

Arbeitsrecht in der Bewährung

FESTSCHRIFT FÜR OTTO RUDOLF KISSEL
ZUM 65. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN VON

MEINHARD HEINZE
ALFRED SÖLLNER



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1994

Gedruckt mit Unterstützung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung GmbH

88853977



ISBN 3 406 37934 6

Satz und Druck: Appl, Wemding
Gedruckt auf säurefreiem, aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff
hergestelltem Papier

94 P 406

INHALTSVERZEICHNIS

Klaus Adomeit

- Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin
Der untypische Arbeitnehmer – am Beispiel des Wissenschaftlichen Angestellten 1

Detlev W. Belling

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Potsdam
Die Verdachtskündigung 11

Rolf Birk

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Trier
Umschulung statt Kündigung 51

Wolfgang Blomeyer

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg
Der Eigenschaden des Arbeitnehmers – Überlegungen zur künftigen gesetzlichen Regelung 77

Herbert Buchner

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg
Wirkliche und vermeintliche Gefährdungen der Tarifautonomie 97

Wolfgang Däubler

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen
Der Erwerb deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen – Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen 119

Eberhard Dorndorf

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Hannover
Das Verhältnis von Tarifautonomie und individueller Freiheit als Problem dogmatischer Theorie 139

Wilhelm Dütz

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg
Anspruch auf Beförderung? 161

Horst Ehmann

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Trier
Zur Rechtsverbindlichkeit von Betriebsvereinbarungen über
den Fortbestand eines Betriebes 175

Lorenz Fastrich

- Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin
Vom Menschenbild des Arbeitsrechts – eine Skizze 193

Herbert Fenn

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn
Der Grundsatz der Tarifeinheit – zugleich zu Voraussetzungen
und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung 213

Franz Gamillscheg

- Dr. jur., Dr. jur. h. c., em. o. Professor an der Universität
Göttingen
Das internationale Arbeitsrecht im Münchener Handbuch
zum Arbeitsrecht 239

Wolfgang Gast

- Dr. jur., Professor, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeits-
recht, Mannheim/Heidelberg
„Herr und Knecht“ – Hegels Dialektik und die Dogmatik
des Arbeitsrechts 249

Wolfgang Gitter

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bayreuth
Durchsetzungsfähigkeit als Kriterium der Tariffähigkeit für
einzelne Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände 265

Wolfgang Grunsky

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bielefeld
Ausschlußfristen und Verjährung – Zur Anwendbarkeit ver-
jährungsrechtlicher Vorschriften auf Ausschlußfristen 281

Franz Häuser

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Leipzig
Der „Außenseiter“-Arbeitgeber im Verbandsarbeitskampf 297

Johannes Hager

- Dr. jur., o. Professor an der Humboldt-Universität Berlin
Die Manipulation des Rechtswegs – Bemerkungen zur
Reform der §§ 17 ff. GVG 327

Peter Hanau

- Dr. jur., Dr. h. c. mult., o. Professor an der Universität Köln
Schlankere Betriebs- und Unternehmensverfassung 347

Meinhard Heinze

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn
Europa und das nationale Arbeits- und Sozialrecht –
Maastricht und die Konsequenzen 363

Gerrick v. Hoyningen-Huene

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Heidelberg
Das unbekannte Management-Handbuch: Das Betriebsverfas-
sungsgesetz 387

Wolfgang Hromadka

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Passau
Tarifdispositives Recht und Tarifautonomie – „KAPOVAZ“
per Tarifvertrag? 417

Detlev Joost

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg
Wirtschaftliche Angelegenheiten als Kompetenzbereich des
Wirtschaftsausschusses 433

Abbo Junker

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen
Betriebsrentenanpassung im Konzern 451

Renate Käppler

- Dr. jur., o. Professorin an der Universität Osnabrück
Die Betriebsvereinbarung als Regelungsinstrument in
sozialen Angelegenheiten 475

Michael Kittner

- Dr. jur., o. Professor an der Universität-Gesamthochschule
Kassel
Der freie Arbeitsvertrag – Grenzen und Gefährdungen seiner
Leistungsfähigkeit 497

Ursula Köbl

- Dr. jur., o. Professorin an der Universität Freiburg
Gleichheit und Differenz – Frauenförderung im Zielkon-
flikt? 521

Wolfhard Kohte

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Halle-Wittenberg
Arbeit, Leben und Gesundheit – Betriebsverfassungsrecht-
liche Herausforderungen und Perspektiven 547

Horst Konzen

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz
Grundlagen und Grenzen des vorbeugenden Rechtsschutzes
unter Tarifparteien 571

Alfons Kraft

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz
Das Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG und die „sub-
jektive Determinierung“ der Mitteilungspflicht 611

Dieter Leipold

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Freiburg
Schwer zu fassen: die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach
deutschem und europäischem Recht 629

Manfred Lieb

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Köln
Die Rechtsstellung des Außenseiterarbeiters im Arbeits-
kampf 653

Manfred Löwisch

- Dr. jur., Dr. jur. h. c., o. Professor an der Universität Freiburg
Einheitliche und eigenständige Arbeitsorganisation als Merk-
mal des Betriebsbegriffs im Sinne der Betriebsverfassung 679

Karl-Georg Loritz

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Würzburg
Investivlohnmodelle und Arbeitsrecht 687

Gerhard Lücke

- Dr. jur., Dr. jur. h. c., o. Professor an der Universität Saar-
brücken
Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten und die dogmatische
Bedeutung der Neuregelung 709

Franz Marhold

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Innsbruck
Aktuelle Probleme des österreichischen Kollektivvertrags-
rechts 735

Bernd Baron von Maydell

- Dr. jur., o. Professor, Direktor des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Sozialrecht, München
Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Sozialrecht – Plädoyer
für eine Neubesinnung 761

Winfried Mummehoff

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Marburg
Inhalts- gegen Bestandsschutz bei der Sozialauswahl 773

Hansjörg Otto

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen
Die Kündigung des Tarifvertrages aus wirtschaftlichen Grün-
den 787

Eduard Picker

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen
Arbeitsvertragliche Lohngefahr und dienstvertragliche Ver-
gütungsgefahr – zur Wiederannäherung von Arbeits- und
Zivilrecht 813

Harro Plander

- Dr. jur., o. Professor an der Universität der Bundeswehr,
Hamburg
Personalräte und Betriebsräte in Einrichtungen der öffentli-
chen Hand: Teilhabe an der Ausübung von Staatsgewalt? . . . 855

Ulrich Preis

- Dr. jur., o. Professor an der Fernuniversität Hagen/Univer-
sität Düsseldorf
Anrechnung und Widerruf über- und außertariflicher Ent-
gelte – vertragsrechtlich betrachtet 879

Thilo Ramm

- Dr. jur., em. o. Professor an der Fernuniversität Hagen
Zur Soziologie der Arbeitsrechtswissenschaft 915

Dieter Reuter

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Kiel
Das Sonderarbeitsrecht des Pressebereichs – Eine Bestands-
aufnahme 941

Reinhard Richardi

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Regensburg
Die Betriebsverfassung der evangelischen Kirche 967

Peter Salje

- Dr. jur., Dr. rer. pol., o. Professor an der Universität Hannover
Die Suspendierung des Arbeitnehmers als Mittel des Konkurrenzschutzes unter Arbeitgebern? – Zugleich ein Beitrag zum Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes 983

Jochem Schmitt

- Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin
Der Beitrag der Arbeitsgerichte zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen zwischen Arbeitern und Angestellten im Entgeltfortzahlungsrecht 1015

Peter Schüren

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Münster
Das Synchronisationsverbot bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung 1037

Bertram Schulin

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Konstanz
Gedanken über die Rolle der Arbeitgeber bei der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer 1055

Peter Schwerdtner

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bielefeld
Die außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern 1077

Spiros Simitis

- Dr. jur., Dr. jur. h. c., o. Professor an der Universität Frankfurt
Europäisierung oder Renationalisierung des Arbeitsrechts? 1097

Alfred Söllner

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen, Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
Die Verwirklichung der Grundrechte als gemeinsame Aufgabe von Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht 1121

Dietrich von Stebut

- Dr. jur., o. Professor an der Technischen Universität Berlin
Der arbeitsrechtliche Eingliederungsvertrag 1135

Heinz-Dietrich Steinmeyer

- Dr. jur., o. Professor an der Fernuniversität Hagen
Die Austauschbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Gestaltungsformen und das Europäische Gemeinschaftsrecht – Eine Analyse der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im sog. Paletta-Fall 1165

Max Vollkommer

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg
Die Neuregelung des Verhältnisses zwischen den Arbeitsgerichten und den ordentlichen Gerichten und ihre Auswirkungen 1183

Wolf-Dietrich Walker

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen
Zur Zulässigkeit von Betriebsbußen 1205

Rolf Wank

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Bochum
Grundlagen des Arbeitskampfrechts 1225

Manfred Weiss

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt
Der soziale Dialog als Katalysator koordinierter Tarifpolitik in der EG 1253

Günther Wiese

- Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim
Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts 1269

Christine Windbichler

- Dr. jur., o. Professorin an der Humboldt-Universität Berlin
Arbeitsrechtler und andere Laien in der Baugrube des Gesellschaftsrechts – Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung . . . 1287

Albrecht Zeuner

- Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Hamburg
Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung des Phänomens der Eingliederung 1305

- Schriftenverzeichnis Prof. Dr. Otto Rudolf Kissel 1325

JOHANNES HAGER

Die Manipulation des Rechtswegs

Bemerkungen zur Reform der §§ 17 ff. GVG

I. Problemstellung

1. Das Ziel der Reform

Kompetenzregelungen sind meist ein Kompromiß zwischen dem Streben nach einer möglichst sachnahen Entscheidung und der Vermeidung einer überflüssigen und zeitraubenden Auseinandersetzung über die Zuständigkeit. Hatte § 17 a.F. GVG die Gefahr heraufbeschworen, daß der Kläger sich von der letzten Instanz eines Gerichtszuges sagen lassen mußte, der gewählte Rechtsweg sei nicht zulässig – und dies zumindest theoretisch mehrmals –,¹ so versucht die Neuregelung der Vorschriften über die Rechtswegentscheidung und -verweisung durch das 4. VwGOÄndG vom 17.12. 1990² einen grundlegenden Wandel. Der ebenso langwierige wie unerquickliche Streit über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, den man vielleicht nicht zu Unrecht als ein Erbübel des deutschen Prozesses gebrandmarkt hat,³ soll verkürzt und vereinfacht werden.⁴ Dies zu erreichen, dienen die Vorabentscheidung nach § 17a Abs.2, Abs.3 GVG, gekoppelt mit der bindenden Verweisung, ferner das Verbot des § 17a Abs.5 GVG, die Zulässigkeit des Rechtswegs im Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache zu überprüfen, und die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nach § 17 Abs.2 S.1 GVG des Gerichts des zulässigen Rechtswegs.

¹ Vgl. das Beispiel bei *Kollhosser* JR 1971, 265; die Begründung BT-Drucks. 11/7030 S.36 beschwört den Fall, daß nacheinander alle Gerichtszweige mit derselben Sache befaßt werden.

² BGBl. I S.2809.

³ *Redeker* AnwBl. 1977, 108; *Kissel* NJW 1991, 947.

⁴ BT-Drucks. 11/7030 S.36 f.

2. Die Möglichkeit der Beeinflussung durch den Kläger

In der Tat hat sich der Gesetzgeber eines Mißstandes angenommen und – wie erwartet werden darf – eine deutliche Beschleunigung des Verfahrens auf den Weg gebracht. Auf der anderen Seite ist ein Problem wieder aufgelebt, dessen Brisanz sich jedenfalls in der Rechtsprechung weitgehend erledigt hatte. Die Novelle zwingt – wie sich zeigen wird – zu einer tiefgreifenden Modifikation althergebrachter Grundsätze, will man verhindern, daß der Kläger durch einseitige Behauptung einen Rechtsweg eröffnen kann, dessen Gerichte zur Entscheidung nicht berufen sind. Betroffen von dieser Problematik ist nunmehr auch die Abgrenzung zwischen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und den Arbeitsgerichten. Wurde das Verhältnis zwischen den beiden Gerichtszweigen bislang überwiegend als eine Frage der sachlichen Zuständigkeit erachtet,⁵ so hat die Novelle durch die Änderung des § 48 ArbGG die Arbeitsgerichtsbarkeit zum eigenständigen Rechtsweg erhoben.⁶ Ihren besonderen Stellenwert bekommt die Frage dadurch, daß seit langem in dieser Frage die Lösungsansätze des BGH und des BAG voneinander differieren⁷ und sich dies nunmehr in massiven Unterschieden im Ergebnis niederschlägt.

a) Es war zentrales Anliegen der Reform und Motiv für die Schaffung des § 17 Abs. 2 n. F. GVG, die Entscheidungskompetenz des Gerichts des zulässigen Rechtswegs auch auf solche Anspruchsgrundlagen zu erstrecken, die originär in die Zuständigkeit des Gerichts eines anderen Rechts-

⁵ So z. B. RGZ 158, 193, 195; BGHZ 8, 16, 21; 16, 339, 345; 26, 304, 306; BGH NJW 1958, 24; BAGE 6, 300, 302; *Germelmann*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 1990, § 48 RdNr. 2; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 22. Aufl. 1988, § 5 III; a. A. (Frage des Rechtswegs) schon früher *Kissel*, Gerichtsverfassungsgesetz, 1981 mit Nachtrag 1988, § 14 RdNr. 17; *Grunsky*, Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Aufl. 1990, § 1 RdNr. 2; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. 1986, § 13 I; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 1990, RdNr. 418.

⁶ So die ganz überwiegende Ansicht; vgl. z. B. BAG NZA 1992, 954, 955 f.; *Zöller/Gummer*, Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. 1993, Vorbemerkung zu §§ 17–17b GVG RdNr. 10; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, § 13 I; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 23. Aufl. 1991, § 5 III; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992, § 53 II 1; *Kissel* NJW 1991, 947; *Koch* NJW 1991, 1858; *Drygala* NZA 1992, 295; im Ergebnis auch MünchKomm-ZPO/Wolf, Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1992, § 17 GVG RdNr. 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers*, Zivilprozeßordnung, 51. Aufl. 1993, § 17 GVG RdNr. 1; *Thomas/Putzo*, Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. 1993, § 17 GVG RdNr. 2; a. A. *N. Schwab* NZA 1991, 661.

⁷ Siehe dazu unten I 2 a bb mit Nachweisen in Fn. 11 bis 14.

wegs fallen, soweit nicht verfassungsrechtliche Vorgaben eine solche Kompetenz kraft Sachzusammenhangs verhindern.⁸

aa) Die Lösung des Gesetzgebers, die Entscheidung bei einem Gericht zu konzentrieren, und das damit dem Kläger eröffnete Recht, den Rechtsweg zu wählen, sind sicherlich nicht zu beanstanden, soweit beide, ihrer Rechtsnatur nach in unterschiedliche Rechtswege gehörende Anspruchsgrundlagen von den Tatbestandsvoraussetzungen her gegeben sind. Freilich bringt die Novelle in diesem Punkt ohnehin nichts wesentlich Neues. Schon immer konnte der Kläger in solchen Fällen frei entscheiden, welches Gericht er anrufen wollte. War die Klage in diesem Rechtsweg begründet, so erübrigten sich konsequenterweise die Untersuchung konkurrierender Anspruchsgrundlagen, die ihrerseits auf die bereits im Urteil zuerkannte Rechtsfolge gerichtet waren, und damit das Problem der Teilverweisung bzw. der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs. Eine Rolle vermag § 17 Abs. 2 S. 1 n.F. GVG allenfalls dann zu spielen, wenn die anderen in Betracht kommenden Ansprüche weiter gehen als diejenigen, die originär von dem angerufenen Gericht zu prüfen sind.⁹

bb) Vertrackter ist die Lage, wenn das Gericht den Anspruch, den es von der Zuständigkeitsordnung her in seinem Rechtsweg zu prüfen hat, für unbegründet hält. So kann es etwa liegen, wenn der Kläger die Voraussetzungen für einen Anspruch behauptet, der vor die ordentlichen Gerichte gehört, jedoch aus der Verteidigung des Beklagten – wenn man sie als richtig unterstellt – der öffentlich-rechtliche Charakter des Streits folgt,¹⁰ oder wenn der Kläger die Zivilgerichte anruft und behauptet, der Beklagte habe eine fahrlässige unerlaubte Handlung begangen, dieser aber darauf verweist, es habe sich um eine schadensgeneigte Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehandelt, über die zu befinden gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 a, d ArbGG die Arbeitsgerichte berufen seien.

In diesem Problemkreis war es bekanntlich seit langem strittig, ob das Gericht bereits bei der Prüfung der Zulässigkeit Zweifeln nachgehen darf bzw. muß oder ob es sich nur an den tatsächlichen Behauptungen des Klägers zu orientieren hat. Die h. M., an ihrer Spitze der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe, der BGH sowie das BVerwG, legt für die Bestimmung des Rechtswegs ausschließlich den Vortrag des Klägers zugrunde.¹¹

⁸ Begründung BT-Drucks. 11/7030 S. 37.

⁹ Vgl. unten IV 4.

¹⁰ Vgl. z. B. *Bötticher DVBl.* 1950, 324; *Zeuner*, Festschrift für Bötticher, 1969, S. 408.

¹¹ GmSOBG BGHZ 97, 312, 314; 102, 280, 283, 284; 108, 284, 286; NJW 1974, 2087; BGH GS BGHZ 66, 229, 232; 67, 81, 84; BGHZ 70, 180, 181 f.; 72, 56, 57; 89,

Das gelte allerdings nur für die vorgebrachten Tatsachen selbst. Für die daraus zu ziehenden rechtlichen Schlüsse sei, auch was die Zulässigkeit des Rechtswegs angehe, wie stets das Gericht zuständig.¹² Das BAG hat zunächst gezögert, sich aber dann der Gegenansicht angeschlossen. Schon bei der Zulässigkeitsstation sei zu überprüfen, ob die Behauptungen des Klägers den Tatsachen entsprächen.¹³ Dieser These folgt *Kissel*, da nicht einzusehen sei, warum es der Kläger in der Hand haben solle, durch einen zwar schlüssigen, in der Sache aber streitigen und eben nicht nachgewiesenen Vortrag die Zuständigkeit des Gerichts einseitig zu bestimmen.¹⁴

Die Kontroverse zwischen den obersten Gerichten und ihren Anhängern war allerdings im Ergebnis bislang von eher untergeordnetem Interesse; beschränkte doch die h. M., allen voran der BGH, das mit der Sache befaßte Gericht darauf, diejenigen Anspruchsgrundlagen zu prüfen, die in seine durch den Rechtsweg gezogene Entscheidungskompetenz fielen.¹⁵ Namentlich spielte es vom Resultat her keine Rolle, ob man als Anhänger der h. M. die Klage als im gewählten Rechtsweg unbegründet, im übrigen

250, 251; 90, 187, 189; 106, 134, 135 f.; 114, 218, 221; 114, 315, 320; 115, 275, 278; 116, 339, 341 f.; BGH NJW 1979, 2615; 1991, 1061, 1062; 1993, 1799, 1800; WM 1988, 840, 842; 1993, 1478, 1479; BVerwGE 12, 64, 65; 22, 45 f.; ebenso schon RGZ 89, 207, 208; 125, 396, 399; 129, 287, 288; vgl. ferner MünchKommZPO/Wolf § 13 GVG RdNr. 13; § 17 GVG RdNr. 12; *Zöller/Gummer* § 13 GVG RdNr. 11; *Baumbach/Lauterbach/Albers* § 13 GVG RdNr. 12; *Grunsky* § 2 RdNr. 24 (jedoch auf der Basis der durch das Gesetz überholten Kompetenzbeschränkung auf diejenigen Anspruchsgrundlagen, für die das Gericht vom Rechtsweg her zuständig sei); *Balzer* NJW 1992, 2723.

¹² RGZ 129, 287, 288 f.; BGHZ 106, 134, 135; 114, 315, 320; 115, 275, 278; BGH NJW 1991, 1061, 1062; BVerwGE 22, 45; *Baumbach/Lauterbach/Albers* § 13 GVG RdNr. 12; ähnlich schon BGH GS BGHZ 66, 229, 232; BGHZ 72, 56, 57.

¹³ BAGE 15, 292, 297 m. w. N.; BAG AP ZPO § 528 Nr. 14 unter I 1; ferner BAGE 6, 160, 162 f.; 19, 355, 360 f.; bestätigt von BAG AP ArbGG 1953 § 3 Nr. 1 unter II 1. Die letztgenannten Entscheidungen schränken allerdings – nicht überzeugend – ein, dies gelte nur, soweit die die Zulässigkeit und die Begründetheit tragenden Tatsachen nicht identisch seien; vgl. ferner *Bötticher* ZZP 72 (1959), 56 f.; *ders.* Anm. zu BAG AP ArbGG 1953 § 2 Nr. 30 Zuständigkeitsprüfung (= BAGE 19, 355 ff.) unter II 1; *Zöller/Vollkommer* § 1 RdNr. 18; *Zeuner*, Festschrift für Bötticher, S. 413; *Lüke* JuS 1980, 645; ebenso *Rosenberg/Schwab* § 14 II 6, falls man der von ihnen verfochtenen Idee der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs nicht folge; wie die h. M. nunmehr *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 9 III 2.

¹⁴ *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 249.

¹⁵ Vgl. z. B. BGHZ 13, 145, 154; BGH NJW 1964, 45, 46; BVerwGE 18, 181, 183; im Ergebnis z. B. auch BGHZ 5, 105, 107 f.; 46, 96, 105; 90, 41, 51 f.; BGH NJW 1971, 564 (bei fehlendem Gerichtsstand). Der Akzent liegt in diesen Entscheidungen regelmäßig auf der Ansicht des BGH, eine Teilverweisung komme bei einem einheitlichen Streitgegenstand nicht in Frage.

als unzulässig abzuweisen hatte,¹⁶ oder aber – insoweit abweichend – für eine Teilverweisung in den für diese Anspruchsgrundlage zuständigen Rechtsweg plädierte.¹⁷ Stets war gewährleistet, daß das ursprünglich angerufene Gericht sich nur mit solchen Fragen zu befassen hatte, für die es vom Rechtsweg her zuständig war. Zu grundlegend anderslautenden Ergebnissen kamen freilich die Anhänger der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs.¹⁸ Sie mußten den Rechtsweg auch für solche Anspruchsgrundlagen bejahen, für die das Gericht originär nicht zuständig war, wenn nur der Rechtsweg zu ihm durch die schlüssige Behauptung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Anspruchsgrundlage eröffnet war – unbeschadet der Tatsache, daß das Vorbringen letztendlich nicht zutraf.¹⁹

Nach der Novelle hat sich das Bild grundlegend geändert. Wenn das Gericht nämlich einerseits nur die Behauptungen des Klägers berücksichtigen darf, andererseits aber auch solche Anspruchsgrundlagen überprüft, die – läßt man § 17 Abs. 2 S. 1 GVG zunächst außer acht – nicht in seine Rechtswegzuständigkeit fallen, so eröffnet man dem Kläger eine nicht ge-

¹⁶ BGH NJW 1964, 45, 46; ebenso bei örtlicher Zuständigkeit BGH NJW 1971, 564; im Ergebnis auch BGHZ 5, 105, 107 f.; 13, 145, 154; 90, 41, 51 f.; vgl. ferner *Baumbach/Lauterbach/Albers*, Zivilprozeßordnung, 49. Aufl. 1991, § 13 GVG Anm. 5 C.

¹⁷ *Zöller/Gummer*, Zivilprozeßordnung, 16. Aufl. 1990, § 13 GVG RdNr. 15; *Grunsky* § 2 RdNr. 24; *ders.* Anm. zu BAG AP ArbGG § 3 Nr. 1; so auch *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 81 für den Fall, daß man – entgegen seiner Grundauffassung – sich nur am Vorbringen des Klägers orientiert.

¹⁸ Namentlich *Baur*, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, 15 ff.; AG Garmisch-Parttenkirchen NJW 1969, 666, 668; *Rosenberg/Schwab* § 9 IV; mit etwas anderer Begründung auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 9 IV; *Schwab*, Festschrift für Rammos, 1979, S. 854 ff.; *Gravenhorst*, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen, 1972, S. 104 f.; *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 74, jedoch (wohl) mit der Einschränkung, daß dies nur gelte, wenn der Rechtsweg zu dem zunächst angerufenen Gericht deswegen eröffnet sei, weil die dort zu untersuchende Anspruchsgrundlage von ihren Tatbestandsvoraussetzungen her erfüllt sei. – Zum Teil verfiht man abweichende Modelle, etwa die Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs nur für Arbeitsgerichte im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, weil jene allgemeine zivilrechtliche Kenntnisse besitzen müßten, diese dagegen nicht über arbeitsrechtliches Spezialwissen verfüge; so z. B. *Grunsky* § 2 RdNr. 26; *Rimmelpacher* AcP 174 (1974), 545.

¹⁹ Die Stellungnahmen sparen diese Frage meist aus. Zwar wird regelmäßig davon gesprochen, das Gericht müsse gemäß den geltenden Rechtswegbestimmungen zulässigerweise angerufen sein; vgl. z. B. *Rosenberg/Schwab* § 9 IV; *Rosenberg/Schwab* § 9 III 2; Doch wollen *Rosenberg/Schwab* § 14 II 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 9 III 2; *Schwab*, Festschrift für Rammos, S. 859 – gerade unter Zugrundelegung der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs – das schlüssige Vorbringen des Klägers allein über den Rechtsweg entscheiden lassen; ebenso für die Rechtslage nach der Novelle der §§ 17 ff. GVG BGM NJW 1993, 1799, 1801 unter II 2 cee.

ring zu veranschlagende Chance, den Rechtsweg zu beeinflussen oder gar zu manipulieren. Durch die schlüssige Behauptung eines Arbeitsverhältnisses könnte er etwa den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten auch dann eröffnen, wenn sich später herausstellen sollte, daß mit dem Beklagten ein Gesellschaftsvertrag bestand; Entscheidungen aus diesem Rechtsverhältnis hat das Arbeitsgericht aber nach dem Katalog des § 2 ArbGG nicht zu treffen. Damit geht es um die Frage, ob § 17 Abs. 2 S. 1 GVG die Rechtswegzuständigkeit aushebeln darf.

cc) Die Problematik wird durch die von der Novelle eingeführte Vorabentscheidung nach § 17 a Abs. 2, Abs. 3 GVG nochmals zugespitzt. Hätte die h. M. recht, so dürfte das Gericht – auch im Verfahren der sofortigen und der sofortigen weiteren Beschwerde – nur Tatsachen berücksichtigen, die der Kläger beibringt,²⁰ während Einwendungen des Beklagten kurzerhand beiseite gelassen würden. Ein solches Verfahren ist zumindest so ungewöhnlich, daß eine tiefer gehende Begründung notwendig wäre.

b) Schließlich taucht die analoge Problematik auch an anderer Stelle auf, namentlich bei der örtlichen Zuständigkeit nach § 32 ZPO. Auch dort geht es um die Frage, ob die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe eine unerlaubte Handlung begangen, geeignet ist, den Gerichtsstand zu begründen, und ob dies selbst dann gilt, wenn das Gericht die unerlaubte Handlung verneinen, eine Vertragsverletzung aber möglich erscheinen sollte. Die Lösungsvorschläge korrespondieren denen, die für die Frage des Rechtswegs entwickelt wurden, und reichen von der Abweisung der Klage als teilweise unbegründet und teilweise unzulässig²¹ über die Teilverweisung²² bis hin zur These, das einmal angerufene Gericht sei kraft Sachzusammenhangs auch für konkurrierende vertragliche Anspruchsgrundlagen zuständig, wenn eine unerlaubte Handlung nicht nachgewiesen werde;²³ § 17 Abs. 2 S. 1 n. F. GVG habe Modellcharakter für die Lösung auch dieses Problems.²⁴

²⁰ Soweit ersichtlich, wird die Frage im Rahmen des § 17 a GVG von den Anhängern der h. M. nicht behandelt.

²¹ BGH NJW 1971, 564; 1974, 410, 411; 1984, 2436, 2437; 1988, 1466, 1467; *Thomas/Putzo* vor § 12 RdNr. 8; § 32 RdNr. 6.

²² MünchKomm-ZPO/*Patzina* § 12 RdNr. 49; offen zwischen Abweisung als unbegründet und unzulässig sowie der Teilverweisung *Stein/Jonas/Schumann*, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1977 ff., § 281 RdNr. 13; *ders.* Einleitung RdNr. 295; *ders.* 21. Aufl. 1993, § 1 RdNr. 21.

²³ *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 21; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 36 VI 22.

²⁴ *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 21, der sich indes bei der Frage des Rechtswegs dem BAG anschließt; vgl. oben Fn. 13.

c) Die Einflußnahme auf die Zuständigkeit des Gerichts und ihre Bewältigung werden also an verschiedenen Punkten wichtig. Sie seien gleichwohl am Rechtsweg erörtert, denn die wesentlichen Argumente tauchen in diesem Kontext auf. Zunächst geht es um die Zwecke, die hinter der Rechtswegabgrenzung stehen (dazu II), anschließend um die prozessuale Behandlung der sogenannten doppelrelevanten Tatsachen (dazu III). Es wird sich zeigen, daß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ebenso einschränkend wie § 17a Abs. 2, Abs. 3 GVG interpretiert werden muß (dazu IV). Am Schluß stehen Besonderheiten der Aufrechnung mit einer Forderung, deren Bestehen in einem anderen Rechtsweg zu klären ist (dazu V).

II. Die Zwecke der Rechtswegabgrenzung

1. Die Garantie des Rechtsschutzes

Die ursprünglich völlig im Vordergrund stehende Funktion der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs ist heute nur mehr von historischem Interesse. Solange es – von einigen Ausnahmen abgesehen – keine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit gab, war der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gleichbedeutend mit der Gewährung oder der Versagung des Rechtsschutzes selbst. Diese Aufgabe des § 13 GVG ist durch die Schaffung von Verwaltungsgerichten, die Schutz vor rechtswidrigen Handlungen der öffentlichen Gewalt bieten, obsolet geworden.²⁵

2. Die Entscheidung durch das sachnächste Gesetz

Häufig wird der Abgrenzung des Rechtswegs die Aufgabe zugeordnet, das für die Entscheidung sachnächste Gericht damit zu betrauen, den Streit zu schlichten.²⁶ Damit ist sicherlich ein wichtiger Aspekt thematisiert, doch darf dieser nicht überschätzt werden. Zum einen ist den Gerichten die nötige Einarbeitung auch in eine fremde Materie zuzutrauen,²⁷ zum anderen wird sie von der Gerichtsverfassung selbst vorausgesetzt. Man nehme etwa die vom Zivilgericht zu klärende Vorfrage, ob ein strafrechtliches Schutzgesetz im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB verletzt ist,

²⁵ Vgl. ausführlich *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 1 bis 7; *ders.* DRiZ 1980, 83; ferner MünchKomm-ZPO/Wolf § 13 GVG RdNr. 1; *Baur*, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 13; *Kollhosser* JR 1971, 266.

²⁶ *Rimmelspacher*, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1966, S. 56 m. w. N.; *Rupp* NJW 1992, 3275.

²⁷ *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 77.

oder aber das Ineinandergreifen bürgerlich-rechtlicher und öffentlich-rechtlicher Normen bei der Problematik, inwieweit eine Eigentumsstörung geduldet werden muß.²⁸ Schließlich überprüft der BGH in ständiger, wenngleich nicht unproblematischer Rechtsprechung im Rahmen der Amtshaftung die Rechtmäßigkeit sogar bestandskräftiger Verwaltungsakte, soweit diese nicht durch rechtskräftige Urteile von Verwaltungsgerichten bestätigt wurden.²⁹ Daß zudem in den meisten Fällen unterschiedlicher Zuständigkeit regelmäßig beide in Frage kommenden Gerichte sich durch Sachnähe auszeichnen,³⁰ rundet das Bild ab: Wegen fehlender Sachnähe des Gerichts ist der Beklagte bei der Wahl eines unzuständigen Rechtswegs durch den Kläger kaum belastet.

3. Die Unterschiede in den Verfahrensordnungen

Wichtiger als die Sachnähe des Gerichts ist denn auch die jeweils geltende Verfahrensordnung. Zwar läßt sich durchaus überlegen, ob etwa die Untersuchungsmaxime gelten soll, wenn dem Zivilgericht öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zugewiesen sind,³¹ doch sind solchen Übergriffen in fremde Verfahrensordnungen Schranken gesetzt, wie sich namentlich anhand der Abgrenzung zwischen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und den Arbeitsgerichten demonstrieren läßt. Unterschiede in der Vertretungsbefugnis nach § 11 Abs. 1 ArbGG bzw. nach § 78 ZPO, die sich nicht etwa korrigieren lassen, wenn die Beweisaufnahme ergibt, daß ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Parteien des Rechtsstreits vorliegt, aber auch der Ausschluß der Erstattung der Kosten für die obsiegende Partei nach § 12a Abs. 1 ArbGG, schließlich Differenzen in der Statthafkeit von Rechtsmitteln können es für den Kläger durchaus geraten erscheinen lassen, ein Arbeitsverhältnis zu behaupten, um so in den Genuß einer für ihn günstigeren Verfahrensordnung zu gelangen. Noch deutlicher werden Vorteile etwa bei der Parallelproblematik der (erschlichenen) örtlichen Zuständigkeit. An einem für ihn angenehmeren Gerichtsstand prozessieren zu können³² mag für den Kläger durchaus Anreiz sein, eine

²⁸ Exemplarisch BGH ZIP 1993, 200, 202 (für § 1004 BGB), 203 f. (für § 823 BGB); vgl. ferner z. B. BVerfG NJW 1990, 1229; BGHZ 113, 384, 390 m. w. N.

²⁹ BGHZ 86, 226, 232; 90, 17, 23; 112, 363, 365; 113, 17, 19 mit umfangr. Nachw.; 117, 159, 166; BGH NJW 1987, 773; ZIP 1993, 200, 202; skeptisch etwa *Berkemann* JR 1992, 18 ff.; anders z. B. BGH NJW 1988, 1026, 1027 für Vollstreckungsakte des Finanzamts.

³⁰ *Kissel* (Fn. 5) § 13 RdNr. 77.

³¹ So z. B. *Baur*, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 24.

³² Vgl. dazu z. B. BGHZ 88, 331, 335; plastisch OLG Hamm NJW 1987, 138 („Heimspielvorteil“); ausführlich LG Karlsruhe JZ 1989, 692 f. m. w. N.; *Stein/Jo-*

unerlaubte Handlung seines Partners zu behaupten, wenn dies zur Folge hätte, daß trotz des fehlenden Nachweises einer unerlaubten Handlung auch die konkurrierenden vertraglichen Ansprüche am Gerichtsstand des § 32 ZPO zu verhandeln und zu entscheiden wären.³³

III. Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

Die Möglichkeit, das Gericht eines an sich unzuständigen Rechtswegs bzw. Gerichtsstands anzurufen, und damit die geschilderte Problematik hängen aufs engste zusammen mit der These der h. M. über die Behandlung der sogenannten doppelrelevanten Tatsachen im Prozeß: Folge die Zuständigkeit des Gerichts aus Tatsachen, die zugleich den materiellrechtlichen Anspruch begründen sollten, so bedürften sie in der Zulässigkeitsstation keines Beweises, sondern bräuchten vom Kläger nur schlüssig behauptet zu werden.³⁴ Sie seien für die Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtswegs und für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts vielmehr zu unterstellen.³⁵

1. Die abschließende Entscheidung durch das angerufene Gericht

Der These ist zu folgen, sofern das Gericht von vornherein dazu berufen ist, den Streitgegenstand abschließend zu beurteilen, wenn – mit anderen Worten – der Klageanspruch mit der Zuständigkeit des Gerichtes

*nas/Schumann*²¹ vor § 12 RdNr. 12; MünchKomm-ZPO/*Patzina* § 12 RdNr. 2; *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 2; *ders.* NJW 1973, 1592; *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, Anhang zu §§ 9–11 RdNr. 402; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1989, § 9 RdNr. G 140; *Löwe* NJW 1970, 2239; *ders.* NJW 1973, 19; *Geimer* NJW 1973, 1151; *Schiller* NJW 1979, 637; *Wacke* JA 1980, 655; anders in der Tendenz noch RGZ 154, 299, 302.

³³ Eine differenzierende Behandlung des Problems, je nachdem, welche (konkreten) Nachteile die erschlizierte Zuständigkeit für den Beklagten nach sich zieht, verbietet sich schon aus praktischen Gründen, wäre auch theoretisch kaum plausibel. Eine Lösung kann nur generellen Charakter haben.

³⁴ RGZ 29, 371, 373 f.; 93, 255, 258 ff.; 96, 74, 75; 120, 396, 399; 146, 244, 246; BGH NJW 1964, 497, 498; OLG Nürnberg NJW 1985, 1296, 1297; *Stein/Jonas/Schumann*²¹ § 1 RdNr. 175; MünchKomm-ZPO/*Patzina* § 12 RdNr. 54; *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 14; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 39 I 2 a („in der Regel“); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 916 Fn. 20 mit umfangr. Nachw.; a. A. *Rimmelpacher* (Fn. 26) S. 160 ff.

³⁵ RGZ 29, 371, 373; *Stein/Jonas/Schumann* § 1 RdNr. 21; MünchKomm-ZPO/*Patzina* § 12 RdNr. 54; *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 14; *Hueck/Nipperdey* (Fn. 34) S. 916 Fn. 20.

steht und fällt.³⁶ Wenn der Kläger beispielsweise behauptet, einen Anspruch auf Urlaubsgeld zu haben, so sind die Arbeitsgerichte auch dann zuständig, wenn die Forderung nach Überzeugung des Gerichts nicht bestehen sollte. Dann überwiegt in der Tat das Interesse des Beklagten an einer – endgültigen – abweisenden Entscheidung; er soll davor gefeit sein, daß der Kläger ihn erneut vor Gericht zieht, was möglich wäre, sollte die Klage nur als unzulässig abgewiesen werden.³⁷ Auch droht hier nicht die Verurteilung durch ein unzuständiges Gericht. Daß der Beklagte in einen Prozeß verwickelt wird, obgleich der geltend gemachte Anspruch letztendlich nicht besteht oder zumindest nicht nachgewiesen wird, ist im System der ZPO angelegt. Das Ergebnis wird nicht zuletzt bestätigt durch § 17 a Abs. 2 S. 1 GVG. Die Verweisung an ein anderes Gericht mit der Begründung, der ursprünglich beschrittene Rechtsweg sei – etwa wegen des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses – unzulässig, ist in derartigen Fällen nicht möglich, da dann ein schon vom Rechtsweg her unzuständiges Gericht mit der Sache befaßt würde. Die Besonderheit dieser Fallgruppe besteht nicht etwa darin, daß das Gesetz selbst nicht auf die wahre Sachlage abstellen und sich mit den Angaben des Klägers begnügen würde,³⁸ sondern in der Tatsache, daß das angerufene Gericht zur *abschließenden* Entscheidung berufen und dafür auch zuständig ist.

2. Die Entscheidung bei mehreren Anspruchsgrundlagen

Anders liegt es dagegen in dem Fall, den § 17 Abs. 2 S. 1 GVG im Auge hat und der auch bei der Vorabentscheidung nach § 17 a Abs. 2, Abs. 3

³⁶ BAGE 19, 355, 361; wohl auch *Böttcher* Anm. zu BAG AP ArbGG § 2 Nr. 26 Zuständigkeitsprüfung unter IV; dagegen scheint *ders.* ZZZ 72 (1959), 56 f. und Anm. zu BAG AP ArbGG § 2 Nr. 30 Zuständigkeitsprüfung (= BAGE 19, 355 ff.) unter II 1 in allen Fällen der Abweisung als unzulässig zu tendieren, weil niemals mit Sicherheit vorauszusagen sei, ob der Anspruch mit der arbeitsrechtlichen Qualifikation stehe und falle (ZZZ 72 [1959], 56 Fn. 11). Doch dürfte das nicht zutreffen: Wer auf dem ersten Weg zur Arbeit erkrankt, bekommt Lohnfortzahlung nur, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt. (Hierher gehört auch der Fall, daß der Anspruch nur aus einem Arbeits- und nicht aus einem Gesellschaftsverhältnis resultieren kann, wie etwa der Anspruch auf ein Zeugnis. Mit der Verneinung des Arbeitsvertrages ist daher die Klage insgesamt abweisungsreif. Daß der Kläger um ein Sachurteil gebracht wird, ist daher entgegen *Schwab*, Festschrift für Rammos, S. 857 hier nicht zu befürchten.

³⁷ Insoweit ist dem Argument von BGH NJW 1964, 497, 498; *Stein/Jonas/Schumann*²¹ § 1 RdNr. 21 e; MünchKomm-ZPO/Patzina § 12 RdNr. 54; *Zöller/Vollkommer* § 12 RdNr. 14; *Schwab*, Festschrift für Rammos, S. 858 zu folgen; vgl. ferner *Baur*, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 22 Fn. 84.

³⁸ So *Rimmelspacher* (Fn. 26) S. 162 mit dem Beispiel, für die sachliche Zuständigkeit des § 23 GVG entscheide die Klageforderung.

GVG eine Rolle spielen kann. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage, über die das Gericht nach der Rechtswegabgrenzung des § 13 GVG und nach den entsprechenden Parallelvorschriften zu urteilen hat, lassen sich nicht nachweisen. Wenn § 17 Abs. 2 S. 1 GVG nunmehr das an sich unzuständige Gericht mit der Urteilsfindung betraut, so eröffnet die Norm, verbindet man sie mit der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen, wie sie von der h.M. verstanden wird, dem Kläger die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Gerichts zu beeinflussen. Er könnte zur Begründung einer Leistungsklage etwa Umstände behaupten, aus denen der Abschluß eines Arbeitsvertrages hervorgeht. Dies kann wider besseres Wissen, aber auch deshalb geschehen, weil der Kläger selbst glaubt, einen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben. Auch wenn sich in der Beweisaufnahme schnell herausstellen sollte, daß keine abhängige Tätigkeit gewollt war, sondern zwischen den Parteien eine Gesellschaft gegründet worden war, hätte das Arbeitsgericht gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG – wie ihn die h.M. versteht – jetzt auch über diesen Streit zu entscheiden, was nicht der Fall wäre, wenn der Kläger nicht letztendlich nicht nachweisbare oder gar falsche Behauptungen aufgestellt hätte. Um derartige Möglichkeiten auszuschalten, muß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG restriktiv interpretiert werden. Es genügt nicht die schlüssige Behauptung, wenn dadurch auch rechtswegfremde Ansprüche vom Gericht zu überprüfen wären.³⁹ Schon in der Zulässigkeit ist daher zu überprüfen, ob die den Rechtsweg eröffnende Behauptung des Klägers zutrifft. Demgegenüber treten die Argumente der h.M. zurück.

a) Das gilt zunächst schon für den Hinweis auf die Praktikabilität. Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen entlaste die Zulässigkeitsstation von einer Beweiserhebung, die bei der Begründetheit ohnehin stattzufinden habe.⁴⁰ Man kann die Argumentation mit Fug und Recht umdrehen: Wenn schon Beweise erhoben werden müssen, so dürfen ihre Ergebnisse bereits bei der Untersuchung der Zulässigkeit verwendet werden.⁴¹ Und das Ergebnis der Beweisaufnahme zeigt, daß es nicht um eine doppelrelevante Tatsache im strengen Sinn des Wortes geht, da die behauptete Tatsache für die endgültige Entscheidung über die Begründetheit, die erst bei der Prüfung der konkurrierenden Anspruchsgrundlage fällt, keine Rolle

³⁹ Ebenso für den Fall, daß die Klage nicht aus beiden Anspruchsgrundlagen begründet sein kann, sondern allenfalls aus einer (sog. aut-aut-Fall), BAGE 19, 355, 360; BAG AP ArbGG § 3 Nr. 1 unter II 1; ebenso im Ergebnis BAGE 15, 292, 296.

⁴⁰ Stein/Jonas/Schumann²⁰ § 1 RdNr. 22 anders nunmehr ders²³ § 1 RdNr. 21 a.

⁴¹ Rimmelspacher (Fn. 26) S. 163.

spielt, sondern sich letztendlich darauf beschränkt, den gewählten Rechtsweg zu eröffnen.

b) Schwerer wiegt auf den ersten Blick das Argument, die prozessuale Behandlung der doppelrelevanten Tatsache schütze nicht zuletzt den Beklagten, da sie verhindere, daß die Sache in einem anderen Rechtsweg erneut aufgerollt und möglicherweise abweichend entschieden werde.⁴² Dagegen sichert den Beklagten – so hat man den Gedanken abzurunden – die Rechtskraft des Urteils, das die Klage als unbegründet und nicht nur als unzulässig abweist.

Doch ist zum einen nicht von vornherein gesagt, ob der Nachteil, daß der Beklagte erneut vor einem – diesmal zuständigen – Gericht verklagt werden kann, den Vorteil aufwiegt, der darin liegt, den Kläger an der Erschleichung eines unzulässigen Rechtswegs bzw. Gerichtsstandes zu hindern. Dasselbe Ungemach droht zum anderen dem Beklagten, wenn der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses schon nicht schlüssig vorträgt; dann ist die Klage jedenfalls vor den Arbeitsgerichten nicht zulässig.

Obendrein kann man dem Beklagten im Ergebnis helfen, indem man ihn auf einen Zwischenfeststellungsantrag verweist. Hat das Gericht ohnehin über das Vorliegen oder Nichtvorliegen etwa eines Arbeitsverhältnisses in den Gründen zu befinden, so sind die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO erfüllt.⁴³ Der Besonderheit, daß § 17a Abs. 2 S. 1 GVG eine Entscheidung und Verweisung durch Beschluß vorsieht, sollte man kein allzu großes Gewicht beimessen, da die Entscheidungsform eine nur prozessuale Eigenheit darstellt und zudem der Zwischenfeststellungsantrag beispielsweise im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens kein Fremdkörper ist.⁴⁴

c) Die h. M. läßt sich vor allem nicht mit § 17a Abs. 2 S. 1 GVG vereinbaren, der eine Anhörung der, also *beider*, Parteien anordnet. Diese aus

⁴² Vgl. die Nachweise in Fn. 37.

⁴³ Vgl. z. B. RGZ 9, 339, 343; BGM NJW 1961, 75; 1968, 699; NJW-RR 1990, 318, 320; *J. Hager KTS* 1993, 41 m. w. N. in Fn. 14.

⁴⁴ BAG DB 1990, 132; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* § 256 RdNr. 110; *Grunsky* § 80 RdNr. 23; *Matthes*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting* § 81 RdNr. 18. Noch deutlicher wird das bei einem Zwischenstreit nach § 280 ZPO – wie er etwa bei Zweifeln über den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung geführt werden könnte. Soweit dort durch Urteil entschieden wird, stehen einer Zwischenfeststellungsklage jedenfalls keine Bedenken formeller Art entgegen. Die Verweisung des Prozesses durch Beschluß nach § 281 Abs. 1 ZPO ist dann aber kein tragfähiger Grund, den Zwischenfeststellungsantrag als unzulässig anzusehen.

Art. 103 Abs.1 GG abgeleitete⁴⁵ und daher verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit der Parteien, ihre Sicht des Geschehens darzulegen, wäre weithin entwertet, ja sinnlos, wenn das Gericht die Ausführungen des Beklagten zum Sachverhalt nicht zur Kenntnis nehmen dürfte, sondern sich einseitig an der Darstellung des Klägers zu orientieren hätte.

Ein derartiges Verständnis des § 17 a Abs.2 S.1 GVG verstieße gegen die Verfassung. Denn Art.103 Abs.1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozeßparteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.⁴⁶ Zwar mag es Fälle geben, in denen die Prozeßordnung es gestattet, Vorbringen der Parteien nicht zu berücksichtigen.⁴⁷ Unverbrüchliche Voraussetzung bleibt allerdings, daß die Betroffenen hinreichende Gelegenheit hatten, sich zu äußern, diese Chance aber aus Gründen, die sie zu vertreten haben, ungenutzt verstreichen ließen.⁴⁸ Davon kann hier, da der Tatsachenvortrag des Beklagten von vornherein und unter allen Umständen soll unbeachtet bleiben dürfen, keine Rede sein.^{49,50}

IV. Die Funktion des § 17 Abs.2 S.1 GVG

Die Konsequenz liegt auf der Hand. Entgegen der h.M. darf der Kläger sich nicht durch Behauptungen, die in der Zulässigkeitsstation nicht überprüft werden, den Rechtsweg eröffnen – mit der Folge, daß über § 17

⁴⁵ MünchKomm-ZPO/Wolf § 17 a GVG RdNr.22; *Baumbach/Lauterbach/Albers* § 17 a GVG RdNr. 12; wohl auch *Zöller/Gummer* § 17 a GVG RdNr. 10.

⁴⁶ BVerfGE 11, 218, 220; 14, 320, 323; 18, 380, 383; 21, 102, 103 f.; 21, 191, 194; 22, 267, 273; 24, 203, 213; 36, 92, 97; 40, 101, 104; 42, 364, 367 f.; 46, 315, 319; 58, 253, 256; 60, 1, 6; 60, 247, 249; 62, 249, 254, 65, 293, 295 f.; 67, 39, 41; 69, 141, 143; 70, 288, 293; 75, 369, 381; 79, 51, 61; 80, 269, 286; 83, 24, 35; 85, 386, 404.

⁴⁷ BVerfGE 18, 180, 183; 21, 191, 194; 22, 267, 273; 24, 203, 213; 27, 248, 251; 36, 92, 97; 40, 101, 105; 46, 315, 319; 51, 188, 191; 60, 1, 5; 62, 249, 254; 69, 141, 144; 79, 51, 61; 81, 264, 273; 82, 209, 235; 82, 288, 294; 83, 188, 200; 85, 386, 404.

⁴⁸ BVerfGE 36, 92, 98; 55, 72, 93; 62, 249, 254; 67, 49, 41; 75, 183, 191; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand 1988, Art. 103 I RdNr. 131.

⁴⁹ Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs.1 S.2 GG dürfte dagegen zu verneinen sein. Die Verfassung schützt nicht davor, daß einfach-gesetzliche Normen falsch interpretiert werden (*Stein/Jonas/Schumann* Einleitung RdNr. 502; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Stand 1971, Art. 101 RdNr. 51).

⁵⁰ Bei der Parallelproblematik des Gerichtsstands fehlt in § 280 ZPO die ausdrückliche Wiederholung des Gebots des rechtlichen Gehörs. Doch kann nicht bezweifelt werden, daß auch hier dem Beklagten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden muß – und sei es direkt aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots (vgl. zu diesem z. B. BVerfGE 60, 7, 14). Eine Verfahrensweise, die dem nicht Rechnung tragen würde, wäre damit ebenfalls verfassungswidrig.

Abs. 2 S. 1 GVG das angerufene Gericht trotz Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen auch für Streitigkeiten zuständig wird, die vor ein anderes Gericht gehören. Anders gewendet: § 17 Abs. 2 S. 1 GVG eröffnet nur dann die Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs, wenn der den gewählten Rechtsweg eröffnende Anspruch von seinen Voraussetzungen her gegeben ist.⁵¹ Das strahlt auch auf die Vorabentscheidung über den Rechtsweg nach § 17 a Abs. 2, Abs. 3 GVG aus.⁵² Sie setzt, sollten unterschiedliche Rechtswege in Frage kommen, den Nachweis voraus, daß der Anspruch tatsächlich besteht, der in diesem Rechtsweg zu prüfen ist. Ansonsten ist zu verweisen, wobei das Problem der Teilverweisung sich schon deswegen nicht stellt, weil das Gericht, an das verwiesen wird, den gesamten Streit zu entscheiden hat.

1. Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG

Mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ist diese These im übrigen ohne weiteres in Einklang zu bringen. Die Norm setzt voraus, daß der Rechtsweg zulässig ist – was eben nicht zutrifft, wenn der Streit vor einem anderen Gericht ausgetragen werden muß, etwa weil statt des behaupteten Arbeitsverhältnisses ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde. Es ist daher folgerichtig, wenn der BGH es ablehnt, bei einer Mehrheit prozessualer Streitgegenstände über § 17 Abs. 2 S. 1 GVG den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs zu eröffnen, da ansonsten der Rechtswegmanipulation Tür und Tor geöffnet wäre.⁵³ Teile der Literatur, die dasselbe Ergebnis auch bei einem einheitlichen Streitgegenstand verfechten, wenn die im gewählten Rechtsweg geltend gemachte Anspruchsgrundlage offensichtlich nicht gegeben sei,⁵⁴ gehen zwar in die richtige Richtung, berufen sich freilich zu Unrecht auf eine Entscheidung des BGH⁵⁵ und bleiben namentlich

⁵¹ Das gilt im Ergebnis auch für die Parallelproblematik des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung. Hier ist allerdings schon damit zu helfen, daß man der Theorie der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs die Gefolgschaft versagt.

⁵² Dem primär verfassungsprozessualen Problem, ob die Fachgerichte die Korrektur selbst vornehmen können oder ob es einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht bedarf, wird hier nicht im Detail nachgegangen.

⁵³ BGHZ 114, 1, 2; zustimmend z. B. MünchKomm-ZPO/Wolf § 17 GVG RdNr. 13; Zöller/Gummer § 17 GVG RdNr. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers § 17 GVG RdNr. 6; Thomas/Putzo § 17 GVG RdNr. 7; Kissel NJW 1991, 951; Schilken ZJP 105 (1991), 90 f.; Hoffmann JR 1992, 110.

⁵⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers § 17 GVG RdNr. 5; Zöller/Gummer § 17 GVG RdNr. 8.

⁵⁵ Die zitierte Entscheidung BGH NVwZ 1990, 1103, 1104 = BGH LM GG Art. 34 Nr. 167 unter III 1 betraf den alten Rechtszustand, bei dem der BGH eine Teilverweisung ablehnte (vgl. die Nachw. in Fn. 15). Davon macht der BGH in die-

ohne überzeugenden Grund auf halbem Wege stehen: Für die Frage, ob und inwieweit ein dafür unzuständiges Gericht entscheiden darf, kommt es auf die Evidenz der Unzuständigkeit nicht an.

2. Konkurrierende und alternative Anspruchsgrundlagen

Vor allem für die Zeit vor der Novelle hatte man weithin differenziert zwischen dem Fall, daß ein einheitlicher Anspruch auf zwei Anspruchsgrundlagen gestützt wurde, für die unterschiedliche Rechtswege zuständig waren – der sogenannte et-et-Fall – und der Konstellation, daß sich die in zwei Rechtswegen zu prüfenden Anspruchsgrundlagen gegenseitig ausschlossen – der sogenannte aut-aut-Fall.⁵⁶ Mit dieser Abgrenzung hatte man zum Teil weitreichende Konsequenzen verbunden.⁵⁷

Doch führt der Ansatz letztendlich nicht weiter. Hat man es mit einem Fall zu tun, in dem der Anspruch nach der Behauptung des Klägers zunächst auf zwei verschiedene Grundlagen gestützt werden kann, liegt aber die Anspruchsgrundlage nicht vor, die in die ursprüngliche Kompetenz des angerufenen Gerichts gehört, so ist die Klage als – in diesem Rechtsweg – unzulässig abzuweisen und der Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Ist die Anspruchsgrundlage dagegen von ihren Tatbestandsvoraussetzungen her gegeben, so kommt es auf die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der zweiten, in einem anderen Rechtsweg zu prüfenden Anspruchsgrundlage in der Regel⁵⁸ nicht mehr an. Nicht anders ist zu entscheiden, wenn der Kläger von vornherein einen Sachverhalt nennt, der nur – alternativ – eine der fraglichen Anspruchsgrundlagen erfüllen kann. Ist etwa der vor dem Arbeitsgericht zu prüfende Anspruch begründet, spricht dies das Gericht aus; fehlt es an dem den Rechtsweg rechtfertigenden Arbeitsverhältnis, so ist die Unzulässigkeit der Klage in diesem Rechtsweg auszusprechen und der Rechtsstreit an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen.

ser Entscheidung eine Ausnahme, läßt also die Verweisung zu, wenn die Anspruchsgrundlage, auf die sich der Kläger stützt, so offensichtlich nicht gegeben sei, daß kein Bedürfnis dafür bestehe, die Klage insoweit mit Rechtskraftwirkung abzuweisen.

⁵⁶ Vgl. z. B. BAGE 15, 292, 295; Grunsky § 2 RdNr. 18–21, 23–26; Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting § 2 RdNr. 196 f.; Kissel (Fn. 5) § 13 RdNr. 69; grundlegend Baur, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 6 ff.; auch für das neue Recht Schilken ZJP 105 (1991), 89.

⁵⁷ Vgl. z. B. BAG AP ArbGG § 2 Nr. 28 Zuständigkeitsprüfung unter I.

⁵⁸ Zu einer Ausnahme vgl. IV 4.

3. *Erfolgslose Klagen*

Das Gericht hat auch dann die Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen und gegebenenfalls den Rechtsstreit zu verweisen, wenn sich später herausstellen sollte, daß die Klage unter allen Gesichtspunkten als unbegründet abgewiesen werden muß. Zum einen ist zunächst nicht abzusehen, wie die Entscheidung im benachbarten Rechtsweg ausfallen wird; eine differenzierende Behandlung letztendlich begründeter bzw. unbegründeter Ansprüche ist daher nicht möglich. Zum anderen ist nur so gewährleistet, daß der Kläger sich die Zuständigkeit des Gerichts und die damit für ihn verbundenen Vorteile bei der Kostenpflicht und bei der Postulationsfähigkeit nicht erschleichen kann.

4. *Der unterschiedliche Umfang konkurrierender Ansprüche*

Für § 17 Abs.2 S.1 GVG und die Vorabentscheidung nach § 17a Abs.3 GVG bleibt damit nur noch der schmale Bereich, in dem beide Anspruchsgrundlagen erfüllt sind, die originär im konkurrierenden Rechtsweg zu untersuchende Anspruchsgrundlage in der Rechtsfolge aber weiter geht. So mag es etwa liegen, wenn ein Aufopferungsanspruch mit der positiven Vertragsverletzung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages konkurriert, jedoch das ordentliche Gericht angerufen wird, oder aber ein Beamter Ansprüche auf § 126 BRRG und auf Amtspflichtverletzung stützt; hier ist der Weg zum ordentlichen Gericht schon wegen § 17 Abs.2 S.2 GVG zu empfehlen. Dann hat es mit der Zuständigkeit des zunächst angerufenen Gerichts kraft Sachzusammenhangs sein Bewenden. Der Anspruch ist nämlich im gewählten Rechtsweg zu bejahen, so daß – gemäß dem Wortlaut des § 17 Abs.2 S.1 GVG – ein Gericht des zulässigen Rechtswegs befaßt ist. Auch scheidet die Gefahr der Manipulation regelmäßig aus. Vor allem aber verbietet es das Gesetz dezidiert – sieht man von § 17 Abs.2 S.2 GVG ab –, den Rechtsstreit hinsichtlich einzelner Anspruchsgrundlagen zu verweisen, erlaubt vielmehr durch die Vorabentscheidung nach § 17a Abs.3 GVG die rechtskräftige Feststellung des zuständigen Rechtswegs. Damit ist notwendigerweise die Befugnis verbunden, über konkurrierende Anspruchsgrundlagen auch dann zu entscheiden, wenn sie in der Rechtsfolge weiter gehen.

5. Die Bedeutung der Reform

§ 17 Abs.2 S. 1 GVG hat somit nur ein schmales Anwendungsfeld. Doch ist das leichter zu akzeptieren als umgekehrt die Möglichkeit der Manipulation durch den Kläger und der Verstoß gegen das Verfassungsgebot, auch dem Beklagten vor Gericht rechtliches Gehör zu gewähren. Die eigentliche Bedeutung der Reform liegt damit auf der Vorabentscheidung nach § 17a Abs.2, Abs.3 GVG; hier hat der Gesetzgeber zumindest die mehrmalige Verweisung verhindert.

V. Die Aufrechnung

1. Der bisherige Meinungsstand

Nahezu jede denkbare Lösung war bislang in der Frage vertreten worden, ob das Gericht auch über eine Aufrechnung entscheiden darf, wenn über die Gegenforderung in einem anderen Rechtsweg zu befinden ist. Den Verfechtern der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs⁵⁹ stand die h.M. gegenüber, die im Verhältnis zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Arbeitsgerichtsbarkeit eine solche Befugnis annahm, da es nur um die sachliche Zuständigkeit gehe,⁶⁰ bei Forderungen, die in einem anderen Rechtsweg zu prüfen waren, das Gericht für verpflichtet hielt, den Rechtsstreit nach § 148 ZPO bzw. nach den entsprechenden Vorschriften der anderen Verfahrensordnungen, etwa § 94 VwGO, auszusetzen, verbunden mit einer Fristsetzung zur Klageerhebung vor dem anderen Gericht.⁶¹ Eine weitere Spielart betrachtete zwar das Arbeitsgericht auf

⁵⁹ Kissel (Fn.5) § 13 RdNr.94; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 105 IV 6; Baur, Festschrift für Fritz von Hippel, S.13, 23; E. Schmidt ZZP 87 (1974), 43; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, § 12 III 10; Gravenhorst (Fn.18) S.104 f.

⁶⁰ BGHZ 26, 304, 306; 78, 57, 62; BAG NJW 1966, 1771, 1774; AP ArbNERfG § 39 Nr.2 unter II 3a; Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting § 2 RdNr.149.

⁶¹ BGHZ 16, 124, 136; BAG AP ArbNERfG § 39 Nr.2 unter II 3b; BVerwGE 77, 19, 27 m.w.N.; Stein/Jonas/Leipold²⁰ § 145 RdNr.33; MünchKomm-ZPO/Peters § 145 RdNr.31, 34; Zöller/Greger § 145 RdNr.19; Zöller/Vollkommer § 302 RdNr.11; MünchKomm/von Feldmann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1984 ff., § 387 RdNr.14 d; Soergel/Zeiss, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1987 ff., vor § 387 RdNr.4; Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 52. Aufl. 1993, § 388 RdNr.5; Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting § 2 RdNr.150; Eblers JuS 1990, 782 f.; Mayerhofer NJW 1992, 1604.

Grund seiner besonderen Sachkunde als zur Entscheidung über die Gegenforderung berufen, soweit sie vor dem ordentlichen Gericht zu prüfen war, nicht jedoch das ordentliche Gericht zur Untersuchung von Ansprüchen, deren Prüfung dem Arbeitsgericht zugewiesen war.⁶²

2. Die Konsequenzen der Reform

Die These der h. M. mit ihren Modifikationen vermag, sollte sie jemals zugetroffen haben, spätestens seit der Novelle nicht mehr zu überzeugen.

a) So führt – wie meist – die begriffliche Differenzierung zwischen sachlicher Zuständigkeit und Rechtswegabgrenzung nicht weiter.⁶³ Sie berücksichtigt zu wenig die dahinter stehenden Überlegungen. Unterschiede in der Verfahrensordnung, wenn es denn auf sie ankommt, fallen nicht weniger ins Gewicht, weil sie an die sachliche Zuständigkeit und nicht an die Rechtswegabgrenzung geknüpft sind. Mit der Novelle ist derartigen Versuchen ohnehin der Boden entzogen. Sind die Zivilgerichte und die Arbeitsgerichte unterschiedliche Rechtswege,⁶⁴ so läßt sich die von der h. M. bislang verfochtene Sonderrolle nicht mehr halten.⁶⁵

b) Nur wenig hilft in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die Zwecke weiter, die der Gesetzgeber mit der Schaffung unterschiedlicher Gerichtszweige verfolgt.⁶⁶ Die besondere Sachkunde eines anderen Gerichts ist auch ansonsten kein hinreichendes Kriterium, um Vorfragen auszublenden und dem Nachbargericht zur alleinigen Entscheidung zu-

Eine Ausnahme wird angenommen, wenn die Gegenforderung rechtskräftig feststeht, unstrittig ist (vgl. z. B. BVerwGE 77, 19, 24; Ehlers JuS 1990, 782; weitere Nachweise bei Schenke/Ruthig NJW 1992, 2508 mit Fn. 26) oder die beiden Forderungen in naher Beziehung zueinander stehen (vgl. die Nachweise bei Schenke/Ruthig NJW 1992, 2508 mit Fn. 28).

⁶² Grunsky § 2 RdNr. 14; wohl auch Schaub, Arbeitsrechtliche Formulareammlung und Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Aufl. 1990, § 82 II 7, wie sich aus seiner Stellungnahme § 82 II 9 ergibt.

⁶³ Grunsky § 2 RdNr. 14.

⁶⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 6.

⁶⁵ So auch Baumbach/Lauterbach/Albers § 17 GVG RdNr. 6; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl. 1992, § 14 RdNr. 45; Drygala NZA 1992, 297; Schenke/Ruthig NJW 1992, 2510ff.; a. A. Palandt/Heinrichs § 388 RdNr. 5; Zöller/Gummer § 17 GVG RdNr. 10; Thomas/Putzo § 145 RdNr. 24; § 17 GVG RdNr. 7; Jauernig § 45 III; Mayerhofer NJW 1992, 1604.

⁶⁶ Grunsky § 2 RdNr. 14.

zuweisen.⁶⁷ Divergierende Verfahrensordnungen haben zwar im Normalfall durchaus entscheidendes Gewicht, ausnahmsweise indes nicht bei der Aufrechnung. Es entfällt nämlich die Manipulationsmöglichkeit des Beklagten, da er sich mit der Aufrechnung lediglich verteidigt.⁶⁸ Namentlich besteht für den Beklagten bei einer Aufrechnung, die er schon vor dem Prozeß erklärt hat, zumindest kein Anlaß, den seiner Meinung nach erloschenen Anspruch einzuklagen.

c) Die Besonderheit der im oder vor dem⁶⁹ Prozeß erklärten Aufrechnung liegt in der rechtskräftigen Feststellung nach § 322 Abs. 2 ZPO, in die nach h. M. auch die Entscheidung erwächst, die Gegenforderung habe bis zur Aufrechnung bestanden.⁷⁰ Darauf stützen sich denn auch die Verfechter der Ansicht, das erkennende Gericht sei regelmäßig⁷¹ zur rechtskräftigen Entscheidung über die Aktivforderung nicht berufen.⁷²

Schon bislang gab es freilich Schwierigkeiten mit diesem Gesichtspunkt; konnte er doch nicht erklären, warum die – ebenfalls rechtskräftige – Feststellung dann möglich sein sollte, wenn die Gegenforderung unbestritten war oder mit der Klageforderung in nahem Zusammenhang stand.⁷³ § 17 Abs. 2 S. 1 GVG erteilt dem Argument nunmehr eine klare Absage.⁷⁴ Man mag zur gesetzgeberischen Wertung, man mag zu ihrer Umsetzung stehen, wie man will: Deutlich ist nicht nur die Intention geworden, die Entscheidung zu konzentrieren, sondern vor allem, daß es der Gesetzgeber zu ihrer Verwirklichung auch in Kauf nimmt, daß ein Gericht rechtskräftig auch über solche Ansprüche zu befinden hat, die – originär – in einem anderen Rechtsweg zu prüfen sind. Das ist nach h. M. stets, nach der hier verfochtenen restriktiven Interpretation immerhin dann der Fall, wenn die konkurrierende Anspruchsgrundlage in ihrer Rechtsfolge weiter geht als die

⁶⁷ Vgl. oben II 2.

⁶⁸ *Drygala* NZA 1992, 297.

⁶⁹ Nach h. M. gilt § 322 Abs. 2 ZPO auch, wenn die Aufrechnung vor dem Prozeß und damit außerhalb des Verfahrens erklärt wurde, vgl. z. B. *Stein/Jonas/Leipold* § 322 RdNr. 167; *MünchKomm-ZPO/Gottwald* § 322 RdNr. 176.

⁷⁰ RGZ 161, 167, 171; BGHZ 36, 316, 319 m. w. N.; *Stein/Jonas/Leipold* § 322 RdNr. 169; *MünchKomm-ZPO/Gottwald* § 322 RdNr. 179; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* § 322 RdNr. 22; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 153 III 3b.

⁷¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 61 und 62.

⁷² BGHZ 16, 124, 134; 26, 304, 306; 60, 85, 88; BVerwGE 77, 19, 24; *Zöller/Gummer* § 13 GVG RdNr. 49; *Grunsky* § 2 RdNr. 11; *Germelmann*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting* § 2 RdNr. 147.

⁷³ Vgl. die Nachweise in Fn. 61. Kritisch daher z. B. *Schenke/Ruthig* NJW 1992, 2508.

⁷⁴ *Schenke/Ruthig* NJW 1992, 2511; *Drygala* NZA 1992, 297.

jenige, für die der gewählte Rechtsweg zulässig war.⁷⁵ Daß es einmal um denselben Streitgegenstand geht, bei der Aufrechnung dagegen über ein selbständiges Gegenrecht zu entscheiden ist⁷⁶, ist einzuräumen, spielt aber letztendlich für die Frage, ob und inwieweit das angerufene Gericht rechtskräftige Entscheidungen in Gebieten treffen darf, die – originär – anderen Gerichten zugewiesen sind, keine Rolle. Das gilt nicht nur für den Fall, daß die Gegenforderung besteht, sondern auch für die Alternative, daß ihre Existenz verneint wird. Da eine Manipulation des Rechtswegs durch den Beklagten hier nicht zu gewärtigen ist, fehlt der Grund, die Prüfungscompetenz des Gerichts zu beschränken.^{77, 78}

VI. Zusammenfassung

1. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ist ebenso wie § 17a Abs. 3 S. 1 GVG entgegen der h. M. restriktiv zu interpretieren. Die Behauptung des Klägers genügt keineswegs, um mit der Zulässigkeit des gewählten Rechtswegs die Entscheidungskompetenz des Gerichts auch für konkurrierende Anspruchsgrundlagen zu begründen, die originär in einen anderen Rechtsweg fallen. Voraussetzung ist vielmehr, daß der Anspruch im gewählten Rechtsweg tatsächlich gegeben ist. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ist damit in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich weitgehend inhaltsleer; er greift nur ein, wenn der Anspruch auf Grund der konkurrierenden Norm von der Rechtsfolge her weiter geht.

2. Die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, die in einem anderen Rechtsweg zu prüfen ist, ist möglich. Das angerufene Gericht braucht nicht auszusetzen, da es selbst die rechtskräftige Entscheidung über das bisherige Bestehen bzw. über das Nichtbestehen der Gegenforderung treffen kann.

⁷⁵ Vgl. oben IV 4.

⁷⁶ Zöller/Gummer § 17 GVG RdNr. 10; Jauernig § 45 III, a. A. aber Schenke/Ruthig NJW 1992, 2512 f.

⁷⁷ Eine heute unzeitgemäße Ausnahme gilt für § 17 Abs. 2 S. 2 GVG i. V. m. Art. 14 Abs. 3 S. 4 und Art. 34 S. 3 GG; vgl. dazu ausführlich Schenke/Ruthig NJW 1992, 2513 f.

⁷⁸ Die weiteren Probleme – so die Frage der Rechtshängigkeit oder die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung durch das originär zuständige Gericht, wenn nur ein Teil der Forderung zur Aufrechnung verwendet wurde (so die Gedanken von Rupp NJW 1992, 3274) – tauchen in derselben Form auch auf, wenn mit einer Forderung aufgerechnet wird, die im selben Rechtsweg zu klären ist wie der eingeklagte Anspruch (Schenke/Ruthig NJW 1993, 1375 f.). Sie sprechen also nicht gegen die hier verfochtene Konzentration der Entscheidung bei dem durch die Klage angerufenen Gericht.