

## 7. Über die Anwendbarkeit der § 36 Nr. 6, § 276 ZPO. auf das Aufgebotsverfahren.

IV. Zivilsenat. Beschl. v. 4. April 1928 in dem Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung des C. W. IV OZ. 158/28.

### I. Amtsgericht Parchwitz.

Der Rükschmermeister C. W. in Parchwitz hat bei der Geschäftsstelle des dortigen Amtsgerichts beantragt, seinen im Jahre 1892 in Parchwitz geborenen, seit einem Gesecht in Frankreich im Juli 1916 vermifsten Sohn im Wege des Aufgebotsverfahrens für tot zu erklären. Der Antrag wurde mit Rücksicht auf die Angabe des Antragstellers, daß der Sohn zur Zeit seiner Einziehung zum Heere seinen Wohnsitz in Stuttgart gehabt habe, an das Amtsgericht Stuttgart I geleitet. Das so angegangene Gericht wies den Antragsteller auf die Bestimmungen in § 11 Abs. 1, § 7 BGB. hin. Der Antragsteller erklärte darauf, daß sein Sohn nicht die Absicht gehabt habe, ständig in Stuttgart zu bleiben, und hat, seinen Aufgebotsantrag dem Amtsgericht in Parchwitz zur zuständigen Bearbeitung zu überweisen. Dem entsprach das Amtsgericht Stuttgart I durch einen Beschluß, in dem es sich gemäß § 276 ZPO. für unzuständig erklärte und „den Rechtsstreit“ an das Amtsgericht in Parchwitz als das nach § 961 ZPO. zuständige Gericht des letzten Wohnsitzes des Verschollenen verwies. Der Beschluß wurde dem Antragsteller zugestellt und mit den Akten dem Amtsgericht in Parchwitz übersandt. Dieses bezweifelt die Anwendbarkeit des § 276 ZPO. auf das Aufgebotsverfahren und verneint seine örtliche Zuständigkeit. Es legte die Akten dem Reichsgericht „zur zuständigen Entscheidung“ vor. Das Reichsgericht lehnte die Entscheidung ab.

### Gründe:

Als gesetzliche Grundlage für eine Entscheidung des Reichsgerichts über die Zuständigkeit kommt nur der § 36 Nr. 6 ZPO.

in Betracht. Danach ist das zuständige Gericht durch das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht zu bestimmen, wenn verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Ein Rechtsstreit im Sinne dieser, wie der sonst eingreifenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung ist allerdings auch das Aufgebotsverfahren. Mag sich auch rechtstheoretischer Betrachtung das Aufgebotsverfahren (wie das Entmündigungsverfahren) als ein Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellen, so ist es doch vom geltenden Rechte durch die Aufnahme in das Zivilprozeßrecht zu einem Teil der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gemacht (§§ 12, 13, 23 GVG.). Es ist daher von den im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden öffentlichen Aufforderungen scharf geschieden. Wenn Ergänzungen der besonderen Vorschriften notwendig werden, die in dem vom Aufgebotsverfahren handelnden 9. Buche der Zivilprozeßordnung gegeben sind, so sind sie nicht aus dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entnehmen, sondern aus der Zivilprozeßordnung, und zwar aus ihren drei ersten Büchern, soweit nicht, wie in § 975, auf die besonderen Vorschriften in einem anderen Buche verwiesen ist. Das gilt nicht nur für das Verfahren im Aufgebotstermin und für das Ausschlußurteil, sondern auch für das vorangehende Verfahren (Stein-Jonas Vorbem. III vor § 946 ZPO.). Das Reichsgericht hat demgemäß auch schon in RGZ. Bd. 45 S. 388 die Anwendbarkeit des § 36 Nr. 4 ZPO. auf ein Aufgebotsverfahren nach § 1005 Abs. 2 ZPO. bejaht. Die Voraussetzung des § 36 Nr. 6 ZPO., daß sich für den Rechtsstreit die beiden in Frage kommenden Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt haben, wäre indessen beim Amtsgericht in Parchwitz nur erfüllt, wenn es den Aufgebotsantrag wegen seiner (wirklichen oder vermeintlichen) Unzuständigkeit zurückgewiesen und wenn dann das Landgericht einen solchen Beschluß auf eine Beschwerde des Antragstellers bestätigt hätte. Das ist nicht geschehen. Außerdem könnte die Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 37 Abs. 1 ZPO. auch nur auf ein Gesuch des das Aufgebotsverfahren betreibenden Antragstellers erfolgen. Ein derartiges Gesuch liegt ebenfalls nicht vor.

Schließlich wird aber eine Zuständigkeitsbestimmung aus § 36 Nr. 6 ZPO. überhaupt dadurch ausgeschlossen, daß das Amts-

gericht Stuttgart I durch seinen auf Grund des § 276 Abs. 1 ZPO. erlassenen, nach Abs. 2 daselbst unanfechtbaren und für das Amtsgericht in Parchwitz bindenden Beschluß sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Amtsgericht in Parchwitz als zuständiges Gericht verwiesen hat. Daß der im 2. Buche der Zivilprozeßordnung „Verfahren in erster Instanz“ im 1. Abschnitt „Verfahren vor den Landgerichten“ stehende, gemäß § 495 ZPO. aber auch für das Verfahren vor den Amtsgerichten geltende § 276 auf das Aufgebotsverfahren anwendbar sei, wird vom Amtsgericht in Parchwitz zu Unrecht in Zweifel gezogen. Das Aufgebotsverfahren ist in der Zivilprozeßordnung, wie schon dargelegt, als ein Streitverfahren, ein Rechtsstreit geregelt. Der Wortlaut des § 276 Abs. 1 steht deshalb der Anwendung der Vorschrift auf das Aufgebotsverfahren nicht entgegen; geboten wird diese Anwendung von der dem § 276 ZPO. (wie dem § 102 OBG.) zugrunde liegenden, in der Entwicklung des Zivilprozeßrechts während der letzten drei Jahrzehnte (durch die Novellen vom 17. Mai 1898 und 1. Juni 1909, den § 27 EntlVo. vom 9. September 1915 und die Novelle vom 13. Februar 1924) immer mehr zur Geltung gebrachten Absicht des Gesetzes, weitläufige Streitigkeiten über die Zuständigkeit zu vermeiden und damit den Beteiligten wie den Gerichten Zeit, Mühe und Kosten zu ersparen. Die Anwendbarkeit des § 276 auf den gewöhnlichen Prozeß zu beschränken, besteht weder ein äußerer noch ein innerer Grund. So sind denn auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (O. 1919 S. 742 Nr. 14, S. 836 Nr. 2 u. a.) die mit dem § 276 jetziger Fassung übereinstimmenden Vorschriften des § 505 ZPO. in der Fassung vom 1. Juni 1909 und des § 27 EntlVo. vom 9. September 1915 mit Recht auf das im 8. Buche der Zivilprozeßordnung geregelte Arrestverfahren angewendet worden.

Allerdings sieht § 276 Abs. 2 eine Verkündung des die Unzuständigkeitsklärung und die Verweisung aussprechenden Beschlusses vor, also eine Erlassung des Beschlusses auf Grund einer mündlichen Verhandlung (§ 319 Abs. 1 ZPO.). Aber hieraus kann kein Bedenken dagegen hergeleitet werden, daß § 276 auch das dem Aufgebotstermin vorangehende schriftliche Aufgebotsverfahren trifft. Denn abgesehen davon, daß auch im gewöhnlichen Verfahren erster Instanz nach Maßgabe des § 7 EntlVo. in der Fassung vom 13. Mai 1924 ohne mündliche Verhandlung eine Entscheidung

ergehen kann, deren Verkündung durch schriftliche Mitteilung ersetzt wird, ist die Vorschrift in § 276 (über die Erlassung der Entscheidung durch einen zu verkündenden Beschluß) außerhalb des gewöhnlichen Verfahrens erster Instanz nur sühngemäß anwendbar. Das hat das Reichsgericht schon insofern anerkannt, als es (RGZ. Bd. 95 S. 280, Bd. 108 S. 263; JW. 1922 S. 488 Nr. 11) die Rechtsätze aufgestellt hat: Die in § 505 ZPO. in der Fassung vom 1. Juni 1909 und § 27 EntlWo. vom 9. September 1915 (jetzt § 276 ZPO.) gegebenen Vorschriften sind gemäß §§ 523, 557 ZPO. auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz entsprechend anwendbar; die entsprechende Anwendung hat gegenüber einem mit der Berufung oder Revision angefochtenen Urteil in der Weise zu geschehen, daß die höhere Instanz über die Zuständigkeitsfrage, unter gleichzeitiger Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht, durch ein die Vorentscheidung beseitigendes Urteil entscheidet. Während in diesen Fällen die Entscheidung zwar regelmäßig auf Grund einer mündlichen Verhandlung verkündet wird, aber nicht in der in § 276 angegebenen Form des Beschlusses ergeht, kann in dem hier in Rede stehenden Falle des Aufgebotsverfahrens zwar die Beschlußform gewahrt, aber der Beschluß nicht gemäß § 329 Abs. 1 auf Grund einer mündlichen Verhandlung verkündet, sondern nur nach § 329 Abs. 3 durch Zustellung bekannt gemacht werden. Bei dieser besonderen Prozedur ist von einer mündlichen Verhandlung als Voraussetzung für die Unzuständigkeitsklärung und Verweisung abzusehen. Das entspricht der für das Mahnverfahren in § 697 Abs. 2 ZPO. gegebenen Vorschrift. Auch dort kann, wenn der Antrag auf Verweisung (an das sachlich zuständige Landgericht) schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt oder mit dem Widerspruch verbunden worden ist, das Amtsgericht die Unzuständigkeitsklärung und die Verweisung ohne vorgängige mündliche Verhandlung mit der Wirkung beschließen, daß der Rechtsstreit mit der Zustellung des (unanfechtbaren und das Landgericht bindenden) Beschlusses als beim Landgericht anhängig gilt.

Nach alledem liegt ein rechtswirksamer Beschluß aus § 276 ZPO. vor, der für einen nach § 36 Nr. 6 ZPO. auszutragenden Streit keinen Raum mehr läßt.