

Feststellungsfähigkeit von Vorfragen

europäischer Einfluß auf das nationale Prozeßrecht ?

Joachim MÜNCH *

I. Einführung

„Die Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft gestatten es nicht, daß die Prozesse verewigt, und die von dem Richter, nach gesetzmäßiger Untersuchung, anerkannten und festgestellten Rechte der Parteien unter irgend einem Vorwand wieder angefochten werden. Ein unter den gesetzmäßigen Erfordernissen gefälltes rechtskräftiges Urteil sichert also den, der es erstritten hat, für immer, wider alle fernere Anfechtungen seines Gegners“ – so heißt es in § 65 und § 66 der Einleitung zur Allgemeinen Preußischen Gerichtsordnung aus dem Jahre 1793. Die Lehre von der Rechtskraft gilt heute noch als der Schlußstein im prozessualen Gewölbe, einerseits hoch technisch ausdifferenziert, andererseits gerade deswegen vielleicht ? als allzu spröde und trocken gemieden. Man denke nur an die seit Urzeiten liebevoll gepflegte Kontroverse, ob man jene Rechtskraft-Wirkungen materiell oder prozessual erklären soll.¹⁾ Ausführungen hierzu brauchen sie freilich nicht zu fürchten. Ich möchte sie auf ein ruhigeres Gebiet entführen, daß durch § 322 Abs. 1 ZPO endgültig befriedet erscheint.

Im Unterschied zur Unanfechtbarkeit des § 705 ZPO meint die durch § 322 Abs. 1 ZPO normierte *materielle* Rechtskraft die Verbindlichkeit und Maßgeblichkeit des Richterspruchs. Sie hat bekanntermaßen zwei Wirkungen: Ist der Streitgegenstand im späteren Prozeß derselbe, wird keine neue Klage zugelassen: ne bis in eadem re. Die Rechtskraft entfaltet hier eine *negative* Wirkung; sie sperrt den Zweitprozeß und verhindert als eigene Zulässigkeitsvoraussetzung, „daß die Prozesse verewigt . . . werden“, wie es die AGO formuliert hat. Ist der Streitgegenstand im späteren Prozeß aber ein anderer, hat jedoch die rechtskräftig entschiedene Rechtsfolge dort eine vorgreifliche Bedeutung, muß sie der Richter seinem Urteil zugrundelegen: Präjudizialität. Hier wirkt also die Rechtskraft *positiv*; sie entlastet den Zweitprozeß und verhindert in den Worten der AGO, daß „die einmal anerkannten Rechte . . . wieder angefochten werden“. Welches sind diese „anerkannten Rechte“? Es sind lediglich jene, die konkret als Anspruch erhoben waren, daß sagt uns § 322 Abs. 1 ZPO. Es gilt demgemäß auch als

* Professor of Göttingen University

1) Ganz eingehend dazu Koussoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre (1986), S. 22 ff.

absolut gesicherter Grundbestand zivilprozessualer Dogmatik, daß allein der Tenor und nicht die Entscheidungsgründe in Rechtskraft erwachsen.²⁾

Die Rechtskraft wirkt daher nicht, wenn bloß eine Vorfrage des Erstprozesses für das Zweitverfahren präjudiziell ist, wenn es also um parallele Vorfragen geht. Wird beispielsweise eine Zinsklage abgewiesen, weil kein Darlehensvertrag zustande gekommen sei, darf für eine nächste Zinsrate dennoch anders entschieden werden; und auch wer daraufhin die gewährte Geldsumme aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt, kann mitunter sein „blaues Wunder“ erleben. Denn beide Male fehlt eine Rechtskraftbindung und damit die Gewißheit „gleichförmiger“ Bewertung der Vorfrage, mag sie nun in positive Form (§ 608 BGB: „für ein Darlehen“) oder negative Form (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB: „ohne rechtlichen Grund“) eingekleidet sein. Wohl hat es die Literatur vereinzelt unternommen, derartige „Mißstimmigkeiten“ möglichst gering zu halten, erinnert sei insoweit etwa an Zeuners Lehre vom „rechtlichen Sinnzusammenhang“.³⁾ Aber sogar unabhängig davon, daß diese Ansicht bislang nicht den nötigen Zuspruch erfährt,⁴⁾ verwahrt sich Zeuner auch explizit dagegen, unbesehen alle tragenden Gründe Rechtskraft wirken zu lassen.⁵⁾

Der Satz, daß nur die Formel und nicht die Gründe in Rechtskraft erwachsen, bleibt darum im Grund mithin unangetastet. Rechtskräftig geurteilt wird lediglich über den „unmittelbaren Streitgegenstand“. Das folgt neben § 322 Abs. 1 ZPO zugleich aus den

2) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 III, S. 922 ff.; Jauernig ZPR (27. Aufl. 2002) § 63 III, S. 252 f.; A. Blomeyer ZPR § 89 I 2, S. 449 mit V, S. 457 f.; Musielak § 322 Rn. 2 mit Rn. 17, Schilken ZPR Rn. 1021 mit Rn. 1023-1025.

Zu vorgreiflichen Rechtsverhältnissen z.B. BGH NJW 1995, 967 [II 1] u. 2993 [II 2], 1993, 2684, 2685 [II 1]=BGHZ 123, 137, 140 m.w.N. erg. BGHZ 43, 144, 145; 94, 29, 33 u. Stein/Jonas/Leipold § 322 Rn. 78 mit Rn. 89 ff.

... unabhängig vom Subsumtionsschluß sollte man hierzu korrekterweise ergänzen, Münch, vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, (1989) § 8 IV 2, S. 146 f. Sehr differenziert auch Zöllner/Vollkommer § 322 Rn. 30 ff.

3) Albrecht Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß (1959), passim.

Erwähnung verdienen dazuhin Ulf Ritter, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft des Leistungsurteils (1973), dessen Ansatz sich noch einiges radikaler präsentiert, u. Ulrich Foerste, Zur Rechtskraft in Ausgleichszusammenhängen, ZZP 108 (1995), 167 ff.. Siehe erg. zudem Baumbach/Hartmann § 322 Rn. 9 mit Rn. 20.

Wichtig außerdem Wolfram Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht (1970), S. 150 ff., insbes. S. 155 f. mit S. 172 f. er verwahrt sich freilich im übrigen ganz explizit gegen irgendeine Bindung an einzelne Urteilelemente (S. 169).

4) Krit. etwa Rosenberg/Schwab/Gottwald § 154 IV, S. 929 bzw. MünchKomm/Gottwald § 322 Rn. 48 ff.; Schilken Rn. 1021; Jauernig ZPR (22. Aufl. 2002) § 63 III 2, S. 253; Zöllner/Vollkommer vor § 322 Rn. 36 a.E.; Musielak § 322 Rn. 26 f.; Otte, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen (1998), S. 47 ff. sehr wohlwollend demgegenüber etwa Stein/Jonas/Leipold § 322 Rn. 212 ff. mit Rn. 80a.

5) Zeuner, a.a.O. (Fn. 3), S. 1 f., 4, 41 f., 173 f. u. FS Zweigert (1981) S. 603, 615.

einzelnen Ausnahmen, die das Gesetz insoweit zuläßt.

Nicht rechtskraftfähig sind *Tatsachenfeststellungen* Ausnahme: die auf Klage hin erfolgte Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, § 256 Abs. 1 ZPO.

Nicht rechtskraftfähig sind Aussagen über *Einwendungen und Einreden* Ausnahme: die Entscheidung zur Gegenforderung bei der Aufrechung, § 322 Abs. 2 ZPO.

Und: Nicht rechtskraftfähig ist die Beurteilung *vorgreiflicher Rechtsverhältnisse* es sei denn, sie wären extra zum Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage gemacht worden, § 256 Abs. 2 ZPO.

Damit haben wir jetzt das eigentliche Thema erreicht. Ähnlich unisono liest man nämlich zu § 256 Abs. 2 ZPO, wie ja der Wortlaut auch nahelegt, daß nur Rechtsverhältnisse festgestellt werden können, hingegen nicht einzelne Elemente oder Vorfragen oder gar etwa rechtserhebliche Tatsachen.⁶⁾

II. Das nationale Prozeßrecht

1. Die Reichweite des § 256 Abs. 2 ZPO

Die Frage der Feststellungsfähigkeit von Vorfragen wird meist zwar nur mit Blick auf die *selbstständige* Feststellungsklage des § 256 Abs. 1 ZPO gestellt, sie erhebt sich aber

6) Schellhammer ZPR (9. Aufl. 2002) Rn. 22179; Rosenberg/Schwab/Gottwald (15. Aufl. 1993) § 93 II 1, S. 519 f. bzw. Rosenberg (9. Aufl. 1960) § 86 II 1a, S. 405; A. Blometer ZPR (1963) 37 II, S. 178 f.; Nikisch (1950) § 39 II 4; Goldschmidt (1929) ZPR § 14 [1], S. 33; Stein/Jonas/Schumann § 256 Rn. 27 mit Fn. 55 u. Rn. 31 f.; MünchKomm/Lüke § 256 Rn. 10 mit Rn. 24 f. u. 79; Musielak/Foerste § 256 Rn. 2; Baumbach/Hartmann § 256 Rn. 6; Zoller/Greger § 256 Rn. 3; Thomas/Putzo § 256 Rn. 10; Rechberger/Frauenberger § 228 öZPO Rn. 5 [b] u. [c]. Zum Ausschluß von Tatsachenfeststellungen z.B. BGHZ 68, 331, 334 entgegen Leibold ZZZ 84 (1971), 150 u. Hans Stoll FS Bötticher (1969) S. 341, 357 ff.

Beispiele feststellungsunfähiger Vorfragen: anwendbares Auslandsrecht (OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 283 [II 1]); Rechtswidrigkeit (BayObLG WuM 1988, 90, 91); Verschulden (BGH NJW 2000, 2280, 2281 [Ia a.E.]); Schuldnerverzug (BGH NJW 2000, 2280, 2281 [Ib]=JZ 2001, 198 m. abl. Anm. Schilken u. genauso auch Zeuner FS Schumann [2001] S. 595, 604/505) bzw. Gläubigerverzug (BGH NJW 2000, 2663, 2664 [5] wiederum abl. Schilken JZ 2001, 199, 201 u. Zeuner FS Schumann [2001] S. 595, 604/505); Unwirksamkeit einer Rechtshandlung (BGHZ 37, 331, 333 obiter).

Bezeichnenderweise tritt gerade Zeuner (FS Schumann [2001], 595, 603 f. mit S. 597 f. siehe oben bei Fn. 3) jüngst für die Lösung vom Prokrustesbett „Rechtsverhältnis“ ein. Es soll allein der Abwehr von konkreten *Tatsachen* und *abstrakten* Rechtsfragen dienen, im übrigen „ohne diffizile Abgrenzungskriterien“ freilich sämtliche konkreten Rechtsfolgen erfassen (S. 603 [III 2] mit S. 610 [V 1]; siehe auch Brehm BGH-FS Wiss. III [2000] S. 89, 105: Rechtsverhältnis gleich Streitgegenstand). Die Grenzziehung obliege dem allemal flexibleren Abwägungskriterium „Feststellungsinteresse“. Aber auch dies deckt noch kaum eine Feststellungsfähigkeit von Begründungselementen oder doch bloß dann, wenn man ihre Bedeutung für Folgeprozesse als entsprechend konkrete Rechtsfolge gutheißt.

Spezialgesetzliche Sonderfälle bleiben vorbehalten, wie insbes. der Antrag iSv. § 1032 Abs. 2 ZPO (näher dazu MünchKomm/Münch § 1032 Rn. 11 insoweit überholt OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 283, 284 arg. § 1025 Abs. 2 iVm. § 1062 Abs. 2 ZPO).

ebenso für die *inzidente* Feststellungsklage des § 256 Abs. 2 ZPO. Man ist sich auch darin einig, daß das Tatbestandsmerkmal „Rechtsverhältnis“ in beiden Normen gleich zu verstehen sei,⁷⁾ und zwar als „eine durch den Sachverhalt auf Grund einer Rechtsnorm gegebene Rechtsbeziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Rechtsgut“⁸⁾ oder als „die rechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander, die als Rechtsfolgen aus dem konkreten Tatbestand fließen“.⁹⁾ Die selten verwendete zweite Definition ist um einiges lockerer gefaßt, indem sie dabei stärker auf die einzelne Rechtsfolge abstellt. Darauf wird später zurückzukommen sein. Unsere Frage wird vorab noch dadurch verkompliziert, daß man zwar bloße Vorfragen oder Elemente eines Rechtsverhältnisses als Feststellungsobjekt ausklammert, einer einzelnen rechtlichen Beziehung aus dem globalen Rechtsverhältnis freilich Feststellungsfähigkeit durchaus zubilligt. Wo präzise die Grenze verläuft, ist ein sehr weites Feld. Oft kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, als werde je nachdem entschieden, ob man hier den Feststellungsantrag zulassen oder ablehnen will¹⁰⁾ (oder daß doch alles bloß vom formalen Formulierungsgeschick abhängig sei).¹¹⁾

Zwei entschiedene Beispielfälle mögen die Offenheit der Abgrenzung etwas näher veranschaulichen.

Im ersten Fall¹²⁾ machte der 6-jährige Kläger einen Aufopferungsanspruch wegen Impfschadens geltend. Das OLG stellte antragsgemäß fest, das beklagte Land sei verpflichtet, allen noch entstehenden Schaden zu ersetzen, insbesondere Behandlungskosten, Ausbildungsbeihilfen und Ersatz für beruflichen Erwerbsausfall und verschlechterte Heiratsmöglichkeiten. Der Bundesgerichtshof erachtete die Aufnahme dieser einzelnen Posten in den Tenor für prozessual unzulässig. Es werde hier nicht um Umfang und Inhalt der Leistungspflicht gestritten, sondern um einzelne Vorfragen oder

7) RGZ 50, 399, 401/402; 126, 234, 237; BGH WarnR 1984 Nr. 148, S. 278 a.E.; vgl. auch BGHZ 68, 331, 332 u. BGH NJW-RR 1990, 318, 320 [B II 4]; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 283 [II 1].

Wegen Lit. siehe z.B. Stein/Jonas/Schumann § 256 Rn. 131; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 98 III 2c-e, S. 558 f. bzw. Rosenberg (9. Aufl. 1960) § 92 III 2b, S. 453; MünchKomm/Lüke § 322 Rn. 75 mit Rn. 79; Musielak/Foerste § 256 Rn. 41; Baumbach/Hartmann § 256 Rn. 113 mit Rn. 5 („bei weiter Auslegung [?]); Zöllner/Greger § 256 ZPO Rn. 24; Thomas/Putzo § 256 Rn. 30; Rechnerger/Frauenberger § 236 öZPO Rn. 3.

8) So die oft in Bezug genommene Definition von RGZ 144, 54, 56, vgl. etwa explizit: BGHR § 256 ZPO Rechtsverhältnis Nr. 5; BGH NJW 1996, 452, 453 [II 2]; BGHZ 22, 43, 47; RG HRR 1935 Nr. 813 („Sachgut“).

mittelbar (über BGHZ 22, 43, 47): BGH NJW 2000, 2663, 2664; NJW-RR 1992, 253, 254; NJW 1984, 1556 [II 1a].

implizit: BGH NJW-RR 1986, 104, 105; WarnR 1984 Nr. 148, S. 278/279; NJW 1982, 1878, 1879 [II 3].

9) So die weniger beachtete Wendung in RGZ 158, 164, 166; ähnlich RGZ 107, 303, 304.

10) Offen jüngstens Brehm BGH-FG Wiss. III (2000) S. 89, 105: wörtlich: „vom Ergebnis diktiert“.

11) Siehe wiederum Brehm BGH-FG Wiss. III (2000) S. 89, 105/106 praktisch: „Erweiterungszwang“, ferner ganz jüngst etwa BGH NJW 2000, 2280, 2291 [2].

12) BGHZ 22, 43 ff., U. v. 15. 10. 1956 III ZR 226/55.

Elemente eines Rechtsverhältnisses, die vielleicht rechtserheblich, indes nicht feststellungsfähig seien. Von dort nimmt jene restriktive Formel ihren Anfang, die später den Rang einer „allgemeinen Rechtsüberzeugung“ zugebilligt erhält.¹³⁾ Dabei wird jedoch gerne die spezielle Eigenheit des Aufopferungsanspruchs ausgeblendet, die darin besteht, daß die Einzelposten nur als Rechnungsgröße für die Gesamtabwägung eine Rolle spielen und insoweit nun wirklich auch *unselbständig* sind !

Im zweiten Fall¹⁴⁾ ging der Kläger von einem Gesellschafts-, der Beklagte von einem Dienstverhältnis aus daß ein Vertrag zwischen ihnen bestand, war hier außer Streit, allein dessen rechtliche Qualifikation sollte geklärt werden. Während das OLG die Klage als „abstrakte Rechtsfrage“ abtat, bejahte daß Reichsgericht ein „konkretes Rechtsverhältnis“: nicht nur selbstständige Rechtsverhältnisse im ganzen, auch einzelne Berechtigungen aus einer Art „Gesamtrechtsverhältnis“ seien feststellungsfähig. Man hätte erwartet, daß zunächst das Vertragsverhältnis schlechthin festgestellt und sodann gelegentlich dessen mit über die „rechtliche Einfärbung“ entschieden worden wäre. Die „Hauptfrage“ war indes gar nicht „im Laufe des Prozesses streitig geworden“, wie § 256 Abs. 2 ZPO verlangt. Deshalb mußte das Reichsgericht sich anders behelfen.¹⁵⁾ Und dabei mag die klare Erkenntnis vom Zweck der Zwischenfeststellungsklage als eines Ersatzes dafür, daß die Begründungselemente nicht in Rechtskraft übergehen, nicht unwesentlich mitgewirkt haben.

2. Das Zusammenspiel mit § 322 Abs. 1 ZPO

Dieses paßgenaue Zusammenspiel von § 256 Abs. 2 ZPO und § 322 Abs. 1 ZPO ist vom Gesetzgeber auch bewußt beabsichtigt. Die Regelung des § 256 Abs. 2 ZPO verdankt ihre Existenz der Grundentscheidung im Streit um die Reichweite der Rechtskraft¹⁶⁾ und ist hier als eine Art „Kompromißformel“ geboren worden. Dazu muß man wissen, daß im 19. Jh. der Umfang der Rechtskraft in Deutschland höchst umstritten und ungeklärt war. Auf der einen Seite, die sich auf Autoritäten wie Von Savigny und Windscheid stützen konnte,¹⁷⁾ stand eine Lehre, die auch die Urteilsgründe in Rechtskraft erwachsen lassen

13) BGHZ 68, 331, 332 ähnlich die Begründung bei BGH NJW 1979, 2099, 2101 („nach allgemeiner Ansicht“), NJW-RR 1986, 104, 105 („in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefestigten Auffassung“), NJW 1995, 1097 re. Sp. („nach ständiger Rechtsprechung“).

Skeptisch gegenüber der Verallgemeinerung des Ausgangsfalles auch Trzaskalik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage (1978), S. 134 ff., 136.

14) RGZ 144, 54 ff., U. v. 27. 02. 1934 II 276/33.

15) Was angesichts der abweichenden Entscheidungen RG JW 1930, 755, 756 m. abl. Anm. Fürst (S. 1058 li. Sp.) und RGZ 126, 18, 21 zur parallelen Frage bezüglich der Abgrenzung von Miete und Pacht durchaus etwas erstaunt, dazu a.a.O. S. 57 f.

16) Sehr gute Darstellung bei Gaul FS Flume I (1978) S. 443, 471 ff.

17) Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VI (1847) § 291-294, S. 350 ff., insbes. S. 358-361 mit S. 369 (Zitat S. 358); Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I (3. Aufl. 1873), § 130 [5b], S. 356 f. m.w.N. pro et contra.

wollte : jedes Urteil könne als rechtskräftig angesehen werden „nur in unzertrennlicher Verbindung mit den vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnissen“, Savigny nennt sie „integrirende Urteilsbestandtheile“, objektive Gründe oder eben auch „Elemente der streitigen Rechtsverhältnisse“, dasjenige worüber der Richter notwendig entschieden hat. Nach der Gegenmeinung, besonders scharf von dem Prozessualisten Wetzell vertreten,¹⁸⁾ sollte nur die „nackte“ Entscheidung über das Klagerecht (*actio*) in Rechtskraft erwachsen : „Auf die Wahrheit oder Unwahrheit einzelner Thatsachen oder Rechtselemente ist der materielle Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar“.

Zwischen diesen beiden Extremen schwankten Doktrin und Praxis im 19. Jahrhundert,¹⁹⁾ wobei aber der gemeine Prozeß wohl stärker dazu tendierte, die Urteilelemente an der Rechtskraft teilhaben zu lassen. Dementsprechend begegnete man Feststellungsklagen umgekehrt eher skeptisch.²⁰⁾ Jenen Streit wollten die Gesetzesväter endgültig beilegen. Für Savignys „weite“ Rechtskraft sprach, daß sie die Gefahr widersprechender Urteile weitestgehend ausschloß ; für Wetzells „enge“ Rechtskraft stritt hingegen die strikte Achtung des Parteiwillens, wie ihn der Klageantrag zur Entscheidung bringt. Wie hier am Ende die Normierung ausfiel, ist bekannt freilich im Angesicht der Autorität, die Friedrich Carl von Savigny allgemein genossen hat, vielleicht etwas erstaunlich. Das kleine Wörtchen „nur“ wird zur Kernaussage des § 322 Abs. 1 ZPO : die Rechtskraft reicht gerade „nur“ so weit, „als über den durch die Klage . . . erhobenen Anspruch entschieden ist“, sie reicht nicht weiter, nicht also auf die Entscheidungsgründe²¹⁾ oder gar bis an die Tatsachengrundlage. § 256 Abs. 2 ZPO ist insoweit die Konzession an Savigny und seine Anhänger jedoch angeknüpft an die Vorstellung, die „nicht das Gesetz, sondern den Willen der Parteien darüber bestimmen läßt, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll“.²²⁾

Historisch betrachtet wird mithin jene Elemente-Formel ganz anders erfahren. § 256

18) Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses (3. Aufl. 1878), S. 594-596 (Zitat S. 594, Hervorhebung vom Verfasser).

19) Ausführlich Kerameus AcP 167 (1967), 241, 249 ff. Beispielhaft BOHG SeuffA 25 (1872) Nr. 278, S. 432 ff. Das gilt auch für Preußen, wo die Praxis zu Wetzell, die Lehre aber eher zu von Savigny hält, vgl. ObTr. Berlin AS 17, 462 einerseits, Förster/Eccius I (4. Aufl. 1881) § 55 Fn. 25, S. 316 andererseits vgl. insoweit AGO Einl. § 65 f. u. I 16 § 1 mit I 13 § 38.

20) Bezeichnend etwa OAG Darmstadt SeuffA 27 (1873) Nr. 68, S. 121, 123 a.E. („gar kein Bedürfnis“).

21) Zum Ganzen Mot. E III S. 226-228 mit Prot. S. 106-108=Hahn S. 291 f., 608 f. Klarstellend Mot. E III S. 227/228. Entsprechend zur Motivierung der Feststellungsklage : Mot. E III S. 183 [zu § 223=§ 256 Abs. 1 ZPO] u. S. 206 [zu § 243=§ 256 Abs. 2 ZPO]=Hahn S. 256, 274. Ebenso der Norddeutsche Entwurf (NE-Prot. S. 605 ff., 607 f. mit S. 593), anders der Hannoversche Entwurf (HE-Prot. S. 1461 ff.).

Eine der Rechtskraft fähige Entscheidung mußte zunächst nicht im Tenor ausgesprochen werden, § 283 Abs. 3 E III in erster Lesung gestrichen (denn : „sonst entstehe die größte Unklarheit und Unsicherheit“, Abg. Bähr [Prot. S. 107]).

22) Mot. E III S. 227=Hahn S. 291/292 (ohne die Hervorhebungen des Originals).

Abs. 2 ZPO ist geradezu als prädestiniert dafür anzusehen, einzelne Begründungselemente trotz § 322 Abs. 1 ZPO rechtskräftig werden zu lassen. Die gesetzliche Umschreibung als „Rechtsverhältnis“ verdeckt diese Absicht heute. Dies freilich größtenteils deswegen, weil wir eine gewandelte oder vielleicht auch nur eine gefestigte Vorstellung davon haben, was wir unter einem „Rechtsverhältnis“ verstehen wollen. Der Begriff war damals eher neu und geht bezeichnenderweise auch auf von Savigny zurück,²³⁾ der ihn an die Spitze seines „Systems“ stellte und damit die herkömmliche Orientierung am subjektiven Recht etwas relativierte. Mit Bezug auf unsere Frage drückt sich von Savigny dann gleichwohl merkwürdig zweideutig aus. Denn im selben Atemzug²⁴⁾ heißt er sämtliche Vorfragen Rechtsverhältnisse und dann doch nur Elemente eines einzigen umfassenden Rechtsverhältnisses. Insofern bleibt der genaue Fixpunkt offen: Geht es hier um den übergreifenden Streitgegenstand? Oder geht es um verselbstständigte Subsumtionsschritte auf dem Weg zur Streitentscheidung? Die CPO-Verfasser meinten wohl das Erstere, von Savigny eher das Letztere. Denn er zielt auf die Entscheidungsgründe. Und ähnlich hätten sogar noch die BGB-Verfasser festgeschrieben: „Das rechtskräftige Urteil ist maßgebend für das *Rechtsverhältnis* [!] der Parteien“ (§ 191 Abs. 1 S. 1 E I).²⁵⁾

3. Die Vorteile dieses Ansatzes

Die Vorteile derart differenzierender Lösung, wie sie die ZPO vorgibt, liegen klar auf der Hand. Besonders zwei Punkte schlagen stark zu Buche. Zum einen ist das die Anknüpfung an den Parteiwillen und damit die Achtung der Dispositionsmaxime. So deuten es die Materialien an.²⁶⁾ Die Partei und ihr Antrag bestimmen, was genau verbindlich rechtskräftig entschieden werde. Nicht der erste Richter und sein Weg sind maßgeblich, und genausowenig ist die Sicht des zweiten Richters entscheidend, wenn auf ihn dann die Beantwortung der Vorfrage zukommt. Darüber befinden die Parteien – oder genau gesagt: eine Partei durch ihren Antrag. Dem Gegner ist dadurch bewußt gemacht, daß er hierüber zu streiten hat, wenn er keine Gefahr gehen möchte, künftig rechtskräftig! gebunden zu sein. Auf diese Weise scheint sichergestellt, daß niemand nachher eine böse Überraschung erlebt. Es ist aber gleichzeitig dem Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gedient. Dieses ist der zweite Punkt. Denn durch Parteiantrag und Urteilsformel erfolgt eine sichere Formalisierung als Grundlage für die

23) System I (1840) S. 6 ff.

24) System VI (1847) S. 358.

25) Mot. I S. 372. Der Satz wurde zwar von der 2. Kommission mit Rücksicht auf § 293 Abs. 1 CPO=§ 322 Abs. 1 ZPO als mißverständlich gestrichen, Prot. I S. 255, der Sache nach indes akzeptiert (Prot. I S. 254 [Mitte] zu Antrag 3b [“Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über das durch die Klage . . . zum Gegenstande des Rechtsstreits gemachte *Rechtsverhältnis* entschieden ist.“] mit Mot. I S. 371).

26) NE-Prot. S. 607 f. u. Mot. E I S. 313=Dahlmanns S. 569 bzw. Mot. E III S. 227=Hahn S. 291 mit S. 291/292. Siehe zudem RGZ 13, 384, 385 f. (Grundlagen) bzw. S. 386 f. (Einzelfall).

Rechtskraft. Spätere Auslegungszweifel werden gleich zu Anfang auf jene Weise vermieden bzw. im Keim erstickt. Es ist klar worüber und wie weit prozessiert und entschieden wurde. Als sozusagen nützlicher Nebeneffekt bleiben Fehler auf ihr Umfeld beschränkt und können keinerlei „Folgeschäden“ anrichten, während nichts eine Partei hindert, ihre Rechte im Urteil festschreiben zu lassen, wenn sie eine solche „Bestandsgarantie“ wollte. Nur was „im Spiel ist“, steht auch „auf dem Spiel“.

III. Das ausländische Prozeßrecht

Wie lösen unsere Nachbarn dieses Problem? Der deutschen Sichtweise verhaftet sind weithin auch Österreich und die Schweiz. Österreich bestimmt die objektive Reichweite der Rechtskraft (§ 411 Abs. 1 S. 1 öZPO) ganz ähnlich restriktiv²⁷⁾ und kennt als Ausgleich gleichfalls den Zwischenantrag auf Feststellung (§ 236 Abs. 1 öZPO für den Kläger bzw. § 259 Abs. 2 öZPO), der allerdings für „Rechte oder Rechtsverhältnisse“ zugelassen ist. Die Nennung der „Rechte“ sei indes unnötig und bereits vom „Rechtsverhältnis“ mit gedeckt,²⁸⁾ so daß kein reeller Unterschied zu Deutschland besteht. Für die Schweiz gilt weithin dasselbe: rechtskraftfähig sei allein die Formel.²⁹⁾ Obwohl sich im Rahmen des Bundeszivilprozesses allein eine *separate* Feststellungsklage normiert findet (Art. 25 BZPO), verweist die kantonale Handhabung ebenfalls auf den *inzidenten* Feststellungsantrag,³⁰⁾ um Lücken zu füllen. Schließlich folgt auch Japan³¹⁾ dieser Lösung, d.h. dem Wechselspiel von beschränkter Rechtskraft (Art. 199 Abs. 1 jZPO allein der Tenor, nicht die Gründe) und zusätzlicher Feststellung (Art. 234 jZPO).

Ansonsten steht allerdings das deutsche Modell etwas einsam da. Sowohl die romanische wie auch die anglo-amerikanische Rechtsfamilie sieht die Dinge anders. Hierzu sei zunächst ein Blick über die Grenze auf das Recht Frankreichs und Englands geworfen³²⁾ und sodann die Handhabung des Streitgegenstandsbegriffs durch den EuGH

27) OGH SZ 25 (1952) Nr. 121; JBl 1984, 489; Fasching § 411 öZPO Bem. 25 f. (III S. 711 f.) bzw. ZPR (2. Aufl. 1990) Rn. 1520 f. mit Rn. 1523 bzw.; Rechberger/Simotta ZPR (5. Aufl. 2000) Rn. 791 f. bzw. Rechberger § 411 öZPO Rn. 6, 10; Kralik, Die Vorfrage im Verfahrensrecht (1953), S. 112 ff., 114 mit Fn. 5 u. S. 117, 120 f.

28) Fasching § 236 öZP Bem. 4 [III S. 133] mit § 228 öZPO Bem. 18 (III S. 60) bzw. ZPR (2. Aufl. 1990) Rn. 1089; ähnlich Rechberger/Simotta ZPR (5. Aufl. 2000) Rn. 421 [3] bzw. Rechberger/Frauenberger § 236 öZPO Rn. 3 mit § 228 öZPO Rn. 4; Kralik, a.a.O. (Fn. 27), S. 113 mit S. 53 f.

29) BGE 106 II (1980) Nr. 22, S. 117, 118 ferner: Habscheid Rn. 621; Walder-Richli (4. Aufl. 1996) Rn. 26. 19 f. mit Rn. 26. 41; Vogel/Spühler ZPR (7. Aufl. 2001) Rn. 8. 71.

30) Angedeutet bei BGE 84 II (1958) Nr. 90, S. 685, 692 ferner: Habscheid Rn. 434.

31) Koshiyama, Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht (1996), S. 19 mit S. 51 f., 53, 91 wegen abweichender Lehrmeinungen siehe S. 68 ff. mit S. 91 f.

32) Grundlegend insoweit immer noch Millar Mich. L. R. 39 (1940/41), 1 ff. u. 238 ff. Aus deutscher Sicht: Habscheid FS Fragistas (1966) I S. 529 ff.; Ritter ZZP 87 (1974), 138 ff.; Zeuner FS Zweigert (1981) S. 603 ff.; Spellenberg FS Henckel (1995) S. 841 ff.; Stürner FS Schutze (1999) S. 913 ff.

betrachtet.

1. Frankreich

Die französische Rechtslage scheint durch art. 480 Abs. 1 mit art. 455 Abs. 2 n.c.p.c. nunmehr klargelegt. Danach erwächst in Rechtskraft die Entscheidung der Hauptsache („tout ou partie du principal“), wie sie der Tenor ausdrückt, zumal jener auch dafür extra vorgesehen ist (art. 455 Abs. 2: „sous forme de dispositif“) oder anders formuliert: rechtskraftfähig ist das *dispositif*, nicht rechtskraftfähig sind die *motifs*. Das klingt wie unser § 322 Abs. 1 ZPO und man möchte meinen, damit sei *gegen* eine Beteiligung der Urteilsgründe an der Rechtskraft entschieden. Jedoch bleibt vieles weiterhin unklar. Allmählich erledigt³³⁾ hat sich wohl die Praxis der sog. *motifs décisives*, die man als ein „irrtümlich plaziertes dispositif“ bezeichnen könnte, dem trotzdem die Rechtskraft erhalten werden sollte. Dies interessiert hier nicht weiter. Wichtig für uns ist die klassische und beständige Ausnahme,³⁴⁾ die auch die sog. *motifs décisifs* der Rechtskraft teilhaftig werden läßt. Mag auch jüngst doch die gesetzestreue Lesart offensichtlich verstärkt Oberhand gewinnen, so bleibt doch weites Feld für bloß „implicitement“ oder „virtuellement“ (mit-)entschiedene Streitfragen. Gemeint ist hiermit stets dasselbe: die notwendige Unterlage („soutien nécessaire“) für die Entscheidung, das was denkgesetzlich implizit mitentschieden werden mußte für den konkreten Ausspruch, wie ihn das *dispositif* formuliert. An sich entgegen dem Wortlaut des art. 480 Abs. 1 n.c.p.c. („tout autre incident“) nehmen zumindest die tragenden Gründe ebenfalls an der Rechtskraft teil.

Die Unterscheidung von *dispositif* und *motif*, so präzise sie anfangs klingt, verschwimmt zusehends, sie ist wie selbst französische Autoren eingestehen³⁵⁾ „loin d'être exacte“ und hierbei auch äußerst durchlässig. Der formal vorgegebene Aufbau nützt wenig, wenn man jene tragenden Präjudizialpunkte abgeklärt sehen möchte. Dies ist mehr als eine simple Auslegung des Tenors aus den Gründen, die weniger Bedenken macht und auch uns vor allem bei einer Klagabweisung geläufig ist. Hier ist eine komplexe und letztthin im Ergebnis oft offene Nachvollziehung des Subsumtionsakts aus dem Ersturteil erforderlich, die der wertenden Einschätzung des zweiten Richters viel ja m.E. zu viel!

Spielraum läßt. Solche „décisions implicites“ setzen allerdings nach wohl h.M.³⁶⁾ voraus,

33) Normand RTD civ. 1988, 386 ff.: arg. art. 455 Abs. 2 n.c.p.c. skeptischer noch die Einschätzung von Perrot I (1977) S. 654 u. Stürner FS Schütze (1999) S. 913, 926 f.. Nachw. bei Perrot/Fricero Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 113 mit Nr. 118 f.

34) Nachw. bei Perrot/Fricero Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 114 mit Nr. 118 f. u. Planiol/Ripert/Gabot de VII (2. Aufl. 1954) S. 1020/1021. Siehe ferner Stürner FS Schütze (1999) S. 913, 927 f. m.w.N.

35) Perrot I (1977) S. 653.

36) So auch die Einschätzung bei Spellenberg FS Henckel (1995) S. 841, 860 a.E. u. Ritter ZZP 87 (1974), 138, 152 f., vgl. insbes C. Cass. Bull. civ. 1988 I Nr. 188 offen indes Perrot/Fricero Jur. Class. artt. 1349-1353 Fasc. 2 Nr. 125 a.E.

daß die Frage in der Verhandlung überhaupt angesprochen wurde („conception restrictive“) und in den Prozeß Eingang gefunden hat. Und : Natürlich müssen dann später *objet* und *cause* (art. 1351 c.c.) identisch sein, was bei der relativ engen Fassung des französischen Streitgegenstandes eine zusätzliche wirksame Eingrenzung bedeuten kann. Von jeher nehmen somit präjudizielle Rechtsverhältnisse aber nicht etwa Tatsachenfeststellungen an der Rechtskraftwirkung teil.

Zur Verdeutlichung: Ist also etwa bei einer Teilklage über den Anspruchsgrund gestritten worden, wirkt das Urteil Rechtskraft für die Restklage. War indes bei einer Schadensersatzklage das Verschulden umstritten, kann der anfangs auf Delikt gestützte Anspruch aus Vertrag erneut eingeklagt werden („non cumul“), und dabei ist keine Bindungswirkung anzunehmen.

2. England

Noch eine Stufe weiter geht die englische Rechtspraxis. Sie mißt der Rechtskraft eine weit größere Bedeutung und Tragweite zu, als wir das gewohnt sind. Die Rechtskraftwirkung beruht jedoch weniger auf der Autorität der gerichtlichen Entscheidung als auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens („*estoppel*“). Eine Partei darf sich nicht mit ihrem eigenen Prozeßverhalten in Widerspruch setzen, tut sie es, fände sie damit kein Gehör und wäre quasi präkludiert („*estopped*“).³⁷⁾ Der Begriff leitet sich vom Lateinischen „stuppa“ ab, was wörtlich Werg oder Hanf bedeutet und übertragen vielleicht als „Fessel“ übersetzbar ist. Das bringt die Bindung zum Ausdruck. Die *estoppel*-Lehre zählt jener Wurzel wegen allerdings eher zum Beweisrecht (*law of evidence*), jedenfalls mit ihrem einen Arm, auf den es uns ankommt. Denn die zwei Wirkungen der Rechtskraft erkennt man genauso in England und unterscheidet den „Anspruchs-*Estoppel*“ (*cause of action estoppel*) mit völliger Sperrwirkung für Zweitprozesse vom „Streitpunkte-*Estoppel*“ (*issue estoppel*). Hiernach wird jedweder rechtliche oder auch tatsächliche Streitpunkt erfaßt und in dem Folgeprozeß vorausgesetzt. Es darf um einen Punkt immer nur ein Mal gestritten werden, wobei der weite englische Streitgegenstand die Frage zusätzlich verschärft.

Wiederum ein Beispiel zur Verdeutlichung: Eine Schadensersatzklage muß den gesamten Schaden erfassen, ohne daß hier die Möglichkeit einer Teilklage („splitting“) oder einer Nachforderung besteht. Allerdings sollen Personen- und Sachschaden nach englischem Recht³⁸⁾ mehrere „causes of action“ darstellen, die dann auch mehrere Prozesse gestatten.

So haben sämtliche präjudiziellen Vorfragen ohne weiteres an der Rechtskraft teil. Diese Aussage bedarf indes noch einer Präzisierung. Ganz wie in Frankreich geht es hier

37) Anders bereits in Amerika : collateral estoppel bzw. issue preclusion als eigenes *prozessuales* Prinzip, vgl. Koshiyama, a.a.O. Fn. 31), S. 37 f. dort S. 39 ff. auch neuere Darstellung der US-Eigenheiten.

38) *Brunsdon v. Humphrey* [1884] 14 Q. B. D. 141 anders indes in den USA.

nur um die *tragenden* Gründe, die *ratio decidendi*, die sachlogisch und denknotwendig erforderlichen Schritte hin zum Urteilstenor.³⁹⁾ Nebenbei angeführte *überschießende* Gründe („collateral issues“) werden nicht erfaßt, wohl aber nicht erwähnte und dennoch tragende *implizite* Gründe.⁴⁰⁾ Hier werden dann einmal jene *issues* präkludiert, die man bei ordnungsgemäßem Prozessieren hätte vortragen müssen, und andererseits die *issues* präjudiziert, die der Richter an sich zu entscheiden gehabt hat. Darüber mag die Aktenlage (*pleadings*) oder sogar auch Zeugenbeweis (*evidence*) Auskunft geben. Die genetische Verknüpfung des *estoppel* mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* wirkt heute noch nach und erlaubt eine gewisse subjektive Wertung: hat die Partei früher eine faire und volle Prozeßchance gehabt? so kann man die Kernfrage formulieren. Demgemäß haben Versäumnisurteile nur Anspruchs- und keinen Streitpunkte-Estoppel zur Folge, und auch das Verschulden spielt häufig eine große Rolle. Wieder kommt alles darauf an, ob das Gericht des Zweitprozesses einer „engen“ oder „weiten“ Sicht eher Vorzug gibt⁴¹⁾ bzw. wie der zweite Richter versteht, was der erste Richter judiziert hat.

3. Die Sichtweise des EuGH

Auch der EuGH scheint einer Rechtskrafterstreckung auf tragende Entscheidungsgründe zuzuneigen. Er hat dies angedeutet in dem allerdings etwas anderem Zusammenhang der Sperrwirkung der Rechtshängigkeit (Art. 21 Abs. 1 EuGVÜ) und auch des Anerkennungshindernisses (Art. 27 Nrn. 3 u. 5 EuGVÜ).

Gemäß Art. 21 Abs. 1 EuGVÜ greift die von Amts wegen zu beachtende Rechtshängigkeit bei „Klagen wegen desselben Anspruchs“ ein. Hier hat der EuGH eine autonome Interpretation vorgenommen und damit die „Verengung auf die nationale Schnittmenge“ vermieden. Wegweisend ist Gubisch gegen Palumbo.⁴²⁾ Gubisch hatte in

39) Bower/Turner (2. Aufl. 1969) Nr. 192: „its essential foundation, without which it could not stand“.

R. v. Harington, Middle Quarter (Inhabitants) [1855] 4 E. & B. 780, 794 ff.=E.R. 119, 288: „necessary steps to the decision . . .“ which „. . . are so cardinal to it that, without them, it cannot stand“.

Halsburys Laws XVI Nr. 977: „which came directly (not collaterally or incidentally) in issue . . .“.

40) Näher Bower/Turner (2. Aufl. 1969) Nrn. 197 ff.; Ritter ZZP 87 (1974), 138, 170-172; Zeuner FS Zweigert (1981) S. 603, 606 f.; Spellenberg FS Henckel (1995) S. 841, 847 ff.; Stürner FS Schütze (1999) S. 913, 921 f. Leading case hierbei: *Henderson v. Henderson* [1843] 3 Hare 100, 114 f.

41) Dabei kann sogar u.U. die Rechtskraft über die Parteigrenze hinaus wirken, *North West Water Ltd. v. Binnie & Partners* [1990] 3 All E.R. 547, 552, 558 ff. m.w.N. wo dann jedoch „abuse of process“ angenommen wird.

42) Slg. 1987, 4861=NJW 1989, 665, zust. Schack IPRax 1989, 139 ff. [II] krit. M. Wolf FS Schwab (1990), 561, 562 ff. u. Pfeiffer Jb. JZW 1991, 71, 84 f. Eher skeptisch aber Leopold in: Kroeschell/Cordes (1995) S. 67, 72 ff.: Abkoppelung der Rechtskraft (?).

Bestätigend jüngst EuGH JZ 1995, 616, 618 (The Taty/The Maciej Ratay), dazu P. Huber JZ 1995, 603 ff. [I] u. Chr. Wolf EuZW 1995, 365 f. [III], wo jedoch eine *global* gehaltene und *vorher* erhobene negative Feststellungsklage und mithin daß Subsidiaritätsprinzip in Frage stand! Genauso übrigens bereits OLG München EuZW 1994, 511. OLG Koblenz EuZW 1991, 158, 159 f. fällt hingegen unter § 322 Abs. 2 ZPO.

Deutschland auf Kaufpreiszahlung geklagt, Palumbo später in Italien auf Feststellung, ein Kaufvertrag sei nicht zustande gekommen, hilfsweise nichtig, höchst-hilfsweise aufzuheben. Der EuGH ließ hier den Rechtshängigkeitseinwand gelten, weil *Kernpunkt* beider Prozesse die Wirksamkeit des Kaufvertrags sei (Nr. 16). Nach deutschem Recht hätte anders entschieden werden müssen, denn die Zahlungsklage wirkt weder Rechtskraft für das Bestehen des Kaufvertrages noch würde die h.M. eine ausdrückliche separate Feststellung der Willenseinigung oder Nichtigkeit zulassen, was allerdings die italienische Prozeßordnung nach Art. 34 c.p.c. gestattet. Man muß Gubisch ./ Palumbo mithin so deuten, daß in dem ersten Verfahren, der Klage auf Kaufpreiszahlung, nach EuGH-Ansicht eine Rechtskraftwirkung bis auf die tragenden Gründe eingreift,⁴³⁾ wie dies mindestens traditionell etwa dem französischen Recht entspricht. Das auch darum, weil sich der EuGH hier sehr maßgeblich auf den französischen Wortlaut stützt. Obwohl alle beiden beteiligten Rechtsordnungen (die deutsche und die italienische) ausnahmsweise möchte man beinah hinzufügen die klärende Zwischenfeststellung eröffnen (§ 256 Abs. 2 ZPO bzw. art. 34 c.p.c.), wird der Begriffsinhalt äußerst konsequent „autonom“ bestimmt.

Selbst auf dem Gebiet des europäischen Prozeßrechts steht unsere deutsche Lösung mithin relativ einsam da. Dabei soll einmal ganz davon abgesehen werden, ob die Lehre von der Wirkungserstreckung oder die Kumulationstheorie bei Art. 26 Abs. 1 EuGVÜ richtiger erscheint.

4. Die Nachteile jenes Ansatzes

Auf der Haben-Seite einer solch globalen Sicht steht natürlich das Verdienst, den Streit umfassend und endgültig, sozusagen „in einem Aufwasch“ erledigt zu bekommen. Der Zweitrichter muß sich keine Gedanken mehr dazu machen, wie die (Vor-) Frage konkret zu entscheiden ist. Aber: Der Zweitrichter wird sich um so mehr Gedanken dazu machen müssen, ob die (Vor-) Frage bereits bindend entschieden war. Der Streit ist lediglich quasi nach vorne verlagert. Dabei scheint allemal offen, welche Lösung von der Prozeßökonomie her besehen die sachgerechtere ist. Parteidisposition ist zwar unter englischem und französischem Recht ähnlich denkbar, indem anlässlich der *issue-pleadings* bzw. *conclusions* konkrete Punkte in Streit gestellt werden aber das klar formalisierte Fundament fehlt. So mag etwa die *Formel* Entscheidungen bergen, die nicht rechtskräftig wären, und anders herum könnten die *Gründe* rechtskräftig Aussagen festschreiben. Der Streit der Parteien wird mithin regelmäßig später darum gehen, wie weit die Rechtskraft reicht. Daß hier die deutsche Regelung deutlich überlegen ist, haben auch schon anglo-amerikanische Beobachter freimütig zugestanden.⁴⁴⁾ Dadurch, daß dort die Rechts-

43) So auch die Deutung bei M. Koch, *Unvereinbare Entscheidungen...* (1993), S. 161.

Zur Problemlage bei Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ vgl. Martiny Hdb. IZVR III/2 Kap. II Rn. 138 f.

44) Millar Mich. L. R. 39 (1940/41), 238, 262 f.

kraftwirkung insgesamt frei verfügbar ist, wird sicherlich kein passender Ausgleich eröffnet.

IV. Die Gegenargumente

Drängt sich danach geradewegs die Gestattung von Zwischenfeststellungsklagen auch über streitige Vorfragen auf, so fragt sich jetzt noch, ob die viel beschworene einhellige Auffassung,⁴⁵⁾ die dies nicht zugesteht, überhaupt plausible Argumente für sich ins Treffen führen kann.

1. Der Gedanke der Prozeßökonomie

Man hört meist, der Zweck dieser Beschränkung liege insbesondere darin, einer Prozeßvermehrung entgegenzuwirken.⁴⁶⁾ Hiermit können zwei Dinge gemeint sein, das könnte heißen, die *Gerichte* müßten vor doppelter Inanspruchnahme geschützt werden, oder andererseits auch, man müsse den *Beklagten* gegen übermäßige Belastung absichern. Beides vermag allerdings kaum zu überzeugen.

a) Rechtsverhältnis und Rechtsschutzbedürfnis

Der erste Punkt, das unnötige, voreilige Befassen des Gerichts mit dem Streit, das auf ein sozusagen „scheibchenweises“ Prozedere hinausläuft, mag im Kern ein durchaus relevantes Argument enthalten nur: es ist hier gänzlich falsch plaziert. Solche Erwägungen müssen (und dürfen) beim Rechtsschutzbedürfnis bzw. bei dem insoweit besonders normierten Feststellungsinteresse untergebracht werden, sie haben jedoch nichts mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Rechtsverhältnis“ zu schaffen. Wenn man hier dem Kläger die (positive !) selbständige Feststellungsklage verwehrt,⁴⁷⁾ weil er schon eine Klage auf Leistung erheben und also den weitergehenden Rechtsschutz verfolgen kann

Gedanke oder Prinzip der Subsidiarität, dann ist dies nur so lang und so weit überzeugend, als jeweils dieselbe Klärung erfolgt. Über das „nackte“ Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches erhält man sicher auch auf eine Leistungsklage hin eine der Rechtskraft fähige Feststellung und eben *dazu* noch den vollstreckbaren Leistungsbefehl.

Über einzelne Schritte wird dabei aber keine Aussage getroffen und deshalb kann hier

45) Gewisse Skepsis nur bei Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts (1970), § 38 II 2, S. 320 mit § 46 ArbGG Rn. 17 u. Trzaskalik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage (1978), S. 130 ff., insbes. S. 134, 146, 150.

So wie hier letztens aber lediglich ganz beiläufig Schilken JZ 2001, 199, 200/201 unter freilich falscher Prämisse einer *selbständigen* Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO). Sie aber wurde gerade nicht dazu „statuiert“, über eine Vorfrage zu befinden.

46) So jüngst erst wieder BGH NJW 1995, 1097 [1]. (Wertmodus für die Berechnung eines Ausgleichsanspruchs). Ähnlich: BGH VersR 1975, 440, 441 a.E.; RG LZ 210, 211 a.E. („[un-]zulässig, in dieser Weise den Streit über ein Rechtsverhältnis zu zerreißen“).

47) Und genauso die (negative !) Feststellungsklage, sobald der Gegner seine Leistungsklage nicht mehr einseitig zurücknehmen kann.

niemals von Subsidiarität die Rede sein, zumal ja dafür gar keine Alternative offen steht. Das zeigt auch schon die gegenüber Abs. 1 abgeschwächte Voraussetzung des Feststellungsinteresses für die Zwischenfeststellungsklage in Abs. 2: insoweit genügen schlicht Bestrittenheit und Vorgeiflichkeit des Rechtsverhältnisses. Gerade mit Blick auf die *inzidente* Feststellungsklage führt sich jener Einwand vermeidbarer richterlicher Lasten geradezu von selbst ad absurdum. Die Vorfrage muß schließlich so oder so beantwortet werden, damit hier zur Leistungspflicht entschieden werden kann. Es geht ja allein um eine ohnedies notwendige Feststellung, die sozusagen bei Gelegenheit des Rechtsstreits ohne weitere Mühe naheliegend *rechtskräftig* miterledigt wird. Dies versteht sich seinerseits voll und ganz als Beitrag zur Prozeßökonomie. Die frühzeitige Feststellung hilft dazu mit, Folgeprozesse zu vermeiden oder wenigstens doch zu entlasten.

b) Feststellungswirkung und Beklagtenschutz

Die Restriktion könnte jedoch als ein sinnvoller Beklagtenschutz berechtigt sein. Andererseits streiten beide Parteien ja bereits. Und es ist festzuhalten, daß durch Klage und Widerklage beide (!) Teile gleiche Rechte haben und gleiche Risiken gehen, also weithin Waffenparität besteht. Das Bild des übermäßig vom Gläubiger „traktierten“ Schuldners, dem man schützend beistehen müsse, ist also im Ansatz schon schief und irreführend. Sogar bei einer *selbstständigen* Feststellungsklage hat es der Gegner mit § 93 ZPO übrigens in der Hand, eine mögliche Kostenlast abzuwälzen, bei unserer *inzidenten* Feststellungsklage ist von vornherein ein streitiges Rechtsverhältnis erfordert. Ängste sind also völlig unangebracht schon deshalb, weil man hier die Streitwertbestimmung relativ flexibel handhaben wird. Auch sonst kann jener Einwand nicht überzeugen. Denn man läßt das *quantitative* Pendant in Gestalt der Teilklage⁴⁸⁾ ja ebenfalls nicht scheitern, nur weil der Schuldner womöglich ein zweites Mal angegangen werden kann und für ihn dadurch u.U. per saldo nun eine erhöhte Kostenlast entsteht. Dieselben Argumente gelten hier dann erst recht, wo es um eine *qualitative* Aufspaltung mit Blick auf eine möglichst endgültige Bereinigung geht.

2. Weitere mögliche Einwände

Der Gedanke der Prozeßökonomie hat gerade bei § 256 Abs. 2 ZPO eine eigene Note erfahren. Das Gericht ist über die „Vorgeiflichkeit“ gesichert, die Parteien sind aufgrund des „Bestrittenseins“ in schutzbedürftiger Lage. Darum schadet nicht, wenn man dann das Merkmal „Rechtsverhältnis“ insoweit großzügig handhabt. Bei einer *selbstständigen* Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO mögen härtere Kriterien gelten, die *inzidente* Feststellungsklage sollte weitherzig zugelassen werden. Ja man wird konsequenterweise dann ebenso gestatten, daß eine Klage nach Abs. 1 mittels Abs. 2 des § 256 ZPO

48) Vgl. insoweit nur RGZ 68, 266, 271; BGHZ 85, 367, 373 (Teilklage) bzw. RGZ 149, 96, 98; BGHZ 46, 242, 244 (Teilabtretung). Zur Reichweite der Rechtskraft bei Teilklagen BGHZ 85, 367, 373/374; NJW 1985, 2825, 2826; NJW-RR 1987, 525, 526.

„materiell feiner angefärbt“ wird.

Doch seien noch einige weitere Einwände wenigstens kurz widerlegt.

a) So wird gesagt, die Erstattung von Rechtsgutachten sei keine Gerichtsaufgabe.⁴⁹⁾ Das scheint zweifellos richtig. Darum würde die Klage auf Beantwortung irgendwelcher Rechtsfragen sozusagen „auf Vorrat“ gewiß unstatthaft sein. Der Vorhalt zielt richtig auf die Abgrenzung von abstraktem und konkretem bzw. gegenwärtigem und künftigem Rechtsverhältnis. Bestehen bereits jetzt Zweifel, wie eine *vorhandene* Rechtsbeziehung auszulegen ist, kann dieser Einwand nichts mehr ausrichten.

b) Man kann sich auch nicht darauf zurückziehen, dadurch würde ein prozeßrechtliches Institut mit materiellrechtlichen Vorgaben unzulässig überfremdet.⁵⁰⁾ Das möchte als halbwegs plausibel erscheinen, wenn für eine Feststellungsfähigkeit reiner Tatsachen, etwa die Unwahrheit einer Behauptung, geworben wird.⁵¹⁾ Denn insoweit wäre der normierte Rahmen verlassen. Uns geht es aber nur darum, diesen Rahmen voll zu nutzen. Es geht anders gesagt einzig um systemkonforme Gesetzesauslegung.

c) Ernstere Bedenken bereitet nun aber die Erwägung, diese Gestaltung könne auf eine Art „verkaptetes Zwischenurteil“ hinauslaufen.⁵²⁾ Ein Urteil dieser Art sieht das Gesetz über die Zulässigkeit der Klage (§ 280 ZPO), über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO) oder allgemein über eine *prozessuale* Vorfrage (§ 303 ZPO) vor. Nicht hierher gehört der Streit über einzelne *materielle* Elemente der Begründetheit.⁵³⁾ Für eben diese Frage regelt indes jetzt aber § 256 Abs. 2 ZPO die Zulässigkeit der Entscheidung, was eher auf eine Art „zwingendes Teilurteil“ (§ 301 ZPO) hinausläuft.⁵⁴⁾

d) Schließlich wäre prüfenswert,⁵⁵⁾ ob man nicht die Vorfragenkompetenz des Zweitrichters unzulässig beschneidet. Dieser entscheidet präjudizielle Vorfragen üblicherweise ja ganz in eigener Kompetenz. Freilich gibt es nicht so etwas wie ein richterliches „Recht auf volle Tätigkeit“. Der Richter muß sich den Zuständigkeits- und Verfahrensregeln und eben auch der Rechtskraft fügen. Damit ist diese Frage für ihn endgültig abgeklärt. Vom Zweitprozeß her kann man hier nicht argumentieren.

3. Das Streben nach Gleichklang

Zum Schluß die „Gretchenfrage“: Hat aber diese Lösung nicht einen großen

49) BGH NJW 1995, 1097.

50) BGH NJW 1995, 1097; MünchKomm/Lüke § 256 Rn. 22 a.E. (zur Feststellung „abstrakter“ Rechtsfragen).

51) Allein jenen Fall hatte BGHZ 68, 331, 334 [II 3a] im Auge.

52) RG HRR 1935 Nr. 813 a.E. aber: RGZ 126, 234, 236 a.E.!

53) BGHZ 8, 383, 384 mit S. 384/385 (Sachbefugnis); BGHZ 72, 34, 38 (einzelne Anspruchsgrundlage). Ausnahme: § 304 ZPO, der quasi „amtswegige“ Zwischenfeststellungsurteile gestattet.

54) So hier erfreulich klar BGH NJW 1994, 1651, 1652 [I].

55) Dazu auch Trzaskalik, a.a.O. (Fn. 45), S. 149 f., der mit anderer Begründung zum nämlichen Resultat gelangt.

„Schönheitsfehler“? Es könnte so aussehen, als treibe sie ohne Not einen Keil zwischen die beiden Absätze des § 256 ZPO und damit zwischen beide Erscheinungsformen der Feststellungsklage. Ist nicht der systematisch enge Zusammenhalt zwischen separater und inzidenter Feststellungsklage empfindlich gestört, wenn man hier das Merkmal „Rechtsverhältnis“ in Abs. 1 und Abs. 2 jeweils verschieden auslegt? Andererseits wäre gegenzufragen, ob denn nicht eher unsere großzügige Lesart von Abs. 2 auf Abs. 1 „zurückschlagen“ müßte. Immerhin wird ja etwa im Arbeits- und Sozialgerichtsprozeß mindestens ausnahmsweise wenigstens die Möglichkeit zum sog. „Elementestreit“ zugestanden,⁵⁶⁾ wenn und weil durch die gerichtliche Entscheidung eine abschließend Klärung herbeigeführt werden kann. Insoweit bekennt etwa daß Bundesarbeitsgericht⁵⁷⁾ freimütig: „Die Isolierung der Teilbeziehung macht es möglich, hinsichtlich dieser Teilfrage ein für allemal Rechtsfrieden zu schaffen.“ Dies muß ohne weiteres auch auf § 256 Abs. 1 ZPO zurückwirken, da ja § 46 Abs. 1 S. 1 ArbGG insoweit schlicht als Verweisung konzipiert ist.

So weit muß man aber nicht einmal gehen. Denn bereits die Prämisse ist äußerst fragwürdig. Abs. 1 und Abs. 2 des § 256 ZPO werden nämlich zu Unrecht als „eineiige Zwillinge“ angesehen sie sind indes allenfalls „ungleiche Brüder“, die sehr spät erst und gewiß ohne einen aussagetüchtigen Hintergedanken zusammengefunden haben. Beide Regeln waren anfangs vollkommen separat angeordnet, Abs. 1 in § 231 CPO bzw. § 256 ZPO, Abs. 2 in § 253 CPO bzw. § 280 ZPO, und erst die Vereinfachungsnovelle hat sie mit Wirkung vom 01. 07. 1977 zusammengeführt. Dies aus dem ganz profanen Grund, Platz für die Einfügung der neuen Konzentrationsvorschriften zu gewinnen.⁵⁸⁾ Der Schein enger Systemverwandtschaft trägt mithin. Nahezu ein ganzes Jahrhundert hatten zuvor beide Normen getrennt voneinander gewirkt. Dann muß aber die Ergänzungsfunktion zur Rechtskraftwirkung den Ausschlag geben, auf welche die Zwischenfeststellungsklage vom Gesetzgeber ursprünglich zugeschnitten war. In wahrer systematischer Wechselwirkung stehen lediglich § 322 Abs. 1 und § 256 Abs. 2 ZPO. Das gibt den Weg frei für eine differenzierte Interpretation des Merkmals „Rechtsverhältnis“.

V. Ergebnisse

Der Begriff des „Rechtsverhältnisses“ ist keineswegs ganz festgefügt. Er kann dreierlei bedeuten⁵⁹⁾: Rechtsfigur, Gesamt- oder Einzelbeziehung. Die erste Deutung meint den

56) BAG AP NR 111 zu § 242 BGB Ruhegehalt ; letztens BAG AP Nr. 20 zu § 7 BetrAVG m.w.N. BSG 31, 240; 43, 137 (Zulässigkeit) einerseits BSG 4, 184, 37, 247 (Ausnahmefall) andererseits.

57) U. v. 18. 11. 1968-3 AZR 255/67, NJW 1969, 680.

58) Amtl. Begr. (BT-Drucks. 7/2729) S. 66 zu Art. 1 Nr. 19.

59) Larenz/Wolf (8. Aufl. 1997) AT § 13, Rn. 13. 1 ff. mit Rn. 13. 24 ff.: Grundverhältnis, Gefüge, Befugnis.

abstrakten Tatbestand und scheidet deswegen aus. Unwillkürlich bejaht man wohl die zweite Definition, wie daß bei § 29 Abs. 1 ZPO gegenwärtig noch durchklingt: „Streitigkeiten aus einem *Vertragsverhältnis* oder über dessen Bestehen . . .“. Dieses hat die Praxis anfangs auch gemeint und demgemäß nur Rechtsverhältnisse als feststellungsfähig angesehen, wenn ihnen auch ein Leistungsanspruch⁶⁰⁾ oder zumindest ein sonstiges subjektives Recht⁶¹⁾ als denkbare Einzelbeziehung zugrunde lag. Heute sind indes (Zwischen-) Feststellungsklagen über einzelne materielle Ansprüche⁶²⁾ sowie Gestaltungs-,⁶³⁾ Mitglieds-⁶⁴⁾ oder Einrederechte⁶⁵⁾ etc. und selbst die Forderungszuständigkeit⁶⁶⁾ ohne Bedenken zulässig. Damit ist die weite Deutung hinfällig und die Einzelbeziehung maßgebend. Der Begriff „Rechtsverhältnis“ erscheint hierfür beweglich genug, und er ist dabei relativ offen. So gibt ja etwa das BGB dem Schuldverhältnis durch § 241 Abs. 1 S. 1 BGB einen ganz engen Sinn: das Recht, „. . . von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“ und dennoch hält niemand das übergreifende Schuldverhältnis für entbehrlich.

Nur jene Sicht entspricht der zweckgetreu fortgedachten Vorstellung des historischen Gesetzgebers vom Umfang der Rechtskraft. Er meinte die Rechtsbeziehung,⁶⁷⁾ Rechtsfolge oder eben Vorfrage. Das bewahrt nicht zuletzt ein gemeinsames europäisches Verständnis und bringt uns Deutsche unseren Nachbarn wieder ein gutes Stück weit näher. Als Ergebnis möchte ich hierzu noch einmal in Thesen festhalten:

Enneccerus/Nipperdey I § 71, S. 427f.: Rechtsinstitut, zusammengesetzte und einfache Rechtsverhältnisse.

Der Sache nach letztlich auch Esser (2. Aufl. 1960) § 25 [1/2], S. 77 f.: „zweckbedingtes soziales Band“.

Hellwig (1900) S. 41 blendet den ersten Gehalt aus und kennt daher (nur): Gesamt- und Einzelschuldverhältnisse.

Esser (2. Aufl. 1960) § 25 [1/2], S. 77 f.: zweckbedingtes soziales Band.

60) Dies meinte wohl schon RGZ 10, 413, 414 ferner auch RG Recht 1902, 206 anders dann RGZ 74, 292, 294 a.E.

61) RGZ 107, 303, 305 (unter anderem Blickwinkel: eventuelles Feststellungsinteresse für vergangenes Rechtsverhältnis?).

62) RGZ 126, 234, 237; BGH NJW 1984, 1556 [II 1a]; BGHZ 109, 275, 276=JZ 1990, 392 m. Anm. Brehm=RPfleger 1990, 246 m. Anm. Münch=ZZP 103 (1990), 355 m. Anm. Smid; BAG NJW 1985, 220, 221; Jauernig ZPR (27. Aufl. 2002) § 34 II 2, S. 139.

63) BGHZ 109, 306, 312 u. RGZ 92, 1, 6/7 (Pflichtteilsentziehungsrecht); RG JW 1938, 1188 u. OLG Hamm NJW 1981, 2473, 2774 (Kündigungsrecht); Hellwig (1900) S. 2 f.; Stein/Jonas/Schumann § 256 Rn. 24.

Hier steht aber stets noch die Frage des Feststellungsinteresses bzw. Rechtsschutzbedürfnisses noch im Raum! (MünchKomm/Lüke § 256 Rn. 15).

64) Z.B. RGZ 122, 266, 269 a. E mit RG JW 1914, 460 (Ungültigkeit eines Vereinsausschlusses) hierzu auch Zeuner FS Schumann (2001) S. 595, 599 m.w.N.; anders dazu jedoch OGH JBl 1997, 453.

65) RGZ 74, 292, 294 (Mängelerrede); OLG Hamm NJW 1981, 2473, 2474; Stein/Jonas/Schumann § 256 Rn. 24 (Leistungsverweigerung); MünchKomm/Lüke § 256 Rn. 15.

66) Auf Aktivseite (BGH NJW-RR 1992, 252, 253; 1987, 1439, 1440 [2] u. RGZ 98, 143, 145; 41, 345, 347) wie Passivseite (BGHZ 123, 44, 48 f.).

67) Anders hier jedoch RGZ 158, 164, 167 mit RG JW 1909, 497, 498.

- (1) Das Zusammenspiel von § 322 Abs. 1 ZPO und § 256 Abs. 2 ZPO ist vom Gesetzgeber ganz bewußt dazu eingesetzt worden, Elemente und Vorfragen an der Rechtskraft teilhaben zu lassen.
- (2) Die deutsche Regelung hat im Gegensatz zu ausländischen Lösungen den Vorteil klarer Formalisierung unter voller Rücksichtnahme auf die Parteiautonomie. Ein „Rechtsstreit um Rechtskraft“ wird so weithin effektiv vermieden.
- (3) Weder der Gedanke der Prozeßökonomie noch der Begriff „Rechtsverhältnis“ stehen entgegen, über § 256 Abs. 2 ZPO streitige Vorfragen und Elemente rechtskraftfähig festzustellen.

Mein Plädoyer für eine geläuterte Sichtweise des „Rechtsverhältnisses“ bei der Inzidentfeststellung nach § 256 Abs. 2 ZPO und zugunsten der Feststellungsfähigkeit von strittigen Vorfragen oder Elementen im Lichte europäischer Praxis soll keinen Abschied von präziser deutscher Dogmatik einläuten. Mein Anliegen ging dahin, die schlummernden Möglichkeiten deutschen Prozeßrechts⁶⁸⁾ voll auszuschöpfen.

68) Unbesehen der Erwartung Stürners FS Schütze (1999) S. 913, 933 f. [VII 2]. . . : „kleinster gemeinsamer Nenner“ in Europa.

. . . und auch der Kritik von Foerste ZZP 108 (1995), 167, 174 f.: Rechtskraftkonzept „konsequent, aber kaum befriedigend“.