

Nichtige Urteile als Gegenstand einer Feststellungs- klage im Sinne des § 256 ZPO

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereichs der Rechtswissenschaften

der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Elisa Placke

aus Georgsmarienhütte

Osnabrück 2023

Berichterstatter:

Prof. Dr. Ulrich Foerste

Mitberichterstatterin:

Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M. Jur. (Göttingen)

Tag der mündlichen Prüfung: 25.09.2023

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand zu einem großen Teil während meiner Arbeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Osnabrück.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Ulrich Foerste für die hervorragende Betreuung aber auch die tolle Zeit während meiner Arbeit am Lehrstuhl. Danken möchte ich auch Frau Prof. Dr. Mary-Rose McGuire für die Fertigung des Zweitgutachtens.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern und Geschwistern, die mir während der gesamten Promotionszeit immer ermutigend zur Seite standen.

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	1
§ 2 Wirkungslose Urteile	5
A. Das Anfechtungsprinzip im deutschen Zivilprozess	5
B. Wirkungslose Urteile als Ausnahme vom Anfechtungsprinzip	8
I. Wirkungslosigkeit eines Urteils	8
II. Abgrenzung zu fehlerhaften Urteilen, wirkungsgeminderten Urteilen und Nichturteilen	10
III. Ursachen der Urteilsnichtigkeit	12
1. Urteilsnichtigkeit wegen Ausspruchs rechtsfremder Rechtsfolge oder wegen Verstoßes gegen Verbotsnorm	13
2. Urteilsnichtigkeit als Folge der Überschreitung richterlicher Vollmacht	15
3. Urteilsnichtigkeit als Folge des Fehlens notwendiger Urteilsvoraussetzungen	15
4. Stellungnahme	16
IV. Einzelfallüberprüfung	18
1. Fehlendes konstitutives Element der Rechtswirkung	18
a) Nichtexistenz der Partei	18
b) Unbekannte Rechtsfolge und unbestimmter sowie nicht bestimmbarer Urteilsinhalt	22
c) Nichtexistenz des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses	22
2. Fehlendes rechtliches Können des Gerichts	24
a) Urteil gegenüber einem Exterritorialen	24
b) Fehlende Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit	25
C. Überblick über Rechtsschutzmöglichkeiten bei Urteilsnichtigkeit	29
§ 3 Die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO als Rechtsschutz bei wirkungslosen Urteilen	31
A. Überblick über Rechtsprechung und Lehre	31
B. Die Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei wirkungslosen Urteilen	34
I. Die Relevanz der Bewertung der Klage zur Feststellung des Urteilsinhalts	34
II. Der Feststellungsgegenstand	39
1. Die Nichtigkeit des Urteils als Feststellungsgegenstand	39
a) Der Meinungsstand zur Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis im Allgemeinen	40
	IV

b) Stellungnahme	41
2. Die der Nichtigkeit des Urteils zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse	46
a) Überblick	46
b) Prozessuale Rechtsverhältnisse als Rechtsverhältnisse i.S.v. § 256 ZPO	47
aa) Meinungsstand	48
bb) Die Feststellungsklage als rein prozessrechtliches Institut	49
cc) Denkbare Argumente gegen eine prozessuale Deutung des Rechtsverhältnisses	52
(1) Der Zweck von Feststellungsklage und Rechtsverhältnis	53
(a) Teleologische Auslegung als Notwendigkeit für hinreichend aussagekräftiges Begriffsverständnis	56
(b) Wortwahl des Gesetzgebers als Argument für die Funktion des Rechtsverhältnisses als Rechtsschutzgrund	57
(c) These vom Rechtsschutzgrund bei negativer Feststellungsklage	60
(2) Die materiell–rechtliche Rechtsnatur als Mittel zur Klagebegrenzung	63
(3) Erforderlichkeit eines einheitlichen Verständnisses	64
(4) Gleichlauf von Anspruch, Gestaltungsrecht und Rechtsverhältnis	65
dd) Weitere Fälle der Feststellung prozessualer Rechtsverhältnisse	67
ee) Fazit zur Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses	70
c) Untersuchung der in Betracht kommenden prozessualen Rechtsverhältnisse	71
aa) Prozessrechtsverhältnis	71
(1) Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien	72
(2) Unzureichende Aussagekraft einer Feststellung des Nichtbestehens des Prozessrechtsverhältnisses	74
bb) Vollstreckungsrechtsverhältnis und Vollstreckungsverhältnis	75
(1) Bestehen eines Vollstreckungsverhältnisses	76
(a) Rückschlüsse aus § 717 Abs. 2 ZPO	77
(b) Sinn und Zweck sowie Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens	79
(c) Anerkennung von Vollstreckungsverträgen	81
(2) Inhalt und Entstehung eines Vollstreckungsverhältnisses	83
cc) Bindung an das Urteil durch materielle Rechtskraft	88
(1) Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien	88
(2) Begründung eines Rechtsverhältnisses durch materielle Rechtskraft	89

III. Richterliche Kompetenz als Grenze der Statthaftigkeit	93
1. Kompetenzüberschreitung durch aufhebungsgleiche Wirkung	93
2. Kompetenzüberschreitung durch Zuständigkeit erstinstanzlicher Gerichte	96
IV. Fazit zur Statthaftigkeit	101
C. Das Feststellungsinteresse	102
I. Die Voraussetzungen des Feststellungsinteresses	102
1. Gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit	103
a) Die Unsicherheit	103
b) Die gegenwärtige Gefahr	106
2. Feststellungsinteresse gegenüber dem Beklagten	107
3. Eignung des Urteils zur Beseitigung der Gefahr der Unsicherheit	109
4. Keine Subsidiarität der Feststellungsklage	110
II. Übertragbarkeit der allgemeinen Grundsätze auf Nichtigkeitsfeststellungsklage	111
1. Nichtigkeit von Leistungsurteilen	111
a) Feststellungsinteresse des Schuldners bei drohender Nichtigkeit stattgebender Leistungsurteile	112
aa) Ungewissheit über prozessuale Rechtsverhältnisse	112
bb) Gefährdung der Rechtsgüter des Schuldners	112
cc) Interesse an alsbaldiger Feststellung	115
dd) Einbeziehung der Interessen des Gläubigers	118
(1) Generelle Mitverantwortung des Gläubigers für Vollstreckungsgefahr	118
(2) Die Klage rechtfertigendes Gläubigerverhalten	122
(a) Erfordernis eines über den Antrag auf Klauselerteilung hinausgehenden aktiven Gläubigerverhaltens ?	123
(b) Möglicher Schutz des Gläubigers	126
(c) Folgen der Herausgabe des Vollstreckungstitels	131
ee) Eignung der Feststellungsklage zur Beseitigung der Gefahr	134
(1) Feststellung fehlender Bindung	135
(2) Feststellung fehlenden Vollstreckungsverhältnisses	137
ff) Subsidiarität der Feststellungsklage	139
(1) Verhältnis zu Rechtsmitteln	140
(2) Verhältnis zur anspruchsnegierenden Feststellungsklage	144
(3) Verhältnis zur Titelgegenklage analog § 767 ZPO	145

(4) Verhältnis zur Erinnerung nach § 732 ZPO	152
(5) Verhältnis zu Rechtsbehelfen nach § 766 ZPO, § 793 ZPO oder § 71 GBO	154
(6) Verhältnis zur Titelherausgabeklage analog § 371 BGB	155
(7) Verhältnis zur Nichtigkeitsklage	157
b) Feststellungsinteresse des Gläubigers nach erwirktem Leistungsurteil	161
aa) Gläubiger hält Urteil für nichtig	161
bb) Gläubiger hält Urteil für wirksam	163
cc) Rechtsschutz bei Zurückweisung durch Klausel- oder Vollstreckungsorgane	165
c) Feststellungsinteresse von Gläubiger und Schuldner nach klageabweisendem Leistungsurteil	168
aa) Interesse an der Feststellung des Fehlens der Urteilsbindung	168
bb) Interesse an der Feststellung des Bestehens der Urteilsbindung	170
d) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Leistungsurteilen	171
2. Nichtigkeit von Feststellungsurteilen	171
a) Feststellungsinteresse der unterlegenen Partei	172
b) Feststellungsinteresse der obsiegenden Partei	175
c) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Feststellungsurteilen	176
3. Nichtigkeit von Gestaltungsurteilen	177
a) Stattgebende Gestaltungsurteile	178
aa) Eignung des Feststellungsurteils zur Beseitigung der Gefahr	178
bb) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unwirksames, stattgebendes Gestaltungsurteil	181
b) Klageabweisende Gestaltungsurteile	184
c) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Gestaltungsurteilen	185
§ 4 Gesamtergebnis	187
Literaturverzeichnis	190

§ 1 Einführung

In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt,¹ dass ein zivilrechtliches Urteil nicht nur fehlerhaft, sondern unter bestimmten Bedingungen sogar wirkungslos sein kann.² Ebenfalls hält ein großer Teil von Schrifttum und Rechtsprechung die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO für einen zulässigen Rechtsbehelf zur Entscheidung über die Urteilsnichtigkeit.³ Obwohl deshalb der Eindruck entstehen mag, dass die Zulässigkeit der Feststellungsklage bei nichtigen Urteilen weitestgehend unproblematisch ist – die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen werden in diesem Kontext nur selten eingehender behandelt –, wird man bei näherer Betrachtung bemerken, dass schon nicht ohne weiteres ersichtlich ist, was in diesem Fall der richtige Feststellungsgegenstand ist. Das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO ist nach allgemeiner Ansicht eine auf einem konkreten Sachverhalt beruhende rechtliche Beziehung

¹ Welche Gründe im Einzelnen zur Nichtigkeit führen, ist dagegen vielfach umstritten. Darauf wird noch später einzugehen sein.

² BGH NJW 1994, 2832, 2833; NJW - RR 1996, 659 (Berufungsurteil könne wegen Unbestimmtheit insgesamt keine „Rechtswirkungen“ mehr erzeugen); NJW 2010, 3100, 3001 (Urteil, das gegenüber einer nichtexistenten Partei ergehe, entfalte „keine Rechtswirkungen“); BayOblG NJW- RR 2000, 671, 672 (nichtiger Beschwerdebeschluss); OLG Frankfurt a.M. ZWE 2013, 229; Anders/Gehle/Hunke, Vor § 300 Rn. 14; BeckOK-ZPO/Elzer, § 300 Rn. 64 f.; Musielak/Voit/Musielak, § 300 Rn. 5; Prütting/Gehrlein/Thole, Vor §§ 300 ff. Rn. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 21; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 7; Thomas/Putzo/Seiler, § 300 Vorb. Rn. 15 ff.; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 19 ff.; Zöllner/Feskorn Vor § 300 Rn. 15 ff.

³ BGHZ 29, 223, 230; OLG Düsseldorf NJW 1986, 1763 (zu unwirksamem Beschluss); OLG Frankfurt a. M. ZWE 2013, 229; Anders/Gehle/Hunke Vor § 300 Rn. 18; G. Hein, S. 282 ff.; Hk-ZPO/Saenger, Vor § 300-329 Rn. 14; Meier, ZZZ 133 (2020), S. 51, 65; MüKo-ZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 22; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 32, 71; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 24; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 58; Zöllner/Greger, § 256 Rn. 4; siehe auch Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 32 (Feststellbarkeit der fehlenden Bindung).

einer Person zu einer anderen Person oder Sache.⁴ Die Feststellungsgegenstände „Urteil“ oder „Urteilsnichtigkeit“ scheinen aber von dieser Definition nicht erfasst zu sein. Jedenfalls ist auf den ersten Blick fraglich, inwiefern diese Tatbestände eine rechtliche Beziehung darstellen. Unter anderem aus diesem Grund gibt es auch Gegenstimmen, die sich gegen die Feststellungsklage nach § 256 ZPO als zulässige Rechtsschutzmöglichkeit gegen nichtige Urteile wenden.⁵ Angesichts dieser divergierenden Meinungen soll im Folgenden untersucht werden, ob das Urteil, seine Nichtigkeit oder aber ein aus der Wirkungslosigkeit des Urteils abzuleitendes Rechtsverhältnis Gegenstand einer Klage nach § 256 ZPO sein können.

Dafür ist unter anderem ausschlaggebend, welche Funktionen die Tatbestandsvoraussetzungen Feststellungsinteresse und Rechtsverhältnis bei der Feststellungsklage übernehmen und wie diese beiden Merkmale, insbesondere das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO, zu deuten sind. Ist nämlich der Feststellungsgegenstand bei Urteilsnichtigkeit kein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis, also kein Anspruch und kein sonstiges subjektives Recht – was angesichts der in Betracht kommenden Klagegegenstände bei Urteilsnichtigkeit nahe liegt –, so muss die Statthaftigkeit der Feststellungsklage nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht, die das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO rein materiell-rechtlich deuten will⁶ – häufig zur Abwehr einer Überdehnung des Anwendungsbereichs der Feststellungsklage⁷ – abgelehnt werden. Daher sollen im ersten Teil der Arbeit die von den Befürwortern der rein materiell-rechtlichen Deutung des Rechtsverhältnisses vor-

⁴ BGHZ 22, 43, 47; BGH NJW 1984, 1556; Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 3; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 10; Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 2; Stein/Jonas/Roth, Bd. 4, § 256 Rn. 21; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 26; einschr.: Loyal, ZZP 130 (2017), S. 203, 211; Michaelis, FS Larenz, S. 443, 459 f. (Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache seien nicht erfasst, da diese letztendlich immer auf Beziehungen zwischen mehreren Personen zurückzuführen seien).

⁵ Zuletzt ausführlich: Loyal, ZZP 130 (2017), S. 203 ff.; daneben aber auch Jauernig, S. 188; Lüke/Zawar, JuS 1970, S. 205, 212 Fn. 98; v. Mettenheim, S. 43 Fn. 90.

⁶ Jacobs, S. 177 ff.; Loyal, ZZP 130 (2017), S. 203, 210 ff.; so wohl auch Zöllner, AcP 190 (1990), S. 471, 490 ff.

⁷ Vgl. Jacobs, S. 256 ff.; Zöllner/Greger, § 256 Rn. 3b.

gebrachten Argumente dahingehend überprüft werden, ob sie den Ausschluss sonstiger Rechtsverhältnisse und damit die Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Klage nach § 256 ZPO rechtfertigen können.

Im zweiten Teil der Arbeit soll dann der Frage nachgegangen werden, unter welchen Umständen ein Interesse an der Feststellung der Urteilsnichtigkeit bzw. eines aus der Urteilsnichtigkeit abzuleitenden Rechtsverhältnisses bestehen kann. Auch wenn das Feststellungsinteresse als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung der Feststellungsklage grundsätzlich stark vom Einzelfall abhängig ist, lassen sich doch gewisse Konstellationen erdenken, in denen ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Klarheit im Hinblick auf die Nichtigkeit des Urteils entsteht. So wird der Schuldner die Vollstreckung aus einem wirkungslosen und damit auch nicht vollstreckbaren Titel⁸ höchstwahrscheinlich verhindern wollen und deshalb anstreben, Zweifel über die Wirksamkeit mit Hilfe der Klage nach § 256 ZPO auszuräumen. Ob dieser oder ähnliche Gründe gerade die Klageerhebung nach § 256 ZPO und damit auch eine Belastung des Beklagten rechtfertigen können oder ob womöglich andere Klagearten oder Rechtsbehelfe effektiveren Rechtsschutz bieten, soll in dieser Arbeit geklärt werden.

Grundsätzlich hängt die Zulässigkeit einer Klage zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit oder des (Nicht-)Bestehens damit zusammenhängender Rechtsverhältnisse im Einzelfall von noch weiteren Voraussetzungen ab, wie etwa der Zuständigkeit des Gerichts, der Partei- und Prozessfähigkeit oder eines hinreichend bestimmten Klageantrags. Da diese Zulässigkeitsvoraussetzungen jedoch überwiegend keine mit dem Klagegegenstand Urteilsnichtigkeit zusammenhängenden Besonderheiten aufweisen, sollen sie allenfalls am Rande Berücksichtigung finden.

Bevor sich diese Arbeit jedoch den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage bei wirkungslosen Urteilen widmet, soll einleitend untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Urteil wirkungslos ist, wie es

⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 150 Rn. 4.

sich von anderen, mit Fehlern behafteten Urteilen unterscheidet und welche Wirkungen einem solchen Urteil nicht mehr bzw. noch zukommen.

§ 2 Wirkungslose Urteile

A. Das Anfechtungsprinzip im deutschen Zivilprozess

Wirkungslose Urteile stellen eine Abweichung vom sog. Anfechtungsprinzip, nach dem auch ein fehlerhaftes Urteil wirksam bleibt, solange und soweit es nicht angefochten und aufgehoben wurde,⁹ dar. Das Anfechtungsprinzip entwickelte sich als Gegenreaktion auf die Ausweitung der Urteilsnichtigkeit und die damit einhergehende Beschränkung des Wirksamkeitsanspruchs des Urteils.¹⁰

Bereits im römischen Recht war Urteilsnichtigkeit (auch: Nullität) als Folge eines Urteilsfehlers anerkannt. Dem Urteil kam im römischen Recht grundsätzlich unbedingte Wirksamkeit und vor allem Unaufhebbarkeit zu.¹¹ Die Nichtigkeit des Urteils bildete davon die Ausnahme.¹² Ein Urteil wurde, sofern es an einem solchen Urteilsfehler litt, als unbeachtlich angesehen.¹³ Einen besonderen Rechtsbehelf zur Aufhebung dieses nichtigen Urteils gab es im römischen Recht jedoch nicht.¹⁴ Der Kläger konnte ein neues Verfahren anstrengen und dem Beklagten die Nichtigkeit in diesem Prozess entgegenhalten, wenn sich der Beklagte auf die Rechtskraft des bereits ergangenen Urteils berief. Gleichzeitig konnte auch der Beklagte die Nichtigkeit im Vollstreckungsverfahren einwenden.¹⁵ Obwohl sich der Zivilprozess später dahingehend wandelte, dass Urteile nicht mehr grundsätzlich unbedingte Wirksamkeit und unauflösbarkeit waren, sondern mit Rechtsbehelfen, die man als Vorläufer zu den heutigen Rechtsmitteln ansehen kann, auf Unrichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit überprüft und aufgehoben werden konnten, hielt man

⁹ G. Hein, S. 18, 33 f.

¹⁰ G. Hein, S. 40.

¹¹ Gilles, S. 203; G. Hein, S. 35.

¹² Gilles, S. 203 f.

¹³ G. Hein, S. 35.

¹⁴ G. Hein, S. 38; Bayer, S. 680.

¹⁵ Bayer, S. 680; Skedl, S. 1.

an der Nullität fest.¹⁶ Jetzt war es den Parteien aber auch möglich, die Nichtigkeit in einem derartigen Rechtsmittelverfahren (mit der sog. *appellatio*) geltend zu machen.¹⁷

Mit Fortentwicklung des Rechts trat neben diese „regulären“ Rechtsmittel auch ein außerordentlicher Rechtsbehelf (sog. *querela nullitatis*/Nullitätsquerel), mit dem die Wirkungslosigkeit in einem besonderen, von dem Rechtsmittelprozess zu unterscheidenden Verfahren geltend gemacht werden konnte.¹⁸ Weiterhin blieb aber die Möglichkeit, die Nichtigkeit in einem neuen Verfahren bzw. im Vollstreckungsverfahren einzuwenden.¹⁹

Für diese Nullitätsquerel galt eine wesentlich längere Frist (30 Jahre) als für die „regulären“ bzw. ordentlichen Rechtsmittel, die in 10 Tagen eingelegt werden mussten.²⁰ Zusätzlich dehnte sich der Anwendungsbereich der Urteilsnichtigkeit immer weiter aus. Zu den bereits aus dem römischen Recht bekannten und anerkannten Nichtigkeitsgründen²¹ traten weitere hinzu.²² Im Zusammenspiel mit der zeitlich nahezu unbegrenzten Möglichkeit, die Urteilsnichtigkeit mit der Nullitätsquerel zu rügen, führte dies zu einer Aushöhlung des Wirksamkeitsanspruchs des Urteils. Das Urteil war so nur noch stark eingeschränkt in der Lage, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen.²³

Die Abkehr von dieser Entwicklung begann damit, dass nach den Nichtigkeitsgründen differenziert wurde: Man unterschied nunmehr zwischen heilbaren (*sanablen*) und unheilbaren (*insanablen*) Nichtigkeitsgründen.²⁴ Die

¹⁶ Gilles, S. 205 ff., 210, 221.

¹⁷ Gilles, S. 210; G. Hein, S. 38, Skedl, S. 3 f.

¹⁸ G. Hein, S. 38 f.; Skedl, S. 52.

¹⁹ Bayer, S. 680; Gilles, S. 210; G. Hein, S. 39.

²⁰ Bayer, S. 681; Gilles, S. 221; G. Hein, S. 39.

²¹ Vgl. zu den einzelnen Nichtigkeitsgründen Skedl, S. 168 f.

²² G. Hein, S. 39 f.

²³ G. Hein, S. 40.

²⁴ Gilles, S. 221.

sanablen Nichtigkeitsgründe konnten nur noch innerhalb einer deutlich kürzeren Frist, nämlich wie die ordentlichen Rechtsmittel innerhalb von 10 Tagen, und nicht mehr inzident gerügt werden.²⁵ Im Hinblick auf diese heilbaren Nichtigkeitsgründe kam es mithin zu einer immer stärkeren Angleichung zwischen den „regulären“ Rechtsmitteln und den besonderen Rechtsbehelfen zur Rüge der Urteilsnichtigkeit, so dass mit Einführung der CPO im Jahr 1877 die Unterscheidung zwischen den die Rechtsmittel rechtfertigenden Urteilsfehlern und den sanablen Nichtigkeitsgründen weitestgehend aufgegeben wurde.²⁶

Die insanablen Urteilsängel konnten zunächst auch weiterhin 30 Jahre lang mit der *querela nullitatis* oder auch in einem anhängigen Verfahren inzident gerügt werden.²⁷ Später wurden aber auch diese Rügemöglichkeiten weiter begrenzt. Die insanablen Nichtigkeitsgründe wurden nicht mehr, wie zuvor, in nur drei Fallgruppen, wovon eine Fallgruppe als Generalklausel ausgestaltet war, gefasst, sondern nun enumerativ unter gleichzeitiger Anordnung eines Analogieverbots aufgezählt.²⁸ Für die jeweiligen insanablen Nichtigkeitsgründe galten zudem jeweils unterschiedliche Rechtsbehelfsfristen. Die sog. echten insanablen Nichtigkeitsgründe konnten länger als die unechten insanablen Nichtigkeitsgründe gerügt werden. Eine inzidente Geltendmachung in einem anhängigen Verfahren war für alle insanablen Nichtigkeitsgründe ausgeschlossen.²⁹

Diese echten insanablen Nullitätsgründe waren nach Schaffung der CPO 1877 dann mit der Nichtigkeitsklage gem. § 542 CPO, welcher dem heutigen § 579 ZPO entspricht, zu rügen. Damit war die Abkehr von der zur Unbeachtlichkeit des Urteils führenden Wirkungslosigkeit, wie man sie noch

²⁵ Bayer, S. 684; Gilles, S. 221; G. Hein, S.41.

²⁶ G. Hein, S. 40 f.

²⁷ Bayer, S. 681; Gilles, S. 222; G. Hein, S. 43.

²⁸ G. Hein, S. 43.

²⁹ G. Hein, S. 43 f.

im römischen Recht kannte, hin zur Anfechtbarkeit als grundsätzliche Fehlerfolge vollzogen.³⁰

B. Wirkungslose Urteile als Ausnahme vom Anfechtungsprinzip

Trotz dieser Entwicklung hin zum Anfechtungsprinzip ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass auch heutzutage Urteile wirkungslos sein können.³¹ Dabei wird das wirkungslose Urteil gemeinhin von dem wirkungsgeminderten Urteil, dem Nichturteil sowie dem bloß fehlerhaften Urteil abgegrenzt.

I. Wirkungslosigkeit eines Urteils

Die Bezeichnung „wirkungsloses Urteil“ bzw. „nichtiges Urteil“ kann insofern in die Irre führen, als eine solche gerichtliche Entscheidungen nicht ohne jegliche Rechtswirkungen ist.³² Auch ein nichtiges Urteil weist zumindest die formalen Urteilswirkungen auf.³³ Es erwächst in formelle Rechtskraft und beendet somit die Instanz.³⁴ Zudem entfaltet es negative innerprozessuale Bindungswirkung, d.h. es darf vom erkennenden Gericht weder aufgehoben noch abgeändert oder ergänzt werden.³⁵ Abgesehen von diesen formellen Urteilswirkungen mangelt es einem wirkungslosen Urteil aber an all den sonstigen Wirkungen, die es seiner Art nach eigentlich entfalten müsste.³⁶ Hierzu zählt insbesondere die materielle Rechtskraft,³⁷ nach der

³⁰ G. Hein, S. 45 ff.

³¹ Vgl. Nachweise in Fn. 2.

³² Musielak/Voit/Musielak, § 300 Rn. 7.

³³ Lüke, JuS 1985, S. 767, 768.

³⁴ OLG Celle (14. Zivilsenat), Urteil vom 11.11.2020 – 14 U 119/19; BeckOK-ZPO/Elzer, § 300 Rn. 66; Musielak/Voit/Musielak, § 300 Rn. 7.

³⁵ Jauernig/Hess, § 60 Rn. 4; BeckOK-ZPO/Elzer, § 300 Rn. 66.

³⁶ Jauernig, S. 142; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor § 578 -591 Rn. 7.

³⁷ BGH NJW-RR 2006, 565 Rn. 11 f.; Thomas/Putzo/Seiler, Vorb. § 300 Rn. 19.

eine erneute Verhandlung und Entscheidung über denselben Streitgegenstand ausgeschlossen ist.³⁸ Ferner fehlt einem nichtigen, stattgebenden Leistungsurteil die Vollstreckbarkeit.³⁹ Feststellungsurteile, Gestaltungsurteile⁴⁰ und klageabweisende Leistungsurteile sind dagegen schon grundsätzlich nicht vollstreckbar.⁴¹ An einer Gestaltungswirkung, die anders als die materielle Rechtskraft gegenüber jedermann wirkt⁴² und die die bestehende Rechtslage ändert,⁴³ mangelt es im Falle der Wirkungslosigkeit wiederum nur Gestaltungsurteilen.⁴⁴ Sofern einem Urteil grundsätzlich Tatbestandswirkung zukommt, also seine Existenz Tatbestandsvoraussetzung für den Eintritt einer anderen Rechtsfolge ist,⁴⁵ fehlt auch diese, wenn das Urteil nichtig ist.⁴⁶

Die aufgeführten Urteilswirkungen, welche einem wirkungslosen Urteil fehlen, sollen im Folgenden, in Anlehnung an *G. Lüke*⁴⁷, zusammenfassend als materielle Urteilswirkungen bezeichnet werden.

³⁸ *Musielak/Voit*, Gk-ZPO, Rn. 1037.

³⁹ Siehe Nachweis in Fn. 8.

⁴⁰ Jedoch müssen prozessuale Gestaltungsurteilen, wie z.B. Urteile nach § 767 ZPO oder § 771 ZPO, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, vgl. §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. Insofern kommt diesen Gestaltungsurteilen ebenfalls gewisse Vollstreckungswirkung zu, MüKo-ZPO/*Götz*, § 704 Rn. 7.

⁴¹ MüKo-ZPO/*Götz*, § 704 Rn. 6; *Zöller/Seibel*, § 704 Rn. 2. Vollstreckungstitel ist aber der im Kostenfestsetzungsverfahren ergehende Kostenfestsetzungsbeschluss, 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

⁴² MüKo-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rn. 19; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., Vor § 253 Rn. 107.

⁴³ *Stein/Jonas/Althammer*, 23. Aufl., § 322 Rn. 12.

⁴⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 61 Rn. 21 f.

⁴⁵ MüKo-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rn. 20.

⁴⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 62, Rn. 21; vgl. auch *Jauernig*, S. 142 f.

⁴⁷ Siehe dazu Fn. 33. *Lüke* bezeichnet die Wirkungen, die einem wirkungslosen Urteil noch zukommen, als *formale* Urteilswirkungen. Die Bezeichnung materielle Urteilswirkungen für die Wirkungen, die einem nichtigen Urteil fehlen, erscheint aus diesem Grund passend.

II. Abgrenzung zu fehlerhaften Urteilen, wirkungsgeminderten Urteilen und Nichturteilen

Vom nichtigen Urteil sind das fehlerhafte Urteil, das Nichturteil und das wirkungsgeminderte Urteil zu unterscheiden.

Von einem nur *fehlerhaften Urteil* spricht man, wenn die Entscheidung an einem inhaltlichen oder formalen Fehler leidet.⁴⁸ Ein solches Urteil ist trotz der zugrundeliegenden Mängel wirksam, entfaltet also auch die materiellen Urteilswirkungen. Dies gilt unabhängig von der Schwere oder Offenkundigkeit des Urteilsfehlers.⁴⁹ Selbst ein willkürliches Urteil bleibt grundsätzlich wirksam.⁵⁰ Es kann jedoch bis zum Fristablauf mit Rechtsmitteln angegriffen werden. In Ausnahmefällen kann das Verfahren nach Eintritt der formellen Rechtskraft mittels der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage nach den §§ 578 ff. ZPO wiederaufgenommen werden.⁵¹

Im Gegensatz zum nichtigen Urteil stellt das sog. *Nicht- oder Scheinurteil* schon gar kein Urteil im Sinne einer gerichtlichen Entscheidung dar. Nicht der äußere Tatbestand eines Urteils, sondern nur der bloße Schein eines solchen liegt vor.⁵² Grund dafür kann zum einen sein, dass es (noch) an der Entscheidungsqualität fehlt, weil das vermeintliche Urteil (noch) nicht existent geworden ist.⁵³ Existent wird ein Urteil erst dann, wenn es gem. § 310 ZPO verkündet wird – unabhängig davon, ob die Verkündung ordnungsgemäß erfolgte – oder im Falle des § 310 Abs. 3 ZPO an die Parteien zugestellt wird.⁵⁴ Ein Nichturteil liegt aber auch dann vor, wenn die Entscheidung nicht

⁴⁸ Hk-ZPO/Saenger, Vor §§ 300-329 Rn.15.

⁴⁹ Gilles, S. 226.

⁵⁰ Lüke, JuS 2000, S. 1042, 1043.

⁵¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 5.

⁵² Lüke, JuS 1985, S. 767, 768; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 15.

⁵³ Lüke, JuS 1985, S. 767, 768; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 18.

⁵⁴ MüKo-ZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 3.

durch ein Gericht erfolgte.⁵⁵ Ein Gericht ist ein zur Ausübung der Rechtspflege bestimmtes Organ.⁵⁶ Weist die entscheidende Stelle diese Eigenschaft generell nicht auf, handelt also beispielsweise ein Verwaltungsbeamter oder handelt das Gericht nicht in Ausübung seiner Gerichtsgewalt, liegt ebenfalls kein Urteil vor.⁵⁷ Ein Nichturteil hat keinerlei Wirkungen, es ist ein „rechtliches nullum“, nicht einmal die oben beschriebenen Formalwirkungen kommen ihm zu.⁵⁸ Um zumindest den Schein des Urteils zu beseitigen, können die Parteien aber auch das Nichturteil im Rechtsmittelverfahren angreifen⁵⁹ oder aber das Verfahren fortsetzen.⁶⁰ Umstritten ist, ob das Fehlen eines Urteils auch mit der Klage gem. § 256 ZPO festgestellt werden kann.⁶¹

Zuletzt muss das wirkungslose Urteil von dem nur *wirkungsgeminderten Urteil* unterschieden werden. Dem wirkungsgeminderten Urteil fehlen, anders als dem wirkungslosen Urteil, nicht alle materiellen Urteilswirkungen, die ihm eigentlich zukämen.⁶² Wirkungsgemindert ist ein Urteil bspw. dann, wenn es zwar der materiellen Rechtskraft nicht fähig, aber dennoch vollstreckbar ist.⁶³ Denkbar ist z.B., dass sich der Umfang der materiellen Rechtskraft nicht gem. § 322 Abs. 1 ZPO ermitteln lässt, weil der Klageantrag weder bestimmt noch bestimmbar, der Umfang der möglichen Vollstreckung aber eindeutig ist, weil dieser sich aus dem Tenor ergibt.⁶⁴ Nach verbreiteter Ansicht kann sich der Vollstreckungsschuldner in einem solchen Fall fehlender materieller Rechtskraft, aber vorhandener Vollstreckbarkeit

⁵⁵ Anders/Gehle/Hunke, Vor § 300 Rn. 11; so wohl auch BGH NJW 1988, 268.

⁵⁶ MüKo-ZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 3.

⁵⁷ Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 16.

⁵⁸ Lüke, Jus 1985, S. 767, 768; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 6.

⁵⁹ Anders/Gehle/Hunke Vor § 300 Rn. 13; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 6.

⁶⁰ Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 6.

⁶¹ Dafür Lüke, Jus 1985, S. 767, 769; siehe auch Jauernig, S. 92 f. (Klage gerichtet auf Feststellung des Fortbestehens des Prozessrechtsverhältnisses sei statthaft, das Feststellungsinteresse fehle aber grundsätzlich).

⁶² Jauernig, S. 4; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 7.

⁶³ MüKo-ZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 5.

⁶⁴ Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 13; vgl. auch BGH ZZP 107 (1994), 366 ff.

gegen die Vollstreckung des Urteils mit der Klage analog § 767 Abs. 1 ZPO wehren.⁶⁵ Auch ist denkbar, dass dem Urteil die Vollstreckbarkeit, aber nicht die materielle Rechtskraft fehlt.⁶⁶ Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn eine Entscheidung die Erfüllung einer tatsächlich unmöglichen Leistung anordnet.⁶⁷

III. Ursachen der Urteilsnichtigkeit

Es stellt sich die Frage, ob die Existenz wirkungsloser Urteile nicht in Widerspruch zur grundsätzlichen Geltung des Anfechtungsprinzips steht. Entfaltet ein Urteil keine materielle Rechtskraft, bindet es also weder die Parteien noch nachfolgenden Gerichte, die über denselben Streitgegenstand zu entscheiden haben, kann es nicht für endgültige Streitbeilegung sorgen. Weil der Zweck des Anfechtungsprinzips gerade darin liegt, Rechtssicherheit zu schaffen, scheint die Existenz nichtiger Urteile mit diesem Grundsatz zu kollidieren. Der Blick auf die Voraussetzungen, unter denen ein Urteil keine materiellen Rechtswirkungen entfaltet, zeigt jedoch, dass ein Widerspruch nur scheinbar besteht.

Während allgemein anerkannt ist, welche Wirkungen einem nichtigen Urteil fehlen und welche Rechtswirkungen einem solchen Urteil weiterhin zukommen,⁶⁸ beschränkt sich die Auseinandersetzung mit den Ursachen der Urteilsnichtigkeit in der Regel auf die Behandlung der einzelnen Nichtigkeitsgründe. Auf ein allgemeingültiges Prinzip, das definiert, unter welchen Bedingungen Urteile wirkungslos sind, wird selten zurückgegriffen. Vielmehr

⁶⁵ BGH ZZP 107 (1994), 365, 368 ff.; NJW 1994, 460, 461 f; *Foerste* ZZP 107 (1994), S. 370, 373 f.; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 10 Rn. 43, § 11 Rn. 9; *Vollkommer*, RPfleger 2004, 336, 337; unklar ob direkte oder analoge Anwendung von § 767 ZPO: *Hk-ZPO/Saenger*, Vor § 300-329 Rn. 13; vgl. auch BGH NJW 2004, 59, 60; 2004, 844 (zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung).

⁶⁶ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 11 Rn. 10.

⁶⁷ Vgl. RGZ 54, 28, 32 f.; *Jauernig*, S. 177 f.

⁶⁸ Siehe hierzu S. 8 f.

werden Nichtigkeitsgründe nur exemplarisch benannt⁶⁹ bzw. Fallgruppen gebildet.⁷⁰ Auch wenn das Schrifttum also offenbar überwiegend davon ausgeht, dass die Nichtigkeit rein kasuistisch zu bestimmen und nicht auf einen einheitlichen dogmatischen Ansatz zurückzuführen ist,⁷¹ wurde vereinzelt versucht, allgemeingültige Grundsätze aufzustellen, die festlegen, wann ein Urteil wirkungslos ist.

1. Urteilsnichtigkeit wegen Ausspruchs rechtsfremder Rechtsfolge oder wegen Verstoßes gegen Verbotsnorm

So ist nach einer Ansicht ein Urteil dann nichtig, wenn die vom Richter ausgesprochene Rechtsfolge, das richterliche Wollen, rechtsfremd ist, also aus dem Rahmen des geltenden Rechts hinausfällt,⁷² oder wenn die Entscheidung gegen aus den zivilrechtlichen Nichtigkeitsregeln abgeleitete Verbote, die das Urteil bzw. seine Wirksamkeit unter allen Umständen ablehnen, verstößt.⁷³ Nichtig in diesem Sinne seien Entscheidung dagegen nicht, wenn sie allein aus tatsächlichen Gründen keine Wirkungen erzeugen könnten.⁷⁴ So sei eine Entscheidung, die gegenüber einer nicht existenten Partei ergehe, nur aus tatsächlichen Gründen wirkungslos, jedoch nicht nichtig.⁷⁵ Nichtig sei ein Urteil nämlich nur dann, wenn der in diesem geäußerte rechtliche Willensinhalt nicht die seinem Sinn und Geltungsanspruch entsprechende Rechtsfolge habe. Das Urteil, das gegenüber einer nichtexistenten Partei ergehe, falle dagegen ins Leere. Das Urteil sei zwar wirkungslos, diese

⁶⁹ Vgl. Hk-ZPO/Saenger, Vor §§ 300 - 329 Rn. 12.

⁷⁰ Vgl. Jauernig, S. 150 ff.; Prütting/Gehrlein/Thole, Vorb. §§ 300 ff. Rn. 12; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 19 ff.; Zöller/Feskorn, Vor §§ 300 - 305a Rn. 15 ff.

⁷¹ Ausdrücklich: Jauernig, S. 148 ff.; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 9.

⁷² W. Hein, S. 337, 347.

⁷³ W. Hein, S. 360, 369.

⁷⁴ W. Hein, S. 347 ff.

⁷⁵ W. Hein, S. 347.

Rechtsfolge entspreche aber dem Tatbestand des gerichtlichen Willensinhalts. Es sei demnach nicht nichtig.⁷⁶

Dieser Erklärungsansatz überzeugt nicht. Sowohl dem nichtigen als auch dem aus tatsächlichen Gründen wirkungslosen Urteil, welches gegenüber einer nicht-existenten Partei ergeht, fehlen nach *W. Hein* die materiellen Wirkungen, die ihm eigentlich zukommen würden. Dennoch will dieser differenzieren, wobei eine nachvollziehbare Erklärung, weshalb eine Unterscheidung erforderlich ist, ausbleibt.⁷⁷ Dabei wirkt es so, als würde für die Folgen eines Urteils, das gegenüber einer nicht-existenten Partei ergeht, nur deshalb eine andere Bezeichnung gewählt, weil dieser Fall nicht in den dogmatischen Lösungsansatz zur Erklärung der Nichtigkeit von Urteilen passt.

Des Weiteren erscheint auch kaum bestimmbar, wann eine Verbotsnorm vorliegt, die das richterliche Wollen *unter allen Umständen* ablehnt und deshalb zur Nichtigkeit führt, und wann der Verstoß gegen ein aus den zivilrechtlichen Nichtigkeitsregeln abgeleitetes Verbot allenfalls die Anfechtbarkeit auslöst. Zwar werden die Anforderungen an die Verbotsnorm durch *W. Hein* insoweit konkretisiert, dass diese das richterliche Wollen ohne Begrenzung auf Inhalt, Zeit, Ort und den Einzeltatbestand ablehnen müsse. Ein Urteil, das nur gegen Polizeinormen oder Kriegsverbote verstoße, bei denen es sich um örtlich oder zeitlich begrenzte Regeln handele, sei demnach nicht nichtig.⁷⁸ Dennoch würden bei Zugrundelegung dieser Ansicht wohl große Unsicherheiten verbleiben. So mag sich ggf. (eindeutig) ermitteln lassen, wenn ein gesetzliches Verbot nur zeitlich oder örtlich begrenzt gelten soll. Wie aber soll beantwortet werden, ob das gesetzliche Verbot das richterliche Wollen ganz generell oder nur im Hinblick auf den Einzeltatbestand ablehnt?

⁷⁶ *W. Hein*, S. 346 f.

⁷⁷ So auch *Jauernig*, S. 149.

⁷⁸ *W. Hein*, S. 369.

Im Ergebnis kann diesem dogmatischen Ansatz zur Begründung der Wirkungslosigkeit von Urteilen deshalb nicht gefolgt werden.

2. Urteilsnichtigkeit als Folge der Überschreitung richterlicher Vollmacht

Nach einer anderen Ansicht, der sog. Vollmachtstheorie⁷⁹, ist ein Urteil dann wirkungslos, wenn das Gericht die Grenzen seiner *Vollmacht* überschreitet, wohingegen eine Überschreitung des gerichtlichen *Auftrags* nur zur Anfechtbarkeit führe.⁸⁰ Während die Vollmacht das gerichtliche Können darstelle und durch die Zivilprozessordnung und andere Gesetze begrenzt sei, beschreibe der Auftrag das gerichtliche Dürfen.⁸¹ Die Vollmacht könne auf die Sache, in welcher das Urteil ergeht, oder die Person, gegen welche sich das Urteil richtet, beschränkt sein. Auch seien Vollmachtsüberschreitungen in Bezug auf den Inhalt des Urteils und die Voraussetzungen des Zustandekommens denkbar.⁸²

3. Urteilsnichtigkeit als Folge des Fehlens notwendiger Urteilsvoraussetzungen

Einen ähnlichen Weg geht auch eine dritte Ansicht: Auch diese fragt, ob die Urteilswirkungen eintreten *können*. Diese Ansicht legt ihr Augenmerk aber nicht auf das Gericht, sondern auf die Urteilswirkungen als solche: Wirkungen eines Urteils seien (Rechts-)Folgen eines (Rechts-)Aktes und damit Rechtsverhältnisse eines bestimmten Inhalts zwischen Subjekten. Diese Rechtsverhältnisse könnten dann nicht bestehen, wenn ein dafür zwingend

⁷⁹ Diese Bezeichnung wählen z.B. *Jauernig*, S. 149 und *W. Hein*, S. 329.

⁸⁰ *Baligand*, GS 72 (1908), S. 171, 174 f., 222 ff.

⁸¹ *Baligand*, GS 72 (1908), S. 171, 174 f.; vgl. auch *Friedländer*, GS 58 (1901), S. 339, 363 ff.

⁸² *Baligand*, GS 72 (1908), S. 171, 222 ff.

erforderlicher Bestandteil gänzlich fehle oder zumindest nicht bestimmbar sei.⁸³ Wirkungslosigkeit sei mithin die Folge des Fehlens der für die Urteilswirkungen notwendigen Voraussetzungen.⁸⁴

4. Stellungnahme

Wie auch nach der Vollmachtstheorie wird nach dieser letztgenannten Ansicht die Wirkungslosigkeit nicht als Wertungsentscheidung, nicht als Überschreitung des „rechtlichen Dürfens“ angesehen. Dem ist zuzustimmen. Ein Urteil darf nicht schon deshalb nichtig sein, weil es an einem besonders schweren oder offensichtlichen Fehler leidet. Selbst ein willkürliches Urteil ist nicht wirkungslos.⁸⁵ Aus den Rechtsmittelvorschriften und aus den Regelungen zur Nichtigkeitsklage ergibt sich, dass das Anfechtungsprinzip unabhängig von der Schwere des Verstoßes gilt.⁸⁶ Der letztgenannten Ansicht ist zudem dahingehend zuzustimmen, dass Wirkungen dann ausbleiben müssen, wenn notwendige Voraussetzungen des Wirkungseintritts nicht vorliegen. Beispielsweise kann das Urteil keine materielle Rechtskraft entfalten, wenn eine Partei, die an das Urteil gebunden sein soll, nie existierte. In einem solchen Fall ergibt sich das Ausbleiben der materiellen Urteilswirkung nicht aus dem Unvermögen des Gerichts. Das Fehlen des „rechtlichen Könnens“ ist hier nämlich nicht Ursache der Wirkungslosigkeit, sondern deren Folge: Weil die materielle Rechtskraft nicht Wirkung entfalten kann, ist das Gericht nicht im Stande, die Urteilswirkung herbeizuführen. In einem solchen Fall kann die Vollmachtstheorie also nicht weiterhelfen.

Zusätzlich ist aber auch zu beachten, dass eine Auswirkung auch immer von der auslösenden Handlung determiniert wird. Die Wirkung kann nur die Ausschöpfung des der auslösenden Handlung innewohnenden Potentials

⁸³ *G. Hein*, S. 81.

⁸⁴ *G. Hein*, S. 81 f.

⁸⁵ *Lüke*, JuS 2000, S.1042, 1043.

⁸⁶ *Hk-ZPO/Saenger*, Vor § 300-329 Rn. 15; *Jauernig/Hess*, § 60 Rn. 5.

sein, jedoch nicht darüber hinausgehen. Bezogen auf das Urteil können die angesprochenen Wirkungen nur insoweit eintreten, als es in der Macht des Gerichts liegt, diese Wirkungen zu erzeugen. Wirkungslosigkeit kann also auch schon darin begründet sein, dass die Wirkung außerhalb der Grenzen des rechtlichen Könnens des Gerichts liegt, das Fehlen der Vollmacht ist dann schon die Ursache der Nichtigkeit. Deshalb scheint eine Kombination beider Ansichten zutreffend zu sein. Wirkungslos ist ein Urteil damit dann, wenn es an konstitutiven Voraussetzungen der Wirkung mangelt oder das Gericht mit dem Urteil sein rechtliches Können überschreitet.

Damit wird nun auch ersichtlich, weshalb die Wirkungslosigkeit als Fehlerfolge gerade nicht in Widerspruch zum Anfechtungsprinzip steht. Die Wirkungslosigkeit ist keine Wertungsentscheidung, sondern zwangsläufige Konsequenz der sie bedingenden Urteilsfehler. Wenn also ein Mangel des Urteils dazu führt, dass dessen materielle Wirkungen nicht eintreten *können*, muss gerade schon *keine Ausnahme* vom Anfechtungsprinzip gemacht werden. Vielmehr findet das Anfechtungsprinzip, nach dem ein Urteil bis zur Aufhebung wirksam ist, insoweit von Anfang an keine Anwendung.

Welche Elemente für den Wirkungseintritt konstitutiv sind, unterscheidet sich je nach materieller Urteilswirkung und Art des Urteils. So setzt die Gestaltungswirkung ein gestaltbares Rechtsverhältnis voraus, die materielle Rechtskraft eines Leistungsurteils macht wiederum erforderlich, dass Adressaten und Gegenstand der Bindung, der Streitgegenstand, existent und feststellbar sind. Deshalb muss von Fall zu Fall geprüft werden, ob eine konstitutive Urteilswirkung fehlt.

Ist auszuschließen, dass ein notwendiges Urteilelement fehlt, mag in dem jeweiligen Urteilsfehler jedoch eine Überschreitung des gerichtlichen Könnens liegen. Um dies zu bestimmen, muss ausgelotet werden, welche Rechtsfolgen von einem Gericht herbeigeführt werden können und was außerhalb der Grenzen des richterlichen Könnens liegt.

Auch wenn dieses Vorgehen nicht von einer intensiven Auseinandersetzung mit den möglichen Nichtigkeitsgründen befreit, kann zumindest vermieden werden, dass, um zu bestimmen, ob ein Fehler zur Urteilsnichtigkeit führt, auf das schwer einzugrenzende Kriterium der Schwere des Urteilsfehlers zurückgegriffen werden muss. Hierdurch wird Rechtssicherheit gefördert.

IV. Einzelfallüberprüfung

Unter Zugrundelegung der oben festgelegten Grundsätze sollen nun einige der häufig angeführten Nichtigkeitsgründe dahingehend überprüft werden, ob sie tatsächlich zur Wirkungslosigkeit eines Urteils führen müssen.

1. Fehlendes konstitutives Element der Rechtswirkung

a) Nichtexistenz der Partei

Urteile müssen wirkungslos sein, wenn mindestens eine der Prozessparteien, Kläger und/oder Beklagter, nicht existiert und nie existierte⁸⁷ oder nicht ermittelbar ist.⁸⁸ Die materielle Rechtskraft bewirkt, dass die von der Urteilsbindung betroffene Partei denselben Streitgegenstand nicht erneut gegenüber der anderen Prozesspartei bzw. der von § 325 ZPO erfassten Person gerichtlich geltend machen kann. Diese Wirkung kann ein Urteil gegenüber einer nicht bzw. nie existenten Partei nicht entfalten. Ein Leistungsurteil, das gegenüber einer solchen Partei ergeht, kann auch keine Vollstreckungswirkung aufweisen, da in so einem Fall nicht erkennbar ist, wer das Urteil vollstrecken bzw. gegenüber welcher Person es zwangsweise durchgesetzt werden darf. Auch die Gestaltungswirkung wird in der Regel nicht eintreten

⁸⁷ Hk-ZPO/Saenger, Vor §§ 300-329 Rn. 12; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 11.

⁸⁸ Ggf. aber Rechtskraftwirkung gegenüber einem Rechtsnachfolger: Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 26; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 22.

können, wenn eine der Parteien nicht existiert, denn mit der Nichtexistenz der Partei wird in der Regel auch das zu gestaltende Rechtsverhältnis fehlen.

Zu differenzieren ist jedoch, wenn mindestens eine der Prozessparteien nicht *mehr* existiert, aber einst existierte, im Falle einer natürlichen Person also verstorben ist. § 1922 BGB bestimmt, dass mit dem Tode das Vermögen des Verstorbenen, die Erbschaft, als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen, auf den oder die Erben, übergeht (sog. Gesamtrechtsnachfolge), der Erbe⁸⁹ also in alle Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers eintritt.⁹⁰

Verstirbt eine Partei erst nach Eintritt formeller Rechtskraft, kommt Urteilsnichtigkeit bereits deshalb nicht in Betracht, weil das Urteil gegenüber einer noch existenten Partei ergangen war. Das Urteil erzeugte demnach zunächst gegenüber der noch existenten Partei Wirkung. Die Wirksamkeit eines Urteils entfällt auch nicht mit Versterben, sondern erstreckt sich auf den Rechtsnachfolger. Dies folgt bereits aus der in § 1922 BGB angeordneten Gesamtrechtsnachfolge,⁹¹ ergibt sich aber zusätzlich auch aus § 325 ZPO. Gem. § 325 ZPO erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit, mithin auch nach Eintritt formeller Rechtskraft, Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Gegenüber diesen Personen ist das Urteil grundsätzlich auch vollstreckbar. Gem. § 727 ZPO muss hierfür zuvor eine vollstreckbare Ausfertigung für oder gegen den Rechtsnachfolger erteilt werden.

Ebenso ist das Urteil nicht wirkungslos, sollte eine Partei oder sollten beide Parteien zwischen Klageerhebung und Eintritt formeller Rechtskraft verstorben sein. Wirkungen erzeugt das Urteil dann jedoch nur noch gegenüber dem Rechtsnachfolger. Vor ihrem Tod hatte das mit Klageerhebung entste-

⁸⁹ Zur Vereinfachung soll im Folgenden von *dem* Rechtsnachfolger oder *dem* Erben die Rede sein, obwohl natürlich ebenso mehrere Erben bzw. Rechtsnachfolger denkbar sind.

⁹⁰ Jauernig-BGB/*Stürner*, § 1922 Rn. 1.

⁹¹ *Zöller/Vollkommer*, § 325 Rn. 14.

hende Prozessrechtsverhältnis zunächst zu der später verstorbenen Partei bestanden. In dieses Prozessrechtsverhältnis trat der Rechtsnachfolger ein, es erfolgte ein gesetzlicher Parteiwechsel.⁹² Das Urteil ergeht in so einem Fall nur noch für oder gegen den Erben.

Durch den Tod einer Partei ist unter Umständen das Verfahren kraft Gesetzes bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger unterbrochen, § 239 Abs. 1 ZPO. Dies gilt nur nicht, wenn die verstorbene Partei anwaltlich vertreten war, § 246 Abs. 1 Hs. 1 ZPO; dann kann jedoch Aussetzung beantragt werden, § 246 Abs. 1 Hs. 2 ZPO.

Ist trotz Parteiwechsels der Rechtsvorgänger noch im Rubrum des Urteils als Partei bezeichnet, kann dieser Fehler mittels Rubrumsberichtigung gem. § 319 ZPO korrigiert werden,⁹³ sofern der Prozess im Zeitpunkt der Entscheidung nicht unterbrochen oder ausgesetzt war.⁹⁴ Ein während des Verfahrensstillstandes ergangenes Urteil ist dagegen fehlerhaft und kann mit dem im Einzelfall statthaften Rechtsmittel angefochten werden; wirkungslos ist es jedoch nicht.⁹⁵ Nichtigkeit eines solchen Urteils ist insbesondere deshalb ausgeschlossen, weil mit dem in die Parteistellung eingerückten Rechtsnachfolger ein Adressat der Urteilswirkungen zur Verfügung steht. Zudem wäre Wirkungslosigkeit auch nicht mit § 325 ZPO und § 727 ZPO zu vereinbaren.

Dagegen muss ein Urteil dann wirkungslos sein, wenn ein bereits vor Rechtshängigkeit Verstorbener verklagt wird.⁹⁶ Mit diesem kann ein Prozessrechtsverhältnis nicht mehr begründet werden. Auch der Rechtsnachfolger wird durch die Klagezustellung an den Rechtsvorgänger nicht Partei des

⁹² Thomas/Putzo/Hüßtege, § 239 Rn. 1.

⁹³ Zöller/Feskorn, § 239 Rn. 18.

⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2002, 1430, 1431.

⁹⁵ BGHZ 66, 59, 61 f.; 172, 250, 251 Rn. 7; BGH NJW-RR 2013, 1461, 1462; Hk-ZPO/Wöstmann, § 249 Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 125 Rn. 12; Stein/Jonas/Roth, § 249 Rn. 15.

⁹⁶ Stein/Jonas/Jacoby, § 50 Rn. 61 (Urteil falle ins Leere).

Rechtsstreits. Im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge bestand die Parteistellung des Rechtsvorgängers, in die der Rechtsnachfolger hätte eintreten können, noch nicht. Zudem ist die Klage nicht dahingehend auszulegen, dass der Rechtsnachfolger verklagt werden soll.⁹⁷ Für Wirkungslosigkeit in so einem Fall sprechen auch § 325 ZPO und § 727 ZPO, nach denen für die Rechtskrafterstreckung und die Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel Voraussetzung ist, dass Rechtsnachfolge *nach Rechtshängigkeit* eingetreten ist. Will der Kläger in dieser Situation seine Rechte gegenüber dem Rechtsnachfolger gerichtlich geltend machen, muss er diesen selbst verklagen.

Wirksam ist ein Urteil dagegen dann, wenn der Kläger bereits vor Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit verstarb, die Klage jedoch durch seinen Prozessbevollmächtigten eingereicht wurde. Da gem. § 86 ZPO die Prozessvollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt, wirkt diese für den Erben, für den die Klage erhoben wird,⁹⁸ so dass das Urteil gegenüber diesem Wirkungen erzeugt. Wenn der Verstorbene in so einem Fall noch als Partei bezeichnet ist, kann eine Rubrumsberichtigung erfolgen.⁹⁹

Entsprechendes muss gelten, wenn der Kläger, da kein Anwaltszwang bestand, die Klage selbst eingereicht hatte, jener jedoch vor Rechtshängigkeit verstarb. Bereits vor Zustellung an den Beklagten kann der Kläger Verfahrenshandlungen vornehmen, etwa die Klage zurücknehmen, vgl.

§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Somit kommt ihm schon mit Einreichung der Klage die Parteistellung als Kläger zu, in die der Rechtsnachfolger mit dem Tod des Klägers eintreten kann.

Gesamtrechtsnachfolge ist auch bei Gesellschaften oder juristischen Personen möglich, etwa bei der Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach

⁹⁷ BGH WM 2000, 260, 261; MüKo-BGB/*Grothe*, § 204 Rn 22; *Wieczorek/Schütze/Büschler*, § 325 Rn. 19.

⁹⁸ BGHZ 121, 263, 265; *Stein/Jonas/Jacoby*, § 50 Rn. 60; *Zöller/Althammer*, Vor § 50 Rn. 13.

⁹⁹ *Stein/Jonas/Jacoby*, § 50 Rn. 60.

dem Umwandlungsgesetz, vgl. § 20 Abs. 1 UmwG.¹⁰⁰ Obige Ausführungen gelten dann entsprechend.

b) Unbekannte Rechtsfolge und unbestimmter sowie nicht bestimmbarer Urteilsinhalt

Auch wenn das Gericht eine dem geltenden Recht unbekannte Rechtsfolge ausspricht,¹⁰¹ ist völlig unklar, an was die Parteien gebunden sind, was vollstreckt oder was gestaltet werden soll, so dass auch dieser Fehler für Wirkungslosigkeit sorgt. Gleiches gilt zumindest bei Leistungsurteilen und Feststellungsurteilen, wenn der Urteilsinhalt unbestimmt und auch nicht bestimmbar ist, so dass die jeweilige Entscheidung weder der materiellen Rechtskraft fähig noch vollstreckbar ist.¹⁰² Bei Gestaltungsurteilen muss die Unbestimmtheit bzw. Unbestimmbarkeit, um zur Wirkungslosigkeit zu führen, offen lassen, was gestaltet wurde.

c) Nichtexistenz des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses

Nach einer verbreiteten Ansicht soll ein stattgebendes Gestaltungsurteil auch wirkungslos sein, wenn ein zu gestaltendes Rechtsverhältnis nicht (mehr) existiert, das Urteil also „ins Leere geht“.¹⁰³ Ein Beispiel dafür ist die Scheidung einer Nicht-Ehe, also einer Ehe, die nicht nach den Voraussetzungen des § 1310 Abs. 1 BGB geschlossen und nicht nach § 1310 Abs. 3 BGB geheilt, oder die gem. § 1303 S. 2 BGB mit einer Person, die noch nicht das

¹⁰⁰ Zöller/Vollkommer, § 325 Rn. 16.

¹⁰¹ Hk-ZPO/Saenger, Vor §§ 300-329 Rn. 12; Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 21; einschr.: Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 17.

¹⁰² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 26; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 12.

¹⁰³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 26; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 14; vgl. auch Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 22.

16. Lebensjahr vollendet hat, eingegangen wurde.¹⁰⁴ Dass einem solchen Gestaltungsurteil die Gestaltungswirkung fehlen muss, ist mit den oben herausgearbeiteten Grundsätzen vereinbar. Denn wie soll ein Rechtsverhältnis, das nicht vorhanden ist, umgestaltet werden? Problematisch ist aber, dass einem Gestaltungsurteil nach ganz h.M. noch weitere materielle Urteilstwirkungen zukommen. Ein Gestaltungsurteil erwächst ebenso in materielle Rechtskraft, die aber einen etwas anderen Bedeutungsgehalt hat als bei Feststellungs- und Leistungsurteilen. Aus der materiellen Rechtskraft eines Gestaltungsurteils folgt nicht, dass das „Ergebnis“ der gerichtlichen Entscheidung, z.B. die Scheidung der Ehe, der Ausschluss des Gesellschafters aus einer Gesellschaft o.ä. für die Prozessparteien verbindlich ist. Diese Aufgabe übernimmt vielmehr die Gestaltungswirkung, denn die durch die Gestaltung hervorgerufene Veränderung der Rechtslage betrifft jedermann, zuvörderst die Parteien. Die materielle Rechtskraft des stattgebenden Gestaltungsurteils beinhaltet dagegen die für die Parteien verbindliche Feststellung, dass der Kläger im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung einen Anspruch auf Gestaltung hatte. Nur so kann verhindert werden, dass der Beklagte mit der Behauptung, der Kläger habe kein Recht auf Gestaltung gehabt, gestaltungsbedingte Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche geltend macht.¹⁰⁵ Die materielle Rechtskraft ist neben der Gestaltungswirkung demnach nicht verzichtbar.¹⁰⁶ Diese müsste, damit das Gestaltungsurteil gänzlich wirkungslos ist, ebenfalls entfallen. Dies ist bei Fehlen eines gestaltbaren Rechtsverhältnisses aber nicht zwangsläufig der Fall. Bindungsadressaten sind nämlich trotzdem grundsätzlich existent, jedenfalls dann, wenn das Fehlen des Rechtsverhältnisses nicht auf der Nichtexistenz der Parteien gründet. Die Feststellung, dass im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ein Gestaltungsrecht bestand, setzt ebenfalls nicht voraus, dass das zu gestaltende Rechtsverhältnis vorhanden war.¹⁰⁷ Die Entscheidung mag in diesem Aspekt dann zwar unrichtig sein, völlig wirkungslos ist sie jedoch nicht.

¹⁰⁴ *Dethloff*, § 3 Rn. 42 f.

¹⁰⁵ *Lakkis*, S. 189 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 92 Rn. 16.

¹⁰⁶ A.A.: *Lent*, ZZP 61 (1939), S. 279, 310 ff.

¹⁰⁷ *G. Hein*, S. 134.

Fehlt ausschließlich das zu gestaltende Rechtsverhältnis, wäre es also richtig von einem wirkungsgeminderten Urteil zu sprechen, also einem Urteil, dem es nur an einem Teil der Urteilswirkungen – nämlich der Gestaltungswirkung – mangelt.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass Gestaltungsurteile generell nicht nichtig sein können. Liegen andere Nichtigkeitsgründe vor (bspw. Nichtexistenz der Partei oder Ausspruch einer dem Recht unbekanntem Rechtsfolge), wird auch ein Gestaltungsurteil im Einzelfall vollkommen wirkungslos sein.

2. Fehlendes rechtliches Können des Gerichts

a) Urteil gegenüber einem Exterritorialen

Der Wirkungslosigkeit zu Grunde liegen kann in Anlehnung an die Vollmachtstheorie aber auch das rechtliche Unvermögen des Gerichts, eine wirksame Entscheidung zu erlassen. Ein solcher Fall liegt vor, wenn dem Gericht die Gerichtsbarkeit fehlt,¹⁰⁸ wenn es z.B. eine Entscheidung gegenüber einem Exterritorialen erlässt. Die Gerichtsbarkeit, d.h. rechtsprechende Gewalt, ist die Verwirklichung der Rechtsordnung durch die Organe der rechtsprechenden Gewalt, die Gerichte.¹⁰⁹ Sie besteht nicht grenzenlos. Die Gerichte sind in der Ausübung ihrer rechtsprechenden Gewalt sowohl in räumlicher wie auch in personeller Hinsicht beschränkt.¹¹⁰ Sie können über ihre in diesem begrenzten Umfang verliehene Möglichkeit, Recht zu sprechen, nicht hinausgehen. Demzufolge ist ein Urteil, das seinen „Wirkungskreis“ übersteigt – besser: übersteigen soll –, gegenüber dem, der außerhalb

¹⁰⁸ Anders/Gehle/Hunke, Vor § 300 Rn. 14; Hk-ZPO/Saenger, Vor §§ 300-329 Rn. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rn. 23; einschr.: Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., Vor §§ 578-591 Rn. 10.

¹⁰⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 9 Rn. 1.

¹¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 19 Rn. 1.

dieses „Wirkungskreises“ steht, wie also einem Exterritorialen, ohne Wirkung.

b) Fehlende Anhängigkeit oder Rechtshängigkeit

Umstritten ist dagegen, ob ein Urteil auch dann unwirksam ist, wenn es in einem nicht anhängigen Verfahren ergeht, d.h. wenn es an einer wirksamen Klageeinreichung fehlt.¹¹¹ Die Wirkungslosigkeit könnte sich hier schon aus § 322 Abs. 1 ZPO ergeben. Gem. § 322 Abs. 1 ZPO sind Urteile der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden wurde. Hiermit ist der Anspruch im prozessualen Sinne, d.h. der Streitgegenstand, gemeint, der sich nach h.M. aus dem Klageantrag und dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt ergibt.¹¹² Wenn also ein Klageantrag schon nicht vorliegt, könnte man mit § 322 Abs. 1 ZPO darauf schließen, dass ein Anspruch i.S.d. Norm und damit schon der Gegenstand der materiellen Rechtskraft fehlt.¹¹³ Der Zweck von § 322 Abs. 1 ZPO und die Systematik sprechen aber gegen diese Schlussfolgerung.

§ 322 Abs. 1 ZPO soll nicht die Existenzvoraussetzungen der materiellen Rechtskraft regeln. Die Norm soll vielmehr nur den Umfang der vorausgesetzten materiellen Rechtskraft in objektiver Hinsicht begrenzen.¹¹⁴ Für die Begrenzung ist aber die Entscheidung als solche, nicht der (vermeintliche) Anspruch, der ihr zu Grunde lag, maßgeblich.¹¹⁵ Die Frage, welcher An-

¹¹¹ Dies bejahen BGH NJW-RR 2014, 903 Rn. 7; LAG Frankfurt a.M. BB 1982, 1924, 1925; *Jauernig*, S. 152 ff.; *Wieczorek/Schütze/Rensen*, Vor § 300 Rn. 23; vgl. auch BayOblG NJW – RR 2000, 671, 672 (nichtiger Beschluss bei fehlender Beschwerdeeinlegung) einschr.: *A. Blomeyer*, § 81 III 2a (keine Wirkungslosigkeit bei Klagerücknahme); a.A. *G. Hein*, S. 90 ff.

¹¹² BGH NJW 2003, 2317, 2318; 2013, 540 Rn. 14; 2016 Rn. 27; BeckOK-ZPO/*Gruber*, § 322 Rn. 20; Hk-ZPO/*Saenger* Einf Rn. 109; *Musielak/Voit/Musielak*, Einl. Rn. 73 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 154 Rn. 2; *Thomas/Putzo/Seiler* Einl II Rn. 5, 11; *Wieczorek/Schütze/Büscher* § 322 Rn. 114; i.E. wohl auch MüKo-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rn. 112.

¹¹³ So *Fuchs*, Gruchot 41 (1897), S. 116, 123 (zu § 293 CPO).

¹¹⁴ *Prütting/Gehrlein/Völzmann-Stickelbrock*, § 322 Rn. 1.

¹¹⁵ A.A.: *Fuchs*, Gruchot 41 (1897), S. 116, 123.

spruch erhoben wurde, ist selbst schon Inhalt der gerichtlichen Entscheidung.¹¹⁶

Würde sich schon aus § 322 Abs. 1 ZPO ergeben, dass einem Urteil, welches ohne Klageantrag erging, die Rechtskraft fehlt, wäre außerdem die Vorschrift des § 308 ZPO weitestgehend überflüssig oder in ihrer Bedeutung zumindest erheblich eingeschränkt. Denn soweit das Gericht über den Klageantrag hinausgeht, ist die Entscheidung nicht vom Antrag gedeckt und dürfte, zumindest wenn man aus § 322 Abs. 1 ZPO schließt, dass der Klageantrag Voraussetzung der materiellen Rechtskraft ist, keine Bindungswirkung entfalten. Weshalb es zusätzlich der Regelung des § 308 ZPO bedurfte, die dann allenfalls klarstellende Funktion hätte, ist nicht ersichtlich. Deshalb ist richtigerweise auch anzunehmen, dass § 308 ZPO eigenständige Bedeutung hat und ein Verstoß gegen diese Vorschrift nur zur Anfechtbarkeit führt.¹¹⁷

Das Fehlen eines Klageantrags kann deshalb zumindest nicht aufgrund von § 322 Abs. 1 ZPO die materielle Rechtskraft ausschließen. Selbst wenn dem so wäre, ergäbe sich daraus auch noch nicht zwingend die vollumfängliche Wirkungslosigkeit, jedenfalls dann nicht, wenn einem Urteil noch andere materielle Urteilswirkungen zukommen. So ist z.B. die Vollstreckbarkeit eines Leistungsurteils grundsätzlich unabhängig von der materiellen Rechtskraft, so dass diese jedenfalls nicht wegen § 322 Abs. 1 ZPO beeinträchtigt wäre. Auf Grundlage von § 322 Abs. 1 ZPO könnte ein solches Urteil also allenfalls wirkungsgemindert sein.

Ohne Bedeutung für die Frage nach der Wirksamkeit muss auch sein, dass ein Urteil, welches außerhalb eines anhängigen Verfahrens erging, in besonders schwerwiegender Weise gegen das Gebot rechtlichen Gehörs,

¹¹⁶ BGH NJW 1999, 287, 288; Stein/Jonas/*Althammer*, 23. Aufl., § 322 Rn. 180.

¹¹⁷ BGH NJW 1999, 287, 288; Stein/Jonas/*Althammer*, 23. Aufl., § 308 Rn. 23; *Musielak*, FS Schwab, S. 349, 360 ff.

Art. 103 Abs. 1 GG, verstößt.¹¹⁸ Allein die Schwere eines Gesetzesverstoßes kann nicht für eine Abweichung vom Anfechtungsprinzip ausschlaggebend sein.¹¹⁹

Dass ein außerhalb eines anhängigen Verfahrens ergangenes Urteil nicht wegen § 322 Abs. 1 ZPO und auch nicht wegen des besonders schwerwiegenden Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG nichtig ist, heißt aber nun noch nicht, dass die Wirkungslosigkeit nicht auf anderen Gründen beruht. Die Wirkungslosigkeit könnte sich im Falle eines fehlenden Klageantrags auch aus der Überschreitung des gerichtlichen Könnens ergeben.

Durch einen Klageantrag wird das Gerichtsverfahren eingeleitet.¹²⁰ Dies ist als Ausprägung des Dispositionsgrundsatzes allein den Parteien überlassen,¹²¹ so dass ein Urteil ohne Einreichung der Klage außerhalb des Verfahrens ergeht.¹²² Dem Gericht fehlt in so einem Fall die „Handlungsgrundlage“.¹²³ Das könnte einerseits zur Folge haben, dass das Gericht nicht handeln *darf* – dann wäre die Nichtigkeit zu verneinen –, oder aber bewirken, dass das Gericht schon gar nicht wirksam entscheiden *kann*. Für letzteres spricht, dass Rechtsprechung (im materiellen Sinne) als Streitentscheidung am Maßstab des Rechts durch einen unbeteiligten Dritten¹²⁴ definiert wird. Liegt ein Klageantrag nur vermeintlich vor, wird seitens des Gerichts zwar beabsichtigt, einen Streit zu entscheiden, tatsächlich liegt ein solcher Streit aber gar nicht vor. Da die Rechtsprechung ihre Gewalt nicht aus eigener Initiative, sondern nur aufgrund äußerer Veranlassung ausüben kann¹²⁵ mangelt es an einer solchen äußeren Veranlassung, wenn ein Klageantrag fehlt. Dann kann der richterliche Akt nicht als Rechtsprechung im materiellen Sinne,

¹¹⁸ Wohl a.A.: LG Tübingen JZ 1982, 474, 475 (zur fehlenden Rechtshängigkeit).

¹¹⁹ *Jauernig/Hess*, § 60 Rn. 5.

¹²⁰ VGH München NJW 1959, 1988; *Jauernig*, S. 151; *Musielak/Voit*, Gk-ZPO, Rn. 205.

¹²¹ *Musielak/Voit*, Gk-ZPO, Rn. 205.

¹²² *Jauernig*, S. 151, 153.

¹²³ *Habscheid*, NJW 1959, S. 1988.

¹²⁴ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 9 Rn. 4; *Münch/Mager*, Rn. 519; *Walter*, ZZZ 103 (1990), S. 141, 146; vgl. auch BVerfGE 103, 111, 136 ff.

¹²⁵ *Morlok/Michael*, Rn. 969.

sondern nur als sonstige wirkungslose Handlung qualifiziert werden.¹²⁶ Mit einem solchen Urteil, das außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens ergeht, überschreitet das Gericht sein rechtliches Können. Es liegt dann nicht in der Macht des Gerichts, irgendwelche materiellen Urteilswirkungen herbeizuführen. Das Urteil kann weder materielle Rechtskraft entfalten noch vollstreckbar sein.

Dies steht auch nicht in Widerspruch zu § 308 Abs. 1 ZPO.

§ 308 Abs. 1 ZPO ist Ausfluss der Dispositionsmaxime.¹²⁷ Die Vorschrift bestimmt, dass das Gericht nicht mehr zusprechen darf, als beantragt wurde, und auch in qualitativer Hinsicht an den Klageantrag gebunden ist.¹²⁸ Zweck des § 308 Abs 1 ZPO ist es also, die Entscheidungsbefugnis des Gerichts zu *begrenzen*.¹²⁹ Für die Festlegung der Grenzen knüpft § 308 Abs. 1 ZPO an den Klageantrag an; die Vorschrift setzt also voraus, dass ein solcher überhaupt vorliegt. Die Vorschrift bezweckt dagegen nicht, zu regeln, dass das Gericht überhaupt nur bei Vorliegen (irgend-)eines Antrags entscheiden darf.¹³⁰

Verstößt das Gericht nur gegen § 308 Abs. 1 ZPO, existiert also ein Klageantrag, ergeht das Urteil dennoch innerhalb eines Verfahrens. Es besteht ein Rechtsstreit zwischen den Parteien, den das Gericht (unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO) entscheidet. Spricht das Gericht mehr oder etwas anderes zu, als beantragt wurde, führt dies nicht dazu, dass dieses Urteil nun (teilweise) außerhalb des durch die Zustellung des Klageantrags eingeleiteten Verfahrens ergeht. Dies wiederum rechtfertigt es, dass das Urteil bei einem Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO nur anfechtbar, nicht jedoch unwirksam ist.¹³¹

¹²⁶ Vgl. auch VGH München NJW 1959, 1988 (Fehlen der subjektiven Gerichtsbarkeit).

¹²⁷ Thomas/Putzo/Seiler, § 308 Rn. 1; Zöller/Vollkommer, § 308 Rn. 1.

¹²⁸ Prütting/Gehrlein/Thole, § 308 Rn. 4.

¹²⁹ Musielak/Voit/Musielak, § 308 Rn. 1; Zöller/Vollkommer, § 308 Rn. 1.

¹³⁰ Siehe dazu aber *G. Hein*, S. 89, nach dem ein Urteil ohne Antrag in jedem Falle ein Verstoß gegen § 308 ZPO sein soll.

¹³¹ Vgl. Nachweise in Fn.117.

Insgesamt sollte deshalb angenommen werden, dass ein Urteil, welches ohne Klageantrag erging, wirkungslos ist.¹³²

Auf dieser Grundlage muss man von Urteilsnichtigkeit ebenfalls ausgehen, wenn der Klageantrag zwar existiert, die Klage aber nicht rechtshängig wurde.¹³³ Denn der Beginn des Gerichtsverfahrens setzt Klageerhebung, mithin also Zustellung der Klage, § 253 Abs. 1 ZPO, voraus.¹³⁴ Fehlte diese, erging das Urteil ebenfalls außerhalb des Verfahrens.¹³⁵ Dem Gericht fehlte auch in diesem Fall das rechtliche Können, so dass ein Urteil keinerlei materielle Urteilswirkungen entfalten kann.

Die hier aufgeführten und näher behandelten Urteilsfehler sind nicht abschließend. Diese ausschnittsweise Betrachtung zeigt aber auf, dass sich anhand der festgelegten Grundsätze bestimmen lässt, ob ein Fehler zur Wirkungslosigkeit eines Urteils oder nur zu dessen Anfechtbarkeit führt. Auf dieser Grundlage kann nun eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Nichtigkeit eines Urteils Gegenstand der Feststellung nach § 256 ZPO sein kann, erfolgen.

C. Überblick über Rechtsschutzmöglichkeiten bei Urteilsnichtigkeit

Ein Urteil, dem jegliche materiellen Wirkungen fehlen, das nicht bindet, das, sofern es sich um ein Leistungsurteil handelt, nicht vollstreckbar ist, und das im Falle eines Gestaltungsurteils keine Gestaltungswirkung erzeugt, kann den gewünschten Rechtsschutz nicht erzielen. Der Kläger mag deshalb

¹³² I.E. auch *Musielak* FS Schwab, S. 349, 361.

¹³³ BGH NJW-RR 2006, 565, 566; Stein/Jonas/*Jacobs*, 23. Aufl., Vor § 578-591 Rn. 15; im Ergebnis auch LG Tübingen JZ 1982, 474, 475; *Musielak/Voit/Musielak*, § 300 Rn. 5.

¹³⁴ *Jauernig/Hess*, § 23 Rn. 8.

¹³⁵ Ob ein schwerwiegender Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt, wenn ein Urteil trotz fehlender Rechtshängigkeit ergeht, muss dagegen für die Wirkungslosigkeit irrelevant sein; anders aber LG Tübingen JZ 1982, 474, 475.

das Bedürfnis haben, sein Anliegen erneut vor Gericht zu bringen, um eine wirksame Entscheidung zu erlangen. Dies ist grundsätzlich ohne weiteres möglich, der erneuten Entscheidung steht bei Urteilsnichtigkeit kein rechtskräftiges Urteil entgegen.¹³⁶ Dessen ungeachtet kann das Urteil aber insbesondere für den Beklagten, gegebenenfalls aber auch für den Kläger, Risiken bergen, welche aus dem Anschein der Wirksamkeit des in Wahrheit nichtigen Urteils resultieren. Deshalb mag ein Interesse an der Beseitigung dieses Rechtsscheins bestehen. Um dies zu erreichen, sind verschiedene Wege denkbar. Anerkannt ist, dass Rechtsmittel eingelegt werden können,¹³⁷ auch wenn das nichtige Urteil keine Bindungswirkung entfaltet. Zumindest der von dem Urteil ausgehende Anschein der Rechtswirkungen könne nämlich im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden.¹³⁸ Im Falle eines nichtigen Leistungsurteils sind zur Abwehr einer Vollstreckung außerdem die sogenannte Titelgegenklage analog § 767 ZPO sowie die Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO in Betracht zu ziehen.¹³⁹

Diese Rechtsbehelfe könnten auch Einfluss auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage haben. Sofern sie bei Urteilsnichtigkeit einschlägig sind, mögen sie für die Subsidiarität der Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit sorgen. Damit es auf Subsidiarität ankommt, müsste der Rechtsschein der Wirksamkeit aber überhaupt mit Hilfe einer Feststellungsklage beseitigt werden können und die Feststellungsklage müsste in der Lage sein, gegen die aus dem Rechtsschein der Wirksamkeit erwachsenden Gefahren wirksamen Schutz zu gewähren.

¹³⁶ MüKo-ZPO/*Musielak*, Vor § 300 Rn. 6; Prütting/*Gehrlein/Thole*, Vor § 300 Rn. 12; Thomas/*Putzo/Seiler*, Vor § 300 Rn. 19.

¹³⁷ BGH NJW 1996, 1969, 1970; NJW-RR 2006, 565 Rn. 12; BayObLG NJW-RR 2000, 671, 672 (wirkungsloser Beschluss); *Jauernig/Hess*, § 60 Rn. 4; MüKo-ZPO/*Musielak*, Vor § 300 Rn. 6; Prütting/*Gehrlein/Thole*, Vor § 300 Rn. 12; Thomas/*Putzo/Seiler*, Vor § 300 Rn. 19.

¹³⁸ BGH NJW 1996, 1969, 1970; BayObLG NJW-RR 2000, 671, 672.

¹³⁹ Ausführlich dazu unten, S. 145 ff.

§ 3 Die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO als Rechtsschutz bei wirkungslosen Urteilen

A. Überblick über Rechtsprechung und Lehre

In der Rechtsprechung ist die Zulässigkeit der Klage zur Feststellung der Nichtigkeit eines Urteils oder Beschlusses weitestgehend anerkannt.¹⁴⁰ Mit ausführlichen Angaben zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage hält sich die Rechtsprechung aber in der Regel zurück. In einer Entscheidung, in der der BGH auch über die Wirkungslosigkeit eines Urteils zu entscheiden hatte, äußerte das Gericht zwar, dass das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO grundsätzlich auch dem Prozessrecht angehören könne.¹⁴¹ Wie sich aus der Urteilsnichtigkeit eine prozessrechtliche Beziehung zwischen den Parteien ergebe, ließ der BGH jedoch offen. Ein Feststellungsinteresse begründete das Gericht in derselben Entscheidung schon damit, dass das „bloße Vorhandensein einer nichtigen gerichtlichen Entscheidung (...) die Klägerin in ihrem Recht beeinträchtigt(e)“.¹⁴² Zusätzlich stellte es einen Vergleich zur Feststellung des *Inhalts* eines Urteils her: Weil die Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung des Urteilsinhalts zulässig sei, müsse gleiches auch für die Klage zur Feststellung der Nichtigkeit eines Urteils gelten.¹⁴³

Auch die sonstige Rechtsprechung, die sich mit dem Thema „Feststellung der Urteilsnichtigkeit“ befasst, begnügt sich in der Regel damit, festzuhalten, dass auch die Nichtigkeit eines Urteils tauglicher Klagegegenstand i.S.v. § 256 ZPO sei.¹⁴⁴ Bedingt auch durch die kleine Anzahl an Entscheidungen, die sich mit der Feststellungsklage im Zusammenhang mit der Nichtigkeit eines Urteils (ausführlicher) auseinandersetzen, ist der aus der

¹⁴⁰ BGHZ 29, 223, 230; OLG Frankfurt a. M. ZWE 2013, 229; OLG Düsseldorf NJW 1986, 1763; anders dagegen OLG Frankfurt a.M. NJW 1959, 2023.

¹⁴¹ BGHZ 29, 223, 230.

¹⁴² BGHZ 29, 223, 229.

¹⁴³ BGHZ 29, 223, 230.

¹⁴⁴ Vgl. OLG Frankfurt a. M. ZWE 2013, 229; OLG Düsseldorf NJW 1986, 1763.

Rechtsprechung zu ziehende Erkenntnisgewinn eher gering.

Dies spiegelt sich auch im Schrifttum wider. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den aufkommenden Fragen zur Zulässigkeit der Feststellungsklage bei Urteilsnichtigkeit findet man selten.¹⁴⁵ Der Großteil der Lehre schließt sich aber zumindest im Ergebnis der Rechtsprechung an: Die Klage nach § 256 ZPO bei Urteilsnichtigkeit sei grundsätzlich statthaft, das Feststellungsinteresse hänge jedoch vom Einzelfall ab.¹⁴⁶ Einige Vertreter des Schrifttums verneinen ein Feststellungsinteresse dagegen grundlegend.¹⁴⁷

Den insoweit maßgebenden Feststellungsgegenstand beurteilt die h.L. nicht einheitlich. Während teilweise nur darauf verwiesen wird, dass die Feststellung der *Urteilsnichtigkeit* statthaft sei,¹⁴⁸ so dass man davon ausgehen muss, dass diese Ansicht das Urteil selbst bzw. seine Wirkungslosigkeit als Feststellungsgegenstand ansieht, stellen andere auf ein der Urteilsnichtigkeit zu Grunde liegendes Rechtsverhältnis ab. So werden die Bindung an das Urteil,¹⁴⁹ das Prozessrechtsverhältnis¹⁵⁰ oder auch vollstreckungsrechtliche Beziehungen¹⁵¹ als feststellungsfähige Rechtsverhältnisse in Betracht gezogen.

Dieser h.L. und der Rechtsprechung tritt eine Ansicht entgegen, welche die Zulässigkeit der Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung der Nichtigkeit des Urteils grundlegend, d.h. auch die Statthaftigkeit einer solchen Klage, ablehnt. Weder sei das Urteil selbst Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO noch

¹⁴⁵ Dies bemängelt auch *Loyal*, ZZZ 130 (2017), S. 203, 217.

¹⁴⁶ Vgl. Fn. 3.

¹⁴⁷ So wohl *Lüke*, ZZZ 108 (1995), S. 427, 441.

¹⁴⁸ *Anders/Gehle*, Vor § 300 Rn. 18; *G. Hein*, S. 282 ff. Hk-ZPO/Saenger, Vor § 300-329 Rn. 14; MüKo-ZPO/Musielak, Vor § 300 Rn. 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 62 Rn. 22; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 32; *Wieczorek/Schütze/Rensen*, Vor § 300 Rn. 24.

¹⁴⁹ *Meier*, ZZZ 133 (2020), S. 51, 65; *Musielak/Voit/Foerste*, § 256 Rn. 32; s. auch *Foerste*, ZZZ 107 (1994), S. 370, 373 (zum Feststellungsgegenstand bei wirkungsgeminderten Urteilen).

¹⁵⁰ *Lüke*, JuS 1985, S. 767, 769; *ders.*, ZZZ 108 (1995), S. 427, 441; MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 17.

¹⁵¹ *Meier*, ZZZ 133 (2020), S. 51, 65; so wohl auch *Zöllner/Greger*, § 256 Rn. 4.

bringe das Urteil ein solches zwischen den Parteien hervor.¹⁵²

Welcher dieser beiden grundlegenden Positionen zur Zulässigkeit der Feststellungsklage bei nichtigen Urteilen zu folgen ist, hängt zunächst davon ab, ob die in Betracht kommenden Feststellungsgegenstände grundsätzlich überhaupt Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO sein können.

¹⁵² *Jauernig*, S. 188; *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203 ff.; *Lüke/Zawar*, JuS 1970, S. 205, 212 Fn. 98; v. *Mettenheim*, S. 43 Fn. 90.

B. Die Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei wirkungslosen Urteilen

Da mit der Klage nach § 256 ZPO neben der (Un-)Echtheit einer Urkunde nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden kann,¹⁵³ steht bei der Diskussion der Frage, ob eine Feststellungsklage bei Nichtigkeit eines Urteils Rechtsschutzmöglichkeit sein kann, gerade die Deutung des Tatbestandsmerkmals Rechtsverhältnis im Fokus.

I. Die Relevanz der Bewertung der Klage zur Feststellung des Urteilsinhalts

Bevor jedoch die verschiedenen Möglichkeiten der Deutung des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO in den Blick genommen werden, soll untersucht werden, ob nicht schon von der Zulässigkeit der sog. Inhaltsfeststellungsklage darauf geschlossen werden kann, dass auch die Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit zulässig sein muss.¹⁵⁴

Der Inhalt eines Urteils ergibt sich grundsätzlich aus dem Urteilstenor, welcher zumindest bei Leistungsurteilen im Falle von Unklarheit unter Berücksichtigung des Tatbestandes, der Urteilsgründe und dem in Bezug genommenen Parteivorbringen von den Vollstreckungsorganen ausgelegt werden muss.¹⁵⁵ Einwendungen gegen deren Auslegung können die Parteien mit der Erinnerung nach § 766 ZPO, der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO¹⁵⁶ oder auch mit der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO geltend machen.¹⁵⁷ In Einzelfällen lassen sich jedoch im Vollstreckungsverfahren Umfang und die

¹⁵³ Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 2.

¹⁵⁴ Siehe oben, S. 31 mit Fn. 143.

¹⁵⁵ BGH NJW 2008, 153 Rn. 22; BGH NJW NJW-RR 2013, 511 Rn. 11; Brox/Walker, § 3 Rn. 22; Wieczorek/Schütze/Büscher, § 322 Rn. 120 ff.

¹⁵⁶ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 10 Rn. 43.

¹⁵⁷ Wieczorek/Schütze/Hess, § 704 Rn. 9; vgl. auch OLG Karlsruhe OLGZ 1991, 227, 228 f.

Reichweite des Urteils nicht oder nicht gänzlich feststellen. Jedenfalls dann müssen zur Auslegung weitere, außerhalb des Urteils liegende Umstände herangezogen werden, wie z.B. die Klageanträge und Parteivorträge,¹⁵⁸ die von den Vollstreckungsorganen nicht berücksichtigt werden dürfen.¹⁵⁹

Nach überwiegender Ansicht können die Parteien, selbst wenn ein wirksamer Vollstreckungstitel vorliegt, sie jedoch über Umfang und Reichweite des Titels streiten, ein Gericht mittels Feststellungsklage gem. § 256 ZPO mit der Titelauslegung befassen, sofern im Einzelfall ein Feststellungsinteresse besteht.¹⁶⁰ Daneben habe der Schuldner die Möglichkeit, sich mittels Titelgegenklage analog § 767 ZPO gegen die Vollstreckung aus solch einem Titel zu wehren.¹⁶¹ Da im Vollstreckungsverfahren aber nur über die Zulässigkeit der Einzelmaßnahme, nicht über den Inhalt des Titels selbst entschieden werde, ginge der durch das ordentliche Verfahren gewährte Rechtsschutz über den im Vollstreckungsverfahren gewährten Schutz hinaus, so dass das Feststellungsinteresse trotz der Rechtsschutzmöglichkeit durch Titelgegenklage analog § 767 ZPO nicht entfalle.¹⁶² Ähnliches gelte für das Verhältnis zwischen Feststellungsklage und erneuter Leistungsklage. Die erneute Klage des Gläubigers könne zwar zulässig sein,¹⁶³ verdränge eine Feststellungsklage aber nicht, weil letztere genauso geeignet sei, den Rechtsstreit vollständig beizulegen.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Vgl. RGZ 147, 27, 29 f.

¹⁵⁹ BGH NJW 1986, 1440; MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 8.

¹⁶⁰ RGZ 82, 161, 164; BGHZ 36, 11, 13 f.; BGH NJW 1972, 2268; 1997, 2320, 2321; BGH NJW 2018, 235 Rn. 31; Brox/Walker § 3 Rn. 30; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard § 10 Rn. 43; MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 8; Wieczorek/Schütze/Hess, § 704 Rn. 10; a.A.: Loyal, ZZP 130 (2017) S. 203, 205 ff.

¹⁶¹ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 10 Rn. 43, § 37 Rn. 90.

¹⁶² Vgl. BGH GRUR 1952, 577, 579; NJW 2018, 235 Rn. 31.

¹⁶³ A.A.: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 10 Rn. 43. Richtigerweise kann eine erneute Leistungsklage nur zulässig sein, wenn die materielle Rechtskraft nicht entgegensteht. Anders als offenbar MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 8 annimmt, erwächst eine Entscheidung nur dann nicht in materielle Rechtskraft, wenn der Umfang und die Reichweite der materiellen Rechtskraft auch nicht mit Hilfe von Klageanträgen usw. *bestimmbar* sind. Sind Umfang und Reichweite der materiellen Rechtskraft zumindest teilweise bestimmbar, muss das Gericht den bindenden Teil der Entscheidung berücksichtigen, so auch Brox/Walker, § 3 Rn. 30; Wieczorek/Schütze/Hess, § 704 Rn. 10.

¹⁶⁴ MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 8; vgl. auch BGHZ 36, 11, 14.

Für die Vergleichbarkeit von Inhalts- und Nichtigkeitsfeststellungsklage ist wichtig, welcher Feststellungsgegenstand überhaupt der Inhaltsfeststellungsklage zu Grunde liegt. In schon genannter Entscheidung des BGH¹⁶⁵ heißt es, dass es sich bei der Feststellung des Urteilsinhalts *gleichzeitig* auch um die Feststellung des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses handele. Das deutet darauf hin, dass das Gericht zumindest in dieser Entscheidung davon ausging, dass grundsätzlich das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis, über das das streitgegenständliche Urteil entschieden hatte, bei einer Inhaltsfeststellungsklage den Feststellungsgegenstand darstellt.

Denkbar wäre das aber nur auf Grundlage der sogenannten materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie. Nach der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie beeinflusst ein wirksames Urteil das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, indem es die materielle Rechtslage verändert bzw. neu erschafft.¹⁶⁶ Dieser Theorie zufolge gleichen sich Inhalt des Urteils und der Inhalt der materiellen Rechtslage nach Rechtskrafteintritt, so dass die Auslegung des rechtskräftigen Urteils der Auslegung des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses entsprechen würde. Vorteile bietet diese Ansicht zwar bei unrichtigen Urteilen, denn mit ihrer Hilfe können Widersprüche und Konflikte vermieden werden, die dadurch entstehen, dass die durch das Urteil festgestellte und die wahre materielle Rechtslage auseinanderfallen.¹⁶⁷ Der dem Rechtsstaatsprinzip innewohnende Grundsatz der Gewaltenteilung steht der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie jedoch entgegen: Aufgabe der Gerichte ist es, Recht zu sprechen, d.h. die bestehende Rechtslage zu erkennen, und nicht, die Rechtslage zu gestalten (Ausnahme: Gestaltungsurteile) und neues Recht zu schaffen.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist die materielle Rechtskrafttheorie auch kaum mit den Vorschriften über die Wiederauf-

¹⁶⁵ BGHZ 29, 223, 230.

¹⁶⁶ Kohler, FS Klein, S. 1; Pagenstecher, S. 305 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Kohler, FS Klein, S. 3 f.

¹⁶⁸ Hk-ZPO/Saenger, § 322 Rn. 11; Musielak, FS Nakamura, S. 423, 426; Wach, Handbuch, S. 8.

nahme des Verfahrens vereinbar. In den Fällen der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gem. §§ 578 ff. ZPO wird eine Sache aufgrund eines besonders schwerwiegenden Fehlers i.S.v. §§ 579, 580 ZPO trotz Rechtskraft des Urteils erneut vor Gericht verhandelt. In diesem Verfahren wird auf die ursprüngliche materielle Rechtslage abgestellt, die nach der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie gar nicht mehr bestehen dürfte.¹⁶⁹ Deshalb muss mit der heute ganz herrschenden prozessualen Rechtskrafttheorie die materielle Rechtslage auch nach Eintritt der Rechtskraft vom Urteilsinhalt unabhängig bestehen bleiben.¹⁷⁰ Da damit der Urteilsinhalt und das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis nicht notwendigerweise identisch sind, wird mit Feststellung des Urteilsinhalts im Ergebnis nicht gleichzeitig der Inhalt des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses festgestellt. Der Inhaltsfeststellungsklage muss also ein vom materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis abweichender Feststellungsgegenstand zu Grunde liegen.

Damit bleibt fraglich, ob das Urteil selbst oder doch ein von dem Urteil zu unterscheidendes Rechtsverhältnis diese Funktion übernimmt. Sieht man in dem Urteil selbst den Feststellungsgegenstand der Inhaltsfeststellungsklage, bedarf es der Begründung, wie sich aus einer gerichtlichen Entscheidung eine rechtliche Beziehung zwischen einer Person und einer anderen Person oder Sache ergeben kann oder warum von dem Erfordernis einer rechtlichen Beziehung (ausnahmsweise) abgewichen werden darf. Will man ein von dem Urteil abweichendes Rechtsverhältnis (welches wiederum nicht das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis ist) als Feststellungsgegenstand heranziehen, bedarf es erst recht weitergehender Erklärungen. Vor allem muss das Rechtsverhältnis benannt werden.

Fest steht also, dass auch die Statthaftigkeit einer Klage zur Feststellung des Urteilsinhalts nicht unkritisch angenommen werden darf. Vielmehr treten,

¹⁶⁹ Vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 13.

¹⁷⁰ Für die prozessrechtliche Theorie sprechen sich u.a. aus: BGH NJW 1951, 886; Hk-ZPO/Saenger, § 322 Rn. 10 f.; MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 9 ff.; Musielak, FS Nakamura, S. 423, 426; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 152 Rn. 7 ff.

wie sich später noch deutlicher zeigen wird, in diesem Zusammenhang Fragen und Probleme auf, die so oder so ähnlich auch bei Feststellung der Urteilsnichtigkeit relevant werden. Hierbei sind insbesondere die Fragen, ob das Urteil oder sein Inhalt bzw. seine Nichtigkeit Feststellungsgegenstand sein dürfen und ob auch prozessuale Rechtsverhältnisse solche i.S.v. § 256 ZPO sein können, gemeint.

Nur weil sich wegen der vorhandenen Parallelen Erkenntnisse über die Statthaftigkeit der Inhaltsfeststellungsklage eigentlich auf die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsfeststellungsklage übertragen ließen, hilft der Verweis auf die Zulässigkeit der Inhaltsfeststellungsklage zur *Begründung* der Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei Urteilsnichtigkeit im Ergebnis nicht weiter. Solange nicht geklärt und vor allem hinreichend begründet wird, welcher Klagegegenstand der Inhaltsfeststellungsklage zu Grunde liegt, kann die (angebliche) Statthaftigkeit dieser Klage die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsfeststellungsklage nicht stützen.¹⁷¹

Angemerkt sei auch, dass man, selbst wenn man der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie folgen würde, zu keinem anderen Ergebnis käme. Nach der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie beeinflusst nur ein *rechtskräftiges*, also wirksames oder zumindest nur wirkungsgemindertes Urteil die materielle Rechtslage. Weist ein Urteil dagegen überhaupt keine Wirkung auf, erwächst es also insbesondere nicht in materielle Rechtskraft, könnte es schon deshalb auch nicht die materiell-rechtliche Rechtslage zwischen den Parteien beeinflussen. Da aus der Nichtigkeit des Urteils also keine Rückschlüsse auf das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu ziehen sind, kann die Statthaftigkeit der Inhaltsfeststellungsklage erst recht nicht unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie für die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsfeststellungsklage sprechen.

Demnach ist es unumgänglich, sich mit der Deutung des Merkmals Rechtsverhältnis auseinanderzusetzen, um zu überprüfen, ob das Urteil bzw. die

¹⁷¹ Im Ergebnis auch *Windel*, ZZP 102 (1989), S. 175, 226.

Nichtigkeit des Urteils oder aber ein hiermit zusammenhängendes Rechtsverhältnis Gegenstand der Klage nach § 256 ZPO sein kann.

II. Der Feststellungsgegenstand

Allein aufgrund der doch sehr allgemein gehaltenen Definition des Rechtsverhältnisses, das als auf einem konkreten Sachverhalt beruhendes rechtliches Verhältnis zwischen einer Person und einer anderen Person oder einer Sache verstanden wird, werden Inhalt und Ausgestaltung der Beziehung und die an dieser Beziehung beteiligten Personen kaum näher bestimmt. Insofern ist die Diskussion um den zulässigen Feststellungsgegenstand in vielen Bereichen noch immer von Ungewissheit und Uneinigkeit geprägt.¹⁷²

1. Die Nichtigkeit des Urteils als Feststellungsgegenstand

Ein Urteil ist selbst keine rechtliche Beziehung. Auch die Nichtigkeit des Urteils ist zwar rechtliche Eigenschaft des Titels und gegebenenfalls auch Vorfrage für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, stellt aber kein rechtliches Verhältnis zwischen einer Person und einer anderen Person oder Sache dar. Damit die Urteilsnichtigkeit selbst Feststellungsgegenstand sein kann, muss ein weitgefasteres, von der gängigen Definition losgelöstes Verständnis vom Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis zu Grunde gelegt werden. Zur Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis gibt es jedoch verschiedene Ansichten.

¹⁷² So auch *Habscheid*, ZZP 112 (1999), S. 37, 38 f.; *Zeuner*, FS Schumann, S. 595, 597.

a) Der Meinungsstand zur Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis im Allgemeinen

Die wohl überwiegende Ansicht¹⁷³ orientiert sich bei der Auslegung der Voraussetzung Rechtsverhältnis an der schon mehrfach genannten Definition dieses Merkmals, nach der insbesondere eine rechtliche *Beziehung* gegeben sein muss. Bloße Vorfragen oder Elemente¹⁷⁴, die nicht selbst ein eigenständiges Rechtsverhältnis bilden, bloße Tatsachen, mit Ausnahme der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde,¹⁷⁵ Eigenschaften einer Person, wie z.B. die Geschäftsfähigkeit¹⁷⁶ oder auch die Wirksamkeit einer Willenserklärung¹⁷⁷ seien von der Feststellbarkeit nach § 256 ZPO ausgeschlossen.

Demgegenüber will sich ein Teil der Lehre vom Begriff Rechtsverhältnis und dessen gängiger Definition weitestgehend lösen und plädiert für eine Feststellbarkeit von z.B. auch Elementen und Vorfragen, die nicht selbst Rechtsverhältnis sind.¹⁷⁸ Unter anderem wird vorgeschlagen, Rechtsverhältnis mit Streitgegenstand gleichzusetzen¹⁷⁹ oder aber immer dann vom Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses auszugehen, wenn ein Urteil nach § 256 ZPO notwendig ist, um den Streit umfassend beizulegen und um weitere Verfahren obsolet zu machen oder erheblich zu vereinfachen.¹⁸⁰ Nach letztgenannter Ansicht spricht für eine solch weite Auslegung,

¹⁷³ Die an dieser Stelle präsentierte Ansicht umfasst sowohl die Teile der Lit. und Rspr., die nur materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse als Feststellungsgegenstand zulassen wollen, als auch diejenigen Vertreter aus Lit. und Rspr., die *unabhängig von der Rechtsnatur* gewisse Feststellungsgegenstände (z.B. Vorfragen, Elemente etc.) von der Klage nach § 256 ZPO ausschließen. Zur Unterscheidung auch dieser beiden Ansicht siehe unten, S. 48 f.

¹⁷⁴ BGH NJW 1977, 1288, 1289; 2010, 2793 Rn. 16; Prütting/Gehrlein/Geisler, § 256 Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 37.

¹⁷⁵ RGZ 85, 440, 441 f.; BGH NJW-RR 1992, 252; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 37.

¹⁷⁶ Anders/Gehle/Anders, § 256 Rn. 15.

¹⁷⁷ BGH NJW 1990, 911; NJW-RR 1992, 252.

¹⁷⁸ MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 27; in diese Richtung auch Zeuner, FS Schumann, S. 595, 602 ff.; Habscheid, ZJP 112 (1999), S. 37, 46 ff.; Brehm, 50 Jahre BGH, S. 89, 104 ff.

¹⁷⁹ Brehm, 50 Jahre BGH, S. 89, 105.

¹⁸⁰ Scherer, JR 2001, S. 441, 444.

dass Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden könnten: Was als Vorfrage, Teil oder Element eines Rechtsverhältnisses nicht feststellungsfähig sei, lasse sich nämlich nicht oder nur schwer bestimmen.¹⁸¹ Zudem entspreche eine weite Auslegung dem Gebot effektiven Rechtsschutzes¹⁸² und diene in einigen Fällen sogar der Prozessökonomie. Eine umfassende Beilegung eines Rechtsstreits und die Vermeidung weiterer Prozesse sei teilweise unmöglich, wenn nicht auch Vorfragen oder Elemente eines Rechtsverhältnisses Feststellungsgegenstand seien.¹⁸³ Stelle man Rechtsverhältnis mit Streitgegenstand gleich, profitiere zudem (vor allem) die klagende Partei: Sie müsse ihren Klageantrag dann nicht künstlich erweitern oder umstellen, um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu ermöglichen.¹⁸⁴ Nach den Fürsprechern dieser weitgefassten Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis soll die Gefahr eines ausufernden Rechtsschutzes mit Hilfe des anpassungsfähigeren Kriteriums des Feststellungsinteresses gebannt werden.¹⁸⁵ So sei die Klage den Gegebenheiten entsprechend flexibel anwendbar, könne aber im Einzelfall dennoch wirksam begrenzt werden.¹⁸⁶

b) Stellungnahme

Ist ein Rechtsbegriff offen gefasst, weil er viele verschiedene Fälle erfassen muss, um umfassenden Rechtsschutz gewähren zu können, bereitet es zwangsläufig Schwierigkeiten, zwischen erfassten und nicht erfassten Tatbeständen zu unterscheiden. Dies gilt in gewissem Maße auch für das Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis. Dass es sich hierbei um einen grenzenlo-

¹⁸¹ Kritisch zur Abgrenzung von Rechtsverhältnis und Vorfragen, Elementen, etc.: *Scherer*, JR 2001, S. 441, 442 f.; *Trzaskalik*, S. 132 ff.; *Zeuner*, FS Schumann, S. 595, 597 ff.

¹⁸² MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 27; *Zeuner*, FS Schumann, S. 595, 604.

¹⁸³ *Scherer*, JR 2001, S. 441, 444.

¹⁸⁴ *Brehm*, 50 Jahre BGH, S. 105 f.

¹⁸⁵ MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 27.

¹⁸⁶ *Brehm*, 50 Jahre BGH, S. 106; *Zeuner*, FS Schumann, S. 595, 604.

sen Rechtsbegriff handelt, ist jedoch unzutreffend. Mit Hilfe der Wortbestandteile Recht und Verhältnis und der darauf aufbauenden Definition¹⁸⁷ können viele Klagegegenstände, wie z.B. die Wirksamkeit einer Willenserklärung oder die bloße Geschäftsfähigkeit einer Person, eindeutig ausgeschlossen werden. Jedenfalls dann, wenn das Element der (rechtlichen) Beziehung, das Element der Verbindung fehlt, liegt offensichtlich kein Rechtsverhältnis vor. Dass die Rechtslage in anderen Konstellationen dagegen strittig sein kann, lässt sich wie immer, wenn ein Tatbestandsmerkmal Interpretationsspielraum bietet, nicht verhindern. Das sollte aber nicht dazu führen, jegliche Begrenzung, die durch den Wortlaut vorgegeben wird, aufzugeben.

Die Zulässigkeit der Klage nach § 256 ZPO soll nach den Fürsprechern der weitgefassten Auslegung zwar mit Hilfe des Feststellungsinteresses eingedämmt werden. Das würde in der Praxis aber zwangsläufig dazu führen, dass die Entscheidung der zuständigen Gerichte über die Zulässigkeit der Klage fast ausschließlich vom Einzelfall abhängig wäre. Dies trüge zum einen nicht zur Rechtssicherheit bei. Da damit auch eine gefestigte Rechtsprechung, nach der ein bestimmter Klagegegenstand *nicht* Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO ist, ausschiede, würde sich zum anderen zwangsläufig auch die Belastung der Gerichte erhöhen, schließlich wären Klagen, die mangels Vorliegens einer rechtlichen Beziehung eigentlich abzuweisen wären, womöglich doch zulässig.

Bei weiter Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis drohen außerdem überflüssige Prozesse. So etwa, wenn mehrere Tatbestandsmerkmale dessel-

¹⁸⁷ Gerade nur die sich aus dem Wortlaut ergebende Definition, die auch überwiegend anerkannt ist, sollte entscheidend dafür sein, ob ein tauglicher Feststellungsgegenstand vorliegt. Dagegen ist es nicht entscheidend, ob der Gegenstand nun als Vorfrage, Element o.ä. eingeordnet wird. Diese Kategorisierung kann zwar helfen, für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Klagegegenständen aber nicht *entscheidend* sein. Dass *Trzaskalik*, S. 132 ff., eine zuverlässige Unterscheidung zwischen Vorfragen, Elementen oder Eigenschaften auf der einen Seite und Rechtsverhältnissen auf der anderen Seite für nicht oder nur schwer möglich hält, kann deshalb nicht für eine weite Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis sprechen.

ben Rechtsverhältnisses unsicher sind und der Rechtsstreit mit der Entscheidung über nur eines der Merkmale nicht ausgeräumt werden kann.¹⁸⁸ Nicht immer wird das Gericht schon bei der Entscheidung über den (ersten) Klageantrag die Weitsicht haben, das Feststellungsinteresse deshalb zu verneinen, weil ein Verfahren zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines weiteren Elements des Rechtsverhältnisses ohnehin noch durchgeführt werden müsste.

Auch für ausreichende Rechtsschutzgewähr ist es nicht notwendig, nahezu jegliche Begrenzung der Statthaftigkeit der Klage nach § 256 ZPO aufzugeben. Zwar erwächst bei Feststellung eines Rechtsverhältnisses die Entscheidung über bloße Vorfragen nicht in Rechtskraft. In vielen Fällen lässt sich der Antrag aber auch so umstellen bzw. auslegen, dass die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt wird.¹⁸⁹ Sofern dies ebenso dem verfolgten Rechtsschutzziel des Klägers dient, nämlich die konkrete Gefahr beseitigt, entstehen für diesen keine Nachteile.

Im Einzelfall mag ein Element, eine Vorfrage o.ä. für mehrere zukünftige Prozesse relevant sein. Der Annahmeverzug, § 300 BGB, der, genauso wie der Schuldnerverzug, eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen und damit nur eine Vorfrage und kein eigenständiges Rechtsverhältnis ist,¹⁹⁰ kann z.B. für den Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen, § 304 BGB, aber auch für den Umfang des Nutzungersatzes des Gläubigers, § 302 BGB, ausschlaggebend sein. Dann könnte eine Vorabentscheidung über diese Vorfrage verhindern, dass in künftigen Prozessen stets neu über dieses Element entschieden werden

¹⁸⁸ So auch Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 38.

¹⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1962, 1913 f. (Das Gericht legt einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Anfechtungserklärung als Antrag auf Feststellung des Bestehens der durch ein Testament hergestellten Rechtsbeziehung aus.).

¹⁹⁰ BGH NJW 2000, 2280, 2281; 2663, 2664; 2015, 873 Rn. 23

müsste.¹⁹¹ Die Parteien würden zudem vor widersprüchlichen Entscheidungen bewahrt.¹⁹² Jedoch sind von Gesetzes wegen einerseits ohnehin schon Lösungen vorgesehen, um diesen Gefahren zu begegnen. So können Ansprüche des Schuldners (z.B. der Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen gem. § 304 BGB) und Gläubigers (z.B. der Anspruch auf Nutzungserersatz gem. § 302 BGB) im Wege von Klage und Widerklage erhoben werden. Der zumindest nach der Rechtsprechung für die Statthaftigkeit¹⁹³ einer jeden Widerklage erforderliche Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln ist weit auszulegen, es genügt, wenn beide auf demselben rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnis beruhen, ohne dass eine völlige Identität des Rechtsgrunds vorhanden sein muss.¹⁹⁴ Das wird in aller Regel vorliegen, wenn es für beide Klagen auf dieselbe Vorfrage ankommt. Insofern können häufig schon mit der Widerklage widersprüchliche Ergebnisse vermieden werden.¹⁹⁵

Hinsichtlich der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Klage auf Feststellung des Annahmeverzuges macht auch die Rechtsprechung zudem nur in spezifischen Einzelfällen Ausnahmen. Der Annahmeverzug sei nur dann tauglicher Feststellungsgegenstand, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Klägers bestehe, den für die Vollstreckung nach §§ 756, 765 ZPO erforderlichen Nachweis des Annahmeverzuges bereits im Erkenntnisverfahren erbringen zu können.¹⁹⁶

Selbst wenn mit den vorgesehenen prozessualen Mitteln im Einzelfall keine zufriedenstellende Lösung gefunden werden kann, sollte Konsequenz nicht sein, die Grenzen der Feststellungsklage, die durch das Erfordernis eines

¹⁹¹ Scherer, JR 2001, S. 441, 444.

¹⁹² Ein Widerspruch würde z.B. drohen, wenn das Vorliegen des Gläubigerverzugs in den verschiedenen Verfahren unterschiedlich beurteilt würde.

¹⁹³ Vgl. BGH NJW 1975, 1228; NJW 2001, 2094, 2095.

¹⁹⁴ Zöller/Schultzky, § 33 Rn. 4.

¹⁹⁵ MüKo-ZPO/Patzina, § 33 Rn. 1.

¹⁹⁶ BGH NJW 2000, 2280, 2281; NJW 2000, 2663, 2664.

Rechtsverhältnisses gesetzt werden, *generell* aufzulösen. Vielmehr ist dann über eine Ausnahme von den gesetzlichen Voraussetzungen bzw. über Analogie nachzudenken.

Zusätzlich zu all diesen Gründen darf zudem der Wortlaut des Gesetzes nicht unbeachtet bleiben. Dieser ist Ausgangspunkt der Normauslegung.¹⁹⁷ Aus dem Wortlaut einer Norm ergibt sich der Wortsinn unter Berücksichtigung des juristischen Sprachgebrauchs und den Regeln der Grammatik. Mit diesem Wortsinn muss die Auslegung noch vereinbar sein.¹⁹⁸ Hiergegen verstößt man, wenn das Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis so weit gefasst wird, dass die Verbindung zum Wortlaut (rechtliches *Verhältnis* als rechtliche Beziehung zwischen mindestens zwei Subjekten) nicht mehr erkennbar ist. Dann würde das Merkmal in seiner Bedeutung so weit ausgehöhlt, dass es für die Zulässigkeit der Klage keine Relevanz mehr hat. Zu diesem Ergebnis gelangte man aber, sollte die Klagebegrenzung fast ausschließlich über das Interesse an der Feststellung erfolgen. Kommt man also trotz des ohnehin schon sehr offenen Begriffs dennoch zu dem Schluss, dass bei Ausschluss gewisser Klagegegenstände nicht tragbare Rechtsschutzlücken drohen, ist, anstatt sich über den Wortlaut zu erheben, ein Handeln des Gesetzgebers zu fordern.

Grundsätzlich sollte also am Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis als rechtliche Beziehung zwischen einer Person oder einer anderen Person oder Sache festgehalten werden. Was Feststellungsgegenstand sein kann, hat sich demnach nicht nach Kriterien zu richten, die nicht auf dem Wortlaut der Norm aufbauen. Vorfragen, Elemente oder sonstige Klagegegenstände, die *eindeutig* nicht selbst Rechtsverhältnis im Sinne dieser Definition sind, müssen deshalb vom Anwendungsbereich der Klage nach § 256 ZPO ausgeschlossen sein. Somit müssen auch das Urteil oder seine Nichtigkeit als Gegenstand der Feststellungsklage ausscheiden. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine Klage gem. § 256 ZPO, die vor den Gefahren eines

¹⁹⁷ Vgl. BVerfGE 133, 168, 205 f.; Brox/Walker, BGB AT, § 3 Rn. 10.

¹⁹⁸ Köhler, § 4 Rn. 15.

nichtigen Urteils schützen soll, nicht dennoch zulässig ist. Verschiedene Rechtsverhältnisse, die in Zusammenhang mit der Nichtigkeit des Urteils stehen, kommen als Klagegegenstand in Betracht.

2. Die der Nichtigkeit des Urteils zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse

a) Überblick

Wenn es um die Nichtigkeit von Leistungsurteilen geht, ist ein mit der Vollstreckung zusammenhängendes Rechtsverhältnis in Betracht zu ziehen.¹⁹⁹ In Frage kommt zum einen das Vollstreckungsverhältnis. Mit dem Begriff Vollstreckungsverhältnis werden alle verfahrensrechtlichen Beziehungen der an der Zwangsvollstreckung Beteiligten zusammengefasst.²⁰⁰ Umstritten ist aber, ob auch eine rechtliche Beziehung unmittelbar zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner Teil davon ist. Sollte das zu bejahen sein,²⁰¹ käme auch dieses Vollstreckungsverhältnis²⁰² selbst als Feststellungsgegenstand der Klage nach § 256 ZPO in Betracht.

Wie die Vollstreckbarkeit ist auch die materielle Rechtskraft eine materielle Urteilswirkung. Sie beschreibt die inhaltliche Bindung an das Urteil und betrifft nicht nur Leistungsurteile, sondern ebenfalls Feststellungsurteile und nach h.M. auch Gestaltungsurteile. Ein aus der materiellen Rechtskraft folgendes Rechtsverhältnis käme als Feststellungsgegenstand demnach für alle

¹⁹⁹ So wohl auch Zöller/Greger, § 256 Rn. 4.

²⁰⁰ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 8 Rn. 1.

²⁰¹ So jedenfalls Baur/Stürmer/Bruns, § 5 Rn. 5.4 f., 5.15 ff.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 8 Rn. 3 f., 15 ff.

²⁰² Diese Bezeichnung wählt u.a. Baur/Stürmer/Bruns, Rn. 5.4 ff. Dem soll gefolgt werden.

Urteilsarten in Betracht.²⁰³ Auch wenn umstritten ist, wer Adressat der materiellen Rechtskraft ist,²⁰⁴ steht fest, dass keine der Prozessparteien denselben Streitgegenstand der anderen Partei gegenüber erneut gerichtlich geltend machen kann, sofern ein Urteil materiell rechtskräftig geworden ist. Ob sich daraus eine rechtliche Beziehung i.S.v. § 256 ZPO zwischen den Parteien ergibt, wird zu klären sein.

Schließlich benennen einige Vertreter aus dem Schrifttum auch das Prozessrechtsverhältnis als Feststellungsgegenstand i.S.v. § 256 ZPO.²⁰⁵ Das Prozessrechtsverhältnis umfasst die Gesamtheit der durch die Prozessführung ausgelösten rechtlichen Beziehungen zwischen Gericht und Parteien.²⁰⁶ Es entsteht mit der Klageerhebung und endet mit dem Abschluss des Prozesses, der durch formell rechtskräftiges Urteil oder in anderer Weise, z.B. durch Vergleich, herbeigeführt werden kann.²⁰⁷

b) Prozessuale Rechtsverhältnisse als Rechtsverhältnisse i.S.v. § 256 ZPO

Die aufgezählten Rechtsverhältnisse haben gemein, dass es sich bei ihnen nicht um materiell – rechtliche Rechtsverhältnisse, sondern um prozessuale Rechtsverhältnisse handelt. Die rechtliche Beziehung ist bei ihnen nicht durch subjektive Rechte geprägt, sondern hat ihren Ursprung im Prozessrecht. Inwieweit solche Rechtsverhältnisse Feststellungsgegenstand i.S.v. § 256 ZPO sein können, ist umstritten.

²⁰³ Für die Bindung an das Urteil als Feststellungsgegenstand: Musielak/Voit/*Foerste*, § 256 Rn. 32.

²⁰⁴ Zum Meinungsstreit siehe unten, S. 89 ff.

²⁰⁵ *Lüke*, JuS 1985, S. 767, 769; *ders.*, ZZP 108 (1995), S. 427, 441; MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 17.

²⁰⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 1 f.

²⁰⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 8.

aa) Meinungsstand

Eine sich in der Minderheit befindende Ansicht hält allein die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens materiell-rechtlicher Rechtsverhältnisse für zulässig.²⁰⁸ Sie stützt sich vor allem auf den Zweck der Feststellungsklage, subjektive Rechte zu schützen und durchzusetzen. Dieser Zweck könne nur gewahrt werden, wenn sich die Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis an der Zuordnung zum materiellen Recht orientiere.²⁰⁹ Das gelte auch deshalb, weil das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO die Funktion des Rechtsschutzgrundes erfülle, also bestimme, welches Recht mit der Klage geschützt werde.²¹⁰ Dies werde unter anderem durch die Wortwahl des Gesetzgebers deutlich, der die Klage auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens gerade von Rechtsverhältnissen beschränkte.²¹¹ Für eine materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses spreche auch, dass dem Rechtsverhältnis und nicht (allein) dem Feststellungsinteresse eine Art Filterfunktion zukomme: Die Klagemöglichkeit werde durch die Beschränkung auf materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse begrenzt, um beispielsweise Popularklagen, die nicht vom (primären) Zweck des Zivilprozesses gedeckt seien, auszuschließen.²¹² Im Übrigen müsse man die Ergebnisse der Definitivversuche, die sich auf das Rechtsverhältnis im Sinne des materiellen Rechts beziehen, auch auf das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO übertragen, um der dienenden Funktion des Zivilprozesses und dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gerecht zu werden.²¹³

²⁰⁸ Siehe Nachweise in Fn. 6.

²⁰⁹ *Jacobs*, S. 215 ff.; *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210 ff.

²¹⁰ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210 f.; so wohl auch *Zöllner*, AcP 190 (1990), S. 471, 490 ff. (Sachbefugnis).

²¹¹ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210 f.

²¹² *Jacobs*, S. 409 ff.

²¹³ *Jacobs*, S. 245 f.

Die überwiegende Ansicht sieht dagegen auch in prozessualen Rechtsverhältnissen einen tauglichen Feststellungsgegenstand.²¹⁴ Selten werden jedoch Argumente präsentiert, die diese These stützen, und auch eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung findet kaum statt. Jedenfalls ist jedoch festzuhalten, dass nach dieser herrschenden Ansicht die Feststellungsklage nach § 256 ZPO durch die Einbeziehung prozessualer Rechtsverhältnisse einen grundsätzlich umfassenderen Rechtsschutz bietet, als bei Zugrundelegung einer ausschließlich materiell-rechtlichen Deutung des Rechtsverhältnisses.

Darüber hinaus könnte aber auch die sehr häufig vorgenommene Einordnung der Feststellungsklage als prozessrechtliches Institut²¹⁵ für eine Feststellungsfähigkeit prozessrechtlicher Rechtsverhältnisse, mithin für eine prozessuale Deutung des Rechtsverhältnisses sprechen.

bb) Die Feststellungsklage als rein prozessrechtliches Institut

Was mit der Einordnung der Feststellungsklage als prozessrechtliches Institut gemeint ist, wird verständlich, wenn man sich die historische Entwicklung dieser Deutung vor Augen hält.

Noch vor der Kodifikation der Feststellungsklage entsprach es der allgemeinen Meinung, dass ein materiell-rechtlicher Anspruch des Klägers Voraussetzung einer jeden Klageerhebung sei.²¹⁶ Es bereitete aber Schwierigkeiten, dieses an der Leistungsklage orientierte Verständnis auf die Klageform der

²¹⁴ BGHZ 29, 223, 230; MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 17; Stein/*Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 4; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 256 Rn. 58; vgl. auch *Musielak/Voit/Foerste*, § 256 Rn. 32 (Urteilsbindung als Feststellungsgegenstand); *Lüke*, JuS 1985, S. 767, 769 (Prozessrechtsverhältnisses als Feststellungsgegenstand).

²¹⁵ *Ho*, S. 87 f; Stein/*Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 2; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 256 Rn. 3; siehe auch *Stoll*, FS Bötticher, S. 341.

²¹⁶ *Jacobs*, S. 123.

Feststellungsklage zu übertragen, denn diese dient anders als die Leistungsklage nicht unmittelbar der Durchsetzung eines Anspruchs.²¹⁷ Um die Feststellungsklage dennoch in die damals vorherrschende Auffassung vom Klagerrecht einzugliedern, entwickelte sich die Ansicht, dass der Feststellungsklage ein materiell-rechtlicher Anspruch gegen den Beklagten auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses zu Grunde liege.²¹⁸ Dies wurde auch durch die Materialien zur CPO gestützt.²¹⁹ Ein Teil der Lehre schloss sich dieser Ansicht zunächst an oder modifizierte sie: U.a. nahm man statt des Anerkennungsanspruchs einen materiell-rechtlichen Anspruch gegen den Beklagten auf *Einlassung* an.²²⁰

Die Lehre vom Anerkennungsanspruch und ihre Modifikationen stießen aber schnell auch auf Kritik.²²¹ So wurde diesen Ansätzen unter anderem vorgehalten, dass ein materiell-rechtlicher Anerkennungsanspruch auf Abgabe einer Willenserklärung abziele und deshalb eigentlich der Leistungsklage zuzuordnen sei.²²² Kritisiert wurde auch, dass vor allem bei der negativen Feststellungsklage deutlich werde, dass der Kläger keinen Anspruch gegen den Beklagten geltend mache, da hier das Ziel gerade die richterliche Verneinung eines Anspruchs sei.²²³ Das vom Kläger Begehrte werde nicht durch den Beklagten, sondern durch richterliche Handlung erfüllt.²²⁴

²¹⁷ *Jacobs*, S. 123.

²¹⁸ *So Bähr*, S. 254.

²¹⁹ So heißt es in den Materialien: „Denn wenn das Gesetz neben der Klage auf die dem Rechtsverhältnis entsprechende Leistung eine Klage auf Feststellung einräumt, so erkennt es damit an, daß aus dem Rechtsverhältnis neben dem Anspruche auf Leistung ein weiterer selbständig verfolgbarer Anspruch auf Feststellung erwächst.“, *Hahn - Mugdan*, S. 257.

²²⁰ *Degenkolb*, S. 136 f.; *Rocholl*, ZZP 8 (1885), S. 329, 363.

²²¹ Vgl. *Kayser*, AcP 70 (1886), S. 455, 459 f.; *Löning*, ZZP 4 (1882), S. 1, 187 f. *Wach*, Handbuch, S. 16 ff.; *Westerburg*, Gruchot 26 (1882), S. 450, 453 ff.

²²² *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 6 f.

²²³ *Wach*, Handbuch, S. 16 f.

²²⁴ *Löning*, ZZP 4 (1882), S. 1, 187 f.

Als Gegenentwurf²²⁵ zu den Ansichten, die der Feststellungsklage einen materiell-rechtlichen Anspruch zu Grunde legen wollten, entwickelte sich eine neue Auffassung, nach der das Klagerecht nicht auf der Verletzung materiellen Rechts, sondern auf einem sich gegen das Gericht richtenden Anspruch auf günstige Entscheidung gründen sollte.²²⁶ Dieser Anspruch sei „publizistischer“²²⁷ bzw. prozessrechtlicher Rechtsnatur und von der allgemeinen, jedermann zustehenden Klagebefugnis bzw. dem Justizgewährungsanspruch zu unterscheiden.²²⁸ Eine Art dieses Rechtsschutzanspruchs sei der Feststellungsanspruch.²²⁹

Auch die Lehre vom Rechtsschutzanspruch wurde letztendlich ganz überwiegend abgelehnt.²³⁰ Ihr wurde unter anderem vorgehalten, dass das Gericht zum Tätigwerden allein aufgrund der (Zivil-)Prozessordnung verpflichtet sei; eines Rechtsschutzanspruchs bedürfe es dazu nicht.²³¹ Zudem habe der angebliche Rechtsschutzanspruch, auch wenn er als Anspruch publizistischer bzw. prozessualer Natur bezeichnet werde, materiell-rechtlichen Charakter, da er nur dem Rechtsinhaber zustehe, was mit der Selbstständigkeit des Zivilprozesses aber nur schwer vereinbar sei.²³²

Obwohl sich damit auch die Lehre vom Rechtsschutzanspruch zu Recht nicht durchsetzen konnte, hatte sie zumindest Einfluss auf das Verständnis von der Feststellungsklage. Von ihr ausgehend entwickelte sich die noch immer präse²³³ Deutung der Feststellungsklage als vom materiellen Recht

²²⁵ Vgl. *Jacobs*, S. 127

²²⁶ *Stein/Jonas/Pohle*, 19. Aufl., Einl. E I 3; *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15 ff.; i.E. auch *A. Blomeyer*, § 1 III 2; *Langheineken*, S. 130.

²²⁷ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15.

²²⁸ *Stein/Jonas/Pohle*, 19. Aufl., E I 3; *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15.

²²⁹ *Langheineken*, S. 130.

²³⁰ *Bülow*, ZZP 27 (1900), S. 201, 216 ff.; *Kohler*, ZZP 33 (1904), S. 211 ff.; *Schwab*, ZZP 81 (1968), S. 412, 15 ff.

²³¹ *Kohler*, ZZP 33 (1904), S. 211, 216; *Schwab*, ZZP 81 (1968), S. 412, 428.

²³² *Kohler*, ZZP 33 (1904), S. 211, 217 f.

²³³ Vgl. nur die Nachweise in Fn. 215.

unabhängiges, prozessrechtliches Institut.²³⁴ Aus dieser Deutung lässt sich jedoch lediglich ableiten, dass die *Erhebung* der Klage nach § 256 ZPO keinen materiell-rechtlichen Anspruch voraussetzt.²³⁵ Nach dem heutigen Verständnis von dem Klagerecht im Allgemeinen gilt dies aber für alle Klageformen, also genauso für die Leistungsklage und für die Gestaltungsklage: Ein sog. materielles Klagerecht existiert nach richtiger Ansicht grundsätzlich nicht.²³⁶ Mithin hebt diese Erkenntnis die Feststellungsklage nicht von den anderen Klageformen ab.²³⁷ Die prozessuale Deutung der Klage müsste, um als Begründung dafür herzureichen, dass auch prozessuale Rechtsverhältnisse Feststellungsgegenstand sein können, eine über den dargelegten Inhalt hinausgehende Bedeutung haben. Für diese Annahme gibt es aber keine konkreten Anhaltspunkte. Vielmehr hat es den Anschein, als würde auf die prozessuale Deutung der Klage heute nur noch aus Reflex verwiesen, ohne dass ihre konkrete Bedeutung eine echte Rolle spielt.²³⁸ Damit kann die Einordnung der Feststellungsklage als prozessuales Rechtsinstitut nicht gegen eine materiell-rechtliche oder für eine prozessuale Deutung des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO sprechen.

cc) Denkbare Argumente gegen eine prozessuale Deutung des Rechtsverhältnisses

Somit ist eine Auseinandersetzung mit den Argumenten für eine allein materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO angezeigt. Sollten diese überzeugen, könnten sie den Vorteil der prozessualen Deutung des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO – welcher in der Gewährung umfassenderen Rechtsschutzes liegt – aufwiegen.

²³⁴ *Jacobs*, S. 131.

²³⁵ So auch *Jacobs*, S. 131 f.

²³⁶ *Wagner*, S. 403 f.

²³⁷ So wohl auch *Loyal*, ZZZ 130 (2017), S. 203, 208.

²³⁸ So auch *Jacobs*, S. 131; *Loyal*, ZZZ 130 (2017), S. 203, 208.

(1) Der Zweck von Feststellungsklage und Rechtsverhältnis

Die Befürworter einer ausschließlich materiell-rechtlichen Deutung des Rechtsverhältnisses stützen sich vor allem auf den Zweck der Feststellungsklage.

Anerkannt ist, dass ein wichtiges Ziel des Zivilprozesses darin liegt, subjektiven Rechten zur Durchsetzung und Verwirklichung zu verhelfen.²³⁹ Schon die Gewährung subjektiver Rechte bei gleichzeitigem Verbot von Selbsthilfe macht die Möglichkeit gerichtlicher Durchsetzung unverzichtbar, denn sonst liefe der Schutz durch das subjektive Recht leer.²⁴⁰ Auch die Ausgestaltung der Zivilprozessordnung, die auf die Durchsetzung subjektiven Rechts gerade zugeschnitten ist – was bspw. durch den Verhandlungsgrundsatz, die Dispositionsmaxime, insbesondere die Vorschrift des § 308 ZPO, erkennbar wird – spricht für diese Zweckrichtung.²⁴¹ Ebenso deutet die Bedeutsamkeit der Leistungsklage darauf hin.²⁴² Dass im Zivilverfahren Arten des Rechtsschutzes bestehen, bei denen nicht nur der Schutz des subjektiven Rechts des Einzelnen, sondern auch die Wahrung von Interessen der Allgemeinheit Ziel ist, wie z.B. bei Verbandsklagen (vgl. § 3 UKlaG oder § 8 UWG),²⁴³ ändert nicht, dass Schutz und Verwirklichung subjektiver Rechte zumindest Hauptzweck sind.²⁴⁴ Es handelt sich bei diesen Rechtsschutzformen eher um Ausnahmeerscheinungen²⁴⁵ oder um „Fremdkörper im Zivilrechtsschutz“²⁴⁶.

Diese Aufgabe – der Schutz und die Durchsetzung subjektiver Rechte –

²³⁹ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 8; Musielak/Voit/Musielak, Einl. Rn.5.

²⁴⁰ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 8; Prütting/Gehrlein/Prütting, Einl. Rn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Rn. 9 ff.

²⁴¹ Stein/Jonas/Brehm, 23. Aufl., Vor § 1 Rn. 10.

²⁴² Jacobs, S. 191.

²⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Rn.15.

²⁴⁴ Jacobs, S. 215; so wohl auch Prütting/Gehrlein/Prütting, Einl. Rn. 3.

²⁴⁵ Jacobs, S. 193 f.

²⁴⁶ Häsemeyer, AcP 188 (1988), S. 140, 157.

wird auch der Feststellungsklage zugeschrieben,²⁴⁷ obwohl dieser von manchen geringere Rechtsschutzintensität als den anderen Klageformen, vor allem als der Leistungsklage, beigemessen wird. Dieses Minus ergebe sich daraus, dass das Leistungsurteil, obschon gleichfalls feststellend, auch vollstreckbar sei.²⁴⁸ Gegen eine solch pauschale Einordnung der Feststellungsklage als weniger „rechtsschutzintensiv“ wird jedoch eingewendet, dass in bestimmten Fällen wiederum nur die Feststellungsklage Rechtssicherheit gewähre: Da der Gesetzgeber sich mit § 322 ZPO für ein enges Rechtskraftverständnis entschieden und so vor allem auch präjudizielle Rechtsverhältnisse von der Rechtskraft ausgeschlossen habe, schließe die Feststellungsklage eine „Lücke in der Rechtskraftwirkung“, indem sie gerade diese präjudiziellen Rechtsverhältnisse verbindlich feststellen könne.²⁴⁹ So sei sie in der Lage, für Rechtssicherheit zu sorgen, die die anderen Klagearten, insbesondere die Leistungsklage, nicht gewähren könnten.²⁵⁰ Die Feststellungsklage sei im Verhältnis zur Leistungs- und Gestaltungsklage deshalb gleichwertig und diene genauso wie die Leistungs- und Gestaltungsklage der Verwirklichung und Durchsetzung subjektiver Rechte.²⁵¹

Dieser Klagezweck wird nun aus Sicht der Mindermeinung mit Hilfe des Merkmals Rechtsverhältnis verwirklicht: Da sich aus dem reinen Wortlaut kaum Erkenntnisse gewinnen ließen, die für die Auslegung des Begriffes Rechtsverhältnis bedeutend seien, müsse sich die Auslegung an dem Zweck der Feststellungsklage orientieren.²⁵² Die aufgrund des Klagezwecks erforderliche Anbindung an das materielle Recht, die bei der Leistungsklage durch den Anspruch bewirkt werde, könne bei der Feststellungsklage nur das Rechtsverhältnis, nicht das Feststellungsinteresse, herstellen, denn gerade das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO sei die den Rechtsschutz begründende Voraussetzung und bestimme, welche (Rechts-)Positionen durch die

²⁴⁷ *Jacobs*, S. 215 ff.

²⁴⁸ *MüKo-ZPO/Becker/Eberhard*, § 256 Rn. 2; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 5.

²⁴⁹ *Jacobs*, S. 220 f.

²⁵⁰ *Jacobs*, S. 224.

²⁵¹ *Jacobs*, S. 236 ff.

²⁵² *Jacobs*, S. 239.

Klage gem. § 256 ZPO geschützt werden sollen.²⁵³ Da der Zivilprozess dem Schutz *subjektiver Rechte* diene, müsse auch das Rechtsverhältnis solche subjektiven Rechte beinhalten, mithin ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis sein.²⁵⁴

Man könnte schon in Frage stellen, ob die Feststellungsklage tatsächlich der Durchsetzung und Verwirklichung subjektiver Rechte dient. Dass im Zivilprozessrecht, wie schon erwähnt, Klagen, wie Verbandsklagen, existieren, mit denen nicht zwingend subjektive Rechte geschützt oder verwirklicht werden, und dass zudem sehr häufig darauf verwiesen wird, dass die Feststellungsklage Rechtsfrieden oder Rechtssicherheit schaffen solle,²⁵⁵ könnte entgegenstehen. Wenn die Kernfunktion des Zivilprozesses der Schutz und die Durchsetzung subjektiver Rechte ist, muss andererseits angenommen werden, dass grundsätzlich jede zivilprozessuale Klage diesen Zweck verfolgt. Daher sollte Abweichendes nur angenommen werden, wenn dies sich eindeutig aus dem Gesetz ergibt, wie z.B. aus § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG oder § 3 Abs. 1 UKlaG. In diesen Vorschriften werden die möglichen Kläger benannt und u.a. auch Verbände als Kläger legitimiert. So legt das Gesetz selbst zweifelsfrei fest, dass diese Klagen auch zur Durchsetzung von Allgemeininteressen erhoben werden können. § 256 ZPO selbst bietet mit seinen offenen Rechtsbegriffen zwar einen großen Interpretationsspielraum; dass die Klage aber abweichend vom Grundsatz nicht dem Schutz, der Durchsetzung und Verwirklichung subjektiver Rechte dienen soll, wird aber nicht erkennbar. Auch der Verweis darauf, dass die Feststellungsklage dem Rechtsfrieden diene, schließt nicht aus, dass die Klage *auch* dem Schutz eines subjektiven Rechts dient.

Damit muss es auch bei der Feststellungsklage bei dem Grundsatz bleiben, der sich aus dem Verhältnis von materiellem und prozessuellem Recht ergibt:

²⁵³ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 206.

²⁵⁴ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210.

²⁵⁵ BGH NJW 1996, 452, 453; MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 1; *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 256 Rn. 2.

Sie dient zumindest auch dem Schutz und/oder der Durchsetzung und Verwirklichung subjektiven Rechts. Daraus kann nun aber noch nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass auch das *Rechtsverhältnis* materiell-rechtlicher Rechtsnatur sein muss.

(a) Teleologische Auslegung als Notwendigkeit für hinreichend aussagekräftiges Begriffsverständnis

Besonders *Loyal* ist bemüht zu begründen, weshalb gerade das Rechtsverhältnis materiell-rechtlich gedeutet werden muss: Das Rechtsverhältnis sei „Rechtsschutzgrund“ bzw. „sachliche Rechtfertigung“ für den durch die Klage nach § 256 ZPO gewährten Rechtsschutz, denn gerade das Rechtsverhältnis bestimme, welche subjektiven Rechte oder Rechtsgüter durch die Klage nach § 256 ZPO zu schützen bzw. im Falle der negativen Feststellungsklage abzuwehren seien.²⁵⁶ Dafür spreche schon, dass bei anderer Deutung, bei der nicht dem Rechtsverhältnis, sondern dem Feststellungsinteresse die Aufgabe des Rechtsschutzgrundes zugeschrieben wird, jedweder teleologischer Anhaltspunkt für das Verständnis vom Begriff Rechtsverhältnis fehle, so dass die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals nur „begrifflich“ und damit „willkürlich“ bleiben könne.²⁵⁷

Richtig ist natürlich, dass eine Auslegung, die nur den Wortlaut zu Grunde legt, weniger aussagekräftig ist als eine Deutung, bei der auch die übrigen Auslegungsmethoden, d.h. die teleologische, systematische oder historische Auslegungsmethode, Berücksichtigung finden. Letzteres setzt aber voraus, dass Anhaltspunkte für den Zweck der Norm oder des Tatbestandsmerkmals vorhanden sind oder sich aus dem systematischen oder historischen Kontext Hinweise auf die Bedeutung der Norm oder die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals ergeben. Ist das nicht der Fall, bleibt nichts Anderes übrig, als sich für die Deutung nur auf den Wortlaut zu beschränken. Ein Fehlschluss

²⁵⁶ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 205 ff.

²⁵⁷ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210.

wäre es dagegen, von der geringen Aussagekraft einer allein am Wortlaut orientierten Auslegung auf einen ganz bestimmten Zweck eines Merkmals zu schließen. Einem solchen erliegt aber offenbar *Loyal*, indem er seine These vom Rechtsverhältnis als Rechtsschutzgrund unter anderem darauf stützt, dass eine davon abweichende Auslegung, die in dem Rechtsverhältnis nicht den Rechtsschutzgrund erblickt, keine teleologischen Grundlage für die Deutung dieses Merkmal habe und so weniger aussagekräftig sei. Das kann aber nicht Argument für einen *bestimmten* Zweck sein. Vielmehr muss sich das *konkrete* Telos des Merkmals aus anderen Gründen ergeben.

(b) Wortwahl des Gesetzgebers als Argument für die Funktion des Rechtsverhältnisses als Rechtsschutzgrund

Einen Hinweis darauf, dass das Rechtsverhältnis die Funktion des Rechtsschutzgrundes erfüllt, könnte aber die *Wortwahl* des Gesetzgebers geben. Nach *Loyal* beschränkte der Gesetzgeber die Klage nach § 256 ZPO auf Rechtsverhältnisse, um deutlich zu machen, dass nur eine Beziehung unmittelbar zwischen Kläger und Beklagtem als Feststellungsgegenstand in Betracht komme, mithin sogenannte Drittrechtsverhältnisse, also Rechtsverhältnisse zwischen einer Partei und einem Dritten oder sogar nur zwischen Dritten, nicht feststellbar seien.²⁵⁸ Mit seiner Wortwahl habe der Gesetzgeber unter anderem sicherstellen wollen, dass der Kläger nur eigene Rechte, welche ihm gerade dem Beklagten gegenüber zustehen, geltend macht. Hätte der Gesetzgeber mit der Wahl des Rechtsbegriffs Rechtsverhältnis andere Ziele verfolgt,²⁵⁹ hätte eine andere Wortwahl näher gelegen.²⁶⁰ Somit müsse sich gerade aus dem Rechtsverhältnis die mit der Klage zu schützende Position des Klägers ergeben; im Rahmen des Feststellungsinteresses sei nur

²⁵⁸ *Loyal*, ZZZ 130 (2017), S. 203, 210 f.

²⁵⁹ So ging wohl *Brehm* davon aus, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff Rechtsverhältnis nur eine Abgrenzung zur Tatsachenfeststellung schaffen wollte, vgl. *Brehm*, 50 Jahre BGH, S. 89, 104 f.

²⁶⁰ *Loyal*, ZZZ 130 (2017), S. 203, 211 m. Fn. 49.

noch die Gefährdung dieser Position zu prüfen.²⁶¹

Bevor aus der Wortwahl des Gesetzgebers Schlüsse gezogen werden, sollte bedacht werden, dass die Beweggründe des historischen Gesetzgebers heutzutage nicht mehr zwingend Gültigkeit haben müssen, dass sich also die Norm vom ursprünglichen Normzweck gelöst haben kann.²⁶² Da § 256 ZPO schon auf die im Wortlaut nahezu identische Vorschrift § 231 CPO zurückgeht, ist durchaus vorstellbar, dass sich das Begriffsverständnis über diese lange Zeit gewandelt hat. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber bei Schaffung von § 231 CPO wohl noch ganz andere Vorstellungen von den Voraussetzungen der (Feststellungs-)Klage hatte. So ging er bei Schaffung von § 231 CPO scheinbar noch davon aus, dass Voraussetzung einer Feststellungsklage das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Feststellung sei.²⁶³

Selbst wenn man einen Wandel des gesetzgeberischen Willens offen lässt, muss man zu dem Schluss kommen, dass es unmöglich ist, aus der Wortwahl als solcher, ohne Zuhilfenahme von Gesetzesmaterialien, die die Beweggründe beleuchten könnten,²⁶⁴ eindeutige Schlüsse zu ziehen. Denn die Wahl des Begriffs Rechtsverhältnis wäre auch dann sinnvoll gewesen, wenn andere Gründe den Gesetzgeber geleitet hätten. Dieser mag sich für den Terminus Rechtsverhältnis deshalb entschieden haben, weil er einen gewissen Spielraum lässt, dabei aber auch nicht zu offen ist. Sonst wäre der Anwendungsbereich der Klage aus Sicht des Gesetzgebers womöglich zu weit oder aber eng gezogen worden. So schließt z.B. der Begriff Rechtsfolge, den *Loyal* als Alternative vorschlägt,²⁶⁵ die Feststellung des (Nicht-)Bestehens von Verträgen oder absoluten Rechten nicht ohne weiteres mit ein. Der Begriff Rechtsverhältnis erfasst dagegen diese Klagegegenstände, aber zusätzlich auch die daraus erwachsenden, einzelnen Rechtsfolgen, z.B. einen einzelnen

²⁶¹ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 206, 211 f.

²⁶² *Bork*, Rn. 132.

²⁶³ Siehe dazu schon oben, S. 49 f.

²⁶⁴ Die Gesetzesmaterialien geben wenig Aufschluss darüber, was den Gesetzgeber zur Wahl des Begriffs Rechtsverhältnis bewog, so auch *Zeuner*, FS Schumann, S. 594, 602.

²⁶⁵ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 211 mit Fn. 49.

Anspruch.

Gegen die Argumentation *Loyals* spricht außerdem, dass sich die Wortwahl des Gesetzgebers genauso gut für die gegenläufige These instrumentalisieren lässt. Ebenso wie *Loyal* behauptet, der Gesetzgeber habe mit dem Begriff Rechtsverhältnis ausdrücken wollen, dass Drittrechtsverhältnisse nicht Feststellungsgegenstand sein könnten,²⁶⁶ lässt sich die These aufstellen, dass der Gesetzgeber, wenn es ihm darauf angekommen wäre, die Möglichkeit gehabt hätte, noch viel deutlicher zu machen, dass Drittrechtsverhältnisse nicht Klagegegenstand sein dürfen, z.B. durch den Zusatz „zwischen den Parteien“.

Im Ergebnis kann die Wahl des Begriffs Rechtsverhältnis keine allein ausreichende Begründung dafür sein, dass die rechtliche Beziehung i.S.v. § 256 ZPO nur zwischen Kläger und Beklagtem bestehen darf. Dafür sind die Beweggründe des Gesetzgebers viel zu unklar. Infolgedessen kann die Wortwahl auch nicht die Annahme stützen, dass gerade das Rechtsverhältnis (nicht das Feststellungsinteresse) sicherstellt, dass der Kläger eigene, gegenüber dem Beklagten bestehende Rechte geltend macht. Dass also das Rechtsverhältnis den Rechtsschutzgrund der Feststellungsklage bestimmt, lässt sich so nicht begründen.

Neben diesem Mangel an einer überzeugenden Begründung ist die These vom Rechtsverhältnis als Rechtsschutzgrund aber auch schon in sich nicht schlüssig. Das zeigt sich gerade dann, wenn man sie im Kontext der negativen Feststellungsklage betrachtet.

²⁶⁶ Siehe oben, S. 57.

(c) These vom Rechtsschutzgrund bei negativer Feststellungsklage

Würde das Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis tatsächlich festlegen, welches Rechtsgut mit der Klage nach § 256 ZPO zu schützen wäre,²⁶⁷ erschiene die Schlussfolgerung der materiell-rechtlichen Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses folgerichtig: Wenn die Feststellungsklage dem Schutz subjektiven Rechts dient, muss das, was geschützt wird, subjektiv - rechtlicher, mithin materiell-rechtlicher Rechtsnatur sein. Unter dieser Prämisse müsste das Rechtsverhältnis diese Funktion des Rechtsschutzgrundes dann aber sowohl bei der positiven als auch bei der negativen Feststellungsklage erfüllen können. Sonst wäre die Auslegung des Merkmals inkonsequent.

Bei der negativen Feststellungsklage geht es dem Kläger darum, das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, z.B. in Form eines Anspruchs des Beklagten, feststellen zu lassen. Er will also nicht den Gegenstand des rechtlichen Verhältnisses, sondern sich bzw. seine Rechtsgüter vor dem Rechtsverhältnis und dessen Konsequenzen schützen. Im Falle der negativen Feststellungsklage hat das Rechtsverhältnis folglich nicht die Aufgabe zu bestimmen, was geschützt, sondern, was abgewehrt werden soll.²⁶⁸ Damit erfüllt das Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis bei negativer und positiver Feststellungsklage unterschiedliche Funktionen. Eine einheitliche Bezeichnung als Rechtsschutzgrund o.ä. kann hierüber nicht hinwegtäuschen. Es stellt sich insofern die Frage, wie sinnvoll eine bestimmte teleologische Auslegung eines Tatbestandsmerkmals sein kann, wenn es nicht möglich ist, diesem Merkmal einen einheitlichen Zweck zuzuordnen.

Es wirkt so, als sei die Theorie vom Rechtsverhältnis als Rechtsschutzgrund anhand der positiven Feststellungsklage entwickelt und erst dann auf die negative Feststellungsklage übertragen worden. Dafür spricht zum einen die

²⁶⁷ So *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 210 ff.

²⁶⁸ Das erkennt auch *Loyal*, ZZP 130 (2017), S.203, 206.

Bezeichnung Rechtsschutzgrund, die aber natürlich nicht zwingend ist.²⁶⁹ Vor allem aber ist diese These auch nur im Kontext der positiven Feststellungsklage überhaupt sinnvoll. Im Falle der negativen Feststellungsklage stellt sich dagegen die Frage, weshalb das, was der Kläger mit Hilfe der Klage nach § 256 ZPO *abwehren* will, eine subjektiv - rechtliche Grundlage haben muss. Dies lässt sich aus dem Zweck des Zivilprozesses und dem Zweck der Feststellungsklage, das subjektive Recht des Klägers zu verwirklichen, durchzusetzen und zu schützen, nicht ableiten. Auch wenn die Interessen des Beklagten Berücksichtigung finden müssen, zielt die Klage zumindest nicht in erster Linie darauf ab, dessen Rechte zu schützen und durchzusetzen.

Bei der negativen Feststellungsklage kann der Bezug zu Rechtspositionen, welche mit Hilfe der Klage geschützt werden sollen, nur über das Feststellungsinteresse hergestellt werden. Um ein Interesse an der Feststellung durch das Gericht geltend machen zu können, muss der Kläger darlegen, dass er in seinen Rechten gefährdet ist.²⁷⁰ Die Zulässigkeitsvoraussetzung Feststellungsinteresse stellt also sicher, dass die Feststellungsklage dem Schutz gerade dieser bedrohten Rechtspositionen dient. Somit wird im Fall der negativen Feststellungsklage offensichtlich, dass das Feststellungsinteresse im Hinblick auf die zu schützende Rechtsposition keine nur „ergänzende Funktion“²⁷¹ hat, denn das Interesse bestimmt hier *allein*, welche Rechte durch die Klage geschützt werden sollen, und übernimmt so die Aufgabe, die das Rechtsverhältnis aus Sicht *Loyals* bei der positiven Feststellungsklage einnimmt.

Die These vom Rechtsverhältnis als Rechtsschutzgrund wirkt im Ergebnis deshalb nicht kohärent. Obwohl plausibel und nachvollziehbar begründet

²⁶⁹ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 206 ff. spricht vom Rechtsverhältnis auch als „Klagegrund“, der „Klagebefugnis“, der „rechtsschutzbegründenden Voraussetzung.“

²⁷⁰ MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 39.

²⁷¹ So aber *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 211.

wurde, weshalb eine Verbindung zum materiellen Recht bei der Feststellungsklage *generell* erforderlich ist, nämlich zur Sicherstellung des grundsätzlichen Klagezwecks, wurden diese Gründe bei der Suche nach dem konkreten verbindenden Element im Fall der negativen Feststellungsklage scheinbar wieder ignoriert.

Zudem sprechen weitere Gründe dafür, dass nicht das Rechtsverhältnis, sondern vielmehr das Feststellungsinteresse – auch bei der positiven Feststellungsklage – der Sicherung des Klagezwecks dient. Es leuchtet ein, dass nur der Rechtsschutz verdient, der diesen auch benötigt, weil er in seiner Rechtsstellung oder in der Geltendmachung seiner Rechte in irgendeiner Weise gefährdet ist. Auch wenn bei der positiven Feststellungsklage Feststellungsgegenstand und Schutzobjekt identisch sind, sorgt hier nicht das Bestehen des Rechtsverhältnisses, sondern erst dessen Gefährdung für das Bedürfnis nach gerichtlichem Schutz. In dieser Hinsicht kann man die Feststellungsklage nicht mit der Leistungsklage vergleichen.²⁷² Die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs impliziert schon, dass die Gefahr seiner Nichterfüllung droht. Es bedarf keiner gesonderten Zulässigkeitsvoraussetzungen, mit Hilfe derer das Gericht prüft, ob der Kläger auch gefährdet ist. Anderes gilt für den Antrag auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Ohne weiteres ist nicht ersichtlich, ob die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers bedroht sind. Vielmehr muss der Kläger erst nachweisen, dass er ein besonderes Interesse an der Feststellung hat und deshalb Rechtsschutz verdient. Sowohl bei der negativen als auch bei der positiven Feststellungsklage ist also das Feststellungsinteresse für die Rechtsschutzgewähr *ausschlaggebend*. Wenn eine der beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen – Rechtsverhältnis oder Feststellungsinteresse – sicherstellen soll, dass der Zweck der Klage nach § 256 ZPO gewahrt bleibt, dann muss diese Aufgabe dem Feststellungsinteresse zukommen.

²⁷² Anders *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 206, demzufolge das Rechtsverhältnis die Feststellungsklage genau wie der Anspruch die Leistungsklage rechtfertigt.

Im Ergebnis hält der Versuch, dem Rechtsverhältnis den besonderen Zweck des Rechtsschutzgrundes zuzusprechen, einer näheren Überprüfung nicht stand. Aus dem Klagezweck ist die Notwendigkeit der materiell-rechtlichen Deutung des Rechtsverhältnisses jedenfalls nicht herzuleiten. Es mag jedoch noch andere Gründe geben, die für ein materiell-rechtliches Verständnis vom Rechtsverhältnis sprechen könnten. So könnte eine materiell-rechtliche Deutung zur Klagebegrenzung notwendig sein.

(2) Die materiell-rechtliche Rechtsnatur als Mittel zur Klagebegrenzung

Zwar gebietet Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG auch für den Zivilprozess die Gewährung effektiven Rechtsschutzes²⁷³ und macht erforderlich, dass Zugang zu den Gerichten nicht in unzumutbarer Weise erschwert wird.²⁷⁴ Grundsätzlich ist jedoch eine Begrenzung der Klagemöglichkeit in gewissem Maße zulässig und notwendig,²⁷⁵ z.B. um die Gerichte vor Überlastung zu schützen. Um dies auch bei der Feststellungsklage zu erreichen, muss aus Sicht der Mindermeinung das Rechtsverhältnis als „erstes große(s) Sieb“²⁷⁶ ausschließlich materiell-rechtlich gedeutet werden.²⁷⁷

Diese Maßnahme führt aber zu weit. Um die Klagemöglichkeit nach § 256 ZPO in angemessenem Maße zu beschränken, genügt nämlich schon eine konsequent am Wortlaut orientierte Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis. Soll verhindert werden, dass Tatsachen, Elemente oder Vorfragen feststellbar sind, müssen deshalb nicht Rechtsverhältnisse einer bestimmten

²⁷³ BVerfG NJW 1995, 3173; MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 277, 298 (auch aus Art. 19 Abs. 4 GG herzuleiten).

²⁷⁴ BVerfGE 69, 381, 385; BVerfG NJW 1998, 3703; 2011, 1276, 1277; Musielak/Voit/Musielak, Einl. Rn. 30.

²⁷⁵ Stern/Becker/Brüning, Art. 19 Rn. 120.

²⁷⁶ Jacobs, S. 410.

²⁷⁷ Jacobs, S. 410 f.

Rechtsnatur, also prozessuale Rechtsverhältnisse, ausgeschlossen werden.²⁷⁸ Schließlich ist die Feststellungsklage schon dann unbeachtlich, wenn dem Klagegegenstand das Element der rechtlichen Beziehung fehlt. Zur weiteren Beschränkung trägt bei, dass das Rechtsverhältnis nach ganz h.M. grundsätzlich ein gegenwärtiges sein muss, so dass also künftige und in der Regel auch vergangene Rechtsverhältnisse als Feststellungsgegenstand ausscheiden.²⁷⁹ Zwar wäre der Anwendungsbereich noch stärker eingeschränkt, wenn das Rechtsverhältnis materiell-rechtlich gedeutet würde. Das Ziel sollte aber sein, einen angemessenen Ausgleich zwischen Rechtsschutzbegrenzung und Rechtsschutzgewähr zu finden. Dafür muss die Zulässigkeit einer Klage nicht so weit wie möglich, sondern vielmehr so weit wie nötig eingegrenzt werden, damit eine hinreichende Balance zwischen beiden Zielen gefunden wird. Eine ausschließlich materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses ist nicht notwendig, wenn dies auch durch wortlautgetreue Auslegung erreicht werden kann.

(3) Erforderlichkeit eines einheitlichen Verständnisses

Ein Teil der Lehre spricht sich für eine ausschließlich materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses des Weiteren auch deshalb aus, weil eine Anlehnung an die auch im Kontext des materiellen Rechts verwendete Definition vom Begriff „Rechtsverhältnis“ der Einheit der Rechtsordnung und der dienenden Funktion des Prozessrechts entspreche.²⁸⁰

²⁷⁸ So will offenbar *Jacobs* mit der Beschränkung der Feststellungsgegenstände auf materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse auch vornehmlich verhindern, dass Tatbestände, die keine rechtliche Beziehung bilden, nicht von § 256 ZPO erfasst werden, vgl. *Jacobs*, S. 410: „Das rechtliche Interesse vermag das Fehlen eines Rechtsverhältnisses (...) [nicht] zu kompensieren. (...) Das Feststellungsinteresse vermag die fehlende subjektivrechtliche Anbindung einer Feststellungsklage nicht zu kompensieren.“

²⁷⁹ BGH NJW 93, 925, 928; NJW-RR 2001, 957; MüKo-ZPO/*Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 30 f; Musielak/*Voit/Foerste*, § 256 Rn. 4; Stein/*Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 37, 40. Für Näheres zur Abgrenzung von gegenwärtigen und künftigen Rechtsverhältnissen siehe unten, S. 86.

²⁸⁰ *Jacobs*, S. 245 f.

Dabei wird zum einen aber schon verkannt, dass ein in sprachlicher Hinsicht gleicher Begriff im materiell-rechtlichen sowie im prozessrechtlichen Kontext einen unterschiedlichen Sinngehalt haben kann. So hat auch der Anspruch i.S.v. § 322 ZPO, der als Streitgegenstand aufzufassen ist, eine andere Bedeutung als der materiell-rechtliche Anspruch i.S.v. § 194 BGB.²⁸¹ Darüber hinaus sollte aber auch schon nicht vom materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis und vom prozessualen Rechtsverhältnis als von zwei *unterschiedlichen* Rechtsbegriffen gesprochen werden. Beide können vielmehr als zwei Varianten des Grundbegriffs Rechtsverhältnis angesehen werden. Ebenso wie es Rechtsverhältnisse im materiellen Recht gibt,²⁸² wird der Begriff auch im prozessualen Bereich verwendet. Man denke z.B. an das Prozessrechtsverhältnis²⁸³ oder das Vollstreckungsrechtsverhältnis.²⁸⁴ Man würde der Einheit der Rechtsordnung also schon gar nicht gerecht, ließe man diesen Teil anerkannter Verschiedenheit von Rechtsverhältnissen bei der Auslegung von § 256 ZPO außer Acht.

(4) Gleichlauf von Anspruch, Gestaltungsrecht und Rechtsverhältnis

Auch Gemeinsamkeiten zwischen Anspruch, Gestaltungsrecht und Rechtsverhältnis sind kein Grund für die rein materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses. Zwar werden auch das Bestehen eines Leistungsanspruchs²⁸⁵ bzw. des Anspruchs auf Gestaltung²⁸⁶ durch ein der Leistungs- oder Gestaltungsklage stattgebendes Urteil rechtskräftig *festgestellt* – Gestaltungsrecht und Anspruch sind damit wie das Rechtsverhältnis ebenfalls Gegenstand einer Feststellung. Diese eine Parallele kann jedoch nicht auf

²⁸¹ Vgl. BGH NJW 1992, 1172, 1173; NJW 2013, 540 Rdn. 14; HK-ZPO/Saenger, § 322 Rn. 22; Musielak/Voit/Musielak, § 322 Rn. 16; Wiczorek/Schütze/Assmann, § 322 Rn. 114.

²⁸² Zur Bedeutungsvielfalt im materiellen Recht Moser, S. 23 ff.

²⁸³ Näheres zum Prozessrechtsverhältnis unten, S. 71 ff.

²⁸⁴ Näheres zum Vollstreckungsrechtsverhältnis unten, S. 75 ff.

²⁸⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Rn. 2.

²⁸⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 92 Rn. 16.

noch weitere Gemeinsamkeiten zwischen den Klagegegenständen hindeuten: Nur weil Anspruch und Gestaltungsrecht materiell-rechtlicher Rechtsnatur sind, weist nicht auch das Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO diese Eigenschaft auf.²⁸⁷ Dieser Schlussfolgerung stehen nämlich systematische und strukturelle Unterschiede zwischen Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklage entgegen: So sind Leistungs- und Gestaltungsklage nicht wie die Feststellungsklage in einer Generalvorschrift entsprechend § 256 ZPO gesetzlich geregelt. Insofern kann bei den beiden erstgenannten Klagearten auch keine Unsicherheit in Bezug auf den Feststellungsgegenstand entstehen. Schon aus Gesetz, beispielsweise aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen, oder aus Vertrag ergibt sich notwendigerweise, was Anspruch oder Gestaltungsrecht ist. Bei der Feststellungsklage dagegen besteht durch die allgemeine gesetzliche Regelung ein Auslegungsspielraum.

Auch auf sprachlicher Ebene bestehen Unterschiede. Anspruch und Gestaltungsrecht weisen nur zur Rechtsposition des Klägers einen deutlichen Bezug auf, wohingegen der Begriff *Rechtsverhältnis* die Position mindestens einer weiteren an dem Verhältnis beteiligten Person oder Sache auch sprachlich klar einbezieht.

Bei der Leistungs- und der Gestaltungsklage können außerdem nur der Anspruch bzw. das Gestaltungsrecht die zur Gewährleistung des allgemeinen Klagezwecks notwendige Verbindung zum materiellen Recht herstellen. Bei der Feststellungsklage dagegen kann auch mit Hilfe des Feststellungsinteresses, welches u.a. die Gefährdung eines subjektiven Rechts des Klägers erforderlich macht, sichergestellt werden, dass die Klage dem Schutz subjektiver Rechte dient.

All diese Aspekte zeigen, dass die Feststellungsklage eine so singuläre Klageform ist, dass eine einzelne Gemeinsamkeit, die sie mit Leistungs- und Gestaltungsklage teilt, keine ausreichende Grundlage für die allein materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses ist.

²⁸⁷ So aber *Jacobs*, S. 246.

Im Ergebnis können damit bereits die Argumente, die für eine allein materiell-rechtliche Deutung des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO sprechen sollen, nicht überzeugen. Schon das spricht gegen das materiell-rechtliche Verständnis des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO. Denn Gründe, die die Begrenzung der Rechtsschutzgewähr, die mit einer enger gefassten Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis notwendigerweise einhergeht, rechtfertigen können, sind nicht ersichtlich. Des Weiteren zeigen folgende Beispiele, dass für die Feststellung prozessualer Rechtsverhältnisse nicht nur bei Urteilsnichtigkeit in der gerichtlichen Praxis eine Notwendigkeit besteht.

dd) Weitere Fälle der Feststellung prozessualer Rechtsverhältnisse

Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses erfolgt in der gerichtlichen Praxis auch im Falle der einseitigen Erledigungserklärung und bei Streit über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs.

Erledigt sich die Hauptsache nach Rechtshängigkeit, kann der Kläger auch ohne die Einwilligung der anderen Partei den Rechtsstreit einseitig für erledigt erklären. Nach überwiegender Ansicht ist darin eine Klageänderung i.S.v. § 264 Nr. 2 ZPO zu sehen.²⁸⁸ Zwar deuten andere Vertreter im Schrifttum eine solche Erklärung als besondere Form der Klagerücknahme i.S.v. § 269 ZPO oder als Klageverzicht gem. § 306 ZPO.²⁸⁹ Dies kann jedoch nicht überzeugen. Um die Kostenfolgen des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO oder des § 91 ZPO zu vermeiden, müssen sich diese Ansichten mit Analogie zu § 93 ZPO behelfen. An einer für Analogie erforderlichen Regelungslücke mangelt es jedoch, weil es dem Kläger ebenso möglich ist, mithilfe einer Klageänderung die Kostentragung zu vermeiden. Dass es sich beim Fall der

²⁸⁸ BGH NJW 2008, 2580; *Bergerfurth* NJW 1992, 1655, 1658 MüKo-ZPO/Schulz, § 91a Rn. 80; Musielak/Voit/Flockenhaus, § 91a Rn. 29; Zöller/Althammer, § 91a Rn. 34.

²⁸⁹ *Blomeyer*, NJW 1982, S. 2750, 2752 f.

einseitigen Erledigungserklärung um eine vom „Gesetz(geber) nicht gesehe-
nen Sonderfall handelt“²⁹⁰ scheint jedenfalls spätestens mit Einführung des
§ 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht (mehr) zuzutreffen. Nach § 269 Abs. 3 S. 3
ZPO bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des
bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen, wenn der An-
lass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und die
Klage daraufhin zurückgenommen wird. Während der Gesetzgeber die Fol-
gen für die Kostentragungspflicht bei der Klagerücknahme zwischen An-
hängigkeit und Rechtshängigkeit wegen der Sachnähe zur Interessenlage
nach beidseitiger Erledigterklärung der Rechtsfolge des § 91a ZPO anglei-
chen wollte,²⁹¹ sah er offenbar keinen Anlass, die vorherrschende Rechtspre-
chung, die in der einseitigen Erledigungserklärung eine Klageänderung sah,
durch Gesetzgebung zu korrigieren.²⁹² Im Gegenteil: Wie sich aus den Ge-
setzesmaterialien ergibt, billigte der Gesetzgeber sogar diese höchstrichterli-
cher Rechtsprechung.²⁹³

Erklärt der Kläger den Rechtsstreit einseitig für erledigt, ändert er also den
ursprünglichen Leistungsantrag dahingehend, dass er nunmehr beantragt
festzustellen, dass sich der Rechtsstreit erledigt hat. Begründet ist der An-
trag, wenn die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und durch ein
Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden
ist.²⁹⁴ Da sich die Rechtskraft dieses Urteils auch auf Feststellung betreffend
die ursprüngliche Zulässigkeit der Klage erstreckt, kann das Rechtsverhält-
nis i.S.v. § 256 ZPO in diesen Fällen nicht mit dem ursprünglich eingeklag-
ten materiell-rechtlichen Anspruch gleichgesetzt werden. Die auf einseitige
Erledigungserklärung erfolgende Entscheidung des Gerichts erschöpft sich
also nicht darin, rechtskräftig festzustellen, dass der materiell-rechtliche An-
spruch einmal bestand und durch ein erledigendes Ereignis untergegangen

²⁹⁰ So *Blomeyer*, NJW 1982, S. 2750, 2753.

²⁹¹ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

²⁹² *Musielak/Voit/Flockenhaus*, § 91a Rn. 28.

²⁹³ BT-Drs. 14/4722, S. 81.

²⁹⁴ *Prütting/Gehrlein/Hausherr*, § 91a Rn. 46 f; *Stein/Jonas/Muthorst*, 23. Aufl., § 91a Rn. 47.

oder nicht mehr durchsetzbar ist. Als Gegenstand dieser Feststellung kommt vielmehr nur das sog. Prozessrechtsverhältnis in Betracht. Das Prozessrechtsverhältnis beschreibt die durch Klageerhebung entstehende rechtliche Beziehung zwischen Parteien und Gericht.²⁹⁵ Über den Wandel dieser rechtlichen Verbindung, die zunächst durch zulässige und begründete Klage hergestellt und dann in Form einer unzulässigen oder unbegründeten Klage aufrechterhalten wurde, befindet das Gericht in dem entsprechenden Feststellungsurteil.

Ein prozessuales Rechtsverhältnis kann auch relevant werden, wenn Streit über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs besteht. Ist ein Prozessvergleich aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Gründen von Anfang an unwirksam, kommt ihm eine verfahrensbeendende Wirkung nicht zu, so dass der Rechtsstreit rechtshängig bleibt.²⁹⁶ Das Verfahren kann mit dem ursprünglichen Klageantrag unter Geltendmachung der Unwirksamkeit fortgesetzt werden.²⁹⁷ In diesem Zusammenhang kann das Gericht auf eine Zwischenfeststellungsklage hin zugleich über die Unwirksamkeit des Vergleichs rechtskräftig entscheiden.²⁹⁸ Auch bei dieser Klage ist der Streitgegenstand kein oder zumindest nicht allein ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis. Der Prozessvergleich hat sowohl prozessuale also auch materiell-rechtliche Wirkung, weist also eine Doppelnatur auf.²⁹⁹ Während er auf materiell-rechtlicher Seite Verpflichtungen begründet und häufig auch schon das Verfügungsgeschäft enthält, ist er auf der anderen Seite prozessbeendende Prozesshandlung.³⁰⁰ Wenn der Vergleich also von Anfang unwirksam war und dies durch das Gericht im Wege der Zwischenfeststellungsklage festgestellt wird, ist das Fehlen der prozessbeendenden Wirkung jedenfalls auch Feststellungsgegenstand – umso mehr dann, wenn die Unwirksamkeit des Vergleichs ohnehin nur dessen prozessuale Seite betrifft, und seine materiell-

²⁹⁵ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Rn 2.

²⁹⁶ Zöller/Geimer, § 794 Rn. 13, 15 f.

²⁹⁷ Musielak/Voit/Lackmann, § 794 Rn. 21; Thomas/Putzo/Seiler, § 794 Rn. 36.

²⁹⁸ MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 83; Musielak/Voit/Lackmann, § 794 Rn. 21.

²⁹⁹ Thomas/Putzo/Seiler, § 794 Rn. 3.

³⁰⁰ Musielak/Voit/Lackmann, § 794 Rn. 19; Zöller/Geimer, § 794 Rn. 12.

rechtliche Wirkung unberührt lässt.³⁰¹ Darin ist dann nicht (nur) eine Entscheidung über ein durch den Vergleich gestaltetes materiell-rechtliches Rechtsverhältnis, sondern vor allem auch eine Entscheidung über das durch die vormalige Klageerhebung entstandene und durch den Vergleich nicht beendete Prozessrechtsverhältnis zu sehen.

Diese beiden Fälle zeigen, dass die Einbeziehung von prozessualen Rechtsverhältnissen in den Anwendungsbereich der Feststellungsklage nach § 256 ZPO unerlässlich ist, um in speziell gelagerten Fällen den Interessen der Prozessparteien gerecht zu werden. Darüber hinaus deuten sie auch darauf hin, dass der Gesetzgeber von der bei Schaffung des § 256 ZPO bzw. der Vorgängervorschrift § 231 CPO womöglich noch bestehenden Vorstellung, Rechtsverhältnisse im Sinne der Norm könnten nur solche materiell-rechtlicher Rechtsnatur sein, zumindest abgerückt ist. Insbesondere hätte er eine dem § 91a ZPO entsprechende Kostenvorschrift auch für die einseitige Erledigung leicht schaffen können, wenn er die Lösung der Rechtsprechung – Deutung der Erledigungserklärung als Klageänderung – hätte vermeiden wollen.

ee) Fazit zur Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses

Insgesamt erscheinen die Begrenzung des Merkmals Rechtsverhältnis auf allein materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse und der damit einhergehende Ausschluss prozessualer Rechtsverhältnisse vom Anwendungsbereich der Feststellungsklage nicht gerechtfertigt. Der Wortlaut des § 256 ZPO ist völlig offen. Er umfasst alle Beziehungen, die eine rechtliche Grundlage haben oder dem Recht entspringen, unabhängig von ihrer Rechtsnatur. Ebenso bedarf es keiner Begrenzung auf allein materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse, um zu verhindern, dass die Zulässigkeit der Feststellungsklage allein von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Feststellungsinteresses abhängt.

³⁰¹ Die Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Vereinbarung trotz eines prozessualen Fehlers kann dem Parteiwillen entsprechen, Musielak/Voit/Lackmann, § 794 Rn. 20.

Trotz der begrifflichen Ausweitung ist das Tatbestandsmerkmal Rechtsverhältnis keinesfalls überflüssig, da es im Umfang seiner unstreitigen Definition wichtige Grenzen setzt.

c) Untersuchung der in Betracht kommenden prozessualen Rechtsverhältnisse

Auch wenn also davon auszugehen ist, dass grundsätzlich auch prozessuale Rechtsverhältnisse Gegenstand der Klage nach § 256 ZPO sein können, bleibt zu klären, ob überhaupt ein prozessuales Rechtsverhältnis existiert, welches in ausreichendem Zusammenhang mit der Urteilsnichtigkeit steht und dessen Feststellung zur Beseitigung der von der Urteilsnichtigkeit ausgehenden Gefahren geeignet ist.

aa) Prozessrechtsverhältnis

Das Prozessrechtsverhältnis fasst als einheitliches Rechtsverhältnis all die durch den Prozess entstehenden rechtlichen Beziehungen von Parteien und Gericht zusammen.³⁰² Uneinigkeit herrscht aber im Hinblick auf den Bestand der Einzelverhältnisse: Die heute überwiegend vertretene Ansicht geht davon aus, dass das Prozessrechtsverhältnis sowohl die Rechtsbeziehungen des Gerichts zu den Parteien als auch das Rechtsverhältnis der beiden Prozessparteien zueinander erfasst.³⁰³ Es wird aber auch vertreten, dass Rechtsbeziehungen nur zwischen den Parteien³⁰⁴ oder aber nur zwischen Parteien und Gericht³⁰⁵ entstehen.

³⁰² MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Rn 2.

³⁰³ Anders/Gehle/Anders, Vor 128 Rn. 5; Lüke, ZZP 108 (1995), S. 427, 436; MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 32; Musielak/Voit/Musielak, Einl. Rn. 55; Prütting/Gehrlein/Prütting, Einl. Rn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Rn. 6.

³⁰⁴ Kohler, Der Prozess, S. 6 ff.; Schellhammer, Rn. 1270.

³⁰⁵ So noch Hellwig, System Teil 1, § 138 II.

Das Prozessrechtsverhältnis soll ermöglichen, den Prozess als Einheit zu erfassen,³⁰⁶ und bestimmte Vorgänge, wie die Rechtsnachfolge in den Prozess, erklären.³⁰⁷ Es hat damit vor allem dogmatische Bedeutung.³⁰⁸ Da das Prozessrechtsverhältnis im Wesentlichen Zusammenfassung der rechtlichen Einzelbeziehungen der Parteien und des Gerichts ist³⁰⁹ und sein Inhalt durch diese Verhältnisse geprägt wird, sollte nicht das Prozessrechtsverhältnis als Ganzes,³¹⁰ sondern eine dieser Einzelbeziehungen, entweder diejenige zwischen Kläger und Gericht, die zwischen Gericht und Beklagtem oder die zwischen den Parteien selbst als Gegenstand der Feststellung in Betracht gezogen werden. Die beiden zuerst genannten rechtlichen Beziehungen könnten nur als sogenannte Drittrechtsverhältnisse Feststellungsgegenstand sein. Ob auch Drittrechtsverhältnisse als Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO in Betracht kommen, ist jedoch umstritten.³¹¹ Deshalb soll hier zunächst das Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen den Prozessparteien auf seine Tauglichkeit als Feststellungsgegenstand hin untersucht werden. Nur dieses Verhältnis ist gemeint, wenn im Folgenden vom Prozessrechtsverhältnis die Rede ist. Womöglich kann dann die Frage nach der Feststellbarkeit von Drittrechtsverhältnissen sogar dahinstehen.

(1) Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien

Die Existenz eines Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Parteien war früher nicht unumstritten: So vertrat *Hellwig* die Ansicht, dass mit Klageeinreichung eine rechtliche Beziehung zwischen Gericht und Kläger und mit Zustellung der Klageschrift, d.h. mit Klageerhebung gem. § 253 Abs.

³⁰⁶ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 2.

³⁰⁷ *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einl. Rn. 31; *Musielak/Voit/Musielak*, Einl. Rn. 55; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 2.

³⁰⁸ Vgl. *MüKo-ZPO/Rauscher*, Einl. Rn. 31.

³⁰⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 2 Rn. 2.

³¹⁰ Anders offenbar *Lüke*, *ZZP* 108 (1995), 427, 438 ff.

³¹¹ Dagegen: *Häsemeyer*, *ZZP* 101 (1988), 385, 396 f.; *Michaelis*, FS Larenz, S. 443, 452 f., 460 f.; *Trzaskalik* S. 156 ff. (überprüfen)

1 ZPO, auch ein Verhältnis zwischen Gericht und Beklagtem entstehe, die Parteien untereinander jedoch nur das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis verbinde.³¹²

Gegen diese Auffassung und für ein durch den Prozess entstehendes Rechtsverhältnis auch zwischen den Parteien spricht jedoch, dass der Prozess gerade als Verfahren *zwischen Kläger und Beklagtem* ausgestaltet ist: So richten sich Parteihandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung nicht nur an das Gericht, sondern werden auch dem Beklagten gegenüber durch Zustellung oder gegebenenfalls auch formlose Mitteilung vorgenommen.³¹³ Auch prozessuale Pflichten oder Obliegenheiten entstehen nicht nur dem Gericht gegenüber,³¹⁴ sondern bestehen ebenso gegenüber der jeweils anderen Partei.³¹⁵ So soll die in § 282 ZPO festgeschriebene und sich auch in § 296 ZPO niederschlagende Prozessförderungspflicht nicht nur die Arbeit des Gerichts beschleunigen,³¹⁶ sondern auch dem Gegner die rechtzeitige Stellungnahme erleichtern.³¹⁷ Die in § 138 Abs. 1 ZPO geregelte Wahrheitspflicht dient vor allem auch dem Interesse der anderen Prozesspartei an einem fairen Verfahren.³¹⁸ Die Pflicht zur Vorlage einer Urkunde nach §§ 422, 423 ZPO soll dem Beweisführer ermöglichen, den Beweis durch diese im Besitz des Gegners befindliche Urkunde anzutreten.³¹⁹ Insgesamt stehen sich die Parteien ab Klageerhebung nicht mehr nur in ihren Rollen, die ihnen durch die materiell-rechtliche Beziehung verliehen werden, z.B. als Gläubiger und Schuldner, gegenüber. Sie nehmen neue Rollen als Kläger und Beklagter ein, mit denen sie eine neue, vom materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis zu unterscheidende Beziehung eingehen. Ein Prozessrechtsverhältnis erwächst demnach auch zwischen den Parteien.

³¹² Hellwig, System Teil 1, § 138 II, III.

³¹³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Rn. 6, § 65 Rn. 4.

³¹⁴ A.A. Kohler, Der Prozess, S. 6 ff.

³¹⁵ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 35; Musielak/Voit/Musielak, Einl. Rn. 55.

³¹⁶ MüKo-ZPO/Pritting, § 282 Rn. 2, § 296 Rn. 2 ff.

³¹⁷ Musielak/Voit/Foerste, § 282 Rn. 1.

³¹⁸ Musielak/Voit/Stadler, § 138 Rn. 1.

³¹⁹ Stein/Jonas/Berger, 23. Aufl., § 422 Rn. 5.

(2) Unzureichende Aussagekraft einer Feststellung des Nichtbestehens des Prozessrechtsverhältnisses

Dieses Prozessrechtsverhältnis entsteht mit der Erhebung der Klage, d.h. mit Zustellung der Klageschrift, § 253 Abs. 1 ZPO, und wird mit Prozessbeendigung, z.B. durch formell rechtskräftiges Urteil, wieder aufgelöst.³²⁰ Auch ein nichtiges Urteil führt zur Beendigung des Prozessrechtsverhältnisses, denn Wirkungslosigkeit verhindert nicht, dass das Urteil in formelle Rechtskraft erwächst. Soll das Prozessrechtsverhältnis Feststellungsgegenstand sein, müsste der Kläger also Antrag auf Feststellung des *Nichtbestehens* des Prozessrechtsverhältnisses stellen. Das ist aus den folgenden Gründen problematisch:

Der Klageantrag, mit dem Feststellung i.S.v. § 256 ZPO begehrt wird, muss das Rechtsverhältnis genau bezeichnen,³²¹ kann aber gegebenenfalls auch so ausgelegt werden, dass er nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und den Interessen des Klägers entspricht.³²² Über den Antrag, also über das Bestehen oder Nichtbestehen dieses bestimmten Rechtsverhältnisses, entscheidet das Gericht und nur die Entscheidung über diesen Streitgegenstand erwächst auch in Rechtskraft.³²³ Feststellungen über Vorfragen werden dagegen nicht von der Rechtskraft erfasst.³²⁴ Wäre das Prozessrechtsverhältnis Klagegegenstand, wäre eine Entscheidung über die Nichtigkeit des Urteils aber allenfalls eine solche Vorfrage.³²⁵ Dagegen hätte der in Rechtskraft erwachsende Teil einer entsprechenden Entscheidung für sich genommen nur begrenzte Aussagekraft: Da sowohl wirksame als auch wirkungslose Urteile zur Auflösung des Prozessrechtsverhältnisses führen,

³²⁰ Jauernig, S. 188; Lüke, ZZP 108 (1995), S. 427, 436; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Rn. 8.

³²¹ Wieczorek/Schütze/Assmann, § 253 Rn. 135.

³²² BGH NJW 1996, 1962, 1963; 2018, 3448 Rn. 31; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 253 Rn. 147.

³²³ Hk-ZPO/Saenger, § 322 Rn. 22; MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 84.

³²⁴ BGH NJW 2008, 2922 Rn. 22; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 154 Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Büscher, § 322 Rn. 120.

³²⁵ Loyal, ZZP 130 (2017), S. 203, 216.

könnte aus der Feststellung des Nichtbestehens des Prozessrechtsverhältnisses nur geschlossen werden, dass das Verfahren durch eine formell rechtskräftige Entscheidung beendet wurde. Der Tenor gäbe jedoch keine Hinweise auf die Wirksamkeit oder zumindest die materielle Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit des Urteils.³²⁶ Es besteht mithin kein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Nichtbestehen des Prozessrechtsverhältnisses und der Nichtigkeit des Urteils.³²⁷ Hinzu kommt, dass ein Antrag, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens des Prozessrechtsverhältnisses, solange auch die übrigen Klagevoraussetzungen vorliegen, unabhängig von der (Un-)Wirksamkeit des Urteils immer begründet wäre.

Diese Punkte beeinflussen zwar nicht die Statthaftigkeit einer Klage, mit der das Nichtbestehen des Prozessrechtsverhältnisses festgestellt werden soll, denn das Prozessrechtsverhältnis bleibt gleichwohl Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO. Insbesondere die unzureichende Aussagkraft eines entsprechenden Urteilstenors hindert jedoch ein Feststellungsinteresse. Denn kann von der Feststellung des Nichtbestehens des Prozessrechtsverhältnisses nicht auf die Wirkungslosigkeit des Urteils geschlossen werden, so können auch nicht die von dem nichtigen Urteil ausgehenden Gefahren mit der Feststellungsklage beseitigt werden.

bb) Vollstreckungsrechtsverhältnis und Vollstreckungsverhältnis

Jedenfalls bei stattgebenden Leistungsurteilen wird es dem Schuldner vor allem darauf ankommen, die Vollstreckung des wirkungslosen Urteils zu verhindern. Es liegt deshalb nahe, das der Nichtigkeit des Urteils zu Grunde liegende Rechtsverhältnis im Zusammenhang mit der Vollstreckung bzw. dem Vollstreckungsverfahren zu suchen. Dabei wird man auf den Begriff Vollstreckungsrechtsverhältnis stoßen, mit dem in der Regel ein zwischen Vollstreckungsschuldner, Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsorgan

³²⁶ Siehe auch *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 216.

³²⁷ So im Ergebnis auch *Jauernig*, S. 188.

bestehendes, dreiseitiges Rechtsverhältnis bezeichnet wird.³²⁸ Zum Teil werden auch noch Dritte in das Verhältnis mit einbezogen.³²⁹ Das Vollstreckungsverhältnis umfasst, wie auch das Prozessrechtsverhältnis, die jeweiligen Einzelbeziehungen der Beteiligten: Das sog. Antragsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsorgan,³³⁰ das Eingriffsverhältnis zwischen Vollstreckungsorgan und Vollstreckungsschuldner³³¹ und – sofern seine Existenz bejaht wird³³² – das Vollstreckungsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner.

Auch das Vollstreckungsverhältnis hat keinen eigenständigen, über die einzelnen rechtlichen Beziehungen hinausgehenden Inhalt, sondern dient dazu, die Einheitlichkeit der Zwangsvollstreckung zu verdeutlichen.³³³ Deshalb sollen auch hier nur die konkreten Rechtsbeziehungen, die Bestandteil des Vollstreckungsverhältnisses sind, nicht das Vollstreckungsverhältnis als Ganzes, als Feststellungsgegenstand in Betracht gezogen werden. Es liegt nahe, auf die Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, das Vollstreckungsverhältnis, abzustellen, denn auch dabei handelt es sich nicht um ein Drittrechtsverhältnis.

(1) Bestehen eines Vollstreckungsverhältnisses

Während die überwiegende Ansicht von der Existenz eines Vollstreckungsverhältnisses unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeht, lehnen Teile der Literatur eine solche Beziehung ab. Nach dieser sich eher in der Minderheit befindenden Ansicht entstehen Rechtsverhältnisse im Zuge

³²⁸ *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 5.5; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 8 Rn. 3.

³²⁹ *Lüke*, ZZP 108 (1995), S. 427, 437, 452 f.; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, Vor § 704 Rn. 63.

³³⁰ Dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 5.6 ff.

³³¹ Dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 5.10 ff.

³³² So die wohl überwiegende Ansicht, siehe Nachweise in Fn. 201.

³³³ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 8 Rn. 5.

der Vollstreckung lediglich zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsorgan sowie zwischen Vollstreckungsorgan und Vollstreckungsschuldner.³³⁴ Die folgenden Gründe zeigen jedoch, dass letztgenannter Ansicht nicht gefolgt werden kann.

(a) Rückschlüsse aus § 717 Abs. 2 ZPO

Für eine unmittelbar rechtliche Beziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner spricht schon § 717 Abs. 2 ZPO.³³⁵ Diese Norm, die die Schadensersatzpflicht des Klägers im Falle der Abänderung oder Aufhebung eines bereits vollstreckten, vorläufig vollstreckbaren Titels regelt, wird zwar auch als Argument *gegen* eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und -schuldner angeführt, da sie deutlich mache, dass bei Vollstreckung nicht der Gläubiger, sondern nur das Vollstreckungsorgan seine Befugnisse dem Schuldner gegenüber ausübe.³³⁶ Diese Argumentation gründet wohl³³⁷ auf der Annahme, dass der Gläubiger nicht benachteiligt bzw. mit einer Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 717 Abs. 2 ZPO „bestraft“ werden dürfte, wenn er bei Vollstreckung doch nur von seinen, ihm gegenüber dem Schuldner zustehenden Befugnissen, Gebrauch machen würde. Das erscheint aber aus folgenden Gründen nicht schlüssig:

Ein Widerspruch zwischen der Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO und der Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers dem Schuldner gegenüber bestünde nämlich nur dann, wenn jeder Schadensersatzanspruch zwingend

³³⁴ *Hellwig*, System Teil 2, § 273 Nr. 3; *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 214; *Rosenberg*, § 170 II 3.

³³⁵ So auch *Gaul*, ZZP 110 (1997), S. 3, 26.

³³⁶ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 214.

³³⁷ Leider bleiben *Loyals* Ausführungen zu diesem Argument in ZZP 130 (2017), S. 203, 214 sehr knapp, jedoch ergibt seine Argumentation m.E. nur Sinn, wenn man in oben beschriebener Weise interpretiert.

ein rechtswidriges Verhalten voraussetzen würde. Dann wäre eine Ersatzpflicht des Gläubigers, da die Vollstreckung auch nach Abänderung oder Aufhebung des Urteils rechtmäßig bleibt,³³⁸ mit einer diesem zustehenden Vollstreckungsbefugnis in der Tat wohl unvereinbar. Zahlreiche Vorschriften, die die Haftung für bloße Gefährdung regeln, zeigen aber, dass Schadensersatzansprüche nicht zwangsläufig ein pflicht- oder rechtswidriges Verhalten erforderlich machen. Beispiele dafür sind § 7 Abs. 1 StVG³³⁹ oder § 833 S. 1 BGB³⁴⁰, die rechtmäßiges, aber gefährdendes Verhalten sanktionieren. Dasselbe gilt für § 717 Abs. 2 ZPO. Die Inanspruchnahme des Vollstreckungsgläubigers nach § 717 Abs. 2 ZPO ist damit zu begründen, dass dieser mit der vorläufigen Vollstreckung seine Interessen auf Kosten des Vollstreckungsschuldners verfolgt, wobei er das Risiko vor Vollstreckung abwägen kann.³⁴¹ Der Gläubiger soll deshalb die Gefahr tragen, die von der vorläufigen Vollstreckung ausgeht.³⁴² Bei § 717 Abs. 2 ZPO handelt es sich somit ebenso um eine Gefährdungs- bzw. Risikohaftung.³⁴³ Dann aber ist die Inanspruchnahme des Gläubigers aus § 717 Abs. 2 ZPO sehr wohl damit zu vereinbaren, dass er befugtermaßen gegen den Schuldner vollstreckte.

Ohnehin erscheint es widersprüchlich, von § 717 Abs. 2 ZPO auf den *Träger* der Vollstreckungsbefugnis zu schließen, also aus dieser Norm abzuleiten, dass nicht der Gläubiger, sondern nur das Vollstreckungsorgan dem Schuldner gegenüber zur Vollstreckung befugt ist.³⁴⁴ Denn unabhängig davon, ob die Vollstreckungsbefugnis nun dem Gläubiger oder dem Vollstre-

³³⁸ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 15 Rn. 7 f.; *Wieczorek/Schütze/Hess*, § 717 Rn. 11 f.; a.A. offenbar: *RGZ* 145, 328, 332; *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, S. 149 m. Fn. 16; *Henckel*, S. 250 ff.; 256 f.; 265 ff.; *Konzen*, S. 163.

³³⁹ *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Burmann*, 4. Teil - StVG, § 7 Rn. 1.

³⁴⁰ *Hk-BGB/Staudinger*, § 833 Rn. 1.

³⁴¹ *Stein/Jonas/Münzberg*, 22. Aufl., § 717 Rn. 10.

³⁴² *BGH NJW* 1970, 1459, 1461.

³⁴³ *BGH NJW* 1985, 128; *Anders/Gehle/Schmidt*, § 717 Rn. 6; *Gaul*, *ZZP* 110 (1997), S. 3, 9; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 15 Rn. 8; *Prütting/Gehrlein/Kroppenberg*, § 717 Rn. 2, 5; *Stein/Jonas/Münzberger*, 22. Aufl., § 717 Rn. 9; siehe auch *Böttcher*, *ZZP* 85 (1972), S. 1, 9 f.

³⁴⁴ So aber *Loyal*, *ZZP* 130 (2017), S. 203, 214.

ckungsorgan zusteht, bleibt die erfolgte Vollstreckung auch noch nach Aufhebung des Urteils rechtmäßig. Dann kann es aber nicht einleuchten, weshalb eine Haftung des Gläubigers für eine rechtmäßige Vollstreckung durch ein dazu befugtes Vollstreckungsorgan eher gerechtfertigt wäre als eine Haftung für eine rechtmäßigen Vollstreckung, die ihm selbst zuzurechnen ist.

§ 717 Abs. 2 ZPO ist mit einer dem Gläubiger zurechenbaren Vollstreckungsbefugnis jedoch nicht nur zu vereinbaren, sondern spricht sogar für eine solche. Auch in sonstigen Fällen der Gefährdungshaftung ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der die Gefahr oder das Risiko setzt, der also für die Gefährdung verantwortlich ist. So haften auch nach § 7 Abs. 1 StVG oder § 833 S. 1 BGB die Personen, die im Falle des § 7 Abs. 1 StVG mit der Inbetriebnahme eines Kraftfahrzeugs³⁴⁵ oder im Falle des § 833 S.1 BGB mit der Haltung eines Tieres³⁴⁶ eine Gefahrenquelle eröffnen und beherrschen. Aus der Stellung des Vollstreckungsgläubigers als Schuldner des Ersatzanspruchs i.S.v. § 717 Abs. 2 ZPO lässt sich deshalb ableiten, dass gerade er für die Gefahr der vorläufigen Vollstreckung verantwortlich ist, ihm mithin der Vollstreckungseingriff zuzurechnen ist.

(b) Sinn und Zweck sowie Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens

Auch der Sinn und Zweck sowie die Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens sprechen für ein Vollstreckungsverhältnis unmittelbar zwischen Gläubiger und Schuldner. Die Vollstreckung dient dazu, den materiell-rechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner zu verwirklichen.³⁴⁷ Auch wenn Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zu trennen sind – für

³⁴⁵ Hentschel/König/Dauer/König, § 7 Rn. 1.

³⁴⁶ Grüneberg/Sprau, § 833 Rn. 1.

³⁴⁷ MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 1; Musielak/Voit/Lackmann, Vor 704 Rn. 1.

ersteres ist das materielle Recht, für letzteres nur noch der Titel maßgeblich³⁴⁸ – setzt das Vollstreckungsverfahren das Erkenntnisverfahren in gewisser Weise fort: Das Erkenntnisverfahren dient der Feststellung des Anspruchs, der im Vollstreckungsverfahren dann zwangsweise durchgesetzt werden soll.³⁴⁹ Die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner ist damit sowohl für das Erkenntnisverfahren als auch für das Vollstreckungsverfahren sinngemäß.

Der Ablauf des Verfahrens liegt im Wesentlichen in den Händen des Vollstreckungsgläubigers. So wird das Verfahren erst durch den Antrag des Gläubigers eingeleitet.³⁵⁰ Dieser kann die Art der Vollstreckung und in gewissem Rahmen auch den konkreten Vollstreckungsgegenstand bestimmen.³⁵¹ An Weisungen des Gläubigers, die dem Gesetz und den Dienstweisungen an Gerichtsvollzieher nicht widersprechen, ist ein Gerichtsvollzieher gebunden.³⁵² Der Schuldner muss die rechtmäßige Vollstreckung zwar dulden, kann sich aber gegen eine aus seiner Sicht rechtswidrige Vollstreckung zur Wehr setzen. Er kann z.B. mit § 766 ZPO Verstöße gegen das vorgeschriebene Verfahren rügen.³⁵³ Verfahrensgegner ist dann nicht das Vollstreckungsorgan, also der Staat, sondern der Gläubiger.³⁵⁴ Gleiches gilt für die Klage nach § 767 ZPO.³⁵⁵

Das ganze Vollstreckungsverfahren ist also als Verfahren zwischen den Parteien ausgestaltet. Es wird maßgeblich durch die Handlungen des Gläubigers geprägt und dient seinen Interessen. Dass ein Organ bei der Vollstre-

³⁴⁸ Musielak/Voit/Lackmann, Vor § 704 Rn. 9.

³⁴⁹ Wieczorek/Schütze/Paulus, Vor § 704 Rn.71.

³⁵⁰ Musielak/Voit/Lackmann, Vor § 704 Rn. 20; Muthorst, § 4 Rn. 3.

³⁵¹ Baur/Stürner/Bruns, Rn. 6.14 f.

³⁵² Brox/Walker, § 12 Rn. 18.

³⁵³ Brox/Walker, Rn. § 40 Rn. 1.

³⁵⁴ Brox/Walker, § 40 Rn. 105 für § 766; kritisch dazu: MüKo-ZPO/ K. Schmidt/Brinkmann, § 766 Rn. 3; Musielak/Voit/Lackmann, § 766 Rn. 1; K. Schmidt, JuS 1992, S. 90, 91 f.

³⁵⁵ BGH NJW-RR 2015, 521 Rn. 16; MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 767 Rn. 45.

ckung zwischengeschaltet ist, liegt allein darin begründet, dass die Ausübung von Zwang zur Wahrung des Rechtsfriedens allein dem Staat obliegt, Selbsthilfe also verboten ist.³⁵⁶ Das schließt aber nicht aus, dass die Vollstreckung unmittelbar im Verhältnis Gläubiger - Schuldner erfolgt. Die Vollstreckungsorgane setzen die Vollstreckung nur *für den Gläubiger* um. Dieser beantragt die Vollstreckung zwar beim Vollstreckungsorgan, betreibt sie letztendlich aber gegenüber dem Schuldner.³⁵⁷

(c) Anerkennung von Vollstreckungsverträgen

Schließlich sind auch Vollstreckungsverträge wichtiger Anhaltspunkt für die Existenz des Vollstreckungsverhältnisses.³⁵⁸ Vollstreckungsverträge sind Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über Durchführung, Voraussetzungen und Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung,³⁵⁹ die insoweit wirksam sind, wie ihnen die zwingenden Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts nicht entgegenstehen.³⁶⁰ Vereinbarungen über die Voraussetzungen der Vollstreckung, also z.B. über den Verzicht auf einen Vollstreckungstitel, sind deshalb zwar unzulässig,³⁶¹ zumindest aber vollstreckungsbeschränkende und vollstreckungsausschließende Verträge werden grundsätzlich für zulässig gehalten.³⁶² Daneben ist umstritten, ob einem Vollstreckungsvertrag verpflichtende oder verfügende Wirkung zukommt, ob sich

³⁵⁶ Baur/Stürner/Bruns, § 1 Rn. 1.1.

³⁵⁷ Vgl. Brox/Walker, § 3 Rn. 2 (Zwangsvollstreckung finde nur für und gegen die Parteien – Gläubiger und Schuldner – statt).

³⁵⁸ So auch Gaul, ZZP 110 (1997), S. 3, 26.

³⁵⁹ MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 475.

³⁶⁰ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 33 Rn 15.

³⁶¹ Lackmann, Rn. 107.

³⁶² Baur/Stürner/Bruns, Rn. 10.7 ff. (vollständiger Vollstreckungsausschluss nur nachträglich); Brox/Walker, § 11 Rn 47 f.; Emmerich, ZZP 82 (1969), S. 413, 428 ff.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 33 Rn. 35 ff.; Lackmann, Rn. 107; Wagner, S. 750 ff. Nach h.M. sind dagegen (sonstige) vollstreckungserweiternden Vereinbarungen, die die Befugnisse des Gläubigers ausdehnen, unwirksam, siehe BGH WM 2012, 1489 Rn. 13 (offen im Hinblick auf nachträglich vereinbarte, vollstreckungserweiternde Verträge); Baur/Stürner/Bruns, Rn. 10.3; Gerhard, § 4 I 2; Lackmann, Rn. 107; differenzierend: Emmerich, ZZP 82 (1969), S. 413, 422 ff.

der Gläubiger also (ohne Bindung für die Vollstreckungsorgane) nur verpflichtet, nicht oder nur eingeschränkt zu vollstrecken,³⁶³ oder ob mit dem Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner sogar die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt werden kann, mit der Wirkung, dass dies auch von den Vollstreckungsorganen beachtet werden muss.³⁶⁴

Eine Entscheidung kann an dieser Stelle aber noch ausbleiben.³⁶⁵ Denn unabhängig davon deutet die Anerkennung vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen darauf hin, dass die Befugnis zur Vollstreckung dem Gläubiger zustehen muss. Verträge wirken grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien. Auf Rechte oder Befugnisse Dritter kann mit Abschluss eines Vertrags zumindest nicht mit beschränkender³⁶⁶ Wirkung Einfluss genommen werden. Schließen Gläubiger und Schuldner also einen Vollstreckungsvertrag, können sie darin auch nur über die eigenen Befugnisse disponieren. Das wiederum setzt voraus, dass die Vollstreckungsbefugnis auch dem Gläubiger zustehen muss. Wäre dagegen das Vollstreckungsorgan Träger der Vollstreckungsbefugnis, wären Vollstreckungsvereinbarungen wohl nicht mit der grundsätzlichen Wirkung von Verträgen kompatibel. Auch die Zulässigkeit von vollstreckungsbeschränkenden Verträgen müsste man dann in Frage stellen.

Insgesamt sprechen damit die besseren Gründe dafür, dass im Rahmen der Vollstreckung eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner entsteht. Ob diese Beziehung auch als Feststellungsgegenstand i.S.v. § 256 ZPO in Betracht kommt, hängt unter anderem auch davon ab, wann sie zur Entstehung gelangt.

³⁶³ So *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 33 Rn. 18.

³⁶⁴ So *Emmerich*, ZZP 82 (1969), S. 413, 434 ff.

³⁶⁵ Zur Wirkung von Vollstreckungsverträgen siehe unten, S. 127 ff.

³⁶⁶ Im Zivilrecht sind jedoch Verträge zu Gunsten Dritter zulässig; Verträge zu Lasten Dritter wiederum sind unzulässig, *MüKo-BGB/Gottwald*, § 328 Rn. 261.

(2) Inhalt und Entstehung eines Vollstreckungsverhältnisses

Da Grundlage des Vollstreckungs(rechts)verhältnisses der nicht zwangsläufig dem materiellen Recht entsprechende Titel ist,³⁶⁷ kann das Vollstreckungsverhältnis nicht mit dem materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger gleichgesetzt werden.³⁶⁸ Inhaltlich ist die prozessuale, vollstreckungsrechtliche Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner durch die Obliegenheit des Schuldners zur Duldung der Vollstreckung³⁶⁹ und die damit korrespondierende Befugnis des Vollstreckungsgläubigers zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs gekennzeichnet.³⁷⁰

Die womöglich mit dem Vollstreckungszugriff entstehende sog. Sonderrechtsbeziehung privatrechtlicher Art zwischen Gläubiger und Schuldner – ein Rechtsverhältnis, das nach einem Teil der Rechtsprechung und Lehre Grundlage für Pflichten des Vollstreckungsgläubigers ist, deren Verletzung Schadensersatzansprüchen begründen könne³⁷¹ – lässt diese prozessuale Beziehung in Form des Vollstreckungsverhältnisses unberührt. Ob eine derartige Sonderrechtsbeziehung überhaupt entstehen kann, ist schon umstritten: So wird vor allem der Rechtsprechung vorgehalten, dass sie nicht zufriedenstellend darlege, was Grundlage dieser schuldrechtlichen Beziehung sei.³⁷² Daher wirke diese Sonderrechtsbeziehung privatrechtlicher Art wie „eine durch nichts begründete Erfindung“.³⁷³ Außerdem sei eine solche Beziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und -schuldner auch wegen der systemwidrigen Verquickung von materiellem und prozessuaalem Recht abzulehnen.³⁷⁴ Ob die Existenz der Sonderrechtsbeziehung privatrechtlicher Art

³⁶⁷ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 8 Rn. 16; *Riebau*, S. 19.

³⁶⁸ So aber *Gerhardt*, § 2 I 3.

³⁶⁹ Vgl. *MüKo-ZPO/Wolfsteiner*, § 724 Rn. 1; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 724 Rn. 5.

³⁷⁰ So wohl auch *Riebau*, S. 5.

³⁷¹ BGH NJW 1985, 3080, 3081; 2005, 1121, 1122; LG Düsseldorf DGVZ 2010, 37, 38; Musielak/Voit/Lackmann, Vor § 704 Rn. 9; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, Vor §§ 704 Rn. 7; Zöller/Stöber, Vor §§ 704 - 945b Rn. 12a.

³⁷² *Gaul*, ZZZ 110 (1997), S. 3, 14 ff.; *Riebau*, S. 24 ff.

³⁷³ *Gaul*, ZZZ 110 (1997), S. 3, 15.

³⁷⁴ *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 5.15.

aus diesen Gründen abzulehnen ist, kann hier aber deshalb dahinstehen, weil eine solche Rechtsbeziehung nämlich in jedem Fall die rein prozessuale Verbindung zwischen Vollstreckungsschuldner und Vollstreckungsgläubiger, das Vollstreckungsverhältnis als Teil des dreiseitigen Vollstreckungsrechtsverhältnisses, unberührt ließe.³⁷⁵ Gerade dieses Vollstreckungsverhältnis soll hier Gegenstand der Untersuchung sein.

Das Vollstreckungsverhältnis ist anders als das Prozessrechtsverhältnis abhängig von der Wirksamkeit des Urteils. Die sonst durch den Vollstreckungstitel gewährte Rechtfertigung für den Eingriff in die Rechtsgüter des Schuldners³⁷⁶ kann ein nichtiger Titel nicht liefern. Auch wenn bei Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses die Entscheidung über die Nichtigkeit des Urteils ebenfalls nicht an der Rechtskraft teilnimmt, ist der bindende Urteilstenor damit zumindest nicht zweideutig. Aus der Feststellung des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses wird erkennbar, dass eine durch den Titel verliehene Vollstreckungsbefugnis nicht besteht. Inwieweit dies für ein Feststellungsinteresse ausreicht, wird an späterer Stelle noch zu klären sein.

Fraglich ist weiterhin, zu welchem Zeitpunkt das Vollstreckungsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und -schuldner entsteht. Nach einer Ansicht soll auf den Vollstreckungsantrag des Gläubigers abgestellt werden,³⁷⁷ nach anderer Ansicht ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel maßgeblich,³⁷⁸ nach wiederum anderer Ansicht die Vornahme der ersten Vollstreckungshandlung durch das Vollstreckungsorgan.³⁷⁹ Bedeutung hat die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt des Vollstreckungsverhältnisses für die Ge-

³⁷⁵ A.A.: Wohl Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, Vor §§ 704 Rn. 7, der diese Sonderrechtsbeziehung als Vollstreckungsrechtsverhältnis bezeichnet, demnach scheinbar nicht von der Existenz einer separaten prozessualen Beziehung ausgeht.

³⁷⁶ MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 1; Stamm, S. 212 f.

³⁷⁷ Zum Vollstreckungsrechtsverhältnis als einheitliches Rechtsverhältnis: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 8 Rn. 6 f.; Gaul, GS Arens, S. 89, 102.

³⁷⁸ Rosenberg, § 170 II 3.

³⁷⁹ So offenbar J. Blomeyer, S. 30 f.

genwärtigkeit des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 ZPO. Mit dem Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Rechtsverhältnisses soll vermieden werden, dass das Gericht über einen hypothetischen Sachverhalt, der sich womöglich von selbst erledigt, entscheidet.³⁸⁰ Ist die Existenz des Rechtsverhältnisses von einer oder mehreren erst in Zukunft eintretenden Voraussetzungen abhängig, ist die Klage nach § 256 ZPO deshalb häufig nicht statthaft. Entschieden ein Gericht also zu einem Zeitpunkt über das (Nicht-)Bestehen des Vollstreckungsverhältnisses, in dem diese rechtliche Beziehung noch gar nicht entstanden ist oder entstanden sein kann, mag ein entsprechender Klageantrag wegen Unzulässigkeit abzuweisen sein.

Richtigerweise entsteht das Vollstreckungsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und -schuldner durch die Erteilung der Vollstreckungsklausel. Die Vollstreckungsklausel stellt die „Brücke“ zwischen Erkenntnisverfahren und Vollstreckungsverfahren her.³⁸¹ Das Verfahren zur Klauselerteilung ist demnach noch nicht Teil des Vollstreckungsverfahrens.³⁸² Dies spricht aber nicht dagegen, dass mit bzw. unmittelbar nach Klauselerteilung, dem Abschluss des Klauselerteilungsverfahrens, bereits eine vollstreckungsrechtliche Beziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner entsteht. Die vollstreckbare Ausfertigung als amtliche Bescheinigung der Vollstreckbarkeit verleiht dem Gläubiger das Recht zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs und verpflichtet den Schuldner zur Duldung der Vollstreckung.³⁸³ Gerade diese Befugnis macht die vollstreckungsrechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner aus. Dagegen ist der Vollstreckungsantrag erster Schritt zur Ausnutzung dieser Befugnis. Gleiches gilt für die Vornahme der ersten Vollstreckungshandlung, die in der Regel auch als Beginn der Zwangsvollstreckung angesehen wird.³⁸⁴ Dass

³⁸⁰ Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 39.

³⁸¹ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 16 Rn. 1.

³⁸² BGH NJW 2013, 3184 Rn. 10 (Erkenntnisverfahren eigener Art); Wieczorek/Schütze/Paulus, § 724 Rn. 2 (Erteilung der Klausel ist Abschluss des Erkenntnisverfahrens); MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 724 Rn. 2; Musielak/Voit/Lackmann § 732 Rn. 7.

³⁸³ Vgl. MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 724 Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Paulus, § 724 Rn. 2.

³⁸⁴ OLG Köln RPflegler 2010, 529, 530; LG Berlin DGVZ 1991, 9; Brox/Walker, § 40 Rn. 45; Stein/Jonas/Münzberg, 22. Aufl., Vor § 704 Rn. 110.

eine vollstreckbare Ausfertigung teilweise nicht erforderlich ist, wie z.B. in der Regel bei der Vollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid, § 796 Abs. 1 ZPO, oder aus einem Arrestbefehl bzw. der Anordnung der einstweiligen Verfügung, §§ 929 Abs. 1, 936 ZPO,³⁸⁵ schließt ebenfalls nicht aus, dass *grundsätzlich* das Vollstreckungsverhältnis mit Klauselerteilung beginnt und es nur in Sonderfällen schon früher, mit Erlass des Titels, entsteht. Ob auch die anderen vom Vollstreckungsverhältnis umfassten rechtlichen Beziehungen, d.h. das Verhältnis zwischen Gläubiger und Vollstreckungsorgan und das Verhältnis zwischen Vollstreckungsorgan und Schuldner, bereits mit der Klauselerteilung entstehen,³⁸⁶ kann hier dahinstehen.

Existiert das Vollstreckungsverhältnis also ab bzw. unmittelbar nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, könnte eine Klage nach § 256 ZPO, die auf Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses gerichtet ist, als nicht statthaft und damit unzulässig abzuweisen sein, wenn die Klausel im Zeitpunkt Entscheidung des Gerichts über das Rechtsverhältnis noch fehlt. Anderes würde nur dann gelten, wenn das Vollstreckungsverhältnis schon mit Verkündung des Urteils als ein von der Bedingung der Klauselerteilung abhängiges Rechtsverhältnis, also als ein bedingtes Rechtsverhältnis, Feststellungsgegenstand sein kann. Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens bedingter oder betagter Rechtsverhältnisse ist nämlich – auch bei negativen Feststellungsklagen³⁸⁷ – statthaft.³⁸⁸ Ein bedingtes und kein künftiges Rechtsverhältnis liegt vor, wenn die Grundlage für die Entstehung des Rechtsverhältnisses, aus der sich die festzustellende Rechtsfolge bzw. das endgültige Rechtsverhältnis ableiten lässt, bereits gelegt ist.³⁸⁹

³⁸⁵ A.A.: *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 8 Rn. 7.

³⁸⁶ Für einheitliches Entstehung *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 8 Rn. 6 f.; *Gaul, GS Arens*, S. 89, 102.

³⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1984, 2950.

³⁸⁸ BGH NJW 1952, 539; 1959, 97, 100; 1992, 436; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 137; *Anders/Gehle/Anders*, § 256 Rn. 19; *Hk-ZPO/Saenger*, § 256 Rn. 7; *MüKo-ZPO/Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 31; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., § 256 Rn. 39; kritisch: *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 256 Rn. 42 ff.

³⁸⁹ BGH NJW-RR 2001, 957; 2005, 637 f.

Die Hoffnung oder Befürchtung, dass ein Rechtsverhältnis künftig entstehen wird, reicht dagegen nicht.³⁹⁰ Die Rechtsprechung bejaht die Statthaftigkeit der Klage jedenfalls für den Fall, dass Feststellung einer Verpflichtung zum Ersatz für künftigen Schaden einer bereits ausgeübten schädigenden Handlung begehrt wird.³⁹¹ Aber auch in Fällen, in denen die für das Rechtsverhältnis ausschlaggebende Handlung noch nicht ausgeübt wurde, könne im Einzelfall schon ein bedingtes Rechtsverhältnis vorliegen.³⁹²

Geht man von diesen Grundsätzen aus, sollte das Vollstreckungsverhältnis schon ab Urteilsverkündung tauglicher Feststellungsgegenstand sein.³⁹³ Das Urteil selbst bestimmt Inhalt und Umfang der Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers. Es ist damit Grundlage für seine vollstreckungsrechtliche Beziehung zum Schuldner. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bestimmt nur noch den Zeitpunkt, in dem das Rechtsverhältnis in der schon durch den Titel festgelegten Form entsteht. Dabei ist es auch unschädlich, dass die endgültige Entstehung von der Handlung eines Dritten – von der die Klausel erteilenden Stelle – abhängt.³⁹⁴ Die Feststellung des Fehlens des Vollstreckungsverhältnisses muss deshalb auch schon vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung statthaft sein.

Bei den von vornherein vollstreckungsunfähigen Feststellungsurteilen und klageabweisenden Leistungsurteilen hätte ein Klageantrag, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses, dagegen im Ergebnis keinen Erfolg. Diese Klageanträge wären mangels Feststellungsinteresse abzuweisen, denn bei diesen Urteilsarten kann nicht ungewiss

³⁹⁰ BGH NJW 2001, 3789, 3790; Anders/Gehle/Anders, § 256 Rn. 18.

³⁹¹ Vgl. BGH NJW 1952, 539; 1998, 160.

³⁹² BGH NJW 1959, 97, 100.

³⁹³ Wohl a.A.: *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 215, nach dem das Vollstreckungsverhältnis (zwischen Parteien und Gericht) erst mit dem Vollstreckungsantrag entsteht. Nach *Loyal* ist eine Klage vor Vollstreckungsantrag unzulässig.

³⁹⁴ Vgl. auch BGH NJW 1984, 2950 (Statthaftigkeit trotz Abhängigkeit des Bestands des angeblich wichtigen Kaufvertrages von der Entscheidung eines anderen Gerichts über die Wirksamkeit der Ausübung eines Vorkaufsrechts).

sein, ob ein Vollstreckungsverhältnis besteht. Ähnliches gilt auch für Gestaltungsurteile. Diese führen die Rechtswirkung selbst herbei, sind deshalb grundsätzlich nicht vollstreckungsfähig.³⁹⁵ Zwar müssen prozessuale Gestaltungsurteile, mit denen die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, wie Urteile nach § 767 ZPO oder § 771 ZPO, wegen §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.³⁹⁶ Weil die vollstreckbare Ausfertigung eines entsprechenden prozessualen Gestaltungsurteils aber lediglich zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen berechtigt,³⁹⁷ schafft sie selbst im Ergebnis kein neues Vollstreckungsverhältnis, welches gerade durch die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers und die korrespondierende Duldungsobliegenheit des Schuldners gekennzeichnet ist.

cc) Bindung an das Urteil durch materielle Rechtskraft

Auch die materielle Rechtskraft des Urteils kommt als mögliches Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO in Betracht. Als materielle Urteilswirkung fehlt sie einem wirkungslosen Urteil, beantragt werden müsste also Feststellung des Nichtbestehens materieller Rechtskraft bzw. fehlender Bindung an das Urteil durch materielle Rechtskraft. Insbesondere bei nicht vollstreckbaren Urteilen bietet sich die fehlende Bindungswirkung als Feststellungsgegenstand an.

(1) Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien

Unabhängig davon, wer Adressat der materiellen Rechtskraft ist, steht fest, dass nur ein durch materielle Rechtskraft hergestelltes Rechtsverhältnis *zwischen den Parteien* Feststellungsgegenstand i.S.v. § 256 ZPO sein kann. Ein

³⁹⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 150 Rn. 4.

³⁹⁶ MüKo-ZPO/Götz, § 704 Rn. 7; Musielak/Voit/Lackmann, § 767 Rn. 45.

³⁹⁷ MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 767 Rn. 100.

Rechtsverhältnis zwischen einem an das Urteil gebundenen Hoheitsträger und einer der Parteien muss dagegen ausscheiden. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Feststellungsfähigkeit von Drittrechtsverhältnissen anerkennt oder nicht. Der Feststellbarkeit eines allein durch materielle Rechtskraft des Urteils entstehenden Rechtsverhältnisses zwischen Gericht oder sonstigem Hoheitsträger und Partei steht entgegen, dass mit Rechtskraft des Urteils noch gar nicht absehbar ist, ob ein und welcher konkrete Hoheitsträger die rechtskräftige Entscheidung künftig zu beachten hat. Die Bindung durch Rechtskraft betrifft nämlich grundsätzlich alle Staatsorgane, für deren Entscheidung oder Maßnahme die durch das rechtskräftige Urteil festgestellte Rechtsfolge relevant ist.³⁹⁸ Welcher konkrete Hoheitsträger die rechtskräftige Entscheidung beachten muss, steht aber natürlich erst dann fest, wenn dieser mit der Sache befasst wird, für die die rechtskräftige Feststellung Bedeutung hat. Das ist nach Urteilsverkündung noch nicht abzusehen, so dass auch für ein bedingtes Rechtsverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch keine hinreichende Grundlage gelegt ist. Die etwaige Verbindung zwischen Partei und Hoheitsträger könnte man deshalb allenfalls als nicht feststellungsfähiges, künftiges Rechtsverhältnis qualifizieren – wenn die die Gerichte und sonstigen Hoheitsträger treffende Verpflichtung zur Beachtung der rechtskräftigen Entscheidung überhaupt zu einer rechtlichen Beziehung führt und nicht nur einseitig ist.

(2) Begründung eines Rechtsverhältnisses durch materielle Rechtskraft

Wer unmittelbarer Adressat der materiellen Rechtskraft ist, wird unterschiedlich bewertet.

So halten einige Vertreter des Schrifttums die Parteien für die unmittelbaren Adressaten der Urteilsbindung.³⁹⁹ Dass die Entscheidung dann auch für Hoheitsträger verbindlich sei, ergebe sich erst mittelbar aus der Bindung der

³⁹⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 152 Rn. 19.

³⁹⁹ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), S. 140, 162; *Roth*, FS Sutter-Somm, S. 505, 515 f.

Parteien.⁴⁰⁰ Auch in öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen sei die Verbindlichkeit des Urteils für die Parteien ausdrücklich geregelt, vgl.

§ 121 VwGO, § 141 Abs. 1 SGG oder § 110 Abs. 1 FGO; diese Normen könnten im Wege einer Gesamtanalogie auch auf den Zivilprozess übertragen werden.⁴⁰¹ Auch die sich aus §§ 322, 325 ZPO ergebenden engen objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft sprächen für diese Betrachtungsweise.⁴⁰²

Nach anderer Ansicht sind die Gerichte und anderen Hoheitsträger Adressaten der materiellen Rechtskraft, so dass die Bindung durch Rechtskraft innerhalb des hoheitlichen Bereichs bleibe.⁴⁰³ Der Gegenstand der Bindung sei ein juristisch-logischer Subsumtionsschluss, somit müsse der Adressat der Bindung eine Stelle sein, die sich mit solchen Schlüssen befasse, da nur so ein Zusammenhang zwischen beiden logischen Schlüssen, dem bindenden und dem die Bindung betreffenden Subsumtionsschluss, hergestellt werde.⁴⁰⁴

Nach wiederum anderer Ansicht sind Hoheitsträger und Parteien gleichermaßen *unmittelbar* an das rechtskräftige Urteil gebunden,⁴⁰⁵ ohne dass sich die Bindung voneinander ableiten ließe.

Über diese Ansätze hinaus schreiben Teile der Literatur dem rechtskräftigen Urteil neben der prozessualen Wirkung, die sich zumindest vordergründig als Verbot einer abweichenden Entscheidung äußert, auch eine (weitere) materielle⁴⁰⁶ oder funktionale⁴⁰⁷ Seite zu. So gebe das Urteil den Parteien auf,

⁴⁰⁰ Häsemeyer, AcP 188 (1988), S. 140, 162.

⁴⁰¹ Roth, FS Sutter-Somm, S. 505, 516.

⁴⁰² Häsemeyer, AcP 188 (1988), S. 140, 162.

⁴⁰³ Bötticher, S. 89 f.; Heil, S. 49 ff.; Loyal, ZZP 130 (2017), S.203, 213; so wohl auch Jauernig/Hess, § 62 Rn. 5.

⁴⁰⁴ Heil, S. 51 f.

⁴⁰⁵ Koussoulis, S. 35 f.; offenbar auch MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 1.

⁴⁰⁶ Lüke, FS Schiedermaier, S. 377, 386 f.; Nikisch, § 104, S. 405; Stein/Jonas/Althammer, 23. Aufl., § 322 Rn. 31 ff.

⁴⁰⁷ Bruns, ZZP 78 (1965), S. 264, 278.

nach dem Urteil zu leben und dieses auch in ihrem (privaten) Verhältnis untereinander als verbindlich zu betrachten.⁴⁰⁸

Da sich aus der Nichtbeachtung eines vom Urteil angeblich ausgehenden Verhaltensgebots keinerlei wahrnehmbare Konsequenzen ergeben, muss schon die Existenz einer solchen materiellen oder funktionalen Seite der Rechtskraft zweifelhaft bleiben. Aber selbst wenn abseits der prozessualen Wirkung von dem Urteil in der Tat eine Art Verbindlichkeit oder ein Verhaltensgebot ausginge, würde das noch kein Rechtsverhältnis *zwischen den Parteien* begründen können. Das angebliche Gebot, welches besagt, dass die Parteien nach dem Urteil zu leben haben, würde sich zunächst an jede einzelne Partei richten. Solange aus der Nichtbeachtung dieses Verhaltensgebots keine Konsequenzen erwachsen, fehlt es an einem Element, das die Parteien in eine Beziehung – die nicht prozessual ist und nicht dem materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis entspricht – zueinander setzt. Für die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien hilft diese zusätzliche Seite der Rechtskraft im Ergebnis nicht weiter.

Aber auch eine Entscheidung über die Frage, wer nun unmittelbarer Adressat der Urteilsbindung ist, kann letztendlich dahinstehen, denn unabhängig davon, an wen sich die materielle Rechtskraft eines Urteils richtet, entsteht aufgrund von Urteilsbindung eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien.⁴⁰⁹ Dadurch, dass die Staatsorgane, insbesondere Gerichte, von der materiell rechtskräftigen Entscheidung nicht abweichen dürfen, ist es auch den Parteien unmöglich, eine abweichende Entscheidung über denselben Streitgegenstand zu erwirken. Auch die Bindung der Parteien ist demnach eine sichtbar werdende oder spürbare Wirkung der materiellen Rechtskraft. Dabei schadet es nicht, dass diese Bindung der Parteien womöglich nur von der der Gerichte abgeleitet ist. Dass sie besteht, ist nämlich unbestritten; wie sie entsteht, ist dagegen für die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis i.S.v. § 256 ZPO unerheblich. Entscheidend ist, dass die Bindung der Parteien

⁴⁰⁸ *Bruns*, ZZP 78 (1965), S. 264, 278; *Nikisch*, § 104 S. 403 ff.

⁴⁰⁹ A.A. offenbar *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 213.

rechtlicher, nicht etwa nur tatsächlicher Natur ist. Sie entspringt dem prozessrechtlichen Institut der materiellen Rechtskraft und äußert sich im prozessualen Bereich. Ebenso schafft sie, anders als das möglicherweise von dem materiell-rechtskräftigen Urteil ausgehende, im Privatleben zu beachtende Verhaltensgebot, auch eine *Verbindung* zwischen den Parteien, denn ohne die eine Partei lässt sich die Bindung der anderen Partei an das Urteil schlicht nicht denken. So kann eine Forderung gegen eine andere von der Rechtskraft betroffenen Person nicht noch einmal eingeklagt werden, jedoch selbstverständlich gegenüber einem unbeteiligten Dritten – wobei es sich dann schon nicht mehr um denselben Streitgegenstand handeln würde. Auch die Feststellung eines Rechts ist nur gegenüber der von der Rechtskraft des Urteils betroffenen Partei verbindlich, kann also nur in einem Rechtsstreit mit dieser Partei nicht erneut Entscheidungsgegenstand sein.

Dass der Kläger mit der Feststellung fehlender Urteilsbindung anstrebt, dass Hoheitsträger, insbesondere auch die Vollstreckungsorgane, dieses Feststellungsurteil bei ihrer Entscheidung oder Maßnahme berücksichtigen, ändert nicht, dass die Bindung der Parteien an das Urteil als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO sowohl bei nichtigen Leistungsurteilen als auch bei nichtigen Feststellungs- und Gestaltungsurteilen in Betracht kommt.⁴¹⁰ Letztendlich ist die Bindung von Gerichten und sonstigen Hoheitsträgern das Ziel jeder Feststellungsklage, auch einer, die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses abzielt.

Da materielle Rechtskraft formelle Rechtskraft voraussetzt, entsteht das Rechtsverhältnis durch Bindung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Selbst wenn diese im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht verstrichen ist, sollte aber dennoch nicht die Statthaftigkeit mangels eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses verneint werden. Die Urteilsbindung

⁴¹⁰ Kritisch dazu aber *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 213.

ist dann vielmehr als bedingtes⁴¹¹ Rechtsverhältnisses feststellungsfähig. Die im Urteil getroffenen Feststellungen legen nämlich Inhalt und Umfang der künftigen Bindung fest. Die Grundlage für das mit Ablauf der Rechtsmittelfrist entstehende Rechtsverhältnis ist deshalb schon mit Urteilsverkündung gelegt. Die Feststellung des Nichtbestehens der Urteilsbindung muss deshalb unabhängig vom Eintritt der formellen Rechtskraft zumindest statthaft⁴¹² sein.

III. Richterliche Kompetenz als Grenze der Statthaftigkeit

Es lässt sich also festhalten, dass Rechtsverhältnisse existieren, die bei Urteilsnichtigkeit als Feststellungsgegenstand grundsätzlich herangezogen werden könnten. Davon unabhängig könnte die Statthaftigkeit aber aus Gründen, die die Systematik und Funktion der Feststellungsklage betreffen, zu verneinen sein.

1. Kompetenzüberschreitung durch aufhebungsgleiche Wirkung

Loyal behauptet, dass das zuständige Gericht mit der Entscheidung über die Nichtigkeit eines Urteils seine Kompetenzen überschreite. Werde nämlich die Wirkungslosigkeit zu Unrecht festgestellt, käme diese Entscheidung einer Aufhebung des Urteils gleich.⁴¹³ Die Kompetenz, wirksame Entschei-

⁴¹¹ Zwar tritt materielle Rechtskraft grundsätzlich, d.h. wenn ein Verfahren nicht durch wirkungsloses Urteil beendet wurde, stets *irgendwann* ein. Ob das Urteil, dessen Bindungswirkung Gegenstand ist, Bestand hat oder nach Einlegung eines Rechtsmittels ganz oder teilweise abgeändert wird, ist jedoch unsicher. Die Bindung durch materielle Rechtskraft muss demnach bedingtes, nicht befristetes Rechtsverhältnis sein.

⁴¹² Ob dagegen vor Eintritt der formellen Rechtskraft auch ein Feststellungsinteresse besteht, hängt davon ab, ob Rechtsmittel im Verhältnis zur Feststellungsklage effektiveren Rechtsschutz bieten, näheres dazu unten, S. 140 ff.

⁴¹³ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 225 f.

dungen aufzuheben, habe aber nur ein Gericht im Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren.⁴¹⁴ Weil sich schon aus der Systematik des Gesetzes ergebe, dass die Aufhebung eines Urteils nicht dem Zweck der Feststellungsklage entspricht, betreffe dieses Problem nicht erst das Feststellungsinteresse, sondern schon die Statthaftigkeit der Klage nach § 256 ZPO, die aus diesem Grunde abzulehnen sei.⁴¹⁵

Eine solche Kompetenzüberschreitung wäre von vorneherein nur bei fehlerhaften Urteilen denkbar. Entspricht das Feststellungsurteil der wahren Rechtslage, weil das Urteil, dessen fehlende Bindung oder fehlende Vollstreckbarkeit festgestellt wird, in der Tat nicht materiell rechtskräftig und/oder nicht vollstreckbar ist, so bestätigt das um Feststellung ersuchte Gericht nämlich nur einen bereits bestehenden rechtlichen Zustand. Es ist deshalb schon nicht im Stande, in die prozessuale Rechtslage einzugreifen. Wenn einem Urteil dagegen irrtümlich die Bindung oder Vollstreckbarkeit aberkannt wird, existieren in der Tat zwei bindende, aber widersprüchliche Urteile: das Feststellungsurteil und die nur vermeintlich nicht bindende bzw. nicht vollstreckbare Entscheidung, welche Feststellungsgegenstand war. Es ist anzunehmen, dass sich Vollstreckungsorgane oder Gerichte aber wohl (nur) an das Feststellungsurteil gebunden fühlen, was einer Aufhebung⁴¹⁶ eines anderen, eigentlich bindenden Urteils, nahekommen mag.

Dieser in der Theorie entstehende Konflikt zwischen zwei wirksamen, bindenden Urteilen kann aber keine Auswirkungen auf die Statthaftigkeit der Feststellungsklage haben. Andernfalls würde sich die Statthaftigkeit der Klage gem. § 256 ZPO nach den vom Urteil nicht intendierten Wirkungen einer fehlerhaften Entscheidung richten. Entscheidend für die Statthaftigkeit wäre, ob die praktischen Auswirkungen einer *unrichtigen* Entscheidung dogmatisch begründet werden können. Das ist aber nicht die Funktion der

⁴¹⁴ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 226.

⁴¹⁵ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 227.

⁴¹⁶ Insbesondere wenn das entsprechende Feststellungsurteil als Einwendung i.S.v. §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO zu qualifizieren ist. Näheres hierzu unten, S. 134 ff.

Statthaftigkeit einer Klage. Mit Hilfe der Statthaftigkeit wird entschieden, ob die gewählte Klageart zum angestrebten Klageziel passt, d.h. ob die gewählte Klageart darauf ausgelegt ist, die gewünschte Art des Rechtsschutzes zu gewähren.⁴¹⁷ Ziel der Feststellungsklage ist in dem hier diskutierten Fall aber nicht Aufhebung eines Urteils. Das ändert sich auch nicht dadurch, dass ein fehlerhaftes Urteil nach § 256 ZPO womöglich quasi-aufhebende Wirkung hat.

Vielmehr passt die Klage nach § 256 ZPO besser zur angestrebten Art des Rechtsschutzes als Rechtsmittel, deren Anwendungsbereich im Falle von Urteilsnichtigkeit sogar ausgedehnt oder zumindest modifiziert werden muss. Denn mit dem Berufungs- oder Revisionsurteil kann nicht die Entscheidung selbst sondern nur ihr Rechtsschein aufgehoben werden. Die Entscheidung nach § 256 ZPO behält dagegen ihren feststellenden Charakter, denn auch ein inhaltlicher Fehler wandelt nicht die Wirkung des Urteils nach § 256 ZPO von Feststellung in Aufhebung. Zwar führt eine solche unrichtige feststellende Entscheidung zu dogmatischen Widersprüchen; diese sind im Zivilprozess aber nicht immer zu vermeiden.⁴¹⁸

Würden nur Rechtsmittel Rechtsschutz bei Urteilsnichtigkeit bieten, wären außerdem Rechtsschutzlücken zu befürchten. Die Feststellungsklage kann nämlich unbefristet, also auch noch nach der formellen Rechtskraft des nichtigen Urteils, erhoben werden, wohingegen Berufung oder Revision nach Ablauf der Rechtsmittelfrist unzulässig sind. Rechtsschutzlücken wären bei Ausschluss der Feststellungsklage zwar dann zu vermeiden, wenn man Rechtsmittel im Falle von Urteilsnichtigkeit unbefristet zuließe.⁴¹⁹ Zumindest für den Beklagten des Ausgangsprozesses ist diese Lösung aber mit

⁴¹⁷ *Detterbeck*, Rn. 1350.

⁴¹⁸ So ist z.B. auch der Widerspruch bei Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und der in dem bindenden Urteil festgestellten Rechtsfolge zumindest nach der herrschenden prozessualen Theorie dogmatisch nicht zufriedenstellend aufzulösen und muss hingenommen werden.

⁴¹⁹ Dafür spricht sich *Loyal*, *ZZP* 130 (2017), S. 203, 227 aus.

Nachteilen verbunden. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung oder Revision finden seine Interessen nämlich deutlich weniger Berücksichtigung als bei der Entscheidung über die Feststellungsklage nach § 256 ZPO, für die sie in Form des Feststellungsinteresses eine wichtige Rolle spielen.⁴²⁰ Außerdem würden bei Wegfall der formellen Rechtskraft (Beendigungswirkung) auch von nichtigen Urteilen die Unterschiede zum Nichturteil verschleiert. Das nichtige Urteil ist gerade kein „nullum“. Es hat zumindest die Eigenschaft einer Entscheidung durch ein staatliches Organ. Deshalb sollten ihm auch die Wirkungen zukommen, die an diese Qualitäten anknüpfen.

2. Kompetenzüberschreitung durch Zuständigkeit erstinstanzlicher Gerichte

Auch wenn die Wirkung eines *fehlerhaften* Feststellungsurteils, mit dem das Nichtbestehen von Urteilsbindung oder Vollstreckungsverhältnis zu Unrecht festgestellt wurde, die Statthaftigkeit nicht berührt, könnte jedoch der Umstand, dass über die Feststellungsklage eigentlich das Gericht erster Instanz entscheidet, die Statthaftigkeit in Frage stellen.

Grundsätzlich sind für die örtliche und sachliche Zuständigkeit auch bei der Feststellungsklage die allgemeinen Vorschriften der §§ 12 ff. ZPO und § 1 ZPO i.V.m. §§ 23, 71 GVG maßgeblich. Darüber hinaus soll bei negativer Feststellungsklage nach verbreiteter Ansicht der Gerichtsstand (auch) dort liegen, wo die gegenläufige Leistungsklage zu erheben wäre,⁴²¹ was bei Entscheidung über die fehlende Urteilsbindung oder das fehlende Vollstre-

⁴²⁰ Für die Voraussetzungen eines Feststellungsinteresses (gerade) gegenüber dem Beklagten siehe unten, S. 107 ff.

⁴²¹ OLG München NJW-RR 2010, 645; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 73; Thomas/Putzo/Seiler § 256 Rn. 2; Zöllner/Greger, § 256 Rn. 20; a.A. Wieckzorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 265; kritisch Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 36; Thole, NJW 2013, 1192, 1193.

ckungsverhältnis jedoch nicht in Betracht kommt, weil dort eine gegenläufige Leistungsklage nicht denkbar ist. Demnach wäre nach den vorgenannten Vorschriften die Klage zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit bzw. der zu Grunde liegenden prozessualen Rechtsverhältnisse in der Regel beim Amts- oder Landgericht am Sitz oder Wohnsitz des Beklagten zu erheben.

Steht die Wirksamkeit eines Berufungs- oder Revisionsurteils in Frage, würde die Anwendung der §§ 12 ff. ZPO und § 1 ZPO i.V.m.

§§ 23, 71 GVG dazu führen, dass das Gericht über die Wirksamkeit der Entscheidung einer höheren Instanz befindet. Möglich ist also, dass ein Amts- oder Landgericht über die Wirksamkeit einer OLG- oder gar BGH-Entscheidung urteilt. Dies scheint mit den Vorschriften der Zivilprozessordnung nicht vereinbar zu sein. Denn auch wenn der Kläger mit der Feststellungsklage bei Urteilsnichtigkeit nicht die Aufhebung oder Abänderung einer Entscheidung begehrt, hat das über die Feststellungsklage entscheidende Gericht ein Urteil zu überprüfen – zwar nicht auf Fehlerhaftigkeit, jedoch auf Unwirksamkeit.

Nicht jeder Rechtsbehelf der Zivilprozessordnung, mit dem die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung begehrt wird, hat notwendigerweise einen Devolutiveffekt. Teilweise ist auch vorgesehen, dass (zunächst) das die angegriffene Entscheidung erlassende Gericht mit der Angelegenheit befasst wird. So kann bei der sofortigen Beschwerde gem. § 572 Abs. 1 S.1 ZPO das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, der Beschwerde abhelfen, wenn es sie für begründet hält. Auch im Wiederaufnahmeverfahren entscheidet in der Regel das Gericht, dessen Urteil angefochten werden soll. Denn trotz der Grundregel des § 584 Abs. 1 Hs. 1 ZPO, nach der das Gericht, welches im ersten Rechtszug erkannt hat, ausschließlich zuständig sein soll, hat im Wiederaufnahmeverfahren wegen § 584 Abs. 1 Hs. 2, 3 ZPO das Berufungs- bzw. Revisionsgericht zu entscheiden, wenn nicht allein das erstinstanzliche Urteil angefochten wird.⁴²² Ein Rechtsbehelf, der

⁴²² Zur Zuständigkeit des Gerichts im Wiederaufnahmeverfahren siehe unten, S. 99 f.

vorsieht, dass ein Gericht *erster* Instanz die Entscheidung eines Gerichts höherer Instanz ggf. sogar der höchsten Instanz zu prüfen und ggf. aufzuheben oder abzuändern hat, findet sich in der ZPO jedoch nicht. Es erscheint deshalb fraglich, ob dem erstinstanzlichen Gericht bei Entscheidung über die Wirkungslosigkeit eines Urteils eine derartige „Prüfungskompetenz“ zukommen soll.

All dies spricht jedoch nicht gegen die Statthaftigkeit der Feststellungsklage.⁴²³ Die Feststellungsklage ist unabhängig davon, welches Gericht entscheidet, geeignet, das angestrebte Rechtsschutzziel zu erreichen. Allein das ist ausschlaggebend für die Statthaftigkeit,⁴²⁴ sodass diese aufgrund der möglichen Kompetenzüberschreitung nicht abgelehnt werden darf. Vielmehr ist die Zuständigkeit des über die Feststellungsklage bei Urteilsnichtigkeit befindenden Gerichts anderweitig zu bestimmen, etwa durch Analogie zu § 584 ZPO.

Für Analogie bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke sowie einer vergleichbaren Interessenlage. Eine planwidrige Regelungslücke erfordert, dass der Gesetzgeber die Normierung unbewusst unterlassen hat, entweder weil er die Regelungslücke nicht sah oder deshalb nicht hat sehen können, weil diese sich erst durch Fortentwicklung der Verhältnisse ergab.⁴²⁵ Daneben ist eine vergleichbare Interessenlage erforderlich. Der geregelte und ungeregelte Fall müssen mithin tatbestandlich gleichwertig sein. Zudem muss die Rechtsfolge des geregelten auf den ungeregelten Fall übertragbar sein.⁴²⁶

Für die planwidrige Regelungslücke spricht, dass die Zuständigkeitsvorschriften der §§ 12 ff. ZPO und § 1 ZPO i.V.m. §§ 23, 71 GVG für den hier diskutierten „Sonderfall“ der Feststellungsklage nicht ausgelegt zu sein scheinen. Sie führen dazu, dass ein Gericht erster Instanz unter Umständen

⁴²³ Anders aber offenbar *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 225.

⁴²⁴ Siehe dazu oben, S. 95 mit Fn. 417.

⁴²⁵ *Bork*, Rn. 144.

⁴²⁶ *T. Schmidt*, JuS 2003, S. 649, 651.

ein Urteil eines Gerichts höherer Instanz zu prüfen und im Hinblick auf seine Wirksamkeit zu bewerten hat. Die Wirkungslosigkeit eines Urteils ist zudem, anders als dessen Fehlerhaftigkeit, auf wenige Ausnahmefälle beschränkt, so dass auch die Feststellung der fehlenden Bindung des Urteils oder des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses ein seltener Fall ist. Demnach wird der Gesetzgeber bei Regelung der Zuständigkeit der Gerichte nicht an Feststellungsurteile, mit denen gerade das Nichtbestehen dieser prozessualen Rechtsverhältnisse festgestellt wird, gedacht haben. Nicht fernliegend erscheint auch, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 256 ZPO noch nicht nichtige Urteile als Feststellungsgegenstand und die damit in Verbindung stehenden Probleme der Zuständigkeit bedacht hat, demnach auch nicht eine besondere Zuständigkeitsvorschrift für diesen Fall vorgesehen hat. Schließlich geht § 256 ZPO auf die im Wortlaut nahezu identische Vorschrift § 231 CPO zurück, bei deren Schaffung der Gesetzgeber wohl noch ganz andere Vorstellungen von den Voraussetzungen der (Feststellungs-)Klage hatte.⁴²⁷ Dass sich mit analoger Anwendung von § 584 ZPO ein Widerspruch zu den sonstigen Vorschriften oder Wertungen der ZPO ergibt, was grundsätzlich gegen eine Planwidrigkeit der Regelungslücke sprechen würde, ist ebenfalls nicht erkennbar. Im Gegenteil: Ein derartiger Widerspruch erscheint vielmehr bei Zuständigkeit der erstinstanzlichen Gerichte zu bestehen.

Das Feststellungsurteil bei Urteilsnichtigkeit und die Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren weisen hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Tragweite Ähnlichkeiten auf, die für eine vergleichbare Interessenlage sprechen. Im Wiederaufnahmeverfahren entscheidet das Gericht darüber, ob Durchbrechung der Rechtskraft und eine neue Entscheidung über den Anspruch wegen Vorliegens eines Mangels im Sinne des §§ 579, 580 ZPO gerechtfertigt sind. Das Feststellungsurteil führt zwar nicht zur Durchbrechung der Rechtskraft es führt jedoch zumindest zur Feststellung, dass materielle Rechtskraft nicht besteht.

⁴²⁷ Siehe dazu oben, S.49 f. und S. 58.

Dem Wortlaut nach differenziert § 584 ZPO für die Zuständigkeit bei Revisionsurteilen nach Wiederaufnahmeverfahren und Wiederaufnahmegrund – so sei das Berufungsgericht zuständig, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund des § 580 Nr. 1 - 3, 6, 7 ZPO angefochten wird, das Revisionsgericht sei dagegen zuständig, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund der §§ 579, 580 Nr. 4, 5 ZPO Gegenstand der Anfechtung ist. Grundsätzlich verfolgt § 584 ZPO jedoch den Zweck, dass das Gericht zuständig sein soll, welches das angegriffene Urteil erlassen hat.⁴²⁸ Die Vorschrift wird demnach auch von Rechtsprechung und Lehre berichtend ausgelegt: Die Zuständigkeit richte sich – auch in Fällen des § 584 Abs. 1 Hs. 2, 3 ZPO – vornehmlich danach, ob mit der Klage tatsächliche Feststellungen des Berufungs- oder Revisionsgerichts angefochten werden.⁴²⁹ Da überdies bei der Klage zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit ohnehin eine Differenzierung nach Wiederaufnahmeverfahren und -grund nicht denkbar ist, sollte dort die Vorschrift des § 584 ZPO analog mit der Maßgabe angewendet werden, dass stets das Gericht entscheidungsbefugt ist, das das nichtige Urteil erlassen hatte.

Sofern mit der hier vertretenen Ansicht Analogie zu § 584 ZPO angenommen wird, muss zugleich auch § 591 ZPO analog Anwendung finden. Würde man dagegen das Feststellungsurteil im Hinblick auf die dagegen zulässigen Rechtsmittel wie ein erstinstanzliches Urteil behandeln, geriete man in Konflikt mit den Vorschriften der §§ 72 Abs. 1 S. 1, 119 Abs. 1 Nr. 2 und 133 GVG. Zwar kann damit die Analogie zu den §§ 584, 591 ZPO zur Beschränkung des zur Verfügung stehenden Instanzenzugs führen; dies ist jedoch hinzunehmen.

⁴²⁸ Musielak/Voit/Musielak, § 584 Rn. 1; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, § 584 Rn. 1; vgl. auch Hahn/Mugdan, S. 382.

⁴²⁹ BGHZ 62, 18, 20; Musielak/Voit/Musielak, § 584 Rn. 6; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, § 584 Rn. 5 f.; Stein/Jonas/Jacobs, § 584 Rn. 6; Zöllet/Greger, § 584 Rn. 9.

IV. Fazit zur Statthaftigkeit

Es lässt sich somit festhalten, dass zwar nicht die Feststellung der Urteilsnichtigkeit, jedoch die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens prozessualer Rechtsverhältnisse statthaft sein muss. Sowohl das Prozessrechtsverhältnis, das Vollstreckungsverhältnis als auch die Urteilsbindung sind grundsätzlich taugliche Klagegegenstände.

Ob der Klageantrag und der Urteilstenor einer der Feststellungsklage stattgebenden Entscheidung dabei auf Feststellung der Urteilsnichtigkeit gerichtet sein darf, hängt wohl davon ab, wie streng man das Erfordernis der genauen Bezeichnung des Rechtsverhältnisses in Klageantrag und Tenor auslegt. Sieht man in dem Begriff „Urteilsnichtigkeit“ eine Zusammenfassung der beiden Rechtsverhältnisse und möglichen Feststellungsgegenstände „fehlende materielle Rechtskraft“ und „fehlendes Vollstreckungsverhältnis“, sind die Anforderungen an einen hinreichenden bestimmten Klageantrag und eine hinreichend bestimmte Entscheidungsformel gewahrt. Selbst wenn man eine noch genauere Bezeichnung des Klagegegenstands (also einen Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens der materiellen Rechtskraft und/oder auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses) fordert, sind Klageanträge jedenfalls so auszulegen, dass im Zweifel gewollt ist, was nach dem Maßstab des geltenden Rechts vernünftig ist und der Interessenlage des Klägers entspricht.⁴³⁰ Sollte mit einer Klage die Feststellung der Urteilsnichtigkeit begehrt werden, darf sie deshalb nicht als unzulässig zurückgewiesen werden. Ein solcher Klageantrag wäre dann so auszulegen, dass der Kläger die Feststellung fehlender Urteilsbindung und/oder des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses verlangt.

⁴³⁰ BGH NJW 2016, 863 Rn. 9; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 253 Rn. 25.

C. Das Feststellungsinteresse

Die zweite zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung der Feststellungsklage ist das Feststellungsinteresse. Als besondere Form des Rechtsschutzbedürfnisses ist es Sachurteilsvoraussetzung und muss im Verfahren anders als das generelle Rechtsschutzbedürfnis in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden.⁴³¹ Für ein Interesse an der Feststellung ist nach allgemeiner Ansicht erforderlich, dass dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht, die durch die in dem Urteil getroffene(n) Feststellung(en) beseitigt werden kann.⁴³² Dabei muss das Interesse gerade gegenüber dem Beklagten bestehen.⁴³³ Zudem ist erforderlich, dass besserer, effektiverer oder kostengünstigerer Rechtsschutz nicht auf anderem Wege erzielt werden kann.⁴³⁴

I. Die Voraussetzungen des Feststellungsinteresses

Was die Voraussetzungen der Feststellungsinteresses im Einzelnen bedeuten, soll im Folgenden genauer untersucht werden.

⁴³¹ MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 37.

⁴³² BGH NJW 2010, 1877 Rn. 12; BGHZ 197, 186 Rn. 11; 203, 312 Rn. 12; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 39; Prütting/Gehrlein/Geisler, § 256 Rn. 12; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 45.

⁴³³ BGH NJW 1984, 2950; Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 10; Zöller/Greger, § 256 Rn. 7.

⁴³⁴ BGH NJW-RR 2008, 1578 Rn. 12; Prütting/Gehrlein/Geisler, § 256 Rn. 21; Wicczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 188.

1. Gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit

a) Die Unsicherheit

Die für das Feststellungsinteresse erforderliche Unsicherheit bzw. Ungewissheit kann sich nur auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses beziehen,⁴³⁵ denn nur *diese* Unsicherheit kann durch Feststellung beseitigt werden. Unsicherheit ist also jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ein Urteil bereits über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses rechtskräftig entschieden hat. In so einem Fall würde die Klage aber ohnehin schon wegen des Verbots des „ne bis in idem“ als unzulässig abgewiesen werden.⁴³⁶

Darüber hinaus sollte zwischen der Ungewissheit hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses und der Gefährdung der Rechte oder Rechtsgüter des Klägers unterschieden werden.⁴³⁷ Zwar wird es bei Feststellung eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses in der Regel so sein, dass der Gegenstand, auf den sich die Unsicherheit bezieht, auch das gefährdete Recht oder Rechtsgut darstellt. Soll also beispielsweise das Bestehen eines unsicheren Anspruchs festgestellt werden, ist auch meist dieser Anspruch gefährdet. Die hier relevanten prozessualen Rechtsverhältnisse enthalten jedoch keine subjektiven Rechte oder Rechtsgüter, die gefährdet sein könnten, so dass das unsichere Rechtsverhältnis und das gefährdete Rechtsgut zwangsläufig auseinanderfallen.

Auch für die Interessen des Beklagten, die bei Prüfung des Feststellungsinteresses berücksichtigt werden müssen, kann eine Unterscheidung von Unsicherheit und Gefährdung im Einzelfall Bedeutung erlangen. Für eine Fest-

⁴³⁵ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 46.

⁴³⁶ MüKo-ZPO/Gottwald, § 322 Rn. 40.

⁴³⁷ Anders aber scheinbar Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 130; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 46 ff., die die Unsicherheit selbst offenbar schon als Gefährdung ansehen.

stellungsinteresse ist nämlich auch eine gewisse Verantwortlichkeit des Beklagten für das Schutzbedürfnis des Klägers zu fordern.⁴³⁸ Es stellt sich die Frage, wofür der Beklagte verantwortlich sein muss: Muss er also die Unsicherheit des Klägers hervorgerufen haben oder muss er Verantwortung für die Gefährdung des Klägers tragen? Um das beantworten zu können, muss geklärt sein, wie das Merkmal Unsicherheit bzw. Ungewissheit im Kontext des Feststellungsinteresses überhaupt zu deuten ist.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch könnte Unsicherheit oder Ungewissheit sich auf die persönliche Einschätzung des Klägers beziehen. Dann müsste dieser zu einem gewissen Grad an dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses zweifeln. Problematisch daran ist, dass sich subjektive Zweifel kaum nachprüfen lassen. Sinnvoll wäre dieses Verständnis also nur, wenn man ein gewisses Maß an Nachvollziehbarkeit dieser subjektiven Zweifel fordern würde, also die Klage jedenfalls in solchen Fällen abwies, in denen die Rechtslage klar und eindeutig erscheint,⁴³⁹ so dass aus Sicht eines objektiven Dritten kein Anlass zu Zweifeln besteht. Diese Lösung würde aber schon zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen,⁴⁴⁰ denn je nach Beurteilungsperspektive – eines juristisch Gebildeten oder eines juristischen Laien – fiele die Bewertung der Rechtslage anders aus. Zudem müsste man unter diesen Umständen – paradoxerweise – eine offensichtlich begründete Klage als unzulässig abweisen.⁴⁴¹ Gegen die Deutung der Ungewissheit im Sinne subjektiver Zweifel des Klägers spricht außerdem, dass die Zulässigkeit immer dann verneint werden müsste, wenn der Kläger vom Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses *überzeugt* ist. Denn wer überzeugt ist, zweifelt nicht. In sehr vielen Fällen wird Klage aber gerade deshalb erhoben, weil der Kläger von der Richtigkeit seiner Rechtsauffassung fest ausgeht. Er hält sich z.B. für den Eigentümer, Anspruchsinhaber oder glaubt in einem wirksamen Vertragsverhältnis zum Beklagten zu stehen.

⁴³⁸ Vgl. Jacobs, S. 451 f.

⁴³⁹ Vgl. Stoll, FS Bötticher, S. 341, 354.

⁴⁴⁰ So auch Jacobs, S. 455.

⁴⁴¹ Jacobs, S. 455.

Gerade in dem typischen Fall, dass der Kläger den Anspruch feststellen lassen will, bevor Verjährung eintritt, zweifelt der Kläger in der Regel nicht, dass der Anspruch dem Grunde nach besteht. Er will dies nur durch das richterliche Urteil bestätigt wissen. Ziel der Klage ist nicht, die eigenen Zweifel zu beseitigen, sondern vielmehr die eigene Rechtsauffassung auch für den Beklagten verbindlich zu machen, um sich so abzusichern. Ginge der Kläger nicht in der Regel davon aus, Recht zu bekommen, würde er das Risiko einer Prozessniederlage, die in der Regel mit der Kostenlast verbunden ist, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, wohl nicht eingehen.

Es muss deshalb ein objektiverer Ansatz gewählt werden. Zum einen sollte es darauf ankommen, ob die Rechtslage – zumindest dem Beklagten gegenüber – noch unsicher, oder besser: noch ungesichert, ist. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses bereits rechtskräftig geklärt wurde. Weil das Bestehen des Rechtsverhältnisses dem Beklagten gegenüber ungesichert sein muss, ist die Annahme, dass Ungewissheit zwischen den Parteien herrschen müsse,⁴⁴² auch durchaus zutreffend. Das darf aber nicht so gemeint sein, dass die Parteien sich über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses streiten müssen, damit gerade Ungewissheit herrscht. Verbale Auseinandersetzungen oder Äußerungen einer Partei, die das Bestehen des Rechtsverhältnisses in Frage stellen, spielen nach der hier vertretenen Auffassung erst für die ebenfalls notwendige Gefährdung eine Rolle.⁴⁴³

Selbst wenn die Rechtslage noch nicht durch rechtskräftige Entscheidung gesichert ist, muss das Vorliegen von Ungewissheit auch verneint werden, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses schon denklogisch gar nicht in Frage stehen kann.⁴⁴⁴ So kann z.B. nicht unsicher sein,

⁴⁴² So Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 48.

⁴⁴³ Siehe auch BGH NJW 1986, 2507; 1992, 436, 437; 1999, 430, 432.

⁴⁴⁴ Ob ein *Eingriff* in die Rechtsgüter des Klägers grundsätzlich möglich ist, hat dagegen Einfluss darauf, ob eine *Gefahr* droht.

ob dem Kläger oder Beklagten ein Recht zusteht, das der geltenden Rechtsordnung nach nicht existiert.⁴⁴⁵ Genauso wäre auch die Ungewissheit über das Bestehen eines Vollstreckungsverhältnisses im Falle eines nichtigen Feststellungsurteils mangels Vollstreckbarkeit derartiger Urteile von vorne herein ausgeschlossen.

Im Ergebnis sind demnach an das Vorliegen der Ungewissheit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Da sich aus der Ungewissheit aber auch eine Gefährdung entwickeln muss, tut dies der Funktion des Feststellungsinteresses, die Zulässigkeit der Klage zu beschränken, keinen Abbruch.

b) Die gegenwärtige Gefahr

Schon die vielfach genutzte Wendung „gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit“ macht deutlich, dass Ungewissheit und Gefährdung in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Nicht ausreichend ist irgendeine Gefährdung für Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers. Die Gefahr muss vielmehr dergestalt sein, dass sie mit Beseitigung der Ungewissheit durch rechtskräftige Feststellung des (Nicht-)Bestehens des Rechtsverhältnisses ausgeräumt werden kann.⁴⁴⁶

Die Gefahr muss außerdem dem Recht oder der Rechtslage *des Klägers* drohen. Dies stellt sicher, dass die Feststellungsklage eine Verbindung zum materiellen Recht behält und auch ohne Feststellung eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses dem Schutz des materiellen Rechts dient. Die Gefährdung muss aber nicht zwingend Vermögensrechte betreffen.⁴⁴⁷ Auch eine

⁴⁴⁵ Denkbar ist aber wiederum, dass (gleichzeitig) ungewiss ist, ob ein bestimmtes Recht der geltenden Rechtsordnung bekannt ist.

⁴⁴⁶ Zöller/Greger, § 256 Rn. 7.

⁴⁴⁷ Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 120.

Gefahr für sonstige Rechtsgüter wie die Kreditwürdigkeit⁴⁴⁸ oder die berufliche Stellung⁴⁴⁹ reicht aus. Da es sich aber um ein rechtliches Interesse handeln muss, können rein ideelle, wissenschaftliche oder wirtschaftliche Interessen keine Rolle spielen.⁴⁵⁰

Die Gefahr muss zudem eine gegenwärtige sein. Es muss ein Interesse an alsbaldiger Feststellung bestehen, das Rechtsschutzbedürfnis darf nicht erst in der Zukunft vorliegen.⁴⁵¹ Das bedeutet, dass der Eintritt einer Rechtsbeeinträchtigung zu einem gewissen Grad wahrscheinlich oder möglich sein muss. Jedenfalls bei Feststellung von Schadensersatzansprüchen unterscheidet die Rechtsprechung danach, ob bereits ein Schaden eingetreten ist, und danach, um welche Art von Schaden bzw. Rechtsgutverletzung es sich dabei handelt: Seien bereits Schäden an absoluten Rechtsgütern entstanden, reiche die Möglichkeit künftiger weiterer Schäden aus.⁴⁵² Handele es sich bei den bereits eingetretenen Schäden um reine Vermögensschäden, sei dagegen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit weiterer Schäden zu fordern.⁴⁵³ Dies soll auch dann gelten, wenn noch gar keine Schäden belegbar sind.⁴⁵⁴

2. Feststellungsinteresse gegenüber dem Beklagten

Auch wenn das Feststellungsinteresse des Klägers geprüft wird, dürfen die Belange des Beklagten nicht unberücksichtigt bleiben. Dessen Interesse an der Vermeidung eines Prozesses wegen der damit einhergehenden generellen Belastung und der entstehenden Kosten und die Interessen des Klägers

⁴⁴⁸ MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 39.

⁴⁴⁹ BGH VersR 1985, 39; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 51.

⁴⁵⁰ MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 39.

⁴⁵¹ Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 13; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 50, Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 54.

⁴⁵² BGH NJW 1991, 2707, 2708; 2001, 1431, 1432; 2001, 3414, 3415; NJW-RR 2007, 601 Rn. 5.

⁴⁵³ BGH NJW 2006, 830 Rn. 27; NJW 2012, 2427 Rn. 73; BGHZ 203, 312 Rn. 12.

⁴⁵⁴ BGH NJW 2015, 1683 Rn. 15 ff.

müssen in einen Ausgleich gebracht werden.⁴⁵⁵ Ein Feststellungsinteresse ist deshalb in der Regel anzunehmen, wenn der Beklagte das Recht des Klägers oder das Rechtsverhältnis ernstlich bestreitet⁴⁵⁶ oder sich eines Rechts berührt.⁴⁵⁷ Es genügt aber, dass der Beklagte dem Recht des Klägers außerprozessual entgegentritt.⁴⁵⁸ Obwohl nach Ansicht einiger Vertreter des Schrifttums Schweigen oder ein rein passives Verhalten für nicht ausreichend gehalten wird,⁴⁵⁹ werden von dem Erfordernis eines aktiven Beklagtenverhaltens Ausnahmen gemacht: Drohe z.B. die Verjährung eines Anspruchs, sei nicht erforderlich, dass der Beklagte das Bestehen des betreffenden Anspruchs bestreite.⁴⁶⁰

Festzuhalten ist also, dass der Beklagte selbst das Bedürfnis nach Feststellung auslösen muss, damit eine Klage ihm gegenüber gerechtfertigt ist. Von ihm ist aber nicht das Hervorrufen der Ungewissheit zu fordern,⁴⁶¹ schließlich kann der Beklagte nicht beeinflussen, ob eine (objektive) Gewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, z.B. in Form eines rechtskräftigen Urteils, fehlt oder ob eine Unsicherheit schon undenkbar ist. Möglich ist jedoch grundsätzlich, dass die für das Feststellungsinteresse erforderliche Gefährdung der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers vom Beklagten ausgeht und ihm zuzurechnen ist. Dafür muss der

⁴⁵⁵ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 45; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 118.

⁴⁵⁶ BGH NJW 1986, 2507; 1999, 430, 432; 2019, 1002 Rn. 12; BeckOK-ZPO/Bacher, § 256 Rn. 20; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 42; Prütting/Gehrlein/Geisler, § 256 Rn. 12; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 47; Thomas/Putzo/Seiler, § 256 Rn. 15; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 130.

⁴⁵⁷ BGH NJW 1986, 129, 130; 1992, 436, 437; GRUR 2011, 1117 Rn. 15; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 42; Prütting/Gehrlein/Geisler, § 256 Rn. 12; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 47; Thomas/Putzo/Seiler § 256 Rn. 15.

⁴⁵⁸ Zöller/Greger, § 256 Rn. 7.

⁴⁵⁹ BGH NJW 1995, 2032, 2033 (eine Ausnahme gelte jedoch, wenn der Kläger aufgrund des vorangegangenen Verhaltens der Gegenseite nach Treu und Glauben eine endgültig sicherstellende Erklärung erwarten dürfe); 2010, 1877 Rn. 20; Jacobs, S. 459 ff.; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 42; siehe auch Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 11.

⁴⁶⁰ MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 44; Jacobs, S. 464, 470; wohl auch BGH NJW 2008, 2647 Rn. 8; NJW-RR 2010, 750 Rn. 13; OLG Karlsruhe, MDR 2000, 1014 (Feststellungsinteresse trotz vorgerichtlichen, deklaratorischen Anerkenntnisses der Beklagten).

⁴⁶¹ So aber Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 47.

Beklagte nicht zwangsläufig das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses in Zweifel ziehen. Er muss dem Kläger vielmehr irgendwie Anlass geben, einen Eingriff in seine Rechte oder Rechtsgüter zu fürchten.⁴⁶² Hierfür ist zwar sehr häufig auch das Bestreiten des Rechtsverhältnisses oder eine Rechtsberühmung geeignet, zwingend notwendig ist ein solches Verhalten aber nicht.

Damit dem Beklagten die Gefährdung zugerechnet werden kann, wird in vielen Fällen ein aktives Verhalten seinerseits erforderlich sein. Ausnahmen sind aber nicht auszuschließen. Wichtig ist zudem, dass der Beklagte selbst in irgendeiner Weise auf die Verwirklichung der Gefahr Einfluss hat. Wenn dieser schon offensichtlich nicht in der Lage ist, die Rechtsstellung des Klägers zu beeinträchtigen, muss der Kläger sich nicht durch ihn in seiner Rechtsstellung bedroht fühlen.⁴⁶³

3. Eignung des Urteils zur Beseitigung der Gefahr der Unsicherheit

Weitere Voraussetzung des Feststellungsinteresses ist die Eignung des Feststellungsurteils zur Beseitigung der aus der Ungewissheit erwachsenden Gefahr. Häufig reicht dazu schon die Rechtskraft des entsprechenden Feststellungsurteils.⁴⁶⁴ Erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nach § 256 ZPO also nicht auf das Rechtsverhältnis, über das Ungewissheit herrscht, z.B. weil das Bestehen des Rechtsverhältnisses nur Vorfrage ist, oder ist die Person, von der die Gefahr ausgeht, nicht an das Feststellungsurteil gebunden, fehlt das Feststellungsinteresse in der Regel.⁴⁶⁵ Von der Notwendigkeit der Bindung der gefährdenden Partei ist aber dann eine Ausnahme zu machen,

⁴⁶² Vgl. *Jacob*, S. 452.

⁴⁶³ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 53 f.; vgl. auch *Jacobs*, S. 467 f.

⁴⁶⁴ *Musielak/Voit/Foerste*, § 256 Rn. 11.

⁴⁶⁵ *Wieczorek/Schütze/Assmann*, § 256 Rn. 183.

wenn sicher davon ausgegangen werden kann, dass sich die betreffende Person oder Stelle trotzdem an die Feststellung des Urteils halten wird.⁴⁶⁶

4. Keine Subsidiarität der Feststellungsklage

Zuletzt entfällt das Feststellungsinteresse auch dann, wenn die Klage nach § 256 ZPO hinter anderen Rechtsbehelfen als subsidiär zurücktreten muss. Vorrang hat häufig die Leistungsklage, wobei die Feststellungsklage aber im Einzelfall auch hinter anderen weitergehenden oder spezielleren Rechtsbehelfen zurücktreten muss, wenn durch diese das erstrebte Rechtsschutzziel auf einfacherem oder schnellerem Weg erreicht werden kann.⁴⁶⁷ Zudem muss die alternative Rechtsschutzmöglichkeit dem Kläger im Einzelfall möglich und zumutbar sein und in Risiken und Voraussetzungen der Feststellungsklage gleichstehen.⁴⁶⁸

In der Regel kommt der Leistungsklage gegenüber der Feststellungsklage deshalb der Vorrang zu, weil das durch sie erlangte Urteil anders als das Feststellungsurteil vollstreckbar ist, so dass ein möglicher zweiter Prozess zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels nicht geführt werden muss. Trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erhebung einer Leistungsklage kann im Einzelfall aber auch die Feststellungsklage zulässig sein, wenn auch das Feststellungsverfahren zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt.⁴⁶⁹ Für die Subsidiarität der Feststellungsklage ist also auch maßgeblich, ob künftig eine erneute Inanspruchnahme der Gerichte zur Durchsetzung eines Anspruchs oder (vollständigen) Klärung der streitigen Rechtsfrage auch durch sie ausgeschlossen werden

⁴⁶⁶ RGZ 146, 290, 295; RGZ 148, 29, 32 f.; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 183.

⁴⁶⁷ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 59; Zöller/Greger § 256 Rn. 7a.

⁴⁶⁸ BGH NJW 1986, 1815, 1816; NJW 2017, 1823 Rn. 14; Zöller/Greger § 256 Rn. 7a.

⁴⁶⁹ BGH NJW 1984, S. 1118, 1119 für Feststellungsklage, die gegenüber einer Behörde erhoben wird, mit der Begründung, dass von öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern erwartet werden könne, dass diese dem Urteil nachkommen werden; MüKo-ZPO/Becker/Eberhard, § 256 Rn. 55.

kann.⁴⁷⁰ Ist dies zu bejahen, muss ein Feststellungsinteresse trotz alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten angenommen werden. Abgesehen davon, kann ein Feststellungsinteresse aber auch dann bestehen, wenn der im konkreten Fall durch alternative Rechtsbehelfe gebotene Rechtsschutz nicht als gleichwertig angesehen werden kann.⁴⁷¹

II. Übertragbarkeit der allgemeinen Grundsätze auf Nichtigkeitsfeststellungsklage

Fraglich ist nun, ob diese grundlegenden Anforderungen auch erfüllt sind, wenn die Wirksamkeit eines Urteils und damit das Bestehen der genannten prozessualen Rechtsverhältnisse in Frage steht. Welche Gefahr drohen kann, hängt vor allem auch davon ab, welche Art von Urteil – Leistungs- Feststellungs- oder Gestaltungsurteil – möglicherweise nichtig ist. Zudem muss dahingehend unterschieden werden, ob es sich bei dem vermeintlich wirkungslosen Urteil um ein klageabweisendes oder stattgebendes Urteil handelt und ob der Kläger im vorangegangenen Prozess die Stellung des Klägers oder die des Beklagten inne hatte.

1. Nichtigkeit von Leistungsurteilen

Zunächst ist das Feststellungsinteresse bei Nichtigkeit eines Leistungsurteils in den Blick zu nehmen.

⁴⁷⁰ Zöller/Greger, § 256 Rn. 8

⁴⁷¹ Zum Verhältnis der Feststellungsklage zur Leistungsklage: MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 55; siehe auch BAG NJW 2011, Rn. 16.

a) Feststellungsinteresse des Schuldners bei drohender Nichtigkeit stattgebender Leistungsurteile

Scheint ein stattgebendes Leistungsurteil nichtig zu sein, wird in erster Linie der (Vollstreckungs-)Schuldner Feststellungsklage erheben, mit dem Ziel eine Vollstreckung aus dem Urteil zu verhindern.

aa) Ungewissheit über prozessuale Rechtsverhältnisse

Die notwendige Ungewissheit hinsichtlich des (Nicht-)Bestehens eines Rechtsverhältnisses kann nur das Vollstreckungsverhältnis oder die materielle Rechtskraft betreffen. Dagegen ist eine Unsicherheit im Hinblick auf das Nichtbestehen des Prozessrechtsverhältnisses, jedenfalls wenn der Kläger sich zur Begründung auf die Wirkungslosigkeit des Urteils stützt, generell ausgeschlossen. Da wirkungslose wie auch wirksame Urteile in formelle Rechtskraft erwachsen und das Prozessrechtsverhältnis beenden, ist die Rechtslage im Hinblick auf das Bestehen des Prozessrechtsverhältnisses auch ohne bestätigende Entscheidung gesichert. Unklarheit im Hinblick auf das Nichtbestehen des Prozessrechtsverhältnisses kann es in diesem Zusammenhang nicht geben. Ein Interesse an der Feststellung des fehlenden Prozessrechtsverhältnisses ist aus diesem Grunde ausgeschlossen.⁴⁷²

bb) Gefährdung der Rechtsgüter des Schuldners

Die Wirkungslosigkeit eines Urteils beruht, wie die oben aufgeführten Gründe⁴⁷³ zeigen, oft nicht auf offensichtlichen Fehlern. Insofern kann von einem wirkungslosen Urteil der Rechtsschein der Wirksamkeit ausgehen. Dass die Vollstreckungsorgane dem Vollstreckungsantrag des Gläubigers

⁴⁷² Siehe dazu schon oben S. 74 f. So wohl auch *Foerste*, ZZP 107 (1994), S. 370, 373 (zu wirkungsgeminderten Urteilen).

⁴⁷³ Siehe dazu oben, S. 12 ff.

nachkommen, obwohl das Urteil nichtig ist, weil sie die Nichtigkeit verken-
nen, scheint demnach vorstellbar. Der durch die Vollstreckung erfolgende
Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter bedarf jedoch einer Legitimation
durch einen Vollstreckungstitel. Diese kann ein wirkungsloser Titel nicht lie-
fern, so dass unter diesen Umständen ein Eingriff durch Vollstreckung nicht
gerechtfertigt wäre. Droht also die Vollstreckung eines nichtigen Titels, sind
die Rechtsgüter des Schuldners, in die vollstreckt würde, gefährdet.

Die Wirkungslosigkeit des Titels muss bereits im Klauselerteilungsverfahren
und anschließenden Vollstreckungsverfahren berücksichtigt werden. Die
Klauselerteilung und das ihr vorausgehende Verfahren dienen zum einen ei-
ner Trennung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren,⁴⁷⁴ zum an-
deren der Entlastung der Vollstreckungsorgane.⁴⁷⁵ Diese sollen von einer
Prüfung, die sich nicht auf die Ordnungsgemäßheit der Zwangsvollstre-
ckung bezieht und zudem Kenntnis der Urteilsgründe und Verfahrensakten
erfordert, befreit werden.⁴⁷⁶ Deshalb muss schon der für die Klauselerteilung
zuständige Beamte, z.B. der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 724 Abs.
2 ZPO) oder der Rechtspfleger (§ 20 Nr. 12 RPflG), den Titel umfassend auf
das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel überprü-
fen.⁴⁷⁷ Hierzu gehört auch zu klären, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt und
dieser einen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist.⁴⁷⁸ Wenn eine der Voraus-
setzungen fehlt, hat dieser die Klauselerteilung abzulehnen.⁴⁷⁹

Trotz der umfassenden Prüfung durch die die Klausel erteilende Stelle muss
auch das Vollstreckungsorgan neben der Ordnungsgemäßheit des Antrags
und der Zulässigkeit der beantragten Vollstreckungsmaßnahme prüfen, ob

⁴⁷⁴ *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 724 Rn. 2.

⁴⁷⁵ *Brox/Walker*, Rn. 103; *MüKo-ZPO/Wolfsteiner*, § 724 Rn. 2.

⁴⁷⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1268, 1269; *MüKo - ZPO/Wolfsteiner*, § 724 Rn. 2;
Wieczorek/Schütze/Paulus, § 724 Rn. 3.

⁴⁷⁷ *BeckOK-ZPO/Ulrici*, § 724 Rn. 18.

⁴⁷⁸ *Musielak/Voit*, Gk ZPO, Rn. 1136; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 725 Rn. 22.

⁴⁷⁹ *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 725 Rn. 22.

die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen.⁴⁸⁰ Es muss also kontrollieren, ob die vorgelegte Urkunde Vollstreckungstitel ist und einen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist.⁴⁸¹ So muss das Vollstreckungsorgan etwa die Vollstreckung ablehnen, wenn der Titel mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit nicht vollstreckbar ist⁴⁸² oder wenn er für eine nicht existente Partei ergangen ist.⁴⁸³

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wirkungslosigkeit des Leistungsurteils auf dem Fehlen eines konstitutiven Elements beruht⁴⁸⁴ und es deshalb keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist, müssen die die Klausel erteilende Stelle sowie das Vollstreckungsorgan die Wirkungslosigkeit des Urteils berücksichtigen und die Klauselerteilung bzw. Vollstreckung ablehnen.⁴⁸⁵

Dennoch ist ein Eingriff in die Rechtsgüter des Schuldners damit noch nicht von vornherein ausgeschlossen. Wenn schon das Gericht offensichtlich nicht bemerkte, dass das von ihm erlassene Urteil wirkungslos sein würde, kann nicht erwartet werden, dass der zuständige Beamte oder das zuständige Organ stets die Nichtigkeit des Titels erkennt. Weil der Grund der Wirkungslosigkeit oft nicht auf den ersten Blick aus dem Urteil und den vorliegenden Prozessakten zu erkennen ist, stehen die Chancen schlecht, dass der Fehler dem Urkundsbeamten, Rechtspfleger oder dem Vollstreckungsorgan auffällt. Der Gerichtsvollzieher oder das sonst zuständige Vollstreckungsorgan haben

⁴⁸⁰ Musielak/Voit/Lackmann, § 753 Rn. 13.

⁴⁸¹ BGH NJW- RR 2006, 217, 218; NZG 2012, 102 Rn. 15; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 724 Rn. 7.

⁴⁸² OLG Hamm, NJOZ 2010, 2692, 2693; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 724 Rn. 7; Musielak/Voit/Lackmann, § 724 Rn. 2.

⁴⁸³ OLG München, NZM 2015, 898 Rn. 8.

⁴⁸⁴ Zur Urteilsnichtigkeit wegen Fehlen eines konstitutiven Urteilelements siehe oben, S. 18 ff.

⁴⁸⁵ Musielak/Voit/Lackmann, § 724 Rn. 2 und MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 724 Rn. 4 f., sprechen sich zumindest dafür aus, dass die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit und die generelle Vollstreckbarkeit der Überprüfung durch die Vollstreckungsorgane zugänglich sein soll. Demnach erscheint es nicht völlig konsequent, wenn sie an gleicher Stelle die Überprüfung der Unwirksamkeit des Titels durch die Vollstreckungsorgane ablehnen, weil ein Mangel der Vollstreckbarkeit oder der Bestimmtheit im Einzelfall Ursache bzw. Folge der Wirkungslosigkeit sein kann.

zudem in der Regel nicht einmal ein vollständiges Urteil, jedenfalls aber nicht die vollständigen Prozessakten zur Hand,⁴⁸⁶ so dass Dokumente, die auf den zur Nichtigkeit führenden Urteilsfehler hinweisen oder ihn bekräftigen mögen, womöglich nicht zur Verfügung stehen. Es können im Einzelfall auch ausreichende rechtliche Kenntnisse fehlen. Zwar verfügen sowohl der Urkundsbeamte als auch das Vollstreckungsorgan über das juristische Wissen, das es ihnen ermöglicht, die mit der Klauselerteilung und Vollstreckung verbundene grundlegende Prüfung vorzunehmen, dennoch sind sie kein Richter. Resultiert die Nichtigkeit des Urteils z.B. aus dem Ausspruch einer durch das Recht nicht vorgesehenen Rechtsfolge oder fehlte dem Gericht die Gerichtsbarkeit⁴⁸⁷, mag dies für das Vollstreckungsorgan oder den für die Klauselerteilung zuständigen Beamten schon mangels ausreichender juristischer Kenntnisse nicht erkennbar sein. Selbst wenn der Beamte bzw. das Organ von dem Vollstreckungsschuldner auf die Wirkungslosigkeit hingewiesen werden sollte, könnten sie diesen Hinweis aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für unbegründet halten.

Allein die Tatsache, dass auch der zuständige Beamte im Klauselerteilungsverfahren und das Vollstreckungsorgan die Wirksamkeit des Urteils berücksichtigen, kann eine Gefährdung mithin nicht grundsätzlich ausräumen. Leugnen lässt sich jedoch nicht, dass diese Verfahrensschritte geeignet sind, das Risiko zumindest einzudämmen. Insofern könnten sie Einfluss auf die Gegenwärtigkeit der Gefahr haben.

cc) Interesse an alsbaldiger Feststellung

Auch wenn es an dieser Stelle nicht um das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs geht, kann die Rechtsprechung zum Interesse an alsbaldiger Feststellung von Schadensersatzansprüchen⁴⁸⁸ eine Richtung vorgeben. Anders

⁴⁸⁶ Brox/Walker, § 6 Rn. 2.

⁴⁸⁷ Vgl. BGHZ 29, 223, 227 ff.

⁴⁸⁸ Siehe dazu oben, S. 107.

als in Fällen, in denen es schon zu einer Rechtsgutsverletzung gekommen ist, z.B. in Form einer Körper- oder Gesundheitsverletzung, fürchtet der Kläger, der die Feststellung des Nichtbestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses beantragt, mit der ungerechtfertigten Vollstreckung einen erst in der Zukunft liegenden Eingriff. Deshalb scheint es hier nicht gerechtfertigt, die bloße Möglichkeit eines Vollstreckungseingriffs genügen zu lassen und das Interesse erst dann zu verneinen, wenn nur eine ganz geringe Wahrscheinlichkeit für den Eingriff besteht. Vielmehr sollte eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Vollstreckung erforderlich sein.

Um zu bewerten, ob der Vollstreckungseingriff hinreichend wahrscheinlich ist, erscheint es sinnvoll, sich zu vergegenwärtigen, weshalb ein Interesse an gerade *alsbaldiger* Feststellung gefordert wird. Ein gegenwärtiges Feststellungsinteresse dient vor allem dazu, unnötige Prozesse zu vermeiden, damit das Gericht und der Beklagte nicht mit einem Verfahren belastet werden, das sich später als nicht notwendig herausstellt, weil sich die Angelegenheit schlussendlich von selbst erledigte.⁴⁸⁹ Diesen prozessökonomischen Erwägungen wird man gerecht, wenn ein Interesse an alsbaldiger Feststellung bei Urteilsnichtigkeit erst ab Vorliegen einer vollstreckbaren Ausfertigung bejaht wird.⁴⁹⁰ Wird nämlich die Nichtigkeit im Klauselerteilungsverfahren bei der durch den zuständigen Beamten vorzunehmenden Prüfung schon erkannt und deshalb der Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung abgelehnt, ist die Gefahr der Vollstreckung für den Schuldner gebannt. Ein Vollstreckungsantrag des Gläubigers würde mangels vollstreckbarer Ausfertigung abgelehnt werden.⁴⁹¹ Kommt es dagegen trotz Nichtigkeit des Urteils zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, ist das Risiko eines Vollstreckungseingriffs hoch. Weil sich die Vollstreckungsorgane gerade auf

⁴⁸⁹ Vgl. Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 54.

⁴⁹⁰ So wohl auch Barnert, MDR 2004, S. 605, 607, der die Zulässigkeit der Feststellungsklage aber im Ergebnis ablehnt.

⁴⁹¹ Der Gläubiger könnte in so einem Fall gegen die Ablehnung der Klauselerteilung natürlich seinerseits mit Rechtsbehelfen nach § 573 I ZPO bzw. §§ 573 II, 567 ff. vorgehen, Brox/Walker, § 8 Rn. 1 f. Dann müsste in diesem Verfahren über die Urteilsnichtigkeit entschieden werden.

die vollstreckbare Ausfertigung verlassen sollen, ist die durch sie durchgeführte Prüfung in ihrem Umfang beschränkter als die Prüfung der Beamten im Klauselerteilungsverfahren.⁴⁹² Die Gefahr des Eingriffs in die Rechtsgüter der Vollstreckungsschuldners durch Vollstreckung ist bis zum Zeitpunkt der Klauselerteilung mithin noch so gering, dass dem Vollstreckungsschuldner ein Abwarten bis dahin zugemutet werden kann. Seine Interessen sind dennoch hinreichend gewahrt. Der Eingriff in seine Rechtsgüter liegt noch nicht so nahe, dass der mit der Feststellungsklage angestrebte Rechtsschutz leerlaufen oder entwertet würde. Wenn man dagegen vom Vollstreckungsschuldner verlangte, dass dieser bis zur Stellung des Vollstreckungsantrags abwarten müsste, wäre der Zeitraum, der dem Vollstreckungsschuldner zur Reaktion in Form der Klageerhebung bliebe, zu gering, um den Eingriff durch Vollstreckung zu verhindern. Ein wesentlicher Schutzaspekt der Feststellungsklage entfiel. Weil aber die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung erst der erste Schritt auf dem Weg zur endgültigen Vollstreckung durch den Gläubiger ist, bleibt dem Vollstreckungsschuldner auch noch nach Erteilung der Vollstreckungsklausel ausreichend Gelegenheit, auf die drohende Gefahr zu reagieren, mithin zu klagen.

Damit bleibt festzuhalten, dass Klausel- und Vollstreckungsverfahren die Gefährdung des Vollstreckungsschuldners zwar nicht von vornherein und grundsätzlich beseitigen, dass aber zumindest die Klauselerteilung Einfluss auf den Zeitpunkt hat, ab dem der Vollstreckungsschuldner ein Feststellungsinteresse geltend machen kann. Es wurde bereits festgestellt, dass das Vollstreckungsverhältnis zwar mit Klauselerteilung entsteht, jedoch grundsätzlich bereits vor Entstehung als bedingtes Rechtsverhältnis Feststellungsgegenstand sein kann.⁴⁹³ Auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage hat dies im Ergebnis nunmehr doch keine Auswirkung, weil die Klauselerteilung nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls wegen des Erfordernisses eines Interesses an alsbaldiger Feststellung abgewartet werden muss.

⁴⁹² Siehe zu der Prüfung im Klausel- und Vollstreckungsverfahren oben, S. 113f.

⁴⁹³ Siehe dazu oben, S. 87 f.

dd) Einbeziehung der Interessen des Gläubigers

Ob die Feststellung des Nichtbestehens eines Vollstreckungsverhältnisses oder die Feststellung fehlender Urteilsbindung zulässig ist, hängt auch davon ab, ob ein Feststellungsinteresse gerade dem Beklagten gegenüber besteht. Beklagter kann nur die gegnerische Partei des vorangegangenen Rechtsstreits, die in der Regel auch Vollstreckungsgläubiger ist, sein.

(1) Generelle Mitverantwortung des Gläubigers für Vollstreckungsfahr

Dass gegenüber der gegnerischen Prozesspartei, dem Vollstreckungsgläubiger, ein Feststellungsinteresse besteht, schließt *Loyal* grundsätzlich aus. Nach *Loyal* muss, wenn schon nicht das Rechtsverhältnis, zumindest das Feststellungsinteresse Rechtsschutzgrund sein. Aus dem Feststellungsinteresse müsse sich also ergeben, welches subjektive Recht des Klägers mit Hilfe der Feststellungsklage nach § 256 ZPO geschützt werde. Zumindest für diesen Rechtsschutzgrund müsse der Beklagte verantwortlich sein, wobei *Loyal* eine Verantwortlichkeit des Beklagten für die „Unsicherheit“ des Klägers verlangt.⁴⁹⁴ Eine solche Verantwortlichkeit könne den Beklagten aber schon gar nicht treffen: Wo ein Feststellungsurteil sonst den Parteien Anweisungen für ihr tatsächliches Verhalten gebe, beschränke sich im Falle der Klage zur Feststellung der Urteilsnichtigkeit die Wirkung allein auf den prozessualen Bereich und zwar auf Bindung der Hoheitsträger, insbesondere der Vollstreckungsorgane. Die Unsicherheit des Klägers beziehe sich folglich darauf, wie die Vollstreckungsorgane und sonstigen Hoheitsträger das Urteil bzw. seine Wirksamkeit bewerten. Der Kläger sei also unsicher, ob die Hoheitsträger die Nichtigkeit des Urteils (an)erkennen werden. Er wolle

⁴⁹⁴ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 218.

deshalb mit dem Feststellungsurteil künftige Handlungen von Hoheitsträgern festlegen; allein darauf komme es dem Kläger an.⁴⁹⁵ Der Vollstreckungsgläubiger könne durch sein Verhalten diese Unsicherheit des Klägers aber weder beenden noch begründen, denn er habe keinen Einfluss darauf, ob die Unwirksamkeit des Urteils (an-)erkannt werde. Sein Verhalten könne demnach nicht Grundlage für das Feststellungsinteresse sein. Eine Verantwortlichkeit des Beklagten für die Unsicherheit des Klägers, mithin auch für den Rechtsschutzgrund scheidet nach *Loyal* demnach aus.⁴⁹⁶

Nach *Loyal* bezieht sich somit die für das Feststellungsinteresse erforderliche Unsicherheit des Klägers nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, sondern auf die Handlungen von Hoheitsträgern wie Vollstreckungsorganen und Gerichten. Dieses Verständnis von dem Begriff „Unsicherheit“ im Kontext der Feststellungsinteresses ist nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen. Wenn allein das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses nach § 256 ZPO Feststellungsgegenstand sein kann, kann auch lediglich die Ungewissheit hierüber mit dem Feststellungsurteil ausgeräumt werden. Folglich kann sich die für das Feststellungsinteresse nach allgemeiner Ansicht geforderte Unsicherheit bzw. Ungewissheit nur auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses beziehen.⁴⁹⁷ Der Schuldner mag sich ganz persönlich die Frage stellen, wie Vollstreckungsorgane und sonstige Hoheitsträger die Wirksamkeit des Urteils (künftig) bewerten und ob sie die Vollstreckung wegen der Nichtigkeit des Urteils ablehnen werden; für das Feststellungsinteresse kann dies jedoch keine Rolle spielen. Insofern kann auch der fehlende Einfluss des Vollstreckungsgläubigers auf die Anerkennung der Urteilsnichtigkeit durch die Hoheitsträger die Ungewissheit des Klägers nicht ausschließen. Vielmehr ist der Beklagte schon generell, in allen Fällen der Erhebung einer Feststellungsklage nicht in der Lage, die für das Feststellungsinteresse erforderliche Ungewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses

⁴⁹⁵ *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 219.

⁴⁹⁶ *Loyal*, ZZP (2017), S. 203, 218 f.

⁴⁹⁷ Siehe dazu schon oben, S. 103 f.

zu beeinflussen. Es wurde bereits festgehalten, dass Unsicherheit im Kontext des Feststellungsinteresses nicht als persönliche Einschätzung des Klägers, sondern objektiv, als fehlende (Ab-)Sicherung der Rechtslage, etwa durch rechtskräftiges Urteil, verstanden werden muss.⁴⁹⁸ Hierauf kann der Beklagte schon denklogisch keinen Einfluss durch sein Verhalten nehmen.

Kann damit der von *Loyal* angeführte fehlende Einfluss des Beklagten auf die Durchführung der Vollstreckung nach der hier vertretenen Ansicht zwar keine Relevanz für die *Ungewissheit* bzw. *Unsicherheit* des Klägers haben, so mag dies aber eine dem Beklagten zurechenbare *Gefährdung* der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers ausschließen. Denn die Gefährdung der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers muss dem Beklagten in hinreichendem Maße zuzurechnen sein. Weil bei (vermeintlich) nichtigen Leistungsurteilen diese Gefährdung in der Vollstreckung des wirkungslosen Titels zu sehen ist, muss den Beklagten also eine (Mit-)Verantwortung für die Vollstreckung treffen.

Zur Beurteilung, ob eine solche Verantwortlichkeit des Beklagten für die Vollstreckung und für die davon ausgehende Gefährdung des Vollstreckungsschuldners gegeben ist, muss das Vollstreckungsverfahren als Ganzes betrachtet werden. Verkürzt ist es dagegen, die Verantwortlichkeit des Beklagten allein danach zu bemessen, ob er im Verfahrensabschnitt nach Stellung des Vollstreckungsantrags bis zum Vollstreckungseingriff durch das Vollstreckungsorgan auf die Vollstreckung (noch) einwirken kann.⁴⁹⁹ Dies lässt außen vor, dass der Gläubiger das Verfahren zuerst einmal einleiten muss. Erst und allein aufgrund seines Vollstreckungsantrags werden die Vollstreckungsorgane tätig. Die Vollstreckung dient seinen Interessen. Die Vollstreckungsorgane dagegen führen nur die Vollstreckungshandlung aus.

⁴⁹⁸ Siehe dazu S. 104 f.

⁴⁹⁹ So aber offenbar *Loyal*, ZZP (2017), S. 203, 219, der eine Gefährdung durch den Gläubiger wegen fehlender Einflussmöglichkeit auf die Entscheidung der Vollstreckungsorgane ablehnt und demnach die Stellung des Vollstreckungsantrags nicht in die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Gläubigers mit einbezieht.

Sie verfolgen dabei keine eigenen Ziele, sondern handeln für den Titelinhaber, zur Durchsetzung seines Titels, aufgrund seines Antrags. Durch die Notwendigkeit der Antragsstellung hat es der Vollstreckungsgläubiger – zumindest bis zur Antragsstellung – allein in der Hand, ob es zur Vollstreckung kommen wird.

Nicht die Missachtung der Wirkungslosigkeit des Titels, sondern die Vollstreckungshandlung selbst stellt den Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter des Vollstreckungsschuldners dar. Hierfür müssen sowohl der Vollstreckungsgläubiger als auch die Vollstreckungsorgane gleichermaßen ihren Beitrag leisten. Die Vollstreckungsorgane müssen zwar die Urteilsnichtigkeit verkennen, der Beklagte muss den Vollstreckungsantrag aber überhaupt erst stellen. Damit ist der Vollstreckungsgläubiger in jedem Fall mitverantwortlich für die Gefährdung des Klägers – was allein schon für ein Interesse gegenüber dem Beklagten ausreichen muss.⁵⁰⁰

Dagegen kann es für die Verantwortlichkeit des Beklagten für den Rechtsschutzgrund keine Rolle spielen, ob er Bindungsadressat des Feststellungsurteils ist. Es kann dahinstehen, ob sich die Rechtskraft eines Urteils unmittelbar an die Parteien des Rechtsstreits oder die Hoheitsträger richtet.⁵⁰¹ Selbst wenn die Hoheitsträger die alleinigen oder zumindest unmittelbaren Bindungsadressaten sind, schließt das ein Feststellungsinteresse des Vollstreckungsschuldners gegenüber dem Beklagten nicht aus. Ansonsten müsste man auch in allen anderen Fällen einer Feststellungsklage das Feststellungsinteresse mit dieser Begründung ablehnen. Schließlich würde die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses den jeweiligen Beklagten ebenfalls nicht unmittelbar binden. Wahrnehmbare Auswirkungen hat die Bindung an das Feststellungsurteil immer nur im prozessualen Bereich, denn sichergestellt werden kann durch das Feststellungsurteil auch im Falle der Feststellung eines materiell-

⁵⁰⁰ So auch *Jacobs*, S. 476.

⁵⁰¹ Zum Meinungsstreit siehe oben, S. 89 ff.

rechtlichen Rechtsverhältnisses nur, dass ein Hoheitsträger von der Entscheidung wegen ihrer (unmittelbar oder mittelbar wirkenden) Bindung künftig nicht abweichen darf. Trotzdem würde auch im Falle der Feststellung eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses niemand davon ausgehen, dass das Feststellungsinteresse entfallen muss, weil nicht die Parteien selbst unmittelbar an das Urteil gebunden sind. Ob es dem Kläger auf die Bindung der Vollstreckungsorgane *ankommt*,⁵⁰² ist ebenso zweifelhaft. Der Kläger bezweckt einzig und allein die Beseitigung der Gefahr durch Beseitigung der Ungewissheit. Er will also im Endeffekt verhindern, dass in seine Rechtsgüter zu Unrecht vollstreckt wird. Auf welchem Wege er dieses Ziel erreicht, wird für ihn nicht von Bedeutung sein.

Insbesondere aufgrund der zentralen Funktion, die dem Vollstreckungsantrag im Vollstreckungsverfahren zukommt, ist die Vollstreckungsgefahr, welche der Kläger mit der Feststellungsklage gerichtet auf Feststellung der Urteilsnichtigkeit ausräumen will, dem Vollstreckungsgläubiger zuzurechnen. Wegen generell fehlender Verantwortlichkeit des Vollstreckungsgläubigers für den Vollstreckungseingriff kann das Feststellungsinteresse deshalb nicht abgelehnt werden.

(2) Die Klage rechtfertigendes Gläubigerverhalten

Noch ungeklärt ist damit aber, ob diese *generelle* Mitverantwortlichkeit für die Vollstreckung, d.h. die grundsätzliche *Möglichkeit* des Vollstreckungsgläubigers, die Vollstreckung einzuleiten und damit die Vollstreckungsgefahr zu begründen, bereits ausreicht, um ein Feststellungsinteresse dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber anzunehmen, oder ob es erforderlich ist, dass der Vollstreckungsgläubiger auch im konkreten Einzelfall tatsächlich aktiv werden und in irgendeiner Form der Rechtsposition des Vollstre-

⁵⁰² So *Loyal*, ZZP 130 (2017), S. 203, 219.

ckungsschuldners entgegentreten muss. Zwar wäre in jedem Fall gerechtfertigt, den Vollstreckungsgläubiger mit der Feststellungsklage und gegebenenfalls den Prozesskosten zu belasten, wenn dieser den Vollstreckungsantrag bereits gestellt hat oder die Urteilsnichtigkeit bestreitet. Denn hierdurch bringt der Vollstreckungsgläubiger zum Ausdruck, dass er das Urteil für wirksam hält und den Titel zwangsweise durchsetzen will.

Denkbar ist aber auch, dass der Vollstreckungsgläubiger (noch) keinen Vollstreckungsantrag gestellt hat und sich auch nicht zur Urteilsnichtigkeit geäußert hat. Dann ist fraglich, ob dennoch ein Feststellungsinteresse angenommen werden kann. Bei Klärung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass der Antrag auf Klauselerteilung ohnehin schon für das Bestehen einer *gegenwärtigen* Gefahr erforderlich ist.⁵⁰³ Jedenfalls aus diesem Grund ist der Antrag auf Klauselerteilung für das Feststellungsinteresse nicht verzichtbar. Es stellt sich demnach nur noch die Frage, ob der Beklagte darüber hinaus aktiv der Rechtsposition des Vollstreckungsschuldners entgegentreten muss.

(a) Erfordernis eines über den Antrag auf Klauselerteilung hinausgehenden aktiven Gläubigerverhaltens ?

Zur Beantwortung dieser Frage kann der Vergleich mit der Feststellungsklage, die erhoben wird, um die Verjährung zu hemmen, weiterhelfen. Grundsätzlich begründet die drohende Anspruchsverjährung ein Feststellungsinteresse.⁵⁰⁴ Hierbei kann zumindest nach Teilen der Literatur und der Rechtsprechung zur Begründung dieses Feststellungsinteresses auf ein zusätzliches aktives Beklagtenverhalten gänzlich verzichtet werden.⁵⁰⁵ Vor dem Hintergrund, dass für das Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO eine

⁵⁰³ Siehe dazu oben, S. 116 f.

⁵⁰⁴ BGH NJW-RR, 1989, 1367; BeckOK-ZPO/Bacher, § 256 Rn. 21; Zöller/Greger, § 256 Rn. 9.

⁵⁰⁵ Vgl. Nachweise in Fn. 460.

Verantwortlichkeit des Beklagten für die *Gefährdung* des Klägers erforderlich ist,⁵⁰⁶ erscheint dies auch schlüssig. Die Gefährdung, die es mit der Feststellungsklage bzw. dem Feststellungsurteil auszuräumen gilt, liegt bei drohender Verjährung nämlich in dem Verlust der Durchsetzbarkeit des Anspruchs. Diese Gefahr ist dem Beklagten, d.h. dem Schuldner, auch zuzurechnen. Zwar erfordert die Verjährung eines Anspruchs auch den Ablauf der Verjährungsfrist, worauf der Beklagte grundsätzlich keinen Einfluss hat. Zum Verlust der Durchsetzbarkeit führt dies jedoch erst, wenn die gegnerische Partei die Einrede der Verjährung erhebt. Von Amts wegen wird die Verjährung gerade nicht berücksichtigt. Würde man nunmehr ein aktives Beklagtenverhalten fordern, müsste dies Bezug zu der Gefährdung, mithin zur Verjährung des Anspruchs haben. Es wäre deshalb zu verlangen, dass der Beklagte die Erhebung der Verjährungseinrede androht bzw. in Aussicht stellt. Dass der Beklagte auch das Bestehen des Rechtsverhältnisses bestreitet, wäre dagegen nicht erforderlich, denn in dem von dem Beklagten behaupteten Nichtbestehen des Anspruchs und der daraus folgenden drohenden Nichtleistung liegt die Gefahr in diesen Fällen nicht begründet. Das ernstliche Bestreiten des Anspruchs kann aber eine eigenständige oder zusätzliche Gefährdung begründen.

Die Erhebung der Verjährungseinrede durch den Beklagten nach Ablauf der Verjährungsfrist wird aber in den allermeisten Fällen so wahrscheinlich sein, dass der Kläger auch ohne besondere Äußerungen der anderen Partei fest mit der Realisierung der Gefahr, dem Verlust der Durchsetzbarkeit, rechnen kann. Es bedarf nicht erst noch eines Verhaltens, mit dem der Beklagte dem Kläger deutlich macht, dass er der Rechtsposition des Klägers durch Erhebung der Einrede entgegengetreten wird. Eine besondere Ankündigung o.ä. durch den Beklagten scheint in diesen Fällen schon deshalb verzichtbar.

⁵⁰⁶ Siehe hierzu schon oben, S. 108 f.

Diese Überlegungen lassen sich auch auf den Fall der drohenden Vollstreckung eines nichtigen Titels übertragen. Sofern der Schuldner nicht freiwillig leistet, ist die Vollstreckung der nächste logische und zu erwartende Schritt des Gläubigers nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens. Die Vollstreckung ist dann aber die Regel und nicht die Ausnahme. Der Vollstreckungsschuldner muss mit der Vollstreckung rechnen. Eine Ankündigung, die dem Vollstreckungsschuldner deutlich macht, dass eine Vollstreckung droht, ist hierfür nicht erforderlich. Das hebt die Fälle der drohenden Verjährung und drohenden Vollstreckung von sonstigen Gefahren ab. Im „Normalfall“ hat der Kläger nämlich ohne aktives Beklagtenverhalten, z.B. ohne ein Bestreiten oder ein Sich-Berühmen, keinen Anlass anzunehmen, dass seine Rechtsgüter gefährdet sind.

Schon diese besondere Situation, in der sich der Vollstreckungsschuldner befindet, spricht dafür, auf ein aktives Beklagtenverhalten – abseits vom ohnehin erforderlichen Antrag auf Klauselerteilung – zu verzichten. Darüber hinaus könnten aber auch die Parallelen zur Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO hierfür Argument sein.

Die Vollstreckungsabwehrklage und die Feststellungsklage nach § 256 ZPO verfolgen zumindest in dem hier zu untersuchenden Fall ähnliche Ziele: Sie richten sich gegen die Zwangsvollstreckung und sollen diese bestenfalls von vornherein verhindern. Ein für die Klage nach § 767 ZPO erforderliches Rechtsschutzbedürfnis besteht bereits ab Vorliegen eines Vollstreckungstitels, so dass der Schuldner nicht erst weitere Schritte (des Gläubigers) – wie die Klauselerteilung oder den Vollstreckungsantrag – abwarten muss, bevor er nach § 767 ZPO klagt.⁵⁰⁷ Selbst ein Vollstreckungsverzicht des Gläubigers beseitigt das Rechtsschutzbedürfnis i.S.v. § 767 ZPO nicht.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Brox/Walker, § 40 Rn. 44; Musielak/Voit/Lackmann, § 767 Rn. 18; Thomas/Putzo/Seiler, § 767 Rn. 14.

⁵⁰⁸ BGH NJW 2017, 674 Rn. 7; Anders/Gehle/Hunke, § 767 Rn. 39; Brox/Walker, § 40 Rn. 44; Hk-ZPO/Saenger, § 767 Rn. 17.

Schon weil die Titelgegenklage analog § 767 ZPO als Rechtsbehelf bei wirkungslosen Titeln von einem großen Teil der Rechtsprechung und Lehre für statthaft gehalten wird,⁵⁰⁹ liegt der Gedanke also nahe, an das Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO ähnliche Anforderungen zu stellen wie an das Rechtsschutzbedürfnis i.S.v. § 767 ZPO. Dagegen spricht freilich, dass Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse nicht ohne weiteres gleichzusetzen sind. Beim Feststellungsinteresse handelt es sich um eine besondere Form des Rechtsschutzbedürfnisses, das insbesondere auch die Beklagteninteressen verstärkt berücksichtigt. Die einschränkungslose Übertragung der Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis i.S.v. § 767 ZPO auf das Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO würde diesen Unterschieden womöglich nicht gerecht werden.

Dennoch erscheint es im Ergebnis auch unabhängig von etwaigen Parallelen zur Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO allein schon aufgrund der Erwartbarkeit der Vollstreckung gerechtfertigt, dass sich der Schuldner auch ohne über den Antrag auf Klauselerteilung hinausgehendes Beklagtenverhalten zur Annahme einer Gefährdung veranlasst sehen darf. Auch wenn der Gläubiger also (noch) keinen Vollstreckungsantrag gestellt oder die Vollstreckung nicht angekündigt hat, sollte jedenfalls ein Feststellungsinteresse⁵¹⁰ bestehen.

(b) Möglicher Schutz des Gläubigers

Der Verzicht auf aktives Beklagtenverhalten als Erfordernis für ein Feststellungsinteresse des Klägers ist auch deshalb gerechtfertigt, weil sich der

⁵⁰⁹ BGH NJW-RR 2004, 1718 f.; NJW - RR 2010, 2041 Rn. 15; *Rieble/Rumler*, MDR 1989, S. 499, 500; *Wieczorek/Schütze/Bittmann*, § 732 Rn. 13; offen BGHZ 118, 229, 236; *Olzen*, DNotZ 1993, 211, 220 ff.; a.A.: BGH NJW 1957, 23; NJW-RR 1987, 1149 f.

⁵¹⁰ Es mag jedoch, wie später noch auszuführen sein wird, aus Kostengründen ratsam sein, sich vor Klageerhebung beim Beklagten über seine Vollstreckungspläne oder seine Ansicht zur Wirksamkeit des Urteils zu erkundigen.

Gläubiger vor einem Prozess oder zumindest vor einem nachteiligen Feststellungsurteil schützen kann. Hierzu sind verschiedene Maßnahmen in Betracht zu ziehen. Zum einen könnte ein verbindlicher Verzicht des Gläubigers auf Vollstreckung das Interesse des Schuldners an der Feststellung beseitigen. Auch bei der Feststellungsklage zur Vermeidung der Anspruchsverjährung soll das Feststellungsinteresse nämlich durch unbefristeten⁵¹¹ Verzicht des Schuldners auf die Verjährungseinrede entfallen.⁵¹² Zum anderen könnte auch die Aushändigung des Titels, die zumindest auch das Bedürfnis nach Rechtsschutz durch Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO entfallen lässt,⁵¹³ das Feststellungsinteresse ausschließen.

Ob eine Vereinbarung über einen Verzicht auf Vollstreckung dem Schuldner in solchem Maße Schutz gewährt, dass ihm das Interesse an der Feststellung der fehlenden Bindung oder des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses abgesprochen werden kann, hängt davon ab, welche Wirkung ein solcher Vertrag hat. Einige Vertreter im Schrifttum schreiben ihm nur verpflichtenden Charakter zu.⁵¹⁴ Auf die Vollstreckbarkeit habe der Verzicht keinen Einfluss, so dass eine Vollstreckung entgegen der Vereinbarung nicht aus sich heraus unzulässig sein könne.⁵¹⁵ Da die Vereinbarung die Vollstreckungsorgane nicht binde, dürften diese die Vornahme einer dem Vollstreckungsvertrag widersprechenden Vollstreckungshandlung auch nicht verweigern.⁵¹⁶ Selbst wenn der Verzicht durch eine Urkunde belegt werde, so dass § 775 Abs. 1 Nr. 4 ZPO entsprechend anwendbar sei,⁵¹⁷ solle das Vollstreckungsorgan

⁵¹¹ Ein befristeter Verzicht reicht nicht aus: OLG Celle, NZV 1988, 183; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 973; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 168; a.A.: OLG Oldenburg VersR 1980, 271.

⁵¹² OLG München NJW 1968, 2013; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 44; Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 33; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 57; Wieczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 167 f.

⁵¹³ BGH NJW 1955, 1556; BayObLG WuM 1992, 397, 398; Brox/Walker, § 40 Rn. 44.

⁵¹⁴ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 33 Rn. 18; Gerhardt, § 4 I 2; Henckel, S. 370; Wagner, S. 748 f.

⁵¹⁵ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 33 Rn. 18.

⁵¹⁶ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 33 Rn. 18; Gerhardt, § 4 I 2.

⁵¹⁷ So jedenfalls Brox/Walker, § 11 Rn. 51.

bei Streit über die Wirksamkeit der Vollstreckungsvereinbarung diese zunächst unberücksichtigt lassen und die abredewidrig eingeleitete Zwangsvollstreckung durchführen.⁵¹⁸ Der Schuldner habe dann die Möglichkeit, gegen die vertragswidrige Vollstreckung in einem gesonderten Verfahren mittels Titelgegenklage analog § 767 ZPO vorzugehen.⁵¹⁹

Folgt man dieser Ansicht, gelänge es dem Schuldner im Zweifel nicht, die Vollstreckung durch ein Berufen auf den Vollstreckungsvertrag von vorneherein zu unterbinden. Die Gefahr der Vollstreckung des vermeintlich nichtigen Urteils wäre durch einen Vollstreckungsverzicht nicht ausgeräumt. Das Feststellungsinteresse des Schuldners könnte bei dieser Deutung von Vollstreckungsverträgen dann nicht aufgrund fehlender Gefahr für dessen Rechte oder Rechtsgüter abgelehnt werden.

Nach anderer Ansicht sollen Vollstreckungsverträge verfügbaren Charakter haben und die verfahrensrechtliche Lage unmittelbar gestalten.⁵²⁰ Vollstreckungsverträge nähmen dem Anspruch ganz oder teilweise die Vollstreckbarkeit, so dass die vertragswidrige Zwangsvollstreckung unzulässig sei.⁵²¹ Dafür spreche unter anderem, dass schon die Zivilprozessordnung Vollstreckungsverträge vorsehe, die die Vollstreckungsorgane unmittelbar binden würden. Verwiesen wird hier unter anderem auf Verträge zwischen Gläubiger und Schuldner über Ort und Zeit der Versteigerung im Sinne von § 816 Abs. 1 und 2⁵²² sowie auf die Einigung der Vollstreckungsparteien über eine besondere Art der Verwertung, die das Vollstreckungsorgan auch ohne die die Anordnung des Vollstreckungsgerichts auf Grund des § 825 ZPO binden

⁵¹⁸ *Gaul*, JuS, 1971, S. 347, 349; *Henckel*, S. 370.

⁵¹⁹ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 33 Rn. 54; *Gaul*, JuS 1971, S. 347, 349; für Anwendbarkeit von § 766 ZPO unter gewissen Umständen: *Brox/Walker*, § 11 Rn. 51 ff.; *Gerhardt*, § 14 I 1 b.

⁵²⁰ *Emmerich*, ZZZ 82 (1969), S. 413, 434 ff.; *Schiedermair*, S. 86, 133 ff.; *Soehring*, S. 35 ff.

⁵²¹ *Emmerich*, ZZZ 82 (1969), S. 413, 436.

⁵²² Vgl. § 816 Abs. 1: „(...) sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen (...)“ und § 816 Abs. 2 „(...) sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen dritten Ort sich einigen.“

würde.⁵²³

Folgt man dem, würde ein Vollstreckungsverzicht dem Vollstreckungsschuldner im Falle eines nichtigen Urteils ausreichend Sicherheit bieten, mithin die Gefährdung seiner Rechte und Rechtsgüter ausräumen. Der Vollstreckungsschuldner wäre nicht darauf angewiesen, dass der Gläubiger sich an die vertragliche Abmachung hält, sondern könnte wegen der Bindung der Vollstreckungsorgane an den (hinreichend belegten) Vertrag sicher sein, dass diese vertragswidrige Vollstreckung unterbleibt.

Indes, auch wenn das Gesetz in bestimmten Fällen selbst Vereinbarungen zulässt, die die verfahrensrechtliche Lage unmittelbar beeinflussen, sind diese Vorschriften nicht verallgemeinerungsfähig. Die von § 816 Abs. 1 und 2 ZPO gesetzlich vorgesehene, das Vollstreckungsorgan unmittelbar bindende Einigung der Vollstreckungsparteien betrifft nur Vollstreckungsumstände, nämlich Ort und Zeit der Versteigerung. Auch eine unmittelbar das Vollstreckungsorgan bindende vertragliche Vereinbarung über eine besondere Verwertung, welche zwar nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen,⁵²⁴ jedoch anerkannt ist,⁵²⁵ betrifft nur das „Wie“, nicht das „Ob“ der Zwangsvollstreckung. Käme dem Vollstreckungsverzicht verfügende Wirkung zu, würden die Parteien jedoch nicht nur über Vollstreckungsumstände, sondern über die Vollstreckbarkeit als solche disponieren. Die Vollstreckungswirkung ist jedoch, wie die materielle Rechtskraft und die Gestaltungswirkung auch, eine materielle Urteilswirkung. Diese sind dem Einfluss der Parteien entzogen. Genauso wenig, wie die Parteien sich darauf einigen können, dass das Urteil sie selbst und die nachfolgenden Hoheitsträger, die über denselben Streitgegenstand zu entscheiden haben, nicht bindet, können sie die Vollstreckbarkeit mit verfügender Wirkung abbedingen.⁵²⁶ Zudem würde eine verfügende Wirkung des Vollstreckungsverzichts auch der Struktur und

⁵²³ *Emmerich*, ZZP 82 (1969), S. 413, 428, 434 f.; siehe auch *Schiedermair*, S. 86 f., S. 132 ff..

⁵²⁴ Anders offenbar *Emmerich*, ZZP 82 (1969), S. 413, 434 f.

⁵²⁵ *Emmerich*, ZZP 82 (1969), S. 413, 428.

⁵²⁶ So auch *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 33 Rn. 36; *Gaul*, JuS 1971, S. 347, 348.

dem Wesen der Vollstreckung zuwiderlaufen. Der Prüfungsumfang der Vollstreckungsorgane ist klar begrenzt, die Einstellungs- und Aufhebungsgründe sind auf formale Tatbestände beschränkt, vgl. §§ 775 f. ZPO. Demzufolge hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass bestimmte Voraussetzungen, von denen die Zwangsvollstreckung abhängen soll, bereits im Klauselerteilungsverfahren geprüft werden, durch ein Organ, das zu dieser Prüfung in der Lage ist, insbesondere weil ihm neben dem Titel auch die Akten vorliegen.⁵²⁷ Der Gesetzgeber wollte hierdurch einerseits die Vollstreckungsorgane entlasten,⁵²⁸ indem er sie von der Prüfung materiell-rechtlicher Tatbestände befreite, andererseits sicherstellen, dass die Vollstreckbarkeit zentral und nicht durch jedes beauftragte Vollstreckungsorgan neu und ggf. unterschiedlich bewertet werden würde.⁵²⁹ Dem widerspräche es aber, wenn ein Vollstreckungsorgan nicht nur prüfen müsste, ob eine Klausel wirksam erteilt wurde und ob Vollstreckungshindernisse i.S.v. § 775 f. ZPO vorliegen, sondern auch, wenn es sich der unter Umständen komplizierten und umfangreichen Prüfung der Wirksamkeit eines zwischen den Parteien geschlossenen Vollstreckungsvertrags widmen müsste, um die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung beurteilen zu können.⁵³⁰

Deshalb darf der Vollstreckungsverzicht nur verpflichtenden Charakter haben. Dabei kann dahinstehen, ob der Vertrag materiell-rechtlicher oder prozessualer⁵³¹ Rechtsnatur ist. Für die hier zu entscheidende Frage nach einem für den Gläubiger wirksamen und dem Schuldner Sicherheit gebenden Schutz ist nur der verpflichtende Charakter als solcher entscheidend. Dieser führt dazu, dass ein Vollstreckungsverzicht das Feststellungsinteresse nicht entfallen lassen kann, da der Vollstreckungsverzicht die Vollstreckung nicht verhindern kann, sondern es dem Schuldner nur möglich ist, gegen die vertragswidrige Vollstreckung nachträglich in einem gesonderten Verfahren

⁵²⁷ OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1268, 1269.

⁵²⁸ BeckOK-ZPO/*Ulrici*, § 724 Rn. 4; Brox/*Walker*, Rn. 103; MüKo-ZPO/*Wolfsteiner*, § 724 Rn. 2.

⁵²⁹ *Wieczorek/Schütze/Paulus* § 724 Rn. 4; vgl. auch BGH NJW 2017, 411 Rn. 16.

⁵³⁰ Vgl. *Gaul*, JuS 1971, S. 347, 349.

⁵³¹ So *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 33 Rn. 3; *Wagner*, S. 748 f.

mittels Titelgegenklage analog § 767 ZPO vorzugehen.

Nachteile für den Gläubiger ergeben sich daraus jedoch nicht. Ihm steht mit der Herausgabe des Titels an den Schuldner eine ebenso geeignete und praktikable Möglichkeit zur Vermeidung eines ihm nachteiligen Feststellungsurteils zur Verfügung. Kann der Gläubiger keinen Vollstreckungstitel mehr vorweisen, fehlt es an einer allgemeinen Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. Das Vollstreckungsorgan würde im Falle eines Vollstreckungsantrags nicht tätig werden. Die Vollstreckungsgefahr für den Schuldner wäre damit beseitigt, so dass das Interesse an der Feststellung der Urteilsnichtigkeit bzw. des Nichtbestehens der zu Grunde liegenden prozessualen Rechtsverhältnisse abzulehnen wäre. Sollte eine zweite vollstreckbare Ausfertigung dem Gläubiger erteilt werden, würde der Schuldner gem. § 733 Abs. 2 ZPO davon in Kenntnis gesetzt. Dann könnte er auch wieder ein Feststellungsinteresse geltend machen.

(c) Folgen der Herausgabe des Vollstreckungstitels

Welche Auswirkungen die Herausgabe des Vollstreckungstitels an den Vollstreckungsschuldner im Einzelfall auf den Ablauf und Ausgang des Verfahrens und insbesondere darauf hat, wer die Kosten des Rechtsstreits tragen zu tragen hat, wird dabei vor allem vom Zeitpunkt der Herausgabe und vom vorprozessualen Verhalten der Parteien abhängen.

Grundsätzlich wäre eine Klage nach Herausgabe des Titels mangels Feststellungsinteresses unzulässig und deshalb abzuweisen. Bei Herausgabe des Vollstreckungstitels vor Klageerhebung ist deshalb schon nicht davon auszugehen, dass der Schuldner das Verfahren überhaupt einleiten wird. Aber auch wenn der Vollstreckungsgläubiger den Titel erst nach Rechtshängigkeit der Feststellungsklage herausgibt, ist nicht damit zu rechnen, dass noch eine klageabweisende Entscheidung in der Sache ergeht. Vielmehr wird der klagende Schuldner den Rechtsstreit dann mit aller Wahrscheinlichkeit für

erledigt erklären oder die Klage zurücknehmen. Dies kann wiederum unterschiedliche Kostenfolgen haben.

Im Falle einer wirksamen Klagerücknahme muss grundsätzlich der Kläger die Kosten des Rechtsstreits tragen, § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Entscheidung, die Klage zurückzunehmen, wird der Schuldner demnach allenfalls dann fällen, wenn die einseitige oder übereinstimmende Erledigungserklärung nicht zu einer für ihn günstigeren (Kosten-)Entscheidungen führt.

Im Falle einer einseitigen Erledigungserklärung wird der Beklagte, also hier der Gläubiger, zur Kostentragung verpflichtet sein. Die einseitige Erledigungserklärung stellt eine Klageänderung dar. Beantragt wird nunmehr festzustellen, dass sich der Rechtsstreit erledigt hat, die Klage also ursprünglich zulässig und begründet war und erst durch ein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist.⁵³² Diese geänderte Klage wäre im Falle der Titelherausgabe durch den Gläubiger nach Rechtshängigkeit begründet, da erst die Titelherausgabe wegen Wegfalls des Feststellungsinteresses zur Unzulässigkeit führte. Schließt sich der Vollstreckungsgläubiger dagegen der Erledigungserklärung an, mag im Einzelfall der Kläger, d.h. Schuldner, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben. Gem. § 91a ZPO entscheidet das Gericht im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung im Beschlusswege nur noch über die Kosten nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands. Im Rahmen der Billigkeitserwägungen ist auch der Rechtsgedanke des § 93 ZPO zu berücksichtigen.⁵³³ Deshalb wird man dem Kläger jedenfalls dann die Kosten des Rechtsstreits auferlegen müssen, wenn der verklagte Gläubiger den Titel „sofort“ herausgibt. Entsprechend den Grundsätzen des sofortigen Anerkenntnisses i.S.v. § 93 ZPO erfolgt die Titelherausgabe dann „sofort“, wenn der Beklagte bereits keinen Anlass zur Klage gegeben hatte. Einen Anlass zur Klage gibt der Beklagte grundsätzlich immer

⁵³² Vgl. Nachweise in Fn. 294.

⁵³³ Thomas/Putzo/Hüßtege, § 91a Rn. 48.

dann, wenn der Kläger annehmen muss, zu seinem Recht nur auf prozessua-
lem Weg zu kommen.⁵³⁴ Im Falle der hier diskutierten Feststellungsklage
muss ein solcher Anlass fehlen, wenn der Vollstreckungsschuldner den
Gläubiger ohne „Vorwarnung“ mit einer Klage überzieht. Hat der Gläubiger
nicht ohnehin schon ausdrücklich oder konkludent zu erkennen gegeben,
dass er das Urteil für wirksam hält und dass er von seiner Rechtsansicht
auch nicht abrücken wird, sollte der Schuldner, um eine Kostenentscheidung
zu seinen Lasten zu vermeiden, den Gläubiger demnach zur Herausgabe des
Titels auffordern.

Nach Erhebung der Klage stellt im Übrigen auch ein Anerkenntnis nach
§ 307 ZPO eine Möglichkeit dar, den Rechtsstreit zu verkürzen und die Kos-
ten des Rechtsstreits gering zu halten. Einer analogen Anwendung von
§ 307 ZPO bedarf es hier nicht, da sich das Anerkenntnis auf den prozessua-
len Anspruch, also den Streitgegenstand bezieht.⁵³⁵ Ein Anerkenntnis würde
zu einer antragsmäßigen Verurteilung führen, den Beklagten aber wenig be-
lasten.⁵³⁶

Im Ergebnis kommt es demnach zwar nicht für das Feststellungsinteresse
auf ein aktives Beklagtenverhalten an. Um der Kostentragungspflicht zu
entgehen, sollte der Schuldner, sofern der Gläubiger die Nichtigkeit des Ti-
tels nicht ohnehin schon ausdrücklich oder konkludent bestreitet, vor Klage-
erhebung jedoch Herausgabe des Titels fordern. Dieses Ergebnis ist auch
nicht widersprüchlich. Unter welchen Bedingungen das Feststellungsinte-
resse vorliegt, bestimmt den generellen Rechtsschutzumfang. Wegen der
drohenden Gefahr der Vollstreckung, die auch durch einen Vollstreckungs-
verzicht nicht ausgeräumt werden kann, dürfen an das Feststellungsinteresse

⁵³⁴ Musielak/Voit/Flockenhaus, § 93 Rn. 2.

⁵³⁵ MüKo-ZPO/Musielak, § 307 Rn. 1.

⁵³⁶ Die Gerichtskosten würden nämlich im Verhältnis zu einem regulären Endurteil in je-
dem Falle geringer ausfallen, denn statt der dreifachen würde nur eine einfache Ge-
richtsgebühr anfallen (vgl. Nr. 1211 des Kostenverzeichnisses, Anlage 1 zu § 3 Abs. 2
GKG). Im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses gem. § 93 ZPO würden die Kosten
dem Kläger sogar vollständig auferlegt werden.

keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Deshalb wäre es nicht gerechtfertigt, den Rechtsschutz als solchen von einem (aktiven) Gläubigerverhalten abhängig zu machen. Davon zu trennen ist die Frage, wer die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. In diesem Zusammenhang muss dem vorprozessualen Verhalten des Beklagten zu dessen Schutz mehr Gewicht beigemessen werden. Auch wenn hiervon nicht der dem Schuldner gewährte Rechtsschutz abhängen darf, muss dem Gläubiger zumindest die Chance gewährt werden, die Tragung der Prozesskosten durch Titelherausgabe abzuwenden. Verweigert der Gläubiger jedoch die Titelherausgabe oder reagiert er innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht, muss der Schuldner eine Kostentragung weder in Folge des Anerkenntnisses noch im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung fürchten. So wird eine gerechte Balance zwischen den Rechtsschutzinteressen des Vollstreckungsschuldners und den Interessen des Vollstreckungsgläubigers geschaffen.

ee) Eignung der Feststellungsklage zur Beseitigung der Gefahr

Das Feststellungsinteresse setzt neben dem Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr der Unsicherheit auch voraus, dass das Feststellungsurteil geeignet ist, diese sich aus der Unsicherheit ergebende Gefährdung auszuräumen.⁵³⁷ Nur wenn mit Feststellung fehlender Bindung durch materielle Rechtskraft oder mit Feststellung des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses die Vollstreckung abgewendet werden kann, ist dies anzunehmen.

Hoheitsträger, also insbesondere auch Vollstreckungsorgane, wären sowohl bei Feststellung fehlender Urteilsbindung als auch bei Feststellung des mangelnden Vollstreckungsverhältnisses an das Feststellungsurteil gebunden. Dass die Vollstreckungsorgane die Vollstreckung aufgrund dieser bindenden Entscheidung verweigern oder einstellen müssen, erscheint deshalb naheliegend. Ausdrücklich geregelt ist das jedoch nicht. Die Einstellungsgründe

⁵³⁷ Siehe hierzu S. 109 f.

sind in § 775 ZPO abschließend aufgeführt,⁵³⁸ das Feststellungsurteil wird dort aber nicht benannt. Soll das Feststellungsurteil deshalb zur Einstellung bzw. Aufhebung führen, kommt nur eine analoge Anwendung von §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO in Betracht.

Dies wird von Teilen der Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich abgelehnt.⁵³⁹ Die Aufzählung der Einstellungsgründe sei abschließend und dürfe nicht durch Analogie erweitert werden.⁵⁴⁰ Dennoch wollen einige Vertreter dieser Ansicht unter § 775 Nr. 1 ZPO auch eine die Nichtigkeit eines Titels feststellende Entscheidung fassen.⁵⁴¹ Da ein solches Feststellungsurteil keine vollstreckbare Entscheidung ist, aus der sich ergibt, dass das zu vollstreckende Urteil oder seine vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder dass ihre Einstellung angeordnet ist, wäre aber auch das nur mittels Analogie möglich. Dann erscheint es aber widersprüchlich, eine analoge Anwendung von § 775 Nr. 1 ZPO generell abzulehnen.

Die analoge Anwendung der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO auf die die fehlende Urteilsbindung oder das fehlende Vollstreckungsverhältnis muss davon abhängen, ob die Voraussetzungen der Analogie erfüllt sind.

(1) Feststellung fehlender Bindung

Da die Wirkungslosigkeit eines Urteils, anders als dessen Fehlerhaftigkeit, auf wenige Ausnahmefälle beschränkt ist, so dass die Feststellung fehlender

⁵³⁸ Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 775 Rn. 3.

⁵³⁹ BGH NJW 2008, 3640 Rn. 10; Thomas/Putzo/Seiler, § 775 Rn. 1; Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 775 Rn. 3; wohl auch MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 775 Rn. 1; a.A.: KG Berlin NJW-RR 2000, 1523; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 45 Rdn. 11 m. Fn. 20; (erschöpfende Aufzählung, aber Analogie möglich); Musielak/Voit/Lackmann, § 775 Rn. 3 (bezeichnet die Regelung in Rn. 1 jedoch als „abschließend“).

⁵⁴⁰ Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 775 Rn. 3.

⁵⁴¹ So MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 775 Rn. 12; Thomas/Putzo/Seiler, § 775 Rn. 5; Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 775 Rn. 15.

Bindung des Urteils durch materielle Rechtskraft zum Zwecke der Abwendung der Vollstreckung ein seltener Fall ist, wird der Gesetzgeber, als er die Einstellungsgründe regelte, nicht an Feststellungsurteile, mit denen gerade das Nichtbestehen dieses prozessualen Rechtsverhältnisses festgestellt wird, gedacht haben.⁵⁴² Schon das spricht dafür, dass die Regelungslücke eine planwidrige ist. Auch steht die analoge Anwendung von §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO nicht in Widerspruch zu anderen Vorschriften oder übergreifenden rechtlichen Prinzipien der ZPO. Vielmehr scheint der Gesetzgeber die Möglichkeit der Nichtigkeit eines Vollstreckungstitels bei der Regelung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung generell nicht bedacht zu haben. So hat der Gesetzgeber auch bei der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO Einwendungen, die den Titel selbst betreffen, nicht mitgeregelt. Wendet sich der Schuldner gegen den Titel selbst, ist nach verbreiteter Ansicht § 767 ZPO analog anzuwenden.⁵⁴³ Demnach ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Regelung hier unbewusst unterließ.

Die ebenfalls erforderliche vergleichbare Interessenlage lässt sich nicht mit dem Argument ablehnen, dass Feststellungsurteile nicht, wie § 775 Nr. 1 ZPO fordert, vollstreckbar sind. Gleiches gilt auch für Gestaltungsurteile, z.B. für Urteile über die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO. Dennoch sind auch diese von § 775 Nr. 1 ZPO erfasst.⁵⁴⁴ Für eine vergleichbare Interessenlage spricht vielmehr die ähnliche Wirkung, die das die fehlende Urteilsbindung feststellende Urteil im Vergleich zu einer vollstreckbaren Entscheidung, aus der sich ergibt, dass das zu vollstreckende Urteil im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wurde, hat. Während die Aufhebung im Rechtsmittelverfahren das Erwachsen in materielle Rechtskraft verhindert, ist solches für Urteile, die schon von Anfang wirkungslos sind, entbehrlich. Aus beiden Entscheidungen – der bloß feststellenden und der aufhebenden – ergibt sich jedoch, dass das fehlerhafte bzw.

⁵⁴² Im Ergebnis auch *Meier*, ZZZ 133 (2020), S. 51, 64.

⁵⁴³ BGH NJW 2005, 1576, 1577; 2015, 1181 Rn. 6 f.

⁵⁴⁴ Derartige Urteile müssen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, um eine Einstellung der Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, BeckOK-ZPO/*Vorwerk/Wolf*, § 775 Rn. 11; siehe auch *Meier*, ZZZ 133 (2020), S. 51, 64.

wirkungslose Urteil keine Bindung entfalten kann und deshalb auch nicht vollstreckt werden darf. Für eine vergleichbare Interessenlage spricht zudem, dass auch ein nichtiges Urteil im Berufungs- oder Revisionsverfahren „aufgehoben“ werden kann.⁵⁴⁵ Derartige Berufungs- oder Revisionsurteile würden sogar unmittelbar von §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO erfasst, hätten aber ebenfalls nur feststellenden bzw. klarstellenden Charakter, schließlich wäre eine „echte“ Aufhebung mangels Wirksamkeit schon nicht möglich. Dann erscheint es aber nicht gerechtfertigt, trotz der vergleichbaren Wirkungsweise derartige Rechtsmittelurteile, nicht aber die benannten Feststellungsurteile in den Anwendungsbereich der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO aufzunehmen. Auch eine vergleichbare Interessenlage bei Feststellung fehlender Urteilsbindung ist demnach zu bejahen.

Die Voraussetzungen der Analogie sind nach der hier vertretenen Ansicht demnach gegeben, so dass die §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO auch bei Feststellung fehlender Bindung entsprechend Anwendung finden müssen.⁵⁴⁶ Ebenfalls müssen die Vorschriften über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 719 Abs. 1 S. 1, 707 ZPO analog anwendbar sein. Besteht also vor einem klarstellenden Urteil noch Unsicherheit über die Wirksamkeit, so mag im Einzelfall eine Anordnung nach §§ 719 Abs. 1 S. 1, 707 ZPO zur Sicherung des Schuldners und zur Abwendung drohender Nachteile notwendig sein.

(2) Feststellung fehlenden Vollstreckungsverhältnisses

Auch für die Feststellung des Nichtbestehens eines Vollstreckungsverhältnisses stellt sich die Frage, ob die §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO analog Anwendung finden können. Nach §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO ist die Zwangsvollstre-

⁵⁴⁵ Siehe hierzu schon oben S. 30 mit Fn. 137.

⁵⁴⁶ So auch *Foerste*, ZZZ 107 (1994), S. 370, 373, zur Feststellung fehlender Bindung bei wirkungsgeminderten, nicht in Rechtskraft erwachsenden, Urteilen.

ckung auch dann einzustellen bzw. sind getroffene Vollstreckungsmaßnahmen auch dann aufzuheben, wenn eine Entscheidung vorgelegt wird, aus der sich ergibt, dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wurde. Solche Entscheidungen, z.B. gem. § 767 ZPO oder § 766 ZPO, nehmen dem Leistungsurteil nachträglich die Vollstreckbarkeit, bewirken also, dass der Titel dem Gläubiger keine Vollstreckungsbefugnis mehr verleiht. Auch aus der Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses ergibt sich, dass dem Gläubiger die Befugnis zur Vollstreckung fehlt. Die in § 775 Nr. 1 ZPO genannten Entscheidungen und das Feststellungsurteil unterscheiden sich nur dahingehend, dass das Urteil i.S.v. § 256 ZPO das Fehlen der Vollstreckbarkeit wegen Wirkungslosigkeit des Leistungsurteils nur noch feststellen kann. Dennoch ist die Interessenlage im Ergebnis vergleichbar. Auch die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist gegeben. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Feststellung der fehlenden Bindung verwiesen werden. Gleiches gilt für die Ausführungen zur Analogie zu §§ 719 Abs. 1 S. 1, 707 ZPO.

Schließlich steht der analogen Anwendung von §§ 775, 776 ZPO im Falle der Feststellung fehlender Urteilsbindung oder mangelnder Vollstreckbarkeit auch nicht entgegen, dass die Einstellungs- und Aufhebungsgründe im Hinblick auf die strenge Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens nicht *beliebig* ausgeweitet werden dürfen. Denn um dies zu verhindern, bedarf es keines kategorischen Ausschlusses einer Analogie zu §§ 775, 776 ZPO. Dieser führt allenfalls dazu, dass sich diejenigen, die eine entsprechende Anwendung generell ablehnen, in Widersprüche verstricken müssen, wenn sie beispielsweise eine die Nichtigkeit des Urteils feststellende Entscheidung unter § 775 Nr. 1 ZPO fassen wollen, obwohl diese offensichtlich vom Wortlaut der Norm nicht erfasst ist.⁵⁴⁷ Dem Zweck der §§ 775, 776 ZPO wird man bereits dann gerecht, wenn man die Voraussetzungen der Analogie ernst nimmt und insbesondere das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage kritisch, gerade mit Blick auf den eingrenzenden Charakter der Nor-

⁵⁴⁷ Siehe hierzu schon oben S. 135.

men prüft. Wenn dann, wie hier, eine so große inhaltliche Ähnlichkeit zwischen einem die Nichtigkeit feststellenden und einem aufhebenden oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärenden Urteil besteht, sollte Analogie zu § 775 Nr. 1 ZPO nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden.

Damit sind sowohl die Feststellung fehlender Bindung als auch die Feststellung des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses geeignet, die Gefahr in Form der Vollstreckung auszuräumen. Die sogenannten positiven Voraussetzungen des Feststellungsinteresses, also das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr der Unsicherheit, das Interesse gerade gegenüber dem Beklagten und die Eignung der Klage bzw. des Urteils zur Beseitigung der Gefahr, sind erfüllt.

Ein Feststellungsinteresse könnte jedoch noch an der Subsidiarität der Feststellungsklage scheitern.

ff) Subsidiarität der Feststellungsklage

Häufig ist eine Feststellungsklage auch unzulässig, wenn dem Kläger ebenso die Erhebung einer Leistungsklage möglich ist. In der Regel gewährt die Leistungsklage besseren bzw. effektiveren Rechtsschutz, so dass das Feststellungsinteresse des Klägers fehlt.⁵⁴⁸ In dem hier untersuchten Fall der Feststellung des Nichtbestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses ist aber nicht nur die Leistungsklage als alternative Rechtsschutzmöglichkeit in Betracht zu ziehen. Vor allem vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe, aber auch die Rechtsmittel konkurrieren mit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO.

⁵⁴⁸ Zöller/Greger § 256 Rn. 7a.

(1) Verhältnis zu Rechtsmitteln

Auch ein wirkungsloses Urteil kann nach allgemeiner Ansicht mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das gegen ein wirksames Urteil gleichen Inhalts zulässig wäre. Das Rechtsmittelgericht hat dann das Urteil, um die scheinbaren Urteilswirkungen zu beseitigen, klarstellend aufzuheben und die Sache zum Zwecke des Erlasses eines wirksamen Urteils zurückzuverweisen.⁵⁴⁹ Vor diesem Hintergrund könnte die Feststellungsklage unzulässig sein, wenn dem Kläger mit Berufung bzw. Revision ein einfacherer oder schnellerer Weg zur Verfügung steht, um sein Rechtsschutzziel zu erreichen. Darüber hinaus müssten die Rechtsmittel aber auch mindestens der Feststellungsklage gleichwertigen Rechtsschutz bieten. Verhelfen die Rechtsmittel dagegen zwar grundsätzlich schneller oder einfacher zu Rechtsschutz – sind also insgesamt prozessökonomischer –, bleiben sie jedoch hinsichtlich Rechtsschutzumfang und -qualität hinter der Feststellungsklage zurück, kann den Rechtsmitteln nicht der Vorrang vor der Klage i.S.v. § 256 ZPO zukommen.⁵⁵⁰

Auf schnellerem oder einfacherem Weg, d.h. in prozessökonomischerer Weise, bieten andere Rechtsbehelfe Rechtsschutz, wenn durch diese weitere Verfahren vermieden werden können. Deshalb kommt der Leistungsklage regelmäßig der Vorrang gegenüber der Feststellungsklage zu, weil das durch sie erlangte Urteil, anders als das Feststellungsurteil, vollstreckbar ist. Lässt der Kläger das Bestehen eines Anspruchs dagegen nur feststellen, muss damit gerechnet werden, dass ein weiteres Verfahren zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels notwendig wird. Im Gegensatz dazu sind sowohl die Rechtsmittelurteile als auch das Feststellungsurteil geeignet, das Rechtsschutzziel abschließend zu erreichen. Sowohl das Berufungs- oder Revisionsurteil als auch das Feststellungsurteil führen nämlich über § 775

⁵⁴⁹ BGH NJW-RR 2006, 565 Rn. 12; NZM 2021, 303 Rn. 13; OLG Celle, Urteil vom 11.11.2020 – 14 U 119/19; BeckOK ZPO/ *Elzer* § 300 Rn. 67.

⁵⁵⁰ Zu den Voraussetzungen der Subsidiarität siehe schon S. 110 f.

Nr. 1 ZPO (analog) zur Einstellung der Zwangsvollstreckung. Das Rechtsmittelverfahren hat demnach gegenüber der Klage nach § 256 ZPO nicht den Vorteil, dass es schnelleren Rechtsschutz gewährt bzw. prozesswirtschaftlicher ist. Das Feststellungsinteresse wäre im Hinblick auf die Prozesswirtschaftlichkeit allenfalls dann abzulehnen, wenn ohnehin schon ein Berufungs- bzw. Revisionsverfahren anhängig ist, in dem der Kläger die Nichtigkeit des Urteils geltend gemacht hat oder noch geltend machen kann.

Darüber hinaus ist auch fraglich, ob die Rechtsmittel im Verhältnis zur Feststellungsklage überhaupt gleichwertigen Rechtsschutz bieten können. Ein maßgeblicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsbehelfsarten, der auch auf die jeweilige Qualität des Rechtsschutzes Einfluss hat, liegt darin, welches Gericht bzw. welche Instanz entscheidungsbefugt ist.

Für die Klage nach § 256 ZPO, mit der die Feststellung des Nichtbestehens der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses begehrt wird, sollte in entsprechender Anwendung des § 584 ZPO das die (vermeintlich) nichtige Entscheidung erlassende Gericht zuständig sein.⁵⁵¹ Das wird häufig das Gericht erster Instanz sein. Grundsätzlich ist aber auch denkbar, dass das Gericht der zweiten oder dritten Instanz urteilt, wenn ein Berufungs- oder Revisionsurteil droht wirkungslos zu sein. Im Falle der Einlegung eines Rechtsmittels entscheidet dagegen die nächsthöhere Instanz.

Steht die Wirksamkeit eines erstinstanzlichen Urteils in Frage, bietet das Rechtsmittelverfahren die größere Chance, dass an der Entscheidung über die Nichtigkeit mehrere Richter beteiligt sind. Am Amtsgericht entscheidet der Einzelrichter (§ 22 Abs. 1 GVG). Bei Zuständigkeit des Landgerichts wird es in der Regel ebenfalls durch ein Mitglied der Kammer als Einzelrichter entscheiden (vgl. §§ 348, 348a ZPO). Zwar kann die Entscheidung auch im Berufungsverfahren auf den Einzelrichter übertragen werden,

⁵⁵¹ Siehe dazu oben, S. 96 ff.

§§ 523 Abs. 1 S. 1, 526 ZPO, jedoch sind hieran, im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren, strengere Voraussetzungen geknüpft.⁵⁵² Im Übrigen entscheidet im Rechtsmittelverfahren eine Kammer bzw. ein Senat, bestehend aus drei (§ 75 GVG bzw. § 122 GVG) oder sogar fünf (§ 139 GVG) Berufsrichtern. Weil an der Entscheidung über Berufung bzw. Revision damit häufiger mehrere Personen beteiligt sind, ist das Risiko fehlerhafter Urteile dort zumindest in der Theorie kleiner. Dass gleich drei oder gar fünf Richter die Rechtslage falsch bewerten, rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte verkennen oder auch nur etwas übersehen, ist grundsätzlich weniger wahrscheinlich als Irrtümer des Einzelrichters.

Das Rechtsmittelverfahren kann jedoch auch zu einem Nachteil führen. Bei Nichtigkeit eines erstinstanzlichen Urteils kann dieses mit Hilfe der Feststellungsklage grundsätzlich in drei Instanzen überprüft werden.⁵⁵³ Ließe man stattdessen gegen das vermeintlich wirkungslose erstinstanzliche Urteil nur Rechtsmittel zu, würde man den Parteien dagegen eine zusätzliche Instanz abschneiden. Denn gegen das Berufungsurteil, das über die klarstellende Aufhebung des Urteils wegen Nichtigkeit entschieden hat, ist nur noch Revision möglich. Die Rechtsschutzqualität bzw. -intensität eines Rechtsbehelfs muss sich auch danach bemessen, wie häufig die erlangte Entscheidung ihrerseits noch durch andere Gerichte überprüft und ggf. aufgehoben oder abgeändert werden kann.

Abgesehen davon könnte die Feststellungsklage auch allenfalls dann als subsidiär hinter ein Rechtsmittel zurücktreten, wenn das Rechtsmittel auch im konkreten Fall (noch) zulässig ist. Die Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber anderen Rechtsbehelfen lässt sich nämlich nicht abstrakt-generell beurteilen. So besteht z.B. auch keine allgemeine Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage. Die Leistungsklage geht der Feststellungsklage nur vor, wenn sie dem Kläger im Einzelfall zumutbar und

⁵⁵² Zöller/Heßler, § 526 Rn. 1.

⁵⁵³ Siehe zur Analogie zu § 591 ZPO oben, S. 100.

vor allem *möglich* ist.⁵⁵⁴ Nur weil grundsätzlich Rechtsmittel möglich sind, kann das Interesse an der Feststellung der Urteilsnichtigkeit demnach aus diesem Grund nicht generell abgelehnt werden.

Ist erst das letztinstanzliche Urteil nichtig, so bleibt kein höherrangiges Gericht, das das nichtige Urteil (klarstellend) aufheben könnte. In diesem konkreten Fall kann der Kläger Rechtsschutz über Rechtsmittel schon gar nicht erlangen, wohl jedoch mit Hilfe der Feststellungsklage, so dass hier ein Feststellungsinteresse aufgrund einer Subsidiarität gegenüber einem Rechtsmittel nicht verneint werden könnte. Vergleichbares gilt, wenn im für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Feststellungsklage maßgeblichen Zeitpunkt, also in der Regel am Schluss der mündlichen Verhandlung, die jeweilige Rechtsmittelfrist bereits abgelaufen ist. Auch dann kann der Kläger über Berufung oder Revision keinen Rechtsschutz mehr erlangen, so dass ein Feststellungsinteresse für diesen Fall, selbst wenn die Rechtsmittel grundsätzlich eine effektivere Rechtsschutzmöglichkeit darstellen würden, nicht abgelehnt werden darf. Insbesondere kann dem Kläger das Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden, weil er gegen das nichtige Urteile rechtzeitig hätte ein Rechtsmittel einlegen können. Damit würde man die Grenzen des mit der Subsidiarität der Feststellungsklage verfolgten Zwecks überschreiten. Die Subsidiarität dient nicht, wie etwa die Rechtsmittelfristen, dazu, Rechtssicherheit zu schaffen. Vielmehr soll sie die Gerichte zwar entlasten bzw. deren unnötige Belastung vermeiden, jedoch nicht auf Kosten des Rechtsschutzes des Klägers. Nur wenn dem Kläger alternative, gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeiten auch im Einzelfall zur Verfügung stehen, kann sein Feststellungsinteresse wegen Vorrangs anderer Rechtsbehelfe verneint werden.

Daraus folgt, dass eine Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber den Rechtsmitteln ohnehin nur in einem eng begrenzten Zeitraum bestehen kann, nämlich bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist. Mit Blick auf die durchschnittliche Dauer von Gerichtsverfahren erscheint es realitätsfern, dass die

⁵⁵⁴ Vgl. Nachweise in Fn. 468.

Rechtsmittelfrist im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Feststellungsklage noch nicht abgelaufen ist. Das Gericht wird sich mit der Frage, ob die Zulässigkeit der Feststellungsklage wegen des Vorrangs von Berufung bzw. Revision abzulehnen ist, demnach in der Regel nicht beschäftigen müssen. Selbst für den Fall, dass die Rechtsmittelfrist im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist, erscheint eine Abweisung der Feststellungsklage wegen Subsidiarität gegenüber den Rechtsmitteln zumindest aus prozessökonomischen Gründen dann wenig sinnvoll. Eine solche Klageabweisung könnte nämlich nicht verhindern, dass der Kläger nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erneut auf Feststellung klagt. Die Rechtskraft der ersten klageabweisenden Entscheidung stünde dem nicht entgegen, denn die Sach- und Rechtslage hätte sich mit Fristablauf soweit geändert, dass in diesem Zeitpunkt keine bessere Rechtsschutzmöglichkeit mehr bestünde. Gerade dann wären die Gerichte nur unnötig belastet.

Bei „Konkurrenz“ von Feststellungsklage und Rechtsmitteln sollte dem Kläger demnach die Wahl gelassen werden, ob er ein Rechtsmittel einlegt oder Feststellungsklage erhebt.⁵⁵⁵ In jedem Fall muss die Feststellungsklage aber nicht als subsidiär hinter den Rechtsmitteln zurücktreten. Weder bieten die Rechtsmittel einfacher oder schneller Rechtsschutz, noch ist der durch sie gebotene Rechtsschutz dem der Feststellungsklage gleichwertig. Letztendlich erscheint eine Abweisung der Feststellungsklage auch aus praktischen Gründen wenig sinnvoll.

(2) Verhältnis zur anspruchsnegierenden Feststellungsklage

G. Lüke räumte der negativen Feststellungsklage, die das Nichtbestehen des materiell-rechtlichen Anspruchs zum Gegenstand hat, den Vorrang vor der

⁵⁵⁵ Wohl a.A.: Wieczorek/Schütze/Rensen, Vor § 300 Rn. 24 (Feststellungsklage erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft zulässig).

Klage zur Feststellung des Nichtbestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses ein.⁵⁵⁶ Dabei schien er aber die eigentliche Gefahr, die es zu beseitigen gilt, zu verkennen. Der Schuldner will die Vollstreckung nicht deshalb verhindern, weil das Urteil unrichtig, sondern weil es aus seiner Sicht nichtig ist und damit keine geeignete Vollstreckungsgrundlage bildet. Nur weil der Schuldner von der Wirkungslosigkeit des Urteils ausgeht, muss er nicht zwingend von der inhaltlichen Unrichtigkeit überzeugt sein. Drängte man ihn zu einem Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses, würde man dem Schuldner einen Prozess aufzwingen, den er zu verlieren befürchtet oder bei dem er sich zumindest geringere Chancen einräumen mag, ihn für sich zu entscheiden. Eine Vollstreckung, die auf Grundlage eines nichtigen Titels erfolgt, muss der Schuldner nicht dulden. Sie stellt einen Eingriff dar, gegen den der Schuldner Rechtsschutz verdient – unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit des Urteils. Diesen kann der Schuldner nur mit der Klage, die sich gegen den Titel selbst wendet, erlangen. Die sich auf den materiell-rechtlichen Anspruch beziehende negative Feststellungsklage ist damit nicht geeignet, die Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung des Nichtbestehens des prozessualen Rechtsverhältnisses zu verdrängen.

(3) Verhältnis zur Titelgegenklage analog § 767 ZPO

Zur Abwehr der Vollstreckung aus einem nichtigen Urteil ist auch eine Klage analog⁵⁵⁷ § 767 ZPO in Betracht zu ziehen. Sie wird auch als Titelgegenklage⁵⁵⁸ oder prozessuale Gestaltungsklage sui generis⁵⁵⁹ bezeichnet.

⁵⁵⁶ *Lüke ZZP* 108 (1995), S. 427, 441.

⁵⁵⁷ Analogie ist deshalb erforderlich, da die Nichtigkeit des Urteils keine materiell – rechtliche Einwendung gegen den Titel darstellt.

⁵⁵⁸ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, § 40 Rn. 31.

⁵⁵⁹ *Brox/Walker*, § 44 Rn. 3; *Kaiser*, NJW 2010, 2933.

Nach verbreiteter Ansicht ist die Klage analog § 767 ZPO bei wirkungsge- minderten Urteilen zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit statthaft.⁵⁶⁰ Große Teile der Lehre und Rechtsprechung bejahen dies auch für nichtige Titel,⁵⁶¹ beziehen sich dabei aber vor allem auf nichtige vollstreckbare Urkunden i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.⁵⁶² Die Nichtigkeit eines Urteils kann jedoch nicht mit der Wirkungslosigkeit einer vollstreckbaren Urkunde gleichgesetzt werden. Die Nichtigkeit hat bei beiden Titeln unterschiedliche Wirkungen. Die vollstreckbare Urkunde kann von vorneherein nicht in Rechtskraft er- wachsen,⁵⁶³ so dass Folge ihrer Wirkungslosigkeit auch nicht der Wegfall von Rechtskraft sein kann. Demzufolge kann auch kein Interesse an der Feststellung fehlender Bindung bei einer nichtigen vollstreckbaren Urkunde bestehen. Zur Nichtigkeit einer vollstreckbaren Urkunde führen zudem an- dere Gründe als zur Wirkungslosigkeit eines Urteils. So bewirkt schon die fehlende Beurkundung der Unterwerfungserklärung, dass die vollstreckbare Ausfertigung nach §§ 125 S. 1, 311 b Abs. 1 S. 1 BGB nichtig ist.⁵⁶⁴ Auch materiell – rechtliche Gründe können zur Unwirksamkeit des Titels im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO führen, beispielsweise wenn in Bauträger- verträgen die Unterwerfungserklärung gegen §§ 3, 12 MaBV verstößt.⁵⁶⁵

Unabhängig von der Vergleichbarkeit von nichtigen Urteilen und sonstigen nichtigen Titeln müssen zur Statthaftigkeit einer Titelgegenklage analog § 767 ZPO bei Urteilsnichtigkeit aber ohnehin in jedem Fall die Vorausset- zungen einer Analogie vorliegen. Es bedarf also einer planwidrigen Rege- lungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage. Ob diese Voraussetzun- gen trotz der Klagemöglichkeit nach § 256 ZPO gegeben sind, erscheint fraglich.

⁵⁶⁰ Siehe Nachweise in Fn. 65.

⁵⁶¹ Siehe Nachweise in Fn. 509.

⁵⁶² Vgl. BGH NJW-RR 2004, 1718 f.; NJW - RR 2010, 2041 Rn. 15; *Rieble/Rumler*, MDR 1989, S. 499, 500.

⁵⁶³ Vgl. Hk-ZPO/Saenger, § 322 Rn. 6.

⁵⁶⁴ BGH NJW-RR 1987, 1149 (noch zur Nichtigkeit nach §§ 313 S. 1, 125 BGB a.F.).

⁵⁶⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2001, 30200025; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 548; Musielak/Voit/Lackmann, § 794 Rn. 35.

Bei wirkungsgeminderten Urteilen, insbesondere bei solchen Urteilen, die wegen ihrer Unbestimmtheit nicht in materielle Rechtskraft erwachsen können, wird die Notwendigkeit einer analogen Anwendung von § 767 ZPO unter anderem mit dem Fehlen anderer Rechtsschutzmöglichkeiten begründet: Zum einen könne die Nichtigkeit des Titels nicht festgestellt werden, da das Urteil weiterhin vollstreckungsfähig, also nicht völlig wirkungslos sei. Zum anderen helfe auch die Erinnerung nach § 732 ZPO wegen des Fortbestands der Vollstreckbarkeit nicht.⁵⁶⁶ Offenbar wird bei dieser Begründung übersehen, dass die Nichtigkeit ohnehin nicht selbst Rechtsverhältnis ist. Auch bei wirkungsgeminderten, nicht in Rechtskraft erwachsenden Urteilen, entsteht jedenfalls das Rechtsverhältnis in Form der Bindung an das Urteil durch materielle Rechtskraft nicht. Das Nichtbestehen zumindest dieses prozessualen Rechtsverhältnisses kann also auch hier festgestellt und dadurch die Vollstreckung aus dem nichtigen Urteil unterbunden werden.⁵⁶⁷ Selbst dann, wenn die Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO nicht hilft,⁵⁶⁸ scheint eine Regelungslücke schon bei wirkungsgeminderten Urteilen zu fehlen. Gleiches würde dann entsprechend auch bei wirkungslosen Urteilen gelten, bei denen darüber hinaus auch das Nichtbestehen des Vollstreckungsverhältnisses festgestellt werden kann. Letzteres träfe auch auf sonstige wirkungslose Titel, die schon gar nicht fähig sind, in materielle Rechtskraft zu erwachsen, wie z.B. die vollstreckbare Urkunde i.S.v. § 795 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, zu.

Bei wirkungsgeminderten Urteilen passt aber zumindest die Wirkungsweise des Urteils, das der Titelgegenklage analog § 767 ZPO stattgibt, zu dem angestrebten Rechtsschutzziel. Die prozessuale Gestaltungsklage nach § 767 ZPO nimmt einem Titel die Vollstreckbarkeit.⁵⁶⁹ Diese Funktion kann es beim wirkungsgeminderten, weiterhin vollstreckbaren Urteil auch erfüllen. Ist das Urteil dagegen wirkungslos, also von sich heraus nicht vollstreckbar, ist das nicht möglich. Hier könnte lediglich *festgestellt* werden,

⁵⁶⁶ BGH NJW 1994, 460, 461 f.; Barnert, MDR 2004, S. 605, 606.

⁵⁶⁷ Foerste, ZZP 107 (1994), S. 370, 373.

⁵⁶⁸ Kritisch: Foerste, ZZP 107 (1994), S. 370, 371 f.

⁵⁶⁹ Brox/Walker, § 44 Rn. 2.

dass das Urteil nicht der Vollstreckung fähig ist. Die Gestaltung der Rechtslage muss dagegen ausscheiden.⁵⁷⁰

Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage in Fällen der Urteilsnichtigkeit wird teilweise eingewendet, man mache aus § 256 ZPO eine Art der Vollstreckungsabwehrklage, bei der die Zuständigkeitsregel der §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO jedoch keine Anwendung finde.⁵⁷¹ Dieser Kritik muss entgegengehalten werden, dass bei Feststellung der Urteilsnichtigkeit die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO ihre grundlegende Wirkung behält. Auch wenn nach vorzugswürdiger Ansicht das Feststellungsurteil in diesen Fällen durch Analogie zu § 775 Nr. 1 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung führen muss, kommt dem Feststellungsurteil keine Gestaltungswirkung zu. Demgegenüber verändert sich die unmittelbare Wirkung der Klage i.S.v. § 767 ZPO, wenn sich die Titelgegenklage analog § 767 ZPO gegen ein nichtiges Urteil richtet. Analogie zu § 767 ZPO ist nämlich nicht nur deshalb erforderlich, weil sich die Einwendungen gegen den Titel selbst und nicht gegen den Anspruch richten, sondern auch, weil sich die Klagewirkung wandelt. Weil wegen Nichtigkeit des Urteils Gestaltung durch Aufhebung der Vollstreckbarkeit nicht mehr möglich ist, muss aus einer prozessualen Gestaltungsklage zwangsläufig eine Form der Feststellungsklage werden, obwohl mit § 256 ZPO eine gesetzlich geregelte und anwendbare Vorschrift zur Verfügung steht.⁵⁷² Bereits das spricht gegen die für Analogie erforderliche Regelungslücke.

Das die Urteilsnichtigkeit feststellende Urteil i.S.v. § 256 ZPO erlaubt die Einstellung der Vollstreckung und Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen allerdings nur bei entsprechender Anwendung der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. Sollte das auf die Titelgegenklage analog § 767 ZPO ergehende Urteil dagegen zur *unmittelbaren* Anwendung der

⁵⁷⁰ Meier, ZJP 133 (2020), S. 51, 61 f.

⁵⁷¹ Barnert, MDR 2004, S. 605, 607; Windel, ZJP 102 (1989), S. 175, 227.

⁵⁷² Meier, ZJP 133 (2020), S. 51, 61 f.

§§ 775 Nr. 1, 776 ZPO führen,⁵⁷³ könnte sich daraus die für Analogie zu § 767 ZPO erforderliche Regelungslücke ergeben. Diese unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 775, 776 ZPO hätte die Titelgegenklage der Feststellungsklage voraus und man könnte vorbringen, dass zur Ablehnung einer planwidrigen Regelungslücke nicht auf eine Vorschrift (§ 256 ZPO) verwiesen werden darf, bei deren Anwendung das Rechtsschutzziel (Einstellung der Zwangsvollstreckung) ebenfalls nur mit Hilfe von Analogie – und zwar Analogie zu §§ 775, 776 ZPO – erreicht werden kann. Auch diese Argumentation läuft aber deshalb ins Leere, weil im Falle der Titelgegenklage analog § 767 ZPO die Einstellung der Vollstreckung und Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen aufgrund eines auf diese Klage ergehenden Urteils, jedenfalls wenn sich diese Klage gegen ein nichtiges und nicht nur wirkungsgemindertes Urteil richtet, ebenfalls nur bei *entsprechender* Anwendung der §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO erfolgen kann. Wenn die Entscheidung, die einer sich gegen ein nichtiges Urteil wendenden Titelgegenklage analog § 767 ZPO stattgibt, nicht gestalten, sondern nur feststellen kann – was sich eigentlich auch in der Entscheidungsformel widerspiegeln müsste – ist keine der in § 775 Nr. 1 ZPO genannten Tatbestandsalternativen einschlägig und eine analoge Anwendung von § 775 Nr. 1 ZPO unumgänglich.⁵⁷⁴ Wenn also sowohl das Urteil analog § 767 ZPO als auch das Feststellungsurteil zur Einstellung der Zwangsvollstreckung bzw. Aufhebung von Vollstreckungsmaßnahmen Analogie zu §§ 775 Nr.1 ZPO voraussetzen, fällt auch die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 775, 776 ZPO als Argument für eine planwidrige Regelungslücke weg. Weil mit § 256 ZPO eine gesetzliche Regelung existiert, die die Feststellung der Urteilsnichtigkeit bzw. des Nichtbestehens der zugrundeliegenden prozessualen Rechtsverhältnisse erlaubt, bedarf es des Rückgriffs auf § 767 ZPO analog deshalb nicht.

Überdies müssten für die analoge Anwendung von § 767 ZPO nicht nur eine planwidrige Regelungslücke vorhanden, sondern auch die Interessenlage im

⁵⁷³ Für eine direkte Anwendung des § 775 Nr. 1 ZPO in diesen Fällen: BeckOK-ZPO/Preuß, § 767 Rn. 10; Prütting/Gehrlein/Scheuch, § 775 Rn. 6.

⁵⁷⁴ So auch Meier, ZZP 133 (2020), S. 51, 64.

ungeregelten Fall mit der im geregelten Fall vergleichbar sein. Dagegen spricht hier der schon angesprochene Umstand, dass sich die Wirkung, die der Titelgegenklage zukommt, grundlegend von der der Vollstreckungsabwehrklage unterscheidet. Die Titelgegenklage kann, wenn das Urteil bereits nichtig ist, keine Gestaltungswirkung entfalten. Ziel der Klage ist demnach nicht die Beseitigung der Vollstreckbarkeit, sondern allenfalls Beseitigung eines Rechtsscheins durch Feststellung. Diese Rechtswirkungen können jedoch nicht einfach gleichgesetzt werden. Nicht umsonst wird zwischen Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen unterschieden. Auch deshalb fehlt es nach der hier vertretenen Ansicht bereits an den für die entsprechende Anwendung des § 767 ZPO erforderlichen Voraussetzungen der Analogie, wenn sich der Kläger mit § 767 ZPO analog gegen die Vollstreckung aus einem nichtigen Urteil wenden will. Lehnt man die analoge Anwendung des § 767 ZPO in diesen Fällen ab, scheidet auch ein Konkurrenzverhältnis mit der Feststellungsklage gem. § 256 ZPO notwendigerweise aus.

Hält man die Titelgegenklage analog § 767 ZPO jedoch grundsätzlich für statthaft zur Abwehr der Vollstreckung aus einem nichtigen Urteil, bleibt die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO aber jedenfalls daneben möglich. Effektiveren Rechtsschutz als diese bietet die Titelgegenklage analog § 767 ZPO nicht.

Auch bei der Bewertung der Rechtsschutzqualität von Titelgegenklage und Feststellungsklage sollte berücksichtigt werden, welches Gericht über die jeweiligen Rechtsbehelfe entscheidet. Über die Titelgegenklage urteilt das Prozessgericht des ersten Rechtszugs, §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO. Über die Feststellungsklage sollte in analoger Anwendung des § 584 ZPO das das nichtige Urteil erlassende Gericht entscheiden.⁵⁷⁵

Mit der Vollstreckungsgegenklage will der Schuldner Einwendungen, die

⁵⁷⁵ Siehe dazu oben, S. 96 ff.

den im vorangegangenen Verfahren zuerkannten Anspruch betreffen, geltend machen. Der Zuständigkeitsregelung nach §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO liegt deshalb der Gedanke zu Grunde, dass die Kenntnis des schon mit der Streitsache vertrauten Gerichts genutzt werden soll.⁵⁷⁶ Dieser Grundgedanke kommt zwar nur dann vollkommen zur Geltung, wenn auch derselbe Spruchkörper erneut entscheidet; das muss zwar nicht, kann aber nach dem Geschäftsverteilungsplan durchaus so geregelt sein.⁵⁷⁷ Auch bei der Feststellungsklage, mit der das Nichtbestehen der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses festgestellt werden soll, kann das entscheidungsbefugte Gericht sich die Kenntnis vom vorangegangenen Verfahren zu Nutze machen, jedenfalls dann, wenn, wie hier befürwortet, Analogie zu § 584 ZPO bejaht wird und wieder derselbe Spruchkörper entscheidet.

Vorteile bietet die Titelgegenklage im Einzelfall, nämlich bei (vermeintlicher) Nichtigkeit eines Berufungs- oder Revisionsurteils, wenn gegen die feststellende Entscheidung, mit der über die Nichtigkeit befunden wurde, nur noch ein oder sogar kein Rechtsmittel mehr möglich ist, gegen ein Urteil analog § 767 ZPO jedoch noch der gesamte Instanzenzug ausgeschöpft werden kann.

Ausschlaggebend dafür, dass die Titelgegenklage dem Kläger im Verhältnis zur Klage nach § 256 ZPO nicht besseren oder effektiveren Rechtsschutz gewährt, ist jedoch die geringere Reichweite der Entscheidung über die Titelgegenklage. Gibt das Gericht der Titelgegenklage wegen Unwirksamkeit des Urteils statt, so erlangt der Kläger hierdurch keine rechtskräftige Entscheidung über die Urteilsnichtigkeit bzw. das Bestehen oder Nichtbestehen der der Urteilsnichtigkeit zu Grunde liegenden prozessualen Rechtsverhältnisse. Denn Urteilsgründe, hier die Gründe für die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem nichtigen Titel, nehmen nicht an der Rechtskraft teil. Nur das Urteil i.S.v. § 256 ZPO kann das Nichtbestehen der der

⁵⁷⁶ BGH NJW 1980, 1393; Wiczorek/Schütze/*Spohnheimer*, § 767 Rn. 39.

⁵⁷⁷ *Brox/Walker*, § 44 Rn. 40.

Urteilsnichtigkeit zu Grunde liegenden prozessualen Rechtsverhältnisse bindend feststellen. Das gilt selbst unter der Annahme, dass mangels Gestaltungswirkung das Urteil analog § 767 ZPO nur *feststellen* kann, dass die Zwangsvollstreckung aus dem streitgegenständlichen Titel unzulässig ist. Auch dann ergibt sich erst aus den Gründen, was im jeweiligen Fall zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung führte. Weil nur mit Hilfe des Feststellungsurteils die Entscheidung über das Nichtbestehen der prozessualen Rechtsverhältnisse in Rechtskraft erwächst, wird mit der stattgebenden Entscheidung nach § 256 ZPO insbesondere unterbunden, dass andere Hoheitsträger, vor allem Gerichte, das nichtige Urteil in späteren Verfahren fälschlicherweise für bindend erachten. Das kann die Titelgegenklage nicht leisten.

Im Ergebnis muss die Feststellungsklage bei nichtigen Urteilen hinter der Titelgegenklage analog § 767 ZPO nicht zurückstehen. Dies ergibt sich entweder bereits daraus, dass die Voraussetzungen der Analogie zu § 767 ZPO in diesem konkreten Fall schon nicht vorliegen und damit kein Konkurrenzverhältnis zur Titelgegenklage entsteht, oder jedenfalls aus dem effektiveren Rechtsschutz der Feststellungsklage.

(4) Verhältnis zur Erinnerung nach § 732 ZPO

Mit der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO kann der Kläger Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel geltend machen, demnach entweder formelle Fehler des Klauselerteilungsverfahrens oder das Fehlen einer materiellen Voraussetzung für die Erteilung einer Klausel (vgl. §§ 726 ff. ZPO) rügen.⁵⁷⁸ Auch das Fehlen eines wirksamen Titels ist eine Einwendung i.S.v. § 732 ZPO,⁵⁷⁹ so dass die Klauselerinnerung unabhängig

⁵⁷⁸ Brox/Walker, § 8 Rn. 16 f.

⁵⁷⁹ Brox/Walker, § 8 Rn. 16; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, § 17 Rn. 26; Wieczorek/Schütze/Bittmann, § 732 Rn. 27.

von ihrem umstrittenen Verhältnis zur Titelgegenklage⁵⁸⁰ im Falle eines wirkungslosen Urteils als Rechtsschutzmöglichkeit zumindest auch zur Verfügung steht.

Doch lassen sich die Gründe, die schon gegen den besseren oder effektiveren Rechtsschutz der Titelgegenklage gegenüber der Feststellungsklage bei nichtigen Urteilen sprechen, auch hier anbringen. So spricht die Wirkung eines der Erinnerung nach § 732 ZPO stattgebenden Beschlusses gegen die bessere Rechtsschutzqualität der Klauselerinnerung. Ist die Klauselerinnerung begründet, wird die Zwangsvollstreckung aus der genau bezeichneten vollstreckbaren Ausfertigung, nicht jedoch aus dem Titel selbst, für unzulässig erklärt.⁵⁸¹ Auch hier erwächst die Entscheidung über die Wirkungslosigkeit des Urteils nicht in Rechtskraft, sondern ist nur Vorfrage. Damit ist auch die Klauselerinnerung weniger rechtsschutzintensiv als die Feststellungsklage,⁵⁸² denn nur mit der Feststellungsklage kann ausgeschlossen werden, dass das nichtige Urteil in späteren Verfahren fälschlich für wirksam und damit bindend angesehen wird. Aufgrund des Feststellungsurteils kann in analoger Anwendung des § 775 Nr. 1 ZPO zudem jede weitere Vollstreckung aus dem Titel verhindert werden.

Eine Subsidiarität der Feststellungsklage nach § 256 ZPO gegenüber der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO muss demnach ebenfalls abgelehnt werden.

⁵⁸⁰ Vor allem nach früherer Rechtsprechung sollte nur § 732 ZPO anwendbar sein, siehe BGH NJW 1957, 23; NJW-RR 1987, 1149 f. Die neuere Rechtsprechung und auch die Literatur plädieren inzwischen aber überwiegend für die Statthaftigkeit der Titelgegenklage: BGH NJW-RR 2004, 1718 f.; NJW - RR 2010, 2041 Rn. 15; *Rieble/Rumler*, MDR 1989, S. 499, 500; zumindest bei Doppelmangel: BGH NJW-RR 2004, 472, 473 f.; NJW 2010, 2041 Rn. 15; *Brox/Walker*, § 44 Rn. 47; *Wieczorek/Schütze/Bittmann*, § 732 Rn. 13.

⁵⁸¹ *MüKo-ZPO/Wolfsteiner*, § 732 Rn. 13.

⁵⁸² Vgl. *Meier*, ZJP 133 (2020), S. 51, 60.

(5) Verhältnis zu Rechtsbehelfen nach § 766 ZPO, § 793 ZPO oder § 71 GBO

Eine Erinnerung nach § 766 ZPO, die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO oder die Beschwerde nach § 71 GBO bieten ebenfalls keinen besseren oder effektiveren Rechtsschutz als die Feststellungsklage. Mit diesen Rechtsbehelfen hat u.a. der Schuldner die Möglichkeit, Maßnahmen oder Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren anzugreifen. Bezogen auf den hier diskutierten Fall könnte der Kläger also z.B. mit § 766 ZPO gegen die Pfändung der beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher vorgehen, mit § 793 ZPO, sofern der Schuldner entgegen § 834 ZPO ausnahmsweise vor der Pfändung angehört wurde,⁵⁸³ gegen die Erteilung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses und mit § 71 GBO gegen die Eintragung ins Grundbuch, wenn diese Maßnahmen trotz Wirkungslosigkeit des entsprechenden Titels erfolgt sind. Die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO⁵⁸⁴ und unter Umständen auch die Grundbuchbeschwerde nach § 71 GBO⁵⁸⁵ sind zumindest bei Fehlen einer Vollstreckungsvoraussetzung begründet. Dass § 766 ZPO für den Fall, dass ein wirksamer Titel fehlt, überhaupt statthaft ist, wird aber teilweise bestritten.⁵⁸⁶

Unabhängig davon muss der durch diese Rechtsbehelfe gewährte Rechtsschutz aber ohnehin hinter dem durch ein Feststellungsurteil gewährten Schutz zurückbleiben, und zwar schon deshalb, weil sich der Rechtssu-

⁵⁸³ Thomas/Putzo/Seiler, § 829 Rn. 55; ist eine Anhörung – wie im Normalfall – dagegen nicht erfolgt, ist auch gegen die Erteilung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Erinnerung nach § 766 ZPO der statthafte Rechtsbehelf, Thomas/Putzo/Seiler, § 829 Rn. 54.

⁵⁸⁴ Brox/Walker, § 41 Rn. 16.

⁵⁸⁵ Stein/Jonas/Bartels, 23. Aufl., § 867 Rn. 38 (Widerspruch nach § 71 Ans. 2 S. 2 GBO könne eingetragen werden, wenn die Eintragung wegen Fehlens von Vollstreckungsvoraussetzungen unzulässig war und das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist).

⁵⁸⁶ So Wieczorek/Schütze/Bittmann, § 732 Rn. 14, der in diesem Fall nur die Statthaftigkeit einer Klauselerinnerung annimmt. A.A. aber wohl Brox/Walker, § 40 Rn. 83; MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 766 Rn. 33; siehe auch Stein/Jonas/Münzberg, 22. Aufl., § 766 Rn. 15 (für eine Anwendbarkeit von § 766 ZPO bei offensichtlicher Wirkungslosigkeit).

chende dieser Rechtsbehelfe erst dann bedienen kann, wenn die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat. Erst dann besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erinnerung nach § 766 ZPO⁵⁸⁷ und die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO.⁵⁸⁸ Auch mit der Grundbuchbeschwerde kann sich der Beschwerdeführer nur gegen Entscheidungen⁵⁸⁹ des Grundbuchamts wenden, damit also nicht vorbeugend Rechtsschutz suchen. Die Feststellungsklage ist nach der hier vertretenen Ansicht dagegen schon deutlich früher, also vor dem Eingriff durch Vollstreckung, zulässig und kann die Vollstreckung gegebenenfalls sogar verhindern. Des Weiteren kann mit einer Entscheidung nach §§ 767, 793 ZPO oder § 71 GBO wiederum nur die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und nicht, wie mit dem Urteil nach § 256 ZPO, rechtskräftig über die Bindung an das Urteil bzw. über das Bestehen des Vollstreckungsverhältnisses entschieden werden.

(6) Verhältnis zur Titelherausgabeklage analog § 371 BGB

Nach Erfüllung der Forderung kann der Schuldner analog § 371 BGB die Herausgabe einer vollstreckbaren Ausfertigung vom Gläubiger verlangen.⁵⁹⁰ Gleiches muss auch bei nichtigen Titeln gelten.⁵⁹¹ Auch hier besteht das Risiko, dass der Schuldner ungerechtfertigt einer Vollstreckung ausgesetzt ist.⁵⁹²

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt für die Zulässigkeit der Titelherausgabeklage analog § 371 BGB, dass über eine Vollstreckungsgegenklage bereits rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden

⁵⁸⁷ MüKo-ZPO/K. Schmidt/Brinkmann, § 766 Rn. 48.

⁵⁸⁸ Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 793 Rn. 22.

⁵⁸⁹ Zum Begriff der „Entscheidung“: BeckOK-GBO/Kramer, § 71 Rn. 66 ff.

⁵⁹⁰ BeckOK-BGB/Dennhardt, § 371 Rn. 3; MüKo-BGB/Fetzer, § 371 Rn. 8; Staudinger/Löwisch, § 371 Rn. 8.

⁵⁹¹ BGH NJW 2015, 1181 Rn. 23 ff; Meier, ZZZ 133 (2020), S. 51, 66. Zum Schutz des Gläubigers vor einem nachteiligen Feststellungsurteil durch Herausgabe des Titels an den Schuldner siehe oben, S. 131 ff.

⁵⁹² Meier, ZZZ 133 (2020), S. 51, 66.

wurde bzw. dieses Ziel gleichzeitig mit der Vollstreckungsabwehrklage verfolgt wird oder die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist.⁵⁹³ Gleiche⁵⁹⁴ oder vergleichbare⁵⁹⁵ Anforderungen an die Zulässigkeit stellt auch die Literatur. Weil das Erfordernis der vorherigen oder gleichzeitigen Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage insbesondere die Umgehung der Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2, 3 ZPO verhindern soll, die Präklusionsvorschrift bei der Titelgegenklage analog § 767 ZPO aber ohnehin keine Anwendung finden, erscheint es jedoch vorzugswürdig, die Zulässigkeit der Klage auf Herausgabe eines *nichtigen* Titels nicht von der Erhebung einer Titelgegenklage abhängig zu machen.⁵⁹⁶ Die Frage kann letztendlich aber dahinstehen, denn auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage hat sie keine Auswirkungen. Die Titelherausgabeklage analog § 371 BGB kann das Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 ZPO nicht ausschließen. Denn auch sie steht der Feststellungsklage und dem darauf ergehenden Feststellungsurteil insoweit nach, als die Titelherausgabeklage nicht zu einer rechtskräftigen Entscheidung über das Nichtbestehen eines prozessualen Rechtsverhältnisses führt. Dessen Bestehen oder Nichtbestehen ist auch hier wieder nur Vorfrage für den Anspruch auf Herausgabe. Die Herausgabeklage kann deshalb keinen besseren oder effektiveren Rechtsschutz als die Feststellungsklage bieten. Der Schuldner

⁵⁹³ BGH NJW - RR 2008, 1512 Rn. 9; BGH NJW 2015, 1181 Rn. 23; dagegen verlangen BGH NJW 2009, 1671 Rn. 16 und NJW- RR 2014, 195 Rn. 19, dass über eine Vollstreckungsgegenklage bereits rechtskräftig zu Gunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist *und* die Erfüllung der dem Titel zu Grunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist oder zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird.

⁵⁹⁴ BeckOK-BGB/Dennhardt, § 371 Rn. 3.

⁵⁹⁵ Grüneberg/Grüneberg, § 371 Rn. 4 (gleichzeitige Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage bei Streit um Erfüllung); Jauernig-BGB/Stürmer, § 371 Rn. 1 (Erfüllung muss feststehen und die Unzulässigkeit der Vollstreckung gem. § 767 ZPO rechtskräftig festgestellt oder unstreitig sein); a.A. MüKo-BGB/Fetzer, § 371 Rn. 8 (keine vorangegangene oder gleichzeitige Vollstreckungsgegenklage erforderlich).

⁵⁹⁶ Meier, ZZP 133 (2020), S. 51, 66 f. nach dem das Erfordernis einer vorherigen oder gleichzeitigen Titelgegenklage zudem erst Recht ausscheiden muss, wenn man eine analoge Anwendung von § 767 ZPO im Falle der Titulunwirksamkeit – wie es hier auch vertreten wird – ausschließt; a.A. BGH NJW 2015, 1181 Rn. 23 ff.

hat vielmehr die Wahl zwischen beiden Verfahren oder kann beide auch miteinander verbinden.⁵⁹⁷ Wurde der Anspruch auf Titelherausgabe bereits erfüllt, wird das Feststellungsinteresse mangels Vollstreckungsgefahr jedoch in der Regel fehlen.⁵⁹⁸

(7) Verhältnis zur Nichtigkeitsklage

Die Nichtigkeitsklage kann, anders als ihr Name möglicherweise vermuten lässt, zumindest nicht in unmittelbarer Anwendung des § 579 ZPO Rechtsschutz bei wirkungslosen Urteilen bieten: Die zur Wirkungslosigkeit führenden Gründe sind in § 579 ZPO (und auch in § 580 ZPO) nicht aufgeführt. Als Rechtsbehelf bei wirkungslosen Urteilen käme die Nichtigkeitsklage demnach nur in analoger Anwendung des § 579 ZPO in Betracht.

Für Analogie zu § 579 ZPO bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke.⁵⁹⁹ Mit der Feststellungsklage steht jedoch ein Rechtsbehelf zur Verfügung, der grundsätzlich wirkungsvollen Rechtsschutz gegen unwirksame Urteile bietet, nämlich geeignet ist, die sich aus dem Schein der Wirksamkeit ergebenden Gefahren zu beseitigen. Analogie wäre demnach nur gerechtfertigt, wenn sich trotz Statthaftigkeit der Feststellungsklage im Einzelfall dennoch Rechtsschutzlücken auftäten, die nur die Nichtigkeitsklage schließen könnte.

Dies ist im Ergebnis jedoch nicht der Fall. Auch wenn für die Bestimmung des zuständigen Gerichts bei der Feststellungsklage gegen wirkungslose Urteile die analoge Anwendung der §§ 584, 591 ZPO zu befürworten ist,⁶⁰⁰ bedarf es der „Ausweitung“ der Analogie auf die §§ 579 ff. ZPO nicht. Insbe-

⁵⁹⁷ Meier, ZZP 133 (2020), S. 51, 67.

⁵⁹⁸ Siehe dazu oben, S. 122 ff.

⁵⁹⁹ Zu den Voraussetzungen der Analogie siehe oben, S. 98.

⁶⁰⁰ Siehe dazu oben, S. 96 ff.

sondere sollte Rechtsschutz gegen nichtige Urteile nicht nur befristet zugelassen werden.

Nichtigkeits- und Restitutionsklage sind grundsätzlich innerhalb einer Notfrist von einem Monat zu erheben, § 586 Abs. 1 ZPO. Die Frist beginnt außer im Falle des § 579 Nr. 4 ZPO ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund, nicht jedoch vor Rechtskraft des Urteils, § 586 Abs. 2 ZPO. Bei der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung beginnt die Frist mit Zustellung des Urteils an die Partei oder – bei Prozessunfähigkeit der Partei – an ihren gesetzlichen Vertreter, § 586 Abs. 3 ZPO. Außer in den Fällen von § 579 Nr. 4 ZPO und § 580 Nr. 8 ZPO sind Nichtigkeits- und Restitutionsklagen zudem spätestens nach 5 Jahren ab Rechtskraft unzulässig, § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO.

Die Erhebung der Feststellungsklage ist dagegen an keine Frist gebunden. Sie kann grundsätzlich also auch noch Jahre nach Erlass des wirkungslosen Urteils erhoben werden. Dies mag zu Situationen führen, die zumindest im ersten Moment unbillig erscheinen: Denkbar ist nämlich, dass der Gläubiger zunächst von der Vollstreckung absieht, diese aber später doch einleitet, nachdem möglicherweise bereits erhebliche Zeit vergangen ist. Erhebt der Schuldner erst dann die Feststellungsklage, obwohl er die Wirkungslosigkeit des Urteils ggf. sogar von Anfang an kannte, und muss aufgrund des Feststellungsurteils eine Vollstreckung aus dem wirkungslosen Urteil unterbleiben, ist nicht auszuschließen, dass der materiell-rechtliche Anspruch, den der Gläubiger für wirksam tituliert hielt, nicht mehr mit erneuter Klage durchsetzbar ist, weil dieser bereits verjährt ist. Denn trotz Wirkungslosigkeit des Urteils endet die durch Klageerhebung eingetretene Hemmung der Verjährung, vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB,⁶⁰¹ 6 Monate nach Rechtskraft der Entscheidung, § 204 Abs. 2 S. 1 BGB. Maßgeblich ist dabei die formelle

⁶⁰¹ Bei einer Klage gegen eine nicht existente Partei, bspw. gegen einen bereits Verstorbenen, konnte die Klageerhebung den Anspruch gegen die richtige Partei, etwa die Erben, dagegen schon nicht hemmen.

Rechtskraft,⁶⁰² in die auch das wirkungslose Urteil erwächst. Auch die dreißigjährige Verjährungsfrist für rechtskräftig festgestellte Ansprüche gem. § 197 Abs.1 Nr. 3 BGB hilft dem Gläubiger nicht weiter, da die Vorschrift nur für Titel gilt, die materielle Rechtskraft schaffen,⁶⁰³ was bei wirkungslosen Urteilen nicht der Fall ist.

Letztendlich wäre dem Gläubiger jedoch ohnehin nicht geholfen, wenn dem Schuldner Rechtsschutz gegen das wirkungslose Urteil nur befristet zustünde. Denn selbst wenn der Schuldner mit einer Klage ausgeschlossen sein sollte, bliebe das Urteil wirkungslos: Der Gläubiger verfügt auch weiterhin nicht über eine bindende und vollstreckbare Entscheidung. An der zwangsweisen Durchsetzung seines Titels ist er nicht notwendigerweise nur infolge der Feststellungsklage des Schuldners gehindert. Nicht unwahrscheinlich ist, dass die Vollstreckungsorgane auch ohne Zutun des Schuldners eine Vollstreckung aus dem unwirksamen Urteil ablehnen.

Das Risiko, dass der Gläubiger trotz eines vermeintlich wirksamen Titels seinen Anspruch nicht mehr durchsetzen kann, dürfte im Übrigen in der Praxis gering sein, da dies nicht nur voraussetzt, dass das Urteil wirkungslos ist, sondern auch bedingt, dass der Gläubiger die Wirkungslosigkeit nicht selbst erkannte und zudem mit der Vollstreckung längere Zeit, nämlich in der Regel mindestens 6 Monate,⁶⁰⁴ im Einzelfall aber noch deutlich länger, abwartete. Zumindest in den Fällen, in denen der Gläubiger die Wirkungslosigkeit des Urteils mitverursachte, etwa weil er eine nicht (mehr) existente Partei oder einen Exterritorialen verklagte, erscheint das Risiko des Verlustes der Durchsetzbarkeit des Anspruchs gerechtfertigt. Will man dieses Ergebnis

⁶⁰² Grüneberg/*Ellenberger*, § 204 Rn. 34.

⁶⁰³ BGH NJW 1985, 791, 792; Grüneberg/*Ellenberger*, § 197 Rn. 7.

⁶⁰⁴ Zumindest wenn die Verjährung durch Klageerhebung gehemmt war, vgl dazu Fn. 601.

dennoch generell oder auch nur in den Fällen, in denen die Wirkungslosigkeit des Urteils vornehmlich dem Gericht zuzuschreiben ist,⁶⁰⁵ nicht hinnehmen, muss Abhilfe über die Verjährungsvorschriften und nicht durch Befristung der Klagemöglichkeit des Schuldners geschaffen werden. Denkbar wäre, dass im Falle eines wirkungslosen Urteils § 204 Abs. 2 S. 1 BGB mit der Maßgabe angewendet wird, dass die Hemmung erst endet, wenn erneut wirksam, d.h. in materiell-rechtskräftiger Weise über den Anspruch geurteilt wurde.

Im Ergebnis sind Rechtsschutzlücken, die gerade nur die Nichtigkeitsklage, jedoch nicht die Feststellungsklage schließen kann, nicht ersichtlich. Es besteht deshalb auch kein Raum für Analogie zu § 579 ZPO bei unwirksamen Urteilen.

Insgesamt tritt die Feststellungsklage damit nicht hinter anderen Rechtsschutzmöglichkeiten zurück. Weder die Rechtsmittel noch die genannten vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe, aber auch nicht die Titelherausgabeklage analog § 371 BGB, eine negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens des materiell-rechtlichen Anspruchs, oder die Nichtigkeitsklage verdrängen die Klage nach § 256 ZPO, mit der die Urteilsnichtigkeit festgestellt werden soll. Weder führen andere Rechtsbehelfe auf schnellerem oder prozesswirtschaftlicherem Weg zum gewünschten Rechtsschutzziel noch ist der durch sie gewährte Rechtsschutz umfassender als der durch das Feststellungsurteil eingeräumte Schutz, wobei der Feststellungsklage insbesondere deshalb der Vorrang eingeräumt werden muss, weil durch das Feststellungsurteil rechtskräftig über die Nichtigkeit bzw. über das der Nichtigkeit zu Grunde liegende prozessuale Rechtsverhältnis entschieden wird und das Urteil zugleich der Überprüfung durch höherrangige Gerichte offen steht.

⁶⁰⁵ Dies wäre bspw. wohl bei Wirkungslosigkeit wegen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Urteils oder auch bei Wirkungslosigkeit mangels Rechtshängigkeit der Klage der Fall.

Grundsätzlich besteht damit jedenfalls ein Interesse des Schuldners an der Feststellung fehlender Urteilsbindung oder der Feststellung des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses eines nichtigen Leistungsurteils. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob Gleiches auch für den Gläubiger gilt.

b) Feststellungsinteresse des Gläubigers nach erwirktem Leistungsurteil

Das Interesse des Schuldners an der Feststellung fehlender Bindung oder an der Feststellung des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses gründet auf der Vollstreckungsgefahr. Diese betrifft den Gläubiger in der Regel nicht. Auch sonst ist keine Gefährdung ersichtlich, die den Gläubiger zur Feststellung des *Nichtbestehens* der prozessualen Rechtsverhältnisse veranlassen könnte. Hält er das Urteil (ebenfalls) für nichtig, wird er vielmehr ein Interesse daran haben, einen neuen wirksamen Titel zu erlangen. Hält er das Urteil für wirksam, beabsichtigt er wahrscheinlich, den Titel „aufrecht zu erhalten“.

aa) Gläubiger hält Urteil für nichtig

Meint der Gläubiger, das Urteil sei nichtig, kann er den Anspruch deshalb klageweise geltend machen, weil die Rechtskraft des ersten Urteils im Fall der Wirkungslosigkeit der erneuten Klage nicht entgegensteht. Um dabei auch endgültige Klarheit und Sicherheit über die Bindung an das wirkungslose Urteil zu erlangen, bietet es sich an, mit dieser Leistungsklage zugleich eine Zwischenfeststellungsklage bzw. Zwischenfeststellungwiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zu erheben, die auf Feststellung der fehlenden materiellen Rechtskraft des wirkungslosen Urteils gerichtet ist.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Zwischenfeststellungsklage weichen von denen der selbstständigen Feststellungsklage ab. Die Klage nach § 256 Abs. 2 ZPO gleicht die engen Grenzen der Rechtskraft nach

§ 322 ZPO aus, soll Gerichte entlasten und die Parteien vor widersprüchlichen Entscheidungen bewahren.⁶⁰⁶ Ein Feststellungsinteresse ist deshalb nicht erforderlich. Stattdessen muss das Rechtsverhältnis, an das dieselben Anforderungen wie bei selbstständiger Feststellungsklage zu stellen sind,⁶⁰⁷ vorgreiflich sein.⁶⁰⁸ Erforderlich ist für Vorgreiflichkeit, dass das Rechtsverhältnis notwendiges Element für den Subsumtionsschluss in der Hauptsache ist, wobei genügt, dass dies bei mehreren Begründungsmöglichkeiten auf eine der Begründungsmöglichkeiten zutrifft.⁶⁰⁹ Vorgreiflichkeit ist jedenfalls dann abzulehnen, wenn das streitige Rechtsverhältnis schon vollumfänglich von der Hauptsacheentscheidung umfasst ist.⁶¹⁰ Auch wenn die Klage in der Hauptsache unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abgewiesen wird, fehlt es an einer Vorgreiflichkeit.⁶¹¹

Das (Nicht-)Bestehen der materiellen Rechtskraft des Urteils ist zwar nicht ausschlaggebend für das Bestehen des erneut eingeklagten Anspruchs, dennoch ist die für die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage erforderliche Präjudizialität im Hinblick auf Rechtsverhältnis „materielle Rechtskraft“ zu bejahen.⁶¹² Die materielle Rechtskraft des vorangegangenen Urteils ist nämlich maßgeblich für die Zulässigkeit der neuen Leistungsklage, also dafür, ob überhaupt über deren Begründetheit entschieden werden darf. Insofern ist die Entscheidung über die Bindung an das erste Urteil zumindest mittelbar notwendiges Element für den Subsumtionsschluss. Zudem ist die materielle Rechtskraft des nichtigen Urteils nur eine für die Zulässigkeit der nachfolgenden Klage ausschlaggebende Vorfrage, sodass mit der Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch auch nicht über die Bindung

⁶⁰⁶ Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 39.

⁶⁰⁷ Wiczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 349; gegen eine restriktive Auslegung auch MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 84.

⁶⁰⁸ BGH NJW 2011, 2195 Rn. 20; Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 30.

⁶⁰⁹ BGH NJW-RR 2010, 640 Rn. 19; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, § 256 Rn. 85; Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 256 Rn. 104; a.A.: Musielak/Voit/Foerste, § 256 Rn. 41.

⁶¹⁰ Hk-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 31.

⁶¹¹ BGH NJW-RR 2010, 640 Rn. 19; Wiczorek/Schütze/Assmann, § 256 Rn. 352.

⁶¹² Vgl. auch MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 83, der die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vergleichs im Wege der Zwischenfeststellungsklage bejaht. Auch die Wirksamkeit des Vergleichs ist Vorfrage für die Zulässigkeit der Leistungsklage.

an das erste Urteil rechtskräftig entschieden werden würde. Wird der erneuten Leistungsklage in derselben Sache also stattgegeben, muss auch eine damit verbundene Zwischenfeststellungsklage bzw. -widerklage zur fehlenden Bindung an das vorherige Urteil, zulässig und begründet sein. Wird die erneute Leistungsklage nicht wegen entgegenstehender Rechtskraft, sondern unabhängig davon als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen, fehlt es dagegen an der Vorgreiflichkeit, so dass die Klage nach § 256 Abs. 2 ZPO (ebenfalls) unzulässig ist. Eine Abweisung der Klage nach § 256 Abs. 2 ZPO als unbegründet müsste dagegen erfolgen, wenn die Abweisung der Leistungsklage auf die entgegenstehende Rechtskraft gestützt wird oder gestützt werden könnte.

bb) Gläubiger hält Urteil für wirksam

Hält der Gläubiger das Urteil für wirksam, könnte er ein Feststellungsinteresse daran geltend machen, dass *Bestehen* der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses mit der Feststellungsklage i.S.v. § 256 ZPO festzustellen. Die für das Feststellungsinteresse erforderliche gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit könnte sich aus einem drohenden Verlust des aus Sicht des Gläubigers wirksamen Vollstreckungstitels ergeben. Denn besteht Streit über die Wirksamkeit des Urteils und erwägt der Schuldner, eine Klage auf Feststellung fehlender Urteilsbindung oder des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses, so muss der Gläubiger für den Fall, dass der Schuldner mit seiner Klage durchdringt, um den materiell-rechtlichen Anspruch dennoch zu verwirklichen, in einem weiteren, in der Regel zeit- und kostenintensiven Verfahren ein neues Urteil erstreiten. Dabei läuft er Gefahr, dass die Entscheidung über den Anspruch beim zweiten Mal nicht zu seinen Gunsten ausfällt. Die Feststellung fehlender Urteilsbindung bzw. des fehlenden Vollstreckungsverhältnisses kann so für ihn zur Entwertung seines Titels führen. Fraglich ist also, ob der Gläubiger dies verhindern kann, indem er dem Schuldner zuvorkommt und das Bestehen der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses frühzeitig feststellen lässt.

Das Feststellungsinteresse muss aber verneint werden, weil dem Gläubiger letztendlich ein deutlich einfacherer bzw. effektiverer Wege zur Verfügung steht, um sein Rechtsschutzziel zu erreichen: Er kann eine Feststellungsklage des Schuldners abwarten und für den Fall, dass es zu diesem Verfahren kommt, hier die Klageabweisung beantragen, ohne irgendwelche Rechtsschutzeinbußen hinnehmen zu müssen. Wird die Klage des Schuldners als unbegründet abgewiesen, wird dem Gläubiger der angestrebte Rechtsschutz in Form einer rechtskräftigen Entscheidung darüber, dass die Urteilsbindung und/oder das Vollstreckungsverhältnis bestehen, zuteil. Einer „präventiven“ selbstständigen Feststellungsklage seinerseits bedarf es deshalb nicht. Diese läuft nur Gefahr, überflüssig zu sein und die Gerichte unnötig zu belasten, falls der Schuldner von seinem Vorhaben, die Unwirksamkeit des Urteils gerichtlich feststellen zu lassen, doch wieder abrückt.

Gleiches gilt, sollte der Schuldner ankündigen oder in Aussicht stellen, die Feststellung des Nichtbestehens des materiell-rechtlichen Anspruchs zu beantragen, was bei Urteilsnichtigkeit wegen fehlender entgegenstehender Rechtskraft grundsätzlich möglich wäre. In diesem Verfahren entscheidet das zuständige Gericht schon notwendigerweise im Rahmen der Zulässigkeit auch über die materielle Rechtskraft des vorangegangenen Leistungsurteils und würde die Klage wegen entgegenstehender Rechtskraft als unzulässig abweisen, sollte das Urteil wirksam sein. Die Entscheidung über die Bindung an das Leistungsurteil erwächst dann selbst wiederum in materielle Rechtskraft.⁶¹³ Ein gesonderter Prozess zur Feststellung des Bestehens der Bindung würde das Gericht also auch in dieser Situation nur unnötig belasten.

⁶¹³ Vgl. Wieczorek/Schütze/Büscher, § 322 Rn. 152.

cc) Rechtsschutz bei Zurückweisung durch Klausel- oder Vollstreckungsorgane

Lehnt (erst) die die Klausel erteilende Stelle oder das Vollstreckungsorgan den Vollstreckungsantrag bzw. den Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel wegen Nichtigkeit des Urteils ab und meint der Gläubiger allein deshalb, die Durchsetzung seines titulierten Anspruchs sei gefährdet, scheidet eine Klage nach § 256 ZPO zur Feststellung der Bindung und/oder des Vollstreckungsverhältnisses schon an einer dem Schuldner zurechenbaren Gefahr. Zwangsläufig erforderlich für ein Feststellungsinteresse ist zwar nicht, dass der Schuldner die Wirksamkeit des Urteils ausdrücklich bestreitet, also der Rechtsposition des Gläubigers aktiv entgegentritt. Der Gläubiger muss jedoch Anlass haben, einen *dem Schuldner zurechenbaren* Eingriff in seine Rechtsgüter zu befürchten. Notwendig ist also, dass der Schuldner auf die drohende Beeinträchtigung der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Gläubigers überhaupt Einfluss hat.⁶¹⁴ Die Ablehnung der Klauselerteilung bzw. Vollstreckung durch das zuständige Organ setzt jedoch weder einen Antrag noch irgendein anderes Verhalten des Schuldners voraus. Eine (Mit-)Verantwortlichkeit des Schuldners für die Realisierung der Gefahr, die es in dieser konkreten Situation abzuwehren gilt, lässt sich deshalb nicht begründen.

Um dieser Gefährdung zu begegnen, muss der Gläubiger also auf vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe zurückgreifen. Gegen die Abweisung des Vollstreckungsantrags kann der Gläubiger je nach Art der Vollstreckung Rechtsbehelfe nach §§ 766 Abs. 2, 793 ZPO oder § 71 Abs. 1 GBO einlegen.

Die Vollstreckungserinnerung i.S.v. § 766 ZPO ist grundsätzlich gegen das

⁶¹⁴ Siehe oben, S. 108 f.

gesamte Handeln des Gerichtsvollziehers im Rahmen der Zwangsvollstreckung statthaft.⁶¹⁵ Dabei ist in § 766 Abs. 2 Alt. 1 ZPO ausdrücklich geregelt, dass der Antragsteller bei Weigerung des Gerichtsvollziehers, den Vollstreckungsauftrag durchzuführen, Erinnerung beim Vollstreckungsgericht einlegen kann. Die Erinnerung nach § 766 Abs. 2 Var. 1 ZPO ist begründet, wenn der Gerichtsvollzieher sich trotz Vorliegens aller Vollstreckungsvoraussetzungen weigerte, die Vollstreckung vorzunehmen.⁶¹⁶

Statthafter Rechtsbehelf gegen die unberechtigte Ablehnung des Vollstreckungsantrags durch das Vollstreckungsgericht ist die sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO. Die sofortige Beschwerde i.S.v. § 793 ZPO ist statthaft gegen *Entscheidungen*, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlungen ergehen können, während die Erinnerung gem. § 766 ZPO sich gegen *Vollstreckungsmaßnahmen* richtet.⁶¹⁷ Von einer Entscheidung ist immer dann auszugehen, wenn widerstreitende Interessen abgewogen werden, was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die Beteiligten angehört oder ihnen die Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird⁶¹⁸ oder aber – wie im hier diskutierten Fall – ein Vollstreckungsantrag abgelehnt wird.⁶¹⁹ Eine Vollstreckungsmaßnahme liegt dagegen vor, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, insbesondere weil rechtliches Gehör nicht gewährt wurde.⁶²⁰ Ob eine Entscheidung oder Vollstreckungsmaßnahme vorliegt, richtet sich demnach nach dem Zustandekommen des Beschlusses.⁶²¹ Entscheidet über die sofortige Beschwerde der Richter, kommt § 793 ZPO unmittelbar zur Anwendung, bei Entscheidung durch den Rechtspfleger ist § 793 ZPO über § 11 Abs. 1 RPflG anwendbar.

⁶¹⁵ Thomas/Putzo/Seiler, § 766 Rn. 6.

⁶¹⁶ Brox/Walker, § 40 Rn. 81; Musielak/Voit/Lackmann, § 766 Rn. 21.

⁶¹⁷ Brox/Walker § 40 Rn. 5.

⁶¹⁸ BGH NJW 2011, 525 Rn. 7 ff.; Musielak/Voit/Lackmann, § 766 Rn. 11 f.; Stein/Jonas/Münzberger, 22. Aufl., § 766 Rn. 7; Zöller/Herget § 766 Rn. 2.

⁶¹⁹ OLG Koblenz NJW-RR 1986, 679 (die Statthaftigkeit einer Erinnerung nach § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 RPflG bejahend); Musielak/Voit/Lackmann, § 766 Rn. 11 f.; Stein/Jonas/Münzberger, 22. Aufl., § 766 Rn. 7.

⁶²⁰ Musielak/Voit/Lackmann, § 766 Rn. 11 f.; Zöller/Herget § 766 Rn. 2.

⁶²¹ Brox/Walker § 40 Rn. 28; a.A.: Baur/Stürmer/Bruns, Rn. 43.4 K. Schmidt, JuS 1992, S. 94 f.

Ist das Prozessgericht des ersten Rechtszugs zuständiges Vollstreckungsorgan, ist ebenfalls die sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO der statthafte Rechtsbehelf gegen die Ablehnung des Antrags.⁶²² Die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO ist begründet, wenn die Zurückweisung des Vollstreckungsantrags inhaltlich unzutreffend war,⁶²³ etwa weil der Vollstreckungsantrag zu Unrecht wegen vermeintlicher Nichtigkeit des Urteils abgelehnt wurde.

Soll eine Zwangshypothek eingetragen werden, §§ 866 Abs. 1, 867 ZPO, ist das Grundbuchamt zuständiges Vollstreckungsorgan. Dann ist die Grundbuchbeschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO statthafter Rechtsbehelf gegen die Ablehnung des Eintragungsantrags.⁶²⁴ Auch die Grundbuchbeschwerde ist begründet, wenn die Ablehnung des Eintragungsantrags inhaltlich unrichtig war,⁶²⁵ weil das Urteil zu Unrecht für nichtig gehalten wurde. Die der Erinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO⁶²⁶ oder der Beschwerde nach § 793 ZPO⁶²⁷ bzw. § 71 Abs. 1 GBO⁶²⁸ stattgebende Entscheidung würde dann aufgeben, die beantragte Vollstreckungshandlung durchzuführen.

Bei Abweisung des Antrags auf Klauselerteilung helfen die Erinnerung nach § 573 Abs. 1 ZPO, sofern die Erteilung einer einfachen Vollstreckungsklausel durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgelehnt wurde, oder die sofortige Beschwerde nach § 11 Abs. 1 RPflG i.V.m. §§ 573 Abs. 2, 567 ff. ZPO im Falle der Ablehnung der Erteilung einer qualifizierten Klausel durch den Rechtspfleger.⁶²⁹ Weist das Gericht die Erinnerung zurück, kann hiergegen die sofortige Beschwerde gem. § 573 Abs. 2, 567 ff.

⁶²² BeckOK-ZPO/Preuß, § 766 Rn. 3; Thomas/Putzo/Seiler, § 766 Rn. 7,15a.

⁶²³ Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, § 793 Rn. 28.

⁶²⁴ BeckOK-GBO/Hügel, § 71 Rn. 104.

⁶²⁵ Brox/Walker, § 43 Rn. 15; BeckOK-GBO/Kramer, § 71 Rn. 107.

⁶²⁶ Hk-ZPO/Kindl, § 766 Rn. 17.

⁶²⁷ Brox/Walker, § 41 Rn. 21.

⁶²⁸ Brox/Walker, § 43 Rn. 19.

⁶²⁹ Brox/Walker § 8 Rn. 1 f.

eingelegt werden.⁶³⁰ Gegen den die sofortige Beschwerde zurückweisenden Beschluss kann dagegen Rechtsbeschwerde eingelegt werden, wenn das Beschwerdegericht diese zugelassen hat, vgl. § 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Es wird mithin ersichtlich, dass trotz fehlendem Interesse an der Feststellung der Urteilswirksamkeit keinesfalls Rechtsschutzlücken drohen oder der Gläubiger gar rechtsschutzlos gestellt ist.

c) Feststellungsinteresse von Gläubiger und Schuldner nach klageabweisendem Leistungsurteil

aa) Interesse an der Feststellung des Fehlens der Urteilsbindung

Wurde die Leistungsklage durch das nichtige Urteil als unzulässig oder unbegründet abgewiesen, hat der Schuldner kein Interesse, das *Fehlen der Urteilsbindung* (das Vollstreckungsverhältnis scheidet als Feststellungsgegenstand schon aus, da das klageabweisende Urteil zu seinem Nachteil ohnehin nicht vollstreckbar ist) gerichtlich feststellen zu lassen. Eine für den Schuldner relevante Gefährdung, die mit der Feststellung des *Nichtbestehens* der materiellen Rechtskraft beseitigt werden könnte, existiert nicht.

Auch der Gläubiger wird keine dem Schuldner zurechenbare Gefährdung geltend machen können. Dass der Schuldner der Leistungspflicht, die aus Sicht des Gläubigers trotz Klageabweisung bestehen mag, aufgrund des Rechtsscheins der Wirksamkeit des Urteils kaum nachkommen wird, kann kein Feststellungsinteresse begründen. Schließlich hatte der Schuldner die Erfüllung offensichtlich schon vor dem Urteil verweigert, sonst wäre eine Leistungsklage erst gar nicht erforderlich gewesen. Ist die Wirksamkeit eines Urteils unklar, wird der Schuldner, wenn überhaupt, erst dann freiwillig leisten, wenn ein neues, wirksames und vor allem der Klage stattgebendes

⁶³⁰ Brox/Walker, § 8 Rn. 3.

Urteil erlassen wurde. Die Feststellung der fehlenden Bindungswirkung des Ersturteils ist damit nicht geeignet, die Gefahr der Leistungsverweigerung auszuräumen. Der Gläubiger muss vielmehr erneut auf Leistung klagen, könnte gegen das erstinstanzliche klageabweisende, nichtige Urteil aber auch Berufung einlegen und sich dort (auch) auf die Nichtigkeit berufen.⁶³¹

Wurde die Klage als unbegründet abgewiesen, mag der Gläubiger auch befürchten, dass das aus seiner Sicht nichtige Urteil in späteren Verfahren, in denen das Bestehen des Anspruchs Vorfrage ist, zu Unrecht als verbindlich erachtet wird. Auch diese Gefahr ist jedoch nicht dem Schuldner zuzurechnen. Auf die präjudizielle Wirkung eines vorangegangenen Urteils hat die gegnerische Partei keinerlei Einfluss, sie kann diese durch ihr eigenes Verhalten weder ausschließen noch begründen. Zumindest die Möglichkeit, auf die Gefährdung der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen Einfluss zu nehmen, muss Voraussetzung für ein Feststellungsinteresse gegenüber dem Schuldner sein.⁶³² Vielmehr droht hier eine Rechtsverletzung allein durch das dann entscheidungsbefugte Gericht. Im Falle der Wirkungslosigkeit eines Urteils muss ein Gericht nach dem Grundsatz der Mündlichkeit und dem Grundsatz der Unmittelbarkeit über die vermeintlich schon rechtskräftig entschiedene Vorfrage selbst, auf Grundlage der in der Verhandlung gewonnenen Erkenntnisse,⁶³³ entscheiden. Hält es sich dagegen fälschlicherweise für gebunden, kann darin eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gesehen werden. Dieses Recht der Parteien bringt die Pflicht des Gerichts, den Parteivortrag vollständig zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen, das Relevante in den Entscheidungsgründen zu verarbeiten und über streitige Tatsachen Beweis zu erheben, mit sich.⁶³⁴ Nimmt das Gericht fälschlicherweise materielle Rechtskraft an, wird es den Vortrag der Parteien zu den von der vermeintlichen Rechtskraft erfassten Tatsachen bei seiner

⁶³¹ Zur Möglichkeit, die Nichtigkeit im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen, siehe Nachweise in Fn. 137.

⁶³² Siehe oben, S. 108 f.

⁶³³ Vgl. MüKo-ZPO/Rauscher, Einl. Rn. 398, 418.

⁶³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 82 Rn. 10.

Entscheidung nicht berücksichtigen oder es unterlassen, über bestimmte Tatsachen Beweis zu erheben. Die andere Prozesspartei hat darauf aber keinerlei Einfluss. Es wäre nicht gerecht und mit den oben festgestellten Grundsätzen zum Feststellungsinteresse gegenüber dem Beklagten unvereinbar, aus dieser Gefahr ein Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens der Bindung an das Urteil abzuleiten.

Auch wenn eine selbstständige Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens der Bindung bei Klageabweisung, also ausscheiden muss, sollte den Parteien auch in dieser Situation gewährt werden, in einem Verfahren, in dem erneut über den materiell-rechtlichen Anspruch entschieden wird, mittels Klage nach § 256 Abs. 2 ZPO eine bindende Entscheidung über das Nichtbestehen dieses prozessualen Rechtsverhältnisses zu erhalten, um die künftige abweichende Entscheidungen über die Bindungswirkung zu vermeiden und den Parteien Rechtsklarheit und -gewissheit zu verschaffen. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

bb) Interesse an der Feststellung des Bestehens der Urteilsbindung

Des Weiteren könnte aber der Schuldner ein Interesse an der Feststellung des *Bestehens der Bindung* durch materielle Rechtskraft haben. Hält der Gläubiger nämlich ein klagabweisendes Leistungsurteil für nichtig und beabsichtigt er deshalb, ein neues, gültiges Leistungsurteil zu erwirken, muss der Schuldner befürchten, dass in einer erneuten Entscheidung der Klage doch stattgegeben wird. Dies wird er verhindern wollen. Doch so wenig dem Gläubiger ein Interesse an der Feststellung der Bindung an ein aus seiner Sicht gültiges, aus Schuldnersicht aber nichtiges, stattgebendes Urteil zuzuerkennen ist, kann dem Schuldner ein Interesse an der Feststellung der Bindung an das klagabweisende Leistungsurteil zugesprochen werden. Der Gefahr, dass in einem zweiten Verfahren doch noch ein stattgebendes Leistungsurteil ergeht, kann auch er ohne jegliche Rechtsschutzeinbußen auf anderem Wege entgehen: Klagt der Gläubiger tatsächlich erneut und beantragt

der Schuldner, die Klage wegen entgegenstehender Rechtskraft abzuweisen, wird der Schuldner, falls ihm das Gericht Recht gibt, ebenfalls eine bindende Entscheidung über die bestehende materielle Rechtskraft des Urteils erhalten. Ein gesondertes Verfahren zur Feststellung materieller Rechtskraft ist also nicht notwendig und würde das Gericht im Zweifel, falls der Gläubiger doch nicht erneut klagt, nur unnötig belasten.

d) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Leistungsurteilen

Es lässt sich festhalten, dass die Vollstreckungsgefahr maßgeblich dafür ist, ob ein Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses besteht. Droht der Partei, die eine Feststellungsklage in Betracht zieht, also keine Vollstreckung, muss demnach ein Feststellungsinteresse verneint werden. Besteht jedoch Vollstreckungsgefahr, sind sowohl die materielle Rechtskraft als auch das Vollstreckungsverhältnis Rechtsverhältnisse i.S.v. § 256 ZPO, deren Nichtbestehen festgestellt werden kann.

Klagen i.S.v. § 256 ZPO zur Feststellung *bestehender* Urteilsbindung oder zur Feststellung des Vollstreckungsverhältnisses sind hingegen gänzlich unzulässig, da für sie kein Feststellungsinteresse besteht. Wie gezeigt wurde, ist es für Gläubiger und Schuldner möglich, auch auf anderem Wege Rechtsschutz zu erlangen. Das Gericht muss sich dafür mit dem Bestehen des Rechtsverhältnisses nicht in einem gesonderten Verfahren beschäftigen.

2. Nichtigkeit von Feststellungsurteilen

Wie Leistungsurteile können auch Feststellungsurteile nichtig sein. Aufgrund der fehlenden Vollstreckungsgefahr lassen sich die bislang zum Feststellungsinteresse gefundenen Ergebnisse aber nicht oder nur zu geringen Teilen übertragen. Ob auch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines

Feststellungsurteils zulässig ist, hängt davon ab, ob ein solches Urteil andere Gefahren als die Vollstreckungsgefahr birgt. Bei der Beurteilung des Feststellungsinteresses sollte man zudem unterscheiden, ob die im vorangegangenen Feststellungsverfahren *unterlegene* oder die *obsiegende* Partei auf Feststellung der Nichtigkeit klagt.

a) Feststellungsinteresse der unterlegenen Partei

Ein Interesse der im Rechtsstreit unterlegenen Partei bejahte zum Beispiel das OLG Frankfurt.⁶³⁵ In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit⁶³⁶ hatte die Klägerin, nach Zurückweisung der Berufung gegen ein Versäumnisurteil, mit welchem die Klage auf Feststellung des Miteigentums der Klägerin abgewiesen wurde, beantragt, feststellen zu lassen, dass dieses Versäumnisurteil des Landgerichts Frankfurt⁶³⁷ nichtig sei. Diese Feststellungsklage wurde zunächst vom Landgericht als unzulässig abgewiesen, wogegen die Klägerin wiederum Berufung beim OLG Frankfurt a.M. einlegte. Das OLG entschied daraufhin, dass eine Klage, mit der die Unwirksamkeit eines Urteils oder einer sonstigen gerichtlichen Entscheidung geltend gemacht werde, zulässig sei, sofern ein Feststellungsinteresse bestehe. Im konkreten Fall habe die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, ob der Beklagte die Sache aufgrund des streitgegenständlichen Versäumnisurteils allein als Sondereigentum nutzen oder ob die Klägerin, als Miteigentümerin, diese als Bestandteil des Gemeinschaftseigentums mitbeanspruchen dürfe, gehabt.

Damit stellt die OLG-Entscheidung zwar klar, dass die im dortigen ersten Rechtsstreit unterlegene Klägerin ein Interesse an einer neuen, wirksamen Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Sondereigentums

⁶³⁵ OLG Frankfurt a.M. ZWE 2013, 229.

⁶³⁶ Sachverhalt wird vereinfacht dargestellt.

⁶³⁷ LG Frankfurt aM 7.06. 2011 - 13 O 8/11.

bzw. Miteigentums hatte, lässt aber außen vor, weshalb dafür die Feststellung der Urteils*nichtigkeit* erforderlich war. Schließlich mangelte es aus Sicht der Klägerin an einer wirksamen und damit rechtskräftigen Entscheidung. Demnach hätte eine *neue Klage* auch ohne eine solche Feststellung erfolgen können. Insbesondere geht das Urteil nicht auf die das Interesse begründende Gefährdung der Klägerin ein.

Generell könnte eine Gefahr für die im ersten Rechtsstreit unterlegene Partei in einem Verhalten des Prozessgegners zu sehen sein, der das nichtige Urteil für wirksam halten mag und sein Handeln dementsprechend ausrichten wird. Wurde beispielsweise das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt, mag die unterlegene Partei Sorge haben, dass die obsiegende Partei ihr Recht trotz Urteils*nichtigkeit* geltend macht, z.B. Erfüllung eines festgestellten Anspruchs verlangt. Wurde die Klage im vorangegangenen Prozess, wie im vor dem OLG Frankfurt a.M. verhandelten Fall, abgewiesen, mag der Kläger befürchten, dass die gegnerische Partei sich auf das klageabweisende Urteil berufen und ihn an der Wahrnehmung seiner Rechte – wegen *Nichtigkeit* des Urteils zu Unrecht – hindern wird. Im oben genannten, vor dem OLG Frankfurt a.M. verhandelten Fall mag die Klägerin befürchtet haben, von der Mitnutzung der Sache ausgeschlossen zu werden. Durch ein solches Verhalten wären die behaupteten materiell-rechtlichen Rechtsgüter der im ersten Rechtsstreit unterlegenen Partei gefährdet.

Ein Interesse an der Feststellung der fehlenden Bindung an das erste Feststellungsurteil scheidet jedoch daran, dass dieses Mittel nicht geeignet ist, *diese Gefahr* auszuräumen. Der Klagegegner wird schon vor Erlass des (möglicherweise) nichtigen Feststellungsurteils gefährdendes Verhalten gezeigt haben, also z.B. das Recht des Klägers bestritten oder sich eines Anspruchs berührt haben. Das gilt in der Regel unabhängig von der Rolle im vorangegangenen Rechtsstreit, da häufig ein Streit zwischen den Parteien, in dem das jeweilige Recht des anderen bestritten bzw. sich eines Rechtes berührt wird, zu einer Feststellungsklage führt.

Dennoch ist davon auszugehen, dass die andere, im ersten Rechtsstreit obsiegende Partei, die durch das zu ihren Gunsten ergangene Feststellungsurteil in ihrem rechtlichen Standpunkt bestätigt wurde, in der Regel aufgrund des (nichtigen) Feststellungsurteils ihr Verhalten fortsetzen wird. Wäre im oben genannten Fall das Miteigentum festgestellt worden, hätte der Beklagte die Klägerin wohl nicht an der Mitnutzung der Sache gehindert.

Entscheidend ist jedoch, dass die Feststellung der fehlenden Urteilsbindung (allein) nicht dafür sorgen wird, dass die Gegenseite ihr gefährdendes Verhalten aufgibt. Steht die Nichtigkeit des ersten Urteils fest, ist aus Sicht der Parteien die Rechtslage, die vor Erhebung der ersten Feststellungsklage bestand, „wiederhergestellt“. Die obsiegende Partei wird es demnach erst dann unterlassen, die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen der Gegenseite zu gefährden, wenn ein neues, wirksames Urteil in der Sache erlassen wurde.

Auch die Befürchtung der im Ausgangsrechtsstreit unterlegenen Partei, dem (möglicherweise) nichtigen Urteil werde in späteren Verfahren zu Unrecht Verbindlichkeit zugeschrieben, weil z.B. die im Urteil getroffene Feststellung in einem späteren Prozess für eine Vorfrage Relevanz hat, rechtfertigt kein Interesse an der Feststellung der fehlenden Urteilsbindung. Für diese Gefahr trägt die andere Partei keine Verantwortlichkeit.⁶³⁸

Insgesamt fehlt der im Feststellungsverfahren unterlegenen Partei das Feststellungsinteresse für eine selbstständige Feststellungsklage, die die fehlende Bindung an ein Feststellungsurteil zum Gegenstand hat. Auch hier stehen aber andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Wie schon das OLG Frankfurt ausführt, hat ein Kläger insbesondere, wenn er meint, das ursprüngliche Feststellungsurteil sei nicht nur nichtig, sondern auch unrichtig, ein Interesse daran, dass die materiell-rechtliche Rechtslage durch ein *wirksames* Feststellungsurteil richterlich geklärt wird.⁶³⁹ Das Bedürfnis nach ei-

⁶³⁸ Siehe dazu schon oben, S. 169 f.

⁶³⁹ Siehe Nachweis in Fn. 635.

ner neuen, wirksamen Entscheidung wird aber ohnehin nicht durch Feststellung des Nichtbestehens der Bindung, sondern erst durch erneute Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses befriedigt. Sofern das vorherige Urteil tatsächlich nichtig war und damit nicht materiell-rechtskräftig geworden ist, steht der Zulässigkeit dieser Klage nichts entgegen. Dem Kläger, aber auch dem Beklagten sollte jedoch auch in einer solchen Situation ermöglicht werden, die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses mit der Zwischenfeststellungsklage oder Zwischenfeststellungswiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zu verbinden, um ebenfalls Rechtssicherheit über das Bestehen der Urteilsbindung zu erhalten. Insofern gelten die Ausführungen zur Zwischenfeststellungsklage bei klageabweisender Leistungsklage.

b) Feststellungsinteresse der obsiegenden Partei

Die im vorangegangenen Rechtsstreit obsiegende Partei kann ebenfalls kein Interesse an der Feststellung des *Nichtbestehens* des prozessualen Rechtsverhältnisses in Form der Bindung an das Urteil durch materielle Rechtskraft geltend machen.

Insbesondere der Kläger, dessen Klage stattgegeben wurde, wird eine erneute, wirksame Entscheidung anstreben – schließlich liefert ihm ein nichtiges Urteil nicht den durch die Klage erstrebten Rechtsfrieden bzw. die gewünschte Rechtsgewissheit. Dies kann er aber ebenfalls nicht durch Feststellung fehlender materieller Rechtskraft, sondern nur durch eine neue, wirksame Entscheidung über das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis erreichen, die jedoch mit einer Zwischenfeststellungsklage bezogen auf die fehlende Bindung an das erste Urteil verbunden werden kann.

Ebenfalls ausscheiden muss eine Klage auf Feststellung des *Bestehens* der

materiellen Rechtskraft des Urteils. Selbst wenn die unterlegene Partei mitteilt, wegen Nichtigkeit des Feststellungsurteils über das materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis erneut gerichtlich verhandeln zu wollen, was die im ersten Prozess obsiegende Partei mit aller Wahrscheinlichkeit verhindern will, besteht hier kein Bedürfnis nach einer selbstständigen Feststellung der Urteilsbindung *in einem gesonderten Verfahren* und damit auch kein Feststellungsinteresse. Die obsiegende Partei mag sich durch die Äußerungen der gegnerischen Partei (subjektiv) verunsichert fühlen. Für ein Feststellungsinteresse genügt dies jedoch nicht. Es erfordert eine gegenwärtige Gefahr für Rechte, Rechtsgüter oder Interessen. Eine solche, die mit Feststellungsurteil gerichtet auf das Bestehen der materiellen Rechtskraft des vorangegangenen Urteils, ausgeräumt werden könnte, ist jedoch nicht ersichtlich. Sollte die unterlegene Partei tatsächlich (erneut) klagen, kann Abweisung der zweiten Feststellungsklage wegen entgegenstehender Rechtskraft beantragt werden. Ist das Urteil tatsächlich gültig, umfasst das Prozessurteil, mit dem die Klage deshalb wegen Unzulässigkeit abgewiesen wird, auch die rechtskräftige Feststellung über das Bestehen der Urteilsbindung.

c) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Feststellungsurteilen

Unabhängig davon, wer Kläger ist – die unterlegene oder die obsiegende Partei – muss ein Interesse an der Feststellung der Bindung oder der Feststellung fehlender Bindung im Ergebnis verneint werden. Es lässt sich keine dem Beklagten zurechenbare Gefahr begründen. Rechtsschutzlücken entstehen dadurch aber nicht: Eine neue Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses, gegebenenfalls verbunden mit einer Zwischenfeststellungs(wider)klage, und natürlich auch Berufung und Revision können ausreichend Rechtsschutz gewähren.

3. Nichtigkeit von Gestaltungsurteilen

Wiederum anders als bei nichtigen Leistungs- und Feststellungsurteilen beurteilt sich das Feststellungsinteresse bei wirkungslosen Gestaltungsurteilen. Diese Urteile können einerseits materielle Rechtsverhältnisse für die Zukunft⁶⁴⁰ (z.B. bei der Scheidung einer Ehe, § 1564 BGB, der Auflösung einer OHG, §§ 133, 131 Abs. 1 Nr. 4 HGB, oder beim Ausschluss eines Gesellschafters, § 140 HGB) oder für die Vergangenheit⁶⁴¹ (z.B. in Folge der Anfechtung der Vaterschaft, § 1599 Abs. 1 BGB) gestalten. Möglich sind andererseits auch prozessuale Gestaltungsurteile, mit denen die prozessrechtliche Rechtslage für die Zukunft⁶⁴² (z.B. mittels stattgebender Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO, über die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO oder über die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. § 722 ZPO) oder die Vergangenheit⁶⁴³ (z.B. mittels stattgebender Entscheidung über Wiederaufnahmeklagen nach §§ 578 ff. ZPO oder über die Abänderungsklage gem. § 323 ZPO) geändert wird.

Geht ein Gestaltungsurteil ins Leere, weil die zu gestaltende Rechtslage nicht (mehr) existiert, z.B. bei Scheidung einer Nicht-Ehe oder dem Ausschluss eines bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters, soll nach der hier vertretenen Ansicht nur ein wirkungsgemindertes Urteil, dem es nur an der Gestaltungswirkung fehlt, vorliegen. Dennoch können Gestaltungsurteile auch völlig wirkungslos sein, z.B. bei fehlender Klageerhebung oder bei Nichtexistenz der Prozesspartei(en). In diesem Fall fehlt einem Gestaltungsurteil nicht nur die Gestaltungswirkung, sondern auch die materielle Rechtskraft.

⁶⁴⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 92 Rn. 5 f; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., Vor § 253 Rn. 92 ff.

⁶⁴¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 92 Rn. 8 f; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., Vor § 253 Rn. 97 ff.

⁶⁴² *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 92 Rn. 6; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., Vor § 253 Rn. 95.

⁶⁴³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 92 Rn. 9; *Stein/Jonas/Roth*, 23. Aufl., Vor § 253 Rn. 100.

a) Stattgebende Gestaltungsurteile

Für ein Interesse an der Feststellung fehlender Urteilsbindung bedarf es zunächst einer Gefährdung des Klägers. Weil dem nichtigen Gestaltungsurteil nur vermeintlich gestaltende Wirkung zukommt, mag im Falle eines stattgebenden, möglicherweise nichtigen Gestaltungsurteils die Gefährdung sich aus diesem Anschein der Umgestaltung der Rechtslage ergeben.

aa) Eignung des Feststellungsurteils zur Beseitigung der Gefahr

Die durch Gestaltung geschaffene Rechtslage kann Voraussetzung für die Entstehung von Ansprüchen oder für sonstige Rechtsfolgen sein. So ist für bestimmte Unterhaltsansprüche die Scheidung einer Ehe, vgl. §§ 1570 - 1573, 1575, 1576 BGB,⁶⁴⁴ für die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Titels die Vollstreckbarkeitserklärung nach § 722 ZPO erforderlich.⁶⁴⁵

Rechte oder Rechtswirkungen können aber auch durch Gestaltung erlöschen oder beseitigt werden. So verliert der OHG-Gesellschafter durch seinen Ausschluss aus der Gesellschaft die an die Gesellschafterstellung anknüpfenden Rechte, wie z.B. sein Stimmrecht i.S.v. § 119 HGB⁶⁴⁶ oder sein allgemeines Informations- und Kontrollrecht aus § 118 HGB,⁶⁴⁷ und einem Vollstreckungstitel kann durch stattgebendes Urteil nach § 767 ZPO die Vollstreckbarkeit genommen werden.

Entstehung und Erlöschen setzen die Wirksamkeit des Gestaltungsurteils

⁶⁴⁴ Vgl. zu den verschiedenen Unterhaltsansprüchen in Folge Scheidung *D. Schwab*, § 40 Rn. 417 ff.

⁶⁴⁵ *Stein/Jonas/Münzberg*, 22. Aufl., § 722 Rn. 3.

⁶⁴⁶ Vgl. *Kindler*, § 11 Rn. 76.

⁶⁴⁷ *Oetker/Lieder*, § 118 Rn. 4.

voraus. Ist diese ungewiss, besteht die Gefahr, dass Rechte bzw. Rechtsfolgen zu Unrecht geltend gemacht werden.⁶⁴⁸ Auch die Vollstreckung aus einem in Wahrheit (noch) gar nicht vollstreckbaren Titel mag drohen. Ebenso kann die Gefahr entstehen, dass eine Partei an der Wahrnehmung in Wahrheit noch nicht erloschener Rechte gehindert wird. Ist z.B. die Wirksamkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus einer OHG unsicher, sind insbesondere die Rechte gefährdet, die dem Gesellschafter bei Nichtigkeit des Gestaltungsurteils weiterhin zustehen würden. Bei Unwirksamkeit eines Urteils nach § 767 ZPO könnte dem Vollstreckungsgläubiger schließlich die Vollstreckung zu Unrecht versagt werden.

All diese Beispiele zeigen, dass sich aus der Ungewissheit über die Wirksamkeit eines stattgebenden Gestaltungsurteils eine Vielzahl an Gefahren ergeben können. Darüber hinaus muss das Feststellungsurteil aber auch geeignet sein, diese sich aus der Ungewissheit erwachsenden Gefahren zu beseitigen. Dem steht entgegen, dass diese sich allesamt aus dem Rechtsschein der Gestaltung, also dem Anschein einer neu geschaffenen oder umgestalteten Rechtslage, ergeben.⁶⁴⁹ Erst mit der Beseitigung *dieses* Rechtsscheins schwinden auch die Gefahren. Feststellungsgegenstand kann aber nicht das Fehlen der Gestaltungswirkung sein.

Diese selbst kann nämlich kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO begründen. Sie wirkt zwar gegenüber jedermann,⁶⁵⁰ also auch gegenüber den Parteien des vorangegangenen Rechtsstreits. Eine für das Rechtsverhältnis erforderliche *Verbindung* zwischen zwei Personen erzeugt die Gestaltungswirkung jedoch nicht. Für ein Rechtsverhältnis durch Gestaltungswirkung ist nämlich gerade nicht ausreichend, dass die Umgestaltung der materiellen

⁶⁴⁸ Bsp.: Der Scheidungsunterhalt wird zu Unrecht beansprucht, weil die gestaltende Wirkung (hier: Scheidung der Ehe) gar nicht eingetreten ist.

⁶⁴⁹ Z.B. baut die Gefahr, vom früheren Ehegatten auf Unterhalt in Anspruch genommen zu werden, auf dem Anschein der wirksamen Scheidung auf, die Gefährdung der Rechte des Gesellschafters resultiert aus dem Anschein eines Ausschlusses aus der Gesellschaft.

⁶⁵⁰ Siehe Nachweise in Fn. 42.

Rechtsslage (von jedermann) zu beachten ist. Dies unterscheidet die Gestaltungswirkung von der materiellen Rechtskraft. Zwar sorgt auch die materielle Rechtskraft dafür, dass das Urteil für die Parteien bzw. Personen im Sinne des § 325 ZPO Verbindlichkeit hat – diese Verbindlichkeit besteht jedoch stets nur gegenüber der anderen Partei des Rechtsstreits bzw. den Personen im Sinne des § 325 ZPO. Das ist ausschlaggebend dafür, dass die materielle Rechtskraft nicht nur ein einseitiges Verhaltensgebot, sondern sogar eine rechtliche Beziehung schafft.⁶⁵¹ Der Gestaltungswirkung fehlt es an einem solchen verbindenden Element. Dabei darf die Gestaltungswirkung auch nicht verwechselt werden mit dem gestalteten oder zu gestaltenden materiell-rechtlichen Rechtsverhältnis. Die Gestaltungswirkung kann also ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis schaffen, ändern oder beseitigen, führt jedoch nicht selbst zu einer neuen, eigenen prozessrechtlichen Beziehung.

Nähme man dennoch an, die Gestaltungswirkung führe zu einem Rechtsverhältnis *inter omnes*, wäre die Gestaltungswirkung, um Feststellungsgegenstand sein zu können, „aufzuspalten“. Denn Gegenstand der Feststellungsklage muss das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses sein, welches in der Klage genau zu bezeichnen ist. Im Verfahren nach § 256 ZPO könnte also nicht die Gestaltungswirkung, sondern nur das Nichtbestehen des durch die Gestaltungswirkung erzeugten Rechtsverhältnisses *zwischen den Parteien* des Rechtsstreits festgestellt werden. Damit ist jedoch wenig geholfen, denn der Kläger will die Unsicherheit über das Bestehen der Gestaltungswirkung als solche beseitigen, nicht nur die Unsicherheit über das Bestehen eines Teils der Gestaltungswirkung.

Festgestellt werden kann demzufolge auch hier nur die fehlende Bindung des Gestaltungsurteils. Diese sagt jedoch nichts darüber aus, ob das Urteil Gestaltungswirkung erzeugt, denn diese erfordert nicht materielle, sondern

⁶⁵¹ Siehe dazu oben, S. 91 f.

nur formelle Rechtskraft des Urteils.⁶⁵² Würde also festgestellt, dass ein Gestaltungsurteil nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist, könnte daraus nur abgeleitet werden, dass dieses Gestaltungsurteil keine verbindliche Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines *Gestaltungsanspruchs* enthält, folglich nicht geeignet ist, Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche auszuschließen. Der Rechtsschein der Gestaltung kann durch Feststellung fehlender Urteilsbindung nicht beseitigt werden.

Insofern ist das Feststellungsurteil nicht geeignet, die drohenden Gefahren auszuräumen. Ein Interesse an der Feststellung fehlender Bindung an das (vermeintlich) nichtige Gestaltungsurteil besteht deshalb nicht. Der Gefährdete hat jedoch andere Rechtsschutzmöglichkeiten, so dass er nicht rechtsschutzlos gestellt ist.

bb) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unwirksames, stattgebendes Gestaltungsurteil

Soweit sich der Rechtsschein auf ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis und die daraus erwachsenen Ansprüche, die durch Umgestaltung der Rechtslage entstehen oder erlöschen, erstreckt, ist dem Rechtsschutzsuchenden schon mit einem Antrag auf Feststellung des (Fort-)Bestehens oder Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses geholfen. Vermutet der Kläger dagegen die Nichtigkeit eines prozessualen Gestaltungsurteils, scheidet die Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisses mangels Einflusses derartiger Gestaltungsurteile auf die materielle Rechtslage aus. Da der sich auf Gestaltung der prozessualen Rechtslage beziehende Rechtsschein dennoch beseitigt werden muss, kommt aber ein Antrag auf Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses in Betracht.

⁶⁵² *Lent*, ZZP 61 (1939), S. 279, 303, der die materielle Rechtskraft von Gestaltungsurteilen i.E. aber auch ablehnt.

Bei Urteilen, die dem Titel die Vollstreckbarkeit nehmen sollten, ist zugunsten des Gläubigers an die Feststellung des (Fort-)Bestehens des Vollstreckungsverhältnisses zu denken. Sollte das wirkungslose Gestaltungsurteil dem Titel eigentlich Vollstreckbarkeit verleihen, ist zugunsten des Schuldners die Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses in Betracht zu ziehen. Daneben gibt es auch Gestaltungsurteile, die Einfluss auf die materielle Rechtskraft nehmen, sie durchbrechen. Insbesondere ist hier das Urteil nach § 323 ZPO zu nennen, mit dem ein rechtskräftiger Titel auf künftige Leistungen abgeändert wird. Sollte ein derartiges Urteil nichtig sein, kommt die Feststellung der fortbestehenden Bindung an das in Wirklichkeit nicht abgeänderte Urteil in Betracht.

Bei Nichtigkeit prozessualer Gestaltungsurteile könnte die Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines prozessualen Rechtsverhältnisses, also das Nichtbestehen der Urteilsbindung oder des Vollstreckungsverhältnisses, im Ergebnis demnach doch Relevanz erlangen. Gegenstand wäre dabei jedoch nicht das prozessuale Rechtsverhältnis, welches eigentlich durch *das nichtige Urteil* hätte „erzeugt“ werden sollen, sondern das prozessuale Rechtsverhältnis, das schon vorher aufgrund eines wirksamen Titels entstanden ist und wegen Nichtigkeit des Gestaltungsurteils nicht umgestaltet werden konnte. Zulässig ist eine entsprechende Klage aber auch in diesen Fällen nur, wenn sich eine dem Beklagten zurechenbare Gefährdung begründen lässt.

Steht die Wirksamkeit eines Urteils, welches einem Titel die Vollstreckbarkeit nehmen sollte (z.B. die Wirksamkeit eines Urteils nach § 767 ZPO oder § 771 ZPO), in Frage, ist der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gefährdet, weil er befürchten muss, dass ihm im Falle von § 767 ZPO die Durchsetzung seines titulierten Anspruchs, im Falle von § 771 ZPO die Vollstreckung in einen bestimmten Gegenstand wegen vermeintlicher Wirksamkeit des prozessualen Gestaltungsurteils zu Unrecht versagt wird. Jedoch hätte der Vollstreckungsschuldner, also der Beklagte, keinerlei Einfluss auf die Realisierung dieser Gefahr. Der Vollstreckungsschuldner hat

zwar durch seine Klageerhebung das nichtige Urteil nach § 767 ZPO erwirkt. Das nichtige Urteil als solches ist jedoch nicht die Gefährdung, die es abzuwenden gilt. Die Gefährdung liegt vielmehr in der Befürchtung, die Nichtigkeit dieses Urteils werde verkannt und die Vollstreckung des Titels werde mit Hinweis auf das Urteil nach § 767 ZPO von den Vollstreckungsorganen abgelehnt werden. Die Ablehnung der Vollstreckung erfolgt jedoch ohne jedes Zutun des Schuldners, also nicht erst auf seinen Antrag hin wie bei der *Durchführung* der Vollstreckung. Aus diesem Grund muss eine Klage auf Feststellung des wegen Nichtigkeit des prozessualen Gestaltungsurteils fortbestehenden Vollstreckungsverhältnisses ausscheiden. Gegen die Abweisung des Vollstreckungsantrags kann der Gläubiger aber in jedem Fall mit vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen mit § 766 Abs. 2 ZPO, § 793 ZPO bzw. § 71 I GBO vorgehen. Die Abweisung wäre rechtswidrig und die Vollstreckungserinnerung bzw. Beschwerde nach § 793 ZPO oder § 71 Abs. 1 GBO damit begründet, wenn das Vollstreckungsorgan den Antrag wegen eines prozessualen Gestaltungsurteils, z.B. nach § 767 ZPO, abgelehnt hat, dieses in Wirklichkeit aber wirkungslos war. Denn dann fehlte dem entsprechenden Titel gerade nicht die Vollstreckbarkeit und die Zurückweisung des Vollstreckungsantrags hätte nicht erfolgen dürfen.

Steht die Wirksamkeit eines Urteils, welches dem Titel Vollstreckbarkeit verleihen sollte (z.B. Wirksamkeit des Urteils nach § 722 ZPO), in Frage, muss der Vollstreckungsschuldner Vollstreckung eines (noch) nicht vollstreckbaren Titels fürchten. Für den Schuldner drohen also die Gefahren, die auch drohen, wenn der Vollstreckungstitel wirkungslos ist. Da sich das Interesse gegenüber dem Beklagten, dem Vollstreckungsgläubiger, auch hier mit der Zurechenbarkeit der drohenden Vollstreckung begründen lässt, wäre eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsverhältnisses grundsätzlich zulässig. Der Vollstreckungsschuldner hätte zudem die Möglichkeit, vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe einzulegen, die aber insbesondere wegen der weitergehenden Rechtskraft der Entscheidung nach § 256 ZPO die Feststellungsklage nicht verdrängen könnten. Die Erinnerung gegen die Klauselerteilung gem. § 732 ZPO käme in Betracht, wenn die

Klausel trotz fehlender Vollstreckbarkeit erteilt wurde. Ebenso müsste wiederum diskutiert werden, ob die fehlende Vollstreckbarkeit als Einwendung gegen den Titel die analoge Anwendung von § 767 ZPO rechtfertigen kann.⁶⁵³

Im Fall drohender Nichtigkeit eines Gestaltungsurteils, welches die materielle Rechtskraft beeinflusst (z.B. eine abändernde Entscheidung i.S.v. § 323 ZPO), ist an Klage auf Feststellung des Fortbestehens der Bindung an das ursprüngliche Urteil zu denken. Dem Beklagten zurechenbare Gefahren sind auch grundsätzlich vorstellbar. So mag der Unterhaltsschuldner befürchten, der Unterhaltsgläubiger werde nach vermeintlicher Abänderung des auf künftige Leistung gerichteten Titels nunmehr den neuen, höheren Betrag als Unterhalt fordern und ggf. aus dem neugefassten Titel vollstrecken. Da wegen Nichtigkeit des Urteils nach § 323 ZPO der Titel nicht wirksam abgeändert werden konnte, würde dies einen Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter des Unterhaltsschuldners darstellen. Wie bereits im Zusammenhang mit der Nichtigkeit von stattgebenden Leistungsurteilen dargelegt wurde, ist diese Gefahr der Vollstreckung – in diesem Fall der abgeänderten Titel auf Zahlung von Unterhalt – eine dem Vollstreckungs- und Unterhaltsgläubiger zurechenbare Gefahr, da dieser die Vollstreckung durch Stellung des Vollstreckungsantrags einleiten muss. Ob abgesehen von diesem Beispiel auch in anderen Konstellationen ein Feststellungsinteresse besteht, kann jedoch nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

b) Klageabweisende Gestaltungsurteile

Ein Gestaltungsurteil⁶⁵⁴ kann die Klage aber auch abweisen, sei es als unzulässig, sei es als unbegründet. Durch Nichtigkeit eines solchen klageabweis-

⁶⁵³ Auch in diesem Fall erscheint die Regelungslücke fraglich, da mit der Titelgegenklage die Vollstreckbarkeit nicht beseitigt, sondern die fehlende Vollstreckbarkeit nur festgestellt werden könnte und dafür eigentlich auch § 256 ZPO zur Verfügung steht.

⁶⁵⁴ Wobei es sich dann eigentlich schon nicht um ein *Gestaltungsurteil* handelt.

senden Urteils entfällt nur die materielle Rechtskraft, denn Gestaltungswirkung hätte es ohnehin nicht gehabt. Der Anschein der Wirksamkeit erstreckt sich insofern auch nur auf die materielle Rechtskraft der Entscheidung, so dass Feststellung *fehlender Urteilsbindung* anders als bei stattgebenden Gestaltungsurteilen grundsätzlich geeignet wäre, diesen Rechtsschein zu beseitigen. Jedoch mangelt es wieder an einer der anderen Partei zurechenbaren Gefahr für die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Klägers. Will dieser verhindern, dass ein in Wahrheit nichtiges, klageabweisende Gestaltungsurteil von Gerichten oder anderen Hoheitsträgern zukünftig fälschlicherweise als bindend angesehen wird, muss er erneut Gestaltungsklage erheben und kann auch hier das Fehlen der Bindung mit Hilfe der Zwischenfeststellungsklage gem. § 256 Abs. 2 ZPO rechtskräftig feststellen lassen. Insofern kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Aber auch *Bindung an ein klageabweisendes Gestaltungsurteil* wäre nicht feststellbar. Wenn eine der Parteien ein Interesse daran hat, dass kein neues Gestaltungsurteil ergeht,⁶⁵⁵ kann sie im zweiten Verfahren die Klageabweisung wegen entgegenstehender materieller Rechtskraft beantragen und auf diesem Wege ohne selbstständige Feststellungsklage ihr Rechtsschutzziel erreichen.

c) Fazit zum Feststellungsinteresse bei nichtigen Gestaltungsurteilen

Trotz der vielfältigen Gefahren für die Parteien, die bei möglicher Nichtigkeit eines Gestaltungsurteils vorstellbar sind, scheitert genau wie beim nichtigen Feststellungsurteil die Zulässigkeit der Feststellungsklage, die auf *Feststellung der Nichtigkeit, mithin Feststellung fehlender materieller Rechtskraft des Urteils* gerichtet ist, im Ergebnis am fehlenden Feststellungsinteresse, da der Rechtsschein der Gestaltung hierdurch nicht beseitigt

⁶⁵⁵ Bsp.: Der Gesellschafter, der auf Antrag der Mitgesellschafter mit Hilfe eines Urteils aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden sollte, wird an dem klageabweisenden Urteil in der Regel festhalten wollen, um nicht zu riskieren, dass ein zweites, ihm ungünstiges Urteil ergeht.

werden kann. Dennoch kann die Feststellungsklage in einigen Fällen nichtiger Gestaltungsurteile trotzdem Anwendung finden, jedoch mit einem anderen Feststellungsgegenstand. Dies ergibt sich daraus, dass prozessuale Gestaltungsurteile Einfluss auf die Vollstreckbarkeit haben. Selbst wenn das prozessuale Gestaltungsurteil selbst nicht vollstreckbar ist, so kann doch die *fehlende oder bestehende Vollstreckbarkeit eines Titels, auf den sich das prozessuale Gestaltungsurteil bezog*, festgestellt werden. Im Übrigen sind, angesichts der sonst auch bestehenden alternativen Rechtsschutzmöglichkeiten, Rechtsschutzlücken nicht zu erwarten.

§ 4 Gesamtergebnis

Ziel dieser Arbeit war es, die Frage zu beantworten, ob eine Klage, welche darauf gerichtet ist, die Nichtigkeit eines Urteils festzustellen, zulässig sein kann. Im Ergebnis lässt sich dies nicht pauschal bejahen oder verneinen. Es muss vielmehr differenziert werden, wobei drei Gesichtspunkten eine entscheidende Rolle spielen: Die Art des Urteils – handelt es sich bei dem vermeintlich nichtigen Urteil um ein Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsurteil –, der Inhalt des Urteils – wurde die Klage abgewiesen oder ihr stattgegeben – sowie die Parteirolle, die der Kläger im vorangegangenen Prozess inne hatte.

Unabhängig von Art und Inhalt des Urteils oder der Parteirolle darf die Zulässigkeit jedoch in keinem Fall an der Statthaftigkeit der Feststellungsklage scheitern. Zwar nicht die Urteilsnichtigkeit selbst, jedenfalls aber die ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse – einerseits das Vollstreckungsverhältnis, andererseits die materielle Rechtskraft – sind trotz ihrer Rechtsnatur als prozessuale Rechtsverhältnisse grundsätzlich taugliche Klagegegenstände. Eine allein materiell-rechtliche Deutung des Tatbestandsmerkmals Rechtsverhältnis ist dagegen nicht gerechtfertigt. Der allgemeine Klagezweck, der in dem Schutz subjektiver Rechte zu sehen ist, gebietet eine solche Auslegung nicht. Insbesondere kann dem Merkmal Rechtsverhältnis nicht die Aufgabe zukommen zu bestimmen, welche Rechte durch die Feststellungsklage geschützt werden. Das Rechtsverhältnis kann also nicht den „Rechtsschutzgrund“ bilden. Ein solches Verständnis ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Wortwahl des Gesetzgebers. Passend wäre eine solche Deutung auch nur für die positive, nicht für die negative Feststellungsklage, deren Ziel es ist, die subjektiven Rechte, Rechtsgüter und Interessen gerade vor dem prätendierten Rechtsverhältnis und seinen (Rechts-)Folgen zu schützen. Dessen materiell-rechtliche Deutung ist überdies weder zur Klagebegrenzung, noch für ein einheitliches Begriffsverständnis und auch nicht für einen Gleichlauf von Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungs-

klage erforderlich. Da zudem die Feststellung eines prozessualen Rechtsverhältnisses auch in anderen Fällen, namentlich bei einseitiger Erledigungserklärung sowie bei Entscheidung über die Unwirksamkeit eines Vergleichs, notwendig ist, um den Rechtsschutzinteressen der Parteien gerecht zu werden, muss der Begriff Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO auch solche prozessualer Rechtsnatur umfassen. Dabei lässt sich die Statthaftigkeit der Feststellungsklage bei nichtigen Urteilen begründen, ohne dass es einer beliebigen, sich rein am Ergebnis orientierenden oder sich vom Wortlaut entfernenden Auslegung des Merkmals Rechtsverhältnis, die zu Recht kritisiert wird, bedarf.

Für die Zulässigkeit der Klage kommt es damit maßgeblich auf das Feststellungsinteresse an. Bei Untersuchung der verschiedenen Urteilsarten und möglichen Klagekonstellationen hat sich herausgestellt, dass allein im Falle eines nichtigen, stattgebenden Leistungsurteils ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Urteils bzw. des Nichtbestehens der ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse begründet werden kann. Ausschlaggebend ist hierbei vor allem, dass die Realisierung der das Feststellungsinteresse rechtfertigenden Vollstreckungsgefahr dem Klagegegner zurechenbar ist. Verlangt man nämlich für das Feststellungsinteresse, dass auch die Belange des Beklagten nicht unberücksichtigt bleiben, bedarf es einer Rechtfertigung, um diesen mit einem Prozess zu belasten. Für ein Feststellungsinteresse gerade gegenüber dem Beklagten ist demnach eine irgendwie geartete Mitverantwortlichkeit dessen für die Gefährdung der Rechte, Rechtsgüter oder Interessen zu fordern. Begründen lässt sich diese jedoch nur, wenn der Beklagte auch die Möglichkeit hat, Einfluss auf die Realisierung der Gefahr für den Kläger zu nehmen. Liegt diese in der Vollstreckung des nichtigen Urteils, ist die Mitverantwortlichkeit in der Stellung des Vollstreckungsantrags zu sehen. Da der Gläubiger selber trotz seiner generellen Mitverantwortlichkeit ausreichend geschützt ist – er kann jedenfalls ein Feststellungsurteil durch eigenes Verhalten abwenden und den Prozess gegebenenfalls auch erheblich verkürzen – und die Feststellungsklage auch nicht aus Gründen der Subsidiarität hinter anderen Rechtsbehelfen zurücktreten muss,

spricht im Falle eines nichtigen, stattgebenden Leistungsurteils nichts gegen ein Feststellungsinteresse.

In vielen anderen Klagekonstellationen fehlt dagegen die Möglichkeit der gegnerischen Partei, auf die Realisierung einer etwaigen Gefahr für den Feststellungskläger Einfluss zu nehmen. Mag dieser auch befürchten, dass das nichtige Urteil in einem späteren Prozess für wirksam und bindend erachtet wird, so liegt dies doch außerhalb des Einflussbereichs des Gegners. Gleiches gilt für die drohende Ablehnung des Antrags auf Vollstreckung, worauf der Schuldner ebenfalls keinen Einfluss hat.

In anderen Fällen geht zwar die abzuwendende Beeinträchtigung der Rechte, Rechte oder Interessen grundsätzlich von der anderen Partei aus, jedoch ist die Feststellung der Urteilsnichtigkeit oder -wirksamkeit bzw. der damit einhergehenden prozessualen Rechtsverhältnisse nicht immer geeignet, diese Gefahr auszuräumen.

Häufig bietet auch die Erhebung einer neuen Klage, z.B. auf Leistung, effektiveren Rechtsschutz, wenn Endziel ohnehin ist, einen neuen wirksamen Titel bzw. eine neue wirksame Entscheidung zu erlangen. Geht es darum, einen neuen Prozess in der Sache zu vermeiden, ist der jeweiligen Partei zuzumuten abzuwarten, ob der Gegner ein neues Verfahren einleitet, und dort Klageabweisung zu beantragen. Das grundsätzliche Interesse, hinsichtlich der Wirksamkeit des Urteils Rechtssicherheit zu erlangen, wird mit der Zwischenfeststellungsklage befriedigt.

Bei einer Differenzierung, wie sie hier vorgenommen wurde, müssen die an das Feststellungsinteresse zu stellenden Anforderungen, die zu Beginn der Arbeit herausgearbeitet wurden, nicht missachtet werden. Gleichzeitig können die Interessen von Kläger und Beklagtem in angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Literaturverzeichnis

- Anders, Monika/Gehle, Burkhard* Zivilprozessordnung, 80. Aufl. 2022, München (zitiert: Anders/Gehle/Verfasser)
- Bähr, Otto* Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1970 (1894), Aalen (zitiert: *Bähr*)
- Baligand, v.* Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, Der Gerichtssaal 72 (1908), S. 171 (zitiert Baligand, GS 72)
- Barnert, Thomas* Klauselerinnerung und Vollstreckungsabwehrklage in der neueren Rechtsprechung des BGH, in: MDR 2004, S. 605 (zitiert: *Barnert*, MDR 2004)
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander* Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Heidelberg (zitiert: *Baur/Stürner/Bruns*)
- Bayer, Hieronymus vom* Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch , 7. Aufl., 1841, München (zitiert: *Bayer*)
- Bergerfurth, Bruno* Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: NJW 1992, 1655 (zitiert: *Bergerfurth*, NJW 1655)
- Blomeyer, Arwed* Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. 1985, Berlin (zitiert: *A. Blomeyer*)
- Blomeyer, Jürgen* Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarzwangsvollstreckung, 1966, Berlin (zitiert: *J. Blomeyer*)
- Ders.* Die Schuldtilgung durch den Beklagten nach Einreichung der Klage als Kostenproblem, in: NJW 1982, 2750 (zitiert: *Blomeyer*, NJW 1982, S. 2750)
- Bötticher, Eduard* Prozeßrecht und materielles Recht, in: ZZZ 85 (1972), S. 1 (zitiert: *Bötticher*, ZZZ 85 (1972))
- Ders.* Kritische Beiträge zu der Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, 1930, Berlin (zitiert: *Bötticher*)
- Bork, Reinhard* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Tübingen (zitiert: *Bork*)
- Brehm, Wolfgang* Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III, S. 89 (zitiert: *Brehm*, 50 Jahre BGH)

- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich* Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, München (zitiert: *Brox/Walker*)
- Dies.* Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, München (zitiert: *Brox/Walker*, BGB AT)
- Bruns, Rudolf* „Funktionaler“ und „instrumentaler“ Gehalt der Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte, in: *ZZP* 78 (1965), S. 264 (zitiert: *Bruns*, *ZZP* 78 (1965))
- Bülow, O.* Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, in: *ZZP* 27 (1900), S. 201 (zitiert: *Bülow*, *ZZP* 27, 1900)
- Burmann, Michael /Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen* Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, München (zitiert: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Verfasser*)
- Degenkolb, Heinrich* Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1979, Aalen (zitiert: *Degenkolb*)
- Dethloff, Nina* Familienrecht, 32. Aufl. 2018, München (zitiert: *Dethloff*)
- Detterbeck, Steffen* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2021, München (zitiert: *Detterbeck*)
- Emmerich, Volker* Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, in: *ZZP* 82 (1969), S. 413 (zitiert: *Emmerich*, *ZZP* 82, (1969))
- Foerste, Ulrich* Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Urteil vom 18.11. 1993 - IX ZR 244/92 in: *ZZP* 107 (1994), S. 370 (zitiert: *Foerste*, *ZZP* 107 (1994))
- Friedländer, Max* Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, in: *Der Gerichtssaal* 58 (1901), S. 339 (zitiert: *Friedländer*, *GS* 58 (1901))
- Fuchs, August* Zur Auslegung des § 293 der Civilprozessordnung, in: *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 41 (1897), S. 116 (zitiert: *Fuchs*, *Gruchot* 41 (1897))
- Gaul, Hans Friedhelm* Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, in: *ZZP* 110 (1997), S. 3 (zitiert: *Gaul*, *ZZP* 110 (1997))
- Ders.* „Prozessuale Betrachtungsweise“ und Prozesshandlungen in der Zwangsvollstreckung, in: *Gedächtnisschrift für Peter Arens* S. 89, 1993, München (zitiert: *Gaul*, *GS Arens*)
- Ders.* Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkungen - BGH NJW 1968, 700, in: *JuS* 1971, S. 347 (zitiert: *Gaul*, *JuS* 1971)

- Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard* Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, München (zitiert: *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*)
- Gerhardt, Walter* Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1982, Berlin (zitiert: *Gerhardt*)
- Gilles, Peter* Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1972, Frankfurt am Main (zitiert: *Gilles*)
- Grüneberg, Christian* Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Auflage 2022, München (zitiert: *Grüneberg/Verfasser*)
- Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian* Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, München (zitiert: *Grunsky/Jacoby*)
- Habscheid, Edgar J.* Rechtsverhältnis und Feststellungsinteresse, in: ZZP 112 (1999) S. 37 (zitiert: *Habscheid, ZZP 112 (1999)*)
- Habscheid, W. J.* Anmerkung zum Urteil des VGH München, NJW 1959, 1988, in: NJW 1959, 1988 (zitiert: *Habscheid, NJW 1959*)
- Häsemeyer, Ludwig* Drittinteressen im Zivilprozeß, in: ZZP 101 (1988), S. 385 (zitiert: *Häsemeyer, ZZP 101 (1988)*)
- Ders.* Prozessrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts, in: AcP 188 (1988), S. 140 (zitiert: *Häsemeyer, AcP 188 (1988)*)
- Hahn, Carl/Mugdan, Benno* Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 2 Abt. 1, 1883, Berlin (zitiert: *Hahn/Mugdan*)
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 61. Edition, Stand 01.02.2022, München (zitiert: *BeckOK-BGB/Verfasser*)
- Heil, Ulf* Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, 1983, Bochum (zitiert: *Heil*)
- Hein, Günter* Das wirkungslose Urteil, 1996, Frankfurt a.M. (zitiert: *G. Hein*)
- Hein, Wolfgang* Identität der Partei, Bd. 1, 1918, Berlin (u.a.) (zitiert: *W. Hein*)
- Hellwig, Konrad* System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil 1, Leipzig 1912 (zitiert: *Hellwig, System Teil 1*); Teil 2, Leipzig 1919 (zitiert: *Hellwig, System Teil 2*)
- Ders.* Anspruch und Klagerecht, 1967 (1924), Aalen (zitiert: *Hellwig, Anspruch und Klagerecht*)
- Henckel, Wolfram* Prozessrecht und materielles Recht, 1970, Göttingen (zitiert: *Henckel*)

- Hentschel, Peter /König, Peter/Dauer, Peter* Straßenverkehrsrecht, 45. Auflage 2019, München (zitiert: Hentschel/König/Dauer/Verfasser)
- Ho, Moon-Hyuck* Zum Anspruchsbegriff bei der Feststellungsklage, 1987, Pfaffenweiler (zitiert: *Ho*)
- Hügel, Stefan* Grundbuchordnung, 3. Aufl. 2016, München (zitiert: Hügel/Verfasser)
- Ders.* Beck'scher-Onlinekommentar zur GBO, 45. Edition 2022, München (zitiert: BeckOK-GBO/Verfasser)
- Jacobs, Matthias* Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, Tübingen (zitiert: *Jacobs*)
- Jauernig, Othmar* Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt am Main, 1958 (zitiert: *Jauernig*)
- Kaiser, Jan* Die Abgrenzung der Vollstreckungsabwehrklage zur prozessualen Gestaltungsklage sui generis, in: NJW 2010, S. 2933 (zitiert: *Kaiser*, NJW 2010)
- Kayser, Th.* Beiträge zur Feststellungsklage in: AcP 70 (1886), S. 455 (zitiert: *Kayser*, AcP 70 (1886))
- Kindler, Peter* Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, München (zitiert: *Kindler*)
- Köhler, Helmut* BGB Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2021, München (zitiert: *Köhler*)
- Kohler, Josef* Das materielle Recht im Urteil, in: Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag, 1914, S. 1 (zitiert: *Kohler*, FS Klein)
- Ders.* Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, in: ZZP 33 (1904), S. 211 (zitiert: *Kohler*, ZZP 33 (1904))
- Ders.* Der Prozess als Rechtsverhältnis, 1969 (1888), Aalen (zitiert: *Kohler*, Der Prozess)
- Konzen, Horst* Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, 1976, Berlin (zitiert: *Konzen*)
- Koussoulis, Stelios* Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre, 1986, Köln (zitiert: *Koussoulis*)
- Kroschel* Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile, in: Der Gerichtssaal Bd. 69 (1906), S. 137 (zitiert: *Kroschel*, GS 69 (1906))
- Lackmann, Rolf* Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2013, München (zitiert: *Lackmann*)

- Lakkis, Panajotta* Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr, 2007, Tübingen (zitiert: *Lakkis*)
- Langheineken, Paul* Der Urteilsanspruch, 1899, Leipzig (zitiert: *Langheineken*)
- Lent, Friedrich* Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, in: ZZZ 61 (1939), S. 279 (zitiert: *Lent*, ZZZ 61 (1939))
- Löhning, Richard* Die Widerklage im Reichs - Civilprozess, ZZZ 4 (1882), S.1 (zitiert: *Löhning*, ZZZ 4 (1882))
- Loyal, Florian* Gerichtsurteile als Gegenstand von Feststellungsklagen, in: ZZZ 130 (2017), S. 203 (zitiert: *Loyal*, ZZZ 130 (2017))
- Lüke, Gerhard* Verfassungsbeschwerde gegen eine Nichtentscheidung- BVerfG, NJW 1985, 788, in: JuS 1985, S. 767 (zitiert: *Lüke*, NJW 1985)
- Ders.* Betrachtungen zum Prozessrechtsverhältnis, in: ZZZ 108 (1995), S. 427 (zitiert: *Lüke*, ZZZ 108 (1995))
- Ders.* Die wiederholte Unterlassungsklage, in: Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, S. 377, 1976, München (zitiert: *Lüke*, FS Schiedermaier)
- Ders.* Die Bindungswirkung im Zivilprozess, in: JuS 2000, S. 1042 (zit: *Lüke*, JuS 2000)
- Lüke, Gerhard/Zawar, Rolf* Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsakten, in: JuS 1970, S. 205 (zitiert: *Lüke/Zawar*, JuS 1970)
- Meier, Patrick* Der Rechtsschutz gegen nichtige Titel, ZZZ 133 (2020), S. 51 (zitiert: *Meier*, ZZZ 133 (2020))
- Michaelis, Karl* Der materielle Gehalt des rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage und bei der gewillkürten Prozeßstandschaft, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, S. 443, 1983, München (zitiert: *Michaelis*, FS Larenz)
- Morlok, Martin/Michael, Lothar* Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl. 2021, Baden-Baden (zitiert: *Morlok/Michael*)
- Moser, Gabriele* Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage unter besonderer Berücksichtigung erbrechtlicher Streitigkeiten zu Lebzeiten des Erblassers, 1981, Erlangen-Nürnberg (zitiert: *Moser*)
- Münch, Ingo/Mager, Ute* Staatsrecht I, 8. Aufl. 2016, Stuttgart (zitiert: *Münch/Mager*)
- Münchener Kommentar zum BGB* Bd. 1 (§§ 1-240), 9. Aufl. 2021, München; Bd. 3 (§§ 311-432), 8. Aufl. 2019, München (zitiert: *MüKo-BGB/Verfasser*)

- Münchener Kommentar zur ZPO* Bd. 1 (§§ 1-354), 6. Auflage 2020, München; Bd. 2 (§§ 355-945b), 6. Auflage 2020, München (zitiert: *MüKo-ZPO/Verfasser*)
- Musielak, Hans-Joachim* Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien im Zivilprozeß, in: Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, S. 349, 1990, München (zitiert: *Musielak, FS Schwab*)
- Ders.* Einige Gedanken zur materiellen Rechtskraft, in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag, S. 423, 1996, Berlin (zitiert: *Musielak, FS Nakamura*)
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* Zivilprozessordnung, 19. Auflage 2022, München (zitiert: *Musielak/Voit/Verfasser*)
- Dies.* Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, München (zitiert: *Musielak/Voit, Gk ZPO*)
- Muthorst, Olaf* Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Aufl. 2016, Baden - Baden (zitiert: *Muthorst*)
- Nikisch, Arthur* Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1952, Tübingen (zitiert: *Nikisch*)
- Oetker, Hartmut* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, München (zitiert: *Oetker/Verfasser*)
- Olzen, Dirk* Rechtsschutz gegen Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden, in: DNotZ 1993, S. 211 (zitiert: *Olzen, DNotZ 1993*)
- Pagenstecher, Max* Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, Berlin (zitiert: *Pagenstecher*)
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus* Zivilprozessordnung, 12. Auflage 2020, Köln (zitiert: *Prütting/Gehrlein/Verfasser*)
- Riebau, Laura* Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus dem Vollstreckungsrechtsverhältnis, 2013, Köln (zitiert: *Riebau*)
- Rieble, Volker/Rumler, Marie-Theres* Zur Vollstreckungsabwehrklage gegen einen nichtigen Titel, in: MDR 1989, S. 499 (zitiert: *Rieble/Rumler, MDR 1989*)
- Rocholl, C.* Die Feststellungsklage im heutigen Klagesystem, in: ZZP 8 (1885), S. 329 (zitiert: *Rocholl, ZZP 8 (1885)*)
- Rosenberg, Leo* Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 1960, München (zitiert: *Rosenberg*)
- Rosenberg, Leo /Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter* Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, München (zitiert: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*)

- Roth, Herbert* Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorien, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, S. 505, 2016, Zürich (zitiert: *Roth*, FS Sutter-Somm)
- Saenger, Ingo* Zivilprozessordnung, 9. Auflage 2021, Baden-Baden (zitiert: Hk-ZPO/*Verfasser*)
- Saerstedt,* Anmerkung zum Urteil des KG 2. StS vom 23.5.1955 - I Ord. AR 30/55 - 2. WS43/55, in: JR 1955, S. 351 (zitiert: *Saerstedt*, JR 1955)
- Schellhammer, Kurt* Zivilprozess, 13. Auflage 2010, Heidelberg (zitiert: *Schellhammer*)
- Scherer, Inge* Verzug und Feststellungsklage, in: JR 2001, S. 441 (zitiert: *Scherer*, JR 2001)
- Schiedermaier, Gerhard* Vereinbarungen im Zivilprozess, 1935, Bonn (zitiert: *Schiedermaier*)
- Schmidt, Karsten* Die Vollstreckungserinnerung im Rechtssystem - Dogmatik und Praxis eines „Rechtsbehelfs eigener Art“, in: JuS 1992, S. 90 (zitiert: *K. Schmidt*, JuS 1992)
- Schmidt, Thorsten Ingo* Grundlagen rechtswissenschaftlichen Arbeitens, in: JuS 2003, S. 649 (*T. Schmidt*, JuS 2003)
- Schwab, Dieter* Familienrecht, 29. Aufl. 2021, München (zitiert: *D. Schwab*)
- Schwab, Karl Heinz* Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, in: JuS 1976, S. 69 (zitiert: *Schwab*, JuS 1976)
- Schwab, Karl Heinz* Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, in: ZZP 81 (1968), S. 412 (zitiert: *Schwab*, ZZP 81 (1968))
- Skedl, Arthur* Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1886, Leipzig (zitiert: *Skedl*)
- Stamm, Jürgen* Die Prinzipien und Grundstrukturen im Zwangsvollstreckungsverfahren, 2007, Tübingen (zitiert: *Stamm*)
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 362-396, Neubearbeitung 2022, Berlin (zitiert: *Staudinger/Verfasser*)
- Stürner, Rolf* Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage 2021, München (zitiert: *Jauernig-BGB/Verfasser*)
- Soehring, Kay* Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozessverträgen, 1967, Köln (zitiert: *Soehring*)
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* Kommentar zur Zivilprozessordnung 19. Aufl., Tübingen; Bd. 1 (Einleitung, §§ 1-77), 23. Aufl. 2014, Tübingen; Bd. 2 (§§ 78 – 147), 23. Aufl. 2016, Tübingen; Bd. 3 (§§ 148 – 270), 23. Aufl. 2016, Tübingen; Bd. 4 (§§ 253-327), 23. Aufl. 2018, Tübingen; Bd. 5 (§§ 328-

510c), 23. Aufl. 2015, Tübingen; Bd. 6 (§§ 511-703d), 23. Aufl. 2018, Tübingen; Bd. 7 (§§ 704 – 827), 22. Aufl. 2002, Tübingen; Bd. 8 (§§ 802s-915h), 23. Aufl. 2017, Tübingen

(zitiert: Stein/Jonas/Verfasser)

- Stern, Klaus/Becker, Florian* Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Köln (zitiert: Stern/Becker/Verfasser)
- Stoll, Hans* Typen der Feststellungsklage aus der Sicht des Bürgerlichen Rechts, in: Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag, S. 341, 1969, Berlin (zitiert: Stoll, FS Bötticher)
- Thole, Christoph* Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage, in: NJW 2013, S.1192 (zitiert: Thole, NJW 2013)
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans* Zivilprozessordnung, 42. Auflage 2021, München (zitiert: Thomas/Putzo/Verfasser)
- Trzaskalik, Christoph* Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage in Zivil- und Verwaltungsprozess, 1978, Berlin (zitiert: Trzaskalik)
- Vollkommer, Max* Titelgegenklage zur Abwehr der Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid über einen nicht individualisierten Anspruch, in: RPfleger 2004, S. 336 (zitiert: Vollkommer, RPfleger 2004)
- von Mettenheim, Christoph* Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, 1970, Berlin (zitiert: v. Mettenheim)
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 44. Edition, Stand 01.03.2022, München (zitiert: BeckOK-ZPO/Verfasser)
- Wach, Adolf* Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abth. 9 Theil 2: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885 (zitiert: Wach, Handbuch)
- Ders.* Der Feststellungsanspruch, 1889, Leipzig (zitiert: Wach, Feststellungsanspruch)
- Wagner, Gerhard* Prozeßverträge, 1998, Tübingen (zitiert: Wagner)
- Westerburg* Die Civilprozessordnung und ihre Nebengesetze, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 26 (1882), S. 450 (zitiert: Westerburg, Gruchot 26, (1882))
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.* Zivilprozessordnung Bd. 4 (§§ 253-299a), 4. Aufl. 2013, Berlin; Bd. 5.1 (§§ 300-329), 4. Aufl. 2013, Berlin; Bd. 8 (§§ 592-723), 4. Aufl. 2013, Berlin; Bd. 9 (§§ 724-8021), 4. Aufl. 2013, Berlin (zitiert: Wieczorek/Schütze/Verfasser)

- Windel, Peter A.* Die Rechtsbehelfe des Schuldners gegen eine Vollstreckung aus einer unwirksamen notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) - zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutzsystem des 8. Buches der ZPO, in: ZZP 102 (1989), S. 175 (zitiert: *Windel*, ZZP 102)
- Zeuner, Albrecht* Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S. von § 256 ZPO, S. 595, in: Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, Tübingen (zitiert: *Zeuner*, FS Schumann)
- Zöllner, Richard* Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, Köln (zitiert: *Zöllner/Verfasser*)
- Zöllner, Wolfgang* Materielles Recht und Prozeßrecht, in: AcP 190 (1990), S. 471 (zitiert: *Zöllner*, AcP 190 (1990))