

Wolfgang Vogelsang, LL.M (London)
wissenschaftlicher Assistent
Lehrstuhl Prof. Dr. Stephan Lorenz

Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht IV - ZPO Sommersemester 2001

2. Arbeitsgemeinschaft

Zulässigkeit der Klage I

Klageschrift - Rechtsweg-, funktionelle, sachliche und örtliche Zuständigkeit

Fall 1: *„Rosenkrieg“*

(vgl. BGH NJW 1988, 2214, BGH NJW-RR 1993, 936; BGH NJW 1998, 3649; GmS-OGB NJW 2000, 2340)

A und B sind geschiedene Eheleute. A erhebt beim AG Augsburg Klage gegen B mit dem Antrag, ihr zu untersagen, Details ihrer gescheiterten Ehe an Dritte weiterzugeben. In der dem AG vom Anwalt des A durch Computerfax übermittelten Klageschrift wird A lediglich mit Vor- und Nachnamen bezeichnet. Zur Begründung dafür wird geltend gemacht, daß B den A wirtschaftlich und seelisch ruiniert habe, so daß er ihr seine derzeitige Anschrift nicht bekannt geben könne. Es genüge, daß seine Identität feststehe und die Prozeßvertretung durch einen Rechtsanwalt gewährleistet sei.

- 1) Ist die Klage zulässig?
- 2) Welche Entscheidung hat das Gericht zu treffen?

Lösung:

Frage 1:

Voraussetzung einer zulässigen Klage ist in erster Linie eine ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO.

Fraglich ist, ob A ordnungsgemäß Klage erhoben hat.

- I. Die Mindestanforderungen einer Klageschrift sind in § 253 Abs. 2 ZPO definiert:
- 1) Partei ist, wer objektiv Partei sein soll, und zwar aus der Sicht des Adressaten der Klage (vgl. § 50 ZPO). Grundsätzlich sind daher Vorname und Name der Parteien anzugeben, auch eines gesetzlichen Vertreters.¹

¹ Gegen namentlich Unbekannte kann nach der ZPO nur beschränkt vorgegangen werden. Bei Störern, die sich namentlicher Erfassung entziehen, muß allerdings genügen, daß ihre physische Identität eingrenzbar ist, indem sie nach Zahl, Aufenthaltsort oder auch Tätigkeit von anderen unterschieden werden (konstante Hausbesetzer; Blockierer; Abhilfe ist u.U. nur durch einstweilige, sofort zugestellte Verfügung eines am Tatort entscheidenden Richters möglich. Im übrigen kann, wenn auch die Polizei nicht hilft, das Rechtsstaatsprinzip zu verfassungskonformer

- Das hat A (ordnungsgemäß vertreten durch seinen Anwalt) getan.
- 2) Auch die ladungsfähige Anschrift muß jedenfalls für den Beklagten benannt werden, schon zwecks Zustellung. Fraglich ist, ob dies auch bezüglich des Klägers gilt.
 - a) Grundsätzlich besteht der BGH - unter weitgehender Zustimmung der Literatur - auch auf der Anschrift des Klägers, vgl. BGH NJW 1988, 2114:

“Zwar ist in 253 II Nr.1 ZPO zwingend nur vorgeschrieben, daß, aber nicht wie die Parteien in der Klageschrift zu bezeichnen sind. Auch ohne die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Kl. steht durch seine Bezeichnung mit Vor- und Nachnamen [...] in Verbindung mit dem Umstand, daß er der geschiedene Ehemann der Bekl. ist, seine Identität zweifelsfrei fest, womit der Vorschrift insoweit Genüge getan ist (vgl. BGH, NJW 1977, 1686). Soweit 253 IV ZPO auf die für vorbereitende Schriftsätze geltende Vorschrift des 130 Nr. 1 ZPO verweist, wonach u. a. der Wohnort der Parteien (samt Straße und Hausnummer, vgl. Wieczorek, § 130 Anm. B I a); OLG Frankfurt, MDR 1984, 943) anzugeben ist, wird auf eine bloße Soll-Vorschrift Bezug genommen. Daraus allein kann jedoch nicht geschlossen werden, daß es sich hierbei auch bei bestimmenden Schriftsätzen, wie sie die Klageschrift darstellt, nur um ein Soll-Erfordernis handelt. Wie bereits das RG in bezug auf das Erfordernis der Unterzeichnung der Klageschrift (vgl. 130 Nr. 6 ZPO) dargelegt hat, kann aus der Bedeutung des bestimmenden Schriftsatzes für den Gang des Verfahrens folgen, daß ungeachtet der Fassung des 130 ZPO als Ordnungsvorschrift ein zwingendes Erfordernis gegeben ist (RGZ 151, 82 (84); s. auch BGHZ 65, 46 (47) = NJW 1975, 1704 = LM § 295 ZPO Nr. 28; BGHZ 92, 251 (254) = NJW 1985, 328 = LM § 276 (Ci) BGB Nr. 43; BayOBIGZ 1970, 151 (154)). So geht aus den Materialien zur ZPO hervor, daß der Gesetzgeber von einer besonderen Normierung des Unterschriftserfordernisses nur abgesehen hat, weil ihm die verantwortliche Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze als eine Selbstverständlichkeit erschien (vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 2, S. 255).

Die Klageschrift ist Anlaß und Voraussetzung für das gerichtliche Verfahren und soll für dieses eine möglichst sichere Grundlage schaffen. Es versteht sich von selbst, daß die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Bekl. notwendig ist, weil sonst die Zustellung der Klageschrift und damit die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses nicht möglich ist. Ist dem Kl. die Anschrift des Bekl. nicht bekannt, muß er dies zumindest darlegen; nur dann besteht die Möglichkeit, ggf. eine öffentliche Zustellung zu erwirken (203 ZPO; vgl. dazu auch Kleffmann, Unbekannt als Parteibezeichnung, 1983, S. 35). Was die Anschrift des Kl. betrifft, so ist deren Angabe im reinen Parteiprozeß schon deswegen geboten, weil er sonst nicht zu den Gerichtsterminen geladen werden kann, zu denen er, wie 330 ZPO zeigt, grundsätzlich erscheinen muß. Aber auch dann, wenn der Kl. - wie im vorliegenden Fall - durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, kann auf die Angabe seiner ladungsfähigen Anschrift nicht verzichtet werden. Da mit dem Betreiben des Prozesses nachteilige Folgen verbunden sein können, wie insbesondere die Kostenpflicht im Falle des Unterliegens, wird dadurch dokumentiert, daß er sich diesen möglichen Folgen stellt. Auch muß er bereit sein, persönlich in Terminen zu erscheinen, falls das Gericht dies anordnet (vgl. etwa 141, 79 II, 145 ff. ZPO). Mit Recht hat das OLG in diesem Zusammenhang ausgeführt, daß es

[Seite 2115]

bei der Prüfung der Frage, ob das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden soll, sein Ermessen nur sachgerecht ausüben kann, wenn ihm auch der Aufenthalt des Kl. bekannt ist. Kein Kl. hat Anspruch darauf, daß das Gericht in seinem Falle diese Möglichkeit von vornherein nicht in Betracht zieht. Legte es ein Kl. darauf an, den Prozeß aus dem Verborgenen zu führen, um sich dadurch einer möglichen Kostenpflicht zu entziehen, müßte ohnehin von einem rechtsmißbräuchlichen Verhalten ausgegangen werden, auf das nicht anders als mit einer Prozeßabweisung zu reagieren ist. Insgesamt folgt aus diesen Überlegungen, daß die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Kl. zwingendes Erfordernis einer ordnungsgemäßen Klageerhebung ist, und zwar jedenfalls dann, wenn die Angabe ohne weiteres möglich ist. Der Senat verkennt nicht, daß einer solchen Angabe im Einzelfall unüberwindliche oder nur schwer zu beseitigende Schwierigkeiten im Wege stehen können, etwa wenn ein Nachlaßpfleger für unbekannte Erben klagt (zu einem solchen Fall BGH, LM § 325 ZPO Nr. 10). Denkbar ist auch, daß schutzwürdige

Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen (vgl. etwa für die Inkognito-Adoption OLG Karlsruhe FamRZ 1975, 507). Solchen Schwierigkeiten muß das Verfahrensrecht Rechnung tragen. In derartigen Fällen ist aber wenigstens zu fordern, daß dem Gericht die insoweit maßgebenden Gründe unterbreitet werden, damit es prüfen kann, ob ausnahmsweise auf die Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift des Kl. verzichtet werden kann. Wird diese hingegen schlechthin oder ohne zureichenden Grund verweigert, liegt keine ordnungsmäßige Klageerhebung vor mit der Folge, daß das Rechtsschutzgesuch als unzulässig abzuweisen ist, soweit der Mangel nicht noch in den Tatsacheninstanzen geheilt wird (zur Heilung vgl. etwa Thomas-Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 253 Anm. 4b m. w. Nachw.).”

- b) In der Literatur ist diese Entscheidung mit folgenden Argumenten auf Kritik gestoßen (vgl. insbes. *Zeiss*, ZZZ 101 (1988), 460 f.):
1. Die ZPO kenne “bestimmende Schriftsätze” weder dem Namen noch der Sache nach, so daß §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 ZPO nicht mit diesem Argument in Muß-Vorschriften umgedeutet werden könnten.
 2. Der Hinweis auf § 330 ZPO verfange nicht, da die ZPO keine Pflicht zum Erscheinen kenne, sondern an die Nichtschulterung diese prozessualen Last nur den Rechtsnachteil der Klagabweisung durch Versäumnisurteil knüpfe.
 3. Der Kläger müsse auch nicht bereit sein, persönlich zum Termin zu erscheinen, falls das Gericht dies anordnet, wie der BGH mit Hinweis auf §§ 141, 279 Abs. 2, 445 ff ZPO meine. § 141 Abs. 3 S. 1 ZPO sehe beim Ausbleiben einer Partei nur Ordnungsgeld vor. Auch beim Ausbleiben der zur Parteivernehmung geladenen Partei drohten nur die Rechtsnachteile des § 454 ZPO, die eine keine ladungsfähige Anschrift benennende Partei trage möge, falls sie dies wolle.
 4. Schließlich sei auch das Argument nicht überzeugend, ein Prozeß dürfe nicht aus dem Verborgenen geführt werden, weil man sich so im Falle der Klagabweisung einer möglichen Kostenpflicht entziehen könne. Auch der BGH komme ja bei Ablehnung der Klage als unzulässig notwendigerweise zur Auferlegung der Kosten des Rechtsstreits an den verborgenen Kläger, ohne dem beklagten die Möglichkeit zu eröffnen, wie er diese gegen den verborgenen Kläger betreiben könne. Der Gefahr, die der BGH für den Beklagten sehe, könne daher besser durch eine analoge Anwendung des § 110 ZPO begegnet werden.
- c) Fraglich ist daher, welche Auffassung den Vorzug verdient. Die ersten beiden Argumente der Mindermeinung überzeugen, nicht aber das erste und vierte.
- aa) Aus der Tatsache, daß die ZPO den Terminus des "bestimmenden Schriftsatzes" nicht erwähnt, kann nicht die Nichtberechtigung der Unterscheidung zwischen "bestimmenden" und lediglich "vorbereitenden" Schriftsätzen gefolgert werden. Schriftsätze, die lediglich künftiges Vorbringen ankündigen, sind von solchen, die die prozessuale Erklärung der Partei darstellen, qualitativ deutlich verschieden.
- bb) Gegen eine analoge Anwendung des § 110 ZPO spricht, daß die ZPO für Inländer eben gerade keinen Grundsatz enthält, wonach die Zulässigkeit der Klage von der Sicherung einer dem Beklagten nachteiligen Prozeßführung, insbesondere der Sicherung etwa auf ihn entfallender Prozeßkosten abhinge. Das Gesetz ist insoweit nicht lückenhaft. Gleichwohl kann man aus dem Fehlen eines Prozeßgrundsatzes, wonach die Sicherheitsleistung des Klägers Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ist, nicht auf mangelnde Berechtigung der Argumentation des BGH schließen. Denn die Angabe der Anschrift des Klägers sichert seine Einstandspflicht auf einem ungleich niedrigeren als dem durch Sicherheitsleistung erreichbaren Niveau. Während das Erfordernis der

Sicherheitsleistung den Beklagten und die Staatskasse umfassend schützt, stellt die Angabe der -richtigen - Anschrift des Klägers zumindest die Erreichbarkeit seiner Person einigermaßen sicher. Die Gewährung eines solchen prozessualen Minimalschutzes ist legitim, wenn nicht dem Kläger ausnahmsweise die Angabe seiner Adresse unmöglich oder unzumutbar ist.²

Das Argument, daß auch ein die Klage wegen fehlender Anschrift abweisendes Urteil notwendigerweise zur Auferlegung der Kosten an den Kläger führe, und somit dem Beklagten Steine statt Brot gebe, fällt auf die Mindermeinung zurück. Auch die analoge Anwendung von § 110 ZPO kann diesem Dilemma nicht entgegen, da bei Nichtleistung der Sicherheit die Klage gem. § 113 ZPO als zurückgenommen fingiert wird und folglich dem Kläger gem. § 269 Abs. 3 BGB durch Beschluß die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sind. Die Ansicht des BGH vermeidet daher im Vergleich zur Analogielösung die Entstehung unnötiger Kosten, weil bereits nach Ende der ersten mündlichen Verhandlung Prozeßurteil ergehen kann, wenn der Kläger bis zu diesem Zeitpunkt keine Adresse benennt.

- cc) Die Ansicht des BGH verdient daher Zustimmung.
- d) Auf Grund der bloßen Behauptung des A, daß B ihn seelisch und wirtschaftlich ruiniert habe, kann das AG nicht prüfen, ob ausnahmsweise auf die Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift des Kl. verzichtet werden kann. Daraus läßt sich ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse nicht entnehmen. Folglich reicht dieses Vorbringen nicht aus, um einen der vom BGH erwähnten Ausnahmetatbestände zu erfüllen. K verweigert in der Klageschrift die Bekanntgabe seiner derzeitigen Anschrift, ohne einen verständigen Grund dafür zu nennen. Danach ist davon auszugehen, daß der Kl., obwohl er an sich dazu imstande ist, seine ladungsfähige Anschrift nicht bekannt gegeben hat. Seine Klage ist somit unzulässig.
- 3) Darüber hinaus könnte gegen eine ordnungsgemäße Klageerhebung sprechen, daß die Klageschrift dem Gericht per Computerfax zugeht.
- a) Die Klageschrift ist bestimmender Schriftsatz. Sie bedarf daher nach Rspr. und h.M. neben der Schriftform einer eigenhändigen (vollständigen) Unterschrift als Wirksamkeitsvoraussetzung, die wenigstens individuelle Züge aufweisen muß. Abgeleitet wird dies aus §§ 129, 130 Nr. 6 ZPO, da anders als bei nur vorbereitenden Schriftsätzen die gebotene Rechtssicherheit keinen Streit über Urheberschaft und prozessuale Verbindlichkeit dulde.
- Diese Ansicht verdient Zustimmung, da es sowohl das öffentliche Interesse als auch die schützenswerten Belange der anderen Partei verlangen, daß die Klageabsicht eindeutig feststeht. Die Unterschrift dient daher (auch) der Abgrenzung der Klage vom bloßen Entwurf, d.h. der Feststellung der Klageabsicht. Unterschreiben muß der Kläger bzw. sein gesetzlicher Vertreter oder Prozeßbevollmächtigter, in Anwaltsprozessen ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Rechtsanwalt (vgl. § 78 ZPO; allg. M.).³

² *Nietwetberg*, NJW 1988, 2095, 2096.

³ Bei Behörden, Körperschaften und öffentlichen Anstalten reicht allerdings aus, daß der maschinengeschriebene Name des Verfassers mit einem Beglaubigungsvermerk versehen ist, vgl. *Musielak/Foerste*, § 253 ZPO Rdnr. 8.

- b) Gewohnheitsrechtlich kann die Klage auch elektronisch übermittelt werden, sofern sie dem Gericht in einer Mindestform zugeht. Insoweit werden die Anforderungen an Schriftlichkeit und Unterschrift modifiziert, da dem Zweck des § 253 ZPO, Identität und Klageabsicht sicherzustellen, auf andere Weise entsprochen wird.
Anerkannt ist, daß die Klage dem Gericht per Telegramm, Fernschreiber, Telefax oder Teletext übermittelt werden darf.⁴ Umstritten ist, ob die hierfür entwickelten Grundsätze auch auf die Übermittlung per *Computerfax* oder *Btx-Mittelung* ausgedehnt werden können.
- aa) Der 14. Senat des BSG hat durch Beschluß vom 15. 10. 1996 (NJW 1997, 1254 = MDR 1997, 374) entschieden, daß das Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift bei einer mittels PC-Modem an das Telefax-Empfangsgerät des LSG geleiteten Berufung nicht zur Formunwirksamkeit führe. Der 5. Senat des BVerwG hat in seinem Beschluß vom 19. 12. 1994 (NJW 1995, 2121) entschieden, daß eine Klageerhebung durch Btx-Mitteilung die Schriftform des § 81 I 1 VwGO trotz Fehlens einer Unterschrift wahre. Beide Gerichte stützen sich auf die von der Rechtsprechung im Interesse der Nutzung des technischen Fortschritts bisher bereits zugelassenen Ausnahmen von den Erfordernissen einer eigenhändigen Unterschrift. Sie lassen es deshalb genügen, daß sich aus dem bestimmenden Schriftsatz selbst oder in Verbindung mit den ihn begleitenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergibt, ohne daß darüber Beweis erhoben werden müßte.
- bb) Nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH ist in Verfahren mit Anwaltszwang die Einreichung eines bestimmenden Schriftsatzes mittels Computerfax nicht zulässig, weil ein per Computerfax versandtes Schreiben nicht eigenhändig von dem postulationsfähigen Rechtsanwalt unterschrieben werden könne. Trotz der rasanten technischen Entwicklung, fehle es bisher an software, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit garantieren könne, daß elektronisch verfaßte Post auch tatsächlich vom genannten Absender stamme. Solange dieses Manko nicht beseitigt sei, müßten und könnten die vorhandenen, weniger manipulationsanfälligen elektronischen Übertragungsmittel genutzt werden. (vgl. BGH NJW 1998, 3649) Der XI. Senat hat daher dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes diese Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt.
- cc) Dieser entschied wie folgt:

"Der Gemeinsame Senat beantwortet die ihm vorgelegte Rechtsfrage dahin, dass in Prozessen mit Vertretungszwang bestimmende Schriftsätze formwirksam durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift des Prozessbevollmächtigten auf ein Faxgerät des Gerichts übermittelt werden können.

1. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Verfahrensvorschriften nicht Selbstzweck sind. Auch sie dienen letztlich der Wahrung der materiellen Rechte der Prozessbeteiligten, sollen also die einwandfreie Durchführung des Rechtsstreits unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten sicherstellen und nicht behindern. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes bisher das Schriftlichkeitserfordernis, soweit es durch prozessrechtliche Vorschriften zwingend gefordert wird, ausgelegt. Die Schriftlichkeit soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können. Außerdem muss

⁴ Vgl. Musielak/Foerster, § 253 ZPO Rdnr. 12.

feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist (Beschluss des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, BGHZ 75, 340, 348 f.).

Zwar hat die Rechtsprechung bisher grundsätzlich für bestimmende fristwahrende Schriftsätze, soweit sie nicht von Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts oder von Behörden eingereicht wurden, zur Sicherstellung dieser prozessrechtlichen Anforderungen die handschriftliche Unterschriftsleistung des Berechtigten verlangt. Jedoch sind unter Hinweis auf den Sinn und Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses im Rahmen des Prozessrechts insoweit schon in erheblichem Umfang Ausnahmen zugelassen worden.

2. So haben schon das Reichsgericht und das Reichsarbeitsgericht die Übermittlung einer Rechtsmittelschrift und anderer bestimmenden Schriftsätze durch ein Telegramm für zulässig erachtet. Diese Ausnahme hat sich auf allen Rechtsgebieten durchgesetzt (vgl. z.B. für den Zivilprozess: RGZ 139, 45; 151, 82, 86; RG, Beschluss vom 25. Juni 1937 - II B 6/37, WarnRspr 1937 Nr. 122; BGHZ 24, 297, 299; 75, 340, 349; BGH, Urteile 29. Mai 1962 - I ZR 137/61, NJW 1962, 1505, 1507, vom 22./23. Juni 1965 - III ZR 251/63, VersR 1965, 852, vom 28. Januar 1971 - IX ZR 50/70, MDR 1971, 576, vom 18. Dezember 1975 - VIII ZR 123/75, NJW 1976, 966, 967, und vom 25. September 1979 - VI ZR 79/79, NJW 1980, 172; für das arbeitsgerichtliche Verfahren: RAGE 3, 252; BAGE 3, 55; 13, 121, 123; 22, 156, 158; BAG, Urteile vom 1. Juli 1971 - 5 AZR 75/71, NJW 1971, 2190, vom 26. Januar 1976 - 2 AZR 506/74, NJW 1976, 1285, vom 14. Februar 1978 - 1 AZR 154/76, NJW 1979, 233, 234, vom 1. Juni 1983 - 5 AZR 468/80, NJW 1984, 199 f. und vom 24. September 1986 - 7 AZR 669/84, DB 1987, 183; für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: BVerwGE 1, 103; 2, 190, 192, 3, 56; BVerwG, Beschluss vom 27. Oktober 1961 - BVerwG 2,7/61, NJW 1962, 555; BVerwG, Urteil vom 22. November 1963 - BVerwG IV C 76/63, NJW 1964, 831, 832; für das sozialgerichtliche Verfahren: BSGE 1, 243, 245; 5, 3, 4; 7, 16, 17; für das finanzgerichtliche Verfahren: BFHE 92, 438; BFH, Urteile vom 3. Dezember 1953 - IV 256/53 U, BStBl III 1954, 27 und vom 24. Juli 1973 - IV R 204/69, BB 1973, 1517; jetzt ausdrücklich § 357 I 3 AO; für die freiwillige Gerichtsbarkeit; BGH, Beschluss vom 23. September 1952 - V BLw 3/52, JZ 1953, 179; für die Verfassungsbeschwerde: BVerfGE 4, 7, 12; 32, 365, 368). Danach wird das Telegramm heute allgemein als rechtswirksamer bestimmender Schriftsatz anerkannt, auch wenn es aus technischen Gründen vom Erklärenden nicht - eigenhändig und handschriftlich - unterzeichnet werden kann. Diese Übung ist nach der Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht erstarkt (RGZ 139, 45, 48; BSGE 1, 243, 245; BAG, Urteil vom 1. Juli 1971 - 5 AZR 75/71, NJW 1971, 2190, 2191; BGHZ 79, 314, 316; 87, 63, 64; BGHSt 31, 7, 8). Massgeblich ist allein die auf Veranlassung des Absenders am Empfangsort erstellte, für den Adressaten bestimmte Telegrammurschrift, so dass es nicht darauf ankommt, ob diese auf einer "Urschrift" beruht, die am Absendeort aufgenommen und vom Erklärenden unterzeichnet worden ist. Auch eine telefonische Telegrammaufgabe wird deshalb allgemein zugelassen (RAGE 3, 252, 254; RGZ 139, 45, 48; 151, 82, 86; BGHZ 79, 314, 316; BGHSt 8, 174, 176 f.; 14, 233, 235).

Dieselben Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung, wenn der bestimmende Schriftsatz nicht durch Telegramm, sondern mittels Fernschreiben übermittelt worden ist (BGHZ 79, 314, 316; 87, 65). Auch hier veranlasst der Absender im Wege der elektrotechnischen Nachrichtenübermittlung, dass die maßgebliche Erklärung erst andernorts und nur maschinenschriftlich niedergelegt wird. Vorausgesetzt wird allerdings, dass das Fernschreiben unmittelbar von der Fernschreibstelle des Gerichts aufgenommen wird (vgl. BGHZ 79, 314, 318), dass es seinem Inhalt nach den Anforderungen entspricht, die die Prozessordnung an bestimmende Schriftsätze, z. B. an eine ordnungsgemäße Rechtsmittelbegründung, stellt, und dass es abschliessend - als Ersatz der an sich erforderlichen, technisch aber nicht möglichen Unterschrift - den Namen des Erklärenden anführt (BGH, Beschlüsse vom 28. Oktober 1965 - I a ZB 11/65, NJW 1966, 1077 und vom 27. April 1967 - I a ZB 19/66, NJW 1967, 2114; BFHE 136, 38; BAG, Urteile vom 1. Juni 1983 - 5 AZR 468/80, NJW 1984, 199 und vom 24. September 1986 - 7 AZR 669/84; DB 1987, 183).

Dementsprechend ist die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig, ein Verfahren, das sich von der Übermittlung im Telefaxdienst der Bundespost nicht wesentlich unterscheidet (vgl. BVerfG - 2. Kammer des Ersten Senats -, NJW 1996, 2857; BGH, Beschlüsse vom 20. September 1993 - II ZB 10/93, NJW 1993, 3141, vom 27. November 1996 - VIII ZB 38/96, VersR 1997, 853 und vom 8. Oktober 1997 - XII ZB 124/97, NJW 1998, 762; BAG, Urteil vom 27. März 1996 - 5 AZR 576/94, NJW 1996, 3164 f.; Hoppmann, VersR 1992, 1068 m. w. Nachw.).

3. Es entspricht der langjährigen Entwicklung dieser Rechtsprechung, die dem technischen Fortschritt auf

dem Gebiet der Telekommunikation Rechnung trägt, die Übermittlung bestimmender Schriftsätze auch durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichts zuzulassen.

Die Erfüllung der gesetzlich erforderlichen Schriftform, zu der grundsätzlich die eigenhändige Unterschrift gehört, ist solchen bestimmenden Schriftsätzen nicht deshalb abzuspochen, weil sie durch moderne elektronische Medien - wie das im Streitfall zu beurteilende Computerfax - übermittelt werden und mangels Vorhandenseins eines körperlichen Originalschriftstücks beim Absender eine eigenhändige Unterzeichnung nicht möglich ist. Auch bei der von der Rechtsprechung zu Recht gebilligten und zum Gewohnheitsrecht erstarkten Übung der telefonischen Telegrammaufgabe existiert keine vom Absender unterschriebene Urschrift. Maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit des elektronisch übermittelten Schriftsatzes ist nicht eine etwa beim Absender vorhandene Kopiervorlage oder eine nur im Textverarbeitungs-PC befindliche Datei, sondern allein die auf seine Veranlassung am Empfangsort (Gericht) erstellte körperliche Urkunde. Der alleinige Zweck der Schriftform, die Rechtssicherheit und insbesondere die Verlässlichkeit der Eingabe zu gewährleisten, kann auch im Falle einer derartigen elektronischen Übermittlung gewahrt werden. Entspricht ein bestimmender Schriftsatz - wie im Ausgangsverfahren die Berufungsbegründung - inhaltlich den prozessualen Anforderungen, so ist die Person des Erklärenden in der Regel dadurch eindeutig bestimmt, dass seine Unterschrift eingescannt oder der Hinweis angebracht ist, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann. Auch der Wille, einen solchen Schriftsatz dem Gericht zuzuleiten, kann in aller Regel nicht ernsthaft bezweifelt werden.

- dd) Diese Argumentation des Gemeinsamen Senats vermag die Bedenken des XI. Senats nicht gänzlich auszuräumen. Moderne elektronische Übertragungsmittel sind - zumindest noch - in weit höherem Maße als ihre "Ahnen" der Gefahr der Manipulation ausgesetzt. Zustimmung verdient der Gemeinsame Senat jedoch darin, daß diese Gefahr im Verhältnis zu den Vorteilen moderner Kommunikationstechnik weniger schwer ins Gewicht fällt.
- c) Die Klage des A ist folglich nicht auch wegen Übermittlung an das Gericht per Computerfax unordnungsgemäß erhoben.

II. Ergebnis:

Die Klage ist unzulässig, da sie wegen Nichtangabe der klägerischen Anschrift nicht nach § 253 Abs. 2 ZPO ordnungsgemäß erhoben wurde.

Frage 2:

Es fragt sich daher, ob das Gericht eine nicht ordnungsgemäß erhobene Klage überhaupt zustellen darf. Die ordnungsgemäße Klageerhebung ist Prozeßvoraussetzung im eigentlichen Sinn (vgl. AG I, S. 5). Nach (wohl ganz) h.M.⁵ hat das Gericht daher die Ordnungsmäßigkeit der Klage bereits vor der Zustellung zu prüfen, denn ist die Klage erst einmal zugestellt, muß sie auch als solche behandelt werden.

Bei Zweifeln in bezug auf die Ordnungsmäßigkeit der Klage hat das Gericht daher den Rechtsanwalt des A zunächst gem. § 139 ZPO auf den Mangel hinzuweisen, um ihm Gelegenheit zur Klarstellung bzw. Beseitigung des Mangels zu geben. Geschieht dies nicht, muß das Gericht die Klageerhebung durch Beschluß als unzulässig ablehnen und die Zustellung

⁵ Vgl. Zöller/Greger, § 253 Rdnr. 22; Stein/Jonas/Leipold, § 271 Rdnr. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, §97 III 3.

verweigern.

Fall 2: „Doppelt genäht, hält besser!?“

(vgl. RGZ 87, 237)

K hat von V einen gebrauchten Opel- Kadett für DM 4.500 gekauft, den V als unfallfrei und mit einer Laufleistung von erst 60.000 km angeboten hatte. Drei Monate nach Vertragsschluß kommt K wegen zu hoher Geschwindigkeit von der Fahrbahn ab, der Kadett erleidet Totalschaden. Bei der Schadensbegutachtung stellt sich heraus, daß das Fahrzeug schon einmal in einen Unfall verwickelt war sowie schon mindestens 100.00 km gefahren ist und daher im Zeitpunkt der Übergabe nur DM 3.000 wert war. In fehlerfreiem Zustand wäre der Kadett DM 6.000 wert gewesen. Da der nicht gewerbsmäßig mit Fahrzeugen handelnde V von seinem Verkäufer über den Unfall sowie die tatsächliche Laufleistung des Opel ebenfalls nicht aufgeklärt worden war, weigert er sich unter Hinweis auf den Totalschaden des Kadett den von K bar bezahlten Kaufpreis zurückzuzahlen.

K erhebt daher gegen V vor dem AG Klage und beantragt, den K zur Rückzahlung von DM 4.500, hilfsweise von DM 3.000 wegen Minderung zu verurteilen.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Erfolgsaussichten der Klage auf Rückzahlung von DM 4.500 (Hauptantrag)

I. Zulässigkeit:

Gegen die Zulässigkeit dieses Antrags könnte sprechen, daß er mit einem Hilfsantrag gekoppelt ist. Eine derartige Koppelung könnte gegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verstoßen. Ob der Antrag des K, den V hilfsweise zur Zahlung von DM 3.000 zu verurteilen, ein Hilfsantrag ist, hängt davon ab, ob dieser Antrag einen anderen Streitgegenstand als das vorrangig geltend gemachte Begehren des K hat. Das ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln. Hier ergibt sich aus dem Sachverhalt, daß K zunächst Rückabwicklung des Vertrags will; sollte dies aber nicht möglich sein, verlangt er Reduzierung des Kaufpreises. Beide Anträge sind daher verschieden, folglich ist auch ihr Streitgegenstand nicht identisch.

Zu prüfen ist daher, ob der mit einem Hilfsantrag gekoppelte Hauptantrag dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entspricht.

Das Bestimmtheitserfordernis soll den Streitgegenstand festlegen, zumal als Basis der materiellen Rechtskraft, ferner den Entscheidungsspielraum des Gerichts abstecken (§ 308 ZPO), dem Beklagten eine präzise Verteidigung erlauben und eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil heraus ermöglichen, statt noch das Vollstreckungsverfahren mit Sachfragen zu belasten. Dementsprechend muß der Antrag eindeutig sein und darf als Prozeßhandlung nicht unter eine Bedingung gestellt werden. Nach ganz h.M. widerspricht eine Staffelung mehrerer Anträge, für den Fall, daß der vorhergehende keinen Erfolg hat (sog. Eventualhäufung), jedoch nicht § 253 Abs. 2 Nr.

2 ZPO, da der Hilfsantrag nur von einer rein innerprozessualen Bedingung abhängt.⁶
Für das Fehlen weiterer Sachentscheidungs Voraussetzungen gibt der Sachverhalt nichts her, der Hauptantrag ist daher zulässig.

II. Begründetheit:

Die Klage ist begründet, wenn K einen Anspruch auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises von DM 4.500 hat. Ein solcher könnte sich hier nur aus §§ 462, 2 Halbs., 1. Alt., 467, 346 BGB ergeben. Da K jedoch die Zerstörung des Pkw gem. § 351 BGB verschuldet hat, ist die Wandlung des Kaufvertrags ausgeschlossen. Folglich ist der Hauptantrag unbegründet.

B. Erfolgsaussichten der Klage auf Rückzahlung von DM 3.000 (Hilfsantrag)

I. Zulässigkeit:

- 1) Auch die Zulässigkeit des Hilfsantrags scheitert nicht an § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, da er nur von einer innerprozessualen Bedingung abhängt.
- 2) Fraglich ist aber, ob der Hilfsantrag mit dem Hauptantrag kumuliert werden kann. Voraussetzung hierfür ist, neben der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 260 ZPO, daß Haupt- und Hilfsantrag in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, um Manipulationen der sachliche Zuständigkeit zu vermeiden.⁷ Zwischen dem Haupt- und Hilfsantrag des K besteht ein wirtschaftlicher Zusammenhang, da sie beide von demselben Kaufvertrag ihren Ausgang nehmen. Ebenso sind die Voraussetzungen des § 260 ZPO erfüllt. Vom Vorliegen der übrigen Sachurteilsvoraussetzungen ist auszugehen, so daß der Hilfsantrag zulässig ist.

II. Begründetheit:

- 1) Die Klage ist begründet, wenn K einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises um DM 3.000 hat. Ein solcher könnte sich hier nur aus §§ 462, 472 Abs. 1 BGB ergeben. Der von V gelieferte Opel ist fehlerhaft i.S.v. § 459 Abs. 1 BGB, da seine Ist-Beschaffenheit nicht der vertraglich vereinbarten bzw. Soll-Beschaffenheit entspricht. Nach § 472 Abs. 1 BGB ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, das zwischen dem wirklichen Wert der mangelhaften Sache (w) und ihrem hypothetischen Wert (h) besteht, wäre sie mangelfrei. Der geminderte Kaufpreis (x) verhält sich also zum ursprünglich vereinbarten Kaufpreis (p) wie x zu h, d.h. $x = w \cdot p \div h$. Der geminderte Kaufpreis beläuft sich also auf DM 3.000 (w) \cdot DM 4.500 (p) \div DM 6.000 (h) = DM 2.250.
- 2) Folglich kann K nur DM 2.250 (Differenz zwischen p und x) zurückverlangen. Der Hilfsantrag ist daher in Höhe von DM 2.250 begründet, im übrigen ist er abzuweisen.

⁶ Vgl. statt aller Musielak/*Foerste*, § 260 Rdnr. 8 m.w.N.

⁷ Bei Eventualhäufung bestimmt sich der Streitwert und damit die sachliche Zuständigkeit nach dem jeweils höheren Wert von Haupt- oder Hilfsantrag, vgl. Musielak/*Foerste*, § 260 Rdnr. 14 m.w.N.

Fall 3: „*Ein Freund, ein guter Freund...*“

(vgl. BGH NJW 1990, 1666)

K behauptet, daß B ihm DM 12.000 aus Kaufvertrag schulde. Als diese die Warenlieferung bestreitet, erhebt er am 08.03.2000 vor dem LG Augsburg Klage gegen B. Die Klageschrift wird am 23.03.2000 nebst einer Ladung zum frühen ersten Termin am 04.05.2000 in der Wohnung der B an ihren Lebensgefährten T übergeben. Die B hatte sich im Jahr 1998 von ihrem Ehemann getrennt und lebt seitdem mit T und dessen minderjährigem Sohn zusammen. Im Dezember 1999 bezog sie mit T und dessen Sohn die Wohnung, in der die Übergabe der Klageschrift und Ladung stattfand. Dort führt T den gemeinsamen Haushalt, für dessen finanzielle Bedürfnisse die berufstätige B sorgt. Da B sich für zwei Wochen auf Geschäftsreise in Italien befindet, unterrichtet T das Gericht am 24.03.2000 von diesem Sachverhalt.

Zum frühen ersten Termin am 05.04.2000 erscheint B nicht. K beantragt deshalb den Erlaß eines Versäumnisurteils.

Zu Recht?

Lösung:

Das Gericht darf nur dann Versäumnisurteil gegen B erlassen, wenn die Klage zulässig, die B säumig und die Klage schlüssig ist (vgl. §§ 331, 332, 335 ZPO sowie AG VI).

- I. Hier könnte die Klage wegen nicht ordnungsgemäßer Erhebung gem. § 253 Abs. 1 ZPO unzulässig sein, und zwar auf Grund nicht ordnungsgemäßer Zustellung an B. Die Voraussetzungen einer wirksamen Zustellung sind in §§ 166 ff. ZPO geregelt.
- 1) Eine Zustellung an B gem. § 171 ZPO bzw. deren Vertreter i.S.v. § 172 ZPO ist nicht erfolgt.
 - 2) Die ZPO erlaubt jedoch in gewissem Umfang auch sog. Ersatzzustellungen. Hier könnte eine wirksame Ersatzzustellung an den T gem. § 181 Abs. 1, 1. Alt. ZPO in Betracht kommen. Dann müßte es sich bei T um "einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen" handeln.
 - a) Die Frage, ob der nichteheliche Lebensgefährte gem. § 181 Abs. 1, 1. Alt. ZPO wirksam eine Ersatzzustellung entgegennehmen kann, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.
 - aa) Vom BGH in Strafsachen (BGHSt 34, 250), vom BFH (NJW 1982, 2895 f) sowie vom BVerwG (BVerwG, DVBl 1958, 208) wird sie verneint, während sie im Schrifttum kontrovers diskutiert wird.
 - bb) Nach der Auffassung des BGH in Zivilsachen ist die an einen nichtehelichen Lebensgefährten bewirkte Zustellung jedenfalls dann wirksam ist, wenn der Adressat mit einer Familie zusammenlebt, ohne daß es entscheidend darauf ankäme, ob es sich bei dieser Familie um Verwandte des Adressaten, seines Lebensgefährten oder um gemeinschaftliche Kinder handelt. Das Gericht argumentiert wie folgt (BGH NJW 1990, 1666):

“a) Schon der Wortlaut des § 181 I ZPO schließt nicht aus, auch den nichtehelichen Lebensgefährten als einen "zu der Familie gehörenden Hausgenossen" anzusehen. Diese Voraussetzung würde auf den nichtehelichen Lebensgefährten allerdings dann nicht zutreffen, wenn das Merkmal der Familienzugehörigkeit nicht im Sinn einer tatsächlichen, sondern einer

familienrechtlichen Verbundenheit des Hausgenossen mit dem Zustellungsadressaten zu verstehen wäre, wie das BVerwG (DVBl 1958, 208) angenommen hat. Ein solches Verständnis wird zwar von der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nahegelegt (dazu BGH, NJW 1987, 1562 unter 3 b). Der ursprüngliche Entwurf der ZPO sah die Zulässigkeit einer Ersatzzustellung an eine "in der Wohnung anwesende, zur Familie gehörende Person" vor und meinte damit, wie sich aus der Begründung ergibt, die rechtliche Familienzugehörigkeit. Gegen diese Fassung ergaben sich Bedenken, weil die Ersatzzustellung an einen Verwandten, der sich nur zufällig und vorübergehend in der Wohnung aufhielt, unsachgemäß erschien. Diese Bedenken führten zu der noch heute geltenden Fas-

Seite 1667

sung. Der neu eingeführte Begriff des "Hausgenossen" sollte dabei verdeutlichen, daß der - im rechtlichen Sinn - Familienangehörige zugleich Hausgenosse sein müsse.

Für den Gesetzgeber des ausgehenden 19. Jahrhunderts war indessen das Zusammenleben mehrerer Personen im selben Haushalt, die nicht durch Ehe oder Verwandtschaft miteinander verbunden sind, ein seltener und deshalb nicht regelungsbedürftiger Sachverhalt. Eine ausschließlich an der Entstehungsgeschichte orientierte Auslegung des § 181 I ZPO wäre daher nicht in der Lage, den seit Inkrafttreten der ZPO gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen und der in neuerer Zeit starken Zunahme von nichtehelichen Lebensgemeinschaften Rechnung zu tragen (ebenso BGH, NJW 1987, 1562). Sie würde auch zu dem wenig einleuchtenden Ergebnis führen, daß diese Vorschrift auf das Verhältnis von Pflegeeltern zu Pflegekindern nicht anzuwenden wäre (zutr. OLG Celle, FamRZ 1983, 202, 203; OVG Hamburg, NJW 1988, 1807). Auf Kriterien sittlich-moralischer Art oder die Wahrung familienrechtlicher, durch Art. 6 I GG besonders geschützter Belange kommt es bei der Auslegung dieser Vorschrift ohnehin nicht an (BGH, aaO unter 3 c).

b) Sinn und Zweck des § 181 I ZPO legen es nahe, dem Merkmal der familienrechtlichen Verbundenheit keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber den Zugang zustellungsbedürftiger Schriftstücke durch Aushändigung an solche Personen ermöglichen, von denen nach der Lebenserfahrung zu erwarten ist, daß sie wegen ihres nach außen zum Ausdruck gebrachten Vertrauensverhältnisses zum Empfänger die Sendung diesem aushändigen werden (so z. B. Zöller-Stephan, ZPO, 15. Aufl., § 181 Rdnr. 4). Entscheidend muß deshalb in erster Linie das Bestehen eines solchen Vertrauensverhältnisses und nicht die Frage sein, ob das Verhältnis eine familienrechtliche Grundlage hat. Davon ist auch das RG ausgegangen, als es das in der zweiten Alternative des § 181 I ZPO ebenfalls vorausgesetzte Merkmal der Familienzugehörigkeit restriktiv interpretiert und sowohl die Ersatzzustellung an die Haushälterin eines alleinstehenden Junggesellen trotz Fehlens einer Familie unbedenklich für zulässig erachtet als auch entschieden hat, eine "in der Familie dienende Person" könne eine stundenweise beschäftigte Zugefrau sein, die nicht mit der Familie zusammenlebt (RG, JW 1937, 1663). Diese Entscheidung, die eine auf Dauer angelegte Tätigkeit im Hauswesen des Zustellungsempfängers als ausschlaggebendes Kriterium für die Zulässigkeit der Ersatzzustellung wertet, ist in Rechtsprechung und Schrifttum auf einhellige Zustimmung gestoßen (z. B. BayVerfGH, RPfleger 1964, 75); auch der 1. Strafsenat (unter 3 c) zitiert sie zustimmend. Umsoweniger vermag sich der erkennende Senat der Auffassung des 1. Strafsenates anzuschließen, der nichteheliche Lebensgefährte biete nicht die gleiche Gewähr wie ein Familienangehöriger für die zuverlässige Aushändigung des zugestellten Schriftstückes. Eine eheähnliche Gemeinschaft mit gemeinsamer Haushaltsführung begründet ein Vertrauensverhältnis unter den Partnern, das die Erwartung zuverlässiger Weitergabe des Schriftstückes nicht weniger rechtfertigt als in den zu § 181 I ZPO bisher anerkannten Fällen. Dazu bedarf dieses Verhältnis nicht der Verstärkung, die hier darin liegt, daß zusätzlich eine familienähnliche Verbindung des Bekl. zu den Kindern seiner Lebensgefährtin bestand.

c) Allerdings teilt der erkennende Senat die Ansicht des 1. Strafsenates, daß nur derjenige als zur Familie gehörender Hausgenosse angesehen werden kann, der aufgrund objektiver und eindeutiger Kriterien als solcher erkennbar ist. Derartiger Kriterien bedarf weniger das über die Wirksamkeit einer Zustellung später entscheidende Gericht, sondern - angesichts der großen praktischen Bedeutung dieser Art der Ersatzzustellung und der oft einschneidenden Auswirkungen einer Zustellung - in erster Linie die Person, die die Zustellung ausführt. Solche,

gegebenenfalls leicht feststellbaren Kriterien sind auch in den hier interessierenden Fällen vorhanden (ebenso Mayer-Rang, NJW 1988, 811). Kennt derjenige, der die Zustellung ausführt, die Beziehung des Adressaten zu dem in der Wohnung Angetroffenen nicht und wird sie ihm auch nicht unaufgefordert genannt, muß der Zusteller die Voraussetzung einer Ersatzzustellung in jedem Fall durch Befragen des Angetroffenen ermitteln. Dabei erscheint für die Beteiligten die Frage nach ständigem Zusammenleben als einer besonderen Form der Hausgenossenschaft nicht unzumutbarer oder aufdringlicher als diejenige nach Ehe oder Verwandtschaft. Wer sittliche Bedenken gegen ein nichteheliches Zusammenleben entweder nicht teilt oder sich darüber hinwegsetzt und ein eheähnliches Verhältnis eingeht, kann die darauf gerichtete Frage eines Briefträgers oder Gerichtsvollziehers, die ersichtlich nicht persönlicher Neugier entspringt, sondern die richtige Anwendung einer Gesetzesvorschrift sicherstellen soll, nicht als unzumutbar empfinden. Dasselbe gilt für die in Fällen der vorliegenden Art weiter erforderliche Frage, ob noch Verwandte des Adressaten oder der Empfangsperson in der Wohnung leben.

3. Diesem Ergebnis hält die Revision vergebens entgegen, es berücksichtige nicht das sich aus Art. 103 I GG ergebende Recht jeder Partei, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor deren Erlaß äußern zu können (BVerfG, NJW 1988, 2361). Auch die Zustellungsvorschriften dienen zwar der Verwirklichung dieses Rechts (BVerfG, NJW 1988, 2361). Das mag dazu führen, daß in Fällen, in denen die Wirksamkeit der Zustellung von besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt, im Lichte dieses Grundrechts im Zweifel eine unwirksame Zustellung anzunehmen ist. Daraus folgt aber nicht, daß bei der Anwendung einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Zustellungsvorschrift auf einen typischen, häufig wiederkehrenden Lebenssachverhalt eine restriktive, zur Unwirksamkeit der in Frage stehenden Zustellung führende Auslegung von Verfassungs wegen geboten ist. Abgesehen hiervon verbessert gerade die Anwendung des § 181 ZPO auf eheähnliche Lebensgemeinschaften die Zugangsmöglichkeit nichtehelicher Lebenspartner zu Gericht. Denn an Stelle einer nicht durchführbaren Ersatzzustellung nach § 181 ZPO wird es in der Regel, von der nur selten gegebenen Möglichkeit der Zustellung im Geschäftslokal (§ 183 ZPO) abgesehen, zu einer Ersatzzustellung durch Niederlegung (§ 182 ZPO) kommen, die - angesichts der Gefahr, daß die Nachricht über die Niederlegung verloren geht oder ihre Bedeutung nicht erkannt wird - mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist und deshalb nur in geringerem Maß die Gewähr bietet, daß die Zustellung den Adressaten tatsächlich erreicht. Eine Ersatzzustellung nach § 181 ZPO verschafft dem Adressaten schließlich den Vorteil, daß er Nachlässigkeiten oder Versäumnisse der Empfangsperson bei der Aushändigung des zugestellten Schriftstücks leicht nachweisen und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erreichen kann, der nur eigenes Verschulden entgegenstehen würde.

- c) Der BGH ist nur insoweit zu kritisieren, daß er die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft, die lediglich aus dem Adressaten und seinem Lebensgefährten besteht, nicht ausdrücklich in den Anwendungsbereich des § 181 ZPO miteinbezieht. Sinn und Zweck des § 181 ZPO ist es, die Ersatzzustellung nicht nur bei juristisch anerkannter, sondern auch bei tatsächlicher Lebensgemeinschaft zu ermöglichen. Am Beginn des 21. Jahrhunderts sollte nicht mehr zweifelhaft sein, daß ein nichtehelicher Lebenspartner für die zuverlässige Aushändigung eines zugestellten Schriftstücks die gleiche Gewähr bietet wie ein Familienangehöriger im Rechtssinne.⁸ Nicht zu überzeugen vermag die Kritik, die nichteheliche Lebensgemeinschaft liefere wegen der Ungewißheit der Tiefe und Dauer der Verbundenheit keine - auch und gerade für den

⁸ Roth, JZ 1990, 761, 762; Stein/Jonas/Roth, § 181 Rdnr. 13; Zöller/Stöber, § 181 Rdnr. 10; OLG Celle, FamRZ 1983, 202 (Verlobte); OVG Hamburg NJW 1988, 1807 (gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft).

Zusteller - eindeutig nachprüfbar Anknüpfungspunkte.⁹ Zwar offenbart sich dem Zustellungsbeamten das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft - ebenso wie die Tatsache einer bestehenden Ehe - nicht schon durch bloßen Augenschein. Beide Male wird aber eine entsprechende Befragung in der Regel die gewünschten Auskünfte ergeben. Für den Bereich des § 181 BGB erscheinen derartige Befragungen auch nicht als wesensfremd, sondern gehören zum genuinen Tätigkeitsbereich des zuständigen Beamten. Im Zusammenhang mit dieser Befragung entstehende "Peinlichkeiten" sind gegenüber dem sonst anwendbaren § 182 ZPO als weniger schwerwiegend in Kauf zu nehmen.¹⁰

- d) Die Klage wurde daher ordnungsgemäß gem. § 253 Abs. 1 ZPO erhoben.
- II. Die B ist im frühen ersten Termin säumig (vgl. § 335 ZPO). Ihre Klage ist nach ihrem Vorbringen schlüssig (vgl. § 331 Abs. 1 ZPO).
- III. Das Gericht hat daher die B durch Versäumnisurteil zur Zahlung von DM 12.000 an K zu verurteilen.

Fall 4: „Ein Brunnlein vor dem Tore...“

(vgl. BGH MDR 1968, 312; BGH NJW 1976, 570)

Die Stadt Augsburg ließ zur Verschönerung des im städtischen Eigentum stehenden und als Stadtpark gewidmeten Siebentischwalds einen großen Brunnen mit Fontäne anlegen. X, dessen Haus unmittelbar an den Wald angrenzt und ca 200 m vom Brunnen entfernt steht, fühlt sich durch das Rauschen sowie den erheblich gestiegenen Publikumsverkehr belästigt. Er klagt daher vor dem LG Augsburg auf Unterlassung des Brunnenbetriebs.

Wie wird das LG Augsburg entscheiden?

Lösung:

- I. Das LG Augsburg darf nur dann eine Sachentscheidung treffen, wenn die Klage zulässig ist.
- 1) Dagegen könnte zunächst sprechen, daß es sich bei dem Streit zwischen X und der Stadt Augsburg um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, für die die ordentlichen Gerichte gem. § 13 GVG nicht (rechtsweg-)zuständig sind. Ob eine bürgerlich-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, richtet sich - so die wohl einhellige Auffassung - nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.¹¹ Umstritten ist allerdings, welche Kriterien für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum Privat- bzw. öffentliche Recht maßgeblich

⁹ So Musielak/Wolst, § 181 Rdnr. 5 m.w.N.

¹⁰ Roth, JZ 1990, 761, 762.

¹¹ BGH NJW 1976, 1941, 1942; GmS-OBG NJW 1988, 2295, 2296.

- sind.¹²
- a) Die sog. *Interessentheorie*¹³ bestimmt die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses danach, ob die das Rechtsverhältnis beherrschenden Normen die Interessen der Bürger oder überwiegend die Interessen der Allgemeinheit zum Gegenstand haben.
 - b) Nach der sog. *Subjektionstheorie* ist ein bürgerlich-rechtliches Rechtsverhältnis durch die Gleichordnung der Beteiligten gekennzeichnet, während öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse ein Über-Unterordnungsverhältnis charakterisiert.
 - c) Nach der sog. *Sonderrechtstheorie* (oder *modifizierten Subjektstheorie*) sind nur solche Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zuzuordnen, bei denen auf der einen Seite als Berechtigter oder Verpflichteter notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt sein muß, weil es sich um Rechte und Pflichten handelt, die nur einem Träger öffentlicher Gewalt zustehen bzw. diesen treffen können. Das bürgerliche Recht ist danach das Recht für jedermann, während das öffentliche Recht das Sonderrecht der Träger öffentlicher Gewalt enthält.
 - d) Zustimmung verdient die Sonderrechtstheorie. Gegen die Interessentheorie spricht, daß sich das Interesse der Allgemeinheit nicht immer sicher bestimmen und von den Individualinteressen absondern läßt. Gegen die Subjektionstheorie spricht, daß bei Vorliegen eines Gleichordnungsverhältnisses stets eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit anzunehmen wäre. Das hätte die mißliche Konsequenz, daß Verwaltungsabkommen zwischen Trägern öffentlicher Gewalt bzw. Verhältnisse der Leistungsverwaltung, da auf Gleichordnung beruhend, als privatrechtlich qualifiziert werden müßten. Umgekehrt müßten auch Über- und Unterordnungsverhältnisse, deren privatrechtliche Natur bisher nicht bezweifelt wurde - wie etwa das Eltern-Kind-Verhältnis - als öffentlich rechtlich eingestuft werden. Die Sonderrechtstheorie wird nunmehr auch von der Rechtsprechung als maßgeblich zugrundegelegt.

In vier Entscheidungen hat der **Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes** folgende Abgrenzungskriterien entwickelt:

Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der **Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die an der Streitigkeit Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der **Über- und Unterordnung** stehen **und** ob sich der Träger der hoheitlichen Gewalt der besonderen, ihm zugeordneten Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient, oder ob er sich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt. Aus einem **Gleichordnungsverhältnis** kann allerdings noch nicht ohne weiteres auf eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit geschlossen werden, weil auch dem öffentlichen Recht eine gleichgeordnete Beziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem nicht fremd ist.¹⁴

¹² Übersicht zu den verschiedenen Theorien mit detaillierten Nachweisen bei MünchKomm-ZPO/Wolf, § 13 GVG Rdnr. 5.

¹³ So schon *Ulpian*, Dig. 1,1,1,2: Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

¹⁴ GmS-OBG NJW 1986, 2359; GmS-OBG NJW 1988, 2295, 2296; GmS-OBG NJW 1988, 2297; BGH NJW 1990, 1527; dem folgend: BGH NJW 1992, 1237, 1238; BGH NJW 1995, 2295, 2296; BGH NJW 1998, 909.

- e) Zu prüfen ist daher, ob die Stadt Augsburg an dem Rechtsverhältnis mit X notwendig als ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, weil es sich um Rechte und Pflichten handelt, die nur einem Träger öffentlicher Gewalt zustehen bzw. diesen treffen können. Die Parteien stehen zueinander nicht in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung. Zwar ist der Stadtpark in bestimmtem Umfang dem öffentlichen Gebrauch gewidmet, der durch öffentlich-rechtliche Normen geregelt sein mag. Für die Errichtung und den Betrieb des Brunnens bedient sich die Stadt Augsburg aber nicht besonderer, ihr als Träger öffentlicher Gewalt zugeordneter Rechtssätze des öffentlichen Rechts. Sie hat sich folglich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt, so daß Errichtung und Nutzung des Brunnens den allgemeinen Regeln des Privatrechts unterliegen.¹⁵
- f) Die Streitigkeit ist daher privatrechtlicher Natur.
- 2) Fraglich ist weiter, ob das LG auch sachlich zuständig ist. Das ist gem. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG, dann der Fall, wenn die Klage einen höheren Streitwert als DM 10.000 hat. Der Unterlassungsanspruch hat den Wert der vermögensrechtlichen Beeinträchtigung des Klägers, wenn es sich auf eine sichere Beeinträchtigung auf Dauer handelt. Da die Stadt Augsburg den Brunnen nicht nur vorübergehend nutzen will, ist der Wertverlust des klägerischen Grundstücks qua Schätzung anzusetzen. Er dürfte angesichts der guten Wohnlage am Siebentischwald DM 10.000 überschreiten.
- 3) Die Klage ist daher zulässig.
- II. Das LG gibt der Klage statt, wenn X einen Anspruch auf Unterlassung hat. Ein solcher könnte sich aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB ergeben. Das ist zu verneinen. In der Rechtsprechung hat sich der Grundsatz durchgesetzt, daß der Lärm öffentlicher Anlagen herkömmlicher Art (Schwimmbäder, Kinderspielplätze) auch in reinen Wohngebieten wie der übliche Lärm von Kraftfahrzeugen oder Rasenmähern hingenommen werden muß.¹⁶
- III. Das LG wird die Klage folglich als unbegründet abweisen.

Fall 5: „*For whom the bell tolls...*“

(vgl. BVerwG NJW 1984, 989 und BVerwG NJW 1994, 956)

- 1) Nach der Läuteordnung der katholischen Kirchengemeinde St. Afra in Augsburg wird die Angelus-Glocke der Pfarrkirche in der Sommerzeit vom 15.04 bis 15.10. um 6.00 Uhr eine Minute geläutet, im Winter erst um 7.00 Uhr, nicht dagegen an Sonn- und Feiertagen. Dr. med. A., der 200 m Luftlinie entfernt von der Pfarrkirche ein Eigenheim bewohnt, fühlt sich durch das frühmorgendliche Geläut um 6.00 Uhr gestört. Er begehrt mit seiner Klage vor dem AG Augsburg die Verurteilung der Kirchengemeinde, auch in der Sommerzeit das Angelus-Läuten vor 7.00 Uhr zu unterlassen.

Wie muß das Gericht entscheiden?

¹⁵ Vgl. BGH MDR 1968, 312.

¹⁶ Vgl. Soergel/Mühl; § 1004 BGB Rdnr. 56.

- 2) **Abwandlung:** Dr. A wendet sich gegen das Zeitschlagen der benachbarten Glocken. Diese künden die abgelaufene Viertelstunde mit einen, die abgelaufene halbe Stunde mit zwei, die abgelaufene Dreiviertelstunde mit drei und die volle Stunde mit vier Schlägen. Zur vollen Stunde wird zudem die Stundenzahl durch die entsprechende Anzahl von Schlägen verkündet.
A beantragt beim AG Augsburg die Kirchengemeinde zu verurteilen, das Zeitläuten von 22 Uhr bis 7 Uhr zu unterlassen.

Ist die Klage zulässig?

Lösung:

(1) **Ausgangsfall:**

A. Das AG darf nur dann eine Sachentscheidung treffen, wenn die Klage zulässig ist.

I. Dagegen könnte sprechen, daß es sich bei dem Streit zwischen A und der Stadt Augsburg um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, für die die ordentlichen Gerichte gem. § 13 GVG nicht (rechtsweg-)zuständig sind.

Ob eine bürgerlich-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, richtet sich nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.

1) Nach Ansicht des BVerwG (NJW 1984, 989) ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich, weil die Beklagte ist nach Art. 137 Abs. 5 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

“... aufgrund dieser Privilegierung sind die Kirchenglocken, soweit sie - wie hier - widmungsgemäß kultischen Zwecken dienen, als "res sacrae" öffentliche Sachen. Das Rechtsverhältnis, das der Kläger mit seiner Klage beeinflussen will, gehört damit dem öffentlichen Recht an.

Durch die Zuerkennung des Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts gemäß Art. 137 Abs. 5 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG hat der Staat die Kirchen aus dem Kreis der Religionsgesellschaften, deren Wirken er der Privatrechtsordnung unterstellt, hervorgehoben und diesen gegenüber rechtlich abgegrenzt. Er hat damit nicht nur anerkannt, daß die Kirchen wie alle Religionsgesellschaften das Recht der Selbstbestimmung haben und vor staatlichen Eingriffen in ihre inneren Verhältnisse geschützt sind - dies folgt bereits aus Art. 137 Abs. 3 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG -; vielmehr hat er darüber hinaus die Rechtsstellung der Kirchen wie auch deren öffentliches Wirken dem öffentlichen Recht zugeordnet. Dem trägt die Auffassung des Berufungsgerichts und des der "privatrechtlichen" Betrachtungsweise zuneigenden Schrifttums (vgl. von Campenhausen in DVBl. 1972, 316 ff.; Stolleis in BayVBl. 1972, 23 f.; ders. in ZevKR 17 (1972), 150 ff.; Schatzschneider in BayVBl. 1980, 564 f.; Rüfner in HdBStKR Bd. I (1974) S. 759/768 f.; Martens in Wacke-Festschrift 1972 S. 343/348 ff.) nicht ausreichend Rechnung.

Es trifft zu, daß die Rechtsstellung der Kirchen sich von derjenigen anderer juristischer Personen, die als öffentlich-rechtliche Körperschaften Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung wahrnehmen, grundlegend unterscheidet. Weder sind die Kirchen in die Staatsverwaltung eingegliedert, noch läßt sich ihre Rechtsstellung mit dem Begriff "Hoheitsträger" hinreichend kennzeichnen. Wenn als "hoheitlich" nur die Funktionen bezeichnet werden können, mit denen Staat und Gemeinden die Kirchen - wie z.B. bei der Kirchensteuer und im Friedhofswesen - beliehen haben, so zeigt dies lediglich, daß die das Über- und Unterordnungsverhältnis von Staat und Bürger bezeichnenden Begriffe ("hoheitlich", "schlicht hoheitlich" usw.) für die Betätigung der Kirchen außerhalb dieser Funktionen nicht passen. Aus der Aussage, Gottesdienst sei keine hoheitliche Tätigkeit und kirchliche Kulthandlungen - wie das liturgische Glockengeläut - seien

auch nicht als schlicht hoheitliches Handeln zu betrachten, läßt sich deshalb für die Frage des anzuwendenden Rechts und damit des Rechtsweges nichts herleiten. Insbesondere rechtfertigt sie nicht die Schlußfolgerung, die immissionsrechtlichen Beziehungen zwischen Kirche und Nachbarn hätten ihre Grundlage im Privatrecht und die Kirchen stünden gegenüber ihren Nachbarn, die sich auf Lärmschutz berufen, nicht anders da als jeder Private. Diese Auffassung wird dem geltenden Verfassungsrecht nicht gerecht, wie Isensee in seiner aus Anlaß dieser Streitigkeit erstatteten gutachtlichen Stellungnahme (Gedächtnisschrift für Constantinesco 1983 S. 301-318) überzeugend dargelegt hat. Die Rechtsformgarantie der Verfassung für kirchliche Körperschaften liefe leer, wenn nur solche kirchlichen Akte, die auf vom Staat verliehene Befugnisse zurückgehen, als öffentlich-rechtlich qualifiziert würden und die Kirchen insoweit keine andere Stellung hätten als ein beliebiger Unternehmer.

Der verfassungsrechtlich garantierte Körperschaftsstatus der Kirchen hat hiernach nicht nur - wie das Berufungsgericht meint - "verbale" Bedeutung. Vielmehr ist es verfassungsrechtlich geboten, neben den Körperschaften des öffentlichen Rechts im verwaltungsrechtlichen Sinn die kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts als Rechtssubjekte anzuerkennen, deren Wirken, soweit es der staatlichen Rechtsordnung unterliegt, grundsätzlich dem öffentlichen Recht angehört. Auch das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die "kirchliche Gewalt" außerhalb des Bereichs der vom Staat verliehenen Befugnisse als zwar nicht staatliche, aber doch "öffentliche" Gewalt (BVerfGE 18, 385 (387)).

Kirchliche Streitigkeiten der hier in Frage stehenden Art, für die staatliche Gerichte zuständig sind, sind deshalb grundsätzlich als öffentlich-rechtlich gemäß § 40 Abs. 1 VwGO zu behandeln; die Vermutung spricht für die öffentlich-rechtliche Qualifikation (Isensee, a.a.O. S. 317), wobei hier offenbleiben kann, welche Ausnahmen in Betracht kommen. Das liturgische Glockengeläut ist eine typische Lebensäußerung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Kirche und damit nach der Natur des Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlich. Auch die Widmung der Kirchenglocken als öffentliche Sachen, zu der die Kirchen aufgrund ihres Körperschaftsstatus befähigt sind, begründet zwischen dem öffentlich-rechtlichen Träger der Sache und dem Nachbarn, dessen Rechte durch den widmungsgemäßen Gebrauch der Sache betroffen werden, eine öffentlich-rechtliche Beziehung. Es leuchtet nicht ein, die Widmung und den Sachbesitz dem öffentlichen Sonderrecht zu unterstellen, dagegen den widmungsgemäßen Sachgebrauch als privatrechtlich zu beurteilen (vgl. Isensee, a.a.O. S. 318; ferner Renck in BayVBl. 1982, 329 f.)."

2) Von weiten Teilendes Schrifttums wird dieses Ansicht abgelehnt.¹⁷

Das BVerwG berücksichtige den historischen Ursprung des verfassungsrechtlichen Gehalts der Rechtsformgarantie aus Art. 140GG i.V.m. Art 137 Abs. 4 WRV zu wenig. Der Verfassungsgesetzgeber von 1919 habe nicht die Absicht gehabt, diese Religionsgemeinschaften mit den sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts gleichzusetzen. Damals wie heute biete der Körperschaftsstatus lediglich ein Gefäß zur Aufnahme staatlich angebotener öffentlich-rechtlicher Kompetenzen. Mit der Korporationsqualität und der damit einhergehenden öffentlich-rechtlichen Rechtssubjektivität sei die Fähigkeit verbunden, im Einzelfall Staatsaufgaben wahrzunehmen. Es sei dies ein Angebot des Staats an Religionsgemeinschaften zusätzlich zu ihrer allgemeinen privatrechtlichen Rechtssubjektivität von einem Kernbestand öffentlich-rechtlicher Positionen Gebrauch zu machen. Diese grundrechtsgarantierte öffentliche Präsenz, die Anerkennung eines kirchlichen Öffentlichkeitsanspruchs und die in der Rechtsordnung auszumachenden, vom Staat verliehenen Sonderbefugnisse ließen nicht die Auffassung zu, öffentlich-rechtlich organisierte Religionsgesellschaften und deren Kirchenrecht sei generell ins öffentliche Recht einzuordnen. Sofern die Religionsgemeinschaft ihre Botschaft vor der Welt

¹⁷

Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Müller-Volbehr, JuS 1987, 869, 870 f.

verkünde, handle sie noch nicht in den Formen des öffentlichen Rechts. Läuteordnungen seien daher nicht Ausdruck kirchlicher “öffentlicher Gewalt”.

Darüber hinaus könne, wenn überhaupt, “kirchliche Gewalt” nichtstaatliche “öffentliche Gewalt” nur gegenüber Personen sein, die in einem Gliedschaftsverhältnis oder Sonderstatusverhältnis zur Religionsgemeinschaft stünden. Das BVerwG stelle aber auch die Beziehungen zu Nicht-Mitgliedern auf eine öffentlich-rechtliche Basis. Im säkularisierten und religiös neutralen Staat und unter dem Aspekt der negativen Religionsfreiheit sei es aber unerträglich, daß einem Religionsfremden kirchliche “öffentliche “ Gewalt gegenüberetre.¹⁸

- 3) Dieser Kritik ist zuzugeben, daß die vom BVerwG entwickelte These, nur ein öffentlich-rechtlicher Gesamtstatus decke die aus eigenem Recht fließende Wirklichkeit der Kirchen ab, mit der nach Kirchen- und Staatskirchenrecht vorgegebenem Rechtslage kaum in Einklang steht. Daraus folgt jedoch nicht, daß sich der Körperschaftsstatus der Kirchen nur auf bestimmte überkommene Privilegien bezieht (sog. formeller Körperschaftsbegriff): besäßen die Kirchen letztlich keine andere Rechtsstellung als die sog. beliebigen Unternehmer, ließe die Gewährleistung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV praktisch inhaltlich leer. Vielmehr sind die Kirchen dank der von Text und Telos des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV uneingeschränkten Gewährleistung der Körperschaftsrechte kraft ihres Selbstbestimmungsrechts (Art. 140GG i.V.m. Art 137 Abs. 3 WRV) jederzeit in der Lage öffentlich-rechtliches Sonderrecht zu setzen und anzuwenden (sog. materieller Körperschaftsbegriff). Ob die Kirchen dies tun, kann jedoch nicht an dem vom BVerwG etablierten, praktisch alles umfassenden Begriff der “typischen” Lebensäußerung¹⁹ geprüft werden. Dieser ist in seinen Konturen viel zu verschwommen als daß er brauchbare Abgrenzungskriterien liefern könnte. Zu fragen ist vielmehr - ganz im Sinne der modifizierten Sonderrechtstheorie - , ob die kirchliche Aufgabe für eine öffentlich-rechtliche Wahrnehmung geeignet ist. d.h. “hoheitlich-obrigkeitlich” und bzw. “schlichthoheitlich geregelt werden kann, und wie die Kirche selbst ihre Aufgabenerfüllung vom weltlichen Recht qualifiziert sehen bzw. welcher Teilrechtsordnung sie sich unterwerfen möchte.²⁰

Eine Läuteordnung kann durchaus eine hoheitlich-obrigkeitliche bzw. schlichthoheitliche Regelung mit dem Inhalt darstellen, daß die Allgemeinheit kultisches Läuten als hoheitliche Emanation der Kirche zu dulden hat. Das Argument, im säkularisierten und religiös neutralen Staat sei es für Nichtkirchenmitglieder unerträglich, hoheitlichen Anordnungen kirchlicher Körperschaften öffentlichen Rechts unterworfen zu sein, vermag hieran nichts zu ändern, da es auf letztlich auf den formellen Körperschaftsbegriff hinausläuft. Außerdem bedeutet die Einordnung einer Läuteordnung als öffentlich-rechtlich nicht, daß Adressaten des Geläuts damit

¹⁸ Schatzschneider, NJW 1984, 991 m.w.N.

¹⁹ So wohl jetzt auch das BVerwG NvwZ 1987, 677, wo der Betrieb eines kirchlichen Kindergartens ohne nähere Auseinandersetzung mit dem “Glockenurteil” als privatrechtlich qualifiziert wurde. Mehr auf dem Boden der Sonderrechtstheorie auch BVerwG NJW 1994, 956 (vgl. dazu die Abwandlung [infra]).

²⁰ Müller-Volbehr, JuS 1987, 869, 870- 872.

rechtsschutzlos gestellt wären. Vielmehr haben auch die Kirchen als öffentlich-rechtliche Körperschaften die Rechtsstellung der Normadressaten des Geläuts, insbesondere deren Grundrechte, zu respektieren.²¹ I.d.R. dürften die Kirchen ihre Läuteordnungen auch als öffentlich-rechtlich wollen. Dafür spricht zum einen die Vorteilhaftigkeit der öffentlich-rechtlichen Handlungsform, zum anderen eine ständige diesbezügliche Argumentation zumindest der katholischen Kirche vor den staatlichen Gerichten.

4) Im Ergebnis ist den BVerwG daher zuzustimmen. Die ordentlichen Gerichte sind also nicht rechtswegzuständig, so daß die Klage vor dem LG Augsburg unzulässig ist.

II. Zu prüfen ist daher, welche prozessuale Entscheidung das LG bei fehlender Rechtswegzuständigkeit zu treffen hat.

Gem. § 17a Abs. 2 S. 1 GVG darf ein Gericht bei fehlender Rechtswegzuständigkeit die Klage nicht durch Prozeßurteil als unzulässig abweisen, sondern muß den Rechtsstreit nach Anhörung der Parteien von Amts wegen durch Beschluß an das zuständige Gericht verweisen.

Das LG Augsburg muß also durch Beschluß den Rechtsstreit zwischen A und der kath. Kirchengemeinde St. Afra an das VG Augsburg verweisen.

2) **Abwandlung:**

I. Gegen die Zulässigkeit der Klage könnte hier nur sprechen, daß es sich nicht um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt und folglich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht gegeben ist.

Nach (nunmehr wohl) ganz h.M. ist eine Streitigkeit um sog. Stundenläuten privatrechtlicher Natur. Exemplarisch hierzu die Ausführungen des BVerwG NJW 1994, 956:

“Der Verwaltungsgerichtshof hat den Verwaltungsrechtsweg zu Recht verneint, weil es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt, die nach § 13 GVG den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist. Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist, ob die Handlung der Beklagten, gegen die der Kläger sich wendet, hoheitlicher oder privater Natur ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt nicht entscheidend davon ab, daß es sich bei der Beklagten um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und bei den Glocken, um deren Benutzung es geht, um res sacrae und damit um öffentliche Sachen handelt; denn nicht jede Tätigkeit eines Trägers öffentlicher Verwaltung ist schon allein wegen dieses Status dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Ebenso wenig ist die Benutzung einer durch Widmung einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfenen Sache immer öffentlich-rechtlicher Natur, selbst wenn der Benutzer öffentlich-rechtlich organisiert ist. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die öffentliche Sache im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung genutzt wird, oder ob es sich um die Wahrnehmung von Eigentümerbefugnissen außerhalb des Widmungszwecks handelt. Da das nichtsakrale Glockenschlagen unter heutigen Lebensbedingungen nicht mehr dem Bereich kirchlicher Tätigkeit zugeordnet werden kann, in dem die allgemeinen Gesetze nur eingeschränkt gelten (BVerwGE 90, 163 (167)), könnte - wenn überhaupt - eine fortbestehende öffentlich-rechtliche Zweckbindung der Glocken für diese Art ihrer Nutzung allenfalls dann angenommen werden, wenn sie vom Widmungszweck nach wie vor umfaßt würde. Davon kann jedoch keine Rede sein im Blick auf das Vorbringen der Beklagten,

²¹

BVerwG NJW 1984, 989, 990.

es handele sich bei dem Zeitschlagen nach ihrem Selbstverständnis nicht um eine ihrem Sonderstatus zuzurechnende Tätigkeit, sondern um die Wahrnehmung von Eigentümerbefugnissen außerhalb eines sakralen Widmungszwecks.

Zwar ist dem Kläger einzuräumen, daß die differenzierte Beantwortung der Rechtswegfrage nach dem Zweck des Läutens zu unerwünschten Rechtswegaufspaltungen führen kann, wenn ein Nachbar das Geläut der Kirchenglocken insgesamt bekämpft, ohne nach der Art des Läutens zu unterscheiden. Diese Folge ist jedoch wegen der Doppelnatur öffentlicher Sachen, deren Gebrauch sowohl Ausübung öffentlich-rechtlicher Sachherrschaft wie Nutzung von Eigentümerbefugnissen sein kann, unvermeidlich.”

II. Die Klage ist also zulässig.

Fall 6: „*Homo homini lupus*“

(vgl. BAG NJW 2000,1438)

P wurde in der Zeit zwischen 1940 und 1943 zur Zwangsarbeit nach Deutschland verschleppt. Er mußte bei der B-AG in München sechs Tage in der Woche je 12 Stunden arbeiten. Überwiegend war er mit anderen Zwangsarbeitern in bewachten Lagern untergebracht. Er unterstand den Weisungen der Geschäftsleitung der B-AG, Arbeitsentgelt erhielt er nie.

P verklagt die B- AG vor dem Arbeitsgericht München auf die Zahlung einer Entschädigung von DM 25.000, die sich nach dem seinerzeit an deutsche Arbeitnehmer gezahlten Arbeitsentgelt bemißt.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage.

Lösung:

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist

- I. Gegen die Zulässigkeit der Klage könnte sprechen, daß der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht eröffnet ist.
- Aus der Verbindung von §§ 17, 17a GVG mit § 48 ArbGG folgt, daß die Abgrenzung zwischen beiden Gerichtsbarkeiten unter dem Gesichtspunkt des Rechtswegs zu qualifizieren ist.²² Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist dann gegeben, wenn sich eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach §§ 2, 2a ArbGG ergibt. Vereinfacht ausgedrückt ist dies der Fall, wenn eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus einem Arbeitsverhältnis vorliegt.
- 1) Die Streitigkeit ist bürgerlich-rechtlich. Die Rechtsverhältnisse der Zwangsarbeiter wurden nicht durch Rechtsnormen des öffentlichen Rechts bestimmt. Die Beteiligung staatlicher Stellen ändert daran nichts. Die Zwangsarbeiter einsetzenden Unternehmen waren weder Träger öffentlicher Verwaltung noch Verwaltungshelfer oder Beliehene.²³
 - 2) Fraglich ist jedoch ob die Zwangsarbeiter Arbeitnehmer der sie einsetzenden

²² BAG AP Nr. 7 zu § 48 ArbGG; *Ascheid*, Urteils- und Beschlußverfahren im Arbeitsrecht, 2. Aufl, Rdnr. 387m.w.N.

²³ BAG NJW 2000, Heft 10, S. XVI.

- Unternehmen waren.
- a) Obwohl das ArbGG in allen den Arbeitsgerichten zugewiesenen Streitigkeiten davon ausgeht, daß es sich um einen Streit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber handelt, definiert es diese Begriffe nicht.
Arbeitnehmer ist nach allgemeiner Auffassung, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags in persönlicher Abhängigkeit weisungsgebundene fremdbestimmte Arbeit für einen anderen, den Arbeitgeber, leistet.²⁴
Danach waren Zwangsarbeiter nicht Arbeitnehmer der sie einsetzenden Unternehmen. Die Arbeit wurde nicht freiwillig, sondern zwangsweise erbracht, es fehlt daher an dem Erfordernis einer einvernehmlichen Begründung der Arbeitspflicht als Voraussetzung des Arbeitnehmerstatus.²⁵
- b) Nach der Rechtsprechung des BAG kommt etwas anderes nur dann in Betracht, wenn Arbeitsverhältnisse durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes begründet worden sind. Das ist hier nicht der Fall. Selbst die nationalsozialistischen Bestimmungen gingen davon aus, daß es sich um "Beschäftigungsverhältnisse eigener Art" handele. Regelungen über deren Zustandekommen enthielten die Verordnungen nicht.²⁶
- II. Die Klage vor dem ArbG München hat daher mangels Zulässigkeit keine Aussicht auf Erfolg (Vielmehr muß das ArbG den Rechtsstreit gem. § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige ordentliche Gericht verweisen).

Fall 7: „Sex sells“

(vgl. BGH NJW 1996, 984; 1996, 985; 1996, 1128)

Prinzessin Sophia zu Reis und Mohn erhebt vor dem OLG München Klage gegen den B.- Verlag auf Zahlung von Schmerzensgeld in Höhe von DM 150.000, weil in der von diesem herausgegeben Illustrierten ein heimlich von ihr gemachtes Aktphoto ohne ihre Einwilligung veröffentlicht wurde.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Klage zulässig und begründet ist.

- I. Die Klage könnte unzulässig sein, weil das OLG München funktionell nicht zuständig ist.

Gem. §119 GVG sind die Oberlandesgerichte in Zivilsachen nur für die Verhandlung

²⁴ Ascheid, aaO (Fn. 15), Rdnr. 475 m.w.N.

²⁵ BAG NJW 2000, 1438.

²⁶ Vgl, BAG Beschl. v. 16.2.2000 - 5 AZB 32/99

und Entscheidung über die Rechtsmittel zuständig, d.h sie haben niemals die Funktion eines Gericht erster Instanz.

- II. Die Klage ist also wegen fehlender funktioneller Zuständigkeit des OLG München unzulässig und hat daher keinen Aussicht auf Erfolg.

Fall 8: „*Salamitaktik I*“

K macht einen Anspruch auf DM 15.000 in drei gleichzeitig erhobenen Teilklagen auf je DM 5.000 vor dem AG geltend. Sind die Klagen zulässig?

- I. Die Klage könnte wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit des AG unzulässig sein. Gem. § 23 Nr. 1 GVG sind die Amtsgerichte sachlich zuständig für Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldwert die Summe von DM 10.000 nicht übersteigt. Die Zuständigkeit des Amtsgerichts besteht insbesondere auch dann, wenn der Kläger aus einem an sich zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörenden (teilbaren) Anspruch eine (auch verdeckte) Teilklage mit einem Streitwert bis 10 000 DM vor dem Amtsgericht erhebt.²⁷ Das AG ist daher für die Klagen sachlich zuständig.
- II. Die Klagen könnten aber wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch das Zivilprozeßrecht beherrscht, verdient ein Rechtsgebrauch dann keinen Rechtsschutz, wenn er Zwecken dient, die zu schützen unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist.²⁸ Nach h.M.²⁹ ist die Erhebung mehrerer gleichzeitiger Teilklagen bis zur Höhe des Gesamtanspruchs rechtsmißbräuchlich. Diese Ansicht verdient Zustimmung, da die Aufgliederung des Anspruchs in Teilklagen nicht nur die sachliche Zuständigkeit verschiebt, sondern auch den Rechtsmittelzug verändert und die Gerichts- und Anwaltskosten vergrößert. U.U. läßt sie die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung des Kl. zu (§ 708 Nr. 11 ZPO).³⁰ Für diese „Zuständigkeitserschleichung“ fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.
- III. Die Teilklagen sind daher unzulässig (und nach wohl h.M. durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen. Die bessere Lösung ist, dem Kl. zunächst die Möglichkeit zu eröffnen [vgl. § 139 Abs. 2 ZPO], einen Antrag auf Verbindung der Teilklagen [§ 147 ZPO] und Verweisung an das LG zu stellen [§ 506 ZPO analog]).

Fall 9: „*Ich geb Gas, ich will Spaß...*“

²⁷ BGH NJW 1997,1990;vgl. auch Musielak/Wittschier, § 23 GVG Rdnr. 5 m.w.N.

²⁸ BGH NJW 1987, 1947

²⁹ OLG Hamm, OLGZ 1987, 336, 337; LG Berlin, JW 1931, 1766; Stein, Jonas/Roth, § 2 Rdnr. 32; Baum bach/Hartmann, § 2 Rdnr. 7); Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 32 II 1; aA. Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 81 ff; Zimmermann, § 1 Rdnr. 2.

³⁰ Peters, Zivilprozeßrecht, 4.Aufl., S. 13.

(vgl. BGH NJW 1992, 1684)

Der in Augsburg wohnhafte B leiht sich von seiner in Stuttgart wohnenden Bekannten K deren Porsche Carrera. Kurz vor Flensburg läßt er sich mit einem BMW-Fahrer auf ein Rennen ein und verliert bei Tempo 250 km/h die Kontrolle über das Fahrzeug. Wie durch ein Wunder übersteht er den Unfall jedoch unverletzt. K möchte B auf Schadensersatz in Höhe von DM 125.000 in Anspruch nehmen.

Vor welchen Gerichten kann sie B verklagen?

Lösung:

Zu prüfen ist, welche Gerichte für die Klage der K sachlich und *örtlich* zuständig sind.

- I. Sachlich zuständig sind gem. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG die Landgerichte.
- II. Örtlich zuständig ist zunächst
 - 1) gem. §§ 12, 13 ZPO das LG Augsburg, weil K in dessen Bezirk seinen Wohnsitz hat.
 - 2) Zuständig könnte aber gem. § 29 ZPO auch das LG Stuttgart sein.
 - a) Dann müßte es sich zunächst um eine Streitigkeit "aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen" handeln.

Die K fordert Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rückgabepflicht aus dem mit dem B geschlossenen Leihvertrag, so daß eine Streitigkeit aus einem Vertragsverhältnis vorliegt.
 - b) Die streitige Verpflichtung müßte darüber hinaus in München zu erfüllen sein. Das bestimmt sich nach materiellem Recht.

Für den Anspruch auf Schadensersatz ist grundsätzlich der Ort Leistungsort, an welchem die geschuldete Verbindlichkeit hätte erbracht werden müssen.³¹

Zu prüfen ist also, wo B seine Rückgabepflichtung hätte erfüllen müssen. Gem. § 269 Abs. 1 BGB kommt es auf den Wohnsitz des Schuldners an, hier also Augsburg, falls der Leistungsort weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist. Für eine entsprechende Parteibestimmung gibt der Sachverhalt nichts her (weshalb sich auch nicht die Frage stellt, ob eine solche Vereinbarung zuständigkeitsbegründende Wirkung hätte, vgl. § 29 Abs. 2 ZPO). Allerdings könnte hier wegen der "Natur des Schuldverhältnisses" der Erfüllungsort in Stuttgart liegen. Nach allgemeiner Auffassung³² ergibt sich aus der Unentgeltlichkeit des Leihvertrags in aller Regel, daß der Entleiher die Sache am Wohnort des Verleihers bzw. an dessen gewerblicher Niederlassung zurückzugeben hat. Erfüllungsort einer eventuellen vertraglichen Schadensersatzpflicht ist daher Stuttgart, so daß
 - c) das LG Stuttgart gem. §§ 29 Abs. 1 ZPO, 269 Abs. 1 BGB - allerdings nur für vertragliche Ansprüche³³ - örtlich zuständig ist.

³¹ MünchKomm/Patzina, § 29 Rdnr. 18.

³² Vgl. statt aller MünchKomm-BGB/Kollhosser, 3. Aufl., § 604 Rdnr. 6.

³³ so mit Recht der BGH (NJW 1996, 1411, 1412f mit zahlreichen Nachweisen zur Gegenauffassung).

- 3) Weiter könnte gem. § 32 ZPO das LG Flensburg örtlich zuständig sein.
- a) Dann müßte eine Klage aus unerlaubter Handlung vorliegen.
Hierfür ist zu prüfen, ob der von K vorgetragene Sachverhalt als unerlaubte Handlung zu qualifizieren ist.
Das deutsche bürgerliche Recht versteht unter eine unerlaubten Handlung alle außervertraglichen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffe in den Rechtskreis eines anderen sowie die außervertraglichen Handlungen, die ohne ein Verschulden die Rechtsfolge der unerlaubten Handlung nach sich ziehen.³⁴
Hier kommt eine Haftung des B gem. §§ 823 Abs. 1 BGB, 18 StVG wegen Eigentumsverletzung, also auf Grund deliktische r Ansprüche der K in Betracht.
- b) Weiter müßte der Begehungsort dieser - eventuellen - unerlaubten Handlung im Bezirk des LG Flensburg liegen.
Begehungsort ist einmal jeder Ort, an dem tatbestandsmäßige Ausführungshandlungen, auch Teilakte, vorgenommen worden sind (sog Handlungsort) .Entscheidend ist, daß die Handlung Außenwirkungen gezeitigt und über das Stadium bloßer Vorbereitungshandlungen hinausgekommen ist. Begehungsort ist aber auch der Ort, dem in das geschützte Rechtsgut eingegriffen wurde (sog. Erfolgsort). Der Schadensort als solcher ist ohne Belang. Nur wenn der Schadenseintritt selbst zum Tatbestand der Rechtsverletzung gehört, ist der Ort des Schadenseintritts Verletzungs- und damit Begehungsort.³⁵
Handlungs- wie Erfolgsort einer eventuellen unerlaubten Handlung des B liegen im Bezirk des LG Flensburg
- c) Folglich ist das LG Flensburg gem. § 32 ZPO - allerdings nur für Ansprüche aus unerlaubter Handlung³⁶ - zuständig
- III. Zuständig ist daher
- (1) das LG Augsburg für alle eventuellen aus dem Unfall resultierenden Ansprüche
 - (2) das LG Stuttgart für eventuelle vertragliche und
 - (3) das LG Flensburg für eventuelle deliktische Ansprüche.
- K hat gem. § 35 ZPO unter diesen Gerichtsständen die Wahl.

Fall 9: „Traurige Ferien“ - Examen I

B aus Bremen mietete im Juli 1998 für drei Wochen von K dessen Ferienwohnung in Starnberg für DM 3.000. Am Ende der ersten Ferienwoche erreichte B die traurige Nachricht, daß sein Vater verstorben sei. Er suchte daher K auf, schilderte die Notwendigkeit einer unverzüglichen Rückkehr und übergab DM 1.000 als Miete für eine Woche. K bekundete sein Beileid, bestand aber dennoch auf Zahlung der restlichen Miete, freilich ohne Erfolg. K erhebt daher vor dem AG Starnberg Klage über DM 2.000. Im frühen ersten Termin rügt B die Zuständigkeit des AG Starnberg und beantragt, die Sache nach Bremen abzugeben. Auf Befragen des Gerichts erklärt K, eine Verweisung sei wegen Zuständigkeit des Gerichts nicht möglich.

³⁴ Stein/Jonas/Schumann, § 32 Rdnr. 16, 18.

³⁵ Vgl Zöller/Vollkommer, § 32 Rdnr. 16

³⁶ Vgl. Fn. 33.

- 1) Ist das Amtsgericht Starnberg zuständig?
- 2) Wie muß der Amtsrichter entscheiden, wenn er seine Zuständigkeit verneint?

Lösung:**Frage 1:**

- A. Ausschließliche sachliche und örtliche Zuständigkeit des AG Starnberg gem. § 29a ZPO

Das AG Starnberg könnte gem. § 29a ZPO ausschließlich sachlich und örtlich zuständig sein.

Zwar streiten die Parteien über einen Erfüllungsanspruch aus einem Mietvertrag über Wohnräume im Sprengel des AG Starnberg (§ 29 a Abs. 1 ZPO), jedoch könnte § 29a Abs. 2 ZPO einschlägig sein. Nach dieser Vorschrift liegt der ausschließliche Gerichtsstand in Mietsachen nicht bei Wohnraum vor, der nur zum vorübergehenden gebrauch vermietet ist. Dies ist bei einem Ferienhaus schon begrifflich der Fall (§§ 556a Abs. 7. 564b Abs. 7 Nr. 1 BGB).

- B. Zuständigkeit des AG Starnberg nach den allgemeinen Regeln

I. Das AG Starnberg gem. § 23 Nr. 1 GVG sachlich zuständig.

II. Fraglich ist, ob das AG auch örtlich zuständig ist.

- 1) Da B seinen Wohnsitz in Bremen hat, kommt eine Zuständigkeit gem. §§ 12, 13 ZPO nicht in Betracht.
- 2) Das AG Starnberg könnte aber gem. § 29 Abs. 1 ZPO örtlich zuständig sein.
 - a) Eine Streitigkeit aus einem Vertragsverhältnis besteht, da sich die Parteien darüber streiten, ob B noch Mietzins aus der Anmietung der Kschen Ferienwohnung schuldet.
 - b) Fraglich ist aber, ob diese (eventuelle) Mietzinsforderung in Starnberg zu erfüllen ist. Das bestimmt sich nach materiellem Recht, d.h. nach § 269 Abs. 1 BGB.
 - aa) Die Parteien haben keinen Ort für die Leistung bestimmt (§ 269 Abs. 1, 1. Alt BGB)
 - bb) Allerdings könnte hier wegen der "Natur des Schuldverhältnisses" der Erfüllungsort in Starnberg liegen (§ 269 Abs. 1, 2. Alt BGB).

Dagegen spricht, daß bei einem gegenseitigen Vertrag der Leistungsort gerade nicht notwendig einheitlich ist, und es daher bei der Regel des § 269 Abs. 1 BGB bleibt. Stärker fällt aber ins Gewicht, daß bei Ferienwohnungen der Schwerpunkt der Vertragserfüllung am Ort der Ferienwohnung liegt und es auch eine diesbezügliche Verkehrssitte gibt.³⁷ Für diese spricht auch, daß B DM 1.000 bei seiner Abreise bezahlte.
 - c) Folglich ist das AG Starnberg gem. § 29 ZPO auch örtlich zuständig (a.A. vertretbar).

Frage 2:

Verneint der Amtsrichter seine örtliche Zuständigkeit, muß er vor Ablehnung der Klage als unzulässig prüfen, ob eine Verweisung gem. § 281 Abs. 1 ZPO in Betracht kommt.

³⁷

So die wohl h.M. vgl Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 269 Rdnr. .

Zwar hat B eine Verweisung beantragt, jedoch verlangt § 281 Abs. 1 ZPO einen Antrag des Kl. Dieser hat sich gegen eine Verweisung aber ausdrücklich verwahrt. Hält sich der Amtsrichter für örtlich unzuständig, hat er folglich die unter dieser Prämisse unzulässige Klage ohne Sachprüfung durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen.

Fall 10: „*Forum shopping*“

(vgl. NJW 1991, 3092)

Die Firma M-Ltd, ein zyprisches Bauunternehmen, hatte sich gegenüber der lybischen D verpflichtet, bei H. in Lybien für US-\$ 221 Mio. eine Hafenanlage zu bauen. Die Anzahlung der D in Höhe von \$ 37 Mio wurde durch eine Erfüllungsgarantie der T, einer türkischen Großbank mit Sitz in Ankara und einer Niederlassung in Stuttgart nebst weiteren Repräsentanzen in Deutschland, gesichert, für die die M-Ltd als Sicherheit \$ 20 Mio bei der T in Ankara einzahlte. Nach vorzeitiger Auflösung des Bauvertrags wurde die Garantie in Anspruch genommen und T verrechnete die \$ 20 Mio. mit ihrem Erstattungsanspruch.

Die M-Ltd leugnet einen Garantiefall und deshalb auch einen Erstattungsanspruch der T und macht einen Anspruch auf Rückzahlung von \$ 20 Mio. vor dem LG Stuttgart geltend.

Ist die Klage zulässig?

Lösung:

Da es sich bei der Streitigkeit zwischen der M-Ltd. und der T nicht um eine rein inländische Rechtsstreitigkeit handelt, stellt sich im erster Linie die Frage, ob die deutschen Gericht *international* zuständig sind.

- I. Die internationale Zuständigkeit richtet sich primär nach *den speziellen bilateralen Gerichtsstands (- und Vollstreckungs-)abkommen*. Ein solches ist hier nicht ersichtlich.
- II. Danach ist zu prüfen, ob die deutschen Gerichte nach dem (*multilateralen*) *EuGVÜ* international zuständig sind.
Dessen Anwendungsbereich ist hier nicht gegeben, da weder die Beklagte noch der Kläger einen Wohnsitz im Geltungsbereich des Abkommens haben (vgl. Art. 2, 53 EuGVÜ) und auch keine ausschließliche Zuständigkeit deutscher Gerichte nach dem Abkommen (Art. 16 EuGVÜ) oder einer dem Abkommen unterfallenden Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 EuGVÜ) vorliegt
- III. Folglich richtet sich die internationale Zuständigkeit nach *autonomen deutschem internationalem Zivilprozeßrecht*.
Hier könnte sich die internationale Zuständigkeit aus § 23 ZPO ergeben. Dazu hat der BGH in BGH NJW 1991, 3092 entschieden:

Seite 3093

“... Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH regelt die ZPO die internationale Zuständigkeit nur mittelbar in §§ 12 ff. ZPO. Soweit danach ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist, indiziert dies regelmäßig - auch beim Gerichtsstand des Vermögens - die internationale Zuständigkeit (vgl. BGHZ 44, 46 = NJW 1965, 1665 = LM § 512a ZPO (L) Nr. 4; BGHZ 94, 156 (158) = NJW 1985, 2090 = LM § 18 VOB/B 1973 Nr. 1 m. w. Nachw.; BGH, NJW 1981, 2642 = LM § 33 ZPO Nr. 15; BGH, NJW-RR 1991, 423 = LM § 1027a ZPO Nr. 8).

II. Die Ansicht des BerGer., für den geltend gemachten Anspruch sei die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte zu verneinen, ist zutreffend.

1. § 23 S. 1 Alt. 1 ZPO bestimmt, daß für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, die im Inland keinen Wohnsitz hat, das Gericht örtlich und damit international zuständig ist, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben befindet. Der Umstand, daß die Vorschrift nach ihrem Wortlaut weder im Hinblick auf den Wert des Vermögens noch im Hinblick auf einen Inlandsbezug Einschränkungen enthält, hat in der Rechtsprechung zu einer im Schrifttum kritisierten weiten Auslegung und Anwendung geführt. Als Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Klage am Gerichtsstand des Beklagten zu erheben ist (*actor sequitur forum rei*), hat § 23 ZPO dazu gedient, die internationale Zuständigkeit zu bejahen bei einem vom Bekl. zurückgelassenen Handelsbuch (vgl. RGZ 51, 163 ff.) und bei zurückgelassenen Obstkörben (vgl. RGZ 75, 147 ff.), ohne einen Inlandsbezug des geltend gemachten Anspruchs zu fordern. Das hat dazu geführt, daß der so verstandene Vermögensgerichtsstand u. a. als unerwünscht, exorbitant und als Kampfgerichtsstand bezeichnet worden ist (vgl. BGHZ 42, 194 (199 f.) = NJW 1964, 2350 = LM § 328 ZPO (L) Nr. 16; BGHZ 52, 251 (256) = NJW 1969, 2090 = § 328 ZPO (L) Nr. 22; Jellinek, Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile, 1953, S. 222; Heldrich, Int. Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969, S. 117, 142, 161; Siehr, *RabelsZ* 1934, 585 (629); Hellwig, *System des Deutschen ZPR I*, 1912, S. 118; s. auch die Kritik bei Kropholler, *Hdb. d. Int. ZivilverfahrensR*, I, 1982, Rdnrn. 334 f.; Schumann, in: *Festschr. f. Liebmann*, Bd. 2, S. 839 f.).

In der nur am Wortlaut orientierten Auslegung ist § 23 ZPO zwar weder verfassungs- noch völkerrechtswidrig (BVerfGE 64, 1 (20) = NJW 1983, 2766; NJW 1989, 1431 = LM § 38 ZPO Nr. 28 = WM 1989, 355 (357)), jedoch hinsichtlich seiner inneren Berechtigung umstritten (Schröder, *Int. Zuständigkeit*, 1971, S. 375; Stein-Jonas-Schumann, *ZPO*, 20. Aufl., § 23 Rdnr. 31 c; Schumann, *ZZP* 93 (1980), 408 (431 f.); Linke, *Int. ZPR*, 1991, Rdnr. 167; Walchshöfer, *ZZP* 80 (1967), 165 (193); Hausmann, *IPRax* 1982, 51 (52); a. A. Geimer, *Int. ZPR*, 1987, Rdnr. 1354; ders., *JZ* 1984, 979; Fischer, *RiW* 1990, 794 (795); Schütze, *Dt. Int. ZPR*, 1985, S. 62 f.). Er bedarf einer auch vom BVerfG für geboten erachteten "völkerrechtskonformen" Auslegung durch die Gerichte (BVerfGE 64, 1 (20) = NJW 1983, 2766). Im Hinblick darauf wird in der Literatur unter verschiedenen Gesichtspunkten eine restriktive Anwendung der im Wortlaut weit gefaßten Vorschrift gefordert:

a) Einschränkungen werden insbesondere in bezug auf das Merkmal "Vermögen" in § 23 "Vermögen"

Nach der vom RG begründeten und bislang vom BGH fortgesetzten Rechtsprechung ist Vermögen i. S. des § 23 ZPO jeder Gegenstand mit einem wenn auch nur geringen Geldwert, wobei nicht erforderlich ist, daß das Vermögensstück zur Befriedigung des Kl. ausreicht oder in angemessener Relation zum Streitwert des Prozesses steht (vgl. z. B. RGZ 4, 408 (409); 6, 400 (403); 51, 163 (165); BGH, WM 1980, 410; BGH, NJW 1990, 990 = LM EGÜbK Nr. 27 = BGHR § 23 ZPO Forderung 1). Diese Betrachtungsweise ist aufgrund ihrer im Einzelfall fragwürdigen Ergebnisse auf Kritik gestoßen (vgl. Stein-Jonas-Schumann, § 23 Rdnr. 16; Kropholler, Rdnr. 311 Fußn. 676 m. Hinw. auf OLG Karlsruhe, *IPRspr* 1973 Nr. 130: Zeitschriftenhefte im Werte von 5 bis 20 Dollar als zuständigkeitsbegründend für eine Klage über 4194 Dollar; Schröder, S. 381; Geimer, *JZ* 1984, 979 (981); Linke, Rdnr. 167; Schack, *IZVR*, 1991, Rdnr. 328). Inwieweit diese Kritik berechtigt ist, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil nach den Feststellungen des BerGer. die Bekl. über ausreichendes inländisches Vermögen verfügt.

b) Einschränkungen gegenüber der bisherigen Auslegung sind jedoch insoweit angebracht, als der Vermögensgerichtsstand nur gegeben sein kann, wenn der Rechtsstreit einen hinreichenden Bezug zum Inland hat. Das ist hier nicht der Fall. Der Senat schließt sich insoweit der zunehmend vertretenen Auffassung an, daß die Zuständigkeit deutscher Gerichte über § 23 S. 1 Alt. 1 ZPO nur begründet wird, sofern der Rechtsstreit einen über die Vermögensbelegenheit hinausgehenden Inlandsbezug aufweist (vgl. Stein-Jonas-Schumann, § 23 Rdnr. 31 c, e; Schumann, in: *Festschr. f. Liebmann*, S. 839 (866); ders., *ZZP* 93 (1980), 408 (442); Hausmann, S. 56; für eine restriktive Interpretation: Kropholler, Rdnr. 343; Martiny, in: *Hdb. IZVR*, III/1, Rdnr. 673; Zöller-Vollkommer, *ZPO*, 16. Aufl., § 23 Rdnr. 1; Beitzke, *AP Internationales Privatrecht* Nr. 23, Bl. 650; auch Jayme, *KollisionsR und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung*, 1970, S. 29 (30).

aa) Nur ein derartiges Verständnis des § 23 ZPO wird dem aus der Entstehungsgeschichte abzuleitenden Sinn und Zweck der Vorschrift gerecht.

Der Vermögensgerichtsstand ist aus § 34 des Anhangs zur Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung - eingeführt durch Reskript vom 19. 3. 1809 - hervorgegangen. Nach dieser Bestimmung konnte jeder

Ausländer mit in Preußen belegenem Vermögen von einem "preußischen Unterthan" bei demjenigen Gericht, unter welchem sich das Vermögen befand, zum Zwecke der Befriedigung aus dem Vermögen in Anspruch genommen werden (vgl. näher Schumann, ZZP 93 (1980), 417 Fußn. 24). Danach konnte die Vermögenszuständigkeit nur von Inländern in Anspruch genommen werden. Diese Beschränkung wurde zwar nicht in § 24 CPO von 1877 (seit der Novelle von 1898: § 23) übernommen. Nach dem gesetzgeberischen Sinn des Vermögensgerichtsstandes, wie er in den Motiven zur CPO von 1877 zum Ausdruck kommt, sollte aber die Rechtsverfolgung im Inland erleichtert werden, um "die Gläubiger der im Ausland wohnenden oder im Inland ohne Domizil sich umhertreibenden Schuldner zu schützen" (vgl. Hahn-Stegemann, Die gesamten Materialien zur CPO, Bd. 2, Abt. 1, S. 154 zu § 24 CPO; zur Entstehungsgeschichte vgl. Schumann, in: Festschr. f. Liebmann, S. 840 ff.; Schröder, aaO, S. 385 (386)). Die Regelung sollte daher, getragen von der Überlegung, Ausländer mit im Inland belegenem Vermögen könnten andernfalls nicht verklagt werden, einen Auffanggerichtsstand für klagende Inländer - ohne Rücksicht auf deren Staatsangehörigkeit - schaffen (vgl. Schumann, in: Festschr. f. Liebmann, S. 843; vgl. auch Fricke, IPRax 1991, 159 (161)). Sie war jedoch nicht darauf gerichtet, Rechtsstreitigkeiten zwischen Ausländern ohne jeglichen Inlandsbezug vor deutschen Gerichten zu ermöglichen. Demgemäß hat das RG zutreffend den Gedanken des Inländerschutzes bei der Anwendung des § 23 ZPO hervorgehoben (vgl. RGZ 6, 400 (403, 405); vgl. auch Hellwig, S. 118). Ob daraus zu folgern ist, daß der Vermögensgerichtsstand ausschließlich von Inländern in Anspruch genommen werden kann (so Stein-Jonas-Schumann, § 23 Rdnr. 31e), kann offenbleiben. Jedenfalls legt die Entstehungsgeschichte des § 23 ZPO nahe, für die Vermögenszuständigkeit einen stärkeren Inlandsbezug zu verlangen, als ihn allein die Vermögensbelegenheit vermittelt.

bb) Eine solche Auslegung, für die § 23 ZPO entgegen der Ansicht der Revision Raum läßt (vgl. BVerfGE, 64, 1 (20) = NJW 1983, 2766) ist zum anderen auch im Hinblick auf die völkerrechtliche Vertragspraxis geboten. Diese ist - worauf Schumann (ZZP 93, 420 f.; Stein-Jonas-Schumann, § 23 Rdnrn. 33 f.) zutreffend hinweist - zunehmend davon geprägt, den Vermögensgerichtsstand, wie er bisher verstanden worden ist, auszuschließen oder einzuschränken:

Seite 3094

(1) Nach Art. 3 II EuGVÜ, dem die Türkei nicht beigetreten ist, ist die Anwendung des § 23 ZPO gegenüber solchen Personen ausgeschlossen, die ihren Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten haben. Die dort genannten sog. exorbitanten Gerichtsstände sind entgegen der Ansicht der Revision auch nicht etwa durch Art. 4 II EuGVÜ gegenüber Beklagten ohne einen Wohnsitz innerhalb der Vertragsstaaten uneingeschränkt für anwendbar erklärt worden. Die Vorschrift stellt lediglich für diejenigen Gerichtsstandsvorschriften des nach Art. 4 I EuGVÜ anwendbaren autonomen staatlichen Rechts, die zwischen in- und ausländischen Klägern unterscheiden, alle Einwohner der Vertragsstaaten den Inländern gleich. Selbst wenn Art. 4 II EuGVÜ dahin auszulegen sein sollte, daß diese Gleichstellung keinen Wohnsitz des Kl. gerade in dem Vertragsstaat voraussetzt, dessen autonomes Recht maßgebend ist (zu den unterschiedlichen Auslegungen vgl. Kropholler, Europ. ZPR, 2. Aufl., Art. 4 Rdnr. 4), könnte der Vorschrift keine generelle Zulassung solcher Gerichtsstände gegenüber Einwohnern von Nichtvertragsstaaten ohne jeden über die bloße Vermögensbelegenheit hinausgehenden Bezug zum Vertragsgebiet entnommen werden.

(2) Einen unmittelbaren Ausschluß der Vermögenszuständigkeit enthält - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - auch Art. 20 I des deutsch-norwegischen Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrages vom 17. 6. 1977 (BGBl II 1981, 341); der Gerichtsstand des Vermögens bleibt grundsätzlich auf den Fall beschränkt, daß der Wert des geltend gemachten Anspruchs den Wert des im Gerichtsstand belegenden Vermögens nicht übersteigt (Art. 20 II Nr. 3).

(3) Weitere bilaterale Verträge mißbilligen den Vermögensgerichtsstand, indem sie die Anerkennung eines auf Vermögenszuständigkeit gegründeten Urteils ausschließen oder einschränken und damit indirekt dem Gerichtsstand die Zuständigkeit versagen.

So ist nach einer Reihe von zwischenstaatlichen Verträgen die Anerkennung einer auf den Vermögensgerichtsstand gestützten Entscheidung generell zu versagen, weil darin die Belegenheit des Vermögens nicht als Zuständigkeitsgrund genannt ist. Dazu zählen das deutsch-britische Vollstreckungsabkommen vom 14. 7. 1960 (BGBl II 1961, 301, Gerichtsstandskatalog in Art. IV), das deutsch-italienische Vollstreckungsabkommen vom 18. 5. 1937 (RGBI II 1937, 145, Gerichtsstandskatalog in Art. 2, Wiederanwendung ab 1. 10. 1952 - BGBl II 1952, 986), soweit es nach Maßgabe der Art. 55, 56

EuGVÜ noch in Geltung ist, ferner das deutsch-schweizerische Vollstreckungsabkommen vom 2. 11. 1929 (RGBl II 1930, 1066, Gerichtsstandskatalog in Art. 2) und das deutsch-tunesische Vollstreckungsabkommen vom 19. 7. 1966 (BGBl II 1969, 890, Gerichtsstandskatalog in Art. 31).

Nach Art. 3 Nr. 4 des deutsch-griechischen Vollstreckungsvertrages vom 4. 11. 1961 (BGBl II 1963, 109) und Art. 2 Nr. 4 des deutsch-österreichischen Vollstreckungsabkommens vom 6. 6. 1959 (BGBl II 1960, 1246) darf die Anerkennung versagt werden, wenn für die Entscheidung lediglich der Gerichtsstand des Vermögens gegeben war und die unterlegene Partei sich auf den Rechtsstreit nicht oder nach ausdrücklicher Erklärung nur im Hinblick auf den Vermögensgerichtsstand eingelassen hat.

Solche und ähnliche Einschränkungen des Vermögensgerichtsstandes sehen auch einige bilaterale Vollstreckungsabkommen der Republik Österreich, die mit § 99 Jurisdiktionsnorm einen dem § 23 ZPO entsprechenden Gerichtsstand geschaffen hat, mit anderen Staaten vor. Hierzu gehören etwa Art. 3 des österreichisch-niederländischen Vollstreckungsabkommens vom 6. 2. 1963 (Textabdruck bei Loewe, Zwischenstaatlicher Rechtsverkehr in Zivilsachen, 1984, S. 726 ff.), Art. 5 Nr. 6 des österreichisch-italienischen Vollstreckungsabkommens vom 16. 11. 1971 (Löwe, S. 633 ff.), Art. 3 des österreichisch-belgischen Vollstreckungsabkommens vom 25. 10. 1957 (Löwe, S. 384 ff.), Art. 2 des österreichisch-schweizerischen Vollstreckungsvertrages vom 16. 12. 1960 (Loewe, S. 829 ff.) sowie Art. 9 des österreichisch-israelischen Vollstreckungsvertrages vom 6. 6. 1966 (Loewe, S. 621 ff.).

cc) Angesichts dieser völkerrechtlichen Tendenzen ist eine an seinem eigentlichen Sinn und Zweck orientierte Auslegung des § 23 ZPO notwendig, soweit die internationale Zuständigkeit berührt ist. Die unter aa dargestellte Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, da sie als Inländerschutzvorschrift nicht etwa dazu dienen sollte, Ausländern einen Gerichtsstand zur Austragung von Streitigkeiten zu verschaffen, die ihren Ursprung ausschließlich im Ausland haben und nach ausländischem Recht zu entscheiden sind. Es widerspräche dieser gesetzgeberischen Vorstellung, § 23 ZPO im Wege der reinen Wortauslegung so zu verstehen, daß allein das Vorhandensein von Inlandsvermögen des Bekl. ausreicht, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für jedwede Streitigkeit zwischen Parteien ohne Wohnsitz in Deutschland zu begründen und damit in weitem Umfang dem "forum shopping", d. h. der berechnenden Auswahl des Gerichtsstandes, Vorschub zu leisten (vgl. dazu Kropholler, Hdb. Rdnr. 159). Dadurch würden solche Streitigkeiten - jedenfalls im Umfang der Vollstreckungsmöglichkeiten im Inland - zugleich den sonst zuständigen ausländischen Gerichten entzogen. Die darin liegende - durch sachliche Erfordernisse nicht zu rechtfertigende - Zuständigkeitsanmaßung der deutschen Gerichtsbarkeit müßte zu außenwirtschaftlichen und außenpolitischen Belastungen führen. Auf solche Gefahren hat bereits das BVerfG in dem erwähnten Beschluß vom 12. 4. 1983 (BVerfGE 64, 1 (18) = NJW 1983, 2766) hingewiesen. Entgegen der Auffassung der Revision hat es die Vorsorge gegen "rechts- oder wirtschaftspolitisch als unerwünscht erachtete Ausgestaltungen der deutschen internationalen Zuständigkeit" nicht als alleinige Sache des Gesetzgebers angesehen, sondern dies ausdrücklich "jenseits der Möglichkeiten der gebotenen völkerrechtskonformen Auslegung ... durch die Gerichte" als gesetzgeberische Aufgabe bezeichnet (BVerfGE 64, 1)20) = NJW 1983, 2766).

Nur eine auf den hinreichenden Inlandsbezug abstellende Auslegung des § 23 ZPO begrenzt in sachbezogener und völkerrechtskonformer Weise die mit dem Vermögensgerichtsstand verbundene Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten des ausländischen Bekl., der es hinnehmen muß, den nach allgemeinen Regeln zuständigen Gerichten seines Heimatstaates entzogen zu werden und sich vor ausländischen - im Zweifel weder mit dem anzuwendenden Recht noch mit den örtlichen Handelsbräuchen und Verkehrssitten vertrauten - Gerichten in einer fremden Sprache durch ihm unbekanntem Anwälte verteidigen zu müssen. Der Senat teilt nicht die insbesondere von Geimer (IZPR, Rdnr. 1356; vgl. auch Fischer, S. 795, und Schütze, WuB VII A § 23 ZPO 1.89) vertretene Ansicht, der bloße Erwerb oder Besitz von Vermögen im Inland zeige eine "Affinität zur Bundesrepublik Deutschland", die eine Gerichtspflichtigkeit des Vermögensinhabers vor deutschen Gerichten rechtfertige. Eine solche Betrachtungsweise berücksichtigt nicht hinreichend, daß ausländische Kaufleute und Unternehmen, insbesondere Banken, aus Gründen internationaler Wettbewerbsfähigkeit Vermögen in einer Vielzahl von Staaten haben müssen, und verkürzt die Problematik durch Heranziehung von Extremfällen (Geimer, Rdnr. 1356: globetrottender Millionär, Steuerflüchtling), denen unter dem Gesichtspunkt internationaler Notzuständigkeit begegnet werden kann.

2. Die vorgenommene Auslegung des § 23 S. 1 Alt. 1 ZPO steht nicht im Widerspruch zu Entscheidungen anderer Senate des BGH oder anderer Oberster Bundesgerichte. In keinem der in veröffentlichten

Entscheidungen zu § 23 ZPO mitgeteilten Fälle war der hier geforderte Inlandsbezug zweifelhaft.

3. Der Senat braucht nicht abschließend zu klären, durch welche Umstände im einzelnen ein die Vermögenszuständigkeit begründender Inlandsbezug hergestellt wird. Vorliegend kommt insoweit allein ein inländischer Wohnsitz oder ein gewöhnlicher Aufenthalt der Kl. im Inland in Betracht. Beides hat das BerGer. zutreffend verneint, so daß offenbleiben kann, ob dadurch allein stets der erforderliche Inlandsbezug hergestellt wird. [...]

4. Die deutsche internationale Zuständigkeit ist über § 23 ZPO auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Notzuständigkeit eröffnet. Dies könnte nur angenommen werden, wenn für die Entscheidung des Rechtsstreits keine anderweitige Zuständigkeit gegeben wäre und die Versagung der Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Kl. die Gefahr einer internationalen Rechtsverweigerung begründen würde. Dafür ist nichts ersichtlich. Die Kl. bzw. ihre Rechtsvorgängerin, die Firma M Ltd., erstrebt nach eigenem Bekunden eine Entscheidung deutscher Gerichte nur deshalb, weil sie in die Rechtsprechung der zur Entscheidung berufenen türkischen oder zypriotischen Gerichte kein Vertrauen hat.

Die Entscheidung verdient auf Grund ihrer überzeugenden Argumentation uneingeschränkte Zustimmung.

- IV. Die Klage ist daher mangels internationaler Zuständigkeit der deutschen (Zivil-) Gerichte nicht zulässig

Fall 11: *“Muß i denn zum Schtädtele hinaus ...? - Examen II”*

Das Musikalienhaus Paul Müller OHG verkaufte dem eingetragenen Verein "Liederkrantz Lyra Pfersee 1811" einen Flügel zum Preis von DM 30.000. Die Paul Müller OHG hat ihre Hauptniederlassung in München, der Liederkrantz seinen Verwaltungssitz in Augsburg. Die Verkaufsverhandlungen wurden in den Geschäftsräumen der Ulmer Zweigniederlassung der Paul Müller OHG geführt. Im Kaufvertrag wurde weiter vereinbart, daß der Käufer den Flügel in Ulm abzuholen habe und im übrigen auf die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts verwiesen. Nachdem der "Liederkrantz" den Flügel abgeholt hat, begleicht er trotz zweifacher Mahnung den Kaufpreis nicht. Die Paul Müller OHG verklagt daher den "Liederkrantz" vor dem LG Ulm auf Zahlung des Kaufpreises.

Ist die Klage zulässig?

Lösung:

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, d.h. die (allgemeinen und besonderen) Prozeßvoraussetzungen gegeben sind und keine Prozeßhindernisse gegeben sind.

Problematisch sind hier nur die Parteifähigkeit der Parteien sowie die örtliche Zuständigkeit des LG Ulm.

- I. Parteifähigkeit der klagenden Paul Müller OHG und des beklagten "Liederkrantz Lyra Pfersee 1811"
- 1) Parteifähigkeit der Paul Müller OHG (künftig: Kl.)
Gem. § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Ob der OHG (Teil-)

Rechtsfähigkeit zukommt, ist (immer noch) umstritten.³⁸ Die OHG kann jedoch gem. § 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Damit hat der Gesetzgeber nach heute wohl einhelliger Meinung die Parteifähigkeit der OHG anerkannt. Wenn dies auch nicht zwangsläufig aus § 124 Abs. 1 HGB folgt, so doch aus dem Zusammenspiel dieser Vorschrift mit §§ 124 Abs. 2, 129 Abs. 4 HGB, denen zufolge strikt zwischen dem Gesellschafts- und Gesellschafterprozeß zu trennen und zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die OHG gerichteter Titel, zur Vollstreckung in das Privatvermögen des Gesellschafters ein gegen diesen gerichteter Titel erforderlich ist. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber sie in § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO als parteifähige Vereinigung bezeichnet und damit der Diskussion über die Parteifähigkeit der OHG ein Ende bereitet hat.³⁹

- 2) Parteifähigkeit des "Liederkranz Lyra Pfersee 1811" (künftig: Bekl.)
Der "Liederkranz" ist eingetragener Verein, d.h. er ist als ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, im Vereinsregister des AG Augsburg eingetragen. Als solcher ist er gem. § 21 BGB rechts- und somit gem. § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig.
 - 3) Zwischenergebnis: Die Kl. ist aktiv parteifähig, der Bekl. passiv parteifähig.
- II. Örtliche Zuständigkeit des LG Ulm
- 1) Allgemeiner Gerichtsstand des Bekl. ist Augsburg, da er hier seinen Verwaltungssitz hat, §§ 12, 17 ZPO i.V.m. § 24 BGB; eine Zuständigkeit des LG Ulm ist insoweit mithin nicht gegeben.
 - 2) Das LG Ulm könnte aber auf Grund eines von der Kl. gem. § 35 ZPO wirksam gewählten besonderen Gerichtsstands örtlich zuständig sein.
 - a) In Betracht zu ziehen ist § 29 ZPO. Die Kl. fordert Kaufpreiszahlung, so daß eine Streitigkeit aus einem Vertragsverhältnis vorliegt. Ob der Bekl. diese - eventuelle - Kaufpreisschuld in Ulm zu erfüllen hat, bestimmt sich nach materiellem Recht.
 - aa) § 270 Abs. 1 BGB hilft nicht weiter. Diese Bestimmung beinhaltet nur eine Auslegungsregel und besagt, daß eine Geldschuld im Zweifel eine sog. qualifizierte Schickschuld darstellt, läßt aber die Vorschriften über den Leistungsort unberührt, § 270 Abs. 4 BGB.
 - bb) Zu prüfen ist vielmehr § 269 Abs. 1 BGB.
Danach kommt es auf den Wohnsitz des Schuldners an, falls der Ort der Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist.
 - aaa) Eine Parteivereinbarung hinsichtlich des Erfüllungsorts der Kaufpreisschuld des Bekl. haben die Parteien gerade nicht getroffen. Die Parteien haben sich lediglich darauf geeinigt, daß es sich bei der Verpflichtung der Kl. um eine Holschuld handelt, nicht aber das ganze Vertragsverhältnis einem einheitlichen Erfüllungsort unterstellt.

³⁸ Vgl. *Habersack* in (Staub) Großkomm. HGB, 4. Aufl. § 124 Rdnr. 3 ff.

³⁹ Vgl. statt aller *Habersack*, aaO.

- bbb) Allerdings könnte hier wegen der "Natur des Schuldverhältnisses" der Erfüllungsort in Ulm liegen.
- (1) Grundsätzlich muß die Frage, wo zu leisten ist, für jede einzelne Verpflichtung gesondert beantwortet werden. Die Einheitlichkeit eines Schuldverhältnisses indiziert nicht zugleich die Einheit des Leistungsorts. Dies gilt trotz der besonders engen Verbindung der beiderseitigen Ansprüche auch beim gegenseitigen Vertrag⁴⁰
- (2) Eine Ausnahme hiervon machen Teile der unterinstanzlichen Rechtsprechung und Literatur aber dann, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Leistungsaustausch Zug-um-Zug in der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers erfolgen soll.⁴¹ Das ist hier nicht der Fall. Zwar sind mangels Vereinbarung einer Vorleistungspflicht die beiderseitigen Leistungspflichten der Parteien gem. §§ 320, 322 BGB nur Zug-um-Zug zu erbringen, beim Kauf eines Flügels handelt es sich aber nicht um ein Geschäft, das der Verkäufer üblicherweise nur gegen Barzahlung oder sonstigen Zahlungsnachweis des Käufers bei Übergabe der Kaufsache erfüllt. Dafür spricht auch, daß die Kl. zur Vorleistung bereit war.
- (3) Zum Teil wird in der Literatur auch vertreten, daß bei Zug-um-Zug Leistungspflichten generell als Leistungsort der Ort zu bestimmen ist, wo diejenige Verpflichtung zu erfüllen ist, welcher nach dem Inhalt des Vertrags die größere Bedeutung zukommt und die deshalb dem Vertrag das wesentliche Gepräge gibt.⁴² Vertragscharakteristische Leistung ist hier die Übergabe und Übereignung des Flügels. Erfüllungsort dieser Leistung ist Ulm, so daß nach dieser Lehre auch die Zahlungsverpflichtung des Bekl. in Ulm erfüllt werden muß. Diese Lehre ist jedoch abzulehnen. § 269 Abs. 1 BGB geht offensichtlich auch bei gegenseitigen Verträgen von gesonderten Leistungsorten der jeweiligen Verpflichtungen aus, so daß mit dem aus dem IPR übernommenen Konzept der "vertragscharakteristischen Leistung" (vgl. Art 28 EGBGB) nicht mehr das Tatbestandsmerkmal der "anderen Umstände" ausgelegt, sondern die Vorschrift contra legem fortgebildet wird.⁴³
- cc) Folglich bleibt es bei der Grundregel des § 269 Abs. 1 BGB. Danach ist eine Kaufpreisschuld am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen. Wohnsitz des Bekl. ist dessen Verwaltungssitz (§ 24 BGB), also Augsburg, so daß eine eventuelle Kaufpreisschuld des Bekl. nicht in Ulm zu erfüllen ist.
- dd) Zwischenergebnis: Das LG Ulm ist nicht gem. § 29 Abs. 1 ZPO örtlich zuständig.
- b) Die örtliche Zuständigkeit des LG Ulm könnte sich des weiteren aus § 39 ZPO ergeben.
§ 39 ZPO fordert eine rügelose Verhandlung des Bekl. zur Hauptsache, d.h. daß der Bekl. sachlich über den zur Entscheidung gestellten Anspruch und nicht bloß über

⁴⁰ Ganz h.M., vgl. statt aller MünchKomm (BGB)/Keller, § 269 Rndr. 8 mit Fn. 18.

⁴¹ vgl. OLG Stuttgart NJW 1982, 529 m.w.N.

⁴² So MünchKomm (BGB)/Keller, § 269 Rndr. 10.

⁴³ H.M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. Staudinger/Selb, § 269 Rndr. 15 m.w.N. (die Mindermeinung ist bei guter Begründung selbstverständlich gleichfalls vertretbar).

Fragen des Verfahrens verhandelt. Im mündlichen Verfahren gem. §§ 272 Abs. 1, 275 ZPO ist Einlassung in der mündlichen Verhandlung erforderlich, bei schriftlichem Vorverfahren gem. §§ 272 Abs. 2, 276 ZPO genügt die Einlassung in einem Schriftsatz, wenn nicht in ihm oder in einem vorhergehenden die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben ist. Um der Folge des § 39 ZPO zu entgehen, muß der Beklagte die Rüge der örtlichen Unzuständigkeit vor der Verhandlung zur Hauptsache und gleichzeitig mit anderen Rügen gegen die Zulässigkeit der Klage vorbringen, § 282 Abs. 3 ZPO. Ansonsten wird das Gericht nach § 39 ZPO endgültig zuständig.

Laut Sachverhalt hat eine Verhandlung des Bekl. vor dem LG Ulm zur Hauptsache noch nicht stattgefunden. Daraus folgt als

III. Endergebnis:

Die Klage der Kl. vor dem LG Ulm ist unzulässig, wenn der Bekl. die örtliche Unzuständigkeit des LG Ulm gem. §§ 39, 282 Abs. 3 ZPO vor Verhandlung zur Hauptsache rügt.