöschungsklage das Recht auf seine uneingeschränkte Benutzung (RG N § 3/151). Auch bei der Warenzeichenlöschungsklage ist das Warenzeichen im Streit (während hier noch RG JW 02/309<sup>2</sup> frei schätzte). Wird vom Beklagten eine **Handlung verlangt**, so ist Streitgegenstand ihre Vornahme. Dies gilt auch für den Anspruch auf Widerruf. Aber auch Unterlassungsklagen haben die Handlungen des Beklagten zum Gegenstande. Der Streitwert ist deshalb nach den drohenden Verstößen des Beklagten zu bewerten (OLG MDRRAK 40/131, KG GRUR 52/262), wenn auch ein solcher Verstoß wieder auf die Stellung des Klägers zurückwirken kann, so daß also insoweit nicht — allein — das Interesse des Beklagten an dem Unterlassen einer Veröffentlichung zu bewerten

ist (vom subjektiven Standpunkt aus nach RG N § 546/106 überhaupt nicht). Für den abgewiesenen Unterlassungskläger ist Streitwert, was sich ergeben würde, wenn der Klage stattgegeben wäre (vgl. KG GRUR 53/406). Begehrt der Kläger die Feststellung der **Nichtigkeit eines Vertrages**, so entspricht dem streitwertmäßig die entgegenstehende Klage des Beklagten auf Feststellung des bestehenden Vertrages, d. h. zu bewerten sind die Leistungen, welche der Kläger erhält, wenn er obsiegt, m. a. W., die er zurückfordern darf (RGZ 40/407) bzw. von denen er freigestellt wird (OLG NJW 53/1918), wobei sein Gesamtinteresse an der Vertragsbeseitigung zu berücksichtigen ist (RGZ 52/427). Geht es um die **Wirksamkeit eines Vergleichs**, so kommt es, wenn der Kläger seine Feststellung begehrt, auf das an, was ihm aus dem Vergleich zusteht (vgl. KG JW 37/1082<sup>36</sup> bei dem gerichtlichen Vergleich ohne Rücksicht auf die Lasten, die ihm der Vergleich bringt); macht er die Unwirksamkeit des Vergleichs geltend, so schätzt RG N § 3/155 frei; Streitgegenstand ist aber dann das, was der Kläger erhält, wenn der Vergleich unwirksam ist, also auch das, was er im Vergleich schon aufgegeben hatte. Das entsprechende gilt bei der **Aufhebung eines gegenseitigen Vertrags** durch Rücktritt (vgl. RG N § 3/44, das bei Rücktritt des Käufers den Kaufpreis zum Streitgegenstand nimmt; während RGZ 52/427 „frei“ schätzen will); dies gilt auch bei beiderseitigem Rücktritt (RG N § 3/106) oder bei der **Wandlung** (RG Gruch. 49/1005). Wird Rücknahme der Sache und Rückzahlung des Kaufpreises gefordert, so ist Streitwert der Kaufpreis (OLG JVB1. 35/236). Wird bei einem Tausch gewandelt, so ist der dem Kläger zurückzugewährende Gegenstand Streitgegenstand.

**B III. Den Streitgegenstand bestimmt grundsätzlich der Kläger**, seinen Wert die Öffentlichkeit (bisweilen der Staat selbst) und an ihrer Stelle das Gericht (§ 3).

**a) Der Maßstab**, wonach die Vermögensrechte gewährt werden, ist **das inländische Geld**.

**a 1.** Soweit deshalb auf **Herausgabe** von Geld (-münzen oder -scheinen) geklagt wird, muß der Nennwert Streitwert sein. Nicht anders steht es aber, wenn eine Geldforderung eingeklagt wird (RGZ 57/411); bei Streit um eine Höchstbetragsicherungshypothek nach BGB § 1190 ist es der Höchstbetrag (RG Seuff. 49/87, abweichend aber RG N § 3/75). Auch kommt es nur auf den Nennwert an, wenn die Abtretung einer bereits verpfändeten Forderung verlangt wird (a. M. OLG 31/5). Auch bei der Übernahme von Hypotheken kann nur ihr Nennwert, nicht der Sachwert gelten (a. M. OLG 39/27). Über die **Bewertung von Fremdwährungsschulden** in inländischer Währung vgl. § 3 B III a 3. Dahin gehört aber nicht die Bewertung von Gesellschaftswerten, wo nicht der Nominalwert der Aktien, des GmbHAnteils im Streit, sondern deren Verkehrswert es ist (OLG 40/342).

**a 2.** Im Fall der **KO § 148** wird nicht über die Nennforderung entschieden, sondern von vornherein nur über die Konkursforderung (welche regelmäßig unter der Nennforderung liegt); der Streit über die Nennforderung liegt außerhalb dieses Verfahrens, wie KO § 144 II zeigt. Klagen mehrere auf Feststellung derselben Forderung im Konkurse, so ist der Streitwert nicht zusammenzurechnen, weil Streitgegenstand dieselbe Forderung bleibt.

**a 3.** Alle anderen **Vermögenswerte** wie Geld und Forderungen auf inländisches Geld sind umzuwerten. Vgl. auch die Sondernormen der §§ 6—9. Über den maßgebenden Zeitpunkt vgl. § 4 B. Dies gilt für Sachen (vgl. § 6 A), für Rechte an ihnen wie für sonstige Rechte (also die, welche weder auf eine Geldforderung lauten, noch auf eine Sache als ganzes sich beziehen), also bei (dinglichen wie schuldrechtlichen) Teilrechten auf Sachen und bei Rechtsverhältnissen (d. s. Teilrechte an Rechten). Soweit für solche Gegenstände gesetzliche Höchst-, Mindest- oder Richtpreise bestehen, darf das Gericht sich über die dadurch gesetzten Grenzen nicht hinwegsetzen. Gesetzliche Bindungen können sich aus der Beschränkung auf das (Devisen-)Inland ergeben. So sind **ausländisches Geld** oder Forderungen in inländisches Geld u. U. nach amtlich vorgeschriebenen Maßstäben umzuwerten, bei freiem Markt nach ihrem Nennwert in ausländischer Währung unter Umrechnung nach dem Wechselkurs (KG JR 49/477), wie überhaupt — auch inländische — Fremdwährungsschulden nach dem Kurswert im maßgeblichen Bewertungszeitpunkt (§ 4 B) zu berechnen sind (LG JR 50/58 für die Umrechnung von Ost- zu Westmark). Bei Sachwerten am Ort fremder Währung kommt es auf ihren inländischen Wert an, der umzurechnen ist. Grundsätzlich ist **der gemeine Verkehrswert** (d. h. es ist zu werten,

wie jedermann werten würde, der die allgemeinen Verhältnisse kennt) festzusetzen (RG Recht 03/219), nicht der steuerliche Einheitwert eines Grundstücks (OLG RpfL 49/419<sup>98</sup>), nicht der Liebhaberpreis (OLG 15/46). Bei marktgängigen Waren wird sich der Wert der Ware aus dem im Handelsverkehr üblichen Preis (je nach dem Streit der Groß- oder der Kleinhandelspreis) bestimmen lassen. Bei Wertpapieren ist der Kurswert maßgebend. Soweit ein Stopppreis besteht, gilt dieser (OLG MDR 58/780).

b) Auszugehen ist von dem **Mittelwert** (§ 3 B III) des Gegenstandes ohne Rücksicht auf das subjektive Interesse des Klägers.

b 1. Der **wirtschaftliche Wert**, der dem obsiegenden Kläger zufließen würde, wie der Verlust, der ihn, wenn er unterliegt, treffen würde, haben mit der Bestimmung des Streitgegenstandes grundsätzlich nichts zu tun, wenn auch der Kläger nach Möglichkeit beides aufeinander abzustimmen versuchen wird. Doch nur, wenn dies gelingt, ist der Streitgegenstand so begrenzt. Die subjektive Theorie neigt hier „Billigkeitserwägungen“ zu. Wenn über einen Depotwechsel über 10000 DM gestritten wird, während die gesicherte Forderung nur 1200 DM beträgt, ist Streitgegenstand der Wechsel über 10000 DM (RG N § 3/25), oder wenn die Rückabtretung eines Versicherungsanspruchs, der sicherungshalber abgetreten war, gefordert wird: die gesamte Versicherungssumme (RG N § 3/74). Bei der Klage auf Herausgabe einer **Sicherheit** ist die Hinterlegungssumme Streitgegenstand (RG N § 3/61). Es ist deshalb auch gleichgültig, ob die Forderung (nach Beendigung des Prozesses) **beitreibbar** ist (RGZ 54/412). Bei einer Rentenforderung ist nicht abzuziehen, was infolge Regresses von einem dritten ersetzt verlangt werden darf (RG v. 15. 2. 1902 V JW 161<sup>1</sup>). Wird, wenn wegen einer Forderung über 1000 DM auf Grund eines Titels über 4500 DM gepfändet war, die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel nach § 767 begehrt, so ist Streitgegenstand der Titel über 4500 DM (RG N § 3/101), wie im Fall des § 767 stets der Anspruch, dessen Vollstreckung abgewehrt werden soll (RG HRR 37/835), selbst wenn der Pfandgegenstand geringer ist (RG JW 37/1433); dies gilt auch, wenn der Gläubiger nur über einen Teil vollstreckt (OLG MDRAK 37/36, abweichend RG N § 6/40); anders ist dies nur, wenn der Schuldner beantragte, die Vollstreckung aus dem Titel zu einem nach § 301 abgrenzbaren Teil für unzulässig zu erklären; dann kommt es auf diesen Teilbetrag an (KG DR 39 A 456<sup>25</sup>). Nach der **objektiven Theorie** ist es gleichgültig, ob der Kläger in der Lage ist, sich den Streitgegenstand durch Zahlung eines geringeren Teils des Wertes zu verschaffen oder ob er umgekehrt anderweit den Streitstand nur mit besonders hohen Aufwendungen bereinigen könnte (RG N § 546/41). Deshalb ist es auch gleichgültig, ob unmittelbar auf **Erfüllung, Leistung oder Duldung** geklagt wird (RGZ 25/367; a. M. OLG MDR 55/115, das den Wert eines Duldungsanspruchs gegen den Mann, der infolge des GleichberechtigungG unbegründet ist, auf DM 1—20 bewertet). Voll bewertet wird auch, wenn auf **Befreiung von einer Schuld** geklagt wird (RG JW 01/395<sup>2</sup>; a. M. RG DJZ 26/450). Auch wenn ein ausscheidender Gesellschafter auf Befreiung von den Gesellschaftsschulden klagt, ist die Summe dieser Streitgegenstand (RG JW 98/2<sup>1</sup>). Dasselbe gilt für Befreiungsansprüche der **Bürgen** (Obergericht Danzig Seuff. 87/83, OLG 15/53; a. M. OLG 33/73). Soll eine Bürgschaftsverbindlichkeit festgestellt werden, so kommt es nicht darauf an, in welchem Umfange der Bürge voraussichtlich die Hauptschuld abdecken muß (RGZ 25/366), sondern auf die verbürgte Hauptschuld. Auch ist es ohne Belang, ob der Kläger den Klagegegenstand für sich allein oder für sich und andere (vgl. BGB § 2039) oder nur für andere fordert (RGZ 149/193). Im Verhältnis zu **Miterben** ist die gesamte Sache im Streit (OLG JW 32/3639<sup>8</sup>). Anders ist dies, wenn in das Innenverhältnis eingedrungen wird (vgl. § 3 B III b 3, 4). Bei der Klage auf Anerkennung des **Pflichtteilrechts** ist Streitgegenstand der Wert des Pflichtteils (a. M. OLG AKZ 03/42: frei zu schätzen), bei der Ergänzung des Pflichtteils eines Miterben indes nur die Differenz des Pflichtteils und des zugewiesenen Erbteils (RG N § 3/130). Dies gilt für Gesamthand- (BGB §§ 432, 2039) wie für **Gesamtgläubiger** (BGB § 428). Auf das ihr wirtschaftliches Interesse begründende (außerhalb des Streits sich befindende) Innenverhältnis, die eigene Berechtigung an der geforderten Leistung (vgl. BGB § 430), kommt es grundsätzlich nicht an (RG JW 01/395<sup>2</sup>). Entsprechend wird auch bei der Gesamtschuldnerschaft (BGB § 421) nicht das Ausgleichsrecht des **Gesamtschuldners** abgesetzt (BGB § 426, OLG 33/15). Wird gegen mehrere als Gesamtschuldner geklagt, so wird

der Streitgegenstand nur einmal bewertet (RG Warn. 40/345). Wird auf den Fortbestand einer **Versicherung** geklagt, so ist die Versicherungssumme Streitgegenstand, nicht der Rückkaufswert (RGZ 37/415). Bei der Klage über Abschluß eines **Darlehensvertrages** oder auf Darlehensgewährung kommt nur der volle Wert des Darlehens in Betracht, mag es auch hypothekarisch sicherzustellen sein (a. M. KG OLG 25/43). Ebenso unberücksichtigt bleibt, ob etwa das zu leistende Geld endgültig im Vermögen des Klägers verbleibt oder — etwa alsbald — wieder zurückzuzahlen ist. Bei **bedingten** Forderungen hat man dementsprechend zu unterscheiden, ob bei aufschiebenden Bedingungen der Eintritt der Bedingung gewiß, nur der Zeitpunkt ihres Eintritts ungewiß ist oder ob der Eintritt selbst ungewiß ist; im ersten Falle ist die Rechtslage dieselbe wie bei der betagten Forderung, im letzten Falle dagegen ist die Ungewißheit des Eintritts zu bewerten, was zur Anwendung des § 3 führt (nur in diesem Falle also ist der h. M. beizutreten). Bei auflösenden Bedingungen ist dagegen wie bei einer alsbald zurückzuzahlenden Forderung die Bedingung außer Bewertung zu lassen. Deshalb sind auch Forderungen auf nur vorläufige Sicherung voll zu bewerten, wie die Eintragung einer **Vormerkung** (RGZ 35/394, abweichend RG JW 02/124<sup>1</sup>) oder eines **Widerspruchs** (OLG 17/76 schätzte deshalb den Wert auf Löschung eines Widerspruchs an einer Last der Last gleich; a. M. LG JW 37/2465<sup>2</sup>). Auch bei **Verfügungsverboten** oder **-erlaubenissen** ist der volle Wert des Vermögens (Guthabens) maßgebend (LG JVBl. 36/271; a. M. OLG DRpflRspr. 38/50; OLG Rpf. 56/140 bei der Einsetzung eines Treuhänders, BayObLG Z 56/146 bei der eines Nachlaßverwalters). Auch der **Anspruch auf künftige Leistung** (§§ 257 folg.) wird voll bewertet (RGZ 118/321) wenn der Beklagte also nur die Fälligkeit der Forderung bestreitet (anders nach RG N § 3/67, wenn es nur um den Zeitunterschied ging).

**b 2.** Daß der Wert der gesamten Sache bei einem Streit um ihr **Eigentum** im Prozeß gefangen ist, ist aus § 6 zu entnehmen, der diesen Fall voraussetzt. Der volle Sachwert ist demnach im Streit, wenn auf Erteilung der **Auflassung** geklagt wird (RG JW 96/130<sup>1</sup>), selbst wenn der Besitz schon übertragen ist (RG Gruch. 44/1146) oder der Besitz gefordert wird (RG N § 6/19), oder wenn auf Entgegennahme der Sache geklagt wird (RG JW 97/2<sup>3</sup>). Das entsprechende wurde bei der Klage auf Entgegennahme der Auflassung angenommen (RG JW 05/24<sup>28</sup>) oder bei der auf Feststellung der Verpflichtung zur Auflassung (RG JW 00/10<sup>2</sup>), bei der auf Erfüllung oder Rückgewähr (bei gleichzeitigem Interesse an der Vertragsaufhebung, RG JW 02/124<sup>2</sup>). Wird **neben dem Kaufpreis auf Entgegennahme der Auflassung** geklagt, so ist regelmäßig nur der volle Kaufpreis zu bewerten (RG N § 3/50). Was für den Streit um das Eigentum gilt, gilt entsprechend für die **eigentumsähnlichen Rechte** (Erbbaurecht), wie für alle, die einen **höheren Rang als der Besitz** haben, und darüber hinaus nach § 6 für den Besitz. Wird durch Vorkaufsrecht ein Grundstück beansprucht, so ist der Grundstückswert (RG JW 02/181<sup>3</sup>; a. M. BGH BB 57/351) ohne Rücksicht auf den Kaufpreis Streitgegenstand. Damit kommt auch, wenn ein Nießbrauch aufgehoben wird, nicht mehr ein Teilwert in Betracht, wie dies noch in der alten Rechtsprechung angenommen wurde (RG Recht 05/471). Bei dem **Vorrang von Lasten** wandten RGZ 4/366, 18/373 § 6 entsprechend an und legten den geringeren Wert des vortretenden Rechts, höchstens den Wert des zurücktretenden, als Streitwert zugrunde. In **Anfechtungsprozessen** bildet die Forderung des Klägers (+ Zinsen + Kosten als Neuforderung, vgl. § 4 C II b, a 1), wegen der er sich zu befriedigen sucht, nach § 6 die Höchstgrenze des Streitwerts (RGZ 151/167). Ist der Gegenstand, in den die Befriedigung gesucht wird, von geringerem Wert, so ist dieser nach § 6 I 2 Streitwert (RGZ 151/167). Ist dieser Vollstreckungsgegenstand belastet und nimmt der Anfechtende dies hin, so sind diese Lasten wertmäßig abzuziehen (RGZ 151/167); denn hier ist nicht die Forderung als solche, sondern die anfechtbare Handlung im Streit, wie Anfg § 7 ergibt. Dabei bleibt nach Anfg § 8 der Anspruch des Anfechtungsgegners wegen Erstattung einer Gegenleistung an den gemeinsamen Schuldner außer Betracht. Das entsprechende gilt bei der **Konkursanfechtung** (RG JW 02/391<sup>3</sup>); anders ist dies, wenn der KV die Pfändung als solche anfecht, dann gilt § 6 entsprechend (RG HRR 29/843). Doch hat hier RG JW 10/114<sup>28</sup> Zinsen und Kosten als Nebenforderungen außer Ansatz gelassen.

Von der subjektiven Theorie beeinflußt sind hier die Entscheidungen, welche nur Teilwerte in den folgenden Fällen annehmen wollen: bei der Klage auf **Abnahme** von

Ware (vgl. BGB § 433 II; RG JW 05/24<sup>28</sup>). Auch bei der Feststellungsklage, ob der Kläger zum Aufsichtsrat des Beklagten gehört (RG HRR 28/1728), sind die Aufsichtsratsbezüge, aber auch die sonstigen sich aus der Stellung ergebenden wirtschaftlichen Vorteile zu bewerten (abweichend davon wollen für die Klage des Aufsichtsrats RG HRR 28/1728 oder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft, RG JW 16/267<sup>12</sup> auf Bestehen ihrer Zugehörigkeit zu diesen Organen wegen ihres vorbereitenden Charakters für die vermögensrechtliche, auf Dienstvertrag zu gründende Auseinandersetzung nur Teilwerte ansetzen). Ebenso will OLG JVB1. 35/293 bei langfristigen Lieferverträgen nicht die Gesamtbewertung gelten lassen, sondern frei schätzen.

**b 3.** Das **Innenverhältnis** wird dagegen erheblich, wenn ein Gesamthänder gegen einen anderen klagt und dabei seine Schuldnerstellung in der Klage berücksichtigt, so, wenn ein Gläubiger **Miterbe** seinen Anspruch gegen einen oder mehrere Miterben (den Nachlaß) verfolgt und seinen Anteil, den er zur Begleichung seiner Forderung als Miterbensschuldner im Innenverhältnis zu ersetzen hat, schon im Antrag abzieht (RGZ 156/263).

**b 4.** Klagt ein gesetzlich zum **Miterben** Berufener auf Nichtigkeit eines Testaments, so steht nur sein gesetzlicher Erbanteil im Streit (RG DRpflRspr. 36/554<sup>600</sup>, BGH NJW 56/1877). Auch bei Streit um die Ausgleichspflicht wurde nur das Interesse des Klägers bewertet (BGH FamRZ 56/381), ebenso bei der Klage auf Nichtigkeit eines Erbauseinandersetzungsvertrags (BGH Rpfleger 55/101). BGH MDR B 79/56 hat nur das Interesse des Miterben bei der Klage gegen die Erbengemeinschaft auf Feststellung der Unwirksamkeit eines von der Mehrheit geschlossenen Pachtvertrages bewertet. Bei der Klage auf Zustimmung zu einer Erbauseinandersetzung sollte nur der Anteil des Beklagten bewertet werden (a. M. OLG Rpfleger 56/168, das auf die Anteile der Kläger zurückgreift, dann aber „frei“ schätzt). Wird nur über die Höhe der Anteile gestritten, so ist die Differenz im Streit (RG JW 96/270<sup>3</sup>). Klagt eine Ehefrau auf Grund einer ehelichen **Gütergemeinschaft** auf Eintragung als Miteigentümerin, so steht nur der Anteil der Frau im Streit (RG N § 6/35); bei einem **Miteigentümer** nur sein Bruchteil (RG Warn. 12/450), ebenso ist es beim **Mitbesitz** (RG JW 02/391<sup>6</sup>). Bei dem Ausschluß eines Gesellschafters aus einer (nicht ideellen) Gesellschaft ist sein Anteil (OGH Rpf1. 49/469) Streitgegenstand. BGH NJW 56/182 läßt Abschlüge bei hochbetagten Gesellschaftern im Verhältnis zu § 9 zu. Solche Ausklammerungen gibt es auch sonst, etwa wenn auf Zahlung einer bestimmten Summe geklagt und widerklagend eine Gesamtfeststellung begehrt wurde, so daß der isolierte Wert der Widerklage die Gesamtsumme weniger der Klagesumme ist (RG N § 546/7).

**b 5.** Andererseits bemißt sich bei **Patenten**, Gebrauchsmustern (RG N § 546/15) der bloße **Entschädigungsanspruch** nach der Forderungshöhe, nicht nach dem Patentschutzanspruch (RG JW 01/651<sup>5</sup>).

**b 6.** Auch bei den **negatorischen Klagen** steht nur der Teilwert im Streit, um den das Eigentum um die Störungen geringer zu bewerten ist (RG N § 3/18). Die Höchstgrenze solcher Klagen bildet der Grundstückswert; auf den Wert der störenden Anlagen kommt es nicht an (RG N § 3/95). Dasselbe gilt für die Besitzstörungsklage (RG Seuff. 62/141), so daß also § 6 nicht anzuwenden ist. Auch wenn ein Eigentümer auf Entschädigung wegen teilweiser Benutzung seiner Sachen klagt, ist nur der **Entschädigungsanspruch** im Streit (RG N § 3/122), ebenso wenn gegen den bisherigen Eigentümer auf Herausgabe seiner Wohnung geklagt wird (RGZ 30/372; vgl. aber § 8, wenn dies aus Miete oder Pacht gefordert wird). Bei **Jagdrechten** handelt es sich nur um Teilwerte, wenn sie aus dem Eigentum folgen (RG JW 02/418<sup>2</sup>; auch bei ihnen hat RG N § 3/37 den § 8 nicht angewandt). Einen Teilwert trifft das **Wegerecht** (RG N § 3/59); bei der **Entpfändung** von Grundstücken ließ RG JW 01/649<sup>1</sup> die Frage dahingestellt, ob der Teilwert nach § 3 oder nach § 6 zu bewerten sei. Der Anspruch auf Duldung, ein Grundstück **abzumessen**, ist ein Teilwert (RG N § 546/130), während bei Grenzberichtigungsklagen der streitige Grundstückstreifen Streitgegenstand ist.

**b 7.** Andererseits sind **Nebenanprüche**, wie etwa die auf Beschaffung einer **lastenfremen** Sache, nicht hinzuzurechnen (OLG 13/69), so lange die Sache als solche im Streit ist, weil bei der Wertberechnung Belastungen außer Ansatz bleiben, vgl. § 3 B I a 3. Bei der Streitwert-

festsetzung werden **wechselseitig bezogene**, außerprozessuale Ansprüche nicht berücksichtigt. Beim gegenseitigen Vertrag entscheidet deshalb nur die geforderte Leistung (KG JW 31/1047<sup>1</sup>) ohne Hinzuziehung (RGZ 46/422) und ohne Abrechnung (RG JW 97/400<sup>1</sup>) der Gegenleistung, also die Erfüllung des Kaufvertrags durch Lieferung des Kaufgegenstandes, nicht aber durch das Entgelt (RG JW 00/747<sup>3</sup>), wenn auch der Kaufpreis regelmäßig den Wert der Sache widerspiegeln wird.

c) Die **Häufung mehrerer Ansprüche** wird grundsätzlich den Streitgegenstand erweitern (§ 5 B I).

e 1. Doch gibt es auch sich **überlagernde Anträge**, etwa wenn auf Leistung geklagt und eine Zwischenfeststellungsklage erhoben wird (hier wird der Leistungsanspruch in den Feststellungsanspruch aufgenommen), wenn Gesamtschuldner verklagt oder mehrere Kläger einen Gesellschaftsbeschluss angefochten oder für nichtig erklärt haben wollen und ihre Klagen verbunden sind, wenn auf Wandlungseinwilligung und Zurückgabe der Sachen oder des Geldes geklagt wird (vgl. dazu § 5 B II a 1): hier wird die Wandlungseinwilligung nicht besonders gewertet (RG N § 3/119); ebenso wenn auf Rücknahme einer Sache und Zurückzahlung ihres Kaufentgelts (OLG JVB. 35/236) oder wenn auf Abnahme der Ware bzw. Auflassung des Grundstücks neben dem Kaufentgelt geklagt wird. Umgekehrt werden Anträge, die nur erklärende Bedeutung haben, nicht berücksichtigt (§ 256 B IV a 1).

c 2. Bei **Eventualklagen** ist der höhere Wert maßgebend, auch wenn er nur den Hilfsantrag betrifft (BGH v. 18. 3. 1953 II ZR 149/52, RG JW 37/288<sup>11</sup>; über die Bewertung von Hilfsanträgen vgl. § 5 B II b).

c 3. Besteht nur eine **Ersatzbefugnis** des Beklagten (*facultas alternativa*), so bleibt diese als Streitgegenstand außer Betracht (RG N § 3/73); wird auf Herausgabe und im Falle der Nichtleistung auf Wertersatz geklagt, so hat OLG 39/29 nur den Zahlungsantrag gelten lassen, LG JW 29/1695<sup>1</sup>, 31/2451<sup>2</sup> wollten dagegen sogar zusammenrechnen. Bei **Wahlklagen** ist der mindere Wert in Streit, wenn der Beklagte die Wahl hat (RGZ 55/80), der höhere, wenn der Kläger wählen darf.

c 4. Der Kläger darf aber auch eine **Teilforderung** geltend machen. Tut er dies, so ist nur sie Streitgegenstand (RG JW 02/118<sup>1</sup>). Teilwerte kommen in Betracht bei der Klage auf **Auskunfterteilung** (RG N § 3/85), Erteilung von Bankauszügen (RG JW 37/228<sup>10</sup>), auf Rechnungslegung (RG Warn 09/41), auf Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses bzw. auf Auskunft über den Bestand der Erbschaft (RG Recht 07/616) wie die auf Bekräftigung dieser Erklärungen durch Leistung eines Offenbarungseides (besteht hier aber der Streit nur über das möglicherweise Nichtoffenbarte, so berücksichtigt OLG 23/68 nur den beschworenen, nicht den behaupteten Umfang der Erbschaft, und OLG JVB. 33/232 setzt die Belastungen ab). Wird auf einen Buchauszug aus einem Agenturverhältnis geklagt, so sind jedenfalls nicht bloß die Kosten des Auszugs im Streit (RG JW 2/744<sup>6</sup>), doch ist hier der sich aus dem Auszug ergebende Anspruch — wie bei der Rechnungslegung — die Höchstgrenze (RG Warn. 08/86). Der I. ZS des RG bewertete hier  $\frac{1}{10}$  des Hauptanspruchs (RG HRR 36/421), der VII. ZS des RG ging bis zu  $\frac{1}{6}$  (RG JVB. 41/5; ebenso BGH v. 17. 3. 1960 VII ZR 30/60), BGH v. 18. 3. 1953 II ZR 149/52 hat einen Auskunft- und Offenbarungseidantrag mit 40% bewertet. Zu beachten bei der Bewertung ist jedoch, daß es Fälle gibt, wo der Rechnungsauszug mit einem Negativsaldo ausläuft. Selbst wenn das der Kläger weiß, beruht sein Interesse dann in dem verhältnismäßig geringeren Saldo im Gegensatz zu weitergehenden Berechnungen des Beklagten. Auch die Klagen auf **Vorlegung von Sachen** (BGB § 809), wie von (schriftlichen) **Beweisurkunden**, stellen Teilwerte dar, wenn sie keine Wertpapiere betreffen; nach Teilwerten zu bemessen sind: **Beweisurkunden** oder Legitimationpapiere i. S. des BGB § 808 (RG JW 02/358<sup>1</sup>). Dazu gehören auch die Ansprüche auf Errichtung von Beweisurkunden (etwa wenn auf Bestätigung einer Genehmigung eines — unstreitig — genehmigten Geschäfts geklagt wird, OLG HRR 35/376), im besonderen auf Erteilung von Quittungen (KG OLG 21/59), von Zeugnissen (RG JW 02/362<sup>16</sup>), von Schuldscheinen (RG Gruch. 41/1151), auf Beschaffung von Kraftfahrzeugbriefen (OLG MDR 57/495). Wertpapiere sind dagegen voll zu bewerten (RG DR 40 A 1952<sup>22</sup>), im besonderen, wenn durch die Herausgabe des Briefes erst das Recht entsteht (RGZ 46/401).

**B IV.** Der Streitgegenstand trifft den **außerprozessualen Anspruch**; im Verfahren drückt er sich nur durch die Antragstellung aus. Klage- (§ 253 C) und Prozeßart (§ 33 C III c) müssen deshalb gleichgültig sein. Auch davon weicht die subjektive Theorie ab.

**a 3.** Das **Interesse des Streitgehilfen** entspricht dem seiner Hauptpartei (RGZ 111/410, a. M. RG DR 42 A 591<sup>23</sup> m. N., wenn der Streitgehilfe nur von dem teilweisen Obsiegen der Partei getroffen wird; dem ist nur bei teilbaren Ansprüchen beizutreten, wo der Beitritt auf sie beschränkt war). Teilwerte kommen in Betracht für die Zulassung einer Streithilfe, wo das Interesse des Streithelfers am Beitritt entscheidet (RG DR 42 A 591<sup>23</sup>), soweit es geringer ist als der Streitwert des Hauptprozesses. Umgekehrt kommt aber das höhere Interesse nicht in Frage, obwohl sich die Wirkung des § 68 darauf erstrecken kann (vgl. § 68 A I a 3).

**b)** Unerheblich ist auch die **Klageart**. Es darf deshalb keinen Unterschied begründen, ob der Antrag auf **Leistung** (Rechtsgestaltung, Unterlassung, Duldung) oder auf (positive wie negative) Feststellung geht.

**b 2.** Bei der **Feststellungsklage** ist das gesamte festzustellende Rechtsverhältnis im Streit, soweit der Kläger den Streitumfang durch seinen Antrag zur Entscheidung stellt (auch hier bestimmt der Kläger den Streitgegenstand, RG JW 36/2710<sup>9</sup>). Soweit für die Vergangenheit auf Leistung, für die Zukunft auf Feststellung geklagt wird, sind dann beide Werte zusammenzurechnen (BGHZ 2/74). Dabei geht es nicht an, den Streitwert einer Feststellungsklage geringer zu bewerten als den der Leistungsklage (so die alte Rechtsprechung; die neuere Rechtsprechung: BGH MDR 51/151<sup>87</sup> macht einen Abschlag von 20%; anders aber BGH v. 19. 12. 1955 II ZR 22/55, wenn mit der Zahlung durch den Gegner gerechnet werden könne). Was zur Begründung der neuen Rechtsprechung angeführt wird, überzeugt nicht. Zwar kann in einer Reihe von Fällen noch keine Leistung gefordert werden, wenn auf Feststellung geklagt wird (und geklagt werden darf; § 256 C II b), und es fehlt dann (aber nicht stets) also noch der Eintritt gewisser Umstände dazu; doch geht es nicht an, den Streitgegenstand darum geringer zu bemessen (so aber: RGZ 66/424, 166/74); denn auch der Leistungsgegenstand ist nicht deshalb geringer zu bewerten, weil erst auf künftige Leistung oder bedingt geklagt wird (§ 3 B III b 1). Da zwischen Grundurteil und positivem Feststellungsurteil kein Unterschied zu begründen ist, müßte man zugleich bei den Grundurteilen anders werten, was aber zu recht allgemein abgelehnt wird (§ 3 B IV d 2). Auch pflegen die Ansprüche in Zukunft eher anzuwachsen denn geringer zu werden (es sei nur an die Rentenpsychose erinnert). Daß hier kein Unterschied gemacht werden darf, zeigt sich ferner auch bei dem Übergang von dem Feststellung- zum Leistungsantrag, wodurch der Streitwert nicht erhöht wird (OLG JVB. 38/134).

Bezieht man den Streitgegenstand auf die Rechtskraftwirkung (§ 322 B III), so geht es ferner nicht an, den Streitgegenstand je nachdem verschieden zu bemessen, ob positiv oder negativ geklagt wird; deshalb darf bei sich deckendem positiven oder negativen Anspruch kein Unterschied in der Wertbemessung zwischen positiven und negativen Feststellungsklagen gemacht werden (RGZ N § 546/155; a. M. auch hier die neuere Rechtsprechung, wo nach BGHZ 1/43 bei der positiven Feststellungsklage ein Abschlag gemacht wird, der indes für die negative nicht gemacht wird: BGHZ 2/276). Diese Rechtsprechung müßte dann auch den Klageabweisungsantrag der Rechtsmittelinstanz mit einem Abschlag bewerten. Die Rechtsprechung schwankt auch insoweit, wie sie bei den bezifferten positiven den vollen Streitwert (OLG JW 27/1500<sup>14</sup>) gelten läßt. Allerdings ist gerade bei Feststellungsklagen für die Schätzung ein weiter Spielraum denkbar, nämlich insoweit ein (möglicherweise) erst in Zukunft entstehender Schaden zu bewerten ist (RG Gruch. 52/1111 folg.), im besonderen bei wechselnder, leistungsmäßig gar nicht zu erfassender Ersatzpflicht (vgl. RG Warn. 12/42). So wie bei Leistungsklagen können indes auch **Teilwerte** (§ 3 B III c 4) zum Gegenstand der Feststellungsklagen gemacht werden. Geht der Feststellungstreit darum, ob an Stelle von Witwengeld das höhere Ruhegehalt zu zahlen ist, so ist die Differenz im Streit. Nicht zu schätzen ist aber die Differenz, wenn im Antrag die Feststellung des Ganzen gefordert wird (RG JW 00/735<sup>1</sup>). Ebenso ist es bei der Feststellung von Preisdifferenzen (RG JW 07/675<sup>13</sup>): verlangt der Kläger a DM an Stelle des geringeren vom Beklagten mit b DM zugestandenem „angemessenen“ Preises, so ist, wenn Kläger auf Leistung von a DM klagt, der Streitgegenstand a DM; wird indes auf Feststellung der Preisdifferenz geklagt (was der Leistungsklage von a—b DM entsprechen würde), so ist die Differenz Streitgegenstand.

c) Auch die **Prozeßart** entscheidet nichts.

e 1. Bei einem **Kostenvergleich** sind Streitgegenstand die gesamten Kosten, nicht etwa bloß die Differenz der vertraglichen von der gesetzlichen Regelung (LG Anw. Bl. 52/135). Im Falle der Streitwertfestsetzung nach BRAGebO § § 9 II, 10 ist Streitwert die Gebührendifferenz (RGZ 45/402 folg.). Im **Kostenfestsetzungsverfahren** ist der Kostenbetrag, der festzusetzen ist, Streitwert (RG N § 3/32). Für die Streitwertberechnung im Armenverfahren wird nach KG JW 26/859<sup>9</sup>, JW 35/60<sup>6</sup>, OLG JW 30/770<sup>13</sup> das Kosteninteresse des Hauptverfahrens zugrunde gelegt, während OLG MDRRAK 40/31<sup>18</sup> den Streitwert des Hauptprozesses zugrunde legt. Bei der Beweissicherung (§ 485) ist Streitgegenstand der zu verfolgende bzw. der verfolgte Hauptanspruch, auf den sich die Beweisaufnahme bezieht (KG OLG 19/50). Im **Vollstreckungsverfahren** ist grundsätzlich die Forderung, derenwegen vollstreckt wird (Streit-)Wert (OLG NJW 53/1716); auch für das **Offenbarungseidverfahren** nach § 899, doch gilt für die Gebührenberechnung GKG § 17 (nur für die Streitwertberechnung gilt noch die alte Kontroverse, sie hat aber nur geringe praktische Bedeutung). Der volle Wert gilt auch für den **Arrest** (vgl. RGZ 26/412). Daran hat GKG § 18 gebührenrechtlich insoweit etwas geändert, wie er auf Teilbewertung verweisen will.

e 2. Ausnahmen macht hier die h. M. nach der subjektiven Theorie — also entgegen dem hier vertretenen Standpunkt — bei Verfahren vorläufigen Charakters anderer Art. Dahin rechnet sie das **Aufgebotsverfahren** (Sydow-Busch § 3 Anm. 3). Ferner wird dazu von der h. M. das **einstweilige Verfügungsverfahren** gezählt (RG Warn. 08/433), wo es auf das Interesse des Beklagten an der Befreiung von der einstweiligen Verfügung abgestellt wird; doch weicht die h. M. schon in dem Fall ab, wo dann, wenn eine Vormerkung eingetragen wird, die zur Sicherung einer Geldforderung bestellt wurde, sie voll bewertet worden ist (RGZ 35/394), wenn es um den „dauernden“ Besitz einer Sache geht (RG Gruch. 49/956) und wenn die einstweilige Verfügung der Sicherstellung einer Forderung dient. Soweit der **rein vorläufige Charakter** der einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung nach § 627 aber offenbar ist (bei einer Rentenzahlung für die Prozeßdauer), kommt wegen der in ihr liegenden Begrenzung nicht § 9, sondern § 3 zum Zuge (RGZ 24/373). Auch bei der einstweiligen Verfügung, durch die der Ausschluß von der Mitwirkung in der Geschäftsführung bei einer Kapitalgesellschaft begehrt wurde, wurde nur der Teilwert für die Dauer des Hinausschiebens bis zur endgültigen Regelung in Betracht gezogen (RG N § 3/24). Gebührenrechtlich gilt für einstweilige Verfügungen GKG § 18 (vgl. § 3 B IV c 1).

d) Für die **Rechtsbehelfswerte** (vgl. § 3 B I b 2) gilt grundsätzlich dasselbe wie für den Streitwert (§§ 511 a II, 546 III).

d 1. Vor den ordentlichen Gerichten und im Fall des ArbGG § 72 I 5 ist der Rechtsmittelwert zunächst nach der **Beschwer** des Rechtsmittelklägers zu bestimmen, d. h. nach dem Unterschied zwischen dem Erkenntnis und dem von ihm in der Vorinstanz gestellten Antrag. Über den Zeitpunkt der Bewertung vgl. § 4 B I. Im Rahmen der Beschwerde entscheidet der Rechtsmittelantrag (§ 3 B I b 1) über den Beschwerdewert (RG N § 6/56). Indes bleibt der Streitgegenstand vom Kläger bestimmt (insoweit kommt es auf das „Interesse“ des Rechtsmittelklägers nicht an), soweit sich das angefochtene Erkenntnis über ihn verhält. In diesem Rahmen bestimmt der Rechtsmittelkläger durch seinen Rechtsmittelantrag den Rechtsmittelwert (die Beschwerde wird so nach dem angegriffenen Teil des Klageantrags bemessen, wenn der Beklagte das Rechtsmittel eingelegt hat, weil der Kläger obsiegte, RGZ 164/325 folg.). Keinesfalls darf hier ein Mittelwert um deswillen höher (RGZ 47/420 [421]) oder geringer bemessen werden, weil der Beklagte Rechtsmittelkläger ist (a. M. im letzten Fall von der subjektiven Theorie aus: RGZ 63/98 [99]).

Hat der Beklagte (eventuell) **aufgerechnet** und ist der Kläger deshalb abgewiesen worden, so ist der Beklagte um die zur Aufrechnung gestellte und durch das Erkenntnis erloschene Gegenforderung beschwert (RG Warn. 29/62, vgl. Kommentar § 511 B I a 10).

d 2. Für **Zwischenentscheidungen** bestimmt sich der Wert nach dem vollen außerprozessualen Anspruch, den sie betreffen (KG MDR 57/366). Entsprechend der objektiven Theorie ist bei Grundurteilen der Wert der vollen Anträge, über die sie ergangen sind, Streitgegen-

stand (RG JW 98/365<sup>1</sup>), womit zugleich ein Präjudiz für die Feststellungsklage gewonnen wird (vgl. § 3 B IV b 2). Dasselbe gilt bei dem Verlustigkeitsurteil (jetzt Beschluß; §§ 515 III, 566), wo der volle Antragswert Streitwert ist (RGZ 155/382; a. M. BGHZ 15/394) und bei dem Verfahren nach §§ 534, 566, wo der nichtangefochtene Teil des Urteils als Gebührenwert maßgebend ist (OLG HRGZ 37 B 366). OLG Düsseldorf JVB1. 32/31 nimmt dies auch für einen Zwischenstreit nach § 387 an. Der volle Wert gilt, auch wenn es nur um die **Zulässigkeit des Rechtswegs** geht oder um die Rechtshängigkeit (RG Recht 25/2279). Das entsprechende gilt für die Ablehnung des Richters (OLG SchlHA 56/20; a. M. bei der Ernennung und Ablehnung eines Schiedsrichters durch das ordentliche Gericht: RGZ 41/362). Soll ausgesetzt werden, so ist der Streitgegenstand derselbe wie im Hauptstreit (KG DR 40 A 2023<sup>22</sup>; a. M. BGH NJW 57/424).

**C.** Vom Streitwert ist der Wert zu unterscheiden, nach dem die Gerichts-, Anwalts- und Gerichtsvollzieherkosten bemessen werden, er deckt sich insoweit mit dem Streitwert (GKG § 11 I), wie nicht nach dem GKG (§§ 12 folg.) anders oder in nicht vermögensrechtlichen Streiten überhaupt (GKG § 14) zu bewerten ist. Über die Gebührenwertfestsetzung vgl. GKG § 23, BRAGebO §§ 9 II, 10.

**C I a.** Sind **vermögensrechtliche Streite mit nichtvermögensrechtlichen** (zu Recht oder zu Unrecht) verbunden, so ist das LG zuständig (GVG § 71), auch wenn die vermögensrechtlichen nicht die Summe von 1000 DM übersteigen. Für das Rechtsmittel der Revision kann hier gerade der umgekehrte Fall eintreten, wenn für so verbundene Streite das Rechtsmittel nicht zugelassen, die vermögensrechtlichen aber 6000 DM übersteigen (§ 546). Gebührenrechtlich wird allerdings bei vermögensrechtlich und nichtvermögensrechtlich verbundenen Streiten u. U. nach GKG § 14 II nur der höhere bewertet, sofern dieser aus jenem hergeleitet wird.

**D I.** In der ersten Instanz wird über den Streitwert nur auf **Rüge** (§ 39) des Beklagten, bei vorangegangenem Mahnverfahren auch auf den Verweisungsantrag des Klägers (§ 697 I), besonders entschieden. Von Gerichts wegen zu entscheiden, besteht kein Anlaß (vgl. §§ 38, 40).

**a)** Ist die Rüge rechtzeitig und begründet und hat der Kläger (wenn auch nur hilfsweise) einen Verweisungsantrag gestellt, so ist an das sachlich zuständige Gericht (unanfechtbar) durch Beschluß zu verweisen (§ 276). Fehlt der Verweisungsantrag des Klägers, so wird auf ihn nach § 139 hinzuwirken sein; stellt ihn der Kläger auch dann nicht, so ist die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts (als unzulässig) durch Endurteil abzuweisen (wogegen der Kläger das Rechtsmittel der Berufung, nicht das der Sprungrevision — § 566 a II —, hat; gegen die Entscheidung des OLG aber noch die Revision, aber nur im Fall des § 546). Ist das Berufungsgericht das LG und will es das angefochtene Urteil durch Endurteil aufheben, so darf es bei gestelltem (Hilfs-)Antrag des Klägers auch an sich selbst durch Endurteil (Kommentar § 276 B IV c 1) verweisen (das dann unanfechtbar ist, § 276 II). Nur wenn der Antrag — trotz Hinweises (§ 139) — nicht gestellt wird, ist die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Ist die Rüge nicht rechtzeitig oder unbegründet erhoben, so darf durch Zwischenurteil darüber erkannt werden (§ 275 I), das den Rechtsmitteln der Endurteile unterliegt (§ 275 II 1); doch kann die landgerichtliche Zuständigkeit nach § 10 nicht angegriffen werden. Liegen die Voraussetzungen des § 275 I nicht vor, so wird zugleich mit dem Endurteil darüber entschieden. Im arbeitgerichtlichen Verfahren gibt es diese Teilung nicht, weil es keine geteilten ersten Instanzen gibt (ArbGG § 2).

**b)** Der Streitgegenstand wird von Gerichts wegen bewertet.

**b 1.** Es darf sich von sich aus durch **Augenschein** über seinen Wert vergewissern oder im Zweifelsfalle ihn durch Sachverständige schätzen lassen (§ 3). Das Gericht darf von sich aus — ohne an die Parteianträge gebunden zu sein — sich auch (bestimmte) Urkunden vorlegen lassen (vgl. §§ 142 I, 143, 272 b II 2, HGB §§ 45, 47, 102, im letzteren Falle allerdings nur zum Vergleich mit anderen Beweismitteln) oder eine Auskunft von Beamten (und Behörden) einholen (vgl. § 272 b II 2) und die Parteien vernehmen, um den Sachverhalt zu klären (§ 141), auf Beweisantritte hinwirken (§ 139), und sogar (wenn auch erst nach der Erhebung der von den Parteien angebotenen Beweise) die Parteien als Beweismittel vernehmen (§§ 448, 452 I).

b 2. Soweit es Beweise erhebt, muß es die **Förmlichkeiten der Beweiserhebung** beachten. Bloße Glaubhaftmachung (§ 294) genügt hier nicht. Die Kosten der Beweisaufnahme dürfen getrennt und der Partei auferlegt werden, deren Angaben unrichtig waren (vgl. § 96).

**D II a)** Das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz regeln §§ 511 a III, 546 III, die auch in der Beschwerdeinstanz anzuwenden sind (vgl. § 567 II; OLG HRR 28/1644). Danach muß im Rechtsmittelverfahren der Rechtsmittelwert vom Rechtsmittelkläger glaubhaft gemacht werden (§ 294), wobei er zu der eigenen Versicherung an Eides Statt nicht zugelassen wird. Und an diese Glaubhaftmachung ist das Gericht (zunächst) gebunden (RGZ 68/334), soweit nicht § 291 durchgreift. Doch darf der Gegner des Rechtsmittelklägers gegenglaubhaft machen. Ob das Gericht von sich aus Beweise erheben darf, ist zweifelhaft (BGH v. 1. 10. 1951 III ZR 26/50 hat die Frage stillschweigend bejaht; doch sollte nach Beweislast erkannt werden). Fehlt es an der Glaubhaftmachung, so ist nach § 3 zu schätzen (RGZ HRR 30/1262), wobei Zweifel ohne anzuordnende Beweisaufnahme zu Lasten des Rechtsmittelklägers gehen (Sachverständigengutachten kann auch dieser beibringen).

b) Soweit gegen die Endentscheidung ein weiteres Rechtsmittel gegeben ist, prüft die dritte Instanz selbständig nach, ob die Rechtsmittelwert-Entscheidung des OLG richtig ist (BGH v. 22. 2. 1952 I ZR 49/51).

## § 4 (4)

**I** Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage, in der Berufungs- und Revisionsinstanz der Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

**II** Bei Ansprüchen aus Wechseln im Sinne des Wechselgesetzes sind Zinsen, Kosten und Provision, die außer der Wechselsumme gefordert werden, als Nebenforderungen anzusehen.

**B I.** Die Bewertungszeit für den Streitwert ist der Zeitpunkt, in dem die Klage erhoben wurde (§ 253 I; vgl. OLG Schleswig SchlHA 57/75), für den Rechtsmittelwert der, in dem das Rechtsmittel eingelegt wurde (§ 4 I).

a) Für den Streitwert hat dies indes nur die Bedeutung, daß, selbst wenn sonst eine Veränderung des Wertes die andere sachliche Zuständigkeit (§ 1 B III b) begründen würde, die z. Z. der Klageerhebung nicht gegeben war, die Veränderung unbeachtet bleibt; während die z. Z. der Klageerhebung begründete Zuständigkeit schon nach § 263 II 2 fixiert wird, m. a. W., die Wertverringerung des Streitgegenstandes bleibt stets (auch bei sich selbst verringern dem Klageanspruch) außer Betracht (§ 263 II 2), möge sie auf Wertminderung des Gegenstandes (etwa durch Einsturz eines Hauses), auf Beschränkung des Antrags (§ 268 I 2), auf Trennunganordnung durch das Gericht (§ 145) oder Teilurteil (§ 301) beruhen. In all diesen Fällen darf also das LG nicht an das AG verweisen.

a 1. § 4 I spricht nur von dem Zeitpunkt der Klageerhebung, meint indes den der Erhebung des Anspruchs, den der Rechtshängigkeit.

b) Der Wert des Rechtsmittels wird vor den ordentlichen Gerichten auf den Zeitpunkt seiner Einlegung fixiert. In diesem Zeitpunkt muß die Erwachsenenheitssumme (§§ 511 a III, 546 I, 567 II) erreicht sein, wenn das Rechtsmittel zulässig sein soll. Maßgebend ist der Eingang der Rechtsmittelschrift. Bei Vorgriffen der Rechtsmittelinstanz (§ 536 B), wird der Rechtsmittelwert für die Instanz, die vorgreift, ohne den (möglichen) Vorgriff berechnet (BGH NJW 59/1827); hat aber das Berufungsgericht gegenüber der ersten Instanz, die Teilurteil erließ, vorgegriffen, so kommt für die Revisionsinstanz die volle Beschwer in betracht (BGH v. 14. 12. 1959 V ZR 197/58).

b 2. Spätere reine Wertveränderungen, etwa Preissteigerungen (bei fremden Valuten), d. h., die nach dem für die Rechtsmittelinlegung maßgebenden Zeitpunkt, bleiben also (grundsätzlich) außer Betracht (RGZ 98/86). Nicht berücksichtigt wird die spätere Wertschrumpfung, soweit sie nicht vom Rechtsmittelkläger zu vertreten ist, wozu es auch gehört, wenn nach der

Rechtsmitteleinlegung der Konkurs eröffnet wird (RGZ 109/154), selbst wenn dadurch die Forderung nach KO § 148 unter die Erwachsenenheitssumme sinkt. Anders ist dies nur, wenn der Wert durch willkürliche Handlungen des Rechtsmittelklägers, im besonderen durch Beschränkung im Rechtsmittelantrag (BGH MDR 51/153<sup>91</sup>); oder durch freiwillige Befriedigung herabsinkt (BGH NJW 51/274<sup>9</sup>). Dann wird danach die Erwachsenenheitssumme berechnet. Da indes durch die Einlegung eines Rechtsmittels die Rechtskraft der gesamten Entscheidung gehemmt wird, also auch, soweit sie nicht mit dem Rechtsmittel angegriffen worden ist (vgl. § 511 A I a) und die Fixierung deshalb die gesamte Beschwer der angefochtenen Entscheidung betrifft, darf der Rechtsmittelkläger auch nach Ablauf der Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfrist noch ein beschränkt eingelegtes Rechtsmittel (im Rahmen der vorinstanzlichen Anträge) erweitern, um durch diese Erweiterung die Zulässigkeit des Rechtsmittels herzustellen.

c) Der **Rechtsmittelwert** ist nach § 4 I grundsätzlich zu einem **anderen Zeitpunkt** zu bewerten als der Streitwert.

c 1. Durch die Veränderung des Zeitpunktes im Bewerten kann die Relation zwischen Gegenstand und Geldwert sich geändert haben. Bei sich stillschweigend erweiternden Anträgen (Kommentar § 4 B I a 2) wird die Beschwer endgültig auf den letztmöglichen Zeitpunkt (§ 4 B I b 2) der Rechtsmitteleinlegung beschränkt. Inzwischen aufgelaufene Hinterlegungszinsen werden deshalb bei der Klage auf Einwilligung in die Auszahlung des Hinterlegten hinzugeschlagen (RG HRR 31/252). Aber auch wenn es um eine Dauerbewertung nach § 9 geht, sind die Rückstände bis zur Einlegung des Rechtsmittels besonders zu berücksichtigen (RGZ 114/275), wie sie es beim Streitwert bis zur Klageerhebung sind. Nur für die **Bagatellverfahren** (§ 510c) kommt es im ordentlichen Verfahren für die Zulässigkeit der Berufung auf den Streitwert an.

**B II a)** Die **Veränderung des Gegenstandes** selbst wird durch § 4 I nicht getroffen (RGZ 67/79). Wird deshalb ein Haus durch Aufstockung (RG JW 08/16<sup>20</sup>) oder Ausbau, ein Grundstück durch Meliorierung oder Hausbau wertvoller oder wird ein Gebäude (ersatzlos) zerstört, so verändert sich der Streitwert. Ein sich verringender Streitwert bleibt indes, wenn z. Z. der Klageerhebung (§ 253 I) die Zuständigkeit gegeben war, nach § 263 II 2 außer Betracht; der sich erhöhende Wert gibt dem Beklagten das Recht, sich auf die landgerichtliche Zuständigkeit zu berufen.

b) Die **Veränderung des Wertmaßstabs** ist in der Inflationszeit (1918—1923) und bei der Währungumstellung (am 18. 6. 1948) praktisch geworden.

c) Den Regelfall bildet indes die veränderte Wertung, soweit nur die veränderte Relation vom (unveränderten) Gegenstand zum (unveränderten) Wertmaßstab getroffen wird. Dabei darf nicht die — spätere — bessere Erkenntnis über den Wert (in dem maßgebenden Zeitpunkt) außer acht gelassen werden (OLG SchIHA 55/156; a. M. HRR 33/1536). Jede Veränderung dieser Relation vor Erhebung des Anspruchs (§ 4 B I a 1) ist zu beachten, also die Wertsteigerung der Ware zwischen Vertragschluß und Klage (OLG JW 20/914<sup>17</sup>, 21/249<sup>1</sup>), und zwar gleichviel aus welcher Ursache anders bewertet wird.

**B III a)** Die Regel trifft bei dem ausdrücklich (OLG RpfL 53/47) wie dem sich von selbst erweiternden Klageantrag (Kommentar § 4 B I a 2) mit dem Streitwert zusammen, gilt aber auch und gerade in den Fällen, wo sonst das Verbot nach § 4 I fixiert worden ist; also auch bei Änderung des Maßstabes (§ 4 B II b), im besonderen bei der Berechnung der Valutaschulden wie bei der Änderung in der Bewertung (§ 4 B II c), und beim Rechtsmittelwert, wo bei sich selbst erweiterndem Antrag über den nach § 4 I fixierten Wert hinauszugehen ist (§ 4 B I b 2). Beachtet wird nur die Erhöhung, nicht die Verminderung des Wertes. Verglichen werden nur der Zeitpunkt der Klageerhebung mit dem der Beendigung der Instanz.

b) Nur der für die **Vollstreckung** maßgebende Zeitpunkt ist und bleibt der der Einleitung des Verfahrens, d. i. der, wo der Antrag auf Vollstreckung bei der zuständigen Stelle (Gericht oder Gerichtsvollzieher) eingeht; hier ist GKG § 11 III 1 also nicht anwendbar. Für das Offenbarungsverfahren vgl. GKG § 17.

e) Im übrigen ist eine Wertveränderung für den Gebührenwert insoweit zu berücksichtigen, wie nach ihr die Kosten bestimmter Handlungen zu berechnen sind, welche sich nicht auf den Prozeß in seiner Gesamtheit beziehen (GKG § 19).

C. Die Früchte, Nutzungen, Zinsen, Kosten und die Wechsel- (und Scheck-)provisionen sind bürgerlich-rechtliche, die Prozeßkosten prozeßrechtliche **Nebenforderungen**, wenn sie neben Hauptforderungen geltend gemacht werden und bleiben bei der Streit- und Rechtsmittelwert- und grundsätzlich auch bei der Gebührenwertberechnung außer Betracht (§ 4 II).

C I. Als bürgerlich-rechtliche Nebenforderungen werden nur die in § 4 genannten nicht bewertet, nicht andere (nicht Schäden, Vertragsstrafen, Nebenleistungen i. S. des BGB § 507), als prozeßrechtliche nur die Prozeßkosten (§§ 91 folg.).

a) Die **bürgerlich-rechtlichen Nebenforderungen** zerfallen in drei Gruppen: Nutzungen, Kosten und Provisionen.

a 1. Den Begriff der Frucht regelt BGB § 99, den der **Nutzungen** BGB § 100. In dem letzten Begriff ist der erste enthalten, in dem ersten der Begriff der **Zinsen**. BGB § 99 I spricht von den Früchten einer Sache; BGB § 99 II von denen eines Rechts; zu ihnen sind aber auch die Früchte sonstiger Gegenstände, im besonderen der Gewinn von Unternehmen zu zählen (OLG 38/147).

Unter den Zinsbegriff fallen sowohl die rechtsgeschäftlichen wie die gesetzlichen (vgl. BGB §§ 246, 289 I 1, 291; HGB § 351, WG Art. 48 I 2, 49 I 2, ScheckG Art. 45 I 2, 46 I 2; VVG § 94 I) Zinsen, aber auch der entgangene Nutzungsanteil, soweit er als Schadensausgleich über den gesetzlichen Zinssatz hinausgehend gefordert wird (BGH VersR 57/244).

a 2. Unter **Nebenkosten** sind Aufwendungen zur Erhaltung und Sicherung eines Gegenstandes oder die zu solchen Aufwendungen bzw. die zur Durchsetzung eines Rechts zu verstehen. Das positive Gesetz gibt allerdings diesen Oberbegriff selbst nicht. **Sachliche** Aufwendungen solcher Art sind **Kosten**.

a 3. Für Wechsel i. S. des WG gelten die Vergütungen (WG §§ 48 I 4, 49 I 4), Protestkosten, die der Nachrichten und Aufwendungen (WG Art. 48 I 3) als Nebenforderungen (§ 4 II). Da die Wechseleinlösung keine neue Schuld begründet, so bleibt der in WG Art. 49 I 1 genannte Betrag in seine Ursprungsbestandteile (Wechselsumme, Zinsen, Kosten, Vergütung, WG Art. 48 I) zerlegt, d. h. Streitwert ist nur die Wechselsumme (RG JW 00/292<sup>1</sup>). Dies gilt auch gegenüber dem Wechselbürgen (a. M. KG OLG 21/63 für den, der nicht wechselmäßig bürgt, weil § 4 II sich nur auf wechselmäßig begründete Ansprüche beziehe). Ob der Anspruch im Wechselprozeß (§ 600) oder im gewöhnlichen Prozeß geltend gemacht wird, ist gleichgültig. Für die Scheckkosten und -provision (ScheckG Art. 45 I 3, 4, 46 I 4) ist § 4 II entsprechend anzuwenden. RGZ 33/408 hat dies auch für die Provision des Selbsthilfeverkäufers gelten lassen.

b) **Prozeßrechtliche Nebenforderungen** können die Prozeßkosten (§ 91 folg., StPO §§ 464 folg. usw.) sein, wozu aber auch die außergerichtlichen, die ein Verfahren vorbereiten (RG Recht 03/2705) oder es vorbereitend abwehren sollen, gehören; ferner das Kostenpauschquantum des Arrestes (OLG NJW 53/424 = MDR 53/50, Rpfl. 51/331) wie auch die Kostenzinsen (RGZ 26/412), die Kosten eines vorausgegangenen Schiedsverfahrens (BGH NJW 57/103).

C II. Der Charakter des Nebenanspruchs ist als **außerprozessuale Nebenforderung** zu kennzeichnen.

a) Sein Wandel unterliegt dem außerprozessualen Recht. So dürfen ihn die Parteien grundsätzlich rechtsgeschäftlich (durch Novation) ändern. Und im Zweifel darf keine Novierung angenommen werden (vgl. BGB § 363). Die Kosten von Vorprozessen bleiben regelmäßig Kostenforderungen, etwa wenn gegen einen Bürgen die Kosten des Hauptprozesses gegen den Hauptschuldner geltend gemacht werden (RG Gruch. 49/1007). Die Kosten des Vorprozesses gegen den Kläger bleiben unter denselben Parteien als Kosten Nebenforderung (vgl. RG JW 05/114<sup>11</sup>). Im Fall des § 722 liegt ebenfalls keine Neuforderung vor (KG OLG 40/342), wie überhaupt bei ausländischen Prozeßkosten (RG Recht 03/2705), bei ausländischen Schiedssprüchen (KG OLG 40/342); für Wiederaufnahmeklagen (RG Gruch.

54/168); für Vollstreckungsgegenklagen nach § 767 (BGH MDR B 461/56) und Widerspruchsklagen nach § 771 (RGZ 26/412); dies gilt auch bei Widerspruchsklagen des Konkursverwalters (RG DR 41 A 597<sup>19</sup>). Dahin gehören auch die Klagen auf vorzugsweise Befriedigung (RGZ 18/373), wie überhaupt alle Vorrechtklagen gegenüber der Vollstreckung (RG JW 00/292<sup>2</sup>).

**b 1.** Eine Novierung liegt aber auch dann vor, wenn an Stelle des ursprünglichen Rechtsgrundes ein völlig anderer tritt. Das ist der Fall bei dem einheitlichen gesetzlichen Rückgewähranspruch nach dem AnfG, der eine Aufgliederung in Kosten, Zinsen und Hauptanspruch schon um deswillen nicht zuläßt, weil er sich nicht gegen den Schuldner, sondern von vornherein gegen einen dritten richtet (RGZ 139/238 [239]). Dies gilt auch bei Wertersatzansprüchen (RG N § 4/55), wie bei der Klage eines Versicherten auf Befreiung seiner aus Kapital und Nebenforderung bestehenden Schuld gegen den Versicherer (vgl. § 4 C II b 2) und wenn Aufwendungsersatz (BGB § 670) gefordert wird für aufgewandtes Kapital, Zinsen und Kosten; hier ist der Anspruch einheitlich und erlaubt keine Rückaufgliederung (RG HRR 31/252).

**b 2.** Auch der aus Bereicherung (BGB § 812) fließende Anspruch ist einheitlich und von früheren Rechtsverhältnissen gelöst; auch wenn Rückzahlung von (nicht geschuldeten) Zinsen und Kapital gefordert wird, wird beides zusammengerechnet (RG JW 09/691<sup>21</sup>). Ein völlig anderer Streitgegenstand besteht ferner, wenn auf Sicherheitsleistung für Kapital und Zinsen geklagt wird (RG Gruch. 31/1141) ebenso, wenn eine Schadenersatzklage auf Erstattung gezahlten Kapitals und gezahlter Zinsen geht. Auch bei dem Anspruch auf Befreiung von einer Schuld werden die Zinsen von der Hauptforderung nicht getrennt (RG DR 40 A 2009<sup>12</sup>). Dies gilt ferner für die (Gegen)Forderungen nach §§ 302 IV 2, 3; 600 II; 717 II, III, 945 (zustimmend für den Fall, daß sie durch förmliche Widerklage geltend gemacht werden: RGZ 124/182).

**b 3.** Verhaftet der Zessionar den Zedenten auch für die Kosten seines Prozesses mit dem Schuldner, so sind die Kosten keine Nebenforderung (RGZ 8/365).

**C III a)** Haupt- und Nebenanspruch i. S. des § 4 setzen ein **Abhängigkeitsverhältnis** untereinander voraus, so daß Nebenanspruch und Hauptanspruch auf einheitlicher Rechtsgrundlage beruhen müssen (RG JW 09/691<sup>21</sup>) und der erste aus dem letzten entstanden ist (RGZ 55/80 [82]). Erschöpft sich dagegen der Hauptanspruch in Einzelleistungen, ist m. a. W. die Summe der Nutzungen gleich dem Hauptanspruch, so liegt zwischen den Einzelleistungen und dem Hauptanspruch keine ihm übergeordnete Abhängigkeit vor (vgl. § 9 A I). Unerheblich für diese Beurteilung ist es, wie der Antrag lautet.

**a 3.** Es gibt auch Nebenansprüche von Nebenansprüchen, davon wird nur der erste (wenn er isoliert von seinem Hauptanspruch geltend gemacht wurde) gewertet, also wenn neben der Nebenleistung Zinsen für sie gefordert werden.

**b)** Aber selbst wenn ein Anspruch Nebenanspruch sein könnte, so wird er doch zum **Hauptanspruch, wenn er selbständig geltend gemacht** wird (RGZ 9/414). Dies ist auch der Fall, wenn andere Zinsen zu einem weiteren Kapital bzw. Nutzungen und die Herausgabe eines anderen Gegenstandes als den, auf den sich die Nutzungen beziehen, gefordert wird; dann sind die Ansprüche zusammenzurechnen (§ 5 B, RG Seuff 43/308); dies gilt auch, wenn **neben einer Teil-(Rest-)Hauptforderung Zinsen auch** für den nicht als Hauptanspruch geltend gemachten Teil gefordert werden (BGH MDR B 190/58). Daß die im Laufe des Rechtsstreits erwachsenen Zinsen für die Streitwertberechnung außer Betracht bleiben, folgt aus § 4 I (RGZ 11/387 [389]); für den Rechtsmittelwert gilt dies aber nur für die Zeit ab Rechtsmitteleinlegung (vgl. § 4 B I b).

**b 2.** Wird das Rechtsmittel von vornherein oder innerhalb einer Zeit, wo es noch zulässigerweise so eingelegt werden konnte und unter Verzicht auf den Hauptanspruch auf die Nebenforderungen (mit Ausnahme der Prozeßkosten) beschränkt, so sind die Nebenansprüche selbständig zu bewerten (RGZ 47/256), gleichviel ob das Berufungsgericht schon allein über den Nebenanspruch (etwa nach § 301) entschieden hatte (RGZ 9/415) oder ob es dies über Haupt- und Nebenanspruch getan hatte (RG N § 4/5). Anders ist dies, wenn der Hauptanspruch zugleich mit dem Rechtsmittel in die höhere Instanz gebracht wird, dann scheidet die Bewertung der abhängigen Nebenansprüche nach § 4 aus (RGZ 60/112).

**b 3.** Von den Nebenansprüchen haben die **Prozeßkosten den letzten Rang**, weil sie noch Nebenansprüche der außerprozessualen sind, wenn diese allein im Streit bleiben. Solange also noch ein außerprozessualer Nebenanspruch im Streit ist, etwa die Zinsen, so lange bleibt die Prozeßkostenforderung außer Betracht (RGZ 145/309), selbst wenn sie sich auch auf andere Teile — etwa eine inzwischen erledigte Hauptforderung oder andere erledigte Nebenforderungen — erstreckt (RGZ 145/309). Erledigen sich im Laufe eines Streites alle anderen Forderungen bis auf die Prozeßkosten und erklären dies die Parteien übereinstimmend, so bleibt die isolierte Kostenentscheidung übrig (§ 91 a), die besonders angreifbar ist (§ 91 a II). Wird indes eine Entscheidung über außerprozessuale Ansprüche vorausgenommen (durch Teilurteil, § 301) und folgt die Kostenentscheidung (zugleich mit anderen außerprozessualen Ansprüchen oder allein) nach, so ist sie (im Schlußurteil oder im Kostenbeschluß) mit dem Rechtsmittel angreifbar, das gegen die vorausgegangenen Entscheidungen eingelegt worden ist (RG HRR 29/547).

**c)** Wird eine Nebenforderung **Hauptanspruch**, so muß ein etwa erforderlicher Wert durch sie wie bei einer sonstigen selbständigen Hauptforderung vorhanden sein, wenn das Landgericht zuständig oder ein Rechtsmittel zulässig sein soll (RG Warn. 25/8). Dabei muß, wenn nur der Wert der Kosten nach § 567 II in Frage steht, die Beschwerdesumme durch die Kosten der ersten Instanz gegeben sein (RG JW 01/329<sup>10</sup>).

**e 1.** Wird mit der Widerklage im Verhältnis zur Hauptklage eine Nebenforderung geltend gemacht (Kl. klagt auf Feststellung, daß kein Darlehen gewährt worden ist, Bekl. fordert mit der Widerklage Darlehenszinsen), so sind sie streitwertmäßig nach § 5 getrennt zu behandeln (KG JW 37/2779<sup>15</sup>). Anders ist dies im Verhältnis von Haupt- zu Hilfsantrag; streitwertmäßig gilt hier der größere Wert (§ 3 B II b 1).

**e 2.** Ist der Rechtsmittelkläger mit Haupt- und Nebenforderung beschwert, so ist der Beschwerdewert im selben Umfange (unter Ausschaltung der Prozeßkosten) zu bemessen wie der Streitwert. War indes der Nebenanspruch größer als der Hauptanspruch und wurden sie im Verhältnis von Hilfs- und Hauptantrag geltend gemacht — gleichviel in welcher Reihenfolge — so gilt der größere Wert, der allerdings dann zum Hauptantrag in der Rechtsmittelinstanz gemacht werden muß, wenn der andere Wert die Erwachsenheitssumme nicht erreicht.

**e 3.** Betrifft das Hauptrechtsmittel nur die Nebenforderung, das Anschlußrechtsmittel nur die Hauptforderung wie umgekehrt, so wird rechtsmittelwertmäßig nicht zusammengerechnet. Eine Besonderheit ergibt sich hier, wenn das Hauptrechtsmittel wegen der Prozeßkostenbeschwerde eingelegt wird; hier gibt es keine Berufunganschließung; während umgekehrt, wenn das Hauptrechtsmittel wegen eines anderen Anspruchs eingelegt worden ist, der Rechtsmittelbeklagte sich auch wegen seiner Beschwer in der Kostenentscheidung anschließen kann (und muß, soweit diese nicht von Gerichts wegen in der Rechtsmittelinstanz nachzuprüfen ist; § 536 B III a).

**C IV.** Für den **Gebührenwert** gilt die Sonderbestimmung des GKG § 20.

## § 5 (5)

**I Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; dies gilt nicht für den Gegenstand der Klage und der Widerklage.**

**A.** § 5 enthält für die Streitwertberechnung zwei unterschiedliche Regeln, die über den Zusammenhang subjektiv (§§ 59, 60) oder objektiv (§ 260) gehäufter Ansprüche (§ 2 A I b) und die über die getrennte Behandlung von Klage und Widerklage. Über die Rechtsmittelwerte spricht sich die Bestimmung nicht aus; sie gilt für sie nur entsprechend.

**A I.** Die **Zusammenrechnung** wie die Trennung der Streitwerte — und dementsprechend die der Rechtsmittelwerte — setzt voraus, daß sie bei der Bestimmung des Gerichtstandes (für die sachliche Zuständigkeit) bzw. für die Zulässigkeit des Rechtsmittels überhaupt bedeutsam ist.

**B.** **Zusammengerechnet** werden mehrere in einer (Wider-)Klage erhobene Ansprüche.

**BI b)** Dies gilt ferner, wenn die **Klage nachträglich** zulässigerweise **erweitert** wird und selbst dann, wenn mehrere getrennt anhängig gemachte Streite (gleichviel aus welchem Grunde) verbunden werden (§ 147; OLG JW 33/550<sup>47</sup>). Bei dem Streitwert wird die Wirkung der Verbindung bisweilen in Abrede gestellt (während Schönke ZPO § 3 Anm. I 1, LG Berlin JW 31/1766<sup>1</sup> unter Zustimmung von Goldschmidt JW 31/1753 dann, wenn ein Gläubiger mehrere Teilklagen vor dem AG erhebt, nach dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ die landgerichtliche Zuständigkeit begründet wissen wollen; LG Bielefeld NJW 54/276 gibt dagegen, wenn Teilklagen vor dem AG erhoben werden, die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit).

**B II.** Nicht zusammengerechnet werden darf, was zu einer **mehrfachen Bewertung** des **selben Streitgegenstandes** führen würde.

**a)** Nicht mehrfach berechnet wird der Wert mehrerer Anträge, die denselben Gegenstand in objektiver Klagehäufung (§ 260) betreffen (RGZ 126/18 [20]).

**a 1.** Dies gilt, wenn der volle Wert des Gegenstandes mehrfach im Streit ist. Werden deshalb das Eigentum (§ 3 B III b 2) an einem Gegenstand und sein Besitz gefordert (§ 6 B), so wird der Streitgegenstand nur einmal bewertet (OLG RpfL 49/419). Entsprechendes ergibt sich aus der Erfüllung des Vertrages für die Ansprüche auf Zahlung des Kaufpreises und u. U. auf Herausgabe von Sachen (vgl. OLG HRR 39/582), auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Sachen (RG JW 97/2<sup>3</sup>) oder für die auf Herausgabe von Sachen und Leistung von Wertersatz im Falle der Nichtherausgabe (OLG 39/29) wie bei Anträgen nach § 510 b (OLG 39/29). Auch der Antrag auf Herausgabe einer Sicherheitleistung und der auf Befriedigung aus ihr wegen einer Gegenforderung sind nicht mehrfach zu bewerten (RGZ 31/386 [387]).

**a 2.** Dies gilt aber auch, wenn Teilwerte und der volle Wert Streitgegenstand sind, also etwa bei der Klage auf Feststellung des gesamten Rechtsverhältnisses (vgl. § 280) und der auf Leistung eines Teils (RG Warn. 12/42).

**a 3.** Es können aber auch mehrere Teilwerte desselben Gegenstandes, die sich nicht überlagern, gehäuft werden, dann sind sie zusammenzurechnen, dürfen indes zusammen nicht höher bewertet werden, als der Wert des gesamten Gegenstandes ist.

**a 4.** Dem entspricht es, daß mehrere Klagegründe zu keiner Doppelbewertung führen können. Bei mehrfacher Klagebegründung nicht bezifferter Ansprüche, etwa wenn ein Feststellungsanspruch auf StVG und auf unerlaubte Handlung gestützt wird, kommt der höhere Wert in Betracht (vgl. LG JVBl. 37/65).

**a 5.** Ergreift aber die rechtliche Bewertungsgrundlage nicht den gesamten Gegenstand, sondern nur seine Zukunft ab Klageerhebung (oder Rechtsmitteleinlegung) wie nach §§ 8, 9, so müssen die in der Vergangenheit liegenden Streitgegenstände, die Leistungen, welche bis zur Klageerhebung (Rechtsmitteleinlegung) fällig geworden sind, zusätzlich bemessen werden (§ 9 A III a).

**b)** Besonderheiten gelten für das **Verhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch**.

**b 1.** Gleichviel ob hier beide Ansprüche denselben Streitgegenstand betreffen, werden ihre Werte nicht zusammengerechnet, sondern es wird nur der höhere Anspruch bewertet (RG JW 11/222<sup>32</sup>). Dies gilt für die Streitwertberechnung (nicht für die Rechtsmittelwertberechnung: § 4 B I c) auch für den als Hauptanspruch im Hauptantrag geltend gemachten Prozeßkostenanspruch (RG JW 99/540<sup>30</sup>). Eine Ausnahme hiervon gibt es nur bei den negativen Klagen, in denen der Anspruch auf Nichtbestehen einer Forderung, hilfsweise der, daß sie gegen eine Aufrechnung getilgt sei, verfolgt wird. Diese Häufung des negativen Anspruchs führt ebenso zur Zusammenrechnung, wie wenn sonst über die Aufrechnung eventuell zu entscheiden ist.

**b 2.** Für den Rechtsmittelwert ergeben sich insoweit Modifikationen. Wird dem Hauptantrag stattgegeben, so ist nur der Beklagte beschwert, aber mit mehrfachen Werten (vgl. § 5 B II), falls er die Stattgabe des Hauptantrags einer Klage bekämpft, mit welcher der Kläger auf Rückzahlung des am 1. 1. 1948, hilfsweise des am 1. 6. 1948 gegebenen Darlehens geklagt hatte, und er geltend macht, daß keines der Darlehen gegeben wurde oder beide

getilgt sind u. dgl. m.; dann sind beide Summen zusammenzuzählen, obwohl über den Hilfsantrag deswegen nicht entschieden wurde, weil dem Hauptantrag stattgegeben wurde. Über die Eventualaufrechnung vgl. § 5 B IV b. Werden Haupt- und Eventualantrag mit mehrfachen Werten (vgl. § 5 B II) zurückgewiesen, so ist der Kläger wegen der Rechtskraftwirkung mit der Summe dieser Werte beschwert.

c) Entsprechend den Haupt- und Hilfsanträgen sollte man bei **Wahlklagen** verfahren (BGB § 262). Die h. M. bewertet anders, nämlich wenn der Kläger das Wahlrecht hatte nach der höheren Leistung (RG Warn. 08/153), wenn es der Beklagte hatte, nach der geringeren (RGZ 55/81). Über die außer Betracht bleibende *facultas alternativa* (BGB §§ 251 II, 528 I 2, 1973 II 2) vgl. § 3 B III c 3.

**B III.** Auch die **subjektive Klagehäufung** führt zu keiner mehrfachen Bewertung desselben Klagegegenstandes, wohl aber zu einer Zusammenrechnung verschiedener Streitgegenstände auch im Verhältnis zu mehreren Beteiligten derselben Parteilinie (BGH MDR B 398/57).

**B IV b)** Ist dagegen eventuell aufgerechnet, so liegt darin etwas entsprechendes wie bei den Hilfsklagen (Kommentar § 5 B II c 2).

**b 2.** Für die Rechtsmittelwertberechnung ergeben sich entsprechende Folgen wie bei der Zusammenrechnung von Klage und Widerklage (§ 5 C II). Treffen aber die Stattgabe der Klage und die Zurückweisung der Eventualaufrechnung zusammen, so sollte man den Beklagten in der doppelten Klagesumme als beschwert ansehen, weil er es so rechtskraftmäßig ist (vgl. § 304 E I a; a. M. BGH v. 28. 9. 1954 V ZR 149/54).

**C.** Klage ist auch die Widerklage, nur daß die Anträge jeder Parteilinie nach § 5 getrennt zu bewerten sind.

**C I a)** Klammert indes die Widerklage den Klageantrag, auf den sie sich nur infolge der Ausklammerung nicht bezieht, aus und würde, wenn sie nicht ausklammern würde, ein einheitlicher Klagegegenstand getroffen, so sind beide Gegenstände zusammenzurechnen, wenn über sie im selben Verfahren entschieden werden soll (und gebührenwertmäßig der Wert gleich hoch zu bemessen ist). Berührt sich also der Kläger einer Darlehensforderung von DM 2000,—, macht er indes nur einen Teilbetrag von DM 1000,— geltend, so darf der Beklagte Widerklage auf Feststellung, daß er gar nichts verschulde, erheben; er darf den Antrag aber auch so formulieren, daß er weitere DM 1000,— aus diesem Darlehen nicht verschulde (der Gebührenwert ist in beiden Fällen DM 2000,—).

**b)** Doch setzt § 5 voraus, daß die Widerklage zulässigerweise erhoben werden darf, sofern durch eine unzulässigerweise erhobene nicht die landgerichtliche Zuständigkeit auch für die Klage begründet werden kann. Ist die Widerklage unzulässig, weil ihr die Klage entgegensteht (wie bei dem Entgegensetzen von Feststellungsklage gegen solche mit umgekehrten Vorzeichen, vgl. dazu § 256 C IV a 2), so bleibt das für die Klage zuständige Gericht auch für die Widerklage zuständig.

**C II.** Die **Rechtsmittelwerte** ergeben sich aus der Beschwer des Rechtsmittelklägers im Verhältnis seiner Anträge zum angefochtenen Erkenntnis (vgl. § 511 a B I a). An Stelle von Klage und Widerklage treten hier das Rechtsmittel und die Anschließung bzw. das selbständige Gegenrechtsmittel.

**a)** Bei einheitlicher Beschwer werden also als Rechtsmittelwert die Streitwerte von Klage und Widerklage zusammengerechnet (BGH v. 18. 3. 1953 II ZR 149/52). Betreffen sie indes denselben Gegenstand, so wird dieser auch hierbei nicht doppelt bewertet (RG Recht 00/152. Abweichend hiervon hat RGZ 46/397, wenn einer von mehreren Klägern gegen die Abweisung der Klage, der andere wegen seiner Verurteilung mit der Widerklage vorging, nicht zusammengerechnet).

**b)** Sind mehrere Prozesse verbunden, so werden die Rechtsmittelwerte zusammengerechnet (RG DR 40 A 1952<sup>24</sup>), und zwar selbst dann, wenn (verschentlich) auf Grund derselben Verhandlung die Urteile getrennt abgesetzt wurden (RG JW 09/77<sup>13</sup>). Andererseits wurde eine gemeinschaftliche Rechtsmittelschrift gefordert (RG JW 11/817<sup>21</sup>), soweit erst durch die ge-

meinschaftliche Einlegung der Rechtsmittelwert erreicht wird; doch fordert dies das Gesetz nicht. Bei der Verurteilung von Gesamtschuldnern kommt es darauf an, daß einer von ihnen, der das Rechtsmittel einlegt, rechtsmittelfähig beschwert ist (RG JW 27/1249<sup>4</sup>).

c) Bei **Haupt- und Hilfsanträgen** kann sich die Beschwer spalten (vgl. § 5 B II b 2, IV b 2).

d) Entsprechend dem Verhältnis von Klage und Widerklage sind die gegenseitig eingelegten Rechtsmittel rechtsmittelwertmäßig getrennt zu behandeln. Diese Werte dürfen nicht zusammengerechnet werden. Dies bedeutet, daß die Rechtsmittelbeschwer einer jeden Parteilinie getrennt zu beurteilen ist, selbst wenn die eine im Verhältnis zur anderen eine Nebenforderung i. S. des § 4 C I ist. Wenn demgegenüber RGZ 133/288 meint, daß die sich nur auf die Nebenforderung erstreckende Revision zur unselbständigen Anschlußrevision zurücksinke, so kann dem nicht gefolgt werden.

D. Die **Gebührenwerte** weichen von den Streitwerten (der ersten Instanz) insoweit ab, wie sich überlagernde Klage- und Widerklageanträge stets nur einmal bewertet werden (GKG § 16 I).

## § 6 (6)

**I Der Wert des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Wert einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Wert, so ist dieser maßgebend.**

B. Die Bewertung des Besitzes nach dem der Sache und der Sicherung nach dem Nennwert der Forderung schreibt § 6 I 1 vor.

**B I a)** Im Streit kann deshalb sowohl der unmittelbare wie der mittelbare (BGB § 868), der Eigenbesitz (BGB § 872) wie der Fremdbesitz sein (RGZ 61/92; a. M. OLG 43/122, das für die Klage auf Besitzerräumung auf Grund nichtigen Kaufvertrages § 8 anwenden will.)

**a 1.** Welcher Antrag gestellt worden ist, ist gleichgültig. Er kann, von dem Fall des § 8 abgesehen, auf Herausgabe, auf Räumung (RG JW 93/73<sup>1</sup>) an den Kläger (BGB § 861 I) oder einen dritten (BGB § 869) gehen, aber auch negativ sein.

**a 2.** Auch kommt es regelmäßig nicht auf den Klagegrund an (vgl. aber § 8 A I c 1 bei Miet und -Pachtverhältnissen).

**a 3.** Klage- und Prozeßart sind ohne Belang (vgl. § 3 B IV). Über die Gebührenberechnung bei Arresten und einstweiligen Verfügungen vgl. GKG § 18; über die bei Offenbarungseiden GKG § 17.

**b)** Doch wird eine **Teilbewertung** rechtlicher Art berücksichtigt, während die wirtschaftliche ausscheiden muß, also im besonderen die unter Abzug von Lasten (§ 6 B I a 2).

**b 1.** Klagegegenstand können Sachteilwerte sein. Ist nur ein Teilbesitz (BGB § 865) streitig, etwa bei der Klage auf Räumung eines Grundstückteils, so ist der Verfahrenswert des Teils Streitgegenstand (RG Recht 20/2468), bei der Freimachung einzelner Räume sind es diese (RG N § 6/26).

**b 2.** Ist nur ein Teilbesitz (BGB § 866) streitig, so muß man es auf den ideellen Teil der Berechtigung, u. U. auf den Teil des insgesamt so Berechtigten abstellen (vgl. RG Warn. 20/120).

**b 3.** Es können aber auch nur Besitzteile Streitgegenstand sein (vgl. § 3 B III b 6, c 4).

**B II.** Geht es um die **Sicherstellung einer Forderung** oder um Pfandrecht für sie, so wird es auf die Sicherung als solche abgestellt (§ 6 I 1), wenn ihr Wert nicht geringer ist als der Gegenstand, an dem sie besteht (§ 6 I 2). Die Norm entspricht in beiden Sätzen dem Grundsatz der objektiven Theorie, wenn eine Sicherung als solche im Streit ist. Anders ist dies, wenn es um die Herausgabe (die Besitzübertragung) des sichernden Gegenstandes geht, dann ist nach § 6 I 1 diese und nur diese im Streit, und anders ist dies auch, wenn nur um die gesicherte Forderung gestritten wird, dann ist nur diese im Streit (sofern nicht zugleich um die Sicherung selbst gestritten wird).

a) Bei dem Streit um die Sicherung, um ein Pfandrecht als solches ist Streitgegenstand nur die Sicherung. Daß eine Sicherung selbst nur vorläufigen Charakter hat, regelmäßig auflösend bedingt ist, aber auch aufschiebend bedingt sein kann, ändert an der Bewertung nichts (vgl. § 3 B III b 1). Nebenforderungen i. S. des § 4 bleiben auch hier unberücksichtigt (RGZ 26/412). Geht der Nennwert der Sicherung auf einen Geldwert, so ist dieser Nennbetrag Streitwert (RG JW 25/2323<sup>2</sup>), bei der Höchstbetragshypothek des BGB § 1190 ist dies der Höchstbetrag (RG Seuff. 93/54), bei einer Grundschuld ist es ihr Nennwert. Hat die Sicherung keinen Nennwert, so ist ihr Verkehrswert zu bewerten (KG JW 32/1155<sup>3</sup>), nicht bloß ein etwa zu erwartender Versteigerungserlös.

a 1. Auf den Klageantrag kommt es dabei nicht an. Auch der Klagegrund ist gleichgültig.

a 2. Auf den wirtschaftlichen Wert der Sicherung kommt es nicht an. Deshalb bleiben vorgehende Belastungen des Gegenstandes außer Betracht (RG Recht 12/2855); während es andererseits nicht darauf ankommt, daß die Hypothek in eine bereits eingetragene Vormerkung einrückt (RG N § 6/24); sie wird damit nicht höher bewertet (mag sie auch wirtschaftlich an Wert gewinnen). Deshalb darf auch nicht geringer bewertet werden, wenn nur wegen Verschlechterung der Hypothek nach BGB § 1134 geklagt wird oder wenn es im Fall des § 768 darum geht, daß die Vollstreckungsklausel nur zeitweilig nicht erteilt werden darf (a. M. OLG Kiel JVBl. 32/29), oder darum, daß die Sicherung wegen eines Nebenrechts umstritten ist (während das Vollrecht unstrittig ist, a. M. im Ergebnis: RG v. 17. 1. 1910 V Warn. 11/98). Bedenklich ist es auch, wenn OLG JW 28/2800<sup>30</sup> bei Streit über das „Pfandrecht“ am Hypothekenbrief nur den Wert des Briefes schätzt; denn die Rechtsvorstellung des Gerichts bleibt hier hinter der der Parteien zurück.

a 3. Die Klageart — ob Leistung (Gestaltung) oder Feststellung begehrt wird (RG JW 34/1174<sup>8</sup>) — birgt keine Besonderheit in sich; das gilt auch für die negativen Feststellungsklagen, also wenn das Nichtbestehen eines Besitzes oder einer Forderung im Streit ist (RGZ 22/388), und es ist deshalb auch gleichgültig, ob die Klage der Durchsetzung oder der Aufhebung eines Pfandrechts dienen soll (RG Gruch. 36/1195).

b) Doch gibt es auch eine **rechtliche Teilbewertung**, die aber auch hier mit der wirtschaftlichen Wertung nichts zu tun hat (vgl. § 3 B III b 1, § 6 B I b). Ein Teilwert ist nur im Streit, wenn es um die Art der Pfandverwertung geht (a. M. KG JW 36/3330<sup>32</sup>). Dasselbe gilt, wenn positiv nur um eine Möglichkeit (vgl. § 3 B IV b 2) oder negativ um die Nichtgegebenheit aus Tatsächlichem geklagt wird, dann sind Teilwerte im Streit, etwa wenn eine Hypothek noch nicht fällig ist bzw. gemacht werden könnte, die ausgesprochene Kündigung verfrüht oder unwirksam ist (OLG 23/70).

c) Den **Sicherungswert** (§ 6 B II a) **begrenzt** § 6 I 2 indes dann, wenn er geringer ist als die Sicherung, der Gegenstand der Sicherung, des Pfandrechts auf den Wert dieses Gegenstandes.

c 1. Doch setzt dies voraus, daß es nur um die Sicherung geht, also nicht, wenn bei einer Hypothek auch die persönliche Forderung im Streit ist, wo dann die Hypothekensumme ohne Rücksicht auf den Grundstückswert zu bewerten ist. Überhaupt entscheidet der Wert des Forderungsbetrages, wenn er begehrt wird, selbst wenn zusätzlich eine Sicherheitleistung verlangt wird (OLG HRGZ 35 B 547), sofern die Sicherheitleistung nicht höher ist; die prozessual zu leistende Sicherheit bleibt aber für die Bemessung des Streitwerts außer Betracht. Der Forderungsbetrag entscheidet auch stets in dem Fall der Vollstreckungsgegenklage (§ 767).

c 2. Der Klagegrund ist belanglos.

C. Die Norm des § 6 gibt einen **Bewertungsgrundsatz** wieder, der zur Anerkennung der objektiven Theorie führen sollte. Jedenfalls kennt § 6 keine Bewertung nach dem Interesse des Klägers; der Wert ist grundsätzlich gleich zu bemessen, gleichviel wer (positiv oder negativ) klagt. Für den Sachwert gilt die allgemeine Bewertung (gemeiner Wert, nicht voraussichtlicher Versteigerungserlös, KG JW 32/1155<sup>3</sup>).

**C I.** Aus § 6 I 1 ist aber nicht nur zu schließen, wie Vollrechte zu bewerten sind, sondern es ist aus ihm auf die **Bewertung von Teilrechten** zu schließen, die einen höheren Rang als der in ihm genannte Besitz haben (vgl. § 3 B III b 2).

**a)** Dies gilt auch, da er die Besitzsicherung voll bewertet, für die Eigentumsicherung u. dgl. m. (so OLG HRR 30/747; a. M. OLG Kiel BüroBl. 29/299 für den Eigentumsvorbehalt), im besonderen bei Klagen auf Herausgabe von Sachen, die zur Sicherung einer Forderung übereignet waren (RG BayZ 30/288, OLG Hamburg 37/83; a. M. OLG NJW 53/1870). Bei einem Anspruch auf Sicherstellung eines anderen Rechts ist § 6 entsprechend anzuwenden (RG JW 91/329<sup>2</sup>).

**C II.** Gewohnheitsrechtlich entscheidet auch in dem Fall des § 771 nicht das zu sichernde Recht des Klägers (RG JW 34/1174<sup>8</sup>), sondern grundsätzlich die Forderung des Beklagten (RG N § 546/45); die Tilgung der Forderung des Beklagten mindert, soweit der Kläger dies gegen sich gelten läßt, den Streitwert herab (OLG 23/65), wobei die Nebenforderungen für die Forderung des Beklagten nicht bewertet werden (RG DR 41 A 597<sup>19</sup>). Ist indes der Wert des Pfandgegenstandes geringer, so ist er der Streitwert (RG JW 34/1174<sup>8</sup>), wobei die vorhergehenden Pfandrechte nicht abzuziehen sind (BGH NJW 52/1335). Haben mehrere Gläubiger wegen verschiedener Forderungen gepfändet, so werden ihre Forderungen zusammengezählt (vgl. § 5 B III; OLG BüroBl. 31/173); der ihnen entgegenstehende Pfandgegenstand wird aber höchstens einmal bewertet (OLG JW 33/539<sup>19</sup>).

**C III.** Wird die Herausgabe einer Sicherheit gegen Zahlung einer Summe gefordert, so ist diese Summe von der Forderung abzusetzen; denn um sie mindert sich der Wert der zu sichernden Forderung. Ist aber die Sicherung geringer, so gilt ihr Wert (RGZ 98/221). Verlangt der Sicherungsgeber den Gegenstand vom Sicherungsnehmer zurück, so hat BGH v. 12. 2. 1959 VII ZR 215/58 den § 6 entsprechend angewandt.

## § 7 (7)

**I Der Wert einer Grunddienstbarkeit wird durch den Wert, den sie für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um den sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.**

**A.** Während in der allgemeinen Wertung sich in der Regel Mittelwerte (§ 3 B III) bestimmen lassen, weist § 7 einen Fall auf, wo die **Möglichkeit verschiedener Mittelwerte** besteht, je nachdem, ob eine Grunddienstbarkeit für das dienende oder das herrschende Grundstück einen verschiedenen Mittelwert hat und wählt dann als Streitwert den größeren. Eine ähnliche Lage ergibt sich bei den Wahlklagen, vgl. dazu § 3 B III c 3.

**B. Grunddienstbarkeit** ist die dingliche Belastung eines Grundstücks zugunsten eines anderen Grundstücks (BGB §§ 1018 folg.). Nach § 7 kommt es aber nur auf die subjektiv dingliche, nicht auch die subjektiv persönliche Seite an (vgl. RG Waru. 16/57).

**B I.** Subjektiv dinglich sind aber auch der Überbau (BGB §§ 912 folg.; RGZ 65/361), der Notweg (BGB §§ 917 folg.), die Grenzrechte (BGB §§ 920 folg.; RGZ 67/79 [81]), auch sonstige Nachbarrechte, die rein dinglicher Art sind, wie das Traufrecht (RG N § 7/7), das Dränagerrecht (RGZ 3/384), das Licht- und Fensterrecht, BGB § 907, PrALR § 142 I 8 (RG v. 13. 11. 1907 V E 67/79 [81]), v. 11. 2. 1914 V BayZ 192). Weiter gehört hierher die subjektiv dingliche Reallast (BGB § 1105 II); soweit es um die Bewertungsgrundlage geht, gilt hier aber § 9. Nicht hierher gehört das subjektiv dingliche Vorkaufsrecht (BGB § 1094 II) und das subjektiv dingliche Vorrecht des Bergwerksbesitzers auf Benutzung usw. des Grundstücks (PrABG §§ 134 folg.), weil hier nur der Wert des zu verkaufenden bzw. zu benutzenden Grundstücks in Frage steht.

**C I.** Bei den subjektiv und objektiv dinglichen Rechten wird der größere Wert zugrunde gelegt, also entweder der, der das Recht als Werterhöhung für das herrschende Grundstück hat, oder der, der sich durch die Wertminderung des dienenden Grundstücks ergibt, gleichviel wer klagt (a. M. schon für den Streitwert: RG N § 7/4).

**C II.** Klagegrund und Klageanspruch entscheiden nichts. Ruht die Last als Gesamtlast auf mehreren Grundstücken, so ist, auch wenn sie nur auf einem dieser streitig gemacht wird, die volle Last der Streitwert (RG JW 98/385<sup>2</sup>); doch wird bei verbundenen Klagen nur einmal voll gewertet (§ 5 B II).

**a)** Voll gewertet wird indes bei Störungen (vgl. BGB §§ 1029, 906) nur, wenn zugleich der Umfang der Dienstbarkeit im Streit ist (RG Warn. 10/169); aus diesem Grunde ist bei einer Klage aus BGB § 1004 nicht der volle Wert zugrunde zu legen (RG JW 98/153<sup>1</sup>).

**C III.** Für die Beschwer kann nichts anderes gelten (RG N § 546/5; 35, 114). Im Gegensatz hierzu stellen es BGH Z 23/205 u. a. auf den Eigentümer ab, der zufällig beschwert ist.

## § 8 (8)

**I** Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Wertberechnung entscheidend.

**A)** § 8 regelt den Streitwert für Klagen aus Miete und Pacht, sofern ihr Bestehen oder ihre Dauer streitig ist. Für den Gebührenwert gelten GKG § 13, MSchG § 13 IV.

**A I a.** Soweit GVG § 23 I 2 a, MSchG §§ 7 I 1; 27 I 1, 3 b und LVG §§ 1 I 1, 4; 13 an zuwenden sind, bleibt § 8 außer Betracht (vgl. GVG § 23 B III).

**b)** Er bezieht sich im übrigen nur auf Miet- (BGB §§ 535 folg.) und Pachtverträge (BGB §§ 581 folg.); gilt hier aber auch für Vorverträge, für Untermiete und Unterpacht (RG Gruch. 54/1107), wie für den Fall, wo der Mieter den Gebrauch einer Sache einem dritten nach BGB § 556 III überlassen hatte (OLG HRR 33/1242, a. M. KGBl. 32/75).

**b 1.** Auf die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, die nach dem RLG entstanden, wurde § 8 entsprechend angewandt (OLG RpfL. 49/613, NJW 47/69).

**b 2.** Abgesehen davon ist die Norm keiner entsprechenden Anwendung fähig.

**c) Bestand oder Dauer** eines Miet- oder Pachtverhältnisses müssen im Streit sein.

**c 1.** Ist das Miet- oder das Pachtverhältnis weder im ganzen noch sein Bestand noch seine Dauer als Klage- oder Verteidigungsgrund (§ 8 A II b) im Streit, dann ist § 8 unanwendbar und der Streitgegenstand unmittelbar nach §§ 3, 6 zu bewerten. Dies ist der Fall, sofern der Bestand des Grundverhältnisses unstreitig ist (RG JW 91/42<sup>1</sup>), wenn etwa nur über die Folgen einer unstreitigen Aufhebung des Grundverhältnisses gestritten wird (RG JW 95/322<sup>2</sup>).

**c 2.** Inwieweit sich der Streit auch auf andere als unmittelbare Vertragspartner erstrecken darf, ist unterschiedlich abzugrenzen. § 8 gilt auch für und gegen Miet- und Pachtbürgen (KG OLG 13/71). Dahin gehört auch der Fall, wenn der Eintritt eines dritten in einen Miet- oder Pachtvertrag umstritten ist (RG N § 8/1; a. M.: RG Warn. 10/381, das nach § 3 schätzt). Auch OLG Hamburg 37/82 hat die Klage des Mieters, an seine Stelle einen dritten setzen zu dürfen, nicht unter § 8 (GKG § 10) gebracht, sondern nach § 3 geschätzt. § 8 ist indes nicht anzuwenden, wenn unter mehreren Vermietern oder mehreren Mietern und mehreren Verpächtern oder mehreren Pächtern ihre Rechte untereinander streitig sind, so daß die Parteien sich entweder nur aus Mietern oder nur aus Vermietern zusammensetzen (RG Warn. 13/116).

**A II a)** Wenn eine Klage sich auf mehrere Rechtsgründe (Eigentum BGB § 985, früheren Besitz BGB § 1007) neben Miete oder Pacht stützt, ist nicht nach § 6, sondern nach § 8 zu bewerten (BGH NJW 53/384); dies kann auch erst durch den Einwand des Beklagten hervortreten (BGH v. 23. 9. 1953 VI ZR 249/52). Nach § 8 ist der Streitgegenstand auch bei Leistungsklagen auf Überlassung und Benutzung der Miet- oder Pachtsache (BGH NJW 53/384), wie umgekehrt bei denen auf Räumung (von Grundstücken, Wohnschiffen, Wohnwagen) zu bemessen, mögen sie die Beendigung des Vertrags voraussetzen (BGB § 556) oder sich auf die Unwirksamkeit des Vertrags stützen (OLG HRR 33/597), sofern nur das Miet- oder Pachtverhältnis seinem Bestande oder seiner Dauer nach im Streit ist (vgl. § 8 A I c).

b) Bei gemischten Verträgen, wo das Entgelt nur zum Teil auf Miete oder auf Pacht entfällt, zum anderen auf Dienstleistungen u. dgl. m. oder auch auf Leihe, sind die Teilwerte zu errechnen (wobei das Gericht nach § 3 vorzugehen hat).

c) Teilwerte liegen vor, wenn nur auf Strombezug geklagt wird oder wenn nur der Teil einer Sache im Streit ist, so daß nur der Mietwert des Sachteils zu berechnen ist (KG OLG 4/261).

d) Gehäufte Werte können sich durch einen Teil, aber auch einen Vollwert innerhalb des § 8 ergeben. Dann gilt der Grundsatz, daß der Wert nicht über den vollen Wert bemessen werden darf, so daß auch hier gegen Gesamtschuldner nur einmal zu berechnen ist (RG JW 38/1047<sup>45</sup>). Sonstige Häufungen — auch über den Wert des § 8 hinaus — sind bei gemischten Verträgen (§ 8 A II b) denkbar. Doch können auch aus dem Miet- oder Pachtverhältnis nicht unter § 8 fallende Ansprüche neben diesen geltend gemacht werden. Dann werden sie zusammen gerechnet (§ 5). Wurden inzwischen Mieten gezahlt und wird immer wieder erhöht, so sind alle diese Beträge zusammenzurechnen. Über die Frage der Zusammenrechnung mit unbestimmten Mietentgelten in der Zukunft vgl. § 9 B II a 1. Überlagert werden hier die Fälle, wo auf künftige Leistung geklagt wird. Insoweit dürfen diese künftigen Leistungen nicht mehr zusätzlich berechnet werden (vgl. § 3 B III a 3).

A III. Klage- und Prozeßart sind für die Bewertung nach § 8 bedeutungslos.

B. Streitwertbemessungsgrundlage ist nach § 8 das Entgelt für die gesamte in Betracht kommende Zeit, höchstens aber der fünfundzwanzigfache Jahresbetrag.

B I. Die Regelung geht zunächst von einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrag aus (RG JW 91/4<sup>1</sup>). Ist ein Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, in ihm aber eine Kündigungsfrist bestimmt, so wird nur die Zeit bis zur frühest möglichen Auflösung gerechnet (RG JW 98/500<sup>3</sup>), u. U. ist die gesetzliche Kündigungsfrist zu beachten (BGB §§ 565, 595, RG JW 38/1047<sup>45</sup>).

a) Die durch das MSchG eingetretene Unkündbarkeit der Verträge spielt dabei für die Streitwertberechnung keine Rolle, weil diese Verhältnisse nicht unter § 8 fallen (vgl. § 8 A I a). Soweit die Frage für den Rechtsmittelwert der Revision in Betracht zu ziehen ist, hat RGZ 164/325 (329) den Wert nach § 3 i. V. m. § 8 geschätzt. Im Gegensatz dazu hat RG N § 8/4 es auf die vertragliche Kündigungsfrist abgestellt, selbst wenn sie nicht zu verwirklichen war. Doch sollte man dann § 8 schlechthin anwenden. Bei Baukostenzuschüssen gilt hier der Sonder-schutz des ZVG § 57 c.

B II. Das Miet- und Pachtentgelt als Berechnungsgrundlage ist das tatsächlich gezahlte (RG JW 10/291<sup>27</sup>). Verlorene Baukostenzuschüsse (nicht verlorene sind ohne weiteres Teile des Mietentgelts) sind mit zu bewerten (BGH MDR B 80/56); dasselbe gilt von der Übernahme aller Lasten, die ohne besondere Abrede den Vermieter treffen würden. Ferner sind von den Leistungen des Mieters nicht die auf dieser Leistung für den Vermieter ruhenden Steuern abzuziehen (OLG JW 26/1041<sup>13</sup>); hier wird also der Festwert zugrunde gelegt. Besteht das Entgelt in Naturalleistungen, so sind diese nach § 3 zu bewerten (OLG 40/442).

a) Gewohnheitsrechtlich wurden allerdings die Lasten- und Gefahrentzuschläge abgesetzt (RG JW 32/1058<sup>19</sup>), wenn die Mieter Lasten und Gefahren des vermieteten oder verpachteten Gegenstandes, die sonst den Vermieter treffen, übernehmen (RG JW 10/291<sup>27</sup>); doch hat sich dagegen BGH MDR B 80/56 gewandt. Umlagen für Sammelheizung (LG Berlin II JW 23/26<sup>2</sup>), Warmwasser- und Fahrstuhlbenutzung bleiben außer Ansatz.

b) Bei der Bewertung einer längeren Zeit durch eine verkürzte Ersatzzeit ergeben sich Schwierigkeiten in den Fällen, wo die Einsatzbeträge ungleich sind. Die gesetzlichen Bestimmungen (§§ 8, 9, GKG § 2, 13) setzen stillschweigend gleichbleibende Entgelte für die Zeitspannen voraus, die sie ihrer Bemessung zugrunde legen. Sie sind also nicht unmittelbar anzuwenden, wenn die Entgelte in den Bemessungsspannen schwanken.

Für die genannten Fälle gibt es vier Berechnungsmöglichkeiten: 1. die Ersatzzeit kann nach dem Entgelt berechnet werden, welches in der verkürzten Zeit tatsächlich anfällt, oder 2. es kann nach den aus der Gesamtzeit gewonnenen Durchschnittseinsätzen, oder 3. nach den geringsten in Betracht kommenden Jahresbeträgen, oder 4. nach den höchsten bemessen werden.

e) Die Bewertung nach dem Entgelt wird aber auch dann beeinträchtigt, wenn es erst nach Jahren zu fließen beginnen soll (die Frage ist hier deshalb anders zu lösen wie bei bedingten und betagten Rechten, vgl. § 3 B III b 1); denn Bedingung und Betagung hindern hier den Anfall des Bemessungsgegenstandes. Wird deshalb der Miet- oder Pachtvertrag erst nach Jahren wirksam, so darf eine bestimmte Zeit bis zum Beginn überhaupt nicht, die dann folgende aber nur unter Berücksichtigung der laufenden Dreißigjahresfrist — sonst aber unverkürzt — und, wenn er erst nach dreißig Jahren zu laufen beginnen soll, mit einem nach § 3 zu schätzenden Betrag berechnet werden. Für die dann auf Lebenszeit laufenden ergibt sich zudem dieselbe Problematik wie in dem Fall des § 9. Ist indes der Beginn der Vertragszeit unbestimmt, so ist ebenfalls nach § 3 zu schätzen.

C. Die Gebührenwertberechnungen regeln MSchG § 13 IV, GKG § 12 abweichend von der Regel des § 8.

## § 9 (9)

**I Der Wert des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Wert des einjährigen Bezugs berechnet, und zwar:**

**auf den zwölfeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;**

**auf den fünfundzwanzigfachen Betrag, bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesamtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.**

A. § 9 regelt den Streitwert des Nutzungsrechts; für den Gebührenwert wird die Norm durch GKG § 10 eingeschränkt.

**A 1.** Danach muß das **Recht auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen** im Streit sein. Dieses unterscheidet sich von der Einzelnutzung der Leistung, obwohl das Recht sich in der Summe aller Einzelleistungen erschöpfen muß,

**b)** weshalb die Nutzung des durch § 9 bezeichneten Rechts niemals Nebenforderung i. S. des § 4 ist.

**b 2.** Erschöpft sich das Recht **bestimmungsmäßig** in einer Nutzung oder Leistung, so darf § 9 nicht angewandt werden. Dasselbe gilt von einer Mehrheit von Leistungen, die das Hauptrecht bestehen lassen, ohne es anzugreifen.

**c)** Das streitige Recht muß auf **wiederkehrende** Nutzungen oder Leistungen gehen, etwa auf Unterhalt, Renten, Reallasten; aber auch die Leistungen auf Grund des Lastenausgleichs sollte man hierher rechnen (a. M. BGH MDR 58/914, der die ZeitwertVO als Maßstab über § 3 gelten lassen will).

**e 1.** Der Wortlaut des § 9 fordert nicht, daß die Leistungen regelmäßig oder auch nur gleichartig sein müssen; doch geht sein Berechnungsmaßstab davon stillschweigend aus. Die h. M. bezieht nun zwar auch ungleichartige und nicht regelmäßig wiederkehrende Leistungen ein, schließt indes zu ungleichartige und zu unregelmäßige mit der Begründung aus, es seien keine wiederkehrenden, d. h. solche in einzelnen Zeitabschnitten neu zu leistenden (vgl. OLG Recht 03/83); so werden von ihr nicht hierher gerechnet der Sachnießbrauch (OLG 40/345), das Wohnungsrecht als solches, das nur Teil eines Altenteilrechts ist (RG JW 99/1<sup>1</sup>), das Jagdrecht (RG JW 02/418<sup>2</sup>), das Fischereirecht (RG JW 38/1841<sup>50</sup>). Dagegen setzt der Nießbrauch an einem Recht (BGB §§ 1068 folg.) regelmäßig die wiederkehrenden Leistungen voraus und erschöpft sich auch in diesen. Bei Nießbrauch an einem Vermögen (BGB §§ 1085 folg.) können sich beide Arten — die des Sach- und die des Rechtsnießbrauchs — überschneiden.

**III.** Auf Klageantrag, Klagegrund, Klage- und Prozeßart kommt es nicht an.

**b 1.** Sind mehrere Klagegründe gegeben, so gilt das zu § 8 A II a Gesagte, nämlich es ist jeder Grund getrennt zu bewerten und dann der Höchstbetrag Streitgegenstand (RG N § 9/20).

**e)** Die Klageart (Feststellung- oder Leistungsklage) vermag nach der hier vertretenen Auffassung an der Berechnung nach § 9 nichts zu ändern (§ 3 B IV; RGZ 54/411 [413];

BGH LM-ZPO § 9/13 für die negative Feststellungsklage; a. M. RGZ 166/74 [76]; BGHZ 1/43 für die positive Feststellungsklage, der die zehn- bzw. vierfachen Werte gelten läßt, vgl. § 3 B IV d 2; KG NJW 56/1206 kürzt auch bei negativen Feststellungsklagen).

**A III.** Abgedeckt wird durch § 9 das Recht auf Nutzung, nicht schon fällig gewordene Teilleistungen.

**a)** Werden **fällige Einzelleistungen** allein geltend gemacht, so werden sie allein berechnet (RG DR 40 A 2267<sup>39</sup>). Werden sie zusammen mit dem Recht geltend gemacht, so sind die Ansprüche nach § 5 zusammenzurechnen (BGH NJW 51/802<sup>9</sup>); was auch für Feststellungsklagen, die vor dem nach § 4 entscheidenden Zeitpunkt fällige Leistungen einbeziehen, gilt (nach altem Recht zu Recht nur bis zur Klageerhebung: RGZ 23/359 [361], im Gegensatz hierzu will es LG Hildesheim Rpfleger 56/75 auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung abstellen; aber nicht mehr nach neuem Recht für den Rechtsmittelwert OLG NdsRpfl. 52/6, a. M. BGH NJW 51/802), im besonderen, wenn ein Antrag für fällige Leistungen mit dem Feststellungsantrag gehäuft ist (BGH NJW 51/802).

**a 1.** Bei einem Übergang von der Leistung- zur Feststellungsklage wie umgekehrt ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung keine Änderung, selbst wenn Rückstände geltend gemacht würden (a. M. im letzten Fall wegen der unterschiedlichen Bewertung der Feststellungsklagen BGH NJW 51/194 = MDR 151 = JR 182; BGH v. 14. 7. 1954 V ZR 104/52 glaubt bei Feststellungsklagen völlig frei schätzen zu dürfen; ebenso BGHZ 7/335, OLG NJW 57/1638 [dieses mit Einschränkung]).

**b)** Die Bestimmung des § 9 schließt nicht aus, **Teilwerte** zu berechnen.

**b 2.** Es ist auch hier unzulässig, **Gegenleistungen** zu berücksichtigen (vgl. § 3 B I a 3, B III b 2).

**B.** Der Prozeß-(Streit- und Rechtsmittel-)wert wird nach § 9 bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts auf den Gesamtbetrag der einzelnen Bezüge festgelegt. Diese werden aber, wenn sie über mehr als 25 Jahre gehen, auf den fünfundzwanzigfachen Betrag des einjährigen Entgelts gekürzt, auch bei ungekürztem Klageantrag (OLG Hamburg 33/175). Die Vorschrift entspricht insoweit dem § 8. Ist dagegen der künftige Wegfall des Rechts gewiß, der Zeitpunkt, zu dem es entfällt, aber ungewiß, so ist der zwölfeinhalbfache Jahresbetrag der Nutzungen zu errechnen.

**B I a)** Der Wegfall des Entgelts ist gewiß, wenn eine Rente an das Leben einer Person geknüpft ist, deren Tod natürlicherweise gewiß ist (RG JW 94/117<sup>2</sup>), auch dann, wenn die Leistung eine darüber hinausgehende bestimmte Zeit nur wahren kann, wie etwa die nach BGB § 1708 auf 16 Jahre begrenzte (RG JW 93/196<sup>1</sup>) und andererseits, wenn Unterhalt bis zur wirtschaftlichen Selbständigkeit der Kinder zu leisten ist (RG JW 97/228<sup>2</sup>); aber nicht, wenn **gewiß** ist, daß sie weniger als zwölfeinhalb Jahre währt. Doch ist der Wegfall schon ungewiß, wenn ungewiß ist, ob das Ereignis vor oder nach zwölfeinhalb Jahren eintritt (RG JW 97/341<sup>1</sup>), bei getrennt lebenden Gatten etwa, wo ungewiß ist, wann die Trennung endet.

**c)** Ist es aber ungewiß, ob der Wegfall des Rechts bestimmt oder unbestimmt ist, so ist der Mittelwert zugrunde zu legen (RG N § 9/27 für den Fall, daß der Wegfall wiederkehrender Leistungen in der Zukunft gewiß, dafür aber eine Sicherheit von unbestimmter Dauer bestellt war).

**B II.** Bei zeitlich unregelmäßigen oder der Höhe nach unterschiedlichen Leistungen ergibt sich durch die **verkürzte Ersatzzeit** dasselbe Problem wie im Fall des § 8 B II b.

**a 2.** Bei jährlich ungleichen, der Höhe nach aber feststehenden Leistungen haben RGZ 26/409, 36/416 den jährlichen Durchschnittsatz errechnet und dann § 9 angewandt, während BGHZ 7/335 von den höchsten Jahresbeträgen aus rechnet.

**b)** Der Satz von zwölfeinhalb Jahren, den § 9 gibt, ist eine auf Grund der Erfahrung errechnete Durchschnittszahl. Beginnt deshalb eine Nutzung erst nach einer Reihe von Jahren, so hat er keine Geltung und die tatsächliche Nutzung ist zu schätzen (nach § 3; RG JW 08/13<sup>15</sup>, 08/44<sup>19</sup>), wobei aber die Höchstgrenze des § 9 nicht überschritten werden darf (RG JW 00/48<sup>4</sup>). Das entsprechende gilt, wenn erst ein späteres Ereignis die Einzelleistung bestimmt (RG

JW 09/663<sup>13</sup>); in solchen Fällen ist nach § 3 zu schätzen, wenn auch die Mindestgrenze nicht unter einem Wert liegen darf, den § 9 abzüglich einer eben bestimmten Zwischenfrist ergeben würde. Das entsprechende gilt, wenn feststeht, daß in bestimmbarer Dauer das Recht zu einem ungewissen Zeitpunkt entfällt und diese bestimmbare Dauer kürzer als zwölfeinhalb Jahre ist (RG Warn. 09/374).

**b I.** Doch darf dies nicht dazu führen, bei unbestimmtem Wegfall des Bezugsrechts die Dauer kürzer zu schätzen als nach § 9, etwa wenn der Betreffende schon sehr alt ist und wahrscheinlich eher sterben wird (BGH NJW 52/468; a. M. BGH NJW 56/182).

**C)** Die **Gebührenwertberechnung** (nicht die Streit- und die Rechtsmittelwertberechnung — RG v. 15. 12. 1902 VI JW 03/27<sup>26</sup>) weicht von § 9 erheblich ab durch GKG § 13.

## § 10 (10)

**I Das Urteil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.**

**A.** § 10 regelt den Fall, daß ein **Landgericht in erster Instanz statt des Amtsgerichts** entscheidet, betrifft also nur die sachliche Zuständigkeit (nicht die örtliche, RGZ 18/356 [361]).

**A I.** Sobald eine Entscheidung über eine bejahende sachliche Zuständigkeit des Landgerichts ergangen ist, bindet sie grundsätzlich alle Instanzen.

**a)** § 10 spricht von **Urteilen** der Landgerichte, meint aber einerseits nicht alle Urteile und sollte andererseits nicht auf Urteile beschränkt werden (OLG JW 31/1829<sup>12</sup>). Die Entscheidung kann fallen durch besonderes Zwischenurteil (§§ 275, 303), das nicht angreifbar ist (RG JW 02/17<sup>1</sup>), oder sogar durch Beschluß des AG nach §§ 506, 276 II, 697 I, 700 I 3. Immer aber tritt die Bindung durch eine in derselben Instanz nicht mehr angreifbare Entscheidung ein, auch wenn das LG seine sachliche Zuständigkeit nicht ausdrücklich bejaht hat oder über sie gar nicht entscheiden wollte (vgl. RG v. 1. 5. 1884 IV E 11/432 folg.). Dies ist auch der Fall, wenn eine Klage aus mangelndem Rechtsschutzbedürfnis abgewiesen worden ist (RG v. 14. 10. 1937 IV JW 3041<sup>39</sup>), wie überhaupt bei allen Entscheidungen über Prozeßbedingungen, welche die Prüfung der Zuständigkeit schon voraussetzen (§ 274 B). Auf die Begründung, weshalb die Zuständigkeit bejaht wurde, kommt es nicht an (RG v. 1. 5. 1884 IV E 11/432 [433], v. 26. 4. 1906 IV 522/05 N § 10/3). Wendet man die Vorschrift auf die **Beschlüsse** an, so ist zu beachten, daß die mit einfacher Beschwerde angreifbaren noch von der den Beschluß erlassenden Instanz geändert werden können, nicht mehr aber die der Beschwerdeinstanz; die mit der sofortigen Beschwerde angreifbaren überhaupt nicht mehr, die des Rechtspflegers (RechtspflegerG § 10) und die des Urkundsbeamten dagegen stets (vgl. §§ 576 I, 577 IV).

**b)** Betroffen wird durch die Bestimmung aber **nur die Anfechtung von Entscheidungen wegen sachlicher Unzuständigkeit** durch die höhere Instanz, also nicht die des (technisch) ersten Versäumnisurteils.

**A II.** Aus diesem Grunde ist auch das Urteil eines OLG, das die sachliche Zuständigkeit des LG bejaht, nicht weiter angreifbar (RGZ 23/430).

**A III.** Bei Revisionen kann sich der Fall ergeben, daß das Revisionsgericht an die Instanz zurückverweisen will (vgl. §§ 563 folg.). Sodann wird sie nicht gehindert sein, auch an ein AG zurückzuverweisen (etwa wenn in einer Schifffahrtsache ein LG entschieden hatte).

**B.** Dagegen darf auch die **höhere Instanz nicht** in ein bei der unteren Instanz anhängiges Verfahren **eingreifen** und vorgreifen, soweit ihr das nicht ausdrücklich gestattet ist.

**B I.** Doch sind **Vorgriffe** der zweiten Instanz auf ein erstinstanzliches Verfahren zugelassen (vgl. § 536 B II, III). Wird aber das höhere Gericht als erste Instanz tätig, obwohl ein Verfahren bei dem unteren Gericht ebenfalls in erster Instanz schwebt, so steht dem Verfahren des höheren Gerichts der Einwand der Rechtshängigkeit entgegen (§ 274 II 4).

a) Trotz unzulässigen Vorgriffs ist indes kein Rechtsbehelf gegeben, wenn ein LG als Rechtsmittelinstanz vorgegriffen hat, weil es gegen die landgerichtlichen Erkenntnisse der zweiten Instanz keine Berufung gibt.

b) Greift das OLG (bzw. das LArbG) unzulässigerweise vor, so ist dagegen bei Arrest und einstweiliger Verfügung kein Rechtsmittel gegeben (§§ 545 II, 547 II, ArbGG § 72 II), sonst das der Revision, soweit der Vorgriff unzulässig war.

**B II.** Greift das Revisionsgericht unzulässigerweise vor, so ist dagegen kein Rechtsbehelf gegeben.

**B III.** Über Vorgriffe in der Geschäftsverteilung vgl. § 1 B IV a; über den Fall, wo eine funktionell übergeordnete Rechtspflege an Stelle der anderen entscheidet, die Kammer an Stelle des Einzelrichters, vgl. § 348 B I, der Richter an Stelle des Rechtspflegers, vgl. GVG § 153 A I.

**C.** Greift die untere Instanz der höheren vor, so ist ihre Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit mit den ordentlichen Rechtsmitteln angreifbar, nicht aber mehr mit den Wieder- aufnahmeklagen allein aus diesem Grunde (vgl. § 578 E II).

## § 11 (11)

**I** Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei dem die Sache später anhängig wird.

**A.** Die Regel trifft die „außerprozessuale“ Rechtskraftwirkung, welche früher nur auf den außerprozessualen Anspruch bezogen wurde (§ 322 A I a).

**A I.** Sie trifft den Fall, daß ein AG oder LG seine **Zuständigkeit** mit der Begründung verneint hat, daß das andere Gericht sachlich (nicht örtlich, RG JW 98/200<sup>11</sup>) zuständig sei. Das später mit der Sache befaßte Gericht darf also nicht seine sachliche Zuständigkeit verneinen, weil das andere zuständig ist (RGZ 66/17 [20]).

a) Bei rechtskräftigen Verstößen gegen die Norm ist die Zuständigkeit nach § 36 I 6 zu bestimmen.

b) Zwischen Ost- und Westgerichten ist die Norm bedeutungslos.

**A II.** Über das Verhältnis von Unzuständigkeitserklärungen nichtordentlicher Gerichte und deren Bindung für das ordentliche Gericht vgl. Kommentar § 1 B II.

a) Im Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Sondergerichten bestehen indes jetzt **Sondernormen**.

a 1. Bei Verstößen hiergegen ist § 36 I 6 **entsprechend** anzuwenden.

b) Im Verhältnis der ordentlichen und der Sondergerichte zu den Verwaltungsgerichten, Verwaltungs Sondergerichten vgl. GVG § 17.

**B.** Die Wirkung des § 11 beschränkt sich aber auf die Festlegung der **ersten Instanz**. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels wird dieselbe Rechtsfrage von der Rechtsmittelinstanz ohne Rücksicht auf die Regelung des § 11 selbst geprüft, so daß das Rechtsmittelgericht nicht an die Entscheidung der Vorinstanz gebunden ist, also auch nicht in dem Fall, wo das LG, wenn es in zweiter Instanz tätig wurde, den Rechtstreit an sich als erste Instanz verwiesen hatte (RGZ 60/321 [322]).

**B I a.** Verweist dagegen das LG an das AG als Binnen- oder Rhein- oder Moselschiffahrtgericht, so wird das AG auch als Binnen- oder Rhein- oder Moselschiffahrtgericht tätig; dann ist die Berufung (ohne an eine Erwachsenensumme gebunden zu sein) an das Oberlandesgericht (Rhein-Moselschiffahrtbergericht oder an die Zentralkommission für die Rhein- oder an den Berufungsausschuß für die Moselschiffahrt) zulässig, selbst wenn es sich um keine Binnen- oder Rheinschiffahrtsache handelte.

b) Andererseits ist es unerheblich, auf welche Weise eine Sache an das OLG gelangt ist, die Revision ist nach § 547 auch dann zulässig, wenn darüber in erster Instanz das LG an Stelle des AG hätte entscheiden sollen (RGZ 166/360 [363] in einem Fall des GVG § 71 II).

**B II.** Auch sonst wird durch § 11 nicht die sachliche Entscheidung des Streits präjudiziert.

## Zweiter Title

### Gerichtsstand

## § 12 (12)

**I Das Gericht, bei dem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen sie zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.**

**A I.** Die örtliche Zuständigkeit zu unterscheiden, ergibt sich aus dem Nebeneinander gleicher Gerichte im selben Staatsgebiet.

a) Doch gibt es keine allgemeine Norm, daß stets irgendein inländisches Gericht zuständig sein muß; woraus folgt, daß, wenn kein inländisches Gericht eine örtliche Zuständigkeit hat, die inländische Gerichtsbarkeit nicht gegeben ist. Ergibt sich aber eine solche, so besteht auch die inländische Gerichtsbarkeit (RGZ 157/392). Für Inländer gibt es indes nach den §§ 15, 606 I, 642, 648 II in den dort umrissenen Fällen die Zuständigkeit des Heimatstaates (nicht in sonstigen). Wo die Ausländer im Auslande ihren Gerichtsstand haben, bestimmt ihr Heimatgesetz. Umgekehrt dürfen Inländer, soweit sie einen Gerichtsstand nach inländischem Recht (§ 40) vereinbaren dürfen, auch einen ausländischen als „ausschließlichen“ bestimmen (RG Warn. 22/60); indes nur soweit, wie nach inländischem Recht das ausländische Erkenntnis anzuerkennen ist (a. M. RG JW 26/1336<sup>1</sup>) und soweit wie das ausländische Recht die Vereinbarung der Zuständigkeit seiner Gerichte zuläßt, da eine Vereinbarung, die Klage schlechthin auszuschließen, nichtig ist. Darüber, inwieweit hier nach inländischem Recht die Vereinbarung gültig ist, vgl. § 38 A IV, C. Die inländischen Gesetze können jedenfalls nicht wirksam an ausländische Gerichte verweisen (RGZ 102/82 [86]); wohl aber an die der DDR (BarbG JZ 57/714).

b. Die örtliche Zuständigkeitsnorm für ein inländisches Gericht wird nach einer Reihe von Einzelnormen begründet.

**b I)** Soweit die Prozeßordnung die **Klagehäufung** gestattet, ist sie auch eventuell zulässig (vgl. § 260 B II a). Wenn dann für den Hauptantrag des Klägers ein anderes Gericht wie für den Hilfsantrag zuständig ist, so darf das angegangene Gericht nur über den Hauptantrag entscheiden, wenn es für ihn, nicht aber für die Entscheidung über den Hilfsantrag zuständig ist (RG JW 03/372<sup>1</sup>; a. M. BGH NJW 56/1358). Wird indes bei einem solchen Hilfsantrag zugleich hilfsweise Verweisung beantragt, so wird nicht die Klage in bezug auf den Hauptantrag sachlich abgewiesen, selbst wenn das Gericht nur verweist, weil es den Hauptanspruch für unbegründet hält, aber nicht über den Hilfsantrag entscheiden darf, — mit Ausnahme des Falls, wo dem Hilfsantrag ein Verbot der Klagehäufung entgegensteht (vgl. § 260 C, im besonderen C III, IV c). Von diesem Ausnahmefall abgesehen, muß der Rechtsstreit in seiner Gesamtheit verwiesen werden, weil es Teilurteile über einzelne sachliche Klagegründe (vgl. § 303 a. F.) nicht mehr gibt. Kommt nun das angewiesene Gericht dazu, den Hauptantrag für begründet zu halten, so muß es — und zunächst sogar nur — über ihn positiv entscheiden, obwohl dafür gerade das andere Gericht zuständig ist (§ 276 II 2). Der Sinn dieser Auffassung besteht darin, daß eine Klage nicht an der Zuständigkeitstrennung scheitern darf, wenn etwa das verweisende Gericht in einheitlicher Klage den Hauptantrag für unbegründet, den Hilfs-

antrag für begründet hält, über den es nicht entscheiden darf, während aber das angewiesene Gericht den entgegengesetzten Standpunkt einnimmt und nun die Klage voll abweisen müßte, obwohl vom Standpunkt beider Gerichte aus jedenfalls ein Klagebegehren zuzusprechen wäre. Ist das angegangene Gericht aber nur für den Hilfsantrag, nicht für den Hauptantrag zuständig, so gilt das entsprechende umgekehrt. Wird deshalb für den Rechtstreit wegen des Hauptantrags der Verweisungsantrag (hilfsweise) gestellt, so muß der gesamte Rechtstreit verwiesen werden, so daß das angewiesene Gericht über Haupt- und Hilfsantrag zu entscheiden hat; sonst muß die gesamte Klage als unzulässig abgewiesen werden, weil über den Hauptantrag mangels Gerichtstandes, wegen des Hilfsantrages mangels der sachlichen Entscheidung über den Hauptantrag nicht entschieden werden darf (RG JW 03/372<sup>1</sup>). Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Hilfsantrag gerade für den Fall der Annahme der Unzuständigkeit bezüglich des Hauptantrags gestellt wurde, dann ist über den Hilfsantrag von dem für ihn zuständigen Gericht sachlich zu entscheiden, wenn das Gericht für die Entscheidung über den Hauptantrag unzuständig ist.

**b 2.** Die Zuständigkeit kann auch im Verhältnis zu mehreren **Klagegründen** unterschiedlich sein. Ist das Gericht nur für den einen Klagegrund, nicht für den anderen zuständig und kommt es dazu, den Klagegrund, für den es zuständig ist, verneinen zu müssen, so hat es auf den gestellten Verweisungshilfsantrag (auf dessen Stellung nach § 139 aufmerksam zu machen ist) den gesamten Rechtstreit zu verweisen (§ 276), was dann zur Folge hat, daß, wenn das angewiesene Gericht gerade den Klagegrund für gegeben hält, den das verweisende Gericht absprechen wollte, es über ihn zu erkennen hat (ohne die Möglichkeit der Rückverweisung, § 276 II 2), und dies auch im Verhältnis zu den Arbeitsgerichten, also bezüglich der sachlichen Zuständigkeit. Bejaht das Gericht indes gerade den Klagegrund, für den es zuständig ist, so darf es über ihn entscheiden, wobei dann in der höheren Instanz, wenn sie anderer Meinung ist, es zu dem Zuständigkeitskonflikt kommen kann, der, wie erläutert, zu lösen ist. Bei der Eventualstellung ist entsprechend zu verfahren, wenn der in erster oder in vorzuziehender Linie zu prüfende Klagegrund mangels Zuständigkeit nicht geprüft werden darf, weil dann nämlich das Gericht die Klagegründe ohne Rücksicht auf die logische Reihenfolge in der vom Kläger gebrachten Eventualstellung zu prüfen hat.

**b 3.** In beiden Fällen — der Klageanspruch- wie -grundhäufung — darf es zu keinen uneinheitlichen Zwischenentscheidungen kommen. Dagegen ist das gemeinsame Erkennen im Endurteil zulässig (RG JW 20/144<sup>9</sup>) und geboten (RGZ 27/385 [391]), wenn keine Verweisung beantragt oder durchführbar ist.

**c.** Die aufgeworfene Problematik wird noch weiter durch die Rechtsprechung abgemildert, die einen **Gerichtsstand des Zusammenhangs** für abhängige Ansprüche begründet hat.

**c 1.** Dies geschah für den Gerichtsstand des Erfüllungortes (§ 29) für Haupt- und Nebenansprüche, wo es auf den Hauptanspruch abgestellt wird, selbst wenn für den Nebenanspruch ein anderer in Betracht käme, sofern Haupt- und Nebenanspruch gemeinsam geltend gemacht werden (RG JW 10/620<sup>15</sup>).

**c 2.** Den Begriff der abhängigen Ansprüche hat man dann auch auf die Klage auf Leistung gegen die Frau und Duldung gegen den Mann ausgedehnt (RGZ 50/51 [53 folg.]; vgl. dazu § 739 A).

**c 3.** Bei der unerlaubten Handlung ließ man es genügen, daß ein äußeres Tatbestandsmerkmal an einem Zuständigkeitsorte verwirklicht wurde (§ 32 C II, RGZ 72/41 folg.); in Betracht kommt der Ort der Vollendung des Delikts (RGZ 27/418 [420]), wo ein Teilschaden entstand, vgl. § 32 C III. Bei einem Druckerzeugnis kommt danach sowohl der Herstellungsort als Gerichtsstand nach § 32 in Betracht (RGZ 78/256 [258]).

**c 4.** Der einheitliche Tatbestand spielte auch eine Rolle bei Patentverletzungen.

**A II a 1.** Die Gebiete der BRD, der DDR bilden die des Inlandes i. S. der ZPO (Kommentar EG § 1 A I), während der Begriff des **Auslandes** alle übrigen Gebiete umfaßt, die nicht zur BRD, DDR, Berlin gehören.

a 2. Doch ist es nicht ohne Rückwirkung geblieben, daß das Inland im allgemeinen Sinn in die Gebiete selbständiger Gerichtsbarkeiten aufgeteilt ist; danach kann man vom **Gerichtsinlande** sprechen, worunter das Inland verstanden wird, das einem gemeinschaftlichen Gericht untersteht (also die Bundesrepublik Deutschland und Westberlin dem BGH).

a 3. Zwischentatbestände infolge der Änderungen des materiellen Rechts haben die in der BRD h. M. dazu geführt, im Verhältnis von Ost zu West § 23 entsprechend anzuwenden (BGH NJW 52/182). Andererseits hat BGH MDR B 688/54 auch dem Ostschuldner unter der Voraussetzung, daß er Vermögen im Westen hatte, das Vertragshilfverfahren im Westen zugestanden. Doch hat auch dann bei vereinbartem Gerichtstand im Osten LG Frankfurt BB 52/868 keine Zuständigkeit nach § 23 im Westen angenommen. Zu der abweichenden Auffassung im Verhältnis von Ost zu West gelangt man, weil Beschlagnahmen (Enteignungen) des Ostens im Westen insoweit nicht anerkannt werden, wie sie sich auf westliches Vermögen des Enteigneten beziehen sollten, weil die Enteignung kraft eines Sonderrechts vorgenommen wird, das im Westen nicht gilt (OGH MDR 49/351<sup>117</sup>). Ähnlich ist es im umgekehrten Falle für Vermögensbeschlagnahmen im Westen, die im Osten nicht anerkannt werden. Bei einseitigen (d. h. im anderen Gebiet nicht anerkannten) Beschlagnahmen wurde gefolgert, daß, wenn im Osten Forderungen von Westgläubigern (rechtlich oder praktisch) gestrichen wurden, die Streichung im Westen nicht anerkannt wird (vgl. OLG Hamburg MDR 48/283<sup>114</sup> um das Warenzeichen Kraft's Knäckebrötchen, wo die Rechte aus dem Warenzeichen im Westen dem im Osten enteigneten Unternehmen verblieben; BGH v. 1. 2. 1952 I MDR 351<sup>115</sup> in einem Fall, wo ein Komplementär einer Ostgesellschaft im Westen ansässig war, wenn auch die Forderung gegen die Gesellschaft im Osten dem Gläubiger enteignet war). Doch ist diese Tendenz verschiedentlich abgeschwächt worden. Würde ein solcher Westgläubiger im Osten klagen und abgewiesen werden, so könnte das Osturteil im Westen nicht Rechtskraft wirken (§ 322). Wäre gar ein westlicher Gerichtstand gegeben — die Rechtsprechung ist hier den Weg über die Annahme eines angemessenen Erfüllungsortes im Westen gegangen (OGH v. 2. 6. 1949 I DRZ 469 = MDR 615) — so wäre danach die Klageabweisung im Westen nicht zu rechtfertigen (dagegen aber: BGH v. 6. 4. 1951 I E 1/363 = NJW 535 und das BVFG v. 19. 5. 53 [BGBl. I 201] §§ 82 folg. i. F. des G v. 24. 8. 1953 — BGBl. I 1003, 1019—§ 107, das in weitem Umfange die Schulden der Vertriebenen gestrichen hat); auch ist mit ihrer Abschwächung zu rechnen, wenn Ost und West vereinigt werden. Umgekehrt wurde der Entrechtung im Osten Rechnung getragen, wenn die Löschung einer Osthypothek vom Westgläubiger infolge seiner Entrechtung im Osten nicht mehr bewirkt werden konnte (BGH v. 15. 1. 1954 V MDR 286). Daß man die Bestimmung nur relativ entsprechend anwenden darf, also nicht zugunsten eines Gläubigers, der seinen Wohnsitz, Sitz, Aufenthaltsort oder Nebensitz im Gebiet des Staats hat, der ihn enteignet, erscheint außer Zweifel.

a 4. Die Prozeßordnung setzt eine einheitliche Gerichtsordnung mit der Spitze eines gemeinschaftlichen Gerichts voraus. Ist kein gemeinschaftliches höheres Gericht mehr vorhanden, so darf nicht etwa § 36 unangewandt bleiben, weil er dieses nicht vorhandene gemeinschaftliche höhere Gericht voraussetzt. Vielmehr sollte man bei der Zuständigkeitbestimmung einseitig derart verfahren, daß das zu bestimmende Gericht von dem höchsten in Betracht kommenden anzuweisen ist.

c) Die **Ersatzzuständigkeit** hatte bei sonst fehlender örtlicher Zuständigkeit regelmäßig das AG bzw. das LG des Regierungssitzes (wobei ausdrücklich nur Berlin genannt wurde). Soweit früher für das Gebiet des Deutschen Reiches nach LitUrheberG § 22c die Ersatzzuständigkeit Leipzigs in Betracht kam, wird man jetzt für Westdeutschland die des Regierungssitzes gelten lassen müssen.

A III. Die Vorschriften der §§ 12 folg. beziehen sich auf die örtliche **Zuständigkeit eines Gerichts der ersten Instanz** für eine Klage. Über die Zuständigkeit bei Veränderung der Gerichtsbezirke vgl. das ZuständigkeitänderungG v. 6. 12. 1933 (RGBl. I 1037), über die bei ersatzlos weggefallenen Gerichten das ZuständigkeitergänzungG v. 7. 8. 1952 (BGBl. I 407).

A IV. Die **Zuständigkeit des Gerichts der höheren Instanz** ergibt sich regelmäßig daraus, ob z. Z. der Rechtsmittelinlegung das untere dem oberen instanzmäßig unterstellt ist (RGZ 107/382 [384]).

**B.** Die örtliche und die sachliche **Zuständigkeit sind Prozeßbedingungen**; sie stehen zur Behauptung- und Beweislast des Klägers und sind also Prozeßvoraussetzungen; über sie wird indes von Gerichts wegen nur entschieden, soweit nicht vereinbarte Gerichtstände zugelassen sind (§§ 38 folg.), sonst nur auf rechtzeitig erhobene Rüge des Beklagten (vgl. § 39 C).

**B I.** Soweit danach über die **Zuständigkeit** zu entscheiden ist, so geschieht dies **über die Behauptung des Klägers**, d. h. über sein Tatsachenvorbringen (§ 138 B II), nicht darüber, wie er es rechtlich einordnet, d. h. nicht über die sogenannte Rechtsbehauptung, die rechtliche Begründung, die der Kläger gibt (RG Warn. 20/60).

**a)** Die Behauptung des Klägers muß in bezug auf die **Zuständigkeit**, nicht in bezug auf den von ihm geltend gemachten Anspruch **schlüssig** sein. Sind die Behauptungen für die **Zuständigkeit** schlüssig, so brauchen es die für den Klageanspruch nicht zu sein (RG JW 90/402<sup>2</sup>); doch genügt es, wenn die letzten schlüssig sind, sofern sie mit ihnen derart zusammenfallen, daß, wenn die letzten schlüssig wären, zugleich mit ihnen über die ersten logisch in gleicher Weise zu befinden wäre.

**a 2.** Soweit nach den Einzelnormen der Gerichtsstand des Beklagten nicht durch ein Verhalten des Klägers allein zu begründen ist, so kann ein solches allein auch niemals dazu ausreichen, einen Gerichtsstand gegen den Willen des Beklagten zu begründen. Begeht deshalb der Kläger eine (unerlaubte) Handlung gegen den Beklagten, die diesem einen Anspruch gegen den Kläger gibt, so liegt — bei richtiger Auslegung — ein Fall des § 23 nicht vor (vgl. § 23 B II b).

**b)** Auf die Einwendungen und Einreden des Beklagten kommt es grundsätzlich nicht an.

**B II.** Die **Zuständigkeitbehauptung des Klägers** ist grundsätzlich zu beweisen, soweit auf ihre Innehaltung von Gerichts wegen (also bei ausschließlichem Gerichtsstand) oder auf rechtzeitige Rüge (§§ 38 folg.) zu achten ist. Auf die Möglichkeit zu rügen wird nur im amtsgerichtlichen und arbeitsgerichtlichen Verfahren von Gerichts wegen hingewiesen (§ 504 II).

**a)** Soweit die **Zuständigkeit** nur auf rechtzeitige Rüge des Beklagten zu prüfen ist, bedarf es keiner Beweiserhebung, soweit die Tatsachenbehauptungen des Klägers vom Beklagten nicht bestritten (§ 138 III) oder zugestanden (§ 288) sind.

**a 1.** Die Behauptung des Klägers über die **Zuständigkeit** bedarf deshalb keines Beweises, soweit die Tatsachenbehauptungen, welche den Gerichtsstand begründen, mit denen, die den Rechtsanspruch rechtfertigen, zusammenfallen (RGZ 103/18; BarBG 1/102).

**a 2.** Ist indes die **Klagebegründung von der Zuständigkeitbegründung (logisch) zu lösen**, so muß die **Zuständigkeitbehauptung** bewiesen werden (RGZ 75/147 [149]). Dies ist auch der Fall, wenn nur die Vereinbarung des Erfüllungortes streitig ist; auch muß der Kläger dartun, daß sich Vermögen des Beklagten im Gerichtsbezirk befindet, falls der Gerichtsstand des § 23 begründet sein soll (RGZ 75/147 [149]).

**b)** Doch kommt es nur auf die derzeitige Rechtslage an. Erstrebt die **Klage die Gestaltung** eines Rechtsverhältnisses durch (rechtskräftiges) Urteil (§ 253 C I b), so bleibt die zukünftige, mögliche andere Gestaltung außer Betracht. Wird die Ehelichkeit eines Kindes angefochten, so ist dort der Gerichtsstand des Kindes, wo es ihn als eheliches hat (RGZ 96/70 [72]). Die entsprechende Rechtslage ergibt sich bei der Nichtigkeitserklärung einer Ehe, auch hier wird die Ehe als bestehend behandelt.

**B III.** **Entschieden** über die **Zuständigkeit** wird durch das Gericht.

**a)** Die **Zuständigkeit** muß im **Zeitpunkt** des Verhandlungschlusses gegeben sein und muß, da sie ab Klageerhebung (§ 253 I) nach § 263 II 2 fixiert wird, also in der Zeit von der Klageerhebung ab bis zum Verhandlungschluß (d. h. zur letzten mündlichen Verhandlung bzw. im schriftlichen Verfahren bis zum Erlaß — §§ 310, 329, 516 A — der Endentscheidung) in der letzten Tatsachen-(Berufungs-)instanz in irgendeinem Zeitpunkt gegeben sein (RG N § 32/8).

**a 3.** **Letzter Veränderungszeitpunkt** ist aber grundsätzlich der Verhandlungschluß in der Tatsacheninstanz. Tritt dagegen die Änderung durch ein neues Gesetz ein, so ist es noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen (vgl. § 561 B III c).

b) Soweit über die Prozeßvoraussetzung des Gerichtstandes überhaupt (getrennt) zu entscheiden ist, darf nicht die sachliche Entscheidung vorweggenommen werden (RG Gruch. 45/646); die Abweisung wegen Unzuständigkeit und Unbegründetheit ist unzulässig (RGZ 70/179 [187]); wird eine solche Entscheidung rechtskräftig, so gilt nur die Abweisung als unzulässig.

b 1. Wenn auch das Gericht nicht vor Klärung der Zuständigkeit sachlich erkennen darf, so ist es doch nicht gezwungen, durch Zwischenurteil zu entscheiden, obwohl es dies darf und, wenn abgesonderte Verhandlung über die Zuständigkeitsfrage angeordnet war, es auch tun soll (§ 275 II).

b 2. Bevor das Gericht eine Klage durch Endurteil als unzulässig abweist, wird es nach § 139 den Kläger auf die Bedenken hinzuweisen haben, sofern er die Unzuständigkeit beheben oder einen Verweisungsantrag nach § 276 stellen könnte, um der Klageabweisung zu entgehen.

**B IV.** Nimmt das Gericht seine (örtliche) Zuständigkeit an, so wird dies

a) in vermögensrechtlichen Streiten (§ 2 A I b 2) in der **höheren Instanz** (zweiten oder dritten) **nicht mehr nachgeprüft** (§§ 512 a, 528, 549 II). Bei nichtvermögensrechtlichen Streiten wird die Verletzung der Zuständigkeit erst mit der Rechtskraft des Sachurteils unbeachtlich (KG Recht 24/1585). Dabei ist es hier gleichgültig, ob durch Zwischenurteil oder Endurteil entschieden wird.

b) Verneint das Gericht seine Zuständigkeit und verweist es den Streit an ein anderes Gericht, so bindet dies, gleichviel ob es sich um einen vermögensrechtlichen oder nichtvermögensrechtlichen Streit handelt (§ 276 II 2). Dagegen ist die bestehende örtliche Zuständigkeit nach Klageabweisung in den höheren Instanzen stets nachprüfbar (vgl. auch § 551 I 4). Wird das Urteil rechtskräftig, so bindet es die übrigen Gerichte, vgl. aber § 36 I 4.

C. § 12 besagt, daß (grundsätzlich) jede Rechtsperson in ihrem allgemeinen Gerichtstand verklagt werden darf (aber nicht muß — also konkurrierend zu anderen), sofern nicht ein besonderer, ausschließlicher begründet ist (doch kann auch der allgemeine ausschließlich sein).

## § 13 (13)

**I Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.**

**A. § 13 betrifft nur den allgemeinen Gerichtsstand der physischen Person.**

A I a. Soweit Rechte oder Anwartschaften eines noch nicht lebenden Menschen (sei es eines erzeugten oder eines nicht erzeugten) geltend gemacht werden dürfen (vgl. BGB §§ 844 II, 1716, 1923 II, 2043 I, 2108; 1912; auch §§ 2106, 2162, 2178, 1913; RHaftpflichtG § 3; JWG § 38), richtet sich ihr allgemeiner Gerichtsstand nach BGB § 11 in entsprechender Anwendung, also nach dem Wohnsitz ihres gesetzlichen Vertreters, bei unehelich werdenden nach dem der Mutter; hat sie keinen Wohnsitz, so richtet sich ihr allgemeiner Gerichtsstand nach § 16; auch ist § 15 entsprechend anwendbar.

b) Soweit eine Personenmehrheit parteifähig (vgl. § 50 B III) ist, wird sie wie eine juristische Person behandelt (vgl. § 17 A).

**B.** Der Begriff des **Wohnsitzes** ist BGB §§ 7—11 zu entnehmen (RGZ 126/8 [9]), und zwar auch, wenn der des Ausländers im Lande zu bestimmen ist (OLG 20/285), soweit er nicht gerichtsfrei ist (GVG § 18). Für die Frage, ob jemand im Auslande seinen Wohnsitz hat, ist das ausländische Recht maßgebend (RGZ 34/392 [399]). Dies muß auch für den Deutschen gelten, der nach deutschem Recht keinen inländischen Wohnsitz hat, indes einen im Auslande haben könnte. Der ausländische Wohnsitz wird erheblich, soweit er den Ersatzgerichtsstand des § 16 ausschließt, und in den Fällen der §§ 606, 643, 648, 676, 683, 797 V, 828, 899. Doch ist er auch wieder nicht zu beachten, wenn §§ 15, 27 durchgreifen.

**B I.** Über die Begründung des Wohnsitzes vgl. BGB § 7.

e) Der einmal begründete Wohnsitz bleibt bestehen, bis er aufgehoben wird.

d) Ist eine politische Gemeinde in mehrere Bezirke geteilt, so kommt es auf die Lage der Wohnung an (RGZ 67/191 [197]); liegt die Wohnung selbst in mehreren Gerichtsbezirken, so ist jedes der in Betracht kommenden Gerichte zuständig. Wersich an mehreren Orten ständig niederläßt mit dem Willen zu bleiben, begründet nach BGB § 7 II einen doppelten oder mehrfachen Wohnsitz und hat damit auch einen mehrfachen allgemeinen Gerichtsstand (RGZ 102/82 [86]). Eine geteilte Wohnsitzbegründung für Teile von Lebensaufgaben ist zwar zulässig, begründet aber überall den Gerichtsstand des § 13 ohne Rücksicht darauf, welcher Teil von Lebensaufgaben gerade von dem Ort aus geregelt wird, wo die Klage erhoben wird.

## § 14 (14)

**I Ist der für den Wohnsitz einer Militärlperson maßgebende Garnisonort in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk von der Landesjustizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.**

A. Die Bestimmung war nach KRG 34 Art. III gegenstandslos (nach OLG Schleswig SchlHA 49/160 aufgehoben). Sie bezieht sich auf BGB § 9. Neben BGB § 9 blieb der Wohnsitz des BGB § 7 bestehen (RGZ 126/9). Für Berlin galt die PrJMVfg. v. 5. 1. 1933 (PrJMBl. 3).

## § 15 (16)

**I Deutsche, die das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Ausland angestellten Beamten des Bundes oder eines deutschen Landes behalten hinsichtlich des Gerichtsstandes den Wohnsitz, den sie im Inland hatten. Wenn sie einen solchen Wohnsitz nicht hatten, so gilt der Sitz der Bundesregierung als ihr Wohnsitz.**

**II Auf Wahlkonsuln sind diese Vorschriften nicht anzuwenden.**

A. § 15 gilt

A I. für alle exterritorialen Deutschen, die im Gerichtslande (§ 12 A II a 2) keinen Wohnsitz haben. Ihre Exterritorialität muß sich deshalb von der BRD oder Westberlin ableiten; für die Exterritorialen der DDR kommt Berlin-Ost als Gerichtsstand in Betracht.

A II. § 15 gilt ferner für die im Ausland angestellten Bundesbeamten, Missionsbeamte, Berufskonsuln (vgl. G v. 8. 11. 1867 [BGBl. 137] §§ 7, 8); Zollbeamte u. dgl. m. oder die eines zum Bunde gehörenden Landes. Über den Auslandsbegriff vgl. § 12 A II a 1. Auch hier gilt der Ersatzgerichtsstand des § 15 nur, soweit für die Genannten kein inländischer Gerichtsstand besteht (im Gegensatz zu dem des Auslandes). Die Vorschrift ist auf deutsche Angestellte, soweit sie im Ausland mit deutschen Hoheitsaufgaben betraut sind, entsprechend anzuwenden.

A III. Die Vorschrift ist entsprechend auf die deutschen Familienmitglieder der Genannten anzuwenden, soweit sie im Ausland den Schutz der Exterritorialität haben (GVG § 19 B). Für die Familienmitglieder der sonstigen Beamten und Angestellten ist § 15 anzuwenden, wenn sie den Wohnsitz des Beamten und Angestellten teilen, vgl. Kommentar § 13 B II a, III a (BGB §§ 7, 8, 11).

A IV. § 15 I 2 gilt in den in §§ 27, 606, 609, 642, 648, 680 bestimmten Fällen auch für sonstige Personen (im besonderen Deutsche), die im Inlande keinen Wohnsitz haben (vgl. auch AG Haager ZPA § 5).

B. Andere Gerichtstände werden durch diese Vorschrift nicht berührt, im besonderen nicht der ausländische Gerichtsstand auf Grund des dortigen Wohnsitzes.

## § 16 (18)

**I Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, die keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Inland und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.**

**A.** Hat eine physische Person, gleichviel welcher Nationalität, überhaupt keinen Wohnsitz, gleichviel wo er liegt und nach welchem Recht er zu bestimmen ist, so begründet ihr **Aufenthaltort** den allgemeinen Gerichtsstand (§ 16). Besteht deshalb ein ausländischer Wohnsitz oder auch der Gerichtsstand nach § 15, so ist § 16 unanwendbar.

**A II.** § 16 stellt es auf den tatsächlichen Aufenthalt (z. Z. der Klageerhebung, indes auch nachfolgend, Kommentar § 12 B III a 2) im Inlande ohne Rücksicht auf Freiwilligkeit ab (RG Warn. 18/100). Es ist erforderlich, daß der Aufenthalt nicht bloß von vornherein vorübergehender Art ist. Man muß also aus den Umständen auf ein nicht gar zu kurzes Verbleiben am Ort schließen dürfen. Wer eine Wohnung mietet oder bewohnt, hat dort seinen Aufenthalt genommen (OLG 20/285). Ein auf eine gewisse Zeit berechneter Aufenthalt wird nicht durch vorübergehende Abwesenheit (durch Reisen, Wanderungen, den Urlaubsaufenthalt) unterbrochen (BayObLG OLG 38/6). So wie ein mehrfacher Wohnsitz gegeben sein kann (§ 13 B I d), können mehrere ständige Aufenthaltsorte im zugleich bestehen.

**A III.** Besteht weder ein Wohnsitz (im In- oder Auslande) noch ein inländischer Aufenthaltort (auf den ausländischen kommt es nicht an), so ist der allgemeine Gerichtsstand der **letzte** (in- oder ausländische) **Wohnsitz**. Ein im Auslande bekannter Aufenthaltsort schließt die Anwendung des § 16 nicht aus (wohl aber möglicherweise die öffentliche Zustellung, vgl. § 203 B I).

**B.** Wendet sich der Kläger an das Gericht des Aufenthalts des Beklagten, so muß der Kläger zwar den Wohnsitz des Beklagten nachweisen, und der Beklagte braucht dem Kläger seinen Wohnsitz nicht bekanntzugeben (RGZ 27/400 [401]); doch genügt der Kläger seiner **Erklärungslast**, wenn er die Umstände darlegt, aus denen man auf einen Wohnsitz des Beklagten schließen darf (RG JW 00/410<sup>2</sup>).

**C.** Soweit für eine Person eine **gesetzliche Vollvertretung** (§ 13 B II) besteht, kommt es zunächst darauf an, daß ihr gesetzlicher Vertreter keinen Wohnsitz hat. Hat er indes einen inländischen Aufenthaltsort, so ist § 16 derart entsprechend anzuwenden, daß es auf den des gesetzlichen Vertreters ankommt; denn nur so kann ein Gerichtsstand gefunden werden, der grundsätzlich für alle Angelegenheiten des Vertretenen gegeben sein kann. Insoweit kommt es also auf den Träger der Geschäftsfähigkeit im Fall des § 16 bei der Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes durch den Aufenthaltsort an. Fehlt es an einem inländischen Aufenthalt des gesetzlichen Vertreters und seinem Wohnsitz, so darf nur auf den letzten inländischen Wohnsitz des gesetzlichen Vertreters zurückgegriffen werden, dies allerdings nur, wenn er zu der Zeit, wo er ihn hatte, schon gesetzlicher Vertreter war.

## § 17 (19)

**I** Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Vereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, die als solche verklagt werden können, wird durch ihren Sitz bestimmt. Als Sitz gilt, wenn sich nichts anderes ergibt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

**II** Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gericht, in dessen Bezirk das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gericht ihres Amtssitzes.

**III** Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstand ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

**A.** § 17 regelt den allgemeinen Gerichtsstand der nicht aus einer physischen Person bestehenden Partei, die als solche verklagt werden darf; also **passiv parteifähig** ist (vgl. § 50 B II b 1). Unter seine Norm fallen alle passiv Parteifähigen, welche nicht Bundes- oder Landesfiskus sind (§ 18).

**A I.** Unter § 17 gehören sonst die **juristischen Personen** des öffentlichen wie des privaten Rechts.

**A II.** Es gehören hierher aber auch die **Gesamtpersonen**, die parteifähig sind, ohne juristische Person zu sein (RG JW 05/206<sup>12</sup>), also oHG, Kommanditgesellschaft, Reederei, nichtrechtsfähige Vereine. Nicht parteifähig sind dagegen die stille Gesellschaft, weil diese im Außenverhältnis als Gesellschaft nicht wirkt (HGB § 335 II); die (nichtrechtsfähige) Gesellschaft (BGB §§ 705 folg.) und die Gemeinschaft (BGB §§ 741 folg.).

**A III.** Die **Gewerkschaften des Bergrechts** sind regelmäßig juristische Personen.

**B I.** Mit Ausnahme der bergrechtlichen Gewerkschaften ist allgemeiner Gerichtsstand der unter § 17 Fallenden ihr Sitz (§ 17 I 1). Er wird entweder ausdrücklich durch Gesetz oder Statut bestimmt und entspricht dem Wohnsitz der natürlichen Person. Nur soweit er nicht ausdrücklich geregelt ist, kommt es auf den Ort an, wo die Verwaltung geführt wird, der so dem Aufenthaltsort der natürlichen Person entspricht. Bei ausdrücklicher Regelung kommt es darauf, von wo aus die Person verwaltet wird, nicht an (RG JW 05/206<sup>12</sup>).

**a)** Die Gebietskörperschaft gehört regelmäßig zu dem Gericht, in dessen Bezirk sie fällt (auch wenn die Verwaltung sich außerhalb dieses Gebietes befindet). Gehört sie mehreren Gerichtsbezirken an, so kommt es auf den Verwaltungssitz an.

**b)** Bei den **juristischen Personen** ist der Sitz meist durch Statut festgelegt. Dies gilt für alle registrierten juristischen Personen.

**b 1.** Ein Gerichtsstand am Verwaltungsort nach § 17 I 2 kommt neben dem eingetragenen Sitz einer Aktiengesellschaft nicht in Betracht (OGH DRZ 49/469).

**b 2.** Dasselbe gilt bei der Genossenschaft (RG JW 02/161<sup>2</sup>).

**b 4.** Dasselbe gilt für den Sitz des eingetragenen Vereins (BGB §§ 21, 55 folg.). Örtliche Geschäftsstellen eines eingetragenen Vereins sind für seinen allgemeinen Gerichtsstand unerheblich (RG JR 26 B 1869).

**c)** Für nicht zu registrierende juristische Personen gilt die Regel, daß auch sie ihren Sitz im Statut zu bestimmen haben; doch gibt es für ausländische juristische Personen Ausnahmen. Ist der Sitz eines solchen Vereins nicht durch Statut bestimmt, so ist es der Ort der Verwaltung (BGB § 24). Finden sich mehrere Verwaltungstellen in demselben Lande, so begründet jede den Gerichtsstand; ist überhaupt keine vorhanden, so ist es der Sitz der Landesregierung (des verleihenden Ministeriums). Das entsprechende gilt für die kleinen Versicherungsvereine nach VAG § 53.

**c 1.** Die Anerkennung eines ausländischen Vereins nach EG BGB Art. 10 I 1 begründet keinen inländischen Sitz des Vereins; für die ausländischen Versicherungsunternehmen wird nach VAG § 109 ein besonderer Gerichtsstand im Inland begründet (vgl. § 21 A I b).

**c 2.** Das entsprechende gilt für Stiftungen (BGB § 80).

**d 1.** Soweit Gesamtpersonen, die keine juristischen Personen sind, registriert werden, darf stets auf das Hauptregistergericht als Sitz zurückgegriffen werden, wenn ihr Sitz sich nicht aus der Eintragung ergibt. Auf den nicht bekanntgegebenen Gesellschaftsvertrag darf es insoweit nicht abgestellt werden, da die bloß interne Regelung der Gesellschafter kein nach außen in die Erscheinung getretenes Merkmal ist, aus dem sich etwas anderes i. S. des § 17 I 1 ergeben könnte.

**d 2.** Dem entspricht die Rechtslage bei dem nichtrechtsfähigen Verein. Für ihn kann deshalb nur der Verwaltungort in Betracht kommen (§ 17 I 2), bei mehreren ein jeder Verwaltungort.

**B II.** Die Sonderregel des § 17 II umfaßt **Gewerkschaften** des Bergrechts und Behörden.

**a)** Nicht auf den Sitz kommt es nach § 17 II bei den rechtsfähigen Gewerkschaften des Bergrechts an, sondern darauf, wo das Bergwerk liegt. Liegt das Bergwerk in mehreren Gerichtsbezirken, so ist jedes Gericht zuständig (RGZ 32/384 [386]); § 36 ist hier nicht anzuwenden.

**b)** Der **Behördengerichtsstand** des § 17 II verlangt, daß die Behörden „als solche“ verklagt werden können. Die Norm hält sich im Rahmen der Bestimmung eines Gerichtstandes des Fiskus, der üblicherweise nach seiner Vertretung bestimmt wird (vgl. § 18 B).

**B III.** Soweit es demnach überhaupt noch auf den Verwaltungsort ankommt (§ 17 I 2), fällt darunter der, wo die Geschäfte regelmäßig abgewickelt werden (RG JW 04/231<sup>1</sup>).

**C.** § 17 III läßt als — weiteren — allgemeinen (vgl. OLG Recht 01/2659) Gerichtstand einen nach der Satzung oder sonstwie bestimmten zu (den für einen **Nebensitz**).

**C I.** Die Vorschrift gilt für alle juristischen Personen, welche ein Statut haben. Der Gerichtstand ist neben dem nach § 17 I (RGZ 95/170) und II (RG Gruch. 62/653) begründet, insoweit kann also auch der Verwaltungssitz einer Gewerkschaft zum allgemeinen Gerichtstand werden (RG a. a. O.).

**b)** Da die Satzung nichtrechtsfähiger Vereine für die Außenstehenden gleichgültig ist, kann für sie ein solcher allgemeiner Gerichtstand nicht begründet werden. Dasselbe muß für die Gesellschaften gelten, welche nicht notwendigerweise durch Registrierung entstehen, also für die oHG und die Reedereien.

**D.** Über die Gerichtstände der deutschen Bundesbank vgl. auch G v. 26. 7. 1957 (BGBl. I 745) § 11 IV.

## § 18 (20)

**I Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, die neben ist, den Fiskus in dem Rechtsstreit zu vertreten.**

**A.** § 18 spricht vom **Fiskus**; getroffen wird aber der Staat (Bund oder Land) als einheitliches Ganzes (RG Z 2/392), mag er auch eine verschiedene gesetzliche Vertretung haben; er zerfällt dadurch aber nicht in mehrere Rechtsobjekte (vgl. § 17 B II b).

**B.** Darüber, wer den Staat vertritt, vgl. § 51 D III. Steht der Vertreter fest, so ist nach § 18 sein (Geschäfts-)Sitz zu bestimmen. In Betracht kommt nur der dienstliche Sitz; bei Zweigstellen grundsätzlich die Hauptstelle, soweit nicht die Zweigstelle delegiert worden ist. Über mehrfache Vertretung bei einheitlicher Klage vgl. § 51 D III a.

**C.** Auf den **ausländischen Fiskus** erscheint § 18 nicht anwendbar. Die Vertretung des ausländischen Fiskus richtet sich nach dem ausländischen Recht des Heimatstaates (er ist aber regelmäßig dem deutschen Gericht nicht unterworfen — abgesehen von Liegenschaftsrechten in Deutschland und der freiwilligen Unterwerfung, GVG § 18 C). Dabei ist der diplomatische oder der konsularische Vertreter im Inlande oft nicht der Vertreter des ausländischen Fiskus, so daß es nicht auf seinen Sitz ankommt. Liegt indes der Sitz im Ausland, so ist wieder GVG § 18 nicht anwendbar. Keinesfalls ist also ein allgemeiner Gerichtstand deshalb im Inland für den ausländischen Fiskus gegeben, weil hier ein konsularischer oder ein diplomatischer Vertreter seinen Sitz hat. Dem diplomatischen Vertreter, der exterritorial ist, wird zudem im Inland nicht zugestellt werden dürfen, sondern nur auf Ersuchen des auswärtigen Amtes auf diplomatischem Wege.

## § 19

**I Ist der Ort, an dem eine Behörde ihren Sitz hat, in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so wird der Bezirk, der im Sinne der §§ 17, 18 als Sitz der Behörde gilt, für die Bundesbehörden von dem Bundesminister der Justiz, im übrigen von der Landesjustizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.**

**A.** § 19 bezieht sich nur auf die **Vertretung des Bundes und der Länder**. Die Vorschrift setzt voraus, daß ein politischer Ort in mehrere Gerichtsbezirke zerfällt und daß eine Bestimmung nach dieser Vorschrift getroffen worden ist. Sonst ist der Bezirk maßgebend, in welchem die Behörde ihr Dienstgebäude hat; fällt das Gebäude in mehrere Bezirke oder ist der Ort, wo sich der Leiter der Behörde hauptsächlich aufhält, über mehrere Gebäude in verschiedenen Bezirken verteilt, so ist jeder Ort Dienstsitz (KG OLG 20/287 will hier § 36 I 2 entsprechend anwenden).

## § 20 (21)

**I** Wenn Personen an einem Ort unter Verhältnissen, die ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Hausgehilfen, Arbeiter, Gewerbegehilfen, Studierende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsortes für alle Klagen zuständig, die gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

**II** Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthalts das Gericht des Garnisonortes tritt. Die Vorschrift des § 14 findet entsprechende Anwendung.

**A.** Der Gerichtsstand des Aufenthalts (§ 20) ist ein besonderer für die vermögensrechtlichen Klagen (§ 2 A I b 2) gegen physische (natürliche) Personen. Im Gegensatz zu dem allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthalts in § 16 setzt der besondere Gerichtsstand des Aufenthalts nach § 20 nicht den fehlenden Wohnsitz voraus.

**A I.** Daß § 20 keine Geschäftsfähigkeit fordert, ergibt der zweite Absatz, der sich gerade auf die nicht voll Geschäftsfähigen bezieht.

**A II.** Wenn so auch in die Aufenthaltsbegründung das Wollen des Geschäftsfähigen (u. U. das des gesetzlichen Vertreters) hineinspielt, so wird es doch dort überall unerheblich, wo der Aufenthalt durch höhere Gewalt — den Staat oder die Natur — erzwungen wird, wo sich die Person aufhalten muß, weil sie dazu rechtlich oder tatsächlich gezwungen wird. Der Aufenthalt muß allerdings seiner Natur nach von längerer Dauer sein. Die Mitglieder der Streitkräfte, die ihren Wohnsitz im Ausland behalten, haben, wenn sie in Deutschland stationiert sind, hier ihren Aufenthalt (LG NJW 60/582).

**B.** Begründet wird ein solches Verhältnis durch den Plan (die Absicht), länger als nur tageweise an einem Ort zu verweilen.

**B I.** Ob dieser Plan tatsächlich verwirklicht wird, ist ohne Belang, wenn nur die Absicht erkennbar (RGZ 30/326 [327 folg.]). Auch schadet die vorübergehende Abwesenheit vom Aufenthaltsort nichts (RG JW 00/653<sup>1</sup>). In welchen Fällen das Gesetz einen dauernden Aufenthalt als begründet ansieht, sagt es in § 20 I beispielsweise (RG JW 00/653<sup>1</sup>). Dies trifft auch auf Saisonbeschäftigte zu (KG OLG 20/286), wie auf Schüler, Studenten, Volontäre, Beamte bei auswärtiger Beschäftigung im Vorbereitungsdienst.

**C.** Das Rechtsverhältnis, aus dem geklagt wird, braucht mit der Aufenthaltbegründung in keiner Beziehung zu stehen. Soweit deshalb ein allgemeiner Gerichtsstand mit dem besonderen des § 20 zusammenfällt, ist der Kläger des Beweises für die weitergehenden Erfordernisse des allgemeinen Gerichtstandes entoben.

**D.** § 20 II war gegenstandslos, vgl. § 14 A.

## § 21 (22)

**I** Hat jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von der aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gericht des Ortes erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

**II** Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, die ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirtschaftung des Gutes sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

**A.** Der besondere Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung ist das Gegenstück zu dem des Wohnsitzes (§ 13 B) und dem des Sitzes (§ 17 A). Er erstreckt sich auf physische wie juristische wie Gesamtpersonen (§ 17 B I). Doch wird bei juristischen Personen der Sitz regelmäßig zugleich die gewerbliche Niederlassung i. S. des § 21 sein; ist der Sitz nicht am Ort der Verwaltung, so ist der Ort der Niederlassung der letzte (RG JW 02/161<sup>2</sup>); dies gilt auch bei Gewerkschaften des Bergrechts, vgl. § 17 B II a.

**A I.** Der Gerichtstand des § 21 wird den allgemeinen Gerichtständen vorgezogen, wo er ausschließlich ist; er besteht neben ihnen in allen übrigen Fällen, wo er nur konkurrierend ist. Doch gibt es auch Fälle, in denen er nicht ausgeschlossen werden kann.

a) Ausschließlich ist der Gerichtstand in den Fällen des UWG § 24 (vgl. § 32 D I) und, soweit diese Bestimmung im Wettbewerbsrecht gilt (mit Ausnahme der Fälle einer gleichzeitigen Warenzeichenverletzung [WZG § 33]), und im Konkurs- und gerichtlichen Vergleichsverfahren nach KO §§ 71, 238, VgIO § 2.

b) Sonst ist er nur konkurrierend, kann aber hier nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden in den Fällen des VAG §§ 106 I 3, 109, 147, VVG § 48, HGB § 371 IV.

**A II.** Unter § 21 fallen nur vermögensrechtliche Ansprüche (§ 2 A I b 2), weil sie den Erwerb betreffen. Partei bleibt der Unternehmer, es ist nicht etwa der Leiter einer Zweigstelle als solcher (BGH JR 52/110 = MDR 52/99).

**B I.** Der Begriff des **Gewerbes** ist im weitesten Sinne zu fassen (nicht im engeren Sinne des Gewerbesteuerrechts). Der Betrieb einer Fabrik, einer Handlung sind nur beispielsweise genannt; er bedeutet jede auf Erzielung von Vermögensvorteilen (§ 2 A I b 2) gerichtete Tätigkeit, welche nachhaltig betrieben werden soll.

a) Regelmäßig wird der Arbeitgeber auch gewerblicher Unternehmer i. S. des § 21 sein, also der, welcher sich Angestellte zu Erwerbzwecken hält, doch ist die wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht zu verlangen. Der wirtschaftliche Herr, dem das Unternehmensmittel gehört, braucht dagegen nicht gewerblich tätig zu sein. Andererseits braucht das Gewerbe nicht von dem Unternehmer persönlich betrieben zu werden, sondern er kann dies auch durch Bevollmächtigte tun. Ob diese wirtschaftlich an dem Betrieb interessiert sind, ist wieder gleichgültig, und zwar selbst dann, wenn der Bevollmächtigte in stärkerer Weise als der Vollmachtgeber wirtschaftlich das Betriebsergebnis (also einen größeren Bruchteil des Reingewinns als der Betriebsherr) erhält und unkündbare Vollmachten hat, wie dies etwa bei schlesischen Gutsverwaltern vorkam (vgl. RG v. 8. 5. 1899 IV E 44/350 [354]). Inwieweit die Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften unter den Begriff des Gewerbes fällt, richtet sich nach der Verkehrsauffassung. Post, Eisenbahn, Gas- und Elektrizitätswerke u. dgl. m. gehören hierher. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so muß sie sich als gewerbetreibend behandeln lassen, auch wenn sie tatsächlich nicht handelt (RGZ 50/428 [429]). Von der Eintragung ist das Merkmal des Gewerbebetriebes aber nicht abhängig, auch nicht davon, ob der Gewerbebetrieb erlaubt ist oder nicht.

**B II.** **Niederlassung** ist ein bestimmter Erdort, von dem aus die gewerbliche Tätigkeit ausgeübt zu werden pflegt (vgl. OLG 19/131), also ein geschäftlicher Mittelpunkt, eine auf eine gewisse Dauer eingerichtete Geschäftsstelle (RG JW 02/161<sup>2</sup>). Ob der, welcher eine Niederlassung vorspielt, dies gegen sich gelten lassen muß, ist streitig (verneinend KG OLG 5/223, bejahend, abgesehen vom Fall ausschließlicher Zuständigkeit, Schönke § 21 Anm. I 1). Die Begründung der Niederlassung ist keine Willenserklärung im Rechtsinne.

a) Der Beklagte kann ein oder mehrere Gewerbe ausüben, alle von ein und derselben Niederlassung oder jedes von einer anderen aus oder beides gemischt; er kann aber auch ein Gewerbe von mehreren Niederlassungen aus betreiben; dies kann wieder so geschehen, daß die mehreren Niederlassungen gleichwertig nebeneinanderstehen oder daß eine Hauptniederlassung eine oder mehrere Zweigniederlassungen hat. In all diesen Fällen ist die Konkurrenz mehrerer, auch ausschließlicher Gerichtstände möglich.

b 1. § 21 kennzeichnet zunächst die Selbständigkeit der Niederlassung dadurch, daß von ihr aus selbständige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden müssen (RG JW 97/381<sup>1</sup>). Bei Registrierung einer Zweigniederlassung (HGB § 13; AktienG §§ 35 folg.) ist die Selbständigkeit stets gegeben (RGZ 44/361 [362]).

b 2. Wird die Niederlassung nur auf Weisung der Zentrale tätig, so entfällt § 21; dies gilt auch dann, wenn die Niederlassung in Ausnahmefällen — bei Handelsgeschäften, Abschluß von Gas- und Stromlieferungsverträgen, wie bei Reparaturaufträgen kleineren Umfangs — selbst abschließt (RGZ 50/396 [398]; wenn ihr Leiter nur vermittelt, falls es sich um eine „Nieder-

lage“, „Agentur“ oder ein Auslieferungslager handele, die nur für einzelne Geschäfte selbständig tätig werde: RG Warn. 18/233). Selbständig sind die Bundesbahndirektion bzw. die Oberpostdirektion.

c) § 21 verlangt ferner, daß sich das Rechtsverhältnis (vgl. § 253 B II c) auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung bezieht. Dies trifft die in den Aufgabenkreis der (Zweig-)Niederlassung fallenden Verträge. Doch braucht der Vertrag nicht am Ort der Niederlassung und nicht durch sie abgeschlossen worden zu sein; auch die Hauptniederlassung kann ihn abgeschlossen haben, wenn ihn nur die Zweigniederlassung abwickeln soll (vgl. RG Warn. 17/152). Bei Anstellungsverträgen kommt es darauf an, ob sie sich auf die Niederlassung beziehen (RG Z 42/379). Bei Haftung aus Gesetz kommt es darauf an, von welchen Arbeitnehmern (oder Arbeitgebern) die zum Ersatz verpflichtende Handlung begangen worden ist und zu welcher Niederlassung diese gehören.

c 1. Dagegen kann ein Anspruch auf eine Sache nicht (allein) deshalb im Gerichtsstand der Niederlassung geltend gemacht werden, weil sie sich an einem Ort befindet, in dessen Bereich die herausverlangte Sache sich befindet (RGZ 30/326 [329]).

**B III.** Es darf demnach nicht für jedes Geschäft die Haupt- oder eine andere Niederlassung oder andere Zweigniederlassung angegangen werden, wenn auch grundsätzlich am Ort der Hauptniederlassung unter Übergehung der Zweigniederlassung der Unternehmer verklagt werden darf.

a) Befindet sich aber nur eine Niederlassung im Inlande, so hat RGZ 87/129 (130) angenommen, daß diese stets angegangen werden darf, auch wenn sich das Geschäft auf die im Auslande befindliche Hauptniederlassung oder irgendeine ausländische Zweigniederlassung bezog; VAG § 109 bezieht sich dabei nur auf das inländische Versicherungsgeschäft.

b) Es gibt aber auch Geschäfte einer Zweigniederlassung, die nicht zugleich unmittelbar auch die Hauptniederlassung berühren, so daß die Hauptniederlassung nicht ohne weiteres an Stelle der Zweigniederlassung in Anspruch genommen werden darf (doch ist bei — nicht vertraglichen — Ansprüchen im besonderen wegen unerlaubten Wettbewerbs, stets gleichzeitige Beteiligung der Hauptniederlassung anzunehmen. Ist ein ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart worden (wie etwa in den Fällen der ADB Nr. 26), so richtet sich der Gerichtsstand wegen des § 38 stets nach ihm.

**B IV.** Die Voraussetzungen des § 21 müssen zunächst im Zeitpunkt der Klageerhebung (§ 253 I) gegeben sein (RG JW 89/452<sup>2</sup>); eine Rückwirkung nach §§ 261 II, 496 III, 693 II findet nicht statt (RGZ 7/322 [325]). Treten die Voraussetzungen erst später ein, so wird der Mangel geheilt.

## § 22 (23)

**I Das Gericht, bei dem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, die von ihnen gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegeneinander erhoben werden.**

**A.** § 22 gibt einen besonderen Gerichtsstand für alle (vermögensrechtlichen wie nichtvermögensrechtlichen — § 2 A I b) Ansprüche einer juristischen Person (oder einer parteifähigen Gesamtperson) gegen ihre Mitglieder als solche wie dieser gegen jene und der Mitglieder solcher Personen untereinander für Rechtstreitigkeiten in Beziehung auf die juristische Person oder die Gesamtperson, indem er an jeden allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Person oder des Verbandes anknüpft (§ 17 I—III, RG JW 05/206<sup>13</sup> für den des § 17 III). Die Regel bezieht sich aber nicht auf den Staat (§ 17 A I).

**A I.** § 22 knüpft an die juristischen und die Gesamtpersonen an, die selbständig klagen und verklagt werden dürfen;

a) nicht aber an die stille Gesellschaft (HGB § 335; RG v. 16. 6. 1900 I JW 621<sup>1</sup> = Seuff. 56/109), nicht an die Gesellschaft des BGB §§ 705 folg. (OLG Hamburg JW 18/742<sup>8</sup> = HGZ 17/288).

b) Bei Gesamtpersonen, die nur klagen (vgl. § 50 E I a) oder nur verklagt werden dürfen (vgl. § 50 E II) ist der Gerichtstand der Mitglieder untereinander und der gegen den nicht-rechtsfähigen Verein (RG JW 05/206<sup>12</sup>) nach § 22 begründet, nicht aber der für die nichteingetragenen Vereine als Kläger.

**A II.** Mitglieder der juristischen Personen und der Gesamtpersonen können **physische und juristische** Personen sein, auch andere Gesamtpersonen und nichtrechtsfähige Vereine (vgl. § 50 II), sogar Gesellschaften nach BGB §§ 705 folg. (wenn auch diese als solche nicht verklagt werden können).

**A III.** § 22 gilt auch für die **Rechtsnachfolger** der genannten Personen (RGZ 54/207).

**B.** Es muß sich um Klagen aus dem **Rechtsverhältnis** (vgl. § 253 B II c 2) der Mitgliedschaft handeln, nicht aus sonstigen Rechtsverhältnissen.

## **§ 23 (24)**

**I Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, die im Inland keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderungen eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.**

**A.** § 23 gibt den besonderen Gerichtstand des Streitgegenstandes wie den des Vermögens. Er bezieht sich **nur auf vermögensrechtliche Streite** (§ 2 A I b 2) und darf regelmäßig durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.

**A I.** Über die **entsprechende Anwendung** des § 23 im Interzonenrecht vgl. § 12 A II a 3. Entsprechend angewandt wird § 23 in den Vorschriften der §§ 722 II, 797 V, 828 II. Vgl. auch § 919. In all diesen Fällen ist der Gerichtstand ausschließlich (§ 802). Dasselbe gilt für die Bezugnahme des § 23 in PatentG § 16, GebrauchsmusterG § 20 und im ZuständigkeitergänzungG §§ 2 I 2; 3 I; 4 I (6 I), wo er nicht ausdrücklich erwähnt, seine Voraussetzungen aber auch für die dort gegebenen Ersatzgerichtstände normiert worden sind.

**A II.** Er ist **auf physische Personen** unmittelbar, **auf juristische** entsprechend anzuwenden (vgl. RG Z 14/412 [417 folg.]), und zwar auch bezüglich des Staates. Die inländische Gerichtsbarkeit muß aber in allen Fällen bestehen (GVG § 18 A).

a) Die physische Person darf als Beklagte keinen inländischen (§ 12 A II a 1) Wohnsitz haben; die juristische wie die Gesamtperson (§ 17 A II) keinen inländischen Hauptsitz (§ 17 I; RGZ 59/106), die Gewerkschaft des Bergrechts keinen inländischen nach § 17 II haben.

b) Sonstige allgemeine (§§ 15, 16, 20) für die natürliche Person (§ 17 III), wie für die juristische Person (RGZ 59/106 [107]), wie besondere Gerichtstände (vgl. RGZ 27/421 [422]) können neben § 23 gegeben sein; dieser wird durch sie nur insoweit ausgeschlossen, wie jene ausschließlich sind (vgl. etwa § 24).

**B.** Der erste Fall des § 23 verlangt, daß **Vermögen** des Beklagten **im Gerichtsbezirk** vorhanden ist.

**B I b 1.** Ziffermäßige Bestimmbarkeit ist nicht zu fordern (OLG 41/243). Auch kommt es auf die Verfügungsgewalt des Beklagten nicht an (KG JW 22/398<sup>1</sup>).

**b 2.** Der Anspruch kann auch einredebehaftet sein. Nur wenn die Einrede den Anspruch praktisch zerstört (Verjährung, Spiel, Wette, BGB § 1169), ist er kein Vermögensrecht i. S. des § 23 mehr, wenn nicht noch Nebenwirkungen bestehen (vgl. z. B. BGB § 222).

**b 3.** Das entsprechende gilt für Einwendungen gegen den Anspruch; die Aufrechenbarkeit hebt das Vermögensrecht nicht auf, wohl aber die erklärte Aufrechnung; denn er ist vor Aufrechnung noch vorhanden (spätere Aufrechnung schadet trotz der materiell-rechtlichen Wirkung des BGB § 389 nach § 263 II 2 nicht, RGZ 58/258).

**b 4.** Bedingt darf der Anspruch sein.

**b 5.** Erst **künftige Vermögensrechte** von schon gegenwärtigen abzugrenzen, ist in den Grenzfällen schwierig. Die Nacherbschaft ist nach eingetretenem Erbfall, aber vor Eintritt des Nacherbfalls schon ein gegenwärtiges Vermögensrecht. Das Recht aus einem Erbvertrag ist es vor Eintritt des Erbfalls, während das mögliche Erbrecht vor Eintritt des Erbfalls sonst keines ist. Bei echtem Kontokorrent (HGB § 355) entsteht die Forderung erst mit der Saldierung; deshalb muß dieser Zeitpunkt auch darüber entscheiden, ob für den Beklagten ein inländischer Vermögenswert vorhanden ist (RGZ 44/386 [388] stellt es darauf ab, ob, wenn im Zeitpunkt der Klageerhebung saldiert wird, ein Guthaben des Beklagten sich ergibt).

**B II.** Wenn auch für den allgemeinen Vermögensbegriff es nicht auf den Wert des Anspruchs ankommt, so werden im ersten Fall des § 23 gewohnheitsrechtlich eine Reihe von Ansprüchen übergangen.

**a)** Dem Kläger wird jedes Berufen auf Ansprüche gegen den Beklagten **verwehrt**, die von einer von ihm (als Täter, Mittäter, Anstifter, Gehilfe, Begünstiger oder Hehler) begangenen **vorsätzlichen unerlaubten Handlung** herrühren (vgl. BGB §§ 273 II, 393).

**b)** Aber auch sonst kann dem Beklagten regelmäßig **keine Forderung aufgezungen** werden. Stellt der Empfänger angeblich mangelhafte Waren zur „Verfügung“ (d. h. wandelt er), so erwirbt der im Auslande lebende Beklagte noch keinen Anspruch auf sie zurück.

**c)** Ansprüche mit **Verkehrsunwert** werden nicht gerechnet. Nicht entscheidend für § 23 ist es aber, daß die Ansprüche unpfändbar sind (RGZ 75/414 [416]).

**d)** Da es einen Gerichtsstand des vorübergehenden Aufenthalts nicht gibt, ist man genötigt, die **Vermögensgegenstände, welche eine Person bei sich führt**, nicht zu bewerten.

**e)** Nach § 23 sind die **aus dem Prozeß** sich ergebenden außerprozessualen Ansprüche **nicht als Vermögensgegenstände** zu bewerten.

**e 2.** Soweit außerprozessuale Ansprüche aus sonstigen, von dem vorliegenden Streit völlig gelösten Prozessen stammen, liegt dagegen ein Vermögenswert nach § 23 vor.

**B III.** Der nach § 23 maßgebliche **Ort** ist dort, wo sich der Vermögensgegenstand befindet.

**a)** Bei einem **dinglichen Recht** ist es der Ort, wo die bewegliche oder unbewegliche Sache sich befindet, oder bei im Inlande registrierten, wo sie registriert ist; da ein Schiff aber eine bewegliche Sache ist, ließ OLG 2/291 [292] auch den Ort gelten, wo es sich befand.

**a 1.** Das entsprechende gilt auch von **sonstigen Vermögensgegenständen**, im besonderen bei anderen absoluten (Urheber-, Erfinder-)Rechten; hier kommt es darauf an, wo der Inhaber des Rechts sitzt; handelt es sich um ein im Inlande registriertes Recht, so ist stets ein inländischer Gerichtsstand gegeben.

**a 2.** Die Rechte aus Inhaberpapieren folgen dem Papier (vgl. BGB § 793), richten sich also ausschließlich nach dem Papier als einer beweglichen Sache (RGZ 107/44 [47]). Das entsprechende gilt für Orderpapiere (vgl. RGZ 107/44 [46]; § 831).

**b)** Bei sonstigen, rein persönlichen Forderungen ist der (Wohn-)Sitz des Schuldners (§ 13 B; OGH MDR 49/351<sup>117</sup>), bei juristischen Personen ihr Sitz (§ 17) maßgebend (§ 23 I 2). Unerheblich hierbei ist der Erfüllungsort (RG JW 30/263<sup>118</sup>) und wie das inländische Recht hierüber befindet; es genügt, wenn ein im Auslande wohnender Ausländer gegen einen im Inlande Wohnenden **eine Forderung hat** (RGZ 77/250 [252]). Ist in einem Prätendentenstreit Gegenstand der Klage eine persönliche Forderung gegen einen dritten, so ist der Wohnsitz (Sitz) des dritten maßgebend (RGZ 51/256 [258]). Schuldner wird jedoch, wenn der dritte hinterlegt, die Hinterlegungsstelle, so daß ihr Sitz ausschließlich maßgebend ist, wenn der dritte durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreit wurde.

**B IV.** Die Voraussetzungen des § 23 müssen in irgendeinem Zeitpunkt von der **Zeit** der Klageerhebung (§ 253 I; RG JW 00/588<sup>3</sup>) bis zu der, wo sie noch im Verfahren zu berücksichtigen sind (§ 12 B III a), gegeben sein. Von der Zeit der Klageerhebung ab wird die Zuständigkeit nach § 263 II 2 fixiert. Über die Frage, ob nach § 276 verwiesen werden darf, wenn eine inländische Zuständigkeit z. Z. der Klageerhebung vorhanden war, es aber z. Z. der Verweisung nicht mehr ist, vgl. § 276 B II b.

a) Eine **Vorwirkung** nach §§ 261 b III, 496 III, 693 II tritt nicht ein (RGZ 7/322 [325]). Die Zustellung des Zahlungsbefehls wirkt aber wie die Klageerhebung, falls Widerspruch erhoben wird (§ 696 II); doch ist das Mahnverfahren unzulässig, wenn im Auslande oder öffentlich zugestellt werden müßte (§ 688 II).

**C. Die Prozeßvoraussetzung(-bedingung)**

**C I.** steht zur Behauptung- und Beweislast des Klägers (RG v. 19. 1. 1911 VII E 75/147 [149]) und ist

a) in dem Fall, wo sich sonstiges Vermögen im Gerichtsbezirk befinden muß, **selbständig** und vom Klagegrund gelöst, so daß der Fall, wo die schlüssige Klagebehauptung ohne Beweis-erhebung gilt (§ 12 B II a 1), hier nicht in Betracht kommt. Leugnet der Kläger das Recht des Beklagten, an das er nach § 23 anknüpfen will, so ist die Klage prozessual unschlüssig (vgl. RG JW 30/263<sup>11</sup>), weil der Kläger nicht wirksam behaupten kann, was er bestreitet (§ 138 I).

b) In dem zweiten Fall des § 23, wo die Klage vor dem Gericht zulässig ist, in dessen Bezirk sich der **Streitgegenstand** (i. S. des bürgerlichen Rechts) **befindet**, können sich Schlüssigkeitbehauptung und Prozeßvoraussetzung decken, und dann ist nur sachlich zu entscheiden (§ 12 B II a 1; RG JW 99/531<sup>11</sup>). So ist die negative Feststellungsklage bei Berührung des Beklagten stets zuzulassen, wenn sie sich auf eine inländische Forderung bezieht (Jonas § 23 Anm. IX; a. M. RG JW 30/263<sup>11</sup>); hier also auch bei vor der Klageerhebung aufgerechneter Forderung (a. M. OLG 17/85), wenn der Beklagte die Aufrechnung nicht gelten läßt.

## § 24 (25)

**I Für Klagen, durch die das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.**

**II Bei den eine Grunddienbarkeit, eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.**

**A II.** Nach § 24 entscheidet die **Lage des Grundstücks** (usw., vgl. § 24 B I b) auch bei Störungen (RGZ 86/272 [280]); etwa bei einem widerrechtlichen Rückstau die Lage des geschädigten Grundstücks, wo der schädigende Zustand eingetreten oder die schädigende Wirkung ausgelöst worden ist (RGZ 122/196 [200]). Daß nur das dienende, nicht das herrschende Grundstück nach § 24 zu berücksichtigen ist, sagt § 24 II.

a) Getroffen wird dabei stets die ganze Sache, so daß, wenn das Grundstück in mehreren Bezirken liegt, § 36 I 4 anzuwenden ist (RGZ 137/278 [280]). Dies gilt auch dann, wenn schädigend nur in einem Bezirk eingegriffen wurde (RGZ 86/272 [278]).

b) Der Gerichtstand des § 24 wirkt auch **gegenüber sonst Gerichtsfreien** (GVG § 20 A).

**A III.** Die Regel des § 24 ist eine **Ausnahmeregel** und deshalb eng auszulegen. Sie ordnet einen ausschließlichen Gerichtstand an, der jeden anderen (allgemeinen oder besonderen) ausschließt.

a) Über die Wirkung der Verletzung der Zuständigkeit vgl. § 12 B IV, § 274 C II a 1. Da es sich hier stets um vermögensrechtliche Streitigkeiten (vgl. § 2 A I b 2) handelt, darf die von der ersten Instanz angenommene Zuständigkeit nach §§ 512 a, 549 II in der Berufungs- und in der Revisionsinstanz nicht mehr beachtet werden; wenn auch die Vereinbarung eines Gerichtstandes in Abweichung von § 24 unwirksam ist (§§ 40 II, 33 II, 280); doch wird durch ihn nicht eine Schiedsabrede (§ 1025) ausgeschlossen.

b) Ob die Vorschrift die Zuständigkeit inländischer Gerichte für die **im Ausland belegenen Grundstücke** u. dgl. m. und an ihnen bestehende dingliche Rechte ausschließt, ist streitig (bejahend RGZ 32/414 [416]; verneinend: Jonas § 24 Anm. I); jedenfalls sind die inländischen Gerichte dort nicht zuständig, wo das ausländische Recht eine dem § 24 entsprechende Regel enthält (vgl. § 328 E I b 2).

**B. § 24 knüpft an den Klagegrund aus dinglichem Recht an unbeweglichem Gut an.**

**B I. Zum unbeweglichem Gut** gehören die Grundstücke und die ihnen gleichgestellten Rechte.

**a)** Der Begriff „unbewegliche Sache“ ist dem bürgerlichen Recht zu entnehmen (RGZ 86/272 [277]) und wird dort Grundstück genannt.

**b)** Den Grundstücken sind kraft Bundesrechts gleichgestellt das Wohnungseigentumsrecht, das Erbbaurecht, das Wohnungerbaurecht; nach Landesrecht sind es Stockwerkeigentum, Bergwerkseigentum und sonstige Regalien.

**c)** Alles, was nicht unter den Begriff des unbeweglichen Gutes fällt (**Fahrnis**), gehört nicht unter § 24 (der insoweit keine entsprechende Anwendung duldet; er bezieht sich also nicht auf sonstige registrierte Gegenstände wie Schiffe — vgl. RGZ 103/274 [278, 279]) und nicht unter die Vorschriften der §§ 25, 26.

**c 2.** Auch sonstige dingliche Rechte, die nicht zu den Bestandteilen des unbeweglichen Guts gehören, gehören nicht unter § 24.

**c 3.** Ist die an sich unter § 24 fallende Grundstückslast erloschen (etwa durch Versteigerung) und besteht das Recht nur noch am Erlös (oder nur noch an beweglichen Sachen, die von der Versteigerung ausgenommen wurden) fort, so entfällt § 24 (RGZ 45/388 [389]).

**B II.** Die in bezug auf unbewegliches Gut (§ 24 B I) erhobene Klage muß einen in § 24 genannten **Klagegrund** für den geltend gemachten (außerprozessualen) Anspruch unmittelbar treffen, so daß der geltend gemachte Anspruch, über den mit Rechtskraftwirkung zu entscheiden ist (§ 322 B), aus dem nach § 24 erheblichen unmittelbar hervorgeht. Eine bloß mittelbare Verbindung, wenn für sie als Vorfrage über einen nach § 24 maßgebenden Klagegrund zu entscheiden ist, genügt nicht (RG PrJMBI. 1890/8). Werden die Vorfragen dann aber durch einen Antrag — etwa eine Zwischenfeststellungsklage (§ 280) — unmittelbar zum Gegenstand des Verfahrens gemacht, so gilt für sie § 24.

**a)** Bei nach § 24 gegebenem Klagegrund und aus ihm unmittelbar hergeleitetem Anspruch kommt es nicht auf seine Art an. Es ist also gleichgültig, ob die Klage Haupt- oder Nebenansprüche (Zinsen) betrifft (OLG 20/288). Auch entscheidet die Klageart nichts und auch nicht die Prozeßart (gewöhnliche, Urkundenprozeß usw.).

**b)** Der Klagegrund aus § 24 ist **dinglicher Art**.

**b 1.** Als erster Klagegrund wird das **Eigentum** genannt, wozu auch die ihm entsprechenden den Grundstücken gleichgestellten Rechte gehören (§ 24 B I b). Über Wohnungseigentum und Wohnungerbaurecht vgl. aber § 24 C. Betroffen wird dadurch der Klageantrag auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens des Eigentums wie der auf Grundbuchberichtigung (BGB § 894). Es genügt, daß **dingliche Ansprüche** aus dem Eigentum geltend gemacht werden, also der auf Herausgabe (BGB § 985), der auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen (BGB § 1004; RGZ 122/196 [199, 200]), doch gehört der Fall des BGB § 915 nach dem Standpunkt der Prozeßordnung nicht unter § 24, sondern unter § 26. Auch die Ansprüche des Miteigentümers nach BGB §§ 1008, 1011 wie die dingliche Klage des Eigentümers nach BGB § 1053 auf Unterlassung des Gebrauchs gegen den Nießbraucher gehören hierher, soweit sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen. Von den genannten Ansprüchen werden in § 24 ausdrücklich die Grenzscheidungsklagen (vgl. dazu BGB §§ 919, 920) und die Teilungsklagen (BGB § 749) erwähnt.

**b 2.** Weiter sind unter § 24 die sich aus den dinglichen Belastungen von Grundstücken (§ 24 B I a) und grundstücksähnlichen Rechten (§ 24 B I b) ergebenden positiven und negativen (im besonderen die auf Befreiung von Lasten gerichteten) Klagen zu bringen. In Betracht kommen auch hier alle Klagen, die um das dingliche Recht als solches gehen, also bei der Hypothek die auf Duldung der Vollstreckung gerichtete Klage, die auf ihre Feststellung und die Grundbuchberichtigung (RGZ 82/20 [24]), die auf Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten Rechts, die auf Löschung (RG N § 24/6) oder die auf Umschreibung einer Hypothek (KG JW 21/255<sup>1</sup>), die, daß die Hypothek nicht entstanden und der Eigentümer keine Grundschuld erworben hat (RG Gruch. 57/160). Auf den **Rechtsgrund**, weshalb gegen das dingliche