

Zivilprozessordnung: ZPO

Baumbach / Lauterbach / Hartmann / Anders / Gehle

79. Auflage 2021

ISBN 978-3-406-75500-2

C.H.BECK

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

III ¹Will das Oberlandesgericht bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so hat es die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorzulegen. ²In diesem Fall entscheidet der Bundesgerichtshof.

Schrifttum: *Bornkamm*, Die Gerichtsstandsbestimmung nach §§ 36, 37 ZPO, NJW 1989, 2713; *Herz*, Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung: Voraussetzungen und Verfahren, 1990; *Roth*, Parteierweiternde Widerklage und gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit, FS Beys, Athen 2004, 1353.

Übersicht

I. Systematik	1	X. Dinglicher Gerichtsstand, I Nr. 4	23
II. Regelungszweck	2	XI. Konfliktarten, I Nr. 5, 6	24
III. Sachlicher Geltungsbereich: Umfassende Anwendbarkeit	3	1. Zuständigkeitsbejahung, I Nr. 5	25
IV. Beispiele zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs	4	2. Zuständigkeitsleugnung, I Nr. 6	26
V. Antragerfordernis	7	3. Verweisung, Rückverweisung, I Nr. 6	27
VI. Bestimmendes Gericht	10	4. Verfahrensarten	28
1. Erstbefassung und Divergenzvorlage		5. Maßgeblichkeit der wahren Zuständigkeit	29
2. BayObLG	11	XII. Zuständigkeitsarten, I Nr. 5, 6	30
3. Verschiedene Gerichtsbarkeiten	12	1. Familiengericht gegen Familiengericht	31
VII. Verhinderung des zuständigen Gerichts, I Nr. 1	13	2. Prozessgericht gegen Familiengericht	32
VIII. Ungewissheit über die Zuständigkeit, I Nr. 2 ..	14	3. Prozessgericht gegen Vollstreckungsgericht	34
IX. Streitgenossen, I Nr. 3	15	4. Zivilkammer gegen Kammer für Baulandsachen	
1. Verschiedene inländische Gerichtsstände	16	5. Zivilkammer gegen Kammer für Handelssachen	
2. Kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand ..	17	6. Sonstige Fälle	35
3. Streitgenossenschaft	18	7. Notwendigkeit zweier echter Entscheidungen ..	36
4. Beispiele zur Frage einer Anwendbarkeit von I Nr. 3	19	8. Formlose Abgabe vor Rechtshängigkeit	37
		9. Rechtskraft	38
		10. Möglichkeiten des bestimmenden Gerichts	39
		11. Funktioneller Streit	41
		12. Weitere Bindungsfragen	42

I. Systematik. Die gerichtliche Bestimmung des zuständigen Gerichts in §§ 36, 37 stellt eine wichtige Ergänzung des gesetzlichen Zuständigkeitsystems in Titel 2 für die Fälle dar, in denen das zuständige Gericht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht eindeutig bestimmt werden kann. Diese Bestimmung ist kein Akt der Justizverwaltung, sondern einer der Rechtspflege und daher den Gerichten zugewiesen, BGH NJW 2000, 80 (auch bei einem Konflikt zwischen zwei verschiedenen Spezialspruchkörpern, weil die Zuständigkeit auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuweisungsregelung beruht). § 36 nennt die Voraussetzungen, § 37 das Verfahren des Zwischenstreits der Zuständigkeitsbestimmung, für das auch § 329 gilt, → § 37 Rn. 6. § 36 bezieht sich nicht nur auf die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit, sondern er wird auch entsprechend angewandt auf die Bestimmung der sachlichen und funktionellen – auch institutionellen – Zuständigkeit, BGH NJW 1998, 685; NJW 1984, 1624; Ffm BeckRS 2019, 26112, sowie beim rechtswegübergreifenden negativen Kompetenzkonflikt, BVerwG NJW 2019, 2112. Bei der sachlichen Zuständigkeit ist § 11 zu beachten, der die Entstehung negativer Kompetenzkonflikte in diesem Bereich mit der Notwendigkeit eines Verfahrens nach § 36 vermeidet, BGH NJW 1997, 869. Die Zulässigkeit des beschriebenen Rechtswegs ist in dem durch § 17a GVG geregelten Verfahren festzulegen. Nur ausnahmsweise kommt eine Entscheidung in entsprechender Anwendung des § 36 in Betracht, wenn das zur Wahrung des Funktionierens der Rechtspflege und Rechtssicherheit notwendig wird, BGH NJW-RR 2011, 1497; NJW-RR 2002, 713; BAG NJW 2006, 2798; vgl. für § 53 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, BVerwG NJW 2019, 2112.

II. Regelungszweck. Wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Unklarheit über den Gerichtsstand 2 besteht, die durch die anderen Vorschriften über die Zuständigkeiten nicht ausgeräumt werden kann, gebietet die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I 2 GG ein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Bestimmung der Zuständigkeit, vgl. BVerfG NJW 2009, 907, wonach diese Gerichtsstandsbestimmung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Dem wird § 36 zusammen mit der Verfahrensregelung des § 37 gerecht und bietet zugleich eine umfassende, einfache und rasche Lösung, das zuständige Gericht zu bestimmen. Damit dient die Norm auch der Prozessförderung, BGH NJW 2008, 3789, der Prozesswirtschaftlichkeit, Ffm NJW-RR 2006, 864 und durch Verhinderung einer Rechtsschutzverweigerung auch der Rechtssicherheit, BGH NJW 1972, 111.

Zweck von II und III, die durch das SchiedsVfG zum 1.4.1998 eingefügt wurden, ist eine Entlastung des BGH von Zuständigkeitsbestimmungen, soweit dies nicht zur Wahrung der Rechtseinheit geboten ist, BGH BeckRS 2019, 18542; BGH NJW 2018, 2200; NJW 2000, 80.

III. Sachlicher Geltungsbereich: Umfassende Anwendbarkeit. § 36 gilt in allen der ZPO unterliegenden Verfahren, gleich welcher Prozessart, BAG DB 2003, 728, BayObLG NJW 1988, 2184. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 setzt nicht generell voraus, dass das durchzuführende Verfahren bereits rechts-hängig oder auch nur anhängig geworden ist, BGH NJW 1980, 1281; KG BeckRS 2019, 26590. Eine vor Klageerhebung beantragte Bestimmung entfaltet nur dann Wirkung, wenn die im Bestimmungsverfahren angekündigte Klage gegen den als künftig Beklagten Benannten erhoben wird, BayObLG BeckRS 2019, 32701; Mü NJW-RR 2013, 1016. In I Nr. 3, 4 ist vielmehr ausdrücklich normiert, dass die Zuständigkeitsbestimmung schon vor Klageerhebung erfolgen kann. Möglich ist das aber auch noch danach, BGH NJW-RR 2019, 238; NJW-RR 2011, 929; Hamm BeckRS 2019, 21126. In den Fällen des I Nr. 1, 2, die kaum praktische Bedeutung haben, ist ebenfalls bereits vor Rechtshängigkeit oder Anhängigkeit eine Zuständigkeitsbestimmung zulässig, Musielak/

Voit/Heinrich Rn. 13. Die Fälle des I Nr. 5, 6 erfordern hingegen grundsätzlich ein bereits rechtshängiges Verfahren, weil zuvor keine rechtskräftigen Entscheidungen über die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit verschiedener Gerichte ergangen sein können, BGH NJW 2002, 444. Im Fall des I Nr. 6 kann ausnahmsweise bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit die Zuständigkeitsbestimmung erfolgen, wenn verschiedene Gerichte, von denen eines zuständig ist, jeweils abschließend zum Ausdruck gebracht haben, dass sie sich nicht für zuständig halten, und eine baldige Beilegung des negativen Kompetenzkonfliktes nicht erwartet werden kann, KG BeckRS 2019, 26590.

IV. Beispiele zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs

- 4 **Arbeitsgerichtsverfahren:** § 36 gilt vor den Arbeitsgerichten entsprechend, BGH NJW 1990, 54; BAG NJW 2006, 1372 und 2798; LAG Bln-Brdb NZA-RR 2015, 324.
Arrest, einstweilige Verfügung: § 36 gilt einem Verfahren nach §§ 916 ff., 935 ff., Zweibr OLGR 2008, 857.
Auslandsberührung: § 36 gilt im Verfahren mit einer Auslandsberührung, BGH FamRZ 1984, 162; BayObLG NJW-RR 2006, 210; bei Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel, BayObLG NJW 1988, 2184; *Abramenko* Rpfleger 2004, 473.
Beratungshilfeverfahren: § 36 gilt im Verfahren auf Beratungshilfe, BGH FamRZ 1984, 774.
Freiwillige Gerichtsbarkeit: Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie für das Verhältnis zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit ist § 36 anwendbar, BayObLG MDR 2004, 1262.
- 5 **Insolvenzverfahren:** § 36 gilt im Insolvenzverfahren iVm § 4 InsO, BGH NJW 1996, 2235; BayObLG 2003, 230; Celle Rpfleger 2004, 240; → Rn. 21.
Kostenfestsetzungsverfahren: § 36 gilt im Festsetzungsverfahren nach §§ 103 ff., BayObLG AnwBl 1989, 161.
Mahnverfahren: § 36 ist im Mahnverfahren nach §§ 688 ff. anwendbar, BGH NJW 1995, 3317; NJW 1993, 2752; BayObLG Rpfleger 2003, 139; Hamm BeckRS 2019, 38796.
- 6 **Prozesskostenhilfeverfahren:** § 36 gilt im Verfahren auf eine Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ff., BGH NJW-RR 2010, 209; Drsd NJW 2005, 3151.
Rechtsmittelverfahren: § 36 ist auch anzuwenden, wenn der Zuständigkeitsstreit die Zuständigkeit für die Entscheidung über ein Rechtsmittel betrifft, BGH NJW 1986, 2764.
Selbständiges Beweisverfahren: § 36 gilt im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff., BayObLG BeckRS 2020, 12330; MDR 2004, 1262; NJW-RR 1999, 1010; Naumb BauR 2014, 1038; Hamm MDR 2013, 116; Schlesw NJW-RR 2010, 533.
Spruchverfahrensgesetz: § 36 gilt auch beim SpruchG, Kblz NJW-RR 2008, 553.
Wohnungseigentum: § 36 gilt im WEG-Verfahren, Mü NJW-RR 2008, 1544.
Zwangsvollstreckung: § 36 gilt im Verfahren der Zwangsvollstreckung, BGH NJW 1983, 1859; BayObLG BeckRS 2020, 12342; Hamm DGvZ 2012, 13; Karlsr NZM 2009, 247.
- 7 **V. Antragsforderndnis.** Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt regelmäßig auf Grund eines Antrags einer Partei, was sich aus dem Wortlaut des § 37 I („Gesuch“) ergibt. Von den Parteien sind grundsätzlich nur der Kläger oder sein Nebenintervenient befugt, den Antrag auf eine Gerichtsstandsbestimmung zu stellen, BGH NJW 1985, 2537. In den Fällen des I Nr. 1, 5 und 6 kann in einem anhängigen Verfahren auch der Beklagte oder sein Streithelfer Antragsteller sein, BGH NJW 1990, 2751.
- 8 In den Fällen von I Nr. 5, 6 geschieht die Bestimmung auch von Amts wegen, wenn eines der am Kompetenzkonflikt beteiligten Gerichte dies dem nächsthöheren Gericht zum Zweck der Zuständigkeitsbestimmung vorlegt, BGH NJW 1985, 2537; Mü NJW-RR 2019, 1396; Hamm BeckRS 2019, 38796; OLGR 2007, 188; Musielak/Voit/Heinrich § 37 Rn. 4.
- 9 **Gebühren:** Des Gerichts keine; des Anwalts: Sie entstehen nach §§ 15, 19 RVG grundsätzlich nicht neben den sonstigen Gebühren. Falls er die Partei aber nicht mehr vertritt, 0,8-Gebühr nach VV 3402 RVG.
- 10 **VI. Bestimmendes Gericht.** Die Bestimmung des zuständigen Gerichts steht nach I dem im Instanzenzug nächsthöheren Gericht zu, BGH NJW 2018, 2336; Ffm BeckRS 2020, 1824; Hamm BeckRS 2019, 17379; Brdb WoM 2015, 367, bei I Nr. 2–6 dem gemeinschaftlichen übergeordneten Gericht. Nach II wird das zuständige Gericht durch das OLG bestimmt, wenn das zunächst höhere Gericht der BGH ist, Hamm BeckRS 2019, 38796. Bestimmende Gerichte als höhere gemeinschaftliche Gerichte sind regulär die LG (für die AG ihrer Bezirke) und die OLG (für die LG ihrer Bezirke und die AG verschiedener LG-Bezirke); zum BayObLG → Rn. 11.
 1. **Erstbefassung und Divergenzvorlage.** Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Divergenzvorlage nach III nur zulässig, wenn der BGH das nächsthöhere gemeinschaftliche Gericht ist und sich die Bestimmungszuständigkeit eines OLG aus II ergibt, BGH NJW 2018, 2336. Die Vorlage ist nicht zulässig, wenn das OLG selbst das im Rechtszug nächsthöhere Gericht und deshalb nach I zur Bestimmung des zuständigen Gerichts berufen ist, BGH NJW 2000, 3214; Brschw MDR 2019, 1531. Soweit also nach I eigentlich der BGH für die Bestimmung zuständig wäre, wird nach II grundsätzlich das OLG tätig, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Gericht gehört, sog. Prioritätsgrundsatz, BGH NJW 2001, 1499; Hamm NJW-RR 2020, 60; NJW-RR 2019, 1398; KG NJW-RR 2020, 696; MDR 2020, 275; Brschw MDR 2019, 1531; Hmb ZInsO 2019, 2127 = BeckRS 2019, 18543; Düss MDR 2012, 1119. Das gilt auch, soweit sich der Konflikt erst auf der OLG-Ebene ergibt, BGH NJW 2001, 1499. „Befasst“ ist ein Gericht, sobald bei ihm ein Antrag auf Entscheidung eingegangen ist. Ist noch kein Gericht mit der Sache befasst (zB bei I Nr. 3), ist das OLG zuständig, das zuerst um Bestimmung nach § 37 ersucht wird. Bei Bestehen eines Anknüpfungspunktes zu diesem OLG kommt es nicht zwingend darauf an, ob einer der Streitgenossen in dessen Bezirk seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, BGH NJW 2008, 3789.
Will ein nach II zuständiges OLG, vgl. BGH NJW 2000, 3214, dabei in einer materiell-rechtlichen oder prozessrechtlich entscheidungserheblichen Rechtsfrage von einem anderen OLG (auch einem anderen Senat des vorlegenden OLG) oder vom BGH abweichen, so hat es die Sache nach III 1 ohne zeitliche Grenzen dem BGH vorzulegen, BGH NJW 2018, 2200; WM 2017, 1874; Hmb ZInsO 2019, 2127 = BeckRS 2019, 18543; Hamm NJW-RR 2019, 1398 (Verneinung einer Divergenz bei fehlenden Anhaltspunkten). Ein Gerichtsstandsbestimmungsverfahren ist bereits dann dem BGH zur Entscheidung vorzulegen, wenn die Divergenz hinsichtlich einer Rechtsfrage besteht, die eine Voraussetzung betrifft, unter denen eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 überhaupt zulässig ist, BGH NJW-RR 2019, 1181; NJW 2018, 2200, oder ob ein Bestimmungsverfahren überhaupt durchzuführen ist, Hmb ZInsO 2019, 2127 = BeckRS 2019, 18543. Der Umstand, dass eine für die

Zuständigkeit erhebliche Rechtsfrage in Literatur oder Instanzrechtsprechung umstritten ist, reicht hingegen nicht aus, BGH NJW-RR 2019, 1181. In dem Vorlagebeschluss sind die entscheidungserheblichen Rechtsfragen und die Divergenzentscheidung zu bezeichnen. Eine Vorlage nach III 1 ist nur zulässig, wenn das OLG anstelle des BGH gem. II zuständig ist, nicht aber in dem Fall, dass es nach I originär zur Zuständigkeitsbestimmung berufen ist, BGH NJW 2018, 2336. Der BGH entscheidet nach III 2 gemäß § 37 bindend.

2. BayObLG. Das BayObLG, das mit Ablauf des 30.6.2006 aufgelöst worden war, ist mit Wirkung zum 15.9.2018 erneut errichtet worden, vgl. Gesetz zur Errichtung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (GVBl. 2018, I S. 545). Es ist nach I zur Bestimmung des zuständigen Gerichts berufen, soweit es bei einem landesinternen Kompetenzstreit das zunächst höhere gemeinschaftliche Gericht ist. Während nämlich nach II der BGH als höheres gemeinschaftliches Gericht unberücksichtigt bleibt, gilt das nicht für das BayObLG, das insoweit an die Stelle des BGH tritt, BayObLG BeckRS 2020, 3165; Zöller/*Heßler* EGZPO § 9 Rn. 2. Es bestimmt das zuständige Gericht nach II iVm § 9 EGZPO, BayObLG BeckRS 2020, 8285; außerdem bei einem länderübergreifenden Kompetenzstreit, soweit ein bayerisches Gericht zuerst mit der Sache befasst war, BayObLG NJW-RR 2020, 763; BeckRS 2020, 3163 und 5678 und 12342; BeckRS 2019, 6004. Dass keiner der Antragsgegner einen allgemeinen Gerichtsstand in Bayern hat, steht dem nicht entgegen, BGH NJW 2008, 3789; BayObLG BeckRS 2019, 31311. Die Vorlagepflicht nach III gilt auch bei Entscheidung eines ObLG, Zöller/*Heßler* EGZPO § 9 Rn. 2.

3. Verschiedene Gerichtsbarkeiten. Auf einen Zuständigkeitsstreit zwischen Gerichten verschiedener Gerichtsbarkeiten (Gerichtszweige) ist § 36 entsprechend anwendbar, wenn dies zur Wahrung einer funktionierenden Rechtspflege und der Rechtssicherheit notwendig ist, etwa weil es innerhalb eines Verfahrens zu Zweifeln über die Bindungswirkung von rechtskräftigen Verweisungsbeschlüssen kommt und keines der infrage kommenden Gerichte bereit ist, die Sache zu bearbeiten, BGH NJW 2017, 1689. Es entscheidet dasjenige oberste Gericht, dem zuerst ein Antrag zugeht, BGH NJW 1999, 221; BAG NJW 2003, 1068, sofern eines der am Kompetenzstreit beteiligten unteren Gerichte seinem Gerichtszweig angehört, BSG MDR 1989, 189.

VII. Verhinderung des zuständigen Gerichts, I Nr. 1. Das an sich örtlich und sachlich zuständige Gericht muss an der Ausübung des Richteramts im Einzelfall verhindert sein. Die Zuständigkeit eines weiteren Gerichts schließt I Nr. 1 nicht aus, MüKoZPO/*Patzina* Rn. 19. Die Verhinderung kann aus Rechtsgründen bestehen, etwa infolge eines gesetzlichen Ausschlusses nach § 41 oder infolge einer erfolgreichen Ablehnung nach §§ 42 ff., Brem OLG 2008, 375. Sind bei einem Landgericht alle Handelsrichter der – einzigen – KH dieses Gerichts befangen, da es sich bei einer Partei um einen der Kammer zugehörigen Handelsrichter handelt, ist das für die Fortsetzung des Rechtsstreits zuständige Gericht vom OLG nach I Nr. 1 zu bestimmen, Brdb NJW-RR 2020, 635. Jedoch reichen pauschale Ablehnungsanträge „gegen alle Richter des Gerichts“ nicht aus, da sie grds. rechtsmissbräuchlich sind, Brem OLG 2008, 375. Die Verhinderung kann auch aus tatsächlichen Gründen bestehen, etwa infolge einer Naturkatastrophe, eines Terrorangriffs, eines Aufruhrs oder des Stillstands der Rechtspflege nach § 945 durch eine Epidemie (vgl. Diskussionen zur Corona-Pandemie im Jahre 2020). Wenn ein Einzelrichter erkrankt ist, besteht eine Verhinderung dieses Gerichts nur dann, wenn auch jeder geschäftsplanmäßige Vertreter dieses Richters verhindert ist. Das bestimmende Gericht muss die sachliche Zuständigkeit und die örtliche Zuständigkeit prüfen. Das bestimmte Gericht darf die Zuständigkeit grundsätzlich nicht mehr prüfen.

VIII. Ungewissheit über die Zuständigkeit, I Nr. 2. Nr. 2 ist anwendbar, wenn Ungewissheit über den Grenzverlauf des Gerichtsbezirks besteht und damit unklar ist, zu welchem Bezirk eine bestimmte die Zuständigkeit bestimmende Lokalitäten (Wohnsitz, Erfüllungsort etc.) gehört, oder nicht auflösbar ist, in welchem Gerichtsbezirk das für die Zuständigkeitsanknüpfung maßgebliche Ereignis (unerlaubte Handlung etc.) stattgefunden hat, MüKoZPO/*Patzina* Rn. 21. § 3 I 2 BinnSchVerfG enthält eine Sondervorschrift für den Fall, dass sich die maßgebliche Tatsache auf einem Gewässer ereignet hat.

IX. Streitgenossen, I Nr. 3. Dazu *Albicker*, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft, 1996; *Lorenz* ZRP 2011, 182 (rechtspolitisch); *Lund*, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht, 2014; *Vossler* NJW 2006, 117 (Grdz.). Die Vorschrift ist mit Art. 101 I 2 GG vereinbar, → Rn. 2; BVerfG NJW 2009, 907. Sie erfasst alle Arten von Streitgenossenschaft nach §§ 59 ff., BGH NJW 1998, 685; BayObLG BeckRS 2020, 8285; Ffm OLG 2005, 568. Es genügt, dass die Ansprüche in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen, der sie ihrem Wesen nach als gleichartig erscheinen lässt, BGH NJW 2018, 2200; NJW-RR 2011, 1137; NJW-RR 1991, 381. Die Klage muss sich gegen mehrere Personen als Streitgenossen richten, BayObLG NJW-RR 2006, 212; Mü NJW-RR 2018, 699. Die Entscheidung richtet sich nach dem Tatsachenvortrag des Klägers, Kblz MDR 2010, 589; MüKoZPO/*Patzina* Rn. 23; offen gelassen, ob ein tatsächliches Bestehen einer Streitgenossenschaft erforderlich ist, BGH NJW 1986, 3209.

Nach dem Wortlaut findet eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 schon vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit Anwendung („verklagt werden sollen“), BayObLG Rpfleger 1980, 436; Drsd JurBüro 2010, 378. Eine Bestimmungsentscheidung kommt über den Wortlaut der Norm auch dann in Betracht, wenn gegen alle Beklagten bereits Klage erhoben worden ist und einzelne von ihnen die Unzuständigkeit dieses Gerichts geltend gemacht haben, BGH NJW-RR 2019, 238; NJW-RR 2011, 929; BayObLG BeckRS 2019, 29549 und BeckRS 2019, 11307; Hamm BeckRS 2019, 21126. I Nr. 3 ist nach → Rn. 21 („Rechtshängigkeit“) auch noch nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit anwendbar, aber nicht mehr nach Erhebung mehrerer Klagen bei verschiedenen Gerichten, BGH NJW-RR 2011, 929 und nach → Rn. 22 auch nicht dann, wenn der Kläger hat bindend an unterschiedliche Gerichte verweisen lassen.

1. Verschiedene inländische Gerichtsstände. Die als Streitgenossen zu Verklagenden müssen verschiedene inländische allgemeine Gerichtsstände nach §§ 12 ff. haben, BGH NJW 2018, 2200 (beim „Abgasskandal“ für den Fall, dass Händler und Hersteller in Anspruch genommen werden); ZIP 2011, 1074; BayObLG BeckRS 2019, 11307; Hamm NZG 2016, 1389. Eine Gerichtsstandsbestimmung kann aber schon dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen für das Bestehen eines gemeinschaftlichen Gerichtsstands nicht zuverlässig festgestellt werden können, BGH NJW-RR 2019, 1181, oder wenn die Beurteilung der Zuständigkeit allein von Rechtsfragen abhängt und das Gericht, bei dem der gemeinsame Gerichtsstand begründet sein könnte, seine Zuständigkeit bereits abgelehnt hat, BGH NJW 2018, 2200; Hamm NJW-RR 2017, 94.

- 17 2. Kein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand.** In Deutschland darf unabhängig vom Kenntnisstand kein gemeinsamer inländischer besonderer Gerichtsstand nach §§ 20 ff. vorliegen, BGH ZIP 2011, 1074; Hamm FamRZ 2018, 932. Es genügt, wenn ein solcher jedenfalls nicht zuverlässig feststellbar ist, BGH NJW-RR 2008, 1514. Ebenso reicht es, wenn zwei Gerichte unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Frage haben, ob in einer bestimmten tatsächlichen Konstellation eine Gerichtsstandsbestimmung im Hinblick auf das mögliche Bestehen eines gemeinsamen besonderen Gerichtsstands ausscheidet, BGH NJW-RR 2019, 1181. Ein ausländischer gemeinsamer Gerichtsstand, etwa nach § 29 oder § 32, bleibt unberücksichtigt, weil dem Kläger nicht zumutbar ist, auf einen Gerichtsstand im Ausland verwiesen zu werden, BayObLG NJW-RR 1990, 893. Aus prozessökonomischen Erwägungen sollte eine Bestimmung trotz eines bestehenden gemeinschaftlichen Gerichtsstands erfolgen, wenn das zuständige Gericht erhebliche Zweifel an seiner Zuständigkeit geäußert hat, Naumb NJW-RR 2014, 957; Nürnberg VersR 2010, 411.
- 18 3. Streitgenossenschaft.** Eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 setzt voraus, dass mehrere Personen verklagt, werden sollen oder verklagt sind, Zweckmäßigkeitserwägungen können zwar im Rahmen des I Nr. 3 dazu führen, dass eine Gerichtsstandsbestimmung über den Wortlaut hinaus erfolgen kann; dies gilt jedoch nicht bei der Feststellung von mehreren Personen auf der Beklagenseite, Hamm NJW-RR 2016, 1024. Der Kläger muss die Bkl. als Streitgenossen nach §§ 59 ff. im allgemeinen Gerichtsstand verklagen wollen, BGH NJW 2018, 2200; NJW-RR 2011, 1137; BayObLG BeckRS 2020, 8285; BB 2003, 2707. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers zum Vorliegen der Streitgenossenschaft zutreffen, BayObLG BeckRS 2020, 12330. Er muss aber zur Begründung seiner Klageansprüche Tatsachen behaupten, mit denen die Voraussetzungen einer passiven Streitgenossenschaft iSv §§ 59, 60 schlüssig vorgetragen sind, BayObLG BeckRS 2020, 16406. Zumindest einer der Streitgenossen muss regelmäßig bei dem zu bestimmenden Gericht den allgemeinen Gerichtsstand haben, BGH NJW 1986, 3209; Hamm BauR 2014, 602. Besondere vorrangige Gründen, wie zB eine ausschließlich begründete Zuständigkeit für einen Streitgenossen durch Prorogation, können aber auch die Bestimmung eines Gerichts gestatten, an dem keiner der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, BGH NJW 2008, 3789 (Geschäftsführer des Antragsgegners zu 1 war faktisch auch Geschäftsführer des Antragsgegners zu 2). Grundsätzlich dürfte aber die Bestimmung des einseitig prorogierten Gerichtsstands auch für den anderen Streitgenossen als unzumutbar anzusehen sein, BayObLG BeckRS 2020, 3165; NJW-RR 2000, 660. Die als Streitgenossen in Anspruch genommenen Personen müssen zumindest einem gemeinsamen Gegner gegenüberstehen, BGH NJW 1992, 981. Das Gericht darf übereinstimmende Wünsche der Mehrheit der Beklagten berücksichtigen, Ffm NJW-RR 2006, 864. Wird für eine beabsichtigte Klage gegen Streitgenossen der allgemeine Gerichtsstand eines der Streitgenossen als gemeinsamer Gerichtsstand bestimmt und wird die spätere Klage gerade nicht gegen diesen erhoben, so bindet auch die Gerichtsstandsentscheidung im Übrigen nicht, Mü NJW-RR 2013, 1016.
- I Nr. 3 ist nach seinem Sinn und Zweck nicht anwendbar, wenn eine Klage mit mehreren Anträgen gegen nur einen Beklagten vorliegt und für diese Anträge möglicherweise mehrere Gerichte zuständig sind, Ffm NJW-RR 2015, 1294. Auch die Klage aktiver Streitgenossen mit unterschiedlichem Gerichtsstand wird nicht von I Nr. 3 erfasst, Hamm NJW-RR 2016, 1024. I Nr. 3 dient auch unter Berücksichtigung der Prozessökonomie nicht dazu, nach Erweiterung der Klage auf weitere Beklagte ein gemeinsames Verfahren zu eröffnen, wenn der Kläger den ursprünglich gemeinsamen Gerichtsstand gerade nicht gewählt hat, Hamm NJW-RR 2016, 639. Ebenso kommt die Bestimmung eines zuständigen Gerichtsstands nicht mehr in Frage, wenn der Rechtsstreit bereits so weit fortgeschritten ist, dass sich das bestimmende Gericht vernünftigerweise – insbesondere aus Gründen der Prozessökonomie – nur für das bereits mit der Sache befasste Gericht entscheiden kann und somit keine Wahlmöglichkeit besteht, BGH NJW-RR 2019, 238; BayObLG BeckRS 2020, 8285. Eine Gerichtsstandsbestimmung kommt nicht mehr in Betracht, wenn der Kläger, der eine Klage gegen zwei Streitgenossen erhoben hatte, durch Verweisungsantrag selbst dafür gesorgt hat, dass das Verfahren gegen einen der Streitgenossen abgetrennt und an ein anderes Gericht verwiesen wurde, Karlsruh NJW-RR 2014, 444.
- 4. Beispiele zur Frage einer Anwendbarkeit von I Nr. 3**
- 19 Anwaltszwang:** Nr. 3 ist auch dann anwendbar, wenn daraus ein Anwaltszwang nach → § 78 mit einer Kosten-erhöhung entsteht, BGH NJW 1984, 1624.
- Auslandsbezug:** Nr. 3 ist entsprechend anwendbar, soweit der allgemeine Gerichtsstand eines Bkl. im Ausland liegt, aber ein inländischer besonderer Gerichtsstand für ihn besteht, etwa nach § 23, BGH NJW-RR 2013, 1399; NJW 1988, 646; NJW 1971, 196; BayObLG NJW-RR 2020, 763 (Erfüllungsort nach Art. 7 Nr. 1a, Art. 5 Brüssel Ia-VO). Für die Zuständigkeit einschließlich des Verfahrens über die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist das deutsche Recht als lex fori maßgebend, sofern die deutschen Gerichte in der Sache nach dem deutschen Recht nach → Vor § 12 Rn. 12 international zuständig sind, BGH FamRZ 1990, 1225. Sind deutsche Gerichte für ein Mahnverfahren international zuständig, das gegen einen im Ausland wohnhaften Antragsgegner geführt werden soll, kann unter den Voraussetzungen des I Nr. 3 ein Gerichtsstand für ein (gemeinsames) Mahnverfahren bestimmt werden, das sich auch gegen weitere Antragsgegner mit inländischem Wohnsitz richtet, Hamm BeckRS 2020, 6924. Werden ein im Ausland ansässiger Hersteller und jeweils im Inland ansässige Importeure und Händler aus Deliktsrecht in Anspruch genommen, kann sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Bezug auf den Hersteller aus Art. 8 Nr. 1 EUGVVO ergeben, so dass deutsches Zivilrecht Abwendung findet und so eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 ermöglicht wird, Hamm NJW-RR 2020, 878 (Abgasskandal).
- Ausschließlicher Gerichtsstand:** Es steht einer Anwendung von Nr. 3 nicht entgegen, wenn bei einer Familienstreitsache zwei ausschließliche Gerichtsstände bestehen, Ros FamRZ 2010, 1264, oder wenn für einen von mehreren Streitgenossen ein ausschließlicher Gerichtsstand (auch abweichend von dessen allgemeinem Gerichtsstand) begründet ist, Ffm BauR 2015, 169; Hamm NZM 2016, 823. Das für den ausschließlichen Gerichtsstand zuständige Gericht kann auch dann als zuständig bestimmt werden, wenn dort kein allgemeiner Gerichtsstand der Streitgenossen begründet ist, BGH NJW-RR 2008, 1514. Bei Vorliegen zweier divergierender ausschließlicher Gerichtsstände gem § 32b I kommt jedoch eine Gerichtsstandsbestimmung nicht in Betracht, da sie dem Regelungszweck des § 32b I zuwiderlaufe, sämtliche Anlegerklagen bei einem Gericht zu bündeln, Brschw ZIP 2018, 348; aM Stein/Jonas/Roth § 32b Rn. 10; offen gelassen BGH BeckRS 2020, 22215 = ZIP 2020, 1879, der aber ein Wahlrecht nach § 35 verneint, da es eine am Kriterium der Sachnähe

- orientierte Zuständigkeitskonzentration unterlaufe. Im Falle einer durch Prorogation begründeten ausschließlichen Zuständigkeit ist der durch sie gebundenen Partei das Recht genommen, die Gegenpartei durch gerichtliche Bestimmung an ein anderes Gericht zu ziehen, BayObLG NJW-RR 2020, 763; das prorogierte Gericht kann aber im Einzelfall insgesamt als zuständig bestimmt werden, BGH NJW 1988, 646.
- Bankgeheimnis:** Seine Verletzung steht nicht entgegen, BGH FamRZ 2006, 1114. 20
- Beweisaufnahme:** Nr. 3 ist anwendbar, soweit eine Beweisaufnahme nur zur Zuständigkeit erfolgt ist, Kblz OLGR 1998, 70. Nr. 3 ist unanwendbar, soweit bereits eine Beweisaufnahme zur Hauptsache unmittelbar bevorsteht oder angeordnet worden ist, Hamm BeckRS 2019, 21126; Naumb BauR 2014, 1038, oder gar schon stattgefunden hat, BGH NJW-RR 2019, 238; NJW 1978, 321; Hamm BeckRS 2019, 21126.
- Entscheidungserheblichkeit der zur Vorlage nach III führenden Rechtsfrage:** Sie bleibt dann unbeachtlich, wenn sie es jedenfalls nach Auffassung des vorlegenden Gerichts ist und dies nachvollziehbar begründet wird, BGH MDR 2015, 51.
- FamFG:** § 36 ist in Ehe- und Familienstreitsachen nach § 113 I FamFG anwendbar, BGH NJW-RR 2017, 1.
- Funktionelle Zuständigkeit:** Entgegen dem Wortlaut von I Nr. 3 kann das zuständige Gericht auch dann bestimmt werden, wenn für die zu verklagenden Streitgenossen verschiedene funktionelle Zuständigkeiten – zB Zuständigkeit der KfH – begründet sind, BGH NJW 1998, 685; Hamm MDR 2013, 116; Schlesw NJW-RR 2003, 1650; aM Karlsr ZMR 2014, 233.
- Gemeinsamer Gerichtsstand:** Bestand zunächst ein gemeins. Gerichtsstand gegen die zu verklagenden Streitgenossen und hat sich der Kläger der Möglichkeit einer gemeinsamen Rechtsverfolgung an diesem Gerichtsstand dadurch begeben, dass er mit einem Streitgenossen einen ausschließlichen anderen Gerichtsstand vereinbart hat, kann eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 ausgeschlossen sein, Hamm BeckRS 2020, 10489.
- Gerichtsstandsvereinbarung:** Haben zwei Parteien, die als Streitgenossen verklagt werden sollen, denselben allgemeinen Gerichtsstand, so ist für die Bestimmung nach I Nr. 3 grds. auch dann kein Raum, wenn der Kläger mit einem der Streitgenossen einen hiervon abweichenden, ausschließlichen Gerichtsstand vereinbart hat, BayObLG BeckRS 2020, 3165; Hamm BeckRS 2020, 10489. Dennoch ist – unter Berücksichtigung der verfahrensökonomischen Zielsetzung des I Nr. 3 – in Fällen eines prorogierten Gerichtsstandes die Zuständigkeitsbestimmung nicht als von vornherein ausgeschlossen anzusehen, BGH NJW 1988, 646; BayObLG BeckRS 2019, 11307; Hamm BeckRS 2020, 10489; Ffm MDR 2015, 299 (im Fall der Streitgenossenschaft mit geschäftsführenden Gesellschafter als Bürgen). Die mit einem Streitgenossen geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung steht einer Bestimmung nur ausnahmsweise nicht entgegen, wenn ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand mit den übrigen Streitgenossen nie bestanden hat, BayObLG NJW-Spezial 2020, 301; Hamm BeckRS 2020, 10489; Ffm MDR 2015, 299. Die Vereinbarung unterschiedlicher, jeweils ausschließlicher Gerichtsstände mit mehreren Streitgenossen ist vorrangig; sie kann nicht durch eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 überwunden werden, BGH NJW 1988, 646; BayObLG BeckRS 2020, 6777; NJOZ 2005, 1166; Ffm BeckRS 2012, 12849.
- Insolvenzverfahren:** Die Unterbrechung des Rechtsstreits durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer beklagten Partei hindert eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 nicht, BGH NJW-RR 2014, 248; BeckRS 2009, 05200; die Entscheidung nach I Nr. 3 betrifft nicht die Hauptsache selbst, sondern nur die Zuständigkeit und hat somit nur vorbereitenden Charakter, BGH NJW-RR 2014, 248; BayObLG NJW 1986, 389. 21
- Klageerweiterung:** Grds. kann eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 bei einer Erweiterung auf zusätzliche Beklagte nicht erfolgen, wenn der Kläger von einer bei Klageerhebung bestehenden Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Sie kann aber erfolgen, wenn der Kläger bei Klageerhebung von der Existenz möglicher weiterer Schuldner keine Kenntnis hatte und diese auch nicht ohne wesentliche Schwierigkeiten ermitteln konnte, BGH NJW-RR 2020, 1070.
- Pfändung:** I Nr. 3 kann auch bei Pfändung anwendbar sein, Hamm JurBüro 2017, 327.
- Prorogation:** → Rn. 20 „Gerichtsstandsvereinbarung“
- Rechtshängigkeit:** Trotz des Wortlauts von Nr. 3 ist eine Bestimmung des zuständigen Gerichts schon aus Zweckmäßigkeitserwägungen auch nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zulässig, wenn die Antragsgegner bereits verklagt wurden und einzelne von ihnen die Unzuständigkeit des Gerichts geltend gemacht haben, BGH NJW-RR 2019, 238; NJW 1978, 321; BayObLG BeckRS 2019, 11307. Dies gilt auch dann, wenn keiner der Antragsgegner die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend macht, aber die Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbegründung durch rügeloses Einlassen nach § 39 nicht vorliegt, BayObLG BeckRS 2019, 11307. Wenn ein Mahnverfahren vorangegangen ist und mehrere Antragsgegner Widerspruch eingelegt haben, kann das zuständige Gericht noch nach I Nr. 3 bestimmt werden, wenn der Antragsteller den entspr. Antrag mit der Anspruchsbegründung stellt, BGH NJW-RR 2013, 1531; BayObLG BeckRS 2020, 8285.
- Rüge der Unzuständigkeit:** Sie steht einer Anwendung von Nr. 3 nicht entgegen, BGH NJW 1984, 739.
- Sachentscheidung:** Nach einer Sachentscheidung ist I Nr. 3 nicht mehr anwendbar, BGH NJW-RR 2019, 238; NJW 1978, 321.
- Sachliche Zuständigkeit:** Ebenso wie bei der funktionellen Zuständigkeit, → Rn. 20 „funktionelle Zuständigkeit“, ist I Nr. 3 auch bei verschiedenen sachlichen Zuständigkeiten der Streitgenossen anwendbar, BGH NJW 1998, 685. Eine sachlich ausschließliche Zuständigkeit hindert die Bestimmung grds. nicht, Kblz OLGR 1998, 70.
- Selbständiges Beweisverfahren:** I Nr. 3 ist im selbständigen Beweisverfahren anwendbar, BayObLG BeckRS 2020, 12330; Naumb BauR 2014, 1038.
- Verweisung:** Nr. 3 ist unanwendbar, soweit Klagen gegen mehrere Parteien bereits nach § 281 an unterschiedliche Gerichte bindend verwiesen worden sind, BGH FamRZ 2006, 406. 22
- Widerklage:** Nr. 3 ist bei einer parteierweiternden Widerklage grds. anwendbar, BGH NJW 1991, 2838, jedenfalls soweit die Widerbeklagten keinen gemeinsamen allgemeinen oder besonderen Gerichtsstand haben, BGH NJW 2000, 1871. Die Erhebung einer Widerklage bei dem für die Hauptklage örtlich unzuständigen Gericht steht einer Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 3 für die Klage nicht entgegen, BayObLG BeckRS 2020, 16980.
- Zulässigkeitsrüge:** Diese steht einer Anwendung des I Nr. 3 nicht entgegen; ihr ist im Bestimmungsverfahren nicht nachzugehen. Selbst bei Begründetheit der Zulässigkeitsrüge besteht das Bedürfnis danach, ein Gericht

zu bestimmen, das im Rahmen des Rechtsstreits hierüber befindet, BGH NJW-RR 1987, 757; BayObLG BeckRS 2019, 32701; Ffm BeckRS 2015, 8025; → Rn. 20.

- 23 **X. Dinglicher Gerichtsstand, I Nr. 4.** I Nr. 4 betrifft den Fall, dass eine Klage im dinglichen Gerichtsstand (§§ 24–26) erhoben werden soll und das maßgebliche Grundstück im Bezirk verschiedener Gerichte liegt. Es muss sich grundsätzlich um ein einheitliches Grundstück handeln. Das ist auch dann so, wenn mehrere Grundstücke rechtlich nach § 890 BGB eine Einheit darstellen, RGZ 86, 272. Die Vorschrift gilt auch dann, wenn andere Grundstücke gesamtschuldnerisch mithafteten, BayObLG Rpfleger 1977, 448. Trotz des engen Wortlauts des I Nr. 4 wird aus Gründen der Prozessökonomie in einigen Fällen eine entsprechende Anwendung zugelassen. Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, insbesondere zur Vermeidung entgegengesetzter Entscheidungen mehrerer beteiligter Gerichte, kann eine entsprechende Anwendung von Nr. 4 in Betracht kommen, wenn die beiderseitigen berechtigten Interessen der Parteien der Bestimmung eines gemeinsamen Gerichts nicht entgegenstehen. Es muss dann dem Antragsteller nicht zugemutet werden, getrennte Klagen in mehreren Gerichtsbezirken zu erheben, BayObLG NJOZ 2005, 2229; Ffm BeckRS 2015, 8027. Dies kann der Fall sein, wenn in verschiedenen Bezirken gelegene rechtlich selbständige Grundstücke demselben Eigentümer gehören, BayObLG NJOZ 2005, 2229, wenn der Kläger Löschung von Grundschulden begehrt, die zur Besicherung desselben Darlehens an in verschiedenen Gerichtsbezirken belegenen Grundstücken bestellt worden sind oder wenn Ansprüche auf Mietzinszahlung für zwei Objekte geltend gemacht werden, die in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, Hamm NJW-RR 2014, 332; aM Zöller/*Schultzky* Rn. 30.
Unanwendbar ist I Nr. 4 nach der Rechtskraft der Hauptsachenentscheidung, *Bornkamm* NJW 1989, 2713.
- 24 **XI. Konfliktarten, I Nr. 5, 6.** Mehrere Gerichte müssen in einem idR rechtshängigen Verfahren in einem Kompetenzkonflikt stehen. Dieser kann sich auf ihre örtliche, sachliche oder funktionelle Zuständigkeit beziehen, BGH NJW 1994, 2956; Ffm NJW-RR 2020, 383; Nürnberg MDR 1996, 1068, oder auf die Rechtsmittelzuständigkeit, BGH FamRZ 2001, 618; Ffm NJW-RR 2020, 383. Die verschiedenen Gerichte müssen nach dem Wortlaut der Norm eigentlich jeweils formell rechtskräftige Entscheidungen über ihre Zuständigkeit (Nr. 5) oder Unzuständigkeit (Nr. 6) getroffen haben, BGH NJW 2000, 1343. Hierbei ist „rechtskräftig“ jedoch nicht im technischen Sinne zu verstehen; es reicht vielmehr, dass die Unzuständigkeitsklärung unanfechtbar und für die Parteien verbindlich ist, BGH MDR 2015, 51; LAG Bln-Brdb NZA-RR 2015, 325; Hamm BeckRS 2019, 38796.
Die Vorschrift gilt auch bei einer Auslandsberührung, BGH FamRZ 1992, 664. Übersicht über die Probleme bei *Bornkamm* NJW 1989, 2713.
In Betracht kommen die folgenden Konfliktfälle:
- 25 **1. Zuständigkeitsbejahung, I Nr. 5.** Eine Zuständigkeitsbestimmung nach I Nr. 5 setzt voraus, dass sich verschiedene Gerichte wegen einer Streitigkeit über denselben Anspruch „in einem Rechtsstreit“ durch rechtskräftiges Zwischenurteil nach § 280 für zuständig erklärt haben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Danach muss der positive Kompetenzkonflikt nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit aufgetreten sein, da erst ab diesem Zeitpunkt die Gegenpartei am Verfahren beteiligt ist und somit ein Rechtsstreit vorliegt, BGH NJW 1980, 1281; bei entsprechender Anwendung nach § 4 I InsO nach Anhängigkeit, Mü ZIP 2014, 741; Brdb ZIP 2002, 1590. Die Vorschrift betrifft die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit, RGZ 121, 21. Hat jedoch eines der beteiligten Gerichte bereits in der Sache entschieden, ist für eine Gerichtsstandsbestimmung nach I Nr. 5 kein Raum mehr, *Bornkamm* NJW 1989, 2713 (2724). Kommt es bei dieser in der Praxis äußerst seltenen Konstellation tatsächlich zu einer Vorlage nach I Nr. 5, kann es sein, dass beide Gerichte zuständig sind. Dann muss jedoch eine der beiden Klagen aus anderen Gründen unzulässig sein, BGH NJW 1987, 2680 (fehlendes Feststellungsinteresse bei Parallelverfahren).
Dazu auch *Hau*, Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht, 1996; *Bornkamm*, Die Gerichtsstandsbestimmung nach §§ 36, 37 ZPO, NJW 1989, 2113.
- 26 **2. Zuständigkeitsleugnung, I Nr. 6.** Eine Zuständigkeitsbestimmung nach I Nr. 6 setzt voraus, dass sich mehrere Gerichte formell „rechtskräftig“, dh bindend, → Rn. 24, für unzuständig erklärt haben und eines der beteiligten Gerichte tatsächlich zuständig ist (negativer Kompetenzkonflikt), BGH NJW-RR 2013, 764; NJW 1995, 534; Ffm BeckRS 2020, 1824; Mü NJW-RR 2019, 1396; KG NJW-RR 2018, 640. Eine solche „Zuständigkeitsleugnung“ kann in einer seine Zuständigkeit verneinenden Entscheidung – zB in der Ablehnung der Übernahme des Verfahrens – oder in einem unanfechtbaren Verweisungsbeschluss (§ 281 II 2) liegen, um den Anforderungen, die an das Tatbestandsmerkmal „rechtskräftig“ zu stellen sind, → Rn. 24, zu erfüllen, BGH NJW-RR 2013, 764; Mü NJW-RR 2019, 1396; Hamm NJW-RR 2019, 1398; NJW 2016, 172. Eine solche Erklärung kann durch Prozessurteil oder Beschluss ausgesprochen sein, wobei Ausdrücklichkeit nicht erforderlich ist, BGH, NJW-RR 1994, 706; Hamm NJW-RR 2016, 787. Fehlt es an einer „rechtskräftigen“ Unzuständigkeitsklärung idS I Nr. 6, weil die entsprechenden Beschlüsse den Parteien nicht mitgeteilt worden sind, findet eine Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht statt, BGH NJW-RR 1997, 1161; BayObLG BeckRS 2020, 12342; Brschw NJW-RR 2020, 317. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Mitteilung nur gegenüber einer Partei erfolgt ist, BGH NJW-RR 1995, 641; BayObLG BeckRS 2020, 12342; → § 239 Rn. 26. Negative Zuständigkeitskonflikte können auch innerhalb eines Gerichts aufgrund des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für Nichtzulassungsbeschwerden in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer zivilprozessrechtlicher Vorschriften vom 19.12.2019 (BGBl 2019 I S. 2633) verschärft zwischen spezialisierten und allgemeinen Spruchkörpern auftreten. Diese dürften ebenso wie Konflikte zwischen zwei Spezialspruchkörpern über die Abgrenzung von Sachgebieten durch analoge Anwendung des I Nr. 6 zu lösen sein, *Fölsch* NJW 2020, 801. Weil die Zuständigkeit der Spezialspruchkörper auf einer gesetzlichen Zuweisungsregelung beruht, ist die Entscheidung nicht nach dem jeweiligen Geschäftsverteilungsplan durch das Präsidium des Gerichts zu treffen, *Fölsch* NJW 2020, 801; BGH NJW 2000, 80 (zum Kompetenzkonflikt zwischen Berufungszivilkammer und erstinstanzlicher Kammer).
Zur Zuständigkeitsleugnung allgemein: *Althammer*, Negativer Kompetenzkonflikt zwischen Abteilungen desselben Amtsgerichts, NJW 2002, 3522, *Ewers* FamRZ 1999, 74.
- 27 **3. Verweisung, Rückverweisung, I Nr. 6.** Häufig ist die Unzuständigkeitsklärung in einem Verweisungsbeschluss enthalten. Der Kompetenzkonflikt kann dann durch einen Rückverweisungsbeschluss des Gerichts, an das die Verweisung erfolgte, entstehen; darin liegt jeweils eine rechtskräftige Unzuständigkeitsklärung, Hamm

NJW-RR 2020, 60; Düss MDR 1996, 311. Die Ablehnung der Übernahme eines Rechtsstreits kann auch in einem Gerichtsvermerk liegen, wenn hierin deutlich die Leugnung eigener Zuständigkeit zum Ausdruck kommt und dessen Inhalt den Parteien mitgeteilt worden ist, so dass er kein bloßes Gerichtsinternum geblieben ist, BGH NJW-RR 1997, 1161 (im Umkehrschluss); KG NJW-RR 2020, 696; DGVZ 2019, 62. I Nr. 6 ist aber nach einer Zurückverweisung durch das Rechtsmittelgericht unanwendbar, BGH FamRZ 1998, 477. Auch bei einer Aktenrücksendung nebst einer Anregung zur Aufhebung einer Verweisung findet I Nr. 6 weder direkte noch analoge Anwendung, BGH NJW 1994, 2956; Ffm NJW-RR 2020, 383; Köln Rpfleger 2000, 236. Die Vorschrift ist jedoch entsprechend anwendbar, wenn sich verschiedene Abteilungen, Kammern oder Senate desselben Gerichts unanfechtbar für unzuständig erklärt haben, KG NJW-RR 2018, 640, soweit es nicht nur um die Geschäftsverteilung und damit nicht nur um eine Befugnis des Präsidiums nach § 21e I GVG geht, sondern um eine ausdrückliche gesetzliche Zuständigkeitsregelung, BGH NJW 2000, 80; → Rn. 26.

4. Verfahrensarten. Die Zuständigkeitsbestimmungen nach I Nr. 5 und Nr. 6 können auch im Prozesskostenhilfverfahren nach §§ 114 ff. erfolgen, BGH NJW-RR 2010, 209; Düss NJW-RR 2006, 431. Der Zuständigkeitsstreit kann auch im Rechtsmittelverfahren nach §§ 511 ff., 542 ff., 567 ff., 574 ff. entstehen, BGH NJW-RR 1996, 891. I Nr. 5 und Nr. 6 gelten auch im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff., BayObLG Rpfleger 1989, 80, im Mahnverfahren nach §§ 688 ff., BGH NJW 1993, 2752, und im Vollstreckungsverfahren nach §§ 704 ff., BGH NJW 1996, 3013.

5. Maßgeblichkeit der wahren Zuständigkeit. Bei einem positiven Kompetenzkonflikt ist die tatsächliche Zuständigkeit unerheblich. Bei einem negativen Kompetenzkonflikt muss grundsätzlich gerade eines der bisher beteiligten Gerichte bei einer objektiven Betrachtung zuständig gewesen sein, BGH NJW 1995, 534. Es ist dann unerheblich, dass außerdem etwa noch ein anderes Gericht zuständig wäre.

XII. Zuständigkeitsarten, I Nr. 5, 6. Die Vorschriften betreffen die sachliche Zuständigkeit, BGH NJW-RR 2008, 1545. Sie betreffen auch die örtliche und in einer entsprechenden Anwendung auch die geschäftliche (funktionelle, instanzielle) Zuständigkeit, BGH BeckRS 1994, 4237; Ffm NJW-RR 2020, 383; Hamm NJW 2010, 2057; KG MDR 2018, 821. Dies gilt aber nur für die Fälle, in denen zwei Gerichte darüber streiten, welches von ihnen über ein bestimmtes Rechtsmittel zu entscheiden hat, Ffm NJW-RR 2020, 383 (für den Fall, dass das AG die Abhilfeprüfung vorzunehmen und das LG über die Beschwerde zu befinden hat). Die Vorschriften können auch die internationale Zuständigkeit betreffen, wenn die Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 1a und b des Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) vorliegen, Hamm NJW-RR 2020, 766; vgl. auch BGH BeckRS 2020, 14145 (Vorlagefrage an den EuGH). Erklärt sich ein deutsches Gericht für international unzuständig und ein anderes Gericht sich zwar für international zuständig, aber für örtlich unzuständig, liegt kein Fall für eine gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung vor, Schlesw NJOZ 2002, 4.

1. Familiengericht gegen Familiengericht. Zum alten Recht: BGH NJW 1998, 1312. Nunmehr gilt § 5 31 FamFG mit Ausnahme für Ehesachen und Familienstreitsachen nach § 113 I FamFG, für die § 36 Anwendung findet.

2. Prozessgericht gegen Familiengericht. Vgl. § 17a VI GVG, Ffm FamRZ 2011, 1238; Hamm NJW 32 2010, 2741.

Der Zuständigkeitsstreit zwischen Prozessgericht und Familiengericht wird als Streit über den Rechtsweg 33 behandelt und nicht nach § 36 oder § 5 FamFG, MüKoZPO/Zimmermann GVG § 17a Rn. 40.

3. Prozessgericht gegen Vollstreckungsgericht. BGH NJW 1982, 2070; BayObLG BeckRS 2020, 12342; 34 FamRZ 1991, 213.

4. Zivilkammer gegen Kammer für Baulandsachen. Oldb MDR 1977, 498.

5. Zivilkammer gegen Kammer für Handelssachen. Brdb NJW-RR 2018, 23; KG NJW-RR 2008, 1024.

6. Sonstige Fälle. I Nr. 6 ist auch beim Streit zwischen einem Nachlassgericht und einem Landwirtschaftsgericht 35 anwendbar, BGH NJW-RR 1995, 198.

7. Notwendigkeit zweier echter Entscheidungen. Es müssen prinzipiell ernsthafte und endgültige Erklärungen der Unzuständigkeit durch den Parteien bekannt gemachte Entscheidungen vorliegen, BGH NJW-RR 1997, 1161; Ffm NJW-RR 2016, 838; Karlsru ZMR 2014, 233. Das kann durch ein Prozessurteil oder in Beschlussform geschehen, BGH NJW-RR 1993, 1091. Eine ausreichende Unzuständigkeitsklärung kann auch vorliegen, wenn das betreffende Gericht die Akten dem übergeordneten Gericht zur Zuständigkeitsbestimmung vorlegt, die Parteien hierüber informiert und seine Verneinung der eigenen Zuständigkeit erkennbar macht Karlsru FamRZ 1991, 90. Sie kann auch in einem Vermerk liegen, wenn das Leugnen der Zuständigkeit eindeutig zum Ausdruck kommt und der Inhalt den Parteien mitgeteilt worden ist, KG NJW-RR 2020, 696; → Rn. 27.

Eine ausreichende Unzuständigkeitsklärung liegt aber nicht vor, wenn das Gericht seine Auffassung zur Zuständigkeit nur in einem internen Vermerk niedergelegt hat, den es den Parteien oder einer Partei nicht bekannt gegeben hat, BGH NJW 1998, 1312; NJW-RR 1995, 641; KG NJW-RR 2020, 696; DGVZ 2019, 62; aM Drsd NJW 1999, 798. Eine wirksame Entscheidung fehlt ferner grundsätzlich dann, wenn das Gericht die Akten lediglich formlos an das andere Gericht abgegeben oder zurückgegeben hat, BGH JZ 1989, 50, ohne die Parteien ausreichend anzuhören, BGH NJW 1998, 1312; BayObLG JurBüro 2003, 326. Etwas anders gilt dann, wenn die Anhörung unstatthaft ist, BayObLG NJW-RR 1986, 421.

8. Formlose Abgabe vor Rechtshängigkeit. Eine Entscheidung nach I Nr. 6 setzt grds. voraus, dass sich 37 verschiedene Gerichte, von denen eines zuständig ist, sich „rechtskräftig“ für unzuständig erklärt haben, → Rn. 38; dh eine Bestimmung der Zuständigkeit kommt erst in Betracht, wenn Rechtshängigkeit der Streitsache durch Zustellung der Klage eingetreten ist, denn vor Eintritt der Rechtshängigkeit können keine Entscheidungen über die Unzuständigkeit nach I Nr. 6 erlassen werden, BGH NJW-RR 1996, 254; NJW 1980, 1281. Allerdings kann mit Blick auf den Rechtsgewährungsanspruch der Parteien das zuständige Gericht in entsprechender Anwendung des I Nr. 6 ausnahmsweise bereits vor Rechtshängigkeit bestimmt werden, wenn nicht erwartet werden kann, dass die beteiligten Gerichte den Kompetenzstreit ohne Zuständigkeitsbestimmung

in absehbarer Zeit beilegen, BGH NJW 1983, 1062; BayObLG BeckRS 2020, 5680; NJW-RR 1992, 569; Mü NJW-RR 2014, 80; Ffm NJW-RR 2013, 61.

- 38 9. Rechtskraft.** Voraussetzung ist die „Rechtskraft“ der Entscheidung, wobei dies im Hinblick auf den weiten Anwendungsbereich der Vorschrift über formelle Urteile hinaus so zu verstehen ist, dass die Unzuständigkeitsklärung unanfechtbar und verbindlich ist. So erfüllen ein unanfechtbarer Verweisungsbeschluss eines Gerichts und eine zuständigkeitsverneinende Entscheidung des Gerichts, an das verwiesen wurde, das Tatbestandsmerkmal „rechtskräftig“ im Sinne von I Nr. 6, BGH NJW-RR 2017, 1213; BayObLG BeckRS 2020, 5678. Anderenfalls ist die Rechtsmittelentscheidung durchzuführen, BayObLG NJW-RR 1990, 1431; Zöller/Schultzy Rn. 35.
- 39 10. Möglichkeiten des bestimmenden Gerichts.** Das bestimmende Gericht kann in den Grenzen seiner etwaigen Bindung nach → § 281 Rn. 30 ff., Mü NJW-RR 2013, 1387, und nach § 261 III Nr. 2 eines der beteiligten Gerichte bestimmen, auch das rangniedrigere, Mü NZM 2008, 529. Aus Gründen der Prozessökonomie kann es ausnahmsweise auch ein ausschließlich zuständiges am Kompetenzkonflikt nicht beteiligtes Gericht als zuständig bestimmen, sofern der erforderliche Verweisungsantrag im Ausgangsverfahren gestellt ist, BGH NJW 1996, 3013; Ros VersR 2005, 1306. Es entscheidet bei mehreren Möglichkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen und beachtet dabei die Prozesswirtschaftlichkeit, BGH NJW-RR 2008, 1514. Kann es nicht ohne eine weitere Tatsachenaufklärung ein zuständiges Gericht feststellen, verweist es zurück, BGH FamRZ 1997, 172; Ros VersR 2005, 1306. Wenn dasjenige Gericht, an das die Sache nach § 281 verwiesen worden war, eine Rückverweisung oder Weiterverweisung vorgenommen oder die Übernahme einfach abgelehnt hatte, stellt das bestimmende Gericht den ersten Verweisungsbeschluss wieder her, selbst wenn dieser sachlich unrichtig war, solange nicht wegen objektiver Willkür oder einer Verletzung rechtlichen Gehörs eine Bindungswirkung fehlt, BayObLG NJW-RR 2001, 1326; Mü NJW-RR 2013, 1387.
- 40** Eine Bestimmung nach Nr. 6 findet dann nicht statt, wenn sich überhaupt nur **ein** Gericht deshalb für unzuständig erklärt hat, weil die Sache bereits bei einem anderen Gericht rechtshängig sei, und wenn es die Sache deshalb an dieses andere Gericht verwiesen hat, BGH NJW 1980, 290.
- 41 11. Funktioneller Streit.** Die Voraussetzungen von Nr. 6 liegen nicht vor, wenn nur das Familiengericht seine Abteilung für unzuständig erklärt, solange sich nicht auch die Prozessabteilung für unzuständig erklärt, Ffm NJW-RR 1989, 6.
- 42 12. Weitere Bindungsfragen.** Eine Verweisung im Prozesskostenhilfverfahren bindet nur für dieses, BGH NJW-RR 1992, 59. Eine unzutreffende Verweisung durch das LG an die Familienabteilung des AG ändert die Rechtsnatur der Streitigkeit als Nichtfamiliensache nicht und schafft insoweit keine Bindungswirkung für die Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts, BGH NJW 1980, 1282.

37 Verfahren bei gerichtlicher Bestimmung. ¹ Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts ergeht durch Beschluss.

² Der Beschluss, der das zuständige Gericht bestimmt, ist nicht anfechtbar.

- 1 I. Systematik.** Während § 36 die Voraussetzungen der Zuständigkeitsbestimmung nennt, regelt § 37 das Verfahren einschließlich der Entscheidung, zur letzteren ergänzt durch § 329.
- 2 II. Regelungszweck.** Das Verfahren bei der gerichtlichen Bestimmung soll im Interesse der Prozessförderung und Prozesswirtschaftlichkeit → § 36 Rn. 2, möglichst rasch und ohne viele Zusatzkosten ablaufen. Ebenso zügig sollte eine Entscheidung erfolgen. Es handelt sich nämlich nur um ein Zwischenverfahren ohne Fortschritt bei der Klärung der materiell-rechtlichen Kernfragen.
- 3 III. Geltungsbereich.** → § 36 Rn. 3–6.
- 4 IV. Antrag, I.** Zur regelmäßigen Notwendigkeit eines „Gesuchs“ → § 36 Rn. 7. Man kann den Antrag formlos stellen. Es reicht die Anregung einer Gerichtsstandsbestimmung durch eine Partei, BayObLG NJOZ 2005, 743; Brdb NJW-RR 2020, 635. Bei elektronischer Einreichung gelten §§ 130a ff. Es besteht nach § 78 III Hs. 2 kein Anwaltszwang, denn der Antrag kann auch zum gerichtlichen Protokoll erfolgen. Ein Antragsrecht haben grundsätzlich nur der Kläger oder ein Streithelfer nach § 66, BGH NJW 1990, 2752, lediglich bei § 36 I Nr. 1, 5, 6 auch der Bekl., Hamm BauR 2017, 328; Düss MDR 1989, 646, oder sein Streithelfer. Eine Prozesskostenhilfe ist statthaft. Die Einreichung des Antrags beim höheren Gericht hemmt die Verjährung nach § 204 I Nr. 13 BGB, wenn der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung erfolgen soll, binnen 3 Monaten folgt. § 281 ist entsprechend im Bestimmungsverfahren anwendbar, Mü NJW 2007, 164.
Inhaltlich muss der Antrag bei einer Zuständigkeitsbestimmung vor Anhängigkeit wenigstens im Kern erkennen lassen, was der Gegenstand des Rechtsstreits sein soll, Düss OLG 2005, 553.
- 5 V. Verfahren, I.** Das Gebot des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 I GG verpflichtet das Gericht, einer Entscheidung nur solche Tatsachen zugrunde zu legen, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten, BVerfG NJW 2019, 1433; BGH NJW 2018, 3652; BayObLG BeckRS 2020, 3163; Zweibr OLG 2001, 44; Cuyppers MDR 2009, 657. Eine Ausnahme kann im Eilverfahren nach §§ 916 ff., 935 ff. wie sonst im einstweiligen Rechtsschutz gelten, BayObLG Rpfleger 2004, 366. Das Gericht darf eine mündliche Verhandlung nach § 128 I ansetzen, muss das aber nach § 128 IV nicht. Das Gericht geht vom Klägervortrag aus, BayObLG NJW-RR 2003, 134. Es ermittelt nicht etwa nach von Amts wegen die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen, BGH FamRZ 1997, 172; Naumb JurBüro 2011, 43.
Im Bestimmungsverfahren sind die weiteren Prozessvoraussetzungen nicht zu prüfen, So ist die Prozessfähigkeit des Klägers im Bestimmungsverfahren zu unterstellen, BGH NJW-RR 1987, 757; die Parteifähigkeit der Parteien nicht zu prüfen, BayObLGZ 1974, 459. Dies betrifft auch die Zulässigkeit der im Namen des Antragstellers erhobenen Klage, da selbst bei Begründetheit von Zulässigkeitsrügen das Bedürfnis besteht, ein Gericht zu bestimmen, das im Rahmen des Rechtsstreits hierüber befindet, BayObLG BeckRS 2019, 32701 (Vollmachtsrüge); BayObLG RIW 2003, 387; Ffm BeckRS 2015, 8025. Es prüft allerdings die internationale Zuständigkeit auf der Grundlage des Antragstellervortrags.
- 6 VI. Entscheidung, I.** Die Entscheidung im Gerichtsstandsbestimmungsverfahren ergeht durch Beschluss, der nach → § 36 Rn. 3 nicht prinzipiell eine Rechtshängigkeit voraussetzt.