

WALTER ZEISS  
KLAUS SCHREIBER

---

# Zivilprozessrecht

12. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Zeiss / Schreiber · Zivilprozessrecht





Walter Zeiss  
Klaus Schreiber

# Zivilprozessrecht

12., neubearbeitete Auflage

Mohr Siebeck

*Dr. Klaus Schreiber*, o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum.

- |                                 |                                  |
|---------------------------------|----------------------------------|
| 1. Auflage 1971                 | 7. Auflage 1989 (neubearbeitet)  |
| 2. Auflage 1976 (neubearbeitet) | 8. Auflage 1993 (neubearbeitet)  |
| 3. Auflage 1978 (neubearbeitet) | 9. Auflage 1997 (neubearbeitet)  |
| 4. Auflage 1980 (neubearbeitet) | 10. Auflage 2003 (neubearbeitet) |
| 5. Auflage 1982 (neubearbeitet) | 11. Auflage 2009 (neubearbeitet) |
| 6. Auflage 1985 (neubearbeitet) | 12. Auflage 2014 (neubearbeitet) |

e-ISBN PDF 978-3-16-153150-7

ISBN 978-3-16-153149-1

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation und Syntax gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis, Tübingen.

## Vorwort

Das Lehrbuch liegt nunmehr in der 12. Auflage vor. Sie ist notwendig geworden, um zahlreichen Gesetzesänderungen Rechnung zu tragen. Zudem hat vor allem die höchstrichterliche Rechtsprechung Fragen beantwortet, die bisher in der Praxis offengeblieben waren; auch dies war zu berücksichtigen. Schließlich war neuen Veröffentlichungen der ihnen zukommende Platz zu gewähren.

Das von Walter Zeiss begründete und von mir seit der 10. Auflage fortgeführte Lehrbuch hat stets den Zweck verfolgt, den Studierenden das Prozessrecht näherzubringen. Dem dienen die zahlreichen Eingangsbeispiele. Darüber hinaus ist den Beiträgen in der Ausbildungsliteratur noch mehr Bedeutung beigemessen worden. Alles das geht auf das Bestreben zurück, ein wirkliches Studienbuch zu schaffen.

Bochum, im Dezember 2013

Klaus Schreiber



# Inhaltsverzeichnis

## Kapitel 1

### Gerichtsbarkeit und Verfahrensbeteiligte

	Seite	RdNr.
§ 1 Gerichtsbarkeit und Organe der Rechtspflege .....	1	1
§ 2 Zivilprozess und andere Verfahren .....	4	7
§ 3 Die Rechtswegverweisung .....	8	17
§ 4 Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit .....	11	25
§ 5 Die internationale Zuständigkeit .....	13	29
§ 6 Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit .....	15	35
§ 7 Der Richter .....	17	40
§ 8 Ausschließung und Ablehnung des Richters .....	19	45
§ 9 Andere Organe der ordentlichen streitigen Zivilgerichtsbarkeit .	22	52
§ 10 Rechtshilfe .....	25	59

## Kapitel 2

### Die Zuständigkeitsordnung

§ 11 Die funktionelle Zuständigkeit .....	26	63
§ 12 Die sachliche Zuständigkeit .....	27	68
§ 13 Die örtliche Zuständigkeit .....	30	75
§ 14 Gerichtlich bestimmte Zuständigkeit .....	36	96
§ 15 Die vereinbarte Zuständigkeit .....	37	97
§ 16 Prüfung der Zuständigkeit .....	41	106
§ 17 Die Entscheidung bei Unzuständigkeit .....	43	111
§ 18 Die Geschäftsverteilung .....	45	121

## Kapitel 3

### Die Parteien

§ 19 Parteibegriff und Prozessführungsbefugnis .....	47	123
§ 20 Bestimmung der Partei .....	51	134

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdnr.
§ 21 Das Prozessrechtsverhältnis .....	54	143
§ 22 Die Parteifähigkeit .....	54	143
§ 23 Die Prozessfähigkeit .....	57	148
§ 24 Die Postulationsfähigkeit .....	60	156
§ 25 Die Stellvertretung im Prozess .....	62	159

### Kapitel 4 Die Verfahrensgrundsätze

§ 26 Der Dispositionsgrundsatz .....	67	169
§ 27 Der Verhandlungsgrundsatz .....	69	174
§ 28 Die richterliche Aufklärungspflicht .....	73	181
§ 29 Die Mündlichkeit .....	75	185
§ 30 Die Unmittelbarkeit .....	77	189
§ 31 Die Öffentlichkeit .....	78	190
§ 32 Der Anspruch auf rechtliches Gehör .....	79	191
§ 33 Die Pflicht zur redlichen Prozessführung und die Wahrheits- pflicht .....	82	195
§ 34 Die Beschleunigung des Verfahrens .....	86	204

### Kapitel 5 Prozesshandlungen der Parteien und Förmlichkeiten des Verfahrens

§ 35 Die Prozesshandlungen .....	92	211
§ 36 Prozessleitung und Prozessbetrieb .....	101	223
§ 37 Schriftform der Prozesshandlungen; Unterzeichnung von Schriftsätzen .....	101	225
§ 38 Die Zustellung .....	103	229
§ 39 Termin, Ladung, Fristen .....	107	242
§ 40 Versäumung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	108	245

### Kapitel 6 Prozessvoraussetzungen, Klagearten, Rechtsschutzbedürfnis und Streitgegenstand

§ 41 Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse .....	113	253
§ 42 Die Arten der Klage .....	124	272
§ 43 Das Rechtsschutzbedürfnis .....	132	292
§ 44 Der Streitgegenstand .....	137	305

## Inhaltsverzeichnis

### Kapitel 7

#### Die Klage und ihre Auswirkungen

	Seite	RdNr.
§ 45 Die Klageerhebung .....	143	317
§ 46 Inhalt der Klage .....	146	328
§ 47 Die Rechtshängigkeit und ihre Folgen .....	149	336
§ 48 Die Klageänderung .....	153	351
§ 49 Die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes .....	156	358
§ 50 Parteiwechsel .....	160	367
§ 51 Die Klagenhäufung .....	162	373

### Kapitel 8

#### Das Verhalten des Beklagten

§ 52 Allgemeines .....	166	380
§ 53 Die Aufrechnung im Prozess .....	169	389
§ 54 Die Widerklage .....	175	400
§ 55 Das Geständnis .....	178	407
§ 56 Anerkenntnis und Verzicht .....	181	416

### Kapitel 9

#### Der Beweis

§ 57 Beweisbedürftigkeit und Beweisarten .....	184	424
§ 58 Beweisantritt und die Reaktion des Gerichts .....	188	436
§ 59 Anordnung der Beweiserhebung und Beweisaufnahme .....	191	444
§ 60 Die Überzeugungsbildung des Richters .....	193	452
§ 61 Die Beweislast .....	196	460
§ 62 Die Beweismittel .....	199	468

### Kapitel 10

#### Stillstand des Verfahrens und seine Beendigung durch Parteihandlungen

§ 63 Stillstand des Verfahrens .....	201	474
§ 64 Die Klagerücknahme .....	204	484
§ 65 Die Erledigung der Hauptsache .....	208	495
§ 66 Der Prozessvergleich .....	214	508

## Inhaltsverzeichnis

### Kapitel 11 Die Entscheidungen des Gerichts

	Seite	Rdnr.
§ 67 Die Arten gerichtlicher Entscheidungen .....	222	522
§ 68 Das Urteil .....	223	523

### Kapitel 12 Die Rechtskraft

§ 69 Die formelle Rechtskraft .....	234	554
§ 70 Die materielle Rechtskraft .....	236	557
§ 71 Die objektiven Grenzen der Rechtskraft .....	242	569
§ 72 Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft .....	249	585
§ 73 Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft .....	252	590

### Kapitel 13 Die Durchbrechung der Rechtskraft

§ 74 Die Abänderungsklage .....	254	593
§ 75 Die Wiederaufnahme des Verfahrens .....	257	598
§ 76 Die Durchbrechung der Rechtskraft auf materiellrechtlichem Weg .....	262	610

### Kapitel 14 Besonderheiten des Verfahrens

§ 77 Das Versäumnisverfahren .....	268	621
§ 78 Die Entscheidung nach Lage der Akten .....	273	633
§ 79 Das amtsgerichtliche Verfahren .....	273	635
§ 80 Das Verfahren vor dem Einzelrichter .....	274	639

### Kapitel 15 Rechtsmittel

§ 81 Allgemeines .....	276	642
§ 82 Die Berufung .....	284	663
§ 83 Die Revision .....	299	689
§ 84 Die Beschwerde .....	311	722

## Inhaltsverzeichnis

### Kapitel 16

#### Die Beteiligung mehrerer am Rechtsstreit

	Seite	Rdnr.
§ 85 Die Streitgenossenschaft .....	321	744
§ 86 Die Nebenintervention .....	324	751
§ 87 Die Streitverkündung .....	327	762
§ 88 Die Hauptintervention .....	328	764

### Kapitel 17

#### Besondere Verfahrensarten

§ 89 Der Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozess .....	329	765
§ 90 Das Mahnverfahren .....	331	772
§ 91 Das schiedsgerichtliche Verfahren .....	337	785

### Kapitel 18

#### Kostenrecht und Prozesskostenhilfe

§ 92 Die Prozesskosten .....	344	796
§ 93 Die Prozesskostenhilfe .....	348	808
Schrifttum .....	353	
Sachverzeichnis .....	355	



## Kapitel 1

# Gerichtsbarkeit und Verfahrensbeteiligte

## § 1 Gerichtsbarkeit und Organe der Rechtspflege

**Literatur:** *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht aller Gerichtszweige, 6. Aufl. 1987; *Kissel/Mayer*, GVG, 7. Aufl. 2013; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 7. Aufl. 2013.

■ a) Ein Rechtsanwalt ist durch Urteil des Anwaltsgerichts für den Bezirk der Rechtsanwaltskammer Bamberg wegen Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten mit einem Verweis bestraft worden. Der Anwaltsgerichtshof und der Senat für Anwaltssachen beim BGH haben die Entscheidung bestätigt. Der Anwalt hält diese Verurteilung für rechtswidrig, weil sie nicht durch ein staatliches Gericht i. S. v. Art. 92 GG erfolgt sei (vgl. dazu BVerfGE 26, 186; 48, 300).

■ b) Das Präsidium des Amtsgerichts hat wegen Überlastung eines Richters den Geschäftsverteilungsplan für 1982 durch Beschluss geändert. Dabei wurde die Bearbeitung von drei bereits terminierten Sachen mit Ausnahme von Beweisaufnahme- und Verkündungsterminen einem bisher damit nicht befassten Richter übertragen (vgl. LG Wiesbaden, MDR 1982, 676).

■ c) Vertragspartner haben vereinbart, dass für ihre Rechtsbeziehungen „Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte“ zuständig sein sollen. Handelt es sich hier um Gerichtsbarkeit i. S. der Art. 92 ff. GG?

### I. Gerichte als Einrichtungen des Staates

Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut und wird durch Gerichte ausgeübt. Diese Gerichte sind heute ausschließlich staatliche Institutionen. 1

Das bedeutet nicht, dass ein Gericht i. S. von Art. 92 GG unbedingt eine unmittelbare staatliche Einrichtung sein muss, was freilich regelmäßig der Fall ist. Es genügt, dass die Gerichtsbarkeit auf staatlichem Gesetz beruht und die personelle Besetzung des Gerichts vom Staat entscheidend bestimmt ist, d. h., dass er bei der Berufung der Richter wenigstens bestätigend mitwirkt.

Das im *Eingangsfall a*) genannte Anwaltsgericht beruht gem. §§ 92 ff., 119 ff. BRAO auf staatlichem Gesetz und dient der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Fraglich ist der Charakter eines staatlichen Gerichts i. S. v. Art. 92 GG jedoch wegen der ausschließlichen Besetzung durch Rechtsanwälte. Nach Ansicht des BVerfG (BVerfGE 48, 300 [316 ff.]) steht die ausschließliche Besetzung mit Laienrichtern der Annahme eines

staatlichen Gerichts nicht entgegen. Die nach Art. 92 GG erforderliche Einflussmöglichkeit des Staates auf Auswahl und Ernennung der Richter sei durch die Landesjustizverwaltung gegeben (zu Details §§ 92ff. BRAO; dazu BVerfGE 48, 300 [321]).

Zur Anwaltsgerichtsbarkeit vgl. auch u. Rdnr. 56.

## II. Gerichte des Bundes

### 2 1. Gerichte des Bundes sind nach Art. 95 I GG:

Für die ordentliche Gerichtsbarkeit (Straf- und Zivilgerichtsbarkeit) der Bundesgerichtshof in Karlsruhe,

für die Verwaltungsgerichtsbarkeit das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig,

für die Finanzgerichtsbarkeit der Bundesfinanzhof in München,

für die Arbeitsgerichtsbarkeit das Bundesarbeitsgericht in Erfurt,

für die Sozialgerichtsbarkeit das Bundessozialgericht in Kassel.

2. Zum Zwecke der Wahrung der Einheitlichkeit der Rspr. der aufgezählten Gerichte ist ein gemeinsamer Senat dieser Gerichte mit Sitz in Karlsruhe geschaffen worden (vgl. Art. 95 III GG).

### 3. Hinzu kommen als Gerichte des Bundes aufgrund von Art. 96 GG:

Bundespatentgericht (auf der Ebene der Oberlandesgerichte stehendes Sondergericht) und Bundesgerichtshof (Rechtsmittelinstanz): § 65 PatG, Art. 96 III GG, Dienstgericht für Bundesrichter (§§ 61ff. DRiG).

4. Als Bundesgericht gleichsam über den aufgezählten Zweigen der Gerichtsbarkeit steht das *Bundesverfassungsgericht* in Karlsruhe (Art. 93 GG), da es alle Entscheidungen anderer Gerichte für verfassungswidrig und damit für nichtig erklären kann.

## III. Gerichte der Länder

### 3 Die *Länder* unterhalten für die oben Rdnr. 2 aufgezählten Gerichtsbarkeiten Gerichte für den Rechtszug in unteren Instanzen:

Für die ordentliche Gerichtsbarkeit nach § 12 GVG: Amtsgericht (AG), Landgericht (LG) und Oberlandesgericht (OLG),

für die Verwaltungsgerichtsbarkeit: Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht,

für die Finanzgerichtsbarkeit: Finanzgericht (auf der Ebene eines OLG),

für die Arbeitsgerichtsbarkeit: Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht (einem OLG gleichwertig),

für die Sozialgerichtsbarkeit: Sozialgericht und Landessozialgericht (auf der Ebene eines OLG).

Hinzu kommen in den meisten Bundesländern Staats- und Verfassungsgerichtshöfe für Verfassungstreitigkeiten auf Landesebene.

#### IV. Sondergerichte

Das Berufsgesicht im *Eingangsfall a*) passt nicht in den aufgezählten Katalog. Seine verfassungsmäßige Verankerung erfährt es aufgrund von Art. 101 II GG, der die Einrichtung von Sondergerichten zulässt. Da die Anwaltsgerichte und Anwaltsgerichtshöfe der Rechtsanwälte für ein bestimmtes Sachgebiet, nämlich für das anwaltliche Berufsrecht, abstrakt und generell zur Entscheidung berufen sind, handelt es sich um zulässige Sondergerichte (BVerfGE 26, 186 [192f.]). 4

Solche Sondergerichte sind nach §14 GVG für den Bereich der streitigen Zivilgerichtsbarkeit etwa die Rheinschiffahrtsgerichte.

#### V. Ausnahmegerichte

Nicht zu verwechseln mit den Sondergerichten sind die *Ausnahmegerichte*. 5 Es handelt sich um Gerichte, die ad hoc unter Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit für den Einzelfall gebildet werden. Sie bedeuten einen Entzug des gesetzlichen Richters und sind unzulässig (Art. 101 I 1 GG, §16 GVG).

Da zur Zuständigkeitsordnung nicht nur die Regelung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, sondern auch der Geschäftsverteilungsplan (dazu unten Rdnr. 121ff.) gehört, kann im *Eingangsfall b*) ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG vorliegen. Nach dieser Norm darf kein anderer als der Richter tätig werden und entscheiden, der in den allgemeinen Normen der Gesetze und der Geschäftsverteilung der Gerichte dafür vorgesehen ist (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 48, 246 [254 m.w.N.]). Einer nach §21e III GVG unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Änderung der Geschäftsverteilung während des laufenden Geschäftsjahres sind durch die Garantie des gesetzlichen Richters Grenzen gesetzt. Die Einzelzuweisung bestimmter Sitzungstage bewirkt, dass bereits konkretisierte Verfahren (die terminierten Sachen) einem Richter nachträglich zugewiesen werden. Das widerspricht der von Art. 101 I 2 GG geforderten abstrakten Vorhersehbarkeit des entscheidenden Richters, die nur durch generelle Kriterien gewährleistet ist (BVerfGE 6, 45 [50f.]; 82, 286 [298]; ausführlich *Niemöller*, StrVerf 1987, 311).

#### VI. Private Gerichte

Aus der eingangs gegebenen Definition (o. Rdnr. 1) für die Gerichtsbarkeit 6 i.S. der Art. 92ff. GG ergibt sich auch, dass das *Schiedsgericht* im *Eingangsfall c*) kein staatliches Gericht ist. Es wird weder unmittelbar noch mittelbar vom Staat getragen; ein staatliches Gesetz, auf dem es beruht, ist nicht ersichtlich. Auch kommt die personelle Besetzung nicht unter staatlicher Mitwirkung zustande.

Es fragt sich also, ob die Parteien nicht ihrem gesetzlichen Richter i.S. des Art. 101 I 2 GG entzogen werden. Denn die Schiedsklausel führt dazu, dass der Beklagte durch Einrede (§ 1032) eine Sachentscheidung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit verhindern kann. Es liegt jedoch keine Entziehung, wie sie Art. 101 I 2 GG meint, vor, also keine Versagung des vorgesehenen Rechtsschutzes ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen, sondern die Parteien vereinbaren freiwillig, dass bestimmte bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten ein Privatgericht entscheiden soll. Der Staat verzichtet hier auf sein Rechtsprechungsmonopol (§§ 1025ff.). So wie die Parteien durch gewisse zulässige Vereinbarungen (§§ 38ff.) ein an sich unzuständiges Gericht zuständig machen können, so können sie für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts (= Privatgerichts) vereinbaren, ohne dass Art. 101 I 2 GG entgegensteht.

## §2 Zivilprozess und andere Verfahren

**Literatur:** *Bydlinski*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194, 319; *Erichsen*, Öffentliches und privates Recht, Jura 1982, 537; *Menger*, Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, S. 157; *Rimmelspacher*, Öffentliches oder privates Interesse als Kriterium der Rechtswegzuständigkeit, JZ 1975, 165; *ders.*, Notizen zur Rechtswegabgrenzung, Festschrift für Friedrich Weber, 1975, S. 357; *Schenke*, Rechtswegabgrenzung, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, 2000, S. 45.

■ Das Verteidigungsministerium erließ gegen den Handelsvertreter A ein Hausverbot mit der Begründung, A habe seit Jahren Bedienstete zu unzulässigen Informationen veranlasst. A hält die gegen ihn erhobenen Vorwürfe für unberechtigt und möchte das gegen ihn ausgesprochene Hausverbot beseitigt wissen. Welches Gericht muss er anrufen? Vgl. dazu BGH NJW 1967, 1911; *J. Ipsen/Koch*, JuS 1992, 809.

■ A wohnt etwa 200m Luftlinie entfernt von der Pfarrkirche einer nordrhein-westfälischen Kleinstadt. Nach der Läuteordnung der katholischen Kirchengemeinde wird die Angelus-Glocke der Pfarrkirche im Sommer um 6 Uhr morgens eine Minute lang geläutet. A fühlt sich dadurch gestört. Er begehrt mit seiner beim Landgericht erhobenen Klage die Verurteilung der beklagten Kirchengemeinde, das Läuten vor 7 Uhr morgens zu unterlassen. Vgl. dazu BVerwG NJW 1984, 989.

### I. Zivilprozess und Verwaltungsprozess

- 7 Der Zivilprozess ist ein Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die maßgebende Norm für die Abgrenzung der ordentlichen Gerichtsbarkeit von den anderen Gerichtsbarkeiten ist § 13 GVG: Danach gehören vor die ordentlichen Gerichte grundsätzlich alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

## 1. Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit

### a) Die Subjektionstheorie

Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit liegt vor, wenn das Begehren eine unmittelbare Rechtsfolge des Zivilrechts ist. Dafür ist die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses maßgebend. Sie richtet sich zunächst danach, ob die Parteien einander gleichberechtigt gegenüberstehen (dann Privatrecht) oder ob die eine der Hoheitsgewalt der anderen unterworfen ist (Subjektionstheorie; BGH NJW 2000, 872). Diese Formel allein genügt nicht, um eine Trennung zu ermöglichen. Sie versagt insbesondere beim öffentlich-rechtlichen Vertrag (BGHZ 116, 339 [342]), wo zwei gleichberechtigte Träger öffentlicher Gewalt sich etwa über die Unterhaltung einer Schule einigen. Hier handelt es sich trotz Gleichordnung um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Andererseits liegt trotz Unterordnung unter die elterliche Sorge oder die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers eine privatrechtliche Angelegenheit vor. Die Subjektionstheorie gestattet daher nur eine erste Trennung von privatem und öffentlichem Recht. 8

### b) Die Subjektstheorie oder Sonderrechtstheorie

Die Subjektionstheorie bedarf der Ergänzung durch die sog. Subjektstheorie. Öffentlich-rechtlich sind danach die Rechtsverhältnisse, die sich aus einer Norm ergeben, die nicht *jedermann* verpflichten oder berechtigen kann, sondern notwendig nur ein Subjekt, das *Träger hoheitlicher Gewalt* ist. Privatrecht liegt vor, wenn Träger öffentlicher Gewalt Tatbestände verwirklichen, die von *jedermann* ebenso verwirklicht werden *könnten* (eine Gemeinde kauft Heizöl oder Büromaterial). Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ist gegeben, wenn Träger hoheitlicher Gewalt Tatbestände setzen, die so nur von Trägern öffentlicher Gewalt gesetzt werden können (*Kissel/Mayer*, GVG, § 13 Rdnr. 13ff.). 9

Die Grenzziehung bleibt jedoch in vielen Fällen ungewiss (vgl. etwa BGH NJW 1973, 1077 [1078]; dazu *Rimmelspacher*, aaO). Die Kasuistik zur Frage der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i. S. von § 13 GVG ist kaum noch zu übersehen. *Lerche* (Staatsbürger und Staatsgewalt II, 1963, S. 59 [68]) hält es zu Recht für eine „optische Täuschung, daß eine rational begründbare Entscheidung der einen oder anderen Seite stets möglich sein müsse“.

### c) Zu den Eingangsfällen

Im *ersten Eingangsfall* ist das angegriffene Hausverbot privatrechtlich zu qualifizieren (BGH NJW 1967, 1911). Nach der Rspr. kommt es für die Einordnung auf den Charakter der Rechtsbeziehungen an, in deren Zusammenhang das Hausverbot erging. Danach beruhen Maßnahmen gegenüber Personen, die die öffentliche Einrichtung aufsuchen, im Zweifel auf dem privatrechtlichen Hausrecht, sofern nicht die konkreten Umstände auf ein öffentlich-rechtliches Vorgehen hinweisen. Hier ist das Hausverbot nicht im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen oder in Ausübung besonderer hoheitlicher Befugnisse ergangen. Die Zivilgerichte sind zuständig (vgl.

VGH München, BayVBl 1986, 271; BVerwG, NVwZ 1987, 677; dazu *Müller/Volbehr*, JuS 1987, 869).

Im *zweiten Eingangsfall* hängt die Rechtswegzuständigkeit des Landgerichts davon ab, dass es sich bei der Streitigkeit zwischen A und der Kirchengemeinde um eine bürgerlich-rechtliche handelt. Dazu das BVerwG aaO: Weil den Kirchen durch Art. 137 V WRV i. V. m. Art. 140 GG der Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts zuerkannt sei, sei es verfassungsrechtlich geboten, die kirchlichen Körperschaften als Rechtssubjekte anzuerkennen, deren Wirken, soweit es der staatlichen Rechtsordnung unterliege, dem öffentlichen Recht angehöre. Das liturgische Glockengeläut sei eine typische Lebensäußerung der Körperschaft Kirche und damit nach der Natur des Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlich. Dies folge zudem aus der Widmung der Kirchenglocken als öffentliche Sachen. Danach war der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht eröffnet.

### 2. *Bestimmt sich der Rechtsweg nur nach dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers?*

- 10 Für die Frage, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, ist nicht nur das tatsächliche Vorbringen des Klägers maßgebend (so aber die herrschende Meinung: BGHZ 97, 312 [313f.]; 108, 284 [286f.]; 121, 126 [128]; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, § 13 GVG Rdnr. 8; dagegen *Bötticher*, ZZP 72, 44 [59, 60]). Einwendungen des Beklagten können dem Streitgegenstand durchaus einen anderen Charakter geben. Stützt der Kläger seine Klage z. B. auf § 1004 BGB, ohne vorzubringen, dass der Beklagte in Ausübung öffentlicher Gewalt zur Störung berechtigt sei, so kann ein entsprechender Einwand des Beklagten dazu führen, den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu verneinen (vgl. *Bötticher*, aaO).

Die *Rechtsauffassung* der Parteien ist jedoch nach einhelliger Auffassung niemals maßgebend für den Charakter des Rechtsstreits. Die Klage z. B. auf Rückzahlung von Steuern ist keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, selbst wenn Bereicherungsrecht als Begründung herangezogen wird. Auch wird der Zivilrechtsweg nicht deswegen zulässig, weil der Kläger sein Interesse an der Nachprüfung eines Verwaltungsakts als Schadensersatzanspruch nach Art. 34 GG, § 839 BGB vor den Zivilgerichten verfolgt.

### 3. *Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor Sondergerichten*

- 11 Liegt eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG vor, so ist damit noch nicht gesagt, dass sie vor die ordentlichen Gerichte gehört. Es kann für sie die Zuständigkeit eines Sondergerichts gegeben sein, etwa des Bundespatentgerichts oder eines der Rheinschiffahrtsgerichte (dazu o. Rdnr. 2, 4).

### 4. *Zivilprozesssachen kraft ausdrücklicher Zuweisung*

- 12 Unabhängig von der soeben beschriebenen Abgrenzung ist der Zivilrechtsweg gegeben, wenn bestimmte öffentliche Streitigkeiten ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind. So genannte Zivilprozesssachen kraft Überlieferung (= Gewohn-

heitsrecht), also ohne ausdrückliche, im Gesetz verankerte Zuweisung, gibt es nicht mehr. Sie sind durch § 40 II VwGO in den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Die Zuweisung durch Art. 19 IV 2 GG ist wegen der verwaltungsrechtlichen Generalklausel in § 40 I VwGO ohne aktuelle Bedeutung.

Zu den bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung gehören insbesondere:

- a) Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl (§ 40 II VwGO).
- b) Vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (§ 40 II VwGO).
- c) Ansprüche gegen den Staat aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen (§ 40 II VwGO).
- d) Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung einschl. der Rückgriffsansprüche gegen den Beamten (Art. 34 S. 3 GG).
- e) Streitigkeiten über die Höhe der Enteignungsentschädigung (Art. 14 III 4 GG). Gegen die Enteignung selbst ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

### 5. Reihenfolge der Prüfung

Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs ist zunächst zu untersuchen, ob eine ausdrückliche Zuweisung vorliegt. Erst dann sollte gefragt werden, ob es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S.v. § 13 GVG handelt. 13

## II. Zivilprozess und andere Verfahren vor den ordentlichen Gerichten

### 1. Zivil- und Strafprozess

Innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit bereitet die Abgrenzung von Zivil- und Strafgerichtsbarkeit keine Schwierigkeiten. Die Strafgerichte haben es in der Regel nur mit dem öffentlichen Strafanspruch des Staates zu tun. Wegen ein und desselben Vorgangs, z.B. einer Körperverletzung, wird der Täter, etwa nach § 223 StGB, von dem Strafgericht zu einer Geldstrafe verurteilt, die in die Staatskasse fließt, von dem Zivilgericht zu Schadensersatz nach § 823 BGB, der an den Verletzten zu leisten ist. Die Trennung der Verfahren ist dem Laien schwer verständlich, ebenso die Tatsache, dass der Zivilrichter trotz strafgerichtlicher Verurteilung die Schadensersatzklage abweisen kann. Das Letzte wird dadurch relativiert, dass die Parteien das Strafurteil im Zivilprozess als Beweismittel vorlegen können (§ 415, 417, 418; MünchKommZPO/Schreiber, § 417 Rdnr. 5, § 418 Rdnr. 6). Streitig ist eine Bindung des Strafrichters an Zivilurteile (dazu *Gaul*, Festschrift für Fasching, 1988, S. 157ff.). Soweit es sich um die Gestaltungswirkung (dazu Rdnr. 564) eines Urteils handelt, ist eine solche Bindung sicher zu bejahen. 14

### 2. Der Adhäsionsprozess

Der Verletzte oder dessen Erbe kann schon im Strafprozess (Adhäsionsprozess – §§ 403ff. StPO) einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn der Anspruch 15

noch nicht anderweit gerichtlich anhängig gemacht ist. Im Strafverfahren vor dem AG können nach § 403 I StPO auch solche aus der Straftat erwachsenden vermögensrechtlichen Ansprüche vom Verletzten geltend gemacht werden, die die amtsgerichtliche Streitwertgrenze überschreiten. Ob diese erweiterte Zuständigkeit des Strafgerichts den bisher in der Praxis ohne große Bedeutung gebliebenen Adhäsionsprozess wiederzubeleben vermag, bleibt jedoch zweifelhaft.

Einen spektakulären Fall gab es immerhin: Im Jahre 1976 wurde Richard Oetker entführt. Für seine Freilassung zahlte die Unternehmer-Familie Oetker ein Lösegeld von 21 Mio. DM. Im Strafprozess wurde der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren und zivilrechtlich zur Rückzahlung des Lösegeldes in Höhe von 21 Mio. DM verurteilt. Zu dem Fall <http://www.spiegel.de/sptv/reportage/a-166588/html>.

Die Entscheidung des Strafgerichts im Adhäsionsprozess bindet den Zivilrichter (§ 406 I 2 StPO i. V. m. § 318 ZPO). Wenn das Gericht dagegen von der zivilgerichtlichen Entscheidung absieht, weil z. B. der Angeklagte freigesprochen wird, besteht keine Bindung gemäß § 318 ZPO. Der Verletzte kann seinen Schadensersatzanspruch im Zivilprozess weiterverfolgen.

### 3. Zivilprozess und das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

- 16 a) Vor die ordentlichen Gerichte gehören nicht nur die Zivilprozesssachen, sondern auch die der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es handelt sich um ein besonderes gerichtliches Verfahren, das sich wesentlich vom Zivilprozess unterscheidet. Erste Instanz ist grundsätzlich das AG, das mitunter von Amts wegen tätig wird, das von Amts wegen den Sachverhalt erforscht, durch Beschluss entscheidet und seine Entscheidung abändern kann. Das einschlägige Verfahrensrecht findet sich im FamFG.

b) Eine begriffliche Abgrenzung beider Verfahren ist bisher nicht gelungen (*Habscheid*, FG, 8. Aufl. 1988, § 4). Eine Grenzziehung ist nur von der gesetzlichen Zuweisung her möglich. Zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören z. B. Betreuungssachen (§§ 271ff. FamFG), Nachlasssachen (§§ 372ff. FamFG, z. B. die Erteilung von Erbscheinen: §§ 2353ff. BGB), Registersachen (etwa Handelsregister, Genossenschaftsregister, § 374 FamFG; Grundbuchangelegenheiten nach der GBO).

## § 3 Die Rechtswegverweisung

**Literatur:** *Baur*, Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang, Festschrift für Fritz v. Hippel, 1967, S. 1; *Böttcher*, Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten, RdA 1960, 161, 164; *Gravenhorst*, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen, 1972 (dazu *Rimmelspacher*, Alternative und kumulative Gerichtszuständigkeit, AcP 174, 509); *Hoffmann*, ZZZ 107, 3; *Kissel*, Neues zur Gerichtsverfassung, NJW 1991, 945; *Krause*, Verfahrensrechtliche Probleme der Entscheidung über den Rechtsweg und der Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg, ZZZ 83, 289ff.; *Saure*, Die Rechtswegverweisung, 1971; *Schwab*, Zum Sachzusammenhang bei Rechtsweg- und Zuständigkeitsentscheidung, Festschrift für Zeuner,

1994, 499; *Windel*, Die Bedeutung der §§ 17 Abs. 2, 17a GVG für den Umfang der richterlichen Kognition und die Rechtswegzuständigkeit, ZZZP 111, 3.

■ Die Beklagte erwarb auf einer Auktion einen Handstempel zum Siegeln von Urkunden. Die Stadt Hamburg stellte fest, dass es sich hierbei um das Original des sog. IV. Hamburgischen Stadtsiegels aus dem 14. Jahrhundert handelte. Sie verlangt als Eigentümerin die Herausgabe des Siegels von der Beklagten.

Kann das angerufene LG den Rechtsstreit umfassend entscheiden? Vgl. § 17 II 1 GVG; zum Fall BGH NJW 1990, 899 und VG Köln, NJW 1991, 2584.

## I. Das Prinzip

Wegen der oft unsicheren Abgrenzung der einzelnen Gerichtszweige, insbesondere der ordentlichen Gerichtsbarkeit von der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Arbeitsgerichtsbarkeit, kann der Fall eintreten, dass jeder Gerichtszweig sich für zuständig oder für unzuständig hält. Dieser Konflikt soll vermieden werden, indem jede Gerichtsbarkeit über die Zulässigkeit des zu ihr beschrittenen Rechtswegs entscheidet und andere Gerichtsbarkeiten an diese Entscheidung gebunden sind (dazu §§ 17–17b GVG). Auf diese Normen verweisen die §§ 173 VwGO, 155 FGO, 48 ArbGG, 202 SGG. Die Regelung strebt neben der Vereinheitlichung auch eine möglichst frühe Entscheidung über Rechtswegstreitigkeiten an (vgl. *Kissel*, NJW 1991, 945 [947]).

## II. Fallgruppen

### 1. Zulässigkeit des Rechtswegs

Hält das Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für *zulässig*, so entscheidet es entweder zur Sache oder kann es von Amts wegen vorab die Zulässigkeit des Rechtswegs aussprechen (§ 17a III 1 GVG). Hat die Partei die Zulässigkeit des Rechtswegs gerügt, muss gem. § 17a III 2 GVG eine Vorabentscheidung erfolgen. Diese Vorabentscheidungen ergehen in Beschlussform und sind mit der sofortigen Beschwerde angreifbar (vgl. § 17a IV 1–3 GVG).

Hat das Gericht die Zulässigkeit des Rechtswegs durch (rechtskräftigen) Beschluss (§ 17a III, IV GVG) oder in den Gründen eines Sachurteils bejaht, so muss das Rechtsmittelgericht dies so hinnehmen (§ 17a V GVG). Dieser Einmaligkeit der Überprüfung kommt auch die in § 17 I 1 GVG geregelte *perpetuatio fori* (s. u. Rdnr. 347) entgegen: Es genügt, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs bei Rechtshängigkeit gegeben war; nachträgliche Umstände können sie nicht in Frage stellen. In diesen Rahmen passt ferner § 17 I 2 GVG, der es verbietet, die Sache anderweitig anhängig zu machen.

## 2. Unzulässigkeit des Rechtswegs

- 20 Bei der Unzulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs zeigt sich die eigentliche Bedeutung der §§ 17–17b GVG.
- a) Hält das angerufene Gericht den eingeschlagenen Rechtsweg für unzulässig, so entscheidet es durch Beschluss nach Anhörung der Parteien und verweist zugleich von Amts wegen an das zuständige Gericht (§ 17a II 1 GVG).
- Der Kläger kann, falls er nicht einverstanden ist, den Beschluss mit der sofortigen Beschwerde angreifen (§ 17a IV 3 GVG). Wenn er die Verweisung keinesfalls will, muss er die Klage zurücknehmen.
- 21 b) Der Verweisungsbeschluss bindet das Gericht, an das verwiesen wurde, hinsichtlich des Rechtswegs (§ 17a II 3 GVG). Das bedeutet, dass das Adressatgericht, selbst wenn es anderer Auffassung ist als das verweisende Gericht, nicht an dieses zurückverweisen darf (sog. *abdrängende Wirkung*). Eine Weiterverweisung in einen dritten Rechtsweg ist ebenfalls unzulässig. Die Verweisung hat damit auch *aufdrängende Wirkung*.
- 22 c) Die Vorschriften über Rechtswegentscheidung und -verweisung sind durch die §§ 17–17b GVG für alle Rechtswege einheitlich im Gerichtsverfassungsrecht geregelt. Darin spiegelt sich, dass gemäß Art. 95 GG alle Gerichtsbarkeiten und die entsprechenden Rechtswege untereinander gleichwertig sind.

## III. Verweisung bei mehrfach begründeter Klage?

### 1. Das Problem

- 23 Problematisch ist die geschilderte Rechtswegverweisung (o. Rdnr. 20), wenn die Klage auf mehrere materielle Anspruchsgrundlagen gestützt wird, wobei für jede eine andere Rechtswegzuständigkeit gegeben ist.

BAG NJW 1965, 1454: Die Hinterbliebenen eines Arbeitnehmers verlangen vom Arbeitgeber die Herausgabe der Versicherungssumme, die die Versicherungsgesellschaft an den Arbeitgeber ausbezahlt hatte. Sie begründen den Anspruch mit Verletzung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht (Arbeitsgericht zuständig), mit Geschäftsführung ohne Auftrag – §§ 681, 667 BGB – und ungerechtfertigter Bereicherung – § 816 II BGB – (ordentliches Gericht zuständig).

BAG NJW 1964, 1435: Der Kläger klagt seinen Tariflohn ein (Arbeitsgericht zuständig). Der Beklagte wendet ein, der Kläger sei kein Arbeitnehmer, sondern Gesellschafter. Stimmt das, so ist ein ordentliches Gericht zuständig.

Kann das Gericht nur über den materiellrechtlichen Anspruch entscheiden, der in seine Zuständigkeit fällt? Kann es wegen des anderen Anspruchs an die Nachbarggerichtsbarkeit verweisen oder muss es die Klage wegen dieses Anspruchs als unzulässig abweisen? Muss das Gericht im zuletzt geschilderten Fall über den Einwand des Beklagten Beweis erheben, um über seine Zuständigkeit entscheiden zu können?

## 2. Lösungsmöglichkeit

Gemäß § 17 II 1 GVG hat das Gericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Somit kann das angerufene Gericht auch über die Anspruchsgrundlagen befinden, für die eine fremde Rechtswegzuständigkeit gegeben ist. 24

Im *Eingangsfall* (vor Rdnr. 17) eröffnet § 17 II 1 GVG dem angerufenen Gericht eine umfassende Prüfungs- und Entscheidungskompetenz. Die Klägerin konnte ihren bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruch aus §§ 985, 1007 II BGB nicht mit Erfolg durchsetzen, weil die Beklagte das Siegel in der Versteigerung gemäß §§ 932, 935 II BGB gutgläubig erworben hatte. Die Klage war also insoweit unbegründet. Den daneben in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch prüft das LG hier aufgrund des § 17 II 1 GVG mit und entscheidet folglich über die rechtswegfremde Anspruchsgrundlage.

Zu unterscheiden ist jedoch zwischen gemischten Rechtsverhältnissen und dem Fall objektiver Klagenhäufung (§ 260). Im ersten Fall kann und muss das angerufene Gericht, das auch nur für einen der möglichen Klagegründe in seinem Rechtsweg zuständig ist, über die anderen, rechtswegfremden Klagegründe mitentscheiden. Werden dagegen zwei selbständige Ansprüche nur prozessual gemeinsam geltend gemacht – Fall der objektiven Klagenhäufung –, ist für jeden Anspruch die Zulässigkeit des Rechtswegs gesondert zu prüfen und über die eventuelle Verweisung zu entscheiden (*Kissel*, NJW 1991, 945 [951]; BGH NJW 1991, 1686).

## § 4 Grenzen der deutschen Gerichtsbarkeit

**Literatur:** *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010.

■ Der Bonner Botschafter des damaligen Kaiserreichs Iran beauftragte A mit der Reparatur der Heizungsanlage im Botschaftsgebäude. Von der Rechnung war noch ein Restbetrag offen. A klagte gegen das Kaiserreich auf Zahlung. Das AG verweigerte die Anberaumung eines Verhandlungstermins, weil ein ausländischer Staat eine Person sei, die nach anerkannten Regeln des Völkerrechts nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliege (§ 20 GVG; vgl. zum Fall BVerfGE 16, 27).

### I. Prinzip und Ausnahmen

Der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen grundsätzlich alle in Deutschland befindlichen Personen ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit (Territorialprinzip). Aus völkerrechtlichen Gesichtspunkten gelten jedoch Ausnahmen. Bestimmte Personen sind von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit (Exterritorialität): 25

1. Mitglieder der bei der Bundesrepublik Deutschland akkreditierten *diplomatischen* Vertretungen einschließlich ihrer Familienangehörigen und Hausangestellten (§ 18 GVG).

2. Mitglieder der *konsularischen* Vertretungen einschließlich der Wahlkonsularbeamten (§ 19 GVG).

3. Personen, die aufgrund allgemeiner Regeln des Völkerrechts von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit sind (§ 20 GVG). Dazu gehören vor allem die ausländischen Staaten, soweit sie sich hoheitlich betätigen. Werden sie privatrechtlich tätig, so unterliegen sie der deutschen Gerichtsbarkeit. Im *Eingangsfall* war also Verhandlungstermin anzuberaumen und die Klage zuzustellen (vgl. auch LG Frankfurt/M., NJW 1976, 1044).

Nach anerkannten Regeln des Völkerrechts sind von der deutschen Gerichtsbarkeit ferner ausgenommen ausländische Staatsoberhäupter und die bei einem dritten Staat beglaubigten diplomatischen Vertreter bei der Durchreise in Deutschland. Aufgrund von Staatsverträgen eximiert sind z.B. Vertreter der Mitgliedstaaten bei Organen der EU und Angehörige der NATO-Streitkräfte.

## II. Keine gerichtlichen Maßnahmen gegen Gerichtsbefreite

- 26 Die Exterritorialität bedeutet, dass sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf die genannten Personen erstreckt. D.h. im einzelnen: Klagen *gegen* sie sind unzulässig. Ist die Gerichtsbefreiung *offenkundig*, so darf kein Verhandlungstermin anberaumt werden (vgl. dazu das Verhalten des Amtsrichters im *Eingangsfall*). Ebenso unzulässig sind Zustellungen, Ladungen (auch an den Exterritorialen als Zeugen oder Sachverständigen) und Vollstreckungsakte. Ist die Gerichtsbefreiung *nicht evident*, so muss allerdings über diese Frage verhandelt werden. Das Gericht wird also Termin anberaumen, laden und zustellen. Kommt es nach mündlicher Verhandlung zum Ergebnis, dass die deutsche Gerichtsbarkeit fehlt, so weist es die Klage als unzulässig ab (dazu unten Rdnr. 255).

## III. Gerichtsbefreite als Angreifer

- 27 Gerichtsbefreite können jedoch Klage erheben. Unterliegen sie, so werden sie zur Tragung der Kosten (§§ 91ff.) verurteilt. Ebenso können gegen sie sog. Anhangs- und Widerspruchsprozesse nach §§ 323, 578ff., 767, 771 geführt werden, wenn sie selbst in der Rolle des Angreifers die deutsche Gerichtsbarkeit bemüht hatten.

## IV. Unterwerfung unter die deutsche Gerichtsbarkeit

- 28 Der Gerichtsbefreite kann generell durch Staatsvertrag der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen sein. Er kann sich auch durch einseitige formlose Erklärung der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen. Im Zweifel ist dem schlüssigen Verhalten des Exterritorialen eine solche Erklärung nicht zu entnehmen. Allein durch Klageerhebung unterwirft sich der Gerichtsbefreite im Zweifel nicht einer Widerklage. Man wird die Widerklage allenfalls für zulässig halten können, wenn sie, wie die oben III genannten

Anhangs- und Widerspruchsprozesse, ausschließlich Abwehrfunktion hat (str.; vgl. *Stein/Jonas/H. Roth*, §33 Rdnr.11).

## §5 Die internationale Zuständigkeit

**Literatur:** *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2011; *Coester-Waltjen*, Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen, Jura 2003, 320; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2005; *Grunsky*, Lex fori und Verfahrensrecht, ZZP 89, 241; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007; *T. Pfeiffer*, Materialisierung und Internationalisierung im Recht der Internationalen Zuständigkeit, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, 2000, S. 617; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010; *Schäuble/Kaltenbach*, Die Zuständigkeit deutscher Gerichte nach den Vorschriften der EuGVVO, JuS 2012, 131.

■ A klagt vor dem LG Mannheim auf Feststellung, dass der beklagten iranischen Staatsbahn kein Anspruch aus einer Bankgarantie gegen ihn zustehe. Die Beklagte wendet die Unzuständigkeit der deutschen Gerichte ein, weil die Parteien für Streitigkeiten zwischen ihnen die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts in Teheran vereinbart haben.

a) Wäre für den Rechtsstreit die deutsche internationale Zuständigkeit gegeben, wenn die Parteien keine entsprechende Vereinbarung getroffen hätten?

b) Können die Parteien eine andere internationale Zuständigkeit als ausschließliche begründen? Vgl. zum Fall BGHZ 49, 124.

### I. Deutsche Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit

Von der Frage der deutschen Gerichtsbarkeit i.S. der §§18ff. GVG ist die nach der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu trennen. Fehlt die Gerichtsbarkeit, so ist die Frage nach der internationalen Zuständigkeit illusorisch. Ist die Gerichtsbarkeit aber gegeben, so ist mit der Bejahung der Gerichtsbarkeit noch nichts darüber ausgesagt, ob deutsche oder ausländische Gerichte für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig sind. Letzteres ist das Problem der internationalen Zuständigkeit. 29

### II. Die Regelung der internationalen Zuständigkeit

Die ZPO regelt die internationale Zuständigkeit nicht ausdrücklich. Vorrangig zu beachten ist die seit dem 01.03. 2002 für alle Mitgliedstaaten der EU geltende Verordnung Nr. 44/2001 des Rates der Europäischen Union über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO). Die EuGVVO gilt 30

unmittelbar, also ohne vorherige Umsetzung in das jeweilige nationale Recht, und geht diesem grundsätzlich vor. Nach Art. 2 der EuGVVO sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates haben, vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Gegen Ausländer, die unter diese Regelung fallen, gilt daher auch nicht mehr § 23 ZPO. Einzelheiten bei *Schäuble/Kaltenbach*, JuS 2012, 131ff.

Im Übrigen ist die Frage der internationalen Zuständigkeit „nur mittelbar durch stillschweigende Verweisung auf die Vorschriften der §§ 12ff. ZPO über den Gerichtsstand geregelt“ (BGHZ 44, 46 [47]).

Die erste Frage des *Eingangsfalls* lässt sich also dahin beantworten, dass für den Rechtsstreit das LG Mannheim international zuständig gewesen wäre. Die Beklagte unterfällt nicht der EuGVVO und hat inländisches Vermögen im Bezirk des LG Mannheim, nämlich die Forderung aus der Garantiezusage gegen die Mannheimer Bank (§ 23 S. 2 ZPO).

Daraus ergibt sich, dass die deutsche internationale Zuständigkeit gegeben sein kann, wenn eine oder gar beide Parteien Ausländer sind. Ferner folgt aus der „stillschweigenden Verweisung“ auf die Regelung der örtlichen Zuständigkeit, dass die internationale im Rahmen der §§ 38ff. durch Vereinbarung begründet werden kann (vgl. § 38 II).

Im *Eingangsfalle* konnten also die Parteien die Zuständigkeit – auch die ausschließliche (BGHZ 49, 124 [126ff.]; vgl. ferner BGH ZPP 88, 318) – des Teheraner Gerichts begründen. Grundlegend *Gottwald*, Festschrift für Henckel, 1995, S. 295.

### III. Unterschied zwischen örtlicher und internationaler Zuständigkeit

- 31 Trotz der regelmäßig gegebenen Kongruenz von örtlicher und internationaler Zuständigkeit handelt es sich um verschiedene Begriffe. Sind die deutschen Gerichte international zuständig, so bleibt zu fragen, welches von ihnen entscheiden kann. Dies ergibt sich aus der Regelung der (sachlichen und) örtlichen Zuständigkeit. Die internationale Zuständigkeit deckt sich auch nicht mit der örtlichen, soweit es sich um den Ausschluss von Berufung und Revision wegen Verkennung der örtlichen Zuständigkeit (§§ 513 II, 545 II) handelt. Berufung und Revision können – wie der große Senat für Zivilsachen in vorbildlicher Interpretation dargelegt hat (BGHZ 44, 46; seither ständ. Rspr. [vgl. zuletzt BGH NJW 2003, 426]) – darauf gestützt werden, dass ein Gericht zu Unrecht seine internationale Zuständigkeit angenommen hat.

#### IV. Anwendbares Verfahrensrecht bei Prozessen mit Auslandsbeziehung

Ist ein deutsches Gericht international zuständig, wird der Rechtsstreit grds. nach deutschem Prozessrecht entschieden (lex fori), auch wenn nach internationalem Privatrecht ausländisches materielles Recht anzuwenden ist (ausf. dazu *C. Schreiber*, Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers im internationalen Zivilrechtsverkehr, 2008, S. 72ff.) 32

#### V. Die internationale Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung

Fehlt es an der internationalen Zuständigkeit, so wird die Klage ohne Sachentscheidung als unzulässig abgewiesen. Es mangelt an einer Prozessvoraussetzung (vgl. BGHZ 44, 46 [47/48]). Erlässt das Gericht dennoch ein Sachurteil, so ist dieses wirksam, aber anfechtbar. Die §§ 513 II, 545 II gelten für die internationale Zuständigkeit nicht. 33

#### VI. Anerkennung ausländischer Entscheidungen

Die internationale Zuständigkeit spielt bei Prozessen mit Auslandsbeziehungen auch dann eine Rolle, wenn es sich um die Frage handelt, ob ausländische Urteile im Inland anerkannt werden, ob mit anderen Worten ausländische Gerichte nach deutschem Recht international zuständig sind (vgl. dazu § 328 I Nr. 1 und unten Rdnr. 568). 34

### § 6 Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit

■ A soll als Zeuge vor dem LG vernommen werden. Er ist erleichtert, dass die Vernehmung nur von einem Richter durchgeführt wird, obwohl – wie er weiß – die Zivilkammer des LG aus 3 Richtern besteht. Geht das mit rechten Dingen zu?

#### I. Gliederung

Der Zivilprozess wird vor der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit ausgetragen. Sie wird ausgeübt durch AG, LG, OLG (das Kammergericht ist das Berliner OLG) und den BGH (§ 12 GVG). 35

#### II. Bezeichnung und Besetzung der Spruchkörper

Beim AG entscheidet in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ein Richter als Einzelrichter (§ 22 IV GVG). Bei den anderen Gerichten bilden mehrere Rich- 36

ter ein Entscheidungsgremium (Spruchkörper). Es heißt beim LG *Kammer*, beim OLG und BGH *Senat*. Die Zivilkammer des LG ist mit drei Berufsrichtern besetzt (§ 75 GVG), die bei Bedarf beim LG eingerichtete Kammer für Handelssachen (§ 93 GVG) mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richtern (§ 105 GVG). Die Senate des OLG sind mit drei Berufsrichtern (§ 122 GVG), die des BGH mit 5 Berufsrichtern besetzt (§ 139 GVG). Daneben besteht beim BGH der Große Senat für Zivilsachen (§ 132 GVG). Er entscheidet u. a. bei abweichenden Ansichten zweier Zivilsenate des BGH (§ 132 II GVG). Zu den Vereinigten Großen Senaten vgl. § 132 I, II GVG.

### III. Der Vorsitzende

- 37 Bei den Kollegialgerichten bedürfen die selbständigen Befugnisse des Vorsitzenden besonderer Beachtung. Er setzt den Termin an (§ 216 II), bereitet die mündliche Verhandlung vor und führt sie (§§ 136, 273 II), leitet Beratung und Abstimmung (§ 194 GVG), verkündet die Entscheidung (§ 136 IV) und übt die Sitzungspolizei aus (§ 176 GVG). Der Vorsitzende einer Kammer kann nur ein Richter auf Lebenszeit sein (§ 28 II DRiG).

### IV. Die Willensbildung des Kollegiums

- 38 Die Willensbildung des Kollegiums erfolgt durch geheime Beratung und geheime Abstimmung (vgl. dazu §§ 192ff. GVG). Bei der Abstimmung hat die Stimme jedes Beisitzers das gleiche Gewicht wie die Stimme des Vorsitzenden. Ob man generell einem überstimmten Richter wie beim BVerfG (§ 30 II BVerfGG) die Kundgabe seiner abweichenden Meinung gestatten soll (dissenting opinion), ist eine alte Streitfrage. Vgl. dazu *Zweigert*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, Teil D.

### V. Einzelrichter, beauftragter und ersuchter Richter

- 39 Nach §§ 75, 122 I GVG i. V. m. §§ 348, 526, 527 ZPO tritt beim LG und OLG ein *Einzelrichter* an die Stelle des Kollegiums.

Vom Einzelrichter ist der *beauftragte Richter* zu unterscheiden. Er ist Mitglied des Kollegiums und kann für das Gericht Beweise erheben (§§ 355 I 2, 372 II, 375 Ia, 479). Er repräsentiert im Gegensatz zum Einzelrichter aber nicht das Prozessgericht, sondern ist auf die Erledigung der ihm zugewiesenen Aufgaben beschränkt.

Die Beweisaufnahme kann auch einem anderen Gericht übertragen werden (§ 355 I 2). Dieses andere Gericht ist stets das AG, das im Rahmen der Rechtshilfe tätig wird (§§ 156ff. GVG). Man spricht dann vom *ersuchten Richter*.

Im *Eingangsfall* hält sich die Beweisaufnahme also im Rahmen des geltenden Rechts.

## §7 Der Richter

**Literatur:** *Grimm*, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1972; *Papier*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, 1089; *Wagner*, Der Richter, 1959; *Windel*, Soll am Laienrichterwesen festgehalten werden?, ZZP 112, 293.

### I. Berufsrichter

Die Richter sind entweder Berufsrichter oder ehrenamtliche Richter (§ 1 DRiG). Berufsrichter kann nur sein, wer die Befähigung zum Richteramt besitzt. Sie wird erworben durch Ablegung zweier Staatsprüfungen (§ 5 I DRiG): Referendar- und Assessor-examen. 40

### II. Ehrenamtliche Richter

Das GVG kennt für Zivilprozesssachen ehrenamtliche Richter nur bei den Kammern für Handelssachen, die bei den Landgerichten gebildet sind. Sie sind besetzt mit einem auf Lebenszeit ernannten Berufsrichter und zwei Handelsrichtern als ehrenamtlichen Richtern (§§ 105 I GVG, 45a DRiG). 41

Daneben fungieren ehrenamtliche Richter namentlich in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Bei Arbeitsgerichten, Landesarbeitsgerichten und beim Bundesarbeitsgericht sind sog. Arbeitsrichter (ehrenamtliche Richter) als Beisitzer tätig (§§ 16, 35, 37, 41, 43 ArbGG). Sie werden für die Dauer von 5 Jahren für die Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte von der obersten Arbeitsbehörde des Landes, für das Bundesarbeitsgericht vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales paritätisch aus Kreisen der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände berufen (§§ 20, 37, 43 ArbGG).

### III. Die richterliche Unabhängigkeit

„Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ (Art. 97 I GG, §§ 1 GVG, 25, 45 DRiG). Die Unabhängigkeit bedeutet in *sachlicher Hinsicht* die Freiheit der richterlichen Tätigkeit von jedweder Weisung und zugleich das Verbot, solche Weisungen auszusprechen. Auch einer Dienstaufsicht untersteht der Richter nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird (§ 26 I DRiG). Der Richter kann gegen eine solche Beeinträchtigung das Dienstgericht anrufen (§ 26 III DRiG; Beispiele: BGHZ 46, 147; 47, 275; 51, 280; 90, 41; BGH NJW 1987, 1197; 1987, 2441; 1988, 421). In *persönlicher Hinsicht* wird die Unabhängigkeit garantiert durch die Ernennung auf Lebenszeit und die grundsätzliche Unabsetzbarkeit (Art. 97 II GG). Abgesetzt und versetzt werden kann ein Richter gegen seinen Willen nur in gesetzlich bestimmten Formen und Konstellationen (§ 30 I Nr. 1–4 DRiG) und regelmäßig nur durch gerichtliche Entscheidung (§ 30 II DRiG). 42

Den nicht auf Lebenszeit, sondern auf Probe angestellten Richtern fehlt die volle persönliche Unabhängigkeit, wie sie auf Lebenszeit angestellten Richtern zukommt. Das DRiG trägt dem Rechnung, wenn es bestimmt, dass nicht mehr als ein Richter auf Probe bei einer gerichtlichen Entscheidung mitwirken darf (§ 29 DRiG). Wird der Richter auf Probe nicht vorher entlassen (dazu § 22 DRiG), ist spätestens nach fünf Jahren seine Ernennung zum Richter auf Lebenszeit vorzunehmen (§ 12 II DRiG). In sachlicher Hinsicht ist dagegen die Weisungsunabhängigkeit des Richters auf Probe wenigstens formell voll gewährleistet (§ 26 DRiG).

Der Sache nach bleibt jedoch jede erstrebte Ernennung und Beförderung (auch die der auf Lebenszeit angestellten Richter) eine schwere Hypothek für die Unabhängigkeit (vgl. BVerfGE 12, 81 [97]). Im Übrigen ist der Richter, ebenso wie jeder andere Bürger, nach Herkunft und Bildung den Einflüssen seiner sozialen Umwelt ausgesetzt und insofern nicht unabhängig. Er lebt nicht in einem Elfenbeinturm (*Zweigert*, aaO; o. Rdnr. 38). Neutraler und damit geeigneter Richter bleibt er so lange, bis Zweifel an seiner Unparteilichkeit aufkommen. Dazu unten Rdnr. 46ff.

#### IV. Die Bindung des Richters

- 43 Bindung des Richters an Gesetz (Art. 97 I GG) und Recht (Art. 20 III GG) besagt, dass der Richter geschriebenes Recht und Gewohnheitsrecht anzuwenden hat, ohne formell *Präjudizien* beachten zu müssen. Er kann also durchaus von einer Rechtsansicht des BGH abweichen, es sei denn, sie habe sich bereits zu Gewohnheitsrecht verdichtet.

In Wirklichkeit ist jedoch die psychologische Bindung des Richters an einschlägige höchstrichterliche Judikatur nicht zu leugnen (vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990). Im Übrigen vollzieht sich die Rechtsanwendung bei Generalklauseln (etwa bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig i. S. v. § 138 BGB sei oder jemand arglistig handelt) in Form der Fallvergleiche, also der Präjudizienbeachtung, wenn der Richter nicht nach dem Maßstab judizieren will: sittenwidrig, arglistig usw. i. S. einer Rechtsnorm ist, was *ich* für sittenwidrig, arglistig usw. halte (dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 288ff.).

Ausnahmsweise sind auch kraft Gesetzes mancherlei Bindungen vorgesehen, so z.B. bei Verweisungsbeschlüssen i. S. d. § 281, bei der oben Rdnr. 20, 21 behandelten Rechtswegverweisung, bei Zurückverweisung durch das Revisionsgericht (§ 563 II), bei Entscheidungen des BVerfG (§ 31 BVerfGG) und bei der rechtskräftigen Vorentscheidung (dazu unten Rdnr. 561ff.). Wird der Große Senat angerufen, weil ein Senat von der Auffassung eines anderen abweichen will (§ 132 II GVG) oder eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung bei der Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. besteht (§ 132 IV GVG), entscheidet jener über die Rechtsfrage mit bindender Wirkung für den vorliegenden Senat (§ 138 I 3 GVG).

## V. Das richterliche Prüfungsrecht

Eng zusammen mit der Bindung des Richters an das Gesetz hängt die Frage, wie der Richter sich zu verhalten hat, wenn er ein entscheidungserhebliches Gesetz für verfassungswidrig hält. Verlangt die Rechtsordnung hier Gehorsam gegenüber Gesetzen, von deren Verfassungswidrigkeit das Gericht überzeugt ist? 44

Nach Art. 100 GG ist der Richter zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen verpflichtet. Hält er das Gesetz für verfassungswidrig, so hat er das Verfahren auszusetzen und – wenn es sich um die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes handelt – die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Landesgesetzes in Frage steht, die Entscheidung des entsprechenden Verfassungsgerichtshofes des Landes. Das gilt nach der restriktiven Interpretation, die das BVerfG dem Art. 100 GG gegeben hat (BVerfGE 2, 124 [128ff.]), wenn es um *nachkonstitutionelle* Gesetze geht. Nachkonstitutionell sind nicht nur Gesetze, die erst nach dem 23.5. 1949 (Art. 145 II GG) in Kraft getreten sind, sondern auch Gesetze, die aufgrund des VereinHG vom 12.9. 1950 voll inhaltlich neu beschlossen worden sind (insbes. ZPO, GVG: BVerfGE 5, 13 [16]; 35, 41 [45]).

Über *vorkonstitutionelles* Recht muss das Gericht selbst entscheiden. Das gilt ebenfalls bei Rechtsnormen, die im Rang unter formellen Gesetzen stehen, wie Rechtsverordnungen oder Satzungen.

Von besonderer Bedeutung für die innerstaatliche Rechtsordnung sind die Vorabentscheidungen des EuGH nach Art. 267 AEUV. Instanzgerichte können, Revisionsgerichte müssen nach Art. 267 AEUV dem EuGH Fragen zur Gültigkeit und Auslegung des Gemeinschaftsrechtes vorlegen. Voraussetzung dafür sind berechtigte Zweifel des deutschen Gerichts hinsichtlich der Gültigkeit oder Auslegung des Gemeinschaftsrechts sowie die Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage für das Ausgangsverfahren. Die Entscheidung des EuGH ist für das vorlegende Gericht bindend. Wird diese Vorlagepflicht verletzt, so kommt eine Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG in Frage (BVerfG NJW 1988, 2173).

## § 8 Ausschließung und Ablehnung des Richters

**Literatur:** *Gerdes*, Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund von Meinungsäußerungen des Richters, 1992; *Gloede*, Missbräuchliche Ablehnungsgesuche im Zivilprozess, NJW 1972, 2067; *Günther*, Unzulässige Ablehnungsgesuche und ihre Bescheidung, NJW 1986, 281; *E. Peters*, Richter entscheiden über Richter – ein Problem der Befangenheitsablehnung, Festschrift für Lüke, 1997, S. 603; *E. Schneider*, Erfolgreiche Richterablehnungen im Zivilprozess, NJW 1996, 2285; *ders.*, Befangenheitsablehnung des Richters im Zivilprozess, 3. Aufl. 2008; *K. Schreiber*, Ausschließung und Ablehnung des Richters im Zivilprozess, JURA 2011, 745; *Teplitzky*, Probleme der Richterablehnung wegen Befangenheit, NJW 1962, 2044; *ders.*, Die Richterablehnung wegen Befangenheit, JuS 1969, 318; *G. Vollkommer*, Der ablehnbare Richter, 2001.

■ Ein Richter ruft den Prozessbevollmächtigten des Beklagten an und rät ihm, die Berufung zurückzunehmen, da sie keine Aussicht auf Erfolg habe. Der Beklagte lehnt daraufhin den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit ab (§ 42). Ist das Ablehnungsgesuch begründet? Vgl. OLG Oldenburg, NJW 1963, 451.

- 45 Die Vorschriften über Ausschluss und Ablehnung des Richters dienen dem Interesse am unparteilichen Richter. Gewisse abschließend aufgezählte Gründe, welche die Unparteilichkeit in besonders gravierender Weise in Frage stellen, führen zur *Ausschließung* kraft Gesetzes (§ 41 Nr. 1–8). Liegen solche Gründe vor, so kann aber auch die Partei die Initiative ergreifen und den Richter ablehnen. Auf die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Vorschriften über die Ausschließung kann nicht verzichtet werden (OLG Frankfurt/M., NJW 1976, 1545). Das gleiche Recht hat die Partei, wenn aus anderen Gründen die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt ist (§ 42).

Das Recht, einen Richter abzulehnen, gehört zu den wesentlichen Bestandteilen eines rechtsstaatlichen Verfahrens.

### I. Die Ausschließungsgründe

- 46 Der Richter ist ausgeschlossen:

1. wenn er selbst Partei ist oder zu ihr im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht (§ 41 Nr. 1: Niemand soll Richter in eigener Sache sein),
2. wenn er mit einer Partei verheiratet oder mit ihr in bestimmtem Grade verwandt oder verschwägert oder als Lebenspartner verbunden ist oder war (§ 41 Nr. 2, 2a u. 3),
3. wenn er Prozessbevollmächtigter, Beistand oder gesetzlicher Vertreter einer Partei ist oder war (§ 41 Nr. 4),
4. wenn er im Prozess als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist (§ 41 Nr. 5),
5. wenn er in der Vorinstanz bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat; für die höhere Instanz darf er allerdings als beauftragter oder ersuchter Richter tätig sein (§ 41 Nr. 6),
6. wenn er bereits früher an der Sache als Richter mitgewirkt hat, und zwar
  - als (Schieds-) Richter vorbefasst war (§ 41 Nr. 7)
  - als Richter in einem überlangen Verfahren tätig war, wegen dessen Dauer nun Entschädigung verlangt wird (§ 41 Nr. 8; vgl. dazu das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24. 11. 2011, BGBl. I Nr. 60, 2302)
  - in einem Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung (§ 41 Nr. 8; vgl. dazu das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. 7. 2012, BGBl. I Nr. 35, 1577, und u. Rn. 210).

## II. Die Wirkung der Ausschließung

Der ausgeschlossene Richter hat sich jeder Mitwirkung im Prozess zu enthalten. An seine Stelle tritt sein Vertreter, den die Geschäftsverteilung bestimmt. Hat der ausgeschlossene Richter Prozesshandlungen vorgenommen, so kann der Vertreter, bzw. das Kollegialgericht unter Mitwirkung des Vertreters, sie wiederholen. Ist das nicht möglich, etwa weil die Instanz beendet ist, so haben Berufung und Revision (§§ 538 II Nr. 1, 547 Nr. 2) sowie nach Rechtskraft die Nichtigkeitsklage (§ 579 I Nr. 2) Erfolg. 47

Prozesshandlungen einer Partei, etwa die Klagerücknahme (§ 269), sind nicht deshalb unwirksam, weil sie vor einem ausgeschlossenen Richter vorgenommen werden.

## III. Ablehnungsgründe

Die eben genannten Ausschließungsgründe berechtigen jede Partei auch zur Ablehnung des Richters (§ 42 I). Bedeutsamer ist jedoch die Ablehnung des Richters (nicht des Gerichts: BGH NJW 1974, 55) wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 42 II). Das Gesetz versucht diesen unbestimmten Rechtsbegriff durch einen anderen zu erläutern, indem es in § 42 II bestimmt, dass Besorgnis der Befangenheit gegeben ist, „wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“. 48

Welche Gründe das sind, zeigt erst eine Flucht aus der Generalklausel in die konkreten *Beispiele*: Aufwändige Bewirtung eines Richters beim Lokaltermin (SchlH OLG, SchlHA 1956, 186); persönliche Differenzen zwischen Anwalt und Richter (LG Aachen, MDR 1964, 422); Mitnahme des Richters zum Beweistermin im Wagen des Anwalts (LG Kassel, NJW 1956, 1761; OLG Frankfurt, NJW 1960, 1622); unsachliche Randbemerkungen in den Akten (OVG Koblenz, NJW 1959, 906); formlose Ortsbesichtigung mit Zeugen einer Partei (LG Berlin, MDR 1952, 558). Kein Grund i. S. des § 42 II soll vorliegen, wenn der Richter derselben politischen Partei (BVerfGE 11, 1 [3]; OLG Koblenz, NJW 1969, 1177) oder demselben Altherrenverband (OLG Bamberg, BayJMBL. 1953, 156) angehört wie eine der Parteien. Freilich entscheiden stets die Umstände des Einzelfalls. Für Großzügigkeit bei der Bejahung des Ablehnungsgrundes plädiert *Teplitzky*, NJW 1962, 2044; dagegen *Wassermann*, NJW 1963, 429. 49

Für den *Eingangsfall* lässt sich Folgendes sagen: Rechtsbelehrungen an eine Partei sind kein Grund, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen, soweit sie sich im Rahmen der richterlichen Pflicht halten, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erörtern (§ 139 I 1). Auch ein Hinweis auf den Ablauf der Verjährungsfrist soll korrekt sein (OLG Hamburg, MDR 1984, 945; *E. Schneider*, MDR 1979, 974; *Hermisson*, NJW 1985, 2558; kritisch *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag, 1982, S. 223ff.; *Prütting*, NJW 1980, 361 [364]; a. A. auch OLG Bremen, NJW 1986, 999; dazu u. Rdnr. 192). Anders ist es jedoch, wenn der Richter außerhalb des Termins allein einer Partei oder ihrem Prozessbevollmächtigten einen Rat erteilt, etwa ein Rechtsmittel zurückzunehmen,

oder den Sachvortrag einer Partei als „Unsinn“ bezeichnet (LSG NRW, NJW 2003, 2933).

#### IV. Das Ablehnungsverfahren

- 50 Die Ablehnung des Richters erfolgt durch Gesuch der Partei (§ 44 I); auch die Selbstablehnung des Richters ist nach § 48 möglich (vgl. BVerfG NJW 2000, 2808). Im Gesuch ist der Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen (§ 44 II). Die Ablehnung wegen Befangenheit ist ausgeschlossen, wenn die Partei den Ablehnungsgrund gekannt und sich trotzdem rügelos in die Verhandlung vor dem betreffenden Richter eingelassen hat (§ 43). Anders ist das beim unverzichtbaren Ausschließungsgrund. Dazu oben Rdnr. 45.

Wird der Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet ein anderer Richter des Amtsgerichts über das Gesuch (§ 45 II 1), wird der Richter eines Kollegiums abgelehnt, so entscheidet i.d.R. das Kollegium (§ 45 I). Die Entscheidung ergeht, nachdem sich der abgelehnte Richter dienstlich geäußert hat (§ 44 III), ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss (§ 46 I). Wird dem Ablehnungsgesuch stattgegeben, so wird der abgelehnte Richter wie ein ausgeschlossener behandelt (§§ 547 Nr. 3, 579 I Nr. 3). Ist über das Gesuch noch nicht entschieden, so darf der abgelehnte Richter nur solche Handlungen vornehmen, die keinen Aufschub gestatten (§ 47), etwa eine Beweisaufnahme.

Die dem Gesuch stattgebende Entscheidung ist unanfechtbar. Gegen den Beschluss, der das Gesuch als unzulässig verwirft oder als unbegründet zurückweist, findet sofortige Beschwerde statt (vgl. § 46 II).

#### V. Missbräuchliche Ablehnungsgesuche

- 51 Typisch für den Missbrauch des Ablehnungsrechts ist das Fehlen sachlicher Gründe oder die wiederholte Ablehnung wegen desselben Grundes. Die Partei erstrebt in der Regel eine Prozessverschleppung. Ist das Gesuch *offenbar* missbräuchlich, so kann das Gericht es als unbeachtlich übergehen (vgl. RG WarnRspr. 1929 Nr. 105; BVerfGE 11, 1 [3]; BVerwG NJW 1988, 722; *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 179ff.; a.A. *Gloede*, NJW 1972, 2067 [2070]; vgl. auch die Zusammenfassung bei *Günther*, NJW 1986, 281ff.).

#### § 9 Andere Organe der ordentlichen Streitigen Zivilgerichtsbarkeit

Mit dem Betrieb des Zivilprozesses sind außer dem Richter noch der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, der Rechtspfleger, der Gerichtsvollzieher und der Rechtsanwalt befasst.

## I. Der Urkundsbeamte

Die bei jedem Gericht eingerichteten *Geschäftsstellen* sind mit *Urkundsbeamten* besetzt (§ 153 GVG). Der Urkundsbeamte führt das Sitzungsprotokoll (§§ 159ff.), nimmt eine etwa mündlich beim AG eingereichte Klage zu Protokoll (§ 496), veranlasst Ladungen und Zustellungen im Amtsbetrieb (§ 168), vermittelt Aufträge an den Gerichtsvollzieher (§§ 168 I, 192 III, 753 II) und ist für die Aktenführung verantwortlich. 52

Gegen Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (UdG) ist Erinnerung an das Gericht statthaft, dem er angehört (§ 573). Über Ausschluss und Ablehnung vgl. § 49.

## II. Der Rechtspfleger

**Literatur:** *Riedel*, Rechtspflegergesetz und Handbuch des Rechtspflegers, 5. Aufl., seit 1982; *M. Wolf*, Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren, ZZZ 99, 361; *Tams*, Der Rechtspfleger als Richter i.S.d. Grundgesetzes, Rpfleger 2007, 581.

Zur Entlastung des Richters von Geschäften, die keine spezifisch richterliche Tätigkeit darstellen (diese ist nämlich nach Art. 92 GG dem Richter vorbehalten), ist vielfach der Rechtspfleger tätig. Er ist Beamter, der nach 3-jährigem Vorbereitungsdienst die Rechtspflegerprüfung abgelegt hat (§ 2 RPflG). Seine Aufgaben liegen vornehmlich auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 3 I Nr. 1 u. 2 RPflG). Im Zivilprozess sind ihm insbesondere folgende Aufgaben übertragen (vgl. den Katalog des § 20 RPflG): Das Mahnverfahren (§§ 688ff.) mit Ausnahme des Streitverfahrens (§ 20 Nr. 1 RPflG), die Entscheidung über die Rückgabe von Sicherheiten (§ 20 Nr. 3 RPflG), die Durchführung der Prozesskostenhilfe in den Fällen des § 20 Nr. 4 u. 5 RPflG. Er setzt auch die Höhe der Kosten nach §§ 103ff. ZPO fest, ebenso die Vergütung des Anwalts nach § 11 RVG (§ 21 Nr. 1 u. 2 RPflG). 53

## III. Der Gerichtsvollzieher

**Literatur:** *Hess*, Die Reform des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2007.

Der Gerichtsvollzieher ist vorwiegend in der Zwangsvollstreckung tätig (§ 753 I). Erwähnenswert ist noch, dass der Gerichtsvollzieher nach § 380 II einen Zeugen zwangsweise vorführen kann. Zur Ausschließung des Gerichtsvollziehers vgl. § 155 GVG. 54

## IV. Der Rechtsanwalt

**Literatur:** *Ahrens, Henssler, de Lousanoff*, Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZZ 115, 281, 321, 357; *Hartung/Römermann*, Anwaltliche Berufsordnung, 4. Aufl. 2008; *Jaeger*, Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, NJW 2004, 1; *Stürner/Bor-*

*mann*, Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe?, NJW 2004, 1481; *M. Vollkommer*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, 1984.

### 1. Rechtsstellung und Zulassung

- 55 Im Zivilprozess ist im Verfahren vor dem LG, OLG und dem BGH die Vertretung durch Anwälte erforderlich (§ 78). Der Rechtsanwalt ist unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und übt einen freien Beruf aus (§ 2 BRAO). Zugang zum Beruf des Anwalts und seine Ausübung stehen jedoch unter mannigfachen gesetzlichen Kautelen: Der Anwalt bedarf der Zulassung (§§ 6ff. BRAO), welche die Befähigung zum Richteramt voraussetzt (§ 4 BRAO). Die Zulassung darf nur aus gesetzlich normierten Gründen versagt werden (§§ 6, 7 BRAO). Eine Bedürfnisprüfung findet nicht statt. Man spricht vom Grundsatz der freien Advokatur. Eine Zulassung ausschließlich für ein Gericht gibt es nur noch beim BGH (dazu §§ 164ff. BRAO), nicht mehr bei den anderen Zivilgerichten.

### 2. Die Anwaltsgerichtsbarkeit

- 56 Den Anwalt treffen Dienstpflichten, die seiner Stellung als unabhängigem Organ der Rechtspflege entsprechen und über die vertraglich übernommene Pflichten gegenüber dem Mandanten hinausgehen (§ 43 BRAO). Der Bestrafung von Pflichtverletzungen dient die Anwaltsgerichtsbarkeit (§ 113 BRAO). Erste Instanz ist das Anwaltsgericht (§§ 92, 119 BRAO), zweite Instanz der Anwaltsgerichtshof beim OLG (§§ 100, 142 BRAO), dritte Instanz der Senat für Anwaltssachen beim BGH (§§ 106, 145 BRAO).

### 3. Das Verhältnis zur Partei

- 57 Für das Verhältnis Anwalt – Mandant gilt Dienstvertragsrecht. Geschuldet wird in der Regel eine Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB, nicht ein Erfolg, so dass ein Werkvertrag im Allgemeinen ausscheidet (BGH NJW 1965, 106 [dort auch zu Ausnahmen]). Für schuldhaftige Pflichtverletzungen gegenüber dem Mandanten, auch für solche seiner Angestellten (§ 278 BGB), haftet der Anwalt nach § 280 I BGB (positive Vertragsverletzung). Auf solche Ersatzansprüche muss er seinen Mandanten hinweisen, andernfalls wäre es rechtsmissbräuchlich, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen (BGH NJW 1988, 266).
- 58 Der Anwalt ist – außer in den Fällen des § 48 BRAO – nicht verpflichtet, den Auftrag einer Partei anzunehmen; er muss ihn sogar aus den in § 45 BRAO genannten Gründen ablehnen. Als Entgelt für die geleisteten Dienste stehen dem Anwalt Gebühren nach Maßgabe des RVG zu (vgl. dazu unten Rdnr. 799ff.), jedoch kann aufgrund einer besonderen schriftlichen Vereinbarung eine höhere Vergütung geschuldet sein (§ 3a RVG). Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ist in den Grenzen des § 4a RVG zulässig.

## § 10 Rechtshilfe

**Literatur:** *Nagel*, Nationale und internationale Rechtshilfe im Zivilprozess, 1971.

■ Das AG Mainz ersucht das AG Bochum um Vernehmung eines in Bochum wohnhaften Zeugen. Das AG Bochum lehnt das Ersuchen ab, weil es mit Arbeit ohnehin schon überlastet sei. Zulässig?

### I. Das Rechtshilfeersuchen

Ein Gericht darf Amtshandlungen, etwa eine Beweisaufnahme, außerhalb seines Bezirks grundsätzlich nicht vornehmen (Ausnahmen: §§ 160, 166 GVG). Es ersucht in einem solchen Fall das AG, in dessen Bezirk die Amtshandlung vorgenommen werden soll, um Rechtshilfe (§ 157 GVG). Der Amtsrichter *muss* diesem Ersuchen entsprechen, wenn es von einem im Rechtszuge übergeordneten Gericht ausgeht. Ist das nicht der Fall, so ist das Ersuchen abzulehnen, wenn die vorzunehmende Handlung verboten ist; ist das ersuchte Gericht örtlich nicht zuständig, liegt etwa das Augenscheinsobjekt außerhalb seines Gerichtsbezirks, so wird das Ersuchen an das zuständige AG abgegeben (§ 158 II 2 GVG). **59**

Das Rechtshilfeersuchen im *Eingangsfall* durfte mit der genannten Begründung also nicht abgelehnt werden. Die Ablehnung wäre zulässig gewesen, wenn etwa die zu vernehmende Person Partei gewesen wäre. Da eine Partei nicht als Zeuge vernommen werden darf, wäre die vorzunehmende Handlung verboten i. S. des § 158 II 1 GVG. **60**

### II. Rechtshilfe und Amtshilfe

Von der Rechtshilfe ist die *Amtshilfe* (Art. 35 I GG) zu trennen. Um Amtshilfe handelt es sich, wenn die ersuchende Behörde die gewünschte Amtshandlung auch bei unterstellter örtlicher Zuständigkeit nicht selbst vornehmen könnte. Beispiel für Amtshilfe: § 789. Für die Amtshilfe gelten nicht die §§ 156ff. GVG. **61**

### III. Rechtshilfe gegenüber dem Ausland

Nach dem Territorialitätsprinzip (oben Rdnr. 25) beschränkt sich die Gerichtsbarkeit auf das eigene Staatsgebiet. Sollen gerichtliche Handlungen im Ausland vorgenommen werden, z. B. Zustellungen, Vernehmungen von Zeugen (§§ 364, 369), so muss der fremde Staat um *Rechtshilfe* ersucht werden. Der Rechtshilfeverkehr kann sich unmittelbar zwischen dem Prozessgericht und der Behörde des ersuchten Staates oder auf konsularischem Wege abwickeln. Die Gewährung von Rechtshilfe ist Gefälligkeitsakt, soweit nicht Staatsverträge bestehen, welche zur Rechtshilfe verpflichten. **62**