

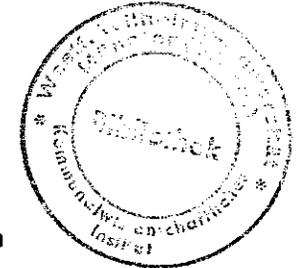
Die Veröffentlichung des Werkes

„Der unter die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten fallende
Klagegrund“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

DER UNTER DIE ZUSTÄNDIGKEIT VERSCHIEDENER
GERICHTSBARKEITEN FALLENDEN KLAGEGRUND

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Juristische Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von

ARND FISCHER

aus Essen

1970

70 R 3/60

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 Einleitung

1

Erster TeilGegenüberstellung der Fallgruppen der
Kumulation und der Alternativität

4

§ 2 Bestimmung und Abgrenzung des Klagegrundes

4

A Der Klagegrund in der Zivilprozeßordnung

4

B Der Klagegrund als Erfordernis zur Individualisierung des Klageantrags

5

C Der Klagegrund im Verfahren mit Untersuchungsmaxime

8

D Der Klagegrund als Lebensvorgang

10

E Die materielle rechtliche Auffassung vom Klagegrund und die Streitgegenstandstheorien

11

F Ergebnis der Untersuchungen und eigene Stellungnahme zur Abgrenzung und Bestimmung des Klagegrundes

15

§ 3 Die rechtliche Kumulation bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit

20

§ 4 Die Alternativität bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit

25

A Die Alternativität aufgrund streitiger rechtlicher Einordnung des Streitgegenstands

25

B Die Alternativität aufgrund streitigen Sachverhalts

26

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Chr.-Fr. Menger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. R. Lukes

Dekan: Prof. Dr. W. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 7. 11. 1969

| | Seite |
|--|-------|
| <u>Zweiter Teil</u> | |
| <u>Die rechtliche Kumulation im Prozeß</u> | 27 |
| <u>§ 5 Die Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts</u> | 27 |
| A Die Ansichten zur Entscheidungsbefugnis | 28 |
| B Sinn und Zweck der Rechtswegzuständigkeiten | 29 |
| C Innerhalb der Zuständigkeitsordnung geregeltes Übergreifen in andere Rechtswegzuständigkeiten nach der Ansicht BAURs | 30 |
| I Auf- oder abdrängende Wirkung der Rechtsweg- verweisung | 31 |
| II Weitere gesetzlich geregelte Fälle des "Übergreifens" | 38 |
| D Die eigene Stellungnahme zur Entscheidungsbefug- nis des Erstgerichts und die unzulässige Prozeß- aufrechnung | 45 |
| <u>§ 6 Die Zulässigkeit einer Verweisung der nicht der Ent- scheidungsbezugnis des Erstgerichts unterliegenden materiellen Ansprüche in ihrer Abhängigkeit von den Streitgegenstandsauffassungen</u> | 49 |
| A Die Ansicht der herrschenden Meinung | 50 |
| B Der Streitgegenstand in den Fällen der Anspruchs- konkurrenz | 51 |
| C Die Zulässigkeit einer Verweisung trotz einheit- lichen Streitgegenstands | 57 |
| D Zur Frage einer Mehrheit von Streitgegenständen in den Fällen der rechtlichen Kumulation bei ver- schiedener Rechtswegzuständigkeit | 64 |
| I HABSCHEIDs Lehre von der konkreten Rechts- folgenbehauptung | 65 |
| II Die Beschränkung des Streitgegenstands auf einzelne materielle Ansprüche entsprechend der Lehre von der "Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers" durch LEWT | 68 |

| | Seite |
|---|-------|
| III LÜKEs Lehre vom "gespaltenen Streitgegen- stand" und POHLEs Lehre vom "Ist- und Soll- streitgegenstand" | 72 |
| IV Eigene Stellungnahme zur Einheit oder Mehrheit der Streitgegenstände | 74 |
| <u>§ 7 Die eigene vom Umfang der Rechtskraft des erstge- richtlichen Urteils ausgehende Stellungnahme zur Zu- lässigkeit einer Verweisung der nicht der Entschei- dungsbezugnis des Erstgerichts unterliegenden mate- riellen Ansprüche</u> | 76 |
| A Der Umfang der Rechtskraft des erstgerichtlichen Urteils | 76 |
| B Streit- und Urteilsgegenstand | 80 |
| C Verweisung nach einer Entscheidung des Erstge- richts über die seiner Entscheidungsbefugnis un- terliegenden Ansprüche und die rechtliche Ein- ordnung der durch das Erstgericht ergehenden Entscheidungen | 88 |
| <u>§ 8 Folgerungen aus der Zu- bzw. Unzulässigkeit einer Verweisung</u> | 99 |
| A Die Kosten | 100 |
| B Die Wahrung von Fristen | 107 |
| Zusammenfassung zum Zweiten Teil | 110 |
| <u>Dritter Teil</u> | |
| <u>Die Alternativität aufgrund streitiger rechtlicher Einordnung des Klageanspruchs</u> | |
| 111 | 111 |
| <u>§ 9 Die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit</u> | 111 |
| A Die Bestimmung der Zuständigkeit nach der mögli- chen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs | 112 |

| | Seite |
|---|-------|
| B Die Bestimmung der Zuständigkeit nach der wahren Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs | 114 |
| C Bestätigung der Ansicht, die die Zuständigkeit nach der wahren Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs bestimmt, durch die prozessuale Streitgegenstandsauffassung | 118 |
| <u>§ 10 Der Umfang der Rechtskraft bei der Bestimmung der Zuständigkeit nach der möglichen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs</u> | 121 |
| A Umfassende Entscheidungsbefugnis nach der Ansicht BAURs | 122 |
| B "Beschränkte Rechtskraft" | 125 |
| C Unvereinbarkeit einer "beschränkten Rechtskraft" mit dem geltenden Prozeßrecht | 127 |
| <u>§ 11 Die Rechtskraft bei der Bestimmung der Zuständigkeit nach der wahren Natur des prozessualen Anspruchs</u> | 133 |
| A Erlaß eines einzigen Sachurteils über den einen globalen Streitgegenstand | 134 |
| B Erlaß eines Zwischenurteils über die Rechtswegzuständigkeit | 137 |
| <u>§ 12 Der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie</u> | 139 |
| Zusammenfassung zum Dritten Teil | 144 |
| <u>Vierter Teil</u> | |
| <u>Die Alternativität aufgrund streitigen Sachverhalts</u> | 146 |
| <u>§ 13 Zur Frage der Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens innerhalb der Rechtswegprüfung</u> | 146 |
| A Die vertretenen Ansichten | 147 |

| | Seite |
|--|-------|
| B Die Beantwortung der Frage mit Hilfe der prozessualen Streitgegenstandsauffassung | 148 |
| C Unerheblichkeit von durch den Beklagten geltend gemachten selbständigen Gegenrechten für die Rechtswegbestimmung | 156 |
| D Der Einfluß der Untersuchungsmaxime | 158 |
| <u>§ 14 Auswirkungen der Nichtberücksichtigung des Beklagtenvorbringens</u> | 162 |
| Zusammenfassung zum Vierten Teil | 166 |
| Schlußbemerkung | 167 |

- APELT, Diss. Heinrich APELT, Die Zulässigkeit des Rechtsweges. Diss. Leipzig 1935
- BACHOF, SJZ 1949 Sp. 378 f. Otto BACHOF, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz
- BACHOF, ZZP Bd. 65 S. 1 ff. Otto BACHOF, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit
- BACHOF, JZ 1956 S. 342 f. Otto BACHOF, Anm. zu BVerwG, JZ 1956 S. 341
- BACHOF, JZ 1963 S. 325 f. Otto BACHOF, Anm. zu BGH, JZ 1963 S. 324
- BADER, Tragweite der Entscheidung Hans BADER, Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs bei Verurteilungen im Zivilprozeß. Schriften zum Prozeßrecht, Band 3. Berlin 1966
- BÄHR, Maßgebliche Rechtslage Peter BÄHR, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten. Köln - Berlin - Bonn - München 1967
- BARSKE-WOERNER, FGO Kurt BARSKE - Lothar WOERNER, Finanzgerichtsordnung. Der Finanzprozeß und das außergerichtliche Vorverfahren. Stuttgart 1966
- BAUMANN, ZZP Bd. 69 S. 356 ff. Jürgen BAUMANN, Änderung des Prozeßgegenstandes im Zivil- und Strafprozeß
- BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO (GVG) Adolf BAUMBACH - Wolfgang LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung, 29. Aufl. München und Berlin 1966
- BAUMGÄRTEL, ZZP Bd. 73 S. 387 ff. Gottfried BAUMGÄRTEL, Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen
- BAUMGÄRTEL, Gottfried, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung
- BAUR, Diss. Dieter BAUR, Die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit im Arbeitsgerichtsprozeß. Diss. Köln
- BAUR, JZ 1963 S. 41 ff. Fritz BAUR, Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht
- BAUR, Rechtsschutz im Sozialrecht Fritz BAUR, Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz. In: Rechtsschutz im Sozialrecht. Beiträge zum ersten Jahrzehnt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Köln - Berlin - Bonn - München 1965

- BAUR, Festschr. f. von HIPPEN Fritz BAUR, Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang. Ein Beitrag zur Rechtswegzuständigkeit bei mehrfacher Klagebegründung. In: Festschrift für Fritz von HIPPEL, S. 1 ff. Tübingen 1967
- BECKER-RIEWALD-KOCH, FGO Enno BECKER - Alfred RIEWALD - Karl KOCH, Reichsabgabenordnung mit Nebengesetzen. Finanzgerichtsordnung Band III, 9. Auflage. Köln - Berlin - Bonn - München 1968
- BERGER, DSrR 1966 S. 3 ff. Emil BERGER, Erste Überlegungen zur Finanzgerichtsordnung
- BERNHARDT, ZPR Wolfgang BERNHARDT, Das Zivilprozeßrecht, 3. Auflage. Berlin 1968
- BETTERMANN, Staatsbürger und Staatsgewalt II Karl-August BETTERMANN, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß. In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, S. 449 ff. Karlsruhe 1963
- BLOMEYER, ZPR Arwed BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren. Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963
- BLOMEYER, Festschr. f. LENT Arwed BLOMEYER, Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß. In: Festschrift für Friedrich LENT zum 75. Geburtstag. München und Berlin 1957, S. 43 ff.
- BLOMEYER, Festschr. der FU Arwed BLOMEYER, Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand. In: Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, S. 51 ff. Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- BLOMEYER, Jürgen Anmerkung zu BAG, AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung
- BLOMEYER, K., ZZP Bd. 65 S. 52 ff. Karl BLOMEYER, Arrest und einstweilige Verfügung
- von BLUMENTHAL, Diss. Ruthger von BLUMENTHAL, Die tatsächlichen Grundlagen der Rechtswegentscheidung (Streitgegenstand und Bürgerliche Rechtsstreitigkeit). Jur. Diss. Frankfurt am Main 1954
- BÖTTICHER, RdA 1960 S. 161 ff. Eduard BÖTTICHER, Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung
- BÖTTICHER, Festgabe für ROSENBERG Eduard BÖTTICHER, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß. In: Beiträge zum Zivilprozeßrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo ROSENBERG. München und Berlin 1949, S. 73 ff.

- BÖTTICHER, DVBl. 1950 S. 321 ff. Eduard BÖTTICHER, Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Inzidentkontrolle der Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte
- BÖTTICHER, FamRZ 1957 S. 409 ff. Eduard BÖTTICHER, Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage
- BÖTTICHER, ZJP Bd. 72 S. 44 ff. Eduard BÖTTICHER, Zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit und deren Prüfung im Prozeß
- BÖTTICHER, Bindung der Gerichte Eduard BÖTTICHER, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte. In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag 1860 - 1960 Band 1 S. 511 ff. Karlsruhe 1960
- BÖTTICHER, Eduard Anmerkung zu BAG, AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung
- BÖTTICHER, Eduard Anmerkung zu BAG, AP Nr. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung
- BÖTTICHER, JZ 1962 S. 317 f. Anmerkung zu BAG, JZ 1962 S. 316
- BÖTTICHER, Eduard Anmerkung zu LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung
- de BOOR, Gerichtsschutz Wolfgang de BOOR, Gerichtsschutz und Rechtssystem. Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken. Leipzig 1941
- BRAUER, NJW 1956 S. 1189 f. Helmuth BRAUER, Mehrheit materiell-rechtlicher Ansprüche des Leistungsklägers
- BROX, JuS 1962 S. 121 ff. Hans BROX, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß
- BRUNS, Festschr. für SCHMIDT-RIMPLER Rudolf BRUNS, Zur Struktur des Prozesses. In: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter SCHMIDT-RIMPLER, S. 237 ff. Karlsruhe 1957
- DERSCH-VOLKMAR, ArbGG Hermann DERSCH - Erich VOLKMAR, Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage. Berlin und Frankfurt a.M. 1955
- DIETZ, Rolf Anmerkung zu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953
- DIETZ-NIKISCH, ArbGG Rolf DIETZ - Arthur NIKISCH, Arbeitsgerichtsgesetz. München und Berlin 1954

- EISENBERG, FR 1966 S. 163 ff. E. EISENBERG, Die richterliche Fragepflicht und das Amtsprinzip nach der FGO
- ESSER, Schuldrecht Josef ESSER, Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage. Karlsruhe 1960
- EYERMANN-FRÖHLER, VwGO Erich EYERMANN - Ludwig FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Auflage. München und Berlin 1965
- FELIX, JZ 1959 S. 656 f. Günther FELIX, Zur Frage der Erweiterung eines Rechtswegs durch bindende, aber unrichtige Verweisung an ein Gericht der Nachbargerichtsbarkeit
- FIKENTSCHER, Das Schuldrecht Wolfgang FIKENTSCHER, Das Schuldrecht. Berlin 1965
- FISCHER, ZJP Bd. 57 S. 340 ff. Walther FISCHER, Der Streitgegenstand
- GÄTHGENS, DRiZ 1964 S. 233 Wolfgang GÄTHGENS, Wirkungen der Rechtshängigkeit im Verhältnis zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten
- GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz Apostolos GEORGIADIS, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht. München 1968
- GRUNSKY, JZ 1965 S. 391 ff. Wolfgang GRUNSKY, Die unzulässige Prozeßaufrechnung
- GRUNSKY, ZJP Bd. 80 S. 55 ff. Wolfgang GRUNSKY, Prozeß- und Sachurteil
- HABSCHEID, Streitgegenstand Walther HABSCHEID, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bielefeld 1956
- HABSCHEID, RdA 1958 S. 46 ff. Walther HABSCHEID, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozeß
- HABSCHEID, Walther Anmerkung zu LAG Baden-Württemberg, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953
- HABSCHEID, Walther Anmerkung zu BGH, ZJP Bd. 67 S. 372
- HAHN, Mat. zur CPO Carl HAHN, Die gesammelten Materialien zur Zivilprozeßordnung, 2. Band 1. Abteilung. Berlin 1880
- HAUEISEN, NJW 1966 S. 764 f. Fritz HAUEISEN, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten. Zur Auslegung des § 86 Abs. 1 VwGO und des § 103 SGG
- HENCKEL, Streitgegenstand Wolfram HENCKEL, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß. Heidelberg 1961
- HENCKEL, JZ 1962 S. 335 ff. Wolfram HENCKEL, Die Grenzen der Verjährungsunterbrechung

- HENCKEL, ZZP Bd. 74 S. 165 ff. Wolfram HENCKEL, Materiellrechtliche Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung
- HENRICHS, NJW 1959 S. 1243 f. W. HENRICHS, Anmerkung zu BAG, JZ 1959 S. 767
- HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, FGO Walter HÜBSCHMANN - Ernst HEPP- Armin SPITALER, Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Finanzgerichtsordnung und den Nebengesetzen. Köln 1951/68
- IDEL, NJW 1955 S. 1300 ff. W. IDEL, Beamtenrechtliche Fürsorgepflicht und Amtshaftung
- JAUERNIG, Das fehlerhafte Zivilurteil Othmar JAUERNIG, Das fehlerhafte Zivilurteil. Frankfurt a.M. 1958
- JAUERNIG, Streitgegenstand Othmar JAUERNIG, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand. Recht und Staat Heft 339/340. Tübingen 1967
- KERN, Gerichtsverfassungsrecht Eduard KERN, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Auflage. München und Berlin 1965
- KLEIN, JuS 1962 S. 189 ff. Karl Heinz KLEIN, Die öffentlich-rechtliche Assessorarbeit
- KLINGER, VwGO Hans KLINGER, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage. Göttingen 1964
- KNOLL, Gutachten für den 41. DJT Ernst KNOLL, Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag. Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind. DJT 41 S. 85 ff. Tübingen 1957
- KOEHLER, VwGO Alexander KOEHLER, Verwaltungsgerichtsordnung. Berlin und Frankfurt a.M. 1960
- KRÜCKMANN, ZZP Bd. 58 S. 84 ff. KRÜCKMANN, Unzulässigkeit des Rechtsweges und materielle Abweisung der Klage auf Grund von öffentlich-rechtlichen Einwendungen des Verklagten
- KRÜCKMANN, LZ 1923 Sp. 593 ff. KRÜCKMANN, Zulässigkeit des Rechtsweges gegenüber öffentlich-rechtlichen Akten
- LARENZ, Schuldrecht II Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 8. Auflage. München und Berlin 1967
- LENT, JbAkDR 1939/40 S. 206 ff. Friedrich LENT, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß
- LENT, ZZP Bd. 57 S. 1 ff. Friedrich LENT, Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe

- LENT, ZZP Bd. 65 S. 315 ff. Friedrich LENT, Zur Lehre vom Streitgegenstand
- LENT, ZZP Bd. 63 S. 3 ff. Friedrich LENT, Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß
- LENT, ZZP Bd. 72 S. 63 ff. Friedrich LENT, Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand
- LENT-JAUERNIG, ZPR Friedrich LENT - Othmar JAUERNIG, Zivilprozeßrecht, 13. Auflage. München und Berlin 1966
- LÜKE, JuS 1961 S. 41 ff. Gerhard LÜKE, Grundsätze des Verwaltungsprozesses
- LÜKE, JuS 1961 S. 188 ff. Gerhard LÜKE, Zur Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile
- LÜKE, JZ 1960 S. 203 ff. Gerhard LÜKE, Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß
- LÜKE, AöR Bd. 84 S. 185 ff. Gerhard LÜKE, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß
- LÜKE, JuS 1967 S. 1 ff. Gerhard LÜKE, Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß
- LÜKE, JZ 1960 S. 222 ff. Gerhard LÜKE, Anm. zu BAG, JZ 1960 S. 219
- MAYER, Anspruch und Rechtskraft Karl MAYER, Anspruch und Rechtskraft im Deutschen Zivilprozeßrecht. Stuttgart 1930
- MAYER, ZZP Bd. 53 S. 209 ff. Karl MAYER, Der Prozeßanspruch
- MEISS, Abgrenzung Wilhelm MEISS, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Karlsruhe 1953
- MENGER, Staatsbürger und Staatsgewalt II Christian-Friedrich MENGER, Allgemeine Prozeßrechtsätze in der Verwaltungsgerichtsordnung. In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II, S. 427 ff. Karlsruhe 1963
- MENGER, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. Bd. 50 S. 387 ff.; Bd. 54 S. 393 ff.; zusammen mit Hans-Uwe ERICHSEN VerwArch. Bd. 56 S. 278 ff.; Bd. 57 S. 64 ff.
- MÜFFELMANN, Objektive Grenzen Herbert MÜFFELMANN, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft steuergerichtlicher Urteile. Berlin 1965

- MÜHL, NJW 1954 S. 1665 ff. MÜHL, Die Bedeutung des Sachverhalts für den Begriff des Streitgegenstands bei Leistungsklagen in der Rechtsprechung
- MÜHL, NJW 1955 S. 1461 ff MÜHL, Anmerkung zu BGHZ 16, 124
- MÜLLER-HENNEBERG und SCHWARTZ, GWB Hans MÜLLER-HENNEBERG und Gustav SCHWARTZ, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht. Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage. Köln - Berlin - Bonn - München 1963
- NAUMANN, Festschr. für SCHACK Richard NAUMANN, Rechtsweg - Gerichtsweg - Zuständigkeit. In: Hamburger Festschrift für Friedrich SCHACK. Hamburg 1966, S. 97 ff.
- NAUMANN, Staatsbürger und Staatsgewalt II Richard NAUMANN, Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. In: Staatsbürger und Staatsgewalt, Band II. Karlsruhe 1963 S. 365 ff.
- NEUMANN-DUESBERG, Horst Anm. zu BAG, AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953
- NIKISCH, ZPR Arthur NIKISCH, Zivilprozeßrecht. Tübingen 1952
- NIKISCH, Streitgegenstand Arthur NIKISCH, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß. Tübingen 1955
- NIKISCH, AcP Bd. 154 S. 271 ff. Arthur NIKISCH, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß
- NIKISCH, AcP Bd. 156 S. 71 ff. Arthur NIKISCH, Besprechung von HABSCHEID, Streitgegenstand
- NIKISCH, Arthur Anmerkung zu LAG Hamm, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953
- PAGENDARM Anmerkung zu BGH, LM Nr. 14 zu § 36 DBG
- PETERS, DöV 1967 S. 401 ff. Karl PETERS, Vereinbarungen über die Zuständigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren?
- PETERS-SAUTTER-WOLFF, SGG Horst PETERS - Theodor SAUTTER- Richard WOLFF, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Auflage. Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967
- PETERS, Diss. Martin PETERS, Die Entscheidung über die "Zulässigkeit des Rechtsweges". Diss. Hamburg 1967
- POHLE, Festschr. für APELT Rudolf POHLE, Der Bürger vor der Vielzahl der Gerichte. In: Staat und Bürger. Festschrift für Willibalt APELT zum 80. Geburtstag, S. 171 ff. München und Berlin 1958

- POHLE, JR 1954 S. 436 ff. Rudolf POHLE, Besprechung von ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Auflage
- POHLE, Rudolf Anmerkung zu BAG, AP Nr. 1 zu § 322 ZPO
- POHLE, Rudolf Anmerkung zu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953
- POHLE, Rudolf Anmerkung zu BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953
- PRITSCH Anmerkung zu BGH, LM Nr. 2 zu § 67 VVG
- REDEKER-von OERTZEN, VwGO Konrad REDEKER + Hans-Joachim von OERTZEN, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage. Stuttgart 1965
- RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen Bruno RIMMELSPACHER, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß. Göttingen 1966
- ROBINOW, Diss. Johannes ROBINOW, Zur Lehre vom Streitgegenstand. Diss. Hamburg 1934
- ROHWER-KAHLMANN, SGG Harry ROHWER-KAHLMANN, Aufbau und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 4. Auflage. Bad Godesberg 1967
- ROSENBERG, ZPR Leo ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage. München und Berlin 1961
- ROSENBERG, ZJP Bd. 49 S. 38 ff. Leo ROSENBERG, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeße
- ROSENBERG, ZJP Bd. 57 S. 76 ff. Leo ROSENBERG, Erwiderung (zu LENT, Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZJP Bd. 57 S. 1 ff.)
- ROTH, MDR 1967 S. 15 ff. Günther H. ROTH, Teilurteil und Verweisung im Falle eines mehrfach begründeten Klageanspruchs
- RUPP, AöR Bd. 85 S. 149 ff. Hans-Heinrich RUPP, Zur neuen VwGO: Gelöste und ungelöste Probleme
- SCHUEERLE, JZ 1965 S. 65 f. Wilhelm SCHUEERLE, Anmerkung zu BAG, JZ 1965 S. 63 ff.
- SCHMIDT, APF 1966 S. R. SCHMIDT, Anmerkung zu OVG Hamburg, APF 1966 S. 225 ff.
- SCHNEIDER, JZ 1958 S. 345 ff. Egon SCHNEIDER, Streitgegenstandstheorien und Relationstechnik
- SCHNEIDER, MDR 1968 S. 290 ff. Egon SCHNEIDER, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß

- SCHNORR von CAROLSFELD, Festschr. für LENT Ludwig SCHNORR von CAROLSFELD, Internationalrechtliche Fragestellungen zur Dogmatik des deutschen Zivilprozesses. In: Festschrift für Friedrich LENT zum 75. Geburtstag, S. 245 ff. München und Berlin 1957
- SCHRÖDTER, Verwaltungsrechtliche Entscheidung Hans SCHRÖDTER, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung. Düsseldorf 1965
- SCHUNCK-de CLERCK, VwGO Egon SCHUNCK - Hans de CLERCK, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage. Siegburg 1967
- SCHWAB, Streitgegenstand Karl Heinz SCHWAB, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß. München und Berlin 1954
- SCHWAB, JuS 1965 S. 81 ff. Karl Heinz SCHWAB, Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß
- SCHWAB, ZZP Bd. 71 S. 155 ff. Karl Heinz SCHWAB, Besprechung von HABSCHEID, Streitgegenstand
- SINANIOTIS, Diss. Lampros SINANIOTIS, Allgemeine Begrenzung des Urteilsgegenstandes durch die Tatsachen. Diss. München 1959
- STEIN, MDR 1966 S. 369 ff. Walter STEIN, Die Verweisung eines Rechtsstreites von Rechtsweg zu Rechtsweg
- STEIN-JONAS, ZPO Friedrich STEIN - Martin JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage. Bearbeitet seit 1953 von Rudolf POHLE; seit 1967 fortgeführt von Wolfgang GRUNSKY, Dieter LEIPOLD, Wolfgang MÜNZEBERG, Peter SCHLOSSER, Ekkehard SCHUMANN. Erster Band, 1. Lieferung 1964, 2. Lieferung 1964, 3. Lieferung 1965, 4. Lieferung 1967, 5. Lieferung 1968
- STERN, JuS 1965 S. 139 ff. Klaus STERN, Verwaltungsprozedurale Grundprobleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit
- STÖLZEL, Rechtsweg Otto STÖLZEL, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901
- THOMAS-PUTZO, ZPO (GVG) Heinz THOMAS - Hans PUTZO, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 3. Auflage. München 1968
- TIEDAU, ZZP Bd. 64 S. 407 ff. Erwin TIEDAU, Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg

- TIPKE-KRUSE, FGO Klaus TIPKE - Heinrich Wilhelm KRUSE, Reichsabgabenordnung, 2. - 3. Auflage. Köln-Marienburg ab 1965
- TSCHISCHGALE, Kostenrecht in Sozialsachen Max TSCHISCHGALE, Das Kostenrecht in Sozialsachen. Berlin 1959
- ULE, VwGO Carl Hermann ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage. In: M. von BRAUCHITSCH, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, 2. Halbband. Köln - Berlin - München - Bonn 1962
- ULE, Verwaltungsprozeßrecht Carl Hermann ULE, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Auflage. München und Berlin 1966
- ULE, DVBl. 1963 S. 596 f. Carl Hermann ULE, Anmerkung zu BGH, JZ 1963 S. 324
- ULE, JZ 1959 S. 502 f. Carl Hermann ULE, Anmerkung zu BGH, JZ 1959 S. 499
- VOLKMAR, JW 1924 S. 345 ff. Erich VOLKMAR, Die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924
- VOLKMAR, RdA 1950 S. 13 ff. Erich VOLKMAR, Inwieweit hat das Arbeitsgericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit lediglich von dem Vortrag des Klägers auszugehen?
- WACKE, AöR Bd. 79 S. 158 ff. Gerhard WACKE, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage
- WEBER, Friedrich Anmerkung zu BAG, AP Nr. 3 zu § 61 KO
- WIECZOREK, ZPO (GVG) Bernhard WIECZOREK, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze; Band I, Teil 1: ZPO 1. Buch, Allgemeine Vorschriften §§ 1 - 107; Band II, Teil 1: ZPO 2. Buch, Verfahren im ersten Rechtszuge §§ 253 - 329; Band V: Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Berlin 1957
- WIECZOREK, Bernhard Anmerkung zu BAG, AP Nr. 23 zu § 2 ArbGG 1953
- WOLFF, Verwaltungsrecht III Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozeßrecht), 2. Auflage. München und Berlin 1967
- ZEUNER, Objektive Grenzen Albrecht ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Tübingen 1959

ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO

Herbert ZIEMER - Hans BIRKHOLZ, Finanzgerichtsordnung. München und Berlin 1966

ZÖLLER, ZPO (GVG)

Richard ZÖLLER, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Auflage. München 1968

ZÖLLNER, Wolfgang

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| abl. | ablehnend |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Anm. | Anmerkung |
| AÖR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| AP | Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts. Arbeiterrechtliche Praxis |
| APP | Archiv für das Post- und Fernmeldewesen |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz v. 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267) |
| ArbRS | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, verlegt bei BENSHEIMER (ab 1.9.1934: Arbeitsrechts-Sammlung) |
| Art. | Artikel |
| AS | Ämtliche Sammlung |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band u. Seite) |
| BayKKGH | Bayerischer Kompetenzkonflikt-Gerichtshof |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BayObLGZ | Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen |
| BayVerwBl. | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BayVGH | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof |
| BBG | Bundesbeamtengesetz i.d.F. v. 23.10.1965 (BGBl. I S. 1776) |
| Bd. | Band |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBl. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite) |

| | |
|----------|--|
| Bl. | Blatt, Blätter |
| BRAGEbO | Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte v. 26.7.1957 (BGBl. I S. 907) |
| Breith. | Sammlung von Entscheidungen aus dem Gebiete der Sozialversicherung, Versorgung und Arbeitslosenversicherung, hrsg. v. BREITHAUPT |
| BRRG | Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) i. d.F. v. 22.10.1965 (BGBl. I S. 1753) |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BSGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Band u. Seite) |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band u. Seite) |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band und Seite) |
| BVerwGG | Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.9.1952 (BGBl. I S. 625) |
| DBG | Deutsches Beamtengesetz v. 26.1.1937 (RGBl. I S. 39) |
| ders. | derselbe |
| Diss. | Dissertation |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DöV | Die öffentliche Verwaltung |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| DRZ | Deutsche Rechts-Zeitschrift |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| E | Entscheidung |
| EFG | Entscheidungen der Finanzgerichte |
| ErstattG | Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbständen an öffentlichem Vermögen (Erstattungsgesetz) v. 18.4.1937 (RGBl. I S. 461) i.d.F. der Bek. v. 24.1.1951 (BGBl. I S. 87, 109) |
| ESVGH | Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg |
| f. | die folgende (Seite, Anmerkung, Randnummer) |
| FamRZ | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |

| | |
|-------------|--|
| Festschr. | Festschrift |
| ff. | die folgenden (Seiten, Anmerkungen, Randnummern) |
| FG | Finanzgericht |
| FGO | Finanzgerichtsordnung v. 6.10.1965 (BGBl. I S. 1477) |
| Fn. | Fußnote |
| FR | Finanzrundschau |
| FZ | Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, hrsg. v. FISCHER |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1) |
| GKG | Gerichtskostengesetz i.d.F. v. 26.7.1957 (BGBl. I S. 941) |
| GruchBeitr. | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet v. GRUCHOT |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz v. 27.1.1877 (RGBl. S. 41) i.d.F. der Bek. v. 12.9.1950 (BGBl. S. 513) |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) i.d.F. v. 3.1.1966 (BGBl. I S. 37) |
| Halbs. | Halbsatz |
| HansOLG | Hanseatisches Oberlandesgericht |
| Hess VGH | Hessischer Verwaltungsgerichtshof |
| HFR | Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung. Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs |
| h.M. | herrschende Meinung |
| HRR | Höchstrichterliche Rechtsprechung |
| JbAkDR | Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht |
| i.d.F. v. | in der Fassung vom |
| JR | Juristische Rundschau |
| i.S. | im Sinne |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LG | Landgericht |
| LM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. LINDENMAIER, MÖHRING u.a. |
| LSG | Landessozialgericht |

| | |
|------------|--|
| LVG | Landesverwaltungsgericht |
| LwVG | Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen v. 21.7.1953 (BGBl. I S. 667) |
| LZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht |
| Mat. | Materialien |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MSchutzG | Mieterschutzgesetz i.d.F. v. 15.12.1942 (RGBl. I S. 712) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OGHZ | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGZ | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| OWiG | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24.5.1968 (BGBl. I S. 481) |
| PatG | Patentgesetz v. 5.5.1936 (RGBl. II S. 117) i.d.F. v. 9.5.1961 (BGBl. I S. 550) |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RAGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts |
| RdA | Recht der Arbeit |
| Rdnr. | Randnummer |
| Respr. | Rechtsprechung |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGZ | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band u. Seite) |
| S. | Seite |
| SAE | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen |
| SeuffArch. | Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten |
| SGG | Sozialgerichtsgesetz i.d.F. v. 23.8.1958 (BGBl. I S. 613) |
| SJZ | Süddeutsche Juristenzeitung |
| SozR | Sozialrecht. Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts |

| | |
|------------|---|
| Sp. | Spalte |
| StPO | Strafprozeßordnung i.l.F. v. 17.5.1965 (BGBl. I S. 1376) |
| VersR | Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung |
| VerwArch. | Verwaltungsarchiv |
| VerwRespr. | Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VO | Verordnung |
| VVG | Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 13.5.1908 (RGBl. S. 263) |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl. I S. 17) |
| WarnRespr. | Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts, hrsg. v. BUCHWALD |
| WEG | Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) v. 15.3.1951 (BGBl. I S. 175) |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WuW/E | Wirtschaft und Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht |
| ZBR | Zeitschrift für Beamtenrecht |
| Ziff. | Ziffer |
| ZPO | Zivilprozeßordnung v. 30.1.1877 (RGBl. S. 83) |
| ZPR | Zivilprozeßrecht |
| zust. | zustimmend |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozeß |

§ 1 Einleitung

Die folgenden Untersuchungen beschäftigen sich mit der prozeßrechtlichen Problematik, die sich ergibt, wenn für einen dem Gericht zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt die Zulässigkeit verschiedener Rechtswege, also die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten in Betracht kommt.

Unter Gerichtsbarkeiten sind im folgenden die fünf im Art. 95 Abs. 1 GG i.d.F. der Änderung durch das 16. Änderungsgesetz v. 18.6.1968 (BGBl. 1968 I S. 657; vgl. den früheren - insoweit übereinstimmenden - Art. 96 Abs. 1 GG) aufgeführten Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit zu verstehen. Die oben vorgenommene Gleichsetzung von Zulässigkeit des Rechtswegs (vgl. die Vorschriften über die Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg: §§ 17 GVG, 41 VwGO, 34 FGO, 48a ArbGG, 52 SGG; vgl. auch §§ 90 Abs. 3 VwGO, 66 Abs. 3 FGO) und Zuständigkeit von Gerichtsbarkeiten ist wegen der nach dem Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 92 angeordneten Einheit der rechtsprechenden Gewalt gerechtfertigt. Die Bestimmungen über die "Zulässigkeit des Rechtswegs" sind damit lediglich Zuständigkeitsregelungen innerhalb eines einheitlichen Gerichtsweges¹⁾, dessen gleichwertige²⁾ Teile die in Art. 95 GG aufgeführten Gerichtsbarkeiten sind. Dementsprechend würde man besser von "Rechtswegzustän-

1) LENT-JAUERNIG, ZPR § 3 II 2; JAUERNIG, Zivilurteil S. 13; RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen S. 57; NAUMANN, Festschr. f. SCHACK S. 102; ZIEMER-BIRKHOFF, FGO § 34 Rdnr. 4; MENGER-ERICHSSEN, VerwArch. Bd. 57 (1966) S. 71 f.; BÖTTICHER, RdA 1960 S. 164; vgl. auch BGH, JZ 1962 S. 217.

2) BVerfGE 12, 326 (333); BGHZ 9, 329 (332) u. 10, 220 (227); KERN, Gerichtsverfassungsrecht S. 43 f.

digkeit"³⁾ als von "Zulässigkeit des Rechtswegs" sprechen, wie es auch der Terminologie neuerer gesetzlicher Bestimmungen - z.B. § 13 GVG, Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG - entspricht. So soll auch im folgenden zur Bezeichnung der Zuständigkeit von Gerichtsbarkeiten der Begriff Rechtswegzuständigkeit verwendet werden. Während die örtliche und sachliche Zuständigkeit die Aufgabenverteilung der Gerichte innerhalb derselben Gerichtsbarkeit regelt, bestimmt die Rechtswegzuständigkeit den Gerichtszweig innerhalb der einheitlichen rechtsprechenden Gewalt.

Es wird sich zeigen, daß die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten sich aufgrund zweifacher voneinander abweichender Fallgestaltung ergeben kann. So können beide Gerichtsbarkeiten nebeneinander für die Entscheidung desselben Sachverhalts zuständig sein (Fälle der Kumulation). Es kann aber auch derselbe Sachverhalt widerspruchsfrei nur unter eine Rechtswegzuständigkeit fallen, so daß die Zuständigkeiten einander ausschließen (Fälle der Alternativität).

Beide Fallgruppen werfen Probleme der Bestimmung des richtigen Rechtswegs, der Verweisung, der objektiven Klagenhäufung, der Rechtskraft und der Bestimmung und Verteilung der Kosten auf, deren Lösung im folgenden versucht werden soll.

Die Beantwortung dieser Fragen hängt naturgemäß eng mit der Bestimmung des Streitge-

3) BAUR, Festschr. f. von HIPPEL S. 13; PETERS, Diss. S. 21; KERN, Gerichtsverfassungsrecht S. 54; vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, AS Bd. 8 S. 190 (194) u. BGH, LM Nr. 106 Bl. 363 zu § 13 GVG.

genstandes zusammen⁴⁾. Eine endgültige Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Streitgegenstandsauffassung zu treffen oder gar eine eigene Lösung anzubieten, ist aber nicht Aufgabe dieser Arbeit. Dennoch wird in manchem Punkt eine Auseinandersetzung mit bestimmten Streitgegenstandslehren erforderlich sein⁵⁾. Vor allem werden die Ausführungen zeigen, daß die frühere materiellrechtliche Streitgegenstandstheorie und das aktionenrechtliche Denken im Prozeß immer noch nachwirken und das prozessuale Vorgehen vielfach beeinflussen. Die dementsprechenden Ergebnisse sind jedoch nicht mehr mit der heutigen Auffassung vom Prozeß in Einklang zu bringen.

4) Vgl. z.B. für die objektive Klagenhäufung: §§ 260 ZPO, 44 VwGO, 43 FGO, 56 SGG; für die Rechtskraft: §§ 322 I ZPO, 121 VwGO, 110 I FGO, 141 I SGG.

5) Dort wird sich auch zeigen, daß die Behauptung, der Streit über die Streitgegenstandstheorien sei unfruchtbar - Hans OLG, MDR 1968 S. 846; SCHNEIDER, MDR 1968 S. 292 - jedenfalls so pauschal nicht zutreffend ist.

Erster Teil

Gegenüberstellung der Fallgruppen der Kumulation und der Alternativität

§ 2 Bestimmung und Abgrenzung des Klagegrundes

Um die zu behandelnde Problematik darzulegen, ist zunächst der Begriff des Klagegrundes zu erläutern.

A Der Klagegrund in der Zivilprozeßordnung

Die Zivilprozeßordnung enthält den Begriff des Klagegrundes in den §§ 146, 268, 614. Entscheidend ist jedoch die Vorschrift des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO, die vom "Grund des (erhobenen) Anspruchs" spricht. In Anlehnung daran wird teilweise auch der Begriff des Anspruchsgrundes gebraucht, wobei man sich einig ist, daß Klage- und Anspruchsgrund identisch sind¹⁾.

Bei Schaffung der Zivilprozeßordnung wurden unter dem Klagegrund "diejenigen Tatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt er-

1) ROSENBERG, ZPR § 91 II 2 b; NIKISCH, Streitgegenstand S. 13, 69; MAYER, Anspruch und Rechtskraft S. 38; de BOOR, Gerichtsschutz S. 3 f.

scheinen zu lassen" verstanden²⁾. Damit wird also der Klagegrund durch den tatsächlichen Lebensvorgang, d.h. die Summe der Tatsachen - die rechtsbegründenden Tatsachen - gebildet, mit dem der Kläger sein dem Gericht vorgetragenes Klagebegehren begründet³⁾.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß "geeignet" bzw. "begründet" in diesen Definitionen nicht in dem Sinne verstanden werden kann, in dem man im Zivilprozeß von einer schlüssigen Begründung der Klage spricht. Denn zwar wird die Angabe des Klagegrundes von § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO verlangt, jedoch zeigt § 331 Abs. 2 ZPO, daß das den Inhalt des Klagegrundes wiederholende mündliche Vorbringen des Klägers im Versäumnisverfahren nicht verhindert, daß die Klage unbegründet sein kann.

B Der Klagegrund als Erfordernis zur Individualisierung des Klageantrags

Der Klagegrund ist demnach nur notwendiges Erfordernis und dient der ordnungsgemäßen Klageerhebung. Mit ihm soll das Streitprogramm des Klägers, über das das Gericht entscheiden wird, abgesteckt werden⁴⁾. Während der Klage-

2) So die Definition bei HAHN, Mat. zur CPO Bd. II 1 S. 255; ebenso RGZ 99, 172 (176); ähnlich RGZ 143, 57 (65); RG, LZ 1923 Sp. 231 (232) u. JW 1934 S. 1494.

3) RGZ 126, 245 (248); RG, JW 1901 S. 482 (483) u. 1912 S. 384; OLG Celle, JZ 1961 S. 384; STEIN/JONAS/POHLE-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 253 Anm. III 2 c; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 253 Anm. 4; ROSENBERG, ZPR §§ 91 II 2 b, 103 II 1; NIKISCH, Streitgegenstand S. 69, 132; MAYER, ZPR Bd. 53 S. 211.

4) ROSENBERG, ZPR § 91 II 2 a; MAYER, Anspruch u. Rechtskraft S. 32 ff.; NIKISCH, Streitgegenstand S. 14 ff.; JAUERNIG, Streitgegenstand S. 22; LÜKE, JZ 1960 S. 204; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 109, 190.

antrag - nach § 253 Abs. 2 Ziff 2 ZPO "bestimmte Angabe des Gegenstandes" - die rechtliche Seite des Streitprogramms darstellt, bildet der Klagegrund die Tatsachenseite.

Aus dieser Funktion des Klagegrundes, nämlich zu umreißen, worüber im Prozeß gestritten werden soll, ergeben sich mehrere Folgerungen.

Zunächst folgt daraus, daß ein Klagegrund und damit die Anführung eines solchen individualisierenden Sachverhalts bei der Klageerhebung nur erforderlich ist, wenn sonst nicht die Zielrichtung des klägerischen Begehrens festgestellt und nicht hinreichend von anderen zwischen den Parteien möglicherweise bestehenden Rechtsverhältnissen abgegrenzt werden kann⁵⁾. So ist z.B. im Klageantrag das Streitprogramm ausreichend bestimmt, wenn auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines absoluten Rechts geklagt wird⁶⁾. Die Anträge, die eines individualisierenden Sachverhalts bedürfen, nennt JAUERNIG⁷⁾ fremdabgegrenzt im Gegensatz zu den selbst abgegrenzten Anträgen, bei denen der Antragsinhalt die Abgrenzung in sich trägt⁸⁾. Diese Unterscheidung

5) NIKISCH, ZPR § 43 III 2 S. 164, ACP Bd. 154 S. 295 u. ACP Bd. 156 S. 75; BERNHARDT, ZPR § 30 II b S. 191; JAUERNIG, Streitgegenstand S. 23; HENCKEL, Streitgegenstand S. 283; a.A. wohl HABSCHEID, Streitgegenstand S. 191 ff.

6) Die Fragen, ob auch dann - wie z.B. HABSCHEID, Streitgegenstand S. 191 ff. meint - der Klagegrund Bestandteil des Streitgegenstandes ist, und ob in diesem Fall die Angabe eines Sachverhalts lediglich der Vorbereitung der Verhandlung dient - so BÖTTICHER, Festschr. f. ROSENBERG S. 91; NIKISCH, ACP Bd. 154 S. 295 -, können hier dahingestellt bleiben.

7) Streitgegenstand S. 23.

dung spielt jedoch für unsere Untersuchung keine Rolle, da hier ja nur die Fälle behandelt werden, in denen ein Klagegrund vorhanden, also ein Sachverhalt vorgetragen ist.

Der Tatsache, daß § 253 Abs. 2 ZPO nur das Streitprogramm umreißen soll, entspricht auch, daß der frühere Streit zwischen Individualisierungs- und Substantiierungstheorie über die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Klageerhebung praktisch beigelegt ist⁹⁾. Heute wird allgemein eine sog. verbesserte Individualisierungstheorie vertreten, die von der alten Individualisierungstheorie den Gedanken übernimmt, daß es für den unbedingt notwendigen Inhalt der Klage auf die Bestimmung des in Streit stehenden Rechtsverhältnisses ankommt, die sich aber gleichzeitig die Erkenntnis der Substantiierungstheorie zu eigen macht, daß eine solche Bestimmung i.d.R. durch den Vortrag von Tatsachen erfolgt. Diese Theorie beschränkt also das Maß der unbedingt vom Kläger vorzubringenden Tatsachen auf die zur Festlegung des Streitprogramms erforderlichen Tatsachen. Damit kann der Klagegrund nicht das Rechtsverhältnis sein, aus dem das klägerische Begehren hergeleitet wird, wie es von der reinen Individualisierungstheorie vertreten wurde¹⁰⁾.

8) Diese Unterscheidung ist - neben der Klageart und der jeweils geltenden Untersuchungs- bzw. Verhandlungsmaxime (s.u. E) - ein Kriterium für JAUERNIGs Streitgegenstandsbestimmung.

9) Inwieweit dieser Streit noch bei der Bestimmung des Streitgegenstandes (s.u. E) eine Rolle spielt, vgl. ROSENBERG, ZPR § 91 II 2 b S. 445; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 185.

10) Vgl. die Angaben bei HABSCHEID, Streitgegenstand S. 185 ff.

Vielmehr ist festzuhalten, daß der Klagegrund nur einen Tatsachenkomplex umfassen kann, der die tatsächliche Grundlage für die gerichtliche Entscheidung über das klägerische Begehren bzw. die vom Kläger behauptete Rechtsfolge bildet.

C Der Klagegrund im Verfahren mit Untersuchungsmaxime

Weiterhin folgt aus der Tatsache, daß der Klagegrund dazu dient, das Streitprogramm abzugrenzen, daß die Angabe des Klagegrundes nicht nur im Zivilprozeß¹¹⁾, sondern auch im Verfahren mit Untersuchungsmaxime (vgl. §§ 86 Abs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 FGO, 103 Abs. 1 SGG) - mit der oben¹²⁾ gemachten Einschränkung - erforderlich ist. Denn auch im Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsprozeß gilt die Dispositionsmaxime, deren eine Folge ist, daß die Parteien die Verfügungsbefugnis über Gang und Inhalt des Verfahrens insgesamt haben¹³⁾. Wichtig sind in diesem Zusammenhang besonders die Vorschriften der §§ 82 Abs. 1 VwGO, 65 Abs. 1 FGO, wonach der Kläger den Streitgegenstand bestimmen muß, bzw. des § 92 Abs. 1 SGG, wonach der Kläger den Streitgegenstand bestimmen soll. Mit Streitgegenstand ist in diesen Bestimmungen, wie der Vergleich mit § 253 Abs. 2 ZPO zeigt, der dem Gericht zur Entscheidung unterbreitete Sachverhalt, nicht der Streitgegenstand im technischen Sinne der verschiede-

11) Für den Arbeitsgerichtsprozeß ergibt sich das aus §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V.m. 495 Abs. 1 ZPO.

12) S.o. § 2 B.

13) Zu den Erscheinungsformen der Dispositionsmaxime speziell für den Verwaltungsprozeß vgl. die Übersicht bei LÜKE, JuS 1961 S. 42.

nen Streitgegenstandsauffassungen¹⁴⁾ gemeint¹⁵⁾. Danach muß der Kläger auch im Verwaltungs- und Finanzgerichtsprozeß das Streitprogramm abstecken.

Im Sozialgerichtsprozeß ist diese Pflicht des Klägers allerdings nicht so zweifelsfrei. Es wird teilweise¹⁶⁾ vertreten, in diesem Verfahren obliege die Pflicht zur Sammlung des Tatsachenmaterials ausschließlich dem Gericht, so daß der Kläger zur ordnungsgemäßen Klageerhebung keine tatsächlichen Ausführungen zu machen habe. Dies ergebe sich aus der im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden "reinen" Untersuchungsmaxime - im Gegensatz zur "gemilderten" im Verwaltungs- und Finanzgerichtsprozeß -; denn die Bezeichnung des Streitgegenstandes sei im § 92 Abs. 1 S. 1 SGG nur als Sollvorschrift angeführt, und eine den §§ 86 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 S. 2 FGO entsprechende Vorschrift, wonach bei der Ermittlung des Sachverhalts die Beteiligten heranzuziehen seien, fehle im SGG¹⁷⁾.

Jedoch braucht zu dieser Streitfrage nicht Stellung genommen zu werden, da auch

14) S.u. § 2 E.

15) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 82 Rdnr. 3; MENERGER, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 437; BERGER, DStR 1966 S. 8 u. Anm. der Redaktion dazu auf S. 389; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 124; MÜFFELMANN, Objektive Grenzen S. 138 f.; FG Hamburg, EFG 1966 S. 571; a.A. (für den Steuerprozeß) wohl ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO § 65 Rdnr. 4; EISENBERG, FR 1966 S. 164 f.

16) BAUR, Rechtsschutz im Sozialrecht S. 45 ff.; PETERS-SAUTTER-WOLFF, SGG § 103 Anm. 2 a aa.

17) A.A. BSG, SozR Nrn. 3 u. 29 zu § 103 SGG; LSG Nordrhein-Westfalen, Breith. 1963 S. 1017 (1018); ROHWER-KAHLMANN, SGG § 103 Rdnr. 1 b Anm. 1; HAUEISEN, NJW 1966 S. 765.

hier wieder entscheidend ist, daß im Rahmen dieser Arbeit nur die Fälle zu behandeln sind, in denen ein Klagegrund vorliegt, also zumindest ein Sachverhaltskern dem Gericht unterbreitet ist.

Festzuhalten ist aber, daß der Klage- oder Anspruchsgrund auch im Verfahren mit Untersuchungsmaxime von Bedeutung ist¹⁸⁾.

D Der Klagegrund als Lebensvorgang

Mit der Erkenntnis, daß der Klagegrund ein Sachverhaltskomplex ist¹⁹⁾, ist jedoch noch nicht geklärt, wie die Grenzen für den jeweiligen zu entscheidenden Sachverhalt zu ziehen sind. Denn die Tatsachen, d.h. die historischen Geschehnisse, reihen sich fortlaufend ohne Unterbrechung zeitlich aneinander.

Ein grundlegendes Kriterium für die Abgrenzung läßt sich aus § 268 Ziff. 1 ZPO - gleichlautend § 99 Abs. 3 Ziff. 1 SGG - entnehmen, wonach keine Klageänderung gegeben ist, "wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen ... Ausführungen ergänzt oder berichtigt werden"²⁰⁾. Danach besteht der Klagegrund nicht nur aus den vom Kläger bei der Klageerhebung vorgebrachten Tatsachen. Vielmehr muß er weiter gezogen sein.

Als dieser weitere Rahmen wird meist der "Lebensvorgang", "Sachverhalt" oder "Lebenssachverhalt" angesehen, der alle die Tatsachen umfaßt, die lebensmäßig eine Einheit bil-

18) ULE, VwGO § 82 Anm. 2 b; KOEHLER, VwGO § 82 Anm. 4; LÜKE, JuS 1967 S. 6; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 126; FG Hamburg, RFG 1966 S. 571.

19) S. 8. § 2 B.

20) Vgl. auch §§ 139 u. 278 ZPO.

den. Diese Einheit bestimme sich nach einer natürlichen, lebensnahen und der Verkehrsauffassung entsprechenden Betrachtungsweise²¹⁾.

E Die materiellrechtliche Auffassung vom Klagegrund und die Streitgegenstandstheorien

Gegen diese Abgrenzung wendet sich LENT²²⁾, da sich ein Lebensvorgang oder Lebenssachverhalt nicht hinreichend scharf abgrenzen lasse²³⁾. Eine Auswahl der den Klagegrund ausfüllenden Tatsachen müsse unter vorbestimmten Gesichtspunkten erfolgen. Entscheidender Gesichtspunkt sei die begehrte Rechtsfolge, so daß nur der Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbestand entspreche und die Ableitung der geltend gemachten Rechtsfolge ermögliche, ausschlaggebend sein könne²⁴⁾.

Gegen diese Ansicht ist vorzubringen, daß sie einem mit dem heutigen Prozeßrecht nicht mehr zu vereinbarem aktionenrechtlichen Denken²⁵⁾ entspricht, welches den Anspruch im verfahrensrechtlichen Sinne, den Streitgegen-

21) BAG, AP Nr. 11 zu § 626 BGB; STEIN/JONAS/POHLE-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 268 Anm. III 2; THOMAS-PUTZO, ZPO Einl II 7; LÜKE, JZ 1960 S. 204; HABSCHIED, Streitgegenstand S. 208 ff. u. RdA 1958 S. 50; NIKISCH, Streitgegenstand S. 133; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 122; de BOOR, Gerichtsschutz S. 43 f.; von BLUMENTHAL, Diss. S. 52.

22) ZJP Bd. 65 S. 350 ff.; vgl. auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 113 f.

23) S. vorige Anmerkung u. ZJP Bd. 63 S. 19.

24) ZJP Bd. 65 S. 354; vgl. auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 114.

25) Zur Auseinandersetzung mit diesem vgl. die Schrift von de BOOR, "Gerichtsschutz u. Rechtssystem" mit dem Untertitel: "Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken".

stand²⁶⁾, als actio, d.h. als materiellrechtliche Anspruchsgrundlage, ansieht.

Um das zu verdeutlichen, ist näher auf die heutige Auffassung vom Streitgegenstand, seine Abgrenzung und Bestimmung einzugehen²⁷⁾. Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung ging - wie überhaupt die frühere Lehre - von der Identität des materiellen Anspruchs i.S. des § 194 BGB und des prozessualen Anspruchs aus. Von dieser Auffassung mußte man sich lösen, da sie sich als undurchführbar erwies²⁸⁾. So trat die Frage auf, welches materielle Recht mit der Gestaltungsklage verfolgt wird, da doch mit ihr allenfalls ein Gestaltungsrecht, nicht aber ein Recht im Sinne des § 194 BGB geltend gemacht werden kann. Auch mit der Feststellungsklage wird i.d.R. nicht die Feststellung eines materiellen Rechts, sondern eines Rechtsverhältnisses oder eines absoluten Rechts begehrt. Weiterhin wird in jedem Prozeß um behauptete Rechte gestritten, deren Bestehen oder Nichtbestehen erst im Urteil entschieden wird. Verneint nun das Urteil ein solches Recht, so wäre kein Streitgegenstand vorhanden gewesen und damit über ein Nichts verhandelt worden.

Entscheidend für die Aufgabe der ursprünglichen materiellrechtlichen Theorie waren aber

26) Die Begriffe Anspruch (im prozessualen Sinne) und Streitgegenstand sind Synonyma. Für die ZPO ergibt sich das schon aus den §§ 81, 83 I, 306, in denen die Ausdrücke "Verzichtleistung auf den Streitgegenstand" und "Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch" offensichtlich dasselbe bedeuten; vgl. dazu auch STEIN/JONAS/POHLE, ZPO Einl. E III 1 b; für den Verwaltungsprozeß LÜKE, JuS 1967 S. 2.

27) Vgl. zum Folgenden die Übersicht bei SCHWAB, JuS 1965 S. 81 ff.

28) Statt vieler SCHWAB, JuS 1965 S. 81 f.

die unlösbaren Schwierigkeiten in der prozessualen Behandlung der Fälle, in denen das materielle Recht für dasselbe Ziel mehrere konkurrierende Ansprüche bereithält, also die Fälle der Anspruchskonkurrenz. Denn wenn jeder materielle auch einen prozessualen Anspruch erzeugt, so ergibt sich in diesen Fällen eine Klagenhäufung. Über alle Ansprüche muß eine gerichtliche Entscheidung ergehen, so daß, auch wenn die Klage aus einem rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist und ihr stattgegeben wird, über die anderen Ansprüche dennoch entschieden werden muß. Übersieht das Gericht einen der konkurrierenden Ansprüche, kann der Kläger ohne Rücksicht auf die Rechtskraft erneut klagen. Die Gefahr doppelter Prozesse ist groß, da über dieselbe Rechtsfolgenbehauptung, dasselbe Klagebegehren, mehrere Prozesse möglich sind, ohne daß die Rechtshängigkeit entgegenstehen würde. Schließlich stellt jegliches Vorbringen, das einen anderen materiellen Anspruch erkennen läßt, eine Klageänderung²⁹⁾ dar, die nur unter gewissen Voraussetzungen²⁹⁾ zulässig ist.

Aus allen diesen Gründen hat sich in der Rechtsprechung³⁰⁾ und der Literatur³¹⁾ die Auffassung durchgesetzt, daß materieller und prozessualer Anspruch etwas Verschiedenes sind. Mit Hilfe dieser Auffassung sollen die eben

29) Vgl. §§ 264 ZPO, 91 I VwGO, 67 I FGO, 99 I SGG.

30) Schon RGZ 50, 273 (278); RGZ 104, 155 (156); 118, 261 (263); 153, 210 (215); BGHZ 7, 268 (271); 8, 47 (50); 9, 22 (27); BGH, NJW 1954 S. 640 (641) u. 1961 S. 72; OLG Celle, JZ 1961 S. 384; OLG Oldenburg, MDR 1953 S. 303; anders aber wohl BGH, ZJP Bd. 67 S. 372 (374) m. abl. Anm. HABSCHIED.

31) S. unten.

aufgezeigten Schwierigkeiten der materiell-rechtlichen Theorie beseitigt werden³²⁾.

Innerhalb der prozessualen Streitgegenstandsauffassung unterscheiden sich die Ansichten wiederum danach, wie eng die Verknüpfung des Prozeßrechts mit dem materiellen Recht ist oder ob diese beiden Rechtskreise sogar völlig voneinander getrennt sind.

Eine Verknüpfung des Streitgegenstands mit dem materiellen Anspruch - soweit einer i. S. des § 194 BGB besteht - und damit eine gewisse Nähe zur alten materiellrechtlichen Auffassung findet sich bei BLOWMEYER³³⁾, nach dem der angebliche behauptete materielle Anspruch den Streitgegenstand, der durch den Antrag und den Klagegrund bestimmt wird, bildet³⁴⁾. Im Ergebnis ähnlich ist auch die Auffassung HENCKELS³⁵⁾, nach dem der materielle Anspruch als "Verfügungsobjekt", das durch den auf ei-

32) Diese Schwierigkeiten haben sogar bewirkt, daß zurückgehend auf eine Anregung NIKISCHS (ACP Bd. 154 S. 282 f.) mehrere Schriftsteller - LARENZ, Schuldrecht II § 69 VI; ESSER, Schuldrecht §§ 23, 2 u. 3, 201, 3 g; FIKENTSCHER, Schuldrecht § 102 V 1 a; BERNHARDT, ZPR § 29 IV 1 a; SCHNORR v. CAROLSFELD, Festschr. f. LENT S. 258 Fn. 58; nur diesem Thema gewidmet: GEORGI-ADES, Anspruchskonkurrenz - umgekehrt i. d. R. in den Fällen, in denen das materielle Recht mehrere Normen zur Begründung desselben Begehrens enthält, nicht - wie die herkömmliche Lehre - von einer Anspruchskonkurrenz ausgehen. Vielmehr nehmen sie einen einheitlichen materiellen Anspruch an und sprechen von "Anspruchsnormenkongkurrenz" bzw. einem einheitlichen Anspruch mit mehreren rechtlichen Gründen.

33) Dieser trifft noch eine hier nicht interessierende Unterscheidung zwischen "prozessualen" und "sachlichem Streitgegenstand" - ZPR § 40 III.

34) ZPR § 40 V 1; ähnlich auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 111.

35) Streitgegenstand S. 270 ff.

nen gewissen Zeitpunkt bezogenen Sachverhalt bestimmt wird³⁶⁾, den Streitgegenstand darstellt.

Innerhalb der rein prozessualen Auffassungen, die sich vom materiellen Recht völlig gelöst haben, ist zum einen streitig, ob der Streitgegenstand ein Klagebegehren an das Gericht um Rechtsschutz³⁷⁾ oder eine in erster Linie an den Beklagten gerichtete Rechtsbehauptung ist³⁸⁾. Zum anderen streitet man, ob der Streitgegenstand lediglich durch den Antrag bestimmt wird³⁹⁾ oder ob neben dem Antrag auch der Sachverhalt - um dessen Abgrenzung es hier gerade geht - Bestandteil des Streitgegenstandes ist⁴⁰⁾.

F Ergebnis der Untersuchungen und eigene Stellungnahme zur Abgrenzung und Bestimmung des Klagegrundes

Dieser Exkurs in die Streitgegenstandslehre war notwendig, um auf LENTs Abgrenzung

36) Vgl. dazu näher unten § 2 F.

37) So STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl E III 1 b; SCHWAB, Streitgegenstand S. 186 ff.; ROSENBERG, ZPR § 88 II 2, S. 420; BÖTTICHER, Festschr. f. ROSENBERG S. 86; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 125.

38) So NIKISCH, ZPR § 42 I 4; ACP Bd. 154 S. 274 ff. u. Streitgegenstand S. 40 ff., 2, 14; HABSCHIED, Streitgegenstand S. 141 f.; WACKE, AcR Bd. 79 S. 170.

39) ROSENBERG, ZPR § 88 II 1 a; SCHWAB, Streitgegenstand S. 183 ff.; BÖTTICHER, Festschr. f. ROSENBERG S. 73 ff.; BROX, JuS 1962 S. 125; GEORGI-ADES, Anspruchskonkurrenz S. 246; MÜFFELMANN, Objektive Grenzen S. 68.

40) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl E III 1 a; THOMAS-PUTZO, ZPO Einl II 7 b; BERNHARDT, ZPR § 29 IV 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, ZPR § 47 I; LÜKE, JZ 1960 S. 204 u. JuS 1967 S. 6; NIKISCH, ACP Bd. 154 S. 277 ff.; HABSCHIED, Streitgegenstand S. 221 f.;

des Sachverhalts einzugehen, wonach der Klagegrund aus dem dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden Sachverhalt besteht. Diese Auffassung kommt nämlich im Ergebnis der materiellrechtlichen Streitgegenstandstheorie gleich. Das zeigt vor allem der Gesichtspunkt der Klageänderung. Nach LENT ist jede Änderung des Sachverhalts, die ein anderes materielles Recht ergibt, eine Klageänderung⁴¹⁾. Nach richtiger prozessualer Auffassung ist jedoch nicht jede Änderung des Sachverhalts, die einen anderen materiellen Anspruch erkennen läßt, eine Klageänderung⁴²⁾, da der Kläger nicht aus einer bestimmten Anspruchsgrundlage klagt, so daß er gezwungen wäre, den diesem Anspruch entsprechenden Tatbestand vorzutragen. Vielmehr macht er ein Klagebegehren geltend bzw. erhebt eine Rechtsfolgenbehauptung, für die das Gericht aus dem vorgetragenen Sachverhalt eventuelle Anspruchsgrundlagen herauszufinden hat. Dies entspricht den fundamentalen Prozeßregeln, wie sie in den Sätzen: "da mihi factum, dabo tibi ius" und "iura novit curia" zum Ausdruck kommen⁴³⁾. Vor allem kann LENT

BAUMANN, ZZP Bd. 69 S. 371; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 120.

- 41) So auch die noch der materiellrechtlichen Theorie verhaftete Entscheidung RG, Seuff Arch Bd. 78 S. 340 f.; weitere Entscheidungen aus der Rspr. des RG bei MÜHL, NJW 1954 S. 1665 ff.
- 42) So schon RG, JW 1907 S. 25 Nr. 26; ebenfalls RGZ 79, 390 (391 f.) u. 126, 245 (248).
- 43) Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt auch die von BAUMANN, ZZP Bd. 69 S. 364 ff. u. JAUERNIG, Streitgegenstand, S. 26 ff. - von letzterem allerdings nur für den Prozeß mit Inquisitionsmaxime - aufgezeigte Parallele zum Strafprozeß. Dort bewirkt eine Änderung des Sachverhalts gem. § 266 StPO eine Änderung des Prozeß-

mit seiner Abgrenzung des Sachverhalts nicht die Fälle der Anspruchskonkurrenz bewältigen. Unter anderem aus diesem Grund muß er in diesen Fällen eine Ausnahme von seinem sonstigen Vorgehen in der Streitgegenstandsbestimmung machen⁴⁴⁾.

Diese materiellrechtliche Auffassung vom Klagegrund, die sich auch im Lehrbuch von LENT-JAUERNIG⁴⁵⁾ findet, hat JAUERNIG selbst aufgegeben⁴⁶⁾. JAUERNIG unterscheidet⁴⁷⁾ für den Umfang des Klagegrundes danach, ob ein Prozeß mit Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime gegeben ist. Sofern der Sachverhalt Bedeutung für das Abstecken des Streitprogramms hat, folgt JAUERNIG⁴⁸⁾ im Prozeß mit Verhandlungsmaxime der Abgrenzung HENCKELS⁴⁹⁾. Nach letzterem ist der Anspruchsgrund "ein zeitlicher Ausschnitt aus einem Lebenssachverhalt". Dieser Ausschnitt sei aber eng zu begrenzen, und bestimme sich nach der Einheit der Zeit, für die wiederum der Zeitpunkt ausschlaggebend sei, in dem die für die Anwendung einer Norm

gegenstandes, während eine Änderung der materiellen Rechtsfolge, wie § 265 StPO zeigt, keine Änderung ausmacht. Allerdings ist auch im Strafprozeß mit dem Streit um den Begriff der Tat des § 264 StPO die Abgrenzung des Sachverhalts ungewiß.

44) S.u. § 6 A.

45) S. 114.

46) Streitgegenstand S. 16 ff.

47) Abgesehen von der hier nicht relevanten Frage, wie weit der Sachverhalt überhaupt eine Rolle bei der Bestimmung des Streitgegenstandes spielt, was sich nach der Klageart und danach richtet, ob der Antrag selbst- oder fremdabgegrenzt ist (s. o. § 2 B).

48) Streitgegenstand S. 46, 52 ff.

49) Streitgegenstand S. 266, 277.

erheblichen Tatsachen eingetreten sind. Erheblich seien nur die Tatsachen, die den gesetzlichen Tatbestand einer Norm ausfüllen. Demnach kann die Einheit der Zeit nur gegeben sein, wenn der Sachverhaltsausschnitt, der den Tatbestand der einen Norm abschließend erfüllt, identisch ist mit dem Tatbestand, der die letzte Voraussetzung für die Anwendung einer anderen Norm enthält. HENCKEL zieht damit auch die materielle Norm zwar zur Abgrenzung heran, jedoch nicht in so enger Weise wie LENT. Für den Prozeß mit Untersuchungsmaxime hält JAUERNIG⁵⁰⁾ den Sachverhalt für weitergehend, da das Gericht die Tatsachen selbst ermitteln könne und müsse.

Zu allen diesen Auffassungen vom Sachverhalt braucht hier nicht im einzelnen Stellung genommen zu werden⁵¹⁾, da die Problematik der Kumulation und der Alternativität unabhängig davon besteht. Festzuhalten ist nur, daß nach richtiger Auffassung der Klagegrund ein historisches Geschehnis, ein Lebensereignis darstellt, das dem Gericht zur Entscheidung vorliegt. Deshalb ist es falsch, wenn vertreten wird⁵²⁾, eine gelegentliche Erwähnung der Tatsachen bei der Klageerhebung, ohne besondere Rechtsfolgen daran zu knüpfen, mache diese Tatsachen nicht zum Bestandteil des Klagegrundes. Halten sich nämlich diese Tatsachen im

50) Streitgegenstand S. 43, 48.

51) Zur Abgrenzung vgl. auch GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 149 ff.; BRUNS, Festschr. f. SCHMIDT-RIMPLER S. 237 ff.; zur Abgrenzung durch das RG vgl. MÜHL, NJW 1954 S. 1665 ff.

52) RG, JW 1912 S. 384 u. LZ Sp. 231 (232); dagegen RG, JW 1912 S. 873 f.; ROSENBERG, ZZP Bd. 49 S. 59.

Rahmen des vorgezeichneten Lebenssachverhalts, sind sie Bestandteil des Klagegrundes. Ebenso kann auch das Beklagtenvorbringen Element des Klagegrundes sein, soweit es sich auf den vom Kläger angegebenen Sachverhalt bezieht. Wenn dem Kläger gem. §§ 268-Ziff. 1 ZPO, 99 Abs. 3 Ziff. 1 SGG die Ergänzung und Berichtigung des Klagegrundes gestattet ist, kann dasselbe auch nicht dem Beklagten verwehrt sein, soweit durch sein Vorbringen der Sachverhalt nicht ein anderer wird.

Da die Abgrenzung des Klagegrundes im einzelnen hier nicht festgestellt werden soll, braucht auch nicht auf die von JAUERNIG gemachte Unterscheidung danach, ob ein Prozeß mit Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime vorliegt, im einzelnen eingegangen zu werden. Jedenfalls aber sind die dagegen vorgebrachten Bedenken LÜKES, die sich gegen die Auffassung eines erweiterten Streitgegenstandes im Verfahren mit Untersuchungsmaxime⁵³⁾ richten⁵⁴⁾, nicht stichhaltig. Zwar ist LÜKE darin zuzustimmen, daß der Streitgegenstand gleichsam als Prozeßschliene von vorneherein feststehen muß, da er gerade für die Bestimmung der Zuständigkeit, der Rechtshängigkeit der Klagenhäufung usw., also worüber gestrit-

53) WACKE, AÖR Bd. 79 S. 181 u. (für das Sozialgerichtsverfahren) PETERS-SAUTTER-WOLFF, SGG § 123 Anm. 2 a, die allerdings irreführend von der "Erweiterung des Streitgegenstands durch die Officialmaxime" sprechen.

54) JuS 1961 S. 43; vgl. JuS 1967 S. 3: "Die Last zur Streitgegenstandsbestimmung entspringt aus der Dispositionsmaxime. Dem steht die Inquisitionsmaxime nicht entgegen. Diese regelt nur, wem die Beschaffung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen obliegt, setzt also voraus, daß der Rahmen abgesteckt ist, innerhalb dessen sie sich entfalten kann. Daher ist kein Einfluß auf den Umfang des Streitgegenstandes möglich."

ten wird, entscheidend ist⁵⁵⁾. Jedoch der Einwand, daß der Streitgegenstand im Verfahren mit Untersuchungsmaxime erst nach vollständiger Ermittlung des Sachverhalts am Ende des Prozesses feststehe⁵⁶⁾, ist nicht richtig und trifft LÜKE selbst. Denn der Lebenssachverhalt wird am Anfang des Prozesses mit der Klageerhebung festgelegt, und LÜKE selbst⁵⁷⁾ sagt - sogar für den Prozeß mit Verhandlungsmaxime -, der Lebenssachverhalt sei entscheidend. Im übrigen hat JAUERNIG⁵⁸⁾ überzeugend dargelegt, daß eine zu weite Auffassung vom Lebenssachverhalt, die dann aufgrund einer "allgemeinen Präklusion" wieder eingeschränkt werden muß⁵⁹⁾, jedenfalls im Prozeß mit Verhandlungsmaxime nicht richtig sein kann. Ein gültiges Rezept für die Abgrenzung für den konkreten Fall findet jedoch auch JAUERNIG nicht⁶⁰⁾.

§ 3 Die rechtliche Kumulation bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit

Häufig läßt sich nun ein solcher Klagegrund, also ein dem Gericht vorgetragener Lebenssachverhalt, unter mehrere materiellrechtliche Normen subsumieren. Ein- und das-

55) LENT, ZP Bd. 65 S. 317.

56) Natürlich nur, sofern man den Sachverhalt zum Bestandteil des Klagegrundes erhebt (s.o. § 2 E S. 15).

57) JZ 1960 S. 204.

58) Streitgegenstand S. 7 f.

59) So HABSCHEID, Streitgegenstand S. 291 ff.

60) Streitgegenstand S. 42 f. Dieser Tatsache ist er sich selbst bewußt (S. 43), hält sie aber anderen Auffassungen für den Prozeß mit Verhandlungsmaxime entgegen (S. 26).

selbe Begehren läßt sich auf mehrere materielle Ansprüche stützen, weil der Sachverhalt mehrere Normtatbestände erfüllt¹⁾. In dieser, im materiellen Recht nach herkömmlicher Auffassung²⁾ der Anspruchskonkurrenz entsprechenden Situation wird allgemein³⁾ von einer Mehrheit von Klagegründen gesprochen. Diese Terminologie ist abzulehnen, da ja gerade nur ein einziger Klagegrund, ein Sachverhalt vorliegt, der nur mehrere materielle Ansprüche erzeugt. Sie ist ein Überrest des alten aktionenrechtlichen Denkens⁴⁾ und ist vom Wortlaut des - freilich auch dem aktionenrechtlichen Denken entstammenden - § 146 ZPO beeinflusst, wo von "mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Klagegründen" die Rede ist. Eine Mehrheit von Klagegründen ist nur gegeben, wenn ein einheitliches Klagebegehren auf verschiedene Sachverhalte gestützt ist, also zur Rechtfertigung eines Klageantrags mehrere Lebensvorgänge angeführt werden⁵⁾. Diese Erscheinung, die hier nicht zu behandeln ist, da mehrere Klagegründe vorliegen, wird von BAUR⁶⁾ als Fallgruppe der tatbestandlichen Kumulation bezeichnet, im Gegensatz

1) Das ist auch nach einer sehr engen Auffassung vom Klagegrund rechtlich möglich; vgl. BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 71: "... da es unzweifelhaft Normtatbestände gibt, die zu Ansprüchen identischen Inhalts führen und in so wenig voneinander abweichen; daß sie überaus häufig auf einen und denselben konkreten Sachverhalt anzuwenden sind."

2) S.o. § 2 E S. 14 Fn. 32.

3) Vgl. die gesamte im folgenden zur Kumulation angeführte Lit. u. Respr.

4) de BOOR, Gerichtsschutz S. 50, vgl. auch oben § 2 E.

5) NIKISCH, Streitgegenstand S. 133.

6) Festschr. f. von HIPPEL S. 3.

zur hier zu untersuchenden Fallgruppe der rechtlichen Kumulation⁷⁾. In den Fällen der rechtlichen Kumulation spricht man richtigerweise von einem (prozessualen) Anspruch mit mehreren rechtlichen Qualifikationen⁸⁾.

Problematisch sind nun die Fälle rechtlicher Kumulation, in denen für die Prüfung der konkurrierenden materiellen Ansprüche verschiedene Rechtswegzuständigkeiten gegeben sind⁹⁾. Zwar richtet sich die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeiten (§§ 13 GVG, 40 VwGO, 33 FGO, 51 SGG) in der Regel nicht nach den zu entscheidenden materiellen Ansprüchen, sondern nach der Rechtsnatur der Streitigkeit. Diese wiederum bestimmt sich - wie sich auch aus § 4 EGZPO ergibt - nach der Rechtsnatur des Streitgegenstandes. Bürgerlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn der Streitgegenstand ein Rechtsverhältnis des bürgerlichen Rechts ergibt¹⁰⁾, öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn der Streitgegenstand eine unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts ist¹¹⁾; entsprechendes gilt für die anderen Gerichtsbarkeiten. Maßgebend ist also die rechtliche Natur des Streitgegenstandes¹²⁾. In unseren Fällen ist aber die Rechtsnatur verschieden, je nachdem welche materiel-

7) BAUR a.a.O. S. 4.

8) de BOOR, Gerichtsschutz S. 50.

9) BÖTTICHER - ZJP Bd. 72 S. 53 ff. u. Bindung der Gerichte S. 540 ff. - spricht von rechtlicher "et-et Qualifikation" im Gegensatz zur "aut-aut Qualifikation" bei der Alternativität.

10) Vgl. statt vieler ROSENBERG, ZPR § 11 II 3 a S. 38; BLOMEYER, ZPR § 4 I 3 a.

11) Vgl. statt vieler EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr 1.

12) TIEDAU, ZJP Bd. 64 S. 414.

len Ansprüche sich ergeben¹³⁾, bzw. durch gesetzliche Zuweisung¹⁴⁾ ist eine bestimmte Gerichtsbarkeit für einen Teil der Ansprüche für zuständig erklärt worden.

Als in der Praxis wohl am häufigsten vorkommendes Beispiel dürfte zu nennen sein, daß ein Beamter einen Schadensersatzanspruch sowohl auf § 839 BGB i.V. Art. 34 GG - dafür steht nach Art. 34 S. 3 GG der ordentliche Rechtsweg offen - als auch auf Verletzung der sich für den Dienstherrn aus §§ 48 BRRG, 79 BBG ergebenden Fürsorgepflicht - dafür ist nach §§ 40 Abs. 2 S. 2 VwGO i.V. 126 BRRG, 192 BBG der Verwaltungsrechtsweg gegeben - stützt. Daß der Beamte beide Ansprüche nebeneinander geltend machen kann und damit zur Durchsetzung des Ersatzanspruchs zwei verschiedene Rechtswege gegeben sind, ist heute allgemein anerkannt¹⁵⁾. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob bei einer - in der Praxis meist vorliegenden - fahrlässigen Amtspflichtverletzung wegen § 839 Abs. 1 S. 2 BGB im Ergebnis nur der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, weil der Anspruch aus Fürsorgepflichtverletzung eine andere Ersatzmöglich-

13) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr 30 sprechen von gemischten Rechtsverhältnissen.

14) Vgl. die unten folgenden Beispiele.

15) Z.B. BVerwGE 13, 17; 18, 181; BVerwG, DVBl 1963 S. 677; BAG, NJW 1959 S. 260; OVG Hamburg, NJW 1959 S. 1938; OVG Münster, ZBR 1962 S. 18; VGH Kassel, DVBl 1960 S. 328; OVG Koblenz, AS Bd. 8 S. 212; IDEL, NJW 1955 S. 1302; so auch BGHZ 7, 69; 14, 122; 43, 178 (184) nachdem zwischenzeitlich BGHZ 29, 310 - wohl um die gleich behandelten prozessualen Schwierigkeiten zu vermeiden - eine andere Ansicht vertreten hatte.

keit ist¹⁶⁾, so daß zunächst der letztere Anspruch geltend gemacht werden muß, oder ob beide Rechtswege nebeneinander stehen, da derselbe Verpflichtete in Anspruch genommen wird, so daß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht eingreift¹⁷⁾. Denn jedenfalls stehen dem Beamten, soweit er Ersatz in Geld fordert¹⁸⁾, beide Rechtswege offen, wenn eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung begangen worden ist. Als weitere Beispiele sind die Fälle einer Konkurrenz eines Amtshaftungsanspruchs oder eines Anspruchs aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (Zivilrechtsweg gem. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO) mit einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch (Verwaltungsrechtsweg) zu erwähnen. Auch ist ein Anspruch auf Handeln der öffentlichen Hand aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung und zugleich privatrechtlichen Vertrages denkbar¹⁹⁾.

16) So BVerwGE 18, 181 (185 f.); OLG Celle, MDR 1961 S. 145; IDEL, NJW 1955 S. 1302.

17) So BVerwGE 25, 138 (145 f.); BGHZ 10, 137 (138 f.); OVG Hamburg, NJW 1959 S. 1938 (1940); SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 40 Anm 5 e; PAGENDARM in Anm. zu BGH LM Nr. 14 zu § 36 DBG.

18) Ein Anspruch auf Naturalrestitution kann nach allg. Meinung nicht auf einen Amtshaftungsanspruch gestützt werden.

19) Möglich ist auch eine Konkurrenz eines Amtshaftungsanspruchs und eines Anspruchs aus einem Postbenutzungsverhältnis, für das wegen des i.d.R. hoheitlichen Handelns der Post der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Vgl. dazu OVG Hamburg, APF 1966 S. 225 u. LG Berlin APF 1964 S. 79. Ein instruktives Beispiel liefert die Entscheidung BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953, Zuständigkeitsprüfung, wo neben Kumulation auch Alternativität gegeben ist.

§ 4 Die Alternativität bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit

Von dieser Sachverhaltsgestaltung der rechtlichen Kumulation ist scharf die zu trennen, in der ein Sachverhalt widerspruchsfrei nur unter eine Anspruchsgrundlage eingeordnet werden kann, die dementsprechend auch nur unter eine Rechtswegzuständigkeit fällt. Hier kann man von einer Alternativität sprechen¹⁾, da die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen rechtlich einander ausschließen und nicht wie bei der Kumulation nebeneinander stehen.

A Die Alternativität aufgrund streitiger rechtlicher Einordnung des Streitgegenstands

Diese Alternativität kann sich zum einen daraus ergeben, daß die rechtliche Einordnung, die Qualifikation des erhobenen Anspruchs, die ja für die Rechtswegbestimmung entscheidend ist²⁾, streitig ist, so daß je nach der angenommenen Rechtsnatur sich verschiedene Rechtswegzuständigkeiten ergeben. Diese vom Gericht von Amts wegen vorzunehmende Qualifizierung ist oft nicht einfach und die Rechtsnatur läßt sich erst nach genauerer Prüfung feststellen. Z.B. ist die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht schwierig und umstritten, oder ist in der Praxis manchmal zweifelhaft, ob ein Anspruch als beamtenrechtlicher oder

1) BAUR, Festschr. f. von HIPPEL, S. 5; BÖTTICHER - ZZP Bd. 72 S. 53 ff. u. Bindung der Gerichte S. 540 ff. - nennt sie die Fälle des "aut-aut" im Gegensatz zu denen des "et-et" bei der Kumulation.

2) S.o. § 3.

als arbeits- bzw. angestelltenrechtlicher zu behandeln ist.

B Die Alternativität aufgrund streitigen Sachverhalts

Im juristischen Alltag ungleich häufiger sind die Fälle, in denen sich die Alternativität aufgrund verschiedenen Parteivorbringens ergibt. Nach den klägerischen Behauptungen ergibt sich eine einer anderen Zuständigkeit unterliegende Anspruchsgrundlage als aus den vom Kläger vorgebrachten Tatsachen, die sich freilich wegen der hier gestellten Thematik in vom Kläger abgesteckten Lebenssachverhalt halten müssen.

Zweiter Teil

Die rechtliche Kumulation im Prozeß

§ 5 Die Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts

Zunächst soll untersucht werden, wie weit die Entscheidungsbefugnis des zuerst angegangenen Gerichts geht, d.h. über welche materiellen Ansprüche, die einzelne rechtliche Qualifikationen des mehrfach begründeten Klagebegehrens darstellen, es entscheiden darf. Darf es nur die seiner Zuständigkeit oder auch die einer anderen Zuständigkeit unterliegenden und damit alle materiellen Ansprüche prüfen? Diese Ansprüche brauchen vom Kläger nicht ausdrücklich erwähnt worden zu sein. Denn nach den Grundsätzen "da mihi factum, dabo tibi ius" und "iura novit curia" hat der Kläger nur Tatsachen vorzubringen, die sein Klagebegehren verdeutlichen und stützen. Danach hat das Gericht die rechtlichen Grundlagen für die Entscheidung selbst zu finden. So kann der Kläger gar nichts von der Aufspaltung der Rechtswege wissen, da er eine oder sogar alle Anspruchsgrundlagen nicht kennt¹⁾.

1) Hier ist noch anzumerken, daß sich das Problem auseinanderfallender Zuständigkeiten für ein einheitliches prozessuales Begehren auch innerhalb derselben Gerichtsbarkeit, nämlich bei verschiedenen ausschließlichen Gerichtsständen, stellen kann. So kann z.B. für mehrere ein Begehren begründende und vor dem ordentlichen Zivilgericht zu verfolgende Normen zum Teil der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO und zum anderen Teil der der unerlaubten Handlung

A Die Ansichten zur Entscheidungsbefugnis

Nach der weitaus h.M.²⁾ darf das Erstgericht trotz des einheitlichen Begehrens nur die materiellen Ansprüche beurteilen, die nach seiner Zuständigkeitsregelung (§§ 13 GVG, 2 ArbGG, 40 VwGO, 30 FGO, 51 SGG) unter seine Prüfungs-kompetenz fallen.

Nach einer anderen Ansicht³⁾ soll das Gericht, falls es für einen materiellen Anspruch

des § 32 ZPO gegeben sein. In diesem Falle tauchen im großen und ganzen dieselben Probleme wie beim Auseinanderfallen der Gerichtsbarkeit auf, so daß im folgenden auch Argumente in Lit. und Rspr. berücksichtigt werden, die zur Verschiedenheit der Gerichtsstände entwickelt sind. Soweit eine unterschiedliche Behandlung geboten ist, wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen werden.

- 2) BGHZ 5, 105 (106); 13, 145 (153); BGH JZ 1956 S. 753 (754); BGH, NJW 1964 S. 45 (46); BGH, DöV 1956 S. 668; BAG, NJW 1964 S. 1435 u. JZ 1959 S. 767; BVerwGE 18, 181 (182 ff.); BVerwG, VerwRspr Bd. 13 Nr. 75; BFH, HFR 1964 S. 31 (32); OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (16); BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 276 Anm. 1 A; STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b; THOMAS-PUTZO, ZPO Vorbem. III 3 vor § 12; ZÖLLER-KARCH, § 13 GVG Anm. II 3 c; ROSENBERG, ZPR § 33 II 2 S. 138; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr. 31; BERNHARDT, ZPR S. 67, 91; HENCKEL, Streitgegenstand S. 279; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 162; SCHWAB, Streitgegenstand S. 156 f.; MAYER, Anspruch u. Rechtskraft S. 47; TIEDAU, ZPR Bd. 64 S. 423; MEISS, Abgrenzung S. 14; STÖLZEL, Rechtsweg S. 23; ROTH, MDR 1967 S. 16; BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 76.
- 3) BAUR, JZ 1963 S. 43 u. Festschr. f. von HIPPEL S. 12 ff.; HENRICHS, NJW 1959 S. 1244 Ziff. 4; WIECZOREK, ZPO § 276 Anm. B III a 2, falls das Erstgericht die seiner Zuständigkeit unterfallende Anspruchsgrundlage für begründet hält; anders aber u. wie die h.M. § 260 Anm. B II b 4; vgl. zu WIECZOREKS Auffassung auch unten S. 63 f.; NIKISCH, Streitgegenstand S. 160 bei Verschiedenheit ausschließlicher Gerichtsstände.

zuständig ist, auch über die anderen an sich nach der Zuständigkeitsordnung nicht seiner Zuständigkeit unterliegenden Ansprüche entscheiden können.

HENRICHS⁴⁾ meint, es müsse auf den Schwerpunkt des Sachvortrags abgestellt werden, und danach die Bestimmung der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs erfolgen. Dieses Kriterium ist jedoch unklar und von keiner Bedeutung. Denn wo der Schwerpunkt des Sachvortrags liegt, wird i.d.R., da alle materiellen Ansprüche und damit die Rechtswege gleichwertig nebeneinander bestehen, nicht auszumachen sein.

B Sinn und Zweck der Rechtswegzuständigkeiten

Weiter wird von HENRICHS vorgebracht, nach Art. 92 GG bestehe eine einheitliche richterliche Gewalt, innerhalb deren alle Gerichtszweige gleichwertig seien⁵⁾. Die Frage nach der Rechtswegzuständigkeit sei nur ein zweitrangiges Problem, nachdem der Rechtsweg gem. Art. 19 Abs. 4 GG auf jeden Fall gegeben sei. Diese Gedankenführung findet sich auch bei BAUR⁶⁾, der davon ausgeht, daß der Zuständigkeitsordnung einschließlich der Rechtswegregelungen kein Verfassungsrang zukomme. Zwar sieht BAUR⁷⁾ zutreffend den Sinn der gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtswegzuständigkeiten darin, daß jede Gerichtsbarkeit ein bestimmtes materiellrechtliches Sachgebiet gesetzlich zugewiesen bekommen hat und die Richter mit dieser Rechtsmaterie vertraut sind. Kein Richter kann heute das immer umfangrei-

4) NJW 1959 S. 1244 Ziff. 4.

5) Vgl. dazu oben § 1.

6) Festschr. f. von HIPPEL S. 14 ff.

7) A.a.O. S. 16 f.

cher und komplizierter werdende Rechtswesen in seiner Gesamtheit überschauen. Die Gerichte müssen von der Sachkunde her die an sie gestellten Anträge sachgemäß prüfen und darüber entscheiden können⁸⁾. Auch verfahrensmäßig müssen sie dazu in der Lage sein, da die unterschiedlichen Verfahrensausgestaltungen und Verfahrensgrundsätze der sachgemäßen Führung der vor der jeweiligen Gerichtsbarkeit verhandelten Prozesse dienen⁹⁾. Selbst wenn man also das im Laufe der Zeit aufgesplitterte Rechtswesen zu einem einheitlichen Rechtsweg zusammenfassen würde, wären Spezialkammern zu schaffen¹⁰⁾, so daß die verschiedenen Rechtswegzuständigkeiten ihren Sinn haben.

C Innerhalb der Zuständigkeitsordnung geregeltes "Übergreifen" in andere Rechtswegzuständigkeiten nach der Ansicht BAURs

Dennoch hält BAUR Durchbrechungen dieser Zuständigkeitsregelung für zulässig. Er¹¹⁾ betont zwar, daß eine solche Durchbrechung nicht allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit erfolgen dürfe. Aus diesen Gründen ist man in Anbetracht der Schwierigkeiten, die sich für die h.M. durch die Annahme einer Teilzuständigkeit¹²⁾ beim ersten Hinsehen ergeben, versucht, eine Allzuständigkeit des für einen Teil der materiellen Ansprüche zuständigen Gerichts zu konstruieren.

BAUR meint, die "Spaltungsthese" sei ein

8) RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen S. 57.

9) BAUMGÄRTEL, ZZP Bd. 73 S. 394.

10) RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen S. 54.

11) A.a.O. S. 15 f.

12) Von BAUR a.a.O. "Spaltungsthese" genannt.

Relikt aus der Zeit, in der die "Zulässigkeit des Rechtswegs" über die Zulässigkeit einer gerichtlichen Entscheidung schlechthin ausschlaggebend war, während heute die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gelte. Er will an mehreren Beispielen¹³⁾ gesetzlich geregelte Durchbrechungen der geltenden Zuständigkeitsordnung aus Gründen des Sachzusammenhangs aufzeigen und kommt zum Ergebnis¹⁴⁾, das auch für die Fälle der rechtlichen Kumulation gilt: "Ist ein Gericht nach der für dieses Gericht maßgebenden Regelung der Rechtswegzuständigkeit zulässigerweise mit einem Rechtsstreit befaßt, so ist es nicht gehindert, 'zuständigkeitsfremde' tatsächliche oder rechtliche Elemente in seine Entscheidung einzubeziehen, sofern dies notwendig ist, um den Rechtsstreit abschließend entscheiden zu können."

Somit ergebe sich auch eine Zuständigkeit des Erstgerichts zur Entscheidung über alle materiellen Ansprüche.

I Auf- oder abdrängende Wirkung der Rechtswegverweisung

BAUR führt zunächst¹⁵⁾ die Verweisungsvorschriften wegen der "Unzulässigkeit des Rechtswegs" (§§ 17 GVG, 48a ArbGG, 41 VwGO, 34 FGO, 52 SGG), also der Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg, an. Durch sie werde festgelegt, daß das Adressatgericht seine eigene Rechts-

13) Von diesen seien im wesentlichen wegen der gestellten Thematik nur die besprochen werden, in denen eine angebliche Durchbrechung der Rechtswegzuständigkeit, nicht aber der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zu sehen ist.

14) A.a.O. S. 23.

15) A.a.O. S. 18 f.

wegzuständigkeit nicht mehr prüfen dürfe. Somit urteile ein Gericht über eine Materie, die an sich nicht seiner Zuständigkeit unterstehe, was einen Fall des "Übergreifens" in die Nachbargerichtbarkeit darstelle. Das Interesse der Parteien an einem wirksamen, schleunigen Rechtsschutz werde höher bewertet als das Leitprinzip der Rechtswegzuständigkeit, der Kompetenz für bestimmte Sachgebiete.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Prüfung der eigenen Rechtswegzuständigkeit durch das Adressatgericht nur wegfällt, wenn man mit einer Mindermeinung¹⁶⁾ eine Weiterverweisung des Adressatgerichts an eine dritte Gerichtsbarkeit für unzulässig hält, der Verweisung in einen anderen Rechtsweg also nicht nur abdrängende (vgl. Abs. 1 S. 2 der Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs)¹⁷⁾, sondern auch aufdrängende Wirkung zuerkennt. Dagegen nimmt die h.M.¹⁸⁾ lediglich eine ab-

16) BAUMBACH-LAUTERBACH, § 17 GVG Anm. 3 B; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 16; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, ZPR § 14 I 3 c; ULE, VwGO § 41 Anm. II 3; ders., Verwaltungsprozeßrecht S. 39 f. u. DVBl. 1963 S. 596; STEIN, MDR 1966 S. 369 (371); ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO § 34 Rdnr. 29; MENGER, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 446 u. VerwArch. Bd. 54 (1963) S. 403; STERN, Jus 1965 S. 145; PETERS, Diss. S. 118 ff.

17) In den folgenden Ausführungen beziehen sich die Absatzangaben ohne Paragraphenzahl und Gesetzesnennung auf diese Vorschriften der §§ 17 GVG, 48a ArbGG, 41 VwGO, 34 FGO, 52 SGG.

18) BGH, JZ 1958 S. 97 (98) u. JZ 1963 S. 324 mit zust. Anm. von BACHOF S. 325; BVerwG, NJW 1960 S. 2355; BSG, NJW 1960 S. 2072; OVG Münster, MDR 1962 S. 852; OVG Rheinland-Pfalz, AS Bd. 8 S. 190 f.; Württ.-Bad. VGH, ESVGH Bd. 8 S. 85 (87); ZÖLLER-KARCH, § 17 GVG Anm. IV 1; STEIN/JONAS-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 276 Anm. IX 4; THOMAS-PUTZO, ZPO § 276 Anm. 1 e;

drängende Wirkung der Rechtswegverweisung an, so daß das Adressatgericht durchaus seine Rechtswegzuständigkeit nachprüfen und ggfs. an eine dritte Gerichtsbarkeit weiterverweisen kann.

Dieser h.M. ist zu folgen, da die Argumente der abweichenden Ansicht nicht zu überzeugen vermögen. So wird gesagt, gegen eine Weiterverweisung spreche, daß mit ihr eine alsbaldige Entscheidung verhindert werde. Diese Beweisführung mag für die hier nicht interessierende Frage, ob eine Weiterverweisung de lege ferenda auszuschließen ist, von Bedeutung sein. Dieses Ergebnis kann aber nicht geltendes Recht sein, falls aus der positiven gesetzlichen Regelung, die nicht durch eine Berufung auf die Prozeßökonomie außer Kraft gesetzt werden kann¹⁹⁾, etwas anderes hervorgeht. In den Bestimmungen über die "Zulässigkeit des Rechtswegs" ist eine bindende Wirkung von Entscheidungen nur in den Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 gewollt, während Abs. 3 lediglich einen den Wechsel von Rechtsweg zu Rechtsweg erleichternde Regelung des Verfahrens darstellt. Die Bindung soll verhindern, daß die Gerichte die Streitsache zum Nachteil des keinen Rechtsschutz erhaltenden Klägers zwi-

LENT-JAUERNIG, ZPR § 4 III; SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 41 Anm. 2 d cc; REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 41 Rdnr. 3; KLINGER, VwGO § 41 Anm. D 2 f; WOLFF, Verwaltungsrecht III § 170 III b; von WALLIS-LIST in HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, FGO § 34 Rdnr. 21; KERN, Gerichtsverfassungsrecht S. 52; RUPP, AöR Bd. 85 S. 149; BÖTTICHER, RdA 1960 S. 162; RIEWALD in BECKER-RIEWALD-KOCH, FGO § 34 Anm. 6.

19) So auch BAUR, vgl. oben B.

schen sich hin- und herschieben und die jeweilige Nachbargerichtsbarkeit für zuständig erklären. Im Gegensatz zur ausdrücklichen Regelung des § 81 BVerwGG, der die Verweisung innerhalb der oberen Bundesgerichte regelte, ist eine solche Bindungswirkung nicht in Abs. 3 angeordnet. Sie findet sich aber ausdrücklich in den §§ 276 Abs. 2 S. 2 ZPO, 83 Abs. 2 S. 2 VwGO, 70 Abs. 2 S. 2 FGO, 98 Abs. 2 S. 2 SGG, 12 Abs. 1 S. 3 LwVG, 46 Abs. 1 S. 3 WEG, 18 Abs. 1 S. 3 HausratsVO, 18 Abs. 3 S. 2 Wehrbeschwerdeordnung und erklärt sich in diesen Vorschriften aus der größeren Sachnähe des verweisenden Gerichts zur verwiesenen Rechtsmaterie, da sie die Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit bestimmen. Diese Sachnähe ist jedoch i.d.R. im Verhältnis der verschiedenen Gerichtsbarkeiten zueinander nicht anzutreffen. So hat auch die nach Abs. 1 S. 2 bestehende Bindung ihren Grund darin, daß die Gefahr einer fehlerhaften Verweisung eines der eigenen Zuständigkeit unterliegenden Anspruchs durch ein Gericht nicht so groß ist wie die, daß ein Gericht eine fremde Materie an eine falsche Gerichtsbarkeit verweist. Im ersteren Fall ist eine fehlerhafte Verweisung nur durch Rechtsmittel zu korrigieren, während im wahrscheinlicheren und wohl auch häufigeren zweiten Fall der Fehler leicht durch eine Weiterverweisung zu beheben ist.

Natürlich kann eine solche Weiterverweisung nicht helfen und damit auch eine fehlerhafte Verweisung absolut bindend sein, wenn das Adressatgericht meint, gerade das verweisende Gericht sei zuständig gewesen, über das - nach der Ansicht des Adressatgerichts - begründete Begehren zu entscheiden. In diesen - bei der Kumulation wohl selteneren als bei der Alter-

nativität - Fällen, die BAUR²⁰⁾ auch als Beispiele des "Übergreifens" in eine andere Gerichtsbarkeit anführt, muß nach allgemeiner Ansicht²¹⁾ das Adressatgericht über das Begehren entscheiden und kann auch der Klage aus einem rechtlichen Gesichtspunkt stattgeben, dessen Beurteilung an sich der Zuständigkeit des verweisenden Gerichts unterliegt. Denn weder kommt wegen Abs. 1 S. 2 eine Zurückverweisung, noch, da eine dritte Gerichtsbarkeit nach Auffassung des Adressatgerichts nicht zuständig ist, eine Weiterverweisung in Betracht. Die Zuständigkeit des Adressatgerichts erweitert sich unabhängig von der Frage, ob die Verweisung generell nur abdrängend oder auch aufdrängend ist. Diese Folge einer im Ergebnis aufdrängenden Wirkung der Verweisung ist aber nicht das Produkt einer gesetzlichen Regelung aus Gründen des Sachzusammenhangs oder der Prozeßökonomie, sondern nur eine notwendige Berichtigung einer - vom Standpunkt des Adressatgerichts gesehen - falschen Entscheidung. Andernfalls würde das Adressatgericht, obwohl durch die Verweisung gem. Abs. 3 S. 3 zuständig und obwohl es die Klage für begründet hält, die Klage rechtskräftig durch

20) A.a.O. S. 18 f.

21) BVerwG, NJW 1967 S. 2128 (2130); BAG, NJW 1964 S. 1435 (1436); BayKKGH, BayVerwBl. 1968 S. 367 (368); BSG, SozR SGG Nr. 6 zu § 52 SGG; FELIX, JZ 1959 S. 657; ULE, JZ 1959 S. 502 f.; RUPP, AGR Bd. 85 S. 182; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 541; ders., ZZP Bd. 72 S. 57; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 609; ders., Anm. zu LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; KOEHLER, VwGO § 41 Anm. VIII; WIECZOREK, ZPO Anm. B II b 4; für die Verweisung nach § 276 ZPO z.B.: BGH, NJW 1964 S. 45 (46).

Sachurteil abweisen müssen. Zudem erfolgt durch die Verweisung nur eine Rechtswegbindung, nicht eine materielle Bindung²²⁾.

Der Ausschluß einer Weiterverweisung ist auch nicht Ausfluß der Rechtskraft. Letztere besteht nur insoweit, daß gem. Abs. 3 S. 3 bis 5 die Rechtshängigkeit, Fristen und sonstige an die Rechtshängigkeit knüpfende Folgen eintreten bzw. gewahrt bleiben.

Die Gesamtheit der Regelungen der Rechtswegzuständigkeit, insbesondere Abs. 1 S. 1 läßt erkennen, daß eine Gerichtsbarkeit nur über seine Rechtswegzuständigkeit entscheiden soll, während bei einer aufdrängenden Verweisung der Grundsatz der Kompetenzautonomie ausgehöhlt würde. Auch würden ohne die Möglichkeit einer Verweisung die auch nach der hier vertretenen Ansicht zugegebenermaßen denkbaren - z.B. bei der Entscheidungspflicht des Adressatgerichts infolge fehlerhafter, aber bindender Verweisung (s.o.) und des "letzten" Gerichts²³⁾ - Fälle mit der schwierigen Frage, welches Verfahrensrecht auf eine fremde Rechtsmaterie anzuwenden ist, vermehrt. Muß z.B. das ordentliche Zivilgericht bei der Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten nach der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime vorgehen? Diese Schwierigkeiten stellen sich nach BAURs Lösung auch für die Fälle der rechtlichen Kumulation bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit²⁴⁾. Dem

22) Das verkennt SCHEUERLE - JZ 1965 S. 66 -, der ein Zusprechen der Klage aus einer nicht der Zuständigkeit des Gerichts unterliegenden Norm für unzulässig hält.

23) S.u.; weitere Beispiele bei BAUR, a.a.O. S. 24 f. u. BAUMGÄRTEL, ZJP Bd. 73 S. 388 ff.

24) Zum Vorgehen der ordentlichen Zivilgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vgl. BAUMGÄRTEL, ZJP Bd. 73 S. 387 ff.

Einwand ULEs²⁵⁾, der durch die Verweisung geöffnete Rechtsweg sei nicht ein "beschrittener Rechtsweg" im Sinne des Abs. 1 S. 1, so daß nicht der Grundsatz der Kompetenzautonomie gelte, ist vom OVG Rheinland-Pfalz²⁶⁾ mit Recht entgegeng gehalten worden, die Verweisung bedürfe nach Abs. 3 S. 1 einer Parteinitiative, nämlich eines Antrags des Klägers. Somit sei auch der durch eine Verweisung geöffnete Rechtsweg ein "beschrittener Rechtsweg" im Sinne des Abs. 1 S. 1.

Die Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg ist also nur abdrängend, nicht aufdrängend, so daß in der Regel die Prüfungskompetenz der Gerichtsbarkeiten gewahrt bleibt und kein "Übergreifen" in andere Rechtswegzuständigkeiten vorliegt. Dieser Tatsache glaubt BAUR²⁷⁾ mit dem Hinweis begegnen zu können, auch nach der h.M. entfalle die Prüfungszuständigkeit für die "letzte" Gerichtsbarkeit. Diese "letzte" Gerichtsbarkeit ist die, an die als fünfte und damit letzte der in Art. 95 GG aufgezählten Gerichtsbarkeiten verwiesen wird, nachdem sich die anderen vier für unzuständig erklärt haben. In diesem - wohl in der Praxis kaum vorkommenden, wie auch die Fälle einer eventuellen Weiterverweisung an eine dritte Gerichtsbarkeit schon selten sind - Extremfall wird die Prüfungskompetenz freilich auch durch das "letzte" Gericht wahrgenommen. Nur ist diese Prüfung von keiner rechtlichen Bedeutung, da gem. Abs. 1 S. 2 das "letzte" Gericht an keine andere Gerichtsbarkeit zurückverweisen kann, also entscheiden muß, so-

25) JZ 1959 S. 503.

26) AS Bd. 8 S. 190 f.

27) A.a.O. S. 18 Fn. 68.

fern es überhaupt irgendeine vor die Gerichtsbarkeiten des Art. 95 GG gehörende Streitigkeit für gegeben ansieht²⁸⁾.

Dieses Ergebnis entspringt also der Notwendigkeit, dem Kläger bei irgendeiner Gerichtsbarkeit Rechtsschutz für sein Begehren zu gewähren, nicht aber ist es ein Ausfluß des "Übergreifens" aus Gründen des Sachzusammenhangs und der Prozeßökonomie²⁹⁾. Damit ist entgegen BAURs Meinung grundsätzlich von Bedeutung, ob die Rechtswegverweisung aufdrängende oder nur abdrängende Wirkung hat³⁰⁾. Da der letzteren Auffassung zu folgen ist, läßt sich anhand der Rechtswegverweisungsvorschriften nicht ein "Übergreifen" in Nachbargerichtsbarkeiten feststellen.

II Weitere gesetzlich geregelte Fälle des "Übergreifens"

Neben diesem angeblichen Übergriff in andere Rechtswegzuständigkeiten durch das Institut der Rechtswegverweisung glaubt BAUR³¹⁾ auch andere Durchbrechungen der Zuständigkeitsordnung zu sehen.

28) So ist unzutreffend, wenn KERN - Gerichtsverfassungsrecht S. 52 - sagt, alle Gerichtsbarkeiten könnten sich für unzuständig erklären. Das ist nur möglich, wenn das "letzte" Gericht zur Annahme einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit oder einer sonstigen nicht im Art. 95 GG genannten Rechtswegzuständigkeit gelangt. Damit stellt sich auch nicht die Frage der Anwendung des Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG.

29) Das richtet sich auch gegen die für eine aufdrängende Wirkung der Verweisung gegebene Begründung, bei nur zwei Gerichtsbarkeiten käme man zu einer aufdrängenden Wirkung.

30) So wohl auch BAUR selbst - a.a.O. S. 19 Fn. 71.

31) A.a.O. S. 19 ff.

Sie fänden sich z.B. in § 3 Abs. 1 und 2 ArbGG³²⁾ aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs bzw. aufgrund einer Parteivereinbarung. Nach § 3 Abs. 1 ArbGG können jedoch nur bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die also normalerweise vor das ordentliche Zivilgericht gehören, - und nur im rechtlichen oder unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit bürgerlichen Streitigkeiten i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ArbGG - vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden.

An dieser Stelle ist auf das Verhältnis von Arbeits- und ordentlicher Zivilgerichtsbarkeit einzugehen. Zwar sind beide als Rechtswege in Art. 95 Abs. 1 GG angeführt; jedoch ist das Verhältnis der beiden zueinander nicht das einer Rechtswegzuständigkeit, sondern, wie sich aus §§ 17 Abs. 5 GVG, 48 Abs. 1 u. 48a Abs. 4 ArbGG klar ergibt, einer sachlichen Zuständigkeit³³⁾. Dieses gegenseitige Verhältnis einer sachlichen Zuständigkeit und auch die Regelung des § 3 ArbGG erklären sich daher, daß den beiden Gerichtszweigen Rechtsgebiete zugewiesen sind, die sich in vielfacher Hinsicht überschneiden und verwandt sind. Deshalb bestehen auch die Vorschriften der §§ 48 Abs. 1 u. 48a Abs. 4 ArbGG, wonach bezüglich der Verweisung § 276 ZPO gilt, so daß entgegen der Regelung bei der Rechtswegverweisung - vgl. Abs. 3 S. 1 - die Entscheidung nicht durch Urteil, sondern

32) BAUR, a.a.O. S. 19.

33) RGZ 158, 193 (194 f.); BGHZ 8, 16 (21); 26, 304 (306) u. 44, 46 (52); BGH, VersR 1968 S. 455; BAG, NJW 1959 S. 260; BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 14 Anm. 5; THOMAS-PUTZO, § 13 GVG Anm. 2 b; ROSENBERG, ZPR § 14 V 1 S. 65; DIETZ-NIKISCH, ArbGG § 2 Anm. 23; DERSCH-VOLKMAR, ArbGG § 48 Anm. 15; BÖTTICHER, RdA 1960 S. 163.

durch unanfechtbaren (§ 276 Abs. 2 S. 1 ZPO) und für das Adressatgericht bindenden (§ 276 Abs. 2 S. 2 ZPO) Beschluß ergeht. Wegen dieses engen Verhältnisses der ordentlichen Zivil- und der Arbeitsgerichtsbarkeit zueinander bleibt nach §§ 528 S. 2, 566 ZPO, 64 Abs. 2, 72 Abs. 3 ArbGG im Rechtsmittelverfahren die Zuständigkeit der angerufenen Gerichtsbarkeit bestehen, auch wenn sie unter Verletzung der Zuständigkeit der anderen Gerichtsbarkeit entschieden hat und der Beklagte in der 1. Instanz keine Rüge erhoben hat, während die Rechtswegzuständigkeit von Amts wegen in allen Instanzen zu prüfen ist³⁴⁾. Neben dem Gesichtspunkt, daß in § 3 Abs. 1 ArbGG dem Arbeitsgericht nur eine erweiterte Zuständigkeit hinsichtlich einer Materie eingeräumt ist, die in Sachnähe zu seinem hauseigenen Rechtsgebiet steht, ist zu beachten, daß diese erweiterte Zuständigkeit nur gegeben ist, wenn keine ausschließliche Zuständigkeit verletzt wird. Da die Rechtswegzuständigkeit - wenn auch an keiner Stelle ausdrücklich gesagt - ausschließlich ist, darf bei einer Anwendung des § 3 Abs. 1 ArbGG für den Gegenanspruch keine andere Rechtswegzuständigkeit, also die Zuständigkeit der allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben sein.

Entsprechendes gilt auch für § 3 Abs. 2 ArbGG, nach dem nur die Zuständigkeit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vereinbart werden kann. Auch im Zivilprozeß ist gem. § 40 Abs. 2 ZPO eine Vereinbarung unzulässig, so-

34) Das spricht auch gegen BAURs Ansicht. Während ein "Übergriff" in die sachliche Zuständigkeit zugelassen ist, fehlt eine entsprechende Regelung für die vom Beklagten unterlassene Rüge der Rechtswegzuständigkeit in 1. Instanz.

fern für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, während in § 59 SGG eine Prorogation sogar generell ausgeschlossen ist³⁵⁾.

Aus § 3 ArbGG ergibt sich also nicht ein Übergreifen in eine andere Rechtswegzuständigkeit, wie BAUR³⁶⁾ behauptet, sondern nur in eine andere sachliche Zuständigkeit.

Das gilt auch für die Regelung des § 10 ZPO, aus der BAUR³⁷⁾ einen Hinweis darauf zu erkennen glaubt, daß ein "Übergriff" in andere Rechtswegzuständigkeiten erlaubt sei. Die Übergriffe - in eine andere sachliche Zuständigkeit - in §§ 3 ArbGG u. 10 ZPO erklären sich aus der Sachnähe und dem im wesentlichen gleichen Verfahrensrecht der betreffenden Gerichte.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Vorschriften über die Zulässigkeit der Widerklage (§§ 33 ZPO, 89 VwGO, 100 SGG), die dem Gedanken einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs entstammen. § 33 ZPO verlangt neben dem Zusammenhang mit dem Klaganspruch, daß der Gegenanspruch nicht vor eine andere ausschließliche Zuständigkeit gehört (§§ 33 Abs. 2 i.V. 40 Abs. 2 ZPO). Auch § 89 VwGO fordert für den Gegenanspruch die sachliche Zuständigkeit gem. §§ 45, 48, 50 VwGO des erkennen- den Gerichts³⁸⁾ und darüber hinaus noch gem.

35) Zur Zulässigkeit einer Prorogation im Verwaltungsprozeß vgl. PETERS, DÖV 1967 S. 407 ff., der generell eine solche in Verfahren mit Untersuchungsmaxime ausschließt; gegen eine Vereinbarung der Rechtswegzuständigkeit auch LVG Düsseldorf, MDR 1950 S. 698.

36) A.a.O. S. 19.

37) A.a.O. S. 19 f.

38) REDEKER-v. OERTZEN, VwGO § 89 Anm. 7; SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 89 Anm. 2 c.

Abs. 1 S. 2 unter den Gegebenheiten des § 52 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die örtliche Zuständigkeit. § 100 SGG enthält zwar dem Wortlaut nach keinen Vorbehalt bezüglich der Zuständigkeit für den Gegenanspruch, jedoch ist allgemein anerkannt, daß die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen, insbesondere die "Zulässigkeit des Rechtswegs"³⁹⁾, vorliegen müssen.

Die Vorschriften über die Widerklage gestatten allenfalls ein "Übergreifen" in eine andere sachliche Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs⁴⁰⁾.

Dasselbe ergibt die Vorschrift des § 88 GWB, von der BAUR⁴¹⁾ behauptet, sie erlaube die Verbindung kartellrechtlicher Ansprüche mit anderen rechtlich oder wirtschaftlich zusammenhängenden Ansprüchen, auch wenn für letztere eine andere ausschließliche Rechtswegzuständigkeit gegeben sei. Tatsächlich scheint dem Wortlaut des § 88 GWB nach diese These zu stimmen, da in S. 2 eine Zuständigkeit des Kartellgerichts kraft Sachzusammenhangs auch wegen eines einer anderen ausschließlichen Zuständigkeit unterfallenden materiellen Anspruchs angeordnet ist. Wenn man jedoch § 88 GWB im Zusammenhang mit den anderen verfahrensrechtlichen Regelungen und in seiner Stellung innerhalb des GWB betrachtet, ist zu erkennen, daß eine erweiterte Zuständigkeit aus Gründen prozessualer Vereinfachung, nämlich um Doppelprozesse über denselben Antrag zu vermeiden, nur soweit gilt, als nichtkartellrechtliche Ansprüche auf dem

39) BSG, SozR Nr. 2 zu § 839 BGB.

40) Das gesteht auch BAUR selbst - a.a.O. S. 21 - zu.

41) A.a.O. S. 22.

Gebiet des bürgerlichen Rechts erhoben werden⁴²⁾. Die entgegenstehende Ansicht⁴³⁾, die § 88 GWB auch bei verschiedenen Rechtswegzuständigkeiten unterliegenden, einen einheitlichen prozessualen Anspruch begründenden Anspruchsgrundlagen anwendet, vermag nicht zu überzeugen. Denn § 88 GWB steht unter den verfahrensrechtlichen Vorschriften des 3. Abschnitts des GWB, der die Überschrift "Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" trägt⁴⁴⁾. § 88 GWB gestattet nur Entscheidungen über bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten, so daß für den im Zusammenhang mit einem kartellrechtlichen Anspruch geltend gemachten Anspruch die ordentliche Zivilgerichts- bzw. die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig sein muß.

Bei allen von BAUR angeführten und bisher besprochenen Beispielen war ein Durchbrechen der Zuständigkeitsordnung aus dem Gesichtspunkt der Sachnähe des entscheidenden Gerichts zu erkennen⁴⁵⁾, der allenfalls einen Übergriff in eine andere sachliche Zuständigkeit⁴⁶⁾, nicht aber in eine andere Rechtswegzuständigkeit rechtfertigt.

Der Gedanke der Sachnähe erklärt auch das Institut der perpetuatio fori (§§ 263 Abs. 2

42) TIEFFERT im Gemeinschaftskommentar zum GWB, § 88 Rdnr. 5; wohl auch MÜLLER-HENNBERG-SCHWARTZ, GWB § 88 Rdnr. 3.

43) KG Berlin, WuW/E OLG 307 (312); BGHZ 34, 53 (61) hat (als Revisionsinstanz der vorgenannten Entscheidung) entgegen BAURs Angabe - a.a.O. S. 22 Fn. 81 - diese Frage dahingestellt sein lassen.

44) Aus dem GWB selbst, nämlich § 96 Abs. 2, läßt sich im Gegenteil entnehmen, daß die Gerichte im allgemeinen nur über ihr Sachgebiet entscheiden sollen.

45) Das gilt auch für die von BAUR - a.a.O. S. 22 - angeführten Vorschriften der §§ 4, 13 StPO; vgl. auch § 38 OWiG.

46) Vgl. auch § 13 LwVG.

Ziff. 2 ZPO, 90 Abs. 3 VwGO, 66 Abs. 3 FGO, 94 Abs. 3 SGG), aus dem BAUR⁴⁷⁾ einen Übergriff in eine andere Rechtswegzuständigkeit entnehmen zu können glaubt. Die neueren Verfahrensgesetze - § 66 Abs. 3 FGO u. 90 Abs. 3 VwGO - haben nämlich die Fortgeltung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ausdrücklich auch auf die Fälle ausgedehnt, in denen sich die die Rechtswegzuständigkeit begründenden Umstände nach Eintritt der Rechtshängigkeit verändern. Der Bundesgerichtshof⁴⁸⁾ hält dennoch diese Regelung im Zivilprozeß für nicht anwendbar. Der Gesetzgeber habe trotz der aufgrund des § 178 VwGO erfolgten Änderung des § 17 Abs. 3 GVG eine entsprechende Regelung nicht in die Zivilprozeßordnung aufgenommen⁴⁹⁾, so daß die Anschauung des Gesetzgebers sich hier nicht gewandelt habe. Dem wird man wegen der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige innerhalb der einheitlichen rechtsprechenden Gewalt⁵⁰⁾ und der zwischen allen Gerichtszweigen bestehenden Verweisungsmöglichkeit mit der Literatur⁵¹⁾ nicht folgen dürfen, sondern den Gedanken des Fortbestehens der Rechtswegzuständigkeit in allen Verfahren gelten lassen müssen.

Dennoch läßt sich daraus nicht ein Prinzip des Übergriffs entnehmen. In der Regel wird bei einer gesetzlichen Änderung das Gesetz

47) A.a.O. S. 21 f.

48) NJW 1965 S. 586 (587).

49) Sie fehlt auch im SGG.

50) S.o. § 1.

51) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 1 Anm. IV 3 c; STEIN/JONAS/POHLE-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 263 Anm. IV 2; ULE, VwGO § 90 Anm. I; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 20; BACHOF, ZJP Bd. 65 S. 30; BLOMEYER, ZPR § 46, 1.

auch den Übergang des Verfahrens in die andere Gerichtsbarkeit anordnen. Aber auch wenn das nicht geschieht, ist der alte und der neue Rechtsweg praktisch als einheitlicher Rechtsweg anzusehen⁵²⁾. Die zu entscheidende Materie wird ein Grenzgebiet sein, das sowohl der einen als auch der anderen Zuständigkeit angehören kann, so daß immer das Prinzip der Sachnähe gewahrt sein dürfte. Entgegen BAURs Ansicht⁵³⁾ verdrängen bei der perpetuatio fori also nicht offensichtliche Gründe der Zweckmäßigkeit die Gesichtspunkte der Sachnähe und Spezialisierung.

D Die eigene Stellungnahme zur Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts und die unzulässige Prozeßaufrechnung

Alle von BAUR angeführten Beispiele bewiesen nicht ein Prinzip des "Übergreifens" in andere Rechtswegzuständigkeiten aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs. Vielmehr ist mit der geltenden Zuständigkeitsordnung die Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten vorgeschrieben, die nicht umgangen werden darf⁵⁴⁾, auch wenn eine einheitliche Gerichtsbarkeit nach Art. 92 GG besteht. Der Gedanke, daß jeder Richter Kenner einer Spezialmaterie ist, läßt nicht zu, daß ein Gericht über sei-

52) So BVerwGE 17, 293 (298).

53) A.a.O. S. 22.

54) OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (16); ebenso BAG, AP Nr. 3 zu § 1 Erstattg, unter Hinweis auf die Trennung der Gerichtsbarkeiten durch die neue Fassung des Art. 95 Abs. 1 GG (ähnlich früher Art. 96 Abs. 1 GG) v. 18.6.1968, in dem für jede Gerichtsbarkeit ein oberes Bundesgericht bestimmt wird. Dementsprechend müsse sich die Abgrenzung auch bei den Instanzgerichten auswirken. Vgl. auch MENDER-ERICHSEN, VerwArch. Bd. 56 (1965) S. 281.

ner Gerichtsbarkeit⁵⁵⁾ nicht unterliegende Ansprüche in den Fällen der Kumulation entscheidet. Die Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung de lege ferenda⁵⁶⁾ kann hier dahingestellt bleiben. De lege lata widerspricht BAURs Lösung dem Gesetz⁵⁷⁾ und kann nur durch den Gesetzgeber zu geltendem Recht erklärt werden⁵⁸⁾. In den Fällen der Kumulation kann das Erstgericht nur über die von der Zuständigkeitsordnung ihm zugewiesenen materiellen Ansprüche entscheiden.

Würde man im übrigen BAURs Ergebnis für richtig halten, würde auch nicht mehr das Problem der Abgrenzung von Vor- und Hauptfrage im Prozeß bestehen. Nicht nur die nicht in Rechtskraft erwachsene Entscheidung der Vorfrage, die einem einer anderen Zuständigkeit unterliegenden Rechtsgebiet angehört, sondern auch einer Hauptfrage wäre zuzulassen, soweit sie dazu dient, den Rechtsstreit abschließend zu entscheiden. So wäre z.B. die Frage, ob und wann ein Zivilgericht nur über die Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit oder auch über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts entscheiden dürfte⁵⁹⁾, von

- 55) Inwieweit ein "Übergriff" in andere sachliche Zuständigkeiten zugelassen ist, ist hier nicht zu untersuchen; vgl. dazu auch POHLE in Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 Ziff. 3.
- 56) Bejahend: ROSENBERG, ZPR § 33 II 3; NAUMANN, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 366 Fn. 7.
- 57) FISCHER, ZZP Bd. 57 S. 240 ff.; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 156; SINANIOTIS, Diss. S. 81 f.; BLOMEYER, Festschr. der FU S. 76.
- 58) So ausdrücklich BGH, DÖV 1961 S. 870 (873) für den Fall der doppelten Rechtswegzuständigkeit eines zugleich auf Amtshaftung und Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Dienstherrn eines Beamten gestützten Klagebegehrens; auch BLOMEYER, Festschr. der FU S. 76.

keiner Bedeutung.

Wenn man BAUR folgen würde, könnte sich der Kläger im übrigen in gewisser Hinsicht ein Gericht aussuchen, das sein Klagebegehren abschließend beurteilen soll, so daß ihm ein mit Art. 101 GG wohl nicht zu vereinbarendes Wahlrecht eingeräumt wäre.

Dem Ergebnis, daß das Gericht nur im Rahmen seiner Zuständigkeit entscheiden darf, entspricht auch die in der Literatur⁶⁰⁾ und Rechtsprechung⁶¹⁾ herrschende Ansicht, nach der ein Gericht nicht über eine streitige, nicht rechtskräftig entschiedene und vor eine andere Gerichtsbarkeit gehörende zur Aufrechnung gestellte Forderung entscheiden darf, da sonst wegen § 322 Abs. 2 ZPO⁶²⁾ rechtskräftig⁶³⁾ über einer anderen Zuständigkeit unterliegende Ansprüche erkannt werde⁶⁴⁾. Insoweit geht der Hinweis von HENRICHS⁶⁵⁾, man habe

- 59) Vgl. dazu z.B. BGHZ 9, 129 (131 ff.); EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnrn. 23 ff.
- 60) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr. 40; ROSENBERG, ZPR § 104 II (anders allerdings § 11 IV 3); BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 13 Anm. f; HENCKEL, ZZP Bd. 74 S. 185; MÜHL, NJW 1955 S. 1461 f.; GRUNSKY, JZ 1965 S. 393; POHLE, Festschr. f. APELT S. 178; KNOLL, Gutachten f. 41. DJT Bd. 1 S. 145.
- 61) BGHZ 16, 124 u. 26, 304 (306); BSG, NJW 1963 S. 1844 (1845); OVG Münster, VerwRespr. Bd. 13 Nr. 140 S. 477; OVG Hamburg, MDR 1951 S. 314.
- 62) Das gilt gem. §§ 173 VwGO, 155 FGO, 202 SGG, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V. 495 Abs. 1 ZPO auch in Verfahren vor den anderen Gerichtsbarkeiten.
- 63) Die Rechtskraft wird in diesen Fällen von MAYER - Anspruch u. Rechtskraft S. 47 - ohne Begründung verneint.
- 64) A.A. ist von seinem Ausgangspunkt her BAUR - JZ 1963 S. 43 u. Festschr. f. von HIPPEL S. 13 ff.
- 65) NJW 1959 S. 1244 Ziff. 4.

sich bei der Aufrechnung von Gegenforderungen, die als solche vor eine andere Gerichtsbarkeit gehörten, zu einer einheitlichen Behandlung durchgerungen, fehl. Das Urteil⁶⁶⁾, das HENRICHS zum Beweis dieser Behauptung anführt, betrifft nämlich nur die Zuständigkeitsabgrenzung von ordentlicher Zivilgerichts- und Arbeitsgerichtsbarkeit, also einer sachlichen Zuständigkeit⁶⁷⁾. Es läßt ausdrücklich offen, ob eine Aufrechnung generell zulässig ist, wenn die Geltendmachung der Forderung als solche vor eine andere Zuständigkeit gehört, läßt aber die Aufrechnung mit der allgemeinen Meinung⁶⁸⁾ zu, wenn gegen eine vom ordentlichen Zivilgericht zu entscheidende Forderung gegen eine arbeitsrechtliche Forderung - und umgekehrt - aufgerechnet wird.

Mit der h.M. ist in den Fällen, der rechtlichen Kumulation nur von einer Teilzuständigkeit bezüglich der seiner Kognition unterworfenen materiellen Ansprüche auszugehen. Es wird sich zeigen, daß die infolge dieser Ansicht prima facie auftretenden Schwierigkeiten ohne weiteres und in dogmatisch sauberer Konstruktion gemeistert werden können, ohne daß gegen das Prinzip der Prozeßökonomie verstoßen wird.

66) OLG Stuttgart, MDR 1957 S. 689.

67) S.o. C II.

68) BGHZ 26, 304 (306); BGH, WM 1959 S. 691 Ziff. 3; BAG, NJW 1961 S. 1885 (1886) u. 1966 S. 1771 (1774); STEIN-JONAS-POHLE, ZPO § 145 Anm. VI 2 a ; ROSENBERG, ZPR § 104 II.

§ 6 Die Zulässigkeit einer Verweisung der nicht der Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts unterliegenden materiellen Ansprüche in ihrer Abhängigkeit von den Streitgegenstandsauffassungen

Bei dieser begrenzten Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts stellt sich die Frage, was es bezüglich der nicht entschiedenen - da vor eine andere Zuständigkeit gehörend - materiellen Ansprüche zu unternehmen hat. Diese Frage ist natürlich nur von Bedeutung, wenn das zuerst angerufene Gericht die Klage abgewiesen hat. Wird der Klage schon vom Erstgericht stattgegeben, wird der Kläger in der Regel nicht eine nochmalige Entscheidung begehren. Tut er es, so betrifft das die Frage nach der Rechtskraft bzw. des Rechtsschutzbedürfnisses. Ist jedoch ein Anspruch bzw. sind mehrere Ansprüche - da unter Umständen auch mehr als zwei konkurrierende Ansprüche vorliegen können - vom teilweise zuständigen Erstgericht durch Prozeß¹⁾ oder Sachurteil abgewiesen worden, sind hinsichtlich der Verweisung des anderen bzw. der anderenseits entschiedenen materiellen Ansprüche zwei Möglichkeiten denkbar: Das Gericht verweist gem. §§ 17 Abs. 3 GVG, 48a Abs. 3 ArbGG, 41 Abs. 3 VwGO, 34 Abs. 3 FGO, 52 Abs. 3 SGG den Kläger auf dessen Antrag hin an das zuständige Gericht oder es weist die Klage wegen dieser Ansprüche durch Prozeßurteil ab bzw. spricht in den Gründen des Sachurteils über die seiner Zuständigkeit unterliegenden Anspruchsgrundlagen seine Unzuständig-

1) Ausnahmsweise kann das der Fall sein, wenn die Zuständigkeit des Gerichts gegeben ist, jedoch eine andere Sachurteilsvoraussetzung, z.B. die Einhaltung einer Frist oder die Prozeß- oder Parteifähigkeit (vgl. das Urteil BVerwG, VerwRespr. Bd. 13 Nr. 75) fehlt.

keit aus.

A Die Ansicht der herrschenden Meinung

Die Zulässigkeit einer Verweisung lehnt die weitaus h.M.²⁾ ab; bei mehrfacher rechtlich selbständiger Begründung desselben Klageanspruchs könne keine Verweisung erfolgen, wenn der Rechtsweg zum angerufenen Gericht gegeben sei³⁾. Eine Verweisung könne nur den Rechtsstreit als ganzen erfassen, da in den Rechtswegverweisungsvorschriften von der Verweisung der "Sache" die Rede sei. Nur wenn die Zuständigkeit überhaupt nicht gegeben sei, könne verwiesen werden, da sonst das einheitliche Klagebegehren auseinandergerissen werde. Entscheidend ist also für die h.M., daß ein einheitlicher Streitgegenstand⁴⁾ vorliegt,

2) RGZ 165, 374 (384); RG, GruchBeitr. Bd. 48 Nr. 72; BGH, DöV 1956 S. 668; BGH, MDR 1963 S. 658 f.; BGH, NJW 1964 S. 45 (46); BVerwGE 18, 181 (182 ff.); BVerwG, VerwRespr. Bd. 13 Nr. 75; BVerwG, NJW 1961 S. 2364 (2368); BVerwG, DVBl. 1960 S. 854 f. u. 1968 S. 646 (650 f.); BFH, HFR 1964 S. 31 (32); ZÖLLER-KARCH, GVG § 13 Anm. II 3 c; BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 13 Anm. E; ROSENBERG, ZPR § 38 II 2 a (widersprüchlich aber § 33 II 2); VG Berlin, EFG 1963 S. 428 (429); REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 41 Anm. 6; KLINGER, VwGO § 41 Anm. D 2 b; ULE, VwGO § 41 Anm. II 3 a; STERN, JuS 1965 S. 144; STÖLZEL, Rechtsweg S. 23; PRITSCH, in Anm. zu BGH, LM Nr. 2 zu § 67 VVG.

3) Dasselbe gilt nach BGHZ 5, 105 (107) u. 13, 145 (153 ff.) auch für die Fälle der tatbestandlichen Kumulation.

4) Insoweit geht man, falls man auch in den Fällen der tatbestandlichen Kumulation eine Verweisung ausschließt, offensichtlich dort ebenfalls von einem einheitlichen Streitgegenstand aus, bestimmt den Streitgegenstand also lediglich nach dem Antrag (s.o. § 2 E). BGHZ 13, 145 (154) läßt allerdings in sich widerspruchsvoll dahingestellt, ob eine echte Klagenhäufung oder nur eine mehrfache Begründung desselben Anspruchs gegeben ist.

über den vor dem Erstgericht infolge seiner teilweisen Zuständigkeit schon rechtskräftig entschieden werde. Wenn das Erstgericht verweise - wobei nur der gesamte Streitgegenstand und damit alle materiellen Ansprüche erfaßt werden könnten -, nehme es sich die Befugnis zur Entscheidung, obwohl es zuständig sei.

Auf diese Ansicht soll näher im Rahmen der eigenen Stellungnahme zur Zulässigkeit einer Verweisung⁵⁾ eingegangen werden. Behandelt werden soll aber der Umfang des Streitgegenstands in den Fällen der Anspruchskonkurrenz, insbesondere bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit, da die Zulässigkeit einer Verweisung meist unmittelbar davon abhängig gemacht wird,

B Der Streitgegenstand in den Fällen der Anspruchskonkurrenz

Zunächst soll der Umfang des Streitgegenstands in den Fällen der Anspruchskonkurrenz bestimmt werden. Dabei kann sich die Darstellung auf die Leistungsklage beschränken; denn zwar ist eine Anspruchskonkurrenz nicht nur im Leistungsprozeß denkbar⁶⁾, jedoch wird das Auseinanderfallen von Rechtswegzuständigkeiten nur bei Leistungsklagen praktisch, wie auch die für die rechtliche Kumulation angeführten Beispiele⁷⁾ zeigen⁸⁾. In den Fällen der

5) S.u. § 7 C.

6) So aber wohl GEORGIADES, Anspruchskonkurrenz S. 242 Fn. 22.

7) S.o. § 3.

8) Bei der Anfechtungsklage, deren Streitgegenstand in der verwaltungsprozessualen Literatur besonders streitig ist, und der Verpflichtungsklage im allgemeinen und be-

Anspruchskonkurrenz kommt man mit der prozessualen Streitgegenstandsauffassung⁹⁾ bei der Leistungsklage, gleich ob man den Streitgegenstand lediglich nach dem Antrag oder nach dem Antrag und dem Sachverhalt bestimmt, zu einem einzigen einheitlichen Streitgegenstand¹⁰⁾ und dementsprechend auch nicht zu einer objektiven Klagenhäufung.

Aber auch die mehr am materiellen Recht orientierten Streitgegenstandstheorien kommen

sonderen Verwaltungsprozeß können zwar mehrere Gründe und mehrere Sachverhalte für die Aufhebung bzw. den Erlaß eines Verwaltungsaktes bestehen. Es handelt sich jedoch stets nur um einen Aufhebungsanspruch bzw. einen Anspruch auf Erlaß. Bei der Gestaltungsklage bestehen u.U. mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete Gestaltungsgründe, aber diese Gründe werden immer demselben Rechtsgebiet angehören, also nicht verschiedenen Rechtswegzuständigkeiten unterfallen. Bei der Feststellungsklage geht es i.d.R. um das Bestehen oder Nichtbestehen eines absoluten Rechts bzw. eines Rechtsverhältnisses, das entweder bürgerlich-rechtlich, öffentlich-rechtlich usw. ist. So muß hier auch nicht auf Verschiedenheiten in der Streitgegenstandsbestimmung in ihrer Abhängigkeit von der Klageart - so z.B. JAUERNIG, Streitgegenstand S. 23 ff.; BLOMEYER, ZPR § 40 V; HENCKEL, Streitgegenstand S. 281 ff.; a.A. BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 117; LÜKE, JuS 1967 S. 2; HABSCHIED, Streitgegenstand S. 191 ff. - eingegangen werden.

- 9) Vgl. zum folgenden die Übersicht über die Streitgegenstandsauffassungen oben § 1 E.
- 10) So neben der in § 2 Anm. 37 - 40 angeführten Literatur auch: BGHZ 9, 22 (27); BGH, NJW 1961 S. 72; OLG Celle, JZ 1961 S. 384; THOMAS-PUTZO, ZPO Einl. II 6; STEIN/JONAS/POHLE-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 260 Anm. II A 2; ZÖLLER-DEGENHART, ZPO Einl. IV 5 b; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 44 Rdnr. 1; ROSENBERG, ZJP Bd. 57 S. 79; MAYER, ZJP Bd. 53 S. 225; NIKISCH, Streitgegenstand S. 83.

bei einer Mehrheit von auf einem Sachverhalt¹¹⁾ beruhenden Leistungsansprüchen zu einem einheitlichen Streitgegenstand¹²⁾. Sogar LENT, der früher¹³⁾ eine prozessuale Anspruchsanhäufung angenommen hatte, hat diese Ansicht später¹⁴⁾ aufgegeben und geht von einem einheitlichen Streitgegenstand aus, da nur ein Antrag gestellt werde und ausnahmsweise hier die Einheit oder Mehrheit der Anträge entscheidend sei¹⁵⁾.

Für den Streitgegenstand der Leistungsklage im allgemeinen und besonderen Verwaltungsprozeß gilt - abgesehen von der hier nicht zu entscheidenden Frage, ob dort der Sachverhalt weiter zu ziehen ist¹⁶⁾ - das gleiche¹⁷⁾.

Nach übereinstimmender Auffassung ist also der Streitgegenstand bei Leistungsklagen, die auf mehrere einem Sachverhalt entspringende Anspruchsgrundlagen gestützt sind, ein einheitlicher Streitgegenstand gegeben. Insofern erklärt sich auch die Ablehnung einer Verweisung durch die h.M., da sie von einem ein-

- 11) Dabei ist allerdings der Umfang des Sachverhalts streitig; vgl. dazu oben § 1 D - F.
- 12) BLOMEYER, ZPR §§ 40 VI, 42 IV 1; HENCKEL, Streitgegenstand S. 277; zu diesem Ergebnis gelangt natürlich auch die Literatur - s.o. § 1 E Anm. 32 -, da sie auch im materiellen Recht i.d.R. nur von einem Anspruch ausgeht.
- 13) ZJP Bd. 57 S. 5, 8, 40 f.
- 14) JbAkDR 1939/40 S. 214; ZJP Bd. 63 S. 12 u. 65 S. 334; vgl. auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 112.
- 15) Vgl. aber zu LENTs sich aus dieser Unterscheidung ergebender Auffassung bei der Aufspaltung der Rechtswegzuständigkeiten unten § 7 B.
- 16) S.o. § 2 F.
- 17) LÜKE, JuS 1967 S. 8; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 115, 126.

heitlichen Streitgegenstand auch dann ausgeht, wenn für die konkurrierenden Anspruchsgrundlagen verschiedene Zuständigkeiten bestehen¹⁸⁾. Allerdings läßt auch diese h.M.¹⁹⁾ eine Verweisung zu, wenn die vor verschiedene Gerichtsbarkeiten gehörenden materiellen Ansprü-

18) So auch, entgegen GEORGIADIS - Anspruchs-konkurrenz S. 273 -, SCHWAB - Streitgegenstand S. 154 ff. -. SCHWAB spricht zwar von einer "Einschränkung des Streitgegenstands" (S. 155), und daß der "materiell-rechtliche Anspruch ... Gegenstand des Rechtsstreits sei" (S. 155); er meint damit aber nur, da im Rahmen der Rechtskraftuntersuchungen gesagt, daß die Erledigung des Klagebegehrens auseinandergerissen werde, indem man die geltende Zuständigkeitsordnung beachten müsse. Zudem führt SCHWAB an gleicher Stelle aus, daß "die verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkte keine selbständigen prozessualen Ansprüche sind" und "die Entscheidung des Gerichts über den prozessualen Anspruch nur insoweit ergeht, als über den betreffenden materiell-rechtlichen Anspruch entschieden wird."

Ohne Begründung nimmt allerdings ULE - VwGO § 121 Anm. II 2 d - keine Identität des Streitgegenstands an, wenn ein Beamter eine Leistungsklage wegen Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn beim Verwaltungsgericht erhoben hat und nach der Abweisung dieser Klage einen Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB i.V. Art. 34 GG beim ordentlichen Zivilgericht geltend macht. Jedenfalls hält auch ULE an anderer Stelle - VwGO § 41 Anm. II 2 d - ein Auseinanderfallen der Rechtswege für einen Klagsanspruch für möglich und läßt mit der h.M. keine Verweisung zu.

19) RG, GruchBeitr. Bd. 40 S. 1179 (1182 f.); BGH, VersR 1961 S. 34 (36); BGH, DöV 1956 S. 667 (668); BGH, NJW 1966 S. 2162 (2163); BGH, LM Nr. 2 zu § 51 SGG; BAUMBACH-LAUTERBACH, VVG § 13 Anm. E; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr. 34; STEIN/JONAS/POHLE-SCHUMANN/LEIPOLD, ZPO § 276 Anm. II 2 i.V. IX 2 b; KOEHLER, VwGO § 41 IV 5; SCHMIDT, APF 1966 S. 232.

che im Verhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch geltend gemacht werden²⁰⁾ und der Rechtsweg nur für den als Hilfsanspruch, nicht aber für den als Hauptanspruch geltend gemachten materiellen Anspruch zu dem angegangenen Gericht eröffnet ist. In diesem Fall könne eine Verweisung an das zur Entscheidung des Hauptanspruchs berufene Gericht erfolgen. Dieses Vorgehen ist vom Standpunkt der h.M., die eine Verweisung vor allem wegen des einheitlichen Streitgegenstandes ablehnt, aus gesehen durchaus konsequent. Denn über den Hilfsanspruch darf erst sachlich entschieden werden, wenn der Hauptanspruch abgewiesen worden ist. Wird der Hauptanspruch an die zuständige Gerichtsbarkeit verwiesen, ist er gem. Abs. 3 S. 3 der Rechtswegverweisungsvorschriften beim angewiesenen Gericht anhängig, und erst nach einer Entscheidung dieses Gerichts über ihn kann der Hilfsanspruch - vom verweisenden Erstgericht - sachlich geprüft werden.

Die Unzulässigkeit einer Teilverweisung lediglich des Hauptanspruchs wegen der Einheit des Streitgegenstands macht ein umständliches Verfahren erforderlich. Falls nämlich das Adressatgericht den Hauptanspruch für un begründet hält, muß es wegen des Hilfsanspruchs, der gleichzeitig mit dem Hauptanspruch bei ihm rechtshängig ist, wieder an das Erstgericht zurückverweisen²¹⁾. Damit wird nach der

20) Das ist freilich nur zulässig, wenn man dem Kläger eine "Ausschaltungsbefugnis" einzelner materieller Ansprüche von der Prüfung durch das Gericht einräumt (s.u. § 6 D II), da der Kläger nicht materielle Ansprüche, sondern ein prozessuales Begehren geltend macht, dessen rechtliche Grundlagen das Gericht zu suchen hat.

21) BGH, LM Nr. 2 zu § 51 SGG. Die Ausführungen dieser Entscheidung sind allerdings in sich widersprüchlich. Sie besagen ei-

h.M. gar nicht sachlich über das prozessuale Begehren vom angerufenen Gericht entschieden, da es an der Sachurteilsvoraussetzung der Rechtswegzuständigkeit für den zuerst zu prüfenden Hauptanspruch fehlt und eine Sachprüfung irgendeines materiellen Anspruchs sich verbietet. Verwiesen wird der ganze Rechtsstreit, während in dem Fall, in dem die Ansprüche gleichwertig nebeneinander erhoben werden, sachlich über den Klageantrag und damit über einen Teil der materiellen Ansprüche zu entscheiden ist. Daraus folgt, daß, wenn der Rechtsweg zum zuerst angerufenen Gericht wohl für den Haupt-, nicht aber für den Hilfsanspruch gegeben ist, vom Standpunkt der h.M. aus keine Verweisung des Hilfsanspruchs nach einer abweisenden Entscheidung über den Hauptanspruch erfolgen kann; denn es liegt bereits eine Entscheidung über den Streitgegenstand vor²²⁾. Die h.M. geht von ihrem Standpunkt

nerseits, nur wegen des Hauptanspruchs erfolge eine Verweisung, und somit seien die Ansprüche bei verschiedenen Gerichten rechtshängig. Da demnach der Hilfsanspruch beim Erstgericht anhängig bleibt, ist nicht einzusehen, warum das Adressatgericht im Falle der Abweisung des Hauptanspruchs den Rechtsstreit wegen des Hilfsanspruchs zurückverweisen muß. Hier wird der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, den BAUR - Festschr. f. von HIPPEL, S. 1 ff. - dem geltenden Recht zu entnehmen können glaubt, besonders eindringlich de lege ferenda gefordert; vgl. z.B. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 276 Anm. 1 A.

- 22) Dem steht nicht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts - BVerwGE 18, 181 (186) - entgegen, in dem eine Zuständigkeit zur Entscheidung eines materiellen Anspruchs angenommen wird, obwohl dieser nur hilfsweise vom Kläger vorgebracht war. Der Kläger hatte aber diesen Anspruch ursprünglich als Hauptanspruch geltend gemacht und ihn erst im Laufe des Verfahrens zum Hilfsanspruch umgeändert. Dadurch konnte die Zuständigkeit des Gerichts aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht mehr entfallen.

aus gesehen durchaus konsequent vor²³⁾. Im übrigen ist davon, daß die materiellen Ansprüche im Verhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch geltend gemacht werden, zu unterscheiden, daß die Ansprüche gleichwertig nebeneinander geltend gemacht werden und vom Kläger hilfsweise eine Verweisung begehrt wird. Wird hier die Klage abgewiesen, ist eine Verweisung vom Standpunkt der h.M.²⁴⁾ aus nicht auszusprechen, da über den Streitgegenstand vom Erstgericht entschieden wird.

C Die Zulässigkeit einer Verweisung trotz einheitlichen Streitgegenstands

Obwohl sie, wie die h.M. bei einer Mehrheit von Rechtswegzuständigkeiten für ein Klagebegehren von einem Streitgegenstand ausgehen, kommen einige Schriftsteller²⁵⁾ entgegen der

- 23) Damit ist die Kritik von EYERMANN-FRÖHLER - VwGO § 40 Rdnrn. 31-34 - an der h.M. insoweit unberechtigt, indem sie ihr vorwerfen, sie handle ihrer eigenen Ansicht - BGH, DöV 1956 S. 667 (668) - zuwider, nach der, falls der Rechtsweg zwar für den Haupt-, nicht aber für den Hilfsanspruch eröffnet sei, im Falle der Abweisung des Hauptanspruchs eine Verweisung des Hilfsanspruchs für zulässig zu erachten sei. Das ist zudem falsch zitiert, da im angegebenen Urteil der Sachverhalt genau umgekehrt lag: Für den Hilfsanspruch war der Rechtsweg nicht gegeben, so daß die h.M., wie auch EYERMANN-FRÖHLER - VwGO § 40 Rdnr. 35 - selbst, von ihrem Standpunkt aus folgerichtig zur Zulässigkeit einer Verweisung kommt.
- 24) BGHZ 5, 105 (107); BVerwG, DVBl. 1960 S. 854 (855); OLG Freiburg, JZ 1953 S. 473.
- 25) WLECZOREK, ZPO § 276 Anm. B III a 2; HENCKEL, Streitgegenstand S. 278 ff.; BLOMEYER, Festschr. f. FU S. 74 ff.; ders., ZPR § 5 VIII; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 543 f.; GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 274 f.; von WALLIS-LIST in

h.M. zur Zulässigkeit einer Verweisung der Ansprüche, über die vom Erstgericht nicht befunden werden darf.

HENCKEL²⁶⁾ und BLOMEYER²⁷⁾ entwickeln ihre Auffassung am Problem des Auseinanderfallens ausschließlicher Gerichtsstände innerhalb der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit, das im wesentlichen mit dem Problem des der Aburteilung verschiedener Gerichtsbarkeiten unterliegenden Streitgegenstands²⁸⁾ übereinstimmt. Bei der Aufspaltung verschiedener ausschließlicher Gerichtsstände besteht noch die zusätzliche Schwierigkeit, daß eine Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit gem. § 276 Abs. 2 S. 1 ZPO durch unanfechtbaren Beschluß ergeht und

HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, FGO § 33 Rdnr. 9; Dieter BAUR, Diss. S. 113 f.; auch EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnrn. 31-34, deren Begründung jedoch verfehlt ist. Abgesehen davon, daß der Vorwurf einer Inkonsistenz gegen die h.M. wegen der Behandlung der Fälle, in denen die Ansprüche im Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag geltend gemacht sind, ungerechtfertigt ist (s.o. B), wollen sie den Widerspruch der Unzulässigkeit einer Verweisung an einem Beispiel erläutern, das jedoch einen Fall der Alternativität, nicht der Kumulation darstellt; Jemand klagt vor dem Verwaltungsgericht einen Anspruch aus einem Rechtsverhältnis ein, das entweder ein Angestellten- oder ein Beamtenverhältnis ist. Offensichtlich bemerken EYERMANN-FRÖHLER den Unterschied zwischen Alternativität und Kumulation nicht, da sie Urteile - BGHZ 13, 145; BVerwG, Verw Respr. Bd. 13 Nr. 75; BVerwG, DVBL. 1960 S. 854 - kritisieren, denen ein kumulativer Sachverhalt zugrunde lag. Diesen Unterschied bemerkt wohl auch J. BLOMEYER nicht, indem er eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts - AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung - ausschließlich unter dem Problem der Alternativität bespricht, während dem Gericht ein Fall der Kumulation unterbreitet war.

26) Streitgegenstand S. 278 ff.

27) Festschr. f. FU S. 74 ff. u. ZPR § 5 VIII

28) S. o. § 5 Anm. 1.

kein Urteil erfordert. Die Verweisung ist sofort wirksam und unterliegt nicht der Anfechtung durch Rechtsmittel²⁹⁾ und kann erst, da die Unanfechtbarkeit auch in der Berufungsinstanz gilt³⁰⁾, nach der endgültigen Unanfechtbarkeit, also in der letzten Instanz, ausgesprochen werden³¹⁾. Andererseits kann nicht eine auf die sachlich zu beurteilenden materiellen Ansprüche beschränkte Entscheidung ergehen, da das ein nach der Novelle zu § 303 ZPO vom Jahre 1924 unzulässiges Zwischenurteil wäre³²⁾. Mit dieser Novelle sollte ein Zwischenurteil über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel i.S. des § 146 ZPO verhindert werden, da sich in der Praxis herausgestellt hatte, daß die Möglichkeit eines Zwischenurteils über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel statt zur Vereinfachung zur Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens führte³³⁾. Die Begründung des Klagebegehrens auf einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt ist ein Angriffs- und Verteidigungsmittel i.S. des § 146 ZPO³⁴⁾, so daß darüber, wie generell über materiell-rechtliche Fragen³⁵⁾, kein Zwischenurteil ergehen darf³⁶⁾.

29) BGHZ 2, 278.

30) BGHZ 2, 278 (280).

31) BLOMEYER, Festschr. f. FU S. 76.

32) RGZ 165, 374 (383). Das übersehen ROSENBERG, ZPR § 33 II 2, und ROTH, MDR 1967 S. 16 Fn. 26.

33) VOLKMAR, JW 1924 S. 353; vor der Novelle von 1924 zu § 303 ZPO war ein solches Zwischenurteil zulässig. Vgl. z.B. RGZ 73, 162 u. RG, JW 1920 S. 144.

34) DIETZ, in Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 249.

35) ROTH, MDR 1967 S. 17.

36) BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 303 Anm. 1.

Die Schwierigkeiten bei der Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten für ein Klagebegehren ist nicht so groß wie die eben aufgezeigten bei der Zuständigkeit verschiedener ausschließlicher Gerichtsstände innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit. Denn die Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg erfolgt durch Urteil, das der Anfechtung durch die allgemeinen Rechtsmittel unterliegt, so daß bei einer Aufhebung des Urteils auch der Verweisungsauspruch wegfällt. Zwar kann die Verweisung durch - i.d.R. unanfechtbaren - Beschluß erfolgen, sofern der Beklagte mit dem Antrag des Klägers auf Verweisung einverstanden ist (vgl. §§ 17 Abs. 3 u. 4, GVG, 41 Abs. 3 u. 4 VwGO, 34 Abs. 3 u. 4 FGO)³⁷⁾. Hier taucht die Frage einer Anfechtbarkeit jedoch nicht auf, da beide Parteien die Verweisung wollen. Aber auch bei der Verschiedenheit der Gerichtsbarkeiten besteht das Hindernis der Unzulässigkeit eines Zwischenurteils über einen Teil der Ansprüche³⁸⁾. Weiterhin verbietet hier auch die Einheit des Streitgegenstandes eine Verweisung der vor eine andere Gerichtsbarkeit gehörenden Ansprüche vor einer Sachentscheidung durch das angegangene Gericht über die seiner Zuständigkeit unterfallenden Ansprüche. Die Verweisung ist erst auszusprechen, wenn das Erstgericht sachlich entschieden hat³⁹⁾. Andernfalls wäre derselbe Streitgegenstand und dasselbe Klagebegehren zugleich vor mehreren Gerichten anhängig⁴⁰⁾, so daß unter Umständen mehrere Entscheidungen ermöglicht würden.

37) Die Verweisung durch Beschluß ist zwar nicht in §§ 48a ArbGG, 52 SGG vorgesehen, jedoch ist mit BGH, NJW 1967 S. 781 (782); BFH, NJW 1967 S. 781 (782); BSG, SozR Nr. 7 zu § 52 SGG eine analoge Anwendung der §§ 17 Abs. 4 GVG, 41 Abs. 4 VwGO, 34 Abs. 4 FGO im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren anzunehmen.

38) Das gilt gem. §§ 46 II S. 1 ArbGG i.V. 495 I ZPO; 173 VwGO; 155 FGO; 202 SGG jeweils i.V. mit § 303 ZPO für das Verfahren vor allen Gerichtsbarkeiten. Vgl. BSGE 13, 163 (165).

den hat³⁹⁾. Andernfalls wäre derselbe Streitgegenstand und dasselbe Klagebegehren zugleich vor mehreren Gerichten anhängig⁴⁰⁾, so daß unter Umständen mehrere Entscheidungen ermöglicht würden.

Dem will HENCKEL⁴¹⁾ dadurch Rechnung tragen, daß er eine Teilverweisung mit Rücksicht auf den einheitlichen Streitgegenstand für unzulässig hält und deshalb nach einer (abweisenden) Entscheidung des zuerst angegangenen Gerichts eine Verweisung des globalen Streitgegenstands vornimmt. Das angewiesene Gericht sei aber aus rechtlichen Gründen gehindert, über alle materiellen Ansprüche zu entscheiden; vielmehr dürfe es nur die nicht entschiedenen Ansprüche prüfen, da das rechtskräftige Urteil des Erstgerichts über die anderen Ansprüche vorliege.

Eine im wesentlichen gleiche Ansicht verfolgt wohl auch BLOMEYER⁴²⁾, indem er eine

39) So auch ROTH, MDR 1967 S. 15, obwohl er der Ansicht HABSCHEIDS (s.u. D I) folgt und von mehreren Streitgegenständen ausgeht. A.A. ohne Begründung POHLE, in Anm. zu BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 548, indem er eine Verweisung vor einem Sachurteil in das Ermessen des Gerichts analog § 145 ZPO stellt; gegen eine solche Verweisung wegen Unzweckmäßigkeit allerdings in STEIN-JONAS, ZPO Einl. E III 2 b.

40) S. auch § 8 A.

41) Streitgegenstand S. 278 ff.

42) Festschr. der FU S. 77 u. ZPR § 5 VIII, obwohl er in ZPR § 40 V a von verschiedenen Streitgegenständen ausgeht, so daß einer Verweisung nichts im Wege stehen würde. Von einem einheitlichen Streitgegenstand geht BLOMEYER dagegen in Festschr. der FU S. 73 aus, sofern die Prüfung bestimmter materieller Ansprüche dem Gericht nicht durch den Kläger entzogen wird (s. dazu u. § 7 B).

Beurteilung des gestellten Antrags durch die mehreren zuständigen Gerichte innerhalb eines Prozesses zuläßt.

Nach HENCKEL und BLOMEYER wäre also ausnahmsweise innerhalb eines Urteils eine Sachabweisung neben einer Verweisung zulässig. Dieses Urteil unterliegt den normalen Rechtsmitteln, so daß bei einer erfolgreichen Anfechtung des Urteils auch die Verweisung entfällt und dadurch ein Auseinanderreißen des einheitlichen Streitgegenstandes vermieden wird. Bis zur Rechtskraft des Urteils ist der prozessuale Anspruch global beim zuerst angerufenen Gericht rechtshängig.

Dieser Lösung stimmen auch GEORGIADIS⁴³⁾ und BÖTTICHER⁴⁴⁾ zu.

Im Ergebnis ist dieser Ansicht zwar zu folgen; jedoch ist - wie später⁴⁵⁾ bei der eigenen Stellungnahme zur Verweisung ausgeführt werden soll - die Begründung für sie nicht ganz überzeugend.

43) Anspruchskonkurrenz S. 274 f., ausdrücklich für den Fall verschiedener Rechtswegzuständigkeiten S. 275. Die Ausführungen sind allerdings widersprüchlich, da GEORGIADIS andererseits - a.a.O. S. 272, 275 - der vorher (s.o. § 5 C u. D) abgelehnten Ansicht BAURS einer "Allzuständigkeit" des Erstgerichts folgt, nach der sich jedoch das Problem der Zulässigkeit einer Verweisung nicht stellt.

44) Bindung der Gerichte S. 543 f. u. in Anm. zu BAG, AP Nr. 12 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 609, indem er einer Sach- in Verbindung mit einer Prozeßentscheidung (Abweisung als unzulässig bzw. Verweisung) das Wort redet. Eine Preisgabe des einheitlichen Streitgegenstandes sei insoweit nicht zu vermeiden, daß zwar die Erledigung, nicht aber das Geltendmachen des Streitgegenstands aufgespaltet werden müsse.

45) S.u. § 7 C.

Überzeugend ist auch in keiner Weise die Meinung WIECZOREKS⁴⁶⁾, der eine Verweisung für zulässig erachtet, wenn das angerufene Gericht die Anspruchsgrundlage, für die es an sich zuständig ist, für nicht durchgreifend hält. Da aber eine Teilverweisung wegen des einheitlichen Streitgegenstandes unzulässig sei, könne es nur wegen aller Anspruchsgrundlagen verweisen⁴⁷⁾, so daß das Adressatgericht zur Prüfung aller Ansprüche zuständig werde⁴⁸⁾. Diesem an sich zu billigenden Bestreben, das einheitliche Klagebegehren nicht auseinanderzureißen, entspricht auch WIECZOREKS Annahme einer erweiterten Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Entscheidung über alle infrage kommenden Anspruchsgrundlagen, falls es die vor seine Zuständigkeit gehörende Anspruchsgrundlage für durchgreifend hält⁴⁹⁾. Diese Behandlung der Problematik durch WIECZOREK widerspricht dem Gesetz, da ein Gericht über einen seiner Zuständigkeit angehörenden Anspruch eine sachliche Entscheidung treffen muß, wenn es sich nicht dem Vorwurf der Rechtsschutzverweigerung aussetzen will⁵⁰⁾. Auch geht aus WIECZO-

46) ZPO § 276 Anm. B III a 2; anders aber und i.S. der h.M. ZPO § 260 Anm. B II b 4.

47) So auch RGZ 165, 374 (384), obwohl das angerufene Gericht teilweise zuständig ist.

48) Eine derartige Sachverhaltsgestaltung, daß das Adressatgericht von vorneherein zur Prüfung sämtlicher Ansprüche zuständig ist (vgl. den bei ROTH - MDR 1967 S. 16 Fn. 14 - mitgeteilten unveröffentlichten Beschluß des LG Würzburg), ist wegen der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichtsbarkeiten nicht denkbar.

49) S.o. § 5 A. Wenn das Erstgericht aber schon "seine" Ansprüche für begründet hält, ist die Frage der Entscheidungsbefugnis über die anderen Ansprüche i.d.R. nicht mehr von Bedeutung.

50) So auch ROTH, MDR 1967 S. 16; BVerwGE 18, 181 (182).

REKs Ausführungen nicht hervor, was das Gericht vor einer eventuellen Verweisung zu tun hat. Spricht es seine Zuständigkeit generell aus oder weist es die Klage insgesamt als unbegründet ab? Was geschieht, wenn der Kläger keinen für den Verweisungsausspruch erforderlichen Antrag stellt? Inwieweit oder besteht überhaupt eine Rechtskraft der Entscheidung des Erstgerichts?

WIECZOREKs Ausführungen passen auf die Fälle der Alternativität, nicht aber der Kumulation.

D Zur Frage einer Mehrheit von Streitgegenständen in den Fällen der rechtlichen Kumulation bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit

Eine weitere Möglichkeit der Zulässigkeit einer Verweisung eröffnet die Annahme mehrerer Streitgegenstände, falls eine Konkurrenz mehrerer vor verschiedene Gerichtsbarkeiten gehörender materieller Ansprüche besteht. Denn bei einer echten objektiven Klagenhäufung kann nach allgemeiner Ansicht⁵¹⁾ ein Teilurteil nach §§ 301 ZPO, 110 VwGO, 98 FGO über den seiner Zuständigkeit unterfallenden Streitgegenstand durch das Erstgericht ergehen und hinsichtlich des anderen Streitgegenstandes an das für diesen zuständige Gericht verwiesen werden. So kommen mehrere Schriftsteller mit verschiedener Begründung auch zu mehreren Streitgegenständen bzw. einem "ge-

51) Ausdrücklich: BGHZ 12, 52 (69); BGH, DÖV 1956 S. 668; OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (16/17); ROTH, MDR 1967 S. 17 Fn. 35; THOMAS-PUTZO, ZPO § 276 Anm. 2 c; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 301 Anm. 2 B.

spaltenen Streitgegenstand" und entsprechend meist auch zur Zulässigkeit einer Verweisung⁵²⁾.

I HABSCHEIDs Lehre von der konkreten Rechtsfolgenbehauptung

Hier ist an erster Stelle HABSCHEID⁵³⁾ zu nennen, nach dem der Streitgegenstand von der Rechtsbehauptung (Gegenstand des Anspruchs) und dem Lebenssachverhalt gebildet wird. Die Rechtsbehauptung setze sich aus der Verfahrens- und der Rechtsfolgenbehauptung zusammen. Während die Verfahrensbehauptung die eingeschlagene Verfahrensart betreffe, gehe es bei der Rechtsfolgenbehauptung um die vom Kläger begehrte Rechtsfolge. Im allgemeinen sei letztere nicht auf ein bestimmtes materielles Recht zugeschnitten, also global (allgemeine Rechtsbehauptung). Doch könne diese Rechtsfolgenbehauptung bei einer besonderen Struktur des Verfahrens ausnahmsweise konkret (speziell) sein und sich damit auf bestimmte materielle Rechte beziehen, wenn das durch gesetzliche Vorschriften angeordnet sei. Wenn z.B. infolge der Zuständigkeitsordnung vom Gericht nur ein Teil der den Klageantrag stützenden rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden könne, zählten die nicht der Prüfungscompetenz des angerufenen Gerichts unterliegenden

52) Ebenfalls für die Zulässigkeit einer Verweisung ohne Begründung und Hinweis auf die abweichende h.M., insbesondere die Praxis der Rspr. (s.o. § 6 Anm. 2): BGHZ 24, 302 (308); BAG, JZ 1959 S. 767 (770); BAG, AP Nr. 5 zu § 528 ZPO Bl. 578 u. Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 546.

53) Streitgegenstand S. 155 ff., insbesondere S. 159-161; ihm folgend ROTH, MDR 1967 S. 17 ff.; ähnlich schon K. BLOMEYER, ZZP Bd. 65 S. 60 f.

Anspruchsgrundlagen nicht zum vom Gericht sachlich zu beurteilenden Streitgegenstand. Die konkrete Rechtsfolgenbehauptung des Klägers gehe nämlich dahin, daß das Gericht nur über einen Teil der Ansprüche sachlich urteilen dürfe. Es lägen so viele Streitgegenstände vor, wie Zuständigkeiten gegeben seien⁵⁴⁾.

HABSCHEID ist entgegenzuhalten, daß es Willkür ist, dem Kläger, der meist gar nichts von der beschränkten gerichtlichen Zuständigkeit weiß und auch nicht zu wissen braucht⁵⁵⁾, eine solche konkrete Rechtsfolgenbehauptung zu unterstellen⁵⁶⁾. Die Gefahr doppelter Prozesse über das gleiche Klagebegehren wäre nach HABSCHEID'S Ansicht - wie überhaupt nach allen von mehreren Streitgegenständen ausgehenden Theorien - sehr groß, da bei Klagen vor verschiedenen Gerichtsbarkeiten auch verschiedene Verfahrensbehauptungen und damit verschiedene Streitgegenstände gegeben wären. Ganz abgesehen von dem theoretisch möglichen Fall, daß die verschiedenen Klagen gleichzeitig rechtshängig werden⁵⁷⁾, könnte eine zweite Klage nur mangels Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen werden⁵⁸⁾, da die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegenstehen würde.

54) HABSCHEID folgt insoweit auch das OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (16).

55) S.o. § 5.

56) BÖTTICHER, ZfP Bd. 72 S. 61; NIKISCH, AcP Bd. 156 S. 74.

57) Während die Rechtshängigkeit bei den Zivilgerichten erst mit der Zustellung der Klage an den Beklagten eintritt (§§ 263 I i.V. § 253 I ZPO), ist der Streitgegenstand bei den allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichten bereits mit der schriftlichen Erhebung bei Gericht rechtshängig (§§ 90 I i.V. 81 I VwGO, 66 I i.V. 64 I FGO, 94 I i.V. 90 I SGG).

Wenn aber ein solches Rechtsschutzbedürfnis für eine weitere Klage anzunehmen wäre⁵⁹⁾, müßte nach HABSCHEID konsequenterweise, auch wenn das Erstgericht das Klagebegehren aus einem Teil der rechtlichen Gesichtspunkte durch Sachurteil für begründet gehalten, also der Klage stattgegeben hat, dennoch bezüglich der nicht entschiedenen rechtlichen Gesichtspunkte ein Prozeßurteil des anderen Gerichts ergehen, da ansonsten eine anhängige Streitsache nicht entschieden würde. Gegen HABSCHEID spricht vor allem, daß der Streitgegenstand der Abgrenzung des Streitstoffes dienen soll. Dazu tragen aber die Prozeßvoraussetzungen, die HABSCHEID mit seiner Lehre zur Streitgegenstandsbestimmung heranziehen will, kaum bei. Gerade an den Bewährungspunkten jeder Streitgegenstandslehre - Rechtshängigkeit, Klagenhäufung, Klageänderung, Rechtskraft - zeigt HABSCHEID⁶⁰⁾ diese Abgrenzungsfunktion nur bei der hier nicht interessierenden Frage der Rechtsschutzform. Die sonstigen Prozeßvoraussetzungen tragen in keiner Weise zur Abgrenzung des Streitgegenstands bei und gehören damit auch nicht zum Streitgegenstand⁶¹⁾. So kann eine mehrfache Begründung der Zuständigkeit keine Klagenhäufung bewirken. Die Begrenzung der Zuständigkeit in den Fällen der Konkurrenz mehrerer vor verschiedene Gerichtsbarkeiten gehörender Ansprüche bezieht sich lediglich auf die Subsumtionstätigkeit des Gerichts, nicht den Streitgegenstand⁶²⁾. Un-

59) S.u. § 8 A.

60) A.a.O. S. 236, 261, 269 ff., 185.

61) BÖTTICHER, FamRZ 1957 S. 410; SCHWAB, ZfP Bd. 71 S. 156; HENCKEL, Streitgegenstand S. 295; RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen S. 106 f.

62) HENCKEL, Streitgegenstand S. 278.

verständlicherweise läßt HABSCHEID⁶³⁾ aber im allgemeinen die Zulässigkeit einer Verweisung an einem mangelnden Rechtsschutzbedürfnis scheitern, obwohl infolge seines Ausgehens von mehreren Streitgegenständen die Begründung einer Verweisungsmöglichkeit keine Schwierigkeiten machen würde. Zudem unterscheidet HABSCHEID nicht zwischen einer Verweisung vor und nach einem Sachurteil des Erstgerichts⁶⁴⁾. Eine Verweisung vor einem Sachurteil darf natürlich nicht erfolgen, da für sie i.d.R. kein Rechtsschutzbedürfnis besteht und ohne Aussetzung des Rechtsstreits durch das Adressatgericht mehrere Entscheidungen über dasselbe Klagebegehren ermöglicht würden. Einer Verweisung nach einem Sachurteil des Erstgerichts über einen Teil der rechtlichen Gesichtspunkte kann vom Standpunkt HABSCHEIDS aus jedoch nichts entgegenstehen. So lassen ROTH⁶⁵⁾ und ihm folgend das OLG Köln⁶⁶⁾, die beide HABSCHEIDS Streitgegenstandsauffassung teilen, neben einem Sach- als Teil(end)urteil über die der Zuständigkeit des Gerichts unterliegenden Anspruchsgrundlagen eine gleichzeitige Verweisung der anderen Anspruchsgrundlagen durch Prozeßurteil zu.

II Die Beschränkung des Streitgegenstands auf einzelne materielle Ansprüche entsprechend der Lehre von der "Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers" durch LENT

Die Zulässigkeit einer Verweisung wird von

63) A.a.O. S. 161, 164.

64) S.o. § 6 C.

65) MDR 1967 S. 18.

66) OLGZ 1968 S. 10 (16 f.).

LENT⁶⁷⁾ ausdrücklich abgelehnt, obwohl er eine Beschränkung des Streitgegenstands auf die vom Gericht zu prüfenden materiellen Ansprüche annimmt, also von einer Mehrheit von Streitgegenständen ausgeht. Zwar sei in den Fällen der Anspruchskonkurrenz nur ein Streitgegenstand gegeben, da für letzteren die Einheit oder Mehrheit der Anträge entscheidend seien. Jedoch sei bei einer beschränkten Zuständigkeit des Gerichts auch der Streitgegenstand dementsprechend auf die materiellen Ansprüche, die vom Gericht geprüft werden dürfen, begrenzt⁶⁸⁾, wie es dem Kläger auch nicht verwehrt sei, den Streitgegenstand auf bestimmte materielle Rechte einzuengen⁶⁹⁾.

Abgesehen von der Zweifelhaftigkeit einer nur beschränkten Geltendmachung materieller Ansprüche durch den Kläger - meist unter dem Stichwort "Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers" abgehandelt⁷⁰⁾ - und der sich

67) ZJP Bd. 72 S. 94; im Lehrbuch von LENT-JAUERNIG, S. 112 f. wird die Frage nicht behandelt.

68) ZJP Bd. 72 S. 75; so wohl auch BÄHR, MaBgebliche Rechtslage S. 121 Fn. 54.

69) ZJP Bd. 65 S. 336 f. u. 72 S. 76 f.; auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 112 f.

70) Eine Ausschaltungsbefugnis bejahen z.B. RGZ 86, 377 (378); 96, 197 (200 f.); 123, 271 (273); RG, JW 1931 S. 3321 (3322); RG, HRR 1935 Nr. 817; OLG Oldenburg, MDR 1953 S. 303; BLOMEYER, ZPR § 40 V; ders., Festschr. der FU S. 72; ders., Festschr. f. LENT S. 62; LÜKE, Jus 1961 S. 46; MAYER, Anspruch u. Rechtskraft S. 65; WIECZOREK, ZPO § 260 Anm. BII b 2; THOMAS-PUTZO, ZPO § 308 Anm. 1 c; ROSENBERG, ZJP Bd. 49 S. 46; Sie wird verneint von: HENCKEL, Streitgegenstand S. 272 ff.; ROSENBERG, ZPR § 88 II 1 c Fn. 1; ZÖLLER-DEGENHART, ZPO Einl. IV 5 a; SCHWAB, Streitgegenstand S. 18 ff.; BRAUER, NJW 1956 S. 1190; SCHNEIDER, JZ 1958 S. 347 ff.; GEORGIADIS, An-

angeblich daraus ergebenden Folge einer Beschränkung des Streitgegenstands⁷¹⁾, bedeutet es einen großen Unterschied, ob der Kläger seinen Antrag nur auf bestimmte materielle Rechte gründet oder ob durch die gesetzliche Zuständigkeitsordnung die Kompetenz des Gerichts begrenzt wird. Die geltende Zuständigkeitsordnung kann sich zwar auf die Subsumptionstätigkeit des Gerichts, nicht aber auf den Umfang des Streitgegenstands beziehen⁷²⁾, so daß auch Stimmen, die eine Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers bejahen, nur zu einem beschränkten Streitgegenstand kommen, falls der Kläger gewisse Ansprüche von der Prüfung durch das Gericht ausdrücklich ausschließt⁷³⁾. Wie weit allerdings die Zuständigkeitsordnung für den Umfang der Rechtskraft eine Rolle spielen kann, ist eine andere Frage⁷⁴⁾. Oft wird aber der Kläger gar nicht alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen kennen und damit nichts von der beschränkten Zuständigkeit des Gerichts wissen. Dann taucht aber die Frage nach der Ausschaltungsbefugnis nicht auf und soll deshalb

spruchs konkurrenz S. 269 f.; POHLE, in Anm. zu BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung auf Bl. 549; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 167 ff. (unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses).

- 71) Ablehnend: LÜKE, JuS 1961 S. 46; BLOMEYER, Festschr. der FU S. 73.
- 72) HENCKEL, Streitgegenstand S. 278; BLOMEYER, Festschr. der FU S. 73; GEORGIADIS, Anspruchs konkurrenz S. 273.
- 73) LÜKE, JuS 1961 S. 46; BLOMEYER, Festschr. der FU S. 73; anders allerdings ders., ZPR § 40 V 1 a; auch in Festschr. der FU S. 76, erwägt BLOMEYER einen "geteilten Streitgegenstand", entscheidet sich dann aber doch zur Annahme eines einheitlichen Streitgegenstands und der Zulässigkeit einer Verweisung (s.o. § 6 C).
- 74) S. dazu unten § 7 B.

hier nicht erörtert werden, da der Kläger mit der Auswahl des zuerst angegangenen Gerichts - nach der hier vertretenen Ansicht der beschränkten Entscheidungsbefugnis⁷⁵⁾ - bestimmt, welche materiellen Ansprüche und in welcher Reihenfolge sie geprüft werden sollen⁷⁶⁾. Wird die Klage vom Erstgericht für unbegründet erklärt, kann ohne Antrag des Klägers keine Verweisung und also auch keine Prüfung der nicht beurteilten Ansprüche gegen seinen Willen erfolgen. Wird die Klage vom Erstgericht dagegen für begründet erklärt,

75) S.o. § 5 D.

76) So im Ergebnis auch BVerwGE 18, 181 (185); dort wird zudem ausdrücklich die Zulässigkeit der "Ausschaltungsbefugnis" im Verwaltungsprozeß offen gelassen. Abgesehen davon, daß wegen der im Verwaltungsprozeß geltenden Untersuchungsmaxime die Möglichkeit eines Ausschlusses des Gerichts von der Prüfung anderer als der vom Kläger gewünschten Anspruchsgrundlagen durch einen begrenzten Tatsachenvortrag, wie sie nach einhelliger Ansicht im Verfahren mit Verhandlungsmaxime besteht, entfällt, ergibt sich in der Beantwortung dieser Frage für den Verwaltungsprozeß kein Unterschied zum Zivilprozeß. Denn es geht bei der "Ausschaltungsbefugnis" nicht um die Beschränkung der Tatsachenseite, sondern der rechtlichen Seite. Während für die Tatsachenseite das Begriffspaar Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime entscheidend ist - LÜKE, JuS 1961 S. 46; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 116; ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 92 -, bezieht sich auf die rechtliche Seite das Begriffspaar Dispositions- und Officialmaxime - LÜKE, JuS 1961 S. 46. Die Dispositionsmaxime gilt aber bis auf wenige Ausnahmen im Verwaltungs- ebenso wie im Zivilprozeß. ULE, Verwaltungsprozeßrecht S. 92; REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 86 Anm. 2 u. 4; LÜKE, JuS 1961 S. 42 f.; RUPP, AÖR Bd. 85 S. 185; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 116 -, insbesondere da der Kläger das Streitprogramm durch seinen Antrag festlegt (s.o. § 2 C).

so kann nach der hier vertretenen Ansicht⁷⁷⁾ nicht verwiesen werden.

Jedenfalls läßt sich mit der Parallele zur "Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers" keine Beschränkung des Streitgegenstands durch die Zuständigkeitsordnung konstruieren, zumal dagegen im wesentlichen auch die gegen HABSCHIEDS Lehre erhobenen Bedenken gelten⁷⁸⁾.

III LÜKEs Lehre vom "gespaltenen Streitgegenstand" und POHLEs Lehre vom "Ist- und Soll-Streitgegenstand"

Zur Zulässigkeit eines Teilurteils als Prozeßurteil und zur gleichzeitigen Verweisung der nicht der Zuständigkeit des Erstgerichts unterliegenden rechtlichen Gesichtspunkte kommt LÜKE⁷⁹⁾ mit Hilfe der Figur eines in mehrere Teile gespaltenen Streitgegenstands, der eine Klagenhäufung bewirke. Was der Unterschied zwischen mehreren Streitgegenständen und einer Spaltung in mehrere Teile sein soll, ist nicht ersichtlich. Da LÜKE von einer objektiven Klagenhäufung ausgeht, die unstreitig eine Mehrheit von Streitgegenständen erfordert, kann er nicht einen einzigen - zwar gespaltenen -, sondern muß mehrere Streitgegenstände annehmen. Der Streitgegenstand als Hilfsmittel zur Abgrenzung innerprozeßrechtlicher Institute wie der Rechtshängigkeit, der Klageänderung, der Klagenhäufung und der Rechtskraft kann nicht gespalten sein. Es können nur ein oder mehrere Streitgegenstände vorliegen. Wieso, obwohl LÜKE den

77) S.u. § 7 C.

78) S.o. II S. 66 ff.

79) JZ 1960 S. 224.

Streitgegenstand sonst nach Antrag und Sachverhalt bestimmt, diese beiden Bestandteile in den Fällen des Auseinanderfallens der Gerichtsbarkeiten für ein einziges Klagebegehren aber einheitlich sind, eine Spaltung des Streitgegenstands gegeben sein soll, ist nicht ersichtlich.

Ähnliches ist gegen die Ansicht POHLES⁸⁰⁾ vorzubringen, der zwar nicht von einem "gespaltenen Streitgegenstand" - wie BAUR⁸¹⁾ behauptet - ausgeht, jedoch eine Unterscheidung zwischen "Ist- und Soll-Streitgegenstand" trifft. Da der Kläger die tatsächliche Möglichkeit habe, auch die nicht der Entscheidungsbefugnis des Gerichts unterliegenden Anspruchsgrundlagen geltend zu machen, umfasse der Ist-Streitgegenstand alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, während der Soll-Streitgegenstand nur aus den der Zuständigkeit des Gerichts unterliegenden Anspruchsgrundlagen bestehe⁸²⁾. Es widerspreche dem Sinn des Streitgegenstandsbegriffs und sei unzulässig, das zum Streitgegenstand zu rechnen, über das das Gericht nicht befinden dürfe. Die Anspruchsgrundlage, die nicht geprüft werden dürfe, könne auch nicht Bestandteil des Streitgegenstands sein. Mit Hilfe dieser Unterscheidung von Ist- und Soll-

80) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b; von einem einheitlichen Streitgegenstand geht er jedoch noch in Anm. zu BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung auf Bl. 548 aus.

81) Festschr. f. von HIPPEL S. 7 Fn. 18.

82) Ähnlich auch ROBINOW, Diss. S. 80 ff., der eine Unterscheidung zwischen "effektivem und virtuellem Streitgegenstand" macht (S. 85 ff.). Die nicht zu prüfenden Ansprüche seien "durch Determinierung kraft Gesetzes" vom effektivem Streitgegenstand, der POHLES Ist-Streitgegenstand entspricht, ausgeschlossen.

Streitgegenstand kommt POHLE⁸³⁾, wie sich aus seinen Formulierungen an anderer Stelle⁸³⁾ ergibt, zu mehreren Streitgegenständen und entsprechend zur Zulässigkeit der Verweisung der rechtlichen Gesichtspunkte, für die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht eröffnet ist⁸⁴⁾. Diese Verweisung sei erst nach dem Sachurteil des Erstgerichts auszusprechen, so daß sie auf Rechtsmittel hin aufhebbar sei⁸⁵⁾. Auch gegen POHLEs Ansicht ist einzuwenden, daß, wenn er den Streitgegenstand als "Berechtigung des vom Kläger begehrten Urteils (oder Ausspruchs einer Rechtsfolge)" definiert und nach Antrag und Sachverhalt abgrenzt⁸⁶⁾, er in den Fällen verschiedener Zuständigkeiten nicht zu einem anderen Ergebnis kommen kann.

IV Eigene Stellungnahme zur Einheit oder Mehrheit der Streitgegenstände

Gegen POHLEs Ansicht ist neben den Bedenken, die sich daraus ergeben, daß dasselbe Klagebegehren unter Umständen vor verschiedenen Gerichten zugleich geltend gemacht werden kann⁸⁷⁾, vorzubringen, daß sie zwar bei der Schaffung des Gesetzes (Aktionensystem)⁸⁸⁾ sachgemäß gewesen wäre, jedoch

83) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 d; vgl. auch SCHUMANN-LEIPOLD, a.a.O. § 268 Anm. III 2.

84) A.a.O. Einl. E III 2 b; vgl. auch SCHUMANN-LEIPOLD, a.a.O. § 276 Anm. IX 2 b, wo jedoch von einem einheitlichen prozessualen Anspruch gesprochen wird.

85) S.o. § 6 C.

86) A.a.O. Einl. E III 1 b.

87) s.o. II S. 66.

88) S. o. § 2 E.

mit dem heute anerkannten modernen prozessualen Streitgegenstandsbegriff nicht zu vereinbaren sind. Sie kehren zur schon überwunden geglaubten materiellrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand⁸⁹⁾ zurück. Das wird ganz deutlich am Standpunkt BERNHARDTs⁹⁰⁾: In einem Beispiel⁹¹⁾, in dem ein Angestellter des öffentlichen Dienstes Akteneinsicht aufgrund des Arbeitsverhältnisses - Zuständigkeit der Arbeitsgerichte - und daneben aufgrund der allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte - Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte - verlangt. Obwohl BERNHARDT⁹²⁾ den Streitgegenstand prozessual nach Antrag und Sachverhalt bestimmt, kommt er hier zu dem Ergebnis, daß zwei Streitgegenstände, nämlich ein privatrechtlicher und ein öffentlich-rechtlicher gegeben seien, und läßt eine Verweisung nach einer abweisenden Entscheidung des Erstgerichts an die andere Gerichtsbarkeit zu. Der öffentlich-rechtliche bzw. privatrechtliche prozessuale Anspruch ist danach identisch mit dem öffentlich-rechtlichen bzw. privatrechtlichen materiellen Anspruch, wie es der rein materiell-rechtlichen Streitgegenstandstheorie entspricht.

Auch über die nicht der Kompetenz des Gerichts unterliegenden Anspruchsgrundlagen muß es durch Prozeßurteil insoweit entscheiden, daß die Rechtswegzuständigkeit nicht gegeben ist. Da diese Anspruchsgrundlagen auch Gegenstand des Rechtsstreits sind, müssen sie

89) BLOMEYER, Festschr. der FU S. 76.

91) Nachgebildet dem dem BayVGh, DVBl. 1960 S. 806, vorliegenden Sachverhalt.

90) ZPR § 7 d.

92) ZPR § 29; vgl. auch § 13, 4.

auch zum Streitgegenstand gehören. Zwar kann die Erledigung, nicht aber der Umfang des Streitgegenstands durch die Zuständigkeitsordnung beschränkt werden. Auch in den Fällen verschiedener Rechtswegzuständigkeiten ist wie sonst bei der Konkurrenz einem einzigen Sachverhalt entspringender Ansprüche ein einheitlicher Streitgegenstand gegeben. Davon ausgehend läßt sich eine befriedigende Lösung der Problematik erzielen.

§ 7 Die eigene vom Umfang der Rechtskraft des erstgerichtlichen Urteils ausgehende Stellungnahme zur Zulässigkeit einer Verweisung der nicht der Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts unterliegenden materiellen Ansprüche

Diese Lösung der Frage der Zulässigkeit einer Verweisung orientiert sich eng am Umfang der Rechtskraft des erstgerichtlichen Urteils. Deshalb ist zunächst zu untersuchen, wie es mit der Zulässigkeit weiterer Klagen vor anderen Gerichtsbarkeiten über die jeweils deren Zuständigkeit unterliegenden Ansprüche steht.

A Der Umfang der Rechtskraft des erstgerichtlichen Urteils

Hat das Erstgericht - nach der hier vertretenen Ansicht der begrenzten Entscheidungsbefugnis¹⁾ - zu Unrecht über den gesamten Streitgegenstand, also alle materiellen Ansprüche entschieden, liegt nach allgemei-

1) S.o. § 5 D.

nen Grundsätzen, wonach auch Urteile einer unzuständigen Gerichtsbarkeit bis auf krasse Ausnahmefälle wirksam sind²⁾, eine rechtskräftige Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand vor³⁾, die weitere Klagen verbietet.

Hat umgekehrt das Gericht, ohne zu bemerken, daß auch materielle Ansprüche gegeben sind, über die es zu befinden hat, den ganzen Rechtsstreit nach einer generellen Unzuständigkeitserklärung verwiesen, wächst dem Adressatgericht die Entscheidungsbefugnis über den gesamten Streitgegenstand zu⁴⁾.

Die Frage nach der Rechtskraft des ersten Urteils ist für die Zulässigkeit weiterer Klagen von keiner großen praktischen Bedeutung, wenn das erste Gericht der Klage aus irgendeiner Anspruchsgrundlage stattgegeben hat⁵⁾, da der Kläger dann i.d.R. keine weitere Entscheidung begehren wird.

Interessant ist aber der Umfang der Rechtskraft der ersten Entscheidung, wenn diese die Klage sachlich abgewiesen hat.

Nach den von mehreren Streitgegenständen ausgehenden Ansichten ist eine Rechtskraft nur bezüglich des vom Erstgericht entschiedenen Streitgegenstands gegeben. Denn rechtskräftig entschieden wird gem. §§ 322 Abs. 1

2) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 1 Anm. IV 6; POHLE, Festschr. f. APET S. 200; JAUERNIG, Zivilurteil S. 13 f., 170; a.A. ohne Begründung DIETZ-NIKISCH, ArbGG § 2 Anm. 25.

3) HABSCHIED, Streitgegenstand S. 157.

4) BGH, MDR 1963 S. 658 (659); ZÖLLER-KARCH, GVG § 13 Anm. II 3 c; SCHMIDT, APF 1966 S. 232; (für Verweisung nach § 276 ZPO) BGH, NJW 1964 S. 45 (46); vgl. auch oben § 5 C I.

5) S. dazu unten B.

ZPO, 121 VwGO, 110 Abs. 1 FGO, 141 Abs. 1 SGG über den "prozessualen Anspruch" bzw. den "Streitgegenstand". Damit steht einer erneuten Klage vor einer anderen Gerichtsbarkeit aus anderen Anspruchsgrundlagen nicht die Einrede der Rechtskraft entgegen⁶⁾.

Aber die auch von einem einheitlichen Streitgegenstand ausgehende Meinung läßt allgemein⁷⁾ eine weitere Klage zu. Begründungen für dieses Vorgehen werden meist gar nicht oder nur unzureichend gegeben. Allein eine Berufung darauf, das Erstgericht sei rechtlich gehindert gewesen, über alle Ansprüche zu urteilen, so daß die Rechtskraft nur einen Teil der Ansprüche erfasse und daß bezüglich des anderen Teils nur insoweit eine Entscheidung vorliege, daß für sie der Rechtsweg nicht eröffnet ist (Abs. 2 der Vorschriften über die "Zulässigkeit des Rechtswegs"), reicht nicht aus. Denn die Rechtskraftvorschriften ordnen klar und unmißverständlich eine Rechtskraft hinsichtlich des prozessualen Anspruchs bzw. des Streitgegenstandes an, der aber alle Ansprüche umfaßt. Die Wendung in den Rechtskraftvorschriften, eine Rechtskraft des Urteils sei nur "insoweit" gegeben, "als über den Streitgegenstand (erhobenen Anspruch) entschieden worden ist", kann das Ergebnis einer

6) HABSCHIED, Streitgegenstand S. 285; LENT, ZJP Bd. 72 S. 93; LÜKE, JZ 1960 S. 224; STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b.

7) BVerwG, DVBl. 1960 S. 854 f.; BVerwG, NJW 1961 S. 2364 (2367); BVerwG, VerwRespr. Bd. 13 S. 253 (254); ZÜLLER-DEGENHART, ZPO Einl. IV 5 b; THOMAS-PUTZO, ZPO vor § 12 Anm. III 3; IDEL, NJW 1955 S. 1302; SCHWAB, Streitgegenstand S. 157; MEISS, Abgrenzung S. 14; de BOOR, Gerichtsschutz S. 50; KNOLL, Gutachten f. 41. DJT Bd. 1 S. 144.

begrenzten Rechtskraft auch nicht begründen, da mit ihr nur die SAVIGNYsche Lehre von der Rechtskraft der Urteilelemente ausgeschlossen werden sollte. Die Berufung auf ein praktisches Bedürfnis und das Verhindern einer Benachteiligung des Klägers⁸⁾ reicht für sich allein nicht aus. Das Bedürfnis der Zulässigkeit weiterer Klagen ist jedoch zweifellos anzuerkennen, um Unbilligkeiten zu vermeiden. Wenn die Klage vor dem Erstgericht scheitert, kann durchaus eine weitere Klage aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt vor einer anderen Gerichtsbarkeit Erfolg haben. Weiterhin sind die Tatbestandsvoraussetzungen für die verschiedenen materiellen Ansprüche unter Umständen sehr abweichend. Während z.B. bei einer Amtshaftungsklage dem Kläger die Beweislast für ein Verschulden obliegt, hat im Prozeß um die Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht die beklagte Partei den Nachweis eines fehlenden Verschuldens zu erbringen⁹⁾. Während der Amtshaftungsanspruch schon gem. § 852 BGB nach drei Jahren verjährt, beträgt die Verjährungsfrist für den Fürsorgepflichtverletzungsanspruch als vertraglichem Anspruch gem. § 195 BGB dreißig Jahre¹⁰⁾.

Deshalb ist mit der h.M. trotz rechtskräf-

8) MEISS, Abgrenzung S. 14; SCHWAB, Streitgegenstand S. 157: "Rechtsverfolgung würde in unverantwortlicher Weise beschränkt"

9) BGH, NJW 1952 S. 1373 (1374); BGH, VersR 1957 S. 600 (601); BVerwG, NJW 1961 S. 2364 (2367); OLG Celle, MDR 1961 S. 145.

10) Zwar fehlt für den Anspruch aus Verletzung der Fürsorgepflicht eine dem § 839 III BGB entsprechende Vorschrift, jedoch wird man mit BVerwG, VerwRespr. Bd. 19 Nr. 206 S. 797 (798) u. HessVGH, ZBR 1968 S. 412 (413) § 839 III BGB analog anwenden müssen.

tiger Entscheidung des Erstgerichts über den Streitgegenstand ein Bedürfnis für weitere Klagen anzunehmen und die gegenteilige Ansicht¹¹⁾ abzulehnen.

B Streit- und Urteilsgegenstand

Für dieses Ergebnis läßt sich jedoch eine dogmatisch einwandfreie Begründung geben, wenn man vom Urteils- oder Entscheidungsgegenstand ausgeht¹²⁾. Mit diesen - synonymen - Begriffen wird der Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung bezeichnet, während der Streitgegenstand den gesamten Streitstoff des Prozesses umreißt. Neben die Figur des Streitgegenstandes tritt also eine weitere selbständige prozeßrechtliche Erscheinung.

Im allgemeinen¹³⁾ wird dieser Urteilsgegenstand als identisch mit dem Streitgegenstand angesehen, wie er bei der Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit bestimmt wird. Dieser Streitgegenstand ist also auch der "prozessuale Anspruch" bzw. "Streitgegenstand" in den Rechtskraftvorschriften¹⁴⁾. Von

- 11) Ohne Begründung OLG Celle, MDR 1961 S. 145.
- 12) Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Leistungsprozeß.
- 13) BGHZ 9, 22 (27); THOMAS-PUTZO, ZPO Einl. II 2 u. § 322 Anm. 5; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 2 Anm. 2 A; ZÖLLER-DEGENHART, ZPO vor § 322 Anm. 6 b; ROSENBERG, ZPR § 88 II 2, 3; NIKISCH, ZPR § 106 I 1; SCHWAB, Streitgegenstand S. 25 f., 139 f.; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 282 ff.; HENCKEL, Streitgegenstand S. 292; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 117; MÜHL, NJW 1954 S. 1669; BÖTTICHER, FamRZ 1957 S. 411; JAUERNIG, Zivilurteil S. 117; ders., Streitgegenstand S. 53.
- 14) Zu diesem Ergebnis - vgl. GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 254 ff. - gelangen notwendigerweise auch die Vertreter der

einer anderen Ansicht¹⁵⁾ wird jedoch eine generelle Verschiedenheit von Streit- (bei der Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit) und Urteilsgegenstand (bei der Rechtskraft) angenommen. Denn letzterer sei nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Das erklärt sich unter anderen Gründen¹⁶⁾ daraus, daß einige Vorschriften des BGB - z.B. §§ 218 Abs. 1, 393/94 - und der ZPO - z.B. §§ 265, 325, 767, 819, 850 ff. - bezüglich der Rechtskraft an materiellrechtlichen Ansprüchen orientiert sind, und letztere auch in anderer Beziehung - z.B. für die Rangordnung nach der KO und dem ZVG - ausschlaggebend sind¹⁷⁾. Zudem bestimmt nicht der prozessuale Anspruch (= Streitgegenstand), sondern die Entscheidung über ihn den objektiven Umfang der Rechtskraft¹⁸⁾. Deshalb bestimmen auch teilweise Vertreter einer von einem prozessualen Streitgegenstandsbegriff und einer Identität von Streit- und Urteilsgegenstand ausgehenden Ansicht den Gegenstand

Ansicht, daß in den Fällen, in denen die herkömmliche Meinung von einer Anspruchskonkurrenz ausgeht, ein einheitlicher materieller Anspruch gegeben sei (s.o. § 2 Anm. 32).

- 15) BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 43 ff.; ders., ZPR § 89 III 1; STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 1 a, IV 2 b; POHLE, JR 1954 S. 437; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 322 ZPO Ziff. 7; ZEUNER, Grenzen der Rechtskraft S. 40, 175; BROX, JuS 1962 S. 124; BÄHR, Maßgebliche Rechtslage S. 111; MÜFFELMANN, Objektive Grenzen S. 112; LENT, JbAkdR 1939/40 S. 210 f.; ders., ZZP Bd. 72 S. 63 ff.; LENT-JAUERNIG, ZPR § 63 III 6.
- 16) S. dazu LENT, ZZP Bd. 72 S. 82 ff.
- 17) Diese Schwierigkeiten bestehen natürlich nicht für die von einem einzigen materiellen Anspruch ausgehende Literatur (s.o. Anm. 14).
- 18) ROSENBERG, ZPR § 88 II 3 c; SCHWAB, Streitgegenstand S. 139; ZEUNER, Grenzen der

der Rechtskraft nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten¹⁹⁾.

Aber die Bestimmung der Rechtskraft nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten und auch die Annahme eines vom Streitgegenstand abweichenden Urteilsgegenstandes kann in den hier behandelten Fällen der Aufspaltung der Rechtswegzuständigkeiten nicht weiterhelfen. Denn aufgrund der prozessualen Streitgegenstandsauffassung ist allgemein²⁰⁾ - auch von der Meinung, die eine Divergenz von Streit- und Urteilsgegenstand annimmt²¹⁾ - anerkannt, daß

Rechtskraft S. 40, 176; HENCKEL, Streitgegenstand S. 293; LÜKE, JuS 1961 S. 189.

- 19) ROSENBERG, ZPR §§ 88 II 3 c, 150 II 1; NIKISCH, ZPR § 106 III 2; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 124, 126; vgl. auch BGH, LM Nr. 16 zu § 322 ZPO. Der Streitgegenstand ist also nicht Inhalt, sondern Gegenstand der Entscheidung, Würde man den Urteilsgegenstand in diesem Sinne gebrauchen, könnte man i.d.R. von einer Deckung von Streit- und Urteilsgegenstand ausgehen; vgl. HENCKEL, Streitgegenstand S. 293.
- 20) THOMAS-PUTZO, ZPO vor § 322 Anm. 6 d; ROSENBERG, ZPR § 88 II 3 c; NIKISCH, ZPR § 106 I 3; ders., Streitgegenstand S. 151 f.; JAUERNIG, Zivilurteil S. 125; HABSCHEID, Streitgegenstand S. 287; HENCKEL, Streitgegenstand S. 302; SCHWAB, Streitgegenstand S. 151 f.
- 21) BROX, JuS 1962 S. 127; POHLE, JR 1954 S. 437; ders., in STEIN-JONAS, ZPO Einl. E IV b; a.A. LENT, ZJP Bd. 65 S. 346 u. 72 S. 92; ders., JbAkDR 1939/40 S. 210 f., da er grundsätzlich einen materiellen Streitgegenstandsbegriff vertritt; früher auch ROSENBERG, ZJP Bd. 57 S. 85 (zur heutigen Auffassung vgl. die vorige Anmerkung); abweichend auch BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 72 ff., der eine neue Entscheidung zuläßt, wenn eine sich nach prozessualen Gesichtspunkten bestimmende Nicht-Identität vorliegt.

wegen der Rechtskraft eine weitere bzw.²²⁾ abweichende Entscheidung über eine Klage mit demselben Ziel, gestützt auf eine andere Anspruchsgrundlage, aus dem vorgebrachten Sachverhalt nach einer abweisenden Sachentscheidung ausgeschlossen ist²³⁾.

Jedoch wird meist nicht beachtet, daß in den Fällen der kumulativen Zuständigkeit für ein Klagebegehren ein grundlegender Unterschied zu den Fällen besteht, in denen das Gericht eine konkurrierende Anspruchsgrundlage übersieht; denn das Gericht darf wegen seiner begrenzten Kompetenz gewisse materielle Ansprüche gar nicht prüfen, spart also bewußt - mit der Ausnahme, daß es vor andere Zuständigkeiten gehörende Anspruchsgrundlagen überhaupt nicht erkennt - die Beurteilung dieser Anspruchsgrundlagen aus. Wenn unbewußt und irrtümlich über gewisse Ansprüche nicht befunden wird, liegt eine zwar fehlerhafte, jedoch im vollen Umfange rechtskraftfähige und nur durch Rechtsmittel zu beseitigende Entscheidung vor. Ist aber kraft zwingenden Rechts eine Sachentscheidung über den gesamten Streitgegenstand ausgeschlossen, wird man, unabhängig davon, ob generell eine Divergenz zwischen Streit- und Urteilsgegenstand besteht, und ob der Gegenstand der Entscheidung nach materiellen Gesichtspunkten zu bestimmen

-
- 22) Das hängt davon ab, ob man, was hier von keiner Bedeutung ist, der Lehre vom Abweichungs- oder Wiederholungsverbot folgt.
- 23) Streitig ist allein - vor allem aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen vom Umfang des Sachverhalts (s.o. § 2) und der verschiedenartigen Berücksichtigung des Sachverhalts bei der Streitgegenstandsbestimmung (s.o. § 2 E) - die Frage, wieweit der Kläger mit seinen Antrag rechtfertigenden, aber im Vorprozeß nicht vorgebrachten Tatsachen ausgeschlossen ist. Vgl. auch §§ 616 ZPO, 54 PatG, 17 MSchutzG.

ist, eine Beschränkung des Urteilsgegenstandes auf die der Entscheidungsbefugnis des Gerichts unterliegenden Anspruchsgrundlagen annehmen und die Zulässigkeit weiterer Klagen über die restlichen Anspruchsgrundlagen zulassen müssen. Das gilt vor allem für die Fälle des mehrgleisigen Rechtswegs für ein Klagebegehren²⁴⁾.

Man wird in Modifikation zu POHLES Ansicht²⁵⁾, es widerspreche dem Sinn des Streitgegenstandsbegriffs und sei unzulässig, das zum Streitgegenstand zu rechnen, über das das Gericht nicht befinden dürfe, vielmehr sagen müssen, es widerspreche dem Sinn des Urteilsgegenstands als Gegenstand der Rechtskraft, zu ihm zu zählen, was nicht sachlich geprüft werden darf. POHLES "Soll-Streitgegenstand" ist nicht eine Streitgegenstandsart, sondern der Urteilsgegenstand. Man wird die Zulässigkeit einer weiteren Klage trotz Rechtskraft des erstgerichtlichen Urteils aber auf die Fälle beschränken müssen, in denen eine Beschränkung des Urteilsgegenstandes kraft zwingenden Rechts erfolgt²⁶⁾. Daraus folgt, daß

24) So auch ZÖLLER-DEGENHART, ZPO vor § 322 Anm. 6 b; obwohl sonst eine Identität von Streit- und Urteilsgegenstand angenommen wird. Zu diesem Ergebnis gelangt natürlich auch LENT - ZJP Bd. 72 S. 88; vgl. auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 111 f., 186 -, da er schon von einem auf bestimmte Anspruchsgrundlagen beschränkten Streitgegenstand ausgeht (s.o. § 6 D); denn der Umfang des Gegenstands der Rechtskraft am Ende des Prozesses kann - mit Ausnahme "pathologischer" Fälle (s. gleich u.) - nicht weitergehen als der Umfang des Streitgegenstandes am Anfang und im Verlaufe des Prozesses - BGHZ 9, 22 (27); STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 1.

25) S.o. § 6 D III.

26) Weitere Beispiele sind: Ein Teil von aus

in "pathologischen"²⁷⁾ Fällen - z.B. das Gericht spricht einen anderen als den erhobenen Anspruch zu oder es weist die Klage ab, ohne über das zum Streitgegenstand gehörende Gegenrecht zu entscheiden, oder es überschreitet inhaltlich den gestellten Antrag oder legt fälschlicherweise einen materiellen Streitgegenstandsbegriff zugrunde -, in denen man von einer Verschiedenheit von Urteils- und Streitgegenstand sprechen könnte, die Zulässigkeit weiterer Klagen nach Rechtskraft eines Urteils nicht gegeben ist; denn es handelt sich hier um eine fehlerhafte Rechtsanwendung, die nur auf normale Rechtsmittel hin beseitigt werden kann. Entscheidend ist also nicht die bewußte Aussparung²⁸⁾, sondern der Ausschluß von der Prüfung durch zwingendes Recht. Das Gericht darf und kann nicht über den gesamten Streitgegenstand entscheiden²⁹⁾. Auch wenn das Gericht garnicht

einem einheitlichen Sachverhalt erwachsenen Anspruchsgrundlagen kann im Urkundenprozeß nicht berücksichtigt werden, weil der Kläger das Vorliegen dieser Anspruchsgrundlagen nicht, wie gem. § 592 ZPO erforderlich, durch Urkunden beweisen kann. Trotz rechtskräftiger (abweisender) Sachentscheidung im Urkundenprozeß ist eine weitere Klage über dasselbe Klagebegehren aus diesen rechtlichen Gesichtspunkten im normalen Prozeß zuzulassen (vgl. § 597 II ZPO). Oder bei einer Verbindung von Wechsel- und Kaufpreisanspruch im Wechselprozeß muß das Gericht die Klage sachlich abweisen, wenn der Wechsel - z.B. wegen Formmangels - nichtig ist. Der Kläger kann dennoch im Nicht-Wechselprozeß die Klage, auf den Kaufpreisanspruch gestützt, erneuern.

27) HENCKEL, Streitgegenstand S. 293.

28) So aber ZÖLLER-DEGENHART, ZPO vor § 322 Anm. 6 b.

29) Deshalb ist die Nichtberücksichtigung einer Anspruchsgrundlage, weil der Kläger

eine konkurrierende vor eine andere Zuständigkeit gehörende Anspruchsgrundlage festgestellt hat, ist die Rechtskraft auf die entschiedenen materiellen Ansprüche beschränkt, während eine weitere Klage nicht mehr zulässig wäre, wenn man auf das bewußte Außerachtlassen abstellen würde.

Es muß aber dabei bleiben, daß die Rechtskraft insoweit eingeschränkt ist wie die Entscheidungsbefugnis eines Gerichts aufgrund der Zuständigkeitsordnung reicht³⁰⁾.

Die beschränkte Rechtskraft und die Zulässigkeit einer weiteren (abweichenden) Entscheidung ergibt sich auch aus den Gründen des erstgerichtlichen Urteils, die erkennen lassen, daß das Klagebegehren nur unter bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden durfte. Zwar nehmen die Entscheidungsgründe nicht an der Rechtskraft teil, aber es ist anerkannt, daß sie zur Auslegung des Urteilstensors und inwieweit über den Klageanspruch entschieden ist, heranzuziehen sind³¹⁾.

seine "Ausschaltungsbefugnis" ausgeübt hat, nur dann nicht "pathologisch" und kommt man zur Zulässigkeit weiterer (abweichender) Entscheidungen - abgesehen von der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses - wenn man dem Kläger eine Ausschaltungsbefugnis zugesteht (vgl. o. § 6 D II Anm. 70).
Auch HENCKEL - Streitgegenstand S. 279 - stellt auf den Unterschied zum versehentlichen Übergehen ab.

30) So im Ergebnis auch BADER, Tragweite der Entscheidung S. 61 f. und JAUERNIG, Zivilurteil S. 116: "Streitgegenstand (im Sinne des "prozessualen Anspruchs") und Entscheidungsgegenstand decken sich, (Fn. 80) vorausgesetzt, daß über den gesamten Streitgegenstand (= prozessualer Anspruch) entschieden worden ist."

31) Vgl. z.B. BGHZ 2, 164 (170); BSG, NJW 1959 S. 398 (u. dazu MENGER, VerwArch. Bd. 50 - 1959 - S. 393); Hess VGH, ESVGH Bd. 12

Der hier vertretenen Ansicht, nach der der Streitgegenstand in mehrere Urteilsgegenstände aufgespalten wird, kann nicht entgegengehalten werden, im Ergebnis und in der praktischen Handhabung bestehe kein Unterschied zu den von mehreren Streitgegenständen ausgehenden Ansichten. Letztere können nämlich die Unzulässigkeit einer weiteren bzw. abweichenden Entscheidung nach einem zuerkennenden Sachurteil des Erstgerichts nicht aus Rechtskraftgründen, sondern nur mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses anordnen. Geht man jedoch von einem einheitlichen Streitgegenstand aus, ist wie in allen Fällen der Anspruchskonkurrenz eine rechtskraftfähige endgültige Erledigung des Klagebegehrens gegeben, wenn diesem aus einem rechtlichen Gesichtspunkt stattgegeben worden ist³²⁾, so daß eine weitere bzw. abweichende Entscheidung oder eine Verweisung unzulässig ist. Ein Urteil, das die Klage nur aus einer konkurrierenden

S. 91 (92); VGH Baden-Württemberg, DRZ 1950 S. 523 (525); BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 322 Anm. 2 A; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 121 Rdnr. 24; JAUERNIG, Zivilurteil S. 116.

32) BGH, NJW 1961 S. 1457 (1458); RG, HRR 1935 Nr. 817; WIECZOREK, ZPO § 313 Anm. B IV b; ROSENBERG, ZPR § 88 II 3 c; NIKISCH, Streitgegenstand S. 153; GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 244; BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 60 ff.; a.A. wegen seiner materiellen Streitgegenstandsauffassung nur LENT, ZZP Bd. 72 S. 88, 91; vgl. auch LENT-JAUERNIG, ZPR S. 186. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, falls der Kläger durch eine konkurrierende Anspruchsgrundlage in irgend einer Weise günstiger gestellt wird; vgl. RGZ 129, 55 (61); SCHWAB, Streitgegenstand S. 79, 101; GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 244; NIKISCH, Streitgegenstand S. 163.

Anspruchsgrundlage, also einem Teil des Streitgegenstands, für begründet erklärt, erledigt normalerweise den Rechtsstreit endgültig, ohne daß noch durch Prozeßurteil über die anderen Anspruchsgrundlagen entschieden werden müßte. Hier zeigt sich auch, daß das zu- und aberkennende Urteil hinsichtlich der Rechtskraft nicht notwendigerweise einheitlich zu behandeln ist³³⁾.

C Verweisung nach einer Entscheidung des Erstgerichts über die seiner Entscheidungsbefugnis unterliegenden materiellen Ansprüche und die rechtliche Einordnung der durch das Erstgericht ergehenden Entscheidungen

Vor allem aber kann man mit der hier vertretenen Ansicht die Frage nach der Zulässigkeit einer Verweisung der nicht vom Erstgericht sachlich beschiedenen Anspruchsgrundlagen befriedigend beantworten. Denn da der Urteilsgegenstand auf einen Teil der materiellen Ansprüche begrenzt ist und somit nicht über den gesamten dem Gericht vorliegenden Streitgegenstand entschieden ist, ist der Weg zu einer Verweisung geöffnet, falls der Kläger gem. Abs. 3 S. 1 der Rechtswegvorschriften einen Verweisungsantrag stellt, worauf das Gericht gem. §§ 139 Abs. 1 S. 1 ZPO, 86 Abs. 3 VwGO, 76 Abs. 2 FGO, 106 Abs. 1 SGG hinzuwirken hat. Wenn wegen der beschränkten Rechtskraft eine weitere Klage zulässig ist, muß auch eine Verweisung, die sich eng an die Rechtskraft anlehnt, zulässig sein. Zwar regeln die Rechtswegverweisungsvorschriften den

33) BLOMEYER, Festschr. f. LENT S. 55 ff., 60 ff.; JAUERNIG, Zivilurteil S. 128; BADER, Tragweite der Entscheidung S. 32, 52.

Tatbestand, daß lediglich ein Prozeßurteil bzw. ein Beschluß ergeht, in dem die Unzuständigkeit für den globalen Streitgegenstand erklärt wird, nicht aber den Fall, daß ein Gericht aufgrund teilweiser Zuständigkeit schon ein Sachurteil über den Streitgegenstand fällt. Andererseits gehen diese Vorschriften aber von einer Erledigung eines Streitgegenstandes in einem einzigen Sachurteil entweder durch das angerufene oder durch das angewiesene Gericht aus. Der Fall einer Mehrgleisigkeit der Rechtswege für ein einheitliches prozessuales Begehren ist vom Gesetz, insbesondere der Zuständigkeitsordnung, garnicht erkannt und geregelt worden. Insofern ist das Argument gegen die Vornahme einer Verweisung, es entspreche gerade nicht ihrem Sinn, mehrere Sachentscheidungen verschiedener Gerichtsbarkeiten innerhalb eines Verfahrens zu schaffen³⁴⁾, unbeachtlich. Deshalb kann man auch nicht, wie es die h.M. tut³⁵⁾, mit der Berufung auf einen einheitlichen Streitgegenstand eine Verweisung ablehnen. Diese h.M. gibt aber diesen einheitlichen Streitgegenstand preis, indem sie eine beschränkte Rechtskraft und weitere Klagen nach einem abweisenden Urteil annimmt. Das Verfahren wird vielmehr, wie es dem Sinn der Verweisung entspricht, durch sie vereinfacht und beschleunigt. Die Verweisung will dem Kläger, der vor einem unzuständigen Gericht klagt und eine neue Klage vor einem anderen Gericht dennoch anstrengen kann, helfen. Auch in den Fällen der Mehrgleisigkeit der Rechtswege ist der Kläger an ein - zwar nur teilweise - unzuständiges Ge-

34) So BVerwGE 18, 181 (187).

35) S.o. § 6 A.

richt gegangen und kann weitere Klagen (trotz abweisenden Sachurteils) erheben, so daß eine Verweisung sachgerecht erscheint. Wenn infolge der Verweisung das prozessuale Begehren innerhalb eines Prozesses erledigt wird, wird nach außen hin auch eine einheitliche Behandlung des einheitlichen Streitgegenstandes sichtbar. Gerade die h.M., die darauf hinweist, eine Verweisung reiße die Erledigung des Rechtsstreits unzulässigerweise auseinander, kommt zu einer weit schwerwiegenderen Aufspaltung in der Erledigung des Streitgegenstands, indem sie mehrere Prozesse zulassen muß.

Dabei übersieht die h.M. meist, daß eine Verweisung nur nach einem rechtskräftigen Urteil des Erstgerichts über die seiner Entscheidungsbefugnis unterfallenden Anspruchsgrundlagen erfolgen kann. Das ergibt sich schon daraus, daß wegen der Rechtshängigkeit der Streitsache vor einem Gericht eine weitere gleichzeitige Rechtshängigkeit vor einem anderen Gericht, die gem. Abs. 3 S. 3 der Rechtswegvorschriften eintritt, unzulässig ist, wie auch eine gleichzeitige weitere Klage unzulässig ist³⁶⁾.

Dabei ist zu beachten, daß die Ansicht, die trotz einer Rechtshängigkeit bei einem allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgericht generell eine weitere Klage vor einem Zivilgericht über denselben Streitgegenstand zuläßt³⁷⁾, da es an einer den §§ 90 Abs. 2

36) HENCKEL, Streitgegenstand S. 279 f.; BLOMEYER, Festschr. der FU S. 74; VG Berlin, EFG 1963 S. 428 (429), das aber übersieht, daß eine Verweisung nur nach einer (abweisenden) Entscheidung des Erstgerichts angesprochen werden darf.

37) ROSENBERG, ZPR § 97 II 1 a.

VwGO, 66 Abs. 2 FGO, 94 Abs. 2 SGG entsprechenden Vorschrift in der ZPO fehle, heute nicht mehr haltbar ist. Da durch Art. 92 GG die Einheit der rechtsprechenden Gewalt konstituiert ist und in den Verfahrensordnungen völlig gleichlautende Rechtswegverweisungsvorschriften enthalten sind, bei deren Anwendung der Streitgegenstand bei der anderen Gerichtsbarkeit anhängig wird, widerspricht es Sinn und Zweck des Gesetzes, daß mehrere Gerichte mit derselben Sache befaßt sind. Mit der h.M.³⁸⁾ ist deshalb bei einer Rechtshängigkeit einer Streitsache vor einem Gericht des Art. 95 GG eine weitere gleichzeitige Klage über diese Streitsache vor einem anderen Gericht auszuschließen.

Dagegen wird teilweise³⁹⁾ trotz Ausgehens von einem einheitlichen Streitgegenstand - unabhängig von der Auffassung, daß eine Rechtshängigkeit vor den Verwaltungsgerichten eine gleichzeitige Klage vor dem Zivilgericht nicht ausschließe (s.o.) - eine weitere Klage für zulässig gehalten. ROSENBERG⁴⁰⁾

38) BAG, NJW 1959 S. 310; STEIN/JONAS/POHLE-Schumann-Leipold, ZPO § 263 Anm. I 2; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 263 Anm. 2 A (Anders aber bis zur 28. Aufl.); ULE, VwGO § 90 Anm. I; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 20; POHLE, Festschr. f. APEL S. 176; GÄTHGENS, DRiZ 1964 S. 234; im Ergebnis wohl auch BGHZ 7, 268 (271).

39) ROSENBERG, ZPR § 33 II 2; THOMAS-PUTZO, ZPO vor § 12 Anm. III 3; OLG Oldenburg, MDR 1953 S. 303 unter Hinweis auf RGZ 160, 338 (347), obwohl dort das Gegenteil ausgeführt ist. Zudem läßt sich nicht mit Sicherheit erkennen, ob das OLG mittels einer von ihm bejahten "Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers" (s.o. § 6 D III) zu mehreren Streitgegenständen kommt.

40) ZPR § 33 II 2.

begründet dieses Ergebnis damit, das zuständige Gericht sei angerufen worden. Dagegen ist einzuwenden, daß die Zuständigkeit eines Gerichts kein Kriterium für die Rechtshängigkeit bildet, da auch die Klage vor einem unzuständigen Gericht die Rechtshängigkeit begründet⁴¹⁾. Außerdem würde durch mehrere gleichzeitige Rechtshängigkeiten der einheitliche Streitgegenstand unnötig auseinandergerissen. Deshalb muß nach ROSENBERG⁴²⁾ der zweite Prozeß von Amts wegen ausgesetzt werden⁴³⁾, bis die Entscheidung des Erstgerichts ergangen sei. Habe dieses der Klage stattgegeben, müsse die Klage vom Zweitgericht abgewiesen bzw. vom Kläger zurückgenommen werden⁴⁴⁾. Nur wenn der Klage vom Erstgericht nicht stattgegeben worden sei, müsse das andere Gericht sachlich entscheiden.

Auch ergibt sich die Zulässigkeit einer Verweisung nur in Form einer Teilverweisung nach einer Entscheidung des Erstgerichts infolge der hier vertretenen Ansicht auch daraus, daß im Verlaufe des Prozesses, insbesondere bei der für eine Verweisung vor einem Urteil entscheidenden Rechtshängigkeit, der weite, alle Anspruchsgrundlagen umfassende Streitgegenstand gilt. Nach einem Sachurteil

41) ROSENBERG selbst, ZPR § 97 II 1 c S. 479; RGZ 151, 233 (238); THOMAS-PUTZO, ZPO § 263 Anm. 1 a; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 263 Anm. 2 A; ULE, VwGO § 90 Anm. I; KLINGER, VwGO § 90 Anm. B.

42) ZPR § 33 II 2.

43) Das führt zu Schwierigkeiten - welches Gericht nämlich aussetzen muß - in dem theoretisch denkbaren Fall einer gleichzeitig eintretenden Rechtshängigkeit.

44) Wegen der damit verbundenen Kostennachteile wird der Kläger i.d.R. mit einer zweiten Klage bis zu einer Entscheidung über die erste Klage warten.

tritt dagegen die Trennung von Streit- und engerem Urteilgegenstand ein, die dann die den Streitgegenstand aufsplitternde Verweisung zulässig macht. Wenn man vom Vorliegen mehrerer Streitgegenstände ausgeht, kann man eine Verweisung vor einem Urteil des Erstgerichts nur am mangelnden Rechtsschutzbedürfnis scheitern lassen.

Mit der Möglichkeit einer Teilverweisung - Teil(verweisung) vom Streitgegenstand aus betrachtet - entfällt auch der Einwand der h.M., das angerufene Gericht nehme sich die Befugnis zur Sachentscheidung, obwohl es zuständig sei, so daß das Adressatgericht über den gesamten Streitgegenstand entscheiden⁴⁵⁾ oder wieder an das Erstgericht zurückverweisen müsse⁴⁶⁾.

Die Vornahme einer Teilverweisung entspricht zwar im Ergebnis dem Vorgehen HENCKELS⁴⁷⁾. Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich aber insoweit, als HENCKEL nur eine globale Verweisung des Streitgegenstands anordnet und das Adressatgericht dennoch nicht über den gesamten Streitgegenstand entscheiden darf, weil bezüglich eines Teils des Streitgegenstands schon eine rechtskräftige Entscheidung des Erstgerichts vorliege. Nach der hier vertretenen Auffassung wird jedoch nur ein Teil des Streitgegenstands, nämlich die Differenz von Streit- und von durch das Erstgericht erledigtem Urteilsgegenstand verwie-

45) So BGHZ 5, 105 (107).

46) So BVerwGE 18, 181 (182).

47) Streitgegenstand S. 278 ff.; vgl. dazu und zu BLOMEYERS Auffassung oben § 6 C.

sen. HENCKELS Begründung einer Globalverweisung erklärt sich daher, daß, obwohl er selbst⁴⁸⁾ sagt, bei verschiedenen Zuständigkeiten für ein Klagebegehren sei über den einheitlichen Anspruch nur unter einem rechtlichen Gesichtspunkt entschieden, er verkennt, daß nicht über den einheitlichen Anspruch⁴⁹⁾, sondern nur ein Teil von ihm endgültig entschieden ist. Entgegen seiner Behauptung, er nehme aufgrund einer globalen Verweisung keine Aufspaltung des Streitgegenstandes vor, kommt HENCKEL im Ergebnis zu einer Teilverweisung, da verschiedene Gerichte über die verschiedenen Urteilsgegenstände entscheiden.

Sind für den zu verweisenden Streitgegenstandsteil wiederum mehrere Gerichtsbarkeiten zuständig, darf nur an ein Gericht verwiesen werden⁵⁰⁾, da sonst das einheitliche prozessuale Begehren unnötig aufgespalten und die Frage auftauchen würde, welches angewiesene Gericht zuerst entscheiden und welches aussetzen müßte. Entsprechend § 276 Abs. 1 S. 2 ZPO wird man dem Kläger die Wahl des Adressatgerichts einräumen müssen. Gibt das angewiesene Gericht der Klage statt, ist über den gesamten Streitgegenstand rechtskräftig entschieden und damit eine weitere (abweichende) Entscheidung unzulässig. Weist es jedoch die Klage ab, ist der Streitgegenstand immer noch nicht endgültig erledigt, so daß eine weitere

48) Streitgegenstand S. 300.

49) So aber ausdrücklich a.a.O. S. 300.

50) POHLE, in Anm. zu BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 549. Wenn man mit der h.M. keine Verweisung zuläßt, stellt sich das Problem, wenn das angerufene Gericht überhaupt nicht zuständig ist.

Verweisung an eine dritte Gerichtsbarkeit erfolgen kann⁵¹⁾.

Wird vom Kläger kein Verweisungsantrag gestellt oder unterbleibt aus sonstigen Gründen die Stellung eines solchen Antrags⁵²⁾, ist die Unzuständigkeit in einem Prozeßurteil auszusprechen⁵³⁾; denn hier geht es um die Rechtskraft, so daß auf die Aufspaltung des Streitgegenstands in mehrere selbständige Teile abzustellen ist und bei einer Unzuständigkeitserklärung in den Gründen im Gegensatz zum Prozeßurteil nicht klar zum Ausdruck kommt, daß ein Teil des Streitgegenstandes noch nicht erledigt ist. Da der Kläger auch über eine unzulässige Klage eine Entscheidung fordern kann, würde dem Kläger - hier bei einer teilweise unzulässigen Klage - das Recht praktisch verweigert⁵⁴⁾. Wenn man freilich wie die h.M. von einem einheitlichen Streitgegenstand ausgeht und keine Differenzierung zwischen Streit- und Urteilsgegenstand trifft, stößt der Erlaß eines selbständigen Prozeßurteils auf Bedenken, da die Einheitlichkeit des Streitgegenstands nicht deutlich zum Ausdruck

51) Zu diesem Ergebnis muß man wohl auch kommen, wenn man der Rechtswegverweisung aufdrängende Wirkung zumißt (s.o. § 5 C I), da das Gericht nur insoweit verweist, als es das Adressatgericht für zuständig hält.

52) Wenn man mit der h.M. keine Verweisung zuläßt, gilt das generell.

53) So auch RG, GruchBeitr. Bd. 48 S. 819; BGHZ 5, 105 (107); PRITSCH, in Anm. zu BGH, LM Nr. 2 zu § 67 VVG; ZÖLLER-DEGENHART, ZPO Einl. IV 5 b vor § 1; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 544. Zu diesem Ergebnis gelangt natürlich die von mehreren Streitgegenständen ausgehende Literatur, vgl. STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b; HABSCHIED, Streitgegenstand S. 161.

54) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 544.

kommt⁵⁵⁾.

Somit wäre Abs. 3 S. 1 der §§ 17 GVG, 48a ArbGG, 41 VwGO, 34 FGO, 52 SGG folgendermaßen zu lesen: Hält ein Gericht der ...gerichtsbarkeit den zu ihm beschrittenen Rechtsweg nur für einen Teil der auf einem Sachverhalt beruhenden und ein prozessuales Begehren rechtfertigenden materiellen Ansprüche für gegeben, so verweist es in dem neben dem (abweisenden) Urteil über die von ihm entschiedenen materiellen Ansprüche ergehenden Urteil zugleich auf Antrag des Klägers wegen der nicht entschiedenen materiellen Ansprüche an das Gericht des ersten Rechtszuges, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält.

Das Prozeßurteil, in dem sich das Erstgericht teilweise für unzuständig erklärt, ist ein Zwischenurteil gem. §§ 275 Abs. 1 ZPO, 109 VwGO, 97 FGO⁵⁶⁾, das nicht durch die Novelle zu § 303 ZPO⁵⁷⁾ berührt ist⁵⁸⁾.

55) So für eine Unzuständigkeitserklärung lediglich in den Gründen: BGHZ 13, 145 (154); BAG, NJW 1959 S. 260 (261); BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 276 Anm. 1 A; ZÖLLER-KARCH, GVG § 13 Anm. II 3 c; HENCKEL, Streitgegenstand S. 279; STÖLZEL, Rechtsweg S. 23.

Abweisung durch Prozeßurteil oder in den Entscheidungsgründen stellen in das Belieben des Gerichts: BGH, NJW 1964 S. 45 (46); BGH, MDR 1963 S. 658 (659); ROSENBERG, ZPR § 33 II 2.

56) BGH, MDR 1963 S. 658 (659); wohl auch BGH, NJW 1964 S. 45 (46).

57) S.o. § 6 C.

58) RGZ 129, 95 (96); deshalb ist es unzutreffend, wenn die Entscheidung als Prozeßurteil gem. §§ 303 oder 275 ZPO qualifiziert wird - THOMAS-PUTZO, ZPO Vorbem. III 3 vor § 12; ROSENBERG, ZPR § 33 II 2; dagegen auch RGZ 129, 95 (96).

Falls eine Verweisung erfolgt, ist das vom Erstgericht erlassene Sachurteil kein Zwischenurteil gem. § 303 ZPO, da es über den Streitgegenstand - wenn auch nur zu einem Teil - endgültig entscheidet⁵⁹⁾, sondern ein Teil(end)urteil gem. §§ 301 ZPO, 110 VwGO, 98 FGO⁶⁰⁾. Die Ansicht der H.M.⁶¹⁾, die auch im Fall mehrfacher Zuständigkeit ein solches Teilurteil über einen konkurrierenden materiellen Anspruch für unzulässig hält, erklärt sich daraus, daß sie keine Verweisung zuläßt und damit zur Erledigung des Streitgegenstands innerhalb verschiedener selbständiger Verfahren kommt, während bei einer Verweisung die vor den verschiedenen Gerichten ablaufenden Verhandlungen verfahrensmäßig eine Einheit bilden. Die Annahme mehrerer selbständiger Verfahren⁶²⁾ im Falle der Rechtswegverweisung mit der Begründung, diese erfolge im Gegensatz zur Verweisung wegen sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit durch ein rechts-

59) Vgl. auch oben § 6 C.

60) So auch ROTH, MDR 1967 S. 18, der zwar HABSCHEID folgend mehrere Streitgegenstände annimmt. Für den Fall, daß man von einem einheitlichen Streitgegenstand ausgeht, wohl auch RGZ 139, 302 (304) u. BGHZ 49, 33 (36). SCHUMANN-LEIPOLD, in STEIN-JONAS-POHLE, ZPO § 276 Anm. IX 2 b, sprechen von einem Endurteil, also wohl einem Vollendurteil, obwohl sie von einem Streitgegenstand ausgehend eine Verweisung zulassen.

61) RGZ 129, 95 (96) u. 165, 374 (383); BGH, NJW 1961 S. 72; THOMAS-PUTZO, ZPO Vorbem. III 3 vor § 12; ULE, VwGO § 110; REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 110 Rdnr. 1; a.A. wegen seines materiellen Streitgegenstandsbegriffs LENT, ZJP Bd. 65 S. 346.

62) So EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 18; ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO § 34 Rdnr. 25; TSCHISCHGALE, Kostenrecht in Sozialsaachen S. 46.

kräftiges Endurteil, vermag nicht zu überzeugen⁶³⁾.

Schon die sprachliche Fassung der Vorschriften, in denen von der Verweisung der "Sache" die Rede ist, erlaubt den Schluß, daß das Verfahren vor dem verweisenden und dem angewiesenen Gericht eine Einheit darstellt⁶⁴⁾. Dagegen spricht auch, daß bei einem Einverständnis beider Parteien mit der Verweisung diese auch - im Ermessen des Gerichts liegend - gem. §§ 17 Abs. 4 GVG, 41 Abs. 4 VwGO, 34 Abs. 4 FGO⁶⁵⁾ durch Beschluß erfolgen kann. Die Verweisung durch ein Urteil soll nur eine Überprüfung des Streits über die Rechtswegzuständigkeit in der höheren Instanz ermöglichen. Vor allem läßt sich das Ausgehen von mehreren selbständigen Verfahren nicht mit der Einheit des Verfahrens vor angegangenem und Adressatgericht bezüglich der Kosten (vgl. §§ 155 Abs. 4 VwGO, 136 Abs. 4 FGO, 276 Abs. 3 S. 1 ZPO, 98 Abs. 3 SGG; die beiden letzteren Vorschriften werden bei der Rechtswegverweisung analog angewandt⁶⁶⁾) und den Regelungen der Abs. 3

63) Dagegen auch BSG, NJW 1965 S. 1044; OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (17); von WALLISLIST in HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, FGO § 34 Rdnr. 23.

64) So auch BVerwGE 18, 181 (187), indem es sich gegen die Zulässigkeit einer Verweisung mit der Begründung ausspricht, es sei nicht Sinn und Zweck der Verweisung, dem Kläger mehrere Sachentscheidungen in einem Verfahren zu verschaffen.

65) Im sozial- und arbeitsgerichtlichen Verfahren sind diese Vorschriften analog anzuwenden; vgl. BGH, NJW 1967 S. 781 (782); BSG, SozR Nr. 7 zu § 52 SGG; BFH, NJW 1967 S. 781 (782).

66) S. dazu unten § 8 A.

S. 3 bis 5 der Rechtswegvorschriften in Einklang bringen. So räumt die Ansicht, die von mehreren Verfahren ausgeht, ein⁶⁷⁾, aus prozeßökonomischen Gründen müßten Handlungen des verweisenden Gerichts - z.B. Verweigerung oder Zubilligung des Armenrechts - und vor diesem Gericht vorgenommene Parteihandlungen - z.B. Anerkenntnis, Geständnis, Widerklage, Bestellung von Prozeßbevollmächtigten - vor dem Adressatgericht ihre Geltung behalten, obwohl dort ein neues Verfahren stattfindet.

Ein Teil(end)urteil darf nur dann nicht ergehen, wenn die Entscheidung über den Teil davon abhängt, wie der Streit über den Rest ausgeht. Das Schlußurteil darf nicht möglicherweise dem Teilurteil widersprechen können. Die Entscheidung über einen Teil des Streitgegenstands durch das Erstgericht ist aber in unseren Fällen des mehrfachen Rechtsweges unabhängig von der Entscheidung des Adressatgerichts. Vor einer Verweisung wird über einen Teil des Streitgegenstands, den Urteilsgegenstand, endgültig entschieden. Das vom Erstgericht erlassene Sachurteil ist kein Teil(end), sondern ein Vollendurteil, wenn nicht verwiesen wird und damit mehrere selbständige Verfahren erfolgen.

§ 8 Folgerungen aus der Zu- bzw. Unzulässigkeit einer Verweisung

Mit der Zulässigkeit einer Verweisung des nicht der Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts unterliegenden Streitgegenstandsteils lassen sich auch andere Fragen befriedigender

67) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 18.

lösen, als wenn man eine Verweisung ausschließt.

A Die Kosten

So läßt sich mit der Zulässigkeit einer Verweisung trotz eines Streitgegenstands kostenrechtlich ein gerechteres Ergebnis erzielen. Gerade die Kostenfrage ist im juristischen Alltag für die Prozeßbeteiligten von großer praktischer Bedeutung¹⁾.

Läßt man keine Verweisung des nicht der Zuständigkeit des Erstgerichts unterliegenden Streitgegenstandsteils nach einem ersten abweisenden Sachurteil zu, muß der Kläger nach dem Grundsatz der §§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, 154 Abs. 1 VwGO, 135 Abs. 1 FGO die Kosten für dieses erste Verfahren tragen; wenn auch das Zweitgericht (bzw. die weiteren Gerichte) die Klage durch Sachurteil abweisen, sind dem Kläger die sich nach §§ 25 Abs. 1 GKG²⁾, 31 BRAGebO berechnenden Gebühren für zwei (oder mehrere) selbständige Verfahren aufzuerlegen.

Nach einer Verweisung wird jedoch - im verwaltungs- und finanzgerichtlichen Verfahren gem. §§ 155 Abs. 4 VwGO bzw. 136 Abs. 4 FGO, in den anderen Verfahren, gleich ob man in Rechtsanalogie die §§ 155 Abs. 4 VwGO, 136

1) Im folgenden sollen kostenrechtliche Besonderheiten, wie z.B. die, daß i.d.R. im Verfahren vor den Sozialgerichten gem. § 183 SGG keine Kosten erwachsen oder daß gem. § 61 I S. 2 ArbGG die obsiegende Partei die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten selbst tragen muß, außer Betracht bleiben.

2) Das GKG gilt, soweit nichts anderes bestimmt ist, gem. §§ 12 VI S. 1 ArbGG, 189 I VwGO, 140 I FGO auch in diesen Verfahren.

Abs. 4 FGO oder §§ 276 Abs. 3 S. 1 ZPO bzw. 98 Abs. 3 SGG analog anwendet³⁾ - das Verfahren vor verweisendem und angewiesenem Gericht kostenrechtlich als Einheit angesehen. Obwohl die Rechtswegverweisung i.d.R. durch Urteil, nicht durch Beschluß ergeht, werden die vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten als Teil der Kosten des Adressatgerichts behandelt. Dementsprechend wird gem. § 33 Abs. 1 GKG das weitere Verfahren vor dem Adressatgericht und das Verfahren vor dem angerufenen Gericht als eine einzige Instanz i.S. des § 31 Abs. 1 GKG angesehen, so daß die Gebühren des § 25 Abs. 1 GKG nur einmal fällig werden. Ebenso erfolgt bezüglich der Anwaltsgebühren bei einer Verweisung nach § 14 BRAGebO eine einmalige Erhebung der Gebühren, falls - was häufig nicht der Fall sein wird - derselbe Anwalt vor den verschiedenen Gerichten tätig wird.

Zwar gehen die §§ 33 Abs. 1 GKG, 14 BRAGebO davon aus, daß das angegangene Gericht - meist ohne mündliche Verhandlung und ohne Sachprüfung - durch Beschluß bzw. durch Prozeßurteil wegen Unzuständigkeit verweist. Aber auch die Verweisungsvorschriften gehen von dieser Fallgestaltung aus⁴⁾. Da jedoch die Verweisungsvorschriften auch bei kumulativer Rechtswegzuständigkeit anzuwenden sind, muß auch die entsprechende Folgerung hinsichtlich der Kosten gezogen werden. Auch wenn mehrere Sachurteile über denselben Streitgegenstand ergehen, ist das Verfahren kostenrechtlich als Einheit anzusehen⁵⁾. Die

3) S.u.

4) S.o. § 7 C.

5) Dieter BAUR, Diss. S. 115 f.; so auch BVerwGE 18, 181 (187), das zwar selbst eine Verweisung ausschließt.

nach § 25 Abs. 1 GKG anfallenden Gebühren sind gem. §§ 33 Abs. 1, 31 Abs. 1 GKG nur jeweils einmal zu erheben.

Damit werden kostenrechtliche Härten für den Kläger vermieden. Denn es ist unbillig, daß er bei einem - zwar unbegründeten - einzelnen Klagebegehren zweimal Kosten tragen muß, nur weil die Zuständigkeitsordnung ausnahmsweise die sachliche Erledigung eines einheitlichen Streitgegenstands durch ein einziges Gericht ausschließt. Dem Kläger, der aus freiem Entschluß irrtümlich ein unzuständiges Gericht anruft, kommt man in den Kosten entgegen. Bei einer mehrfachen Zuständigkeit müssen aber dem Kläger, der nach der hier vertretenen Ansicht der begrenzten Entscheidungsbefugnis des angegangenen Gerichts⁶⁾ zwangsläufig in jedem Fall ein - teilweise - unzuständiges Gericht anruft, erst recht diese Kostenvorteile eingeräumt werden⁷⁾. Ihm können, falls er vor allen zuständigen Gerichten unterliegt, nur einmal die jeweiligen Gebühren abverlangt werden.

Noch deutlicher zeigt sich die Unbilligkeit der h.M., die keine Verweisung zuläßt, wenn der Klage vom zweiten Gericht stattgegeben wird. Als unterliegende Partei vor dem Erstgericht - nur dann kann es zu einem weiteren Prozeß kommen⁸⁾ - trägt der Kläger die Kosten für dieses Verfahren, während im Verfahren vor dem angewiesenen Gericht der Be-

6) S.o. § 5 D.

7) So auch ausdrücklich OLG Köln, OLGZ 1968 S. 10 (17), das allerdings HABSCHEID folgend von mehreren Streitgegenständen ausgeht und deshalb eine Verweisung zuläßt (s.o. § 5 C I).

8) S.o. § 7 B.

klagte als unterliegende Partei die Kosten entrichten muß. Jede Partei muß die Gebühren des § 25 Abs. 1 GKG jeweils einmal zahlen. Das entspricht nicht dem regelmäßigen Ergebnis in den Fällen der Anspruchskonkurrenz; wonach der Kläger, dessen Klage aus irgendeiner Anspruchsgrundlage für begründet erklärt wird, als obsiegende Partei i.d.R. keine Kosten zu tragen hat.

Dieser Interessenlage wird man jedoch mit einer Verweisung gerecht. Denn dann gilt die kostenrechtliche Einheit des Verfahrens und damit der einmalige Anfall der Gebühren gem. §§ 33 Abs. 1 GKG, 14 BRAGebO, die der Beklagte als letztlich unterliegende Partei tragen muß. Dabei fragt sich nur noch, wer für die infolge der Verweisung entstehenden Mehrkosten aufkommen muß. Denn diese - meist in Form höherer Anwaltskosten - entstehen fast immer, da sie die Differenz zwischen den Kosten, die dem Beklagten im Rechtsstreit tatsächlich erwachsen sind, und den Kosten, die ihm erwachsen wären, wenn der Rechtsstreit sofort vor dem zuständigen Adressatgericht anhängig geworden wäre, bilden. Hätte der Kläger sofort das Adressatgericht angerufen, hätte dieses der Klage stattgegeben, so daß der Rechtsstreit vor einem einzigen Gericht endgültig entschieden worden wäre, und ein weiteres Gericht sich nicht damit hätte beschäftigen müssen.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der infolge einer Rechtswegverweisung entstehenden Mehrkosten besteht nicht, wie überhaupt eine Vorschrift hinsichtlich der Kosten bei einer Rechtswegverweisung nur in §§ 155 Abs. 4 VwGO, 136 Abs. 4 FGO enthalten ist, während die ZPO und das SGG in dieser

Hinsicht schweigen. Die ZPO regelt jedoch die Frage der Mehrkosten infolge einer Verweisung wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit in § 276 Abs. 3 S. 2 in der Weise, daß der Kläger sie zu tragen hat.

Nach fast einhelliger Meinung⁹⁾ ist deshalb für die infolge einer Verweisung von Gerichtsbarkeit zu Gerichtsbarkeit i.S. des Art. 95 GG entstehenden Mehrkosten § 276 Abs. 3 S. 2 ZPO entsprechend anzuwenden. Der abweichenden Ansicht¹⁰⁾, die § 155 Abs. 5 VwGO

9) BSGE 2, 23 (29); BGHZ 12, 52 (60); BGH, NJW 1954 S. 311 (313); BVerwGE 25, 299 (305); OLG Köln, NJW 1967 S. 735 (737); BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 17 Anm. 3 B; ZÖLLER-KARCH, GVG § 17 Anm. III 3; SCHUMANN-LEIPOLD in STEIN-JONAS-POHLE, ZPO § 276 Anm. IX 3; PETERS-SAUTTER-WOLFF, SGG § 52 Anm. 3 c; KLINGER, VwGO § 155 Anm. b; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 41 Rdnr. 19 u. § 155 Rdnr. 15; SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 155 Anm. 4; ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO § 34 Rdnr. 31; von WALLIS-LIST in HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, FGO § 34 Rdnr. 15.

10) VG Düsseldorf, NJW 1968 S. 1947; wohl auch KOEHLER, VwGO § 155 Anm. VI 3; TIPKE-KRUSE, FGO § 34 Rdnr. 3 u. § 136 Rdnr. 3.

Das VG Düsseldorf wendet § 155 V VwGO an, wonach Kosten, die durch das Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden können (vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 155 Rdnr. 17, ob das entgegen dem Wortlaut des § 155 V VwGO - entsprechendes gilt für den gleichlautenden § 137 S. 2 FGO - eine Mußvorschrift ist). Denn § 155 V VwGO (bzw. § 137 S. 2 FGO) folge direkt auf den in Anlehnung an die §§ 276 III S. 2 ZPO, 98 III SGG, die für die Verweisung wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit erlassen sind, gebildeten § 155 IV VwGO (bzw. § 136 IV FGO). Dagegen sei die Vorschrift über die Mehrkosten des § 276 III S. 2 ZPO nicht in die VwGO (bzw. FGO) aufgenommen. Demnach sei trotz § 173 VwGO (bzw. § 155 FGO) § 155 V VwGO (bzw. § 137 S. 2 FGO) bei einer Rechtsweg-

(bzw. § 137 S. 2 FGO) angewendet, ist entgegenzuhalten, daß der vorhergehende § 155 Abs. 4 VwGO (bzw. § 136 Abs. 4 FGO) auch die Kosten der Verweisung wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit gem. § 83 VwGO (bzw. § 70 FGO) regelt. Daß aber die VwGO (bzw. die FGO) für letztere eine andere Regelung als die ZPO treffen wollte, ist nicht ersichtlich. Die §§ 155 Abs. 5 VwGO und 137 S. 2 FGO gelten¹¹⁾ hinsichtlich der Mehrkosten einer Rechtswegverweisung (und einer Verweisung wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit) nur, wenn sie durch das Verschulden eines Beteiligten entstanden sind¹²⁾, wobei "Verschulden" mehr als ein bloßes Verursachen voraussetzt. Vielmehr ist mit der h.M. grundsätzlich § 276 Abs. 3 S. 2 ZPO anzuwenden.

Zwar paßt die Anwendung dieser Vorschrift

verweisung anzuwenden, da insoweit eine ausdrückliche Regelung getroffen sei. Das VG übersieht zunächst, daß eine direkte Anwendung des § 155 IV VwGO in dem hier vorliegenden Fall nicht in Betracht kam, da eine Verweisung nach § 17 III GVG erfolgt war, während in § 155 IV VwGO nur die Verweisung gem. § 41 (u. § 83) VwGO, also von einem Verwaltungsgericht an eine andere Gerichtsbarkeit des Art. 95 GG geregelt ist. Weiterhin ist den Ausführungen des VG nicht zu entnehmen, wem die Mehrkosten aufzuerlegen sind, wenn - wie auch in dem dem VG vorliegenden Falle - den Kläger kein Verschulden an der Anrufung des unzuständigen Gerichts trifft. Dem Beklagten können die Kosten jedenfalls nicht zur Last fallen, da er insofern keine Möglichkeit zur Einwirkung hat.

11) Als z.B. den §§ 95 - 98 ZPO entsprechenden Vorschriften.

12) EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 155 Rdnr. 17; ZIEMER-BIRKHOLZ, FGO § 136 Rdnr. 16; BECKER in BECKER-RIEWALD-KOCH, FGO § 136 Anm. 2.

an sich nicht auf unsere Fälle mehrfacher Zuständigkeit, da sie praktisch ein Verschulden des Klägers fingiert, weil er - unabhängig davon, ob vermeidbar oder nicht - ein falsches Gericht angerufen hat, was für ihn entsprechend höhere Kosten mit sich bringen kann. Bei einer mehrfachen Zuständigkeit hat der Kläger jedoch gar kein unzuständiges Gericht angerufen; andererseits läßt sich immerhin ein "Verschulden" des Klägers damit begründen, daß er zunächst das Gericht angerufen hat, das seiner Klage nicht stattgegeben hat. Hätte er sofort das Adressatgericht angerufen, wären keine Mehrkosten entstanden. Deshalb ist eine Auferlegung dieser Mehrkosten auf den Beklagten und auch eine Aufteilung dieser Kosten durch eine entsprechende Anwendung der §§ 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, 155 Abs. 1 S. 1 VwGO, 131 Abs. 1 S. 1 FGO je zur Hälfte auf die Parteien unzulässig. Die Mehrkosten - meist in Form von höheren Anwaltskosten - hat der Kläger zu tragen. Immerhin braucht er aber nicht Gerichtsgebühren, die freilich geringer als die Anwaltsgebühren sind, für die Verhandlung vor dem angerufenen Gericht zu zahlen, wie das nach der h.M., die keine Verweisung zuläßt, der Fall ist. Insgesamt ist mit der Zulässigkeit einer Verweisung bezüglich der Kosten entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts¹³⁾ ein wesentlich billigeres Ergebnis als bei mehreren selbständigen Klagen, wie sie die h.M. zuläßt, gegeben¹⁴⁾.

13) VerwRespr. Bd. 13 Nr. 75: "... kostenrechtliches Interesse der Kl. wird nicht (beim Unterbleiben einer Verweisung) entscheidend (!) berührt."

14) Geht man von mehreren Streitgegenständen aus, ergibt sich im wesentlichen kostenrechtlich kein Unterschied zur hier ver-

B Die Wahrung von Fristen

Der Ausschluß einer Verweisung kann auch zu Unbilligkeiten führen, wenn es um die Wahrung von Fristen geht. Bei einer Verweisung tritt nämlich, wenn durch die Klage eine Frist gewahrt werden soll, diese Wirkung bereits mit der Klageerhebung vor dem verweisenden Gericht ein (vgl. Abs. 3 S. 4 der Rechtswegvorschriften).

Was die Verjährung materieller Ansprüche angeht, wird man auch bei der Unzulässigkeit einer Verweisung zu annehmbaren Ergebnissen kommen. Zwar gilt in den für die Unterbrechung der Verjährung einschlägigen §§ 209, 220 BGB¹⁵⁾ der Anspruchsbegriff des § 194 BGB also ein materieller Anspruchsbegriff. Jedoch spricht § 209 BGB von der Klage auf "Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs", also der Leistungs- und Feststellungsklage. Der Streitgegenstand der hier interessierenden Leistungsklage ist aber nach heutiger prozessualer Auffassung¹⁶⁾ nicht identisch mit dem materiellen Anspruch als Verjährungsobjekt i. S. des § 194 BGB, so daß die Unterbrechung der Verjährung für alle materiellen Ansprüche eintritt, die von dem der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts unterliegenden Streitgegenstand erfaßt sind¹⁷⁾.

tretenen Ansicht. Zwar liegen mehrere Streitgegenstände vor, jedoch wird kostenrechtlich - unabhängig von allen Streitgegenstandstheorien - bei einem einheitlichen Klagebegehren auch nur von einem Streitgegenstand ausgegangen.

15) Vgl. auch § 267 ZPO.

16) S.o. § 2 E.

17) Bay OBLGZ 1956 S. 65 (75); SCHUMANN-LEIPOLD in STEIN-JONAS-POHLE, ZPO § 267 Anm. II 1; HENCKEL, Streitgegenstand S. 280;

§ 211 Abs. 2 BGB greift hinsichtlich der materiellen Ansprüche, die nicht der Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts unterfallen, nicht ein, da der Prozeß über diese Ansprüche nicht wegen einer Untätigkeit der Parteien, sondern wegen der Rechtshängigkeit des gesamten Streitgegenstands nicht vor dem zuständigen Gericht betrieben werden kann¹⁸⁾.

Soll jedoch eine prozessuale Frist eingehalten werden, kann der Kläger unter Umständen in Schwierigkeiten kommen¹⁹⁾, da nicht verwiesen werden darf und nur eine zulässige Klage die Frist wahren kann. So kann z.B. bei einer Konkurrenz von Amtshaftungsanspruch und Anspruch aus Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht der Kläger die Frist des § 74 VwGO versäumen - gem. § 126 Abs. 3 BRRG ist auch vor der Erhebung einer Leistungsklage wegen Verletzung der Fürsorgepflicht ein "Vorverfahren" durchzuführen -, weil er gezwungenermaßen, nämlich um nicht den gem. § 852 BGB schon nach drei Jahren verjährenden Amtshaftungsanspruch zu verlieren, zuerst vor dem Zivilgericht klagt. Dann aber kann er wegen der Rechtshängigkeit des Streitgegenstands nicht noch vor dem Verwaltungsgericht gleichzeitig aus Verletzung der Fürsorgepflicht klagen. Hier hilft nach einer Verweisung Abs. 3 S. 4 der Rechtswegvorschriften, wonach eine

ders., JZ 1962 S. 335; SCHWAB, Streitgegenstand S. 136; GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 190.

18) HENCKEL, JZ 1962 S. 335 f.

19) Das gibt das VG Berlin, EFG 1963 S. 428 (429), das keine Verweisung zuläßt, selbst zu; in dem ihm vorliegenden Tatbestand ergaben sich jedoch keine Nachteile für den Kläger.

Frist auch dann als gewahrt gilt, wenn sie an sich im Zeitpunkt der beim Adressatgericht gem. Abs. 3 S. 3 der Rechtswegvorschriften eintretenden Rechtshängigkeit verstrichen wäre, sofern nur die Klage beim verweisenden Gericht rechtzeitig erhoben war²⁰⁾.

20) Vgl. z.B. für die Wahrung der Frist gem. § 74 VwGO: BVerwG, DVBl. 1963 S. 858 (die frühere Respr. des BVerwG - E 6, 328 (332) u. DVBl. 1960 S. 729 - ist nach Inkrafttreten der VwGO überholt); Hess VGH, NJW 1965 S. 603 (604); EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 74 Rdnr. 2; ULE, VwGO § 83 Anm. III 2; KLINGER, VwGO § 75 Anm. B 3; REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 74 Rdnr. 3; SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 74 Anm. 3 a; s. auch zur Wahrung einer Ausschlussfrist durch eine Verweisung neustens Bay OLG, NJW 1969 S. 191 (193 f.). Infolge der Vorschrift des Abs. 3 S. 4 der Rechtswegvorschriften braucht man nicht, wie HABSCHIED - Streitgegenstand S. 164 Fn. 42a - meint, damit eine Verjährungsfrist unterbrochen wird, ausnahmsweise ein Rechtsschutzbedürfnis für eine weitere gleichzeitige Klage anzunehmen. Nach der von mehreren Streitgegenständen ausgehenden Ansicht können mehrere gleichzeitige Klage über dasselbe Begehren vor verschiedenen Gerichten anhängig sein. So, von einem materiellen Streitgegenstandsbegriff ausgehend, RGZ 164, 280 f.; unverständlicher Weise zweifelnd und offen lassend STEIN-JONAS-POHLE, ZPO Einl. E III 2 b, obwohl dort von verschiedenen Streitgegenständen ausgegangen wird (s.o. § 6 D III), die unstr. eine Klagenhäufung bewirken. Zum Standpunkt der auch im materiellen Recht von einem Anspruch ausgehenden Ansicht vgl. GEORGIADIS, Anspruchskonkurrenz S. 190. Eine weitere gleichzeitige Klage ist allerdings i.d.R. mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen - HABSCHIED, Streitgegenstand S. 164, 280 f. -, da sonst der Kläger u.U. mehrere ihm dasselbe Begehren zusprechende Urteile erhalten könnte. Im übrigen müßte HABSCHIED, wenn er ein Rechtsschutzbedürfnis für eine weitere Klage ausnahmsweise bejahen würde, deshalb auch dann eine Aussetzungspflicht analog §§ 148 ZPO, 94 VwGO, 74 FGO, 114 II SGG des Gerichts, bei dem die

Zusammenfassung zum Zweiten Teil

Abschließend läßt sich zu den Fällen, in denen mehrere Gerichtsbarkeiten zur Entscheidung über ein auf einen Sachverhalt gestütztes Klagebegehren nebeneinander zuständig sind, sagen:

Jedes Gericht ist nur im Rahmen der Zuständigkeitsordnung begrenzt entscheidungsbefugt. Das zuerst angegangene Gericht kann aber nach einer abweisenden Entscheidung trotz eines einheitlichen Streitgegenstands auf Antrag des Klägers in andere zuständige Gerichtsbarkeiten verweisen, da vom Erstgericht nur über einen Teil des Streitgegenstands, den Urteilsgegenstand, rechtskräftig entschieden worden ist. Dieses Vorgehen widerspricht nicht dem Grundsatz der Prozeßökonomie und hat gleichzeitig ein vor allem in kostenrechtlicher Hinsicht billiges Ergebnis zur Folge.

Streitsache später rechtshängig wird, annehmen, bis vom Erstgericht rechtskräftig entschieden worden ist. Das kann wieder kostenrechtliche Nachteile mit sich bringen, wenn der Klage schon vom Erstgericht stattgegeben wird, da die andere Klage abgewiesen bzw. vom Kläger zurückgenommen werden muß; vgl. BLOMEYER, Festschr. der FU S. 76.

Dritter Teil

Die Alternativität aufgrund streitiger rechtlicher Einordnung des Klageanspruchs

Nun soll die Fallgruppe untersucht werden, in der, abhängig von der rechtlichen Qualifikation des zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalts, mehrere Rechtswegzuständigkeiten zur Entscheidung in Betracht kommen.

Einen solchen Fall der Alternativität hatte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15. Febr. 1961¹⁾ zu beurteilen: Der Kläger war in einer Schule als Lehrer beschäftigt und machte vor dem Verwaltungsgericht mit der Behauptung, er sei Beamter, einen Zahlungsanspruch geltend. Die beklagte Stadt wandte jedoch ein, der Kläger sei nur Angestellter, so daß nicht das Verwaltungs-, sondern das Arbeitsgericht zuständig sei. Die tatsächlichen Behauptungen des Klägers waren also unbestritten; nur die Qualifikation des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wurde, war streitig.

§ 9 Die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit

Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts innerhalb dieser Entscheidung zur Frage des Vorgehens bei der Prüfung der Rechts-

1) BVerwGE 12, 64 ff.

wegzuständigkeit sollen als Ausgangspunkt der Untersuchungen zu diesem Problem in den Fällen der Alternativität dienen.

A Die Bestimmung der Zuständigkeit nach der möglichen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs

Das Bundesverwaltungsgericht sagt: "Bei der Prüfung des Rechtswegs ist von den Behauptungen des Klägers auszugehen. Ergeben diese Behauptungen - ihren Nachweis unterstellt -, daß eine vor das angerufene Gericht gehörende Streitigkeit vorliegen kann²⁾, so ist der Rechtsweg zu bejahen. Ergibt die nähere Prüfung der Klage, insbesondere die Beweisaufnahme, daß ein vor das angerufene Gericht gehörendes Rechtsverhältnis nicht besteht, so ist die Klage unbegründet."

Diesen Ausführungen hat sich ein späteres Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Sept. 1965³⁾ bei einem ähnlich gelagerten Tatbestand in fast wörtlicher Übereinstimmung angeschlossen.

Sie besagen, der Rechtsweg sei schon dann eröffnet, wenn nach den Behauptungen des Klägers eine vor das angerufene Gericht gehörende Streitigkeit vorliegen kann. Zur Bekräftigung dieser Aussage wird eine Entscheidung des Reichsgerichts⁴⁾ zitiert. Ob das aber berechtigt ist, ist schon sehr zweifelhaft.

2) Hervorhebung durch den Verf.

3) BVerwGE 22, 45 ff. Der diesem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt wird von BAUR - Festschr. f. von HIPPEL S. 8 Fn. 28 - fälschlich der Fallgruppe der rechtlichen Kumulation zugeordnet.

4) RGZ 145, 369 (374).

Denn im Verfahren vor dem Reichsgericht ließ sich bereits dem Vorbringen des Klägers eindeutig entnehmen, daß er die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts begehrte, so daß schon die Möglichkeit des Zivilrechtswegs entfiel. Der Streitgegenstand, dessen Rechtsnatur für die Zuständigkeit ausschlaggebend ist⁵⁾, konnte garnicht bürgerlich-rechtlich i.S. des § 13 GVG sein⁶⁾. Im Anschluß an die Feststellung, daß der ihm vorgelegte Sachverhalt, der Streitgegenstand, nicht bürgerlich-rechtlich sein kann, sagt das Reichsgericht als obiter dictum, daß mindestens die Möglichkeit eines solchen bürgerlich-rechtlichen Streitgegenstands bestehen müsse⁷⁾. Da es im konkreten Falle aber schon daran mangelte, konnte und wollte das Reichsgericht dahingestellt sein lassen, ob über dieses "mindestens" hinaus ein Mehr - nämlich wirklich ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch - gegeben sein muß.

Bei der Prüfung der Zuständigkeit⁸⁾ formulieren andere Entscheidungen⁹⁾ gleich oder

5) S.o. § 3.

6) Vgl. auch LÜKE, AöR Bd. 84 S. 192.

7) So auch BGH, NJW 1967 S. 156 (157).

8) Für die Prüfung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit gilt das selbe wie für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit; vgl. RGZ 103, 18 (19); BAG, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung 1. Leitsatz; STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 12 Anm. III 3; ZÖLLNER in Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 692. Somit kann im folgenden auch Respr. und Lit. herangezogen werden, die sich mit der Prüfung dieser Sachurteilsvoraussetzungen befassen.

9) RGZ 150, 174 (176); 152, 178 (184); 153, 106 (115); 167, 312 (315); BGHZ 5, 76 (82); 14, 222 (225); 41, 264 (265); BGH, NJW 1956 S. 17 (18); BGH, NJW 1961 S. 1356;

ähnlich¹⁰⁾ wie das Bundesverwaltungsgericht in den beiden oben genannten Entscheidungen. Ob aber wirklich alle diese Entscheidungen schon die Zuständigkeit annehmen, wenn der Anspruch möglicherweise die erforderliche Rechtsnatur hat, ist zweifelhaft. So sagt eine dieser Entscheidungen¹¹⁾ z.B., schon bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs sei u.U. die Hauptsache selbst i.S. einer Schlüssigkeitsprüfung¹²⁾ zu erörtern. Das spricht gerade für die gleich angeführte gegenteilige Ansicht im Vorgehen der Prüfung der Rechtswegzuständigkeit. Auf die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts soll im einzelnen im Anschluß an die Besprechung dieser gegenteiligen und wohl als h.M. zu bezeichnenden Ansicht eingegangen werden.

B Die Bestimmung der Zuständigkeit nach der wahren Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs

Bevor diese h.M. dargestellt wird, ist kurz auf den Ausgangspunkt der Rechtswegprüfung einzugehen. Danach¹³⁾ ist zunächst nach allge-

BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 691 mit zust. Anm. ZÖLLNER; BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 mit zust. Anm. DIETZ, der allerdings unter Ziff. 2 wohl die gegenteilige Ansicht vertritt.

- 10) Z.B.: Der Rechtsweg sei gegeben, wenn das Vorbringen des Klägers für einen der Zuständigkeit unterliegenden Anspruch "Raum lasse".
- 11) BGH, NJW 1956 S. 17 (18).
- 12) S. dazu unten B Anm. 21.
- 13) Entsprechendes - s.o. A Anm. 8 - gilt für die Prüfung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit.

meiner Ansicht von den Behauptungen des Klägers auszugehen, in den hier zu besprechenden Fällen des unstreitigen Sachverhalts bestehen insoweit keine Schwierigkeiten, so daß - wie es teilweise geschieht¹⁴⁾ - längere Ausführungen zur Frage der Beweisbedürftigkeit der vom Kläger vorgetragene Tatsachen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung überflüssig sind.

Auf die Rechtsansicht der Parteien, auch des Klägers, kommt es nicht an¹⁵⁾. Daß die Rechtsansicht der Parteien nicht entscheidend ist, ergibt sich aus dem Grundsatz der Trennung von Tatsachenbeibringung durch die Parteien und Rechtsfindung durch das Gericht, wie er in den Sätzen "da mihi factum, dabo tibi ius" und "iura novit curia" niedergelegt ist¹⁶⁾. Der Kläger braucht keine Rechtsausführungen zu machen, und falls er solche macht, sind sie nicht für das Gericht bindend.

-
- 14) LAG Hamm, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953 mit insoweit abl. Anm. NIKISCH Bl. 2; BAG, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.
- 15) RGZ 157, 106 (115); BGHZ 29, 187 (189) u. 34, 349 (353); BGH, LM Nr. 66 zu § 13 GVG; BVerwGE 2, 273 (174) u. 20, 199 (200); BVerwG, NJW 1965 S. 929; BAG, AP Nr. 8 zu § 5 ArbGG Bl. 862; BAG, AP Nrn. 2, 26 u. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, das die entgegengesetzte Ansicht des BAG, AP Nrn. 3 (mit abl. Anm. DIETZ) u. 14 (mit abl. Anm. NEUMANN-DUESBERG) zu § 2 ArbGG 1953 als unhaltbar aufgegeben hat. NIKISCH in Anm. zu LAG Hamm, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; ROSENBERG, ZPR § 11 II 3 a.
- 16) Deshalb ist es auch irrig, wenn der Bay KKGH, BayObLGZ Bd. 28 S. 833 (836) behauptet, der Kläger könne aus dem Grundsatz der Parteibestimmung sein Begehren von einem von ihm gewählten Gericht prüfen lassen.

Somit hat nach der h.M. das Gericht, ausgehend von dem ihm unterbreiteten Sachverhalt¹⁷⁾, zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch wirklich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet. Meist wird heute deshalb formuliert¹⁸⁾, für den Rechtsweg sei die wahre Natur des erhobenen (prozessualen) Anspruchs entscheidend. Es reicht nicht aus, daß der Anspruch möglicherweise die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründende Rechtsnatur hat¹⁹⁾. Wendet also der Beklagte aufgrund einer anderen rechtlichen Einordnung des Klagebegehrens die mangelnde Zuständigkeit ein, muß das Gericht u.U. schon bei der Zuständigkeitsprüfung eine begrenzte Prüfung materiellrechtlicher Fragen anstellen²⁰⁾, indem es untersucht, ob der vorgebrachte Sachverhalt wirklich die Zuständigkeit des Gerichts ergibt²¹⁾. Dieses Erfordernis

17) Vgl. aber unten § 13 C, ob und inwieweit dieser maßgebliche Sachverhalt im Verfahren mit Untersuchungsmaxime durch gerichtseigene Ermittlungen abgeändert oder erweitert werden kann.

18) BGHZ 9, 65 (66); 16, 275 (281); 49, 282 (285); BAG, AP Nr. 1 zu § 92 HGB Bl. 264; Bay VGH, VerwRespr. Bd. 6 Nr. 43 S. 214 u. Bd. 12 Nr. 157 S. 617; OLG München, SAE 1956 Nr. 14; BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 13 Anm. 4; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr. 1; TIEDAU, ZZP Bd. 64 S. 418; NEUMANN-DUESBERG in Anm. zu BAG, AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 246; RUPP, AÖR Bd. 85 S. 168.

19) So ausdrücklich BGHZ 10, 164 (165); vgl. auch NIKISCH in Anm. zu LAG Hamm, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; F. WEBER in Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 61 KO.

20) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 12 Anm. III 3; GRUNSKY, ZZP Bd. 80 S. 71.

21) So führen RAGE 2, 121 (122); RAG, ArbRS Bd. 3 S. 87 (90) u. 6 S. 43 (44); BGHZ 1, 102 (105); BGH, NJW 1956 S. 17 (18); STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 12 Anm. V 2 u. vor § 1 Anm. IV 1 a sinngemäß aus,

besteht aber auch dann, wenn der Beklagte nichts einwendet, da die "Zulässigkeit des Rechtswegs" als Sachurteilsvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen ist und eine Prorogation der Rechtswegzuständigkeit nicht zulässig ist²²⁾.

Daß dieser h.M. und nicht der gegenteiligen Ansicht, wie sie in den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts²³⁾ besonders deutlich wird, gefolgt werden muß, soll auf zweifachem Wege begründet werden. Zunächst soll die Unvereinbarkeit der Ansicht, die die Zuständigkeit nach der möglichen Rechtsnatur des Anspruchs bestimmt, mit der heutigen prozessualen Streitgegenstandsauffassung und weiterhin ihre unbefriedigenden Folgerungen in der juristischen Praxis aufgezeigt werden.

die vorgebrachten Tatsachen müßten schlüssig die Zuständigkeit des Gerichts ergeben. Der Terminus "schlüssig" sollte allerdings in diesem Zusammenhang mit Vorsicht und unter Vorbehalt gebraucht werden, da mah im Verfahren mit Verhandlungsmaxime von einer Schlüssigkeitsprüfung spricht, wenn die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen zunächst daraufhin untersucht werden, ob sie die Klage überhaupt begründet erscheinen lassen können. Deshalb sollte man im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung allenfalls von einer "begrenzten Schlüssigkeitsprüfung" sprechen; vgl. z.B. LÜKE, Jus 1961 S. 44. Ob der Sachverhalt wirklich die Zuständigkeit des Gerichts ergibt, prüfen auch: BAGE 9, 313 (318); BAG, NJW 1961 S. 2132 Leits. b u. 1964 S. 1435 (1436); LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; VOLKMAR, RdA 1950 S. 13; BÖTTICHER, ZZP Bd. 72 S. 60.

22) S.o. § 5 C II.

23) S.o. S. 112.

C Bestätigung der Ansicht, die die Zuständigkeit nach der wahren Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs bestimmt, durch die prozessuale Streitgegenstandsauffassung

Die h.M. läßt sich nicht damit begründen, das Prozeßrecht gehe vom Grundsatz der Trennung von tatsächlichem Vorbringen der Parteien und Rechtsfindung durch das Gericht aus²⁴⁾. Denn auch die abweichende Ansicht prüft - wenn auch nur oberflächlich - die (mögliche) Rechtsnatur des Anspruchs und hält die Rechtsansicht der Beteiligten für unerheblich²⁵⁾.

Entscheidendes Argument für die Richtigkeit der h.M., wonach es auf die wahre Rechtsnatur des Anspruchs ankommt, ist vielmehr die heutige prozessuale Streitgegenstandsauffassung. Der Kläger macht nicht bestimmte materielle Ansprüche geltend, sondern richtet ein prozessuales Begehren an das Gericht bzw. stellt eine Rechtsbehauptung auf²⁶⁾. Nach richtiger Auffassung richtet sich das Bestehen eines materiellen Anspruchs, also die materiell-rechtliche Begründetheit des Klagebegehrens, danach, ob das gesamte Recht einen Anspruch der erhobenen Art gewährleistet²⁷⁾. Negativ formuliert: Ein

24) So BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung Bl. 544.

25) S.o. B.

26) S.o. § 2 E. Allerdings kann die Problematik alternativer Rechtswegzuständigkeit im Gegensatz zu der rechtlicher Kumulation (s.o. § 6 B) sich bei allen Klagearten ergeben.
Daß es letztlich um ein Problem der Streitgegenstandslehre geht, meint auch BÖTTCHER, ZZP Bd. 72 S. 60.

27) RUPP, AöR Bd. 85 S. 166.

Anspruch ist nicht unbegründet, wenn das von dem angerufenen Gericht anzuwendende Recht, sondern wenn die Gesamtheit der Rechtsnormen ihn versagt. Deshalb kann ein Anspruch sachlich erst geprüft werden, wenn sicher ist, daß der Sachverhalt dem vor dem Gericht geltenden Recht unterliegt. Erst wenn festgestellt ist, welches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden ist, kann über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs entschieden werden²⁸⁾. Das meint auch das Reichsgericht²⁹⁾, indem es ausführt, jede Sachentscheidung, ob sie den Anspruch zu- oder abspricht, bejahe gleichzeitig und notwendigerweise auch die Zugehörigkeit der Streitsache zur vor das angerufene Gericht gehörenden Rechtsmaterie und damit die Rechtswegzuständigkeit.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß das Gericht eine Klage nur dann als sachlich unbegründet abweisen kann, wenn das gesamte Recht den erhobenen Anspruch versagt und infolgedessen auch ein Abweichen vom sonstigen Vorgehen in der Zuständigkeitsprüfung gilt nur, wenn auf das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses geklagt wird. Im Falle einer solchen Feststellungsklage kann die Klage nur als unbegründet, nicht als unzulässig abgewiesen werden, wenn das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung der angerufenen Gerichtsbarkeit unterliegt, nicht besteht; eine andere Gerichtsbarkeit kommt nicht für eine Entscheidung in Betracht.

Daß der Kläger nicht eine bestimmte Anspruchsgrundlage, sondern ein prozessuales

28) RUPP, AöR Bd. 85 S. 167.

29) WarnRespr. Bd. 5 Nr. 454 S. 498 (499).

Begehren geltend macht, dessen Rechtfertigung durch das gesamte materielle Recht zu prüfen ist, gilt auch für die Ansicht, die den Streitgegenstand in einer gewissen Beziehung zum materiellen Recht sieht³⁰⁾. Denn sie unterscheidet zwischen Individualisierung und rechtlicher Qualifizierung des Anspruchs. Die Qualifizierung dient der Festlegung eines konkreten materiellen Anspruchs, während die Individualisierung lediglich die eindeutige Abgrenzung der begehrten Rechtsfolge gegenüber anderen Rechtsfolgen durch Angabe des erforderlichen Sachverhalts (= Klagegrund) vornimmt³¹⁾. Während letztere vom Kläger vorzunehmen ist, ist die Qualifizierung, die rechtliche Einordnung, Aufgabe des Gerichts, das an die vom Kläger gegebene Einordnung nicht gebunden ist³²⁾. Das Gericht hat die behaupteten Tatsachen nach allen einschlägigen Rechtsnormen zu beurteilen. Demnach liegt keine Veränderung des Streitgegenstands vor, wenn das Klagebegehren rechtlich anders eingeordnet wird³³⁾. Einer materiellrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand folgt aber offensichtlich das Bundesverwaltungsgericht³⁴⁾.

30) LENT, ZZP Bd. 65 S. 321 f. u. Bd. 72 S. 73 f.; LENT-JAUERNIG, ZPR S. 109 f., wonach der Streitgegenstand die aus dem vorgebrachten Sachverhalt abgeleitete Rechtsfolge bestimmten Inhalts ist. BLOMEYER, ZPR § 40 V, nach dem der Streitgegenstand die Feststellung eines angeblichen materiellen Anspruchs ist.

31) S.o. § 2 B.

32) S.o. B.

33) LENT, ZZP Bd. 65 S. 323; LENT-JAUERNIG, ZPR S. 110; BLOMEYER, ZPR § 40 V.

34) BVerwGE 12, 64 (66 f.), dessen Ausführungen zur Rechtswegzuständigkeit Ausgangspunkt der Untersuchungen sind. So wohl auch RAGE 20, 228 (229).

indem es behauptet, wenn aus einem anderen materiellrechtlichen Anspruch geklagt werde, würden trotz (gleicher Parteien und) gleichen Sachverhalts, verschiedene Rechtsfolgen begehrt, so daß auch verschiedene Streitgegenstände gegeben seien³⁵⁾.

Daß die Konsequenzen der Auffassung, die Zuständigkeit sei schon bei einer Möglichkeit eines Vorliegens der geforderten Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs gegeben, in den Fällen der Alternativität einer materiellrechtlichen Auffassung gleichkommt, läßt sich deutlich, vor allem an den Fragen der Rechtskraft, an ihren Folgerungen im weiteren Verlauf des Prozesses zeigen.

§ 10 Der Umfang der Rechtskraft bei der Bestimmung der Zuständigkeit nach der möglichen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs

Bejaht man die Zuständigkeit schon bei einer Möglichkeit der erforderlichen Rechtsnatur des Streitgegenstands, merkt aber in der Sachprüfung aufgrund von Beweisaufnahmen oder im Prozeß mit Untersuchungsmaxime aufgrund gerichtlicher Tatsachenermittlungen, daß für das Klagebegehren eine andere Gerichtsbarkeit zuständig ist, weil die Klage - wenn überhaupt - nur aus einem rechtlichen Gesichtspunkt begründet sein kann, der nicht vor die

35) Dementsprechend zieht BVerwGE 22, 45 (47) die Möglichkeit einer objektiven Klagenhäufung in Betracht, wobei es sich auf BGHZ 13, 145 (153) beruft, wo jedoch ein Fall der Kumulation entschieden wurde.

angerufene Gerichtsbarkeit gehört, kann die Klage nur als unbegründet, nicht als unzulässig abgewiesen werden. Die Rechtswegzuständigkeit kann nicht mehr verneint werden, da für sie schon die Möglichkeit der geforderten Rechtsnatur ausreicht. Das Gericht kann der Klage aber auch nicht stattgeben. Wollte es nämlich das Recht anwenden, das vor seiner Gerichtsbarkeit gilt, also aus einem Gesichtspunkt den Anspruch zusprechen, für den es zuständig ist, würde es gegen das materielle Recht verstoßen, da eben dieser materielle Anspruch nicht besteht¹⁾. Wollte es aber entsprechend der objektiv gegebenen Rechtslage anderes, "zuständigkeitsfremdes" Recht anwenden, also dem Begehren aus einem Gesichtspunkt stattgeben, für den es nicht zuständig ist, verstieße es gegen Prozeßrecht, nämlich die Rechtswegvorschriften, die gerade gewährleisten sollen, daß bei einer Entscheidung in der Hauptfrage ein Gericht nur über die ihm von der Zuständigkeitsordnung zugewiesenen materiellrechtlichen Fragen entscheidet²⁾.

A Umfassende Entscheidungsbefugnis nach der Ansicht BAURs

Anderer Auffassung ist allerdings auch für die Fälle der Alternativität wiederum BAUR.

Er bezieht die Fälle der Alternativität - sowohl bei unstreitigem, als auch bei streitigem³⁾ Sachverhalt - in seine Überlegungen

1) RUPP, AÖR Bd. 85 S. 168.

2) Zu den Ausnahmen s.o. § 5 C I.

3) S.u. § 14.

zur durch die Zuständigkeitsordnung selbst angeordneten Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs⁴⁾ ein⁵⁾, die er zum Schluß⁶⁾ gleichsam als Leitsatz folgendermaßen zusammenfaßt: "Ist ein Gericht nach der für dieses Gericht maßgebenden Regelung der Rechtswegzuständigkeit zulässigerweise mit einem Rechtsstreit befaßt, so hat es auch 'zuständigkeitsfremde' tatsächliche oder rechtliche Elemente in seine Entscheidung einzubeziehen, sofern dies notwendig ist, um den Rechtsstreit abschließend entscheiden zu können."

Das Gericht muß nach der Zuständigkeitsordnung zulässigerweise mit dem Rechtsstreit befaßt sein, mit anderen Worten zuständig sein. Läßt man jedoch die wahre Natur des Anspruchs für die Zuständigkeit entscheidend sein, kann sich in den Fällen der Alternativität nicht die Frage nach einer Entscheidungsbefugnis über "zuständigkeitsfremde" Ansprüche ergeben. Entweder ist das angerufene Gericht nach der Zuständigkeitsordnung zur Sachprüfung berechtigt, ohne daß eine andere Gerichtsbarkeit zur Entscheidung in Betracht kommt, oder es ist unzuständig, so daß auch nach BAURs Anschauung überhaupt keine Entscheidungsbefugnis vorliegt. Das Ergebnis einer Entscheidungsbefugnis über "zuständigkeitsfremde" Ansprüche kann nur in Betracht gezogen werden, wenn man nicht auf die wahre Natur des Streitgegenstands bei der Zuständigkeitsprüfung abstellt. Indem nun BAUR, falls sich in der Sachprüfung herausstellt,

4) S.o. § 5 C.

5) Festschr. für von HIPPEL S. 5, 9 f.

6) A.a.O. S. 25.

daß das Begehren doch nur aufgrund einer Anspruchsgrundlage begründet sein kann; die vor einer anderen Rechtswegzuständigkeit geltend zu machen ist, dennoch das angerufene Gericht auch über diese entscheiden läßt, verschlimmert er noch die Auswirkungen des falschen Vorgehens bei der Rechtswegbestimmung⁷⁾. Abgesehen von den oben⁸⁾ gegen BAUR geltendgemachten Bedenken würde die Zuständigkeitsordnung ausgehöhlt, da die Gefahr der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch an sich unzuständige Gerichtsbarkeiten sehr groß wäre. In den Fällen der Alternativität kann auch nicht - wie BAUR es tut - von einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs gesprochen werden. Zwischen den in Betracht kommenden, sich rechtlich ausschließenden materiellen Ansprüchen wird i.d.R. kein Sachzusammenhang bestehen. Vor allem kommt hier der Gedanke der Prozeßökonomie, derentwegen BAUR seine These der umfassenden Entscheidungsbefugnis aufstellt und der für die Fälle der Kumulation eine gewisse Berechtigung hatte -

7) Ausdrücklich gegen eine umfassende Entscheidungsbefugnis des angerufenen Gerichts in den Fällen der Alternativität: BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 mit zust. Anm. DIETZ; ZÖLLNER in Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953; RUPP, AÖR Bd. 85 S. 168. Wie BAUR allerdings auch bei verschiedenen ausschließlichen Gerichtsständen NIKISCH, ZPR § 21 V. An anderer Stelle - Streitgegenstand S. 159 - behandelt NIKISCH jedoch entgegen SCHEUERLES - JZ 1965 S. 66 Fn. 8 - und ZÖLLNERS - Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 - Aussage eine Entscheidungsbefugnis des angerufenen Gerichts über alle in Betracht kommenden materiellen Ansprüche nur für die Fälle der Kumulation, nicht der Alternativität, wie auch sein Hinweis auf RGZ 27, 385 (Fall der Kumulation) zeigt.

8) S.o. § 5 C u. D.

sofern man wie die h.M. mehrere selbständige Verfahren zuläßt -, nicht zum Tragen⁹⁾.

Nach richtiger Ansicht kann das angerufene Gericht in den Fällen der Alternativität nur über die materiellen Ansprüche, zu deren Überprüfung es nach seiner Zuständigkeitsordnung befugt ist, sachlich entscheiden.

B "Beschränkte Rechtskraft"

Nach einem solchen Sachurteil ist eine weitere bzw. abweichende Entscheidung über den Streitgegenstand durch eine andere Gerichtsbarkeit ausgeschlossen, da gem. §§ 322 Abs. 1 ZPO, 121 VwGO, 110 Abs. 1 FGO, 141 SGG eine rechtskräftige Entscheidung gegeben ist. Dieser Streitgegenstand ist aber in den Fällen der Alternativität - wie oben¹⁰⁾ gezeigt - nach heutiger prozessualer Lehre nicht der materiellrechtliche Anspruch, über den das Gericht als zuständiges sachlich entschieden hat, so daß die Rechtskraft auf letzteren beschränkt wäre. Vielmehr ist der Streitgegenstand das vom Kläger gemachte Begehren bzw. die Rechtsbehauptung, über die sachlich geurteilt worden ist.

Damit bliebe nach der Ansicht, die die Zuständigkeit nicht wie die h.M. nach der wahren Natur des prozessualen Anspruchs bestimmt, nicht die Möglichkeit, vor einer anderen Gerichtsbarkeit dasselbe Klagebegehren geltend zu machen, obwohl letzteres durchaus aus einem rechtlichen Gesichtspunkt begründet sein kann, zu dessen Prüfung diese Gerichtsbarkeit

9) S.u. § 12.

10) § 9 C.

befugt wäre. In den Fällen der Alternativität kann man nicht wie in denen der Kumulation¹¹⁾, ausgehend von einem einheitlichen Streitgegenstand, einen engeren Urteilsgegenstand bilden, der sich auf den vom Erstgericht als unbegründet abgewiesenen materiellrechtlichen Anspruch beschränken würde. Während bei der rechtlichen Kumulation, vom Gesetz angeordnet, mindestens zwei Anspruchsgrundlagen nebeneinander zur Begründung des Klagebegehrens bestehen, ist in den Fällen der Alternativität i.d.R.¹²⁾ vom Gesetz nur ein materieller Anspruch vorgesehen. Nur bei der Kumulation kann die sachliche Erledigung des Streitgegenstands auf verschiedene Gerichtsbarkeiten verteilt sein. Bei der Alternativität dagegen ist durch die Zuständigkeitsordnung entweder die eine oder die andere Gerichtsbarkeit berufen. Das Ergebnis aber, daß ein - u.U. durchaus begründetes - Klagebegehren nicht mehr von einer anderen Gerichtsbarkeit geprüft werden kann, ist unhaltbar, da ein berechtigter Anspruch des Klägers zu Fall kommen kann. Deshalb muß, wenn man den prozessualen Streitgegenstandsbegriff nicht aufgeben will, dennoch aber die Möglichkeit eines der Entscheidungsbefugnis unterliegenden Sachverhalts für die Zuständigkeit ausreichen läßt, notwendigerweise¹³⁾ eine Ein-

11) S.o. § 7 B.

12) Ausnahmsweise können auch mehrere materielle Ansprüche gegeben sein, die sich dann aber nicht ausschließen. Alternativität und Kumulation kann in einem Sachverhalt enthalten sein; vgl. z.B. BAG, AP Nr. 18 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

13) Das betonen auch MENDER-ERICHSEN, Verw-Arch. Bd. 57 (1967) S. 74; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 541.

schränkung des vom Erstgericht erlassenen Sachurteils in der Weise anordnen, daß eine weitere Klage vor einer anderen Gerichtsbarkeit über dasselbe Klagebegehren zulässig ist.¹⁴⁾ Diese Gerichtsbarkeit ist gem. Abs. 1 S. 2 der Rechtswegvorschriften an die Unzuständigkeitserklärung des Erstgerichts gebunden und entscheidet über den bzw. die anderen materiellen Ansprüche, die evtl. das Klagebegehren rechtfertigen, als insoweit zuständiges Gericht. Die Tatsache einer "beschränkten Rechtskraft", die weitere (abweichende) Entscheidungen zuläßt, muß aus den Gründen des Endurteils ersichtlich werden, da die Klage vom Erstgericht auch als unbegründet abgewiesen wird, wenn es das Klagebegehren aus keinem materiellrechtlichen Anspruch für begründet hält oder überhaupt kein anderer materiellrechtlicher Anspruch zur Begründung des Begehrens in Betracht kommt.

C Unvereinbarkeit einer "beschränkten Rechtskraft" mit dem geltenden Prozeßrecht

Wie jedoch ein Sachurteil nur eine begrenzte Rechtskraft enthalten soll, ist nicht ersichtlich. Obwohl in den Fällen der Alternativität nach dem gesamten Recht meist nur ein einziger materieller Anspruch besteht, sollen verschiedene Gerichtsbarkeiten mehrere Sachurteile über den einen Streitgegenstand fäl-

14) So ausdrücklich Bay KKGH, BayObLGZ Bd. 28 S. 833 (836); DIETZ in Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953; ZÖLLNER in Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953.

len dürfen¹⁵⁾. Diese systemwidrige Beschränkung der Rechtskraft wird nur deshalb erforderlich, weil bei der Prüfung der Zuständigkeit nicht auf die wahre Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem das Begehren hergeleitet wird, abgestellt wird, wie das infolge einer prozessualen Streitgegenstandsauffassung zu geschehen hat.

Wenn man sich jedoch die Figur einer ausnahmsweise begrenzten Rechtskraft eines Sachurteils näher ansieht, wird deutlich, warum überhaupt - abweichend von der h.M. - bei der Zuständigkeitsprüfung auf die mögliche Rechtsnatur des Anspruchs abgestellt wird. Nach der h.M., nach der die Zuständigkeit sich nach der wahren Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs bestimmt, kann es nämlich vorkommen, daß eine an sich unzuständige Gerichtsbarkeit sachlich entscheidet, wenn das angerufene Gericht sich für unzuständig erklärt und verweist, das Adressatgericht aber meint, der prozessuale Anspruch habe gerade vom Erstgericht zugesprochen werden müssen. Denn mangels der Zulässigkeit einer Rückverweisung muß das Adressatgericht sachlich entscheiden, falls nicht eine begründete Klage zu Fall gebracht werden soll¹⁶⁾.

15) Gegen die Einführung einer "beschränkten Rechtskraft" ausdrücklich auch LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

16) S.o. § 5 C I. Diese Tatsache bagatellisiert BAG, NJW 1964 S. 1435 (1436): Sie werde "wohl ein seltener Ausnahmefall sein, der in Kauf genommen werden muß, um eine Rechtsverweigerung infolge der Aufspaltung der Gerichtsbarkeiten zu verhindern." Ähnlich auch ZÖLLNER in Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 691, der zudem meint, das Adressatgericht werde sich durch ein "nobile officium" an die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts gebunden fühlen.

Deshalb ist auch die Begründung der h.M. durch das Bundesarbeitsgericht¹⁷⁾ nicht überzeugend, indem es u.a. ausführt, die im Gesetz angeordnete Zuständigkeitsregelung, die einen Grundpfeiler unseres Rechtswesens darstelle und die Achtung vor den anderen Gerichtsbarkeiten gebiete, nur dann in die Sachprüfung einzutreten, wenn wirklich die Zuständigkeit gegeben sei. Das ist sicher insoweit richtig, als die (wirklich bestehende) Zuständigkeit Sachurteilsvoraussetzung ist. Aber gerade die h.M. muß von dem Prinzip, daß nur über der der Zuständigkeit unterliegende Rechtsverhältnisse sachlich entschieden werden darf, abgehen, indem sie nach einer Verweisung eine an sich unzuständige Gerichtsbarkeit sachlich entscheiden läßt. Diese Konsequenz scheint¹⁸⁾, wenn auch meist prozeßökonomische Gründe¹⁹⁾ angeführt werden, der entscheidende Grund für die von der h.M. abweichende Ansicht zu sein. Denn nach dieser Ansicht entscheidet sachlich jede Gerichtsbarkeit über "ihre" Ansprüche.

Bedenken gegen diese Art von "beschränkter Rechtskraft" ergeben sich auch daraus, daß das Zweitgericht das Klagebegehren aus jedem Grund verneinen könnte, nur nicht deshalb, weil nach seiner Ansicht eine vor das Erstgericht gehörende Streitigkeit vorliegt. Hält das als zweites mit dem Rechtsstreit befaßte Gericht nämlich das Begehren gerade aus dem Gesichtspunkt für begründet, der vom ersten

17) NJW 1964 S. 1435 (1436) u. AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

18) Sogar ausdrücklich ausgesprochen von BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953.

19) S. dazu unten § 12.

Gericht geprüft und abgelehnt wurde, darf es infolge der Rechtskraft der Klage aus diesem Gesichtspunkt nicht stattgeben. Um die Klage, die es für begründet hält, nicht abweisen zu müssen, wird das Gericht den Anspruch aus dem seiner Zuständigkeit unterfallenden Gesichtspunkt zuspochen, den es an sich nicht für begründet hält²⁰⁾.

Auch wird aufgrund der "beschränkten Rechtskraft" ein nach der Novelle von 1924 zu § 303 ZPO unzulässiges Zwischenurteil²¹⁾ über einen einzelnen materiellen Anspruch ermöglicht²²⁾.

Die Abweisung der Klage als unbegründet verstößt weiterhin gegen die oben²³⁾ festgestellte Tatsache, daß jede Sachentscheidung voraussetzt, daß auf den Sachverhalt das Recht der erkennenden Gerichtsbarkeit anzuwenden ist. Aus der begrenzten Rechtskraft und der daraus folgenden weiteren Klagemöglichkeit ergibt sich zudem eine gewisse Ungleichheit der Waffen für die Parteien²⁴⁾. Während der Beklagte, falls das zuerst angerufene Gericht der Klage stattgibt, nach der Rechtskraft des Urteils dagegen nichts mehr unternehmen kann, hat der Kläger die Möglichkeit, trotz der Rechtskraft sein Glück noch einmal vor einer anderen Gerichtsbarkeit zu versuchen.

20) BÖTTICHER, ZJP Bd. 72 S. 56. Das halten aber für unzulässig SCHEUERLE, JZ 1965 S. 66 und BAUR, Diss. S. 83.

21) S.o. § 6 C.

22) BÖTTICHER, ZJP Bd. 72 S. 56; vgl. auch WIECZOREK, ZPO § 12 Anm. A I b 3.

23) § 9 C.

24) BÖTTICHER, ZJP Bd. 72 S. 61.

Einer "beschränkten Rechtskraft" eines Sachurteils bedarf es freilich nicht, wenn man infolge einer materiellen Auffassung den Streitgegenstand auf den bzw. die vom angerufenen Gericht-entschiedenen materiellen Ansprüche begrenzt und damit weitere abweichende Entscheidungen über das Klagebegehren zuläßt²⁵⁾. Diese rein materiellrechtliche Auffassung ist als mit der heutigen prozessualen Auffassung unvereinbar ebenso abzulehnen wie HABSCHEID'S Ansicht²⁶⁾. Nach HABSCHEID ist nämlich in den Fällen der Alternativität bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit eine konkrete Rechtsfolgenbehauptung als Bestandteil des Streitgegenstands gegeben. Der Streitgegenstand ist auf die vom angerufenen Gericht überprüfbaren Anspruchsgrundlagen beschränkt, so daß ein anderer Streitgegenstand vorliegt, wenn der Kläger vor einer anderen Gerichtsbarkeit dasselbe Begehren geltend macht. Gerade hier zeigt sich die Bedenklichkeit der HABSCHEID'Schen Lehre²⁷⁾, die praktisch zu den gleichen Ergebnissen wie die rein materiellrechtliche Theorie kommt. Obwohl objektiv nur ein materieller Anspruch gegeben ist, kann theoretisch gleichzeitig vor mehreren Gerichtsbarkeiten über ihn verhandelt werden, da mehrere Streitgegenstände bestehen. Nur fehlendes Rechtsschutzbedürfnis oder eine Aussetzung des Rechtsstreits durch ein Gericht kann Doppelprozesse verhindern. Ohne eine Aussetzung wäre das uner-

25) So RAGE 20, 228 (229); BVerwGE 12, 64 (66 f.).

26) Vgl. auch § 6 D I.

27) Gegen HABSCHEID speziell für die Fälle der Alternativität auch BÖTTICHER, ZJP Bd. 72 S. 61.

wünschte Ergebnis möglich, daß beide Gerichte der Klage stattgeben²⁸⁾. Noch viel unerwünschter wäre aber das Ergebnis, daß beide Gerichte die Klage gleichzeitig für unbegründet erklären, weil sie jeweils eine gerade vor die andere Gerichtsbarkeit gehörende Streitigkeit annehmen. Deshalb ist ein Verfahren auszusetzen und nach einer absprechenden Entscheidung des einen Gerichts kann das aussetzende Gericht in die Sachprüfung eintreten. Ist der Klage schon stattgegeben worden, hat das aussetzende Gericht die Klage mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen. Daß trotz eines Sachurteils einer weiteren (abweichenden) Entscheidung nur mangelndes Rechtsschutzbedürfnis, nicht die Rechtskraft entgegengesetzt werden kann, zeigt auch die Bedenklichkeit der materiellrechtlichen Auffassung.

Daß man genau zu denselben Schwierigkeiten dieser Auffassung kommt, wenn man für die Zuständigkeit die Möglichkeit der erforderlichen Rechtsnatur ausreichen läßt, zeigt auch, daß damit praktisch eine materiellrechtliche Theorie vertreten wird. Mit der Begründung, daß die Gerichte den Anspruch unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen haben, wird man mehrere gleichzeitige Klagen über dasselbe Begehren für zulässig halten können²⁹⁾. Diese Möglichkeit, daß sich

28) Dann würde allerdings, was SCHEUERLE - JZ 1965 S. 66 - übersieht, für weitere Vollstreckungen § 767 ZPO eingreifen.

29) So DIETZ in Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 251. Für zwingend hält dieses Ergebnis auch SCHEUERLE - JZ 1965 S. 66 -, falls man nicht der h.M. zur Zuständigkeitsprüfung folgt, während SCHEUERLE selbst der h.M. zustimmt.

mehrere Gerichte für zuständig erklären, ist zudem überaus groß, da die Natur der Streitigkeit nicht eingehend geprüft wird. Während aber in den Fällen der rechtlichen Kumulation, vom Gesetz bestimmt, mehrere Rechtswege nebeneinander bestehen, ist bei der Alternativität vom Gesetz nur ein Rechtsweg vorgesehen. Ein Sachverhalt ist entweder bürgerlich-rechtlich oder arbeitsrechtlich oder öffentlich-rechtlich usw. einzuordnen. Wenn dennoch für ein Klagebegehren mehrere Rechtswege offenstehen, ist die in den Zuständigkeitsvorschriften gegebene Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten nicht gewährleistet.

Daß mit der hier bekämpften Anschauung das alte aktionenrechtliche Denken, das nicht der prozessualen Streitgegenstandsauffassung entspricht, gepflegt wird³⁰⁾, läßt sich also daran zeigen, daß wie bei der rechtlichen Kumulation eine Begrenzung der Rechtskraft und damit die Zulässigkeit mehrerer Sachurteile über dasselbe Begehren angeordnet wird.

§ 11 Die Rechtskraft bei der Bestimmung der Zuständigkeit nach der wahren Natur des prozessualen Anspruchs

Bestimmt man, von einem prozessualen Streitgegenstandsbegriff ausgehend, die Zuständigkeit nach der wahren Natur des Streitgegenstands, fügen sich die damit gewonnenen Ergebnisse ausnahmslos in das System der Rechtskraftlehre ein.

30) Das meint auch BÖTTICHER, ZZP Bd. 72 S. 62.

A Erlaß eines einzigen Sachurteils über
den einen globalen Streitgegenstand

Nach dieser Ansicht entscheidet das sich für zuständig haltende Gericht auch sachlich mit umfassender Rechtskraft über die Klage. Hält es sich aber für unzuständig, weist es die Klage als unzulässig durch Prozeßurteil ab bzw. verweist¹⁾ gem. Abs. 3 der Rechtswegvorschriften an das zuständige Gericht²⁾. Auf die Stellung dieses Verweisungsantrags hat es gem. §§ 139 Abs. 1 ZPO, 86 Abs. 3 VwGO, 106 Abs. 1 SGG, 76 Abs. 2 FGO hinzuwirken³⁾. Nach der Abweisung der Klage durch Prozeßurteil bzw. der Verweisung kann das zweite bzw. das Adressatgericht in vollem Umfang über das Klagebegehren entscheiden, da in der Sache nichts entschieden ist. Das zweite bzw. das Adressatgericht wird dann der Klage stattgeben oder die Klage als unbegründet abweisen oder als unzulässig abweisen bzw. an

1) Da die Rechtswegverweisung durch Urteil - der Ausnahmefall einer Verweisung durch Beschluß ist ohne Bedeutung, da dann die Frage einer Anfechtbarkeit infolge des Einverständnisses beider Parteien sich nicht stellt - erfolgt, das den normalen Rechtsmitteln unterliegt, ist auch der gegen die hier begründete Ansicht der h. M. erhobene Einwand - SCHUMANN-LEIPOLD in STEIN-JONAS-POHLE, ZPO § 276 Anm. X 2 Fn. 89 - unerheblich, es fehle an einer anfechtbaren Sachentscheidung des Erstgerichts bezüglich der seiner Zuständigkeit zugewiesenen Ansprüche. Dieser Einwand kann nur beachtlich sein, wenn wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit durch bindenden Beschluß verwiesen wird.

2) So auch RUPP, AÖR Bd. 85 S. 168; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 541.

3) BAG, AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

eine dritte Gerichtsbarkeit verweisen, sofern man eine Weiterverweisung für zulässig erachtet. Da gem. Abs. 1 S. 2 der Rechtswegvorschriften das Gericht nur an die Verneinung des Rechtswegs durch das Erstgericht gebunden ist, kann es den Anspruch auch aus einem rechtlichen Gesichtspunkt zusprechen, der an sich nur vom Erstgericht hätte geprüft werden dürfen und nach Überzeugung des Zweitgerichts von diesem hätte zugesprochen werden müssen⁴⁾.

So war auch das Berufungsgericht in dem dem Reichsarbeitsgericht⁵⁾ vorliegenden Tatbestand bei der Rechtswegprüfung vorgegangen, indem es eine arbeitsrechtliche Grundlage verneinte und damit die Klage wegen "Unzulässigkeit des Rechtswegs" durch Prozeßurteil abwies, weil nach seiner Ansicht der geltendgemachte Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur war. Hätte es eine arbeitsrechtliche Natur des Anspruchs vorgefunden, wäre es in die Sachprüfung eingetreten und hätte bei materiellrechtlicher Begründetheit der Klage stattgegeben. Das Reichsarbeitsgericht⁶⁾ meint aber, das Berufungsgericht habe zwar das Richtige gemeint, sich aber falsch ausgedrückt. Es habe den Rechtsweg nur für den rechtlichen Gesichtspunkt, der seiner Zuständigkeit unterliege, verneint; den arbeitsrechtlichen Anspruch aber habe es erörtert, verneint und insoweit die Klage sachlich abgewiesen. Darauf beruft sich das Bundesverwaltungsgericht⁷⁾, indem es im Anschluß an

4) S.o. § 5 C I.

5) RAGE 20, 228.

6) A.a.O. S. 229.

7) BVerwGE 12, 64 (65).

seine Ausführungen, daß die Zuständigkeit schon mit der Möglichkeit der erforderlichen Rechtsnatur gegeben sei und daß, falls ein vor das angerufene Gericht gehörendes Rechtsverhältnis nicht bestehe, die Klage als unbegründet abzuweisen sei⁸⁾, die Meinung vertritt: "Eine solche Abweisung kann ... zugleich bedeuten, daß der Rechtsweg verneint wird, soweit der erstrebte Erfolg etwa aus einem Rechtsverhältnis hergeleitet werden soll, für das ein anderer Rechtsweg eröffnet ist."⁹⁾

Das kann nur richtig sein, wenn man in den Fällen der Alternativität einer materiellrechtlichen Auffassung folgend von verschiedenen Streitgegenständen ausgeht, da dann über jeden Streitgegenstand eine Entscheidung ergehen muß: Nämlich ein Sachurteil über den der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts unterliegenden Streitgegenstand neben einem Prozeßurteil über den vor eine andere Zuständigkeit gehörenden Streitgegenstand. Die Abweisung der Klage als unzulässig kann nach prozessualer Auffassung nicht zugleich eine sachliche Entscheidung über denselben Streitgegenstand beinhalten, wie das Reichsarbeitsgericht meint, da über diesen in den Fällen der Alternativität nicht zugleich ein Prozeß und ein Sachurteil ergehen kann.

Ein Sachurteil des angerufenen oder durch eine Verweisung zuständig gewordenen Gerichts erfaßt vielmehr nach richtiger Ansicht den einheitlichen untrennbaren Streitgegenstand. Damit ergeben sich hinsichtlich der Rechte-

8) S.o. S. 112.

9) Übereinstimmend BVerwGE 22, 45.

kraft keinerlei Probleme, wenn man die wahre Natur des Anspruchs für die Zuständigkeit als ausschlaggebend ansieht.

Auch wird nicht gegen den Grundsatz der Prozeßökonomie¹⁰⁾ verstoßen, zumal nicht immer schon vor Eintritt in die Sachprüfung diffizilste Erörterungen und umfangreiche Beweisaufnahmen erforderlich sind. Das Gericht kann in schwierigen und zweifelhaften Fällen durchaus schon die Begründetheitsprüfung vornehmen. Wenn es innerhalb dieser dann doch zum Ergebnis kommt, das Klagebegehren habe eine andere Rechtsnatur, ist die Klage als unzulässig abzuweisen¹¹⁾, da die Sachurteilsvoraussetzungen bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen sind. Das kann vor allem in einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime praktisch werden, wenn der vom Gericht ermittelte Sachverhalt von dem vom Kläger vorgetragenen, vom Beklagten aber - aus welchen Gründen auch immer - nicht bestrittenen Sachverhalt abweicht¹²⁾.

B Erlaß eines Zwischenurteils über die Rechtswegzuständigkeit

Allerdings ist in jedem Fall die wahre Natur des Anspruchs eingehend zu prüfen, wenn das Gericht seine Zuständigkeit gem. §§ 275 Abs. 2 ZPO, 109 VwGO, 97 FGO durch ein Zwischenurteil bejahen will, da es dann selbst gem. § 318 ZPO¹³⁾ an diese Entscheidung ge-

10) S.u. § 12.

11) RUPP, AÖR Bd. 85 S. 168; von BLUMENTHAL, Diss. S. 21 f.

12) S.u. § 13 C.

13) Diese Vorschrift gilt gem. §§ 173 VwGO, 155 FGO, 202 SGG auch in den anderen Verfahren.

bunden ist. Wenn das Gericht also im weiteren Verlauf des Prozesses merkt, daß seine Entscheidung falsch war - z.B. weil es den Anspruch nicht richtig beurteilt hat -, ist es in gleicher Weise gebunden wie das nach einer zu Unrecht erfolgten Verweisung durch ein anderes Gericht sein kann¹⁴⁾. Es kann, falls es das Klagebegehren für begründet hält, der Klage auch aus einem rechtlichen Gesichtspunkt stattgeben, der an sich nicht vor seine Zuständigkeit gehört¹⁵⁾; denn die Bindung gem. § 318 ZPO bezieht sich nur auf die Zuständigkeitsentscheidung, greift also der Sachentscheidung in keiner Weise vor. Deshalb ist es auch unzutreffend, wenn vertreten wird¹⁶⁾, wegen der Bindungswirkung dürfe ein Gericht kein Zwischenurteil erlassen, falls noch die Zuständigkeit einer anderen Gerichtsbarkeit in Betracht komme. Auch wären dann nicht die Fälle zu lösen, in denen das angerufene Gericht diese Möglichkeit einer anderen Zuständigkeit in der Zuständigkeitsprüfung nicht erkennt und ein Zwischenurteil erläßt.

Vor dem Erlaß eines Zwischenurteils ist also sorgfältig die Zuständigkeit zu prüfen, insbesondere durch Beweisaufnahme die wahre Natur des Anspruchs zu ermitteln. Im Prozeß mit Untersuchungsmaxime muß trotz Übereinstim-

14) S.o. § 5 C I.

15) STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 12 Anm. III 3; BÖTTICHER, ZFP Bd. 72 S. 53 Fn. 9; ders., Bindung der Gerichte S. 540; BAUMGÄRTEL in Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, das diese Sachlage verkennt; D. BAUR, Diss. S. 105.

16) LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit abl. Anmerkung BÖTTICHER.

menden Sachverhaltsvorbringens der Parteien der wahre Sachverhalt im vom Kläger durch seinen Antrag abgesteckten Rahmen¹⁷⁾ ermittelt werden, falls Anlaß zu Zweifeln an diesem Sachverhalt besteht. Denn nach Erlaß des Zwischenurteils muß das Gericht selbst über das Klagebegehren entscheiden und kann nicht mehr verweisen.

§ 12 Der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie und die Kostenfrage

Neben den sich gegen die hier abgelehnte Ansicht richtenden Bedenken infolge der prozessualen Streitgegenstandsauffassung ist gegen sie vorzubringen, daß sie u.U. ein umständliches, zeitraubendes und vor allem kostenrechtlich gesehen unbilliges Vorgehen zur Folge haben kann.

Den Gesichtspunkt der Prozeßökonomie, nicht den vorher erwähnten¹⁾, zu verhindern, daß eine andere Gerichtsbarkeit infolge der bindenden Verweisung der Klage aus einem rechtlichen Gesichtspunkt stattgibt, der an sich in den Zuständigkeitsbereich des verweisenden Gerichts fällt, hält ZÖLLNER²⁾ dafür für entscheidend, daß die Zuständigkeit nach der möglichen Natur des Streitgegenstands mit der (eventuellen) Folge einer beschränkten Rechtskraft³⁾ zu bestimmen ist. Er begründet das damit, daß, falls der Gesichtspunkt

17) Zu diesem Fall s.u. § 13 C.

1) S.o. § 10 C.

2) Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953 Bl. 691.

3) S.o. § 10 B.

punkt der erweiterten Zuständigkeit durch eine bindende Verweisung ausschlaggebend wäre, das Gericht die Klage auch als unbegründet abweisen könnte, wenn es schon bei der Zuständigkeitsprüfung einen nicht in seinen Entscheidungsbereich fallenden Anspruch erkennt. Infolgedessen wären die später mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichte insoweit auch in der materiellrechtlichen Beurteilung gebunden, daß sie nicht einen Anspruch, der der Zuständigkeit des Erstgerichts unterliege, zusprechen könnten. Vielmehr seien prozeßökonomische Gründe maßgebend, da nicht mehrere Male eine Beweisaufnahme über dieselben Tatsachen erfolge, während nach der h.M. mangels einer Rechtskraft das Zweitgericht nicht an die Feststellungen des Erstgerichts gebunden sei.

Gegen diese Argumentation ist zunächst einmal einzuwenden, daß eine Abweisung als unbegründet, wenn schon bei der Zuständigkeitsprüfung die Unzuständigkeit bemerkt wird, gegen das Gesetz (Abs. 3 S. 1 der Rechtswegvorschriften) verstoßen würde. Danach hat nämlich das Gericht, wenn es den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für nicht gegeben ansieht, nicht durch Sach- sondern durch Prozeßurteil, in dem es sich für unzuständig erklärt, zu entscheiden.

Vor allem aber führt die von der h.M. abweichende Ansicht nicht zu einer Ersparnis, sondern bewirkt eher das Gegenteil.

Falls die Klage vom Erstgericht sachlich abgewiesen wird, weil der geltend gemachte Anspruch doch eine nicht seiner Zuständigkeit unterliegende Rechtsnatur hat, kommt es zu zwei Prozessen mit vollständiger Sachprüfung

derselben Tatsachen. Wird nämlich die Klage mit der Einschränkung der Rechtskraft hinsichtlich der entschiedenen materiellen Ansprüche als unbegründet abgewiesen, erhebt sich die Frage, ob zur Prüfung der übrigen Ansprüche auf einen Antrag des Klägers hin an eine andere Gerichtsbarkeit verwiesen werden darf. Ausdrücklich abgelehnt hat diese Möglichkeit das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15. Sept. 1965⁴⁾ unter Berufung auf zwei Urteile⁵⁾, ohne zu bemerken bzw. zu erwähnen, daß diese kumulative Sachverhalte zu entscheiden hatten⁶⁾. Somit kommt es nach einer abweisenden Entscheidung des zuerst angerufenen Gerichts zu einem neuen selbständigen Verfahren vor einer anderen Gerichtsbarkeit, die das Begehren unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen hat. Für eine Verweisung nach einem Sachurteil, für das an sich ein Bedürfnis besteht, läßt sich keine dogmatische Begründung geben, da nicht wie bei der Kumulation der einheitliche Streitgegenstand in verschiedene engere Urteilsgegenstände auf-

4) BVerwGE 22, 45 (47).

5) BGHZ 13, 145 (153 f.); BVerwGE 18, 181 (182/183).

6) Daß der grundlegende Unterschied zwischen Kumulation und Alternativität vom Bundesverwaltungsgericht nicht gesehen wird, zeigt auch der erste Leitsatz des Urteils (E 22, 45): "Zum Verwaltungsrechtsweg und zur Frage der (Teil-)Verweisung bei mehrfachem Klagegrund (im Anschluß an BVerwGE 12, 64 u. 18, 181)." Denn während BVerwGE 18, 181 einen kumulativen Sachverhalt zu beurteilen hatte, betraf BVerwGE 12, 64 einen Fall der Alternativität. Bei der Alternativität kann im übrigen auch nicht von einer Mehrheit von Klagegründen gesprochen werden, da nur ein Sachverhalt zur Entscheidung vorliegt (s.o. § 3).

gespaltet werden kann^{7) 8)}. Daß nicht verwiesen werden kann⁹⁾, zeigt wieder die Anfechtbarkeit der hier abgelehnten Meinung zur Zuständigkeitsprüfung. Ein Kläger, der ein einen Streitgegenstand bildendes Begehren geltend macht, muß dieses entweder durch das angerufene oder durch ein angewiesenes Gericht endgültig entschieden bekommen.

Vor allem ergeben sich kostenrechtliche Unbilligkeiten, wenn keine Verweisung erfolgen darf. Der Kläger, der nach dem Willen des Gesetzes entweder sofort das zuständige Gericht erreichen oder, falls ihm dies nicht gelingt, an das zuständige Gericht verwiesen werden soll, muß in jedem Fall als unterliegende Partei bei einer sachlichen Abweisung durch das angerufene Gericht die Kosten für das Verfahren vor diesem tragen. Falls er auch den zweiten Prozeß verliert, muß er noch zusätzlich die Kosten für dieses Verfahren tragen. Bestimmt man jedoch mit der h.M. die Zuständigkeit nach der wahren Natur des Anspruchs, wird die Klage entweder vom angerufenen Gericht sachlich geprüft, so daß nur ein Verfahren erforderlich ist und dementspre-

7) S.o. § 10 B.

8) Die Zulässigkeit einer Verweisung vom Standpunkt der hier abgelehnten Meinung aus bejaht allerdings unter Hinweis auf ROSENBERG - ZPR § 33 II 2 - SCHEUERLE - JZ 1965 S. 66 -, der selbst allerdings der h.M. in der Rechtswegprüfung folgt.

9) Geht man allerdings bei der Alternativität infolge einer materiellrechtlichen Streitgegenstandsauffassung von mehreren Streitgegenständen aus, ist eine Verweisung zulässig, die aber erst auszusprechen ist, wenn ein Gericht sachlich entschieden hat. Eine Verweisung vor einem Sachurteil scheidet i.d.R. am mangelnden Rechtsschutzbedürfnis.

chend nur einmal die Kosten entstehen. Oder das Gericht erklärt sich für unzuständig und verweist auf Antrag des Klägers, der, falls er obsiegt, nur die eventuellen Mehrkosten der Verweisung, falls er aber unterliegt, aufgrund der kostenrechtlichen Einheit¹⁰⁾ nur die Kosten für ein Verfahren trägt.

Auch ist der gegen die h.M. vorgebrachte Einwand, sie nehme schon innerhalb der Zuständigkeits- die Begründetheitsprüfung vor, sie vermenge Prozeß- und Sachverhandlung¹¹⁾, nicht stichhaltig¹²⁾. Es wird nicht geprüft, ob der Anspruch schlüssig begründet ist - das ist der Begründetheitsprüfung vorbehalten¹³⁾ -, sondern ob die angeführten Tatsachen "schlüssig" die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergeben¹⁴⁾. Die im Zuständigkeitsstreit gewonnenen Ergebnisse können freilich bedenkenlos bei der materiellrechtlichen Prüfung verwertet werden¹⁵⁾, so daß i.d.R. nach der h.M. nur eine Beweisaufnahme über dieselben Tatsachen erfolgt und damit gerade der Grundsatz der Prozeßökonomie gewahrt bleibt. Der Unterschied zwischen Pro-

10) S.o. § 8 A.

11) BAG, AP Nrn. 23 u. 47 zu § 2 ArbGG 1953; DERSCH in DERSCH-VOLKMAR, ArbGG § 1 Rdnrn. 165 f.

12) Dagegen schon RG, JW 1908 S. 245 (246).

13) BGHZ 10, 164 (165).

14) Das übersieht J. BLOMEYER in einer im Ergebnis der h.M. zust. Anm. zu BAG, AP Nr. 28 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; das besprochene Urteil hatte jedoch einen Fall von rechtlicher Kumulation zu entscheiden, so daß BLOMEYERs Ausführungen zum Problem der Alternativität an dieser Stelle verfehlt sind.

15) BAG, AP Nr. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

zeß- und Sachverhandlung, der eine getrennte Prüfung von Zuständigkeit und Begründetheit bedingt, zeigt sich auch darin, daß bei der Rechtswegprüfung gem. §§ 90 Abs. 3 VwGO, 66 Abs. 3 FGO die Zuständigkeit bestehen bleibt, auch wenn die sie begründenden Tatsachen nach Eintritt der Rechtshängigkeit wegfallen (perpetuatio fori)¹⁶⁾. Bei der Sachverhandlung hingegen müssen die Tatsachen grundsätzlich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen.

Zusammenfassung zum Dritten Teil

Abschließend läßt sich für die Fälle, in denen bei einem unstreitigen Sachverhalt - abhängig von dessen rechtlicher Einordnung - verschiedene Rechtswegzuständigkeiten in Betracht kommen, sagen: Bestimmt man - unvereinbar mit der heutigen prozessualen Streitgegenstandsauffassung - die Zuständigkeit nach der möglichen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs, ergeben sich die gleichen Schwierigkeiten wie bei der rechtlichen Kumulation. Es stellen sich die Fragen nach einer umfassenden Entscheidungsbefugnis des angerufenen Gerichts und der Zulässigkeit einer Verweisung nach einem rechtskräftigen Sachurteil; man muß mehrere Sachurteile verschiedener Gerichtsbarkeiten über denselben Streitgegenstand zulassen, was zu kostenrechtlichen Unbilligkeiten führt.

Stellt man jedoch mit der h.M. entsprechen der prozessualen Streitgegenstandsauffassung bei der Bestimmung der Zuständigkeit

16) S. auch o. § 5 C II.

auf die wahre Natur des prozessualen Anspruchs ab, erfaßt eine Sach- bzw. eine Prozeßentscheidung - Abweisung der Klage als unzulässig bzw. Verweisung der sich für unzuständig haltenden Gerichtsbarkeit - in Verbindung mit einer Sachentscheidung des zuständigen Gerichts einen einheitlichen untrennbaren Streitgegenstand.

Vierter Teil

Die Alternativität aufgrund streitigen Sachverhalts

Nun sollen die Fälle von Alternativität behandelt werden, in denen der Sachverhalt unter den Parteien in der Weise streitig ist, daß sich aus dem Vorbringen des Klägers eine andere Rechtswegzuständigkeit als aus den dieses Vorbringen bestreitenden tatsächlichen Behauptungen des Beklagten ergibt. Wegen der gestellten Thematik ist allerdings in den folgenden Untersuchungen nur das Beklagtenvorbringen zu behandeln, das sich im Rahmen des vom Kläger durch seinen Antrag abgesteckten Klagegrunds (= Lebenssachverhalt) hält.

§ 13 Zur Frage der Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens innerhalb der Rechtswegprüfung

Bei der Bestimmung des Rechtswegs ist, da der Kläger den Streitgegenstand, worüber gestritten wird, angibt, zunächst vom tatsächlichen Vorbringen des Klägers auszugehen.

Ob und inwieweit jedoch auch das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur äußerst streitig.

A Die vertretenen Ansichten

Zum Teil^{1) 2)} wird generell bei der Bestimmung der Zuständigkeit nur der klägerische Vortrag beachtet, während die Einwendungen des Beklagten als unerheblich angesehen werden.

Nach a.A.³⁾ ist schon bei der Bestimmung

- 1) RGZ 93, 255 (258); 103, 18 (19); 129, 287 (288 f.); 157, 106 (115); RG, Gruch Bd. 45 S. 639 (643); RG, JW 1892 S. 425 Nr. 1; RG, SeuffArch. Bd. 98 Nr. 4; BGHZ 10, 164 (165); BGH, NJW 1967 S. 734 (735); BAG, AP Nrn. 23, 28 u. 47 zu § 2 ArbGG 1953, 3 u. 24 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; OLG Hamm, ZBR 1961 S. 157 f.; OLG Köln, NJW 1967 S. 735 (736); THOMAS-PUTZO, GVG § 13 Anm. 4; WIECZOREK, GVG § 13 Anm. J II a 2; ZÖLLNER, Anm. zu BAG, AP Nr. 47 zu § 2 ArbGG 1953; KRÜCKMANN, ZZP Bd. 58 S. 84 ff.; ders., LZ 1923 Sp. 593 ff.; STÖLZEL, Rechtsweg S. 26 ff.; TIEDAU, ZZP Bd. 64 S. 425 ff. m.w.N. aus der Respr. u. Lit. bis zum Jahre 1953 auf S. 425 Fn. 74 u. 75.
- 2) Für den Verwaltungsprozeß: BVerwGE 7, 257 (258); OVG Münster, AS Bd. 21 S. 70 (71) u. DVBl. 1965 S. 527 (528); STERN, JuS 1965 S. 140; BACHOF, SJZ 1949 Sp. 384; ders., Anm. zu BVerwG JZ 1956 S. 342.
- 3) RGZ 75, 397 (398); 77, 411 (412); 117, 235 (236); RG, JW 1900 S. 572, 1908 S. 245 (246) u. 1912 S. 149; RG, GruchBeitr. Bd. 45 S. 1170 (1172); BGHZ 14, 294 (298); BGH, LM Nr. 16 Bl. 1 zu § 13 GVG; BAG, AP Nr. 8 zu § 5 ArbGG 1953, Nr. 1 zu § 92 HGB, Nr. 1 zu § 92a HGB; Nrn. 26, 28 u. 30 zu § 2 ArbGG (die letzte Entscheidung gibt unter Zustimmung zu BÖTTICHERS Ansicht - vgl. die Fundstellen in dieser Fußnote - die frühere entgegenstehende Respr. des BAG - vgl. die Nachweise in Anm. 1 S. 147 - ausdrücklich auf.); Sächs KompGerHof, FZ Bd. 67 S. 244 (245) u. Bd. 69 S. 192 (196); OLG Frankfurt, JR 1949 S. 120; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 40 Rdnr. 1; BAUMBACH-LAUTERBACH, GVG § 13 Anm. 4 A; ULE, VwGO § 81 Anm. III S. 286; ROSENBERG, ZPR § 11 II 3 a; RIMMELSPACHER, Prüfung von Amts wegen S. 161 ff.; BERNHARDT, ZPR § 7 S. 65; RUPP, AöR Bd. 85 S. 164 ff.; LÜKE, AöR

der Zuständigkeit das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen, so daß bei der Zuständigkeitsfrage über streitige Tatsachen u. U. Beweis erhoben werden muß⁴⁾. Der "wahre" Sachverhalt ist ausschlaggebend für die Zuständigkeit.

B Die Beantwortung der Frage mit Hilfe der prozessualen Streitgegenstandsauffassung

Die Lösung dieser Streitfrage findet sich in der heutigen prozessualen Streitgegenstandsauffassung, wonach nicht ein bestimmter materieller Anspruch den Streitgegenstand bildet⁵⁾; der Kläger klagt nicht aus einer bestimmten Anspruchsgrundlage, sondern erhebt ein Begehren bzw. stellt eine Rechtsbehauptung der Art auf, daß ihm die geltend gemachte Rechtsfolge zustehe. Die Rechtsnatur - und zwar die wahre⁶⁾ - dieses Streitgegenstands ist entscheidend für die Zuständigkeit. Die Rechtsnatur wiederum ergibt sich aus dem dem Begehren zugrunde liegenden Sachverhalt, zu dem auch die Behauptungen des Klägers gehören, die sich im Rahmen des vom Kläger abgegrenzten Streitgegenstands halten⁷⁾.

Bd. 84 S. 191 f.; MAYER, ZJP Bd. 53 S. 220; de BOOR, Gerichtsschutz S. 47 f.; BÖTTICHER, DVBl. 1950 S. 324 f.; ders., Bindung der Gerichte S. 541 f.; ders., ZJP Bd. 72 S. 52 ff.; ders., JZ 1962 S. 317 f.; von BLUMENTHAL, Diss. S. 71 ff.; PETERS, Diss. S. 31.

Genauere Ausführungen dazu, ob jegliches oder nur das sich im Rahmen des vom Kläger abgesteckten Streitgegenstands haltende Vorbringen von Bedeutung ist, fehlen aber zumeist.

4) MAYER, ZJP Bd. 53 S. 220.

5) S.o. § 2 E.

6) S.o. § 9 C.

7) S.o. § 2 F.

Wenn aber das Beklagtenvorbringen die Rechtsnatur des Streitgegenstands mitbestimmt, ist es auch bei der Frage der Zuständigkeit von Bedeutung. Deshalb ist es unzutreffend, daß nur der klägerische Vortrag zu berücksichtigen sei, weil der Kläger den Streitgegenstand festlege⁸⁾. Zwar bestimmt der Kläger den Streitgegenstand, nicht aber dessen Rechtsnatur.

Richtig erkannt hat diesen Zusammenhang von Beklagtenvorbringen und Bestimmung der Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs und damit der Zuständigkeit das Reichsgericht in einem Urteil vom 21. Nov. 1911⁹⁾, in dem es ausführt: "Nun läßt sich keineswegs sagen, daß für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich nur das Klagevorbringen maßgebend sei. Es sind Fälle denkbar, in denen das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs außer Zweifel zu lassen scheint, und erst das Verteidigungsvorbringen der verklagten Partei ergibt, daß es sich in Wahrheit um einen der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterworfenen Anspruch aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts handelt."

Derselben Ansicht ist auch RUPP¹⁰⁾, wenn er lehrt, die wirkliche Sachlage¹¹⁾ müsse für die "Zulässigkeit des Rechtswegs" entscheidend sein, da eine materiellrechtliche Ent-

8) So THOMAS-PUTZO, GVG § 13 Anm. 4.

9) RGZ 77, 411 (412).

10) AöR Bd. 85 S. 167.

11) Zu den Unterschieden in der Ermittlung dieses wirklichen Sachverhalts zwischen dem Verfahren mit Untersuchungs- und dem mit Verhandlungsmaxime s.u. C.

scheidung erst ergehen könne, wenn das auf den Sachverhalt anwendbare Recht feststehe.

Das Beklagtenvorbringen ist danach also nicht nur bei lückenhaftem¹²⁾ oder bei für die Feststellung der wahren Rechtsnatur nicht ausreichendem Vortrag des Klägers¹³⁾, sondern generell bei der Bestimmung der Zuständigkeit zu berücksichtigen, allerdings nur - abgesehen davon, daß sowieso nur diese Tatsachen innerhalb unserer Untersuchungen von Bedeutung sind - soweit es sich auf den vom Kläger festgelegten Klagegrund¹⁴⁾ bezieht¹⁵⁾.

Dabei ist es ohne Bedeutung, ob man den Streitgegenstand durch den Antrag und den Sachverhalt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff)¹⁶⁾ oder lediglich durch den Antrag (eingliedriger Streitgegenstandsbegriff)¹⁷⁾ festlegt. Vertritt man den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, wonach der Sachverhalt Bestandteil des Streitgegenstands ist, muß natürlich das sich innerhalb dieses Sachverhalts (= Klagegrund) haltende Vorbringen des Beklagten beachtlich sein. Aber auch wenn man vom eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff ausgeht, ergibt sich in den hier behandelten Fällen, in denen der Kläger einen Sachverhaltskern zur Individualisierung seines Begehrens vortragen mußte¹⁸⁾ und vorgebracht hat, kein Unterschied. Denn das Vorbringen des Beklagten kann diesen vom Kläger

12) So STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 1 Anm. IV 1 b.

13) So OVG Münster, AS Bd. 21 S. 70 (71).

14) Zur Abgrenzung dieses relevanten Sachverhalts vgl. o. § 2 insbes. F.

15) So auch RGZ 75, 397 (398).

16) S. o. § 2 E Fn. 4o.

17) S. o. § 2 E Fn. 39.

18) S. o. § 2 B.

angegebenen, der Individualisierung dienenden Sachverhalt in der Weise ergänzen oder berichtigen, daß sich eine andere Rechtsnatur des Streitgegenstands und damit eine andere Zuständigkeit ergibt^{19) 20)}.

An der Richtigkeit dieses Vorgehens kann auch nichts die Tatsache ändern, daß nach völlig h.M.²¹⁾ - trotz Rüge des Beklagten - nur auf die vom Kläger angegebenen Tatsachen abzustellen ist, wenn sich zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen decken, d.h. wenn bei einem Vorliegen der Tatsachen, die die Zuständigkeit ergeben, die Klage auch gleichzeitig notwendigerweise begründet ist. Denn eine solche Deckung von zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen liegt nach rich-

19) So Dieter BAUR, Diss. S. 43, 45, der einen eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff vertritt.

20) Auch nach LENT-JAUERNIG, ZPR S. 7, sind die Einwendungen des Beklagten insoweit zu berücksichtigen, als sie sich auf denselben T a t b e s t a n d beziehen. Dabei ist aber zu beachten, daß an anderer Stelle - S. 114 - unter diesem Tatbestand nur der dem gesetzlichen Tatbestand entsprechende und die Ableitung der begehrten Rechtsfolge aus den vorgebrachten Tatsachen gestattende Sachverhalt (= Klagegrund) verstanden wird, so daß gerade das in den Fällen der Alternativität bei streitigem Sachverhalt einen anderen materiellen Anspruch ergebende Vorbringen des Beklagten nicht zu berücksichtigen wäre. Andererseits werden aber als übereinstimmend mit der eigenen Auffassung RGZ 77, 411 (412) u. 117, 235 (236); ROSENBERG, ZPR § 11 II e a; BÖTTICHER, JZ 1962 S. 317 f. angeführt, die gerade von einem weiter gefaßten Klagegrund ausgehen.

21) Zur abweichenden Ansicht vgl. unten S.152 Anm. 24.

tiger Ansicht²²⁾ nur dann vor, wenn der Klageanspruch mit dem Vorliegen der vom Kläger behaupteten Tatsachen steht und fällt, wenn also das Vorbringen des Beklagten sich nicht allein gegen die Zuständigkeit richtet, sondern eine Sachverhaltsgestaltung erkennen läßt, nach der das klägerische Begehren überhaupt nicht begründet sein kann. Diese Fälle sollen hier aber nicht behandelt werden, da der Klagegrund eben gerade nicht vor mehrere Rechtswegzuständigkeiten gehört, also rechtlich nicht mehrdeutig ist²³⁾. Nur eine Gerichtsbarkeit kommt zur sachlichen Prüfung in Betracht, so daß nicht von einer Alternativität der Rechtswege gesprochen werden kann. Das zeigt sich deutlich daran, daß bei einer sofortigen Anrufung der einzigen zuständigen Gerichtsbarkeit keine Zuständigkeitsprobleme auftauchen würden und die Klage als unbegründet abgewiesen würde, ohne daß die Kompetenz einer anderen Gerichtsbarkeit zu erörtern wäre²⁴⁾.

22) BAG, AP Nr. 1 zu § 92 HGB, Nr. 1 zu § 92a HGB; Nrn. 3, 24 u. 26 (mit zust. Anm. BÖTTICHER) zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung; LAG Hamm, AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1953; VOLKMAR, RdA 1950 S. 14 f.; RUPP, AÖR Bd. 65 S. 165 f.; DIETZ in Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1953 unter Ziff. 2; BAUMGÄRTEL in Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

23) Vgl. auch BÖTTICHER in Anm. zu BAG, AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung.

24) Allerdings wird gegen die völlig h.M. auch in diesen Fällen die Einwendung des Beklagten als erheblich angesehen von: BAG, AP Nr. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung mit insoweit zust. Anm. BÖTTICHER; BÖTTICHER, ZZP Bd. 72 S. 56 f.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung un-

Die Ansicht²⁵⁾, die auch dann von einer Deckung von Zuständigkeits- und anspruchsbegründenden Tatsachen ausgeht und dementsprechend nur auf das klägerische Vorbringen bei der Bestimmung der Zuständigkeit abstellt, wenn die Behauptungen des Klägers "schlüssig"

ter Ziff. 4; von BLUMENTHAL, Diss. S. 84; wohl auch BAG, AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung, ohne daß - wie BAUMGÄRTEL in Anm. zu diesem Urteil a.a.O. Bl. 206 zutreffend bemerkt - im konkreten Sachverhalt zu dieser Frage Stellung bezogen werden mußte.

Dieser Ansicht wird man aufgrund der prozessualen Streitgegenstandsauffassung und aus dem Gesichtspunkt, daß jede Gerichtsbarkeit nur ihrer Zuständigkeit unterliegende Rechtsstreitigkeiten entscheiden soll, zustimmen müssen. Allerdings besteht die Schwierigkeit, ob das angerufene Gericht, falls es die Klage für unbegründet hält, durch Prozeß- oder Sachurteil entscheiden muß. BAG, AP Nr. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung hält ein Sachurteil angebracht, da mit diesem sowohl die Zuständigkeit als auch die Begründetheit der Klage endgültig entschieden sei. BÖTTICHER - ZZP Bd. 72 S. 56 f. u. in Anm. zu BAG, AP Nr. 30 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung (anders aber in Anm. zu BAG, AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG 1953 Zuständigkeitsprüfung) - spricht sich für den Erlaß eines Prozeßurteils aus, da mit einem Sachurteil ein Eingriff in eine fremde Gerichtsbarkeit erfolge und die Gefahr bestehe, daß das angerufene Gericht wegen seiner Sachferne hinsichtlich der entschiedenen Rechtsmaterie voreilig zu Unrecht die Klage endgültig abweise. Allerdings sieht BÖTTICHER die - nach seiner Ansicht nicht so schwerwiegende - Gefahr, daß das zweite Gericht, da gem. Abs. 1 S. 2 der Rechtswegvorschriften nur an die Unzuständigkeitserklärung des Erstgerichts gebunden, auch aus dem der Zuständigkeit des Erstgerichts unterliegenden und von diesem verneinten rechtlichen Gesichtspunkt das Begehren zusprechen könnte.

25) BAG, AP Nrn. 14, 23 (mit zust. Anm. WIECZOREK), 28 u. 47 zu § 2 ArbGG 1953; LAG Baden-Württemberg, AP Nr. 24 zu § 2 Arb-

die Zuständigkeit ergeben, der Beklagte sich mit seinem Vorbringen aber nur dagegen wendet, daß der prozessuale Anspruch auf dem eingeschlagenen Rechtsweg geltend gemacht wird, also nur die Zuständigkeit, nicht die materiellrechtliche Begründetheit des klägerischen Begehrens bestreitet, ist abzulehnen. Denn sie stellt allein auf die vom Kläger erhobene materielle Anspruchsgrundlage ab, orientiert sich damit am materiellen Streitgegenstandsbegriff²⁶⁾. Der Kläger macht aber nicht eine solche Anspruchsgrundlage geltend, zu deren Zuständigkeits- und zugleich Begründetheitsprüfung nur die vom Kläger angerufene Gerichtsbarkeit zuständig wäre, sondern erhebt ein Klagebegehren bzw. stellt eine Rechtsbehauptung auf, die durchaus vor der nach den Einwendungen des Beklagten zuständigen Gerichtsbarkeit begründet sein kann. Ob z.B. der Sachverhalt dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht angehört,

GG 1953 mit zust. Anm. HABSCHIED; DERSCH in DERSCH-VOLKMAR, ArbGG § 2 Rdnrn. 165 ff.

26) Daß auch HABSCHIED mit seiner speziellen Verfahrensbehauptung (s.o. § 6 D I) in diesen Fällen die Zuständigkeit allein nach den Behauptungen des Klägers prüft - vgl. Anm. zu LAG Baden-Württemberg, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 - zeigt wieder seine Nähe zur rein materiellrechtlichen Streitgegenstandstheorie. Das LAG Baden-Württemberg - a.a.O. - folgt offensichtlich der Ansicht HABSCHIEDS. Es geht richtig davon aus, daß für die Zuständigkeit die Rechtsnatur des klägerischen Anspruchs, und zwar des prozessualen, nicht des erwiesenen materiellrechtlichen, entscheidend sei, lehnt also die materielle Streitgegenstandstheorie ab. Es entfernt sich aber von diesem richtigen Ausgangspunkt, indem es einen anderen Streitgegenstand annimmt, wenn sich aufgrund des Beklagtenvorbringens eine andere vor eine andere Gerichtsbarkeit gehörende Rechtsnatur ergebe.

ist eben gerade nicht identisch mit der Frage, ob das geltend gemachte Begehren begründet ist. Zuständigkeits- und anspruchsbegründende Tatsachen decken sich in unseren Fällen nicht²⁷⁾, so daß die h.M., die bei einer Deckung dieser Tatsachen lediglich von den klägerischen Behauptungen ausgeht, ohne Bedeutung ist und nichts an der grundsätzlichen Erheblichkeit der Beklagteneinwendungen für die Zuständigkeitsbestimmung ändern kann.

Die entgegenstehende Ansicht beruht auf dem überholten aktionenrechtlichen Denken der materiellrechtlichen Streitgegenstandsauffassung²⁸⁾. Für sie kann auch nicht angeführt werden, im Versäumnisverfahren werde vor Eintritt in die Sachprüfung das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen - auch die Rechtswegzuständigkeit - vom Gericht festgestellt, ohne daß der Beklagte zu Wort komme²⁹⁾. Denn Versäumnisurteile können nur im Prozeß mit Verhandlungsmaxime ergehen, wo gem. § 333 Abs. 1 ZPO das tatsächliche Vorbringen des Klägers als vom Beklagten zugestanden gilt, so daß überhaupt kein anderer vom Gericht zu berücksichtigender Sachverhalt vorliegt. Zudem gilt

27) RUPP, AöR Bd. 85 S. 167.

28) BÖTTICHER, DVBl. 1950 S. 324; von BLUMEN-THAL, Diss. S. 67 f.; Dieter BAUR, Diss. S. 38 ff. Wenn TIEBAU, der - ZZP Bd. 64 S. 416 - eine prozessuale Streitgegenstandsauffassung vertritt, andererseits - a.a.O. S. 427 - das Beklagtenvorbringen nicht berücksichtigt, weil jede Änderung der Tatsachen auch eine Änderung des Streitgegenstands mit sich bringe, so ergibt sich ein unlösbarer Widerspruch und eine Unvereinbarkeit dieser Feststellung mit der Regelung der §§ 268 Ziff. 1 ZPO, 99 III Ziff 1 SGG (s.o. § 2 D).

29) So STÖLZEL, Rechtsweg S. 26; TIEBAU, ZZ Bd. 64 S. 425.

die Zugeständnisfiktion des § 333 Abs. 1 ZPO nur für die Sachprüfung, so daß eine schon erfolgte Einlassung des Beklagten oder eine Beweisaufnahme innerhalb der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen beachtlich sind.

C Unerheblichkeit von durch den Beklagten geltend gemachten selbständigen Gegenrechten für die Rechtswegbestimmung

Zu unterscheiden von den für die Bestimmung der Zuständigkeit beachtlichen Berichtigungen oder Ergänzungen des Sachverhalts durch den Beklagten ist das Geltendmachen eines selbständigen Gegenrechts, z.B. die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, für das eine andere Rechtswegzuständigkeit eröffnet ist. Diese Gegenrechte können bei der Bestimmung der Zuständigkeit für den vom Kläger erhobenen Anspruch nicht berücksichtigt werden³⁰⁾, da sie sich nicht auf den vom Kläger festgelegten Streitgegenstand beziehen und diesem damit nicht eine andere - eventuell vor einer anderen Gerichtsbarkeit zu verfolgende - Rechtsnatur verleihen können.

Dieser Hinweis ist erforderlich, da BÖTTICHER³¹⁾ überzeugend nachgewiesen hat, daß die Formel, für die "Zulässigkeit des Rechtswegs" komme es nur auf die Natur des Rechtsverhältnisses, wie es sich aus den Tatsachenbehauptungen des Klägers ergebe, nicht aber auf die Verteidigung des Beklagten an, u.a. auf die Judikatur des Reichsgerichts zurückgeht, die

30) RG, JW 1912 S. 149; STEIN-JONAS-POHLE, ZPO vor § 1 Anm. 1 b; ROSENBERG, ZPR § 11 II 3 a.

31) DVBl. 1950 S. 324.

nicht scharf zwischen einer Erhebung selbständiger Gegenrechte und der Verteidigung, daß in Wahrheit eine andere Rechtsnatur vorliege, trennt. So heißt es in einem Urteil des Reichsgerichts vom 26. Febr. 1932³²⁾: "Macht der Beklagte geltend, daß er dem auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Anspruch des Klägers nicht Genüge zu tun brauche, weiß ihm ein Recht zur Seite stehe, das nach seiner öffentlich-rechtlichen Natur einer Erörterung vor den ordentlichen Gerichten nicht zugänglich sei, so wird dadurch der Rechtsweg nicht unzulässig."

BÖTTICHER³³⁾ legt dar, daß diese Formulierung auf eine andere Entscheidung des Reichsgerichts³⁴⁾ zurückgeht, in der wie in der oben³⁵⁾ zitierten Entscheidung die Sachlage aber so war, daß der Beklagte vor dem ordentlichen Zivilgericht eine öffentlich-rechtliche Gegenforderung zur Aufrechnung stellte, für die die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht gegeben war, mit der Rechtsnatur der vom Kläger angestrebten Rechtsstreitigkeit also nichts zu tun hatte und demnach auch vom Reichsgericht bei der Rechtswegprüfung nicht berücksichtigt wurde. So bemerkt BÖTTICHER³⁶⁾ zutreffend, daß aus dem dem Beklagten zur Seite stehenden selbständigen Gegenrecht unmerklich die Verteidigung des Beklagten schlechthin geworden ist, die aber gerade in der Entscheidung RGZ 77, 411 (412) als erheblich anerkannt worden ist.

32) RGZ 157, 106 (115).

33) DVBl. 1950 S. 324.

34) RGZ 80, 371.

35) S. 149; RGZ 77, 411.

36) a.a.O.

D Der Einfluß der Untersuchungsmaxime

Darüber hinaus läßt sich die alleinige Berücksichtigung der klägerischen Behauptungen im allgemeinen und besonderen Verwaltungsprozeß nicht mit der Untersuchungsmaxime vereinbaren, da gem. §§ 86 Abs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 FGO, 103 SGG das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat und an das Vorbringen der Beteiligten nicht gebunden ist. Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf die Ermittlungen der Tatsachen, die für die Zulässigkeit der Klage oder sonstiger Prozeßhandlungen erforderlich sind, nicht nur der klagebegründenden Tatsachen. Die §§ 86 Abs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 FGO, 103 SGG gelten auch für die Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen^{37) 38)}. Denn die Ziele, die mittels der Untersuchungsmaxime erreicht werden sollen, sind auch bei der Feststellung der Sachurteilsvoraussetzungen von Bedeutung. Das öffentliche Interesse an der Ermittlung der

37) BVerwGE 1, 29 (33); REDEKER-von OERTZEN, VwGO § 86 Rdnr. 8; KOEHLER, VwGO § 86 Anm. A III 1; BETTERMANN, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 466; PETERS-SAUTER-WOLFF, SGG § 103 Anm. 2 a aa; SCHRÖDTER, Verwaltungsrechtliche Entscheidung S. 11; PETERS, Diss. S. 33 Fn. 2; wohl auch BVerwG, NJW 1955 S. 765.

38) Unrichtig ist es aber, wenn - z.B. von SCHUNCK-de CLERCK, VwGO § 81 Anm. 3 u. § 86 Anm. 1 b cc - behauptet wird, aufgrund der Untersuchungsmaxime seien die Sachurteilsvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen. Der Grundsatz der Amtsprüfung gilt unbestritten auch im Verfahren mit Verhandlungsmaxime und ist nicht gleichbedeutend mit der Ermittlung der Tatsachen und der Erforschung der Wahrheit, sondern besagt nur, daß das Gericht nach dem vorgebrachten Tatsachenstoff prüfen muß, ob die Sachurteilsvoraussetzungen bestehen. Vgl. THOMAS-PUTZO, ZPO vor § 253 Anm. II.

Wahrheit besteht schon bei der Bestimmung der Sachurteilsvoraussetzungen. Vor allem aber soll der der Verwaltung nicht nur hinsichtlich der Rechts-, sondern auch - da die Akten, Vorgänge o.ä. ihm nicht in gleicher Weise zugänglich sind - der Tatsachenkenntnis unterlegene Bürger die für die Sachurteilsvoraussetzungen notwendigen Tatsachen vom Gericht aufgeklärt erhalten können, sofern er selbst dazu nicht gänzlich in der Lage ist. Deshalb kann der abweichenden Ansicht³⁹⁾, die meint, im Rahmen der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen sei dem Gericht keine Amtsermittlungspflicht auferlegt⁴⁰⁾, nicht gefolgt werden.

Insoweit ist - ganz abgesehen von der Unvereinbarkeit mit der prozessualen Streitgegenstandsauffassung - nicht einsichtig, wieso im Verfahren mit Untersuchungsmaxime bei der Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit lediglich von den Behauptungen des Klägers ausgegangen wird⁴¹⁾. Vielmehr ist das allgemeine und besondere Verwaltungsgericht schon auf Grund der Untersuchungsmaxime verpflichtet,

39) LÜKE, JuS 1961 S. 44; KLEIN, JuS 1962 S. 191.

40) Unvereinbar mit dieser Lehre sind aber die Ausführungen - vgl. LÜKE, JuS 1961 S. 44 (zustimmend KLEIN, JuS 1962 S. 229 Fn. 31) -: "Er (der Kläger) muß das Verwaltungsgericht durch Tatsachenangaben in den Stand setzen, sich mit Hilfe eigener Ermittlungen (!) ein Bild von der Zulässigkeit (der Klage) zu machen."

41) S.o. A Fn. 2; vgl. OVG Münster, AS Bd. 21 S. 70 (71): "Maßgebend ist ... der öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Charakter des im Klagevorbringen behaupteten, also des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, nicht dagegen der rechtliche Charakter, ... den der Anspruch nach den von dem Gericht festgestellten Tatsachen in Wirklichkeit hat."

das Vorbringen des Beklagten bei der Bestimmung der Zuständigkeit zu prüfen, da es zur Ermittlung der "Wahrheit" beitragen kann.

Jedoch ergibt sich aus der auch im allgemeinen und besonderen Verwaltungsprozeß geltenden Dispositionsmaxime⁴²⁾ eine bedeutsame Einschränkung in der Anwendung der Untersuchungsmaxime bei der Prüfung der Sachurteils-voraussetzung der Rechtswegzuständigkeit. Auch im Prozeß mit Untersuchungsmaxime ist eine Änderung oder Auswechslung des Streitgegenstands durch das Gericht unzulässig⁴³⁾, d. h. das Beklagtenvorbringen kann nur insoweit berücksichtigt werden, als es sich auf den vom Kläger festgelegten Streitgegenstand bezieht, sich also im Rahmen des diesen Streitgegenstand ausfüllenden Lebenssachverhalts hält⁴⁴⁾. Denn nur dieses Vorbringen, das nicht den Streitgegenstand abändert, kann erheblich für die Feststellung der Rechtsnatur der Streitigkeit, die für die Zuständigkeitsbestimmung entscheidend ist, erheblich sein.

Aus diesen Überlegungen folgt zugleich, daß auch, wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien unstreitig ist⁴⁵⁾, bei begründeten

42) S.o. § 2 C.

43) BSGE 9, 277 (280).

44) JAUERNIG, Streitgegenstand S. 11; für den Steuerprozeß vgl.: BERGER, DStR 1966 S. 10; TIPKE-KRUSE, FGO § 7 Rdnr. 3; BASKEWOERNER, FGO S. 33; a.A. wohl EISENBERG, FR 1966 S. 164 f.

45) Dennoch ist diese Fallgruppe hier bei den Untersuchungen zur Alternativität aufgrund streitigen Sachverhalts zu besprechen, da bei ihr nicht wie beim unstreitigen Sachverhalt nur von ein- und denselben, sondern von verschiedenen Tatsachen, die zum Teil allerdings das Gericht ermittelt, ausgegangen werden muß.

Zweifeln an den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien das Gericht innerhalb des vorgegebenen Sachverhalts schon bei der Zuständigkeitsbestimmung die "wahren" Tatsachen ermitteln muß⁴⁶⁾. Es ist auch denkbar, daß klägerisches und Beklagtenvorbringen, sowie die Ermittlungen des Gerichts jeweils eine andere Rechtswegzuständigkeit ergeben. Aber auch für die amtlichen Ermittlungen des Gerichts gilt der Vorbehalt der Erforschung nur im Rahmen des vom Kläger abgesteckten Lebenssachverhalts. Das Gericht darf deshalb nicht einen ganz anderen Sachverhalt ermitteln, der die Zuständigkeit ergibt, wenn nach dem Klagevorbringen die Zuständigkeit nicht anzunehmen wäre⁴⁷⁾, wohl muß es aber in der Richtung weitersuchen, die ihm durch den Kläger gewiesen ist, wenn dessen Angaben die Zuständigkeit nicht begründen. Deshalb kann man im Verfahren mit Untersuchungsmaxime im Zusammenhang mit der Prüfung der Zuständigkeit nicht von einer "Schlüssigkeitsprüfung"⁴⁸⁾ sprechen⁴⁹⁾.

46) Zu den Grenzen der Aufklärungspflicht vgl. BVerwG, VerwRespr. Bd. 19 Nr. 97.

47) BSGE 9, 277 (280); wohl auch BVerwG, NJW 1955 S. 765 (766); vgl. JAUERNIG, Streitgegenstand S. 11: Es ist "aus dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt die Zielrichtung seines Begehrens zu entnehmen. Diese Dispositionsbefugnis kann dem Kläger nicht genommen werden, soll das Gericht nicht zum Inkassobüro des Klägers werden, das zunächst einmal auf der ganzen Welt nach einem Anspruch des vom Kläger angegebenen Inhalts fahnden müßte. ... Das Gericht ist nur frei, in der vom Kläger angegebenen Richtung zu suchen und neue Tatsachen herbeizuschaffen."

48) Zur Schlüssigkeit im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung s.o. § 9 A Fn. 21.

49) So aber wohl LÜKE, JuS 1961 S. 44; ders., AöR Bd. 84 S. 194; KLEIN, JuS 1962 S.

Damit besteht also bei der Rechtswegbestimmung im Prozeß mit Untersuchungsmaxime für die Fälle des vor verschiedene Gerichtsbarkeiten gehörenden streitigen Sachverhalts kein grundlegender Unterschied zum Prozeß mit Verhandlungsmaxime. In beiden Verfahren ist das Vorbringen des Beklagten zu berücksichtigen, soweit es sich innerhalb des vom Kläger abgesteckten Klagegrunds hält. Im Verfahren mit Untersuchungsmaxime ist das Gericht bei der Feststellung der erheblichen Tatsachen nicht nur an die Parteibehauptungen gebunden, sondern kann auch eigene Ermittlungen in dem ihm vorgegebenen Umfange anstellen.

§ 14 Auswirkungen der Nichtberücksichtigung des Beklagtenvorbringens

Berücksichtigt man die Einwendungen des Beklagten nicht, entstehen dieselben Schwierigkeiten und Unbilligkeiten wie bei der Zuständigkeitsbestimmung nach der möglichen Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs, wie sich in erster Linie an Fragen der Rechtskraft zeigt.

Wenn nämlich die Zuständigkeit lediglich nach der sich aus den klägerischen Angaben ergebenden Rechtsnatur bestimmt wird, ist die Klage als unbegründet abzuweisen¹⁾, wenn

191, da von einer Schlüssigkeitsprüfung bei der Feststellung der Sachurteilsvorsatzungen schlechthin gesprochen wird. Generell gegen eine Schlüssigkeitsprüfung im Prozeß mit Untersuchungsmaxime BETTERMANN, Staatsbürger u. Staatsgewalt II S. 464 ff.

1) RGZ 93, 255 (258).

sich in der Sachprüfung eine andere Rechtsnatur herausstellt. Mit diesem Sachurteil ist aber gem. §§ 322 Abs. 1 ZPO, 121 VwGO, 110 Abs. 1 FGO, 141 SGG rechtskräftig über den Streitgegenstand entschieden, der wiederum den Lebenssachverhalt, zu dem auch das hier behandelte Beklagtenvorbringen gehört, nach prozessualer Auffassung entweder als Bestandteil (zweigliedrige Theorie) oder als individualisierendes Element bei der Feststellung des Umfangs der Rechtskraft (eingliedrige Theorie)²⁾ umfaßt. Nach prozessualer Auffassung ist also rechtskräftig entschieden, daß über den aufgrund des Beklagtenvorbringens oder (im Prozeß mit Untersuchungsmaxime) durch das Gericht selbständig ermittelten "wahren" Sachverhalt nicht mehr (abweichend) entschieden werden kann. Somit würde die alleinige Berücksichtigung seiner Behauptungen sich für den Kläger gerade als nachteilig auswirken, da ein u.U. vor der für den "wahren" Sachverhalt zuständigen Gerichtsbarkeit begründetes Begehren infolge der Rechtskraft nicht mehr zugesprochen werden könnte. Deshalb muß eine "beschränkte Rechtskraft" derart eintreten, daß rechtskräftig nur über die materiellen Ansprüche entschieden ist, die die nach den Behauptungen des Klägers zuständige Gerichtsbarkeit sachlich geprüft hat. Für dieses im Ergebnis einer materiellrechtlichen Streitgegenstandsbetrachtung gleich kommende Ergebnis läßt sich wie in den Fällen der Alternativität bei unstreitigem Sachverhalt³⁾ keine dogmatische Begrün-

2) Vgl. SCHWAB, Streitgegenstand S. 146, 161 ff.; ROSENBERG, ZPR § 150 II 1.

3) S.o. § 10 C.

dung geben. Sie ist vielmehr eine systemwidrige Ausnahme^{4) 5)}, die nicht erforderlich wird, wenn man die Einwendungen des Beklagten zur Bestimmung der Rechtsnatur des Streitgegenstands und damit der Zuständigkeit heranzieht. Dann entscheidet nämlich die zuständige Gerichtsbarkeit entweder als zuerst angerufene oder durch Verweisung mit dem Rechtsstreit befaßte mit unbeschränkter Rechtskraft. Dabei kann das Gericht bei der Zuständigkeitsbestimmung zunächst nur auf die Behauptungen des Klägers abstellen, muß dann aber die sich daraus ergebende Zuständigkeit als vorläufiges Ergebnis in der Sachprüfung korrigieren⁶⁾, indem es die Klage als unzulässig abzuweisen bzw. zu verweisen hat, wenn sich diese klägerischen Tatsachenangaben als unrichtig herausstellen⁷⁾. Denn gem. § 274 Abs. 3 ZPO sind die die Zuständigkeit betreffenden Einwendungen des Beklagten auch in der Sachprüfung zu beachten.

4) Gegen eine solche "beschränkte Rechtskraft" in den Fällen des streitigen Sachverhalts ausdrücklich: DIETZ in DIETZ-NIKISCH, ArbGG § 2 Rdnrn. 33, 35; VOLKMAR, RdA 1950 S. 14 f.; SCHEUERLE, JZ 1965 S. 66; BÖTTICHER, Bindung der Gerichte S. 541.

5) Die Zulässigkeit einer weiteren (abweichenden) Entscheidung nach einem rechtskräftigen Sachurteil über das Begehren, ohne daß auf die Figur einer beschränkten Rechtskraft zurückgegriffen werden muß, ergibt sich, wenn man von verschiedenen Streitgegenständen ausgeht. So infolge der Lehre einer speziellen Verfahrensbehauptung IAG Baden-Württemberg, AP Nr. 24 zu § 2 ArbGG 1953 mit zust. Anm. HABSCHIED BL. 157.

6) Vgl. DIETZ in DIETZ-NIKISCH, ArbGG § 2 Rdnr. 35.

7) Etwas anderes gilt nur, wenn über die Zuständigkeit durch Zwischenurteil entschieden wird. Denn wegen dessen Bindungswirkung gem. § 318 ZPO (s.o. § 11 B) darf

Rechtskraftprobleme ergeben sich auch nicht für BAUR mit seiner These der umfassenden Entscheidungsbefugnis des Erstgerichts⁸⁾. BAUR schließt sich der abgelehnten Ansicht an, daß das Gericht lediglich von den Behauptungen des Klägers bei der Zuständigkeitsbestimmung auszugehen hat, denn als Voraussetzung einer umfassenden Entscheidungsbefugnis muß ein Gericht zulässigerweise mit dem Rechtsstreit befaßt sein⁹⁾. Werden aber auch die Angaben des Beklagten berücksichtigt, taucht die Frage einer generellen Entscheidungsbefugnis des angerufenen Gerichts nicht auf, da es entweder als zuständiges mit unbeschränkter Rechtskraft sachlich entscheidet oder aber durch Prozeßurteil die Klage ab- bzw. verweist. Zudem ist neben dem Argument, daß bei der Alternativität der Gedanken der Prozeßökonomie und der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs nicht zum Zuge kommt¹⁰⁾, zu bedenken, daß nach BAURs Ansicht der Kläger durch unrichtige Tatsachenangaben den Beklagten vor eine ihm genehme Gerichtsbarkeit ziehen könnte, die dann unter Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung über alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen sachlich entscheiden darf¹¹⁾. Da auch - wie bei einem unstreitigen Sachverhalt¹²⁾ - nach einer rechtskräftigen Ent-

erst in die Sachprüfung eingetreten werden, wenn die Zuständigkeit nach dem beiderseitigen Parteivorbringen zu bejahen ist.

8) Restschr. f. von HIPPEL S. 5, 9 f.; vgl. auch o. § 5 G u. § 10 A.

9) S.o. § 10 A.

10) S.o. § 10 A.

11) S.o. § 5 G.

12) S.o. § 12.

scheidung über den einen Streitgegenstand nicht verwiesen wird, ist nach einer abweisenden Entscheidung des angerufenen Gerichts ein weiterer selbständiger Prozeß mit den entsprechenden kostenrechtlichen Nachteilen¹³⁾ und der Folge des Verstoßes gegen den Grundsatz der Prozeßökonomie erforderlich.

Zusammenfassung zum Vierten Teil

Abschließend ist zu den Fällen, in denen eine Alternativität von Rechtswegzuständigkeiten sich ergibt, weil das Vorbringen des Klägers und das des Beklagten eine unterschiedliche Rechtsnatur des erhobenen Anspruchs erkennen lassen, zu sagen:

Die Einwendungen des Beklagten sind bei der Bestimmung der Rechtswegzuständigkeit insoweit zu berücksichtigen, als sie sich auf den vom Kläger durch seinen Antrag abgesteckten Lebenssachverhalt (= Klagegrund) beziehen. Mit diesem, der prozessualen Streitgegenstandsauffassung entsprechenden Vorgehen, erfaßt eine Sach- bzw. Prozeßentscheidung - Abweisung der Klage als unzulässig bzw. Verweisung des sich für unzuständig haltenden Gerichts - in Verbindung mit einer Sachentscheidung des zuständigen Gerichts einen einheitlichen untrennbaren Streitgegenstand.

13) S.o. § 8 A u. § 12.

Schlußbemerkung

Als Ergebnis der Untersuchungen zur Behandlung der rechtlichen Kumulation und zur Alternativität bei verschiedener Rechtswegzuständigkeit im Prozeß ist festzustellen:

Während bei der Alternativität eine Sachentscheidung der angerufenen zuständigen Gerichtsbarkeit bzw. eine Prozeßentscheidung der angegangenen unzuständigen Gerichtsbarkeit in Verbindung mit einer Sachentscheidung durch die zuständige Gerichtsbarkeit jeweils einen untrennbaren, einheitlichen Streitgegenstand erfassen kann und muß, erfordert bei der Kumulation die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, die Einheit des Streitgegenstands insoweit zurücktreten zu lassen, als es durch die Aufteilung der Entscheidungsbefugnis auf verschiedene Gerichtsbarkeiten mit der Folge der Aufspaltung des Streitgegenstands in mehrere Urteilsgegenstände vorgesehen ist.

L e b e n s l a u f

Ich, Arnd Fischer, wurde am 21. Januar 1944 in Essen als Sohn des Dr. Ing. Hans Fischer und seiner Gattin Dr. jur. Hildegard, geb. Sitte, geboren und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

In den Jahren 1950 bis 1954 besuchte ich die Evangelische Volksschule in Essen; danach ab Ostern 1954 das Humanistische Burggymnasium in Essen, an dem ich am 6. März 1963 mein Abitur ablegte.

Im Sommersemester 1963 begann ich mit dem Jurastudium, das ich nach acht Semestern an der Freien Universität Berlin und an der Universität Münster am 31. Juli 1967 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm abschloß.

Unter Ernennung zum Referendar wurde ich am 1. November 1967 in den Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen im Bereich des Oberlandesgerichts Hamm aufgenommen.

Vom 1. Februar 1968 bis zum 28. Februar 1969 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster tätig.