

Zivilprozessordnung: ZPO

mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen

Bearbeitet von

Dr. Adolf Baumbach, Prof. Dr. Wolfgang Lauterbach, Dr. Jan Albers, Dr. Dr. Peter Hartmann

76. Auflage 2018. Buch. XXII, 3365 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71084 1

Format (B x L): 16,2 x 24,0 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht
allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

(ausf). Das mag durch positives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen oder durch deren Mischung geschehen sein. Dabei kommt es für die hier allein interessierende örtliche Zuständigkeit im Bereich der Prüfung der Zulässigkeit der Klage noch nicht darauf an, ob das Handeln oder Dulden auch persönlich vorwerfbar war und ob es überhaupt dann auch zur Begründetheit der Klage auf ein solches Verschulden mitankommt. Eine bloße nach Art, Ort oder Zeit eingeschränkte Mitverwendung ändert aber nichts an der „Verwendung“.

5) Ausschließliche Zuständigkeit, I. Sie entsteht in allen nachfolgenden Formen eines Gerichtsstands nach 7 dem ausdrücklichen Befehl in I 1, Hbg GRUR-RR 14, 109, LG Hbg GRUR-RR 14, 110. Die Vorschrift meint trotz Fehlens einer direkten Verweisung doch der Sache nach offensichtlich den § 40 II 1 Z 2 ZPO, also das Verbot einer Gerichtsstandsvereinbarung nach §§ 38 ff ZPO, und ferner die Unwirksamkeit eines rügelosen Verhandelns des Bekl zur Hauptsache im Sinn von § 137 I ZPO, wie sie sich aus § 40 II 2 ZPO ergibt.

Das *Prorogationsverbot* ergreift nach seinem Sinn natürlich auch eine derartige Vereinbarung eines Gerichtsstands in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder vergleichbaren schriftlichen oder elektronischen Formen einseitiger oder formell beiderseitiger Art. Etwaige Schiedsvereinbarungen nach §§ 1029 ff ZPO mögen beachtbar bleiben, wie ja auch sonst sogar bei scheinbar ausschließlicher staatlicher Zuständigkeit.

6) Rangfolge der Zuständigkeit, I 1, 2. Es gibt drei Ränge. Sie sind zwingend. Stets ist der Zeitpunkt der 8 Klagerhebung maßgeblich. Sie ergibt sich nach § 253 I ZPO durch die Klagezustellung nach § 270 ZPO und im Eilverfahren nach §§ 916 ff ZPO schon durch die Antragseinreichung bei Gericht nach §§ 920, 936 ZPO. Beim Zusammentreffen von Eilantrag und Klageschrift bleibt es für die letztere beim Zeitpunkt der Klagezustellung.

A. Zunächst: Wohnsitz des Beklagten, I 1 Fall 1. Er ergibt sich aus § 13 ZPO.

B. Hilfsweise: Gewöhnlicher Aufenthalt des Beklagten, I 1 Fall 2. Er kommt nur „in Ermangelung“ 9 seines Wohnsitzes infrage. Er ergibt sich aus § 16 ZPO (Aufenthaltsort im Inland oder letzter Wohnsitz).

C. Ganz hilfsweise: Verhaltensort, I 2. Er greift nur dann, wenn der Bekl im Inland weder einen Wohnsitz 10 noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dann ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Bekl die mit der Klage beanstandete „Handlung begangen“, wo er sich also objektiv aktiv oder passiv falsch verhalten hat.

Mehrere derartige Verhaltensorte können zu gleichwerten Gerichtsständen (nur) nach I 2 führen. Schon liegt 11 eine oben angedeutete Mehrzahl ausschließlicher ganz hilfsweiser Gerichtsstände mit der Folge vor, daß der Kläger wählen und den Bekl mit der Wahl eines nun doch von einem ihm näheren weit entfernten anderen Gerichts ärgern kann. Das führt im Ergebnis zu genau demjenigen „fliegenden“ Gerichtsstand, den § 104 a gerade nach Rn 2 verhindern soll, freilich eben nur im Fall I 2, nicht bei einem der vorrangigeren Gerichtsstände nach I 1.

7) Landesrecht mit Vorrang, II. § 105 bleibt unberührt. Das Landesrecht kann also durch Rechtsver- 12 ordnung Sondergerichtsstände mit Vorrang vor § 104 a schaffen. Das gilt wegen des Worts „bleibt“ (unberührt) auch für solche Landes-VO, die früher als § 104 a in Kraft getreten ist oder ihn später gar nicht miterwähnt, ohne sich bei ihm auszuschließen. Die Länder können daher die ganze Schutzbestrebung des § 104 a natürlich ungewollt im Ergebnis mehr oder weniger aushöhlen. Es gibt folgende LandesVOen:

Baden-Württemberg: VO zuletzt v 20. 11. 98, GB1 680;

Bayern: VO v 2. 2. 88, GVBl 6;

Berlin: VO v 4. 12. 72, GVBl 2301, mit späteren Änderungen;

Brandenburg: VO v 3. 11. 93, GVBl II 689, mit späteren Änderungen;

Bremen:

Hamburg: VO v 1. 9. 97 mit späteren Änderungen;

Hessen: v 17. 10. 96, GVBl 466 mit späteren Änderungen;

Mecklenburg-Vorpommern: VO v 28. 3. 94 mit späteren Änderungen;

Niedersachsen: VÖ zuletzt v 22. 1. 98, GVBl 66;

Nordrhein-Westfalen: VO zuletzt v 12. 8. 96, GVBl 348;

Rheinland-Pfalz: VO zuletzt v 19. 1. 99, GVBl 18;

Saarland:

Sachsen: VO v 14. 12. 07, GVBl 600;

Sachsen-Anhalt: VO v 1. 9. 92, GVBl 664;

Schleswig-Holstein:

Thüringen: VO v 12. 8. 93, GVBl 563, mit späteren Änderungen.

32a Ausschließlicher Gerichtsstand der Umwelteinwirkung. ¹ Für Klagen gegen den Inhaber einer im Anhang 1 des Umwelthaftungsgesetzes genannten Anlage, mit denen der Ersatz eines durch eine Umwelteinwirkung verursachten Schadens geltend gemacht wird, ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen ist. ² Dies gilt nicht, wenn die Anlage im Ausland belegen ist.

Schrifttum: Landsberg/Lülling, Umwelthaftungsrecht, 1991.

1) Systematik, S 1, 2. Vgl zunächst § 20 Rn 1. Die von Pfeiffer ZZP 106, 179 pointiert als „Störfall“ 1 besetzte Vorschrift bringt S 1 in einer Ergänzung von § 1 UmweltHG einen zwingenden (ausschließlichen) besonderen Gerichtsstand nach Üb 14 vor § 12, soweit die umstrittene Anlage im Inland liegt. Andernfalls bleibt es nach S 2 bei den sonstigen Gerichtsständen. Vgl auch Art 4, 7 EuGVVO, SchlAnh V C 2.

2) Regelungszweck, S 1, 2. Vgl zunächst § 20 Rn 2. Die Vorschrift stellt auf eine Sachnähe des Gerichts 2 ab, Pfeiffer ZZP 106, 160. Das dient der Prozeßwirtschaftlichkeit nach Grdz 14 vor § 128. Es kann auch eine gerechte Lösung nach Einf III 9, 36 erleichtern. Freilich bestehen auch schwierige Abgrenzungsprobleme.

Ausgehen der Umwelteinwirkung ist nämlich bei einer genaueren Prüfung ein gar nicht leicht faßbarer Begriff. Nicht überall stimmt der Ort der „Einwirkung“ mit demjenigen der „Entstehung“ überein. Die giftige Wirkung mag erst in einiger Entfernung vom Schornstein oder Unfallort einsetzen. Da § 32 a eine ausschließliche Zuständigkeit schafft, ist eine genauere diesbezügliche Klärung eigentlich notwendig. Sie ist evtl aber kaum mit einem vertretbaren Aufwand erzielbar.

Besondere Abwägung ohne eine (verständliche) Abneigung gegen einen solchen meist auch im übrigen schwierigen Prozeß ist daher notwendig. Sie erlaubt nach Einl III 36 ff keine Überschärfe der Anforderungen an den Einwirkungsbegriff. Der Störfall soll eine möglichst einheitliche Beurteilung erhalten, Landsberg/Lülling DB 90, 2211, Pfeiffer ZZP 106, 160.

Zeitgemäß ist § 32 a durchaus. Das gilt sowohl für das Abstellen auf den Ausgangsort der Umwelteinwirkung als auch für die Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstands und damit für das Verbot einer Gerichtsstandsvereinbarung nach § 40 II 1 Z 2. Zwar ist dieser Ausgangsort möglicherweise im Einzelfall nur mühsam ermittelbar. Denn man muß ja genauer klären, wo die eigentliche Einwirkung beginnt. Das kann ein anderer Ort als derjenige sein, an dem dann etwa ein Stück ferner zB die Fabrik liegt, die einen Stoff aussondert, der erst nach geraumer Zeit oder Wegstrecke negativ zu wirken beginnt. Dergleichen ändert aber nichts am Ansetzen bei dem eigentlich schädigenden Ereignis.

- 3) **Sachlicher Geltungsbereich, S 1, 2.** Es muß gerade um einen Anspruch auf den Ersatz „eines durch eine Umwelteinwirkung verursachten Schadens“ gehen. Auch dieser Begriff ist nicht gesetzlich bestimmt. Er läßt sich aber indirekt durch § 3 I UmweltHG mitbestimmen. Dort ergibt sich, wann durch eine Umwelteinwirkung ein Schaden entsteht. Die Verursachung vermutet § 6 I UmweltHG nach § 292 Rn 5. Man kann sie nach § 6 II–IV sowie nach § 7 UmweltHG unter den dortigen Voraussetzungen nicht vermuten. Es kann sich nach § 18 I UmweltHG um einen Anspruch aus einem Vertrag oder auf anderer Grundlage handeln, zB aus einer Gefährdungshaftung, aus einer unerlaubten Handlung, nicht aber um einen Atomschaden nach § 18 II UmweltHG. Wegen der Beweislast Anh nach § 286 Rn 195 „Umwelthaftung“.
- 4) **Persönlicher Geltungsbereich, S 1, 2.** Vgl Üb 3 vor § 12. S 1 ist nur auf die Klage gegen den Inhaber einer im Anhang 1 des UmweltHG genannten Anlage anwendbar, es sei denn, daß sie nach S 2 im Ausland liegt. Der Auslandsbegriff ist bei § 917 II in Bewegung geraten, dort Rn 19. Man muß die dortige Problematik hier entsprechend beurteilen. Der Kreis der Anlagen ist in diesem amtlichen Anhang abschließend und daher nach Einl III 36 ff eng auslegbar umrisen. Der Anhang 1 des UmweltHG ist umfangreich. Ein Mitabdruck ist daher hier nicht möglich. Die derzeitige Fassung befindet sich hinter dem UmweltHG im BGBI 90, 2639. Das UmweltHG bestimmt den Begriff des Inhabers der Anlage nicht. Natürlich kann und wird oft eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts nach § 50 Rn 7 der Inhaber sein. Es kommt auf die rechtliche Inhaberschaft an. Die wirtschaftliche Beherrschung ist nicht entscheidend, aM Landsberg/Lülling DB 90, 2206, ZöV 5 (aber „Inhaber“ ist etwas anderes als zB ein Kfz-Halter wie bei BGH 80, 4). Denn das UmweltHG macht den Inhaber und nicht den Betreiber zivilrechtlich haftbar. Der Betreiber kann allerdings nach § 22 UmweltHG strafrechtlich haften oder nach § 23 UmweltHG ordnungswidrig handeln. Gerade aus diesen letzteren andersartigen Haftungsarten wird aber deutlich, daß eben zivilrechtlich nach § 1 UmweltHG die Inhaberschaft entscheidet.
- 5) **Ausschließliche Zuständigkeit, S 1.** Unter den Voraussetzungen Rn 1 tritt eine ausschließliche Zuständigkeit kraft Gesetzes nach Üb 14 vor § 12 ein. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist daher nach § 40 II 1 Hs 2 auch dann unwirksam, wenn sie an sich nach § 38 zustandegekommen ist. Daher nützt auch nach § 40 II 2 kein sonst nach § 39 ausreichendes rügeloses Verhandeln.
- 6) **Gerichtsstand des Ausgangs der Umwelteinwirkung, S 1.** Für jede Klageart ist dasjenige Gericht nach Rn 5 örtlich ausschließlich zuständig, „in dessen Bezirk die Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen ist“. Vgl dazu auch Rn 2. Man muß die sachliche Zuständigkeit wie sonst bestimmen. Anlage sind nach § 3 II UmweltHG nur ortsfeste Einrichtungen wie Betriebsstätten und Lager. Ob die Einwirkung zumindest auch gerade von dieser Anlage ausgegangen ist, läßt sich nur unter einer Berücksichtigung aller Umstände feststellen. Der Begriff der Verursachung nach Rn 3 mit den nur zu ihm vorhandenen gesetzlichen Vermutungsregeln gibt nur einen wenn auch meist ausschlaggebenden Anhalt dafür, ob die Einwirkung auch von einer bestimmten Anlage ausging. Für oder gegen das letztere kann auch ein Anscheinsbeweis nach Anh § 286 Rn 15 gelten.
- 7) Soweit mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken liegende Anlagen als Ausgangspunkte einer oder mehrere Einwirkungen in Betracht kommen, können mehrere Gerichte örtlich nach § 32 a zuständig sein. Daher ist trotz der Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstands im Ergebnis doch § 35 anwendbar, dort Rn 1. Notfalls muß man die Zuständigkeit nach §§ 36 I Z 3, 4, 37 bestimmen.

32b Ausschließlicher Gerichtsstand bei falschen, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformationen.¹ Für Klagen, in denen

1. ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation,
2. ein Schadensersatzanspruch wegen Verwendung einer falschen oder irreführenden öffentlichen Kapitalmarktinformation oder wegen Unterlassung der gebotenen Aufklärung darüber, dass eine öffentliche Kapitalmarktinformation falsch oder irreführend ist, oder
3. ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht,

geltend gemacht wird, ist das Gericht ausschließlich am Sitz des betroffenen Emittenten, des betroffenen Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen oder der Zielgesellschaft zuständig, wenn sich dieser Sitz im Inland befindet und die Klage zumindest auch gegen den Emittenten, den Anbieter oder die Zielgesellschaft gerichtet wird.

¹¹ Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die in Absatz 1 genannten Klagen einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen, sofern dies der sachlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren dienlich ist. ² Die Landesregierungen können diese Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

Schrifttum: Bassen NZG 17, 613; Henke, Die Klage des Anlegers gegen die beratende Bank, 4. Aufl 2017; Korth/Kroymann/Suilmann NJW 16, 1130 (je: Üb).

- 1) **Systematik, I, II.** Es handelt sich um eine ausschließliche vorrangige Spezialzuständigkeit, Nürnb BB 06, 2213, LG Hildesheim BB 06, 2212, LG Stgt WertpMitt 11, 1512. Es reicht, die Klage auch auf § 32 b zu stützen, BGH ZIP 13, 1689. Im Übergangsfall hält Mü RR 13, 1387 altes wie neues Recht für beachtbar. Vgl aber

Einl III 78. Ergänzend gilt für Übergangsfälle § 31 EGZPO, ferner § 20 KapMuG, SchlAnh VIII. Wegen mehrerer ausschließlich zuständiger Gerichte vgl § 36 Rn 4, § 40 II. Zum Altrecht Ffm RR 14, 120.

2) Regelungszweck, I, II. Dem Grundgedanken eines Musterfeststellungsverfahrens nach § 1 KapMuG, 2 SchlAnh VIII, als der Vorstufe einer echten Sammelklage folgt eine möglichst auch örtlich konzentrierte Zuständigkeitsregelung in I 1, LG Hildesh BB 06, 2213, Schneider BB 05, 2250, Vollkommer NJW 07, 3096. Die Vorschrift soll das Verfahren beschleunigen, auch Kosten sparen, Kblz NJW 06, 3723. Die Ermächtigungen in II 1 sollten rasch erfolgen und eine großzügige Handhabung erhalten.

Zeitgemäß ist die Regelung trotz ihrer wahrhaft nicht ganz einfachen Differenzierung. Der Sitz des Täters (so könnte man vereinfachen) paßt zwar nicht zum allgemeinen Grundgedanken, daß man nicht auch noch demjenigen hinterherlaufen sollte, der schon stört oder schädigt. Es wird aber meist unvermeidbar sein, vor Ort das Geschehen zu klären, und das ist meist wohl der Sitz, wenn auch nicht immer. Dabei lassen sich Filialfragen mithilfe von § 21 klären. Ihn schließt die Ausschließlichkeit des § 32 b begriffsnotwendig nicht aus.

3) Geltungsbereich, I, II. Er ist in I derselbe wie in § 1 I KapMuG, SchlAnh VIII, also alle Klagen der in I 3 genannten Art, Nürnb BB 02, 2213, LG Hildesh BB 06, 2213. Vollkommer NJW 07, 3094. Hier verklagt haben muß man zumindest auch den Emittenten, BGH ZIP 13, 1689, Hbg MDR 13, 872, Mü RR 13, 1387, und kann man auch Organe des Emittenten, LG Stgt WertpMitt 11, 1512, ferner Emissionsbegleiter, Anbieter sonstiger Vermögensanlagen und Prospektverantwortliche, BGH WertpMitt 17, 232, KG WertpMitt 15, 1845, Schneider BB 05, 2250, Vollkommer NJW 07, 3094. Man muß den Anbieter nicht mitverklagen, Mü RR 07, 1644. Eine Klage nach I Z 2 ist aber nur mangels einer solchen Möglichkeit nach I Z 1 sinnvoll, Hamm NZG 17, 584. Beim Auseinanderfallen vom Sitz des Anbieters und des angebotenen Fonds bestehen 2 Gerichtsstände, KG MDR 16, 847

§ 32 b gilt evtl auch im „grauen“ Kapitalmarkt, Kblz NJW 06, 3723, aM BGH WertpMitt 17, 232, Mü NJW 07, 164. I Z 1 erfaßt (jetzt) nur einen Schadensersatzanspruch, VerFG Bbg NJW 16, 151. Es muß eine falsche, irreführende oder unterlassene Kapitalmarktinformation durch einen für das öffentliche Angebot Verantwortlichen vorliegen, BGH NJW 16, 1179 links, Korth/Kroymann/Suilmann (vor Rn 1). Eine vorherige Prospektübergabe ist nicht nötig, Hamm NZG 15, 957, Nürnb RR 08, 1744. Beim Sitz in der EuGVVO oder dem LugÜ bleibt ein deutsches Gericht zuständig, wenn es international zuständig ist, Schneider BB 05, 2251. Der Gerichtsstand besteht auch nach einem Vertragsübergang beim Partner fort, BGH WertpMitt 17, 567.

Nicht hierin gehört der individuelle Berater oder Vermittler, selbst wenn er sich auch auf eine öffentliche Kapitalmarktinformation stützt, BGH WertpMitt 17, 232, Kblz MDR 10, 589, Cuypers MDR 09, 663. Das gilt auch bei bloß uneigentlicher vorvertraglicher Prospekthaftung, Mü NZG 16, 624.

4) Ermächtigungen, II. Sie sind wie folgt erfolgt:
4

Baden-Württemberg:

Bayern: VO v 11. 6. 12, GVBl 295 (LGe Augsb, Landsh, Mü, Nürnb-Fürth);

Berlin:

Brandenburg:

Bremen:

Hamburg:

Hessen: VO v 11. 6. 13, GVBl 386 (LG Ffm);

Mecklenburg-Vorpommern:

Niedersachsen:

Nordrhein-Westfalen: VO v 16. 11. 12, GVBl 617 (LGe Dortmund, Düss, Köln);

Rheinland-Pfalz:

Saarland:

Sachsen:

Sachsen-Anhalt:

Schleswig-Holstein:

Thüringen: VO idF v 8. 6. 12, GVBl 236 (LG Gera).



33 Besonderer Gerichtsstand der Widerklage. ¹ Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

^{II} Dies gilt nicht, wenn für eine Klage wegen des Gegenanspruchs die Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts nach § 40 Abs. 2 unzulässig ist.

Schrifttum: Rimmelspacher, Zur Bedeutung des § 33 ZPO, Festschrift für Lüke (1997) 655; Schwab, Zum Sachzusammenhang bei Rechtsweg- und Zuständigkeitsentscheidung, in: Festschrift für Zeuner (1994). S auch Anh nach § 253.

1) Systematik, I, II. Vgl zunächst § 20 Rn 1. Über den Begriff und das Recht der Widerklage Anh § 253. 1 Die Vorschrift ordnet nur den besonderen Gerichtsstand der Widerklage, StJSch 6, ThP 1, ZöV 2, aM Rimmelspacher (vor Rn 1) 665 (auch Schutz des Klägers vor einer nicht mit dem Klägerspruch zusammenhängender Gegenforderung), BGH NJW 75, 1228, Mü RR 13, 84 (§ 33 ordnet auch die Voraussetzungen einer Widerklage. Aber die Vorschrift steht im Zuständigkeitsabschnitt). Ein obligatorisches Güteverfahren nach § 15 a II 1 Z 1 EGZPO findet nicht statt, Hartmann NJW 99, 3747. § 533 hat den Vorrang, ebenso §§ 126, 179 II FamFG.

Es folgt *nicht nur* aus § 33, daß eine Widerklage zulässig ist. Es ergibt sich schon aus dem Begriff der Widerklage, 2 daß sie nur im Gerichtsstand der Klage möglich ist, Zweibr RR 00, 590. § 33 gibt keinen besonderen Gerichtsstand für eine Widerklage gegen einen am Prozeß bisher nicht beteiligten Dritten, BGH NJW 11, 460 (zum Fellner MDR 11, 147), dazu Anh § 253 Rn 3. Es genügt, daß der Kläger den Widerkläger in irgendeinem Gerichtsstand belangt hat. Das Wort „Zusammenhang“ in § 33 meint nur die örtliche Zuständigkeit, Zweibr RR 00, 590, aM BGH NJW 75, 1228 (zu unscharf). Wenn ein Zusammenhang in diesem Sinn fehlt, ist eine Widerklage zwar zulässig, aber sie erfolgt bei einem örtlich unzuständigen Gericht. Man muß die Widerklage dann nach § 145 II abtrennen und als eine selbständige Klage behandeln. Diese Vorschrift geht ja von der Zulässigkeit einer solchen

Widerklage aus, die der Widerkläger ohne einen rechtlichen Zusammenhang erhoben hat. Ein Streithelfer hat nicht die Stellung einer Partei. Er ist also nach § 66 Rn 1 auch nicht zu einer Widerklage berechtigt.

Wenn der Widerkläger nach §§ 281, 506 einen *Verweisungsantrag* stellt, muß das Gericht die Widerklage an das für die Widerklage zuständige Gericht verweisen, Zweibr RR **00**, 590. Wenn kein derartiger Antrag erfolgt, muß das Gericht die Widerklage evtl nach einem vergeblichen Hinweis nach § 139 wegen der Unzuständigkeit des Gerichts durch ein Prozeßurteil nach Grdz 14 vor § 253 abweisen, nicht etwa wegen einer sonstigen Unzulässigkeit. Wenn die Gegenmeinung richtig wäre, wäre die Regelung der Voraussetzungen des § 33 unverständlich. Außerdem betrifft II unstrittig nur die Zuständigkeit. Schließlich ergänzt die Gegenmeinung den Gesetzestext in I bei dem Wort „Widerklage“ durch das Wort „nur“. Das ist unzulässig.

Eine Widerklage ist nicht schon deshalb unzulässig, weil sie nur zu dem Zweck erfolgt, einen nach § 26 Z 8 EGZPO *revisionsfähigen* Streitwert zu erreichen. Wegen der EuGVVO SchLAh V C 2, besonders Art 8 Z 3 und Art 18 III, EuGH NJW **96**, 42. Art (jetzt) 8 Z 3 gilt nicht bei einer Aufrechnung, Busse MDR **01**, 731. § 33 enthält keinen ausschließlichen Gerichtsstand kraft Gesetzes nach Üb 14 vor § 12. §§ 38 ff haben den Vorrang, BGH NJW **81**, 2644. Außerhalb der EuGVVO kann sich eine internationale Zuständigkeit aus § 33 ergeben, BGH RR **87**, 228, Arnold Festschrift für Schütze (2014) 17. Haben die Parteien sie wirksam abbedungen, ist die Widerklage im Gerichtsstand des § 33 unzulässig, BGH MDR **85**, 911.

3 2) Regelungszweck, I, II. Vgl zunächst § 20 Rn 2, Anh § 253 Rn 9. § 33 soll zersplittete Prozesse über zusammenhängende Fragen vermeiden helfen, BGH **147**, 222. Die Vorschrift dient also auch der Prozeßwirtschaftlichkeit nach Grdz 14 vor § 128, Ffm NJW **10**, 3175. Sie begünstigt auch den Angegriffenen und dient damit der Waffengleichheit nach Einl III 21, Hau ZZP **117**, 34, Pfaff ZZP **96**, 352. Das muß man bei der Auslegung nach Einl III 36 ff mitbeachten. Freilich muß man die im Anh § 253 Rn 3 beschriebenen Grenzen beachten. Man soll auch nicht nur über eine Widerklage in eine andere Verfahrensart zB nach § 595 übergehen müssen. Auch sollte man mitbedenken, daß die Widerklage eine erhebliche Verlängerung des Klageverfahrens mit sich bringen kann. Denn ihre späte Erhebung hat zB keinen Ausschluß nach § 296 zur Folge. Denn sie ist kein Verteidigungsmittel, sondern ein echter Gegenangriff nach Einl III 71. Solche Überlegungen sollten aber nicht zu einer allzu engen Auslegung des Begriffs des Zusammenhangs in I führen.

4 3) Geltungsbereich, I, II. Vgl Üb 3 vor § 12.

5 4) Zulässigkeit, I. Man darf die Widerklage im *nicht* nach Üb 14 vor § 12 ausschließlichen Gerichtsstand der Klage unter den folgenden Voraussetzungen erheben.

A. Zusammenhang mit Klaganspruch. Es muß entweder ein Zusammenhang mit dem Klaganspruch bestehen, BGH MDR **83**, 554, Drsd JB **11**, 544 rechts ganz oben, LG Aurich RR **07**, 1713. Zum Begriff des Anspruchs Einl III 73. Eine Gerichtsstandsklausel des Inhalts, daß ein Gericht am Wohnsitz usw des Verkäufers allein zuständig sein soll, daß der Verkäufer aber auch am Wohnsitz usw des Käufers klagen kann, kann allerdings den Ausschluß des Gerichtsstands der Widerklage bewirken. Zum unbekannten Aufenthalt beim Scheidungsantrag Zweibr FamRZ **85**, 82.

6 B. Zusammenhang mit Verteidigungsmitteln. Oder: Der Widerklaganspruch muß mit einem gegen den Klaganspruch vorgebrachten Verteidigungsmittel in einem Zusammenhang stehen. Zum Begriff des Verteidigungsmittels Einl III 70. Das Verteidigungsmittel muß prozessual zulässig sein. Man braucht es aber nicht sachlichrechtlich zu begründen.

7 C. Fehlen ausschließlicher Zuständigkeit. Für den Widerklaganspruch darf bei Rn 6, 7 keine vorrangige, weil nach Üb 14 vor § 12 ausschließliche andere Zuständigkeit bestehen, zB nach § 24.

8 5) Begriff des Zusammenhangs, I. Es handelt sich nicht um eine allgemeine Prozeßvoraussetzung nach Grdz 12 vor § 253, Ffm GRUR-RR **12**, 383. Mit „Zusammenhang“ meint § 33 einen rechtlichen Zusammenhang, ebenso wie in §§ 145, 147, 302, Ffm ZIP **13**, 278. Ein rein tatsächlicher Zusammenhang genügt also nicht. Die Klage oder ein Verteidigungsmittel nach Einl III 70, 71 und die Widerklage müssen daher auf demselben Rechtsverhältnis beruhen oder auf Grund desselben Rechtsverhältnisses wie bei § 256 Rn 5 sich gegenseitig bedingen, Düss RR **91**, 369, Stürner NJW **04**, 2482. Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang nach § 2 I Z 4 a ArbGG, also ein Wurzeln in demselben wirtschaftlichen Verhältnis, enthält regelmäßig auch einen rechtlichen Zusammenhang, Zweibr Rpflieger **77**, 142, LG Mü NJW **78**, 953, aM LG Aurich RR **07**, 1713 (zu eng). Das Verteidigungsmittel muß überhaupt in Betracht kommen. Es muß also prozessual und sachlichrechtlich zulässig sein. Es ist unerheblich, ob es auch begründet ist.

9 6) Beispiele zur Frage eines Zusammenhangs, I

Architektenhonorar – Planungsmangel: Ein Zusammenhang besteht zwischen einem Anspruch auf ein Architektenhonorar und einem Gegenanspruch wegen eines Planungsmangels, BGH NJW **01**, 2094.

Auswechselbarkeit: Ein Zusammenhang besteht zwischen auswechselbaren Ansprüchen.

Bereicherung – Kaufpreis: Ein Zusammenhang besteht zwischen einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und einem Kaufpreisanspruch.

Besitz – Eigentum: Ein Zusammenhang besteht zwischen einer Besitzklage und einer Eigentumsklage und umgekehrt, BGH **73**, 357, Hager KTS **89**, 521, ZöV 29. Denn Besitz und Eigentum stehen oft im engsten Zusammenhang.

Drittwidderklage: Ein engster Zusammenhang ist nach Anh § 253 Rn 3 nötig, Drsd JB **11**, 544 rechts ganz oben.

Einheitlichkeit: Ein Zusammenhang besteht zwischen einheitlichen Ansprüchen.

Forderung – Aufrechnungsforderung: Ein Zusammenhang besteht zwischen einer Forderung und einer nach § 145 Rn 9 aufrechenbaren Gegenforderung.

Forderung – höhere Gegenforderung: Ein Zusammenhang *fehlt* zwischen einer Klageforderung und demjenigen Teil einer höheren Gegenforderung, der die Klageforderung übersteigt und deshalb nicht nach § 145 Rn 9 aufrechenbar ist, aM Prütting/Weth ZZP **98**, 153 (aber das ist gerade ein typisches Beispiel des Fehlens).

Forderung – Zurückbehaltung: Ein Zusammenhang *fehlt* zwischen einer Klageforderung und der Geltendmachung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nach §§ 369 ff HGB.

10 Kauf – Miete: Ein Zusammenhang *fehlt* zwischen einer Klage aus Miete und einer Widerklage nach Anh § 253 aus Kauf und umgekehrt.

Kaufpreis – Mängelbeseitigung usw: Ein Zusammenhang besteht zwischen einer Kaufpreisforderung und einem Anspruch auf eine Mängelbeseitigung oder auf einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Markenverletzung – Markenlöschung: Ein Zusammenhang besteht zwischen einer Klage auf Grund einer Markenverletzung und einer Widerklage nach Anh § 253 auf die Löschung dieser Marke.

Gleicher Rechtssatz: Ein Zusammenhang *fehlt*, soweit eine Übereinstimmung der Klage und einer Widerklage nach Anh § 253 nur insofern besteht, als für beide dieselben Rechtssätze gelten.

Ständige Geschäftsbeziehung: Ein Zusammenhang besteht zwischen gegenseitigen Ansprüchen aus einer ständigen Geschäftsbeziehung, Busse MDR 01, 730.

Unterhalt – Vorschuß: Ein Zusammenhang besteht zwischen einem Anspruch auf die Zahlung von Unterhalt und einem Gegenanspruch auf eine Feststellung des Fehlens einer Vorschußpflicht, Ffm FamRZ 93, 1466.

Verschiedenheit der Objekte: Ein Zusammenhang *fehlt* bei einer Klage wegen eines Objekts A und einer Widerklage nach Anh § 253 wegen eines Objekts B (je: Kauf, Miete, Markenverstoß usw.).

Zusammenfassung: Ein Zusammenhang besteht zwischen zusammengefaßten Ansprüchen.

7) Rügelose Einlassung, I. Wenn der rechtliche Zusammenhang fehlt und das Gericht auch nicht sonstwie 11 zuständig ist, etwa nach § 35, enthält eine rügelose Einlassung des Klägers auf die Widerklage eine stillschweigende Vereinbarung des Gerichtsstands der Widerklage nach §§ 38, 39. Eine solche Vereinbarung ist im Rahmen der Zulässigkeit nach II wirksam. Die hier nicht vertretene Meinung Rn 1 kommt zu demselben Ergebnis, indem sie dann § 295 I anwendet. Bei der Vereinbarung eines anderen Gerichts als nach Üb 6 vor § 12 international ausschließlich zuständig kommt es nicht allein auf die rügelose Einlassung nach § 295 vor dem Gericht nach § 33 an, BGH RR 87, 228, krit Pfaff ZZP 96, 334. Man muß aber streng prüfen, BGH WertpMitt 83, 1018. Soweit auf den vorstehenden Wegen keine Zuständigkeit eintritt, muß das Gericht eine Verweisung nach §§ 139, 281 anregen und die Widerklage notfalls durch ein sog Prozeßurteil nach Grdz 14 vor § 253 als unzulässig abweisen.

8) Unzulässigkeit der Widerklage, II. Wenn eine Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit oder der 12 sachlichen Zuständigkeit für den Gegenanspruch nach § 40 II unzulässig ist, ist § 33 unanwendbar. Dann muß das Gericht die Widerklage nach § 145 abtrennen und den Rechtsstreit insofern nach §§ 281, 506 an das zuständige Gericht verweisen oder die Widerklage nach Rn 3 wie bei Rn 18 als unzulässig abweisen. Wegen des Verhältnisses zwischen der Zivilkammer und der Kammer für Handelssachen vgl §§ 97–99 GVG und Anh § 253 Rn 11. II ist auf die bloße Aufrechnung nach § 145 Rn 9 nicht entsprechend anwendbar, Schreiber ZZP 90, 408. II ist nach (jetzt) § 215 II VVG auf eine Widerklage des Versicherers unanwendbar.

34 Besonderer Gerichtsstand des Hauptprozesses. Für Klagen der Prozessbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

1) Systematik. Vgl zunächst § 20 Rn 1. § 34 gibt einen besonderen Wahlgerichtsstand nach Üb 15 vor 1 § 12, BAG NJW 98, 1092, Brdb NJW 04, 780, Schlesw FamRZ 84, 1119. Das ist eine nicht zwingende, aber oft ratsame Sonderregelung. § 11 RVG hat den Vorrang. Wegen der EuGVVO Roth ZZP 104, 459.

2) Regelungszweck. Vgl zunächst § 20 Rn 2. Die Vorschrift dient der Konzentration der Kostenfragen 2 beim Gericht der Hauptsache und insoweit der Prozeßwirtschaftlichkeit nach Grdz 14 vor § 128, BGH 97, 83. Das muß man bei der Auslegung nach Einl III 36 ff mitbeachten. Freilich kann es zu einem anderen Rechtszug-system führen, wenn zB das Hauptsachegericht ein AG ist, der Wert des Kostenstreits aber die Grenze des § 23 Z 1 GVG übersteigt. Das wird nicht oft geschehen. Es ist im Interesse der Sachnähe des Gerichts durchaus hinnehmbar.

3) Sachlicher Geltungsbereich. Vgl zunächst Üb 3 vor § 12. Die Vorschrift gilt nur für die sachliche 3 Zuständigkeit nach §§ 23 ff, 71 GVG wie für die örtliche Zuständigkeit nach §§ 12 ff, nicht für den Rechtsweg nach §§ 13 ff GVG, BAG NJW 98, 1092, LAG Köln AnwBl 95, 167. Der Gerichtsstand besteht nur für solche gesetzlichen oder vereinbarten Gebühren und Auslagen, die infolge des Prozesses entstanden sind. Er besteht wegen des Regelungszwecks nach Rn 2 bei dem Gericht des Hauptprozesses, also bei dem erstinstanzlich mit dem Prozeß befaßten Gericht, etwa nach Rn 4 bei einem Familiengericht.

4) Beispiele zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs

Arbeitsgericht: *Unanwendbar* ist § 34 vor einem solchen Gericht, BAG NJW 98, 1092, Zweibr FamRZ 82, 85, ZöV 5, aM LAG Hbg MDR 95, 213. Für das Urteilsverfahren verweist § 46 II ArbGG auf die ZPO und damit auf § 34, BAG NJW 98, 1092. Für die übrigen Verfahren folgt die Zuständigkeit des ordentlichen Rechtswegs aus §§ 2 ff ArbGG, BAG NJW 98, 1092.

Arrest, einstweilige Verfügung: Hauptverfahren ist evtl auch ein Eilverfahren nach §§ 916 ff, 935 ff.

Außergerichtliche Tätigkeit: *Kein* Hauptverfahren ist dieser Bereich, BGH 97, 84 (Scheidungsfolgesache).

Finanzgericht: *Unanwendbar* ist § 34 dort.

Funktionelle Zuständigkeit: Es ist nicht notwendig dieselbe Abteilung oder Kammer wie im Hauptprozeß 4 nach Grdz 6 vor § 1 funktionell zuständig. Wohl aber muß je nachdem, wer im Hauptprozeß entschieden hat, entweder die Zivilkammer oder das FamG entscheiden, Hbg FamRZ 85, 409, MüKoPa 11, aM BGH 97, 79, Karlsru OLGZ 86, 127, Saarbr FamRZ 86, 73 (aber das Hauptverfahren fand eben vor dem FamG statt. Ein anderer Rechtsmittelzug ist wie stets innerhalb des ordentlichen Rechtswegs die Folge beim FamG). Es mag auch die Kammer für Handelssachen auch nach § 34 tätig werden, KG FamRZ 81, 1090, ThP, aM BGH 97, 81, Karlsru FamRZ 85, 498 (aber es kommt eben auch hier auf den Schwerpunkt an).

Höhere Instanz: Das Erstgericht ist auch wegen der während einer höheren Instanz entstandenen Kosten zuständig.

Insolvenzverfahren: Hauptverfahren ist auch das Verfahren nach §§ 4 ff InsO.

Kammer für Handelssachen: S „Funktionelle Zuständigkeit“.

Mahnverfahren: Hauptprozeß ist auch das Mahnverfahren nach §§ 688 ff.

Schiedsrichterliches Verfahren: Hauptverfahren ist auch das zugehörige Verfahren vor dem Staatsgericht zB nach §§ 1050, 1062 ff.

Kein Hauptverfahren ist das übrige Verfahren vor dem Schiedsgericht nach §§ 1025 ff.

Selbständiges Beweisverfahren: Hauptverfahren ist auch das Verfahren nach §§ 485 ff.

Sozialgericht: *Unanwendbar* ist § 34 dort.

Strafverfahren: Kein Hauptverfahren nach § 34 ist ein Strafverfahren nach der StPO, evtl in Verbindung mit dem OWiG usw.

Verweisung: Eine solche zB nach § 281 ändert die Anwendbarkeit von § 34 nicht.

Zwangsvorsteigerung: Hauptverfahren ist auch das Verfahren nach §§ 864 ff in Verbindung mit dem ZVG.

Zwangsvollstreckung: Hauptverfahren ist auch ein Verfahren nach §§ 704 ff.

- 5 5) Persönlicher Geltungsbereich.** § 34 gilt zunächst für den ProzBew nach § 81. Hier zählt zu diesem Begriff jeder, der auf Grund einer prozessualen Vollmacht nach § 80 für eine Partei nach Grdz 4 vor § 50 ein prozessuales Geschäft besorgt hat, zB: Der Verkehrsanwalt nach VV 3400; der Unterbevollmächtigte nach VV 3401, und zwar auch bei einer Klage gegen denjenigen ProzBew, der ihm die Untervollmacht gab; der Terminsanwalt nach VV 3330. Vgl aber auch § 11 RVG (Festsetzungsverfahren). § 34 gilt ferner: Für den Beistand nach § 90; für den Zustellungsbevollmächtigten nach § 184 Rn 1.

Beim *Gerichtsvollzieher* ist § 34 gegenstandslos. Denn der Gerichtsvollzieher ist nach Üb 3 vor § 154 GVG ein Beamter, und die durch seine Tätigkeit entstandenen Kosten sind solche des Staats. Ihre Beitreibung erfolgt nach § 1 I Z 7, 8 I JBeitrO, § 9 I GvKostG, Hartmann Teile IX A, XI. Bei einem Notar entsteht wegen seiner Forderung auf Grund eines Notargeschäfts nach § 19 GNotKG, KVfG 32011, 32015 kein ordentlicher Rechtsweg.

- 6 Richtiger Bekl** sind stets nur der Vollmachtgeber und seine Rechtsnachfolger sowie sonstige Personen, die für ihn haften, etwa ein Bürge, nicht aber der Prozeßgegner und keineswegs ein Dritter. § 34 gilt nur für den Kläger. Zählt dieser zB als Auftraggeber nicht zu den vorgenannten Personen, ist § 34 unanwendbar.

35 Wahl unter mehreren Gerichtsständen. Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

Schrifttum: Albicker, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft, 1996; Lund, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht, 2014.

- 1 1) Systematik.** Vgl zunächst § 20 Rn 1. Es handelt sich um eine wegen der Fülle von Gerichtsständen der ZPO und anderer einschlägiger Gesetze technisch notwendige Regelung. § 35 gilt auch bei § 256, Mü RR 10, 645. § 40 hat den Vorrang. Vgl auch Art 8 Z 1 EuGVVO, SchlAnh V C 2.

- 2 2) Regelungszweck.** Die Vorschrift ist ein typischer Ausdruck der Parteiherrenschaft nach Grdz 18 vor § 128. Man muß sie natürlich dahin begrenzen, daß eine getroffene Wahl nach Rn 5 grundsätzlich endgültig ist. Denn sonst wäre der Willkür nach Einl III 54 Tür und Tor offen. Ein obligatorisches Güteverfahren nach § 15 a EGZPO läßt sich je nach etwa unterschiedlichen Länder-Durchführungsvorschriften nach § 794 Rn 4 durch eine Wahl des richtigen späteren Gerichtstands evtl vermeiden oder doch vereinfachen, Hartmann NJW 99, 3748.

Können und Ruf, zwei durchaus verschieden ausgeprägt mögliche Eigenschaften des Gerichts, mögen etwa im Wettbewerbs- oder Kartellrecht eine regelrechte Sogwirkung zu bestimmten Kammern einiger weniger deutscher Landgerichte herbeiführen, sei es auch wesentlich wegen des vorgeordneten OLG-Senats. Manche Verwaltung mag das wegen eines entsprechenden Gebührenaufkommens begrüßen. Eine Qualitätssteigerung kann die im Interesse der Rechtspflege liegende Folge sein. Schon deshalb darf man eine solche Tendenz der Gerichtswahl nicht bei der Prüfung der Notwendigkeit von Zusatzkosten nach §§ 91 ff verborgen tadeln. Eine Spezialisierung ist auch bei Gericht ohnehin vielfach ratsam geworden.

Zeitgemäß ist § 35 schon wegen seiner Beachtung des Grundsatzes einer Prozeßwirtschaftlichkeit nach Grdz 14 vor § 128 und vor allem des weiteren Prinzips der Parteiherrenschaft nach Grdz 18 vor § 128. Natürlich muß schon wegen der Rechtssicherheit nach Einl III 43 gemäß Rn 1, 5 ein gesetzlich bestimmter ausschließlicher Gerichtsstand zB nach § 40 II 1 Z 2 den Vorrang behalten. Dann gibt es eben insoweit gar nicht mehrere zuständige Gerichte. In diesen Grenzen darf man das Wahlrecht aber unverändert großzügig bejahen.

- 3 3) Geltungsbereich.** Vgl zunächst Üb 3 vor § 12. § 35 bezieht sich auf den Fall, daß mehrere Gerichte eines allgemeinen oder besonderen Gerichtsstands zuständig sind, BGH FER 97, 136 (FGG), Hamm RR 17, 1023. Die Vorschrift erfaßt nach Üb 14 vor § 12 auch den Fall, daß mehrere solche Gerichte ausschließlich zuständig sind, Thümmel NJW 86, 558. Sie gilt auch im Insolvenzverfahren, Naumb RR 02, 1705. Im Mahnverfahren gilt für mehrere Antragsteller § 689 II, nicht § 35, BGH NJW 78, 321.

- 4 4) Wahlrecht.** Der Kläger trifft seine Wahl nicht schon mit der Klageinreichung (Anhängigkeit), wohl aber infolge der Klagezustellung nach § 271, also der Klagerhebung nach §§ 253, 261 (Rechtshängigkeit), BayOBLG MDR 99, 1461, Hamm MDR 12, 307, Köln MDR 80, 763. Maßgeblich ist natürlich die tatsächliche Rechtshängigkeit, nicht derjenige Zeitpunkt, zu dem das Gericht zB die Klage hätte zustellen sollen. Die einmal wirksam getroffene Wahl ist für diesen Prozeß grundsätzlich endgültig und bindend, BGH NJW 93, 2810, Hamm RR 17, 1023, Mü MDR 07, 1155.

- 5 5) Beispiele zur Frage eines Wahlrechts**

Arrest, einstweilige Verfügung: Der dortige Antrag stellt noch *nicht* die Ausübung des Wahlrechts dar.

Ausländer: Sein Wahlrecht ist nicht geringer, BGH AnwBl 14, 453.

Ausschließlichkeit: § 40 hat nach Rn 1 den Vorrang.

Klagabweisung: S „Prozeßurteil“.

Klagänderung: Das Wahlrecht mag erst nach einer solchen nach §§ 263, 264 möglich sein und ist auch dann noch statthaft, Köln RR 14, 319.

Klagerücknahme: Nach ihr kann bei einer neuen Klage nach § 269 VI auch das Wahlrecht neu entstehen.

Kostenfestsetzung: Man darf das Wahlrecht nicht aus Kostenersparnisgründen erst im Verfahren nach §§ 103 ff ausüben, Hbg MDR 99, 638, Mü JB 94, 477, ZöV 3, aM ZöHe § 91 Rn 13 „Wahl des Gerichtsstands“ (aber die Festsetzung folgt erst dem Erkenntnisverfahren nach).

Mahnverfahren: §§ 690 Rn 1, 696 Rn 19–21, 28, Mü MDR 07, 1155.

Nachträgliche unerlaubte Handlung: Sie kann eine Wahländerung ermöglichen, KG RR 01, 62.

Prozeßurteil: Nach einem solchen nach Grdz 14 vor § 253 entsteht bei einer neuen Klage ein Wahlrecht neu.

Rechtsmißbrauch: Er ist wie stets nach Einl III 54 unstatthaft, Hamm NJW 87, 138.

Schiedsrichterliches Verfahren: Das Wahlrecht besteht auch im Verfahren nach § 1032.

Selbständiges Beweisverfahren: Eine Wahl ist auch beim Verfahren nach §§ 485 ff statthaft und dann endgültig, Zweibr. BauR 97, 885, Mü MDR 07, 1155.

Versicherung: Ein Wahlrecht kann sich aus § 215 I VVG ergeben, Oldb. NJW 12, 2894.

Vertrauensanwalt: Er darf teurer sein, auch beim Ausländer, BGH AnwBl 14, 453.

Verweisung: Nach einer solchen zB nach § 281, § 48 ArbGG, §§ 17 ff GVG entsteht *kein* neues Wahlrecht, BayObLG MDR 99, 1461, Schlesw. MDR 07, 1281.

Vollstreckbare Urkunde: § 797 Rn 13.

Widerklage: Der Widerkläger nach Anh. § 253 hat evtl. ebenfalls ein Wahlrecht, Karlsruher OLGR 03, 246 (Vorsicht!).

35a (aufgehoben)

36 Gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit.¹ Das zuständige Gericht wird durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht bestimmt:

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Fall an der Ausübung des Richteramtes rechtlich oder tatsächlich verhindert ist;
2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiss ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
3. wenn mehrere Personen, die bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstand erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
5. wenn in einem Rechtsstreit verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
6. wenn verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

^{II} Ist das zunächst höhere gemeinschaftliche Gericht der Bundesgerichtshof, so wird das zuständige Gericht durch das Oberlandesgericht bestimmt, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Gericht gehört.

^{III} Will das Oberlandesgericht bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorzulegen. ² In diesem Fall entscheidet der Bundesgerichtshof.

Schrifttum: Herz, Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung: Voraussetzungen und Verfahren, 1990; Roth, Parteierweiternde Widerklage und gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit, Festschrift für Beys (Athen 2004) 1353; Schwab, Zum Sachzusammenhang bei Rechtsweg- und Zuständigkeitsentscheidung, in: Festschrift für Zeuner (1994).

Gliederung

1) Systematik, I–III	1	11) Konfliktarten, I Z 5, 6	24–29
2) Regelungszweck, I–III	2	A. Zuständigkeitsbejahung, I Z 5	25
3) Sachlicher Geltungsbereich: Umfassende Anwendbarkeit, I–III	3	B. Zuständigkeitsleugnung, I Z 6	26
4) Beispiele zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs, I–III	4–6	C. Verweisung, Rückverweisung, I Z 6	27
5) Antragszwang, I–III	7–9	D. Instanzfragen	28
6) Bestimmendes Gericht, I–III	10–12	E. Maßgeblichkeit der wahren Zuständigkeit	29
A. Erstbefassung	10	12) Zuständigkeitsarten, I Z 5, 6	30–42
B. Früheres BayObLG	11	A. Familiengericht gegen Familiengericht ..	31
C. Verschiedene Gerichtsbarkeiten	12	B. Prozeßgericht gegen Familiengericht und umgekehrt	32, 33
7) Verhinderung des zuständigen Gerichts, I Z 1	13	C. Prozeßgericht gegen Vollstreckungsgericht	34
8) Ungewißheit über die Zuständigkeit, I Z 2	14	D. Zivilkammer gegen Kammer für Bau- und landsachen	34
9) Streitgenossen, I Z 3	15–22	E. Zivilkammer gegen Kammer für Handelsachen	34
A. Verschiedene inländische Gerichtstände	16	F. Sonstige Fälle	35
B. Kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand	17	G. Notwendigkeit zweier echter Entscheidungen	36
C. Streitgenossenschaft	18	H. Formlose Abgabe vor Rechtshängigkeit ..	37
D. Beispiele zur Frage einer Anwendbarkeit von I Z 3	19–22	I. Rechtskraft	38
10) Dinglicher Gerichtsstand, I Z 4	23	J. Möglichkeiten des bestimmenden Gerichts	39
11) Konfliktarten, I Z 5, 6	24–29	K. Verstoß des bestimmenden Gerichts	40
A. Zuständigkeitsbejahung, I Z 5	25	L. Funktioneller Streit	41
B. Zuständigkeitsleugnung, I Z 6	26	M. Weitere Bindungsfragen	42

1) Systematik, I–III. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist kein Akt der Justizverwaltung, sondern **1** ein Akt der Rechtspflege. Diese Bestimmung ist den Gerichten zugewiesen. Die Justizverwaltung hat schon wegen § 16 S 2 GVG keine Möglichkeit, auf die Bestimmung des im Einzelfall zuständigen Gerichts Einfluß zu nehmen. Bei § 14 GVG liegt eine allgemeine gesetzliche Bestimmung vor. § 36 nennt die Voraussetzungen, § 37 das Verfahren des Zwischenstreits der Zuständigkeitsbestimmung, zu dem auch § 329 mitbeachtbar ist. Bei

der sachlichen Zuständigkeit geht § 11 vor, BGH MDR **97**, 290. Es kann aber § 36 anwendbar bleiben, BGH NJW **98**, 685, Brdb WoM **15**, 367. Dasselbe gilt für die geschäftliche Zuständigkeit nach Grdz 6 vor § 1, KG GRUR-RR **10**, 120. § 281 wirkt fort, BayObLG RR **00**, 589, Stgt NZM **08**, 838. Über den Rechtsweg darf das Gericht grundsätzlich nur nach §§ 17, 17 a GVG und nur dann nach § 36 befinden, wenn das zur Wahrung des Funktionierens der Rechtspflege und Rechtssicherheit nach Einl III 43 notwendig wird, BGH BB **02**, 276, BAG NJW **06**, 2798, Karlsruher JB **15**, 430.

Rechtsmissbrauch nach Einl III 54 zB zur bloßen Umgehung eines unbequemen Gerichts bei I Z 3 (gar keine wahre Absicht, einen weiteren Gegner mitzuverklagen), ist nach Einl III 57 „Gerichtsstand“ wie stets *unstatthaft*, vgl. auch § 42 Rn 7.

2 2) Regelungszweck, I-III, dazu *Bornkamm NJW* **89**, 2713 (Üb): Der Zweck des § 36 besteht darin, eine möglichst umfassende einfache und rasche Abhilfe dann zu schaffen, wenn die anderen Vorschriften über die Zuständigkeiten zur Lösung des Konflikts nicht ausreichen, BGH NJW **06**, 700, Hamm NZV **17**, 49, Karlsruher FamRZ **91**, 90. Das dient der Prozeßförderung nach Grdz 12 vor § 128, BGH MDR **09**, 46, und der Prozeßwirtschaftlichkeit nach Grdz 14 vor § 128, Ffm RR **06**, 864, Schlesw. RR **03**, 1650, Cuypers MDR **09**, 658. Es dient auch der Rechtssicherheit nach Einl III 43, BVerfG NJW **09**, 907. Deshalb ist grundsätzlich nach Einl III 36 ff eine großzügige Auslegung ratsam, Hamm NJW **00**, 1347 (zu I Z 3). Von Zumutbarkeit sagt § 36 aber gar nichts, aM BGH NJW **11**, 2514 (zu I Z 1, nicht prozeßwirtschaftlich nach Grdz 14 vor § 128). Eine Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 wird ohne weiteres dann hinfällig, wenn ihre tatsächlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Klagerhebung nach §§ 253, 261 nicht mehr vorliegen.

Zweck von *III* ist eine Entlastung des BGH, BGH NJW **00**, 81. Deshalb ist *III* ausnahmsweise nicht ausdehnend auslegbar, BGH **00**, 81. Daher ist *II* und übrigens auch *I* nicht beim Zuständigkeitsstreit zwischen dem Einzelrichter und seinem Senat anwendbar, BGH NJW **03**, 3637 (wendet § 348 II entsprechend an). Im übrigen darf das nach § 36 bestimmte Gericht seine örtliche Zuständigkeit keineswegs mehr nachprüfen. Man darf Art 101 I 2 GG (Gebot des gesetzlichen Richters) auch nicht überbeanspruchen. Ein Zuständigkeitsstreit muß ein auch zeitlich begrenzter Zwischenstreit bleiben. Das sollte man bei der Handhabung stets mitbeachten.

Zeitgemäß ist die Regelung auch in § 37 unverändert. Das gilt für alle Teile der Vorschriften, auch für § 36 I Z 3 ungeachtet mancher Handhabungsschwierigkeiten nach Rn 19 ff. Sie zeigen nur, wie vielfältig der richtige Grundgedanke einer gerichtlichen Bestimmung zwecks Klärung einer Zulässigkeitsbedingung bei Personenmehrheiten an sich seine Ausprägung im Gesetz erhält. Die Vorlagepflicht nach *III* ist umso bemerkenswerter, je häufiger man leider sogar bei der höherrangigen Vorlagepflicht nach § 132 GVG oder gar nach dem RsprEinhG, Anh § 140 GVG, in der Praxis deren unbekümmerte Gering- bis Nichtbeachtung erfahren muß.

3 3) Sachlicher Geltungsbereich: Umfassende Anwendbarkeit, I-III. § 36 gilt in allen Prozeßarten, BayObLG NJW **88**, 2184, auch im WEG-Verfahren, Mü NZM **08**, 529. Wegen des FamFG-Verfahrens Üb 3 vor § 12. Es gilt § 5 FamFG. Natürlich muß überhaupt ein gerichtliches Verfahren vorliegen, also grundsätzlich eine Rechtshängigkeit nach § 261 Rn 1 und damit ein Prozeßrechtsverhältnis nach Grdz 4 vor § 128. Es kann aber auch eine Anhängigkeit nach § 261 Rn 1 genügen. Sie muß freilich mindestens bestehen. Die Rechtshängigkeit erfordert grundsätzlich zumindest eine Mitteilung der das Verfahren in Gang setzenden Antragsschrift an den Prozeßgegner, BGH FER **97**, 89 (ohne Vorlage nach § 132 GVG), Düss FamRZ **88**, 299, großzügiger BGH NJW **83**, 1062, Karlsruher NZM **03**, 576, Mü RR **14**, 80 (aber man kann vernünftigerweise mit Annahme von I Z 3 „verklagt werden sollen“) keineswegs „vorweg“ klären lassen, welches Gericht für ein solches Verfahren zuständig sein würde, das noch nicht einmal irgendwo nach § 261 Rn 1 anhängig ist. Deshalb müßte eine Zuständigkeitsbestimmung unter Vorbehalt stehen, so BGH NJW **03**, 1062. Das hilft gar nicht). § 36 kann auch dann anwendbar sein, wenn zB nach einer Verweisung an ein Hamburger AG zwischen diesem und einem weiteren dortigen Gericht ein Zuständigkeitsstreit entsteht. Dann entscheidet das dortige LG, BayObLG RR **00**, 67.

Ausnahmen können gelten, soweit das Gericht den Gegner nicht hören muß oder gar nicht hören darf, BayObLG Rpfleger **86**, 98, etwa im Eilverfahren nach §§ 920 Rn 9, 936 Rn 2.

4) Beispiele zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs, I-III

Arbeitsgerichtsverfahren: § 36 gilt vor den Arbeitsgerichten entsprechend, BGH NJW **90**, 54, BAG NJW **06**, 1372 und 2798, LAG Bln-Brdb NZA-RR **15**, 325.

Die Vorschrift schafft aber *keine* rechtswegübergreifende Zuständigkeit, Ffm RR **95**, 319. Der Vorsitzende kann nach § 55 I Z 7 ArbGG allein entscheiden, auch nach einer mündlichen Verhandlung, zB nach dem Gütertermin, Lakié BB **00**, 667.

Arrest, einstweilige Verfügung: § 36 gilt einem Verfahren nach §§ 916 ff, 935 ff, BayObLG Rpfleger **04**, 365.

Man muß § 12 II UWG beim Eilantrag mitbedenken und darf evtl auf § 39 hoffen, Brdb GRUR **15**, 82.

Auslandsberührungen: § 36 gilt im Verfahren mit einer Auslandsberührungen, BGH FamRZ **84**, 162, BayObLG NJW **88**, 2184, Abramenco Rpfleger **04**, 473.

Ausschließliche Gerichtsstände: Andere zB nach § 32 b I machen § 36 unanwendbar: Jedes dieser Gerichte muß wegen § 40 II tätig werden.

Beratungshilfeverfahren: § 36 gilt im Verfahren auf eine Beratungshilfe nach Anh § 127, BGH FamRZ **84**, 774.

Einstweilige Verfügung: S „Arrest, einstweilige Anordnung oder Verfügung“.

5 Insolvenzverfahren: Im Eröffnungsverfahren gilt § 36 in Verbindung mit § 4 InsO, BGH **132**, 196, Celle Rpfleger **04**, 240, Naumb. MDR **14**, 1349, auch im weiteren Verfahren, BGH **132**, 196, Köln Rpfleger **00**, 236. § 36 gilt auch nach Eröffnung, BGH ZIP **14**, 243.

Internationale Zuständigkeit: § 36 gilt auch dann nach Üb 6 vor § 12, BayObLG RR **06**, 211.

Kostenfestsetzungsverfahren: § 36 gilt im Festsetzungsverfahren nach §§ 103 ff, BayObLG AnwBl **89**, 161. Das gilt aber nicht bei einer Mehrarbeit von Festsetzungsbeschlüssen, Karlsruher Rpfleger **97**, 19.

Mahnverfahren: § 36 ist im Mahnverfahren nach §§ 688 ff anwendbar, BGH NJW **95**, 3317, BayObLG Rpfleger **03**, 139. Das gilt vor der Abgabe an das Streitgericht nach § 696, BGH VersR **82**, 371, BayObLG Rpfleger **03**, 139, Brdb RR **01**, 429 (sogar vor Zustellung des Mahnantrags). Es gilt auch nach der Abgabe oder Verweisung nach § 696 Rn 25 ff, BGH MDR **13**, 1422, BayObLG MDR **95**, 312, aM Hamm MDR **14**, 1348 (Sonderfall, bitte lesen).