

Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluß?

Helmut Rüßmann

Jahrestagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer vom 1. bis 4. April 1998 in Leipzig

I. Einführung und Problemstellung

Jedenfalls ist auch in der Streitgegenstandslehre die Zeit dogmatischer Unschuld und systematischer Konstruktion vorbei - die Arbeiten der früheren und späten Nachkriegszeit könnten so heute nicht mehr geschrieben werden.

Rolf Stürner

Der Streitgegenstand, seine Lehren und begrifflichen Festlegungen haben im nationalen Recht Bedeutung für wenigstens vier Fragenbereiche: die (objektive) Klagenhäufung (§ 260 ZPO), die Rechtshängigkeitssperre (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), die Klageänderung (§§ 263, 264 ZPO) und die materielle Rechtskraft (§ 322 ZPO)¹. Im europäischen Zivilprozeßrecht stellt sich die Frage nach dem Streitgegenstand dagegen in nur einem Problembereich, dem der mit einer Zuständigkeitsregelung nach Art. 21 EuGVÜ² ausgelösten Rechtshängigkeitssperre. Für diesen Bereich hat der EuGH in zwei Entscheidungen³ eine Bestimmung des Streitgegenstands vorgenommen, die mit den herrschenden deutschen Vorstellungen vom Streitgegenstand schwerlich zu vereinbaren ist. Die zentrale Frage meiner Ausführungen ist die, ob sich aus den Festlegungen des EuGH die Notwendigkeit ergibt, die für das nationale Recht vertretenen Streitgegenstandslehren

anzupassen⁴. Dabei geht es mir weniger darum, die Festlegungen des EuGH, die jeweils gegen die Empfehlungen der Generalanwälte⁵ erfolgt sind, für den Bereich des EuGVÜ zu rechtfertigen⁶ oder anzugreifen⁷, sondern darum, die Übertragungsnötigkeit oder auch nur -wünschbarkeit der Festlegungen in das nationale deutsche Zivilprozeßrecht ins Visier zu nehmen. Für das Letztere wird es sich aber als erforderlich erweisen, den teleologischen und systematischen Zusammenhang ins Auge zu fassen, den der EuGH vorgefunden und für seine Festlegung des Streitgegenstands berücksichtigt hat. Sollte sich das Zielgeflecht im nationalen Recht anders darstellen, ist zwar eine Übertragung der Streitgegenstandsauffassung des EuGH in das nationale Recht

⁴ Von der Notwendigkeit überzeugt zu sein scheint Stürner, Der deutsche Prozeßrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, in: Festschrift für Gerhard Lücke, 1997, S. 829 (836): "Jedenfalls ist auch in der Streitgegenstandslehre die Zeit dogmatischer Unschuld und systematischer Konstruktion vorbei - die Arbeiten der früheren und späten Nachkriegszeit könnten so heute nicht mehr geschrieben werden."

⁵ Federico Mancini in Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo, Slg. 1987, 4867, und Giuseppe Tesauero in Tatro/Maciej Rataj, Slg. 1994, I-5442.

⁶ Sie werden begrüßt und gutgeheißen von Huber, Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ - Deutliche Worte des EuGH, JZ 1995, 603; Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 5. Aufl. 1996, Art. 21 Rdnrn. 7 und 8; Schack, Widersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als Heilen, IPRax 1986, 139; ders., Gerechtigkeit durch weniger Verfahren, IPRax 1996, 80.

⁷ Kritische Äußerungen zu den Festlegungen finden sich bei Isenburg-Epple, Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen vom 27.9.1968, 1993, S. 212 ff.; Hau, Zum Verhältnis von Art. 21 zu Art. 22 EuGVÜ, IPRax 1996, 177; Manfred Wolf, Einheitliche Urteilsgeltung im EuGVÜ, in: Festschrift für Schwab, 1990, S. 561; Linke, Rechtsfragen bei sachlich zusammenhängenden Verfahren in verschiedenen Vertragsstaaten, RIW 1988, 822 (823); Leopold, Internationale Rechtshängigkeit, Streitgegenstand und Rechtsschutzinteresse - Europäisches und Deutsches Zivilprozeßrecht im Vergleich, in: Gedächtnisschrift für Arens, 1993, S. 227 ff.; Pfeiffer, Grundlagen und Grenzen der autonomen Auslegung des EuGVÜ, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 1991, S. 71 (83 ff.).

¹ Die Zwänge, für alle Bereiche einen einheitlichen Streitgegenstandsbegriff anzunehmen, können dabei durchaus unterschiedlich ausgeprägt sein. Für die Rechtshängigkeit, die Klageänderung und die Klagenhäufung sind sie unausweichlich. Was die Rechtshängigkeit des einen Verfahrens sperrt, kann in diesem Verfahren nicht nur unter den erschwerten Bedingungen der Klageänderung zugelassen sein und sollte auch nicht zur Annahme einer Klagenhäufung führen. Bei der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft sind die Zwänge nicht so stark. Dies zeigt allein die immer wieder geführte Diskussion um die Unterscheidung eines Urteils- oder Entscheidungsgegenstands vom Streitgegenstand mit der Tendenz, den Urteilsgegenstand und damit die Grenzen der Rechtskraft enger zu bestimmen als den Streitgegenstand und den Umfang der Rechtshängigkeitssperre.

² Und der gleichlautenden Vorschrift des Luganer Parallelübereinkommens. Es geht insgesamt um das Problem der sog. *multi-fores-disputes*. Siehe dazu Hau, Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozeßrecht, 1996.

³ Urteile vom 8.12.1987 - RS 144/86 (Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo), Slg. 1987, 4861 = NJW 1989, 665 f., und vom 6.12.1994 - RS C-406/92 (Tatro/Maciej Rataj), Slg. 1994, I-5439 = JZ 1995, 616 ff.



Prof. Dr. Helmut Rüßmann

Universität des Saarlandes

Richter am Saarländischen Oberlandesgericht

E-Mail: ruessmann@rz.uni-sb.de
WWW: <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/>

nicht *per se* ausgeschlossen. Sie stünde indes unter gesteigerten Begründungsanforderungen.

Im vom Vorstand der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer vorgegebenen Titel meiner Ausführungen ist von der Streitgegenstandslehre im Singular die Rede. Nun weiß der Vorstand wie jedes einfache Mitglied der Vereinigung, daß es die Streitgegenstandslehre in Deutschland⁸ nicht gibt. Es gibt eine Vielzahl von Streitgegenstandslehren, wenn wir die Varianten nur fein genug spinnen, womöglich so viele, wie es deutsche Zivilprozeßrechtslehrer gibt. Und doch erweist sich die Wahl des Singulars für das Thema als außerordentlich geschickt und vorausschauend. Denn keine der vielen Streitgegenstandslehren wird durch die Rechtsprechung des EuGH geadelt und am Ende den Sieg vor den anderen davontragen. Im Gegenteil: Alle stehen in wenigstens einer Hinsicht in gemeinsamer und einheitlicher Gegnerschaft zu den Festlegungen des EuGH. Ob der Streitgegenstand eingliedrig⁹ oder zweigliedrig¹⁰ zu bestimmen ist, ob ihm ein prozessualer¹¹ oder ein materiellrechtlicher¹² Anspruch zugrunde liegt, ob materiellrechtliche Einordnungen¹³ oder Sinnzu-

sammenhänge¹⁴ an der Rechtskraftwirkung teilnehmen, ob der Streitgegenstand in Abhängigkeit von den das Verfahren leitenden Prinzipien festzulegen ist¹⁵ oder nicht, das alles spielt für die Auseinandersetzung mit dem EuGH keine Rolle. Denn er rüttelt an einem einheitlichen Grundprinzip der deutschen Streitgegenstandslehre: der Maßgeblichkeit des Antrags und rückt stattdessen das einem oder auch verschiedenen Anträgen zugrunde liegende Rechtsverhältnis einschließlich der es konstituierenden Präjudizialelemente in den Mittelpunkt.

II. Die Rechtsprechung des EuGH

Zwei Entscheidungen markieren den Weg des EuGH zur Bestimmung des Streitgegenstandes nach Art. 21 EuGVÜ: Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo und Tatry/Maciej Rataj.

1. Gubisch/Palumbo

In der Entscheidung vom 8.12.1987¹⁶ mußte der EuGH über eine Konstellation befinden, in welcher ein Gläubiger zunächst Leistungsklage gegen den Schuldner in einem Staat (Deutschland) und der Schuldner sodann eine negative Feststellungsklage über ein Begründungselement des mit der Leistungsklage geltend gemachten Anspruchs in einem anderen Staat (Italien) erhoben hatte.

Die Gubisch Maschinenfabrik KG hatte vor dem Landgericht Flensburg Klage gegen Palumbo auf Zahlung des Kaufpreises für eine Federhobelmaschine erhoben, bevor Palumbo am 12.12.1974 seinerseits Klage vor dem Tribunale in Rom gegen die Gubisch Maschinenfabrik KG auf Feststellung erhob, daß sein "Auftragsangebot" vom 28.9.1974 unwirksam sei. Hilfsweise berief er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages, da er einem Irrtum unterlegen und von der Gubisch Maschinenfabrik KG arglistig getäuscht worden sei.

Der EuGH entschied in autonomer Auslegung¹⁷ des Art. 21 EuGVÜ, daß die

materielle Rechtskraft der Sachentscheidung im Zivilprozeß, 1986.

¹⁴ Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß, 1969; auch Foerste, Zur Rechtskraft in Ausgleichszusammenhängen, ZZP 108 (1995), 167 ff.

¹⁵ So Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967.

¹⁶ Oben Fußnote 3.

¹⁷ Seine Berechtigung hierzu markiert einen ersten Streitpunkt.

Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages und die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit bzw. Auflösung des Kaufvertrages denselben "Gegenstand" betreffen. Das entnimmt der EuGH der nach Art. 68 EuGVÜ neben der deutschen, italienischen und niederländischen gleichermaßen verbindlichen französischen Textfassung¹⁸. Darin heißt es statt "desselben Anspruchs" "*demandes ayant le même objet et la même cause*", was mit "Gegenstand und Grundlage des Anspruchs" übersetzt wird. Danach meine der Begriff "*cause*" oder "Grundlage" des Anspruchs den Sachverhalt und die Vorschriften, auf welche die Klage gestützt werde, "*objet*" oder "Gegenstand" den Zweck der Klage.¹⁹ Die von der Gubisch Maschinenfabrik KG erhobene Erfüllungsklage verfolge den Zweck, den Kaufvertrag wirksam werden zu lassen. Kernpunkt beider Verfahren sei folglich die Wirksamkeit des Kaufvertrages. Da der Begriff desselben Anspruchs nicht auf die formale Identität der beiden Klagen beschränkt sei, liege dem zweiten Verfahren derselbe Anspruch zugrunde, der auch schon im ersten Verfahren geltend gemacht worden sei. Die zweite Klage vor dem italienischen Gericht war nach Ansicht des EuGH deswegen unzulässig.

2. Tatry/Maciej Rataj

In seinem Urteil vom 6.12.1994²⁰ hatte der EuGH über die Anwendbarkeit des Art. 21 EuGVÜ in einer anderen Konstellation zu entscheiden. Diesmal hatten die Schuldner negative Feststellungsklage zum Anspruch, dessen die Gläubiger sich berühmten, in einem Staat (Niederlande) erhoben, ehe die Gläubiger sich ihrerseits zur Leistungsklage in einem anderen Staat (England) bequechten.

Die Reeder des Schiffes Tatry hatten am 18.11.1988 gegen die Eigentümergruppen 1 und 3 einer Bulkladung²¹ Sojaöl bei der Ar-

¹⁸ Nach Art. 37 Abs. 2 des Beitrittsübereinkommens vom 9.10.1978 (BGBl 1983 II, 802) sind der dänische, englische und irische, nach Art. 13 Abs. 2 des Beitrittsübereinkommens vom 25.10.1982 (BGBl 1988 II, 453) ist der griechische und nach Art. 34 des Beitrittsübereinkommens vom 26.5.1989 (BGBl 1994 II, 518) sind der spanische und der portugiesische Wortlaut gleichermaßen verbindlich.

¹⁹ EuGH Slg. 1994, I-5439 = JZ 1995, 616 ff. = EWS 1995, 90 (93) = EuZW 1995, 309.

²⁰ Oben Fußnote 3.

²¹ Beim Bulktransport werden vertretbare Sachen verschiedener Eigentümer mit getrennten Konnossementen, aber unverpackt und ungetrennt in einem Transportraum verfrachtet; die einzelnen Eigentümer sind unabhängig voneinander in Analogie zu § 419 Abs. 2 HGB *pro rata* verfügbungsbefugt, vgl. Schaps-Abraham, Das Seerecht I,

⁸ Vgl. die umfassende Aufarbeitung bei Kousoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre, 1986.

⁹ Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954, *passim* und zuletzt *ders.*, Noch einmal: Bemerkungen zum Streitgegenstand, in: Festschrift für Gerhard Lüke, 1997, S. 793 ff. Ihm für die Fragen der Rechtshängigkeit, der Klageänderung und der Klagenhäufung folgend Stein-Jonas-Schumann, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1979, Einleitung Rdnrn. 285 ff.

¹⁰ So in eingehender Auseinandersetzung mit der Lehre Schwabs *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, und die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. nur Lüke in: Münchener Kommentar zur ZPO, 1994, vor § 253 Rdnrn. 31 ff.; *ders.*, Zur Streitgegenstandslehre Schwabs, in: Festschrift für Schwab, 1990, S. 309 ff.

¹¹ So die Rechtsprechung und die herrschende Lehre.

¹² So die Vorstellung des Gesetzgebers und Entwicklungen bei *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozeßrecht, 1968; *Rimmelpacher*, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, 1970 und *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961 sowie *ders.*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 125 ff. und 129 ff. Kritisch zu den neuerlichen Bestrebungen, eine Einheit des prozessualen Anspruchs und des materiellen Anspruchs herzustellen, *Habscheid*, Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, in: Festschrift für Schwab, 1990, S. 181 ff.; *Schwab*, in: Festschrift für Lüke, 1997, S. 793 (800 ff.).

¹³ Hierzu vorwiegend kritisch *Peetz*, Die materiellrechtliche Einordnung der Rechtsfolge und die

rondissementsrechtbank Rotterdam Klage auf Feststellung erhoben, daß sie für angebliche Verunreinigungen der Ladung nicht oder nicht voll haftbar seien. Am 18.9.1989 erhoben die Reeder eine weitere Klage gegen die Eigentümergruppe 2 auf Feststellung, daß sie für die Verunreinigung der der Gruppe 2 in Rotterdam gelieferten Ware nicht haftbar seien. Am 26.10.1990 schließlich erhoben die Reeder in den Niederlanden mehrere Klagen auf Beschränkung ihrer Haftung hinsichtlich der gesamten Ladung. Die Eigentümergruppe 3 ging beim High Court of Justice, Queen's Bench Division, Admiralty Court, mit einer "dingliche Klage" ("action in rem") gegen die Taty und das Schiff Maciej Rataj, das ebenfalls den Reedern des Schiffes Taty gehört, vor. Die Klage wurde der Maciej Rataj am 15.9.1989 in Liverpool zugestellt und das Schiff mit Arrest belegt. Nachdem sie eine Sicherheit gestellt hatten, erlangten die Reeder die Aufhebung des Arrests. Die Eigentümergruppe 2 erhob ebenfalls beim gleichen Gericht eine dingliche Klage gegen das Schiff Maciej Rataj, welche ihr am 15.9.1989 in Liverpool zugestellt wurde. Die Maciej Rataj wurde ebenfalls mit Arrest belegt. Für den Fall, daß die englischen Gerichte unzuständig sein sollten, reichten die Eigentümergruppen 2 und 3 (teilweise) am 29.9.1989 und am 3.10.1989 vorsorglich Klagen in den Niederlanden ein. Die Eigentümergruppe 1 erhob am 29.9.1989 in den Niederlanden eine Schadensersatzklage gegen die Eigentümer des Schiffes. Die Reeder wollten die gegen sie gerichteten englischen Schadensersatzklagen über Art. 21, 22 EuGVÜ zu Fall bringen.

War im Fall Gubisch/Palumbo zuerst in Deutschland auf Leistung geklagt und danach negative Feststellungsklage über ein Begründungselement in Italien erhoben worden, so ging im Fall Taty/Maciej Rataj die negative Feststellungsklage über den möglichen Anspruch in den Niederlanden der in Großbritannien erhobenen Leistungsklage voraus. In der Entscheidung bestätigt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung, nach der es auf die unterschiedlichen Klagearten nicht ankomme. Er entscheidet sich auch gegen den Vorschlag des Generalanwalts *Tesauro*. Der hatte in seinem Schlußantrag vom 13.7.1994²² nach einem Weg gesucht, die Rechtshängigkeit des über den negativen Feststellungsantrag

hinausgehenden Teils der Leistungsklage zu erhalten. Auf den über die Leistungsklage hinausgehenden Teil sollte nach seiner Auffassung Art. 22 EuGVÜ Anwendung finden.

3. Methode der Bestimmung desselben Anspruchs

In der Entscheidung Gubisch/Palumbo stellte der EuGH fest, daß die in Art. 21 EuGVÜ zur Umschreibung der Rechtshängigkeit verwendeten Begriffe, also auch der Begriff "desselben Anspruchs" autonom ausgelegt werden müssen.²³ Damit setzte er sich in Widerspruch zu der vor dem Urteil überwiegenden Ansicht in der Literatur, nach der der Begriff desselben Anspruchs nicht durch autonome Auslegung sollte festgelegt werden können. Nach dieser Ansicht konnte Art. 21 EuGVÜ nur eingreifen, wenn Anspruchsidentität sowohl nach dem Recht des Erststaats als auch nach dem Recht des Zweitstaats vorlag.²⁴ Nicht ganz so streng will *Leipold*²⁵ grundsätzlich nur auf die Rechtskraftwirkungen abstellen, welche das Recht des zuerst angerufenen Gerichts dessen Urteil zumißt. Beide Arten des Rückgriffs auf das nationale Recht sind aber mit dem zeitaufwendigen und unsicheren Unterfangen belastet, zur Klärung von Zulässigkeitsfragen ausländisches Recht zu ermitteln. Die autonome und einheitliche Auslegung durch den EuGH verbürgt insoweit eine größere Anwendungssicherheit.

4. Begriff desselben Anspruchs

Unter Heranziehung der französischen Textfassung des Art. 21 EuGVÜ ("*demandes ayant le même objet et la même cause*") hat der EuGH "denselben Anspruch" im Sinne dieser Vorschrift bejaht, sofern Grundlage und Gegenstand der Klagen sich decken. Insoweit sei die deutsche Fassung dieser Norm, welche nicht zwischen Grundlage und Gegenstand unterscheidet, im gleichen Sinne zu verstehen wie die Fassungen in den anderen Sprachen, welche diese Unterscheidung treffen.²⁶

a) Grundlage

Als Grundlage ("*cause*") hat er in der Entscheidung Gubisch/Palumbo dasselbe Vertragsverhältnis bezeichnet.²⁷ Diese Bezeichnung ergibt noch wenig Klarheit, da mit Vertragsverhältnis sowohl der tatsächliche Vorgang des Abschlusses eines Vertrages, d.h. der Sachverhalt, als auch das von Rechtsnormen bestimmte Schuldverhältnis gemeint sein kann. Auch in dem Schlußantrag des Generalanwalts *Giuseppe Tesauro* in dem Verfahren Taty/Maciej Rataj wird das gleiche²⁸ Vertragsverhältnis angenommen, wenn das Vertragsverhältnis in tatsächlicher Hinsicht identisch ist.²⁹ Das Gericht gibt dann den weiteren Anhaltspunkt: Grundlage des Anspruchs soll der Sachverhalt *und die Rechtsvorschrift*³⁰ sein, auf welche die Klage gestützt wird.³¹

Damit wird offenbar auf den im französischen Zivilprozeßrecht überwiegend vertretenen Streitgegenstandsbegriff Bezug genommen. Danach setzt sich die Grundlage (vgl. Art. 1351 Code civil) aus den zur Begründung des behaupteten Rechts angeführten tatsächlichen Umständen zusammen ("*par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge*").³²

b) Gegenstand

Mit "Gegenstand" ("*objet*") bezeichnet der EuGH den Zweck der Klage. Damit meint er weder das Rechtsschutzziel (Feststellung, Leistung, Gestaltung) noch den Antrag, der nach deutschem Prozeßrecht den Entscheidungsrahmen absteckt. Im Falle Gubisch/Palumbo hat der Gerichtshof den Zweck nach dem Kernpunkt beider Klagen, also der Frage der Wirksamkeit des Vertrages, bestimmt.³³ Auch in dem Verfahren Taty/Maciej Rataj wird als gemeinsamer Zweck der Feststellungsklagen wie der Leistungsklagen die Entscheidung über das Bestehen einer Schadensersatzhaftung angesehen.

Die verschiedenen, einmal auf Feststellung und zum anderen auf Verurteilung zur Leistung gerichteten Anträge führten also für den EuGH nicht zu einem anderen

²⁷ EuGH Slg. 1987, 4861 Nr. 15.

²⁸ Mit dieser Wortwahl ist wohl kein Unterschied zu "demselben Vertragsverhältnis" beabsichtigt.

²⁹ Slg. 1994, 5442 Nr. 14, 16.

³⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

³¹ EuGH Slg. 1994, I-5439 Nr. 39.

³² Vgl. *Vincent/Guinchard*, Procédure civile, 24. Aufl. 1996, Rdnr. 519.

³³ EuGH Slg. 1987, 4861 Nr. 16.

4. Aufl. 1978, § 648 HGB Rdnr. 3; *Prüßmann/Rabe*, Seehandelsrecht, 2. Aufl. 1992, § 648 HGB, Anm. D und F.

²² Slg. 1994, 5442 Nr. 18.

²³ Slg. 1987, 4861 (4874 Nr. 11).

²⁴ *Schumann*, Internationale Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit), in: Festschrift für Kralik, 1986, S. 301 (312) m. w. N.

²⁵ Oben Fußnote 7, S. 227 (248).

²⁶ EuGH Slg. 1987, 4861 Nr. 14.

Zweck. Im Mittelpunkt beider Verfahren stehe die Frage des Bestehens oder des Nichtbestehens einer Haftung.³⁴ Der Umstand, daß für den EuGH der gleichsam überschießende Leistungsbefehl ohne Belang ist, hat zur Folge, daß die negative Feststellungsklage und die Leistungsklage jeweils als Klagen wegen desselben Anspruchs angesehen werden und unabhängig von der Reihenfolge der Erhebung nach Art. 21 EuGVÜ eine Sperrwirkung gegenüber der jeweils anderen Klage entwickeln.

5. Der teleologische und systematische Zusammenhang

Beide Entscheidungen dürfen auf Verständnis hoffen, wenn man sich den teleologischen und systematischen Zusammenhang vergegenwärtigt, den der EuGH angetroffen und bei seiner Festlegung des Streitgegenstandsbegriffs berücksichtigt hat. Oberstes Gebot ist für den EuGH die Vermeidung einer Situation, die dem Urteil eines Vertragsstaates die Anerkennung in einem anderen Vertragsstaat nimmt, weil es mit einem Urteil dieses anderen Staates unvereinbar ist³⁵. Das Ziel wird erreicht, wenn man das Entstehen mehrerer unvereinbarer Urteile verhindert. Urteile sind unvereinbar, "wenn sie Rechtsfolgen haben, die sich gegenseitig ausschließen"³⁶. Das wird losgelöst von Streitgegenstandsauffassungen und Rechtskraftwirkungen betrachtet³⁷ und etwa dann angenommen, wenn das Zahlungsurteil auf ein Urteil trifft, in dem das Nichtbestehen des Vertrages, auf den die Zahlungsverpflichtung sich stützt, festgestellt wird, oder wenn das Urteil auf Zahlung des Trennungsunterhalts

auf ein Scheidungsurteil trifft³⁸. Verhindern kann man das Entstehen mehrerer in diesem Sinne unvereinbarer Urteile auf zwei Wegen, die auch im EuGVÜ vorgezeichnet sind: durch eine Rechtshängigkeitssperre mit dem Zwang, die spätere Klage als unzulässig abzuweisen, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht (Art. 21), und durch die Aussetzung mit der Folge des Abwartens der Entscheidung des zuerst angerufenen Gerichts (Art. 22 Abs. 1).

Der im (englischen) Wortlaut der Normen zum Ausdruck kommende systematische Zusammenhang zwischen Art. 27 Nr. 3 und Art. 22 Abs. 3 EuGVÜ³⁹ könnte dafür sprechen, die Rechtshängigkeitssperre des Art. 21 EuGVÜ den Fällen vorzubehalten, in denen es - nach deutscher Auffassung - um Klagen mit identischen Streitgegenständen und die Gefahr sich in ihrem rechtskräftigen Inhalt widersprechender Entscheidungen geht⁴⁰. Die Aussetzungsregelung des Art. 22 EuGVÜ erweist sich indessen bei näherer Betrachtung als stumpfes Schwert⁴¹ im Kampf um die Vermeidung der in Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ angesprochenen Situation. Als Ermessensnorm ist sie auf das Wohlwollen des Richters im Zweitstaat angewiesen. Damit scheint es nicht zum besten bestellt⁴². Überdies schränkt sie die Aussetzungsmöglichkeit auf die Fälle ein, in denen beide Klagen noch im ersten Rechtszug anhängig sind. Sie greift also nicht mehr, wenn in Deutschland die Leistungsklage in der Berufungsinstanz schwebt. Der Beklagte könnte jetzt in seinem Heimatstaat Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines

für die Leistungsklage erforderlichen Begründungselements erheben und im Falle des Obsiegens der erfolgreichen Leistungsklage in Deutschland die Anerkennung in seinem Heimatland nach Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ nehmen. Wer das verhindern will, muß zum scharfen Schwert der Rechtshängigkeitssperre nach Art. 21 EuGVÜ greifen. Und genau das hat der EuGH getan und damit seinem teleologischen Anliegen, die in Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ angesprochene Nichtanerkennungssituation zu vermeiden, zur Durchsetzung verhelfen.

Für zwei Verfahrenslagen haben wir ausdrückliche Entscheidungen des EuGH: für das Vorgehen einer Leistungsklage vor einer Feststellungsklage über ein Begründungs- und Präjudizialelement und für das Vorgehen einer den Anspruch der Leistungsklage betreffenden Feststellungsklage vor der Leistungsklage. Nicht entschieden ist bisher die Lage, in der die Feststellungsklage über ein Begründungselement einer Leistungsklage vorgeht. Der vom EuGH angeführte teleologische Zusammenhang greift aber auch hier. Würde die Feststellungsklage die Leistungsklage nicht sperren, dann könnte es zu einer Situation kommen, in der dem Leistungsurteil in dem Staat, in dem das Urteil zur Feststellungsklage ergeht, die Anerkennung versagt ist⁴³.

III. Das nationale Recht

Dem nationalen deutschen Zivilprozeßrecht ist der soeben geschilderte teleologische und systematische Zusammenhang unbekannt. Es muß jedenfalls mit Blick auf die Begründungselemente eines geltend gemachten Anspruchs seine Streitgegenstandsauffassung nicht ändern, um eine Situation zu verhindern, bei der einem Urteil die Anerkennung und Durchsetzung wegen der Unvereinbarkeit mit einem anderen Urteil versagt wird. Als Anerkennungshindernis ist die Unvereinbarkeit nur in § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO für ausländische Urteile geregelt. Die Regelung ist nach dem Muster des Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ gebildet und nicht an der Streitgegenstands-

³⁴ EuGH Slg. 1994, I-5439 Nr. 43.

³⁵ Das Ziel beschreibt der EuGH so: "im Interesse einer geordneten Rechtspflege in der Gemeinschaft ... Parallelverfahren vor Gerichten verschiedener Vertragsstaaten und daraus möglicherweise resultierende gegensätzliche Entscheidungen zu verhindern. Diese Regelung soll mithin, soweit wie möglich, von vornherein eine Situation ausschließen, wie sie in Artikel 27 Nr. 3 geregelt ist, nämlich die Nichtanerkennung einer Entscheidung wegen Unvereinbarkeit mit einer Entscheidung, die zwischen denselben Parteien in dem Staat, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird, ergangen ist" (Entscheidung in Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo, Rdnr. 8).

³⁶ EuGH Entscheidung vom 4.2.1988 Slg. 145/86, Hoffmann/Krieg unter Nr. 22.

³⁷ Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. 1997, § 11 Rdnr. 242; Kropholler (oben Fußnote 6), Art. 27 Rdnr. 44; Koch, Unvereinbare Entscheidungen, 1993, S. 27 ff. mit Beispielen und Nachweisen zum Streitstand.

³⁸ EuGH Entscheidung vom 4.2.1988 Slg. 145/86, Hoffmann/Krieg, kritisch dazu Schack, IPRax 1989, 139 (141 f.).

³⁹ Es heißt in beiden Normen "irreconcilable", während im deutsche Text einmal von "unvereinbar" und das andere Mal von "widerprechend" die Rede ist.

⁴⁰ Dahin ging auch das Votum des Generalanwalts Federico Mancini in Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo. Sein Vorschlag lautete: "Artikel 21 Absatz 1 des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (27. September 1968) ist dahin ausulegen, daß Rechtshängigkeit nur dann vorliegt, wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig sind. Unter diesen Begriff fällt nicht der Fall, daß eine Partei vor dem Gericht eines Vertragsstaats die Feststellung der Unwirksamkeit (oder jedenfalls die Auflösung) eines Vertrages begehrt, während die andere Partei vor dem Gericht eines anderen Vertragsstaats auf Erfüllung desselben Vertrags klagt."

⁴¹ Ich lehne mich hier an ein von Schack geprägtes Bild an, IPRax 1989, 139 (140).

⁴² Vgl. Schack (oben Fußnote 41).

⁴³ Wollte der EuGH seiner Linie treu bleiben, so müßte er auch hier der Feststellungsklage über das Begründungselement oder Präjudizialverhältnis Sperrwirkung gegenüber der späteren Leistungsklage zubilligen. Spätestens dann wäre eine Situation erreicht, die mit allen zum deutschen Recht vertretenen Streitgegenstandslehren unverträglich ist.

lehre ausgerichtet⁴⁴. Für inländische Urteile gibt es kein Wirksamkeitshindernis jenseits des Widerspruchs im rechtskräftigen Urteilsausspruch. Das über den Kaufpreis ergehende Zahlungsurteil steht nicht in einem rechtlich relevanten Widerspruch zu einem Urteil, das das Nichtbestehen des Kaufvertrages feststellt. Zahlungspflicht und Nichtbestehen des Kaufvertrages sind durchaus miteinander vereinbar. Man denke nur an den Bereicherungsausgleich im Falle des Verbrauchs der Kaufsache. Es gibt aber eventuell einen Widerspruch zwischen einem Begründungselement des Zahlungsurteils und dem rechtskräftigen Inhalt des Feststellungsurteils. Auch das ist keine erstrebenswerte Situation. Man sollte sie nach Möglichkeit auch nicht entstehen lassen. Doch führt sie nicht zum Widerspruch zweier rechtskräftiger Feststellungen und damit zur Unwirksamkeit einer dieser Feststellungen. Ein solcher Widerspruch bestünde indessen zwischen dem Leistungsurteil und dem einer negativen Feststellungsklage über denselben Anspruch stattgebenden Feststellungsurteil. Käme es zu einer so gestalteten Kollision, müßte einem der beiden Urteile die Wirksamkeit versagt werden. Es wäre das zeitlich jüngere, weil es (wenn nicht schon die Rechtshängigkeit des anderen Verfahrens so doch wenigstens) die Rechtskraft des früheren Urteils mißachtet hat⁴⁵.

Für die folgende Untersuchung drängt sich angesichts des beschriebenen teleologischen Befundes eine Differenzierung auf. Wir fragen zunächst nach den Lösungsmöglichkeiten für die Verhinderung des Rechtskraftkonflikts beim Aufeinandertreffen von (negativer) Feststellungs- und Leistungsklage (IV) und wenden uns alsdann den Lösungsmöglichkeiten für die Vermeidung des Konflikts zwischen der Begründung des einen Urteils und der rechtskräftigen Feststellung eines anderen Urteils zu (V). Anschließend soll das Verhältnis von Wechselklage und Grundgeschäftsklage erörtert (VI) und der Frage nach einer Harmonisierung unserer Streitgegenstandslehren mit den Anerkennungs Voraussetzungen in § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nachgegangen werden (VII). Am Ende steht ein rechtspolitischer Ausblick (VIII).

⁴⁴ Gottwald in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 328 Rdnrn. 79 ff.; Zöller/Geimer, § 328 Rdnrn. 146 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen.

⁴⁵ Gottwald in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 322 Rdnr. 58; Koussoulis (oben Fußnote 8), S. 79 ff. mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenauffassung, die dem jüngeren Urteil den Vorrang gibt.

IV. Feststellungsklage und Leistungsklage

Daß über einen und denselben Anspruch in einer Feststellungsklage und einer Leistungsklage in getrennten Verfahren mit der Gefahr sich widersprechender rechtskräftiger Urteilsfeststellungen verhandelt und entschieden werde, ist nach allgemeiner Auffassung zu vermeiden. Das Nebeneinander zweier Verfahren über denselben Anspruch führt zu einer Vergeudung knapper öffentlicher Ressourcen und schadet im Falle widersprechender Entscheidungen dem Ansehen der staatlichen Justiz. Das Ziel stellt deshalb niemand in Frage. Über die Wege, das Ziel zu erreichen, herrscht indessen Streit; Streit, der auch mit der Festlegung des Streitgegenstandsbegriffs zusammenhängt. Dem vom EuGH in Tarczyk/Maciej Rataj eingeschlagenen Weg der Rechtshängigkeitssperre folgt das nationale deutsche Prozeßrecht uneingeschränkt nur für den Fall, daß die Leistungsklage der Feststellungsklage vorausgeht⁴⁶. Hier sei mindestens Teilidentität der Streitgegenstände in dem Sinne gegeben, daß der Streitgegenstand der Feststellungsklage völlig in dem der Leistungsklage aufgehe. Im umgekehrten Fall des zeitlichen Vorrangs der Feststellungsklage vor der Leistungsklage herrscht dagegen Streit über den Weg, auf dem sich in der rechtskräftigen Feststellung widersprechende Urteile vermeiden lassen sollen.

1. Meinungsstand

In der Literatur gewinnt die Meinung an Boden, nach der die Feststellungsklage jedenfalls eine Leistungsklage in einem anderen Verfahren sperre⁴⁷. Diese Auffassung kommt der Lösung des EuGH nahe. Die Praxis favorisiert dagegen (noch⁴⁸) einen

⁴⁶ Stein-Jonas-Schumann, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1996, § 261 Rdnr. 62.

⁴⁷ Zuletzt umfassend Zeuner, Zum Verhältnis zwischen internationaler Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit nach den Regeln der ZPO, in: Festschrift für Gerhard Lücke, 1997, S. 1003 ff.

⁴⁸ In einer Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH vom 11.12.1996 zur Rechtshängigkeitssperre nach Art. 21 EuGVÜ, BGHZ 134, 201 = NJW 1997, 870 = JZ 1997, 797 mit Anmerkung Huber, wird - obiter - darauf hingewiesen, daß der Gläubiger die Möglichkeit habe, Leistungswiderklage im Verfahren der negativen Feststellungsklage zu erheben, und daß diese Möglichkeit in der Literatur auch für das Aufeinandertreffen von Feststellungsklage und Leistungsklage im nationalen Verfahrensrecht vertreten werde. Der Hinweis auf

anderen Weg. Sie glaubt (in dem für die Praxis allein relevanten Fall der negativen Feststellungsklage), aus Gründen der Streitgegenstandsverschiedenheit die zeitlich spätere Leistungsklage in einem anderen Verfahren nicht an der Rechtshängigkeit der Feststellungsklage scheitern lassen zu können, und sucht die sich in der Sache widersprechenden Urteile dadurch zu verhindern, daß sie im Regelfall der Feststellungsklage das Feststellungsinteresse abspricht und dem Feststellungskläger zur Vermeidung von Kostennachteilen den Weg in die Erledigung der Hauptsache weist⁴⁹. Einen dritten Weg zur Vermeidung sich widersprechender Urteile kann man in der Nutzung der Verbindungs- und Aussetzungsmöglichkeiten in §§ 147, 148 ZPO sehen⁵⁰.

2. Lösungsgesichtspunkte

Die Entscheidung, welcher Weg der dem nationalen Prozeßrecht angemessene ist, sollte nicht von begrifflichen Erwägungen zum Streitgegenstand abhängig gemacht werden. Ungeachtet der Frage, ob das Rechtsschutzziel des Leistungsbefehls oder der Rechtsgestaltung einen gegenüber der Feststellung des Leistungs- oder Gestaltungsrechts geänderten Streitgegenstand nach sich zieht oder nicht, muß die Lösung sich danach ausrichten, ob sie den beteiligten Interessen gerecht wird und Systembrüche und Wertungswidersprüche vermeidet. Dabei sollten die folgenden Gesichtspunkte in die Lösung einbezogen werden:

- Es muß sichergestellt sein, daß keine Urteile ergehen, die sich in ihrem rechtskräftigen Inhalt widersprechen.
- Es muß sichergestellt sein, daß der Anspruchsinhaber einen Vollstreckungstitel über seinen Anspruch erhalten kann.

das nationale Recht ist eigentlich nur verständlich, wenn man daran denkt, die entgegenstehende frühere Position aufzugeben. In dieser Einschätzung deutlich zurückhaltender Huber, JZ 1997, 799 (800).

⁴⁹ Siehe z.B. RGZ 71, 68 (73); BGHZ 18, 22 (41); 99, 340 (341 f., 343); BGH NJW 1973, 1500; NJW-RR 1990, 1532; NJW 1991, 1061 (1062); Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, Zivilprozeßordnung, 56. Aufl. 1998, § 256 Rdnr. 84; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 93 IV 2; Thomas/Putzo, 20. Aufl. 1997, § 256 Rdnr. 19; Zeiss, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1997, Rdnr. 283.

⁵⁰ Vgl. Stein-Jonas-Schumann, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1996, § 256 Rdnr. 126 und Stein-Jonas-Roth, 21. Aufl. 1993, § 148 Rdnr. 27.

- Es muß sichergestellt sein, daß der Anspruchsinhaber seinen Anspruch fristgerecht geltend machen kann (durch Auslösung der Verjährungsunterbrechung nach § 209 BGB).
- Es muß sichergestellt sein, daß die Ergebnisse eines Verfahrens (etwa Ergebnisse einer umfangreichen Beweisaufnahme) für die Entscheidung des oder der Rechtsstreite erhalten bleiben.

Wer diese Leitlinien als unverzichtbar anerkennt, hat leider noch nicht das Regelsystem festgelegt, in dem die Gesichtspunkte zur Geltung gebracht werden. Sie lassen sich in verschiedenen Regelsystemen mit und ohne Sperrwirkung der negativen Feststellungsklage zur Geltung bringen.

3. Sperrwirkung der negativen Feststellungsklage

Wenn man die negative Feststellungsklage mit einer Sperrwirkung ausstattet, vermeidet man auf jeden Fall sich widersprechende Entscheidungen und man erhält sich die Ergebnisse einer im Verfahren der negativen Feststellungsklage durchgeführten Beweisaufnahme. Auf den ersten Blick scheinen die andern Gesichtspunkte verletzt. Dem ist indes nicht so. Einen Leistungstitel kann der Anspruchsinhaber immer noch bekommen. In einem selbständigen Verfahren allerdings erst und nur, wenn die Rechtshängigkeitssperre weggefallen ist und dem Anspruch auch nicht die Rechtskraft des der negativen Feststellungsklage stattgebenden Urteils entgegensteht.

Die im klageabweisenden Feststellungsurteil enthaltene rechtskräftige Feststellung des Anspruchs kommt dem Anspruchsinhaber in einem weiteren Verfahren über die Leistungsklage durch die Präjudizialwirkung des Feststellungsurteils zugute. Schwierigkeiten könnte es mit der Verjährung geben, wenn es nicht zu einer sachlichen Entscheidung über die negative Feststellungsklage kommt und der negativen Feststellungsklage bzw. der Verteidigung gegen sie keine verjährungsunterbrechende Wirkung beigemessen wird⁵¹. Um diesen Schwierigkeiten vorzubeugen, bleibt dem Beklagten der negativen Feststellungsklage immer noch die Erhebung einer Leistungswiderklage im Verfahren über die

negative Feststellungsklage⁵². Die Leistungswiderklage darf man hier selbstverständlich nicht am Erfordernis eines von der Hauptklage abweichenden Streitgegenstands der Widerklage scheitern lassen.

4. Keine Sperrwirkung der negativen Feststellungsklage

Wenn man der negativen Feststellungsklage die Sperrwirkung gegenüber der späteren Leistungsklage abspricht, trägt man den Gesichtspunkten der Vollstreckungstitelbeschaffung und der Fristwahrung für den Anspruchsinhaber problemlos Rechnung. Schwierigkeiten scheint in diesem Rahmen die Vermeidung sich widersprechender Urteile zu machen. Doch ist auch dem nicht so. Zum einen gibt es hier die Sonderlösung mit dem Wegfall des Feststellungsinteresses, die die negative Feststellungsklage unzulässig macht, wenn die spätere Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann⁵³. Klageabweisung und Kosten der negativen Feststellungsklage kann der Kläger der negativen Feststellungsklage nun mit einer Erledigungserklärung vermeiden. Zum anderen könnte man an einen Zwang zur Aussetzung des Verfahrens über die Leistungsklage denken, bis eine rechtskräftige Entscheidung über die zuerst erhobene negative Feststellungsklage vorliegt⁵⁴.

5. Entscheidung

Doch haben beide Lösungen ihre Schwächen, deren Überwindung zu Brüchen führt, die vermieden werden sollten. Mit dem Wegfall des Feststellungsinteresses und einer Beendigung des Verfahrens über die negative Feststellungsklage ohne ein Urteil in der Sache gehen auch alle Ergebnisse einer möglicherweise umfangreichen Beweisaufnahme verloren. Aus diesem Grunde schränkt die Rechtsprechung ihren Lösungsweg ein und will das Feststellungsinteresse nicht entfallen lassen, wenn etwa die Feststellungsklage entschei-

dungsreif sei. Das aber ist ein Bruch im Lösungskonstrukt und könnte zu sich widersprechenden Sachurteilen führen. Deshalb ist diese Lösung zu verwerfen. Den Bruch würde der Weg über die Aussetzung des Verfahrens über die später anhängig gemachte Leistungsklage vermeiden. Sie bewahrt auf jeden Fall die Ergebnisse des Verfahrens über die negative Feststellungsklage; mehr noch: Sie macht das Ergebnis des eigenen Verfahrens ganz vom Ergebnis des Verfahrens über die negative Feststellungsklage abhängig. Hat die negative Feststellungsklage Erfolg und wird das Urteil rechtskräftig, so muß die Leistungsklage wegen entgegenstehender Rechtskraft abgewiesen werden. Wird die negative Feststellungsklage abgewiesen und erwächst diese Entscheidung in Rechtskraft, so bleibt dem Gericht der Leistungsklage wegen der Präjudizialitätswirkung nur noch, ohne Prüfung des Anspruchs den Leistungsbefehl auszusprechen. An einem solchen blutleeren Verfahren besteht auch für den Gläubiger kein vernünftiges Interesse. Es bereitet nur zusätzliche Kosten. Der Kläger und Anspruchsinhaber kann nicht verhindern, daß über seinen Anspruch im Verfahren über die negative Feststellungsklage entschieden wird. Dann tut man ihm auch keinen Tort an, wenn man ihn während des anhängigen Verfahrens über die negative Feststellungsklage zwingt, den gewünschten Leistungsbefehl im Wege der Widerklage zu beantragen.

Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Leistungsklage durchaus noch Fragen substantieller Natur zu beantworten hätte, wie das etwa bei Schadensersatzansprüchen der Fall sein kann, die nach Grund und Höhe streitig sind⁵⁵. In einer solchen Gestaltung hätte das Urteil, das die negative Feststellungsklage abweist, nur die Wirkung eines Grundurteils, und dem Gericht der Leistungsklage bliebe für seine Entscheidung noch der gesamte streitige Komplex zur Schadenshöhe. Hier bedarf es einer weiteren Begründung dafür, daß man den Gläubiger, der mit der Erhebung der Leistungsklage in dem von ihm favorisierten Gerichtsstand nicht bis zum Abschluß des Verfahrens über die negative Feststellungsklage (etwa aus Furcht vor dem Verjährungseintritt) warten kann oder will, in das Verfahren der negativen Feststellungsklage im vom Schuldner gewählten Gerichtsstand zwingt. Der Grund liegt schlicht und einfach in der Säumnis des Gläubigers, den Anspruch, dessen er sich

⁵¹ Für eine solche Wirkung *Baltzer*, Die negative Feststellungsklage aus § 256 I ZPO, 1980, §§ 12 und 28; dagegen die h.M. vgl. BGHZ 72, 23 mit weiteren Nachweisen.

⁵² Für den Zwang zur Erhebung der Leistungswiderklage im nationalen Verfahrensrecht neben *Zeuner* (oben Fußnote 47) auch *Lüke* in: Münchener Kommentar zur ZPO, 1993, § 256 Rdnr. 61 und § 261 Rdnr. 66; im europäischen Zivilprozeßrecht *Schack*, IPrax 1989, 139, 140.

⁵³ Für die h.M. BGHZ 99, 340, 342.

⁵⁴ So *Stein-Jonas-Schumann*, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1996, § 256 Rdnr. 126 und *Stein-Jonas-Roth*, 21. Aufl. 1993, § 148 Rdnr. 27 sowie für den grenzüberschreitenden Konflikt im Rahmen des EuGVÜ *Hau* (oben Fußnote 2), S. 139 f.

⁵⁵ Darauf hatte auch der Generalanwalt *Tesouro* in Nrn. 17 und 18 seiner Erwägungsgründe (oben Fußnote 5) hingewiesen.

berühmt, klageweise in dem von ihm favorisierten Gerichtsstand geltend gemacht zu haben. Damit hat er dem Schuldner quasi den Vortritt gelassen. Hat der Gläubiger sich keines Anspruchs berühmt, kann er getrost das Scheitern der negativen Feststellungsklage in dem ihm nicht genehmen Gerichtsstand abwarten, weil dem Schuldner das Feststellungsinteresse fehlt, und alsdann Leistungsklage in dem ihm genehmen Gerichtsstand erheben. Hat er sich aber eines Anspruchs berühmt, ohne Klage in dem ihm genehmen Gerichtsstand zu erheben, dann darf er sich nicht darüber beschweren, daß der Beklagte ihn ernst nimmt und ihm in Ausnutzung der für beide Seiten gegebenen Wahlmöglichkeiten⁵⁶ bei der Bestimmung des Gerichtsstands zuvorkommt. Ein unerlaubtes *forum shopping* kann darin nicht gesehen werden⁵⁷. Die in grenzüberschreitenden Konflikten unter Umständen bestehende Gefahr der Verkürzung des Rechtsschutzes des Gläubigers durch die Wahl einer besonders langsamen Gerichtsbarkeit durch den Schuldner⁵⁸ ist im Rahmen des nationalen Prozeßrechts und in den Grenzen der Bundesrepublik Deutschland nicht existent.

6. Ergebnis

Als Zwischenergebnis können wir deshalb festhalten: Für das Verhältnis von Leistungsklage und Feststellungsklage sollte das nationale deutsche Prozeßrecht die Lösung des EuGH übernehmen. Änderungen der Streitgegenstandslehre sind mit dieser Übernahme aber nicht verbunden. Die Lösung empfiehlt sich wegen ihrer Interessengerechtigkeit. Wer die Feststellungs- und die Leistungsklage als in ihrem Streitgegenstand identisch ansieht⁵⁹, muß um der interessengerechten Lösung und der Möglichkeit willen, die Verjährung zu unterbre-

chen⁶⁰, Abstriche machen und die Leistungswiderklage zulassen. Wer in der Feststellungsklage und der Leistungsklage unterschiedliche Streitgegenstände sieht, muß um des Erhalts der Ergebnisse der Feststellungsklage⁶¹ und der Vermeidung einer u.U. aller materiellen Prüfungsfunktionen beraubten Leistungsklage willen die Leistungsklage in einem von der Feststellungsklage verschiedenen Verfahren sperren.

V. Leistungsklage und Klage über ein Begründungselement

Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo hatte eine Problemkonstellation zum Gegenstand, in der es nach geltendem deutschen Zivilprozeßrecht nicht zu einer Rechtshängigkeitssperre gekommen wäre⁶². Der Streitgegenstand des Zahlungsverpflichtung begehrt wird, sperrt nicht die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages. Alle denkbaren Kombinationen rechtskräftiger Feststellungen über den Kaufpreisanspruch und die Wirksamkeit des Kaufvertrages widersprechen sich nicht, auch nicht die Abweisung der Kaufpreisklage und die Feststellung, daß ein Kaufvertrag besteht⁶³, oder die Verurteilung des Käufers zur Zahlung und die Feststellung, daß ein Kaufvertrag nicht besteht⁶⁴. Zahlungsverpflichtung und Wirksamkeit des Kaufvertrages sind nach deut-

scher Streitgegenstandslehre unterschiedliche Streitgegenstände. Die Wirksamkeit des Kaufvertrages ist ein bloßes Begründungselement (Präjudizialelement) des Kaufpreisanspruchs. Präjudizialelemente aber nehmen nach der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers der ZPO weder an der Bestimmung des Streitgegenstands noch an der Rechtskraft der Entscheidung über den Streitgegenstand teil. Das bringt das Gesetz in § 322 ZPO zum Ausdruck und unterstreicht diese Entscheidung durch die Regelung des § 256 Abs. 2 ZPO, wo demjenigen, der eine rechtskräftige Feststellung über ein Präjudizialverhältnis wünscht, der Weg zur Zwischenfeststellungsklage eröffnet wird.

Das genügt einigen Schriftstellern des deutschen Zivilprozeßrechts nicht. Sie halten den Hinweis auf die Zwischenfeststellungsklage für praxisfern und untauglich und wollen in bestimmten Problemlagen doch das Begründungselement des Vertrages an der Rechtskraft teilhaben lassen, um etwa den Ausgleichszusammenhang zwischen den Leistungen in gegenseitigen Verträgen zu erhalten⁶⁵. Ob sich daraus auch Konsequenzen für eine Rechtshängigkeitssperre in einem Fall wie Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo für das nationale Recht ergeben, wird nicht thematisiert. In der Konsequenz der Rechtskraftannahme läge dies allerdings⁶⁶. Doch auch Zeuner zieht diese Folgerung nicht⁶⁷. Ich halte schon den Ansatz, Begründungselemente an den Rechtskraftwirkungen teilhaben zu lassen, für nicht mit dem geltendem Recht vereinbar, ja nicht einmal für rechtspolitisch wünschenswert⁶⁸. Nach geltendem Recht entfaltet die Kaufpreisklage keine Sperrwirkung gegen eine Klage über das Bestehen des Kaufvertrages.

Doch ist damit noch nicht das letzte Wort über die Zulässigkeit der Klage über das Bestehen des Kaufvertrages gesprochen. Wenn diese Klage auch nicht die Gefahr sich in ihren rechtskräftigen Feststellungen widersprechender Urteile aufwirft, so ist die Gefahr der sich in den Begründungen widersprechenden Entscheidungen nicht von der Hand zu weisen. Es fragt sich, wie man dieser Gefahr im nationalen Zivilprozeßrecht ohne eine Rechtshängigkeitssperre Herr werden kann.

Für die Fallkonstellation in Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo, in dem die

⁵⁶ Diesen Gesichtspunkt heben auch *Hau* (oben Fußnote 2), S. 137; *Schack*, IPRax 1989, 139 (140), und *Kropholler* (oben Fußnote 6), Rdnr. 8 hervor. Gegen ihn hat sich *Leipold* (oben Fußnote 7), S. 227 (243 ff.) ausgesprochen. Im Grundsatz befürwortend *Huber*, JZ 1995, 603 (605 ff.), der das Wahlrecht des Schuldners aber dann einschränken will, wenn es nicht mit den Wertungen den Gläubiger privilegierender Zuständigkeitsvorschriften im Einklang steht.

⁵⁷ So auch der Generalanwalt *Tesouro* in Nr. 21 seiner Erwägungsgründe (oben Fußnote 5).

⁵⁸ Darauf weist *Schlosser*, Europarecht und Zivilprozeßrecht, Jura 1998, 65, hin. Praktische Auswirkungen hat die Gefahr auch hier nur, wenn der Zugriff auf inländisches Vollstreckungsvermögen verhindert würde. Dem kann man aber in Deutschland durch die Ausbringung eines Arrests vorbeugen.

⁵⁹ *Bettermann*, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949, S. 28 ff.

⁶⁰ Diesen Gesichtspunkt hat *Bettermann* (oben Fußnote 59) übersehen.

⁶¹ Diesem Gesichtspunkt schenkt *Habscheid* (oben Fußnote 10), S. 272 ff. keine Beachtung.

⁶² Vgl. *Leipold* (oben Fußnote 7), S. 229: "Dazu braucht man keineswegs besonders tief in die Geheimnisse der deutschen Streitgegenstandslehre einzudringen." Das Ergebnis teilt auch *Zeuner* (oben Fußnote 47), S. 1017 f., obwohl er sich ja im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge durchaus Rechtskraftwirkungen der Kaufpreisklage für das Bestehen des Kaufvertrages vorstellen kann (oben Fußnote 14), daraus aber anscheinend keine Konsequenzen für die Rechtshängigkeit ziehen will.

⁶³ Das erhellt allein die Möglichkeit, den Zahlungsanspruch wegen Erfüllung oder wegen der Geltendmachung eines Gegenrechts abzuweisen.

⁶⁴ Das ist dem juristischen Laien schon weniger einfach plausibel zu machen. Man denke aber etwa daran, daß der Verkäufer einen Zahlungsanspruch in Höhe des Kaufpreisanspruchs auch bei ungültigem Kaufvertrag aus ungerechtfertigter Bereicherung haben kann, wenn der Käufer die gekaufte Sache verbraucht hat. Es gibt einen Widerspruch in den Begründungen, nicht notwendig in den Ergebnissen.

⁶⁵ So zuletzt *Foerste* (oben Fußnote 14) mit weiteren Nachweisen.

⁶⁶ Darauf weist *Leipold* (oben Fußnote 7), S. 229 hin.

⁶⁷ Oben Fußnote 47, S. 1017 f.

⁶⁸ Dazu noch unten unter VIII.

Feststellungsklage über das Anspruchs- und Begründungselement der Leistungs- oder Feststellungsklage über den Anspruch nachfolgt, wird man sich des Rechtsschutzbedürfnisses besinnen müssen. § 256 Abs. 2 ZPO weist dem Feststellungsinteressierten einen kostengünstigeren und einfacheren Weg, um seine Feststellungsinteressen zur Geltung zu bringen. Die selbständige Feststellungsklage über das Begründungselement ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig und damit die Gefahr der sich in den Begründungen widersprechenden Entscheidungen gebannt. Sie wird erst zulässig, wenn das Verfahren über die Leistungsklage abgeschlossen ist. Danach entsteht durchaus die Gefahr, daß die Urteile sich zwar nicht in den rechtskräftigen Feststellungen, wohl aber in den Begründungen widersprechen. Dieser Gefahr kann der im Leistungsklageverfahren Obsiegende nur vorbeugen, wenn er sich des Instruments der Zwischenfeststellungsklage bedient.

Für die umgekehrte Fallkonstellation, in der die Feststellungsklage über ein Präjudizialelement der Leistungs- oder Feststellungsklage über den Anspruch vorangeht, stehen die Verbindungs- und Aussetzungsmöglichkeiten der §§ 147 und 148 ZPO zur Verhinderung sich in den Begründungen widersprechender Urteile zu Gebote. Sie erweisen sich zu diesem Zweck als völlig ausreichend. Sind die Verfahren bei ein und demselben Gericht anhängig, können sie nach § 147 ZPO miteinander verbunden werden. Sind sie bei verschiedenen Gerichten anhängig, so kann das später angerufene Gericht der Leistungsklage sein Verfahren bis zur Entscheidung über das Präjudizialelement aussetzen und hernach das Ergebnis übernehmen.

VI. Wechselklage und Grundgeschäftsklage

Zu diesem klassischen Thema der deutschen Streitgegenstandslehre gibt es noch keine Entscheidung des EuGH. Wenn wir indessen die Linien fortschreiben, die in Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo und Tatroj/Maciej Rataj erkennbar geworden sind, steht zu erwarten, daß der EuGH auch für das Aufeinandertreffen einer Wechselklage in einem Vertragsstaat und einer Klage aus dem Grundgeschäft in einem anderen Vertragsstaat bei einem Kernstreit um das Bestehen des (der Wechselforderung zugrunde liegenden) Anspruchs aus dem Grundgeschäft von einem einheitli-

chen Grund ausgehen würde, der hier sogar in einen einheitlichen Antrag mündet. Sollte uns das Anlaß sein, im nationalen Zivilprozeßrecht der Auffassung *Schwabs*⁶⁹ für die Behandlung von Wechselklage und Kaufpreis den Vorzug zu geben?

Der Anlaß wäre ein eher äußerlicher. Denn die Entscheidung (auch) dieser Streitfrage muß sich an den Folgen und Konsequenzen der zu Gebote stehenden Entscheidungsalternativen im nationalen Recht, seinen Normen und Prinzipien ausrichten. Fragen wir zunächst, welche Folgen und Konsequenzen die von der Rechtsprechung und der herrschenden Streitgegenstandslehre vertretene Annahme zweier Streitgegenstände hat, obwohl der Gläubiger nur einmal Zahlung verlangen kann, er aber die Forderung auf die (bei natürlicher Betrachtung?) verschiedenen Lebenssachverhalte des Grundgeschäfts und des Wechselgeschäfts stützt.

1. Zwei Streitgegenstände

Nach dieser Annahme ist der Gläubiger nicht aus Gründen der Rechtshängigkeit gehindert, die Forderung aus dem Grundgeschäft und die Forderung aus dem Wechselgeschäft in zwei verschiedenen Prozessen geltend zu machen. Werden die Forderungen in einem Prozeß geltend gemacht, zwingt das zur Annahme einer Klagenhäufung, und das Nachschieben der einen oder anderen Forderung in dem Prozeß über die jeweils andere ist an den Voraussetzungen der Klageänderung zu messen. Auf der anderen Seite hat die Abweisung der Klage über die Forderung aus dem Wechselgeschäft keine Rechtskraftwirkungen gegen die Forderung aus dem Grundgeschäft. Und auch die Abweisung der Forderung aus dem Grundgeschäft beeinflußt die Forderung aus dem Wechselgeschäft höchstens mittelbar, wenn sie mit dem Nichtbestehen der Forderung aus dem Grundgeschäft ein Präjudizialelement für die Wechselforderung (hier die Bereicherungseinrede aus § 821 BGB) bindend feststellt.

Diese Präjudizialitätswirkung scheint auf den ersten Blick unausweichlich zu sein. Bei genauerem Hinsehen muß man indessen die Frage aufwerfen, warum die Klage aus dem Grundgeschäft abgewiesen worden ist. Nehmen wir an, dies sei bei einer Darlehensforderung deshalb geschehen, weil sich im Prozeß nicht habe aufklären lassen, ob der Schuldner die Darlehensvaluta erhalten hat. Dann hat der Gläubiger

die Klage aus dem Grundgeschäft verloren, weil er die Beweislast für die Auskehr der Darlehensvaluta an den Schuldner trägt. Im Wechselprozeß kehrt sich die Beweislast um. Hier muß der Wechselschuldner die tatsächlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der Bereicherungseinrede beweisen. Es ist an ihm, den Beweis zu führen, daß der Darlehensanspruch nicht besteht, daß er also die Darlehensvaluta nicht erhalten hat. Da er das nicht kann, muß er im Wechselprozeß unterliegen. Der Gläubiger wird mit seiner Wechselklage durchdringen.

Nun ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß diese Zusammenhänge übersehen und verkannt werden, wenn nicht die Entscheidung über beide Forderungen von vornherein in eine Hand gelegt wird. Schon der Zwang, in die Entscheidungsgründe zu sehen und zu fragen, warum die Forderung aus dem Grundgeschäft abgewiesen worden ist, und diese Frage gar bis zu dem Punkt zu verfolgen, ob bei einer Beweislastentscheidung im angeblichen Präjudizialverhältnis für die zweite Klage eine abweichende Beweislastverteilung gegeben ist, bedeutet einen Bruch im Grundkonzept der Streitgegenstands- und Rechtskraftlehre, die von den Begründungselementen frei sein sollte.

2. Ein Streitgegenstand

Den Bruch kann man vermeiden, wenn man die Forderung aus dem Grundgeschäft und aus dem Wechselgeschäft wegen der Erfüllungskonnexität⁷⁰ zu einem einheitlichen Streitgegenstand zusammenfaßt. Dann entscheidet ein Gericht immer über beide Forderungen und kann dabei ohne weiteres unterschiedliche Beweislastverteilungen berücksichtigen, wie das etwa bei Schadensersatzforderungen aus einem Verkehrsunfall geschieht, die aus §§ 823 BGB und 7, 18 StVG hergeleitet werden.

Mein Vorschlag zur Lösung des Zusammenspiels von Wechselforderung und Forderung aus dem Grundgeschäft geht deshalb noch über den Vorschlag von *Schwab* hinaus. Nicht nur soll die Rechtshängigkeit der Klage aus dem Wechselgeschäft auch die Forderung aus dem Grundgeschäft erfassen und die Klage aus dem Grundgeschäft auch die Forderungen erfassen, die mit der Forderung aus dem Grundgeschäft in Erfüllungsgemeinschaft stehen, und damit Überlegungen zur Klagenhäufung und Klageänderung obsolet werden

⁷⁰ Dazu *Jahr*, Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und Erfüllungskonnexität, in: Festschrift für Gerhard Lüke, 1997, S. 297 ff.

⁶⁹ Oben Fußnote 9.

lassen⁷¹. Ich möchte darüber hinaus die Ausschlußwirkungen einer rechtskräftigen Klageabweisung auf die Forderung aus dem Grundgeschäft und die Wechselforderung erstreckt wissen, auch wenn eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit einer dieser Forderungen nicht stattgefunden haben sollte⁷². Dies scheint mir insgesamt der elegantere Weg und eine Lösung aus einem Guß zu sein, wenn ich auch nicht verhehlen kann, daß die Verfechter zweier Streitgegenstände nicht notwendig zu Fehlentscheidungen gelangen müssen. Sie haben aber bei der Verhinderung von Fehlentscheidungen mit größeren Schwierigkeiten zu kämpfen.

3. Entscheidung bei Ergebnisgleichheit

Auch den Verfechtern zweier Streitgegenstände muß daran gelegen sein, ein getrenntes Verfahren über die Forderung aus dem Grundgeschäft zu vermeiden, sei es um der Gefahr vorzubeugen, daß die Rechtskraftwirkung für die Forderung aus dem Wechselgeschäft verkannt wird, sei es, um zu verhindern, daß unabhängig von Beweislastabwägungen das Gericht der Wechselforderung die Klage abweist, weil es die Forderung aus dem Grundgeschäft nicht für gegeben hält, während das Gericht der Forderung aus dem Grundgeschäft den Schuldner wegen des Bestehens dieser Forderung zur Zahlung verurteilt. Es gibt prozessuale und materiellrechtliche Vorkehrungen, um solche unerwünschten Ergebnisse zu verhindern.

Prozessual kann man daran denken, dem Gläubiger das Rechtsschutzbedürfnis an einer weiteren selbständigen Klage abzusprechen, wenn er schon eine der beiden Forderungen im Klagewege verfolgt⁷³. Die Erweiterung der schon anhängigen Klage um die Forderung aus dem jeweils anderen Geschäft mag als der einfachere und billigere Weg qualifiziert werden. Materiellrechtlich kann man die Forderung aus dem Grundgeschäft an der Einrede der Wech-

selhingabe scheitern lassen. Damit hat es folgendes auf sich.

Der Zweck der Wechselhingabe mag sich zunächst einmal darin zeigen, daß dem Schuldner der Forderung aus dem Grundgeschäft eine sofortige Zahlung erspart wird. Bis zur Fälligkeit der Wechselforderung muß daher auch die Fälligkeit der Forderung aus dem Grundgeschäft hinausgeschoben sein. Diese der Stundungseinrede vergleichbare Einrede gegen die Forderung aus dem Grundgeschäft nennt man die Einrede der Wechselhingabe⁷⁴.

Die Einrede der Wechselhingabe tritt aber noch in einer weiteren Gestalt auf. In dieser sorgt sie nicht für die Einhaltung des Zahlungsziels, sondern sucht die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme zu verhindern. Das geschieht dadurch, daß der Schuldner der Kaufpreisforderung diese nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Wechsels erfüllen muß. Man könnte auch von einer Einrede der Wechselrückgabe sprechen.

Beide Einreden führen zur Erfolgslosigkeit der Kaufpreisklage, solange der Schuldner noch mit einer Klage aus der Wechselforderung rechnen muß. Deshalb ist es auch materiellrechtlich ein Gebot der Vernunft, daß der Kläger nie die Grundgeschäftsforderung ohne die Wechselforderung verfolgt. Für die eingliedrige Streitgegenstandsauffassung tut er das ohnehin. Für die zweigliedrige muß er die Wechselforderung im Hauptantrag verfolgen und hilfsweise (für den Fall, daß die Wechselforderung etwa wegen Nichtbeachtung der Formerfordernisse des Wechselrechts keinen Erfolg haben sollte) die Kaufpreisforderung geltend machen.

Diese Vorkehrungen führen am Ende dazu, daß auch die Verfechter zweier Streitgegenstände zu angemessenen Ergebnissen kommen. Der Weg dorthin ist indes steiniger als der Weg derjenigen, die nur einen Streitgegenstand annehmen. Da die Annahme nur eines Streitgegenstands auch keine weiteren Nachteile nach sich zieht⁷⁵, gebührt der Einfachheit und Eleganz⁷⁶ der Vorzug.

VII. Harmonisierung mit Anerkennungs-voraussetzungen?

Die Entwicklung der Streitgegenstandslehre des EuGH war dem Umstand geschuldet, daß nur so dem Ziel, die Nichtanerkennung einer Entscheidung nach Art. 27 Nr. 3 EuGVÜ zu verhindern, effektiv zur Durchsetzung verholfen werden konnte. Auch § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO schließt die Anerkennung eines ausländischen Urteils aus, "wenn das Urteil mit einem hier erlassenen oder einem anzuerkennenden früheren ausländischen Urteil oder wenn das ihm zugrunde liegende Verfahren mit einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist". Sollte uns die Vermeidung der in der ersten Variante angesprochenen Situation über die Vertragsstaaten des EuGVÜ und des Lugano Übereinkommens hinaus Anlaß sein, durch Übernahme der weit gefaßten Rechtshängigkeitssperre in das nationale Recht ein mit dem anzuerkennenden ausländischen Urteil unvereinbares inländisches Urteil zu verhindern? Die Antwort lautet: Nein! Zwei Gründe tragen diese Antwort.

Zum einen befinden wir uns im Verhältnis zu den Staaten, mit denen uns keine Übereinkommen nach Art der europäischen Übereinkommen verbinden, nicht in einer Situation, in der einem gemeinsamen Vertragsziel der erleichterten Anerkennung von Entscheidungen Rechnung getragen werden müßte. Zum anderen reichen die Instrumentarien des nationalen Zivilprozeßrechts aus, um die in der ersten Variante des § 328 Abs. 1 Nr. 3 angesprochene Situation zu vermeiden. Bei nach deutscher Streitgegenstandslehre identischem Streitgegenstand eines ausländischen Verfahrens greift die Rechtshängigkeitssperre, wenn die Anerkennungsprognose positiv ausfällt. Sind die Streitgegenstände dagegen nicht identisch, dann muß das in Deutschland angerufene Gericht, wenn es mit einer Präjudizialfrage des im Ausland anhängigen Rechtsstreits befaßt wird, die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis für eine

voneinander abzugrenzen, hat man bis heute nicht gefunden.

⁷⁶ Zu diesem Bewertungskriterium für wissenschaftliche Theorien (auch) im Bereich der Naturwissenschaften vgl. *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, Band II: Theorie und Erfahrung, 1970, Kapitel II: Konvention, Empirie und Einfachheit in der Theoriebildung; *Carnap*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, 2. Aufl. 1974, S. 231.

⁷¹ Insoweit findet *Schwab* auch die Zustimmung von *Schumann* und *Leipold* in der 20. Auflage des Kommentars Stein-Jonas, Einleitung Rdnrn. 285 ff. und § 322 Rdnrn. 99 ff.

⁷² *Schwab* in: Festschrift für Lücke, S. 793 (797 ff.) hält das auf der Grundlage seiner Entscheidungslehre als Rechtskraftwirkung für ausgeschlossen. Eine über die Rechtskraft hinaus gehende Präklusionswirkung verwirft er dagegen nicht. Ich halte es für eine *façon de parler*, ob man von einer Rechtskraftwirkung oder einer besonderen Präklusionswirkung spricht. An den Worten liegt mir nichts. Das Ergebnis ist entscheidend.

⁷³ *Habscheid* (oben Fußnote 10), S. 280.

⁷⁴ *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1986, § 17 III 1, S. 172.

⁷⁵ Man hält *Schwab* die Einvereinbarkeit seiner Auffassung mit dem Gesetz und ihre Widersprüchlichkeit mit Blick auf den Sachverhalt vor. Doch zu Unrecht: § 253 Abs. 2 ZPO regelt die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Klageerhebung und schreibt nicht den Sachverhalt als gleichwertiges Element für die Bestimmung des Streitgegenstands fest. Der Sachverhalt kann auch durchaus als eine bloße Auslegungshilfe für den streitgegenstandsbestimmenden Antrag angesehen werden, ohne daß man sich zur Ausgangsposition in Widerspruch setzen müßte. Und ein Kriterium, Lebenssachverhalte

solche Klage aufwerfen und kann die Antwort u.a. davon abhängig machen, ob hinreichendes Vertrauen in die korrekte Behandlung der Sachfragen durch das ausländische Gericht begründet ist, und, wenn das ausländische Verfahren eine Präjudizialfrage für das Verfahren in Deutschland zum Gegenstand hat, erwägen, ob das Verfahren in Deutschland bis zur Entscheidung über die Präjudizialfrage ausgesetzt werden soll. Auch diese Entscheidung wird man davon abhängig machen, wie gut (objektiv richtig) und wie schnell die Sachinteressen des deutschen Klägers in dem ausländischen Verfahren Berücksichtigung finden. Dieses flexible Instrumentarium erweist sich einer Einheitslösung über die Erweiterung der Rechtshängigkeitssperre nach dem Muster des vom EuGH für die europäischen Übereinkommen entwickelten Anspruchs begriffs überlegen.

VIII. De lege ferenda: ein Weg zurück zu Savigny?

Als letztes sei die Frage nach dem zukunftsweisenden Charakter der Bestimmung des Streitgegenstands durch den EuGH für ein vom Gesetzgeber neu zu konzipierendes nationales Zivilprozeßrecht aufgeworfen. Es müßte sich um ein Prozeßrecht handeln, das sich in den zentralen Fragen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft vom Antrag als für den Streitgegenstand (mit)konstituierenden Element löst und auf das Rechtsverhältnis und die es begründenden Präjudizialelemente abhebt. Es wäre ein Weg zurück zu *Savigny*⁷⁷. Ihn zu beschreiten, kann ich auch unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EuGH und dem Wunsch nach einer Harmonisierung der nationalen Prozeßrechte⁷⁸

⁷⁷ *Gaul*, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: Festschrift für Flume, 1978, S. 443 (471 ff.) mit einer ausführlichen Darstellung der Gesetzgebungsgeschichte.

⁷⁸ Rechtsvergleichend zur materiellen Rechtskraft *Habscheid*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem der materiellen Rechtskraft des Zivilurteils, in: Festschrift für Fragistas, Band I, 1966, S. 527 ff. Der Befund ist mit Blick auf die objektiven Grenzen der Rechtskraft und die Teilhabe der Präjudizialelemente an der Rechtskraft (S. 542 ff.) keineswegs einheitlich und läßt die deutsche Lösung auch nicht als Sonderlösung erscheinen. Auch die Kommission für ein europäisches Zivilprozeßgesetzbuch hat in ihren Regelungsvorschlägen die Rechtskraft mit Bedacht ausgespart. Vgl. *Storme* (Hrsg.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne - Approximation of Judiciary Law in the European Union*,

nicht empfehlen. Dagegen sprechen auch heute noch alle die Argumente, die den Gesetzgeber der ZPO dazu bewogen haben, sich auf den Anspruch (Antrag) zu beschränken und die ihn begründenden Rechtsverhältnisse aus der für Rechtshängigkeit und Rechtskraft relevanten Streitgegenstandsbestimmung auszuschneiden.

1. Parteiverantwortung und -disposition

Das ist die Rücksicht auf die Parteidisposition mit der Verhinderung von Überraschungsbindungen einerseits und das Fernhalten überbordender streitiger Auseinandersetzungen um jegliches Präjudizialelement in einem beliebigen Prozeß andererseits. Im geltenden System bestimmen die Parteien mit ihren Anträgen darüber, welche Feststellungen in Rechtskraft erwachsen. Darauf können sie ihre prozessuale Sorgfalt richten und streitige Auseinandersetzungen zu Fragen, auf die es ihnen mit Blick auf ihre jetzigen Anträge nicht so sehr ankommt, aussparen. Müßten sie indessen gewärtigen, daß jedes nur erdenkliche bedingende Rechtsverhältnis, jedes Element des richterlichen Subsumtionschlusses, auch ein solches, das nur in der konkreten, vom Richter gewählten Begründung eine Rolle spielt, für alle Zeiten und Verfahren, auch solche, die man sich noch gar nicht ausmalen konnte, in Rechtskraft erwächst, so hätten sie auch ihre prozessuale Diligenz auf alle diese Fragen zu richten und auch im Prozeß um Minima eine maximale Streitkultur zu entfalten. Das kann man auch *de lege ferenda* weder den Gerichten noch den Parteien wünschen.

Was nicht kraft Parteidisposition im Spiel ist, das steht auch nicht auf dem Spiel, und darum gibt es darüber auch keine rechtskräftigen und verbindlichen Feststellungen. Dieser Grundsatz wirkt in zwei Richtungen. Man verliert nichts, was man nicht ins Spiel eingebracht hat, und man gewinnt auch nichts über das Eingesetzte hinaus. Deshalb wirkt bei einer Teilklage weder das positive Urteil für⁷⁹ noch das negative Urteil gegen⁸⁰ den nicht beschiede-

1994 sowie Referate und Diskussionsbericht der Zivilprozeßrechtslehrertagung 1996 in Münster, ZPP 109 (1997), 271 ff.

⁷⁹ A.A. jetzt *Leipold*, Teilklagen und Rechtskraft, in: Festschrift für Zeuner, 1994, S. 431 (445 ff.).

⁸⁰ A.A. *Bruns*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1979, Rdnrn. 235 b und c; *Fenge* in: Alternativkommentar zur ZPO, 1987, § 322 Rdnr. 21; *Schilken*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, Rdnr. 1029 (bei verdeckter Teilklage); *Jauernig*, Zivilprozeßrecht,

nen Teil⁸¹. Und auch Ausgleichszusammenhänge können durchaus zerrissen werden, wenn das später angerufene Gericht ein Begründungselement des früher angerufenen Gerichts anders beurteilt⁸². Allein die Parteien selbst haben es in der Hand, durch ihre Dispositionen den Umfang der zukünftigen Bindung zu bestimmen.

2. Fehlentscheidung und Verlust

Jeder nimmt um der Friedensfunktion und der Erhaltung einer knappen Ressource Rechtspflege willen in Kauf, daß die Parteien an die Entscheidung, die sie mit ihren Anträgen ausgelöst und begehrt haben, auch dann gebunden sind, wenn die Entscheidung sich in den Augen eines später angerufenen Gerichts als falsch darstellt. Darin sehen wir eine positive Funktion der Rechtskraft und muten der zu Unrecht unterlegenen Partei einen Rechtsverlust zu. Es gibt aber keinen vernünftigen Grund, über diese Bindung hinaus die unterlegene Partei auch an einer falschen rechtlichen Erwägung festzuhalten.

Es mag keinen guten Eindruck machen, wenn die Gerichte die Zahlungsklage des Verkäufers abweisen und der Übereignungsklage des Käufers stattgeben und dabei einmal vom Bestehen des Kaufvertrages und das andere Mal vom Nichtbestehen des Kaufvertrages ausgehen. Es mag auch keinen guten Eindruck machen, wenn auf eine Teilklage der Schadensersatzanspruch dem Grunde nach verneint und auf die Klage auf den unverbrauchten Teil der Schadensersatzanspruch bejaht wird und umgekehrt. Das aber ändert nichts daran, daß erkanntes Unrecht nicht über die Bindungswirkungen hinaus fortgeschrieben werden sollte. Im Ergebnis darf es immer nur darum gehen, bei einer rechtlich fehlerhaften, aber rechtskräftigen Entscheidung einer Partei "um des Friedens willen" nur den Verlust zuzumuten, der ihrem Einsatz entspricht. Man würde den Verlust erhöhen, wenn man bei der fehlerhaft beschiedenen Teilklage den Fehler auch auf den nicht beschiedenen Teil übertragen würde. Das scheint in Ausgleichszusam-

24. Aufl. 1993, § 63 II (bei verdeckter Teilklage); *Zeiss*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl. 1997, Rdnr. 581.

⁸¹ Wie hier im Einklang mit dem Dispositionsgrundsatz und dem Kostenrecht *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 154 V; *Gottwald* in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 322 Rdnrn. 117 ff.

⁸² *Gottwald* in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 322 Rdnr. 51; *Zöller/Vollkommer*, Vor § 322 Rdnrn. 28, 34 und 36 gegen *Foerste* (oben Fußnote 14).

menhängen, wie sie beispielhaft bei den gegenseitigen Verträgen gegeben sind, nicht der Fall zu sein, wenn man mit *Foerste*⁸³ den Fehler der ersten Entscheidung in die zweite hineintrüge. Hier würde ein Verlust nur verhindert. Doch handelte es sich dabei um eine prozessual nicht gerechtfertigte Verhinderung. Denn wertungsmäßig liegt der Verlust im nicht synallagmatischen wie im synallagmatischen Bereich auf einer Ebene. Im nicht synallagmatischen Bereich macht sich der Verlust schon mit der ersten Entscheidung unumkehrbar geltend, während er im synallagmatischen Bereich erst durch die zweite Entscheidung vollzogen wird. Es bleibt aber wirtschaftlich genau ein Verlust durch eine fehlerhafte Entscheidung. Hier wie dort ist die Bindung an die fehlerhafte Entscheidung nur in den Grenzen der von den Parteien durch ihren Einsatz bestimmten Rechtskraft gerechtfertigt.

Kein Gericht wird leichten Herzens sich selbst oder einem anderen Gericht die fehlerhafte Entscheidung einer Rechtsfrage vorhalten. Ist die Rechtsfrage durch das Erstgericht vertretbar entschieden, so übernimmt man im Zweitgericht die Entscheidung, ohne durch die Rechtskraft dazu eigens angehalten werden zu müssen. Auch der Begründungsaufwand hält sich in Grenzen⁸⁴. Und selbst die Prozeßergebnisse einer etwa umfangreichen Beweisaufnahme kann das Zweitgericht durch Beiziehung der Akten in weitem Umfang für das Zweitverfahren verwerten. Ist die Rechtsfrage dagegen falsch entschieden, so zeigt sich Größe darin, wenn man das für den Bereich, der nach der Parteidisposition bisher nicht zur Entscheidung anstand, auch zugeben kann und sich nicht hinter der Rechtskraft versteckt.

3. Der Blick zu den Nachbarn

Leipold hat in seinem Beitrag zur Festschrift *Zeuner*⁸⁵ darauf hingewiesen, daß man im Anschluß an rechtsvergleichende Untersuchungen *Zeuners*⁸⁶ den Eindruck gewinne, daß die enge Begrenzung der

Rechtskraft durch das deutsche Recht international gesehen eher eine Sonderposition darstelle. Faßt man nur das anglo-amerikanische und das französische Recht ins Auge, so kann ein solcher Eindruck in der Tat entstehen. Die *estoppel*-Doktrin⁸⁷ und die Lehre von der Bindung nicht nur an die *motifs décisives*, sondern auch an die *motifs décisifs*⁸⁸ gehen in der Tat über die Rechtskraftbindungen des deutschen Rechts hinaus. Das anglo-amerikanische Recht und das französische Recht sind aber keineswegs repräsentativ für das gemeineuropäische Recht. Die Rechtsordnungen der anderen Länder ziehen die Bindungsgrenzen ähnlich wie die deutsche⁸⁹. Es sei nur daran erinnert, daß in *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* der italienische Generalanwalt *Mancini* ein Verständnis des Streitgegenstands für Art. 21 EuGVÜ vorgeschlagen hat⁹⁰, das sich völlig mit dem Verständnis der deutschen Streitgegenstandslehre deckte. Auch das gemeineuropäische Recht weist danach nicht den Weg zu einer Bindung an die Begründungselemente einer rechtskräftigen Entscheidung. Zu unterschiedlich sind dazu die Auffassungen in den einzelnen Ländern, als daß sich hieraus ein Zwang zur Abkehr von wohl begründeten Beschränkungen ergeben könnte.

IX. Schluß

Die Zeit der dogmatischen Unschuld in der Streitgegenstandslehre mag vorbei sein. Nationales Recht steht sicher unter vielfältigem gemeineuropäischen Einfluß. Eine Änderung der deutschen Streitgegenstandslehre ist dennoch nicht geboten!

⁸³ Oben Fußnote 14.

⁸⁴ "Zu dieser Frage hat schon das X-Gericht Stellung genommen. Das erkennende Gericht sieht auch unter dem Eindruck der im vorliegenden Verfahren vorgetragene Argumente keine Veranlassung, die Rechtsfrage anders zu entscheiden, und macht sich die Begründung des X-Gerichts zu eigen."

⁸⁵ Oben Fußnote 79, S. 432 f.

⁸⁶ Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß, in: Festschrift für Zweigert, 1981, S. 603 ff.

⁸⁷ Vgl. *Bunge*, Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung in England, 1995, § 51; *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 73 f.

⁸⁸ Vgl. zu dieser Lehre vor dem Hintergrund des Art. 480 Abs. 1 Nouveau Code de Procédure Civile *Vincent/Guinchard* (oben Fußnote 32), Rdnr. 175.

⁸⁹ Vgl. hierzu neben *Habscheid* (oben Fußnote 78) auch *Ritter*, Die Bestimmung der objektiven Rechtskraftgrenzen in rechtsvergleichender Sicht, ZZP 87 (1974), 138 ff. mit Angaben zu Österreich, der Schweiz, Spanien, Portugal, Italien, Frankreich, Schweden, Finnland, Norwegen, Dänemark, Island, England, Amerika und verschiedenen (ehemals) sozialistischen Ländern.

⁹⁰ Erwägungsgrund Nr. 3 (oben Fußnote 5).