

**Stein/Jonas**

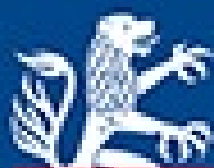
**Kommentar zur  
Zivilprozessordnung**

**23. Auflage**

**Band 1**

**Einleitung**

**§§ 1–77**



**Mohr Siebeck**

Stein/Jonas

Kommentar zur

# Zivilprozessordnung

23. Auflage

herausgegeben von

Reinhard Bork und Herbert Roth

Band 1

Einleitung  
§§ 1–77

Mohr Siebeck

## **Bearbeiter**

Prof. Dr. jur. CHRISTOPH ALTHAMMER, Freiburg i. Br.  
Prof. Dr. jur. KLAUS BARTELS, Bremen  
Prof. Dr. jur. CHRISTIAN BERGER, Leipzig  
Prof. Dr. jur. REINHARD BORK, Hamburg  
Prof. Dr. jur. WOLFGANG BREHM, Bayreuth  
Prof. Dr. jur. TANJA DOMEJ, Zürich  
Prof. Dr. jur. MATTHIAS JACOBS, Hamburg  
Prof. Dr. jur. FLORIAN JACOBY, Bielefeld  
Prof. Dr. jur. OLAF MUTHORST, Hamburg  
Prof. Dr. jur. PAUL OBERHAMMER, Wien  
Prof. Dr. jur. HERBERT ROTH, Regensburg  
Prof. Dr. jur. PETER SCHLOSSER, München  
Prof. Dr. jur. CHRISTOPH THOLE, Tübingen  
Prof. Dr. jur. GERHARD WAGNER, Berlin  
Prof. Dr. jur. MARKUS WÜRDINGER, Saarbrücken

## **Zitiervorschlag**

Stein/Jonas/*Bearbeiter*<sup>23</sup> § 29a Rdnr. 2

## **Bearbeiter des 1. Bandes**

Einleitung Brehm  
§§ 1–37 Roth  
§§ 38–49 Bork  
§§ 50–58 Jacoby  
§§ 59–63 Bork  
§§ 64–77 Jacoby

ISBN 978-3-16-152896-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.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 gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden. Den Einband entwarf Uli Gleis in Tübingen.

## Vorwort zur 23. Auflage

Die auf zwölf Bände angelegte 23. Auflage des »Stein-Jonas« beginnt mit dem hier vorgelegten Band 1, der neben der Einleitung die §§ 1–77 umfasst. Die Einleitung hat wie schon in der Voraufgabe *Wolfgang Brehm* betreut und die Kommentierung der §§ 1–37 liegt weiterhin bei *Herbert Roth*. *Reinhard Bork* kommentiert wie bisher die §§ 38–49 und die §§ 59–63. *Florian Jacoby* hat von ihm die Bearbeitung der §§ 50–58 und der §§ 64–77 übernommen. Der Band ist auf dem Bearbeitungsstand vom 30. April 2013. Berücksichtigt werden konnte jedoch noch das 2. KostRMoG. Das noch nicht im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken wurde in der vom Bundestag im Juni 2013 verabschiedeten Fassung eingearbeitet.

Die Neuauflage hat größere Änderungen gebracht: Der »Stein-Jonas« hat mit *Reinhard Bork* und *Herbert Roth* erstmals Herausgeber. Diese Neuerung war vor allem dem durch die Vergrößerung des Autorenkreises und die verstärkte Berücksichtigung des europäischen Zivilprozessrechts hervorgetretenen Koordinierungsbedarf geschuldet. Aus dem Bearbeiterkreis ausgeschieden sind *Wolfgang Grunsky*, *Dieter Leipold* und *Wolfgang Münzberg*, die über Jahrzehnte hinweg große Teile des Kommentars gestaltet und zu seinem Ansehen maßgeblich beigetragen haben. Dafür schulden wir herzlichen Dank. Als neue Autoren haben wir gewinnen können *Klaus Bartels*, *Tanja Domej*, *Florian Jacoby*, *Olaf Muthorst*, *Christoph Thole* und *Markus Würdinger*.

Es ist das unveränderte Anliegen des Verlages und der Bearbeiter, in diesem wissenschaftlichen Großkommentar den Stand des Zivilprozessrechts in der Darstellung des bisher Erreichten abzubilden sowie auf die weitere Entwicklung des Rechtsgebiets Einfluss zu nehmen.

Hamburg und Regensburg,  
im Juli 2013

Herausgeber und Verlag

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Die Autoren des Stein/Jonas bis zur 22. Auflage . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIII
<b>Einleitung</b> . . . . .	<b>1</b>
<b>Buch 1</b>	
<b>Allgemeine Vorschriften</b> . . . . .	<b>131</b>
<b>Abschnitt 1</b>	
<b>Gerichte</b> . . . . .	<b>133</b>
<b>Titel 1</b>	
<b>Sachliche Zuständigkeit der Gerichte und Wertvorschriften</b> . . . . .	<b>133</b>
§ 1 Sachliche Zuständigkeit . . . . .	133
§ 2 Bedeutung des Wertes . . . . .	163
§ 3 Wertfestsetzung nach freiem Ermessen . . . . .	221
§ 4 Wertberechnung; Nebenforderungen . . . . .	305
§ 5 Mehrere Ansprüche . . . . .	329
§ 6 Besitz; Sicherstellung; Pfandrecht . . . . .	372
§ 7 Grunddienstbarkeit . . . . .	397
§ 8 Pacht- oder Mietverhältnis . . . . .	402
§ 9 Wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen . . . . .	426
§ 10 (aufgehoben) . . . . .	447
§ 11 Bindende Entscheidung über Unzuständigkeit . . . . .	447
<b>Titel 2</b>	
<b>Gerichtsstand</b> . . . . .	<b>451</b>
§ 12 Allgemeiner Gerichtsstand; Begriff . . . . .	488
§ 13 Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes . . . . .	489
§ 14 (weggefallen) . . . . .	497
§ 15 Allgemeiner Gerichtsstand für exterritoriale Deutsche . . . . .	497
§ 16 Allgemeiner Gerichtsstand wohnsitzloser Personen . . . . .	501
§ 17 Allgemeiner Gerichtsstand juristischer Personen . . . . .	506

§ 18	Allgemeiner Gerichtsstand des Fiskus . . . . .	519
§ 19	Mehrere Gerichtsbezirke am Behördensitz . . . . .	532
§ 19a	Allgemeiner Gerichtsstand des Insolvenzverwalters . . . . .	533
§ 20	Besonderer Gerichtsstand des Aufenthaltsorts . . . . .	537
§ 21	Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung . . . . .	542
§ 22	Besonderer Gerichtsstand der Mitgliedschaft . . . . .	555
§ 23	Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands . . . . .	564
§ 23a	(aufgehoben) . . . . .	587
§ 24	Ausschließlicher dinglicher Gerichtsstand . . . . .	587
§ 25	Dinglicher Gerichtsstand des Sachzusammenhanges . . . . .	598
§ 26	Dinglicher Gerichtsstand für persönliche Klagen . . . . .	600
§ 27	Besonderer Gerichtsstand der Erbschaft . . . . .	605
§ 28	Erweiterter Gerichtsstand der Erbschaft . . . . .	613
§ 29	Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts . . . . .	617
§ 29a	Ausschließlicher Gerichtsstand bei Miet- oder Pachträumen . . . . .	660
§ 29b	(aufgehoben) . . . . .	672
§ 29c	Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte . . . . .	672
§ 30	Gerichtsstand bei Beförderungen . . . . .	684
§ 30a	Gerichtsstand bei Bergungsansprüchen . . . . .	687
§ 31	Besonderer Gerichtsstand der Vermögensverwaltung . . . . .	690
§ 32	Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung . . . . .	693
§ 32a	Ausschließlicher Gerichtsstand der Umwelteinwirkung . . . . .	725
§ 32b	Ausschließlicher Gerichtsstand bei falschen, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformationen . . . . .	734
§ 33	Besonderer Gerichtsstand der Widerklage . . . . .	743
§ 34	Besonderer Gerichtsstand des Hauptprozesses . . . . .	776
§ 35	Wahl unter mehreren Gerichtsständen . . . . .	781
§ 35a	(aufgehoben) . . . . .	786
§ 36	Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit . . . . .	786
§ 37	Verfahren bei gerichtlicher Bestimmung . . . . .	827

**Titel 3**

<b>Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte</b> . . . . .	833
§ 38 Zugelassene Gerichtsstandsvereinbarung . . . . .	834
§ 39 Zuständigkeit infolge rügeloser Verhandlung . . . . .	865
§ 40 Unwirksame und unzulässige Gerichtsstandsvereinbarung . . . . .	872

**Titel 4**

<b>Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen</b> . . . . .	877
§ 41 Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes . . . . .	883
§ 42 Ablehnung eines Richters . . . . .	892
§ 43 Verlust des Ablehnungsrechts . . . . .	908
§ 44 Ablehnungsgesuch . . . . .	912
§ 45 Entscheidung über das Ablehnungsgesuch . . . . .	918
§ 46 Entscheidung und Rechtsmittel . . . . .	922
§ 47 Unaufschiebbare Amtshandlungen . . . . .	926
§ 48 Selbstablehnung; Ablehnung von Amts wegen . . . . .	930
§ 49 Urkundsbeamte . . . . .	933

**Abschnitt 2**

<b>Parteien</b> . . . . .	935
---------------------------	-----

**Titel 1**

<b>Parteifähigkeit; Prozessfähigkeit</b> . . . . .	982
§ 50 Parteifähigkeit . . . . .	982
§ 51 Prozessfähigkeit; gesetzliche Vertretung; Prozessführung . . . . .	1006
§ 52 Umfang der Prozessfähigkeit . . . . .	1025
§ 53 Prozessunfähigkeit bei Betreuung oder Pflegschaft . . . . .	1028
§ 53a (aufgehoben) . . . . .	1031
§ 54 Besondere Ermächtigung zu Prozesshandlungen . . . . .	1031
§ 55 Prozessfähigkeit von Ausländern . . . . .	1033
§ 56 Prüfung von Amts wegen . . . . .	1036
§ 57 Prozesspfleger . . . . .	1047
§ 58 Prozesspfleger bei herrenlosem Grundstück oder Schiff . . . . .	1054

**Titel 2**

<b>Streitgenossenschaft</b> . . . . .	1057
§ 59 Streitgenossenschaft bei Rechtsgemeinschaft oder Identität des Grundes	1064
§ 60 Streitgenossenschaft bei Gleichartigkeit der Ansprüche . . . . .	1066
§ 61 Wirkung der Streitgenossenschaft . . . . .	1068
§ 62 Notwendige Streitgenossenschaft . . . . .	1072
§ 63 Prozessbetrieb; Ladungen . . . . .	1092

**Titel 3**

<b>Beteiligung Dritter am Rechtsstreit</b> . . . . .	1094
§ 64 Hauptintervention . . . . .	1097
§ 65 Aussetzung des Hauptprozesses . . . . .	1107
§ 66 Nebenintervention . . . . .	1108
§ 67 Rechtsstellung des Nebenintervenienten . . . . .	1130
§ 68 Wirkung der Nebenintervention . . . . .	1141
§ 69 Streitgenössische Nebenintervention . . . . .	1152
§ 70 Beitritt des Nebenintervenienten . . . . .	1161
§ 71 Zwischenstreit über Nebenintervention . . . . .	1164
§ 72 Zulässigkeit der Streitverkündung . . . . .	1169
§ 73 Form der Streitverkündung . . . . .	1176
§ 74 Wirkung der Streitverkündung . . . . .	1179
§ 75 Gläubigerstreit . . . . .	1182
§ 76 Urheberbenennung bei Besitz . . . . .	1189
§ 77 Urheberbenennung bei Eigentumsbeeinträchtigung . . . . .	1196



# Einleitung

A. Zivilprozess und Zivilprozessrecht . . . . .	1
I. Der Ausdruck »Zivilprozess« . . . . .	1
II. Der Begriff des Zivilprozesses . . . . .	2
1. Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten . . . . .	2
2. Zivilprozess im materiellen und formellen Sinne . . . . .	3
3. Zivilprozess als konkretes Verfahren . . . . .	4
III. Die Zwecke des Zivilprozesses . . . . .	5
1. Übersicht . . . . .	5
2. Schutz subjektiver Rechte . . . . .	9
3. Bewahrung des objektiven Rechts . . . . .	12
4. Rechtsgewissheit für die Parteien . . . . .	14
5. Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung . . . . .	18
a) Recht als praktiziertes Recht . . . . .	18
b) Gerichtspraxis als Rechtsquelle eigener Art . . . . .	21
c) Konkretisierung des Rechts . . . . .	24
6. Wahrheitszweck . . . . .	25
7. Legitimationszweck . . . . .	28
8. Rangordnung der Prozesszwecke . . . . .	30
IV. Zivilprozessrecht und materielles Recht . . . . .	31
1. Bedeutung der Abgrenzung . . . . .	32
2. Qualifikation . . . . .	33
3. Die Mehrdeutigkeit der prozessualen Kategorie . . . . .	34
4. Ungewissheit als Bezugspunkt prozessualer Regelungen . . . . .	36
5. Beziehung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht . . . . .	37
a) Funktionen der prozessualen Rechtssätze . . . . .	37
b) Anlehnung an materielles Recht . . . . .	38
c) Allgemeine Rechtsprinzipien . . . . .	40
d) Bezugnahme auf bürgerlich-rechtliche Normen . . . . .	41
e) Prozessuale und materiell-rechtliche Beurteilungsperspektiven . . . . .	42
6. James Goldschmidts Lehre vom materiellen Justizrecht . . . . .	45
V. Die Anwendung des Zivilprozessrechts . . . . .	46
1. Eigenständige zivilprozessuale Methode? . . . . .	46
2. Methodenlehre und Zivilprozessrecht . . . . .	53
a) Eingebundenheit in die allgemeine Methodenlehre . . . . .	53
b) Begrifflich-konstruktive Methode . . . . .	54
c) Freirechtsbewegung . . . . .	56
d) Interessenjurisprudenz . . . . .	57
e) Teleologische Methode . . . . .	60
3. Sprache und Begriffssystem der ZPO . . . . .	62
a) Der Wortlaut als Ausgangspunkt der Interpretation . . . . .	62
b) Relativität der Rechtsbegriffe . . . . .	63
c) Historizität der Begriffe . . . . .	65
d) Verhältnis zur Terminologie des BGB und anderer Gesetze . . . . .	67
4. Gesetzesmaterialien und historische Deutung . . . . .	72
5. Gesetzssystematik . . . . .	77
6. Innerstaatliche Rechtsvergleichung . . . . .	78
7. Ausländisches Prozessrecht . . . . .	82
8. Beachtung höherrangigen Rechts . . . . .	83
a) Verfassungskonforme Auslegung . . . . .	84
b) Völkerrechtsfreundliche Auslegung . . . . .	86
c) Gemeinschaftsfreundliche Auslegung . . . . .	88
9. Materiellechtsfreundliche Auslegung . . . . .	92

a) Grundsatz . . . . .	92
b) Verhältnis zu zwingendem materiellen Recht . . . . .	95
c) Effektiver Rechtsschutz . . . . .	97
10. Eigene Wertungen des Zivilprozessrechts . . . . .	98
a) Ausmaß der Verselbständigung . . . . .	98
b) Prozessmaximen und Grundlagen . . . . .	100
c) Ergebnisoffenheit als Verfahrensprinzip . . . . .	103
d) Waffengleichheit . . . . .	105
e) Formstrenge . . . . .	106
f) Verfahrenssicherheit und Verfahrenstransparenz . . . . .	109
g) Prozessökonomie . . . . .	110
h) Institutionelle Betrachtung . . . . .	113
11. Dispositives und zwingendes Recht . . . . .	114
12. Gewohnheitsrecht . . . . .	116
13. Öffentlich-rechtlicher Charakter des Zivilprozessrechts . . . . .	118
VI. Zeitliche und räumliche Geltung des Zivilprozessrechts . . . . .	119
1. Zeitliche Geltung . . . . .	119
2. Räumliche Geltung . . . . .	121
a) Territoriale Geltung . . . . .	121
b) Anwendung auf ausländische Sachverhalte . . . . .	122
VII. Schrifttum zum Zivilprozessrecht . . . . .	123
1. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Bibliographien . . . . .	123
2. Hand- und Lehrbücher, systematische Darstellungen . . . . .	124
3. Kommentare . . . . .	125
4. Formularbücher . . . . .	126
B. Geschichtliche Grundlagen des Zivilprozessrechts . . . . .	127
I. Bedeutung der Prozessrechtsgeschichte . . . . .	127
II. Vorbilder der CPO von 1877 . . . . .	128
1. Der gemeine Zivilprozess . . . . .	128
2. Die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung . . . . .	130
3. Einfluss französischer Gesetzgebung . . . . .	131
4. Reformbestrebungen im 19. Jahrhundert . . . . .	133
III. Die Entstehungsgeschichte der CPO . . . . .	137
1. Hannoverscher Entwurf von 1866 . . . . .	137
2. Preußischer Entwurf von 1864 . . . . .	138
3. Norddeutscher Entwurf von 1870 . . . . .	139
4. Justizministerialentwurf (Entwurf I) von 1871 . . . . .	140
5. Entwurf II von 1872 . . . . .	141
6. Entwurf III von 1874 . . . . .	142
7. CPO von 1877 und die Reichsjustizgesetze . . . . .	143
8. Bundes-, Reichsoberhandelsgericht, Reichsgericht . . . . .	144
9. Literatur zur CPO von 1877 . . . . .	145
IV. Die Entwicklung des Zivilprozessrechts von 1877 bis zum Ersten Weltkrieg . . . . .	146
1. BGB-Novelle (Novelle 1898) . . . . .	146
2. Literatur zur ZPO von 1898 . . . . .	147
3. Novelle 1905 . . . . .	149
4. Novelle 1909 (Amtsgerichts-Novelle) . . . . .	150
5. Novelle 1910 . . . . .	153
6. Weitere Änderungen . . . . .	154
V. Die Gesetzgebung während des Ersten Weltkrieges . . . . .	155
1. Entlastungs-Novelle . . . . .	155
2. Kriegsgesetze und -verordnungen . . . . .	156
VI. Die Gesetzgebung der Nachkriegsjahre 1919–1924 . . . . .	157
VII. Die Reformdiskussion und die Novelle von 1924 . . . . .	159
1. Novelle 1924 . . . . .	159
2. Literatur zur ZPO von 1924 . . . . .	163

3. Weitere Änderungen . . . . .	165
4. Vollstreckungsnotrecht . . . . .	166
VIII. Der Reformentwurf von 1931 . . . . .	167
IX. Die Novelle von 1933 und die Beschleunigungsverfügung von 1935 . . . . .	172
1. Novelle 1933 . . . . .	172
2. Beschleunigungsverfügung . . . . .	174
3. Literatur zur ZPO von 1933 . . . . .	175
X. Die Entwicklung des Zivilprozessrechts unter dem Nationalsozialismus . . . . .	176
XI. Die Kriegs- und Nachkriegszeit bis 1949 . . . . .	184
XII. Entwicklung seit Inkrafttreten des Grundgesetzes . . . . .	186
1. Grundgesetz und übergeordnetes Recht . . . . .	186
a) Grundgesetz . . . . .	186
b) Menschenrechtskonvention . . . . .	187
c) Europäisches Recht . . . . .	188
2. Änderungen der ZPO . . . . .	190
3. Das Zivilprozessreformgesetz von 2001 und folgende Änderungen . . . . .	202
XIII. Europäische und internationale Vereinheitlichungsbestrebungen . . . . .	203
C. Prozessrechtsverhältnis, Rechtsschutzanspruch . . . . .	204
I. Begriff und Beteiligte des Prozessrechtsverhältnisses . . . . .	204
II. Rechtslagen . . . . .	208
III. Aussichten und Lasten. Rechte und Pflichten der Parteien und des Gerichts . . . . .	209
1. Lasten und Aussichten . . . . .	209
2. Prozessuale Pflichten . . . . .	211
a) Zeugnis- und Mitwirkungspflicht als allgemeine Pflicht . . . . .	212
b) Pflichten der Parteien aus dem Prozessrechtsverhältnis . . . . .	213
c) Pflichten des Gerichts . . . . .	219
IV. Treu und Glauben im Zivilprozess . . . . .	221
1. Treu und Glauben als allgemeines Rechtsprinzip . . . . .	221
2. Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben im Zivilprozessrecht . . . . .	223
a) Abgrenzung von materiell-rechtlicher Wertung . . . . .	223
b) Vorrang spezieller Regelungen . . . . .	224
c) Keine gegenständliche Begrenzung des Grundsatzes . . . . .	226
3. Fallgruppen des Verstoßes gegen Treu und Glauben . . . . .	227
a) Verbot des arglistigen Schaffens prozessualer Rechtslagen . . . . .	228
b) Venire contra factum proprium . . . . .	230
c) Missbrauch prozessualer Befugnisse . . . . .	232
d) Verwirkung . . . . .	234
4. Sanktionen der Treuwidrigkeit . . . . .	236
V. Rechtsschutzanspruch . . . . .	239
D. Die Prozessvoraussetzungen (Zulässigkeits-, Sachurteils-, Sachentscheidungs-	
voraussetzungen . . . . .	242
I. Begriff und Funktion . . . . .	242
II. Die einzelnen Prozessvoraussetzungen . . . . .	245
1. Allgemeine Prozessvoraussetzungen . . . . .	245
2. Besondere Prozessvoraussetzungen . . . . .	246
3. Andere Sachurteilshindernisse . . . . .	248
4. Prozeßhindernde Einreden, Prozesshindernisse . . . . .	249
5. Unzuständigkeitsrüge . . . . .	250
III. Prüfung der Prozessvoraussetzungen . . . . .	251
1. Verzichtbare und unverzichtbare Prozessvoraussetzungen . . . . .	251
2. Nicht erhobene verzichtbare Zulässigkeitsrügen . . . . .	252
3. Die Amtsprüfung bei den unverzichtbaren Zulässigkeitsrügen . . . . .	254
4. Die Zeitgrenzen bei den verzichtbaren Zulässigkeitsrügen . . . . .	255
5. Abgesonderte Verhandlung . . . . .	256
6. Beweislast, Freibeweis, Wahlfeststellung . . . . .	257
a) Beibringungsgrundsatz, Beweislast . . . . .	257

b) Freibeweis . . . . .	258
c) Wahlfeststellung . . . . .	259
7. Zeitpunkt . . . . .	261
IV. Rangfolge der Prozessvoraussetzungen . . . . .	262
V. Zulässigkeit und Begründetheit . . . . .	265
1. Vorrang der Zulässigkeitsprüfung . . . . .	265
2. Folgen von fehlerhaften Urteilen . . . . .	270
3. Sonderstellung der Rechtsschutzvoraussetzungen . . . . .	273
E. Verfahrensgrundrechte, Justizgewährungsanspruch . . . . .	275
I. Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter . . . . .	275
1. Gesetzliche und historische Grundlage . . . . .	275
2. Begriff und Bedeutung . . . . .	277
3. Durchsetzbarkeit des gesetzlichen Richters . . . . .	280
a) im Zivilprozess . . . . .	280
b) Verfassungsbeschwerde . . . . .	281
c) Menschenrechtsbeschwerde . . . . .	282
II. Anspruch auf rechtliches Gehör . . . . .	283
III. Justizgewährungsanspruch . . . . .	284
1. Terminologie . . . . .	285
2. Europäische Menschenrechtskonvention . . . . .	286
3. Grundgesetz . . . . .	287
4. Zivilprozessualer Justizgewährungsanspruch . . . . .	289
IV. Prozessualer Gleichheitssatz . . . . .	293
V. Einwirkung der Grundrechte auf den Zivilprozess . . . . .	294
VI. Recht auf ein effektives Verfahren . . . . .	295
VII. Recht auf ein faires Verfahren . . . . .	296
VIII. Recht auf ein vorhersehbares Verfahren . . . . .	297
IX. Sozialer Zivilprozess . . . . .	298
F. Das Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit . . . . .	300
I. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Rechtspflegeetätigkeit . . . . .	300
II. Freiwillige Gerichtsbarkeit im materiellen Sinn . . . . .	302
III. Konsequenzen der Unterscheidung . . . . .	310
IV. Beziehung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zivilprozess . . . . .	314
1. Verfahrenszuständigkeit . . . . .	314
2. Konkurrenzen . . . . .	316
3. Aussetzung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft . . . . .	317
G. Internationales Zivilprozessrecht . . . . .	318
I. Begriff des Internationalen Zivilprozessrechts . . . . .	318
II. Prozessrechtliches Kollisionsrecht . . . . .	322
1. Das lex-foi-Prinzip . . . . .	322
2. Qualifikation . . . . .	328
3. Verweisung auf das materielle Recht . . . . .	330
4. Ausländische prozessuale Sachverhalte . . . . .	333
H. Zivilprozess und Außenwirtschaftsrecht . . . . .	334

## A. Zivilprozess und Zivilprozessrecht

### I. Der Ausdruck »Zivilprozess«

- 1 Der Ausdruck »Zivilprozess« entstammt nicht der römischen Rechtssprache, sondern ist später aufgekommen. Die römischen Juristen verwendeten die Ausdrücke *procedere* oder *processus* nicht im heutigen Sinne, sondern benutzten als Bezeichnung für das zivilrechtliche Verfahren die Worte »*lis*«, »*iurgium*«, »*iudicium*«, »*negotium*«, »*causa*«, »*res*«,

»disceptatio«<sup>1</sup>. Erst das kanonische Recht und die italienischen Juristen des Mittelalters verstanden unter »processus« das gerichtliche Verfahren. Von dort her fand der Ausdruck auch Eingang in den deutschen, englischen (»civil procedure«) und nordischen Sprachraum sowie in die romanischen Rechtsgebiete (*procédure civile, procedura civile, processo civile*)<sup>2</sup>.

## II. Der Begriff des Zivilprozesses

### 1. Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

Im allgemeinen wird unter Zivilprozess das in der ZPO geregelte Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verstanden. Der Zivilprozess ist ein Unterfall der *Zivilsachen*, die bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit umfassen (vgl. die Legaldefinition in § 13 Abs. 1 GVG). Die einzelnen Zivilsachen sind neben dem Strafprozess *Verfahrensarten der ordentlichen Gerichtsbarkeit*. Der Zivilprozess ist dasjenige Verfahren, das unter (ausschließlicher oder hauptsächlichlicher) Anwendung der ZPO von den für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zuständigen Spruchkörpern durchgeführt wird. Meist wird der Zivilprozess mit dem zivilprozessualen *Erkenntnisverfahren* gleichgesetzt. Wo der Zivilprozess als Institution zur Rechtsdurchsetzung verstanden wird, wie bei den Prozesszwecklehren → Rdnr. 5, umfasst der Begriff auch das *Vollstreckungsverfahren*.

Nicht zu den Zivilsachen i. S. d. GVG gehören die *arbeitsgerichtlichen Verfahren*, obwohl sie bürgerliche Rechtsstreitigkeiten betreffen (vgl. § 2 ArbGG). Die Arbeitsgerichtsbarkeit wird heute als eigener Gerichtszweig angesehen<sup>3</sup> und ist organisatorisch und verfahrensrechtlich verselbständigt.

### 2. Zivilprozess im materiellen und formellen Sinne

Neben den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§ 13 GVG) werden einzelne öffentlich-rechtliche Streitigkeiten dem Zivilprozess zugewiesen (§ 40 Abs. 2 VwGO). Wo der Zivilprozess nur kraft Einzelzuweisung ohne Rücksicht auf den Gegenstand das zuständige Verfahren ist, spricht man von *Zivilprozess im formellen Sinne*. Hierzu gehörten früher auch die dem Zivilprozess zugewiesenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie das Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. aF), die nunmehr im FamFG geregelt sind.

### 3. Zivilprozess als konkretes Verfahren

Unter »Zivilprozess« wird häufig nicht die prozessuale Institution oder Verfahrensart, sondern das *einzelne Verfahren* verstanden. In diesem Sinne ist Zivilprozess der konkrete Rechtsstreit zwischen zwei oder mehreren Prozessparteien vor einem Organ der Zivilgerichtsbarkeit. Der Zivilprozess im Sinne des Einzelverfahrens kann mehrere *Prozess-*

<sup>1</sup> Vgl. Kaser Das römische ZPR (1966) 1, 10, 117 Fn. 1; Kleinfeller ZPR<sup>3</sup> 2; Jahr Litis Contestatio (1960) 15, 117 ff., 218 ff.

<sup>2</sup> Weitere Nachw. bei Rödiger Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, (1973) 8 f., vgl. auch K. W. Nörr Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius, FS Kuttner 9 (Rom 1967), 327 ff.; ders. Die Literatur zum gemeinen Zivilprozeß, in: Hdb der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 1 (1973) 383 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Brehm Münchener Hdb Arbeitsrecht<sup>2</sup> § 387 Rdnr. 8.

*rechtsverhältnisse* umfassen, wie im Falle der objektiven Klagehäufung (§ 260), bei Klage und Widerklage, bei der Prozessverbindung (§ 147) und bei der Streitgenossenschaft (§§ 59ff.).

### III. Die Zwecke des Zivilprozesses

**Literatur:** Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961) 166ff.; *Brehm* Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung (1982) 28ff.; *Dorndorf* Rechtsbeständigkeit von Entscheidungen und Wiederaufnahme des Verfahrens in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (1969) 33ff.; *Gaul* Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 27ff.; *ders.* Der Zweck des Prozesses – ein anhaltend aktuelles Thema, in: *Yildirim* (Hrsg.) ZPR im Lichte der Maximen (2001) 68; *Geib* Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im dt. Zivilprozeß (1909) 8; *Grunsky* Grundlagen des Verfahrensrechts<sup>2</sup> (1974) 1ff.; *Hagen* Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren (1971) 20ff.; *Hegler* Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts, Festg. für Heck, Rümelin und Schmidt (1931) 216, 234ff.; *Heim* Die Feststellungswirkungen des Zivilurteils; *Hellwig* Lb. des deutschen Zivilprozeßrechts 1, 2 (1903, 1907); *Henckel* Prozeßrecht und materielles Recht (1970) 5ff., 41ff.; *F. von Hippel* Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht (1939) 170f. sowie *ders.* Zur modernen konstruktiven Epoche der »deutschen Prozeßrechtswissenschaft« ZZP 65 (1952) 431ff.; *Jauernig* Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329; *Luhmann* Legitimation durch Verfahren (1969); *Klein* Zeit- und Geistesströmungen im Prozess (1958); *Pawlowski* Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967) 345; *Pohle* Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, FS Lent (1957) 195, 197ff.; *ders.* Empfiehl es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? Verhandlungen des 44. DJT (1962) 1, 3b; *ders.* NEON EIKAIION (Athen) 61, 593ff.; *Rimmel-spacher* Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß (1966) 10ff.; *ders.* Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozeß, BANz 2000, Jahrgang 52, Nr. 216a; *Rödiger* Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens (1973) 34ff., 42ff. u. ö.; *E. Schmidt* Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie (1973) 9ff.; *ders.* Zivilgerichtliche Prozeßförderung – Zur Handhabung des § 139 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf die Rekonstruktion des Sachverhalts, FS Egon Schneider (1997) 193; *Stürner* Die Aufklärungspflichten der Parteien des Zivilprozesses (1976); *E. Schumann* Sachabweisung ohne Prüfung des Feststellungsinteresses, FS Michelakis (Athen 1972) 554, 570ff.; *Stürner* Prozeßzweck und Verfassung, FS Baumgärtel (1990) 545; *Volk* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht (1978); *Unberath*, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform in Theorie und Praxis, ZZP 120 (2007), 323; *Walsmann* Prozeßzweck und Verfahren, RheinZ 12 (1923) 414ff.; *Zeuner*, Rechtsvergewisserung und Wahrheitsermittlung als Funktionen des zivilgerichtlichen Verfahrens und ihre Beeinflussung unter persönlichkeitsrechtlichen Aspekten in der neueren Entwicklung des deutschen Rechts, FS Beys, Bd. 2 (2003), 1787.

#### 1. Übersicht

- 5 Der Zivilprozess ermöglicht den Bürgern, denen die Selbsthilfe durch staatliche Gesetzgebung verboten ist, die **Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte**. Er konkretisiert die für längere Zeiträume geltenden generell-abstrakt formulierten materiellen Rechtsnormen und führt zu deren Anwendung auf den gegenwärtigen Einzelfall. Der Prozess dient dabei der Verwirklichung der materiell-rechtlichen Geltungsanordnungen und damit der durch das Gesetz bezweckten Steuerung des sozialen Lebens und der Rechtskontrolle privater Machtausübung. Soweit im Zivilprozess öffentlich-rechtliche Fragen entschieden werden, zielt er auch auf eine Rechtskontrolle staatlichen Handelns.
- 6 Eine funktionierende Zivilrechtspflege hat Fernwirkungen auch für die außergerichtliche Abwicklung der Rechtsverhältnisse. Allein die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung des Rechts mindert die Wahrscheinlichkeit des Rechtsbruchs. In diesem Sinne mag

es gerechtfertigt sein, von einer **Bewährung der Rechtsordnung** durch den Prozess zu sprechen (→ Rdnr. 12).

Das Erkenntnisverfahren hat die Aufgabe, für die Parteien **Rechtsgewissheit** zu schaffen und die Diskussion um die Frage, wer im Recht ist, durch verbindliche Entscheidung zu beenden. Das Gesetz weist dem Zivilprozess weiter die Aufgabe zu, an der **Rechtsfortbildung** mitzuwirken (→ Rdnr. 18). Nach § 132 Abs. 4 GVG kann ein Senat des BGH eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist.

Die Frage nach den Prozesszwecken stand immer wieder im Vordergrund der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Solche Diskussionen sollen nicht, wie *F. v. Hippel*<sup>4</sup> meint, der Erfüllung des Wunsches dienen, eine »zivilprozessuale Rechtsphilosophie im Westentaschenformat« und eine »Einheitslösung zwecks einfacher und sicherer Orientierung im zivilprozessualen Urwald« zu besitzen: Dem Gesetzgeber sichert die Besinnung auf die Zwecke des Zivilprozesses die Schaffung einer sachgerechten Zivilgerichtsbarkeit<sup>5</sup>, dem Richter und Rechtsanwalt kann die Frage nach Sinn und Zweck des Zivilprozesses bei der Anwendung prozessualer Vorschriften wertvolle Hilfe leisten. Freilich lassen sich konkrete Einzelfragen nicht allein durch einen Rückgriff auf Prozesszwecke beantworten<sup>6</sup>.

## 2. Schutz subjektiver Rechte

Aufgabe des Zivilprozesses ist der **Schutz subjektiver Rechte**<sup>7</sup>. Wenn die Rechtsordnung subjektive Rechte dem einzelnen zuteilt, muss sie folgerichtig auch deren Schutz gestatten. Weil sie Selbsthilfe, von wenigen Ausnahmen abgesehen, verbietet, muss sie selbst diesen Schutz übernehmen. Dies geschieht im Zivilprozess.

Für den Zivilprozess weist die Ausgestaltung der ZPO auf die Aufgabe des Individualrechtsschutzes hin: **Antragsgrundsatz**, **Dispositionsmaxime** und **Verhandlungsgrundsatz** (→ *Leipold*<sup>22</sup> Rdnr. 138, 144 vor § 128) zeigen dies ebenso wie das Verbot des § 308, über den Klageantrag hinauszugehen, und die Begrenzung der **Rechtskraft** auf die Parteien (§ 325 Abs. 1). Die subjektiven Rechte werden in allen Klagearten geschützt. Auch die *Gestaltungsklagen* machen insoweit keine Ausnahme: Legt man ihnen einen Anspruch gegen den Gegner oder ein materielles Gestaltungsrecht zugrunde (→ *Roth*<sup>22</sup> Rdnr. 103 vor § 253), so soll ein subjektives *privates* Recht durchgesetzt werden; sieht man in ihnen die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Staat auf Gestaltung (dagegen *Roth*<sup>22</sup> → Rdnr. 104 vor § 253), so dient der Prozess dem Schutz eines subjektiven *öffentlichen* Rechts<sup>8</sup>. Gegen die Annahme, Aufgabe des Zivilprozesses sei es, subjektive Rechte zu schützen, spricht auch nicht die Regelung des § 116 Abs. 1 Nr. 2, wonach die Gewährung von Prozesskostenhilfe bei inländischen juristischen Personen auch davon abhängig ist,

<sup>4</sup> Wahrheitspflicht (vor Rdnr. 5) 171 Fn. 13.

<sup>5</sup> S. hierzu Kommissionsbericht (vor Rdnr. 5). – Vgl. auch (zu den damaligen Prozesszielen) die Präambel zum Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. X. 1933 (RGBl. I 780).

<sup>6</sup> Vgl. auch *Henckel* (vor Rdnr. 5) 47; *Gaul* (vor Rdnr. 5) 62 (zur Zweckargumentation in der Judikatur aaO 39); kritisch zu der »überstrapazierten« Frage nach dem Prozesszweck *A. Blomeyer* ZPR<sup>2</sup> § 1 I 4 Fn. 5.

<sup>7</sup> Das ist heute allgemein anerkannt, vgl. MünchKommZPO/*Rauscher*<sup>3</sup> Einl. Rdnr. 8; *Musielak*<sup>9</sup> Einl. Rdnr. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 1 Rdnr. 5–7. – Zum Begriff des subjektiven Rechts s. *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 (1959) § 72; *Wolf/Neuner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>10</sup> § 20; *Larenz*, Zur Struktur »subjektiver Rechte«, Festgabe für Sontis (1977) 129ff.

<sup>8</sup> Insoweit erscheint der Einwand von *Gilles* Rechtsmittel im Zivilprozeß (1972) 53 Fn. 83, die Prozesszwecklehre orientiere sich zu sehr an der Leistungsklage, nicht gerechtfertigt.

dass die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht allgemeinen Interessen zuwiderläuft. Es handelt sich bei § 116 um eine Ausnahmegesetz mit Sozialhilfescharakter, bei deren verfassungskonformer Auslegung dem Individualrechtsschutz Rechnung zu tragen ist<sup>9</sup>.

- 11 Aus der Erkenntnis, Zweck des Zivilprozesses sei es, subjektive Rechte zu schützen, darf nicht gefolgert werden, der zulässige Gegenstand einer jeden Klage sei auf die Durchsetzung eines subjektiven Rechtes beschränkt. Der einzelne Rechtsstreit kann die bloße Feststellung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben, oder die Klage kann bezwecken, einen Anspruch abzuwehren wie bei der negativen Feststellungsklage. Die Zweckbestimmung schließt es auch nicht aus, dass vom Kläger ein fremdes Interesse oder Recht verfolgt wird wie bei der Prozessstandschaft, dem Verfahren nach dem **KapMuG**<sup>10</sup> und der **Verbandsklage** (vgl. § 1ff UKlaG, § 13 Abs. 2 Nr. 2–4 UWG, § 33 Satz 2 GWB, § 128 Abs. 1 MarkenG)<sup>11</sup>. Die Verbandsklage ist nicht zum Schutze eines nur schwer zu definierenden<sup>12</sup> öffentlichen Interesses geschaffen<sup>13</sup>. Die klagebefugten Verbände nehmen die Interessen ihrer Mitglieder (Verbraucher oder Gewerbetreibende) wahr. Dass die Klagemöglichkeit von Verbänden die Bereitschaft zur Einhaltung der Rechtsnormen fördert, ändert daran nichts. Dennoch ist der Verband nicht Funktionär der Rechtsordnung, sondern Interessenwahrer der von ihm repräsentierten Personengruppe.

### 3. Bewährung des objektiven Rechts

- 12 Der Schutz der subjektiven Interessen im Prozess bewirkt eine Verwirklichung oder **Bewährung des objektiven Rechts**. Dabei handelt es sich aber nicht um einen selbständigen Prozesszweck. Bewährung der Rechtsordnung und Individualrechtsschutz sind nur verschiedene Seiten einer Medaille<sup>14</sup>. Der Bewährung des objektiven Rechts kommt keine isolierte Bedeutung zu, weil sie in aller Regel nur die notwendige Folge des Individualrechtsschutzes darstellt. Bei der **Verbandsklage** wird zwar nicht das Recht eines einzelnen geltend gemacht aber das Interesse einer Gruppe.
- 13 Bei Erlass der CPO (→ Rdnr. 143) war man sich weitgehend darüber einig, dass der Zivilprozess als Rechtseinrichtung dem Schutze subjektiver Rechte dient. **Im 20. Jh. ist diese Zielrichtung zeitweise in den Hintergrund gedrängt worden**. So führten die Vorstellung, im Zivilprozess habe sich das materielle Recht zu bewähren, und die (zutreffende) Feststellung, der Zweck einer Rechtseinrichtung sei nicht notwendig mit der Summe der Zwecke aller einzelnen Prozesse identisch<sup>15</sup>, bis-

<sup>9</sup> Vgl. *BVerfG* NJW 1974, 229; auch → *Bork*<sup>22</sup> § 116 Rdnr. 24.

<sup>10</sup> Dazu *Paulus* FS Schwark (2009), 599ff.

<sup>11</sup> Zur Verbandsklage *Häsemeyer*, FS Spellenberg (2010) 99; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht (2006) 199ff.; *Urbanczyk* Zur Verbandsklage im Zivilprozeß (1981); *Greger* Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik ZZZ 113 (2000) 399; *Koch* Verbandsklage in Europa ZZZ 113 (2000) 413; *Marotzke* ZZZ 98 (1985), 160; v. *Arnim* Gemeinwohl und Gruppeninteresse (1977) 309ff.; *Hadding* Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des ZPR, JZ 1970, 305; *M. Wolf* Die Klagebefugnis der Verbände (1971); s. a. *Faber* Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß (1972) 31ff., 41f.; *BGHZ* 48, 12, 14ff. mwN.

<sup>12</sup> Vgl. die Definitionsversuche bei *H. Koch* Prozeßführung im öffentlichen Interesse (1983) 12ff.

<sup>13</sup> A.M. → *Schumann*<sup>20</sup> Einl. Rdnr. 8; *Jauernig/Hess*<sup>30</sup> § 22 Rdnr. 5; *Häsemeyer* Fn. 11; *Roth* in *Gottwald* (Hrsg) Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, 174.

<sup>14</sup> Das ist heute weitgehend anerkannt, vgl. *MünchKommZPO/Rauscher*<sup>3</sup> Einl. Rdnr. 8f.; *Musiak*<sup>9</sup> Einl. Rdnr. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 1 Rdnr. 9; *Grunsky* (vor Rdnr. 5); *Brehm* (vor Rdnr. 5); *Gaul* AcP 168 (1968) 46; *Münzberg* AcP 168 (1968) 392; *Schlosser* Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit (1972) 115f.; *Pawlowski* ZZZ 80 (1967) 347 mwN.

<sup>15</sup> Zu Recht weist *Rimmelspacher* (vor Rdnr. 5) 13 darauf hin, daß der Zweck des einzelnen Zivilprozesses bei der Bestimmung des Zwecks des Zivilprozesses als Institution nicht außer acht bleiben darf; ebenso *Brehm* (vor Rdnr. 5).



weilen zur Annahme, dass der Schutz subjektiver Rechte eigentlich **nur der Reflex aus der Bewährung des objektiven Rechts** sei und deshalb nicht als eigenständiger Prozesszweck angesprochen werden dürfe<sup>16</sup>. Diese Auffassung beruhte zum Teil auf dem Missverständnis, die sog. **soziale Aufgabe des Zivilprozesses** (→ Rdnr. 298) werde durch die individualistische Prozessauffassung behindert. Zum Teil wurde der Versuch unternommen, mit dem Hinweis auf den überindividuellen Prozesszweck eine Einschränkung des Individualrechtsschutzes zu rechtfertigen<sup>17</sup>. In der vom Nationalsozialismus geprägten Prozessauffassung wurde der Schutz subjektiver Rechte zurückgedrängt<sup>18</sup>. Auch die sozialistische Prozessvorstellung neigte dazu, den Schutz subjektiver Rechte in den Hintergrund zu stellen<sup>19</sup>.

#### 4. Rechtsgewissheit für die Parteien

Das Erkenntnisverfahren hat die Aufgabe, die von den Parteien vorgelegte Rechtsfrage verbindlich zu entscheiden. Durch die **materielle Rechtskraft** wird sichergestellt, dass das Prozessergebnis in einem späteren Prozess zwischen den Parteien nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 322 Rdnr. 31). Die materielle Rechtskraft verschafft dem Gläubiger eines Anspruchs gegenüber dem Schuldner eine unangreifbare Position, die im Falle einer Zession auch dem Rechtsnachfolger zugute kommt (§ 325). Ohne materielle Rechtskraft wäre der Zivilprozess sinnlos<sup>20</sup>. Ein Feststellungsurteil wäre rechtlich folgenlos, und durch das Leistungsurteil würde die Voraussetzung einer Zwangsvollstreckung geschaffen, deren Ergebnis umgehend durch eine Bereicherungsklage in Zweifel gezogen werden könnte. Verbindlich ist auch das unrichtige Urteil. Der Zwang, das Fehlurteil in Kauf zu nehmen, besagt jedoch nicht, dass das Fehlurteil und seine Anerkennung Ziele des Prozesses seien, die dessen Ausgestaltung zu bestimmen hätten<sup>21</sup>.

Mit der Aufgabe des Zivilprozesses, Rechtsgewissheit für die Parteien herzustellen, wäre es unvereinbar, wenn im Falle der Unaufklärbarkeit des rechtserheblichen Sachverhalts die Klage als zur Zeit unentscheidbar abgewiesen würde. Das Gericht hat auch in diesem Fall sofort und endgültig in der Sache zu entscheiden, damit die Parteien wissen, welche Rechtslage sie ihrem weiteren Verhalten zugrunde legen sollen. Dabei sagen dem

<sup>16</sup> So die 17./18. Aufl. dieses Komm, ferner *Schönke* Rechtsschutzbedürfnis (1950) 11f.; *de Boor* Die Auflockerung des Zivilprozesses (1939) 35ff.; *Bülow* Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, ZZP 27 (1900) 221; *Sauer* Grundlagen<sup>2</sup> (1929) 44. Gegen diese Tendenzen *Pohle* Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, FS Lent (1957) 195ff.; *Brehm* FS BGH (2000) Bd. 3, 89.

<sup>17</sup> Vgl. insbesondere *Schönke* (Fn. 16).

<sup>18</sup> Vgl. den Vorspruch der Novelle vom 27. X. 1933 (→ Rdnr. 172).

<sup>19</sup> Vgl. *Roggemann/Schumann* Kapitel »Rechtspflege« in: BRD-DDR, Systemvergleich 2: Recht (1972) = BT-Drucks. VI/3080, Rdnr. 576 a.E.

<sup>20</sup> *Mendelssohn-Bartholdy* Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches, FS Franz Klein (Wien 1914) 145, 154f.: »Es hat denn auch nie eine Prozeßordnung gegeben, die den prozeßbeendenden Entscheidungen Rechtskraftwirkung aberkannte; und wenn man oft gedankenlos sagt, der Gesetzgeber könne alles, so haben wir hier ein Beispiel für etwas, was er nicht kann: einen Prozeß einrichten ohne Rechtskraft der Endentscheidung.«

<sup>21</sup> Das Fehlurteil wird zur Begründung des Rechtsgewissheitszwecks herangezogen von *Degenkolb* Beiträge zum Zivilprozeß (1905) 25ff.; *ders.* Die Lehre vom Prozeßrechtsverhältnis, AcP 103 (1908) 411; *Kohler*, in: *Holtzendorff/Kohler* Enzyklopädie der Rechtswissenschaft<sup>7</sup> III 257; *Bernhardt* Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, FG Rosenberg (1949) 9; ferner die 17./18. Aufl. dieses Komm und zum Strafprozess *Schmidhäuser* Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, FS Eberhard Schmidt (1961) 511. – A. A. *Sauer* Grundlagen§ 17; *Gaul* Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe (1956) 58ff.; *Sax* Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP 67 (1954) 21f., 40 sowie zum Strafprozess *Stock* Das Ziel des Strafverfahrens, FS Mezger (1954) 451 Fn. 1 und *Volk* (vor Rdnr. 5) 196ff.

Richter die Regeln über die Verteilung der **Beweislast**, welcher Partei er bei ungeklärtem Sachverhalt recht geben muss (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 286 Rdnr. 63).

16 Eine verbindliche gerichtliche Entscheidung ist nur dort erforderlich, wo die Parteien nicht in der Lage oder willens sind, die Rechtsungewissheit durch **Abschluss eines Vergleichs** zu beseitigen. Deshalb schreibt § 278 Abs. 1 dem Gericht vor, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein. Ob die Parteien eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits bevorzugen, steht in ihrem Ermessen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, um jeden Preis auf einen Vergleich hinzuwirken, um einen Rechtsfrieden oder eine gestörte Ordnung wiederherzustellen; die Beendigung durch Vergleich ist kein Zweck des Zivilprozesses. Der Vergleich ist vielmehr eine Alternative zur Schaffung von Rechtsgewissheit durch ein Urteil.

17 Mit der Bejahung eines Rechtsgewissheitszwecks ist die theoretische Frage, ob Urteile stets einen konstitutiven rechtsschöpfenden Charakter haben oder ob sie lediglich bestehendes materielles Recht widerspiegeln, noch nicht entschieden<sup>22</sup>. In welchem Umfang der Richter die Rechtssätze des materiellen Rechts zu ergänzen hat, hängt von deren Ausgestaltung ab<sup>23</sup>. Das Urteil schafft aber stets eine individuelle Norm wie die Regelung durch Rechtsgeschäft oder Verwaltungsakt<sup>24</sup>, die nicht Bestandteil des generellen Normengefüges der Rechtsordnung ist (→ auch Rdnr. 24).

## 5. Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung

**Literatur:** *Adomeit* Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (1969) 37ff.; *A. Arndt* Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273; *Arndt/Heinrich/Weber-Lortsch* Richterliche Rechtsfortbildung (1970); *Bachof* Grundgesetz und Richtermacht (1959); *Badura* Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts, Schriftenreihe des dt. Sozialgerichtsverbandes 10 (1973) 40ff.; *Bär* Praxisänderungen und Rechtssicherheit, FS Meier-Hayoz (1982) 21; *Baur* Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193; *Brehm* Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses, FS Schumann (2001) 57; *Biaggini* Verfassung und Richterrecht (1991); *Biedenkopf* Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970); *Bockelmann* Gesetz und Richter, FS Smend (1952) 30ff.; *G. Boehmer* Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung 2, 2. Abt. (1952); *Brugger* Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994) 1; Franz *Bydliński* Richterrecht über Richterrecht, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. 1 (2000) 3; *ders.* Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149; *ders.* Gegen die »Zeitzundertheorien« bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JBL 2001, 2; *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964); *ders.* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1969) 67ff.; *Danz* Richterrecht (1912); *F. Dietrich* Präjudizien im Zivilrecht (2004); *Diederichsen* Die Haftung des Warenherstellers (1967) 345ff.; *ders.* Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht (1974); *ders.* Zur Begriffstechnik richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, FS Wieacker (1978) 325ff.; *Dreier* Probleme der Rechtsquellenlehre, FS Hans J. Wolff (1973) 3ff.; *Engisch/Würtenberger/Otto* Einführung in das juristische Denken<sup>11</sup> 188ff., 235ff.; *Esser* Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, FS v. Hippel (1967) 95; *ders.* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts<sup>2</sup> (1964); *ders.* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung<sup>2</sup> (1972) 177ff.; *W. Fikentscher* Methoden des Rechts Bd. 3 (1976) 701ff.; Christian *Fischer* Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Zivilrecht (2007); *R. Fischer* Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung (1971); *Flume* Richter und Recht, 46. DJT (1967) II K 5; *Forstmoser/Honsell/Wiegand* (Hrsg.) Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, FS Hans Peter Walter (2005);

<sup>22</sup> Zu theoretischen Ansätzen, die dem Urteil konstitutive Wirkung beimessen → *Leipold*<sup>22</sup> § 322 Rdnr. 31ff.; *Bülow* Gesetz und Richteramt (1885) Bd 3, 45; *Pawlowski* ZZZP 80 (1967) 363; *Sauer* Allgemeine Prozeßrechtslehre (1951) § 1 I – dagegen *Henckel* (vor Rdnr. 5) 52ff. und *Schumann* Fehlerurteil und Rechtskraft, FS Bötticher (1969) 307 mwN; *Wach*, ZPR I § 1 III 1 und 2; *Rödig* (vor Rdnr. 5) 36ff.

<sup>23</sup> Wo der Richter lediglich angewiesen wird, »billig« zu entscheiden (vgl. § 1361a Abs. 2 BGB), kommt ihm notwendig eine eigene Regelungsaufgabe zu.

<sup>24</sup> *Kelsen* Reine Rechtslehre<sup>2</sup> (1960) 242.

# **Buch 1**

## **Allgemeine Vorschriften**

# Abschnitt 1

## Gerichte

### Titel 1

#### Sachliche Zuständigkeit der Gerichte und Wertvorschriften

#### § 1 Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

**Gesetzesgeschichte:** Unverändert seit Inkrafttreten der CPO. Die Überschrift des Ersten Titels lautete früher »Sachliche Zuständigkeit der Gerichte« und wurde durch das 1.EheRG ergänzt. Das ZPO-RG vom 27.7.2001 (BGBl.I 1887) hat durch seinen Art.2 Abs.2 iVm der dazu ergangenen Anl die Bezeichnung und Fassung der Untergliederungen der ZPO geringfügig geändert und den einzelnen Vorschriften jeweils amtliche Überschriften beigefügt.

I. Normzweck . . . . .	1
II. Ausschließliche Zuständigkeit; vereinbarte Zuständigkeit . . . . .	2
III. Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs . . . . .	6
1. Gesetzlich geregelte Fälle . . . . .	6
2. Spaltungstheorie . . . . .	7
3. Prozessökonomische Schwächen . . . . .	8
4. Ungeschriebener Grundsatz einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs . . . . .	10
5. Internationale Zuständigkeit . . . . .	11
IV. Zuständigkeitserschleichung und Arglisteinrede . . . . .	12
V. Prüfung der Zuständigkeit durch das Gericht	
1. Zuständigkeit als Sachurteilsvoraussetzung . . . . .	15
2. Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen . . . . .	16
a) Schlüssige Klägerbehauptung . . . . .	17
b) Beweiserhebung über Zulässigkeitstatsachen . . . . .	22
3. Doppeltrelevante Zulässigkeitstatsachen . . . . .	24
a) Abgrenzungsbeispiele zur Doppelrelevanz . . . . .	25
b) Doppelrelevanz und internationale Zuständigkeit . . . . .	28
c) Doppeltrelevante Tatsachen und Beklagtenschutz . . . . .	30
4. Wahlfeststellung; Dahinstellen . . . . .	33
5. Behauptungs- und Beweislast . . . . .	35
6. Mehrheit von Streitgegenständen . . . . .	36
7. Maßgeblicher Zeitpunkt . . . . .	37
8. Verfahren bei Unzuständigkeit . . . . .	38
9. Versäumnisverfahren . . . . .	39
10. Entscheidung der Zuständigkeitsfrage . . . . .	40
a) Endurteil bei Unzuständigkeit . . . . .	40
b) Zwischen- oder Endurteil bei Zuständigkeit . . . . .	41
VI. Anfechtung der Zuständigkeitsentscheidung . . . . .	42
1. Verneinung der Zuständigkeit . . . . .	42
2. Bejahung der Zuständigkeit . . . . .	43
VII. Verjährungshemmung und Fristwahrung . . . . .	44
VIII. Sachliche Zuständigkeit . . . . .	45

1. Rechtsquellen . . . . .	45
2. Übersicht über die Verteilung der sachlichen Zuständigkeit . . . . .	46
a) Streitwertabhängige Zuständigkeit . . . . .	46
b) Streitwertunabhängige Zuständigkeit . . . . .	47
IX. Verbliebene Bedeutung der Unterscheidung von vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten . . . . .	48
1. Novellierungen . . . . .	48
2. Vermögensrechtlicher Anspruch . . . . .	49
a) Entstehung aus einem vermögensrechtlichen Verhältnis . . . . .	50
b) Geldansprüche aus einem nichtvermögensrechtlichen Verhältnis . . . . .	51
3. Nichtvermögensrechtlicher Anspruch . . . . .	52
X. Sachliche und örtliche Zuständigkeit nach dem Prozessgericht erster Instanz . . . . .	56
XI. Funktionelle Zuständigkeit . . . . .	58
1. Begriff . . . . .	58
2. Instanzenzug . . . . .	59
3. Verteilung der Aufgaben innerhalb des Gerichts . . . . .	60
4. Abgrenzung von Prozessabteilung des AG und Familiengericht . . . . .	62

### Stichwortverzeichnis zu § 1 ZPO

Abgabe (formlose) 58	Friedhof 54
Abgesonderte Verhandlung 41	Fristwahrung 44
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 53	Funktionelle Zuständigkeit 5, 58, 62
Anfechtung der Zuständigkeitsentscheidung 42	Gegendarstellung 53
Anspruchshäufung 36	Geldansprüche 49
Arbeitsgericht 18	Genossenschaft 54
Arglist 12	Gerichtsstand 1
Ausschließliche Zuständigkeit 2	Geschäftsverteilung 58, 60
Begräbnis 55	Geschäftsverteilungsplan 60
Behauptungs- und Beweislast 35	Gesetzlicher Richter 1
Beweiserhebung 22ff.	Gespaltene Gerichtszuständigkeit 10
Dahinstellen der Zuständigkeit 34	»Gewerbsmäßige Firmenbestattung« 12
Dispositive Gerichtsstände 3	Gewerkschaft 54
Dispositive Zuständigkeit 3	Grabstätte 55
Doppelrelevante Tatsachen 24ff.	Gütergemeinschaft 10
Duldungsanspruch gegen einen Ehegatten 10	Güterstand 51
Ehesachen 51	Handelsfirma 50
Ehre 53, 54	Hausbesitzerverein 54
Ehrensitz 54	Hilfsansprüche (Eventualanträge) 36
Eidesstattliche Versicherung 50	Insolvenzverfahren (Zuständigkeitserschleichung) 12
Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 50	Internationale Zuständigkeit 1
Entscheidung der Zuständigkeitsfrage 40	Markenrecht 50
Erfindung 51	Mehrheit von Ansprüchen 36
Erschleichen der Zuständigkeit 12	Misshandlung 51
EuGVO 11	MoMiG (Sitzverlegung) 12
Familiengericht 62	Name 52
Feststellungsklagen über Vermögensrechte 50	Nichtvermögensrechtliche Ansprüche 48, 52
Firma 50	

Örtliche Zuständigkeit 1	Unterstellung von Zuständigkeitstatsachen 24
Prozessurteil 38	Urheberrecht 54
Prüfung von Amts wegen 16	Verein 54
Rügellose Einlassung 3	Vereinbarte Zuständigkeit 3
Sachliche Zuständigkeit 1, 45ff.	Verjährungshemmung 44
Sachzusammenhang 6ff.	Vermögensrechtliche Ansprüche 49
Schadensersatzansprüche in Geld 53	Versäumnisverfahren 39
Schikane 13	Verteilung der Aufgaben innerhalb des Gerichts 60
Schlüssige Behauptung 17	Verweisantrag 38
Schmerzensgeld 53	Vorfrage (nichtvermögensrechtliche) 55
»sic-non-Fälle« (Arbeitsrecht) 18	Vorlegung von Handelsbüchern 50
Sitzverlegung (rechtsmissbräuchliche) 12	Wahlfeststellung der Zuständigkeit 33
Stiftung 54	Wahrung wirtschaftlicher Belange 49
Störung des Gewerbebetriebes 50	Widerruf 51
Treu und Glauben 12	Zeitpunkt der Zuständigkeitsprüfung 37
Überlange Gerichtsverfahren 5, 47, 59	Zeugnis 50
Unlauterer Wettbewerb 50	Zivilprozessreformgesetz 48
Unterlassung 50	Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs 6ff.

## I. Normzweck

Die in § 1 ZPO als gesetzlicher Begriff gebrauchte »sachliche Zuständigkeit« bildet mit ihrer Verweisung auf das GVG einen Teil der **prozessualen Zuständigkeitsordnung**. Sie verwirklicht im Anwendungsbereich der ZPO für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten (§ 3 EGZPO, § 2 EGGVG, § 13 GVG) zusammen mit den anderen Zuständigkeitsnormen auf der Ebene des einfachen Rechts das grundrechtsgleiche **Recht auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG)<sup>1</sup>. Der im konkreten Fall zuständige Richter wird im Voraus festgelegt und so eine Manipulation der Rechtsprechungsgorgane durch sachfremde Einflüsse verhindert. § 1 ZPO selbst hat lediglich deklaratorische Bedeutung, weil sich schon aus § 2 EGGVG die Anwendbarkeit des GVG auf die ordentliche Gerichtsbarkeit und damit auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§ 13 GVG) ergibt. Als prozessuale Zuständigkeitsordnung wird die Gesamtheit derjenigen Normen bezeichnet, die den Geschäftskreis der einzelnen Gerichte untereinander abgrenzen. **Zuständigkeit** ist in diesem Verständnis die gerichtliche Befugnis, für den betreffenden Fall die Gerichtsbarkeit auszuüben. Bei den ordentlichen Gerichten (Art. 95 Abs. 1 GG) sind für diese Verteilung vier Gesichtspunkte maßgebend: Die **internationale Zuständigkeit** (»Entscheidungszuständigkeit«, »direkte Zuständigkeit«) regelt die Frage, ob in Streitigkeiten mit Auslandsbezug ein inländisches Gericht tätig werden darf und muss (→ *H. Roth* Rdnr. 25ff. vor § 12 ZPO). Die **funktionelle Zuständigkeit** (früher häufig als »Zuständigkeit nach Geschäften« bezeichnet) verteilt in derselben Sache die verschiedenartigen Rechtspflegeaufgaben auf verschiedene Gerichte (Bedeutung im »engeren Sinn«) oder grenzt die zu entfaltende Rechtspflegefunktion unter mehreren Organen eines Gerichts ab (Bedeutung im »weiteren Sinn«) (→ Rdnr. 58ff.)<sup>2</sup>. Die in § 1 ZPO genannte **sachliche Zuständigkeit** verteilt die Rechtsstreitigkeiten erster Instanz nach der Art des

<sup>1</sup> *BVerfGE* 29, 45, 48f.; 95, 322, 327; weitere Nachw. bei *M. Huber* JuS 2012, 593, 594ff.; *H. Roth* JZ 2009, 194, 195f.

<sup>2</sup> *Musielak/Heinrich*<sup>9</sup> § 1 Rdnr. 7.

Streitgegenstandes unter die Gerichte verschiedener Ordnung und verschiedener Art desselben Bezirks. Auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit kommen die AG und die LG in Betracht (→ Rdnr. 45ff.)<sup>3</sup>. Die in den §§ 12ff. ZPO geregelte **örtliche Zuständigkeit** (»**Gerichtsstand**«) verteilt die Prozesse erster Instanz und die sonst im Zivilprozess anfallenden Angelegenheiten nach der örtlichen Beziehung der beteiligten Personen oder der Streitsache unter die Gerichte gleicher Art, die für verschiedene Prozesse errichtet sind. Maßgebend ist der durch Landesrecht festgelegte Gerichtsbezirk (→ *H. Roth* Rdnr. 14ff. vor § 12)<sup>4</sup>. Die **Geschäftsverteilung** (§§ 21e bis 21g GVG) wird herkömmlich nicht zur Zuständigkeit im technischen Sinne gezählt, weil sie sich nicht auf die Gerichtszuständigkeit als Ganzes bezieht (→ Rdnr. 60)<sup>5</sup>. Die Normen über die Zulässigkeit des **Rechtswegs** (§ 13 GVG, § 48 ArbGG, § 40 VwGO) bilden eine eigene, von den Zuständigkeitsregeln abgetrennte, Normengruppe der Zulässigkeitsvoraussetzungen, weil sie in den §§ 17 bis 17b GVG mit eigenen Rechtsfolgen ausgestattet ist (→ *Jacobs*<sup>22</sup> § 13 GVG Rdnr. 3 [Bd. 10]). Doch legt der *BGH* die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen (→ Rdnr. 24) auch bei der Prüfung der »Rechtswegzuständigkeit« nach § 17a GVG zugrunde<sup>6</sup>.

## II. Ausschließliche Zuständigkeit; vereinbarte Zuständigkeit

- 2 Eine **ausschließliche** Zuständigkeit **verdrängt** andere nicht ausschließliche Zuständigkeiten (zur Widerklage: § 33 Abs. 2 ZPO). Sie liegt nur vor, wenn das Gesetz sie ausdrücklich als ausschließlich bezeichnet. Deshalb besteht sie nicht, wenn eine Norm nur besagt, eine Zuständigkeit dürfe »nicht ausgeschlossen werden«. Dann ist z.B. die Vereinbarung eines anderen Gerichts zulässig (→ *Bork* § 40 Rdnr. 9). Eine Zuständigkeit kann auch als ausschließliche **vereinbart** werden (→ *Bork* § 38 Rdnr. 66).
- 3 Eine gegebene ausschließliche Zuständigkeit ist zwingend und lässt **keine Parteidisposition** zu. **Vereinbarungen** über die Zuständigkeit (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und rügelose Einlassungen nach § 39 ZPO sind unzulässig und unwirksam oder unbeachtlich, soweit sie einer ausschließlichen Zuständigkeit widersprechen. **Dispositive Zuständigkeiten** (»dispositive Gerichtsstände«) sind deshalb nur außerhalb ausschließlicher Zuständigkeitsregelungen möglich. Soweit die sonstigen Voraussetzungen einer Zuständigkeitsvereinbarung vorliegen, ist aber bei **mehreren** ausschließlichen Zuständigkeiten der vertragliche Ausschluss einer von ihnen zulässig.
- 4 In einzelnen Fällen besteht eine **Konkurrenz** mehrerer ausschließlicher Zuständigkeiten. Dann hat der Kl zwischen ihnen die Wahl (→ *H. Roth* § 35 Rdnr. 2). Er kann aber nicht auf weitere nicht ausschließliche Zuständigkeiten zurückgreifen. Das Gesetz kann auch anordnen, dass von mehreren ausschließlichen Zuständigkeiten eine Zuständigkeit **vorgeht**. Das ist z.B. in § 689 Abs. 2 Satz 3 ZPO vorgesehen, wo durch die ausschließliche Zuständigkeit des allgemeinen Gerichtsstands des Antragstellers im **Mahnverfahren** andere ausschließliche Zuständigkeiten verdrängt werden. Ähnlich liegt es in § 3 Abs. 2 InsO.
- 5 Stets ausschließlich ist die **funktionelle Zuständigkeit** (→ Rdnr. 58ff.)<sup>7</sup>. Für die **sachliche** und **örtliche** Zuständigkeit muss unterschieden werden<sup>8</sup>: Einzelne Regelungen ordnen nur

<sup>3</sup> Zur Entwicklung des Rechts der sachlichen Zuständigkeit: *Musielak/Heinrich*<sup>9</sup> § 1 Rdnr. 3.

<sup>4</sup> Z.B. das G über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern vom 25. 4. 1973, abgedruckt in *Ziegler/Tremel*, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 296.

<sup>5</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 29 Rdnr. 7.

<sup>6</sup> *BGHZ* 183, 49.

<sup>7</sup> A.A. *Wieczorek/Schütze/Gamp*<sup>3</sup> § 1 Rdnr. 20.

<sup>8</sup> Überblick bei *Cuypers* ZAP 2011, Fach 13, 1711–1726, Zivilprozessrecht.

einen örtlich ausschließlichen Gerichtsstand an (z.B. §§24, 29a, 29c Abs.1 Satz 2, 879 ZPO; §26 Abs.1 FernUSG; §3 InsO; §215 Abs.1 Satz 2 VVG; §14 UWG, → *H. Roth* §29 Rdnr.10f., → *H. Roth* §32 Rdnr.10ff.). Andere Normen sehen nur eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit vor (z.B. §71 Abs.2 GVG; §87 GWB). Eine dritte Gruppe findet sich in Regelungen, die eine sowohl sachlich als auch örtlich ausschließliche Zuständigkeit enthalten (z.B. §64 ZPO; §201 Abs.1 Satz 3 GVG [Entschädigungsklage bei überlangem Gerichtsverfahren]). Ausschließlich sein kann auch die internationale Zuständigkeit, → *H. Roth* Rdnr.25ff., 47, 50 vor §12). §802 ZPO sieht eine ausschließliche Zuständigkeit für alle im 8. Buch der ZPO angeordneten Gerichtsstände vor.

### III. Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs

#### 1. Gesetzlich geregelte Fälle

Das Gesetz selbst kennt in einer Reihe von Vorschriften eine Zuständigkeit **kraft Sachzusammenhangs**. Dadurch kann die sachliche oder örtliche Zuständigkeit eines Gerichts begründet werden. Bisweilen ist die Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs auch auf beide Zuständigkeitsarten bezogen. Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs sind in denjenigen Normen enthalten, die eine Entscheidung dem Prozessgericht erster Instanz zuweisen (→ Rdnr.56). Weitere Zuständigkeiten dieser Art sind z.B. der dingliche Gerichtsstand des Sachzusammenhangs (§25 ZPO), ferner §26 ZPO<sup>9</sup>, der besondere Gerichtsstand des Hauptprozesses (§34 ZPO, dort → Rdnr.1 zu weiteren Bsp von Zusammenhangskompetenzen), die Klageverbindung des §88 GWB, der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach Art.6 Nr.1 EuGVO (Art.8 Nr.1 EuGVO nF) (→ *G. Wagner*<sup>22</sup> Art.6 EuGVO Rdnr.1 [Bd.10])<sup>10</sup>, Art.6 Nr.1 LugÜ, die in §2 Abs.3 ArbGG enthaltene Regelung sowie §17 Abs.2 WahrnG (→ *H. Roth* §32 Rdnr.12). Für die **internationale Zuständigkeit** kennt etwa Art.6 Nr.4 EuGVO (LugÜ) (Art.8 Nr.4 EuGVO nF) einen dinglichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs<sup>11</sup>.

#### 2. Spaltungstheorie

Nach früherer Auffassung der Rsp<sup>12</sup> und eines weit verbreiteten Teils der Lehre<sup>13</sup> ließ sich dem geltenden Zivilprozessrecht über die genannten einzelnen Regelungen hinaus (→ Rdnr.6) nicht der Grundsatz entnehmen, ein zuständiges Gericht sei auch für solche Ansprüche, Klagegründe oder Rechtsfragen »kraft Sachzusammenhangs« zuständig, für die

<sup>9</sup> Dazu *H. Roth* FS Kaissis (2012) 793, 804.

<sup>10</sup> Näher *Piltz* NJW 2002, 789, 792f.; *H. Roth* RIW 1987, 814ff.; *ders.* FS Kropholler (2008) 885.

<sup>11</sup> Etwa *H. Roth* FS Kaissis (2012) 793, 803.

<sup>12</sup> *BGHZ* 13, 153f.; 98, 362, 367; *BGH* NJW 1971, 564 mit Anm. *Ritter* 1217; lapidar *BGH* FamRZ 1997, 488; *BAGE* 15, 292, 296f.; 19, 355, 359ff.; *RGZ* 27, 385ff. (Vereinigte Zivilsenate); *OLG Hamm* MDR 2002, 904; *OLG Köln* MDR 2000, 170; *OLG Karlsruhe* TransPR 1997, 166; offengelassen in *BGH* NJW 2002, 1425; **aufgegeben** durch *BGHZ* 153, 173.

<sup>13</sup> *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> §32 Rdnr.14; *MünchKommZPO/Patzina*<sup>4</sup> §32 Rdnr.19; *Musielak/Heinrich*<sup>9</sup> §1 Rdnr.14; *Prütting/Gehrlein/Gehle*<sup>4</sup> §1 Rdnr.2; *Jauernig*<sup>29</sup> §12 II (i.E. aufgegeben durch *Jauernig/Hess*<sup>30</sup> §12 Rdnr.8); *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (2000), 552f.; *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1956), 154ff.; *Saure*, Die Rechtswegverweisung (1971), 134ff.; *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1954), 156f.; *A. Blomeyer* FS der Juristischen Fakultät der freien Universität Berlin zum 41.DJT in Berlin 1955 (1955) 51, 76f.; *Bökelmann* JR 1971, 245; *Grunsky* JZ 1971, 336; *P. Krause* ZZZ 83 (1970) 289, 313ff.; *Lerch* DRiZ 1986, 17; *Peglau* JA 1999, 140; *Spickhoff* ZZZ 109 (1996) 493; *Würthwein* ZZZ 106 (1993) 51, 72ff.; → *E. Schumann*<sup>21</sup> §1 Rdnr.10 (grundlegend).



es im Falle einer isolierten Unterbreitung keine Zuständigkeit besitzt. Danach sollte sich aus der Einzelzuständigkeit im Rahmen eines Sachzusammenhangs **keine Globalzuständigkeit** für alle zusammengehörenden Fragen ableiten lassen. Das deutsche Kompetenzsystem stelle weitgehend auf die geltend gemachten Anspruchsgrundlagen ab, so dass örtliche, sachliche und internationale Zuständigkeit bei verschiedenen materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen für denselben prozessualen Anspruch **gespalten** werden könnten. Deshalb könne nur ein grundlegender Eingriff des Gesetzgebers in dieses System einen Wandel bewirken. Bisher habe der Gesetzgeber aber kein anderes Zuständigkeitssystem geschaffen. Das gelte sowohl für den Reformentwurf 1931 (zu ihm → *Brehm* vor § 1 Rdnr. 167ff.)<sup>14</sup> als auch für das Zweite Gesetz zur Änderung der ZPO<sup>15</sup> sowie für weitere Novellierungen der ZPO.

### 3. Prozessökonomische Schwächen

- 8 Die Gegner eines Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs leugnen die Misshelligkeiten nicht, die sich aus der von ihnen vertretenen Meinung ergeben. So können Schwierigkeiten durch das Auseinanderfallen der Zuständigkeit für ein und denselben Streitgegenstand auftreten. Es kann etwa die **sachliche Zuständigkeit** gespalten werden, wenn der Mieter seinen Schadensersatzanspruch in Höhe von 6000 Euro aus Vertrag und aus Delikt begründet. Für die Vertragsansprüche ist wegen § 23 Nr. 2a GVG das AG streitwertunabhängig zuständig. Die Zuständigkeit des LG wegen der Deliktsansprüche folgt aus dem Streitwert. Wird ein Schadensersatzanspruch sowohl aus Vertrag als auch aus Delikt abgeleitet, so ergeben sich Schwierigkeiten auch für die **örtliche Zuständigkeit**, z. B. beim Auseinanderfallen des Deliktsgerichtsstandes nach § 32 ZPO (→ *H. Roth* § 32 Rdnr. 16) und des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes nach § 29 ZPO (→ *H. Roth* § 29 Rdnr. 9).
- 9 Macht der Kl bei derartig gespaltenen Gerichtszuständigkeiten unter Berufung auf einen »Gerichtsstand des Sachzusammenhangs« einen Klagegrund geltend, der vom Gericht wegen fehlender Kompetenz nicht geprüft werden darf, so kommt es für die Gegner eines Gerichtsstandes kraft Sachzusammenhangs (→ Rdnr. 7) zu folgenden **Konsequenzen**: Das z. B. im Gerichtsstand des § 32 ZPO angerufene Gericht kann das Begehren unter dem Aspekt des Delikts zusprechen, weil dieser Klagegrund seiner Kompetenz unterliegt. Ist das aber nicht möglich, weil sich der eingeklagte Anspruch aus dem geltend gemachten Delikt als unbegründet erweist, so kommt es zu einer **teilweisen Abweisung** als unbegründet und als unzulässig. Der für das angerufene Gericht prüfbare Deliktsanspruch wird als unbegründet und der außerhalb der Kognition des Gerichts liegende vertragliche Anspruch als unzulässig abgewiesen. Trotz rechtskräftiger Abweisung der Klage soll der Kl später seinen Vertragsanspruch vor dem zuständigen Gericht geltend machen können, also etwa im Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach § 29 ZPO oder im allgemeinen Gerichtsstand des Bekl nach den §§ 12, 13 ZPO. Die Rsp lehnte wegen des nicht prüfbareren Klagegrundes aus Vertrag eine **Teilverweisung** an das örtlich zuständige Gericht ab<sup>16</sup>. Gleichwohl sollte der Einwand der **Rechtshängigkeit** zu beachten sein. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass das Anhängigmachen der Klage bei dem Gericht, das nicht alle materiellrechtlichen Gesichtspunkte prüfen darf, den Einwand der Rechtshängigkeit für den gesamten Streitgegenstand begründet. Damit werde der gleichzeitig geführte Prozess hinsichtlich der anderen materiellrechtlichen Gesichtspunkte vor demjeni-

<sup>14</sup> Kritik deshalb von *Rosenberg* ZZP 57 (1933) 185, 213f. mit formuliertem Vorschlag.

<sup>15</sup> Dazu näher *Holtgrave* ZZP 86 (1973) 1, 8.

<sup>16</sup> *BGH* NJW 1971, 564.

gen Gericht verhindert, das für diese Gesichtspunkte seinerseits kompetent ist. Dabei sollte es gleichgültig sein, ob sich der Kl vor dem unzuständigen Gericht auf dort nicht prüfbare Klagegründe beruft oder ob er dies unterlässt<sup>17</sup>.

#### 4. Ungeschriebener Grundsatz einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs

Die dargestellte »Spaltungstheorie« ist **unökonomisch**, weil sie zu einer vermehrten **10** Kostenbelastung der Parteien und einer Verlängerung des Rechtsstreits bis hin zu sechs Instanzen, im ungünstigsten Falle zu einander widersprechenden Urteilen führt. Deshalb ist mit dem *BGH*<sup>18</sup> und einem vordringenden Teil der sonstigen Rsp<sup>19</sup> sowie einer sich ausbreitenden Literaturmeinung<sup>20</sup> ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs anzuerkennen. Auch früher hatte die Rsp z.B. im Falle der **Gütergemeinschaft** den Duldungsanspruch gegen einen Ehegatten als akzessorische Ergänzung des Leistungsanspruches gegen den anderen Ehegatten angesehen und dafür dieselbe Zuständigkeit angenommen<sup>21</sup>. Auch jenseits derartiger Fälle gilt: Macht der Kl einen **einheitlichen prozessualen Anspruch** geltend, der auf mehrere Klagegründe gestützt werden kann (z.B. Delikt und Vertrag), so entscheidet das im Sondergerichtsstand angerufene Gericht (z.B. § 32 ZPO) über den gesamten prozessualen Streitgegenstand. Es würdigt den Rechtsstreit umfassend unter allen rechtlichen Gesichtspunkten, prüft also z.B. auch vertragliche Ansprüche. Noch deutlicher können im umgekehrten Fall des angerufenen führenden **Vertragsgerichtsstandes** des § 29 ZPO auch Deliktsansprüche geltend gemacht werden. Für diese Auffassung spricht zum einen § 17 Abs. 2 Satz 1 VVG. Das darin für die Gerichtsbarkeiten ausgedrückte Rechtsprinzip der Konzentration der Auseinandersetzung über denselben Streitgegenstand nur noch bei einem Gericht lässt sich auf das Verhältnis der verschiedenen Gerichtsstände im Zivilprozess zueinander im Wege der Analogiebildung übertragen<sup>22</sup>. Diese Argumente sind nicht nur für den Gerichtsstand, sondern auch für die zu vermeidende Spaltung der sachlichen Zuständigkeit maßgebend (→ Rdnr. 8). Zudem (und wohl sogar in erster Linie) lässt sich das Ergebnis auch aus der **Streitgegenstandslehre** herleiten<sup>23</sup>. Danach entscheidet ein örtlich zuständiges Gericht über den ungeteilten prozessualen Streitgegenstand zwangsläufig unter allen rechtlichen Gesichtspunkten. Der prozessual einheitliche Streitgegenstand wird nicht zerrissen. Die eine Aufspaltung befürwor-

<sup>17</sup> Zu allem die hier seit der 22. Aufl. aufgegebenen Auffassung von → E. Schumann<sup>21</sup> § 1 Rdnr. 11.

<sup>18</sup> *BGHZ* 153, 173 (unter Aufgabe der früheren Rsp) mit krit. Anm. Mankowski *JZ* 2003, 687; Spickhoff *VersR* 2003, 665.

<sup>19</sup> Für eine umfassende Kognitionsbefugnis bereits *BayObLGZ* 1995, 301, 304; *OLG Hamm* NJW-RR 2000, 727; *OLG Hamburg* MDR 1997, 884; *OLG Frankfurt a.M.* NJW-RR 1996, 1341; auch *LG Köln* NJW 1978, 329; offenlassend *OLG Celle* NJW 2009, 86, 87.

<sup>20</sup> *Hk-ZPO/Bendtsen*<sup>5</sup> § 12 Rdnr. 13; *Thomas/Putzo/Hüfstege*<sup>33</sup> Vor § 12 Rdnr. 8; *Wieczorek/Schütze/Hausmann*<sup>3</sup> Vor § 12 Rdnr. 23; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> § 12 Rdnr. 20; *Grunsky ZPO*<sup>13</sup> Rdnr. 65; *Jauernig/Hess*<sup>30</sup> § 12 Rdnr. 8; *Pohlmann*<sup>2</sup> Rdnr. 223; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 36 Rdnr. 59; *Schilken*<sup>6</sup> Rdnr. 319; *Zeiss/Schreiber*<sup>11</sup> Rdnr. 91; *Gravenhorst*, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen (1972), 59ff.; *Grunsky*<sup>2</sup> (1974) 339f. (differenzierend); *Nikisch*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß (1935), 155f.; *Otte*, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen (1998), inbes 586; *F. Baur* FS F. von Hippel (1967) 1, 12f.; *W. Fischer* ZFP 49 (1925) 345, 353f.; *Hoffmann* ZFP 107 (1994) 3, 28; *Kiethe* NJW 2003, 1294; *Rimmelspacher* AcP 174 (1974) 509, 540; *H. Roth* FS E. Schumann (2001) 355; *K.-H. Schwab* FS Zeuner (1994) 499, 505ff.; *Vollkommer* FS Deutsch (1999) 385, 396ff.; ohne eigene Stellungnahme *MünchKommZPO/Wöstmann*<sup>4</sup> § 1 Rdnr. 16.

<sup>21</sup> *RG JW* 1936, 879; *BayObLGZ* 1 (1948–1951) 214.

<sup>22</sup> *Vollkommer* FS Deutsch (1999) 385, 396f.; ausführlich in diese Richtung *BGHZ* 153, 173, 179; *BGH* NJW 2002, 1425.

<sup>23</sup> *H. Roth* FS E. Schumann (2001) 355, 361ff. mwN.

tende Gegenmeinung knüpft demgegenüber an überholte aktionenrechtliche Vorstellungen an<sup>24</sup>. Es wird aber mit der Klage nicht ein bestimmter materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht. Vielmehr umfasst der einheitliche prozessuale Streitgegenstand alle konkurrierenden materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen (→ *H. Roth*<sup>25</sup> vor § 253 Rdnr. 11). Er ist der prozessuale Ausdruck materiellrechtlicher Sachzusammenhänge<sup>25</sup>. Einer **missbräuchlichen Erschleichung** der Zuständigkeit begegnet der *BGH* dadurch, dass etwa eine Zuständigkeit nach § 32 ZPO nur angenommen wird, wenn der Kl einen Anspruch aus unerlaubter Handlung schlüssig darlegt<sup>26</sup>. Die hier vertretene Auffassung stützt sich also auf Sachargumente und führt die Prozessökonomie lediglich als deren erwünschte Folge an<sup>27</sup>. Es geht um die Frage des Weges zu einem bestimmten Ziel (→ *Brehm* vor § 1 Rdnr. 111).

## 5. Internationale Zuständigkeit

- 11 Für die **internationale** Zuständigkeit wird ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs weder durch den *EuGH*<sup>28</sup> noch den *BGH* befürwortet<sup>29</sup>. Der *EuGH* lehnt es ab, die sich aus Art. 5 Nr. 3 EuGVO (EuGVÜ) (Art. 7 Nr. 2 EuGVO nF) ergebende internationale Zuständigkeit für unerlaubte Handlungen auf vertragliche Anspruchsgrundlagen zu erweitern. Dagegen ist offen, ob der Vertragsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVO (EuGVÜ) (Art. 7 Nr. 1 EuGVO nF) auf deliktsrechtliche Ansprüche erstreckt werden kann (dazu → *G. Wagner*<sup>22</sup> Art. 5 EuGVO Rdnr. 127 [Bd. 10]). Soweit es um die an dieser Stelle der Kommentierung allein zu behandelnde **internationale Entscheidungszuständigkeit** geht, die in Anknüpfung an die örtliche Zuständigkeit auf autonomes deutsches Prozessrecht gestützt wird (→ *H. Roth* Rdnr. 32ff. vor § 12)<sup>30</sup>, lassen sich die hier zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit vertretenen Ergebnisse auch für die internationale Zuständigkeit fruchtbar machen. Betroffen sind also Klagen vor deutschen Gerichten, wenn der Bekl seinen Wohnsitz nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der EU hat (Art. 4 Abs. 1 EuGVO [Art. 6 Abs. 1 EuGVO nF])<sup>31</sup>. Ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs ist auch für die internationale Zuständigkeit legitim<sup>32</sup>. Allerdings sind dort die **Beklagteninteressen** stär-

<sup>24</sup> Mit Recht *Hoffmann* ZZZ 107 (1994) 3, 8f.; *Windel* ZZZ 111 (1998) 3, 14.

<sup>25</sup> *H. Roth* FS Kaissis (2012) 793, 800.

<sup>26</sup> *BGHZ* 153, 173, 179.

<sup>27</sup> Deshalb geht etwa die Kritik von *Musielak/Heinrich*<sup>9</sup> § 1 Rdnr. 14 (»vordergründige Argumentation mit ökonomischen Gesichtspunkten«) fehl.

<sup>28</sup> *EuGH*, 27.9.1988, Slg. 1988, 5565 (*Kalfelis/Schröder* u.a.) (= NJW 1988, 3088); ebenso *BGH* IPRax 2006, 40, 43.

<sup>29</sup> *BGHZ* 132, 105, 112ff.; 153, 173, 180f.; *BGH* VersR 2010, 910 Rdnr. 10; *LG Stuttgart* causa sport 2006, 391, 398 (Schadensersatzansprüche wegen Dopingsperre); zust. *Geimer* IZVR<sup>6</sup> Rdnr. 1023; *Schack* IZVR<sup>5</sup> Rdnr. 396; eine Zuständigkeit bejahend dagegen *H. Roth* FS Schumann (2001) 355, 364.

<sup>30</sup> Z.B. *BGH* NJW 2011, 2518 Rdnr. 7.

<sup>31</sup> Ein von der Kommission am 14. 12. 2010 veröffentlichter Vorschlag zur Reform der EuGVO sah vor, dass die Zuständigkeitsregeln der EuGVO immer angewendet werden müssen, so dass den §§ 12ff. ZPO keine Doppelfunktionalität i.S.d. internationalen Zuständigkeit mehr zugekommen wäre (KOM [2010] 748); dazu *Bach* ZRP 2011, 97; ausführlicher → *H. Roth* Rdnr. 32 vor § 12 ZPO; diesen Vorschlägen ist der europäische Gesetzgeber bei der Neufassung der EuGVO nicht gefolgt.

<sup>32</sup> Befürwortend *OLG Stuttgart* NJW-RR 2006, 1362, 1364; *Banniza von Bazan*, Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im EuGVÜ, dem Lugano-Übereinkommen und im deutschen Recht (1995), 142ff.; *Geimer* IPRax 1986, 80; *Gottwald* IPRax 1989, 272; *Handorn* IHR 2007, 25; *Mansel* IPRax 1989, 84f.; *M. Wolf* FS Lindacher (2007) 201, 212f.; *H. Roth* FS E. Schumann (2001) 355, 368ff.

ker betroffen als bei der örtlichen Zuständigkeit<sup>33</sup>. Doch wird es oftmals auch im Interesse des Bekl liegen, dass er sich etwa im Falle einer Deliktsklage umfassend auch mit Einwänden aus dem Vertragsrecht verteidigt. Die Verklammerung von Vertrags- und Deliktsrecht wird durch den einheitlich verstandenen prozessualen Streitgegenstand ausgedrückt. Nur das international zuständige Gericht kann über den Streitgegenstand umfassend entscheiden. Zwar genügt etwa die **schlüssige Behauptung** einer deliktischen Anspruchsgrundlage durch den Kl, um über den Gerichtsstand des § 32 ZPO auch das Vorliegen der internationalen Zuständigkeit zu indizieren. Entgegen den Befürchtungen des *BGH* kann daraus jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die Begründetheitsprüfung des Deliktsanspruches könne unterbleiben und es könne sogleich auf den Vertragsanspruch übergegangen werden<sup>34</sup>. Vielmehr dürfen im Rahmen der Begründetheit der Klage Vertragsansprüche erst geprüft werden, wenn die **Begründetheit des Deliktsanspruches** erörtert worden ist. Ergibt sich sodann, dass ein Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht vorliegt, so bleibt es allerdings bei der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Das zuständige Gericht darf über Vertragsansprüche entscheiden, weil ihm der gesamte prozessuale Streitgegenstand angefallen ist<sup>35</sup>.

#### IV. Zuständigkeitserschleichung und Arglistenrede

Der Grundsatz von **Treu und Glauben** (näher → *Brehm* vor § 1 Rdnr. 221 ff.) ist auch für die Zuständigkeiten von Bedeutung. Wenn der **Kl** die tatsächlichen Voraussetzungen der von ihm in Anspruch genommenen Zuständigkeit **arglistig geschaffen** hat, scheidet die so begründete Zuständigkeit schon wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aus<sup>36</sup>. Der Arglistgedanke ist auch in Art. 6 Nr. 2 a.E. EuGVO (Art. 8 Nr. 2 EuGVO nF) ausgedrückt. Das Gesagte gilt für alle Arten der Zuständigkeit, sei es die sachliche, örtliche<sup>37</sup>, internationale Zuständigkeit (→ *H. Roth* Rdnr. 42 vor § 12) oder eine Bestimmung des Gerichtsstandes nach § 36 ZPO. Im Hinblick auf die ausschließliche Zuständigkeit des § 3 Abs. 1 InsO wird im **Insolvenzverfahren** durch Schuldner häufiger versucht, durch missbräuchliche Zuständigkeitserschleichung den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) zum Nachteil der Gläubiger zu vermeiden<sup>38</sup>. Missbräuche sind auch durch beklagte **AG** oder **GmbH** möglich. Mit Inkrafttreten des MoMiG (2008) herrscht allerdings **freie Sitzwahl** der AG (§ 5 AktG) und der GmbH (§ 4a GmbHG). Nicht rechtsmissbräuchlich ist es daher für sich gesehen, wenn der Sitz keine räumliche Beziehung zum tatsächlichen Verwaltungssitz aufweist. Der Gläubiger muss die AG oder GmbH daher bei **Sitzverlegung** grundsätzlich an ihrem (neuen) satzungsmäßigen Sitz nach § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO verklagen. Ein abweichender tatsächlicher Verwaltungssitz spielt trotz § 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO keine Rolle, weil sich aus den §§ 5 AktG, 4a GmbHG etwas »anderes ergibt«<sup>39</sup>. Eine

12

<sup>33</sup> Eingehend *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit (1995), 73 ff.

<sup>34</sup> *BGHZ* 132, 105, 114.

<sup>35</sup> Zu allem *H. Roth* FS E. Schumann (2001) 355 ff.

<sup>36</sup> *BGHZ* 132, 195, 196 f. (formale Sitzverlegung); *RGZ* 51, 176 (dort wurde noch auf die Einrede der prozessualen Arglist abgestellt); 102, 222; *BayObLGZ* 2003, 192, 195 (gewerbsmäßige Firmenbestattung); 2003, 229, 232 (Zuständigkeitserschleichung im Insolvenzverfahren); *KG KGR* 1996, 95 (erschlichene Verweisung); *OLG Hamm* NJW 1987, 138; *OLG Darmstadt* JW 1929, 121; *Riezler*, Internationales Zivilprozessrecht (1949), 335; *Heeder*, *Fraus legis* (1998), 306; a.M. *Novak* ÖsterrJZ 1949, 342.

<sup>37</sup> Einzelheiten → *H. Roth* § 22 Rdnr. 3; → *H. Roth* § 23 Rdnr. 33; → *H. Roth* § 32 Rdnr. 13.

<sup>38</sup> *BayObLGZ* 2003, 229, 232; 2003, 192, 195; *OLG Celle* NJW-RR 2004, 627; 2004, 698 (jeweils zur alten Rechtslage).

<sup>39</sup> *Henssler/Strohn/Lange*, Gesellschaftsrecht (2011) § 5 AktG Rdnr. 1.

Sitzverlegung mit dem ausschließlichen Ziel, sich dem **Gläubigerzugriff** zu entziehen, ist aber vom Gesetzgeber des MoMiG gleichwohl nicht gebilligt worden. Die Sitzwahl anlässlich der Sitzverlegung einer GmbH, die nicht mehr liquide und werbend am Markt tätig ist, ist daher rechtsmissbräuchlich (**»Gewerbsmäßige Firmenbestattung«**)<sup>40</sup>.

- 13 Umgekehrt kann dem **Bekl** die Einrede der **Arglist** entgegengehalten werden, z.B. wenn dieser die Rüge der Unzuständigkeit des Gerichts erhebt, nachdem er vor Prozessbeginn den Kl über die Zuständigkeit getäuscht hatte. Spiegelt etwa der Bekl dem Kl das Bestehen einer Niederlassung arglistig vor, so kann er sich im Prozess nicht auf das Nichtbestehen der Niederlassung und damit nicht auf das Fehlen der Voraussetzungen des § 21 ZPO berufen<sup>41</sup>. Unbeachtlich ist auch die nur aus **Schikane** oder ausschließlich zum Zweck der **Prozessverschleppung** treuwidrig erhobene Unzuständigkeitsrüge<sup>42</sup>. Im Einzelfall kann dann ein an sich unzuständiges Gericht zur Sache verhandeln. Zu beachten ist stets auch § 282 Abs. 3 ZPO. Die Einwendungen werden jedoch nicht dadurch treuwidrig, dass ihnen der sachliche Gehalt fehlt. Es ist gerade Sache des zuständigen Gerichts, die **sachliche Begründetheit** des Anspruches zu prüfen<sup>43</sup>. Die Verlegung des Wohnsitzes in das Ausland mit der Folge der fehlenden internationalen Entscheidungszuständigkeit deutscher Gerichte stellt ohne das Hinzutreten weiterer Umstände für sich keinen Rechtsmissbrauch dar<sup>44</sup>.
- 14 In allen angeführten Fällen ist die vom Kl beanspruchte Zuständigkeit als nicht gegeben (→ Rdnr. 12) oder die vom Bekl erhobene Zuständigkeitsrüge (→ Rdnr. 13) als unbeachtlich anzusehen. Die fehlende Zuständigkeit ist **von Amts wegen** zu beachten. Ausschließliche Zuständigkeiten dürfen durch die Berufung auf Treu und Glauben nicht ausgeschaltet werden, weil sie auch sonst einer Parteidisposition entzogen sind. Teilt der Kl einen einheitlichen Anspruch nur deshalb auf, um an das AG zu gelangen, so waren nach früher h.L. **mehrere Teilklagen** zu verbinden und auf Antrag an das LG zu verweisen. Bei fehlendem Antrag kam es zur Abweisung als unzulässig<sup>45</sup>. Begründet wurde das bisweilen damit, dass dem Bekl der gesetzliche **Rechtsmittelzug verkürzt** würde. Mit der Neufassung des § 542 ZPO, der die Revision jetzt grundsätzlich auch gegen amtsgerichtliche Urteile ermöglicht, lässt sich diese Begründung heute nicht mehr halten<sup>46</sup>. Es dürfte auch weitgehend am Anreiz für ein derartiges Verhalten fehlen. In Einzelfällen kann an eine **missbräuchliche Mehrfachverfolgung** gedacht werden<sup>47</sup>. Ein »unbeabsichtigtes« Erschleichen einer Zuständigkeit durch nicht prozesswirtschaftliches Verhalten gibt es ohnehin nicht<sup>48</sup>. Hat das AG die Verfahren **unzulässig getrennt** und erreicht keines dieser Urteile für sich genommen die Berufungssumme, so wird nach §§ 2, 5 ZPO zusammengerechnet<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> So *KG BeckRS* 2011, 20093 mit krit. Anm. *NJW-Spezial* 2011, 560; ausführlich *Tüting*, Die gewerbsmäßige Firmenbestattung betrachtet im Lichte des MoMiG unter GmbH-, insolvenz- und verfahrensrechtlichen Aspekten (2012), 102ff., 110ff. (zu insolvenzrechtlichen Aspekten); wN bei → *H. Roth* § 36 Rdnr. 48.

<sup>41</sup> A. A. *KG OLGRsp* 5, 223f.

<sup>42</sup> Dazu auch *KG FamRZ* 1989, 1105.

<sup>43</sup> *OLG Frankfurt a. M.* MDR 1980, 318; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> § 12 Rdnr. 19.

<sup>44</sup> Zur internationalen Zuständigkeit eines ausländischen Insolvenzgerichts *BGH NJW* 2002, 960.

<sup>45</sup> Dazu *KG FamRZ* 1989, 1105; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 32 Rdnr. 3; *Kogel NJW* 1975, 2063.

<sup>46</sup> Ebenso *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> § 1 Rdnr. 23.

<sup>47</sup> Für Wettbewerbsverstöße *BGHZ* 144, 165, 170 (abgestimmtes Verhalten); ferner *M. Möller NJW* 2009, 3632.

<sup>48</sup> *OLG Karlsruhe OLGR* 2005, 174, 175.

<sup>49</sup> *BayVerfGH NJW* 2001, 2962.

lung nach § 3 HS 2 ZPO verpflichtet<sup>447</sup>. Bei großen Abweichungen, inbes unterschiedlichen Parteiangaben, ist § 64 GKG heranzuziehen und durch **Sachverständige** schätzen zu lassen<sup>448</sup>. Ist eine Partei ihrer Verpflichtung zur Wertangabe gem § 61 GKG nachgekommen (→ Rdnr. 94), so können ihr die Kosten eines Sachverständigengutachtens nicht auferlegt werden<sup>449</sup>. Im Falle einer **unbegründeten Streitwertbeschwerde** kann der Beschwerdeführer mit den Kosten eines Sachverständigengutachtens auch ohne Verschulden belastet werden<sup>450</sup>.

### §3 Wertfestsetzung nach freiem Ermessen

**Der Wert 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.**

**Gesetzesgeschichte:** sprachlich neu gefasst durch die Nov 1950, BGBl. I 535 (→ *Brehm* vor § 1 Rdnr. 190), sachlich geändert durch das 1.EheRG, BGBl. 1976 I 1421 (→ *Brehm* vor § 1 Rdnr. 195) mit Wirkung vom 1. 7. 1977 (→ Rdnr. 14). Die beigefügte amtliche Überschrift beruht auf Art. 2 Abs. 2 ZPO-RG iVm der dazu erlassenen Anl.

**Stichwortverzeichnis** → *Wertschlüssel* Rdnr. 46ff.

I. Funktion . . . . .	1
1. Typen normativer Streitwerte . . . . .	2
a) §§ 4; 6–9 ZPO . . . . .	3
b) Bezifferter Klageantrag . . . . .	4
c) Rechts- und sozialstaatlich geprägte normative Streitwerte . . . . .	5
d) Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten . . . . .	6
e) Rechtsstreitigkeiten aufgrund des UKlaG (§ 48 Abs. 1 Satz 2 GKG) . . . . .	7
f) Insolvenzfeststellungsklagen . . . . .	8
g) Aktienrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen des Aktionärs . . . . .	9
2. Angreiferinteresse . . . . .	10
II. Korrektur; Ergänzung; Erforderlichkeit . . . . .	11
1. Korrektur . . . . .	11
2. Ergänzung . . . . .	12
3. Erforderlichkeit . . . . .	13
III. Schätzung nach § 3 ZPO . . . . .	14
1. Objektive Wertberechnung . . . . .	14
2. Verkehrswert . . . . .	15
3. Wertgrundsätze . . . . .	16
4. Verfahren . . . . .	17
5. Einzelfallentscheidung . . . . .	18
IV. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten . . . . .	19
1. § 48 Abs. 2 GKG als Ausgangsnorm. . . . .	20
a) Begriff; Richter- und Sachverständigenablehnung; Zeugnisverweigerungsrechte. . . . .	21
b) Generalklausel; Höchstwert; Mindestwert; Regelwert . . . . .	23

<sup>447</sup> BGH MDR 2005, 1194 (Beschwer).

<sup>448</sup> Einzelheiten bei *OLG Brandenburg* FamRZ 1999, 798; *OLG Düsseldorf* JurBüro 1985, 256, 257.

<sup>449</sup> *OLG Bamberg* JurBüro 1981, 1047.

<sup>450</sup> *VGH Baden-Württemberg* JurBüro 1991, 1242, 1245.

c) Gesamtschau und Einzelfaktoren . . . . .	24
2. Umfang der Sache . . . . .	25
3. Bedeutung der Sache . . . . .	27
4. Vermögens- und Einkommensverhältnisse . . . . .	28
V. Wertschlüssel. . . . .	46

**Literatur:** *Mümmeler*, Aufgabe des normativen Streitwerts?, JurBüro 1991, 767; *H. Roth*, Billigkeitsargumente im Streitwertrecht, FS Kollhosser, Bd.II (2004) 559; *E. Schumann*, Grundsätze des Streitwertrechts, NJW 1982, 1257; *Stichelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß (2002). – Ferner die zu → §2 ZPO angegebene Lit.

## I. Funktion

- §3 ZPO bedeutet eine **Auffangnorm** für die Wertberechnung. Sie kommt nur zur Anwendung, wenn der Streitwert nicht durch spezielle Vorschriften **normativ bestimmt** ist und ist damit Ausdruck des streitwertrechtlichen **Subsidiaritätsprinzips**<sup>1</sup>. Vor der Anwendung des §3 ZPO ist stets zu prüfen, ob eine vorrangige Wertvorschrift einschlägig ist (→ Rdnr. 2). §3 ZPO verkörpert keine allgemeine **kostenrechtliche General- oder Billigkeitsklausel** und darf nicht dazu verwendet werden, normativ ermittelte Streitwerte (→ Rdnr. 2) zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Die Norm bezweckt in erster Linie ein **unkompliziertes Verfahren**, wenn keine anderen Vorschriften zur Verfügung stehen (→ Rdnr. 17).

### 1. Typen normativer Streitwerte

- Normative Streitwerte bezwecken, eine ausschließliche Bewertung nach den Interessen des Kl auszuschalten. Damit wird das Prinzip des **Angreiferinteresses** eingeschränkt (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 9)<sup>2</sup>.

#### a) §§4; 6–9 ZPO

- Die genannten Normen dienen der **Rechtssicherheit** und der **prozessualen Gleichbehandlung**. Sie verbieten eine ausschließliche Bewertung nach dem Klägerinteresse. So stellt etwa §6 ZPO für eine Besitz- oder Eigentumsklage nicht auf das Klägerinteresse, sondern auf den Wert der umstrittenen Sache ab (→ *H. Roth* §6 Rdnr. 1). §7 ZPO orientiert den Streitwert unabhängig von der Parteirolle an den Parteiinteressen, aber nicht am Klägerinteresse (→ *H. Roth* §7 Rdnr. 1). Entscheidend ist vielmehr das jeweils **höchste Interesse**.

#### b) Bezifferter Klageantrag

- Wird eine bezifferte Summe im Klageantrag genannt, so ist diese für den Streitwert maßgebend (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 100). Auch hier handelt es sich in der Sache um einen normativen Streitwert, da es auf das **konkrete wirtschaftliche Interesse** des Kl nicht ankommt. Aus diesem Grunde bleibt die Frage der **Einbringlichkeit** des Anspruches unergiebig (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 16). Im Falle einer bezifferten Summe ist auch bei einem **Musterprozess** das wirtschaftlich höhere Interesse nicht entscheidend (aber → Rdnr. 27)

<sup>1</sup> *Stichelbrock* 408; *H. Roth* FS Kollhosser (2004) 559ff.

<sup>2</sup> *E. Schumann* NJW 1982, 1257, 1258; ferner *Mümmeler* JurBüro 1991, 767.

### c) Rechts- und sozialstaatlich geprägte normative Streitwerte

Dazu gehören drei Streitwertgruppen, die den Rechtsschutz erleichtern und das **Prozesskostenrisiko** vorhersehbar machen sollen (auch → *H. Roth* §2 Rdnr. 5). Generell herabgesetzte Streitwerte finden sich vor allem im **Gebührenstreitwert** (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 45ff.). Für das **Arbeitsrecht** ist §42 Abs.3 GKG (§42 Abs.2 GKG nF) (§12 Abs.7 ArbGG aF) zu nennen. (1) Für **bürgerliche Rechtsstreitigkeiten** (§13 GVG) vor den ordentlichen Gerichten geht es um §41 GKG für Miet-, Pacht- und ähnliche Nutzungsverhältnisse (→ *H. Roth* §8 Rdnr. 20ff.) sowie um §42 GKG für wiederkehrende Leistungen (→ *H. Roth* §9 Rdnr. 18ff.; zur Aufhebung des §42 Abs.1 GKG → *H. Roth* §2 Rdnr. 6). In **Urheberrechtsstreitsachen** sah ein nicht verwirklichter Entwurf gegen unseriöse Geschäftspraktiken in einem §49 GKG nF für bestimmte Fälle einen Streitwert von 1000 Euro vor<sup>3</sup>. §49a GKG enthält für **Wohnungseigentumssachen** eine Abweichung vom Klägerinteresse durch den Grundsatz der Interessenabwägung unter Verwendung von nicht durch absolute Euro-Beträge ausgedrückten Mindest- und Höchstwerten<sup>4</sup>. (2) Die zweite Gruppe findet sich als **Teilstreitwert**, wonach zunächst unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Beteiligten der Wert nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt wird (auch → *H. Roth* §2 Rdnr. 5). Anschließend wird auf Antrag der wirtschaftlich schwachen Partei ein niedrigerer Teilstreitwert festgesetzt. Das sind die Fälle der §§247 Abs.2 AktG; 26 Abs.1 GebrMG; 89a GWB; 142 Abs.1 MarkenG; 144 Abs.1 PatG; 12 Abs.4, 5 UWG nF. Das G gegen unseriöse Geschäftspraktiken hat §12 Abs.4, 5 UWG neu gefasst und den Wortlaut an die §§144 PatG, 142 Marken G usw angepasst<sup>5</sup>. Für den Gebührenstreitwert ist **§51 GKG** zu beachten<sup>6</sup>. Nach §51 Abs.5 GKG finden die Normen über die Streitwertbegünstigung der §§12 Abs.4 UWG nF, §§144 PatG, 26 GebrMG, 142 MarkenG und in den weiteren genannten Fällen auch dort Anwendung. Für die in §51 Abs.1 GKG genannten Verfahren wird der Streitwert nach **billigem Ermessen** bestimmt<sup>7</sup>. (3) Eine Rechtsschutzerleichterung findet sich schließlich auch für den **unbezifferten Klageantrag** (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 102ff.).

### d) Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten

Hier bestimmt sich der **Gebührenstreitwert** nach §48 Abs.2 GKG mit einer Eingrenzung nach oben in Satz 2 (nicht über eine Million Euro) Die Norm ist aber auch für den Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert von ausschlaggebender Bedeutung (→ Rdnr. 19).

### e) Rechtsstreitigkeiten aufgrund des UKlaG (§48 Abs.1 Satz 2 GKG)

Für Rechtsstreitigkeiten aufgrund des UKlaG bewirkt §48 Abs.1 Satz 2 GKG mit der Anordnung eines **Höchstbetrages** von 250 000 Euro die Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes. Dadurch wird ein sehr hohes Angreiferinteresse im allgemeinen Interesse an

<sup>3</sup> Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks 17/14192, S. 23.

<sup>4</sup> Z.B. *BGH NJW-RR* 2011, 1026, 1027: Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens.

<sup>5</sup> BT-Drucks 17/13057, S. 14.

<sup>6</sup> Das G gegen unseriöse Geschäftspraktiken hat für Ansprüche nach dem UWG in §51 Abs.2, 3 GKG nF eine eigene Wertvorschrift eingeführt. Abs. 3 sieht für bestimmte Fälle einen Streitwert von 1000 Euro vor..

<sup>7</sup> Dazu etwa *OLG Düsseldorf NJW* 2011, 2979; *OLG Zweibrücken JurBüro* 2001, 418.



rechtmäßigen Klauselwerken (§1 UKlaG) und Einhaltung von Verbraucherschutzgesetzen (§2 UKlaG) relativiert (→ Stichwort »Allgemeine Geschäftsbedingungen« [Rdnr. 47]).

#### f) Insolvenzfeststellungsklagen

- 8 §182 InsO beschränkt das richterliche Ermessen auf die Schätzung der zu erwartenden **Insolvenzquote**. Hier wird ausnahmsweise die **Einbringlichkeit** einer Forderung berücksichtigt (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 16). Nach §48 Abs. 1 Satz 1 GKG gilt die Norm auch für den Gebührenstreitwert (→ Stichwort »Insolvenzfeststellungsklage« [Rdnr. 55]).

#### g) Aktienrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen des Aktionärs

- 9 Nach §247 Abs. 1 AktG ist ausnahmsweise nicht das gegebenenfalls geringere Interesse des Kl maßgebend, sondern (auch und vor allem) die **unternehmerische Bedeutung** (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 17; → §3 Stichwort »Aktiengesellschaft« [Rdnr. 47]). Die Norm hat **Ausnahmecharakter** und ist nicht analog auf Feststellungsklagen anwendbar, mit denen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Gesellschaftsvertrages oder eines Gesellschafterbeschlusses bei **Personengesellschaften** oder des Beschlusses der Mitgliederversammlung eines **Vereins** geltend gemacht wird<sup>8</sup>. Über §48 Abs. 1 Satz 1 GKG gilt die Norm auch für den Gebührenstreitwert<sup>9</sup>.

### 2. Angreiferinteresse

- 10 Sind die genannten normativen Streitwerte (→ Rdnr. 2ff.) nicht einschlägig, so kommt §3 ZPO zur Anwendung. Nunmehr ist der Streitwert konkret i.d.S. zu bestimmen, dass das **Interesse des Angreifers** für die Wertberechnung entscheidend ist<sup>10</sup>. Er bestimmt den **Streitgegenstand** und die Wertberechnung ist ihrerseits am Streitgegenstand ausgerichtet (→ *H. Roth* §2 Rdnr. 11ff.)<sup>11</sup>. Maßgebend ist das **objektive wirtschaftliche Interesse** (→ Rdnr. 14ff.)<sup>12</sup>. Auf Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage oder des Antrags kommt es nicht an<sup>13</sup>. Zivilrechtsfremde **generalpräventive Erwägungen** können grundsätzlich nicht zu einer Erhöhung des Streitwerts über das Angreiferinteresse hinaus führen<sup>14</sup>. Der ZPO liegt die Vorstellung zugrunde, dass für jeden vermögensrechtlichen Streitgegenstand eine Wertberechnung möglich ist<sup>15</sup>. Das Gesetz kennt keine nicht schätzbaren Vermögensrechte. Demnach ist das Ausweichen auf **Pauschalwerte** grundsätzlich verboten, auch wenn die Wertfeststellung sich als schwierig erweist<sup>16</sup>. Das Zurückgreifen auf Pauschalwerte ohne Rücksicht auf die wahren Vermögenswerte bedeutet eine pflichtwidrige Ab-

<sup>8</sup> BGH ZIP 1992, 918 (Verein); a.A. *Happ/Pfeifer* ZGR 1991, 103, 117f.

<sup>9</sup> BT-Drucks 12/6962, 61.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2009, 1621; *E. Schumann* NJW 1982, 1257, 1260.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 2005, 503; OLG Düsseldorf JurBüro 2011, 645.

<sup>12</sup> RGZ 45, 404 (Vereinigte Zivilsenate); *BayObLG* JurBüro 1995, 27; *AG München* JurBüro 2011, 28; *Stichelbrock* 410.

<sup>13</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2009, 1620, 1621.

<sup>14</sup> OLG Celle BeckRS 2011, 28345 (Unterlassungsanspruch nach §97 Abs. 1 UrhG); OLG Schleswig-Holstein ZUM 2010, 68 (Urheberrechtsverletzung auf Internetseite); a.A. OLG Schleswig-Holstein JurBüro 2009, 256 (unerwünschte e-mail-Werbung).

<sup>15</sup> RGZ 10, 322; anders noch das Gemeine Recht, *Wetzell*<sup>3</sup> 717f.

<sup>16</sup> Ein anderes Verständnis bei OLG Braunschweig JurBüro 1977, 403; OLG Köln JurBüro 1971, 718; OLG Frankfurt a. M. Rpfleger 1957, 124; LG Bonn AGS 2011, 90 (4000 Euro bei ehrverletzenden Äußerungen).

lehnung der eigenen richterlichen Ermessensentscheidung. Dieses Verständnis steht bisweilen im Gegensatz zu neueren Entwicklungen im Kostenrecht. Der frühere **allgemeine Ausgangswert** für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten (von damals 3000 DM) in § 14 GKG aF wurde abgeschafft und weithin durch eine Ermessensregel ersetzt (→ Rdnr. 19). Die überwiegende Praxis der Gerichte folgt den hier dargestellten Grundsätzen. Außer Betracht bleiben muss auch der Rückgriff auf § 52 Abs. 2 GKG als eines **Auffangstreitwerts** (von 5000 Euro) i.S.e. letzten Auswegs im Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit.

## II. Korrektur; Ergänzung; Erforderlichkeit

### 1. Korrektur

Im Anwendungsbereich der **normativen Streitwerte** (→ Rdnr. 2ff.) darf § 3 ZPO nicht zur **Ergebniskorrektur** verwendet werden. Tauchen bei der Anwendung von normativen Streitwerten rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten auf, so ist der Rückgriff auf § 3 ZPO gleichwohl ausgeschlossen. Über diese Norm darf selbst dann nicht geholfen werden, wenn sich im Einzelfall Werte ergeben, die dem Gericht als zu hoch oder als zu niedrig erscheinen. Das widerstreitet dem auf Vorhersehbarkeit und **Rechtssicherheit** ausgerichteten Zweck der normativen Streitwerte und bedeutet zudem ein dem Streitwertrecht fremdes Einfließen von **Billigkeitserwägungen** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 9). 11

### 2. Ergänzung

Von der verbotenen Korrektur normativer Streitwertregelungen (→ Rdnr. 11) zu unterscheiden ist deren **Ergänzung** und Ausfüllung über § 3 ZPO. Die speziellen Wertvorschriften (→ Rdnr. 2ff.) verweisen zum Teil wiederum auf § 3 ZPO oder setzen dessen Anwendung voraus. So gelangt § 3 ZPO trotz der mit Vorrang ausgestatteten Anwendbarkeit dieser Wertvorschriften vielfach doch mittelbar zur Anwendung. Z.B. wird die von § 6 ZPO für **Eigentumsstreitigkeiten** gegebene Regel von § 3 ZPO ausgefüllt (→ *H. Roth* § 6 Rdnr. 16). Vergleichbar liegt es bei § 7 ZPO (→ *H. Roth* § 7 Rdnr. 10) oder in Einzelfällen im Umkreis des § 8 ZPO (→ *H. Roth* § 8 Rdnr. 7) und des § 9 ZPO (→ *H. Roth* § 9 Rdnr. 11). 12

### 3. Erforderlichkeit

Die Wertberechnung der **einzelnen Streitwertarten** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 35ff.) ist nicht bei allen Streitigkeiten erforderlich. So entfällt etwa bei **nichtvermögensrechtlichen** Streitigkeiten (zum Begriff → *H. Roth* § 1 Rdnr. 52ff.) die privilegierte Vollstreckung nach § 708 Nr. 11 ZPO. Auch bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten müssen nicht immer sämtliche Werte berechnet werden. So bedarf es keiner Berechnung des Gebührenstreitwerts, wenn sich der Betrag aus streitwertunabhängigen **Festgebühren** ergibt (z.B. KV GKG Nr. 2110ff. für die Zwangsvollstreckung). Auch der Zuständigkeitsstreitwert braucht nicht immer berechnet zu werden (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 36). 13

### III. Schätzung nach §3 ZPO

#### 1. Objektive Wertberechnung

- 14 Kommt §3 ZPO direkt oder mittelbar (→ Rdnr.12) zur Anwendung, so setzt das Gericht den Wert nach »freiem Ermessen« fest. Gemeint ist damit eine Wertfestsetzung nach **objektiven Gesichtspunkten** und nicht nach »freiem Belieben«<sup>17</sup>. Vor dem 1.EheRG war das im Wortlaut der Bestimmung verdeutlicht, wo es hieß »Wert des Streitgegenstandes« (→ *Gesetzesgeschichte*). Die Ersetzung durch den Begriff »Wert« brachte aber keine Änderung in der Sache, sondern sollte lediglich §3 ZPO auch für andere Wertberechnungen öffnen (→ *H. Roth* §2 Rdnr.3)<sup>18</sup>.

#### 2. Verkehrswert

- 15 Nach §3 ZPO ist der wahre Wert i.S.d. **Verkehrswerts** zu ermitteln. Das ist in der Sache unbestritten, wenngleich die ZPO im Gegensatz zu anderen Prozessordnungen den Begriff »Verkehrswert« vermieden hatte<sup>19</sup>. Dadurch sollte lediglich ermöglicht werden, dass im Ausnahmefall auch einmal ein anderer Wert maßgebend sein kann<sup>20</sup>. Bei **marktgängigen Waren** bedeutet der Verkehrswert der Handelspreis, bei Wertpapieren der Kurswert. Ansonsten ist der Wert zu ermitteln, den der Gegenstand unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann hat<sup>21</sup>. Auch für **nichtvermögensrechtliche** Ansprüche muss der Wert nach §3 ZPO geschätzt werden, auch wenn sie keinen Geldeswert haben (→ *H. Roth* §1 Rdnr.46, 52). Deren Wertberechnung unterliegt Besonderheiten (→ Rdnr.19ff.). Nicht maßgebend ist der Kaufpreis für die zurückerlangte Sache oder eine sonstige Gegenleistung im konkreten Fall<sup>22</sup>. Häufig wird aber der **vereinbarte Preis** wenigstens ein **Indiz** für den Wert der Sache sein (→ *H. Roth* §6 Rdnr.16)<sup>23</sup>. Der nach §3 ZPO festzusetzende Wert kann verschieden sein von dem wirtschaftlichen Nutzen, den der Kl durch einen Prozesssieg erreicht<sup>24</sup>, wie z.B. der Nutzen bei Besitz der herausverlangten Maschine i.S.e. **Gewinnerwartung** des Kl<sup>25</sup>. Auch können festzusetzender Wert und der wirtschaftliche Schaden, den der Bekl bei einem Unterliegen erleidet, auseinandergehen. Unmaßgeblich sind die **steuerliche Bewertung** (→ *H. Roth* §6 Rdnr.16)<sup>26</sup> wie z.B. der **Einheitswert** eines Grundstücks, sowie der **Liebhaber- oder Affektionswert**<sup>27</sup>. Nicht ausgeschlossen ist aber die Mitberücksichtigung von affektiven und ideellen **Interessen**<sup>28</sup>. Wird dagegen ausdrücklich ein Streit um Liebhaber- oder Affektionsinteressen unterbreitet, so muss das Gericht den Wert nach den Vorstellungen des Kl bemessen. Zum einen können Liebhaber- zu Marktpreisen werden, zum anderen muss ein Prozess um derartige Interessen ablaufen können<sup>29</sup>. So wird sich etwa die Beschwer (§511 Abs.4 Satz

<sup>17</sup> Gegen ein Ermessen vor allem *Stichelbrock* 408ff., 420.

<sup>18</sup> BT-Drucks 7/650, 191 zu Art. 6 Nr.3.

<sup>19</sup> *Hahn* 147.

<sup>20</sup> *Hahn* 147; *Endemann* §2 Anm.

<sup>21</sup> *OLG Köln* JMBINRW 1967, 93; *LG Lübeck* NJW 2001, 82 (Kontosperrung eines NPD-Kontos).

<sup>22</sup> Dazu *RG JW* 1902, 181.

<sup>23</sup> *BGH WM* 1997, 643.

<sup>24</sup> *OLG Köln* JurBüro 1980, 244; *JMBINRW* 1967, 93; *Hellwig* Lb 2 S.198; *Wach* 381f.

<sup>25</sup> *OLG Koblenz* JurBüro 1994, 738.

<sup>26</sup> *OLG Hamm* Rpfleger 1964, 23; *OLG Nürnberg* JurBüro 1963, 170; 1961, 508; *OLG Hamburg* Rpfleger 1949, 419; a.A. *OLG Frankfurt a.M.* Rpfleger 1952, 512.

<sup>27</sup> *RGZ* 48, 382; *Hillach/Rohs*<sup>9</sup> 188f.; *Wach* 382f.

<sup>28</sup> *BGH FamRZ* 1991, 547, 548; *OLG Karlsruhe* FamRZ 2004, 1221 (¼).

<sup>29</sup> *Hahn* 147; *Endemann* §2 Anm.; *Wach* 383.

1 Nr.2 ZPO) einer Berufung gegen die Verurteilung zur Abschaffung eines in der Mietwohnung gehaltenen Hundes durchaus und sogar in erster Linie am **Affektionsinteresse** des Mieters ausrichten, gleichgültig ob die Streitigkeit als vermögensrechtlich oder nichtvermögensrechtlich eingeordnet wird<sup>30</sup>. Ferner kann auch ein zur Anwendung berufenes **ausländisches Recht** solche Interessen berücksichtigen wollen. Abgesehen von § 182 InsO (→ Rdnr. 8) spielt auch die **Einbringlichkeit** des geltend gemachten Anspruches für Leistungsklagen keine Rolle<sup>31</sup>.

### 3. Wertgrundsätze

Neben den soeben genannten Gesichtspunkten hat das Gericht auch im Anwendungsbereich des § 3 ZPO die **allgemeinen Grundsätze** über die Wertfestsetzung zu beachten. Das freie Ermessen des § 3 ZPO dispensiert nur in verfahrensmäßiger Hinsicht (sogleich → Rdnr. 17), nicht dagegen im Hinblick auf die für den Wert maßgeblichen Prinzipien. Zu beachten sind daher die Grundsätze über die Bedeutung des **Streitgegenstandes** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 13ff.), die Wertberechnung bei der **Leistungsklage** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 20ff.), der **positiven Feststellungsklage** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 26ff.), der **negativen Feststellungsklage** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 32ff.), der **Gestaltungsklage** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 34) sowie über die **Wertfestsetzung** (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 94ff.). Andernfalls handelt das Gericht ermessensfehlerhaft und daher rechtswidrig. 16

### 4. Verfahren

Die Bedeutung des § 3 ZPO liegt im **verfahrensrechtlichen Dispens**<sup>32</sup>. Durch das »freie Ermessen« wird das Gericht unabhängiger gestellt als bei der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO und der Schätzung im Rahmen des § 287 ZPO. Das Gericht ist an die **Parteiangaben** nicht gebunden (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 94). Wie sich aus dem Wort »kann« ergibt, darf das Gericht eine beantragte Beweisaufnahme selbst dann unterlassen, wenn beide Parteien sie beantragen. Der Streitwert darf **ohne jede Beweiserhebung** festgesetzt werden (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 109)<sup>33</sup>. Auch der BGH ist bei der Festsetzung der Beschwer nach § 26 Nr. 8 EGZPO nicht zum Einsatz eines **Sachverständigen** verpflichtet, hat aber ein im Laufe des Verfahrens eingeholtes Gutachten zugrunde zu legen, das einen durch den Kl nach § 61 GKG geschätzten Wert als unrichtig erweist<sup>34</sup>. Wie bei § 144 ZPO darf das Gericht aber auch von Amts wegen einen Augenschein einnehmen oder einen Sachverständigen hören. Andere Beweisaufnahmen darf es auf Antrag, aber nicht von Amts wegen, vornehmen. Findet eine Beweisaufnahme statt, so ist das Gericht vom formellen Beweisrecht nicht generell freigestellt. Es gelten daher die Grundsätze des **Strengbeweises** und nicht diejenigen des **Freibeweises**<sup>35</sup>. Glaubhaftmachung und Versicherung an Eides Statt scheiden deshalb bei § 3 ZPO aus<sup>36</sup>. Eine Ausnahme gilt für die **Nichtzulassungsbeschwer-** 17

<sup>30</sup> Dazu *LG Braunschweig* WuM 1996, 291; *LG Wiesbaden* WuM 1994, 291 (mit Recht ebenso für den Gebührenstreitwert der Unterlassungsklage).

<sup>31</sup> Unzutreffend *KG AGS* 2010, 145 mit abl. Anm. *E. Schneider* (Klage: 133 000 Euro, Streitwert: 300 Euro [!]).

<sup>32</sup> *Lappe* NJW 1986, 2558.

<sup>33</sup> Z. B. *OLG Naumburg* JurBüro 2011, 29 (Schätzung eines Hofladers auf eine Preisspanne zwischen 13 000 und 16 000 Euro).

<sup>34</sup> *BGH* MDR 2005, 1194 (Kontaminationen) (= NJW-RR 2005, 1011).

<sup>35</sup> *Musielak/Heinrich*<sup>9</sup> § 3 Rdnr. 10; *Peters*, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß (1962), 183f.; a. A. *Thomas/Putzo/Hüßtege*<sup>33</sup> § 3 Rdnr. 3.

<sup>36</sup> *Anders Prütting/Gehrlein/Gehle*<sup>4</sup> § 3 Rdnr. 2.

de nach § 26 Nr. 8 EGZPO. Dort reicht für die Statthaftigkeit die Glaubhaftmachung des Beschwerdeführers aus, dass der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20 000 Euro übersteige<sup>37</sup>. Vergleichbares gilt für § 511 Abs. 3 ZPO für die Berufung.

### 5. Einzelfallentscheidung

- 18 Das Gericht hat stets den für den jeweiligen **Einzelfall** maßgeblichen Wert festzustellen. Doch dient im Hinblick auf die nicht unbedeutenden Prozesskosten eine möglichst **einheitliche Rsp** vor allem auch der Berechenbarkeit des Prozess- und Rechtsmittelrisikos. Die **Judikatur** bietet daher für typische Prozesse eine wichtige Leitlinie (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 7) und vermag auch im Rahmen des § 3 ZPO eine vereinheitlichende Funktion in vergleichbarer Weise zu entfalten, wie sie von den Vätern der CPO auch den §§ 6–9 ZPO beigelegt wurde. Unerwünscht sei bei Streitwertfestsetzungen eine »verschiedenartige Praxis«. Die §§ 6–9 ZPO sollten daher »auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurteilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen«<sup>38</sup>. Doch kennt die ZPO **keine »Regelwerte«**. Ein Regelwert von 5000 Euro für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten findet sich in § 23 Abs. 3 Satz 2 HS 2 RVG nF, nicht aber in § 48 Abs. 2 GKG.

## IV. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten

- 19 Die ZPO geht für vermögensrechtliche Streitigkeiten davon aus, dass sich stets – gegebenenfalls über § 3 ZPO – ein Wert feststellen lässt (→ Rdnr. 10). Festgesetzt werden muss für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten (→ *H. Roth* § 1 Rdnr. 52ff.) seit dem RpfEntlG vom 11. 1. 1993 (BGBl. I 50) neben dem **Zuständigkeitsstreitwert** (§ 23 Nr. 1 GVG, → *H. Roth* § 1 Rdnr. 46) auch der **Rechtsmittelstreitwert** (§ 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 567 Abs. 2 ZPO, → *H. Roth* § 2 Rdnr. 40f.). Für den **Gebührenstreitwert** war das schon immer der Fall (→ *H. Roth* § 2 Rdnr. 44). Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert werden nach § 3 ZPO nach freiem Ermessen bestimmt. Doch sind auch für diese beiden Streitwertarten (mit Abstrichen, → Rdnr. 24) diejenigen Gesichtspunkte ausschlaggebend, die in § 48 Abs. 2 GKG für den Gebührenstreitwert maßgebend sind<sup>39</sup>. Nicht vertretbar ist das Abstellen auf § 52 Abs. 2 GKG (→ Rdnr. 10)<sup>40</sup>. Die hier vertretene Auffassung führt für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten zu einem begrüßenswerten Gleichlauf von Zuständigkeitsstreitwert, Rechtsmittelstreitwert<sup>41</sup> und Gebührenstreitwert. Für den Gegenstandswert gilt § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG nF (5000 Euro)<sup>42</sup>. Beeinträchtigen **herabsetzende Äußerungen** nicht nur das Ansehen des Kl in der öffentlichen Meinung, sondern gleichermaßen seine wirtschaftlichen Interessen, so kommt neben dem nichtvermögensrechtlichen Teil (§ 48 Abs. 2 GKG) auch ein eigener Wert für den vermögensrechtlichen Teil (§ 48

<sup>37</sup> *BGH* NJW 2002, 3180.

<sup>38</sup> *Hahn* 148.

<sup>39</sup> MünchKommZPO/Wöstmann<sup>4</sup> § 3 Rdnr. 100 Stichwort »Nichtvermögensrechtliche Streitigkeit«; *Thomas/Putzo/Hüßtege*<sup>33</sup> § 23 GVG Rdnr. 8; § 3 ZPO Rdnr. 109 Stichwort »nichtvermögensrechtliche Ansprüche«; *Anders/Gehle/Kunze*<sup>4</sup> 239f. Rdnr. 1; *Schlüter/Soehring* AfP 2011, 317, 325 (Presserecht); dagegen *von König* JurBüro 2001, 235; dazu *OLG Köln* NJW-RR 2002, 1723 (Unterlassungsantrag wegen Belästigung: Zuständigkeitsstreitwert unter 5000 Euro).

<sup>40</sup> So aber *Zöller/Herget*<sup>29</sup> § 3 Rdnr. 16 Stichwort »Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten«.

<sup>41</sup> So ausdrücklich Entwurfsbegründung zum RpfEntlG, BT-Drucks 12/1217 25; dagegen *Lappe* NJW 1994, 1190; 1993, 2786.

<sup>42</sup> Dazu etwa *LAG Hamburg* JurBüro 2012, 364.

Abs.1 Satz 1 GKG) in Betracht. Entscheidend ist nach §48 Abs.3 GKG der höhere Anspruch<sup>43</sup>. Zu beachten sind eine Reihe von gebührenrechtlichen Zusatzvorschriften für nichtvermögensrechtliche Streitfälle:

### 1. §48 Abs.2 GKG als Ausgangsnorm

§48 Abs.2 GKG gibt einen **normativen Streitwert** (→ Rdnr.6), der neben dem Gebührenstreitwert auch den Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert in analoger Anwendung bestimmt (→ Rdnr.19)<sup>44</sup>. Nicht mehr hier behandelt werden **Ehesachen**, die ihre Regelung seit 2009 in §43 FamGKG gefunden haben. Einen **Regelwert** kennt §48 Abs.2 GKG nicht.

#### a) Begriff; Richter- und Sachverständigenablehnung; Zeugnisverweigerungsrechte

Der Begriff »**nichtvermögensrechtlich**« ist bei §48 Abs.2 S.1 GKG genauso zu bilden wie bei den gleichlautenden Vorschriften in der ZPO (näher → *H. Roth* §1 Rdnr.48ff., 52ff.)<sup>45</sup>. Einen Hauptanwendungsfall bilden die Streitwerte im **Presse- und Äußerungsrecht** (Unterlassungsansprüche; Gegendarstellung; Berichtigung)<sup>46</sup>. Die angenommenen Streitwerte schwanken hier erheblich. Bei den Pressekammern in Berlin und Hamburg sind Streitwerte zwischen 20 000 und 50 000 Euro keine Seltenheit, wogegen sich vielfach auch eine amtsgerichtliche Zuständigkeit mit Streitwerten zwischen 2 000 und 5 000 Euro auszubreiten scheint<sup>47</sup>. Bei **Online-Veröffentlichungen** werden geringere Streitwerte angesetzt (»Drittelrechtsprechung«)<sup>48</sup>. Ist eine Streitigkeit als **vermögensrechtlich** einzuordnen, so sind auch die damit zusammenhängenden **zusätzlichen Verfahren** (z.B. Richter- oder Sachverständigenablehnung; → Rdnr.22) ebenfalls vermögensrechtliche Streitigkeiten, da sie der Entscheidung in der vermögensrechtlichen Hauptsache dienen<sup>49</sup>. Ein vermögensrechtlicher Streit bringt immer auch nur solche Nebenverfahren mit sich. Diese Aussage darf allerdings nicht umgekehrt werden: Aus einem nichtvermögensrechtlichen Streitfall kann ein **vermögensrechtliches Nebenverfahren** entstehen (→ *H. Roth* §1 Rdnr.51)<sup>50</sup>. So liegt es etwa bei Fragen der Sicherheitsleistung wie z.B. zur Höhe der Sicherheit, bei Streitigkeiten um den Gebührenstreitwert selbst.

<sup>43</sup> *LAG Mainz* MDR 2007, 1045.

<sup>44</sup> Zum Zuständigkeitsstreitwert etwa *AG München* JurBüro 2011, 261 (Herausgabe ärztlicher Zeugnisse).

<sup>45</sup> Z.B. *BGH NJW-RR* 1990, 1276 (Medizinjournalist); *OLG Düsseldorf* AnwBl 1997, 680 (Feststellungsklage gegen Idealverein auf Unrechtmäßigkeit der Vorstandswahlen als nichtvermögensrechtliche Streitigkeit); *OLG Koblenz* VersR 1991, 1392 (Ausschluss aus einem Idealverein); *AG München* JurBüro 2011, 261 (Herausgabe ärztlicher Zeugnisse); als vermögensrechtliche Streitigkeit wurde von *OLG Hamm* ZIP 1993, 1384 dagegen mit Recht eingeordnet die Klage auf Änderung der Satzung einer gemeinnützigen Stiftung (»Krupp-Stiftung«) mit erheblichem Vermögen.

<sup>46</sup> *Schlüter/Soehring* AfP 2011, 317, 325.

<sup>47</sup> Nachw. bei *Schlüter/Soehring* AfP 2011, 317, 325 Fn.135, 136.

<sup>48</sup> Nachw. bei *KG AfP* 2011, 284; *OLG Hamburg* ZUM 2009, 232, 233; *Schlüter/Soehring* AfP 2011, 317, 325 Fn.138, 139; *Schlüter* GRUR-Prax 2011, 316.

<sup>49</sup> *OLG Frankfurt a.M.* MDR 2006, 1079.

<sup>50</sup> Insoweit a.A. *Anders/Gehle/Kunze*<sup>4</sup> 27.

22 Als **vermögensrechtliche Streitigkeiten** sind daher anzusehen<sup>51</sup> die **Ablehnung** eines **Richters** (wegen §10 RPfG auch eines Rechtspflegers)<sup>52</sup>, **Schiedsrichters** oder **Sachverständigen**<sup>53</sup>. Das gleiche gilt für Streitigkeiten über **Zeugnisverweigerungsrechte**<sup>54</sup>. Abzustellen ist nicht auf den Wert des Streitgegenstandes insgesamt<sup>55</sup>, sondern im Rahmen einer nach §3 ZPO zu treffenden Ermessensentscheidung auf einen **Bruchteil des Gesamtwerts**<sup>56</sup>. Zwar ist es richtig, den Wert eines Zwischenstreits aufgrund des engen Zusammenhangs am Wert des Streitgegenstandes auszurichten. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es sich nur um eine unter Umständen untergeordnete Nebenentscheidung handelt. Das Interesse an der Entscheidung wird daher erheblich niedriger anzusetzen sein, wobei die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. In der Regel werden **Werte zwischen 1/10 und 1/3** angenommen. Zu beachten ist, dass im Verfahren über die Ablehnung eines Richters usw. **keine Gerichtsgebühren** erhoben werden und im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren **Festgebühren** gelten (KV GKG Nr. 1812 nF [60 Euro], 1825 ff.). Einen Rechtsmittelstreitwert gibt es nicht. Deshalb ist eine Wertfestsetzung für die Gerichtsgebühren nach §63 GKG **unzulässig**. Gleichwohl ergehende Beschlüsse haben keine Bindungswirkung<sup>57</sup>. Der Wert der im Beschwerdeverfahren (zum ersten Rechtszug §19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RVG) anfallenden **Anwaltsgebühren** (§18 Nr. 3 RVG) wird nach §33 RVG festgesetzt (VV RVG Nr. 3500 [0,5 Verfahrensgebühr]; §23

<sup>51</sup> BGH AGS 2004, 159 (Sachverständigenablehnung); OLG Frankfurt a.M. MDR 2006, 1079 (Richterablehnung); krit. wegen §23 Abs. 2 Satz 1 RVG Schneider/Herget/Monschau<sup>13</sup> Rdnr. 954; N. Schneider ErbR 2010, 322.

<sup>52</sup> Ausführlich N. Schneider MDR 2001, 130, 133: durchweg für die Annahme einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit.

<sup>53</sup> BGH AGS 2004, 159, 160; OLG München MDR 2010, 1012 mit Anm. Onderka KostRsp ZPO §3 Nr. 1434; OLG Koblenz OLGR 2005, 466 (Sachverständiger); OLG Düsseldorf MDR 2004, 1083 (Sachverständiger); OLG Brandenburg OLGR 2003, 194; a.A. OLG Köln Rpfleger 1987, 166; MDR 1976, 322; Rpfleger 1973, 321 (Berechtigung zur Zeugnisverweigerung); OLG Nürnberg JurBüro 1983, 1222; OLG Bamberg JurBüro 1982, 1376 (Richter-, Schiedsrichter- und Sachverständigenablehnung); Kahlke ZZZ 95 (1982) 288 ff.

<sup>54</sup> Thomas/Putzo/Hüftege<sup>33</sup> §3 Rdnr. 184 gehen von einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit aus.

<sup>55</sup> So aber BGH KostRsp ZPO §3 Nr. 1034 (abl. E. Schneider); NJW 1968, 796; BayObLG NJW 1989, 44; OLG Bremen FamRZ 2011, 1810 (Einzelrichter); OLG Frankfurt a.M. GesR 2009, 502; MDR 2006, 1079 (Richterablehnung); MDR 1962, 226 (Richterablehnung); OLG München InstGE 4 (2004) 301 (Sachverständiger zur verfahrensentscheidenden Frage der Patentverletzung); JurBüro 1995, 647; OLG Brandenburg OLGR 2003, 194 (Sachverständigenbeweis von wesentlicher Bedeutung für Erfolg der Klage); NJW-RR 2000, 1091, 1092; 1999, 1291; OLG Koblenz NJW-RR 1998, 1222 (ausführlich); OLG Zweibrücken FamRZ 1995, 679 (Zeugnisverweigerungsrecht); OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1086; JurBüro 1982, 761 (Schiedsrichterablehnung: Hauptsache ca. 40 Millionen DM); OLG Hamm MDR 1978, 582; Thomas/Putzo/Hüftege<sup>33</sup> §46 Rdnr. 2 (Richterablehnung).

<sup>56</sup> BGH AGS 2004, 159, 160 (Ablehnung eines Sachverständigen: 1/3); BFH Rpfleger 1977, 250; OLG München MDR 2010, 1012 (Ablehnung eines Sachverständigen: 1/3); JurBüro 1992, 261 (1/3) mit zust. Anm. Mümmeler; OLG Düsseldorf BauR 2009, 552 (LS); MDR 2004, 1083 (Sachverständigenablehnung: 1/3); NJW 1954, 1492 (Richterablehnung); OLG Rostock OLGR 2006, 586; OLG Koblenz OLGR 2005, 466 (Sachverständigenablehnung: 1/3); VersR 1992, 1026 (1/5); KostRsp GKG §12 Nr. 144 (LS)(Ablehnung von zwei Richtern); Rpfleger 1988, 507 (u.a. Schiedsrichterablehnung: 1/3); OLG Bamberg BauR 2000, 773 (Sachverständigenablehnung: 1/3); OLG Dresden JurBüro 1998, 318 (Sachverständigenablehnung im selbständigen Beweisverfahren: 1/10); OLG Hamburg MDR 1990, 58 (1/3); NJW 1970, 1239 (Sachverständigenablehnung); OLG Frankfurt a.M. MDR 1980, 145 (1/3); OLG Nürnberg WRP 1978, 231; BayJMBL 1959, 191; OLG Karlsruhe Rpfleger 1966, 84 (Streit über Zeugnisverweigerungsrecht); Nachw. des Streitstandes bei Hellstab JurBüro 1993, 109. – Unrichtig stellt OLG Düsseldorf BauR 2001, 835 mit abl. Anm. N. Schneider KostRsp ZPO §3 Nr. 1358 auf die Kosten für einen neuen Sachverständigen ab.

<sup>57</sup> N. Schneider NJW-Spezial 2012, 603.

(§ 567) statt. Entscheidet das Oberlandesgericht oder das Landgericht in zweiter Instanz, kommt indessen nur die zulassungsbedürftige Rechtsbeschwerde (§ 574) in Betracht.<sup>5</sup> Selbstverständlich können die Parteien des Erstprozesses auch dessen Ruhen nach § 251 beantragen. Das Gericht kann ferner, wenn die Voraussetzungen des § 148 vorliegen, auch von Amts wegen den Erstprozess<sup>6</sup> oder den Interventionsprozess aussetzen. Die Anordnung der Aussetzung kann bei Einverständnis der Parteien über die Aussetzung ohne mündliche Verhandlung, im Übrigen – vorbehaltlich der Fälle des § 128 Abs. 2, 3 und der §§ 251a, 331a – nur auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen (→ *Roth*<sup>22</sup> § 148 Rdnr. 35). Wegen der *Aufhebung* der Aussetzung → *Roth*<sup>22</sup> § 150 Rdnr. 8.

## II. Einstellung der Vollstreckung

- 3 Die Vollstreckung des im Erstprozess ergangenen Urteils kann auf Grund der schwebenden Hauptintervention **nicht** eingestellt werden. Der Interventient ist daher, soweit nicht § 771 eingreift (→ § 64 Rdnr. 27), darauf beschränkt, im Wege des Arrestes zur Sicherung seines Geldanspruches oder im Wege der einstweiligen Verfügung vorzugehen. Letzterenfalls kann er auch die Einstellung der Vollstreckung erreichen (→ *Grunsky*<sup>22</sup> § 938 Rdnr. 28).

## § 66 Nebenintervention

(1) Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

(2) Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels, erfolgen.

Gesetzesgeschichte: bis 1900 § 63 CPO.

### Stichwortverzeichnis zu §§ 66–74

**Ablehnung (des Richters):** § 67 Rdnr. 3, 14; § 74 Rdnr. 1

**Abschrift:** § 73 Rdnr. 5

**Abtretung:** § 66 Rdnr. 22

**Akteneinsicht:** § 73 Rdnr. 3

**Aktionär:** § 66 Rdnr. 19

**Alternative Haftung:** § 68 Rdnr. 7; § 72 Rdnr. 11

**Amtsprüfung:** → Prüfung

**Anerkenntnis:** § 67 Rdnr. 7, 9, 16; § 68 Rdnr. 15; § 69 Rdnr. 10, 11

**Anerkennung:** § 73 Rdnr. 2

**Anfechtung:** § 67 Rdnr. 7

**Angriffsmittel:** § 67 Rdnr. 3, 10; § 68 Rdnr. 15–17

**Anhängigkeit:** § 66 Rdnr. 6ff.; § 72 Rdnr. 3ff.

**Anschließung:** § 67 Rdnr. 18, 20

**Anspruchshäufung:** § 66 Rdnr. 15

**Antrag auf Zurückweisung:** § 70 Rdnr. 4; § 71 Rdnr. 1ff.; § 74 Rdnr. 4

**Anträge:** § 67 Rdnr. 3, 6, 24; § 69 Rdnr. 9

**Anwaltszwang:** § 66 Rdnr. 33; § 70 Rdnr. 1; § 71 Rdnr. 5; § 73 Rdnr. 2

**Arrest:** § 66 Rdnr. 7; § 72 Rdnr. 5

**Auflösungsklage:** § 66 Rdnr. 24

**Aufrechnung:** § 66 Rdnr. 21; § 67 Rdnr. 7

**Aufsichtsrat:** § 66 Rdnr. 19

**Ausländersicherheit:** § 67 Rdnr. 22, 27; § 69 Rdnr. 16

**Ausländische Prozesse:** § 72 Rdnr. 5; § 74 Rdnr. 8

<sup>5</sup> Vgl. Zöller/*Greger*<sup>29</sup> § 252 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> Vgl. *OLG Hamburg* SeuffArch. 41 (1886), 347.



**Aussetzung:** § 67 Rdnr. 12; § 73 Rdnr. 3

**Bedingendes Rechtsverhältnis:** § 66 Rdnr. 28;  
§ 69 Rdnr. 6

**Behörde:** § 66 Rdnr. 18

**Beitritt:** § 70 Rdnr. 1ff.; § 72 Rdnr. 13; § 74  
Rdnr. 2ff.

– beim Gegner: § 66 Rdnr. 3, 13; § 74 Rdnr. 2, 5

– Beschränkung: § 66 Rdnr. 15

– Erklärung: § 70 Rdnr. 1ff.

– Form: § 70 Rdnr. 1ff.; § 74 Rdnr. 4

– Mängel: § 70 Rdnr. 5, 6

– Unterlassen: § 66 Rdnr. 4; § 68 Rdnr. 2; § 74  
Rdnr. 6ff.

– Wechsel: § 66 Rdnr. 3, 13

– Wiederholung: § 70 Rdnr. 5

– Zeitpunkt: § 66 Rdnr. 11; § 68 Rdnr. 7; § 69  
Rdnr. 10; § 71 Rdnr. 7

– Zurücknahme: § 66 Rdnr. 3, 13; § 68 Rdnr. 4;  
§ 70 Rdnr. 7

– Zurückweisung: § 66 Rdnr. 5; § 71 Rdnr. 1ff.;  
§ 74 Rdnr. 4

**Beschränkte Rechtskraft:** § 68 Rdnr. 1

**Beschwer:** § 67 Rdnr. 11; § 69 Rdnr. 9, 10

**Beschwerde:** § 66 Rdnr. 5; § 71 Rdnr. 7–9

**Beweislast(-entscheidung):** § 68 Rdnr. 10; § 71  
Rdnr. 2

**Beweisverfahren, selbständiges:** § 66 Rdnr. 9;  
§ 72 Rdnr. 5

**BGB-Gesellschaft:** § 66 Rdnr. 12, 25, 29

**Bindungswirkung:** § 66 Rdnr. 23, 28; § 68  
Rdnr. 1ff., 24; § 69 Rdnr. 2ff., 17f.; § 72  
Rdnr. 4, 7; § 74 Rdnr. 7

**Bürgerschaft:** § 66 Rdnr. 29; § 72 Rdnr. 10

**Drittwiderrspruchsklage:** § 66 Rdnr. 29

**Duldung der Zwangsvollstreckung:** § 66  
Rdnr. 29

**Ehegatten:** § 66 Rdnr. 19, 25, 27

**Ehesachen:** § 66 Rdnr. 8

**Eigentum:** § 66 Rdnr. 21

**Einreden:** § 67 Rdnr. 3, 7, 13; § 68 Rdnr. 12, 13

**Einspruch:** § 66 Rdnr. 11; § 67 Rdnr. 3, 11, 17,  
19; § 69 Rdnr. 9, 10; § 70 Rdnr. 1

**Einstweilige Verfügung:** § 66 Rdnr. 7; § 72  
Rdnr. 5

**Einwendungen:** § 67 Rdnr. 7, 13; § 68 Rdnr. 6

**Einzelrichter:** § 71 Rdnr. 7

**Eltern-Kind-Verhältnis:** § 66 Rdnr. 8; § 69  
Rdnr. 5

**Endurteil:** § 69 Rdnr. 8; § 71 Rdnr. 7, 9

**Entscheidung:** § 68 Rdnr. 1, 3

**Entscheidung nach Aktenlage:** § 71 Rdnr. 3, 6

**Erkenntnisverfahren:** § 66 Rdnr. 7; § 72 Rdnr. 4

**Erschwerte Prozessführung:** § 66 Rdnr. 20, 28

**Ersitzung:** § 72 Rdnr. 15

**EuGVVO:** § 72 Rdnr. 5

**FamFG:** § 66 Rdnr. 8

**Feststellungsklage:** § 66 Rdnr. 18, 20; § 67  
Rdnr. 5

**Forderungspräsidenten:** § 66 Rdnr. 21; § 72  
Rdnr. 12

**Fremdnützigkeit:** § 66 Rdnr. 1

**Fristen:** § 69 Rdnr. 10

**Gebrauchsmuster:** § 66 Rdnr. 18; § 69 Rdnr. 5

**Gebühren:** § 70 Rdnr. 8; § 71 Rdnr. 7, 9

**Gesamtgläubiger:** § 66 Rdnr. 29

**Gesamtschuldner:** § 66 Rdnr. 29; § 69 Rdnr. 6;  
§ 72 Rdnr. 10

**Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** § 66  
Rdnr. 12, 25, 29

**Gesellschafter:** § 66 Rdnr. 12, 24, 29

**Gestaltungswirkung:** § 66 Rdnr. 22, 24; § 69  
Rdnr. 2, 5, 17

**Geständnis:** § 67 Rdnr. 9, 15; § 68 Rdnr. 14, 15;  
§ 69 Rdnr. 10, 11

**Gewährleistung:** § 66 Rdnr. 30; § 72 Rdnr. 8ff.

**Glaubhaftmachung:** § 70 Rdnr. 3; § 71 Rdnr. 5

**Gläubigerstreit:** § 66 Rdnr. 21; § 72 Rdnr. 12

**GmbH:** § 66 Rdnr. 24

**Haftung:** § 66 Rdnr. 19, 29

**Hauptintervention:** § 66 Rdnr. 1, 2, 7, 14, 23,  
30; § 67 Rdnr. 5; → auch Stichwortverzeich-  
nis vor § 64 vor Rdnr. 1

**Heilung:** § 66 Rdnr. 10; § 67 Rdnr. 19; § 68  
Rdnr. 4; § 70 Rdnr. 5; § 71 Rdnr. 3; § 72  
Rdnr. 4; § 73 Rdnr. 4

**Insolvenzgläubiger:** § 66 Rdnr. 12, 18

**Insolvenzschuldner:** § 66 Rdnr. 12

**Insolvenzverfahren:** § 66 Rdnr. 8, 12, 18

**Insolvenzverwalter:** § 66 Rdnr. 12, 18; § 67  
Rdnr. 5, 13

**Instanz:** § 66 Rdnr. 15; § 67 Rdnr. 18, 21; § 69  
Rdnr. 10

**Interventionswirkung:** § 66 Rdnr. 4; § 68  
Rdnr. 6ff.; § 69 Rdnr. 17; § 74 Rdnr. 5, 7, 9, 10

**Inzidentfeststellungsklage:** § 67 Rdnr. 5

**Kammer für Handelssachen:** § 67 Rdnr. 9

**Kindschaftssachen:** § 66 Rdnr. 8; § 69 Rdnr. 5

**Klageänderung:** § 67 Rdnr. 5; § 69 Rdnr. 9

**Klagehäufung:** § 66 Rdnr. 15

**Klagezurücknahme:** § 67 Rdnr. 9, 16; § 69  
Rdnr. 9; § 72 Rdnr. 4

**Kommission:** § 66 Rdnr. 31; § 72 Rdnr. 12

**Kosten:** § 66 Rdnr. 19, 21, 22, 25; § 67 Rdnr. 3,  
24; § 69 Rdnr. 2, 9, 16; § 70 Rdnr. 7, 8; § 71  
Rdnr. 7; § 73 Rdnr. 6

**Kumulative Begründung:** § 68 Rdnr. 7

**Ladung:** § 67 Rdnr. 5; § 70 Rdnr. 4; § 73 Rdnr. 3

**Mahnverfahren:** § 66 Rdnr. 10; § 72 Rdnr. 6

**Mängel:** § 66 Rdnr. 5, 7, 30; § 67 Rdnr. 19; § 68 Rdnr. 14; § 70 Rdnr. 5, 6; § 71 Rdnr. 12; § 73 Rdnr. 4

**Mangelhafte Prozessführung:** § 68 Rdnr. 13ff.; § 69 Rdnr. 17

**Markenrecht:** § 66 Rdnr. 23

**Materielles Recht:** § 66 Rdnr. 16; § 69 Rdnr. 3, 7, 10, 11, 18; § 72 Rdnr. 1, 15f.; § 74 Rdnr. 6

**Miteigentum:** § 66 Rdnr. 31

**Mündliche Verhandlung:** § 67 Rdnr. 17; § 71 Rdnr. 3, 5, 7

**Nacherbe:** § 66 Rdnr. 23

**Nachlassgläubiger:** § 66 Rdnr. 21

**Nachlassverwalter:** § 66 Rdnr. 12

**Nichtigkeitsklage:** § 67 Rdnr. 3

**Nießbrauch:** § 66 Rdnr. 31

**Non liquet:** § 68 Rdnr. 10

**OHG:** § 66 Rdnr. 12, 25, 29

**Partei:** § 66 Rdnr. 12, 13; § 67 Rdnr. 1

**Parteifähigkeit:** § 66 Rdnr. 33; § 71 Rdnr. 11

**Parteiwechsel:** § 67 Rdnr. 5

**Patent:** § 66 Rdnr. 18; § 71 Rdnr. 1

**Pensionssicherungsverein:** § 66 Rdnr. 30

**Pfändungsgläubiger:** § 66 Rdnr. 31; § 72 Rdnr. 12

**Pfandrecht:** § 66 Rdnr. 21, 31; § 72 Rdnr. 12

**Präjudizielles Rechtsverhältnis:** § 66 Rdnr. 22, 28; § 69 Rdnr. 6

**Präklusion:** § 67 Rdnr. 10, 12, 15; § 71 Rdnr. 3; § 73 Rdnr. 4

**Prätendentenstreit:** § 66 Rdnr. 21; § 72 Rdnr. 12

**Prozessbevollmächtigter:** § 66 Rdnr. 12, 21, 33; § 70 Rdnr. 5, 8; § 72 Rdnr. 7

**Prozessfähigkeit:** § 66 Rdnr. 33; § 71 Rdnr. 11

**Prozesskostenhilfe:** § 69 Rdnr. 16

**Prozessstandschaft:** § 66 Rdnr. 31; § 68 Rdnr. 24

**Prozessvollmacht:** § 66 Rdnr. 33

**Prozessvoraussetzungen:** § 66 Rdnr. 5, 33; § 71 Rdnr. 11

**Prüfung (von Amts wegen):** § 66 Rdnr. 5, 32, 33; § 68 Rdnr. 25; § 70 Rdnr. 1, 3; § 71 Rdnr. 1; § 72 Rdnr. 13; § 73 Rdnr. 2; § 74 Rdnr. 9

**Rechtliches Interesse:** § 66 Rdnr. 1, 12, 16ff., 23ff.; § 70 Rdnr. 3; § 71 Rdnr. 7; § 74 Rdnr. 4

**Rechtshängigkeit:** § 66 Rdnr. 1, 6ff., 23; § 72 Rdnr. 4ff.

**Rechtskraft:** § 66 Rdnr. 23; § 68 Rdnr. 1, 5; § 69 Rdnr. 2ff., 17; § 71 Rdnr. 9, 10

**Rechtskrafterstreckung:** § 66 Rdnr. 4, 22, 23, 27; § 69 Rdnr. 4f.

**Rechtsmittel:** § 66 Rdnr. 5, 11; § 67 Rdnr. 3, 9, 11, 16–19, 21, 22, 24; § 68 Rdnr. 14, 15, 17; § 69 Rdnr. 12f.; § 70 Rdnr. 1, 3; § 71 Rdnr. 7–10

**Rechtsmittelinstanz:** § 66 Rdnr. 21; § 67 Rdnr. 18, 21; § 72 Rdnr. 4

**Rechtsmittelrücknahme:** § 67 Rdnr. 3, 9, 16, 17, 18; § 69 Rdnr. 13

**Rechtsmittelsumme:** § 67 Rdnr. 11

**Rechtsmittelverzicht:** § 67 Rdnr. 9, 17; § 69 Rdnr. 12

**Rechtsnachfolger:** § 66 Rdnr. 14, 23; § 67 Rdnr. 6; § 68 Rdnr. 24; § 69 Rdnr. 4

**Rechtsverhältnis:** § 66 Rdnr. 19, 28

**Rechtsweg:** § 68 Rdnr. 3; § 72 Rdnr. 8

**Regress:** § 66 Rdnr. 30; § 72 Rdnr. 9ff.

**Revision:** § 68 Rdnr. 25; § 72 Rdnr. 4

**Rücktritt:** § 67 Rdnr. 7

**Sachurteilsvoraussetzung:** § 68 Rdnr. 10

**Sachvortrag:** § 67 Rdnr. 15, 3

**Säumnis:** § 67 Rdnr. 11, 17, 21; § 71 Rdnr. 6, 10

**Schadloshaltung:** § 72 Rdnr. 8, 10

**Schiedsgerichtetliches Verfahren:** § 66 Rdnr. 7; § 68 Rdnr. 3; § 72 Rdnr. 5; § 74 Rdnr. 8

**Sicherungsrecht:** § 66 Rdnr. 19

**Streitgegenstand:** § 66 Rdnr. 22

**Streitgenossen:** § 66 Rdnr. 6, 13, 29; § 67 Rdnr. 1; § 69 Rdnr. 10, 16; § 72 Rdnr. 7

**Streitgenössische Nebenintervention:** § 69 Rdnr. 1ff.; § 70 Rdnr. 7; § 72 Rdnr. 14

**Streitverkündung:** § 66 Rdnr. 2, 3, 4; § 68 Rdnr. 9, 20, 26; § 70 Rdnr. 3; § 71 Rdnr. 4; § 72 Rdnr. 1ff.

– doppelte: § 74 Rdnr. 5

– Empfänger: § 72 Rdnr. 7

– Form: § 73 Rdnr. 1ff.

– Inhalt: § 73 Rdnr. 3

– Mängel: § 73 Rdnr. 4

– Prüfung: § 72 Rdnr. 13; § 73 Rdnr. 2, 6

– Voraussetzungen: § 72 Rdnr. 3ff.

– weitere: § 72 Rdnr. 14; § 73 Rdnr. 2

– Wesen und Zweck: § 72 Rdnr. 1f.

– Wirkungen: § 68 Rdnr. 14; § 72 Rdnr. 1, 15f.; § 73 Rdnr. 1; § 74 Rdnr. 1, 6ff.

**Streitwert:** § 66 Rdnr. 15; § 70 Rdnr. 8; § 71 Rdnr. 7

**Tarifvertrag:** § 66 Rdnr. 23

**Tatbestandswirkung:** § 66 Rdnr. 22, 26, 28; § 69 Rdnr. 3, 7

**Teilurteil:** § 67 Rdnr. 10; § 68 Rdnr. 12

**Testamentsvollstrecker:** § 66 Rdnr. 12, 23  
**Tod:** § 67 Rdnr. 25; § 69 Rdnr. 14; § 70 Rdnr. 7;  
 § 71 Rdnr. 11  
**Tragende Feststellungen:** § 68 Rdnr. 7  
**Treuhand:** § 66 Rdnr. 31

**Überschießende Feststellungen:** § 68 Rdnr. 7  
**Untätigkeit:** § 67 Rdnr. 17, 18  
**Unteilbarkeit der Interventionswirkung:** § 68  
 Rdnr. 19f.  
**Unterbrechung des Prozesses:** § 67 Rdnr. 12,  
 18, 25; § 69 Rdnr. 14  
**Unterbrechung der Verjährung:** § 72 Rdnr. 4,  
 16  
**Unterstützung der Partei:** § 67 Rdnr. 2, 9; § 68  
 Rdnr. 21  
**Urheberbenennung:** § 72 Rdnr. 12  
**Urteil:** § 66 Rdnr. 4, 22; § 67 Rdnr. 22; § 68  
 Rdnr. 1, 3

**Vereinbarung über die Interventionswirkung:**  
 § 68 Rdnr. 26f.; § 74 Rdnr. 7  
**Vefahrenszuständigkeit:** § 68 Rdnr. 3  
**Vergleich:** § 67 Rdnr. 7, 16; § 68 Rdnr. 3; § 71  
 Rdnr. 9  
**Verjährung:** § 72 Rdnr. 4, 16  
**Versäumnisurteil:** § 67 Rdnr. 17, 21; § 71  
 Rdnr. 6, 10  
**Verschulden:** § 67 Rdnr. 12; § 68 Rdnr. 7, 9, 11  
**Versicherung:** § 66 Rdnr. 19, 25, 28–30; § 69  
 Rdnr. 7; § 72 Rdnr. 10, 12  
**Vertagung:** § 71 Rdnr. 6  
**Verteidigungsmittel:** § 67 Rdnr. 3, 10; § 68  
 Rdnr. 15–17  
**Vertretung:** § 66 Rdnr. 33  
**Verzicht:** § 67 Rdnr. 7, 9, 10, 14–17; § 68  
 Rdnr. 15; § 69 Rdnr. 10, 12; § 71 Rdnr. 3  
**Vollstreckbarkeit:** § 66 Rdnr. 27; § 69 Rdnr. 2  
**Voraussetzungen**  
 – der Interventionswirkung § 68 Rdnr. 3f.  
 – der Streitgenössischen Nebenintervention:  
 § 69 Rdnr. 2ff.

– der Streithilfe: § 66 Rdnr. 5, 6ff.  
 – der Streitverkündung: § 72 Rdnr. 4ff.  
**Vorfragen:** § 66 Rdnr. 1

**Wahlrecht:** § 66 Rdnr. 2, 3  
**Wesen:** § 68 Rdnr. 2, 20; § 72 Rdnr. 1  
**Widerklage:** § 66 Rdnr. 15; § 67 Rdnr. 5, 24  
**Widersprechende Entscheidungen:** § 68  
 Rdnr. 2, 21f.  
**Widerspruch:** § 66 Rdnr. 5; § 67 Rdnr. 22; § 71  
 Rdnr. 1ff.  
**Widerspruch zur Partei:** § 67 Rdnr. 1, 14ff.;  
 § 69 Rdnr. 10, 13  
**Wiederaufnahmeklage:** § 66 Rdnr. 11; § 67  
 Rdnr. 3, § 68 Rdnr. 25  
**Wiedereinsetzung:** § 67 Rdnr. 11, 18; § 69  
 Rdnr. 12  
**Wirkung gegen die Hauptpartei:** § 68  
 Rdnr. 18ff.; § 74 Rdnr. 10

**Zeitpunkt:** § 66 Rdnr. 11, 32  
**Zession:** § 66 Rdnr. 22  
**Zeuge:** § 67 Rdnr. 15, 23; § 69 Rdnr. 15; § 74  
 Rdnr. 1  
**Zurücknahme des Beitritts:** § 66 Rdnr. 3, 13;  
 § 68 Rdnr. 4, 26; § 70 Rdnr. 7  
**Zurückweisung:** § 68 Rdnr. 4; § 70 Rdnr. 4  
**Zuständigkeit:** § 72 Rdnr. 8; § 73 Rdnr. 2  
**Zustellung:** § 66 Rdnr. 7; § 67 Rdnr. 18, 21, 22;  
 § 69 Rdnr. 11, 12; § 70 Rdnr. 1, 5; § 71  
 Rdnr. 8; § 72 Rdnr. 4; § 73 Rdnr. 2, 5  
**Zuziehung zum Verfahren:** § 67 Rdnr. 20; § 71  
 Rdnr. 10–12; § 73 Rdnr. 3  
**Zwangsverwalter:** § 66 Rdnr. 12, 31  
**Zwangsvollstreckung:** § 66 Rdnr. 9, 22, 29  
**Zweck:** § 68 Rdnr. 2, 20; § 72 Rdnr. 1  
**Zwischenstreit:** § 66 Rdnr. 10; § 71 Rdnr. 1, 5–9;  
 § 72 Rdnr. 13  
**Zwischenurteil:** § 66 Rdnr. 5; § 67 Rdnr. 10; § 69  
 Rdnr. 8, 11; § 71 Rdnr. 1, 7–10

I. Inhalt der Nebenintervention . . . . .	1
1. Recht zum Beitritt . . . . .	2
2. Wahl der unterstützten Partei . . . . .	3
3. Urteilswirkung . . . . .	4
4. Voraussetzungen, Prüfung . . . . .	5
II. Voraussetzungen hinsichtlich des Rechtsstreits . . . . .	6
1. Erfasste Verfahren . . . . .	7
2. Maßgeblicher Zeitpunkt . . . . .	11
3. Zwischen anderen Personen . . . . .	12
III. Das rechtliche Interesse . . . . .	16
1. Eigenes Interesse . . . . .	18
2. Rechtliches Interesse . . . . .	19

3. Auswirkungen auf die Rechtslage des Dritten . . . . .	21
4. Interesse am Sieg der Partei . . . . .	22
a) Urteilstwirkungen . . . . .	23
b) Entscheidung über bedingendes Rechtsverhältnis . . . . .	28
5. Prüfung . . . . .	32
IV. Prozessvoraussetzungen . . . . .	33

**Literatur:** *Austmann* Rechtsfragen der Nebenintervention im aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß, ZHR 158 (1994), 495; *Becker* Streitverkündung für den Fall des Obsiegens, LeipZ 1914, 843; *Berneck* Die Nebenintervention, Diss. Heidelberg 1907; *Bischof* Die Streitverkündung, JurBüro 1984, 969/1141/1309/1461; *ders.* Praxisprobleme der Streitverkündung, MDR 1999, 787; *Böckermann* Ablehnung eines Sachverständigen oder Richters durch Streitverkündung oder Klageerhebung MDR 2002, 1348; *Bondi* Zulässigkeit der Nebenintervention, rechtliches Interesse im Sinne von § 62 ZPO, DJZ 1910, 1069; *Bork* Ist der Konkursverwalter berechtigt, im Prozeß als Nebenintervenient die Konkursanfechtung geltend zu machen?, JR 1989, 494; *ders.* Das Anerkenntnis im aktienrechtlichen Beschlussanfechtungsverfahren, ZIP 1992, 1205; *ders.* Drittbetroffenheit und rechtliches Gehör, FS Kerameus, 2009, 141ff.; *Bovensiepen* Ist der Beklagte auch dann aus dem Rechtsstreite zu entlassen, wenn er mehreren Personen den Streit verkündet hat und diese nur zum Teil in den Rechtsstreit eingetreten sind?, DJZ 1908, 636; *Brandt* Die rechtlichen Voraussetzungen der unselbständigen Nebenintervention, Diss. Heidelberg 1931; *Bruns* Die Erweiterung der Streitverkündung in den Gesetzgebungsarbeiten zur Novelle der deutschen Zivilprozeßordnung, FS Schima, 1969, 111; *v. Canstein* Die Stellung des Nebenintervenienten nach der Zivilprozessordnung, ZJP 8 (1885), 217; *Coester-Waltjen* Streitgenossenschaft und Nebenintervention, Jura 1989, 442; *Cuypers* Die Streitverkündung im Bauprozeß und im selbständigen Beweisverfahren, ZfBR 1998, 163; *ders.* Die Beteiligung Mehrerer in selbständigen Beweisverfahren in Bausachen – eine Bilanz nach 10 Jahren, MDR 2004, 314; *Deckenbrock/Dötsch* Terra incognita – Wegfall der Interventionswirkung bei Verkürzung von Rechtsmittelfristen?, JR 2004, 6; *Diedrich* Die Interventionswirkung – Ausprägung eines einheitlichen Konzepts zivilprozessualer Bindungswirkung, 2001; *Dötsch* Keine Nebenintervention des Beklagten auf Klägerseite bei der WEG-Beschlussmängelklage, NZM 2013, 67; *Donau* Prozeßstandschaft und Streithilfe im Vollstreckungsschutzverfahren, NJW 1955, 412; *Dorpalen* Gibt es eine Interventionswirkung zuungunsten der unterstützten Hauptpartei?, Judicium 1933, 239; *Enaux* Rechtliche Probleme bei der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren in Bausachen, FS Jagenburg, 2002, 147; *Eibner* Aktuelle Probleme des Streitverkündungsrechts, JurBüro 1988, 149/281; *Eichbaum* Streitverkündung für den Fall des Obsiegens?, LeipZ 1914, 1521; *Ekelöf* Das rechtliche Interesse als Interventionsgrund, FS Hedemann, 1938, 206; *Elzer* Streithilfe des Anfechtungsbeklagten auf Klägerseite, ZWE 2012, 119; *Francke* Die Nebenparteien, 1882; *ders.* Zur Stellung des Nebenintervenienten, ZJP 27 (1900), 294; *Freyberger* Die Vertretung des Beklagten beim gestellten Unfall aus standesrechtlicher und prozessualer Sicht, VersR 1991 842; *ders.* Prozessuale Möglichkeiten des Haftpflichtversicherers beim gestellten Versicherungsfall, NZV 1992, 391; *Fricke* Zur Zulässigkeit von Nebenintervention und Streitverkündung in Arrestverfahren und Verfahren der einstweiligen Verfügung, BauR 1978, 257; *Fürst* Der Aktionäre und Gesellschafter einer G.m.b.H. als Nebenintervenient in Rechtsstreiten der Gesellschaft, FS Cohn, 1915, 373; *Fuhrmann* Verspätetes Vorbringen des Streithelfers, NJW 1982, 978; *Gehrlein* Zur streitgenössischen Nebenintervention bei der aktienrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, AG 1994, 103; *Gerhardt* Zum Recht des Konkursverwalters, im Prozeß als Nebenintervenient die Konkursanfechtung geltend zu machen, KTS 1984, 177; *Goetzeler* Beiträge zur Lehre von der Nebenintervention, 1937; *Goslar/von der Linden* Interventionsfrist, Interventionsbefugnis und Kostenlastverteilung bei der Nebenintervention zur aktienrechtlichen Anfechtungsklage, WM 2009, 492; *Gottwald/Adolphsen* Zur Prozeßführung des Versicherers bei gestellten Verkehrsunfällen, NZV 1995, 129; *Haertlein* Beteiligung Dritter am Rechtsstreit – Streithilfe und Streitverkündung, JA 2007, 10; *Häsemeyer* Die Interventionswirkung im Zivilprozeß – prozessuale Sicherung materiell-rechtlicher Alternativverhältnisse, ZJP 84 (1971), 179; *Heberlein* Die Rechtsaufsichtsbehörde als Nebenintervenient, RdA 1989, 102; *van Hees* Der Beitritt eines Dritten im Patenterteilungsverfahren, GRUR 1987, 855; *Hoeren* Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren, ZJP 108 (1995), 343; *Jacoby* Der Musterprozeßvertrag, 2000; *Kisch* Der Begriff der Nebenintervention und seine Konsequenzen nach dem deutschen Recht, Grünhut 26, 315; *Kittner* Streithilfe

und Streitverkündung, JuS 1985, 703; 1986, 131/624; *Kufeld* Der Nebenintervenient als selbständiger Streithelfer, Diss. Leipzig 1930; *Lammenett* Nebenintervention, Streitverkündung und Beiladung, Diss. Köln 1976; *Laumen* Streitverkündung, Interventionswirkung und Beweislastverteilung bei alternativer Vertragspartnerschaft, FS G. Baumgärtel, 1990, 281; *Lent* Der Umfang der Interventionswirkung nach § 68 ZPO, AkadZ 1940, 129; *Lüke* Die Beteiligung Dritter im Zivilprozeß, 1993; *Mansel* Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluß der Streitverkündung durch Prozeßvertrag ZZZ 109 (1996), 61; *Martens* Grenzprobleme der Interventionswirkung, ZZZ 85 (1972), 77; *Mickel* Beweissicherung und Streitverkündung, BB 1984, 438; *Milleker* Formen der Intervention im französischen Zivilprozeß und ihre Anerkennung in Deutschland, ZZZ 84 (1971), 91; *Otte* Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen, 1998; *Pantle* Der nicht unterstützte Streithelfer, MDR 1988, 924; *Parmenier* Förmliche Zustellung der Streitverkündungsschrift, BauR 2001, 888; *Peters* Die Streitverkündung und das Gebot der Waffengleichheit der Beteiligten, ZZZ 123 (2010), 321; *Petersen* Die Stellung des Nebenintervenienten in der von ihm veranlaßten Rechtsmittelinstanz ZZZ 24 (1898), 305; *ders.* Zur Auslegung des § 72 der Civilprozeßordnung, Gruchot 25 (1881), 534; *Schäfer* Nebenintervention und Streitverkündung, 1990; *Schilken* Nebenintervention und Beiladung – das KapMuG und künftige Optionen, FS Picker, 2010, 709; *ders.* Zur Geltung des Anwaltszwanges bei der Nebenintervention, GS Wolf, 2011, 537; *Schilling* Die beschränkte Streitverkündung – ein Mittel zur effizienteren und kostengünstigeren Führung von Bauprozessen BauR 2001, 147; *Schlodtmann* Ueber die Streitverkündung an den dritten Forderungsprätendenten. Zu § 72 C.P.O., ZZZ 13 (1889), 293; *Schmidt* Ueber die Streitverkündung im Falle des § 72 der deutschen Civilprozeßordnung, ZZZ 1 (1879), 104; *K. Schmidt* Mehrparteienprozess, Streitverkündung und Nebenintervention bei Gestaltungsprozessen im Gesellschaftsrecht, FS Beys, 2003, 1485; *E. Schneider* Der forsche Streithelfer, MDR 1990, 505; *ders.* Kosten des Nebenintervenienten bei einem Prozeßvergleich der Parteien, MDR 1983, 801; *ders.* Über die Interventionswirkungen im Folgeprozeß, MDR 1961, 3; *Schreiber* Der Ausschluß verzögerten Vorbringens im Zivilprozeß als Folge von Streitverkündung, Rechtskraft oder arglistigem Verhalten, Jura 1980, 75; *ders.* Nebenintervention, Streitverkündung Hauptintervention, Jura 2011, 503; *Schulz* Förmliche Zustellung der Streitverkündungsschrift, BauR 2001, 327; *Schultze* Die rechtliche Stellung des sogenannten Nebenintervenienten im Rechtsstreit, ZZZ 2 (1880), 20; *Schulze* Verspätetes Vorbringen durch den Streithelfer, NJW 1981, 2663; *Schwab* Vorstandsregress und Streitverkündung, NZG 2013, 521; *Schwanecke* Nebenintervention und Rechtskraftwirkung, Diss. Heidelberg 1975; *Seggewiße* Streitverkündung im Mahnverfahren, NJW 2006, 3037; *Servatius* Die zivilprozessuale Nebenintervention, JA 2000, 690; *Skauradzsun/Hamm* Die Abwendung der Säumnis durch den Streithelfer, JR 2009, 7; *Stahl* Beiladung und Nebenintervention, 1972; *Steineker* Die Verjährungsunterbrechung durch die Streitverkündung, Diss. Hamburg 2000; *Tannenwald* Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung, DJZ 1910, 1022; *Thomas* Streitverkündung und Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren, BauR 1992, 299; *Vollkommer* Streitgenössische Nebenintervention und Beiladungspflicht nach Art. 103 Abs. 1 GG, 50 Jahre BGH – Festgabe der Wissenschaft, 2000, Band 3, 127; *Walsmann* Die Streitgenössische Nebenintervention, 1905; *Wehrberger* Besonderheiten der Streitverkündung aus Sicht des Streitverkünders und des Streitverkündungsempfängers AnwBl 2001, 683/2002, 51; *Weller* Selbständiges Beweisverfahren und Drittbeteiligung, Diss. Bonn 1994; *Werres* Die Wirkungen der Streitverkündung und ihre Grenzen, NJW 1984, 208; *Wieser* Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten, 1965; *ders.* Die Interventionswirkung nach § 68 ZPO, ZZZ 79 (1966), 246; *ders.* Streitverkündung im Verfahren zur Feststellung der nicht ehelichen Vaterschaft, FamRZ 1971, 393; *ders.* Voraussetzungen der Streitgenössischen Nebenintervention, ZZZ 112 (1999), 439; *Wilke* Zur Streitverkündung und Nebenintervention im Bauprozess BauR 1995, 465; *Wilsing/Ogorek* Die Nebeninterventionsfrist des § 246 IV 2 AktG – eine verfassungswidrige Verkürzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?, NZG 2010, 1058; *Windel* Zur prozessualen Stellung des einfachen Streithelfers (§§ 67, 71 Abs. 3 ZPO), ZZZ 104 (1991), 321; *ders.* Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozeßführungsbefugnis, 1992; *Wirth* Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren BauR 1992, 300; *Woesner* »Streitverkündeter« und »Streithelfer« im Alltag, SchlHA 1989, 171; *Ziegert* Die Interventionswirkung, 2003.

## I. Inhalt der Nebenintervention

- 1 Die Nebenintervention oder Streithilfe ist die **Teilnahme eines Dritten** an einem anhängigen Prozess zur Unterstützung derjenigen Partei, an deren Sieg der Dritte ein rechtliches Interesse hat. Im Gegensatz zum Hauptintervenienten (§ 64) macht der Streitgehilfe keinen Anspruch für sich geltend. Er handelt nur zugunsten des fremden Sieges.<sup>1</sup> Über seine Stellung dabei → § 67 Rdnr. 1. Die Streithilfe begründet nicht die Rechtshängigkeit.<sup>2</sup>

### 1. Recht zum Beitritt

- 2 Als Streithelfer beizutreten ist **Recht des Dritten**, auch wenn die Partei durch Streitverkündung Druck auf den Dritten ausüben kann beizutreten (→ § 72 Rdnr. 1). Der Beitritt steht dem Dritten u. U. wahlweise neben anderen Wegen zur Geltendmachung seines Interesses zu. Insbesondere können die Voraussetzungen der Hauptintervention und der Streithilfe konkurrieren (vgl. § 64 Rdnr. 12), und es ist dann jedenfalls auch die letztere zulässig.<sup>3</sup> Dasselbe gilt in den Fällen der §§ 75 ff.

### 2. Wahl der unterstützten Partei

- 3 Die Rechtslage kann so sein, dass die Voraussetzungen für die Nebenintervention hinsichtlich **jeder der beiden Parteien** vorliegen. Der Dritte kann dann zwar nicht beiden Parteien beitreten,<sup>4</sup> hat aber die Wahl,<sup>5</sup> auf welcher Seite er beitrifft. Die Streitverkündung seitens der einen Partei hindert den Dritten nicht, der Gegenpartei beizutreten (→ § 74 Rdnr. 2, 5). Nach Zurücknahme seines ersten Beitritts (→ § 70 Rdnr. 7) kann der Dritte der anderen Partei beitreten.<sup>6</sup>

### 3. Urteilswirkung

- 4 Tritt der Dritte bei, sei es auf Grund einer Streitverkündung (§ 72) oder ohne eine solche, so hat das unter den Parteien ergehende **Urteil** für und gegen ihn die **Interventionswirkung** des § 68. Unterlässt er den Beitritt, so gilt nur im Fall einer dem § 72 genügenden Streitverkündung die entsprechende Vorschrift des § 74. Im Übrigen regelt die ZPO die Folgen dieser Unterlassung nicht.<sup>7</sup> Eine Ausdehnung der Rechtskraft auf den Dritten als Folge des Nichteintretens findet jedenfalls nicht statt.<sup>8</sup> Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde hindert aber einen Dritten, ein Urteil vor dem Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen, wenn er nicht zuvor dem Verfahren als Streithelfer beigetreten war.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Vgl. RGZ 10, 398; 20, 393.

<sup>2</sup> RGZ 100, 87, 89; näher *Bettermann* Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform (1949), S. 76.

<sup>3</sup> RGZ 10, 398; OLG Dresden SächsAnn. 23, 172; s. auch RGZ 46, 405; *Hellwig* Lb 2, 489.

<sup>4</sup> BAGE 98, 47; KG NJW-RR 2000, 514; OLG München NZG 2011, 1280 (auch nicht bei beiden »je zur Hälfte«); → § 70 Rdnr. 3.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Hamburg OLGRspr. 17 (1908), 103; OLG Braunschweig OLGRspr. 19 (1909), 134; *Hellwig* Lb 2, 490.

<sup>6</sup> BGHZ 18, 110; BAG AP § 511 ZPO Nr. 1 (*Baumgärtel*); RGZ 61, 290; OLG Köln BauR 2000, 447; ferner (zur Kostenfrage) OLG Hamburg JW 1930, 198; OLG Hamm BauR 2000, 448; *Bischof* MDR 1999, 791; → *Bork*<sup>22</sup> § 101 Rdnr. 6.

<sup>7</sup> Vgl. RG Gruchot 37 (1893), 1221.

<sup>8</sup> *Mendelssohn-Bartholdy* Grenzen der Rechtskraft (1900), S. 400; s. auch *Zeiß* Die arglistige Prozeßpartei (1967), S. 113.

<sup>9</sup> *BVerfG* NJW 2001, 600; 1998, 1663; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 17.

#### 4. Voraussetzungen, Prüfung

Bei den **Voraussetzungen der Streithilfe** sind wie in ähnlichen Fällen (→ *Roth* § 33 Rdnr. 16; *Bork* vor § 59 Rdnr. 7ff.; § 64 Rdnr. 5) die des Rechts zur Intervention (→ Rdnr. 6–32) als *besondere* Prozessvoraussetzungen von den *allgemeinen* Prozessvoraussetzungen (→ Rdnr. 33) zu trennen. Die besonderen Voraussetzungen, ob ein Interventionsgrund vorliegt (→ Rdnr. 16–32) und ob der Beitritt formgerecht erfolgt ist (→ § 70 Rdnr. 1), werden nur dann **geprüft**, wenn eine Partei widerspricht (→ § 71 Rdnr. 1). Es geht aber zu weit, wenn ausgeführt wird, alle besonderen Prozessvoraussetzungen der Intervention seien nur auf Antrag zu prüfen.<sup>10</sup> Denn neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen (→ Rdnr. 33) sind auch die Voraussetzungen, dass ein interventionsfähiger Rechtsstreit anhängig sein muss (→ Rdnr. 6ff.) und dass der Beitretende nicht Partei des Rechtsstreits sein darf (→ Rdnr. 12f.), wegen ihrer Unverzichtbarkeit von Amts wegen zu prüfen.<sup>11</sup> Gleiches gilt für spezielle Anforderungen wie die Befristung des § 246 Abs. 4 Satz 2 AktG (→ Rdnr. 23). Eine Zulassungsentscheidung ist nicht vorgesehen. Fehlen von Amts wegen zu prüfende Voraussetzungen, ist der Beitritt durch Beschluss als unzulässig zurückzuweisen, wogegen sich der Zurückgewiesene bei Zurückweisung im ersten Rechtszug mit der sofortigen Beschwerde (§§ 128 Abs. 4, 567 Abs. 1 Nr. 2) und im zweiten Rechtszug nur bei Zulassung im Zurückweisungsbeschluss mit der Rechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 1 Nr. 2) wenden kann.<sup>12</sup> § 71 Abs. 3 gilt dann nicht (→ § 71 Rdnr. 11). Zur Entscheidung über den Antrag auf Zurückweisung → § 71.

## II. Voraussetzungen hinsichtlich des Rechtsstreits

Der Rechtsstreit muss »anhängig« geworden und darf nicht bereits endgültig erledigt sein<sup>13</sup> [im Fall der Streitgenossenschaft: für die unterstützte Partei endgültig erledigt sein (→ *Bork* vor § 59 Rdnr. 12)<sup>14</sup>]; in dieser Beziehung gilt das zu § 64 Rdnr. 11 Gesagte entsprechend. Wie für die Hauptintervention (→ § 64 Rdnr. 6ff.; ferner § 72 Rdnr. 4ff.) ist umstritten, ob das Gesetz in § 66 *Rechtshängigkeit* voraussetzt,<sup>15</sup> oder ob *Anhängigkeit* genügt<sup>16</sup>. Obwohl der Wortlaut wenig ergiebig ist, wird man aus den Begriffen »Rechtsstreit« und »Parteien« entnehmen können, dass der Gesetzgeber als Normalfall den Beitritt in einem rechtshängigen Erkenntnisverfahren vor Augen hatte. Das schließt aber nicht aus, §§ 66ff. analog anzuwenden, wo es nach Sinn und Zweck sowohl der Nebenin-

<sup>10</sup> BGHZ 165, 358, 362 beschränkt nach seiner Formulierung jedenfalls die amtswegige Prüfung auf Partei-, Prozess- und Postulationfähigkeit des Nebenintervenienten; ferner RGZ 163, 365; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> Rdnr. 1; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 21; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 12; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 19; *Thomas/Putzo/Hüfstege*<sup>34</sup> Rdnr. 11; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 14.

<sup>11</sup> *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 85; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 92ff.; vgl. auch die gerichtliche Prüfung eines interventionsfähigen Rechtsstreits in BGHZ 76, 293, 302; *OLG Düsseldorf* BauR 2001, 676. – RGZ 163, 365 bezieht sich auf den Beitritt eines einfachen Streitgenossen, der ohnehin zulässig ist (Rdnr. 9).

<sup>12</sup> Lediglich auf § 567 ZPO verweisen *Thomas/Putzo/Hüfstege*<sup>34</sup> Rdnr. 10; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 13; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 14.

<sup>13</sup> BGHZ 89, 121, 124; BGH NJW 1991, 229, 230; *OLG Düsseldorf* BauR 2001, 676; *OLG Karlsruhe* MDR 1998, 238; RGZ 89, 424; *BVerfGE* 60, 13.

<sup>14</sup> *BayObLG* SeuffArch. 60 (1905), 418.

<sup>15</sup> So noch BGH NJW 1975, 929 (obiter); ferner *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> Rdnr. 4; *A. Blomeyer* ZPR<sup>2</sup> § 112 I 1; *Herrmann* Grundstruktur der Rechtshängigkeit (1988), S. 124ff.

<sup>16</sup> BGHZ 92, 251, 257; *OLG Hamm* NZG 1999, 597; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 3; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 2; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 12; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 4.

tervention als auch des Verfahrens, in dem die Analogie erwogen wird, erforderlich erscheint.<sup>17</sup> Im Einzelnen gilt folgendes:

### 1. Erfasste Verfahren

- 7 Im normalen **Erkenntnisverfahren** wird es zu einer Nebenintervention zwischen Anhängigkeit und Klagezustellung kaum kommen, so dass am grundsätzlichen Erfordernis der **Rechtshängigkeit** festgehalten werden kann; jedenfalls würde ein etwaiger Mangel durch Klagezustellung geheilt. Wegen der Einzelheiten kann auf die Ausführungen in § 64 Rdnr. 6f. verwiesen werden. Im **Kostenfestsetzungsverfahren** ist eine Streithilfe nicht zulässig (→ *Bork*<sup>22</sup> § 103 Rdnr. 8).<sup>18</sup> Im Verfahren auf *Anordnung eines Arrestes* oder *Erlass einer einstweiligen Verfügung* wird zwar nicht der zu sichernde Hauptanspruch, wohl aber der Sicherungsanspruch rechtshängig (→ *Grunsky*<sup>22</sup> vor § 916 Rdnr. 9ff., § 920 Rdnr. 2). Das reicht für die Hauptintervention nicht, da der Dritte *dieses* Recht nicht für sich in Anspruch nimmt (→ § 64 Rdnr. 8), wohl aber für die Nebenintervention<sup>19</sup> (sofern der Dritte ein rechtliches Interesse hat → Rdnr. 16ff.). Anlässlich von *Vollstreckungsverfahren* ist die Streithilfe möglich, wenn ein Rechtsstreit entsteht, z.B. in den Fällen der §§ 731, 767f., 771ff., 805 sowie im Beschlussverfahren nach § 891.<sup>20</sup> Dagegen ist sie im Erinnerungsverfahren nach § 766 (und § 732) unzulässig,<sup>21</sup> aber auch unnötig, weil die Erinnerung dem interessierten Dritten selbständig zusteht (→ *Münzberg*<sup>22</sup> § 766 Rdnr. 33ff.). Ebenso scheidet die Streitverkündung im Insolvenzverfahren aus,<sup>22</sup> ist aber in anlässlich des Insolvenzverfahrens entstehenden Streitverfahren in Betracht zu ziehen<sup>23</sup>. Ferner kommt sie in Frage in dem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen gemäß §§ 1060ff.<sup>24</sup> und von Entscheidungen ausländischer Gerichte, sei es nach §§ 722f. oder nach spezielleren Vorschriften wie auf staatsvertraglicher Grundlage (→ *Münzberg*<sup>22</sup> § 723 Rdnr. 12ff.)<sup>25</sup>. Auch im *schiedsgerichtlichen Verfahren* ist die Nebenintervention grundsätzlich möglich;<sup>26</sup> näher zur Drittbeteiligung im Schiedsverfahren → *Schlosser*<sup>22</sup> § 1042 Rdnr. 27f.
- 8 In **FamFG-Verfahren** sieht § 7 FamFG grundsätzlich eine flexible Anzahl an Beteiligten vor. Wer vom Verfahren in seinen Rechten betroffen wird, kann einen Antrag auf Zuziehung zum Verfahren stellen, so dass für eine Streithilfe grundsätzlich kein Raum bleibt. Insbesondere in den Abstammungssachen (§ 169 FamFG, vormals in § 640 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 als Kindschaftssachen bezeichnet) regelt nunmehr § 172 FamFG die zu beteiligenden

<sup>17</sup> So dem Ansatz nach *KG OLGZ* 1989, 75; *Wussow NJW* 1969, 1407; auch *Herrmann* Grundstruktur der Rechtshängigkeit (1988), S. 126. – Weitergehend will die h.M. §§ 66ff. immer dann (direkt) anwenden, wenn die Entscheidung in dem jeweiligen Verfahren die Rechtsstellung des Dritten beeinflussen kann, so vor allem *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 13; ähnlich *Donau NJW* 1955, 413; *Kittner JuS* 1985, 707; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 2; *Schilken JR* 1984, 447; *Thomas/Putzo/Hüßtege*<sup>34</sup> Rdnr. 2; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 2a.

<sup>18</sup> *OLG Karlsruhe Rpfleger* 1996, 83; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf NJW* 1958, 794 (*Lent; Mölders*); *OLG Frankfurt JW* 1929, 1674 (*Jonas*; abl. *Fürst* 3174); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 6; a.M. *Fricke BauR* 1978, 257ff.

<sup>20</sup> Nicht hingegen bei bloßen Vollstreckungsschutzanträgen nach § 765a; a.M. *Donau NJW* 1955, 412.

<sup>21</sup> *OLG Oldenburg NdsRpfl.* 1955, 35; a.M. *Hellwig Lb* 2, 480.

<sup>22</sup> *OLG Frankfurt Rpfleger* 1978, 417.

<sup>23</sup> Vgl. *BGH ZIP* 2010, 646.

<sup>24</sup> *OLG Schleswig SchlHA* 1960, 343. – *OLG Frankfurt IPRax* 2013, 83 Rdnr. 49f. bejaht zutreffend auch die Zulässigkeit im gerichtlichen Verfahren nach § 1040 Abs. 3.

<sup>25</sup> *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 14.

<sup>26</sup> *OLG Stuttgart NJW-RR* 2003, 496.



Personen, für die nach altem Recht der aufgehobene § 640e den Beitritt eröffnete. In Ehe- und Familienstreitsachen ist eine Nebenintervention indes kraft Verweises der §§ 112, 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG auf § 66 wie im sonstigen ZPO-Erkenntnisverfahren zulässig, darüber hinaus kommt in Streitverfahren, die nach dem Zweiparteiprinzip ausgetragen werden, eine Streithilfe in Betracht (→ vor § 64 Rdnr. 4).

Im *selbständigen Beweisverfahren* wendet die ganz herrschende Meinung<sup>27</sup> mittlerweile §§ 66ff. (→ zur Streitverkündung § 72 Rdnr. 5). an, teilweise direkt,<sup>28</sup> mehrheitlich analog,<sup>29</sup> vielfach ohne Festlegung.<sup>30</sup> Auch der Gesetzgeber ist bei der Einführung des selbständigen Beweisverfahrens von der Anwendung dieser Vorschriften ausgegangen.<sup>31</sup> Eine Stellungnahme zu dieser Frage hängt nicht davon ab, ob die Nebenintervention Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit voraussetzt. Die direkte Anwendung von §§ 66ff. scheidet schon daran, dass in einem Beweisverfahren keine Entscheidung gefällt wird, mit der, wie es § 66 verlangt, »eine Partei obsiegt«. Für die analoge Anwendung spricht aber, dass das Beweisverfahren sich als vorgezogener bzw. abgesonderter Bestandteil eines gerichtlichen Verfahrens erweisen kann, wenn es die Beweisaufnahme im ordentlichen Klageverfahren ersetzt (§ 493 Abs. 1).<sup>32</sup> Die Regelungen der §§ 66ff. drohen somit leer zu laufen, wenn der Dritte sich nicht an dem möglicherweise prozessentscheidenden Beweisverfahren beteiligen dürfte: Die Streithilfe käme zu spät, die Interventionswirkung wäre durch den Einwand schlechter Prozessführung im Beweisverfahren (§ 68 Halbs. 2) entwertet, was gleichfalls auf den Nutzen der Streitverkündung durchschlüge. Da sich diese Gefahren nicht durch eine selbständige Drittbeteiligung im Beweisverfahren abwenden lassen,<sup>33</sup> ist der Beitritt auch im selbständigen Beweisverfahren bis zu seinem Abschluss<sup>34</sup> zulässig (→ zur Form § 70 Rdnr. 1). Interventionswirkung (§ 68) kann freilich entgegen einer verbreiteten Ansicht<sup>35</sup> noch nicht das Beweisverfahren, sondern erst das spätere gerichtliche Urteil entfalten; auch die Wirkung von § 493 Abs. 1 erfasst nicht den Streithelfer, sondern nur das Verhältnis von Antragssteller und Antragsgegner untereinander, deren Stellung im Beweisverfahren sich hinsichtlich Ladung (§§ 491, 493 Abs. 2) und Beteiligungsbefugnissen (§ 67) von der des Streithelfers unterscheidet.<sup>36</sup>

9

<sup>27</sup> A.M. *OLG Hamm* OLGR 1992, 114; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> Rdnr. 13 »Selbständiges Beweisverfahren«; *Cuyper* NJW 1994, 1991; *MünchKommZPO/Schreiber*<sup>4</sup> § 485 Rdnr. 23.

<sup>28</sup> *OLG Koblenz* OLGZ 1994, 232; *Weller* Selbständiges Beweisverfahren, S. 148; *Wieczorek/Schütze/Manse*<sup>3</sup> Rdnr. 14; *Wirth* BauR 1992, 313; *Zwanziger* ZZZ 109 (1996), 91.

<sup>29</sup> *BGHZ* 194, 68 Rdnr. 6; 182, 150 Rdnr. 8; 134, 190, 193; *BGH* NJW-RR 2006, 1312 Rdnr. 11; *OLG Düsseldorf* BauR 2001, 676; *OLG Karlsruhe* MDR 1998, 239; *OLG Köln* NJW 1993, 1661; 2757; *Hoeren* ZZZ 108 (1996), 347; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 2; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 263ff.; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 2a; → *Leipold*<sup>22</sup> § 487 Rn. 8; zum alten Recht bereits *Schilken* ZZZ 92 (1979), 248ff.

<sup>30</sup> *OLG Bremen* OLGR 1996, 348; *KG* NJW-RR 2000, 514; *OLG Karlsruhe* BauR 1999, 1210; *OLG München* MDR 2000, 603; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 3; *Thomas/Putzo/Hüfstege*<sup>34</sup> Rdnr. 2.

<sup>31</sup> Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 11/8283, 48.

<sup>32</sup> *OLG Köln* NJW 1993, 2757; *Gottwald/Malterer* JZ 1998, 262; *Zwanziger* ZZZ 109 (1996), 91.

<sup>33</sup> *Ziegert* Interventionswirkung, S. 264.

<sup>34</sup> Beschränkt sich das Beweisverfahren auf die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens, endet das Verfahren mit Übersendung des Gutachtens, so *BGHZ* 150, 55, 58ff. m. w. N.; ferner *OLG Bamberg* BauR 2010, 1626, oder wenn das Gericht nach §§ 411 Abs. 4 S. 2, 492 Abs. 1 eine Frist zur Stellungnahme setzt, mit deren Ablauf, dazu *OLG Düsseldorf* BauR 2001, 676; *OLG Karlsruhe* MDR 1998, 239.

<sup>35</sup> So obiter *BGHZ* 134, 190, 194; vgl. ferner *BGH* NJW-RR 2006, 1312 Rdnr. 14; *KG* NJW-RR 2003, 133; 2000, 514; vgl. auch *Gottwald/Malterer* JZ 1998, 262; *Hoeren* ZZZ 108 (1995), 355.

<sup>36</sup> Ausführlich zu dieser Problematik *Ziegert* Interventionswirkung, S. 276ff., die allerdings im Ergebnis wie insbesondere *Schilken* LM BGB § 209 Nr. 86 eine kombinierte Anwendung von §§ 493, 68 Halbs. 2 ZPO befürwortet. – Eine solche Kombination des auf Urteilswirkungen zugeschnitten

die Beseitigung dieses Hindernisses durch Aufnahme sind dann die §§ 239ff. entsprechend anzuwenden.<sup>106</sup>

## § 68 Wirkung der Nebenintervention

Der Nebenintervenient wird im Verhältnis zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, dass der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, dass die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

Gesetzesgeschichte: bis 1900 § 65 CPO.

Stichwortverzeichnis: → § 66.

I. Begriff und Zweck der Interventionswirkung . . . . .	1
II. Voraussetzungen der Interventionswirkung . . . . .	3
III. Wirkung zulasten des Streithelfers . . . . .	5
1. Der Interventionswirkung fähige Feststellungen . . . . .	6
2. Umfang der Interventionswirkung . . . . .	11
3. Einrede nach § 68 Halbs. 2 . . . . .	13
IV. Wirkung zulasten der unterstützten Partei . . . . .	18
1. Existenz dieser Interventionswirkung . . . . .	19
2. Umfang dieser Interventionswirkung . . . . .	21
V. Erstreckung der Interventionswirkung . . . . .	23
VI. Berücksichtigung der Interventionswirkung . . . . .	25

Literatur: → § 66.

### I. Begriff und Zweck der Interventionswirkung

Im Hauptprozess wird regelmäßig (Ausnahme: § 69) nur über das Rechtsverhältnis unter den Parteien (§ 325 Abs. 1), nicht über das zwischen dem Streitgehilfen und der unterstützten Partei rechtskräftig entschieden. § 68 lässt aber die Entscheidung in gewissen Grenzen auch auf den späteren Prozess zwischen der Partei und dem Streitgehilfen einwirken. Diese Wirkung wird als *beschränkte Rechtskraft* bezeichnet.<sup>1</sup> Das ist vertretbar, wenn man von einem allgemeineren, über § 322 hinausgehenden Begriff der Rechtskraft ausgeht. Legt man jedoch § 322 zugrunde, so kommt der wesentliche Unterschied gegen-

<sup>106</sup> Im Ergebnis ebenso *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> Rdnr. 5; *Hellwig* Lb 2, 496; *Wieczorek/Schütze/Manse*<sup>3</sup> Rdnr. 83; a.M. *OLG Düsseldorf* MDR 1985, 504, das unter Vernachlässigung der Interessen des Nebenintervenienten am Ausgang des Rechtsstreits von der Anwendung von § 71 Abs. 3 für das weitere Verfahren absehen will.

<sup>1</sup> Vgl. *BGHZ* 5, 12, 15; *RGZ* 82, 173; 145, 42; *SeuffArch.* 61 (1906), 371; a.M. *Hellwig* Rechtskraft, 32, Lb 2, 513 und *Walsmann* Nebenintervention, S. 124, 145f., die die Rechtskraft verneinen; *Mendelssohn-Bartholdy* Rechtskraft (1900), S. 396, der eine unbeschränkte Rechtskraft annimmt.

über der dort geregelten Rechtskraftwirkung (→ Rdnr. 5) in dieser Bezeichnung so wenig zum Ausdruck, dass zur Vermeidung von Missverständnissen besser von **Interventionswirkung** gesprochen werden sollte.<sup>2</sup>

- 2 Die Interventionswirkung ist Ausdruck dessen, dass der Prozess zwischen unterstützter Partei und Gegner sich auch im Verhältnis von unterstützter Partei und Streithelfer als *Rechtsschutzgewährung* darstellt (→ *Bork*<sup>22</sup> § 114 Rdnr. 9).<sup>3</sup> Die Interventionswirkung dient damit wie die Rechtskraft (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 322 Rdnr. 27ff.) **privaten und öffentlichen Interessen** zugleich.<sup>4</sup> Besonderes Gewicht haben folgende Funktionen: Die Interventionswirkung schützt subjektive Rechte der Betroffenen, indem sie deren Durchsetzung unterstützt und so Rechtsgewissheit und Rechtsfrieden herstellt. Im Interesse der Rechtspflege vermeidet sie eine doppelte Verhandlung und Entscheidung derselben Fragen.

## II. Voraussetzungen der Interventionswirkung

- 3 Die Interventionswirkung ist Urteilswirkung. Sie setzt eine **rechtskräftige Entscheidung** voraus. Dagegen wirken andere Vorgänge als Entscheidungen, z.B. ein außergerichtlicher oder ein Prozessvergleich, nicht (jedenfalls nicht nach § 68) gegenüber dem Streithelfer, ebenso wenig die im Hauptprozess ergangenen, durch Vergleich usw. nicht rechtskräftig gewordenen, regelmäßig wirkungslosen Urteile.<sup>5</sup> Die Interventionswirkung tritt aber ein, wenn ein Urteil durch vergleichsweise Rechtsmittelrücknahme Rechtskraft erlangt hat<sup>6</sup> oder bereits vor dem Vergleich rechtskräftig geworden und geblieben ist.<sup>7</sup> Die Interventionswirkung tritt unabhängig davon ein, ob im Folgeverfahren ebenfalls der *Rechtsweg* zur ordentlichen Gerichtsbarkeit oder ein anderer Rechtsweg eröffnet ist.<sup>8</sup> Denn die Rechtswege sind nach der Wertung von § 17f. GVG gleichwertig, und das Bedürfnis, durch die Interventionswirkung Urteilkollisionen zu vermeiden, besteht in gleicher Weise. Ebenso greift die Interventionswirkung in Verfahren mit anderer *Verfahrenszuständigkeit*<sup>9</sup> und in Schiedsverfahren.<sup>10</sup> Zur Interventionswirkung im selbständigen Beweisverfahren → § 66 Rdnr. 9. – Zur Interventionswirkung nach Streitverkündung im Anwendungsbereich der *EuGVVO* → *Wagner*<sup>22</sup> Art. 65 *EuGVVO* Rdnr. 8ff.
- 4 Die Interventionswirkung verlangt neben der rechtskräftigen Entscheidung lediglich einen **wirksamen Beitritt** in dem Verfahren, in dem die Entscheidung erlassen wurde (zur

<sup>2</sup> So u. a. *Baumgärtel* GS Rödiger, 1978, 316; *A. Blomeyer* ZPR<sup>2</sup> § 112 III 3; *Costede* Studien zum Gerichtsschutz (1977), S. 314ff.; *Jauernig/Hess* ZPR<sup>30</sup> § 83 Rdnr. 20; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 6; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 20ff.

<sup>3</sup> *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 29, 32; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 33f.

<sup>4</sup> Vgl. (z. T. unterschiedlich gewichtend) *Eibner* JurBüro 1988, 150ff.; *Häsemeyer* ZRP 84 (1971), 179ff., 186f. (ihm folgend *Costede* Studien zum Gerichtsschutz (1977), S. 314ff.); *Herrmann* Grundstruktur der Rechtshängigkeit (1988), S. 126ff., 139f.; *Kittner* JuS 1985, 705; *Milleker* ZRP 84 (1971), 99ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 5ff.; ausführlich *Ziegert* Interventionswirkung, S. 26ff. m. w. N.

<sup>5</sup> *BGH* NJW 1969, 1481; *WM* 1967, 198; *VersR* 1958, 762; *RGZ* 159, 88; *Schwanecke* Nebenintervention, S. 98ff.

<sup>6</sup> *BGH* NJW 1969, 1480.

<sup>7</sup> *RGZ* 123, 95 (Grundurteil).

<sup>8</sup> *Häsemeyer* ZRP 107 (1994), 234f.; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 24; *Otte* Streitentscheidung, S. 90; *Wax* LM § 256 Nr. 177; lediglich mit Einschränkungen *BSG* NJW 2012, 956 Rdnr. 13; *a.M.* (obiter) *BGHZ* 123, 44, 48f.; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 4; *Zöllner/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 10.

<sup>9</sup> *OLG Hamm* NJW-RR 1996, 336 (Interventionswirkung eines ZPO-Urteils im FGG-WEG-Verfahren).

<sup>10</sup> *Bartels* TranspR 2002, 19ff.; → *Schlosser*<sup>22</sup> § 1042 Rdnr. 28, dort auch zur Interventionswirkung von Schiedssprüchen.

Interventionswirkung infolge Streitverkündung → § 74). Sie tritt also auch dann ein, wenn die Voraussetzungen für die Streithilfe (→ § 66 Rdnr. 5) an sich nicht vorlagen, solange nur die Streithilfe nicht auf Rüge durch Zwischenurteil nach § 71 oder von Amts wegen durch Beschluss (→ § 66 Rdnr. 5) zurückgewiesen worden ist.<sup>11</sup> Denn diese Voraussetzungen wurden entweder durch Unterlassen der Rüge *geheilt* (→ § 71 Rdnr. 3) oder unterlagen der (ebenso wie bei der materiellen Rechtskraft) *verbindlichen Prüfung* durch das Gericht im Vorprozess. Eine Ausnahme ist allerdings abgesehen von der Postulationsfähigkeit für die *Prozesshandlungsvoraussetzungen* (z.B. Prozessfähigkeit, → § 66 Rdnr. 33) zu machen.<sup>12</sup> Wie eine Partei insoweit nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 die Rechtskraft einer Entscheidung im Wege der Nichtigkeitsklage durchbrechen kann, so kann der Nebenintervenient im Folgeprozess eine entsprechende Rüge erheben.<sup>13</sup> Ist der Dritte einmal als Streitgehilfe eingetreten, so kann er durch Untätigkeit im Prozess oder dadurch, dass er zulässigerweise den Beitritt zurücknimmt,<sup>14</sup> dessen Wirkungen nicht wieder beseitigen.<sup>15</sup> Über die Folgen der Unterlassung des Beitritts → § 66 Rdnr. 4.

### III. Wirkung zulasten des Streithelfers

Wird in dem späteren Prozess zwischen der unterstützten Partei und dem Streitgehilfen das im Hauptprozess entschiedene Rechtsverhältnis in Frage gestellt, so wird der damalige Streitgehilfe **mit der Behauptung, der Rechtsstreit sei unrichtig entschieden, nicht gehört**. Die Interventionswirkung bedeutet also für den Streithelfer ein Verbot, entgegen dem im Hauptprozess ergangenen Urteil vorzutragen. Dieses Verbot kann nicht nur die Entscheidung über den Urteilsspruch, sondern auch die **tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Urteils** ergreifen.<sup>16</sup> Damit unterscheidet sich die Interventionswirkung wesentlich von der materiellen Rechtskraft (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 322 Rdnr. 79). Aber auch die Interventionswirkung bezieht sich nicht auf alle diese Feststellungen, sondern unterliegt folgenden Einschränkungen:

<sup>11</sup> **A.M.** *Wieser* Interesse, S. 273, der neben der Zurückweisungsentscheidung auch noch die tatsächliche Verweisung aus dem Prozess verlangt, um die Interventionswirkung entfallen zu lassen. – Wie hier *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 80; differenzierend *Ziegert* Interventionswirkung, S. 100f.

<sup>12</sup> *Kittner* JuS 1986, 625; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 56; *Wieser* Interesse, S. 269, 271; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 108. – *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 71ff. verlangt auch noch die Prüfung der weiteren Voraussetzungen fehlende Parteistellung und interventionsfähiger Rechtsstreit.

<sup>13</sup> *Ziegert* Interventionswirkung, S. 108; für Prüfung von Amts wegen *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 72; wohl auch *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 3; **a.M.** (keine Prüfung) *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 2.

<sup>14</sup> → § 70 Rdnr. 7 m. N. auch zur Gegenansicht; zur Ausnahme bei entgegengesetzter Vereinbarung → Rdnr. 26.

<sup>15</sup> *RGZ* 61, 289.

<sup>16</sup> Vgl. *BGHZ* 157, 97, 99; 116, 95, 102; 103, 275, 278; 96, 50, 53; 85, 252, 255; 36, 212, 215; 8, 72, 82; 5, 12, 15; *BGH* NJW 1998, 80; NJW-RR 1989, 767; *VersR* 1985, 569; NJW 1983, 2033; 1982, 281, 282; 1969, 1480; *RGZ* 123, 95; 130, 300; DR 1940, 587; *OLG Düsseldorf* NJW 1992, 1177; *OLG Hamm* NJW-RR 1988, 155; *OLG Köln* NJW-RR 1992, 120 (dazu *Deubner* JuS 1991, 1035); *OLG München* NJW 1986, 263 (*Vollkommer*); *OLG Bamberg* OLGZ 1979, 210f.; *OLG Frankfurt* MDR 1976, 937; *BAG* NZA 1990, 691; *ZIP* 1990, 739; nähere Begründung bei *Lent* AkadZ 1940, 129.

### 1. Der Interventionswirkung fähige Feststellungen

- 6 Die Interventionswirkung wird dadurch begrenzt, dass sie sich nur auf die *Entscheidung des Rechtsstreits* bezieht. Eine Bindung in dem nachfolgenden Prozess scheidet daher selbstverständlich hinsichtlich solcher Einwendungen aus, die **nicht** zu den in der Vorentscheidung getroffenen tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen **in Widerspruch stehen**. So können im Rückgriffsprozess insbesondere solche Einwendungen erhalten bleiben, die die subjektive Seite des Verschuldens<sup>17</sup> oder das Mitverschulden des Regressklägers<sup>18</sup> betreffen. Unerheblich ist auch, ob aus objektiver Sicht das Gericht im Erstverfahren zu diesen Punkten hätte Feststellungen treffen müssen, um seine getroffene Entscheidung begründen zu können.<sup>19</sup>
- 7 Die Bindung erstreckt sich aber auch nur auf die die Vorentscheidung **tragenden** tatsächlichen und rechtlichen **Feststellungen**.<sup>20</sup> Sog. überschießende Feststellungen, auf denen die Entscheidung nicht beruht, scheiden aus.<sup>21</sup> Für die Abgrenzung, ob eine Feststellung tragend oder überschießend ist, ist nicht die Sicht des Gerichts im Erstprozess,<sup>22</sup> sondern die *objektive Rechtslage* maßgebend.<sup>23</sup> Ungeachtet dessen sind Feststellungen dann tragend, wenn das Gericht sein Ergebnis auch alternativ hätte begründen können, solange nur die getroffenen Feststellungen bei der gewählten Begründung notwendig waren.<sup>24</sup> In den für die Drittbeteiligung typischen *Alternativverhältnissen* (alternative Gläubigerschaft, Schuldnerschaft oder Vertragspartnerschaft etc.) mag das Gericht im Erstprozess seine tragende Feststellung zur fehlenden Betroffenheit einer Partei (etwa keine Verantwortlichkeit der Partei) mit einer Festsstellung zur Betroffenheit eines Dritten (etwa Verantwortlichkeit des Streithelfers) begründen. Dann ist letztere Feststellung als überschießend anzusehen und damit nicht bindend.<sup>25</sup> Denn auch wenn das Gericht erst mit Hilfe dieser weiteren Feststellung zu ihrer tragenden Feststellung gelangt ist, war nur diese Feststellung notwendig. Über die Betroffenheit des Dritten hatte das Gericht nicht zu befinden oder gar Beweis zu erheben. Auf die einzelnen Feststellungen *kumulativer Begründungen* – gleich ob gleichrangig oder hilfsweise – kann sich die Interventionswirkung nur insoweit erstrecken, wie es dem Dritten möglich und zumutbar ist, die

<sup>17</sup> RGZ 145, 135 (die im Vorprozess getroffene Feststellung der objektiv mangelhaften Beurkundung zwingt noch nicht dazu, eine Amtspflichtverletzung des Notars anzunehmen); ferner RG JW 1935, 3539.

<sup>18</sup> OLG München NJW-RR 1997, 813.

<sup>19</sup> BGHZ 85, 252, 256; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 113; Ziegert Interventionswirkung, S. 148; Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10.

<sup>20</sup> BGHZ 96, 50, 53; 85, 252, 255; 16, 217, 229; 8, 72, 82; BayObLG WM 1987, 735; OLG Köln NJW-RR 1992, 120 (dazu Deubner JuS 1991, 1035); BAG NZA 1990, 691; Bischof JurBüro 1984, 1143; Vollkommer NJW 1986, 264; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 96; Ziegert Interventionswirkung, S. 147.

<sup>21</sup> BGHZ 157, 97, 99 BGH FamRZ 2008, 1435 Rdnr. 23; OLG Celle OLGR 1996, 255; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1506; OLG Köln NJW-RR 1992, 120; Bischof JurBüro 1984, 1143; Musielak/Weth<sup>10</sup> Rdnr. 4; Vollkommer NJW 1986, 264; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 108; Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10.

<sup>22</sup> So aber OLG München NJW 1986, 263.

<sup>23</sup> BGHZ 157, 97, 99 OLG Hamm NJW-RR 1996, 1506; Bischof JurBüro 1984, 1143; Musielak/Weth<sup>10</sup> Rdnr. 4; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 97; Ziegert Interventionswirkung, S. 148ff.; Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10.

<sup>24</sup> BGHZ 157, 97, 99 OLG Köln NJW 1992, 120; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 99.

<sup>25</sup> Häsemeyer ZP 84 (1971), 196; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 110; a.M. Ziegert Interventionswirkung, S. 154. – Auf das Ergebnis im Folgeverfahren wird sich diese Differenzierung freilich nur auswirken, wenn weitere Personen als potentielle Gläubiger, Schuldner bzw. Vertragspartner in Betracht kommen.

einzelnen Feststellungen letztinstanzlich anzugreifen,<sup>26</sup> während bei *Alternativbegründungen* die einzelnen Feststellungen nicht allein für sich, sondern lediglich in ihrer Alternativität bindend sind.<sup>27</sup>

Die Entscheidung des Rechtsstreits und daher auch die Interventionswirkung beziehen sich ferner nur auf die rechtliche und tatsächliche Beurteilung des Sachverhalts, um den es im Erstprozess ging. Die Interventionswirkung rechtfertigt **keine Übertragung** der gerichtlichen Stellungnahme **auf einen anderen Sachverhalt**, mag er auch gleichartig sein.<sup>28</sup> Das gilt auch für die Gewährleistungsansprüche in mehrgliedrigen Vertragsketten mit weitergereichten Vertragsbedingungen.<sup>29</sup> Die Interventionswirkung kann sich jeweils nur auf die festgestellten tatsächlichen Umstände beziehen, nicht auf die rechtliche Würdigung der Mangelhaftigkeit, da diese für jedes Vertragsverhältnis gesondert zu erfolgen hat.<sup>30</sup>

Verschiedentlich werden **weitere Begrenzungen** der Interventionswirkung vorgeschlagen, die auf das Rechtsverhältnis von Hauptpartei und Streithelfer bzw. Streitverkündetem zueinander Bezug nehmen, etwa durch Begrenzung auf die Fälle, in denen eine *Streitverkündung zulässig* wäre,<sup>31</sup> oder ganz ähnlich durch Begrenzung auf *interessenparallele Feststellungen*<sup>32</sup> oder durch das *Erfordernis eines rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhangs* der streitigen Rechtsverhältnisse.<sup>33</sup> Es ist diesen Ansichten zuzugeben, dass es notwendig ist, die Interventionswirkung weiter zu beschränken. Zur Begründung dieser Einschränkungen ist aber nicht auf das materielle Rechtsverhältnis des Dritten abzustellen, was im Gesetz keine Stütze findet, sondern entsprechend der Regelung von § 68 ZPO auf die prozessuale Situation des Streithelfers im Erstprozess (→ Rdnr. 11, 21).

Soweit die Entscheidung bei einem **non liquet** nach Beweislastregeln ergeht, erstreckt sich die Interventionswirkung auf die Unaufklärbarkeit<sup>34</sup> und die daraus abgeleitete Rechtsfolge,<sup>35</sup> aber keinesfalls auf das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der seinerzeit zu beweisenden Tatsache. Auch wenn das Gericht im Erstprozess nur über einen **Teilbetrag** – sei es in einem Urteil, sei es in einem auf den Teilbetrag beschränkten Prozess – zu befinden hat, können die vom Gericht getroffenen Feststellungen ungeachtet der Be-

<sup>26</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 100ff.; Ziegert Interventionswirkung, S. 155f. – Indessen verneinen Eibner JurBüro 1988, 284ff. und Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10 jegliche Interventionswirkung.

<sup>27</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 105; Ziegert Interventionswirkung, S. 156.

<sup>28</sup> Diedrich Interventionswirkung, S. 129f.; Lüke Beteiligung, S. 324f.; MünchKommZPO/Schultes<sup>4</sup> Rdnr. 15; Ziegert Interventionswirkung, S. 144ff.; a.M. Martens Z郑 85 (1972), 93.

<sup>29</sup> A.M. OLG Celle OLGR 2000, 28; Martens Z郑 85 (1972), 93; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 134; Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10; vgl. auch BGH WM 1997, 1757.

<sup>30</sup> Ebenso Lüke Beteiligung, S. 325; Ziegert Interventionswirkung, S. 146.

<sup>31</sup> Häsemeyer Z郑 84 (1971), 184, 187 und JR 1988, 69f., der daher die Interventionswirkung nur in Fällen der Alternativität bejaht; zustimmend Lammenett Nebenintervention, S. 147f.; Schwanecke Nebenintervention, S. 66ff.; ähnlich Costede Studien zum Gerichtsschutz (1977), S. 314ff.; ablehnend BGHZ 100, 257, 262; Jacoby Musterprozeßvertrag, S. 25f.; Lüke Beteiligung, S. 345ff.; Ziegert Interventionswirkung, S. 133f.

<sup>32</sup> Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 117; ablehnend Ziegert Interventionswirkung, S. 135ff.

<sup>33</sup> Wieser Z郑 79 (1966), 275ff. – Dagegen Stahl Beiladung, S. 134.

<sup>34</sup> BGHZ 85, 252, 257; 16, 217, 229; OLG Düsseldorf NJW 1992, 1177 (dazu K. Schmidt JuS 1992, 694); OLG Köln OLGR 2000, 399; OLG Saarbrücken NJW-RR 2002, 623; OLG Schleswig OLGR 2001, 95; Baumgärtel ZfBR 1988, 102f.; 1983, 121; Laumen Streitverkündung, S. 285; Lüke Beteiligung, S. 326ff.; MünchKommZPO/Schultes<sup>4</sup> Rdnr. 16; Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 115; Ziegert Interventionswirkung, S. 158; a.M. Bork<sup>21</sup> Rdnr. 5; vgl. auch BGH NJW 1987, 649.

<sup>35</sup> Baumgärtel JZ 1983, 353; Rosenberg/Schwab/Gottwald<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 59; a.M. Wieczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 115.

schränkung des Streitgegenstandes umfassend Interventionswirkung entfalten,<sup>36</sup> wie in einem solchen Fall auch Feststellungen zwischen den Parteien auf eine Zwischenfeststellungsklage hin umfassend in Rechtskraft erwachsen würden. Schließlich kann die Interventionswirkung auch Feststellungen zu den **Sachurteilsvoraussetzungen** umfassen, da auch von ihnen das Rechtsverhältnis zu Dritten abhängig sein kann.<sup>37</sup>

## 2. Umfang der Interventionswirkung

- 11 Die Interventionswirkung zulasten des Streithelfers bezieht sich nicht auf alle Feststellungen, die der Interventionswirkung fähig sind. Der Streithelfer kann nur an solche Feststellungen gebunden sein, die er bereits im Vorprozess in Unterstützung der Hauptpartei nach §§ 66, 67 angreifen konnte. Diese Einschränkung der Interventionswirkung ist dem Grunde nach weithin anerkannt.<sup>38</sup> Sie bedeutet, da der Streithelfer im Vorprozess nach §§ 66, 67 nur der Hauptpartei günstige Umstände vortragen konnte, dass die Interventionswirkung den Streithelfer nur von Vortrag ausschließen kann, der **im Vorprozess für die unterstützte Partei günstig gewesen** wäre.<sup>39</sup> Für die vom Gericht im Vorprozess getroffenen Feststellungen bedeutet das Folgendes: Der Streithelfer ist nicht gehindert, solche Feststellungen anzugreifen, die für die Hauptpartei im Vorprozess günstig waren. Eine Interventionswirkung zulasten des Streithelfers ist daher ausgeschlossen, wenn die Hauptpartei obsiegt.<sup>40</sup> Nur wenn die Hauptpartei zumindest teilweise verliert, äußern die diesen Verlust tragenden (→ Rdnr. 6) *ungünstigen Feststellungen* zulasten der Hauptpartei Interventionswirkung. Aber auch diese Feststellungen kann der Streithelfer im Folgeprozess angreifen, soweit er sie ausnahmsweise<sup>41</sup> aus Gründen bekämpfen kann, die der Hauptpartei im Vorprozess ebenfalls ungünstig gewesen wären.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> BGH VersR 1985, 569; NJW 1969, 1480; RG JW 1935, 3539; 1936, 1966; OLG Frankfurt OLGR 1999, 2; OLG Hamm NJW 1994, 203; NJW-RR 1988, 156; Bischof JurBüro 1984, 1145; Rosenberg/Schwab/Gottwald<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 60; Stahl Beiladung, S. 135; Ziegert Interventionswirkung, S. 161; a.M. KG JW 1918, 56; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann<sup>71</sup> Rdnr. 2; A. Blomeyer ZPR<sup>2</sup> § 113 II 3; Eibner JurBüro 1988, 286ff.; Gerhardt ZJP 108 (1995), 551; Häsemeyer ZJP 84 (1971), 200; Lüke Beteiligung, S. 394ff.; MünchKommZPO/Schultes<sup>4</sup> Rdnr. 17; Otte Streitentscheidung, S. 87ff.; Wiczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 124; ebenfalls zweifelnd Zöllner/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10; differenzierend Wieser ZJP 79 (1966), 281.

<sup>37</sup> Ziegert Interventionswirkung, S. 168ff.; a.M. Wiczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 124; Zöllner/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 10.

<sup>38</sup> BGHZ 100, 257, 262f.; BGH NJW 1998, 80; 1982, 282; Bischof JurBüro 1984, 1147; Jacoby Musterprozeßvertrag, S. 23f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 65; Werres NJW 1984, 209f.; Wiczorek/Schütze/Mansel<sup>3</sup> Rdnr. 87; Wieser FamRZ 1971, 393 Fn. 7; Ziegert Interventionswirkung, S. 137ff.; Zöllner/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 11; ähnlich Häsemeyer ZJP 84 (1971), 194 und NJW 1978, 1165 (gegen BGHZ 70, 187; a.M. aber BGH VersR 1962, 952).

<sup>39</sup> Ziegert Interventionswirkung, S. 141.

<sup>40</sup> Jacoby Musterprozeßvertrag, S. 24; Wieser FamRZ 1971, 393 Fn. 7; Zöllner/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 4.

<sup>41</sup> Kläger macht Vertragsanspruch gegen Beklagten geltend, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, und verkündet dem Streithelfer den Streit. Das Gericht weist die Klage ab, weil der Beklagte nicht für sich, sondern mit Vertretungsmacht für den Streithelfer gehandelt habe. Im Folgeprozess kann der Streithelfer gegenüber dem Kläger diese für den Kläger ungünstige Feststellung wegen der Interventionswirkung zwar nicht damit angreifen, dass der Beklagte im eigenen Namen gehandelt habe (wäre im Vorprozess für Kläger günstig gewesen), aber damit, dass der Beklagte mit Vertretungsmacht für einen Dritten gehandelt habe, da dieser Einwand im Vorprozess für den Kläger ebenfalls ungünstig gewesen wäre, vgl. OLG Bamberg OLGZ 1979, 209; Bischof JurBüro 1984, 969, 1469; Ziegert Interventionswirkung, S. 135ff., 141.

<sup>42</sup> Ziegert Interventionswirkung, S. 136, 141.

Uneinigkeit besteht darüber, wie diese Beschränkung der Interventionswirkung zulasten des Streitgehilfen im Gesetz zu verankern ist.<sup>43</sup> Sie wird von Art. 103 Abs. 1 GG verlangt,<sup>44</sup> lässt sich aber auch aus § 68 ZPO begründen. Zwar geht sie über die nach § 68 Halbs. 2 dem Streithelfer eröffnete Einrede der schlechten Prozessführung (→ Rdnr. 13 ff.) hinaus.<sup>45</sup> Denn wurden Feststellungen getroffen, die für die unterstützte Partei günstig waren, kann man ihr nicht schlechte Prozessführung vorwerfen. Es lässt sich aber darauf abstellen, dass § 68 dem Streithelfer nicht verbietet, die **Prozessführung der Gegenpartei zu rügen**.<sup>46</sup> Auch konstruktiv stellt diese Einschränkung der Interventionswirkung zulasten des Streithelfers *nicht* wie § 68 Halbs. 2 eine (nachträgliche) *Einrede* dar, sondern bestimmt von vornherein den Umfang der Interventionswirkung.

### 3. Einrede nach § 68 Halbs. 2

Nach § 68 Halbs. 2 kann der Interventionswirkung mit der Einrede<sup>47</sup> begegnet werden, dass die Hauptpartei den Ausgang des Rechtsstreits **durch mangelhafte Prozessführung verschuldet** habe. Durch diese Einrede wird die Bindung im Verhältnis zu dem Dritten beseitigt, nicht etwa nur ein Schadensersatzanspruch für ihn begründet.<sup>48</sup> Diese Einrede ist allerdings auf die Interventionswirkung beschränkt und hat auf andere Bindungswirkungen in Fällen, in denen aus anderen Gründen volle Rechtskraft gilt oder das Urteil als solches Tatbestandselement für das Recht oder die Pflicht des Dritten ist (→ § 66 Rdnr. 22) keinen Einfluss (→ § 69 Rdnr. 13).

Der Streitgehilfe kann die **mangelhafte Prozessführung** geltend machen, soweit sie in die Zeit **vor seinem Beitritt** (vgl. § 70), bei Streitverkündung vor seinem *möglichen* Beitritt (§ 74 Abs. 3) fällt und eine Behebung des Mangels durch eigenes Handeln als Streitgehilfe nicht möglich war (→ § 67 Rdnr. 10). Soweit er dagegen imstande war, die Unterlassung der Hauptpartei durch eigenes Handeln unschädlich zu machen (z.B. durch Rechtsmittel,<sup>49</sup> § 67 Rdnr. 3, oder Widerruf eines Geständnisses,<sup>50</sup> § 67 Rdnr. 15), steht ihm die Berufung darauf nicht zu, auch nicht unter dem Gesichtspunkt mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB). § 68 (bzw. § 74) geht als Sondervorschrift vor.<sup>51</sup>

Der Streitgehilfe kann ferner geltend machen, dass ihn die **Hauptpartei** durch ihre Handlungen oder Unterlassungen, z.B. durch Verzicht, Anerkenntnis oder Geständnis,

<sup>43</sup> BGHZ 100, 257, 262f.; BGH NJW 1998, 80; 1982, 282 verweisen lediglich auf die nach § 67 ZPO beschränkten Befugnisse.

<sup>44</sup> Ausführlich Wieczorek/Schütze/Manse<sup>3</sup> Rdnr. 87, passim; Ziegert Interventionswirkung, S. 40ff., 132ff.

<sup>45</sup> Darauf stellen aber ab Kittner JuS 1986, 627 Fn. 37; MünchKommZPO/Schultes<sup>4</sup> Rdnr. 19; Zöller/Vollkommer<sup>29</sup> Rdnr. 11; Bork<sup>21</sup> Rdnr. 7.

<sup>46</sup> Jacoby Musterprozeßvertrag, S. 24; Ziegert Interventionswirkung, S. 139.

<sup>47</sup> Keine Prüfung von Amts wegen, vgl. Bischof JurBüro 1984, 1147; Ziegert Interventionswirkung, S. 176; a.M. MünchKommZPO/Schultes<sup>4</sup> Rdnr. 19.

<sup>48</sup> A.M. Mendelssohn-Bartholdy Rechtskraft (1900), S. 398.

<sup>49</sup> BGHZ 96, 50, 53f.; OLG Celle OLGR 1995, 267. – Diese Möglichkeit setzt nicht voraus, dass das Urteil dem Streithelfer zugestellt worden ist; denn ihn trifft in Kenntnis des Verkündungstermins die Obliegenheit, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen (→ 67 Rdnr. 22); zu weitgehend Deckenbrock/Dötsch, JR 2004, 9ff.; anders aber bei Streitverkündung nach Urteilserlass → § 74 Rdnr. 9.

<sup>50</sup> BGH NJW 1976, 292 (nach Berufungseinlegung, die dem Streitverkündungsempfänger möglich gewesen wäre); OLG München NJW 1956, 1927; anders freilich, wenn der Widerruf nach § 290 nicht aussichtsreich war, vgl. dazu OLG Hamburg OLGR 1997, 287; einschränkend ferner Kubisch NJW 1957, 427.

<sup>51</sup> BGH VersR 1969, 1039; RGZ 145, 42.



gehindert habe, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen.<sup>52</sup> Die Hinderung an der Einlegung eines **Rechtsmittels** ist nicht besonders genannt. Da sie aber den Rechtsschutz für den Nebenintervenienten in ähnlicher Weise verkürzt wie die Hinderung am Gebrauch eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels, ist auch hier ein Wegfall der Bindung anzunehmen,<sup>53</sup> unabhängig davon, ob der Nebenintervenient neues Vorbringen in der Rechtsmittelinstanz beabsichtigte.

- 16 Der Verlust der Einrede tritt ferner nicht ein, wenn die **Hauptpartei** absichtlich oder durch grobes Verschulden **Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend gemacht** hat, die dem Streitgehilfen, entschuldbar oder nicht,<sup>54</sup> unbekannt waren.
- 17 Die Bindung entfällt in den genannten Fällen, wenn das Angriffs- oder Verteidigungsmittel **möglicherweise zu einer anderen Entscheidung geführt** hätte. Bei einem verwehrt Rechtsmittel ist diese Möglichkeit nie auszuschließen. Die vom Angriffs- oder Verteidigungsmittel bzw. dem Rechtsmittel *nicht betroffenen* Feststellungen der Entscheidung bleiben nach dem Sinn der Ausnahme bindend.

#### IV. Wirkung zulasten der unterstützten Partei

- 18 Eine Interventionswirkung zugunsten des Streithelfers gegen die unterstützte Partei ist in §§ 68, 74 nicht vorgesehen. In der Diskussion um diese Wirkung sind zwei Fragen zu unterscheiden. Es fragt sich zunächst, ob diese Interventionswirkung überhaupt anzunehmen ist. Bejaht man diese Frage, ist zu erörtern, ob der Umfang dieser Wirkung wie im Falle der Interventionswirkung gegen den Streithelfer (→ Rdnr. 11) zu beschränken ist.

##### 1. Existenz dieser Interventionswirkung

- 19 Eine Interventionswirkung zulasten der unterstützten Partei wird bislang noch überwiegend, insbesondere von der Rechtsprechung verneint.<sup>55</sup> Dagegen sprächen der Wortlaut und der Zweck des Instituts, einen besonderen Schutz für die Partei zu schaffen. Eine Einschränkung wird nur insoweit gemacht, dass eine **Unteilbarkeit der Interventionswirkung** angenommen wird. Wenn die Partei sich auf ihr günstige Wirkungen der Interventionswirkung im Folgeprozess berufe, könne sie sich nicht gegen ihr ungünstige Feststellungen wenden.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *OLG Hamm* NJW 1955, 873 (Geständnis, zust. *Lent*; vgl. aber auch Fn. 50); *LG Hamburg* MDR 1957, 679 (Anerkenntnis).

<sup>53</sup> Vgl. *BGH* NJW 1988, 712; *Leipold* Anm. zu *BAG AP* Nr. 3 zu § 67 ZPO (zust. *BAG ZIP* 1987, 310); *Wieser ZZZ* 79 (1966), 262, 264. Eine solche Hinderung bedeutet die Rechtsmittelrücknahme durch die Hauptpartei nicht, wenn der Streitverkündungsempfänger vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz nicht beigetreten ist, dazu *OLG Koblenz* OLGR 2001, 244.

<sup>54</sup> *A.M. Wieser ZZZ* 79 (1966), 264 (Ausschluss des Vorbringens, wenn der Streitgehilfe leicht hätte Kenntnis erlangen können).

<sup>55</sup> *BGHZ* 100, 257, 260; *BGH* NJW 1997, 2386; *RGZ* 153, 271, 274; *JW* 1933, 1064; 1937, 1434; *HRR* 1933 Nr. 530; *OLG Celle* OLGR 1996, 254; *OLG Köln* NJW-RR 1995, 1085; *OLG München* NJW-RR 1997, 813; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*<sup>71</sup> Rdnr. 2; *Bischof* JurBüro 1984, 1149; *Kittner* JuS 1986, 627; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 9ff.; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 5; *Schäfer* Nebenintervention, S. 132ff.; *Taupitz ZZZ* 102 (1989), 296f.; *Thomas/Putzo/Hüßtege*<sup>34</sup> Rdnr. 1; *Wieser ZZZ* 79 (1966), 291; *ZZP* 112 (1999), 440; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 6. – Offen *BGH* NJW 1987, 2874; vgl. aber auch § 74 Rdnr. 10.

<sup>56</sup> *BGH* NJW-RR 1989, 767; *RGZ* 153, 274; *OLG Köln* NJW-RR 1995, 1085; *OLG München* NJW-RR 1997, 813; *Bischof* JurBüro 1984, 1150; *MünchKommZPO/Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 13; *Musielak/Weth*<sup>10</sup> Rdnr. 5; *Schwanecke* Nebenintervention, S. 109ff.; *Thomas/Putzo/Hüßtege*<sup>34</sup> Rdnr. 8; *Zöller/Vollkommer*<sup>29</sup> Rdnr. 6.

Eine immer weiter im Vordringen befindliche Ansicht bejaht indessen zu Recht eine **Interventionswirkung zulasten der Hauptpartei**.<sup>57</sup> Der Dritte ist als Streithelfer wie als Streitverkündeter am Vorprozess *formell beteiligt*. Diese Beteiligung rechtfertigt die Interventionswirkung zu seinen Lasten, gebietet unter Beachtung der *prozessualen Chancengleichheit* aber ebenso, Prozessergebnisse auch für ihn wirken zu lassen.<sup>58</sup> Das gilt insbesondere für den Streithelfer, der für die Hauptpartei den Sieg herbeigeführt hat; gleichgestellt ist aber auch der untätige Dritte, da er möglicherweise das zum Sieg Erforderliche getan hätte, wenn es die Hauptpartei nicht selbst gemacht hätte. Es entspricht daher dem *Zweck der Interventionswirkung* (→ Rdnr. 2), im Interesse des Dritten und im öffentlichen Interesse eine erneute und u. U. widersprüchliche Beurteilung derselben Fragen zu verhindern. Den Zweck der Interventionswirkung dagegen auf den Schutz der Partei zu beschränken, betrachtet das Institut zu einseitig aus dem Blickwinkel des Zwecks der Streitverkündung (→ § 72 Rdnr. 2). Auch der Wortlaut von §§ 68, 74 hindert eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften zulasten der unterstützten Partei nicht, da der Gesetzgeber eine solche Wirkung nicht ausschließen wollte, sie vielmehr gar nicht erwogen hat.<sup>59</sup> Schließlich erkennt ja auch die Gegenauffassung eine Interventionswirkung zulasten der Partei an, wenn sie auf Grund der Unteilbarkeit der Interventionswirkung die Partei mit Vortrag ausschließt.

20

## 2. Umfang dieser Interventionswirkung

Die Argumente für eine Interventionswirkung zulasten der unterstützten Partei rechtfertigen allerdings nicht eine umfassende Interventionswirkung hinsichtlich aller der Interventionswirkung fähigen Feststellungen,<sup>60</sup> sondern ebenfalls wie im umgekehrten Verhältnis (→ Rdnr. 11) nur eine in ihrem Umfang **beschränkte Interventionswirkung**.<sup>61</sup> Die Einschränkung ist wiederum aus der Sicht des Streithelfers zu bestimmen.<sup>62</sup> Er konnte im Vorprozess auf Grund seiner *Unterstützungsfunktion* nur Feststellungen zugunsten der unterstützten Partei erzielen. Daher rechtfertigen seine Interessen und die ihm zu gewährende Chancengleichheit (→ Rdnr. 20) eine Interventionswirkung zu seinen Gunsten lediglich dahin gehend, dass die Partei Feststellungen nicht mehr angreifen kann, die ihr günstig waren.<sup>63</sup> So verhindert die Interventionswirkung zulasten der unterstützten Partei ihren doppelten Gewinn mit entgegengesetzter Begründung, wie die Interventionswir-

21

<sup>57</sup> A. Blomeyer ZPR<sup>2</sup> § 113 II 4; *Diedrich* Interventionswirkung, S. 146ff.; *Dorpalen* Judicium 1933, 143ff.; *Gerhardt* ZZZ 108 (1995), 550f.; *Häsemeyer* ZZZ 84 (1971), 198; *Hellwig* Lb 2, 515; *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 26ff.; *Lammenett* Nebenintervention, S. 157ff.; *Lüke* Beteiligung, S. 341ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup> § 50 Rdnr. 57; *Schneider* MDR 1961, 8; *Stahl* Beiladung, S. 139; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 141f.; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 182ff.

<sup>58</sup> *Diedrich* Interventionswirkung, S. 149; *Gerhardt* ZZZ 108 (1995), 551; *Häsemeyer* JR 1988, 70; *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 29; *Lüke* Beteiligung, S. 342; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 142; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 189.

<sup>59</sup> Vgl. *Motive*, 87, 91f. = *Hahn* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen (1880) II, 177f., 181; wie hier *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 27; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 183f.; ähnlich *Lüke* Beteiligung, S. 344; a.M. MünchKommZPO/*Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 10.

<sup>60</sup> So aber *Diedrich* Interventionswirkung, S. 146ff.; *Lammenett* Nebenintervention, S. 157ff.; *Lüke* Beteiligung, S. 345ff.; *Stahl* Beiladung, S. 139; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 182ff.

<sup>61</sup> So auch *Häsemeyer* ZZZ 84 (1971), 198; *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 28ff.; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 142; dahin tendierend *Gerhardt* ZZZ 108 (1995), 550f.

<sup>62</sup> *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 28; zu den abweichenden Ansätzen von *Häsemeyer* ZZZ 84 (1971), 198 und *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 142 → Rdnr. 9.

<sup>63</sup> *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 28; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 142; ähnlich *Häsemeyer* ZZZ 84 (1971), 198. – Die Ausschlusswirkung zulasten der unterstützten Partei bezieht sich also gerade auf die Feststellungen, der der Streithelfer widersprechen kann (→ Rdnr. 11).

kung zulasten des Streithelfers einem doppelten Verlust der Partei mit entgegengesetzter Begründung entgegensteht.

- 22 Eine weitergehende Bindung der Partei auch an ihr ungünstige Feststellungen zugunsten des Streithelfers wäre für diesen unverdiente Wohltat. Die Interventionswirkung will und kann nicht jede erneute Beurteilung derselben Frage verhindern, was sich schon daran zeigt, dass sie auf das Verhältnis von unterstützter Partei und Streithelfer beschränkt ist (→ Rdnr. 23). Die Folgen schlechter Prozessführung der Partei regelt also im Verhältnis zum Streithelfer § 68 Halbs. 2 abschließend.

## V. Erstreckung der Interventionswirkung

- 23 Die Interventionswirkung beschränkt sich auf das Verhältnis von unterstützter Partei und Streithelfer. Sie erfasst nicht das Verhältnis zwischen dem Streitgehilfen und dem *Gegner* der unterstützten Partei<sup>64</sup> (zu diesem Verhältnis → § 69) oder das der unterstützten Partei und deren Gegner oder das des Streithelfers zum gesetzlichen Vertreter der unterstützten Partei.<sup>65</sup>
- 24 Die Interventionswirkung kann sich aber wie die Rechtskraft (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 325 Rdnr. 3) aus besonderen Gründen auf das Verhältnis von unterstützter Partei oder Streithelfer **zu einem Dritten**, insbesondere auf einen *Rechtsnachfolger*, **erstrecken**.<sup>66</sup> Dieses Ergebnis lässt sich auf eine entsprechende Anwendung von § 325 allerdings nur soweit stützen, wie eine Rechtsnachfolge in das von der Interventionswirkung erfasste Rechtsverhältnis eintritt.<sup>67</sup> Auch eine *Prozessstandschaft* kann eine Erstreckung der Interventionswirkung rechtfertigen. Das gilt sowohl, wenn der Vorprozess von einem Prozessstandschafter geführt wird und das Ergebnis dieser Prozessführung auch Rechtskraft für den Rechtsinhaber (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 325 Rdnr. 55) äußert,<sup>68</sup> als auch wenn der Folgeprozess von einem Prozessstandschafter für einen von der Interventionswirkung Betroffenen geführt wird.<sup>69</sup> Nicht ausreichend ist wie zur Begründung einer Rechtskrafterstreckung (→ *Leipold*<sup>22</sup> § 325 Rdnr. 53f.), dass die Partei den Vorprozess aus sonstigen Gründen lediglich auf Rechnung eines Dritten führt.<sup>70</sup> Die Interventionswirkung kann sich schließlich auch auf weitere Personen auswirken,<sup>71</sup> deren Rechtsverhältnis vom Rechtsverhältnis zwischen unterstützter Partei und Streithelfer wie in Fällen akzessorischer Haftung in einer Weise abhängig ist, dass auch eine rechtskräftige Entscheidung zwischen unterstützter Partei und Streithelfer *Bindungswirkung* äußern würde.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> BGHZ 92, 275, 277; 3, 385, 387; BGH NJW 1993, 123; NJW-RR 1990, 121; RG HRR 1936 Nr. 288; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 181. Vgl. auch § 74 Rdnr. 9.

<sup>65</sup> RGZ 148, 322.

<sup>66</sup> BGH WM 1997, 1757; RGZ 145, 42; 54, 354; JW 1933, 625; *OLG Schleswig SchlHA* 1951, 110; *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 31; MünchKommZPO/*Schultes*<sup>4</sup> Rdnr. 7; *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 143; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 194.

<sup>67</sup> Ausführlich *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 31; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 194.

<sup>68</sup> *Wieczorek/Schütze/Mansel*<sup>3</sup> Rdnr. 143; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 203.

<sup>69</sup> RG HRR 1931, 1255.

<sup>70</sup> BGHZ 70, 187, 192; RGZ 84, 293.

<sup>71</sup> Die Wirkung beruht allerdings nicht auf einer Erstreckung der prozessualen Interventionswirkung, sondern materiell-rechtlich auf der die Abhängigkeit begründenden Norm, vgl. *Jacoby* Musterprozeßvertrag, S. 34ff.; *Ziegert* Interventionswirkung, S. 205 → § 69 Rdnr. 7. – Für eine prozessuale Rechtskrafterstreckung → *Leipold*<sup>22</sup> § 325 Rdnr. 95ff.

<sup>72</sup> *Ziegert* Interventionswirkung, S. 203.