

Rechtskraftfragen bei Interzessionen

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Rat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

von Uwe Feuerbach

geboren am 27.9.1944 in Frankfurt am Main

Gutachter

1. Gutachter (Referent): Professor Dr. Olaf Werner

2. Gutachter ((Koreferent): Professor Dr. Stefan Leible

3. Prüfer: Professor Dr. Heiner Alwart

Disputation:

03.11.2005

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis (S. A-E)	A
Literaturverzeichnis (S. I-XII)	I

Rechtskraftfragen bei Interzessionen (S. 1-265)

I. Gegenstand der Untersuchung und Begriffsklärung 1

1. Einteilung der Interzessionen	1
2. Funktion der Rechtskraft	4
3. Gesetzliche Regeln für die Rechtskrafterstreckung bei Interzessionen	9
4. Übersicht des Meinungsstands zur Rechtskrafterstreckung als allgemeiner Grundsatz	11
Anhang: Grafische Darstellung der Interzessionen	15

II. Die prozessuale Handhabung der Präjudizialität 22

1. Identität und Präjudizialität	22
2. Unterschiedliche Streitgegenstände bei Vorgehen aus eigenem und aus abgeleitetem Recht	24
a. § 325 ZPO als gesetzliche Anordnung der Rechtskrafterstreckung	24
b. Unzulässigkeit erneuter Klage im Bereich des § 325 ZPO bei objektiver Identität	25
3. Entgegenstehende Rechtskraft und fehlendes Rechtsschutzbedürfnis als konkurrierende Zulässigkeitserwägungen	28
a. Rechtskraft und Rechtsschutzbedürfnis als Ansatzpunkte	28
b. Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses	29
c. Kein Rangverhältnis bei der Zulässigkeitsprüfung	31
4. Aufrechnung im Prozeß mit rechtskräftiger Forderung oder bei rechtskräftigem präjudiziellen Rechtsverhältnis	34
a. Zulässigkeit und Begründetheit der Aufrechnung	34
b. Präjudizielle Bedeutung der Rechtskraft bei Aufrechnung mit rechtskräftig beschiedener Aufrechnungsforderung	36
c. Rechtskräftige Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis der Aufrechnungsforderung	40

III. Rechtskraftfragen bei streng akzessorischen Fällen 41

A. Meinungsstand 41

1. Keine Gesamtschuld bei streng akzessorischen Interzessionen	41
2. Weitgehend gefestigter Meinungsstand hinsichtlich der Rechtskrafterstreckung bei streng akzessorischen Interzessionen	45
Anhang: Übersicht über die Ergebnisse der herrschenden Meinung	50

B. Die Situation des verurteilten Bürgen bei nachträglicher Abweisung der Hauptschuld 51

1. Die Problemstellung bei titulierter Bürgenschuld und nachträglicher Abweisung der Hauptschuld	51
2. Dogmatische Ansätze für die Konfliktlösung	53
a. Die Behandlung nachträglich entstandener Einwände	53
b. Die Abweisung der Hauptschuld als nachträglicher Einwand gegenüber der Bürgenschuld	55
3. Übertragbarkeit der Ergebnisse für den vorausgegangenen Rechtsstreit über die Hauptschuld	56
a. Feststellungsklage als unpraktikabler Rechtsbehelf gegenüber der titulierten Bürgenschuld	57

b. Vollstreckungsgegenklage als geeigneter Rechtsbehelf gegenüber der titulierten Bürgenschuld	58
4. Nachträgliche negative Feststellungsklage des Bürgen über das Fehlen der Hauptschuld zur Schaffung eines nachträglich entstandenen Einwands	62
a. Verneinung des Feststellungsinteresses	63
b. Eingreifen der Präklusion des § 767 II ZPO	65
c. Negative Feststellungsklage des Hauptschuldners nützt	67
d. Keine negative Feststellungsklage aufgrund einer Abtretung oder einer Prozeßstandschaft	67
C. Der Streitgegenstand beim Innenverhältnis und Außenverhältnis der Bürgschaft	70
1. Der gesetzliche Forderungsübergang gem. § 774 I BGB	70
2. Die Ansprüche aus dem Innenverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner	71
3. Das prozessuale Verhältnis des Anspruchs aus dem Innenverhältnis zum Anspruch aus übergeleitetem Recht	76
a. Unterschiedliche Streitgegenstände	76
b. Geringe Bedeutung bei der Handhabung in der Praxis	78
D. Ergebnisse aus Sicht der Beteiligten, insbesondere unter Berücksichtigung der Streitverkündung im Bürgenprozeß	81
1. Die Sicht des Bürgen	81
a. Der Einfluß der Klageabweisung der Hauptschuld auf die titulierte Bürgenschuld	81
b. Der Regreß beim Hauptschuldner	81
c. Der Einfluß der Streitverkündung im Bürgenprozeß	82
d. Der Inhalt des Anspruchs aus dem Innenverhältnis	84
e. Der Inhalt des Anspruch aus dem Innenverhältnis bei vorausgegangener Streitverkündung	87
2. Die Sicht des Gläubigers	91
3. Die Sicht des Hauptschuldners	92
E. Folgerungen für die Erstreckung der Rechtskraft	94
1. Nachträgliche Verteidigung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger mit der Abweisung der Hauptschuld kein Gebot der Gerechtigkeit	94
2. Keine prozessualen Befugnisse des Bürgen hinsichtlich der Hauptschuld aufgrund des Innenverhältnisses	95
F. Besonderheiten bei der Hypothek und beim Pfandrecht	100
1. Übertragung der Ergebnisse für die Bürgschaft auf die Hypothek und das Pfandrecht	100
2. Korrektur der h.M. für bestimmte Fallgruppen aufgrund des materiellen Rechts	101
a. Die Korrektur bei der Verjährung der Forderung	101
b. Die Korrektur bei der Verkehrshypothek wegen der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Forderung	103
IV. Rechtskraftfragen bei der Schuldübernahme und beim Schuldbeitritt	106
A. Begriffsklärung und Überblick	106
1. Einführung in die Problematik	108
a. Übersicht über den Meinungsstand	
b. Dogmatische Grundlagen von Schuldübernahme und Schuldbeitritt	112
c. Schuldübernahme und Schuldbeitritt im Vergleich mit der Übertragung einer Forderung durch Abtretung	116
2. Die Abgrenzung der einzelnen Interzessionen in der Praxis	118
a. Schuldübernahme und Schuldbeitritt	118
b. Schuldbeitritt und Bürgschaft	120
3. Ausblick für die weitere Untersuchung	123
a. Interzession vor Rechtshängigkeit	123
b. Interzession während des Rechtsstreits	124

c. Interzession nach Rechtskraft	124
d. Ablehnung der Interzession durch den am Rechtsgeschäft nicht Beteiligten	124
Anhang: Grafische Darstellung der Nachfolge auf der Aktivseite und der Passivseite	126
B. Die entsprechende Anwendung des § 333 BGB im Zusammenhang mit der Schuldübernahme und dem Schuldbeitritt	127
1. Mögliche Fallgestaltungen für ein Ablehnungsrecht gem. § 333 BGB im Rahmen einer Interzession	127
2. Das Ablehnungsrecht des Schuldners bei einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Interzedenten	128
a. Die Begründung für ein Ablehnungsrecht	128
b. Prozessuale Folgen des Ablehnungsrechts	131
3. Das Ablehnungsrecht des Gläubigers bei einer Vereinbarung zwischen Schuldner und Interzedenten	133
a. Die Begründung für ein Ablehnungsrecht	133
b. Prozessuale Folgen des Ablehnungsrechts	134
4. Bedeutung der Ergebnisse bei einer Rechtskrafterstreckung.	135
C. Die prozessuale Handhabung der Schuldübernahme während der Rechtshängigkeit	136
1. Notwendigkeit der Anpassung des Klageantrags nur bei Behandlung der Schuldnachfolge entsprechend der Rechtsnachfolge	136
2. Die Relevanztheorie und die Irrelevanztheorie unter Berücksichtigung der Schuldnachfolge	137
a. Veränderungen auf der Aktivseite	139
b. Veränderungen auf der Passivseite	145
D. Die Rechtskraft bei der Schuldübernahme während der Rechtshängigkeit	149
1. Die Argumentation gegen eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuld nachfolge	149
a. Die Argumentation des BGH	149
b. Unterstützende Überlegungen in der Literatur	150
2. Die Gründe für eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuldnachfolge	152
a. Kein Gegenargument aufgrund des Wortlauts	152
b. Keine Verletzung des Schutzzwecks des § 265 ZPO	160
c. Gebotene Gleichbehandlung aufgrund der Prozeßökonomie	165
d. Bedeutungslosigkeit eines gutgläubigen Erwerbs bei der Schuldübernahme	168
E. Die Tragweite der Rechtskraft bei der Übernahme einer rechtskräftigen Schuld	170
1. Gleichbehandlung der Schuldübernahme während eines Rechtsstreits und nach Rechtskraft	170
2. Die aufwendigere Lösung der herrschenden Meinung über die Auslegung der zur Interzession führenden Willenserklärung	172
F. Praktische Auswirkungen der Meinungsunterschiede zur Rechtskrafterstreckung bei der Schuldübernahme, insbesondere bei Regreßfragen	176
1. Der Erstprozeß des Gläubigers gegen den Übernehmer	176
2. Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner	179
a. Regreß gegenüber dem Urschuldner bei Verurteilung des Übernehmers	179
b. Regreß des Urschuldners bei Abweisung gegenüber dem Übernehmer	180
c. Besonderheiten im Bereich der Bindungswirkung	182
3. Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner	184
a. Kein Bindungsinteresse bei Verurteilung des Übernehmers	184
b. Regreß gegenüber dem Urschuldner bei Abweisung der Klage gegenüber dem Übernehmer	185
- Abweisung wegen Verneinung der Schuldübernahme	
- Abweisung wegen Verneinung der übernommenen Schuld	

G. Die Rechtskraft beim rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt	188
1. Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt vor Rechtskraft nach herrschender Meinung	188
2. Die abweichenden Meinungen	189
a. Die Argumentation Hellwigs	191
b. Die Sicht Oertmanns	193
c. Eigene Stellungnahme	194
3. Der Schuldbeitritt nach Rechtskraft	197
a. Die Auffassung Blomeyers	198
b. Die Auffassung Bettermanns	199
c. Der Weg über die Auslegung	200
H. Die Rechtskraft beim gesetzlichen Schuldbeitritt	202
1. Der Meinungsstand zur Rechtskrafterstreckung beim gesetzlichen Schuldbeitritt	204
2. Die Rechtslage nach den unterschiedlichen Auffassungen	205
a. Die Rechtslage bei Verneinung einer Erstreckung nach der herrschenden Meinung	205
b. Die Folgen der Bejahung einer Erstreckung	208
c. Das Nebeneinander von Feststellungsklage und Leistungsklage	210
d. Keine Unterschiede der Meinungen bei der Haftungsbeschränkung	212
3. Die Gründe für die Ablehnung der Rechtskrafterstreckung	212
a. Das Argument der Nachfolge in die Haftungsmasse	213
b. Das Erfordernis der Rechtskraft in § 729 ZPO	216
c. Das Argument der Billigkeit	218
4. Die Klauselerteilung gegenüber dem Nießbraucher gem. § 738 ZPO	219
a. Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1086 BGB	220
b. Die Anwendbarkeit der §§ 265, 325 ZPO bei Bestellung des Nießbrauchs während der Rechtshängigkeit der Forderung gegen den Besteller	226
c. Keine Rechtskrafterstreckung bei Bestellung nach Rechtskraft der Forderung gegen den Besteller	226
I. Die Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO beim Betriebsübergang gem. § 613a BGB und ähnlichen Fallgestaltungen	231
1. Der Regelungsgehalt des § 613a BGB	231
2. Die entsprechende Anwendung des § 265 ZPO für den Betriebsübergang nach § 613a BGB	233
a. Die Argumentation des BAG	234
b. Die prozessuale Behandlung	235
3. Der Übergang des Mietverhältnisses gem. § 566 II BGB (§ 571 I BGB a.F.)	236
4. Der Übergang des Versicherungsverhältnisses nach §§ 69 I; 151 II 1, 158h VVG	238
a. Die Bedeutung für die Feststellungsklage	238
b. Die Bedeutung für die Leistungsklage des ursprünglichen Versicherungsnehmers	238
c. Die Bedeutung für die Leistungsklage des Versicherers	239
d. Der Anwendungsbereich des § 69 II VVG	240
J. Die Rechtskraft beim Schuldbeitritt gem. § 3 Nr.1 PflVersG	242
1. Der Regelungsgehalt des § 3 Nr.8 PflVersG	242
a. Urteile zuungunsten des Anspruchstellers	242
b. Keine entsprechende Abwendung für Urteile zugunsten des Anspruchstellers	243
c. Erforderliche Korrespondenz von gewährtem Versicherungsschutz und Klageabweisung	244
d. Keine Wirkung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer	244
e. Notwendigkeit der Prüfung der Haftpflicht	246
2. Die präjudizielle Wirkung des § 3 Nr.8 PflVersG	247
3. Die Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG bei subjektiver Klagehäufung	247
a. Die Anwendung beim Teilurteil	247
b. Die Anwendung nach versäumtem Rechtsmittel	248
4. Die Bedeutung des § 3 Nr.8 PflVersG bei unrechtmäßigem Verhalten des Anspruchstellers	249
a. Die Ausnutzung des Trennungsprinzips	251
b. Die prozessuale Bewältigung der Säumnis des unredlichen Versicherungsnehmers	253
c. Die Aussetzung gem. § 148 ZPO zur Abwehr unredlichen Verhaltens	256
d. Die Streithilfe zur Abwehr unredlichen Verhaltens	257
e. Die negative Feststellungsklage zur Abwehr unredlichen Verhaltens	258

K. Praktische Auswirkungen des Ergebnisses für den Schuldbeitritt	260
1. <i>Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt ohne gesetzliche Anordnung</i>	260
2. <i>Der Klageantrag bei der Gesamtschuldnerschaft</i>	261
3. <i>Der Innenausgleich gem. § 426 II 1 BGB als Fall der Rechtskrafterstreckung</i>	263

Literaturverzeichnis

- Allorio, Enrico** Rechtsschutzbedürfnis, ZZP 67,321
- Arens, Peter / Lüke, Gerhard** Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Vollstreckungsverfahren, 6. Auflage, 1994
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus** Handelsgesetzbuch, 29.Auflage, 1995, 31.Auflage, 2003
- Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang** Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22. Auflage, 2000
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter** Zivilprozeßordnung, 62. Auflage, 2003, zitiert: Baumbach-Lauterbach-Bearbeiter
- Baumgärtel, Gottfried** Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZZP 67,423
- Baumgärtel, Gottfried** Probleme der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeitserstreckung im Falle einer Firmenübertragung während eines schwebenden Zivilprozesses, DB 1990,1905
- Baumgärtel, Gottfried** Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 1, 2.Auflage, 1991, zitiert: Baumgärtel-Bearbeiter
- Baur, Fritz / Stürner, Rolf** Lehrbuch des Sachenrechts, 16.Auflage, 1992
- Baur, Fritz / Stürner, Rolf** Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band I, 12.Auflage, 1995; Band II, 12.Auflage 1990
- Bettermann, Karl August** Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948
- Bettermann, Karl August** Streitgenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung, ZZP 90,121
- Becker-Eberhard, Ekkehard** In Prozeßstandschaft erstrittene Leistungstitel in der Zwangsvollstreckung, ZZP 104,413
- Becker-Eberhard, Ekkehard** Anmerkung zu BGH ZZP 107,81,87
- Bischof, Helmut** Die Streitverkündung, JurBüro 1984,969 u. 1142.
- Blomeyer, Arwed** Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZZP 75,1

Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2.Auflage, 1985
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, 1975
Blomeyer, Jürgen	Zum Streit über die Natur und Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft, JR 1968,407
Blomeyer, Jürgen	Rechtskraft und Rechtsmittel bei Klageabweisung, NJW 1969,587
Brehm, Wolfgang	Die Klage des Zedenten nach der Sicherungsabtretung, KTS 1985,1
Brox, Hans / Walker, Wolf Dietrich	Zwangsvollstreckungsrecht, 5.Auflage, 1996
Bruck, Ernst / Möller, Hans / Johannsen, Ralf	Versicherungsvertragsgesetz, 2.Band, §§ 49-80 VVG, 8.Auflage, 1980, 4.Band, Allgemeine Haftpflichtversicherung, 1970, 5.Band, Kraftfahrtversicherung, 1994
Cohn, Ernst	Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, AcP 135,77
Denk, Johannes	Das Verhältnis von Schadensersatzanspruch und Direktanspruch bei Kraftfahrt-Haftpflichtschäden, dargestellt am Problem der Bindungswirkung, VersR 1980,704
Dernburg, Heinrich	Pandekten, 1.Band, erste Abteilung, 1.Band, zweite Abteilung, 2.Band, 6.Auflage, 1900
Eickmann, Dieter	Vollstreckungstitel und Vollstreckungsklausel gegen Personengesellschaften, Rpfl. 1970,113
Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung, 1958
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 1989, 9.Auflage 1993, 10. Auflage 2000 zitiert: Erman-Bearbeiter
Esser, Josef / Schmidt, Eike	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, Teilband II, 1999
Esser, Josef / Weyers, Hans Leo	Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 8.Auflage, Teilband I, 1998, Teilband II, 2000
Fenge, Hilmar	Rechtskrafterstreckung und Streitgenossenschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen, NJW 1971,1920

Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 8.Auflage, 1992
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3.Auflage, 1979
Förster, A. / Kann, Richard	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Erster Band, 3.Auflage, 1913, Zweiter Band, 3.Auflage, 1926
Freyberger, Dietrich	Die Vertretung des Beklagten beim gestellten Unfall aus standesrechtlicher und prozessualer Sicht, VersR 1991,842
Freyberger, Dietrich	Prozessuale Möglichkeiten des Haftpflichtversi- cherers beim gestellten Verkehrsunfall, NZV 1992,391
Gaul, Hans Friedhelm	Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, Festschrift für Flume, 1978, S.443
Gerhardt, Heinz	Kollisionsgefahr in Kfz-Haftpflichtprozessen, NJW 1970,313
Gerhardt, Walter	Die Vollstreckung aus dem Verträge zugunsten Dritter, JZ 1969,691
GK-SGB IV	Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetz- buch- Gemeinsame Vorschriften für die Sozial- versicherung, zitiert: GK-SGB IV- Bearbeiter
Gottwald, Peter	Die Bewältigung privater Konflikte im gericht- lichen Verfahren, ZZP 95,245
Grunsky, Wolfgang	Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, 1968
Grunsky, Wolfgang	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Auflage, 1974
Grunsky, Wolfgang	Besprechung: Arwed Blomeyer, Zivilprozeß- recht, Erkenntnisverfahren, 2.Auflage, 1985, AcP 186,523
Gürgens, Heinrich	Die Singularsuceession in die Schuld, JherJB 8,221

Habscheid, Walther J.	Der Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Hachenburg, Max	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 8.Auflage, 1992ff, zitiert: Hachenburg-Bearbeiter
Häsemeyer, Ludwig	Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse - zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage, ZZZP 85,207
Häsemeyer, Ludwig	Drittinteressen im Zivilprozeß, ZZZP 101,385
Häsemeyer, Ludwig	Anmerkung zu BGH JR 1988,67,69
Hahn, C.	Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Materialien zur Civilprozeßordnung, Erste Abtheilung, 1880
Hahn, C. / Mugdan, B.	Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Achter Band, Materialien zum gesetz betr. Änderungen der Civilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung, 1898
Harms, Wolfgang	Die Reihenfolge der Prüfung von Prozeßvoraussetzungen, ZZZP 83, 167
Hasenbalg, H.	Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, 1929
Heintzmann, Walther	Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger bei Prozeßstandschaft ?, ZZZP 92,61
Hellwig, Konrad	Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899
Hellwig, Konrad	Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Ordentliches Verfahren ausschließlich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung, 1912
Hellwig, Konrad / Oertmann, Paul	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Zweiter Teil, Zwangsvollstreckung, 1919

Henckel, Wolfram	Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZZP 70,448
Henckel, Wolfram	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961
Henckel, Wolfram	Zur Auslegung des § 265 ZPO, ZZZP 82,333
Henckel, Wolfram	Anmerkung zu BGH ZZZP 88,324,329
Henckel, Wolfram	Die Veräußerung der Streitsache, Festschrift für Walder, 1994
Hirsch, Ernst E.	Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, JR 1960,291
Hirschberg, Lothar	Rechtskrafterstreckung gegen den KFZ-Haftpflichtversicherer ?, VersR 1973,504
Hoegen, Dieter	Bindungswirkung des Haftpflichturteils auch im Direktanspruch des geschädigten gegen den Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer ?, VersR 1981,1081
Höhne, Norbert	Begrenzung und Bindungswirkung der Entscheidung im Deckungsprozeß, VersR 1987,1167
Horn, Norbert	Bürgschaft und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980,2153
Huber, Ulrich	Rechtskrafterstreckung bei Urteilen über präjudizielle Rechtsverhältnisse, JuS 1972,621
Hüffer, Uwe	Das Rechtsschutzinteresse für eine Leistungsklage des Gläubigers und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft in den Fällen unmittelbarer und entsprechender Anwendung des § 727 ZPO, ZZZP 85,229
Jauernig, Othmar	Zivilprozeßrecht, 28.Auflage, 2003 zitiert: Jauernig, ZRP
Jauernig, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Auflage, 1999, 10.Auflage zitiert.: Jauernig-Bearbeiter, BGB
Jauernig, Othmar	Subjektive Grenzen der Rechtskraft und Recht auf rechtliches Gehör, ZZZP 101,361

Jox, Rolf	Probleme der Bindung von Gerichtsentscheidungen im Rahmen von §§ 111,113 BetrVG, NZA 1990,424
Kaser, Max	Das römische Zivilprozeßrecht, 1966
Kääh, Ottheinz	Anwaltliches Berufsrecht und Behandlung von Kfz-Schäden, NZV 1991,169
Keil, Adalbert	Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Leistungen an Dritte, ZZP 45,113
Keilbar, Fritz	Prozeßmumschaft des Haftpflichtversicherers, Bindungswirkungen und anwaltliches Mandat, NZV 1991,335
Kilger, Joachim / Schmidt, Karsten	Insolvenzgesetze, KO/VglO/GesO; 17.Auflage, 1997
Kipp	Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen, Kieler Festschrift für Jhering, 1892, S.1
Koch, C. F.	Recht der Forderungen, Band 3, 2.Ausgabe, 1859
Kogel, Walter	Anmerkung zu BGH NJW 1975,969 (Gesamtgläubigerschaft), NJW 1975,2063
Kohler, Josef	Über die Succession in das Prozessverhältnis, AcP 12,97
Kohler, Josef	Der Dispositionsnießbrauch, JherJB 24,187
Kohler, Josef	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erster Teil: Schuldrecht, 1906
Kohler, Josef	Ungehorsam und Vollstreckung im Civilproceß, AcP 80,141
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 8.Auflage, 1967, 14.Auflage, 1987
Larenz Karl / Canaris, Klaus Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2.Halbband, 13.Auflage, 1994
Leipold, Dieter	Anmerkung zu BAG AP 1979 Nr. 1 zu § 325 ZPO, Bl.316 R
Lemcke, Hermann	Probleme des Haftpflichtprozesses bei behaupteter Manipulation, (Teil A) r + s 1993,121, (Teil B) r + s 1993,161

Lippmann	Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, AcP 111,135
Loritz, Karl Georg	Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel, ZZP 95,310
Lüke, Gerhard	Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76,1
Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter	GmbH-Gesetz, Kommentar, 15.Auflage, 2000
Martens, Joachim	Rechtskraft und materielles Recht, ZZP 79,404
Medicus, Dieter	Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 9.Auflage, 1996
Medicus, Dieter	Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971,497
Merle, Werner	Die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstands, JA 1983,626
Michaelis, Karl	Der materielle Gehalt des rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage und bei der gewillkürten Prozeßstandschaft, Festschrift für Larenz, 1983 S.444
Mohrbutter, Jürgen / Mohrbutter, Harro	Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrecht, 2.Auflage, 1974
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 1 Allgemeiner Teil ,2.Auflage, 1984, 4. Auflage, 2001; Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 3.Auflage, 1994; Band 2a Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 4. Auflage 2001; Band 3 - Schuldrecht - Besonderer Teil, 2. Halbband, 2.Auflage, 1986; Schuldrecht - Besonderer Teil I, 3. Auflage 1995; Band 5, Schuldrecht - Besonderer Teil III; 4. Auflage, 2004; Band 6, Sachenrecht, 4. Auflage, 2004; zitiert: MüKoBGB-Bearbeiter
Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung	2. Auflage; Band 1, 2000; Band 2, 2000; Band 3, 2001; zitiert: MüKoZPO-Bearbeiter
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum BGB; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, 1888; Protokolle der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, 1897

Musielak, Hans-Joachim	Kommentar zur Zivilprozeßordnung; 3. Auflage, 2002, zitiert: Musielak-Bearbeiter
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2.Auflage, 1952
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, Band I, 3.Auflage, 1961
Nikisch, Arthur	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154,263
Nörr, Knut Wolfgang / Scheyhing, Robert	Handbuch des Schuldrechts, Band 2, Sukzessionen, 1983, zitiert: Bearbeiter, Hds-Sukzessionen
Nörr, Knut Wolfgang / Scheyhing, Robert. / Pöggeler, Wolfgang	Handbuch des Schuldrechts, Band 2, Sukzessionen, 2. Auflage,1999, (nur §§ 1-29), zitiert: Bearbeiter, Hds-Sukzessionen
Oertmann, Paul	Das Recht der Schuldverhältnisse, 2.Auflage, 1906
Oertmann, Paul	Die Einwirkung der Schuldübernahme auf schwebende Prozesse, JW 1932,193
Oetker	JurLitBl 1890,189
v. Olshausen, Eberhard	Rechtskraftwirkung von Urteilen über Gegenforderungen bei der Forderungszession, JZ 1976,85
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage 2002, 63.Auflage, 2004, zitiert: Palandt-Bearbeiter
Paschke, Marian / Oetker, Hartmut	Zur Dogmatik des Sukzessionsschutzes im Wohnraummietrecht, NJW 1986,3174
Planck, G.	Bürgerliches Gesetzbuch, Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse, 3. Auflage, 1907
Pohle, Rudolf	Besprechung: Adolf Schönke, Das Rechtschutzbedürfnis, ZZP 64,92
Pohle, Rudolf	Über die Rechtskraft im Zivil- und Strafprozeß, JurBl 1957,113ff
Prölss, Erich R.	Kraftfahrhaftpflichtschäden im Zeichen der action directe, NJW 1965,1737
Prölss, Erich / Martin, Anton	Versicherungsvertragsgesetz, 26.Auflage, 1998, zitiert: Prölss-Bearbeiter
Prütting, Hanns	Prozessuale Koordinierung von kollektiven und Individualarbeitsrecht, RdA 1991,257

Reichel, Hans	Die Schuldmitübernahme, 1909
Reichel, Hans	Besprechung: Heinrich Weiskopf, Der Begriff Rechtsnachfolge in der Zivilprozeßordnung, ZZP 44,537
Reiff, Peter	Zivilprozessuale Probleme der Haftpflichtversicherung insbesondere bei gestellten Verkehrsunfällen, VersR 1990,413
RGRK-BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, 12.Auflage, Band I, 1982, Band, II 3.Teil 1996, Band II 4.Teil, 1978
Renaud, Achilles	Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 2.Auflage, 1873
Rimmelspacher, Bruno	Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme, JR 1969,202
Rimmelspacher, Bruno	Materiellrechtlicher Anspruch u. Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, 1970
Rosenberg, Leo / Gaul, Hans Friedhelm / Schilken, Eberhard	Zwangsvollstreckungsrecht, 11.Auflage, 1997
Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 14.Auflage, 1986
Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter	Zivilprozeßrecht, 15.Auflage, 1993
Schack, Haimo	Drittwirkung der Rechtskraft ?, NJW 1988,865
Schaub, Günter	Arbeitsrechts-Handbuch, 8.Auflage, 1996
Schilken, Eberhard	Veränderungen der Passivlegitimation im Zivilprozeß, 1987
Schilken, Eberhard	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1995
Schilken, Eberhard	Zum Handlungsspielraum der Parteien beim prozessualen Anerkenntnis, ZZP 90,157
Schmidt, Karsten	Universalsukzession kraft Rechtsgeschäft, AcP 191,496
Schmidt-Räntsch, Ruth	Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, 1.Auflage, 1995
Schönke, Adolf,	Das Rechtsschutzbedürfnis, AcP 150,216

Schubert, W.	Anmerkung zu BGH JR 1975,66,67
Schuler	Die Firma im Prozeß und in der Vollstreckung, NJW 1957,1537
Schumann, Ekkehard	Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes, Festschrift für Larenz, 1983, S.571
Schuschke, Winfried / Walker, Wolf-Dietrich	Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Band I, Zwangsvollstreckung 1992 Band I §§ 704-915h ZPO., 3. Auflage, 2002
Schwab, Karl Heinz	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1954
Schwab, Karl Heinz	Bindung des Strafrichters an Zivilurteile?, NJW 1960,2169
Schwab, Karl Heinz	Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZP 77,124
Schwab, Karl Heinz	Anmerkung zu BGH ZZP 87,95,97
Schwab, Karl Heinz	Zur Drittwirkung der Rechtskraft, Festschrift für Walder, 1994, S.261
Selb, Walter	Handbuch des Schuldrechts, Band 5, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984
v. Seuffert, Lothar / Walsmann, Hans	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12.Auflage, 1932/33 mit Nachtrag 1934
Sieg, Karl	Die Rechtskrafterstreckung bei Rechtsnachfolge und ihre Bedeutung für die Vollstreckung nach § 883 ZPO, ZZP 66,23
Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand	Das practische gemeine Civilrecht, 3. Auflage, 1868
Soergel, Hans Theodor	Bürgerliche Gesetzbuch, 12.Auflage, ab 1987, Band 2, Schuldrecht I, Stand Juli 1990, Band 6, Sachenrecht, Stand Sommer/ Herbst 1989, zitiert: Soergel-Bearbeiter
Spellenberg, Ulrich	Drittbeteiligung im Zivilprozeß in rechtsvergleichender Sicht, ZZP 106,283
v. Staudinger, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1d, §§ 397-432, 10./11.Auflage 1978; §§ 397-432, 12.Auflage, 1994; 13. Bearbeitung 1999; §§ 563-580a, 13. Neubearbeitung 2003;

- §§ 611-615, 12. Auflage 1993, 13. Bearbeitung 1999;
4. Teil, §§ 705-822, 10./11. Auflage 1975;
§§ 765-778, 13. Bearbeitung, 1997;
- Buch 3 Sachenrecht
§§ 1018-1112, 12. Auflage, 1980, Neubearbeitung 2002
§§ 1113-1203, 12. Auflage 1979,
Neubearbeitung 2002
- zitiert: Staudinger-Bearbeiter
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin**
Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, 1964 / 1975; 20. Auflage, 1987 / 1989, 21. Auflage ab 1993; 22. Auflage ab 2002
zitiert: Stein-Jonas-Bearbeiter
- Stein, Friedrich / Juncker, Josef**
Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, 1928
- Stötter, Viktor**
Das Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Auftragsbürgen, insbesondere seine Beendigung durch Kündigung aus wichtigem Grunde (Verhältnis von § 671 und § 775 BGB), MDR 1970,545
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans**
Zivilprozeßordnung, 25. Auflage, 2003,
zitiert: Thomas/Putzo-Bearbeiter
- v. Tuhr, Andreas**
Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910/1918
- v. Tuhr, Andreas**
KVJSch 43,557
- Walther, Richard**
Der Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Verjährung gegen den Hauptschuldner, NJW 1994,2338
- Weber, Hansjörg**
Die Bürgschaft, JuS 1971,553
- Weimar, Wilhelm**
Für den juristischen Nachwuchs: Die Veräußerung des im Streit befangenen Gegenstands, MDR 1968,23
- Weimar, Wilhelm**
Befreiende Schuld- und Bürgschaftsübernahme ohne den Willen des Schuldners, JR 1972,285
- Werner, Olaf**
Die Vindikationslage des Nichteigentümers als Fall der gewillkürten Prozeßstandschaft - BGH NJW RR 1986,158, JuS 1987,855
- Westermann, Harry**
Die nachträgliche Entstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung, JZ 1962,302

Wetzell, Georg Wilhelm	System des ordentlichen Civilprocesses, 2.Auflage, 1865
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung, 2.Auflage, 1975ff
Winscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 5.Auflage, 1879
Wolfsteiner, Hans	Schuldübernahme und Unterwerfung, DNotZ 1968,392
Zeiss, Walter	Zivilprozeßrecht, 9.Auflage, 1997
Zeiss, Walter	Anmerkung zu JR 1974,156,157
Zeuner, Albrecht	Verfahrensrechtliche Folgen des Betriebsüber- gangs nach § 613a BGB, Festschrift für Schwab, 1990
Zöller, Richard	Zivilprozeßordnung, 24.Auflage, 2004, zitiert: Zöller-Bearbeiter
Zöllner, Wolfgang	Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190,471

Hinweis: Zitate ohne Angabe der Auflage beziehen sich jeweils auf die letzte im Literaturverzeichnis angegebene Auflage. Randnummern werden hinter der Zahl der genannten Vorschrift abgetrennt durch ein Komma angegeben.

I. Gegenstand der Untersuchung und Begriffsklärung

1. *Einteilung der Interzessionen*
2. *Funktion der Rechtskraft*
3. *Gesetzliche Regeln für die Rechtskrafterstreckung bei Interzessionen*
4. *Übersicht des Meinungsstands zur Rechtskrafterstreckung als allgemeiner Grundsatz*
Anhang: *grafische Darstellung der Interzessionen*

1. (Einteilung der Interzessionen) Der Begriff der Interzession (lat. wörtlich: Dazwischentritt) ist im heutigen juristischen Alltag kaum noch gebräuchlich. Er soll hier auch nicht belebt werden, sondern seine Nutzung soll nur zur Beschreibung und Abgrenzung der angestellten Untersuchungen erfolgen. Im gemeinen Recht war die Verwendung dieses Begriffs gängig. Mit ihm wurden diejenigen Rechtsinstitute bezeichnet, die die Übernahme fremder Verbindlichkeiten zum Gegenstand hatten¹, wobei die Verpflichtung in der Übernahme der Verbindlichkeit für, neben oder nach einem Schuldner bestehen kann. Der Begriff der Interzession wird in den Motiven II 657 erwähnt, jedoch wird kein Regelungsbedarf gesehen, weil die unter den Begriff fallenden Institute hinreichende Klärung bringen. Ganz allgemein ist in § 1822 Nr.10 BGB von der Übernahme fremder Schulden die Rede. Diese Vorschrift, die für die Übernahme fremder Schulden durch das Mündel für den handelnden Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt, soll allerdings nur dann gelten soll, wenn das Mündel nach seiner Leistung von dem Dritten Ersatz verlangen kann. Erfahrungsgemäß werden nämlich derartige Verbindlichkeiten bereitwilliger eingegangen, weil letztlich

¹Winscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 485, insbes. FN 2; Sintenis, CivilR II, 1868 teilen ein: a) privative oder principale Intercession, nämlich Expromission (Novation mit Parteiwechsel) und Intervention (Eintritt für neu entstehende Verbindlichkeit eines Dritten, ohne daß dieser dazwischen tritt, (Sintenis ordnet hier auch ein prozessuales Vorgehen ein, welches nach heutigem Verständnis einer passiven Prozeßstandschaft nahe kommt), b) kumulative oder akcessorische Intercession, nämlich Schuldbeitritt, Constitutum, Bürgschaft, Verpfändung; Koch, Recht der Forderungen, Bd.3, 2.Ausgabe, 1859, §§ 365ff: (fideiusso = Bürgschaft, mandatam qualificatum = Kreditauftrag, constitutum debiti alieni = Schuldversprechen für fremde Schulden, Intercession für Frauenspersonen); Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870, S.29,50ff: privative und cumulative Intercession sowie selbstschuldnerische (correus debendi) und nicht selbstschuldnerische (fideiussor) Intercession; Dernburg, Pandekten, Bd.2, 6.Aufl., 1900, § 83 sieht Intercessionen in der Eingehung einer persönlichen Schuld oder in der Bestellung eines Pfandrechts und teilt auch in private und kumulative Intercessionen ein (Pfandrecht erfaßt bewegliche und unbewegliche Sachen, im röm. Recht fiducia = mit Besitz, hypotheca = ohne sofortigen Besitz).

nicht mit einer Belastung gerechnet wird^{2,3}. Heute ist im allgemeinen die von *Reichel* verwendete, im wesentlichen aber auf das gemeine Recht zurückgehende Einteilung gebräuchlich. *Reichel* erfaßt als Interzessionen diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Übernahmen von Schulden Dritter im weitesten Sinn zum Gegenstand haben⁴. Dabei wird in reale und personale Arten aufgeteilt und folgendermaßen unterschieden⁵:

1. primäre oder selbstschuldnerische Interzessionen, welche in die private und die kumulative Schuldübernahme einzuteilen sind.
2. sekundäre oder einständerische Interzessionen, welche in Realinterzessionen (Fälle dinglicher Haftung wie Hypothek und Pfand) oder Personalinterzession (Bürgschaft) einzuteilen sind.

Reichel ordnete auch abstrakte Rechtsinstitute wie Sicherungsschuld, Sicherungsübereignung und Sicherungscession unter die Interzessionen ein, sofern persönlicher Schuldner und Sicherungsgeber verschiedene Personen sind⁶; ebenso lassen sich Verpflichtungen aus Wechsel und Scheck hier unterbringen, wenn der Schuldner des der Hingabe des Wertpapiers zugrunde liegenden Geschäfts nicht mit demjenigen aus dem Wertpapier identisch ist. Diese Institute sollen jedoch bei der nachfolgenden Betrachtung der Erstreckung der Rechtskraft weitgehend außer Betracht bleiben, weil sie regelmäßig für ihre Rechtswirksamkeit den Bestand einer gesicherten Forderung nicht voraussetzen, hier es jedoch vornehmlich um den Einfluß der gesicherten Forderung auf die einzelne Interzession und um den Einfluß der Interzession auf die gesicherte Forderung gehen soll⁷.

²Erman-Holzhauser, § 1822,27; Palandt-Diederichsen, § 1822,22; BGHZ 107,26.

³Im röm.Recht war die Interzession Männern vorbehalten: Tit. Dig. ad S.C. Velleianum 16.1, Cod 4,29.

⁴Reichel, Schuldmitübernahme, S.17f, 22ff; Staudinger-Brändl, (10./11. Aufl.), vor § 765,1; Staudinger-Horn, Vorbem. zu §§ 765ff,1; MüKoBGB-Habersack, vor § 765,1; Erman-Seiler, Vor § 765,1; RGZ 133,3; 158,210.

⁵vgl. die grafische Darstellung im Anschluß an die Einleitung.

⁶Reichel, Schuldmitübernahme, S.22f.

⁷Bei den abstrakten Rechtsinstituten stellt regelmäßig ein Begebungsvertrag die causa für ihre Begründung dar; die Verknüpfung der gesicherten Forderung mit dem Sicherungsrecht findet über die Sicherheitsabrede statt, aus welcher der vom Schuldner verschiedene Dritte aber nur unter den Voraussetzungen des § 328 BGB gegenüber dem Sicherungsgeber Rechte begründen kann. Einreden aus dem Kausalgeschäft werden aus §§ 812, 823, 242 BGB hergeleitet. Beim Wechsel und Scheck stellt die Rechtsprechung nunmehr auf die Lehre von der

Auch im gemeinen Recht war man sich selbstverständlich dessen bewußt, daß es sich bei den Interzessionen um eine Gruppe von Rechtsgeschäften handelt, die neben der Gemeinsamkeit, daß für eine fremde Verbindlichkeit die Einstandspflicht übernommen wird, in ihrer Natur und ihrer äußeren Erscheinung nach erhebliche Verschiedenheiten aufweisen⁸. Nach heutigem dogmatischen Verständnis wird ebenfalls sogleich sichtbar, daß es sich in der von *Reichel* benutzten Systematik, die dem gültigen traditionellen, juristischen Sprachgebrauch entsprach, um ganz unterschiedliche Rechtsfiguren handelt. Schuldübernahme und Schuldbeitritt werden als abstrakte Institute⁹ angesehen, welche für den Übergang einer Verbindlichkeit auf einen Dritten oder den Einbezug eines Dritten sorgen. Die Bürgschaft stellt ein schuldrechtlicher Vertrag dar¹⁰; Pfandrecht und Hypothek sind sachenrechtliche Institute. Sie sind aber von der Konstruktion her mit der Bürgschaft zu vergleichen, wenn man auf das schuldrechtliche, von der gesicherten Kausalforderung zu trennende Verpflichtungsgeschäft abstellt, mit welchem der Besteller eines dinglichen Rechts mit dem späteren Berechtigten die Bestellung vereinbart und welches zur Begründung eines jeden dinglichen Rechts erforderlich ist¹¹. Der sachenrechtliche Teil bringt den Haftungsgegenstand zum Ausdruck, auf welchen die Haftung beschränkt ist.

Die aufgezeigten Unterschiede machen schon deutlich, daß auch unterschiedliche Ansätze für die Frage einer Bindungswirkung einzelner Beteiligten bei den Rechtsgeschäften mit Interzessionscharakter in Betracht kommen¹².

Zweckbindung ab, um auf diese Weise auch solche Einreden zu ermöglichen, die nicht auf den Nenner eines Rückforderungsanspruchs gebracht werden können, vgl. BGH NJW 1983,1059; 1986,1872.

⁸vgl. Hasenbalg, S.27f.

⁹vgl. MüKoBGB-Möschel, vor § 414,11 u. § 414,2 (allerdings Schuldbeitritt nur Verpflichtungscharakter); Soergel-Zeiss, vor § 414,2.

¹⁰Kohler, Lehrbuch, 2.Bd. Teil 1, § 84 II, S.228 sieht die Bürgschaft insofern als abstrakte Verpflichtung an, als die Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger ohne Beziehung auf das Verhältnis zum Hauptschuldner geschieht.

¹¹Von daher ist die Bemerkung von Sintenis, CivilR II, § 129 FN 1 verständlich, bei den Interzessionen handele es sich um eine Kombination und Abstraktion von Geschäften.

¹²Die Unterscheidung zwischen abstraktem Geschäft wie Schuldübernahme und Schuldbeitritt, denen Überleitungsfunktion zukommt, auf der einen Seite und schuldrechtlichem Geschäft wie die Bürgschaft auf der anderen Seite wird auch bei der Frage des Rechtswegs sichtbar. So ist bei einem Schuldbeitritt für eine

2. (Funktion der Rechtskraft) Es drängt sich für die prozessuale Rechtspraxis sofort auf, daß bei rechtlichen Vorgängen, die Beteiligung mehrerer Personen vorsehen, die Frage nach der Verbindlichkeit einer gerichtlichen Entscheidung, die zwischen zwei Beteiligten ergangen ist, für das Verhältnis zu weiteren Beteiligten bedeutsam sein kann. Man wird sich kaum mit dem Gedanken anfreunden können, daß es ohne weiteres erlaubt ist, demjenigen, der für einen Dritten Aufwendungen erbringt und dann Erstattung fordert, anschließend entgegenzuhalten, ein Ersatz sei nicht gerechtfertigt, weil die Aufwendungen zu Unrecht erbracht worden seien. Verlässlichkeit und Vertrauen sind Tugenden, ohne die ein geordnetes Rechtsleben nicht auskommt.

Dabei ist die Bindung der Streitparteien selbst an eine gerichtliche Entscheidung eine juristische und wohl auch soziale Selbstverständlichkeit¹³. Jede gerichtliche Entscheidung hat die Aufgabe einer Konfliktbewältigung¹⁴. Es soll Ausgleich für die Vergangenheit sowie gleichzeitig oder auch ausschließlich eine Regelung für Gegenwart und Zukunft geschaffen werden. Diese Absichten liegen sowohl im Interesse des Einzelnen als auch im Sinn der Allgemeinheit. Werden gerichtliche Entscheidungen infrage gestellt, beeinträchtigt dies den Rechtsfrieden; die Gefahr eines Autoritätsverlusts staatlicher Entscheidungsorgane kann nicht von der Hand gewiesen werden¹⁵. Für die mit der Erarbeitung einer Entscheidung Befassten stellt daneben auch die Vermeidung doppelter Mühe einen wichtigen Aspekt dar¹⁶. Zur rechtstechnischen Durchsetzung dieser Ziele werden heute als hauptsächliche prozessuale Institute die formelle und die materielle Rechtskraft eingesetzt. Die formelle Rechtskraft hat

öffentlich-rechtliche Forderung nicht das Zivilgericht zuständig, vgl. BGHZ 72,56 = NJW 1978,2091 = LM § 419 BGB Nr.34, während der Bürge für eine öffentlich-rechtliche Forderung vor dem Zivilgericht in Anspruch zu nehmen ist, vgl. BGH NJW 1984,1623.

¹³Sintenis, CivilR I, § 34: das Bedürfnis eines positiven Instituts wie der Rechtskraft ist ein allgemeines,.....denn dadurch kann die Rechtsunsicherheit.....vermieden werden, während die entgegengesetzte Gefahr, daß zuweilen ungerechte Urteile aufrechterhalten werden, bei weitem geringer erscheint.

¹⁴Für den Zivilprozeß vgl. nur Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 1 III 5, S.3; Zöller-Vollkommer, Einl. 39; Gottwald, ZZP 95,245.

¹⁵Schack, NJW 1988,865; MüKoZPO-Gottwald, § 322,2.

¹⁶BGHZ 3,385(388) nennt von den öffentlichen Interessen an einer Bindung die Vermeidung wiederholter Befassung der Gerichte mit einer Sache noch vor der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen.

zur Folge, daß die gerichtliche Entscheidung nicht mehr mit einem befristeten Rechtsbehelf (Rechtsmittel, Einspruch) angegriffen werden kann¹⁷; für den Bereich des Zivilrechts ist dies in §§ 705 ZPO, 19 EGZ-PO geregelt. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Rechtsbehelfen gegenüber einer bereits vorliegenden Entscheidung stellen Prozeßfortsetzungsbedingungen dar¹⁸. Sie sind daher innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, welches bereits eine gerichtliche Entscheidung erfahren hat, grundsätzlich an vorderster Stelle zu prüfen. Kann deren Vorliegen nicht festgestellt werden, ist zugleich formelle Rechtskraft gegeben. Ohne daß an dieser Stelle der prozessualen Rechtskrafttheorie, welche heute in der Ausprägung der ne-bis-idem-Lehre in der Rechtsprechung¹⁹ und in Teilen der Wissenschaft²⁰ vertreten wird, oder der materiellen Rechtskrafttheorie, welche in der modernen Form in der Literatur vertreten wird^{21,22}, der Vorzug gegeben werden müßte, besteht Einigkeit in der Auswirkung der materiellen Rechtskraft. Es ist jedenfalls verboten, über den durch eine materiell rechtskräftig gewordene gerichtliche Entscheidung geregelten Streitgegenstand abweichend zu erkennen (positive Funktion der Rechtskraft, Widerspruchsverbot). Für die Praxis bedeutet die Unangreiflichkeit zugleich, daß der Eintritt in eine erneute Verhandlung über eine einmal rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ausgeschlossen ist (negative Funktion der Rechtskraft, Wiederholungsverbot)²³. Es leuchtet daher ein, wenn das Wiederholungsverbot auch als technische Unterfrage des Widerspruchsverbots bezeichnet wird²⁴. Während sich somit die formelle Rechtskraft gegen die Fortführung eines abgeschlos-

¹⁷Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 149 I, S.908; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 88 I, S:467; Thomas/Putzo-Putzo, ZPO, § 705,1; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf §§ 322-327,1. Zöller-Vollkommer, § 705,1; Musielak-Lackmann, § 705,6; Weltzell, System, § 47 S.517f FN 11.

¹⁸zum Begriff: BGH NJW 1987,2588.

¹⁹BGHZ 34,337; 36,365,367; BGH NJW 1983,2032; 85,2535.

²⁰Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 151 II 2 u.3, S.916; Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, § 322,5ff; Zöller-Vollkommer, vor § 322,17ff; Stein-Jonas-Leipold, § 322,39; Musielak, § 322,5.

²¹Pohle, Über die Rechtskraft im Zivil- und Strafprozeß, JurBlätter 1957,113ff; Jürgen Blomeyer, JR 1968,407.

²²zur Entwicklung der Rechtskraftlehre zusammenfassend Gaul, FS Flume, 1978, S. 443.

²³BGHZ 34,337; 36,367; BGH NJW 1985,2535; 1985, 2825; Thomas/Putzo-Reichold, § 322,6,7; Zöller-Vollkommer, Vor § 322,21; MüKoZPO-Gottwald, § 322,13; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 151 III 1, S.917; Stein-Jonas-Leipold, 19. Aufl., III 1 zu § 322; nur Verbot einer widersprechenden Entscheidung: Arens-Lüke, Rdnr. 353.

²⁴Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 88 III 2, S.470f.

senen Prozesses wendet²⁵, stellt bei Identität des Streitgegenstands in einem Folgeprozeß die materielle Rechtskraft der Entscheidung im vorausgegangenen Prozeß eine negative Prozeßvoraussetzung dar. Liegt Identität vor, muß im Folgeprozeß die Klage als unzulässig abgewiesen werden. Ist dagegen die Entscheidung im vorausgegangenen Prozeß für den Folgeprozeß vorgreiflich, weil die dort rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge im jetzigen Subsumtionsprogramm eine notwendige Voraussetzung darstellt, ist diese Rechtsfolge nunmehr bei der Prüfung der Voraussetzungen jeglichem Streit entzogen²⁶. Im Bereich der Identität des Streitgegenstands löst folglich die materielle Rechtskraft als negative Prozeßvoraussetzung diejenige des Fehlens anderweitiger Rechtshängigkeit gem. § 261 II ZPO ab²⁷. Diese stand während des schwebenden Prozesses jeglicher anderer Streitigkeit über denselben Streitgegenstand entgegen. Dieselbe Forderung kann von dem demselben Kläger nicht doppelt verfolgt werden; der Beklagte kann nicht deren Bestand durch negative Feststellungsklage leugne^{28,29}. Im Bereich der Präjudizialität läßt sich naturgemäß ein solcher „Vorgänger“ nicht finden. Vielmehr ist es ohne weiteres erlaubt, die Klage um einen solchen Streitgegenstand zu erweitern oder auch in einem anderen Rechtsstreit zu verfolgen, dem für den zunächst verfolgten Streitgegenstand präjudizielle Bedeutung zukommt oder für welchen der zunächst verfolgte Streitgegenstand präjudiziell wirkt. Folgende Beispiele mögen für diese beiden Möglichkeiten herhalten: So ist es bei der auf das Eigentum gestützten Herausgabeklage

²⁵konsequenterweise ist mangels formeller Rechtskraft der Streit über die Beendigung eines Rechtsstreits durch Prozeßvergleich nicht in einem neuen Rechtsstreit auszutragen, herrschende Meinung: Thomas/Putzo-Putzo, § 794,36; Musielak-Lackmann, § 794,21; BGHZ 28,271; 86,184.

²⁶Dazu wird man auch bei einer Aufrechnung des Beklagten den Einwand des Klägers rechnen müssen, die Forderung sei rechtskräftig aberkannt.

²⁷Im gemeinen Recht wurde die auf dem Prozeßrecht beruhende exceptio der anderweitigen Rechtshängigkeit als dilatorische Einrede angesehen, vgl. Dernburg, Pandekten, 6.Aufl., 1900, Bd.1.1, § 138. Im klassischen Kognitionsverfahren des röm.Rechts hatte bereits die litis contestatio (Kriegsbefestigung = Ergebnis von Klagebitte und Gegenbitte) bereits Ausschlußwirkung. Erst im nachklassischen Prozeß wurde diese Wirkung der exceptio rei iudicatae beigemessen, vgl. Wetzell, System, § 14,1, S.109ff.

²⁸Eine Klageforderung kann allerdings anderweitig zur Aufrechnung gestellt werden, da die Aufrechnung nicht zur Rechtshängigkeit führt, vgl. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 105 IV 2, S.598.

²⁹Im Legisaktionen-, Formular- oder Kognitionsprozeß des röm. Rechts ergab die Notwendigkeit der Vollstreckung beim nicht freiwillig leistenden Schuldner durch eine dem kondemnierenden Urteil anzustrengende Judikatsklage = actio iudicati die Zulassung eines zweiten Streitverfahrens in derselben Sache. Aller-

dem Kläger möglich, außerdem die Feststellung als Eigentümer zu verlangen. Andererseits kann eine auf Feststellung des Bestehens der Ersatzpflicht gerichtete Klage ohne weiteres um eine Leistungsklage wegen eines bereits bestimmbareren Schadens erweitert werden³⁰.

Im Bereich des materiellen Zivilrechts ersetzt als allgemeiner Ordnungsbegriff derjenige der Akzessorietät denjenigen der Präjudizialität. Akzessorische Rechtsverhältnisse wurden im gemeinen Recht als solche beschrieben, die eine vorhandene Verbindlichkeit voraussetzen, wobei die erste Klasse an eine eigene Verbindlichkeit anknüpft, während die weitere Klasse die eben erwähnten Interzessionen erfaßt³¹. Heute wird die Akzessorietät als Verhältnis von zwei Verpflichtungen gesehen, bei welchen die akzessorische Verpflichtung vom Bestand der anderen abhängig ist³²; abstrakte Rechtsinstitute fallen also heraus³³.

Es wurde bereits angemerkt, daß eine Rechtsverfolgung hinsichtlich des präjudiziellen Rechtsverhältnisses, sofern nicht bei einer Feststellungsklage gem. § 256 II ZPO die Vorgeiflichkeit zur Erleichterung der Annahme des Feststellungsinteresses benötigt wird, durchaus auch in getrennten Rechtsstreitigkeiten geschehen kann³⁴. Allerdings ist dann die Gefahr von Divergenzen gegeben, wenn der komplexere, das vorgeifliche Rechtsverhältnis einbeziehende Rechtsstreit zuerst entschieden wird. So wirkt es für einen Rechtsuchenden keinesfalls überzeugend, wenn das erste Gericht einen Kaufpreisanspruch mangels Kaufvertrag ablehnt, das

dings lief der die Judikatschuld leugnende Schuldner Gefahr, daß die Urteils-
summe verdoppelt wurde (Litiskreszenz); vgl. Kaser, § 56 II, S. 297,298.

³⁰Es kommt nicht nur eine Kombinationen mit einer Feststellungsklage in Betracht. Weiteres Beispiel: Die Erweiterung der Klage um eine Nebenforderung.

³¹Koch, § 365 = S.1022f: bei einer Anknüpfung an eine eigene Verbindlichkeit wird diese durch die akzessorische Verbindlichkeit verstärkt oder aufgelöst. Dementsprechend wurden hier zum Beispiel Anerkenntnis und Vergleich eingeordnet.

³²Medicus, Jus 1971,479 spricht vom führenden und vom geführten Rechtsverhältnis, eine Beeinflussung findet jeweils nur in eine Richtung, nämlich vom führenden auf das geführte Rechtsverhältnis statt. vgl. auch Staudinger-Kaduk, 10./11.Aufl., Einl. §§ 420ff,125; Larenz, SR I, § 35 I c, S.609.

Beispiele: Vertragsstrafe, Vormerkung, Pfandrecht.

³³Definition der Begriffe abstrakt u. akzessorisch bei Cohn, AcP 135,77 FN 18.

³⁴Diese Konstellation ist typisch für die Klage, die auf Feststellung des Bestehens der Ersatzpflicht für zukünftige Schäden gerichtet ist. Ist einer solchen Klage bereits eine auf dasselbe Schadensereignis gestützte Leistungsklage vorausgegangen, mußte dort bei einem Obsiegen des Klägers der Bestand der Ersatzpflicht als vorgeifliches Rechtsverhältnis geprüft werden.

zweite Gericht dagegen den Bestand des Vertragsverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer bestätigt. Bei einer Verfolgung dieser beiden Streitgegenstände im Wege der Klagehäufung ist bei prozessual korrekter Behandlung eine Divergenz nicht zu befürchten. Der Anspruch, für welchen das vorgreifliche Verhältnis auch von Bedeutung ist, kann allenfalls gleichzeitig mit dem Anspruch des vorgreiflichen Verhältnisses entschieden werden, sofern dieses für den Lösungsgang relevant ist, weil für den weitgehenden Anspruch dann nicht früher Entscheidungsreife eintreten kann. Eine frühere Erledigung kommt also nur dann in Betracht, wenn es für die Entscheidung nicht auf das vorgreifliche Verhältnis ankommt. Da aber die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung in diesem durch ein Rechtsmittelgericht einzubeziehen ist³⁵, dürften derartige Fälle ganz selten sein^{36,37}.

Für die Bindungswirkung der Parteien und des Gerichts durch die materielle Rechtskraft muß aus § 325 ZPO entnommen werden, daß diese grundsätzlich nur zwischen den Parteien eines Rechtsstreits wirkt. Für die formelle Rechtskraft ist dies aufgrund allgemeiner prozeßrechtlicher Grundsätze auch anzunehmen. Die Fortsetzung eines Prozesses durch Dritte ohne ausdrückliche Legitimation des Prozeßrechts (gesetzlicher

³⁵BGH NJW 1991,2699; 1996,1478; 1999,1035; 2002, 806; Zöller-Vollkommer, § 301,7; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 301,5.

³⁶Es ist hier an zweifelsfrei nicht rechtsmittelfähige Entscheidungen zu denken.

³⁷Man muß außerdem zwischen der Feststellungsklage gem. § 256 I ZPO und derjenigen gem. § 256 II ZPO unterscheiden. So ist es möglich, beim Vorliegen einer Feststellungsklage gem. § 256 I ZPO und einer auf dasselbe Rechtsverhältnis gestützte Leistungsklage durch Teilurteil abweisend über die Leistungsklage zu entscheiden, wenn die Leistungsklage nicht daran scheitert, daß das Rechtsverhältnis verneint wird und die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen von Teil- und Schlußurteil nicht besteht. Es ist allerdings zuzugeben, daß bereits dann Divergenzgefahr besteht, wenn die Möglichkeit einer anderen Sichtweise hinsichtlich des zur Abweisung führenden Punktes durch das Rechtsmittelgericht gegeben ist, regelmäßig Divergenzgefahr zu bejahen ist. Dementsprechend kommen hier nur Fälle in Betracht, bei welchen auch das Rechtsmittelgericht nicht in die Prüfung des Rechtsverhältnisses eintreten muß. Dies ist etwa bei einer Verteidigung mit einer Primäraufrechnung der Fall, welcher eine unstrittige oder rechtskräftig festgestellte Forderung zugrunde liegt.

Ist dagegen eine Verbindung der Leistungsklage mit einer Feststellungsklage gem. § 256 II ZPO gegeben, bei welcher Vorgreiflichkeit abgelehnt und Entscheidungsreife der Leistungsklage bejaht wird, scheidet ein Teilurteil aus. Es ist sofort über beide Streitgegenstände zu urteilen, weil die Vorgreiflichkeit für die Feststellungsklage zu verneinen ist und diese daher abgewiesen werden muß. Über die Leistungsklage kann ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältnis entschieden werden (vgl. BGH NJW RR 1994,1272 = LM § 256 Nr.181 mit Anm. Grunsky; BGH LM § 280 ZPO a.F. Nr.2; Zöller-Greger, § 256,25).

Prozeßstandschafter, Streithelfer) oder des materiellen Rechts (Rechtsnachfolger) ist im Zivilprozeß unbekannt.

3. (Gesetzliche Regeln für die Rechtskrafterstreckung bei Interzessionen) Sind bei akzessorischen Rechtsverhältnissen für eigene Verbindlichkeiten schon Rechtskraftfragen von Interesse, so gilt dies, wie bereits eingangs bemerkt wurde, für Interzessionen auch in besonderem Maße. Eine unmittelbare, allgemeine gesetzliche Regelung dieser Fälle gibt es bekanntlich nicht. Daß für die in § 325 ZPO aufgeführten Fälle eine Bindungswirkung für nicht beteiligte Dritte vorgesehen ist, leuchtet jedoch sogleich ein. Eine Partei soll im laufenden Prozeß nicht mit einem neuen Gegner konfrontiert werden, niemand soll sich durch eine Rechtsübertragung aus einem Prozeß stehlen können. Ein einmal erstrittenes Ergebnis soll nicht durch eine Übertragung des Rechts nach Prozeßabschluß infrage gestellt werden können. Da der Rechtsnachfolger jeweils ein Recht erwirbt, welches im weitesten Sinn mit einem gerichtlichen Verfahren oder einer gerichtlichen Entscheidung belastet ist, geschieht dem informierten Erwerber auch kein Unrecht. Der nicht informierte Erwerber kann sich dagegen, wie § 325 III ZPO zeigt, auf seinen guten Glauben hinsichtlich einer fehlenden Belastung mit einem Verfahren oder einer Entscheidung berufen.

Entsprechend den bisherigen Überlegungen besteht das Bedürfnis nach einer Klärung, ob eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte bei Interzessionen gleichwohl unabhängig von der prozessualen Regelung stattfindet. Folgt man der Einteilung von *Reichel*, so ist ein grundlegender Unterschied zwischen den Instituten beider Gruppen darin zu sehen, daß bei der Schuldübernahme der Übernehmer jeweils aus der Urschuld allein oder neben dem Urschuldner verpflichtet wird, die Urschuld also Rechtsgrund bleibt, während bei der zweiten Gruppe der Rechtsgrund für den zusätzlichen Schuldner allein der Bürgschaftsvertrag oder das der Bestellung der dinglichen Haftung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft darstellt³⁸, wobei der dingliche Bestellungsakt als Voraussetzung der dinglichen Haftung, die von jedermann zu respektieren ist, hinzutret-

³⁸Hellwig, Rechtskraft, § 45 I 2, S.314; Reichel, Schuldmitübernahme, S.22ff; Erman-Westermann, Vor § 414,9 und Erman-Seiler, Vor § 765,2; Soergel-Zeiss, vor § 414,2.

ten muß^{39,40}. Dementsprechend bleibt aus prozessualer Sicht bei der ersten Fallgruppe (objektive) Identität gewahrt, eine bisher fremde Schuld wird nunmehr als eigene anerkannt, während bei der zweiten Fallgruppe eine eigene (originäre) Verpflichtung begründet wird, in deren Rahmen die fremde Schuld vorgreiflich ist.

Gesetzliche Anhaltspunkte für die Regelung, ob eine Rechtskrafterstreckung in Betracht kommt oder ausscheidet, sind mehrfach bei diesen Rechtsverhältnissen vorhanden. Sofern eine Gesamtschuld zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner angenommen werden kann, gilt für deren Verhältnis grundsätzlich § 425 II BGB; diese Vorschrift kann einer Rechtskrafterstreckung außerhalb prozessualer Regeln entgegenstehen^{41,42}. Soweit es um akzessorische Verhältnisse der zweiten Gruppe der Interzessionen geht, läßt sich aus §§ 768 I 1, 1137 I 1, 1211 I BGB entnehmen, daß eine Erstreckung der Rechtskraft vom führenden Rechtsverhältnis auf das geführte Rechtsverhältnis sich dann aufdrängt, wenn der Bestand der zu sichernden Forderung im Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner oder zum Schuldner der durch Pfand oder Hypothek gesicherten Forderung rechtskräftig verneint wurde. Dies entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur⁴³. Wie oben schon erwähnt, bieten die Sicherungsübereignung, die Sicherungsabtretung und die Sicherungsgrundschuld entsprechend ihrer abstrakten Rechtsnatur keinen gesetzlichen Anhaltspunkt für eine Rechtskrafterstre-

³⁹zur Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem und sachenrechtlichem Geschäft vgl.: Palandt-Bassenge, Einl. v. § 854,16; § 1113,3ff; § 1204,3ff; Erman-Räfle, 9. Aufl., § 1113,21 u. Erman-Küchenhoff/Michalski, Vor § 1204,1.

⁴⁰Im gemeinen Recht wurde zwar zwischen gesicherter Forderung und Pfandvertrag unterschieden, ein dem Pfandrecht zugrunde liegendes Verpflichtungsgeschäft aber nicht erwähnt, wohl weil erst im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß von Savigny sich die Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag durchgesetzt hat.

⁴¹Reichel, Schuldmitübernahme, S.533 hat in §§ 325 ZPO, 425 II, 767 BGB die für eine Rechtskrafterstreckung in Betracht kommenden Vorschriften gesehen und für die kumulative Schuldübernahme eine Analogie zu § 767 BGB erwogen.

⁴²Beim Vertrag zugunsten Dritter wird eine Ablehnung der Rechtskrafterstreckung im Verhältnis des Versprechenden zum Versprechensempfänger mit den Rechtsgedanken der §§ 425 II, 429 III BGB abgelehnt, vgl. BGHZ 3,385 (389); a.A. Schwab, ZZP 77,124,149.

⁴³BGH NJW 1965,579, 1970,279, 1987,2076; Thomas/Putzo-Reichold, § 325,5; Zöller-Vollkommer, § 325,5; Musielak, § 325,15; Palandt-Sprau, § 767,4 und Palandt-Bassenge § 1137,4 u. § 1211,4; Staudinger-Horn, Vorbem. zu §§ 765ff,166, 768,25; Erman-Seiler § 768,3,6 und Erman-Küchenhoff/Michalski, § 1211,5; Huber, Jus 1972,621; Weber, Jus 1971,553; Fenge, NJW 1971,1920; für die Hypothek Erman-Wenzel, § 1137,2,7 mit Hinweis auf Einbezug von § 892 BGB

ckung auf Dritte, weil zu ihrem dinglichen Bestand die zu sichernde Forderung nicht notwendig ist und damit das Merkmal eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses fehlt.

Für beide hier zu untersuchenden Fallgruppen der Interzessionen gibt es Regelungen des Rechtsübergangs, sofern der nach dem jeweiligen Innenverhältnis nachrangig Verpflichtete leistet. Beim Vorliegen einer Gesamtschuld findet gem. § 426 II BGB ein -möglicherweise anteiliger- Forderungsübergang statt. Hatte der Gläubiger zuvor gegenüber dem nicht leistenden Schuldner in Ansehung der Gesamtschuld einen Titel erstritten, liegt es für den Fall des § 426 II BGB nahe, den Titel gem. § 727 ZPO auf den leistenden der Gesamtschuldner umzuschreiben⁴⁴. Gem. §§ 774, 1143, 1225 BGB findet ebenfalls ein Forderungsübergang statt, wenn der Bürge oder der vom Schuldner verschiedene Verpfänder oder Besteller der Hypothek leistet. Auch hier ist eine Titelumschreibung gem. § 727 ZPO möglich⁴⁵. Dagegen ist bei den abstrakten Sicherungsgeschäften kein Anhaltspunkt für eine Rechtskrafterstreckung gegeben. Zahlt der vom Schuldner fremde Sicherungsgeber, findet grundsätzlich ein Rechtsübergang auf den Sicherungsgeber nicht statt. So greifen auch §§ 1143, 426 II BGB nicht ein, wenn der vom Schuldner verschiedene Eigentümer auf die Grundsschuld zahlt⁴⁶. Zahlt er auf Forderung, geht diese nur über, wenn eine Abtretung vereinbart wird und die Zahlung nicht der Erfüllung dient⁴⁷.

4. (Übersicht des Meinungsstands zur Rechtskrafterstreckung als allgemeiner Grundsatz) Sind gesetzliche Prozeßstandschaft und Rechtsnachfolge nach Rechtshängigkeit die in § 325 ZPO genannten Vorausset-

⁴⁴Zöller-Stöber, § 727,7; Thomas/Putzo-Putzo, § 727,12; Stein-Jonas-Münzberg, § 727,14 u.FN 35; Staudinger-Kaduk, 10./11. Aufl. § 426,139; MüKoBGB-Selb, § 426,15 (3. Aufl.) verneint unter Berufung auf BayObLGZ 70,125 = NJW 1970,800 eine Umschreibung gem. § 727 ZPO, weil der Beweis des Umfangs der Ausgleichspflicht nicht durch Urkunden nachweisbar sei. Dies ist allerdings lediglich ein tatsächliches Problem (so Thomas/Putzo-Putzo, § 727,12; Musielak-Lackmann, § 727,8 -gesetzl. Forderungsübergang; Stein-Jonas Münzberg, § 727, FN 35) welches möglicherweise schon durch eine Anhörung gem. § 730 ZPO beseitigt werden kann. Im übrigen bleibt der Weg gem. § 731 ZPO.

MüKoZPO-Wolfsteiner, § 727,19 bejaht eine Umschreibung auch für § 426 I 1 BGB und weist darauf hin, es sei nicht Sache des Ausgleichsberechtigten, eine von § 426 I 1 BGB abweichende Quote nachzuweisen.

⁴⁵Zöller-Stöber, § 727,7.

⁴⁶BGH NJW 1988,2730; Erman-Wenzel, § 1191,85.

⁴⁷BGH NJW 1982,1308; Palandt-Bassenge, § 1191,44.

zungen für eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte, so ist in der Vergangenheit vielfach überlegt worden, ob unabhängig von den gesetzlich aufgeführten Fällen der Rechtskrafterstreckung, die sehr verstreut in der Rechtsordnung enthalten sind, ein allgemeines Prinzip sichtbar gemacht werden kann, das eine Erstreckung unabhängig von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung erlaubt⁴⁸. Dabei wird auch heute noch weitgehend von der von *Hellwig* vorgenommenen Einteilung in zwei Klassen der Erstreckung ausgegangen, nämlich denjenigen Fällen, die ihre Rechtfertigung in einem zivilistischen Abhängigkeitsverhältnis haben, und solchen Fällen, bei welchen eine solche Abhängigkeit fehlt und welche daher eine auf prozessualer Erwägung beruhende Singularität darstellen⁴⁹. In Anlehnung an die Überlegungen *Hellwigs* haben vor allem *Bettermann*, *Blomeyer* und *Schwab* über die gesetzlichen Regeln hinausgehende allgemeine Grundsätze bejaht.⁵⁰ *Bettermann* unterscheidet die Fälle der Prozeßstandschaft, die eine Bindung kraft Legitimationsverlusts rechtfertigen, und diejenigen der Rechtsnachfolge, die um die enger zivilrechtlicher Abhängigkeit erweitert werden. *Blomeyer* unterteilt in eine erste Gruppe, die der *Bettermanns* entspricht, welche eine Erstreckung aufgrund prozessualer Lage erlaubt, und in eine zweite Gruppe zivilrechtlicher Abhängigkeit (kraft Zivilrechts). Diese zweite Gruppe wird auf die Fälle der Präjudizialität zurückgeführt. Sie umfaßt nach *Blomeyer* die in § 325 ZPO gesetzlich geregelte Rechtsnachfolge und die Abhängigkeit eigener Rechtsbeziehungen von denjenigen Dritter. Da aber eine nachteilige Entscheidung für den Dritten zu befürchten ist, ohne daß dieser sich hätte wehren können, wird von *Bettermann* und *Blomeyer* für die nicht gesetzlich geregelten Fälle zusätzlich gefordert, daß die Erstreckung prozessual zumutbar sein muß⁵¹. Zumutbarkeit soll vorliegen, wenn der Dritte eine rechtsgeschäftliche, für ihn nachteilige Vereinbarung über das präjudizielle Rechtsverhältnis durch dessen Träger hin-

⁴⁸knappe Übersichten: Huber, JuS 1972,621; Schack, NJW 1988,870; Baumgärtel, DB 1990,1908; Loritz, ZZP 95,310,316; Zöller-Vollkommer, § 325,28ff, 41ff.

⁴⁹Hellwig, Rechtskraft, § 7, S.51ff und System, § 235; S.800.

⁵⁰Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S.71ff; Blomeyer, ZZP 75,1 und Erkenntnisverfahren, §§ 91ff, S.504ff; Schwab, ZZP 77,124, neuerlich auch in FS für Walder, 1994, S.261 sowie Rosenberg-Schwab, § 157 II U. III; S.992f; ebenso Martens, ZZP 79,404, 428ff.

nehmen muß. *Schwab* unterscheidet zwischen Rechtskrafterstreckung bei objektiver Identität und Drittwirkung der Rechtskraft bei Präjudizialität. Dies bedeutet, daß eine Rechtskrafterstreckung nur bei einer Rechtsnachfolge stattfindet. Unter Drittwirkung der Rechtskraft wird die Verpflichtung eines Dritten verstanden, das Ergebnis eines Vorprozesses zwischen anderen Parteien in deren Verhältnis anzuerkennen. Für seine eigene Beziehung zu einer der Parteien oder sonstigen Dritten soll dagegen der Vorprozeß nicht maßgeblich sein; jeder Dritte soll das im Vorprozeß streitbefangene Recht auch für sich reklamieren können. Dabei wird der Standpunkt eingenommen, daß die Träger des Rechtsverhältnisses, welches für Dritte vorgreifliche Bedeutung habe, diese als legitimi contractores bindend für Dritte regeln dürften. Der Nutzen dieser Unterteilung *Schwabs* wird von *Jauernig* bezweifelt, denn er meint, der Sache nach sei Drittwirkung nichts anderes als Rechtskrafterstreckung bei Präjudizialität einer Entscheidung⁵². Neuerdings postuliert *Musielak* eine Rechtskraftbindung Dritter neben den Fällen der gesetzlichen Regelung auch bei denjenigen einer materiellrechtlichen Abhängigkeit⁵³. Die Notwendigkeit ergebe sich aus der jeweiligen gesetzlichen Regelung.

Im Anschluß an die bereits von *Hellwig* vertretene Meinung ist aber heute die Auffassung vorherrschend, daß es über die gesetzlichen Anordnungen hinaus kein allgemeines Prinzip der Rechtskrafterstreckung gibt⁵⁴. Einer solchen Ausweitung wird vor allem die Gefahr eines Verstoßes gegen das rechtliche Gehör entgegengehalten. Es wird darauf aufmerksam gemacht, daß die prozessualen Institute Nebenintervention, Streitverkündung oder Zwischenfeststellungsklage ausreichend Gelegenheit bieten, Bindungswirkung zu erzeugen, ohne daß das rechtliche Gehör verletzt wird, weil der Dritte dann auch beteiligt ist⁵⁵. Sicher läßt sich noch daneben anführen, daß der Gesetzgeber mit jeglicher Bindungswir-

⁵¹ ebenso Huber, JuS 1972,621; Häsemeyer, ZJP 101,385,404 weist daraufhin, daß einer Erstreckung der Verstoß gegen das rechtliche Gehör nicht unbedingt im Wege stehen muß.

⁵² Jauernig, ZJP 101,360,377; nunmehr auch gegen die Lehre von der Drittwirkung der Rechtskraft Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 156 III, S.940.

⁵³ Musielak, § 325,15ff mit vielen Beispielen.

⁵⁴ Nickisch, ZPR 1950, S.27f; Thomas/Putzo-Reichelt, § 325,5f; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 325,19; Stein-Jonas-Leipold, § 325,84ff; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 156 II u. III, S.935f und MüKoZPO-Gottwald, § 325,2,3,4; Prütting, RdA 1991,257,263; Schack, NJW 1988,265; Jox, NZA 1990,426.

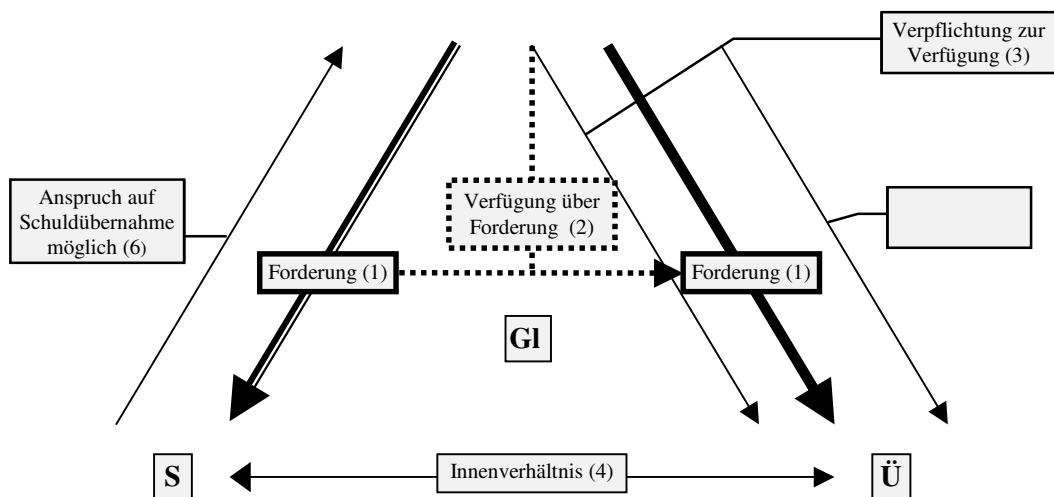
⁵⁵ so vor allem Schack, NJW 1988,865.

kung bewußt schonend umgegangen ist. Der Beschränkung der Rechtskraft auf den Entscheidungsausspruch selbst entspricht die Freiheit der Parteien, über den Prozeßstoff zu verfügen, die in der Dispositionsmaxime und im Beibringungsgrundsatz zum Ausdruck kommt.

Anhang: Übersicht der Rechtsbeziehungen bei Interzessionen und grafische Darstellung

Gläubiger = Gl, Schuldner = S, Übernehmer = Ü, Hauptschuldner = HS, Bürge = Bü

1. Die befreiende Schuldübernahme durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB)



Erläuterungen:

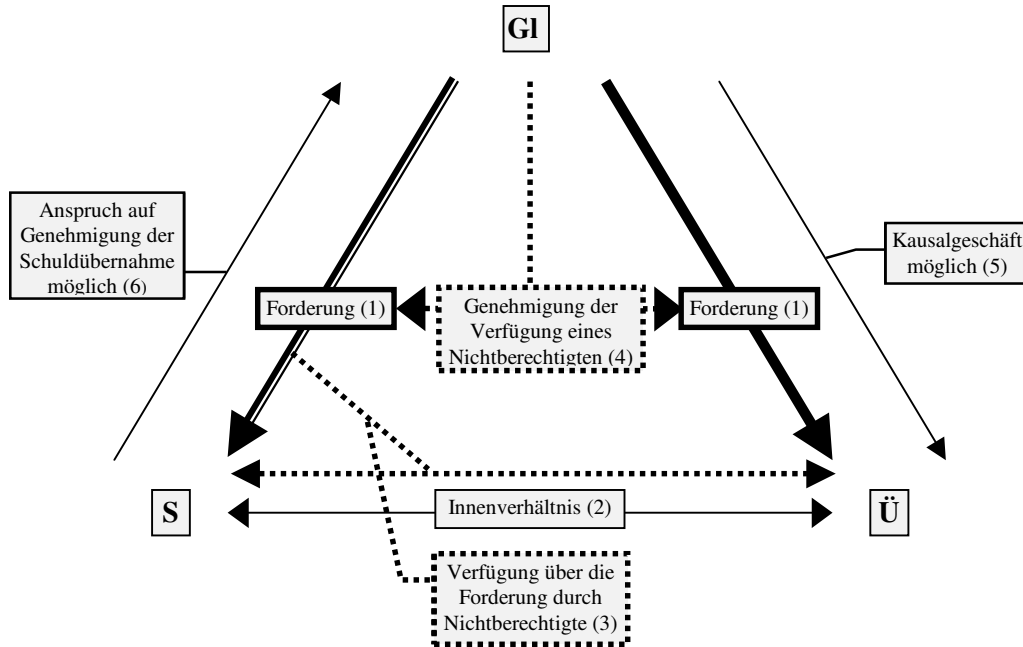
- (1) Es liegt eine durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründete Forderung des Gl gegen S vor, \Rightarrow
- (2) welche sich aufgrund einer eine ausnahmsweise erlaubten Verfügung zugunsten eines Dritten¹ seitens des Gl (und des Ü) nunmehr gegen Ü richtet. \Rightarrow
S kann allerdings die ihn begünstigende Verfügung entsprechend dem Gedanken des § 333 BGB ablehnen². Verfügenden Charakter hat auch der gleichzeitig erklärte Verzicht gegenüber S.
- (3) Rechtsgrund der Verfügung ist eine entsprechende Verpflichtung des Ü gegenüber Gl (Doppelnatur der Schuldübernahme³). \Rightarrow
- (4) Diese kann auf einem Kausalgeschäft zwischen Gl und Ü beruhen, welches Ü zur Schuldübernahme verpflichtet. \Rightarrow
Dieses stellt dann auch ein Vertrag zugunsten Dritter dar, bei welchem Ü Versprechender, Gl Versprechensempfänger und S begünstigter Dritter ist. Das zwischen Gl und S notwendige Zuwendungsverhältnis kann auch eine Schenkung sein.
- (5) Regelmäßig wird allerdings der Rechtsgrund im Innenverhältnis, einem Kausalverhältnis zwischen S und Ü zu suchen sein, \longleftrightarrow
welches auch über den Ausgleichsanspruch des Ü entscheidet. Soll Gl einen Anspruch auf Übernahme erwerben, ist auch hier ein Vertrag zugunsten Dritter möglich, bei welchem der Gl als begünstigter Dritter, Ü als Versprechender und S als Versprechensempfänger anzusehen sind.
- (6) Es kann auch ein Anspruch des S gegen Gl auf Abschluß der Schuldübernahme mit Ü aufgrund eines gesonderten Kausalverhältnisses bestehen. \Rightarrow

¹Palandt-Heinrichs, § 414,1.

²Larenz, SR I, § 35 Ia; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl §§ 414ff,21; a.A. Soergel-Zeiss, §§414,415,5.

³Larenz, SR I, § 35 Ia; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl §§ 414,26ff; Soergel-Zeiss, vor § 414,2; Erman-Westermann, Vor § 414,4; Palandt-Heinrichs, Überbl vor § 414,1.

2. Die befreiende Schuldübernahme durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer und durch Genehmigung des Gläubigers (§ 415 BGB)

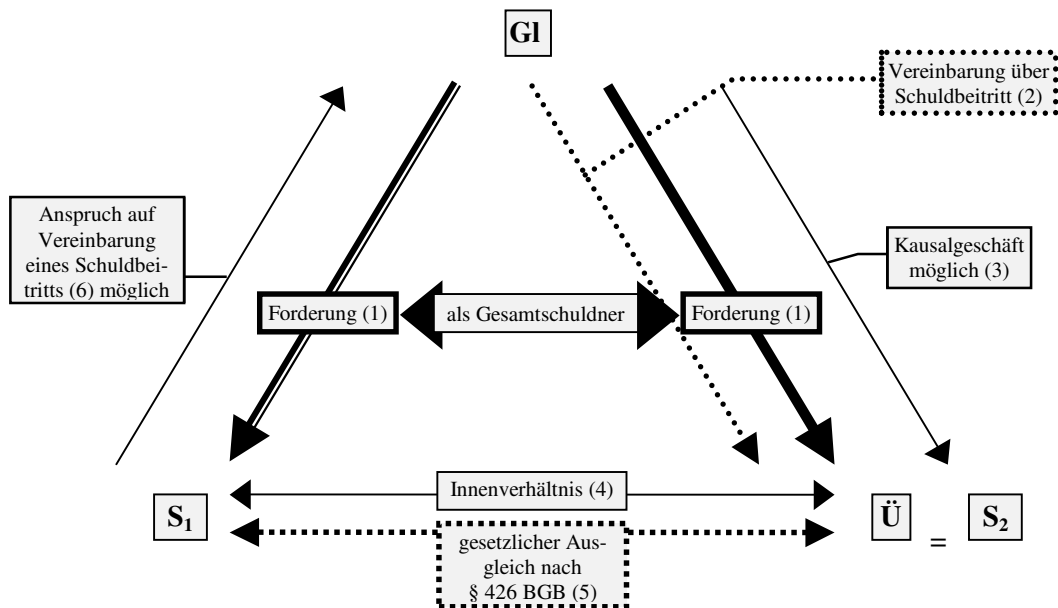


Erläuterungen

- (1) Es liegt eine durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründete Forderung des Gl gegen S vor, \Rightarrow
- (2) über welche im Innenverhältnis zwischen S und Ü, einem Kausalverhältnis, die Schuldübernahme durch Ü vereinbart wird. \longleftrightarrow
Das Innenverhältnis ist auch für einen Ausgleichsanspruch des Ü gegen S maßgeblich.
- (3) Die Vereinbarung zwischen S und Ü stellt die Verfügung von Nichtberechtigten über die Forderung des Gl dar⁴, \longleftrightarrow
- (4) welche zur Wirksamkeit der Genehmigung des Gl bedarf, der gleichzeitig auf sein Forderungsrecht gegenüber S verzichtet. \longleftrightarrow und welche sich nunmehr gegen Ü richtet. \Rightarrow
- (5) Es kann ein Kausalgeschäft zwischen Gl und Ü bestehen, \Rightarrow
welches Ü zur Übernahme verpflichtet. Enthält dieses allerdings bereits die Einwilligung zur Übernahme, liegt kein Fall des § 415 BGB vor.
- (6) Es kann ein Anspruch des S gegen Gl auf Genehmigung aufgrund eines gesonderten Kausalverhältnisses bestehen. \Rightarrow

⁴Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl § 414ff,27.

3. Der Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Übernehmer



Erläuterungen:

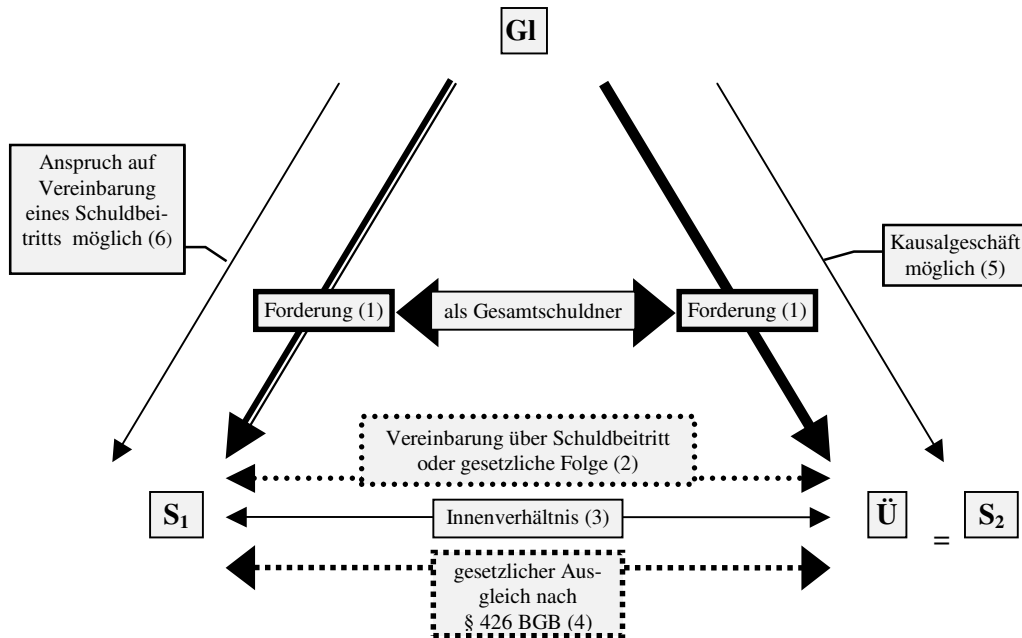
- (1) Der durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründeten Forderung des Gl gegen S₁ (Urschuldner) \Rightarrow
- (2) tritt S₂ = Ü aufgrund einer Vereinbarung mit Gl bei. Dabei handelt es sich um einen reinen Verpflichtungsvertrag⁵. $\cdots \rightarrow$
S₂ schuldet nunmehr gesamtschuldnerisch neben S₁⁶. \Rightarrow Diese Vereinbarung kann als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet sein, bei welcher S₂ als Versprechender, Gl als Versprechensempfänger und S₁ als begünstigter Dritter anzusehen sind⁷, sofern zwischen Gl und S₁ ein Zuwendungsverhältnis besteht, das Gl zum Abschluß eines Schuldbeitritts verpflichtet (vgl. aber (6) unten).
- (3) Der Schuldbeitritt kann auf einem Kausalverhältnis zwischen Gl. und S₂ beruhen. \rightarrow
- (4) Das Innenverhältnis zwischen S₁ und S₂ kann S₂ zum Schuldbeitritt verpflichten. Es ist für einen Ausgleichsanspruch des S₂ maßgeblich. \longleftrightarrow
- (5) Das Innenverhältnis strukturiert auch den gesetzlichen Ausgleich des S₂ gegenüber S₁ nach § 426 I u. II BGB. $\leftarrow \cdots \rightarrow$
- (6) Einem möglichen Anspruch von S₁ gegen Gl auf Vereinbarung eines Schuldbeitritts kommt keine praktische Bedeutung zu, weil S₁ verpflichtet bleibt und S₁ auch unmittelbar mit S₂ einen solchen vereinbaren kann. \rightarrow

⁵ Palandt-Heinrichs, Überbl vor § 414,2; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl zu §§ 414ff,41.

⁶ RGZ 135,107; Palandt-Heinrichs, Überbl vor § 414,2; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl zu §§ 414ff,37.

⁷ Reichel, Schuldmitübernahme, S.166f lehnt einen Vertrag zugunsten Dritter aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger schon im Hinblick auf widersinnige Ergebnisse ab.

4. Der Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer oder als gesetzliche Rechtsfolge



Erläuterungen:

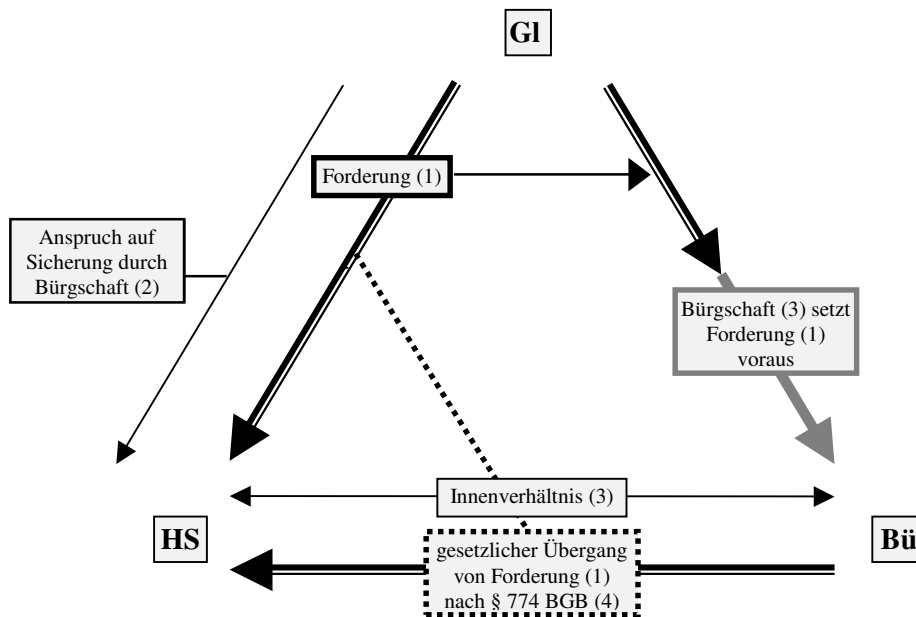
- (1) Der durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründeten Forderung des Gl gegen S₁ (Urschuldner) \Rightarrow
- (2) tritt S₂ = Ü aufgrund einer Vereinbarung mit S₁ bei. $\leftarrow \dots \rightarrow$
 S₂ schuldet nunmehr gesamtschuldnerisch neben S₁. \Rightarrow Diese Vereinbarung kann als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet sein⁸, bei welcher S₂ als Versprechender, S₁ als Versprechensempfänger und Gl als begünstigter Dritter anzusehen sind, sofern zwischen Gl und S₁ ein Zuwendungsverhältnis besteht, das S₁ zum Abschluß eines Schuldbeitritts durch S₂ verpflichtet. Auch hier gilt der Rechtsgedanke des § 333 BGB für den nicht an der Absprache beteiligten Gl⁹. Der Schuldbeitritt kann auch gesetzliche Folge des Innenverhältnisses (unten (3)) sein¹⁰.
- (3) Das Innenverhältnis zwischen S₁ und S₂ kann S₂ zum Schuldbeitritt verpflichten. \leftrightarrow
 Es ist für einen Ausgleichsanspruch des S₂ maßgeblich. Es kann den Schuldbeitritt auch als gesetzliche Folge anordnen.
- (4) Das Innenverhältnis strukturiert auch den gesetzlichen Ausgleich des S₂ gegenüber S₁ nach § 426 I u. II BGB. $\leftarrow \dots \rightarrow$
- (5) Der Schuldbeitritt kann auf einem Kausalverhältnis zwischen Gl und S₂ beruhen. \rightarrow
- (6) S₁ kann aufgrund eines Kausalverhältnisses zu Gl verpflichtet sein, S₂ zum Schuldbeitritt zu veranlassen. \rightarrow

⁸Reichel, S.164f; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl §§ 414ff,43; Erman-Westermann, § 328,30; OLG Celle NJW 1960,200.

⁹Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl §§ 414ff,46.

¹⁰Beispiele: §§ 419, 556 III, 2382 BGB, 25, 28, 130 HGB, Art. 28 WG; vgl. Aufzählung bei Reichel, Schuldmitübernahme, S. 90f.

5. Die Bürgschaft



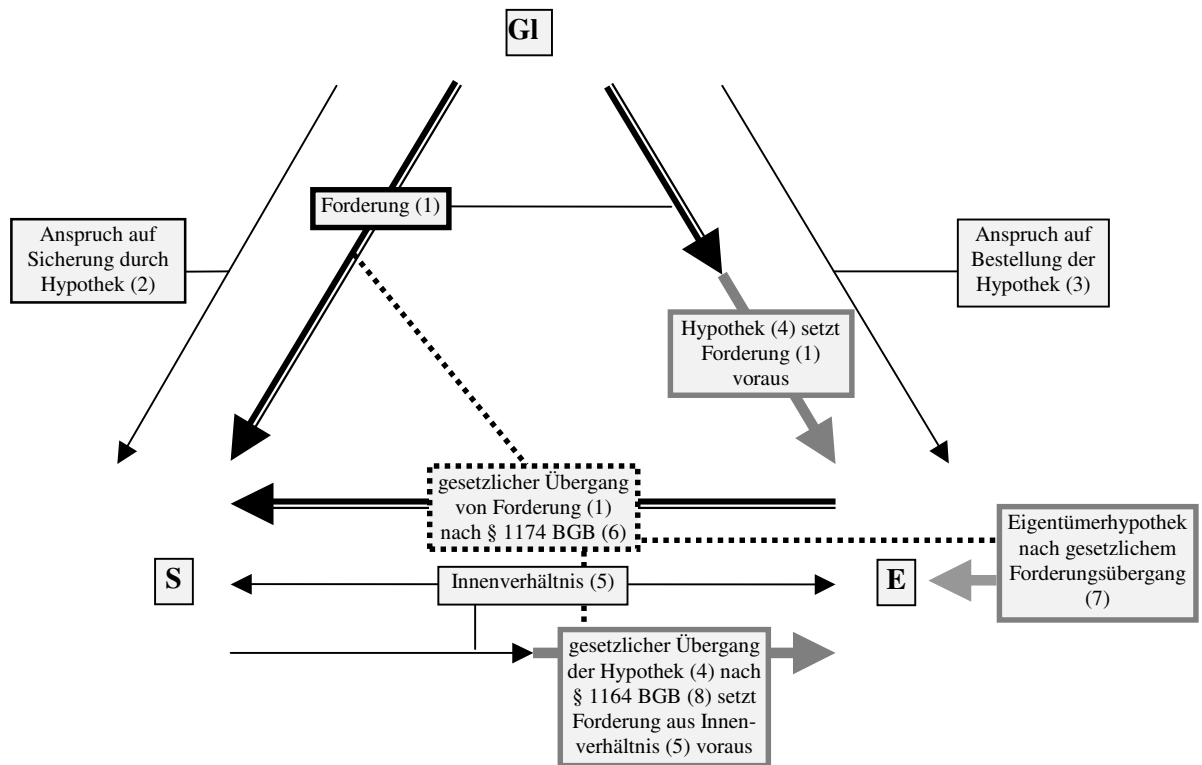
Erläuterungen:

- (1) Es liegt eine durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründete Forderung des Gl gegen HS vor. \Rightarrow
- (2) zwischen Gl und HS wird regelmäßig die Absprache bestehen, daß die Forderung (1) durch eine Bürgschaft (3) zu sichern ist, \rightarrow notwendig ist eine solche Abrede aber nicht¹¹.
- (3) Der Bü verpflichtet sich gegenüber dem Gl, für die Forderung (1) einzustehen; dieser Anspruch setzt eine wirksame Forderung (1) voraus. \Rightarrow
- (4) Regelmäßig wird ein Innenverhältnis aufgrund eines Rechtsgeschäfts zwischen HS und Bü bestehen, aufgrund dessen sich Bü verpflichtet, sich gegenüber Gl zu verbürgen. \leftrightarrow
Das Innenverhältnis ist auch maßgebend für einen Ausgleichsanspruch des Bü. Soll Gl einen Anspruch auf Verpflichtung des Bü erwerben, stellt dies auch ein Vertrag zugunsten Dritter dar. Notwendig ist ein rechtsgeschäftliches Innenverhältnis nicht¹²; es ist dann auf §§ 812ff BGB zurückzugreifen.
- (5) Nach Leistung des Bü an Gl geht die Forderung (1) gegen HS auf Bü \Rightarrow
nach Maßgabe des Innenverhältnisses über. $\dots \rightarrow$

¹¹Erman-Seiler, Vor § 765,8.

¹²Planck, vor § 765,2; Staudinger-Horn, § 774,1.

6. Die Hypothek (bei vom Schuldner verschiedenem Eigentümer)



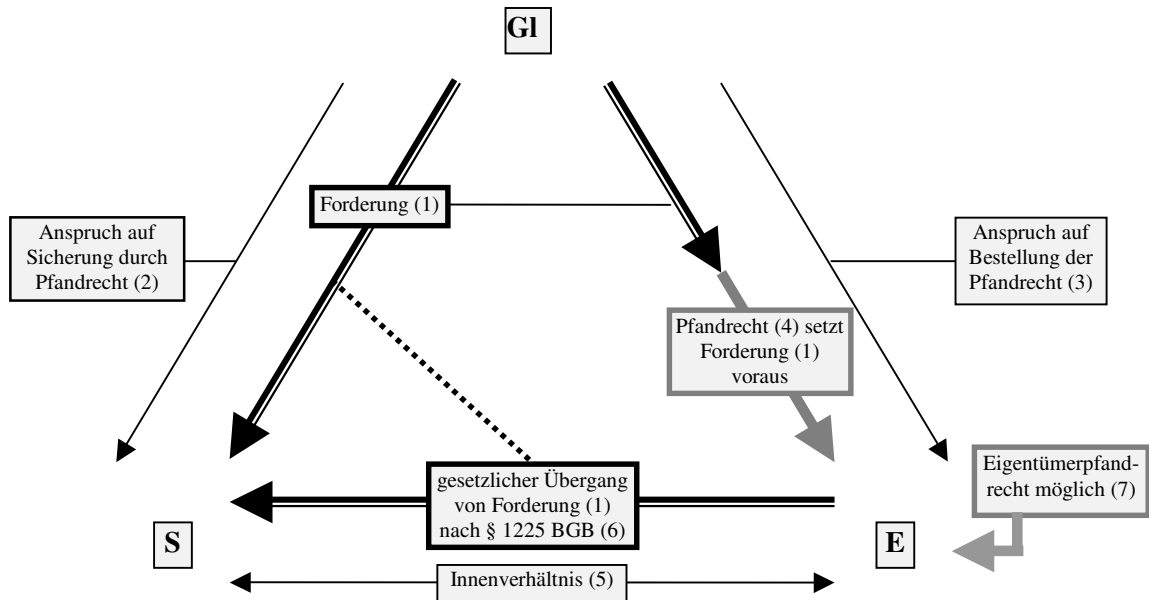
Erläuterungen:

- (1) Es liegt eine durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründete Forderung des GI gegen S vor¹³. ➡
- (2) Zwischen GI und S besteht die Sicherungsabrede, daß die Forderung (1) durch eine Hypothek 4) zu sichern ist. ➡
Notwendig ist eine solche Abrede nicht.
- (3) E verpflichtet sich gegenüber GI zur Bestellung der Hypothek¹⁴. ➡
Wegen dieser Abrede kann Abrede zwischen GI und S (2) entfallen. Das Verpflichtungsgeschäft verlangt eine wirksame Forderung des GI gegen S (1). Das Verpflichtungsgeschäft kann ein Vertrag zugunsten Dritter darstellen.
- (4) Die Entstehung der Hypothek setzt einen dinglichen Bestellungsakt (sowie die Eintragung ins Grundbuch) voraus. ➡
- (5) Regelmäßig wird ein Innenverhältnis aufgrund eines Rechtsgeschäfts zwischen S und E bestehen, aufgrund dessen sich E verpflichtet, zugunsten GI die Hypothek zu bestellen. ↔
Das Innenverhältnis ist auch maßgebend für einen Ausgleichsanspruch des E. Soll GI einen Anspruch auf Verpflichtung des E erwerben, stellt dies auch ein Vertrag zugunsten Dritter dar. Notwendig ist ein rechtsgeschäftliches Innenverhältnis nicht; es ist dann auf §§ 812ff BGB zurückzugreifen.
- (6) Nach Leistung des E an GI geht die Forderung (1) gegen S auf E über ➡ nach Maßgabe des Innenverhältnisses.
- (7) In diesem Fall entsteht eine Eigentümerhypothek gem. § 1177 II BGB. ➡
- (8) Sofern nach Maßgabe des Innenverhältnisses (5) ein Ausgleichsanspruch des S gegen E besteht, geht die Hypothek (4) zur Sicherung dieses Anspruchs auf S über. ➡

¹³Palandt-Bassenge, § 1113,15.

¹⁴Erman-Räfle, § 1113,21.

7. Das rechtsgeschäftliche Pfandrecht (bei vom Schuldner verschiedenem Eigentümer)



Erläuterungen:

- (1) Es liegt eine durch Rechtsgeschäft oder Gesetz begründete Forderung des GI gegen S vor. ➡
- (2) Zwischen S und GI besteht die Sicherungsabrede, daß die Forderung (1) durch ein Pfandrecht (4) zu sichern ist. ➡
Notwendig ist eine solche Abrede nicht.
- (3) E verpflichtet sich gegenüber GI zur Bestellung des Pfandrechts^{15,16}. ➡
Wegen dieser Abrede kann die Abrede zwischen GI und S (2) entfallen. Das Verpflichtungsgeschäft verlangt eine Forderung des GI gegen S (1). Das Verpflichtungsgeschäft kann ein Vertrag zugunsten Dritter darstellen.
- (4) Die Entstehung des Pfandrechts setzt eine wirksame Forderung des GI gegen S (1) und einen dinglichen Bestellsakt voraus. ➡
- (5) Regelmäßig wird ein Innenverhältnis aufgrund eines Rechtsgeschäfts zwischen S und E bestehen, aufgrund dessen sich E verpflichtet, zugunsten GI das Pfandrecht zu bestellen. ↔
Das Innenverhältnis ist auch maßgebend für einen Ausgleichsanspruch des E. Soll GI einen Anspruch auf Verpflichtung des E erwerben, stellt dies auch ein Vertrag zugunsten Dritter dar. Notwendig ist ein rechtsgeschäftliches Innenverhältnis nicht; es ist dann auf §§ 812ff BGB zurückzugreifen.
- (6) Nach Leistung des E an GI erfolgt Übergang➡ der Forderung (1) gegen S auf E ➡
- (7) In diesem Fall kann ein Eigentümerpfandrecht gem. § 1256 II BGB entstehen. ➡

¹⁵Erman-Küchenhoff, Vor § 1204,1

¹⁶Ein gesetzliches Pfandrecht, welches ja weder einen schuldrechtlichen, noch einen dinglichen rechtsgeschäftlichen Bestellsakt kennt, kommt an schuldnerefremdem Eigentum nicht in Betracht.

II. Die prozessuale Handhabung der Präjudizialität

1. *Identität und Präjudizialität*
2. *Unterschiedliche Streitgegenstände bei Vorgehen aus eigenem und aus abgeleitetem Recht*
 - a. *§ 325 ZPO als gesetzliche Anordnung der Rechtskrafterstreckung*
 - b. *Unzulässigkeit erneuter Klage im Bereich des § 325 ZPO bei objektiver Identität*
3. *Entgegenstehende Rechtskraft und fehlendes Rechtsschutzbedürfnis als konkurrierende Zulässigkeitserwägungen*
 - a. *Rechtskraft und Rechtsschutzbedürfnis als Ansatzpunkte*
 - b. *Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses*
 - c. *Kein Rangverhältnis bei der Zulässigkeitsprüfung*
4. *Aufrechnung im Prozeß mit rechtskräftiger Forderung oder bei rechtskräftigem präjudiziellen Rechtsverhältnis*
 - a. *Zulässigkeit und Begründetheit der Aufrechnung*
 - b. *Präjudizielle Bedeutung der Rechtskraft bei Aufrechnung mit rechtskräftig beschiedener Aufrechnungsforderung*
 - c. *Rechtskräftige Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis der Aufrechnungsforderung*

1. (Identität und Präjudizialität) Die prozessuale Auswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung auf Dritte, die eine Bindung hinnehmen müssen, wird in der Praxis nicht immer einheitlich vollzogen. Ausgehend von der weitgehend unbestrittenen These, daß bei Identität des Streitgegenstands für einen Folgeprozeß ein Prozeßhindernis besteht (negative Funktion der Rechtskraft, Wiederholungsverbot), welches zur Abweisung der Klage als unzulässig führt, während bei Vorgreiflichkeit des im Vorprozeß entschiedenen Streitgegenstands die Entscheidung über diesen nicht mehr angreifbare Bedeutung im Lösungsgang des Folgeprozesses hat¹, also über den Ausgang als unbegründet entscheidet oder als begründet entscheiden kann (positive Funktion der Rechtskraft, Widerspruchsverbot), scheint die praktische Handhabung im Bereich der klageweisen Verfolgung eines Anspruchs an sich klar.

¹BGH NJW 1989,393; BGH NJW 1983,2032 für den Fall der negativen Feststellungsklage; BGH VersR 1978,862 = NJW 1978,2154 für die Bindungswirkung des § 3 Nr.8 PflVersG, die im Folgeprozeß lediglich die Bedeutung eines Entscheidungselements habe und deshalb zur Sachabweisung führe; Gaul, FS Flume, 1978, S. 443,517: Rechtskraftwirkung bedeutet für Identität und Präjudizialität dasselbe; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 151 III 1, 2, S.917f; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf §§ 322 -327,12,14; Zöller-Vollkommer, Vor § 322,21ff; MüKoZPO-Gottwald, § 322,36ff, 46ff; Stein-Jonas-Leipold, § 322,199,204; Schwab, ZZZ 77, 124,129; Nicht ganz exakt formuliert, aber wohl ebenso: Schack, NJW 1988,865; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 88 III 2, S.471 sieht hier lediglich eine technische Unterfrage, bei Identität soll das Rechtsschutzbedürfnis fehlen; Hellwig, Rechtskraft, § 2; S.12 spricht davon, daß die Bestreitbarkeit einer rechtskräftigen Entscheidung auf prozessuaalem Gebiet liege.

Bei subjektiver und objektiver Identität im Folgeprozeß wird die Klage jetzt als unzulässig abgewiesen. Dies gilt auch bei Säumnis des Klägers oder des Beklagten. Einem Versäumnisurteil steht jeweils § 335 I Nr.1 ZPO entgegen². Ebenso wenig können wegen des bestehenden Prozeßhindernisses ein Verzichtsurteil gem. § 306 ZPO oder ein Anerkenntnisurteil gem. § 307 ZPO ergehen³. Sowohl das Verzichtsurteil als auch das Anerkenntnisurteil setzen nämlich volle Dispositionsbefugnis des Klägers über die anerkannte Forderung voraus⁴. Schließlich scheidet auch ein Zwischenurteil gem. § 303 ZPO über die Zulässigkeit aus, weil Entscheidungsreife im Sinne einer Abweisung als unzulässig vorliegt. Umgekehrt kann freilich durch Zwischenurteil festgestellt werden, daß das Prozeßhindernis der entgegenstehenden Rechtskraft nicht besteht und die Klage deswegen zulässig ist. An ein solches Zwischenurteil ist jedoch das Rechtsmittelgericht nicht gebunden. Gem. §§ 512, 557 ZPO bzw. § 548 ZPO a.F. unterliegt es der Nachprüfung zusammen mit dem Endurteil, so daß gewährleistet ist, daß die Rechtskraft beachtet wird.

Im Falle der Präjudizialität gibt das vorausgegangene Urteil bei Säumnis des Beklagten dagegen darüber Auskunft, ob Versäumnisurteil ergeht oder die Klage durch streitiges Urteil als unbegründet abgewiesen wird (unechtes Versäumnisurteil), weil die bindende Entscheidung über das präjudizielle Rechtsverhältnis die Klage unschlüssig macht. Dagegen steht die präjudizielle Entscheidung niemals einem Versäumnisurteil gegenüber dem Kläger entgegen, weil hier nach Bejahung der Voraussetzungen gem. § 335 I Nr.1 ZPO es nur noch auf die Säumnis des Klägers ankommt. Ebenso dürfte trotz entgegenstehender Präjudizialität immer ein Anerkenntnisurteil möglich sein, weil das präjudizielle Rechtsverhältnis nicht den prozessualen Anspruch berührt, der sich allein am jeweiligen Streitgegenstand orientiert⁵.

Wurde folglich ein Kaufpreisanspruch titulierte, kann dieser nicht durch eine zweite Entscheidung nochmals titulierte werden oder als unbegründet

²Thomas/Putzo-Reichold, § 330,3, § 331,3, § 335,2.

³Thomas/Putzo-Reichold, § 307,10; Zöller-Vollkommer, Vor § 306,8ff, §§ 306,6, 307,2; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 133 IV 3, S.792 u. V 2 d, S.799.

⁴Ein Prozeßvergleich ist dagegen immer möglich, da dieser nicht in die Rechtskraft eingreift.

⁵Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 133 IV 1, S.791.

abgewiesen werden. Wurde dagegen das vorgreifliche dem Kaufvertrag zugrunde liegende Vertragsverhältnis im Wege der Feststellungsklage verneint, kann durch streitiges Urteil und auch durch Versäumnisurteil ein Kaufpreisanspruch nicht zugebilligt werden, wohl aber durch Anerkenntnisurteil.

2. (Unterschiedliche Streitgegenstände bei Vorgehen aus eigenem und aus abgeleitetem Recht) Diese an sich klaren Prinzipien hinsichtlich der prozessualen Konsequenzen der Rechtskraft können jedoch zu Schwierigkeiten bei der Handhabung führen, wenn die Bindungswirkung nicht auf ein Zweiparteienverhältnis beschränkt sein soll⁶.

a. Aus § 325 ZPO, der grundsätzlich von einer inter-partes-Wirkung der Rechtskraft ausgeht, ist zu entnehmen, daß unter bestimmten Voraussetzungen bei Rechts- oder Besitznachfolge die Entscheidung in derselben Weise zugunsten oder zu Lasten des Nachfolgers Wirkung entfalten soll wie gegenüber dem Vorgänger. Stellt man bei einer solchen Sachlage für die prozessuale Handhabung trotz einer Überleitung eines Anspruchs oder einer Verpflichtung im Sinne des § 325 ZPO allein auf die objektive Identität des den Anspruch erzeugenden Sachverhalts ab, ist die Klage des Nachfolgers oder gegen den Nachfolger als unzulässig abzuweisen, weil das Prozeßhindernis der Rechtskraft der vorausgegangenen Entscheidung besteht⁷. Nimmt man jedoch zur Bestimmung des von der Rechtskraft erfaßten Streitgegenstands auch die berechtigten und verpflichteten Subjekte, so bleibt bei einer Überleitung lediglich der materiellrechtliche Anspruch identisch, während der Streitgegenstand aufgrund anderer Beteiligten wechselt⁸. Rechtstechnisch formuliert führt die Nachfolge zu einem neuen, notwendigerweise mehrgliedrigen Streitgegenstand, bei welchem infolge der Mehrgliedrigkeit der übergeleitete Anspruch nur noch als Element des den neuen Streitgegenstands ausfüllenden Subsumtionsprogramms erscheint. Diese Feststellung läßt sich

⁶Spellenberg, ZZZ 106, 283ff: Der Zweiparteienprozeß als Fortschritt, die Abstraktion auf ein solches Verhältnis reduziert die Komplexität und ist durch das materielle Recht vorgezeichnet. Häsemeyer, ZZZ 101,385 fordert zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Mehrparteienprozesse; davor kann aus praktischen Gesichtspunkten nur gewarnt werden.

⁷in diesem Sinn wohl Schwab, ZZZ 77,124ff für Rechtsnachfolge, Schuldnachfolge und Prozeßstandschaft; ebenso Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2, S.266f.

⁸vgl. Jauernig, ZPR, § 40 II und Henckel, ZZZ 70,451.

nach dem Wortlaut des § 325 ZPO sowohl bei einer Überleitung auf der Aktivseite, als auch bei einer Veränderung auf der Passivseite treffen. Charakteristischerweise müssen im neuen Subsumtionsprogramm Vorschriften vorkommen, die eine gesetzliche Einbeziehung des Dritten oder eine Einbeziehung des Dritten aufgrund eines Verfügungsgeschäfts oder einer gesetzlichen Überleitung vorsehen⁹. Die Überleitung stellt jeweils ein präjudizielles Element dar. Abstraktheit oder gesetzliche Anordnung stellen sicher, daß an der Überleitung keine Zweifel durch Einflüsse eines Kausalgeschäfts aufkommen.

b. Die Einbeziehung der aktiv- und passivlegitimierten Personen in den Klageantrag ausfüllenden Sachverhalt bereitet dem heute durchweg vertretenen formellen Parteibegriff, der lediglich auf die konkrete Rolle innerhalb eines Rechtsstreits abstellt¹⁰, keine Schwierigkeiten. Bei fehlender subjektiver Identität, wie sie etwa bei einer gesetzlichen oder gewillkürten Prozeßstandschaft vorliegt, bedarf es lediglich zusätzlich einer Legitimation durch den Rechtsinhaber oder den Verpflichteten^{11,12}. Daß die Auffassung, bereits bei der Geltendmachung eigener und fremder Rechte seien unterschiedliche Streitgegenstände gegeben, nicht ohne weiteres selbstverständlich ist, läßt sich durch das folgende Beispiel belegen. Es soll aus einem Sachverhalt ein Anspruch hergeleitet werden, bei welchem unklar ist, ob der Anspruchsteller in eigenem oder in fremden Namen aufgetreten ist. Bei natürlicher Betrachtungsweise liegt ein einheitlicher Sachverhalt vor, dem die Unklarheit innewohnt. Da der Klageantrag ohnehin derselbe ist, gleichgültig, ob aus eigenem oder fremdem Recht vorgegangen wird, weil jedesmal der Kläger Leistung an sich fordert, könnte man auf einen einheitlichen Streitgegenstand folgern.

⁹BGH NJW 1987,2832: als obiter dictum wird die Vermögensübernahme als präjudiziel im Rahmen des Verhältnisses Gläubiger/Übernehmer bezeichnet, allerdings wird bezweifelt, daß § 419 BGB ein Fall der Rechtskrafterstreckung sei; Becker-Eberhard, ZZP 104,443,426; Thomas/Putzo-Putzo, ZPO, § 727,2 ordnen die Bedeutung Rechtskraft hier wohl der Zulässigkeit zu.

¹⁰zurückgehend auf Oetker, JurLitBl. 1890,189; Henckel; Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S.15ff; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 40 I 1, S.200; Thomas/Putzo-Putzo, Vorbem § 50,2; BGHZ 86,164.

¹¹auch auf der Passivseite kommt gewillkürte Prozeßstandschaft vor; vgl. dazu beispielsweise Nr.19.1 u.19.2 Speditions- und Rollführversicherung (SVS/RVS): die Klage ist gegen den führenden Versicherer zu richten; zustellungsbefugt ist die Oskar-Schunk KG; Baumbach-Hopt, HGB 2.Teil (20) SVS/RVS bezeichnen Nr.19 als Prozeßführungsklausel.

Besteht die Unklarheit dagegen auf der Passivseite, gibt es zumeist im Hinblick auf die Frage, ob ein Streitgegenstand oder mehrere Streitgegenstände vorliegen, keine Schwierigkeiten, sofern der Handelnde verklagt wird, der sich nicht eindeutig erklärt hat. Hier hilft das materielle Recht. Ist der Handelnde in eigenem Namen aufgetreten, haftet er ohne weiteres; Unklarheiten werden ihm zudem gem. § 164 II BGB angelastet. Freilich können nicht nebeneinander erfolgreich Vertreter und Vertretener gesamtschuldnerisch oder gar alternativ in Anspruch genommen werden¹³. Besteht die Unklarheit auf der Aktivseite, wird der vorsichtige Kläger seine Klage tunlichst auf eigene und auf fremde Rechte stützen. Bei der Annahme eines einheitlichen Streitgegenstands für diese Fallgestaltung müßte er sich nicht erklären, in welcher Reihenfolge das Gericht die Prüfung vorzunehmen hat. Bei der Annahme von zwei Streitgegenständen folgt aus der Dispositionsmaxime, die auch der Notwendigkeit dient, den Umfang der Rechtskraft zu bestimmen, daß der Kläger sich über die Prüfungsreihenfolge zu erklären hat¹⁴. Nach herrschender Meinung kommt für eine solche Fallgestaltung nur eine eventuelle Klagehäufung in Betracht¹⁵. Man muß sich in diesem Zusammenhang nicht mit den heute vornehmlich vertretenen Auffassungen zum Streitgegenstandsbegriff auseinandersetzen¹⁶. Werden Sachverhalt und Antrag zur Bestimmung herangezogen¹⁷, oder wird der Antrag als Identifizierung gebraucht¹⁸, ergeben sich schon deswegen keine Unterschiede, weil auch

¹²Zöller-Vollkommer, Vor § 50,43: keine passive gewillkürte Prozeßstandschaft erlaubt; unentschieden: BGH NJW 1983,685.

¹³Bei der Anscheinshaftung wird allerdings neben der Haftung des Vertreters gem. § 179 BGB auch eine Haftung des Geschäftsherrn erwogen, vgl. Erman-Palm, BGB, § 177,28; a.A. BGHZ 86,273 = NJW 1983,1308.

¹⁴BGH NJWR 1990,290; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 260,9.

¹⁵Zöller-Vollkommer, Einl. 74; Zöller-Greger, § 260, 4,5; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, S.90 und JuS 1965,81; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 42 III 1,2, S247f; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 9 III 2,3; S.563f; alternative Klagehäufung nehmen an: Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht, S.257; Henckel, Parteienlehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S.291.

Wenn die Wahlschuld als Fall zulässiger alternativer Klagehäufung angesehen wird, (vgl. etwa Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 99 III 3, S.563; Thomas/Putzo-Reichold § 260;7; Musielak-Foerste § 260,7) so wird dabei außer acht gelassen, daß die Alternativen möglicher Leistungen aus dem materiellen Recht folgen; es liegt eine Absprache zugrunde, die von vornherein auf eine Leistungsmehrheit mit dem Recht der Auswahl gerichtet ist. Diese Absprache ist Ausdruck eines einheitlichen Streitgegenstands; vgl. III C 3 a, FN 16.

¹⁶Darstellung der Entwicklung: Gaul, FS Flume, 1978, S. 443ff.

¹⁷BGHZ 79,248; 94,33; NJW RR 1987,684; Thomas/Putzo-Reichold, Einl. II 6,24,25ff.

¹⁸Schwab, Streitgegenstand im Zivilprozeß, S.183ff u. Rosenberg-Schwab, § 96 III 3, S.567.

letztere Auffassung den Sachverhalt zur Abgrenzung benötigt. Die neuere materiellrechtlich orientierte Lehre¹⁹ geht ohnehin vom Anspruch im materiellrechtlichen Sinn aus, so daß der Einbezug von Subjekten unproblematisch vonstatten geht. Trotz der hier vertretenen Auffassung, daß ein Streitgegenstand nach Überleitung auf einen neuen Träger von Rechten oder Pflichten wechselt, muß aus § 325 ZPO geschlossen werden, daß es ausnahmsweise auf eine subjektive Identität nicht ankommt. Im Anwendungsbereich von § 325 ZPO ist die erneute Verfolgung des bereits titulierten Anspruchs vom Nachfolger oder gegen Nachfolger immer als unzulässig abzuweisen²⁰. Soll der Anspruch von dem Nachfolger oder gegen den Nachfolger durchgesetzt werden, sind die Klauselrechtsbehelfe gem. §§ 727ff, 731 ZPO einschlägig, der betroffene Schuldner kann sich insoweit gem. §§ 732, 768 ZPO wehren.

Es läßt sich gegen diese Einordnung nicht anführen, bei einer Verneinung der Rechtskrafterstreckung werde im Falle der Gutgläubigkeit gem. § 325 II ZPO die Feststellung der Gutgläubigkeit, ein Unterfangen, welches typischerweise im materiellen Recht eine Rolle spielt, in die Zulässigkeit verlagert. Richtig ist hier sicher, daß die Feststellung der Gutgläubigkeit in Bezug auf ein bestimmtes Recht zumindest die Beschreibung dieses Rechts notwendig macht und unter Umständen auch komplizierte materiellrechtliche Überlegungen geboten sein können, jedoch ist ein derartiger Aufwand für Zulässigkeitserwägungen kein ungewöhnlicher Vorgang. Dieser wird beispielsweise in ähnlicher Weise bei der Bestimmung der Zuständigkeit gem. §§ 24ff ZPO gefordert. Diese Vorschriften machen häufig eine durchaus vom materiellen Recht geprägte Prüfung erforderlich. So läßt sich der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gem. § 29 ZPO nur unter Zuhilfenahme des materiellen Rechts feststellen²¹.

¹⁹Nikisch, AcP 154,263ff; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.27ff; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, S.256ff, Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch u. Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, S.175ff.

²⁰Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2, S.266f: die negative Rechtskraftwirkung in der Form der §§ 325 ff ZPO steht entgegen; Schuschke/Walker, § 727,1: die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache steht entgegen.

²¹In der Praxis wird häufig übersehen, daß § 269 I BGB auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses abstellt und ein nachträglicher Wohnsitzwechsel nicht zur Wahl des jetzigen, persönlichen Gerichtsstands gem. § 13 ZPO zwingt, sondern auch im ursprünglichen, persönlichen Gerichtsstand geklagt

Es bleibt festzuhalten, daß im Bereich objektiver Identität unabhängig von der Notwendigkeit, ob zu deren Feststellung auch materiellrechtliche Überlegungen erforderlich sind, eine erneute gerichtliche Verfolgung des Anspruchs immer an dem Merkmal der entgegenstehenden Rechtskraft scheitern muß. Dieses führt zur Unzulässigkeit der Klage und gilt auch für die Klage des Rechtsnachfolgers, der nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft erworben hat. Das übergeleitete Recht ist nicht als präjudizielles Rechtsverhältnis, sondern wegen der Regel des § 325 ZPO als identisches Rechtsverhältnis zu behandeln.

3. (Entgegenstehende Rechtskraft und fehlendes Rechtsschutzbedürfnis als konkurrierende Zulässigkeitsabwägungen) Trotz dieses klaren Ansatzes werden bei der Klage des Rechtsnachfolgers im Bindungsbereich des § 325 ZPO auch andere Wege in der Praxis beschritten.

a. So greift die Praxis für Fälle der Rechtsnachfolge häufig bei einer erneuten Klage des Rechtsnachfolgers oder gegen den Rechtsnachfolger auf eine Abweisung wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zurück^{22,23}.

Für die publizistische „*Stein-Hellwigsche-Theorie*“ bietet sich ohnehin kein anderer Ansatzpunkt unabhängig von der Frage, ob die ursprünglichen Parteien erneut streiten oder ob nunmehr ein Dritter an die Stelle einer Partei getreten ist. Nach dieser Auffassung erschöpft sich das Wesen der materiellen Rechtskraft im Wiederholungsverbot²⁴; das Gericht ist bei einer erneuten Entscheidung an das Ergebnis gebunden; die Parteien dürfen dieses Ergebnis nicht bestreiten. Auch *Blomeyer* löst das Wiederholungsverbot mit dieser Argumentation und verneint für die

werden kann, wenn dieser zugleich Erfüllungsort ist, was zumeist gem. § 269 I BGB der Fall sein wird.

²²Der Begriff des Rechtsschutzinteresses wird inhaltsgleich mit dem Begriff Rechtsschutzbedürfnis verwendet.

²³BGH GRUR 1973,208.

²⁴vgl. Stein-Juncker, Grundriß, § 97 I 2 u. Hellwig, System, § 101 II, S.257 u. § 229 I u. II. S. 767,777. Beide betonen, daß das Wiederholungsverbot nichts mit der materiellen Rechtskraft zu tun hat.

erneut eingereichte Klage trotz Vorliegens einer abschließenden Entscheidung das Rechtsschutzbedürfnis²⁵.

Gegen ein solches Vorgehen kann nichts eingewendet werden, wenn es um eine Rechtsnachfolge bei Titeln geht, die nicht der Rechtskraft fähig sind, weil es sich nicht um gerichtliche Entscheidungen handelt. Bei einer derartigen Sachlage stellt das Rechtsschutzbedürfnis bei dem Unterfangen, trotz bestehenden Titels über denselben Anspruch einen weiteren Titel klageweise zu erzielen, ohnehin den einzigen Ansatzpunkt dar, der einer Zulässigkeit entgegenstehen könnte. Die Kritik an der Lösung über das Rechtsschutzbedürfnis ist hier vielmehr grundsätzlicher Natur. Es wird vielfach beklagt, daß vorschnell und mit ungenauer rechtlicher Einordnung im Rechtsschutzbedürfnis ein prozessualer Ausweg gesucht wird²⁶. Berechtigt kann diese Kritik dann sein, wenn damit verbunden wird, das Rechtsschutzbedürfnis sei in seinen Voraussetzungen und seinem Ziel nicht genau faßbar und berge so die Gefahr der Rechtsverweigerung oder des überflüssigen Verweises auf angeblich vorrangig zur Entscheidung berufene Stellen; außerdem wäre die Kritik angebracht, wenn man bei einem Ausweichen auf das Rechtsschutzbedürfnis entgegenhalten könnte, das Prozeßhindernis entgegenstehender Rechtskraft sei gegenüber dem Rechtsschutzbedürfnis vorrangig zu prüfen.

b. Es besteht heute allgemeine Übereinstimmung, daß das Rechtsschutzbedürfnis, das im Bereich des Zivilprozeßrechts allenfalls in § 256 ZPO angesprochen wird, aber anders als etwa im italienischen Recht²⁷ nicht ausdrücklich geregelt ist, eine Sachurteilsvoraussetzung darstellt²⁸, die

²⁵Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 88 III 2, S.471: Eine Lösung über das Rechtsschutzbedürfnis schlagen vor für die erneute Klage des Rechtsnachfolgers: Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 92 IV 1, S.516; Baur-Stürner, § 15, S.248f.

²⁶so ausdrücklich Stein-Jonas-Schumann, vor § 253,101; Wieczorek, ZPO, § 253 B III a 1 hält die Lehre vom Rechtsschutzinteresse für das Prozeßrecht fremd u. überflüssig, sie verwische die erforderliche Trennung zum materiellen Recht; Allorio, ZZZP 67,321,323 meint, die deutschen Prozessualisten ließen das Glück zwischen den Fingern entgleiten, ein Gesetz zu haben, das von dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses unberührt sei; vgl. auch Zöller-Vollkommer, Vor § 322,19.

²⁷Art.100 proc.civ. (ital. Zivilgesetzbuch), allerdings auf das materielle Recht verlegt.

²⁸Thomas/Putzo-Reichold, Vorbem § 253,26; Zöller-Greger, Vor § 253,18; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz § 253,33f; MüKoZPO-Lüke, Vor § 253,10; Musielak-Foerste, vor § 253,7; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 92 IV 1, S.516; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 39 I 1; S.225; Schönke, AcP 150,

deutlich vom Verwirkungsgedanken, der materiellrechtlicher Natur ist, getrennt werden muß²⁹. Es ist heute selbstverständlich, daß die Forderung nach einem Rechtsschutzbedürfnis eine Schranke darstellt, die verhindern soll, daß staatliche Entscheidungs- und Zwangsgewalt nicht unnötig bemüht wird. Grundsätzlich ist das Rechtsschutzbedürfnis im Rahmen der Notwendigkeit staatlichen Tätigwerdens gegeben; es fehlt allerdings, wenn das angestrebte Ziel auf einfachere, schnellere oder billigere Weise erreicht werden kann³⁰. Hierbei kann sowohl auf einen anderen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Weg, als auch auf einen solchen ohne staatliche Hilfestellung verwiesen werden. Die Praxis hat gezeigt, daß diese Kriterien durchaus hinreichend bestimmt sind und sie nicht der Gefahr Vorschub leisten, den Rechtsschutz zu verkürzen oder dem Rechtssuchenden durch Verweis auf andere Möglichkeiten das Leben zu erschweren. Denn das Rechtsschutzbedürfnis besteht bereits dann, wenn der andere in Erwägung zu ziehende Weg zweifelhaft ist oder die dort zu überwindenden Hürden vergleichbar mit denjenigen des eingeschlagenen Wegs sind³¹. Daß einem Kläger schlechterdings das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen wird, ist ohnehin nicht mit dem Gebot eines umfassenden Rechtsschutzes vereinbar³², in der Praxis wird daher zumeist das Rechtsschutzbedürfnis nur dazu benutzt, um auf einen anderen Weg zu verweisen, nicht aber um gerichtliche Hilfe überhaupt zu versagen³³.

216 nimmt eine von den Prozeßvoraussetzungen zu unterscheidende Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung an, welche gegenüber allen Prozeßhandlungen zu beachten sei, kommt allerdings bei der Klage zu demselben Ergebnis.

²⁹vgl. etwa den umgekehrten Fall: RG HRR 1933,3 hat eine Auskunftsklage aus unzulässig abgewiesen, weil feststand, daß nach Auskunftserteilung nichts gefordert werden kann; Stein-Jonas-Schumann, vor § 253,120 weisen deutlich auf die erforderliche Trennung hin; Baumgärtel, ZZP 67,423,429: es können für ein Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses nur prozessuale Gründe notwendig sein.

³⁰RGZ 88,267ff; BGH NJW 1987,2863; Hüffer, ZZP 85,229; Stein-Jonas-Leipold, 19. Aufl., vor § 253 III 4a.

³¹So entspricht es gängiger zivilrechtlicher Praxis, wegen entstandener Gutachterkosten zur Ermittlung des Schadens im Haftpflichtprozeß nicht auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch gem. §§ 103ff ZPO zu verweisen, sondern eine Durchsetzung im Rahmen des materiellrechtlichen Schadensersatzanspruchs zuzubilligen. Der Grund ist darin zu sehen, daß das Kostenfestsetzungsverfahren möglicherweise überfordert ist, die Notwendigkeit einer solchen Position für die Rechtsverfolgung sachgerecht zu beurteilen.

³²Hüffer, ZZP 85,229.

³³Man wird einer Auskunftsklage dann das Rechtsschutzinteresse versagen, wenn der Auskunftssuchende unschwer in der Lage ist, die Auskunft aus den eigenen Unterlagen zu erhalten.

c. Anders sieht es mit dem Argument aus, das Rechtsschutzinteresse sei eine nachrangig zu prüfende Prozeßvoraussetzung. Das Gesetz sieht keine Rangfolge von Prozeßvoraussetzungen vor. Im Tenor erscheint jeweils dasselbe Ergebnis unabhängig von der Entscheidung, welche Prozeßvoraussetzung verneint wurde. Die Klage wird immer als unzulässig abgewiesen. Nach der herrschenden Meinung besteht nur die Notwendigkeit, die Zulässigkeit vor der Begründetheit abschließend zu klären³⁴. Die Tragweite der Abweisung und die Möglichkeit der Beseitigung der Unzulässigkeit mit der Erlaubnis, dann erneut zu klagen, ergeben sich aus den Entscheidungsgründen. Aus diesem Grund wird in der Praxis der Frage nach einem Vorrang von einzelnen Prozeßvoraussetzungen kaum Gewicht beigemessen, wenn auch die ordnungsgemäße Klageerhebung vielfach zunächst geprüft werden soll, weil wenigstens klar sein muß, um welchen Streitgegenstand es geht³⁵.

Gleichwohl wird häufig eine Rangfolge aufgrund der Bedeutung oder einer inneren Abhängigkeit der einzelnen Prozeßvoraussetzungen angenommen³⁶. So wird beispielsweise vorgeschlagen, den Weg zu wählen, der die geringste Präjudizierung erzeugt³⁷. Nimmt man die Auffassung eines bestehenden Vorrangs bestimmter Prozeßvoraussetzungen ernst, müßte sich auch eine prozessuale Konsequenz bei der praktischen Handhabung durch das Gericht anschließen³⁸. Anderenfalls hätte der Vorrang nur akademischen Wert. Die Ernsthaftigkeit prozessualer Erwägungen zeigt sich regelmäßig dann, wenn ein Verstoß gegen das aufgestellte Prinzip auch sanktioniert wird. Prozessual gesprochen heißt dies, daß im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens eine Überprüfung möglich sein

³⁴Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz § 253,12ff mit Hinweisen auf den Meinungsstand.

³⁵Thomas/Putzo-Reichold, Vorbem § 253,14; Hellwig, System, § 99 IV 3; Jauernig, ZRP, § 33 V 6; Harms, ZZP 83,167: Leichtigkeit u. Schnelligkeit ohne Bindungswirkung; Zöller-Greger, Vor § 253,11: Reihenfolge angezeigt, aber gesetzlich nicht vorgeschrieben; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 96 V 5, S.540: für eine Reihenfolge, aber ohne Bindungswirkung; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 39 III, S.229 für eine Reihenfolge.

³⁶RGZ 34,392 (396); Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 96 V 5, S.540; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 39 III, S.229; Stein-Jonas-Schumann, vor § 253, 131; Zöller-Greger, Vor § 253,11.

³⁷Stein-Jonas-Schumann, vor § 253,131.

³⁸Auf dieses Bedenken macht Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 39 III, S.229 aufmerksam; er weist darauf hin, daß es sehr unwirtschaftlich sei, Beweis über eine „vorrangige“ Voraussetzung zu erheben, wenn eine „nachrangige“ Voraussetzung unzweifelhaft nicht gegeben sei.

müßte. Wegen des Unterliegens aufgrund der Verneinung einer Prozeßvoraussetzung müßte dann auf der Seite des Klägers mit dem Hinweis darauf, daß lediglich eine nachrangige Prozeßvoraussetzung eingreife, ein Rechtsmittel zulässig sein; umgekehrt müßte auch der Beklagte bei einem Obsiegen aufgrund des Fehlens einer nachrangigen Prozeßvoraussetzung einen Sieg im Rechtsmittel wegen des Eingreifens einer vorrangigen Prozeßvoraussetzung erreichen können. Das Rechtsmittelgericht müßte folglich bei nicht beachteter Vorrangigkeit zur Abänderung oder Aufhebung kommen. Trotz bestehender Entscheidungsreife bei Verneinung einer nachrangigen Prozeßvoraussetzung müßten zunächst alle vorrangigen Prozeßvoraussetzungen geklärt werden. Es bereitet schon Schwierigkeiten, für diese Konstellationen eine Beschwer zu ermitteln³⁹, die den Zugang zu einem Rechtsmittel überhaupt erst ermöglichen würde. In der Sache liefe diese Auffassung darauf hinaus, daß ein Anspruch auf eine bestimmte Begründung der gerichtlichen Entscheidung besteht. Dieser Anspruch ist freilich unserem Rechtssystem fremd⁴⁰.

Im materiellen Recht gibt es grundsätzlich für die Feststellung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale oder für die Prüfungsreihenfolge in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen keine bindende Reihenfolge. Das Gericht ist nur gehalten, nicht einen Weg auszuschlagen, für welchen bereits Entscheidungsreife besteht (vgl. § 300 ZPO); ferner muß immer die Tragweite der Rechtskraft sichtbar bleiben. Aus diesem Grund verbietet etwa § 322 II ZPO, zur Aufrechnung Stellung zu nehmen, bevor nicht der Bestand der Forderung geklärt ist, gegenüber der aufgerechnet werden soll⁴¹. Dagegen ist es trotz § 142 BGB erlaubt, die Frage der Anfechtung außer acht zu lassen, wenn eine ebenfalls verfolgte Wandlung⁴², ein

³⁹verneinend Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 136 II 3a, S.810; J.Blomeyer, NJW 1969,591; a.A. Bettermann, ZZZ 82,57.

⁴⁰So wird ein kontradiktorisches Urteil verweigert, wenn trotz Anerkenntnis des Beklagten kein Anerkenntnisurteil beantragt wird, etwa weil der Beklagte die Gründe der Abweisung durch das Gericht mitgeteilt haben will; allgem. Meinung: BGHZ 10,33; Schilken, ZZZ 90,57; Thomas/Putzo-Reichold, § 307,11; Stein-Jonas-Leipold, § 307,30.

⁴¹BGHZ 80,97; Zöller-Vollkommer, § 322,20; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 322,23; Förster-Kann; § 322 4 a bb.

Aus diesem Grund ist eine Aufrechnung neben anderen Verteidigungsmitteln im Zweifel auch als Hilfsaufrechnung zu werten.

⁴²RGRK-BGB-Krüger=Nieland, § 123,86,87; MüKoBGB-Kramer, § 123,26 (3. Aufl.) mit ungenauer Bezugnahme auf RG JW 1936,1125: wegen der stärkeren Wirkung soll die Anfechtung gegenüber dem Rücktritt vorrangig sein. Das RG hat jedoch nur hinsichtlich einer Feststellungsklage, die auf die Feststellung der

Rücktritt oder eine Kündigung⁴³ dasselbe Ergebnis bringen. Das Gericht darf bei fehlender Fälligkeit als -derzeit- unbegründet abweisen und muß sich nicht darum kümmern, ob es weitere Verteidigungsmittel gibt, die eine endgültige Abweisung rechtfertigen könnten. Es ist dann das Risiko der erneuten Klage, ob diese Verteidigungsmittel zum Zuge kommen.

Diese Auffassung ist die Konsequenz des Umstands, daß Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen. Deswegen ist das Gericht in der Auswahl der rechtlichen Gesichtspunkte frei, sofern diese sich innerhalb der Dispositionsbefugnis der Parteien hält. Es ist auch kein Grund ersichtlich, von diesen Grundsätzen im Rahmen der Zulässigkeit abzugehen. Es entspricht ohnehin einer wirtschaftlichen Arbeitsweise, wenn zunächst derjenige Gesichtspunkt angesteuert wird, der eine Erledigung mit dem geringsten Aufwand verspricht. Irritationen in Hinblick auf die Tragweite der Rechtskraft sind nicht zu befürchten. Eine Risikoverlagerung zu Lasten einer Partei findet nicht statt. Zügige Erledigung wird möglich. Zwar gibt es ein öffentliches Interesse, daß das Vorliegen bestimmter Prozeßvoraussetzungen tatsächlich gegeben ist. Für diese wird auch eine Prüfungspflicht von Amts wegen angenommen. Ihre Existenz wird zur Begründung der Lehre vom Vorrang benutzt. Letztere Folgerung ist jedoch nicht zwingend. Denn die Prüfungspflicht von Amts wegen kann nur bedeuten, daß ein Sachurteil nicht ergehen darf, wenn bestimmte von Amts wegen zu beachtende tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Die Amtspflicht geht jedoch nicht dahin, ein Sachurteil gerade wegen dieses Defizits zu verweigern. Daß das Rechtsschutzbedürfnis häufig in die Nähe der qualifizierten Prozeßvoraussetzungen gerückt wird, bei welchen die tatsächliche Aufklärung innerhalb der Zulässigkeitsprüfung aus prozeßökonomischen Gründen unterbleibt und sofort die Begründetheit untersucht wird⁴⁴, besagt nichts für einen Vorrang. Auch wenn beim Rechtsschutzbedürfnis vertreten wird, eine Überprüfung könne unterbleiben und materiellrechtliche Erwägungen könnten gleichwohl angestellt werden, folgt daraus allenfalls die praktische Ge-

Nichtigkeit zielte, auf den Unterschied zwischen Anfechtung und sonstiger Rückabwicklung hingewiesen; ebenso Soergel-Hefermehl, § 123,61; Erman-Palm, § 123,3ff vermutlich jedoch keine Vorrangigkeit im prozessualen Sinn; Palandt-Putzo (61.Aufl.), Vorbem v § 459,8; Flume, BGB AT II, § 27,4, möglicherweise aber ohne prozessuale Aussage.

⁴³MüKoBGB-Kramer, § 123,31.

fahr, daß bei unsauberer Abgrenzung andere Prozeßvoraussetzungen übersehen werden, jedoch wird mit dieser prozeßwirtschaftlichen Überlegung kein Sachargument für einen Vorrang geliefert.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß im Anwendungsbereich des § 325 ZPO auch gegen eine Abweisung als unzulässig wegen der Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses aus dogmatischen Gründen nichts eingewendet werden kann. Es ist nur sicherzustellen, daß eine erneute Klage grundsätzlich unzulässig ist, die auf eine nochmalige Titulierung des objektiv identischen Anspruchs zielt. Jede andere, den Anspruch nicht in seiner gesamten objektiven Identität erfassende Bindungswirkung ist im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtslage einzubeziehen.

4. (Aufrechnung im Prozeß mit rechtskräftiger Forderung oder bei rechtskräftigem präjudiziellen Rechtsverhältnis) Abschließend soll noch dazu Stellung genommen werden, welche prozessuale Behandlung geboten ist, wenn der Beklagte mit einer Forderung aufrechnet, über welche bereits im Verhältnis zu einem Dritten rechtskräftig entschieden wurde oder zu deren Voraussetzungen ein Rechtsverhältnis gehört, über welches im Verhältnis zu einem Dritten bereits eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

a. Da es sich bei der Aufrechnung um eine materiellrechtliche Verteidigung gegenüber der Klageforderung handelt, die erst geprüft werden kann, wenn die Zulässigkeit und die Schlüssigkeit der Klage bejaht wurden⁴⁵, kann die Erörterung dieser Fragen nur im Rahmen der Begründetheit der Klage geschehen. Die Gegenforderung nimmt aber ohnehin vielfach an der Zulässigkeitsprüfung der Klageforderung teil. Dies gilt insbesondere für diejenigen Prozeßvoraussetzungen, die im Hinblick auf das Gericht und die Parteien zu prüfen sind. Dies sind namentlich Rechtsweg, Zuständigkeit, Existenz der Parteien, Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit⁴⁶. Allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch

⁴⁴ Zöller-Greger, Vor § 253,10.

⁴⁵ zur Beweiserhebungstheorie gegen Klageabweisungstheorie vgl. Zöller-Greger; § 145,13; Zöller-Vollkommer, § 300,4 und § 322,20.

⁴⁶ Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 96 II 2, S.536.

bei der Aufrechnung zwischen deren Zulässigkeit und deren Begründetheit unterschieden werden muß. Dies folgt aus § 322 II ZPO. Nach dieser Vorschrift ist eine Entscheidung der Rechtskraft fähig, die die zur Aufrechnung gestellte Forderung aberkennt, weil sie nicht entstanden ist oder weil sie zur Tilgung der Klageforderung verbraucht wurde⁴⁷. Das Erzeugen einer in diesem Punkt rechtskraftfähigen Entscheidung bedeutet aber immer, daß sich das Gericht auch mit dem Bestand der Gegenforderung selbst auseinandergesetzt hat. Ist es nicht so weit in der Prüfung vorgedrungen, entfällt eine Rechtskraftwirkung. Dementsprechend sind Fragen, die die Zulässigkeit der Aufrechnung betreffen, vorrangig zu prüfen, weil sie ein Eingehen auf die Forderung selbst nicht voraussetzen und entbehrlich machen können⁴⁸. Dazu gehören beispielsweise die hinreichende Bestimmtheit der Aufrechnungserklärung bei mehreren Klageforderungen oder mehreren abgrenzbaren Klagepositionen, die hinreichende Bestimmtheit der Gegenforderung, insbesondere die Klärung der Reihenfolge bei mehreren Gegenforderungen, ein Grundsatz, gegen den in der Praxis vielfach verstoßen wird; die Erörterung eines Aufrechnungsverbots ist hier ebenfalls zu nennen⁴⁹. Die Beispiele zeigen, daß die Bedeutung der Trennung von Zulässigkeit und Begründetheit der Prüfung der Aufrechnungsforderung nicht mit der Tragweite der getrennten Prüfung der Prozeßvoraussetzungen und der Begründetheit einer Klageforderung ohne weiteres zu vergleichen sind. Vergleichbarkeit besteht vornehmlich dort, wo es um die Dispositionsmaxime geht: Dispositionsbefugnis ist gleichermaßen für eine klageweise Durchsetzung oder für eine Verfolgung im Wege der Aufrechnung notwendig.

Wird die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht bejaht, was schon dann anzunehmen ist, wenn das Gericht offenläßt, ob die Aufrechnung zulässig ist⁵⁰, kann keine der Rechtskraft fähige Entscheidung ergehen, weil unklar bleibt, ob ein Verbrauch der Aufrechnungsforderung eingetreten ist oder nicht. Dagegen sind bei Verneinung der Zulässigkeit der Auf-

⁴⁷Zöller-Vollkommer, § 322,21; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 153 III 3 b, S.924.

⁴⁸RGZ 132,106f; BGH NJW 1988,3210; 1994,1538; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 105 IV 8, S.599; Zöller-Vollkommer, § 322,19; Thomas/Putzo-Reichold, § 322,48.

⁴⁹Zöller-Vollkommer, § 322,18.

⁵⁰BGH NJW 1984,128 (129) = MDR 1983,1018; BHG NJW RR 1991,972; Zöller-Vollkommer, § 322,19; Thomas/Putzo-Reichold, § 322,48ff.

rechnung Erwägungen zu deren Begründetheit als nicht vorhanden zu behandeln⁵¹. Dies folgt daraus, daß eindeutig geklärt ist, eine Entscheidung über die Aufrechnung in der Sache ist nicht geboten. Unterläßt dagegen das Gericht bewußt oder unbewußt eine Prüfung der Zulässigkeit der Aufrechnung, kann die Entscheidung ebenso in Rechtskraft erwachsen, wie ein Urteil über eine Klageforderung, bei welchem verfehlt die Zulässigkeit der Klage angenommen wird⁵².

Die oben erörterte Streitfrage, ob bei Rechtsnachfolge das Rechtsschutzinteresse tangiert wird, wenn der Rechtsnachfolger aus einem vom Vorgänger erstrittenen Titel vorgeht oder aus einem den Vorgänger verurteilenden Titel in Anspruch genommen wird, stellt sich bei der Aufrechnung nicht. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht für eine Aufrechnung regelmäßig, wenn sie zur Verteidigung benötigt wird. Der Aufrechnende tritt insoweit regulierend auf, als er sich für eine Primär- oder eine Eventualaufrechnung entscheidet. Diese Entscheidung knüpft jedoch nicht an das Rechtsschutzbedürfnis, sondern an die Dispositionsbefugnis des Rechtsinhabers an.

b. Die Übertragung dieser Überlegungen auf die anstehende Problematik läßt zunächst die Feststellung zu, daß bei einer Aufrechnung durch oder gegen den Rechtsnachfolger die Überprüfung der Rechtsnachfolge immer innerhalb der Erörterung des Bestands der Aufrechnung zu klären ist. Dies ergibt sich daraus, daß die Gegenseitigkeit zur Begründetheit der Aufrechnungsforderung gehört⁵³ und in diesem Zusammenhang die jeweilige Rechtsinhaberschaft festgestellt werden muß.

Es soll noch überlegt werden, ob unterschiedliche Konsequenzen für das prozessuale Vorgehen zu ziehen sind, wenn die jetzt zur Aufrechnung gestellte Forderung zugebilligt oder wenn sie aberkannt wurde.

aa. Der erste Fall kann sich so darstellen, daß der Kläger als Rechtsnachfolger eines Schuldners des Beklagten der Aufrechnung ausgesetzt wird und gem. § 325 ZPO an die Feststellung des Bestands der Forderung

⁵¹BGH NJW 1984,128 (129) = MDR 1983,1018.

⁵²Zöller-Vollkommer, § 322,19.

⁵³Zöller-Vollkommer, § 322,18.

gebunden ist. Ohne auf Einzelheiten hier näher eingehen zu wollen, kann dies etwa dann der Fall sein, daß der Kläger Schuldner des Beklagten dadurch geworden ist, daß er einen Betrieb während eines anhängigen Rechtsstreits des jetzigen Beklagten gegen den Inhaber des Betriebes übernommen hat und er gem. § 613a BGB für diese Forderung des Beklagten einstehen muß⁵⁴.

Es kann auch vorkommen, daß der Beklagte als Rechtsnachfolger eines Gläubigers des Klägers die Rechtskraft im Wege der Aufrechnung fruchtbar machen will. Dies ist dann der Fall, wenn der Kläger von seinem Gläubiger zu Recht in Anspruch genommen wurde und nach Rechtshängigkeit vom Gläubiger des Klägers diese nunmehr zur Aufrechnung gestellte Forderung an den jetzigen Beklagten abgetreten wurde. Auch hier folgt aus der Rechtskraft der jetzt als Gegenforderung eingesetzten Titels, die der Rechtsnachfolger für sich in Anspruch nehmen kann, daß die Erklärung der Aufrechnung dann ohne Sachprüfung zur Abweisung der Klage (in Höhe der Gegenforderung) führen muß.

Ebenfalls sollte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Frage, ob einer Aufrechnung Tilgungswirkung beikommt, nicht zur Zulässigkeit der Aufrechnung, sondern zu deren Begründetheit gehört. Für eine Prüfung im Rahmen der Zulässigkeitsüberlegungen zur Aufrechnung gibt es keinen rechtlichen Ansatzpunkt. Die zur Aufrechnung gestellte Forderung stellt in dem Verteidigungskomplex Aufrechnung ein präjudizielles Subsumtionsmerkmal dar, welches aufgrund der Rechtskraft der zur Aufrechnung gestellten Forderung nicht mehr verneint werden kann.

Bei einer rechtskräftigen Gegenforderung, die zur Aufrechnung gestellt wird, sollte bei vernünftigem Prozessieren vom Kläger die Hauptsache für erledigt erklärt werden. Man wird allerdings ohnehin regelmäßig erwarten können, daß der Kläger bei einer derartigen Situation, bei welcher er einem rechtskräftigen Titel ausgesetzt ist, nicht wegen seiner Forderung Leistungsklage erhebt, sondern sich mit der Vollstreckungs-

⁵⁴MüKoZPO-Gottwald, § 325,31: der Betriebsübergang stellt eine Vertragsübernahme dar. Nach der hier vertretenen Ansicht gehört auch die privative Schuldübernahme nach Rechtshängigkeit der übernommenen Schuld hierher; vgl. unten IV C.

gegenklage gegen den Titel wehrt oder beim Bestreiten des Rechtsübergangs sich mit den Klauselrechtsbehelfen gem. §§ 732, 768 ZPO verteidigt. Jedoch ist er zu einer Leistungsklage gezwungen, wenn er bei einer Vollstreckungsgegenklage die Hürde des § 767 II ZPO nicht nehmen kann oder wenn die Vollstreckungsgegenklage deswegen keinen Erfolg haben kann, weil er selbst einem Aufrechnungsverbot ausgesetzt ist. So muß beispielsweise eine Aufrechnung im Wege der Vollstreckungsgegenklage gem. § 393 BGB scheitern, wenn die titulierte Forderung auf einer vorsätzlich begangenen, unerlaubten Handlung beruht. Es ist auch noch zu beachten, daß dem Kläger die Erklärung der Erledigung in der Hauptsache dann unter Umständen nichts nutzt, wenn der Beklagte lediglich hilfsweise mit der rechtskräftig zuerkannten Forderung aufgerechnet hat und sich im Hinblick darauf verständlicherweise der Erledigungserklärung nicht anschließt.

bb. Wurde im vorausgegangenen Rechtsstreit die jetzt vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Forderung aberkannt, ist es jetzt Sache des Klägers, sich auf die entgegenstehende Rechtskraft zu berufen⁵⁵. Eine Bejahung der Bindungswirkung verhindert jede weitere Sachprüfung hinsichtlich der zur Aufrechnung gestellten Forderung; eine rechtskraftfähige Entscheidung insoweit bleibt aus.

Bei einer klageweisen Verfolgung von Ansprüchen wird der Eintritt in die Sachprüfung dadurch verhindert, daß die Zulässigkeit der Klage verneint wird. Diesen Gedanken kann man aber nicht ohne weiteres auf die Aufrechnung mit einer bereits rechtskräftig beschiedenen Forderung übertragen. Dies gilt auch im Falle der vorausgegangenen Abweisung der nunmehr zur Aufrechnung gestellten Forderung. Bei der Verneinung einer Klage als unzulässig besteht nämlich regelmäßig eine andere Möglichkeit der Durchsetzung des verfolgten Rechts oder es wird die Notwendigkeit oder die Erlaubnis der Durchsetzung eines Rechts überhaupt verneint. Der Rechtssuchende ist nicht oder nicht mehr auf den eingeschlagenen Weg angewiesen. Bei einer Aufrechnung mit einer rechtskräftig aberkannten Forderung durch oder gegenüber dem Rechtsnach-

⁵⁵Diese ist freilich von Amts wegen zu beachten, sofern das Gericht Kenntnis hat: BGH NJW RR 1987,642,643; BGH NJW 1989,2133; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 151 III 2, S.918; Thomas/Putzo-Reichold, § 322,13.

folger läßt sich die Feststellung, daß eine Erlaubnis zur nochmaligen Durchsetzung der Forderung nicht besteht, nicht auf Anhieb treffen. Zwar muß die zur Aufrechnung gestellte Forderung selbst nicht mehr überprüft werden, aber es muß eine Möglichkeit geboten werden, die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Aufrechnungserklärung, die in der Untersuchung der Gegenseitigkeit besteht und zu der die Rechtsnachfolge gehört, selbst einer Prüfung zu unterziehen. Dies kann nur im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Aufrechnung geschehen. Ein rechtlicher Ansatzpunkt für eine andere Vorgehensweise ist nicht sichtbar. Es wäre auch ungereimt, die Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer rechtskräftig beschiedenen Forderung unterschiedlich zu behandeln, je nach dem, ob die Forderung bejaht oder abgewiesen wurde. Dies spricht dafür, der Rechtskraft auch hier präjudizielle Bedeutung im Rahmen der Gesamtprüfung zuzumessen mit der Folge, daß die Aufrechnungsforderung ungeprüft verneint werden muß⁵⁶.

Wird die Prüfung dennoch angestellt und ein abweichendes Ergebnis gefunden, müßte an sich die frühere rechtskräftige Entscheidung der späteren vorgehen⁵⁷. Vertieft soll dies hier aber nicht werden.

Bei einer Verneinung der Bindungswirkung der Rechtskraft, die immer dann vorzunehmen ist, wenn keine Identität vorliegt, ergeben sich keine Besonderheiten. Es findet eine Sachprüfung statt. Wird die Bindungswirkung zu Unrecht verneint, geht diese Entscheidung der früheren vor.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß bei einer Aufrechnung mit einer rechtskräftig beschiedenen Forderung eine Sachprüfung dieser Forderung immer ausgeschlossen ist; der Bestand oder die Verneinung der Aufrechnungsforderung wird bei Identität als präjudizielles Merkmal behandelt.

⁵⁶Bei einer hilfsweise erklärten Aufrechnung findet mangels Sachprüfung eine Streitwerterhöhung gem. § 19 III GKG nicht statt.

⁵⁷BGH NJW 1981,1517; Thomas/Putzo-Reichold, § 261,15; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 261,26; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 100 III 1d, S.570 jeweils für Klagen; es soll die Restitutionsklage oder die Vollstreckungsgegenklage möglich sein. Nach RGZ 52,218 hat das spätere Urteil Vorrang.

c. Ist die von der Bindungswirkung erfaßte Entscheidung für die jetzt zur Aufrechnung gestellte Forderung präjudiziell, kann diese Entscheidung ohnehin nicht innerhalb der Prüfung der Zulässigkeit verwendet werden. Es ergeben sich überhaupt keine Unterschiede zur Behandlung der Bindung präjudizieller Rechtsverhältnisse für eine Klageforderung. Es wird auf jeden Fall bei der Entscheidung über die Aufrechnungsforderung selbst eine solche getroffen, die gem. § 322 II ZPO der Rechtskraft fähig ist. Bei analogem Gebrauch der Terminologie für die Klageforderung liegen nämlich hinsichtlich der Aufrechnungsforderung und der präjudiziellen Entscheidung unterschiedliche Streitgegenstände vor.

III. Rechtskraftfragen bei streng akzessorischen Fällen

A. Meinungsstand

1. *Keine Gesamtschuld bei streng akzessorische Interzessionen*
 2. *Weitgehend gefestigter Meinungsstand hinsichtlich der Rechtskrafterstreckung bei streng akzessorischen Interzessionen*
- Anhang: Übersicht über die Ergebnisse der herrschenden Meinung

Die Abgrenzung der streng akzessorischen¹ Verhältnisse zu sonstigen Interzessionen zeigt, daß unterschiedliche Ansatzpunkte für eine Rechtskrafterstreckung vorliegen. Die Übersicht des Meinungsstands für eine Bindungswirkung streng akzessorischer Interzessionen ergibt ein weitgehend gefestigtes Bild. Die in der Praxis vertretenen und in der Literatur auch vorherrschenden Auffassungen soll hier auch nicht infrage gestellt werden.

1. (*Keine Gesamtschuld bei streng akzessorische Interzessionen*) Versteht man den Begriff der materiellrechtlichen Akzessorietät in einem engen Sinn einer einseitigen Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen Recht, also mit Bestimmung des Schicksals eines Rechts durch das andere Recht, nicht aber in umgekehrter Richtung², so ist nur für die Interzessionsfälle der zweiten Gruppe, nämlich Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht, diese rechtliche Charakterisierung zutreffend³. Bei diesen Interzessionsfällen wird nach dem interzessionarischen Rechtsge-

¹von lat. accessio = Nebensache, Nebenverpflichtung.

²In diesem engen Sinn: Medicus JuS 1971,497; Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.) Einl. §§ 420ff;125; Nikisch, § 108 VI; wohl ebenso MüKoZPO-Gottwald, § 325,7,59; Palandt-Sprau, Einf v § 765,4; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, vor § 765,3, Schack, NJW 1988,865(870); im weiten Sinn (alle Interzessionen): Zöller-Vollkommer, § 325,24; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 III, S.519ff.

³Die Wechselbürgschaft gem. Art. 32 WG gehört nicht hierher. Bei dieser ist in Art. 47 WG ausdrücklich gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen. Es gilt das Prinzip der formellen Akzessorietät, d.h., ein förmlicher Wechsel muß vorliegen, jedoch kommt es nicht auf ein materiellrechtliche wirksame Erklärung des Hauptschuldners an, vgl. BGHZ 35,19 und Baumbach-Hefermehl, WG, Art.32,2. Ob das Rechtsverhältnis des zahlenden Gesellschafters gegen den gem. § 24 GmbHG ausgeschlossenen Gesellschafter einbezogen werden muß, ist ungeklärt, vgl. einerseits Hachenburg-Ulmer, GmbHG, § 24,61 und andererseits Lutter-Hommelhoff, GmbHG, § 24,11.

Das Merkmal der Abhängigkeit bei Rechtsverhältnissen in nur eine Richtung trifft auch bei der Vormerkung und bei der Vertragsstrafe zu. Allerdings stellt

schäft weiterhin das Schicksal der Forderung gegen den Interzedenten durch die Forderung gegenüber dem Schuldner bestimmt. Eine unterschiedliche Entwicklung der Forderungen gegen Schuldner und Interzedenten ist grundsätzlich nicht vorgesehen. (Dabei ist es selbstverständlich, daß hier das Interesse nur solchen Fällen von Hypothek und Pfandrecht gilt, bei welchen Schuldnerstellung und Eigentum auseinander fallen.)

Bei den anderen Interzessionsfällen ist der Interzedent zwar an den Bestand der Schuld gebunden, wie er im Augenblick der Vereinbarung der Interzession gegeben ist, dann aber können die Forderungen gegen den Urschuldner und den Interzedenten durchaus auch unterschiedliche Wege gehen⁴. Dies macht ein Vergleich der §§ 421ff BGB, die das Gesamtschuldverhältnis regeln, mit den §§ 767, 768, 770 BGB für die Bürgschaft, den §§ 1113, 1118, 1137 BGB für die Hypothek und den §§ 1210, 1211 BGB für das Pfandrecht sofort augenfällig. Aus den für die streng akzessorischen Interzessionen gültigen Bestimmungen muß nämlich abgeleitet werden, daß diese gerade nicht als Gesamtschuldverhältnisse eingeordnet werden können⁵. Dies hat die bereits erwähnte Folge, daß § 425 II BGB, der die Wirkung rechtskräftiger Urteile ausdrücklich erfaßt, nicht zur Anwendung kommt.

Die angeführten Vorschriften für die streng akzessorischen Interzessionen zeigen zwar auch eine zweckidentische Verbindung der Forderungen aus den unterschiedlichen Schuldverhältnissen an, wie dies auch für zur Gesamtschuld verbundene Verbindlichkeiten der Fall ist⁶. In beiden Fällen führt nämlich die Leistung eines Schuldners zur Tilgung gegenüber

sich bei diesen Rechtsverhältnissen die Frage der Bindungswirkung für Dritte in der Praxis kaum.

⁴Selb, HdS-Mehrheiten, § 2 I 8, S.10ff.

⁵Palandt-Thomas, § 771,1; Staudinger-Brändl, vor § 765,8; Erman-Seiler, Vor § 765,8; Soergel-Mühl, § 765,7; RGRK-Mormann, § 765,20; Planck-Oegg, § 765, 6b; Reichel, Schuldmitübernahme, S.86; RGZ 134,138; BGH JZ 1956,99 mit Anmerkung Lauterbach; BGH WM 1968,916; BGH NJW 1987,2076; Gesamtschuldverhältnis nehmen an: Hellwig, Rechtskraft, § 3 IV 1, S.27 u. IV 4, S. 30; Planck, 3.Aufl., § 421,1 (modifiziert). Hasenbalg, S.343f: Im gemeinen Recht wurde Gesamtschuld angenommen, im röm. Recht bis Justinian auch Prozeßkonsumtion, so daß kein Rechtskraftproblem auftauchen konnte.

⁶Medicus, JuS 1971,497.

dem Gläubiger⁷, jedoch fehlt es an sonstigen für eine Gesamtschuld wesentlichen Merkmalen. Die Gesamtschuld zeichnet sich durch die Leistungsidentität⁸ und die Gleichrangigkeit der Schuldner gegenüber dem Gläubiger aus, welche durch dessen Belieben zum Ausdruck kommen, den Leistenden zu bestimmen⁹. Diese Eigenschaften fehlen grundsätzlich bei Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht.

Bei den Interzessionsfällen, die zu einer dinglichen Haftung führen, drängt sich die Verneinung einer Gesamtschuld schon deswegen auf, weil der Anspruch auf Befriedigung aus dem Sicherungsobjekt und der Anspruch auf Erfüllung der gesicherten Schuld nicht auf ein inhaltlich identisches Leistungsinteresse gerichtet sind. Haftungsklagen gegen den Sicherungsgeber, die dem Ziel der Duldung der Zwangsvollstreckung dienen, sind auf die Verwertung der für eine bestimmte Schuld haftenden Gegenstände gerichtet¹⁰, der Schuldner selbst hat dagegen die gesicherte Schuld zu erfüllen. Bei der Hauptschuld und der Bürgenschuld liegt zwar ein identisches Leistungsinteresse vor¹¹, jedoch fehlt es an der Gleichrangigkeit der Schulden. Dies ist beim Bürgen selbst dann nicht der Fall, wenn auf die Einrede der Vorausklage verzichtet wurde. Wenn auch bei einer solchen Sachlage der Gläubiger den Leistenden unter dem Hauptschuldner und dem Bürgen aussuchen kann, steht die bereits oben erwähnte Beeinflussungsmöglichkeit der Rechtsverhältnisse in nur eine Richtung der Annahme der Gleichrangigkeit entgegen. *Selb*¹² führt in diesem Zusammenhang aus, daß die Unanwendbarkeit der § 421ff BGB ganz maßgeblich durch die einseitige Bindung der Bürgenschuld an den

⁷Ein Untergang der Schuld tritt nur ein, wenn es zu keinem Forderungsübergang gem. § 426 II 1 BGB oder § 774 I 1 BGB kommt.

⁸Palandt-Heinrichs, § 421,5; Jauernig-Stürner, BGB, § 421,1; BGHZ 43,232; für die Grundschuld BGH DNotZ 1989,359.

⁹BGHZ 106,319; 108,83; Palandt-Heinrichs § 421,12; Medicus, Schuldrecht I, § 69 II 1Rdnr.793ff.

¹⁰Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 36, S.206.

¹¹zu diesem Erfordernis bei der Bürgschaft: BGH NJW 1980,2412; zur Gläubigeridentität von Hauptschuld und Bürgenschuld: BGH NJW 1991,3035 mit weiteren Nachweisen: die Bürgenschuld erlischt bei Aufhebung der Gläubigeridentität, eine selbständige Abtretung der Forderung gegen den Bürgen ist nicht möglich; vgl. auch RGZ 85,363; Reichel, Schuldmitübernahme, S.457.

¹²Selb, Hds-Mehrheiten, § 2 I 8.

Fortbestand der Hauptschuld deutlich wird und der Hauptschuldner niemals die Bürgenschuld und der Bürge nicht die Hauptschuld erfüllt¹³.

Aus den für ein Gesamtschuldverhältnis gültigen Regeln der §§ 422 - 424 BGB ist zu entnehmen, daß die dort genannten Tatsachen jeweils sämtliche Rechtsverhältnisse des Gläubigers zu den einzelnen Gesamtschuldern berühren, während § 425 BGB eine Begrenzung der Tatsachenwirkung auf das Rechtsverhältnis enthält, bei welchem die Tatsache eingetreten ist. Bei der Bürgschaft wird die Rechtslage jedoch insbesondere durch §§ 767, 768 BGB anders gestaltet. Sie ist teils weiter, teils enger geregelt. Neben der Beeinflussung in nur eine Richtung ist eine Bindung durch die Hauptschuld teilweise auch für solche Tatsachen vorgesehen, für welche § 425 BGB eine Bindung ausschließt. So treffen etwa Rechtsverfolgungskosten gegenüber dem einen Gesamtschuldner nicht den anderen Gesamtschuldner, während jedoch der Bürge gem. § 767 II BGB für Rechtsverfolgungskosten gegenüber dem Hauptschuldner aufzukommen hat. Die Situation sieht für die Hypothek gem. § 1138 II BGB und für das Pfandrecht gem. § 1210 II BGB ebenso aus.

Ganz allgemein läßt sich sagen, daß nach Bildung der Gesamtschuld nur solche Einwendungen dem jeweiligen anderen Schuldner zugute kommen, die mit der Erfüllung zusammenhängen, während alle anderen Einwendungen, insbesondere auch Leistungsstörungen, nur für den Gesamtschuldner von Bedeutung sind, den sie auch betreffen. Der Bürge hat dagegen für alle Leistungsstörungen durch den Hauptschuldner einzustehen, nimmt aber auch in vollem Umfang an jeglicher Entlastung des Hauptschuldners teil.

Nicht hilfreich ist dagegen, als Abgrenzungsmerkmal für das Vorliegen einer Gesamtschuld heranzuziehen, ob ein wechselseitiger Regreß der einzelnen Schuldner möglich ist. Die Möglichkeit eines Regresses besagt deswegen nichts für ein Gesamtschuldverhältnis, weil der Regreß allein

¹³Von Fällen des § 267 BGB ist natürlich abzusehen. Für diese Leistungsbestimmung gibt es bei Leistung des Hauptschuldners wohl schwerlich einen Anhaltspunkt, bei Leistung des Bürgen wird schon im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 774 I 1 BGB die Auslegung dafür sprechen, daß auf die Bürgenschuld geleistet

eine Frage des Innenverhältnisses ist. Dies belegt § 426 BGB eindeutig. Daß es durchaus Gesamtschuldverhältnisse gibt, bei welchem nach ihrem Leitbild im Ergebnis nur ein Schuldner verpflichtet sein soll, zeigt beispielsweise § 3 Nr.2 PflVersG. Hier soll entsprechend dem Gedanken des Versicherungsschutzes im Ergebnis nur der Haftpflichtversicherer den Haftpflichtfall ausgleichen. Ist das Innenverhältnis gestört, mag die Sache anders aussehen. Daß die Erfüllung nach beiden Seiten wirkt, ist nicht eine Folge einer Abhängigkeit, sondern dies ergibt sich aus der Zweckidentität.

2. (Weitgehend gefestigter Meinungsstand hinsichtlich der Rechtskrafterstreckung bei streng akzessorischen Interzessionen) Aufgrund der Erkenntnis, daß nur der Hauptschuldner die Bürgenschuld beeinflussen kann, jedoch die Lage des Bürgen sich grundsätzlich nicht aufgrund rechtsgeschäftlichen Handels des Hauptschuldners verschlechtern darf und der Bürge zu keiner Beeinflussung fähig ist, hat sich hinsichtlich der Betrachtung der Rechtskrafterstreckung eine weitgehend gefestigte Meinung für die einzelnen Fallgestaltungen entwickelt. Die Ergebnisse werden regelmäßig und im Detail auch unkritisch auf die Hypothek und das Pfandrecht übertragen.

So gilt aufgrund der §§ 767, 768 BGB mit kleinen Unterschieden in der Begründung als anerkanntes Ergebnis, daß eine Klageabweisung im Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner dem anschließend in Anspruch genommenen Bürgen zugute kommt, für die herrschende Meinung findet jedoch im umgekehrten Fall des Obsiegens des Gläubigers gegen den Hauptschuldner keine Bindung statt¹⁴. Hier wird man nur dann Ein-

wurde, da anderenfalls für den gesetzlichen Forderungsübergang kein Raum bleibt, weil die Forderung durch Erfüllung untergegangen ist.

¹⁴negatives Urteil für Gläubiger: BGH NJW 1970,279 = WM 1970,12; BGH WM 1965,579; BGHZ 107,96; BGH NJW 1993,1559, positives Urteil für Gläubiger: RGZ 56,109; BGH WM 1971,614; BGHZ 76,220 = NJW 1980,1460; BGH NJW 1987,2076; für die Einrede der Verjährung: BGHZ 107,92 = NJW 1989,1276; Hellwig, Rechtskraft, § 3 IV 4, S.30 (Reflexwirkung) u. § 46 I 1, S.317; Staudinger-Horn, § 768,25; Soergel-Fischer, § 765,3; MüKoBGB-Pecher, (2.Aufl.), § 768,6 und MüKoBGB-Habersack, § 768,11; Erman-Seiler, § 765,6; Palandt-Thomas, § 767,4; Oertmann, § 765,2; Stein-Jonas-Leipold, § 325,95f; MüKoZPO-Gottwald, § 325,59f; Thomas/Putzo-Putzo, § 325,5; Fenge, NJW 1971,1920; Huber, JuS 1972,621(627); Schack, NJW 1988,865(870); Jauernig, ZJP 101,361(377).

schränkungen machen müssen, wenn man die Auffassung vertritt, bei nichtiger Hauptschuld hafte der Bürge jedenfalls für den deshalb gegebenen Bereicherungsanspruch¹⁵: Dies ist aber kein dogmatisches Problem, sondern eine Frage der Auslegung des Umfangs der übernommenen Bürgenverpflichtung¹⁶.

Vor allem *Bettermann* und *Blomeyer* vertreten im Gegensatz zur herrschenden Meinung die Auffassung, die Verbürgung für eine bereits rechtskräftig gegenüber dem Hauptschuldner festgestellte Schuld binde auch den Bürgen¹⁷, während die herrschende Meinung nur eine Bindung im Wege der Auslegung des Verpflichtungswillens des Bürgen akzeptiert¹⁸.

*Bettermann*¹⁹ zieht die Parallele zu den in § 325 ZPO erfaßten Fällen der Nachfolge. Er ordnet unter diese Vorschrift sowohl die Rechtsnachfolge als auch die Schuldnachfolge ein und betont, es könne keinen Unterschied machen, ob die Abhängigkeit lediglich bei der Begründung des Rechtsverhältnisses gegeben sei, wie dies für die Fälle der abgeleiteten, von § 325 ZPO geregelten Fälle zutreffe, oder ob die Abhängigkeit im Umfang der Regelung des materiellen Rechts fortduere, wie dies bei der Akzessorietät gegeben sei. Sowohl *Bettermann* als auch *Blomeyer* machen deutlich, daß sich aus dem materiellen Recht durchaus Einschränkungen in der Abhängigkeit ergeben können. Für sie ist daher der Umfang der Befugnis, durch Rechtsgeschäft das akzessorische Rechtsverhältnis zu beeinflussen, gleichzeitig auch die Begrenzung für eine Rechtskrafterstreckung. Nur in diesem Umfang ist die Rechtskrafterstreckung zumutbar. Für sie ist deshalb die sich aus § 767 I 3 BGB ergebende

¹⁵so ausdrücklich Larenz-Canaris, SR II/2, § 60 III 1c, S.13f; für die Hypothek; Heck, § 84 II 3; folgend Baur-Stürner, SachenR, § 37 V 2, S.384; Westermann, JZ 1962,302; a.A.: BGHZ 36,89.

¹⁶BGH NJW 1987,2076; bei der Restschuldversicherung soll bei nichtigem Darlehensvertrag allerdings das versicherte Risiko aufgrund der Interessenlage den Bereicherungsanspruch erfassen, BGH NJW 1983,1420 (1422).

¹⁷Bettermann, S.135,138,139; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 I, S.519f u. ZZP 75,1(23); ebenso Planck-Oegg, § 767,7a; Zöller-Vollkommer, § 325,34; Staudinger-Brändl (10./11.Aufl.), vor § 765,41.

¹⁸Stein-Jonas-Leipold, § 325,97; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 156 II 4b, S.939; MüKoZPO-Gottwald, § 325,61f; Erman-Seiler, § 767,6; BGH NJW 1975,1119 für die Prozeßbürgschaft.

¹⁹Bettermann, S.61ff,81ff.

de Einschränkung, welche Haftungserweiterungen des Bürgen durch nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners verbietet, auch auf gerichtliche Entscheidungen zu übertragen. Dem Verbot für den Hauptschuldner, durch Rechtsgeschäft die Stellung des Bürgen zu verschlechtern, sei es gleichzusetzen, wenn der Hauptschuldner hinsichtlich der Hauptschuld rechtskräftig verurteilt werde. Von einer Verschlechterung kann demgemäß dann keine Rede sein, wenn die Verurteilung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrags bereits vorliegt. Daß dies in der Sache keinen Unterschied macht für einen Bürgen, der von einer bereits erfolgten Verurteilung des Hauptschuldners bei Eingang der Bürgschaft nichts weiß, läßt sich schon hier kritisch anmerken.

Schließlich wird vornehmlich von *Schwab* die Meinung vertreten, ein Urteil gegenüber dem Hauptschuldner mit jeglichem Ergebnis binde aufgrund der Akzessorität den Bürgen immer²⁰. Er korrigiert unzumutbare Belastungen des Bürgen über § 242 BGB.

Es wurde bereits im Abschnitt I 4 dieser Arbeit darauf hingewiesen, daß *Schwab* mit einer Besonderheit der Drittwirkung der Rechtskraft arbeitet, der die meisten Autoren allerdings nur terminologische Natur beimessen. Für *Schwab* liegt bei der Abhängigkeit des Bürgen ein solcher Fall der Drittwirkung der Rechtskraft vor, die er von der Rechtskrafterstreckung streng unterscheiden will²¹. Er hat diesen Begriff geprägt und will darunter eine Bindung einer Entscheidung für das Rechtsverhältnis der gerade von der Entscheidung betroffenen Personen erfassen, während es Dritten unbenommen bleibt, für ihr Verhältnis zu den von der Entscheidung betroffenen Personen einen anderen Rechtsstandpunkt einzunehmen. Dritte können also durchaus das von der Entscheidung betroffene Recht für sich in Anspruch nehmen, sie müssen nur die Richtigkeit der Entscheidung im Verhältnis der Parteien des Rechtsstreits zueinander akzeptieren. Für *Schwab* hat dagegen Rechtskrafterstreckung nicht die beschriebene relative Wirkung, sondern bindet absolut. Sie kommt für ihn nur bei subjektiver und objektiver Identität des Streitgegenstands vor. Die Drittwir-

²⁰Schwab, ZZP 77,124 (143); ihm folgend Martens, ZZP 79,404,427f; wohl auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 325,24.

kungslehre wird heute allgemein abgelehnt²². Ihre Differenzierung wird als überflüssige Begrifflichkeit bezeichnet, mit welcher der Sache nach nichts anderes beschrieben werde als Rechtskrafterstreckung bei Präjudizialität.

Gegenüber der von *Schwab* favorisierten Meinung einer Bindung positiver und negativer Entscheidungen gegenüber dem Hauptschuldner wird außerdem angeführt, daß die Bürgenschuld nur vom Bestand der Hauptschuld abhängig sei, es sich im übrigen aber um einen eigenständigen Anspruch handele und eine Erweiterung der Bindung zu Lasten des Bürgen nur um den Preis eines Verstoßes gegen das rechtliche Gehör erfolgen könne²³.

Wenn vielfach zur Begründung der Auffassung, daß eine Verurteilung des Hauptschuldners den Bürgen nicht binden könne, auch auf das Verschlechterungsverbot des § 767 I 3 BGB abgestellt wird²⁴, weil diese Vorschrift, die dem Wortlaut nach nur auf Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners abziele, Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens des Verbots der Erweiterung der Haftung sei, so überzeugt diese dogmatische Ableitung nicht vollends, weil sie letztlich doch sehr formal bleibt und deutlich vom gewünschten Ergebnis diktiert wird. Um die rechtsgeschäftliche Anknüpfung deutlich zu machen, weist hier auch *Blomeyer* darauf hin, daß es darauf ankommt, ob der Prozeß unter der Verhandlungsmaxime stand²⁵. Wenn das Urteil rechtens ist, kann aus materiellrechtlicher Sicht von der Erweiterung einer Haftung keine Rede sein. Es verbleibt nur das prozessuale Argument, daß der Bürge keinen Einfluß im Rechtsstreit zur Abwehr einer Verurteilung auf die Hauptschuld nehmen konnte. Es erscheint mir freilich nicht unerträglich für einen Bürgen, in die

²¹Schwab, ZZZ 77,124(176); Rosenberg-Schwab, § 157 II u. III, S.992f; zuletzt verteidigend FS für Walder, 1994, S.261ff; vgl. vorn Abschnitt I 4 FN 49.

²²Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 91 II 2, S 505f; Stein-Jonas-Leipold, § 325,78ff; Jauernig, ZZZ 101,361(372); jetzt auch Rosenberg-Schwab-Gottwald § 156 III, S.940.

²³so vor allem Jauernig, ZZZ 101,360 (367).

²⁴Bettermann; S.138; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 III 1b, S.520; Huber, JuS 1972,621(627).

²⁵Blomeyer, ZZZ 75,1,23. Blomeyer versteht mit der h.M. unter dem Verhandlungsgrundsatz die Freiheit der Parteien über die Beibringung des Tatsachenstoffes, vgl. Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 14 II 1, S.95, ebenso z.B. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 77 I 1, S.422; Zöller-Greger, Vor § 128,10.

einseitige Abhängigkeit vom Bestand der Hauptschuld auch die Belastung mit einem rechtskräftigen Urteil einzubeziehen. Wie nämlich § 767 I 1 u.2 BGB zeigen, treffen die gesetzlichen Folgen nicht rechtzeitiger Leistung auch den Bürgen. Etwas anderes stellt ein Urteil auch nicht dar, denn es wäre ja nicht zu diesem gekommen, wenn der Hauptschuldner erfüllt hätte. Man wird die Dinge nur dann anders sehen können, wenn das Ergebnis gegenüber dem Hauptschuldner durch dessen prozessuales Verhalten oder durch rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche die Hauptschuld einredefrei machen, beeinflusst wird. Nach dem Gedanken des § 768 II BGB ist nämlich der Bürge nicht daran gebunden, wenn der Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger auf eine mögliche Verteidigung verzichtet. Das Anerkenntnis i.S. § 307 ZPO oder jegliches materiellrechtliche Anerkenntnis gehören sicherlich hierher²⁶. Ebenso wird man Säumnis des Hauptschuldners als einen solchen Fall ansehen können²⁷. Allerdings machen diese Beispiele deutlich, daß eine Verneinung jeglicher Rechtskrafterstreckung bei einer den Hauptschuldner belastenden Entscheidung schon aufgrund der Regel des § 325 ZPO für die Praxis eine klare und sichere Handhabung bringt, während weitere Argumente die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtungsweise vorgeben und dadurch die Rechtslage komplizierter erscheinen lassen, als dies angebracht ist.

Dagegen ist die dogmatische Ableitung für eine Bindung einer dem Hauptschuldner günstigen Entscheidung einfach. Hier kann überzeugend auf § 768 BGB abgestellt werden. Das rechtskräftige, abweisende Urteil stellt eine Einrede i.S. dieser Vorschrift dar²⁸.

Bei den Fällen der Verbürgung für eine rechtskräftige Schuld in Kenntnis der Rechtskraft kann eine vernünftige, dem objektiven Erklärungswert entsprechende Auslegung des Parteiwillens nur zu dem Ergebnis führen, daß der Bestand der gesicherten Forderung nicht mehr angegriffen wer-

²⁶kritisch hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung, welche nicht als Verzicht zu werten sei, Erman-Seiler, § 768,5 und MükoBGB-Pecher, (2.Aufl.), § 768,4 jeweils unter Berufung auf OLG Kiel JW 1933,2343; a.A. jetzt: MükoBGB-Habersack, § 767,12 u § 768,8.

²⁷BGHZ 76,222; Palandt-Sprau, § 768,9.

²⁸BGH NJW 1970,279 = WM 1970,12; Stein-Jonas-Leipold, § 325,95; Huber, JuS 1972,621.

den kann. Auch bei der Prozeßbürgschaft muß dies aus dem bei ihrer Vereinbarung deutlich werdenden Sinn der Bürgenverpflichtung folgen. Die Prozeßbürgschaft wird regelmäßig zur Durchsetzung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Titels oder zur Abwehr der Vollstreckung aus einem solchen Titel erbracht. Sie erfüllt ihren Sicherungszweck für den Fall ungerechtfertigter Inanspruchnahme aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Titels nach ihrem prozessualen Zweck nur dann, wenn für ihre Verwertung durch den zu Unrecht in Anspruch Genommenen lediglich auf eine aufhebende oder abändernde Entscheidung abgestellt wird (vgl. § 709 ZPO); für den Fall der Abwehr der Zwangsvollstreckung durch eine Bürgschaft wird der prozessuale Zweck der angeordneten Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nur dann erreicht, wenn für eine Verwertung der Bürgschaft lediglich die Rechtskraft des Titels von Belang ist (vgl. §§ 708 Nr. 4-11, 711 ZPO).

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, daß jegliche Bindungswirkung des Urteils zwischen Gläubiger und Bürgen für das Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner regelmäßig verneint wird²⁹. Dies entspricht auch dem oben beschriebenen Wesen streng akzessorischer Verhältnisse, die nur in die eine Richtung eine Abhängigkeit zur Folge haben.

Anhang: Die Bindungswirkung bei der Bürgschaft nach herrschender Meinung

Rechtsverhältnis	Prozeßausgang	Bindungswirkung	Bindungswirkung bei Streitverkündung
Hauptschuld	Gläubiger obsiegt	Keine Bindung zu Lasten des Bürgen (BGHZ 76,220)	durch Hauptschuldner bindet Bürgen, nur zulässig bei Ersatz nach Innenverhältnis
Hauptschuld	Gläubiger unterliegt	Bindung zugunsten des Bürgen (BGH NJW 1970,279)	durch Gläubiger unzulässig
Bürgschaft	Gläubiger obsiegt	keine Bindung zu Lasten des Hauptschuldners	durch Bürgen bindet den Hauptschuldner
Bürgschaft	Gläubiger unterliegt	keine Bindung zugunsten des Hauptschuldners	durch Gläubiger unzulässig

²⁹Lippmann, AcP 111,135,224f; Weber, JuS 1971,553(560); Schack, NJW 1988,865(870); Erman-Seiler, § 767,6; Palandt-Sprau, § 767,4; Förster-Kann, § 325, 6 d); MüKoZPO-Gottwald, § 325,66; Zöller-Vollkommer, § 325,5; Musielak, § 325,15..

B. Die Situation des verurteilten Bürgen bei nachträglicher Abweisung der Hauptschuld

1. *Die Problemstellung bei titulierter Bürgenschuld und nachträglicher Abweisung der Hauptschuld*
2. *Dogmatische Ansätze für die Konfliktlösung*
 - a. *Die Behandlung nachträglich entstandener Einwände*
 - b. *Die Abweisung der Hauptschuld als nachträglicher Einwand gegenüber der Bürgenschuld*
3. *Übertragbarkeit der Ergebnisse für den vorausgegangenen Rechtsstreit über die Hauptschuld*
 - a. *Feststellungsklage als unpraktikabler Rechtsbehelf gegenüber der titulierten Bürgenschuld*
 - b. *Vollstreckungsgegenklage als geeigneter Rechtsbehelf gegenüber der titulierten Bürgenschuld*
4. *Nachträgliche negative Feststellungsklage des Bürgen über das Fehlen der Hauptschuld zur Schaffung eines nachträglich entstandenen Einwands*
 - a. *Verneinung des Feststellungsinteresses*
 - b. *Eingreifen der Präklusion des § 767 II ZPO*
 - c. *Negative Feststellungsklage des Hauptschuldners nützt*
 - d. *Keine negative Feststellungsklage aufgrund einer Abtretung oder einer Prozeßstandschaft*

1. (Die Problemstellung bei titulierter Bürgenschuld und nachträglicher Abweisung der Hauptschuld) Wenig Beachtung wird einer Fallgestaltung geschenkt, bei welcher zunächst der Bürge vom Gläubiger in einem Rechtsstreit erfolgreich in Anspruch genommen wird und der Gläubiger sich anschließend auch noch im Klageweg an den Hauptschuldner wendet. Dies liegt wohl an zwei tatsächlichen Gründen.

Zum einen bereitet es einem Gläubiger keine Mühe und kaum Mehrkosten¹, den Bürgen und den Hauptschuldner gemeinsam zu verklagen. Da wohl regelmäßig wegen der Vorgeflichkeit der Hauptschuld ein Rechtsstreit, der zur Verurteilung des Bürgen führt, erst dann entscheidungsreif ist, wenn auch die Hauptschuld geklärt ist, kommt es dann kaum dazu, daß zunächst der Bürge durch Teilurteil verurteilt und erst anschließend der Rechtsstreit gegenüber dem Hauptschuldner entschieden wird². Au-

¹Für den obsiegenden Kläger kommen bei gleichem Umfang der Prozeßführung von Hauptschuldner und Bürgen nur die Mehrkosten gem. GKG KV 9000ff für bestimmte Auslagen in Betracht, sofern diese 50 €, früher 100 DM übersteigen und der Gläubiger gem. § 49 GKG in Anspruch genommen wird.

²Anlaß für eine Teilurteil kann bei einer gemeinsamen Verklagung von Bürgen und Hauptschuldner allerdings der Eintritt der Insolvenz über das Vermögen des Hauptschuldners sein. Die Insolvenz eines Streitgenossen hindert nicht ein Teilurteil gegen die übrigen Streitgenossen (BGH MDR 2003,467). Die sich aus der Divergenzgefahr bestehenden Bedenken gegen ein Teilurteil, welche durch die Neufassung der Zurückverweisungsregeln in § 538 II 1 Nr. 7, 2 ZPO einen herausgehobenen Stellenwert erfahren hat, soll bei einer derartigen Sachlage zurücktreten.

ßerdem sind unterschiedliche Beurteilungen über die Hauptschuld praxisfremd und daher eher fernliegend³, wenn auch sicherlich eine Bindung gem. § 318 ZPO hinsichtlich der Beurteilung der Hauptschuld gegenüber Bürgen und Hauptschuldner nicht ohne weiteres angenommen werden kann.

Zum anderen sind die wirtschaftlichen Umstände sicherlich dafür verantwortlich, daß der Gläubiger nicht auch noch den Hauptschuldner verklagt, wenn er gegenüber dem Bürgen bereits erfolgreich gewesen ist. War der Gläubiger nämlich erst einmal gezwungen, auf den Bürgen zurückzugreifen und hat er diesem gegenüber einen Titel erstritten, spielt eine Titulierung gegenüber einem wirtschaftlich schwächeren Hauptschuldner häufig keine Rolle mehr. Sollte der Gläubiger aber gleichwohl eine Entscheidung gegenüber dem Hauptschuldner suchen, weil sich dessen wirtschaftliche Verhältnisse gebessert haben oder weil dies für die Zukunft erhofft wird, und sollte der Gläubiger gegenüber dem Hauptschuldner unterliegen, so ist der Konflikt zwischen allen Beteiligten vorprogrammiert. Grundsätzlich wird man für die Gesamtabwicklung eine solche Lösung anstreben, bei welcher der Gläubiger seine berechnigte Forderung zu Lasten des Hauptschuldners durchsetzt und der Bürge gegebenenfalls für seine Aufwendungen vom Hauptschuldner entschädigt wird.

Von Interesse für die Frage des Einflusses sind natürlich nur solche Fallgestaltungen, bei welchen sich aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung auch unterschiedliche Ergebnisse gegenüber dem Hauptschuldner und dem Bürgen einstellen könnten. Geht man von dem Ergebnis der herrschenden Meinung⁴ aus, daß der Verurteilung des Bürgen keinerlei Bindungswirkung zum Vor- oder Nachteil des Hauptschuldners zukommt, weil die Akzessorietät einen Einfluß vom geführten auf das geführte Rechtsverhältnis dies nicht zuläßt, ist die Frage zu beantworten, ob unterschiedliche Ergebnisse letztlich den Bürgen treffen oder ob er gleichwohl aufgrund weiterer Ausgleichsmechanismen vom Haupt-

³Nehmen die Rechtsstreite jedoch unterschiedliche Wege, weil nur einer der Beklagten Rechtsmittel einlegt und insoweit auch erfolgreich ist, kann sich die hier erörterte Problemlage durchaus einstellen.

⁴ vgl. Übersicht III. A Anhang

schuldner Ersatz verlangen kann und dann nur entsprechend der Natur der Bürgschaft das Solvenzrisiko für den Hauptschuldner trägt. Aus dem Blickwinkel des Bürgen ist sicher eine Lösung erstrebenswert, bei welcher der Akzessorietätsgedanke im Vordergrund steht. Die Rechtskraft der Hauptschuld als führendes Schuldverhältnis setzt sich dann auch zugunsten des bereits rechtskräftig verurteilten Bürgen und zum Nachteil des Gläubigers nachträglich durch; dieser geht im Ergebnis leer aus. Ein solches Ergebnis würde die Abhängigkeit des geführten Schuldverhältnisses vom führenden Schuldverhältnis in einem besonderen Maße unterstreichen.

2. (Dogmatische Ansätze für die Konfliktlösung) Es soll daher untersucht werden, welche Möglichkeiten die Rechtsdogmatik bereit hält, hier befriedigende Ergebnisse zu erzielen. Insbesondere muß beantwortet werden, ob bei diesen Überlegungen die Rechtskraft des Bürgenprozesses infrage gestellt werden muß oder ob solche Tatsachen für die Lösung Relevanz haben, die nicht von der zeitlichen Schranke des § 767 II ZPO erfaßt werden und damit auch die Rechtskraft unberührt lassen.

a. Kein Problem stellen in diesem Zusammenhang diejenigen Fälle dar, bei welchen der Gläubiger im Prozeß gegenüber dem Hauptschuldner unterlegen ist, weil der Bürge zwischenzeitlich erfüllt hat. Hier hätte der redliche oder einsichtige Gläubiger, je nachdem, ob vor oder nach Rechtshängigkeit die Erfüllung eingetreten ist, ohnehin von einer Klage gegen den Hauptschuldner absehen oder die Hauptsache für erledigt erklären müssen. Daß es bei einer solchen Sachlage überhaupt zu einem weiteren Prozeß gegen den Hauptschuldner oder zur Fortführung eines solchen weiteren Prozesses gekommen ist, wird von der Sache her aber dann verständlich, wenn die Parteien über den Umfang der Erfüllung der Bürgenschuld uneinig sind.

Ebenso scheiden aus der Betrachtung von vorne herein diejenigen Fälle aus, bei welchen der Hauptschuldner aufgrund neuer Tatsachen obsiegt, die der Bürge ohnehin im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen könnte. Bei einer derartigen Verteidigung gegenüber einer titulierten Schuld geht es nämlich nicht um eine Bindungswirkung eines rechtskräftigen Titels. Die Vollstreckungsgegenklage stellt die Richtig-

keit des angegriffenen Urteils nicht infrage, sondern es wird lediglich die Vollstreckbarkeit beseitigt⁵. Es bedarf keiner Erörterung, daß jegliche Erfüllungsleistung durch den Hauptschuldner auch dem verurteilten Bürgen zugute kommt. Sicherlich ist es dem Bürgen auch möglich, sich trotz Vorliegens eines rechtskräftigen Titels gegen ihn auf die später eingetretene Verjährung der Hauptschuld zu berufen. Daß die Verjährung der Hauptschuld unabhängig vom Bürgenprozeß eintreten kann, ergibt sich daraus, daß im ersten Prozeß nicht die Hauptschuld, sondern die Bürgenschuld der Streitgegenstand war. Folglich wurde durch die Klageerhebung gegenüber dem Bürgen auch nicht die Verjährung der Hauptschuld unterbrochen⁶. (Bei der Hypothek und beim Pfandrecht stellt sich wegen § 216 I BGB (= § 223 I BGB a.F.) diese Problematik nicht, sofern es um die Verjährung der gesicherten Hauptforderung selbst geht. Trotz Verjährung des Anspruchs aus dem Kausalverhältnis steht das Pfandobjekt zur Verwertung zur Verfügung, sofern nicht rückständige Zinsen oder wiederkehrende Leistungen betroffen sind. Diese Einschränkung folgt aus § 216 III BGB (= § 223 III BGB a. F.).

Eine unterschiedliche Beurteilung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Handelsgesellschaft, der wegen einer Gesellschaftsschuld rechtskräftig verurteilt wurde, stellt dieses Ergebnis nicht infrage. Wenn es diesem nicht möglich ist, sich im Wege der Vollstreckungsgegenklage auf die später gegenüber der Gesellschaft eingetretene Verjährung zu berufen⁷, so beruht dies allein auf Billigkeitsgesichtspunkten. Der Gläubiger soll nach dem rechtskräftigen Erstreiten eines Titels gegen den Gesellschafter nicht noch zur Klage gegen die Gesellschaft gezwungen werden. Gesellschaft und Gesellschafter haften zwar nicht gesamtschuldnerisch für Gesellschaftsschulden⁸, aber jedoch grundsätz-

⁵BGH NJW 1992,2159,2160; BGHZ 118,229; Thomas/Putzo-Putzo, § 767,1; Zöller-Herget, § 767,1; Rosenberg-Gaul-Schilken; § 40 I 1, S.610.

⁶BGHZ 76,222 = NJW 1980,140 = LM § 767 BGB Nr.12; Walther, NJW 1994,2338 folgert daraus, daß mit der Verjährung des Hauptanspruchs auch die Bürgenschuld verjährt. Diese Folgerung ist nicht notwendig. Walther benötigt dieses Ergebnis, um einen erklärten Verzicht des Bürgen auf Einreden des Hauptschuldners für die Einrede der Verjährung an § 225 BGB scheitern zu lassen.

⁷BGHZ 104,76; BGH NJW 1981,2579; Baumbach-Hopt, HGB, § 129,8; Thomas/Putzo-Putzo, § 767,20a.

⁸ Baumbach-Hopt, HGB, § 128,19.

lich gleichrangig nebeneinander. Gerade dies ist wurde für den Bürgen oben ausgeschlossen.

b. Anders ist jedoch die Fallgestaltung, bei welcher es der Bürge im laufenden Prozeß versäumt hat, sich auf ein Verteidigungsmittel zu berufen, der anschließend aber in Anspruch genommene Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger eben mit diesem Verteidigungsmittel die Klageabweisung erreicht. Eine mit diesem Verteidigungsmittel begründete Vollstreckungsgegenklage des Bürgen müßte an § 767 II ZPO scheitern. Gewinnt also beispielsweise der Hauptschuldner deswegen, weil es jetzt dem Gläubiger nicht gelingt, die Hauptforderung ordnungsgemäß abzurechnen und somit schlüssig darzulegen, kann selbstverständlich der Bürge anschließend eine Vollstreckungsgegenklage nicht erfolgreich damit begründen, die Hauptforderung sei bislang nicht nachvollziehbar belegt worden.

Schwieriger ist schon die Frage, wenn der Bürge (möglicherweise formularmäßig) auf bestimmte Einwendungen des Hauptschuldners verzichtet hat, dieser aber dann gewinnt, weil er einen solchen Verzicht nicht mit dem Gläubiger vereinbart hat⁹. Ebenso kann man sich auch vorstellen, daß unterschiedliches Prozeßverhalten der einzelnen Beteiligten, etwa Säumnis oder Anerkenntnis des Bürgen, oder eine günstigere Beweislage zu den unterschiedlichen Ergebnissen geführt haben. Letzteres kann dann in Betracht kommen, wenn der Bürge keinerlei Unterstützung bei der Abwehr von Ansprüchen des Gläubigers durch den Hauptschuldner erfährt und er deshalb keine Kenntnis von hilfreichem Tatsachenstoff hat oder ihm gar der Zugang zu erfolgversprechenden Beweismitteln verwehrt ist.

Schließlich könnten sich gerade bei größeren Zeitabständen unterschiedliche Rechtsauffassungen durchgesetzt haben¹⁰. Es sei nur auf die Entwicklung der Darlehensrechtsprechung zu § 138 I BGB verwiesen, die

⁹Diese Fallgestaltung hat Walther NJW 1994,2338 im Auge.

¹⁰Dabei kann es keinen Zweifel geben, daß eine Änderung in der rechtlichen Bewertung nicht die Grundlage für eine Klage gem. § 767 ZPO sein kann, vgl. Brox-Walker, Rdnr. 1337; Stein-Jonas-Münzberg, § 767,24; Schuschke/Walker § 767,24; BGH NJW 1953,745.

naturgemäß auch auf im Zusammenhang mit solchen Verhältnissen eingegangene Bürgschaftsverpflichtungen Einfluß nehmen kann¹¹.

3. (Übertragbarkeit der Ergebnisse für den vorausgegangenen Rechtsstreit über die Hauptschuld) Es stellt sich jetzt die Frage, ob die Ergebnisse der umgekehrten Fallgestaltung, bei welcher zunächst eine Entscheidung gegenüber dem Hauptschuldner rechtskräftig entschieden wurde, übertragen werden können. Bekanntlich liegen für den Fall, daß der Hauptschuldner zunächst in Anspruch genommen wurde, gesicherte Ergebnisse in zweierlei Hinsicht vor¹²: Eine Bejahung der Hauptschuld bindet den Bürgen nicht. Besteht die Hauptschuld dagegen nicht, weil sie entweder nicht wirksam verabredet wurde oder ein Einwand gegeben ist, kann der Bürge die Klageabweisung wegen § 768 I BGB für sich in Anspruch nehmen, ohne daß es einer eigenständigen Würdigung bedürfte und im Verhältnis zum Gläubiger ein anderes Ergebnis möglich wäre. Wegen der Bindungswirkung tritt die rechtliche Einordnung, welche zur Klageabweisung geführt hat, im Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger jetzt völlig zurück. Es kommt nicht auf die inhaltliche Richtigkeit und die Art und Weise des Zustandekommens der Abweisung der Hauptschuld an. Maßgeblich ist nur das Ergebnis.

Die Lösung für die hier in Rede stehende Abfolge der Rechtsstreite läuft auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob für den schon vorher rechtskräftig verurteilten Bürgen nur infolge Tatsache der Klageabweisung gegenüber dem Hauptschuldner ein neuer, nicht im Bürgenprozeß schon vorliegender Einwand für den Bürgen aufgetaucht ist. Kann dies bejaht werden, bleibt die Rechtskraft des Bürgenprozesses unberührt.

Steht das gegen den Bürgen ergangene Urteil noch zur Vollstreckung an, ist an prozessuale Rechtbehelfe zu denken. Kommen diese zu spät, weil freiwillig geleistet oder beigetrieben wurde, ist der Ausgleich im materiellen Recht zu suchen.

¹¹Es wird nicht verkannt, daß diese Problematik möglicherweise durch § 826 BGB gelöst werden kann.

¹²vgl. Übersicht III. A Anhang

Als prozessuale Rechtsbehelfe sind die negative Feststellungsklage und die Vollstreckungsgegenklage zu erwägen. Beide Rechtsbehelfe sind grundsätzlich nebeneinander statthaft, weil sie unterschiedliche Rechtsschutzziele im Auge haben¹³, wobei auch gesagt wird, die Feststellungsklage sei weitergehend¹⁴. Die Feststellungsklage würde hier das Rechtsverhältnis leugnen, welches dem im Bürgenprozeß ergangenen Leistungsbefehl zugrunde liegt; die Vollstreckungsgegenklage würde dem im Bürgenprozeß ergangenen Titel die Vollstreckbarkeit nehmen¹⁵. Diese Einsichten sind außer Streit.

a. Allerdings erscheint die negative Feststellungsklage nicht als der zu bevorzugende Rechtsbehelf. Dabei dürfte eine solche Feststellungsklage ohnehin nicht nur das kontradiktorische Gegenteil der Verurteilung auf die Bürgenschuld darstellen; denn dann wäre sie dem Einwand entgegenstehender Rechtskraft ausgesetzt¹⁶. Dieser Einwand trägt aber nicht, sofern Tatsachen zur Negierung des Rechtsverhältnisses herangezogen werden, deren Berücksichtigung nicht an der zeitlichen Hürde des § 767 II ZPO scheitern müßte. Bei einer derartigen Sachlage können sowohl die Vollstreckungsgegenklage, als auch die Feststellungsklage statthaft sein. Allerdings hat ein Feststellungsurteil die Schwäche, daß es keine Gewähr für eine Beachtung in der Zwangsvollstreckung aus dem zugrunde liegende Leistungsbefehl gegen den Bürgen bietet. Ein Feststellungsurteil entfaltet grundsätzlich keine Vollstreckungswirkung, da es nicht auf ein Tun, Unterlassen oder Dulden gerichtet ist¹⁷, seine Wirkung ist lediglich deklaratorischer Natur. Die entsprechende Tenorierung ist folglich auch nicht in § 775 Nr. 1 ZPO aufgeführt. Dort werden mögliche Entscheidungsinhalte aufgeführt, welche zur Einstellung der Zwangsvollstreckung führen können. Soll ein solches negatives Feststellungsurteil fruchtbar gemacht werden, so muß unter Umständen die Zwangsvollstreckung zunächst hingegenommen und auf materielle Rechtsbehelfe zurück-

¹³ RGZ 100,123; 158,145; BGH NJW 1997,2320; Baur-Stürner, § 43 V b) Rdnr. 764; Zöller-Herget, § 767,2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 767,2; Thomas/Putzo-Putzo, § 767,8.

¹⁴ RGZ 100,123.

¹⁵ BGH LM § 767 Nr. 63.

¹⁶ BGH NJW 1989,2133; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 154 II, S.927; Thomas/Putzo-Reichold § 322,11.

¹⁷ vgl nur Zöller-Greger, § 256,1 u. Zöller-Stöber, § 704,2.

gegriffen werden, wobei dem Feststellungsurteil die Bedeutung eines Verbots im Sinne des § 136 BGB beikommen kann.

Festgehalten werden kann aber, daß die Beurteilung der Feststellungsklage und diejenige der Vollstreckungsgegenklage parallel laufen, soweit es um die Schranke des § 767 II ZPO geht.

b. Es ist daher vom erstrebten Erfolg her vorrangig überlegen, ob der Umstand Klageabweisung im Prozeß gegen den Hauptschuldner als tauglicher Einwand für eine Vollstreckungsgegenklage des Bürgen gegen den Gläubiger zugänglich ist. Zur Anwendung des § 767 ZPO müßte es sich also bei dem rechtskräftigen Urteil, mit welchem die Klage gegenüber dem Hauptschuldner abgewiesen wurde, um eine rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsache gegenüber der Bürgenschuld handeln, die nicht der Präklusion des § 767 II ZPO zum Opfer fällt. Der Einwand dürfte dementsprechend auch nicht auf solchen Tatsachen beruhen, die in den Grenzen des Streitgegenstands der Bürgenschuld zu dem bereits abgeurteilten Lebensvorgang gehören und zum nach § 767 II ZPO maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorgelegen haben¹⁸. Dieses Prüfungsprogramm legt auch die Untersuchung nahe, ob hier vielleicht doch auch diejenigen Gründe einzubeziehen sind, welche für die Abweisung der Hauptschuld maßgeblich waren.

Damit soll zunächst nur ein mögliches dogmatisches Einfallstor für die neue Verteidigung des Bürgen aufgezeigt werden. Es soll an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob die neue als Verteidigung gegen über dem titulierten Anspruch angeführte Tatsache dem Einwand des Rechtsmißbrauchs unterliegen würde, weil der Bürge zuvor freiwillig aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger oder aufgrund seines Prozeßverhaltens im Bürgenprozeß diese Verteidigung bereits aufgegeben hatte. Diese Frage müßte unabhängig davon beantwortet werden, ob eine Rechtskrafterstreckung stattfindet. Sie stellt das Ergebnis einer Würdigung von Tatsachenstoff dar, bei welcher der Umfang des Bindungswillens geprüft wird. Eine solche Auslegungsarbeit hat mit Rechtskrafterstreckung nichts zu tun.

Sicherlich trägt auch § 768 II BGB (und dementsprechend §§ 1133 II, 1233 II BGB für Hypothek und Pfandrecht) hier nichts zu einer Lösung bei, weil diese Vorschrift die Fallgestaltung im Auge hat, bei welcher der Hauptschuldner auf eine Einrede verzichtet hat. Sie besagt, daß der Bürge durch den Verzicht nicht belastet werden soll. Diese Regelung erlaubt aber nicht den Umkehrschluß, daß der Bürge unwiderruflich mit einer Verteidigung ausgeschlossen werden soll, auf die er (zunächst) verzichtet hat, die aber dem Hauptschuldner noch möglich ist. Einen solchen Umkehrschluß verbietet die Akzessorietät; würde man diesem Umkehrschluß näher treten, müßte bereits die Frage gestellt werden, ob das zu beurteilende Rechtsverhältnis, innerhalb dessen der Bürge einen solchen Verzicht erklärt hat, überhaupt noch als Bürgschaft angesehen werden kann.

Auf den ersten, gegenständlichen Blick scheinen bei der nachträglichen Abweisung der Klage gegen den Hauptschuldner die Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage für den Bürgen gegenüber der titulierten Bürgenschuld vorzuliegen. Das später ergangene Urteil ist als solches eine Tatsache. Es lag zum Zeitpunkt der Schließung der mündlichen Verhandlung im Bürgenprozeß noch nicht vor. So wird auch die entgegenstehende Rechtskraft des Urteils, mit welchem die Hauptschuld verneint wird, als Einwendung bezeichnet¹⁹, was nach zivilprozessualen Sprachgebrauch auf das Geltendmachen einer Tatsache hinaus läuft. Obwohl sich der Tatsachenstoff, der den Hauptschuldner zum Sieg gegenüber dem Gläubiger geführt hat, selbstverständlich in den Grenzen des Streitgegenstands der Bürgenschuld gehalten hat, weil die Hauptschuld vorgreiflich ist, gewinnt die Verteidigung eines Bürgen nach Abweisung der Hauptschuld bei einer Bejahung der Fortwirkung des Akzessorietätsgedankens eine deutlich andere Qualität. Der zugrundeliegende Tatsachenstoff selbst spielt überhaupt keine Rolle mehr; entscheidend ist nur das abweisende Ergebnis hinsichtlich der Hauptschuld. Diese Situation lag im Bürgenprozeß noch nicht vor.

¹⁸BGHZ 98,358; 101,382; Zöller-Vollkommer, Vor § 322,70; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 40 V 2, S.624ff.

¹⁹Stein-Jonas-Leipold, § 325,95: Einrede i.S. des § 768 BGB; Schack, NJW 1988,865 (870); Huber, JuS 1972,621: *exceptio rei iudicatae*; Staudinger-Brändl (10./11.Aufl.), § 768,6: prozeßrechtliche Einrede.

Gleichwohl wird man überlegen müssen, ob die -prozessuale- Natur der Rechtskraft es erlaubt, die im Hauptschuldnerprozeß ergangene, abweisende Entscheidung als Einwendungstatsache i.S. des § 767 ZPO zu werten. Eine solche Behandlung läuft auf ein Ergebnis hinaus, das einer Tatbestandswirkung gerichtlicher Entscheidungen gleichkommt. Die Gegenposition müßte hier also lauten, die rechtskräftige Entscheidung als solche stelle lediglich das Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung von Tatsachen dar; der Vollstreckungsgegenklage seien jedoch nur materiellrechtliche Einwendungen zugänglich²⁰ Wer so argumentiert, darf konsequenterweise nicht auf das klageabweisende Urteil selbst abstellen, sondern nur auf die die Abweisung tragenden tatsächlichen Gründe. Dies hätte zur Folge, daß auch deren Entstehen für die zeitliche Schranke des § 767 II ZPO maßgeblich ist. Eine Besonderheit, aus welcher der Bürge bei nachträglicher Abweisung der Hauptschuld auch begünstigt werden könnte, läge nicht vor.

Nur vereinzelt wird der Erlaß einer Entscheidung, mit welcher ein in einem älteren Urteil festgestellter Anspruch verneint wird, als tauglicher Einwand im Rahmen des § 767 ZPO angeführt²¹. Dort geht es jedoch ganz offenbar um identische Parteien im Erstprozeß und im Folgeprozeß, hier soll aber eine Entscheidung zugrunde gelegt werden, an welcher der Kläger der Vollstreckungsgegenklage nicht beteiligt war. Dieser Umstand wird aber nichts an der Fragestellung ändern, ob grundsätzlich eine Entscheidung als Einwand im Sinne des § 767 I ZPO denkbar ist. Die spärliche Beachtung dieser Frage liegt sicherlich nicht daran, daß die Vollstreckungsgegenklage nicht der in Erwägung zu ziehende Rechtsbehelf ist, sondern diese Lücke in der einschlägigen Literatur dürfte sich daraus ergeben, daß die Besonderheit eines akzessorischen Rechtsverhältnisses nicht behandelt wird. Unter Prozeßparteien des Vorprozesses kann dieser Einwand für die Vollstreckungsgegenklage keine Rolle spielen, da sie nicht der geeignete Rechtsbehelf für die Kollision von Entscheidungen unter denselben Parteien ist. Hier kommen vor Rechtskraft nur Rechtsmittel oder nach Rechtskraft Rechtsbehelfe, die Rechtskraft

²⁰ Rosenberg-Gaul-Schilken, § 40 IV 1; S.618; BGHZ 100,211;212 = NJW 1986,3266,3267; beide allerdings nicht zu dieser Fallgestaltung, sondern zum Einwendungsbegriff in § 767 ZPO.

²¹ Förster-Kann, § 767 3 a) ff9, Zöller-Herget, § 767,12 -Entscheidung unter Bezugnahme auf RGZ 52,217, jeweils ohne näherer Begründung.

durchbrechen²², in Betracht. Zieht man an dieser Stelle die materielle Theorie vom Wesen der Rechtskraft zu Rate, scheint die Antwort klar. Das Urteil im Hauptschuldnerprozeß schafft einen neuen Rechtsgrund für die bisherige Rechtslage; ein falsches Urteil gestaltet die Rechtslage nach seinem Inhalt. Diese Beschreibung läßt ohne weiteres eine Einordnung des Urteils als Tatsache zu²³. Auch die heute vorherrschende prozessuale Lehre verbietet nicht eine solche Einordnung. Das Verbot einer abweichenden Entscheidung läßt sich durchaus als Tatsache verstehen.

Die Lösung der hier anstehenden Frage kann aber nicht in den Rechtskrafttheorien gefunden werden. Diese besagen ohnehin zunächst nur etwas zum Verhältnis der Streitparteien, zwischen denen die Entscheidung ergangen ist. Die Lösung kann nur aus der Besonderheit akzessorischer Verhältnisse abgeleitet werden. Das führende Rechtsverhältnis bestimmt das Schicksal des geführten Rechtsverhältnisses bis zu seinem Erlöschen. Die Besonderheit, daß es ein prozessuales Ereignis in einem anderen Rechtsstreit ist, welches den materiellrechtlichen Einwand abgeben soll, kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Das Urteil in dem anderen Rechtsstreit ist auch das Ergebnis einer materiellrechtlichen Prüfung. Wegen der Akzessorietät der Bürgenschuld muß sich der Gläubiger bis zur Erfüllung dessen bewußt sein, daß ihn die Rechtskraft im Bürgenprozeß nur solange schützt, bis das Schicksal der Hauptschuld auch gegenüber dem Hauptschuldner endgültig geklärt ist. Dieser und nicht der Bürge ist ja auch Träger des Rechtsverhältnisses der Hauptschuld. Nur in diesem Rechtsverhältnis kann eine Klärung stattfinden. Dies legt es nahe, der Abweisung der Hauptschuld unabhängig von den tragenden Gründen eine eigenständige Bedeutung beizumessen. Das Ergebnis des zweiten Prozesses wirkt jetzt wie eine im Rahmen des § 767 I ZPO beachtliche Tatsache und gewinnt durch seine Existenz allein materiellrechtliche Bedeutung. Dies erscheint für den Gläubiger

²²Hier sind vornehmlich anzuführen: § 323 ZPO (Abänderungsklage), § 579 ZPO (Nichtigkeitsklage), § 580 (Restitutionsklage); § 233 ZPO (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), Art. 93 I Nr.4a GG (Verfassungsbeschwerde), § 826 BGB (deliktischer Anspruch, materiellrechtl. Rechtsbehelf).

²³Dementsprechend wurde von den frühen Vertretern der materiellrechtlichen Theorie die Frage der Rechtskraft dem bürgerlichen Recht zugerechnet; vgl. für das gemeine Recht Winscheid, Pandekten I, § 129; Dernburg, Pandekten I, § 161, dagegen Hellwig, Rechtskraft, § 2, S.7ff; Reichel; Schuldmitübernahme, S.7ff.

auch nicht unbillig, weil er die Situation der Ungewißheit vermeiden kann. Er ist von vorn herein in der Lage, durch gleichzeitige Inanspruchnahme des Hauptschuldners sich insoweit Klarheit zu verschaffen.

4. (Nachträgliche negative Feststellungsklage des Bürgen über das Fehlen der Hauptschuld zur Schaffung eines nachträglich entstandenen Einwands) Hat der Gläubiger allerdings nicht für klare prozessuale Verhältnisse gesorgt und den Hauptschuldner sofort ebenfalls verklagt, kann man sogar erwägen, ob der Bürge nicht von sich aus die Akzessorietät fruchtbar machen kann. Dies ist dann der Fall, wenn er in einem zweiten Anlauf in der Lage ist, eine gerichtliche Überprüfung der Hauptschuld vornehmen zu lassen²⁴. Da die Feststellungsklage nach allgemeiner Auffassung nicht nur auf Feststellung von Rechtsverhältnissen beschränkt ist, die zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehen, sondern bei Vorliegen des entsprechenden Feststellungsinteresses auch Beziehungen zu Dritten festgestellt werden können²⁵, käme hier auch nachträglich eine negative Feststellungsklage in Betracht, mit welcher der Bestand der Hauptschuld geleugnet wird. Einer solchen Klage könnte nicht ohne weiteres wegen des rechtskräftigen Urteils über die Bürgenschuld der Einwand der Rechtskraft entgegengehalten werden. Bei der Überprüfung der Bürgenschuld war die Feststellung der Hauptschuld nur vorgreifliches Element, das Rechtsverhältnis der Hauptschuld ist aber als solches nicht in Rechtskraft erwachsen. Diese Rechtsfolge können der Gläubiger im Sinne einer positiven Feststellung und der Bürge im Sinne einer Leugnung der Hauptschuld im Rahmen des Rechtsstreits über die Bürgenschuld mit der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO erreichen²⁶. Hat der Gläubiger sogar dieses Ziel auf diese Weise durchgesetzt, stellt sich dann freilich um so mehr die Frage, wie sich nunmehr

²⁴Zur Möglichkeit eines zweiten Anlaufs im Bereich des PflVersG vgl. Hoegen, VersR 1978,1081, Schubert, JR 1975,66; Hirschberg, VersR 1973,504.

²⁵BGHZ 69,37 (40) = NJW 1977,1673; BGH NJW 1984,2950; BGH NJW RR 1987,1522; BGH WM 1990, 2268; Thomas/Putzo-Reichold, § 256,9; Zöllner-Greger, § 256,3b; Stein-Jonas Schumann, § 256,38ff; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 93 II 2, S.520; kritisch vor allem Michaelis, FS für Larenz, 1983, S.443; Zöllner, AcP 190,471,491f; Häsemeyer, ZZZ 101,385 (396); MüKoZPO-Lücke, § 256,33f.

²⁶Schack, NJW 1988,865,872 schlägt vor, den Dritten, hier also den Hauptschuldner, in eine solche Feststellungsklage, sei sie auch als Widerklage erhoben, einzubeziehen.

ein klageabweisendes Urteil gegenüber dem Hauptschuldner auf die Gesamtabwicklung auswirkt.

a. Allerdings ist mit der in Erwägung zu ziehenden Möglichkeit, ein solches Feststellungsurteil gewinnbringend gegenüber der titulierten Bürgenschuld im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage anzubringen, noch nicht die Frage der Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage des Bürgen im Nachhinein beantwortet. Die an der Zulässigkeit einer solchen Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses geäußerte Kritik läuft nämlich auf die Verneinung des Feststellungsinteresses hinaus. Sie zieht den praktischen Nutzen der Feststellung des Drittrechtsverhältnisses in Zweifel, weil sie auf eine bloße abstrakte Feststellung hinauslaufe. Ferner wird hervorgehoben, was selbstverständlich ist, daß sie für das Rechtsverhältnis zum Dritten eine Bindungswirkung zu Gunsten oder zu Lasten des Dritten nicht bewirken könne. Deshalb sei auch das notwendige Ziel einer jeden Feststellungsklage, eine Unklarheit zu beseitigen²⁷, nicht erreichbar²⁸. Bei akzessorischen Rechtsverhältnissen mit Drittbeteiligung trifft die Kritik praktischer Nutzlosigkeit ersichtlich nicht zu. Dem Streit der Parteien über das präjudizielle Rechtsverhältnis zum Dritten wird jedenfalls insoweit der Boden entzogen, als dies Auswirkungen für ihr unmittelbares Rechtsverhältnis hat²⁹. Dieser Umstand rechtfertigt dann auch grundsätzlich die Bejahung des Feststellungsinteresses. Es werden nicht Rechte des Dritten, sondern solche des Klägers geschützt. Nur um deren Willen kann auf ein Feststellungsinteresse hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten gefolgert werden.

Man wird hier nicht entgegenhalten können, wegen der Voreingrifflichkeit könne dieselbe Wirkung zwischen den Streitparteien erzielt werden, wenn sie die begehrte Feststellung allein auf ihr unmittelbares, von dem vom voreingreiflichen Rechtsverhältnis beeinflussten Rechtsverhältnis richten würden. Die Streitbeilegung über das voreingreifliche Rechtsverhältnis

²⁷Stein-Jonas-Schumann, § 256,64; Thomas/Putzo-Reichold, § 256,16.

²⁸vgl. vor allem Häsemeyer, ZZP 101,385 (396); Michaelis, FS für Larenz, 1983, S.443; MüKoZPO-Lüke, § 256,33f.

²⁹Stein-Jonas-Schumann, § 256,38 weist daraufhin, daß es bei den meisten Entscheidungen über Drittrechtsverhältnisse im Kern um Beziehungen zwischen den Parteien geht; im Gegensatz zu Michaelis, FS für Larenz 1983, S.453, der die Drittfeststellungsklage wegen der fehlenden Bindungswirkung ablehnt, nutzt Schumann diese als Korrektiv beim Feststellungsinteresse.

ist immer dann sinnvoll, wenn das zwischen den Klageparteien bestehende Rechtsverhältnis ansonsten noch nicht abschließend geklärt werden kann. Durch die auf das Drittrechtsverhältnis gerichtete Antragstellung ist das Gericht gezwungen, sich mit diesem zu beschäftigen. Es kann auf diese Weise zwar dem Gericht nicht verwehrt werden, für seine Entscheidung als tragende Gründe nur solche Elemente für das Subsumtionsprogramm auszusuchen, die gerade nicht zu dem vorgreiflichen Verhältnis gehören, mit der Folge, daß dann die Vorgreiflichkeit fehlt und die Zwischenfeststellungsklage unzulässig wird, jedoch spricht meine prozessuale Erfahrung dafür, daß sich das Gericht auch um das vorgreifliche Rechtsverhältnis selbst in der Sache bemühen wird, wenn dies gesonderter Streitgegenstand ist. Die fehlende Bindungswirkung für den Dritten ändert nichts an der gewünschten Beendigung des Streits zwischen den beteiligten Prozeßparteien. Im übrigen ist es völlig ungewiß, ob das Rechtsverhältnis zum Dritten jemals gerichtlich geklärt werden muß. Von daher überzeugt auch der Einwand nicht, die fehlende Bindungswirkung führe zur Verneinung des Feststellungsinteresses. Daß das Feststellungsinteresse für die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten nur aus Sicht der Streitparteien bejaht werden kann, stellt somit deren Bedürfnis für eine Feststellung nicht in Frage.

Allerdings muß man sich bei der Überprüfen des Feststellungsinteresses einer solchen nach Abschluß des Bürgenprozesses erhobenen Feststellungsklage dem Einwand stellen, der Bürgenprozeß habe bereits sämtliche relevanten Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geregelt, so daß mangels zu beseitigender Unklarheit für eine neuerliche Regelung kein Raum sei. Daß hier die Gefahr eines Zirkelschlusses besteht, wird unmittelbar deutlich: Wer die negative Feststellungsklage im Nachhinein grundsätzlich für ein geeignetes Instrument hält, dem Bürgen zu helfen, muß wohl auch eine abschließende Regelung verneinen. Wer dagegen das vorgreifliche Rechtsverhältnis der Hauptschuld im Bürgenprozeß ausschließlich bedeutsam für den Bestand der Bürgenschuld sieht, kann die erschöpfende Regelung schwerlich leugnen, weil es mit der Entscheidung über die Bürgenschuld im Verhältnis zum Gläubiger nichts mehr zu regeln gibt. Letztere Überlegung gibt für mich den Ausschlag. Das Feststellungsinteresse bei Drittrechtsverhältnissen wird aus der Beziehung der Prozeßparteien und nicht aus derjeni-

gen zum Dritten gewonnen. Die Bürgschaft ist aber abschließend im Prozeß über diese geregelt worden.

b. Wer dieser Auffassung nicht näher treten will und grundsätzlich ein Feststellungsinteresse des Bürgen für eine negative Feststellungsklage hinsichtlich der Hauptschuld im Nachhinein bejaht, muß sich anschließend mit der Präklusion gem. § 767 II ZPO beschäftigen. Es muß folglich überprüft werden, ob ein solches Feststellungsurteil unabhängig von dem Zeitpunkt seiner Rechtskraft deswegen ungeeignet ist, weil es schon früher, nämlich vor Schließung der mündlichen Tatsachenverhandlung³⁰ im Bürgenprozeß, hätte erzielt werden können.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß im Bürgenprozeß allein mit dem Hinweis auf die Voreingrifflichkeit der Hauptschuld der Gläubiger die Feststellung von deren Bestand hätte erreichen können und der Bürge den Bestand hätte leugnen können. Eine auf die Voreingrifflichkeit gestützte Zwischenfeststellungsklage wird allenfalls dann für unzulässig gehalten, wenn der Hauptprozeß schlechterdings ausschließt, daß noch weitere Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Hauptprozesses zu regeln sind³¹. Zweifel an der Annahme einer erschöpfenden Regelung müssen zu Lasten desjenigen gehen, der die festgelegte Voraussetzung der Voreingrifflichkeit als nicht einschlägig betrachtet. Dies zeigt, daß ohne weiteres im Normalfall der Bürge ein leugnendes Feststellungsurteil hinsichtlich der Hauptschuld erreichen kann, wenn die Klage gegen ihn abgewiesen wird.

Auf den ersten Blick scheint daher der auf seine Schuld verurteilte Bürge, der erst im Nachhinein ein Feststellungsurteil in den Händen hält, welches die Hauptschuld leugnet, wegen der Möglichkeit der Zwischenfeststellungsklage die Hürde des § 767 II ZPO nicht nehmen zu können. Er hat ja im Bürgenprozeß die Chance einer negativen Feststellung ausgelassen. Ebenso wie bei der Ausübung von Gestaltungsrechten, die einen für die Vollstreckungsgegenklage tauglichen Einwand erzeugen, nicht auf den Zeitpunkt der Ausübung, sondern denjenigen der Aus-

³⁰Die Revisionsinstanz ist nicht maßgeblich, weil hier keine neuen Tatsachen vorgebracht werden können; vgl. Rosenberg-Gaul-Schilken, § 40 V 3, S.632.

³¹Thomas/Putzo-Reichold, § 256,29; Zöller-Greger, § 256,26 und FN 30.

übungsmöglichkeit abgestellt wird, kommt hier die Möglichkeit der Klageerhebung in Betracht. Daß § 767 II ZPO nicht an die Dispositionsmaxime, sondern an den Beibringungsgrundsatz anknüpft, steht nicht entgegen. Wenn hier die Möglichkeit der Klageerhebung eine Rolle spielen soll, so ist dies die Folge der selbständigen Behandlung des Einwands der rechtskräftigen Abweisung der Hauptschuld. Auch bei der Behandlung der Aufrechnung im Prozeß, die wegen der Regelung des § 322 II ZPO ebenfalls Ausdruck der Dispositionsmaxime ist, wird allein auf die Möglichkeit der Verteidigung mit der Aufrechnung im Rechtsstreit abgestellt.

Diese Argumentation müßte sich allerdings den Vorwurf vordergründiger und formaler Betrachtungsweise gefallen lassen. Denn es erscheint aus Sicht des Bürgen nicht einsehbar, wenn ihm vorgehalten wird, er habe die negative Feststellung nicht herbeigeführt, obwohl aus seinem damaligen Blickwinkel für eine solche Zwischenfeststellungsklage überhaupt keine Veranlassung bestand. Für eine solche Sichtweise des Bürgen spricht, daß die Abweisung der Bürgenschuld auf jeden Fall erfolgt wäre, wenn die Hauptschuld verneint werden muß. Wird er dagegen als Bürge verurteilt, setzt dies den Bestand der Hauptschuld voraus. Seine negative Feststellungsklage wäre also abgewiesen worden. Seine Niederlage wäre eine doppelte gewesen. Ein zusätzlicher Gewinn durch die weitere, negative Feststellung hinsichtlich des Bestands der Hauptschuld ist somit für den Bürgen aus seiner damaligen Sicht gar nicht ersichtlich. Es läßt sich daher durchaus die Auffassung sicherlich vertreten, mangels Erfolgsaussicht der Zwischenfeststellungsklage aus damaliger Sicht war auch deren Erhebung nicht geboten.

Diese Überlegung ist ein bestärkendes Argument für die Meinung, der Bürgenprozeß habe bereits für das Verhältnis von Gläubiger und Bürgen eine abschließende Regelung gebracht. Dort wurde zwischen diesen Parteien geklärt, was sie für klärungsbedürftig gehalten haben. Hält man dennoch die Möglichkeit der Zwischenfeststellungsklage für gegeben, wird man die Beachtung des § 767 II ZPO nicht umgehen können. Die Präklusion läßt sich dann als ein Beleg dafür anführen, daß dem Bürgen eine zweite Überprüfungsmöglichkeit nicht gewährt werden soll.

c. Dagegen muß es konsequenterweise im Hinblick auf das oben vorgeschlagene Ergebnis, daß dem Bürgen die nachträgliche Abweisung der Hauptschuld nützt, verwehrt sein, den Bürgen auf die Präklusion des § 767 II ZPO dann zu verweisen, wenn es der Hauptschuldner selbst ist, der gegenüber dem Gläubiger nach Rechtskraft des Bürgenprozesses die Abweisung der Hauptschuld erzielt. Immerhin ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß Gläubiger und Hauptschuldner in erster Linie berufen sind, das Rechtsverhältnis der Hauptschuld zu klären. Aus diesem Grund ist in Unterscheidung zur leugnenden Feststellungsklage, die der Bürge über das Drittverhältnis der Hauptschuld erreicht, zu billigen, daß dann die Akzessorietät doch noch die Oberhand gewinnt.

Läßt man die Verteidigung des Bürgen mit der nachträglichen Abweisung der Hauptschuld zu, so liegt das Interesse des Gläubigers nahe, eine solche Entscheidung auf jeden Fall zu verhindern. Solange der Gläubiger dieser Gefahr einfach dadurch begegnen kann, daß er von einer Erhebung einer Klage über die Hauptschuld absieht, kann der Gläubiger ohne weiteres seine Interessen wahren. Wird er allerdings vom Hauptschuldner bedrängt, seine Position zu offenbaren, muß er zum Bestand der Hauptschuld stehen, will er nicht nachträglich seine Position gegenüber dem Bürgen gefährden. Berührt er sich dann notgedrungen der Hauptschuld, ist diese Berührung wiederum die Grundlage für eine negative Feststellungsklage des Hauptschuldners, der diese gerade leugnet. Würde der Gläubiger dem Hauptschuldner gegenüber erklären, er sehe von einer Durchsetzung der Hauptschuld ab, um auf diese Weise das Feststellungsinteresse zu entkräften, hätte dies wegen der Akzessorietät auch nachträglich Einfluß auf die Bürgenschuld. Das Verhalten des Gläubigers könnte als Erlaß oder Stundung gewertet werden. Es ist hier nicht zu verkennen, daß der Hauptschuldner sogar zu einem solchen Vorgehen, den Gläubiger zur Offenbarung seiner Position zu zwingen, aufgrund des Innenverhältnisses zum Bürgen, auf welches an späterer Stelle noch einzugehen sein wird, gezwungen sein kann. Dies wird man dann annehmen können, wenn der Hauptschuldner erkennen muß, daß nunmehr für eine Abwehr der Hauptschuld gute Chancen bestehen.

d. Befürwortet man mit der hier vertretenen Auffassung den Einfluß einer nachträglichen Verneinung der Hauptschuld auf die zuvor titulierte

Bürgenschuld, so stellt sich die abschließende Frage, ob der Bürge für den Hauptschuldner auch aufgrund einer Abtretung oder gewillkürten Prozeßstandschaft die Hauptschuld leugnende Feststellungsklage führen kann.

Angesichts der prozessualen Natur der Feststellungsklage erscheint eine Rechtsnachfolge dieser vom Feststellungsinteresse abhängigen Klägerstellung nicht möglich, so daß eine Abtretung ausscheidet. Anders als im gemeinen Recht, nach welchem für eine heute von § 256 ZPO erfaßte Situation eine Leistungsklage auf Anerkennung vorgesehen war, setzt die Feststellungsklage weder einen materiellrechtlichen Anspruch voraus, noch erzeugt sie einen solchen³². Dies steht einer Übertragbarkeit entgegen. Außerdem würde die negative Feststellungsklage, die nicht vom Schuldner des geleugneten Anspruchs erhoben wird, auf eine gegen den Willen des Gläubigers vorgenommene und damit unzulässige Schuldübernahme hinauslaufen. Ein Abwehrrecht ist nicht ohne die entsprechende Rechtsposition übertragbar³³.

Dagegen ist die Sachlage bei der gewillkürten Prozeßstandschaft eine andere. Diese scheidet nicht an der fehlenden Übertragbarkeit, da sie nur voraussetzt, daß die Ausübung des verfolgten Rechts durch Dritte möglich ist³⁴. Im Gegensatz zur oben erwogenen Feststellungsklage hinsichtlich eines Drittrechtsverhältnisses, die ausschließlich dem Schutz eigener Interessen dient, ist es bei der gewillkürten Prozeßstandschaft für ein Drittrechtsverhältnis erforderlich, daß ein eigenes Interesse am Schutz des Dritten, also an dessen Feststellungsinteresse besteht³⁵. Diese Abgrenzungsleistung ist in der Praxis schwer vorzunehmen. Es liegt sogar nahe, daß identische tatsächliche Verhältnisse beide Feststellungen erlauben. Von daher ist es auch verständlich, wenn die Zulässigkeit der Feststellungsklage hinsichtlich eines Drittrechtsverhältnisses als Problem der Prozeßführungsbefugnis angesehen wird³⁶.

³²Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), § 399,66; Stein-Jonas-Schumann, § 256,2; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 37 I, S.209.

³³vgl. die Situation bei einem Unterlassungsanspruch, der nicht ohne die Inhaberschaft des zu schützenden Rechts verfolgt werden kann.

³⁴BGH NJW 64,2296; Thomas/Putzo-Putzo, § 51,36; vgl. hierzu auch Werner, Jus 1987,855.

³⁵Stein-Jonas-Schumann, § 256,41 und Stein-Jonas-Bork, § 50,47.

³⁶MüKoZPO-Lüke, § 256,34 und 60.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß eine abweisende Entscheidung über die Hauptschuld dem Bürgen auch dann zugute kommt, wenn die Bürgenschuld bereits tituliert wurde; hilfreich sind aber nur solche Entscheidungen, die zwischen den Parteien des Hauptschuldverhältnisses ergangen sind.

C. Der Streitgegenstand beim Innenverhältnis und Außenverhältnis der Bürgschaft

1. *Der gesetzliche Forderungsübergang gem. § 774 I BGB*
2. *Die Ansprüche aus dem Innenverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner*
3. *Das prozessuale Verhältnis des Anspruchs aus dem Innenverhältnis zum Anspruch aus übergeleitetem Recht*
 - a. *Unterschiedliche Streitgegenstände*
 - b. *Geringe Bedeutung bei der Handhabung in der Praxis*

1. (Der gesetzliche Forderungsübergang gem. § 774 I BGB) Verbietet man dem rechtskräftig verurteilten Bürgen eine Verteidigung mit der nachträglichen Klageabweisung gegenüber dem Hauptschuldner bei einer Vollstreckung durch den Gläubiger, würde allerdings bei einer Leistung des Bürgen an den Gläubiger dem gesetzlichen Forderungsübergang gem. § 774 I BGB keine Bedeutung zukommen.

Der gesetzliche Forderungsübergang macht den leistenden Bürgen zum Rechtsnachfolger des Gläubigers hinsichtlich der Hauptschuld¹. Nach der gesetzlichen Konstruktion leistet nämlich der Bürge auf die Bürgenschuld und nicht auf die Hauptschuld, so daß die Hauptschuld nicht infolge Erfüllung untergeht². Der Bürge wäre jedoch bei einer Verfolgung des auf ihn übergegangenen Anspruchs gegen den Hauptschuldner gem. § 325 ZPO dem Einwand der rechtskräftigen Abweisung der Hauptschuld ausgesetzt. Der gesetzliche Forderungsübergang würde mithin ins Leere gehen.

Bei redlichem Verhalten des Gläubigers sollte es nicht vorkommen, daß der Bürge den Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat und dieser gleichwohl ungeachtet des erfolgten Rechtsübergangs auf den Bürgen den Hauptschuldner noch einmal insoweit in einem Rechtsstreit in Anspruch nimmt. Der Gläubiger müßte eine Leistung des Bürgen in einem Prozeß gegen den Hauptschuldner anspruchsmindernd berücksichtigen.

¹Zöller-Stöber, § 727,7; MüKoZPO-Gottwald, § 325,20 und MüKoZPO-Wolfsteiner, § 727,19; Hambg OLGZ 18,44.

²Staudinger-Horn, § 774,3; Erman-Seiler, § 774,1; (Der Sonderfall des § 267 BGB kann außer acht gelassen werden, da für einen derartigen Tilgungswillen beim Bürgen tatsächliche Anhaltspunkte bestehen müssen.)

Es ist allerdings für den Bürgen, der vor dem Beginn eines Rechtsstreits zwischen Gläubiger und dem Hauptschuldner bereits geleistet hat, darauf hinzuweisen, daß er sich keinesfalls auf § 325 ZPO berufen kann, wenn anschließend auch der Hauptschuldner verurteilt wird und der Bürge dann im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs vorgehen will. Dieser Forderungsübergang hat ja bereits vor Rechtshängigkeit und damit zu einem Zeitpunkt stattgefunden, der nicht von § 325 ZPO erfaßt wird. Vielmehr ist hier für das Verhältnis von Bürgen und Hauptschuldner der Anwendungsbereich des § 407 II BGB gegeben. Nach dieser Vorschrift wird der gutgläubige Schuldner, der trotz einer Zession vom Zedenten in einem Rechtsstreit in Anspruch genommen wird, im Verhältnis zum Zessionar geschützt; dagegen entfaltet der Ausgang des Rechtsstreits zwischen den Zedenten und Schuldner keine Wirkung zugunsten des Zessionars³. Für das Verhältnis von Bürgen und Hauptschuldner bedeutet die über § 412 BGB zur Anwendung kommende Regelung des § 407 II BGB, daß der Bürge, der bereits vor Rechtshängigkeit der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung geleistet hat, sich gegenüber dem Hauptschuldner nicht auf einen Forderungsübergang der Hauptschuld berufen kann, soweit dieser gegenüber dem Gläubiger eine Klageabweisung erzielt hat. Umgekehrt nutzt dem Bürgen eine entsprechende Verurteilung des Hauptschuldners auch im Verhältnis zu diesem nichts. Eine Rechtskrafterstreckung hinsichtlich der Feststellung der Hauptschuld findet nicht statt. Mit § 407 II BGB wird nur ein Schuldnerschutz bewirkt. Der Neugläubiger muß sich seine Rechte im Verhältnis zum Altgläubiger suchen. Dies ist das Bürgschaftsverhältnis. Die Pflichtenverletzung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen und insbesondere der Ausgleich bei einer doppelten Befriedigung soll hier aber nicht untersucht werden. Dies stellt kein Rechtskraftproblem dar.

2. (Die Ansprüche aus dem Innenverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner) Hier interessiert das Verhältnis des rechtskräftig verurteilten Bürgen bei nachträglicher Abweisung der Hauptschuld. Ein Ausschluß der Verteidigung mit der nachträglichen Klageabweisung der Hauptschuld ist für den Bürgen dann zu ertragen, wenn ihm noch ein Rückgriff

³BGHZ 52,152; Jauernig-Stürner, BGB, § 407,7; Palandt-Heinrichs, § 407,11.

aus dem Innenverhältnis zum Hauptschuldner verbleibt, der nicht dem Einwand der Rechtskraft ausgesetzt ist⁴.

In § 774 I 3 BGB ist bestimmt, daß das Innenverhältnis für den Umfang der Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Bürgen maßgeblich ist. Daraus läßt sich folgern, daß das Innenverhältnis letztlich auch darüber entscheidet, ob überhaupt ein Forderungsübergang stattfindet oder ein solcher ausgeschlossen ist⁵. Dagegen erscheint es aus praktischer Sicht müßig, ob man § 774 BGB nur die Funktion zubilligt, den Anspruch aus dem Innenverhältnis zu verstärken⁶. Die Verstärkung ist kein prozessualer Begriff, der bei Rechtsanwendung strukturieren könnte. Allerdings erfährt das Innenverhältnis insoweit eine Verstärkung, als gem. § 401 BGB dem Gläubiger für die Hauptschuld bestellte Sicherheiten auf den Bürgen übergehen. Gleichwohl wird man aus praktischer Sicht darin nicht die Hauptbedeutung des gesetzlichen Forderungsübergangs sehen können⁷; erfahrungsgemäß liegt diese in der Fruchtbarmachung eines bereits gegen den Hauptschuldner ergangenen Titels.

Das Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner wird regelmäßig als Geschäftsbesorgung, Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag zu qualifizieren sein⁸. Leistet der Bürge aufgrund seiner Bürgenverpflichtung an den Gläubiger, erfüllt er zugleich seine im Innenverhältnis übernommene Verpflichtung und hat dementsprechend gem. § 670 BGB einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen den Hauptschuldner. Das Fehlen eines solchen Innenverhältnisses läßt sich trotz des Wortlauts des § 775 BGB, der eine derartige Konstellation einbezieht, tatsächlich nur schwer vorstellen. Geht ein Bürge ohne Wissen und

⁴Der Bürge, der ohne Verurteilung geleistet hat und anschließend von der Abweisung der Hauptschuld erfährt, kann beim Gläubiger kondizieren. Ein Rechtskraftproblem gibt es naturgemäß mangels Rechtsstreit nicht. Aus diesem Grund spielt es auch keine Rolle, ob die Abweisung der Hauptschuld vor oder nach Leistung des Bürgen erfolgt ist. Allerdings ist die Fragestellung für das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner gleichlautend. Für ihn ist von Bedeutung, ob er unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits und unabhängig davon, ob er beim Gläubiger Regreß nehmen kann, auch Ersatz vom Hauptschuldner aufgrund des Innenverhältnisses nehmen kann, so daß der Hauptschuldner das Solvenzrisiko für den Gläubiger trägt.

⁵Esser-Weyers, SR II, § 40 IV 2, S.355.

⁶Esser-Weyers; SR II, § 40 IV 2, S.355.

⁷so Larenz-Canaris, SR II/2, § 60 IV 2, S.15f.

⁸Palandt-Thomas, § 775,1; Erman Seiler, § 775,1; MüKoBGB-Habersack, § 775,1; RGRK-BGB-Mormann, § 775,4.

Wollen des Hauptschuldners eine Bürgschaftsverpflichtung ein^{9,10}, so steht dem leistenden Bürgen jedenfalls dann ein Bereicherungsanspruch zu. Sollte allerdings in einem solchen Fall die Hauptschuld nicht bestehen, scheitert die Kondiktion des Bürgen an der fehlenden Bereicherung des vermeintlichen Hauptschuldners.

Rechtsverhältnisse, die im Verhältnis des Hauptschuldners zum Bürgen eine unentgeltliche Leistung des Bürgen auf die verbürgte Schuld vorsehen, spielen in diesem Zusammenhang zunächst keine Rolle, weil sich dann dieses Ziel der Unentgeltlichkeit gerade in der Leistung des Bürgen an den Gläubiger verwirklicht. Stellt sich im Nachhinein aufgrund einer rechtskräftigen Abweisung der Hauptschuld heraus, daß der Bürge zu Unrecht verpflichtet wurde, wird man dem Bürgen zumuten müssen, sich nur mit dem Gläubiger auseinanderzusetzen. Beim Hauptschuldner wird er keinen Regreß suchen können, weil die Abrede über die Unentgeltlichkeit einen solchen von vornherein ausschließt.

Von diesem Sonderfall abgesehen dürfte regelmäßig zumindest ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB gegeben sein, da Züge eines Auftragsverhältnisses immer vorhanden sind. Der Prüfungsmaßstab für diesen Anspruch aus dem Innenverhältnis ist ein anderer als derjenige für den Anspruch aus übergegangenem Recht. Während sich der übergegangene Anspruch allein am Bestand der Hauptschuld zu orientieren hat, gewährt § 670 BGB Ersatz in dem Umfang, in welchem der Bürge eine Leistung an den Gläubiger für erforderlich halten durfte.

Dieser subjektive, die Sicht des Bürgen zugrundeliegende Maßstab wird zwar regelmäßig einen Ersatzanspruch in Höhe der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung abdecken, der Ersatzanspruch kann aber auch

⁹Bei einer Prozeßbürgschaft aufgrund einer Anordnung durch gerichtliche Entscheidung fehlt es nicht an einem Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Hier geht es darum, daß der Gläubiger zur Annahme der Bürgschaft verpflichtet ist; vgl. Thomas/Putzo-Putzo, § 108,11.

¹⁰Bei der Fiktion gem. § 28e IV SGB IV, die den Entleiher von Arbeitnehmern wie einen Bürgen für die Sozialversicherungsbeiträge behandelt, dürfte der Vertrag gem. § 1 I AG das Innenverhältnis darstellen. Anspruchsgrundlage ist wohl ein Schadensersatzanspruch aus diesem Verhältnis; vgl. Gleitzke-Gemeinschaftskommentar-SGB IV, § 28e,7. Ist kein wirksamer Vertrag über die Arbeitnehmerüberlassung gegeben, bedarf es der Bürgenkonstruktion nicht, weil

geringeren oder größeren Umfang haben als der von einem Forderungsübergang erfaßte Anspruch. So setzt der subjektive Maßstab keine wirk-
same Hauptschuld voraus, sondern es obliegt dem Bürgen vor der Leis-
tung an den Gläubiger nur die Prüfung, ob er vernünftigerweise von einer
gesicherten Forderung ausgehen kann.

Man wird sich sogar Umstände vorstellen können, bei welchen es im
Interesse des Hauptschuldners liegt, daß der Bürge leistet, obwohl er sich
über den Bestand der gesicherten Forderung nicht vergewissert hat oder
Zweifel an deren Bestand hegt. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn
der Bürge befürchten muß, daß eine augenblickliche Verweigerung der
Leistung gegenüber dem Gläubiger dem Schuldner größere Nachteile
bringen kann als eine langwierige, verzögernde Prüfung des Bestands der
Hauptschuld. Bei der Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ ist es dem Bür-
gen sogar regelmäßig verwehrt, den Bestand der durch die Bürgschaft
gesicherten Forderung bei Aufforderung des Gläubigers zur Leistung zu
prüfen. Die Abrede, daß auf Anfordern zu leisten ist, soll gerade verhin-
dern, daß der Bürge durch eine inhaltliche Prüfung der gesicherten
Schuld die Leistung verzögert oder gar verweigert. Mit einer solche Ab-
rede der Leistungspflicht auf „erstes Anfordern“ ist dann auch schon die
Frage beantwortet, ob der Bürge die Leistung für erforderlich halten
durfte und deswegen jedenfalls auf das Innenverhältnis zurückgreifen
kann. Im übrigen wird eine solche Bürgschaft wohl regelmäßig aufgrund
einer ausdrücklichen Beauftragung des Hauptschuldners beruhen, weil er
sich zur Stellung einer solchen Sicherheit seinem Gläubiger gegenüber
verpflichtet hat; zum anderen verbleibt dem Bürgen, der auf „erstes An-
fordern“ leisten muß, die Möglichkeit, alle sich aus der Akzessorietät
ergebenden Einwände sowie auch eigene Verteidigungsrechte in einem
anschließenden Rückforderungsrechtsstreit gegenüber dem Gläubiger
geltend zu machen, wobei weder die Rechtskraft eines etwaigen Rechts-
streits über die Bürgschaft „auf erstes Anfordern“, noch § 814 BGB ent-
gegenstehen¹¹. Steht allerdings für den Bürgen zweifelsfrei fest, daß die

der Entleiher gem. § 10 I 1 AÜG als Arbeitgeber angesehen wird und gesamt-
schuldnerisch neben dem Verleiher haftet.

¹¹grundlegend: BGHZ 74,244 = NJW 1979,1500 = WM 1979,691 = MDR
1979,838 = BB 1979,709 = BB 1979,709; BGH NJW 1984,923; 1985,1694;
Horn, NJW 1980, 2153 auch zur Abgrenzung zur Garantie, bei welcher dem

gesicherte Forderung nicht oder nicht in dem geltend gemachten Umfang besteht und fehlen die eben beschriebenen Sonderumstände, muß bei einer gleichwohl vorgenommene Zahlung dies auch Einfluß auf den Anspruch gem. § 670 BGB haben.

Der Aufwendungsersatzanspruch aus dem Innenverhältnis kann aber auch weitergehen als der Anspruch aus übergegangenem Recht. Er kann solche Kosten einschließen, die nicht gem. § 767 I 1 u. II BGB vom Umfang der Bürgenverpflichtung erfaßt werden und daher auch nicht beim Forderungsübergang gem. § 774 BGB zu berücksichtigen sind. Hier ist insbesondere an Prozeßkosten des Bürgen zu denken, die bei der Abwehr des Anspruchs des Gläubigers entstanden sind, weil der Bürge die Rechtsverteidigung für aussichtsreich halten durfte und er deshalb möglicherweise aufgrund des Innenverhältnisses zum Hauptschuldner zur Abwehr verpflichtet war. Ebenfalls hierher gehören etwaige Kreditkosten des Bürgen, welche angefallen sind, um den Gläubiger zu befriedigen.

Der Bürge kann darüber hinaus unter den Voraussetzungen des § 775 BGB von dem Hauptschuldner bei Bestehen des Aufwendungsersatzanspruchs aus dem Innenverhältnis Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger verlangen. Dabei wird man wohl aus dem Sinn und Zweck der Bürgschaft folgern müssen, daß die Regelung des § 775 BGB den allgemeinen Befreiungsanspruch des § 257 BGB ausschließt, da anderenfalls die Einschränkungen des § 775 BGB bedeutungslos wären und unter Umständen auch die mit der Bürgschaft verfolgten Absichten nicht erreicht würden¹². Obwohl aufgrund des Titels gegen den Bürgen Inanspruchnahme droht, wandelt sich der Befreiungsanspruch in aber nicht einen Zahlungsanspruch um, weil dem Schuldner nicht das Recht genommen werden soll zu wählen, auf welche Weise er den Bürgen freistellt¹³. In Betracht kommen hier Zahlung an Gläubiger oder Stellung einer anderen Sicherheitsleistung mit dem Ziel, die Bürgschaft abzulösen. Da der Gläubiger den Befreiungsanspruch gem. § 775 I Nr.4 BGB

Akzessorietätsgedanken keine Bedeutung zukommt; Erman-Seiler, Vor § 765,19; Staudinger-Horn, Vorbem zu §§ 765ff,196,202.

Im Ergebnis trägt der Bürge auf erstes Anfordern das Solvenzrisiko für Hauptschuldner und Gläubiger.

¹²Erman-Seiler, § 775,1; MüKoBGB-Habersack, § 775,1; Planck, § 775,2; Köln OLGZ 28,227; kritisch Stötter, MDR 1970,545,547.

ebenso wie den Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB aufgrund seines Titels gegen den Bürgen pfänden kann (oder der Bürge diesen Anspruch an den Gläubiger abtreten kann), besteht für den obsiegenden Hauptschuldner gleichwohl noch die Gefahr der Inanspruchnahme durch den Gläubiger. In diesem Fall wandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch um¹⁴. Dies ist nämlich regelmäßig dann der Fall, wenn die Gläubigerstellungen hinsichtlich der Schuld, von welcher befreit werden soll und hinsichtlich des Befreiungsanspruchs zusammenfallen.

3. (Das prozessuale Verhältnis des Anspruchs aus dem Innenverhältnis zum Anspruch aus übergeleitetem Recht) Wenn bei derartigen Ergebnissen Schwierigkeiten vermieden werden sollen, dürfen allerdings der übergeleitete Anspruch und der Anspruch aus dem Innenverhältnis nicht als ein Fall materiellrechtlicher Anspruchskonkurrenz gesehen werden, da dies zur Annahme eines einheitlichen Streitgegenstandes führt¹⁵.

a. So wird auch weitgehend vertreten, es handele sich um unterschiedliche Ansprüche, wobei nicht immer ganz klar herausgestellt wird, ob der Anspruchsbegriff im Sinne des Prozeßrechts oder des materiellen Rechts verwendet wird¹⁶. Nach anderer Ansicht soll es sich um zwei Ansprüche desselben Streitgegenstands handeln¹⁷.

¹³ BGH NJW 2002, 163; Palandt-Sprau, § 775,1; vgl aber auch RGZ 143,194.

¹⁴ BGH DB 1975,445.

¹⁵ Thomas/Putzo-Reichold, Einl. II, 15,16; Zöller-Vollkommer, Einl. V, 68 (70); Staudinger-Weber, Einl. zu § 41,50; Erman-Hefermehl, § 194,7,8.

¹⁶ BGHZ 95, 375 (380) = NJW 1986,311; Palandt-Sprau, § 774,4; Erman-Seiler, § 774,12; RGRK-BGB-Mormann, § 774,5; Staudinger-Horn, § 774,5 spricht von Anspruchskonkurrenz in dem Sinn, daß der Bürge entscheiden kann, welchen Anspruch er geltend macht. Dies kann nur heißen, daß die Dispositionsmaxime betroffen ist, so daß unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen.

Der Annahme von unterschiedlichen Streitgegenständen steht nicht entgegen, daß nur ein einheitlicher Antrag verfolgt wird: vgl. BGH NJW 1992,2080 mit weiteren Nachweisen; Zöller-Vollkommer, Einl. 74,83; Stein-Jonas-Leipold, § 322,230.

Verwirrung schafft die Auffassung, die Häufung von Klagegründen erlaube dem Gericht ein Wahlrecht hinsichtlich der Prüfungsreihenfolge, so Thomas/Putzo-Reichold, § 260,3,7; ebenso OLG Hamm NJW RR 1992,1279; richtigerweise wird darauf hingewiesen, daß es sich in Wahrheit hier um eine eventuelle Klagehäufung handelt, die in der Staffelung der Anträge das Gericht bindet; Zöller-Vollkommer, § 253,74; vgl. auch zur Problematik der Wahlschuld vorn II 2 b, FN 15.

¹⁷ v. Tuhr I, S.280f; Larenz, SR II, § 64 III, S.479 (12. Aufl.); keine Stellungnahme zu dieser Frage Larenz-Canaris, SR II/2, § 60 IV; MüKoBGB-Pecher, (2.Aufl.), § 774,13; MüKoBGB-Habersack, § 774,16.

Nicht weiter führt in diesem Zusammenhang die Bemerkung, § 774 BGB verstärke den Anspruch aus dem Innenverhältnis¹⁸. Für die Ansicht, es liege nur ein Streitgegenstand vor, führt *von Tuhr* an, daß sowohl der Anspruch aus dem übergeleiteten Recht, als auch derjenige aus dem Innenverhältnis allein durch die Leistung des Bürgen erzeugt werde¹⁹. Diese Beschreibung ist zwar richtig, jedoch nicht hinreichend, um auf einen einheitlichen Streitgegenstand zu folgern. Daß eine Tatsache Auslöser für mehrere Ansprüche sein kann, die unterschiedlichen Streitgegenständen zugerechnet werden müssen, ist an sich eine Selbstverständlichkeit. Zu beachten ist hier, daß das Handeln des Bürgen in unterschiedliche Sachverhalte eingebettet ist. Der für die Hauptschuld maßgebende Sachverhalt ist die Absprache zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, in welcher der Bürge nicht notwendigerweise vorkommen muß. Das Innenverhältnis besteht dagegen aus einem von Hauptschuldner und Bürgen gestalteten Sachverhalt. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Zahlung des Bürgen der Erfüllung des Anspruchs aus dem Innenverhältnis und der Erzeugung eines Erstattungsanspruchs dient. Sie bezweckt außerdem die Erfüllung der Bürgenschuld und führt gleichzeitig zum Übergang eines bereits bestehenden Anspruchs. Schon oben wurde festgehalten, daß der Bürge Rechtsnachfolger des Gläubigers wird. Zu einem einheitlichen Streitgegenstand gehört aber neben der objektiven Identität auch eine schon im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs bestehende subjektive Identität, Merkmale die hier nicht eingehalten sind.

Daß die Erfüllung im Rahmen eines Streitgegenstands auch den Untergang eines weiteren, prozessualen Anspruchs zur Folge haben kann, steht nicht entgegen, sondern ergibt sich aus deren Zweckidentität²⁰. Wenn außerdem von *Pecher* die Auffassung, es lägen unterschiedliche Streitgegenstände vor, als immer noch aktionenrechtliche geprägte, aber längst floskelhaft gewordene und in ihrer praktischen Tragweite unklare, herge-

¹⁸Esser-Weyers, SR II, § 40 IV 2, S.355

¹⁹v.Tuhr I, S.280f.

²⁰Die Leistung auf Scheck oder Wechsel führt zum Untergang der gesicherten Schuld. Hier nimmt die h.M. ohne weiteres zwei Streitgegenstände an: RGZ 160,347; BGHZ 17,31; BGH NJW RR 1987,51; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 101 I 1a S.572 u. § 163 IV 1, S.991; Zöller-Greger, § 263,3 u. § 602,7.

brachte Darstellungsweise kritisiert wird²¹, so ist dieser Vorwurf nicht gerechtfertigt. Für die hier zu untersuchende Fallgestaltung müßte von den Verfechtern eines einheitlichen Streitgegenstands begründet werden, daß eine Überleitung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen zwar nicht infrage kommt, weil insoweit schon eine rechtskräftige Abweisung vorliegt, andererseits aber gleichwohl der Anspruch aus dem Innenverhältnis noch durchgesetzt gemacht werden kann. Der Einwand der Rechtskraft, der gegenüber dem übergeleiteten Anspruch besteht, greift an sich nach herkömmlichem Verständnis gegenüber dem gesamten Streitgegenstand ein, sei eine einzelne Anspruchsgrundlage geprüft oder übersehen worden. Es ist nicht anzunehmen, daß die Vertreter eines einheitlichen Streitgegenstands hier so weit gehen und jeglichen Regreß des Bürgen abschneiden wollen.

Nimmt man einen einheitlichen Streitgegenstand an, kann sich das Gericht auch aussuchen, welchen Anspruch es zuerst prüft oder zubilligt, da die Dispositionsbefugnis nicht berührt würde. Es kann also offenbleiben, ob die Hauptschuld bestanden hat, gleichwohl ist mit dem Urteil die Hauptschuld erledigt. Daß dies zu Zweifelsfragen hinsichtlich des Umfangs der Rechtskraft führen kann, was aber jede gerichtliche Entscheidung vermeiden muß, liegt nahe.

Da das Vorgehen aus dem übergegangenen Recht einen Fall der Rechtskrafterstreckung darstellt, würde der Klage aus dem Innenverhältnis nicht nur wegen der Möglichkeit des § 727 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, sondern ihr auch der Einwand der Rechtskraft entgegenstehen. Es ist aber begrifflich schwer vorstellbar, daß das Innenverhältnis schon im Rechtsstreit des Gläubigers gegen den Hauptschuldner seine endgültige Grundlage finden soll.

b. Die weiteren Unterschiede stellen allerdings nur prozessuale Klippen dar, die bei Kenntnis der Schwierigkeiten ohne weiteres überwunden werden können. So stellt beim einheitlichen Streitgegenstand der Übergang von einer Anspruchsgrundlage zur anderen mit entsprechendem Sachvortrag keine Klageänderung dar, sondern lediglich eine Ergänzung

²¹MüKoBGB-Pecher, (2.Aufl.), § 774,13 FN 57; MüKoBGB-Habersack,

i.S. des § 264 Nr.1 ZPO²². Auch wenn sich ein klageabweisendes Urteil nur mit einer Anspruchsgrundlage befaßt hat, kann die Berufung ohne weiteres mit auch neuem Sachvortrag zu anderen Anspruchsgrundlagen innerhalb des unverändert gebliebenen Streitgegenstands begründet werden; diese Berufung ist zulässig, da sie innerhalb der durch das angefochtene Urteil geschaffenen Beschwer bleibt. Ob die Voraussetzungen der §§ 529 I 1 Nr.2, 531 II ZPO für eine Zulassung des neuen Vortrags gegeben sind, ist dann eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels. Ein ausbleibendes Rechtsmittel führt zur endgültigen Regelung des Verhältnisses von Hauptschuldner und Bürgen, unabhängig davon, ob das rechtskräftig gewordene Urteil eine Anspruchsgrundlage geprüft hat oder nicht.

Sieht man dagegen unterschiedliche Streitgegenstände, sind für einen etwaigen Übergang die Voraussetzungen des § 263 ZPO zu erfüllen. Ein Rechtsmittel kann mangels Beschwer nicht mit einem solchen Übergang begründet werden²³. Es fehlt im Rechtsmittelzug an der Auseinandersetzung des Rechtsmittelgerichts mit dem angefochtenen Urteil.

Diese Unterschiede sind für die Praxis nicht zu überschätzen. Zwar ist es nicht die Aufgabe eines Gerichts, auf die Dispositionsmaxime einzuwirken²⁴, jedoch erlaubt § 139 ZPO (§§ 139, 278 ZPO a.F.) entsprechende Hinweise durch das Gericht, da der Vortrag des Bürgen, er habe die Hauptschuld erfüllt, grundsätzlich Anhaltspunkte für beide Rechtsverhältnisse bietet. Dieser Umstand wird zumeist die Schlußfolgerung erlauben, daß der Rückgriff nehmende Bürge gegenüber dem Hauptschuldner sowohl den übergegangenen Anspruch, als auch den Anspruch aus dem Innenverhältnis verfolgt, da die Zahlung des Bürgen in beiden Subsumtionsprogrammen notwendiger tatsächlicher Umstand darstellt, der durch weitere Substantiierung erläutert werden kann. Die eventuell sich stellende Problematik für den Bürgen, der einem klageabweisenden, erstinstanzlichen Urteil ausgesetzt ist, welches das Innenverhältnis oder den übergegangenen Anspruch ausschließlich behandelt, im zweiten Rechts-

§ 774,16 verzichtet auf diese Argumentation.

²²Zöller-Greger, § 264,2; Thomas/Putzo-Reichold, § 264,2.

²³BGH NJW RR 1991,1279; Thomas/Putzo-Reichold, § 533,12.

²⁴BGHZ 24,278; Thomas/Putzo-Reichold, § 139,6; Zöller-Greger, § 139,13.

zug auf das jeweilig andere Verhältnis überzugehen, kann bei Annahme von zwei unterschiedlichen Streitgegenständen prozessual ohne weiteres bewältigt werden. Der Bürge stützt nunmehr seine Forderung hilfsweise auf den zweiten Streitgegenstand. Dann vermittelt nämlich der erste Streitgegenstand, auf welche sich die Klageabweisung bezieht, die erforderliche Beschwer²⁵. Die Zulässigkeit der in der Klageerweiterung auf den zweiten Streitgegenstand zu sehende Klageänderung ist an § 533 ZPO zu messen. Sie wird bei sachgerechter Würdigung regelmäßig auch sachdienlich sein und angesichts der zusammenhängenden Sachverhalte zumeist nicht an den Voraussetzungen des § 529 ZPO scheitern. Unter Umständen läßt sich dies auch dann noch sagen, wenn der zweite Streitgegenstand nicht sogleich in der Berufungsbegründung eingeführt wird²⁶. Mehrkosten entstehen durch die hilfsweise Stützung auf einen zweiten Streitgegenstand gem. § 19 IV GKG nicht.

²⁵BGH NJW 1988,2541; 1992,3243; 1994,3358.

²⁶ Es ist einem obsiegenden Kläger anders als einem unterlegenen Kläger, der nur einen Streitgegenstand im ersten Rechtszug verfolgt hat, nach Ablauf der Frist für die Einlegung der Anschlußberufung, verwehrt, den zweiten Streitgegenstand im zweiten Rechtszug einzuführen. Diese Ungereimtheit folgt der nunmehrigen Rechtslage, welche gem. § 524 ZPO nur eine befristete unselbständige Anschlußberufung kennt. Dagegen ist es für einen Berufungsführer nicht durch eine Frist verwehrt, eine Klageerweiterung vorzunehmen.

D. Ergebnisse aus Sicht der Beteiligten, insbesondere unter Berücksichtigung der Streitverkündung im Bürgenprozeß

1. *Die Sicht des Bürgen*
 - a. *Der Einfluß der Klageabweisung der Hauptschuld auf die titulierte Bürgenschuld*
 - b. *Der Regreß beim Hauptschuldner*
 - c. *Der Einfluß der Streitverkündung im Bürgenprozeß*
 - d. *Der Inhalt des Anspruchs aus dem Innenverhältnis*
 - e. *Der Inhalt des Anspruch aus dem Innenverhältnis bei vorausgegangener Streitverkündung*
2. *Die Sicht des Gläubigers*
3. *Die Sicht des Hauptschuldners*

1. (Die Sicht des Bürgen) Als Ergebnis läßt sich für den Fall des vor der Abweisung der Hauptschuld verurteilten Bürgen aus dessen Blickwinkel folgendes festhalten:

a. Sieht man die nachfolgende Abweisung der Hauptschuld als möglich, aus der Akzessorietät folgenden Einwand gegenüber der titulierten Bürgenschuld, so kann dieser im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Ein erneutes Einsteigen in die Sache ist nicht erlaubt. Das rechtskräftige Ergebnis der Klageabweisung hinsichtlich der Hauptschuld ist als solches die Einwendungstatsache. Aufgrund der titulierten Bürgenschaftsschuld bereits beigetriebene Beträge können jedenfalls im Wege der Bereicherungsklage zurückgefordert werden¹. Der Bürge selbst ist aus prozessualen Gründen aber nicht in der Lage, über das präjudizielle Rechtsverhältnis eine erneute Entscheidung im Verhältnis zum Gläubiger von sich aus herbeizuführen, um so nachträglich den Einwand der rechtskräftigen Abweisung der Hauptschuld gegenüber der Bürgenschuld zu gewinnen. Die in Erwägung zu ziehende Drittfeststellungsklage steht schon mangels Feststellungsinteresses nicht zur Verfügung. Die Verneinung des Feststellungsinteresses beruht auf der bereits im Bürgenprozeß erfolgten Inzidentprüfung der Hauptschuld.

b. Neben dem Vorgehen gegenüber dem Gläubiger kann der Bürge auch Ersatz für seine Leistung an den Gläubiger vom Hauptschuldner aufgrund des Innenverhältnisses zu diesem fordern. Dieser Weg verbleibt als einzige Rückgriffsmöglichkeit des Bürgen, wenn man eine Verteidigung gegenüber dem Gläubiger mit einer nachträglichen Abweisung der

¹Ansprüche aus unerlaubter Handlung sind auch denkbar; für eine analoge Anwendung des § 717 II ZPO besteht kein Bedürfnis.

Hauptschuld ablehnt. Daneben kommt bei Verneinung der nachträglichen Abweisung der Hauptschuld als eigenständige, nachträglich zulässige Verteidigungstatsache ein Anspruch aus übergegangenem Recht gem. § 774 I BGB nicht in Betracht, weil hier gerade die Hauptschuld vorausgesetzt wird. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht zum Vorgehen aus übergegangenem Recht wäre eine Klage mit einer solchen Begründung unzulässig. Es ist § 325 I ZPO anwendbar; der Hauptschuldner kann die rechtskräftige Abweisung der Hauptschuld entgegenhalten.

c. Zweifelhaft erscheint die Rechtslage im Hinblick auf einen Forderungsübergang gem. § 774 I BGB, wenn der Bürge dem Hauptschuldner bei seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger in einem vorangegangenen Rechtsstreit gem. § 72 ZPO (rechtzeitig) den Streit verkündet hat. Wird anschließend im Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner die Hauptschuld rechtskräftig verneint², stellt sich die Frage, ob die Bindung durch die Streitverkündung zu Lasten des Hauptschuldners vorgeht oder ob der Bürge an die Feststellungen gebunden ist, die über das abgeleitete Recht zwischen den Parteien des für dieses Recht maßgeblichen Rechtsverhältnisses getroffen wurden. Die Streitverkündung hat zur Folge, daß der Streitverkündete im Verhältnis zum Streitverkünder die Richtigkeit eines zuungunsten des Streitverkünders ergangenen Urteils weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht in Zweifel ziehen kann; ihm ist auch nur in geringem Umfang die Einrede mangelhafter Prozeßführung erlaubt³. Da der Bestand der Hauptforderung für eine Verurteilung des Bürgen tragender Gesichtspunkt war, wird der Bestand der Hauptforderung auch von der Bindungswirkung des § 68 ZPO für das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner erfaßt. Andererseits muß man auch einräumen, daß eine Streitverkündung als

²Die Streitverkündung im Bürgenprozeß steht einem solchen Ergebnis nicht entgegen, weil sie nicht zugunsten des Gläubigers, sondern nur zugunsten des Bürgen als unterstützte Partei Wirkung entfaltet, vgl. BGHZ 100,260 = NJW 1987,1894 = MDR 1987,835; Zöller-Vollkommer, § 68,6; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 68,3; Musielak-Weth, § 68,5; a.A. Stein-Jonas-Bork, § 68,12, Häsemeyer, JR 1988,69ff.

³vgl. nur BGH NJW 1969,148; BGHZ 103,278 = NJW 1988, 1379; Stein-Jonas-Bork, § 68,4,5.

solche nicht rechtserzeugend wirkt, so daß auch ein Forderungsübergang mangels Forderung nicht stattfinden kann⁴.

Man kommt nicht umhin, dann zu überlegen, ob der Bürge gleichwohl aus der Hauptschuld vorgehen kann, wobei ein Forderungsübergang entsprechend den Feststellungen über die Hauptschuld im Bürgenprozeß fingiert wird (eine Titelumschreibung scheidet ohnehin aus, da kein Titel existiert) oder ob nur ein Vorgehen aus dem im Anschluß zu beschreibenden Innenverhältnis erlaubt ist, wobei allerdings dann für den Anspruch aus diesem Verhältnis die Bindungswirkung hinsichtlich der Hauptschuld Platz greift.

Es ist naheliegend, im Umfang der Bindungswirkung des § 68 ZPO nur für das Innenverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner vom Bestand der Hauptschuld auszugehen. Nur diese Betrachtung wird der Auffassung von unterschiedlichen Streitgegenständen des Innenverhältnisses und des aufgrund des gesetzlichen Forderungsübergangs auf den Bürgen übergehenden Anspruchs aus dem Hauptschuldverhältnis gerecht. Es ist aber durchaus zu sehen, daß es einen Unterschied ausmacht, ob der Hauptschuldner vom Gläubiger oder vom Bürgen aufgrund abgeleiteten Rechts in Anspruch genommen wird. Geht nämlich der Gläubiger aus der Hauptschuld nach vorausgegangenem Bürgenprozeß vor, gibt es keine Grundlage für die Entfaltung der Bindungswirkung der Streitverkündung. Geht dagegen der Bürge aus abgeleitetem Recht vor, sieht die Sache anders aus. Denn hier kann die Klage aufgrund der Bindungswirkung der Streitverkündung nicht mit der Begründung abgewiesen werden, es gäbe keine Hauptschuld. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß dieses eben aufgezeigte Dilemma sich nach der hier vertretenen Meinung nicht oder zumindest nicht in dieser Schärfe stellt. Der Bürge kann ja selbst die Abweisung der Hauptschuld gegenüber der titulierten Bürgenschuld noch im Wege der Vollstreckungsgegenklage nutzen und somit auch den gesetzlichen Forderungsübergang und die Notwendigkeit eines Ausgleichs im Innenverhältnis vermeiden. Wird dies versäumt, kann er immer noch aufgrund der

⁴Ebenso geht der gesetzliche Forderungsübergang ins Leere, wenn der Bürge auf die Bürgenverpflichtung leistet, obwohl die Hauptschuld bereits getilgt war; vgl. Staudinger-Brändl, (10./11.Aufl.), § 774,14; MüKoBGB-Habersack, § 774,6.

aufgrund der Klageabweisung der Hauptschuld Regreß gegenüber dem Gläubiger im Wege einer Kondiktion nehmen.

Im übrigen muß es dem Bürgen aber unbenommen bleiben, den durch die Bindungswirkung gefestigten Anspruch aus dem Innenverhältnis an den Gläubiger der Hauptschuld trotz der Abweisung der Hauptschuld abzutreten. Diese Abtretung hätte dann zur Folge, daß der Hauptschuldner in der zweiten Auflage des Rechtsstreits sich nur mit Einwänden verteidigen kann, welche nicht von der Bindungswirkung erfaßt werden. Darauf wird noch einzugehen sein.

d. Andererseits ist anzuführen, daß der Bürge, der beim Hauptschuldner trotz Abweisung der Hauptschuld Rückgriff nimmt, aus dem Gesichtspunkt des Innenverhältnisses gem. § 667 BGB oder nach dem Rechtsgedanken des § 255 BGB einen etwaigen Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger abtreten muß⁵. Die Fragestellung, ob der Bürge auf das Innenverhältnis beschränkt ist oder ob er trotz Abweisung der Hauptschuld auch aus dieser vorgehen kann, ist nicht nur akademischer Natur. Obwohl § 774 I 3 BGB für den übergebenen Anspruch eine Begrenzung durch das Innenverhältnis vorsieht, so daß der übergebene Anspruch niemals weitergehen kann als der Anspruch aus dem Innenverhältnis, sind beide Wege für den Bürgen nicht gleichwertig. Beim Vorgehen aus dem übergebenen Anspruch ist es Sache des Hauptschuldners, die Begrenzungen durch das Innenverhältnis darzutun und zu beweisen, was einem Widerlegen der anspruchsbegründenden Merkmale des Innenverhältnisses gleichkommt, während bei einem Vorgehen aus dem Innenverhältnis der Bürge selbst die Voraussetzungen des Innenverhältnisses vortragen muß und die Nachteile eines Mangels im Vortrag oder in der Beweisführung trägt⁶. Von daher ist die oben getroffene Feststellung, der übergebene Anspruch werde durch das Innenverhältnis begrenzt und gehe somit nicht weiter als derjenige aus dem Innenverhältnis, nur für den Fall richtig, daß es keine Korrektur durch Nachteile aus der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gibt.

⁵Staudinger-Brändl, (10./11.Aufl.), § 774,14; Planck, § 774 6g, allerdings beide ohne dogmatische Begründung.

⁶BGH LM § 774 BGB Nr.20 = NJW RR 1988,61; Baumgärtel-Laumen, Handb. der Beweislast, § 774 BGB 4,5.

Sofern der Bürge dem Hauptschuldner nicht aus einem besonderen Rechtsgrund verpflichtet war, ohne Ersatzleistung durch den Hauptschuldner den Gläubiger zu befriedigen, was dann durch Leistung auf die Bürgenschuld oder durch Leistung auf die Hauptschuld als Dritter gem. § 267 BGB geschehen kann, richtet sich der Ersatzanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner, der den Gläubiger bereits befriedigt hat, nach § 670 BGB. Der Maßstab dieser Vorschrift knüpft daran an, welche Aufwendungen der Bürge für erforderlich halten durfte; er setzt also nicht eine wirksame Begründung der Hauptschuld oder deren Bestand zum Zeitpunkt der Zahlung voraus⁷. Es ist vielmehr aus Sicht des Bürgen zu beurteilen, ob er im Interesse und mit dem mutmaßlichen Willen des Hauptschuldners gehandelt hat⁸. Dies ist ein objektiver Maßstab mit deutlich subjektivem Einschlag. Vor Erfüllung des Gläubigers durch den Bürgen kann der Bürge, wenn die beschriebenen Voraussetzungen des Innenverhältnisses zu seinen Gunsten gegeben sind, jedenfalls gem. § 775 Nr.4 BGB Befreiung von der Bürgenschuld durch den Hauptschuldner verlangen. Dieser spezielle Befreiungsanspruch geht dem Befreiungsanspruch gem. § 257 BGB und dem Vorschußanspruch gem. § 669 BGB vor⁹. Der Befreiungsanspruch erlischt naturgemäß wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn der Gläubiger befriedigt wurde. Der Bürge ist im Innenverhältnis, sofern es nicht besondere zwischen ihm und dem Hauptschuldner getroffene Abreden gibt, nur dem Einwand ausgesetzt, er habe seine Aufwendungen für den Hauptschuldner nicht für erforderlich halten dürfen. Da für den Gläubiger ein Titel gegenüber dem Aufwendungsersatz fordernden Bürgen besteht, läuft dies darauf hinaus, daß der Bürge nur dann keinen Aufwendungsersatz für eine Zahlung aufgrund seiner Bürgenverpflichtung erhält, wenn er den Prozeß gegen den Gläubiger bei Beachtung der Interessen des Hauptschuldners oder dessen mutmaßlichen Willens hätte gewinnen können. Dieser subjektive Maßstab nimmt dem Bürgen dann die Gefahrtragung für ein unrichtiges Urteil im Bürgenprozeß, sofern er diesen Rechtsstreit aus seiner

⁷BGHZ 95,375 = NJW 1986,310: Bürge zahlt auf verjährte Hauptschuld.

⁸RGZ 149,205; Palandt-Sprau, § 670,4, Erman-Ehmann, § 670,7.

⁹Staudinger-Brändl, (10./11.Aufl.), § 775,6; MüKoBGB-Habersack, § 775,1; RGZ 59,10 (12).

Sicht in einer die Interessen des Hauptschuldners wahren Weise geführt hat.

Diese materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen gem. § 670 BGB unterscheiden sich nicht wesentlich von einer Fallgestaltung, bei welcher der Bürge zur Vorbereitung eines Rückgriffs gegenüber dem Hauptschuldner diesem im Bürgenprozeß den Streit verkündet hat. Dabei wird man in diesem Zusammenhang nur denjenigen Konstellationen Beachtung schenken müssen, bei welchen der Sorgfaltsmaßstab des Innenverhältnisses hinsichtlich der Feststellung der Vertretbarkeit einer Aufwendung wegen des vom Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner übernommenen Pflichtenkreises hoch ist. Dies sind diejenigen Fälle, bei welchen dem Innenverhältnis eine Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB darstellt. Fälle mit geringerem Pflichtenumfang des Bürgen als Beauftragter werden dann ohnehin miterfaßt, weil hier der Bürge keinesfalls schlechter gestellt werden kann.

Hat der Bürge sich im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags gegenüber dem Hauptschuldner verpflichtet, ist es seine Aufgabe, sich über die Erforderlichkeit seiner Aufwendungen, die in der Begleichung der Bürgenschuld liegen, dadurch zu vergewissern, daß er den Hauptschuldner rechtzeitig von dem Vorgehen des Gläubigers gegen ihn benachrichtigt. Nur auf diese Weise wird gewährleistet, daß er vom Willen des Hauptschuldners und von dem zur Verteidigung erforderlichen Tatsachenstoff, möglicherweise auch vom Wunsch des Hauptschuldners, von einer Verteidigung abzusehen, was für die Erstattung von Prozeßkosten von Bedeutung sein kann, Kenntnis erhält¹⁰.

Kommt der Bürge dieser Pflicht aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis nicht nach, besteht die Gefahr, daß anschließend die Erforderlichkeit seiner Aufwendungen verneint wird. Allerdings ist hier wiederum zu betonen, daß der Anspruch aus dem Innenverhältnis nicht die Wirksamkeit der Hauptschuld oder der Bürgenschuld voraussetzt. Wird der Bürgenprozeß jetzt nachvollzogen und kommt man zu dem Ergebnis, die Verurteilung des Bürgen sei seinerzeit fehlerhaft erfolgt, muß dieses

¹⁰BGH NJW 1986,310 (312).

Ergebnis aufgrund des für den Bürgen als Beauftragten des Hauptschuldners gültigen, subjektiven Maßstabs, die Erforderlichkeit festzustellen, nicht notwendigerweise zur Abweisung des Aufwendungsersatzanspruchs führen.

e. Nimmt man die Interventionswirkung hinzu, so muß auf den ersten Blick aus § 68 ZPO bei einer im Bürgenprozeß gegenüber dem Hauptschuldner erfolgten Streitverkündung geschlossen werden, daß dem Hauptschuldner nur noch ein geringer Ausschnitt aus den sonst gegebenen Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber dem Bürgen verbleibt. Die inhaltliche Richtigkeit der Verurteilung des Bürgen setzt den Bestand der Hauptschuld voraus. Der Hauptschuldner muß also bei der Feststellung der Erforderlichkeit der getätigten Aufwendungen im Rahmen des § 670 BGB hinnehmen, daß der Richter im Bürgenprozeß aufgrund des ihm vorliegenden Tatsachenmaterials und der vorgenommenen Prozeßhandlungen zu dem richtigen Ergebnis gekommen ist. Da der Bürge im wesentlichen auf die Akzeptanz einer rechtlichen Würdigung nur durch Einlegung eines Rechtsmittels Einfluß nehmen kann, in der Hoffnung, man werde seiner rechtlichen Argumentation folgen, ist der Unterschied zu einem ohne die Bindungswirkung des § 68 ZPO gestützten Anspruchs aus § 670 BGB in der Praxis wohl kaum auszumachen. Die Bedeutung der Streitverkündung wird sich auf solche Fälle reduzieren, bei denen die Erforderlichkeit der Begleichung einer Schuld aufgrund einer Verurteilung nicht angenommen werden kann, weil das Ergebnis schlechterdings nicht vertretbar erscheint oder aber zumindest eine sehr große Wahrscheinlichkeit der Abänderung oder Aufhebung durch die Rechtsmittelinstanz gegeben ist. Nur in diesen Fällen wird es für den Bürgen notwendig, sich auf die Streitverkündung zu berufen, um der Kritik der Unrichtigkeit des Urteils zu entgehen¹¹. Da man zudem ohne entsprechende Argumentation des Hauptschuldners und ohne auf Anheb greifbare Kritikpunkte hinsichtlich der Richtigkeit der Verurteilung des Bürgen regelmäßig folgern wird, eine Verurteilung des Bürgen sei aufgrund einer

¹¹In der Praxis wird es außerordentlich selten notwendig, die Bindungswirkung des § 68 ZPO in dem Folgeprozeß zu überprüfen. Dies kann darin liegen, daß der Umfang der Bindungswirkung erkannt und hingenommen wird. Dies ist jedoch nicht sehr wahrscheinlich, weil eine solche Rüge im Folgeprozeß kaum mit einem Kostenrisiko verbunden ist und rechtliche Akzeptanz eine eher selten geübte Tugend ist.

gerichtlichen Prüfung und damit zu Recht erfolgt, ist es ohnehin Sache des Hauptschuldners, trotz der Darlegungs- und Beweislast des Bürgen als Auftragnehmer für das Merkmal der Erforderlichkeit in § 670 BGB hier entkräftend vorzutragen oder Fehler in der rechtlichen Würdigung aufzuzeigen. Diese Einschätzung führt schon sehr nahe an die prozessuale Situation heran, die für den Bürgen besteht, der sich beim Rückgriff gegen den Hauptschuldner auch auf die Bindungswirkung durch die Streitverkündung berufen kann.

Zu einer vollständigen Überprüfung des Einflusses der Interventionswirkung gehört auch die Abklärung der Bedeutung der Einrede mangelhafter Prozeßführung in dem hier zu erörternden Zusammenhang. Wird sie erfolgreich vorgebracht¹², beseitigt sie die Bindungswirkung im Verhältnis des Streitverkündeten zum Streitverkünder. Sie stellt somit eine Regelung zugunsten des Streitverkündeten dar.

Da die Einrede der mangelhaften Prozeßführung gem. § 68 ZPO nur auf drei ausdrücklich bestimmte Vorwürfe gestützt werden kann, läßt sich vorab schon erkennen, daß eine mangelhafte Prozeßführung des Bürgen, welche nicht unter die aufgeführten Alternativen eingeordnet werden kann, den Bürgen auch nicht belasten kann. Für derartige Sachverhalte stellt also eine Streitverkündung den Bürgen besser. Trotz dieser sicherlich noch abstrakt gebliebenen Einsicht wird man mit zivilprozessualer Erfahrung ohne weiteres sagen, daß sowohl von § 68 ZPO erfaßte Tatbestände schlechter Prozeßführung wie auch von dieser Vorschrift nicht erfaßte Fallgestaltungen die Praxis kaum beschäftigen.

Im einzelnen geht es bei den für das Verständnis recht kompliziert angelegten gesetzlich vorgesehenen Fallgestaltungen um folgende Situationen:

Der Hauptschuldner kann nach § 68 ZPO die Einrede schlechter Prozeßführung darauf stützen, daß er gehindert gewesen sei, in prozessual beachtlicher Weise Unterstützung zu leisten, weil ihm der Streit zu spät vom Bürgen verkündet worden sei (1. Variante); er kann geltend machen,

er habe eine Verteidigung ausgelassen, weil er sich mit seinem Verhalten ansonsten in Widerspruch zum Vorgehen des Bürgen gesetzt hätte (2. Variante); schließlich kann er darauf verweisen, ihm selbst unbekannte Tatsachen seien vom Bürgen absichtlich oder grob verschuldet nicht vorgebracht worden (3. Variante).

Dabei ist es selbstverständlich, daß diese Einreden für den Hauptschuldner nur dann erfolgversprechend sind, wenn der entsprechende Sachvortrag auch kausal für den Subsumtionsgang im Bürgenprozeß hätte werden können, wobei die Möglichkeit des Einflusses ausreicht¹³. Es muß nachvollziehbar gemacht werden, daß der Streitverkündete entsprechend vorgegangen wäre, um das andere Ergebnis zu erreichen, was regelmäßig nicht schwierig sein wird, weil die Interessenlage ein entsprechendes Verhalten nahe legt.

Für den ersten Ansatz der zu spät erfolgten Streitverkündung läßt sich bei einem Einbezug der materiellen Rechtslage des Innenverhältnisses erkennen, daß auch eine verspätete Streitverkündung sich nicht ohne weiteres für den Bürgen nachteilig auswirken muß, selbst wenn der Hauptschuldner dadurch mit bestimmten Einwänden nicht zum Zuge kommt. Der Hauptschuldner ist nämlich aufgrund des Rechtsverhältnisses zum Bürgen von sich aus verpflichtet, die Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu verhindern. Dazu gehört selbstverständlich auch, daß er den Bürgen unterstützt und sich auch ständig darüber informiert, ob der Gläubiger den Bürgen zur Leistung heranzieht. Er ist zudem nicht für eine Unterstützung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner auf eine Streitverkündung angewiesen, sondern er hat die Möglichkeit, gem. § 66 ZPO als Nebenintervenient dem Bürgenprozeß von sich aus beizutreten.

Daß diese Überlegung insbesondere dann praktisch wird, wenn eine Streitverkündung unterblieben ist, der Bürge aber den Hauptschuldner von dem Rechtsstreit des Gläubigers gegen ihn unterrichtet hat, leuchtet unmittelbar ein. Dann läuft die Frage der Rechtzeitigkeit der Streitverkündung ohnehin völlig leer. Selbst wenn man den Bürgen für verpflich-

¹² von Amts wegen zu beachten: MüKoZPO-Schilken, § 68,19; nur auf Einrede zu beachten: Stein-Jonas-Bork, § 68,6 (FN 27), Bischof, JurBüro 1984,1147.

¹³ Stein-Jonas-Bork, § 68,10.

tet hält, den Hauptschuldner von der Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu unterrichten, läßt sich nämlich die mangelnde Unterstützung immer noch als Mitverschulden des Hauptschuldners würdigen. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB wird überall dort als Regulativ herangezogen, wo bei gesetzlich nicht geregelten Fällen ein beiderseitiges Verschulden auszugleichen ist¹⁴. Weil der Hauptschuldner Aufwendersatz schuldet, ist er einem Geschädigten vergleichbar. Der dem Bürgen zu machende Vorwurf, er hätte die Aufwendungen geringer halten können, wird durch das dem Hauptschuldner vorzuwerfende Mitverschulden, er hätte ebenfalls für geringere Aufwendungen sorgen können, jedenfalls bei der Ermittlung der Höhe des Anspruchs berücksichtigt.

Die zweite Verteidigungsmöglichkeit des § 68 ZPO, die dem Hauptschuldner solche Einwände erhält, die im Bürgenprozeß nicht berücksichtigt werden konnten, weil der streitverkündete Hauptschuldner sich in Widerspruch zur Hauptpartei gesetzt hätte, besagt nichts für die Frage, ob eine Streitverkündung den Bürgen besser stellt. Der materiellrechtliche Maßstab der Erforderlichkeit der Aufwendungen beim Ersatzanspruch gem. § 670 BGB führt zu einer inhaltlich gleichgelagerten Prüfung.

Aus der letzten Variante des § 68 ZPO ergibt sich für den Hauptschuldner, daß ihm unbekanntes Verteidigungsmittel, die nicht vom Bürgen angeführt wurden, nur bei absichtlichen oder grob verschuldeten Unterlassen weiterhelfen. Dies hört sich auf den ersten Blick für den Bürgen sehr vorteilhaft an, weil leicht verschuldet nicht wahrgenommene Verteidigung den Bürgen nicht belasten kann, ein weiterer Blick auf die zugrundeliegenden Verhältnisse zeigt jedoch, daß diese Fallgestaltung weitgehend bedeutungslos ist. Im Regelfall ist nämlich der Hauptschuldner über Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber der Hauptschuld besser informiert als der Bürge; Verteidigungsmöglichkeiten, die sich speziell gegen die Bürgenverpflichtungen richten, bringen den Hauptschuldner im Ergebnis nicht voran, weil immer noch seine Verpflichtung aus der Hauptschuld verbleibt.

¹⁴Palandt-Heinrichs, § 254,6.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß allen Fallgestaltungen keine große praktische Bedeutung zukommt, während der juristische Aufwand sowohl für die Erarbeitung der Erkenntnis der Früchte der Regelung als auch für deren Durchsetzung doch recht hoch ist.

2. (Die Sicht des Gläubigers) Aus der Sicht des Gläubigers ergibt sich bei Zulassung der Verteidigung des rechtskräftig verurteilten Bürgen mit der nachträglichen Abweisung der Hauptschuld, daß der Gläubiger erst dann sicher sein kann, daß er die Forderung gegen den Bürgen einziehen oder beigetriebene Beträge behalten kann, wenn auch der Hauptschuldner rechtskräftig verurteilt ist. Anderenfalls drohen Vollsteckungsgegenklage oder Bereicherungsklage. Der Gläubiger kann sich gegen diese Ungewißheit nicht bereits im Bürgenprozeß durch geeignete Prozeßhandlungen schützen. Hier versagt das prozessuale Instrumentarium. Im Prozeß gegen den Bürgen durch den Gläubiger ist eine Streitverkündung gegenüber dem Hauptschuldner nicht möglich, da die Voraussetzungen des § 72 ZPO nicht gegeben sind. Ansprüche des Gläubigers sind nämlich gegen den Hauptschuldner nicht erst für den Fall der Abweisung der Klage gegen den Bürgen möglich, sondern sie können sofort durchgesetzt werden. Außerdem führt nicht gerade der Verlust des Bürgenprozesses erst zu etwaigen Ansprüchen gegenüber dem Hauptschuldner. Es kann auch nicht angenommen werden, daß eine unzulässige, aber ungerügt gebliebene Streitverkündung Wirkung entfaltet, denn Voraussetzung der Wirkung des § 68 ZPO ist, daß der Rechtsstreit für den Streitverkünder ungünstig ausgegangen ist¹⁵ oder zumindest eine nachteilige Feststellung für den Streitverkündungsempfänger getroffen wird¹⁶. Hier ist es aber im Sinn des Gläubigers, ein ihm günstiges Urteil bindend für den Hauptschuldner zu erzielen.

Läßt man dagegen eine Verteidigung mit einer nachträglichen Abweisung der Hauptschuld nicht zu, verbleibt dem Gläubiger der Anspruch gegen den Bürgen, zu dessen Durchsetzung er auch den Anspruch des

¹⁵Zöller-Vollkommer, § 68,4 u. § 74,6; MüKoZPO-Schilken, § 74,8; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 50 V 2, S.269 u. § 51 IV 1, S.276.

¹⁶zumindest nachteilige Feststellung: BGHZ 36,213 = JZ 1962,415 mit Anm. Jauernig; eine zulässige Streitverkündung muß aus Sicht des Streitverkünders einen ungünstigen Ausgang und folgende Regreßansprüche denkbar erscheinen lassen: BGHZ 65,310 = NJW 1976,189; BGHZ 70,189.

Bürgen aus dem Innenverhältnis pfänden kann wie auch der Bürge diesen abtreten kann. Hier stehen keinesfalls §§ 399 BGB, 851 ZPO entgegen, auch wenn der Befreiungsanspruch gem. § 775 BGB betroffen ist, weil die Pfändung oder Abtretung jeweils zugunsten des letztlich Berechtigten erfolgen¹⁷. Es zeigt sich, daß ein einmaliger Sieg des Gläubigers sich wie ein doppelter Sieg auswirken würde, da sowohl auf das Vermögen des Hauptschuldners, als auch auf das Vermögen des Bürgen Zugriff genommen werden kann. Ein solches Ergebnis gibt prozessualen Überlegungen der Rechtskraft gegenüber den materiellen Gesichtspunkten der Akzessorietät den Vorzug.

3. (Die Sicht des Hauptschuldners) Für den Hauptschuldner wirkt bei einer Zulassung der Verteidigung des Bürgen mit einer nachträglichen Abweisung der Hauptschuld sein Obsiegen gegenüber dem Gläubiger möglicherweise nur für die Zukunft. Vom Gläubiger beim Bürgen bereits beigetriebene Beträge müssen durch Hauptschuldner grundsätzlich aufgrund des Innenverhältnisses von ihm zunächst ersetzt werden. Regreß ist anschließend beim Gläubiger zu nehmen, wobei der Bürge etwaige Ansprüche gegen den Gläubiger abzutreten hat. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß dann der Hauptschuldner das Solvenzrisiko für den Gläubiger trägt.

Läßt man eine Verteidigung des Bürgen nicht zu, droht für den Hauptschuldner trotz seines Sieges gegen den Gläubiger eine Inanspruchnahme aus dem Innenverhältnis. Dieser Sieg wäre wirtschaftlich wertlos. Dies ist sicher ein unschönes Ergebnis im Hinblick auf die Akzessorietät der Hauptschuld.

Man wird bei einer solchen Sachlage aber nicht soweit gehen können, aus dem Prozeßrechtsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger, welches ja mit einem ungünstigen Ausgang für den Gläubiger beendet wurde, oder gar aus dem materiellrechtlichen Verhältnis der Hauptschuld zu folgern, der Gläubiger habe aufgrund der Abweisung der Hauptschuld gegenüber dem Hauptschuldner auch die Pflicht, alles zu unterlassen, was diesem Ergebnis, sei es auch nur in wirtschaftlicher

¹⁷BGH NJW 1993,2232; Palandt-Heinrichs, § 399,4.

Hinsicht, zuwider läuft. Wäre dies der Fall, so hätte im Hinblick auf die Akzessorietät auch der Bürge einen neuen tatsächlichen Einwand, der für die Vollstreckungsgegenklage oder die Bereicherungsklage fruchtbar gemacht werden könnte. Ein Unterschied zur Auffassung, die eine nachträgliche Verteidigung mit der Abweisung der Hauptschuld zuläßt, bestünde nicht.

E. Folgerungen für die Erstreckung der Rechtskraft

1. *Nachträgliche Verteidigung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger mit der Abweisung der Hauptschuld kein Gebot der Gerechtigkeit*
2. *Keine prozessualen Befugnisse des Bürgen hinsichtlich der Hauptschuld aufgrund des Innenverhältnisses*

1. (Nachträgliche Verteidigung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger mit der Abweisung der Hauptschuld kein Gebot der Gerechtigkeit) Aus dem vorangegangenen Abschnitt ergibt sich, daß die Beantwortung der Frage nach der Zulassung einer Verteidigung des Bürgen mit einer nachträglichen Abweisung der Hauptschuld gegen über dem Gläubiger bei einer rein rechtlichen Betrachtung nicht darüber Auskunft gibt, ob der Bürge überhaupt einen Ersatzpflichtigen findet. Bei der Erörterung dieser Fragestellung wird nämlich das Bestehen einer Ersatzmöglichkeit nicht in Zweifel gezogen. Der Bürge kann sich entweder sowohl an den Hauptschuldner als auch an den Gläubiger halten oder es steht ihm jedenfalls bei Verneinung einer Verteidigung mit der nachträglichen Abweisung der Hauptschuld für einen Regreß der Hauptschuldner zur Verfügung. Aus dem Blickwinkel des Bürgen ist somit kein zwingendes Bedürfnis gegeben, von der herrschenden Meinung abzugehen und eine Rechtskrafterstreckung über den Fall der Klageabweisung der Hauptschuld hinaus anzunehmen. Jedoch gibt die Beantwortung der Frage, ob die nachträgliche Abweisung auch gegenüber dem Gläubiger vom Bürgen genutzt werden kann, darüber Auskunft, ob im Ergebnis der Hauptschuldner oder der Gläubiger leer ausgeht.

Dieses Resultat ist insofern befriedigend, als es sicherlich dem Rechtsgefühl entspricht, daß der Bürge letztlich nicht für die Hauptschuld aufkommen soll. Allerdings ist auch zu bemerken, daß es unabhängig von dieser rechtlichen Betrachtungsweise dem Wesen einer Bürgschaft entspricht, daß der Bürge gleichwohl das Solvenzrisiko für den Hauptschuldner trägt. Es könnte daher auch hingenommen werden, wenn der Bürge nur beim Hauptschuldner Ersatz suchen könnte, weil er sich von vorn herein darauf eingelassen hat, für dessen Leistungsfähigkeit einzustehen. Gewährt man der Lösung den Vorzug, daß der Konflikt, ob der Hauptschuldner oder Gläubiger im Ergebnis dem verurteilten Bürgen gegenüber einstandspflichtig ist, nur im Verhältnis der Parteien der

Hauptschuld zu klären ist, gibt der Akzessorietätsgedanke bis zur endgültigen Abwicklung der Rechtsverhältnisse zwischen allen Beteiligten den Ausschlag. Der Gläubiger geht im Ergebnis leer aus. Belastet man dagegen den Hauptschuldner trotz Abweisung der Hauptschuld mit der Ersatzpflicht gegenüber dem Bürgen, ohne daß Regreß beim Gläubiger genommen werden könnte, so gewinnt der prozessuale Gesichtspunkt, daß der Erfolg eines rechtskräftig festgestellten Obsiegens nicht durch ein Unterliegen in einem anderen Rechtsstreit beseitigt werden kann, die maßgebliche Bedeutung.

2. (Keine prozessualen Befugnisse des Bürgen hinsichtlich der Hauptschuld aufgrund des Innenverhältnisses) Einer Bevorzugung des Prozeßrechts kann man unter dogmatischem Blickwinkel näher treten, wenn man aus dem Innenverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner nicht nur die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Bürgen und Hauptschuldner, sondern auch weitergehende prozessuale Rechte des Bürgen, für den Hauptschuldner tätig zu werden, ableiten könnte. Die schuldrechtlichen Beziehungen ergeben für den Bürgen die Pflicht, den Gläubiger zu befriedigen oder erkennbar unberechtigte Ansprüche des Gläubigers abzulehnen. Man müßte über diese Pflicht hinaus für die Stellung des Bürgen dem Innenverhältnis einen weitergehenden Inhalt beimessen können, welche dem Bürgen die Befugnis zur gewillkürten Prozeßstandschaft für den Hauptschuldner gibt. Wäre dies möglich, würde die Entscheidung, ob der Akzessorietät der Vorzug zu geben ist oder ob ein vom Gläubiger erzielter Sieg ihm auch wirtschaftlich nicht mehr durch ein Regreß genommen werden kann, leichter fallen.

Es ist nämlich allgemein anerkannt, daß ein gewillkürter Prozeßstandschafter ebenso, wie sich dies für den gesetzlichen Prozeßstandschafter aus §§ 265,325 ZPO ergibt, Rechtskraft für den wahren Rechtsinhaber erzeugt¹. Dies ist die selbstverständliche Konsequenz seiner Befugnis, über die rechtliche Position des nach dem materiellen Recht eigentlich Betroffenen zu streiten. Die gewillkürte Prozeßstandschaft wird zwar im

¹Kohler, ZJP 12,104; Henckel, ZJP 70,448,459,465; Blomeyer, ZJP 75,8 u. Erkenntnisverfahren, § 93 I 1, S.518; Thomas/Putzo-Reichold, § 325,4; Zöllner-Vollkommer, Vor § 50,54; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 46 V 4; S.242 u. § 156 II 3, S.938; BGHZ 78,7; 123,135 = NJW 1993,3093.

allgemeinen nicht mit der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis gleichgesetzt, jedoch als vergleichbare Situation angesehen², so daß eine entsprechende Anwendung des § 185 BGB die Rechtsgrundlage darstellt³. Die Verfügungsermächtigung, die als solche abstrakt ist, besitzt regelmäßig ein schuldrechtliches Kausalverhältnis, aus welchem der Ermächtigte die Rechtsmacht herleitet, für den Ermächtigenden in eigenem Namen zu verfügen. Zur Annahme einer solchen Position für den Bürgen müßte man aus dessen Berechtigung, für den Hauptschuldner Aufwendungen zu tätigen und dessen Ersatzpflicht zu erzeugen, auf eine Rechtsmacht folgern, diesem Auftrag auch prozessual mit Bindung für den Hauptschuldner gerecht zu werden. Diese Folgerung könnte darauf gestützt werden, daß der Hauptschuldner der Ersatzpflicht keinesfalls entgehen kann, sofern sich die Aufwendungen im Rahmen des Vertretbaren halten und hier die Hauptschuld selbst Maßstab ist. Eine solche unbedingliche Rechtsfolge erinnert an ein Rechtsgeschäft mit Verfügungscharakter, so daß der Weg zur Prozeßstandschaft nicht mehr weit ist.

Einer solchen Folgerung steht nicht bereits entgegen, daß die gewillkürte Prozeßstandschaft anders als eine gesetzliche Prozeßstandschaft, wie bereits § 265 ZPO und die Prozesse gegen Parteien von Amtswegen zeigen, auf der Passivseite nicht allgemein anerkannt ist, weil es keine Verpflichtungsermächtigung gäbe⁴. Hier wird man sicher entgegenhalten können, daß diesem Argument dann keine Bedeutung beikommt, wenn der Umfang der Rechte des Ermächtigten und die Person des tatsächlich nach materiellem Recht Betroffenen klar sind. Die Bedenken, welche gegen die Möglichkeit einer Verpflichtungsermächtigung bestehen, rühren nämlich aus dem Wunsch nach dem Schutz des Gläubigers. Für diesen soll offenbar sein, wer sich ihm gegenüber verpflichtet⁵. Nun ist aber ohne weiteres klar, daß jede gewillkürte Prozeßstandschaft offengelegt werden muß, will sich der Prozeßstandschafter nicht um die Früchte ei-

²Henckel, ZJP 70,465.

³Zöller-Vollkommer, Vor § 50,42; Thomas/Putzo-Putzo, § 51,33; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 41 III, S.241; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 46 III, S.237; Werner, JuS 1987,855,859.

⁴ablehnend Zöller-Vollkommer, Vor § 50,43; unentschieden BGH NJW 1983,685; BGH GRUR 1995,506; befürwortend für den Fall einer Bindung des Schuldners Stein-Jonas-Bork, vor § 50,41e; vgl. auch BGH VersR 1977,174; OLG Ffm VersR 1982,706.

⁵Erman-Palm, § 185,18.

nes möglichen Siegs bringen. Außerdem läßt sich die materiellrechtliche Lage auch aus dem Vortrag der Parteien entnehmen, so daß von daher ein Verstoß gegen das Offenheitsprinzip nicht zu befürchten ist. Im übrigen ist kein Unterschied zu dem Kläger zu sehen, der in gewillkürter Prozeßstandschaft klagt und verliert.

Man wird ohnehin bei der passiven, gewillkürten Prozeßstandschaft ebenso wie bei der aktiven gewillkürten Prozeßstandschaft ein rechtliches Interesse an einem solchen Vorgehen fordern müssen. Für die Klägerseite dient dieses Erfordernis der Verhinderung von Popularklagen. Dieser Gesichtspunkt trägt auch auf der Passivseite. Der Bürge müßte folglich ein Interesse darlegen, für den Hauptschuldner als Prozeßstandschafter aufzutreten. Angesichts der oben erörterten materiellen Rechtslage erscheint ein solches Unterfangen doch zweifelhaft.

Es ist schon aus praktischen Überlegungen heraus fraglich, ob überhaupt bei einer derartigen Konstellation eine passive Prozeßstandschaft benötigt wird. Außerdem müßte im Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Bürgen die Hauptschuld zusätzlich Streitgegenstand sein, wenn es um eine Rechtskrafteinsteckung auf das vorgreifliche Verhältnis der Hauptschuld infolge einer Prozeßstandschaft geht. Es würde sich dann um einen Fall objektiver und subjektiver Klagehäufung handeln, weil der Bürge aufgrund eigener Verpflichtungen und fremder Verpflichtungen in eigenem Namen im Prozeß auftritt⁶. Der Bürge könnte dies im Wege der negativen Feststellungsklage erreichen⁷, wobei es sich nicht um eine echte „Drittfeststellungsklage“ handeln würde, weil der Bürge prozessual die Stellung des Schuldners wahrnimmt. Lediglich wenn der Gläubiger im Rechtsstreit des Bürgen gleichzeitig die Feststellung der Hauptschuld begehrt, wobei man dann konsequenterweise sogar eine Leistungsklage gegenüber dem auch als Prozeßstandschafter kämpfenden Bürgen und damit eine Titulierung der Hauptschuld aufgrund der gewillkürten Pro-

⁶In der Praxis kommt dies z.B. vor, wenn der Insolvenzverwalter neben seiner Eigenschaft als Amtsträger auch persönlich gem. § 60 I InsO (= § 82 KO) in Anspruch genommen wird.

⁷Ob Zöller-Vollkommer, Vor § 50,43 auch eine gewillkürten Prozeßstandschaft im Wege der negative Feststellungsklage ablehnen, welche geeignet ist, aus einer Schuldnerstellung eine Klägerrolle zu erzeugen, wird nicht gesagt.

zeßstandschaft zulassen müßte⁸, kann es auf die Frage der Zulässigkeit der gewillkürten, passiven Prozeßstandschaft ankommen.

Gleichwohl ist eine solche Auslegung des Innenverhältnisses zwischen Hauptschuldner und Bürgen nicht möglich, weil die Interessenlage des Hauptschuldners gegen eine solche weitreichende Bedeutung spricht. Aus der Sicht des Hauptschuldners kann es nicht ohne jeglichen tatsächlichen Anknüpfungspunkt gewünscht sein, daß der Bürge ihm das Prozessieren über die Hauptschuld abnimmt oder gar abschneidet. Es gehört doch zur Folge einer jeden Prozeßstandschaft, daß der Prozeßgegner nicht zusätzlich einem weiteren Rechtsstreit mit dem wahren Betroffenen ausgesetzt werden kann. Ebenso wie dieser durch die Rechtskraft gebunden ist, müßte der laufende Prozeß dazu führen, daß ein Prozeß zwischen Hauptschuldner und Gläubiger dem Einwand anderweitiger Rechtskraft ausgesetzt wäre. Es könnte nur dann überhaupt noch nach einem Rechtsstreit gegen den Bürgen zu einem Folgeprozeß zwischen Gläubiger und Hauptschuldner kommen, wenn der Bürge von seiner Befugnis, für den Hauptschuldner als Prozeßstandschafter aufzutreten, keinen Gebrauch gemacht hat. Der Hauptschuldner könnte andererseits einen Gebrauch der Prozeßführungsbefugnis durch den Bürgen, auch fremde Rechte wahrzunehmen, nicht dadurch vermeiden, daß er während eines laufenden Rechtsstreits die Prozeßführungsbefugnis widerruft. In entsprechender Anwendung des § 265 ZPO verlöre dadurch der Bürge nicht seine Parteistellung im laufenden Rechtsstreit. Der Hauptschuldner könnte dann in seiner eigenen Sache nur als Nebenintervenient Einfluß nehmen. Gewichtig erscheint mir auch die Überlegung zu sein, daß auf eine derartige Weise das wesentliche Prinzip akzessorischer Rechtsverhältnisse unterlaufen würde, nach welchem immer nur das führende Rechtsverhältnis in der Lage ist, auf das geführte Rechtsverhältnis Einfluß zu nehmen, aber eine Beeinflussung in umgekehrter Richtung nicht stattfindet. Zwar würde der als Prozeßstandschafter für den Hauptschuldner tätige Bürge in dieser Eigenschaft schon mit seinen Prozeßhandlungen zunächst auf die Hauptschuld selbst abzielen, jedoch würde dann übersehen, daß bei einer aus einer Auslegung gewonnenen Rechtsmacht zur Prozeßfüh-

⁸Hier bereitet allerdings die Vollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners Schwierigkeiten, da die Klauselrechtsbehelfe nicht einschlägig sind.

rungsbefugnis diese Trennung in der Prozeßführung des Bürgen nur noch bei formaler Betrachtung vorhanden ist.

Entscheidend dürfte letztlich auch sein, daß die gewillkürte Prozeßstandschaft für den Prozeßgegner nicht zumutbar ist, weil er zusätzliche Schwierigkeiten bei der Vollstreckung der Hauptschuld bekommen wird. Eine schutzwürdige Interesse an einer gewillkürten Prozeßstandschaft, welches Voraussetzung für ein solches prozessuales Vorgehen ist, muß dann verneint werden, wenn der Prozeßgegner dadurch unbillig benachteiligt würde^{9, 10}.

⁹BGHZ 96,115; BGH NJW 1989,1933; 1990,1113; Zöller-Vollkommer, Vor § 50,44; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz § 50,32.

¹⁰Die Situation ist in vielfacher Hinsicht derjenigen vergleichbar, die bei der Haftpflichtversicherung seit der Einführung des Direktanspruchs gem. § 3 Nr.1 PflVersG besteht. Der Versicherer soll beim ungestörten Versicherungsverhältnis innerhalb der Deckungssumme im Ergebnis allein haften. Entsprechend der sich aus § 670 BGB ergebenden Bindung an die für erforderlich gehaltene Aufwendung führt das Versicherungsverhältnis dazu, daß die Versicherung bei einer Inanspruchnahme aus dem Verhältnis zum Versicherungsnehmer an die Feststellungen im Verhältnis des Geschädigten zu diesem gebunden ist (vgl. dazu Höhne, VersR 1987,1167 mit weiteren Nachweisen). Auch hier gibt es im Außenverhältnis gem. § 3 Nr.8 PflVersG nur eine Rechtskrafterstreckung im Falle der Klageabweisung.

F. Besonderheiten bei der Hypothek und beim Pfandrecht

1. *Übertragung der Ergebnisse für die Bürgschaft auf die Hypothek und das Pfandrecht*
2. *Korrektur der h.M. für bestimmte Fallgruppen aufgrund des materiellen Rechts*
 - a. *Die Korrektur bei der Verjährung der Forderung*
 - b. *Die Korrektur bei der Verkehrshypothek wegen der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Forderung*

1. (Übertragung der Ergebnisse für die Bürgschaft auf die Hypothek und das Pfandrecht) In § 1210 I 1 BGB ist für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht ebenso wie für die Bürgschaft in § 767 I BGB geregelt, daß der Umfang der Pfandhaftung durch den Bestand der gesicherten Forderung bestimmt wird. Für die Hypothek wird diese Abhängigkeit durch die Formulierung „wegen einer ihm zustehenden Forderung“ in § 1113 BGB zum Ausdruck gebracht. Rechtstechnisch gesehen bedeuten diese Vorschriften, daß Einwendungen im Sinne des materiellen Rechts gegenüber der gesicherten Forderung auch für die jeweilige Interzession bedeutsam sind. Die gesetzlichen Regeln der §§ 1137, 1211 BGB für die Hypothek und das Pfandrecht entsprechen der Bestimmung des § 768 BGB für die Bürgschaft. Sie bestimmen die Gültigkeit der Einreden gegenüber der gesicherten Forderung auch für die Interzession. Sowohl bei der Bürgschaft, wie auch bei der Hypothek und dem Pfandrecht ist eine Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeit des vom persönlichen Schuldner verschiedenen Sicherungsgebers für den Fall vorgesehen, daß der persönliche Schuldner stirbt. Hier kann sich der jeweilige Sicherungsgeber nicht auf die Beschränkung der Erbenhaftung berufen¹.

Da §§ 767, 768 BGB die maßgeblichen Vorschriften für die Erstreckung der Rechtskraft bei der Bürgschaft sind, wird vergleichbar der Bürgschaft für die Rechtskrafterstreckung zugunsten eines vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümers eines belasteten Grundstücks oder eines Mobiliarpfandobjekts angenommen, daß eine Abweisung der Klage über die gesicherte Forderung auch in seinem Verhältnis zum Gläubiger gilt; ebenso wird davon ausgegangen, daß eine Verurteilung hinsichtlich der gesicherten Forderung ihn nicht belastet².

¹ Bei sämtlichen Interzessionen galten §§ 82 II VerglO, 193 I KO. Nach diesen Vorschriften nimmt der Umfang der Haftung des Bürgen oder aus dem Sicherungsobjekt nicht an der Herabsetzung der Forderung durch den Vergleich teil.

² Bettermann, S. 141 für die Übertragung der Grundsätze; Schwab, ZZP 77,124,149; Huber, JuS 1972,621; Loritz, ZZP 95,310(338); Stein-Jonas-Leipold, § 325,96; MüKoZPO-Gottwald, § 325,61f; Zöller-Vollkommer,

Eine abweichende Regelung erscheint auch grundsätzlich nicht gerechtfertigt, da vergleichbare gesetzliche Konstruktionen zugrunde liegen. Die dinglichen Rechte setzen neben dem schuldrechtlichen Vertrag, mit welchem sich der Eigentümer oder der Rechtsinhaber des Pfandobjekts gegenüber dem Gläubiger zu der Bestellung der dinglichen Sicherheit verpflichtet, allerdings noch einen dinglichen Bestellsakt voraus, während bei der Bürgschaft nur die schuldrechtliche Verpflichtung erforderlich ist. Damit kommt auch zum Ausdruck, daß anders als bei Bürgschaft nicht das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers zur Haftung zur Verfügung steht, sondern nur der jeweils belastete Gegenstand.

2. (Korrektur der herrschenden Meinung für bestimmte Fallgruppen aufgrund des materiellen Rechts) Die zur Bürgschaft entwickelten Grundsätze der Rechtskrafterstreckung lassen sich aber nicht vollständig übertragen. Aus dem materiellen Recht folgen nämlich für die dinglichen Rechte Einschränkungen des Akzessorietätsprinzips, die bei der Bürgschaft nicht gültig sind. Diese Einschränkungen haben Vorteile für den Sicherungsnehmer gegenüber der Bürgschaft zur Folge, die sich auch auf den Bereich der Rechtskrafterstreckung auswirken.

a. So ist aus § 216 BGB (= § 223 BGB a.F.) zu entnehmen, daß die Verjährung der zugrunde liegenden Forderung anders als bei der Bürgschaft³ einer Befriedigung aus dem dinglichen Recht nicht entgegensteht. Diese Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, daß bei dinglichen Rechten, die selbst keiner Verjährung unterliegen⁴, für die aus ihnen hergeleiteten Ansprüche entweder keine Verjährung oder eine andere Verjährung als für die gesicherte Forderung in Betracht kommt. Aus § 902 BGB ergibt sich, daß bei eingetragenen dinglichen Rechten die aus ihnen hergeleiteten Ansprüche, sofern es nicht um rückständige, wiederkehrende Leis-

§ 325,34; Thomas/Putzo-Reichold, § 325,5 jeweils für Hypothek und Pfandrecht; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 III 1b, S.520; Erman-Küchenhoff/Michalski, § 1211,5; Palandt-Bassenge, § 1211,1; RG WarnRspr. 1933 Nr.35; OLG Celle OLGZ 26,202 jeweils für das Pfandrecht; RG HRR 1929 Nr. 443; Palandt-Bassenge, § 1137,4; RGRK-Mattern, § 1137,6 für die Hypothek; a. A. und auch einschränkend im Hinblick auf § 892 BGB bei der Hypothek; Erman-Wenzel § 1137,2.

³vgl. vorn III B.

⁴Palandt-Heinrichs, 194,3; Erman-Hefermehl, § 194,4 u.9; Jauernig-Jauernig, BGB, § 194,2.

tungen oder Schadensersatz geht, keine Verjährung eintritt. § 216 III BGB (= § 223 III BGB a.F.) beläßt es für rückständige Zinsen und wiederkehrende Leistungen bei der kurzen Verjährungsfrist des § 197 II BGB (= § 197 BGB a.F.). Bei Ansprüchen aus Pfandrechten tritt ebenfalls keine Verjährung ein, da es sich beim Pfandrecht um ein absolutes Recht handelt⁵. Auch hier gelten §§ 197 II, 216 III BGB (= §§ 197, 223 III BGB a.F.) für rückständige Zinsen und wiederkehrende Leistungen. Dies bedeutet, daß eine wegen der Einrede der Verjährung ergehende Abweisung der gesicherten Forderung, die nach einer rechtskräftigen Verurteilung des jeweiligen Sicherungsgebers zur Duldung der Zwangsvollstreckung erfolgt, anders als im Fall der Bürgschaft für den Sicherungsgeber keinen Einwand begründet, der im Wege der Vollstreckungsgegenklage oder der Bereicherungsklage gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht werden könnte.

Daraus muß aber nicht gefolgert werden, daß die schlichte Abweisung als solche, also ein Unterbleiben der Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der Abweisung, in allen anderen Fällen nicht für eine nachträgliche Verteidigung des Sicherungsgebers gegenüber dem Gläubiger ausreicht. Insbesondere kann man nicht aufgrund dieser besonderen Bestimmung über die Verjährung die zur Bürgschaft dargestellten Grundsätze infrage stellen. Man muß lediglich § 216 BGB (= § 223 BGB a. F.) einbeziehen und bei derartigen Fällen das materielle Recht ebenso wie im Rahmen des § 325 III ZPO, der eine Rechtskrafterstreckung bei einem gutgläubigen Erwerb des Dritten ausschließt, als eine Begrenzung der Erstreckung der Rechtskraft auffassen.

Allerdings machen diese Erwägungen deutlich, daß bei derartigen Fällen der Rückgriffsanspruch aus dem Innenverhältnis des Sicherungsgebers zum Schuldner von großer Bedeutung ist, weil dieser dann für den Sicherungsgeber die einzige Regreßmöglichkeit darstellt. Da der Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB erst mit der Tötung der Aufwendung entsteht und somit gem. § 199 I BGB (=§ 198 BGB a.F. modifiziert) der Schluß des Jahres, in welches dieser Zeitpunkt fällt, für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist für den Aufwendungsersatzan-

⁵MüKoBGB-von Feldmann, (2.Aufl.), § 194,2.

spruch maßgebend ist, läuft der Sicherungsgeber selbst dann nicht große Gefahr, daß er gegenüber dem Schuldner der Einrede der Verjährung unterliegt, wenn im Innenverhältnis eine kurze Verjährungsfrist gilt. Diese Verjährungsfrist bleibt also unberührt von derjenigen, die für die gesicherte Forderung gilt. Der Sicherungsgeber trägt somit für den Schuldner das Solvenzrisiko, wie sich dieser auf der anderen Seite damit abfinden muß, daß eine etwaige, kurze Verjährungsfrist für den gesicherten Anspruch ihm bei Bestellung dinglicher Sicherheiten letztlich nicht zugute kommt⁶. Keinesfalls kommt dann ein Regreß des Schuldners beim ihm gegenüber zunächst ausgefallenen Gläubiger in Betracht.

b. Für die Verkehrshypothek ergeben sich außerdem wesentliche Einschränkungen aus § 1138 BGB, welcher die Anwendbarkeit der §§ 891, 899 BGB bestimmt. Danach wird bei Gutgläubigkeit wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs für die Hypothek der Bestand der Forderung oder das Fehlen einer Einrede gegenüber der Forderung fingiert. Außerdem folgt für die Darlegungs- und Beweislast aus §§ 891, 1138 BGB, daß es Aufgabe des Eigentümers des belasteten Grundstücks ist, bei einem Vorgehen aus der Hypothek den Bestand der Forderung zu widerlegen, wobei hier nicht Zweifel am Bestand ausreichen, sondern vollständiger Beweis zu führen ist⁷. Dies kann in der Rechtspraxis auch dazu führen, daß sich die Akzessorietät nicht zugunsten des Sicherungsgebers auswirkt. Dementsprechend ist es möglich, daß die dingliche Klage und die persönliche Klage einen unterschiedlichen Lauf nehmen. Die dingliche Haftung kann bejaht werden, während die persönliche Schuld mangels Nachweis der Forderung zu verneinen ist⁸. Dies muß selbstverständlich auch dann gelten, wenn beide Ansprüche im Wege der objektiven Klagehäufung in einem Rechtsstreit verfolgt werden^{9,10}, denn eine

⁶In der Praxis wird allerdings häufig übersehen, daß auch bei Vorliegen eines rechtskräftigen Titels es für solche wiederkehrenden Leistungen gem. § 197 II BGB (= § 218 III BGB a.F.) bei der kurzen Verjährungsfrist bleibt, die eine Verurteilung auf zukünftige Leistung darstellen. Hier hilft dann § 767 ZPO. Die Änderung des Zinsniveaus ist dagegen gem. § 323 ZPO geltend zumachen.

⁷BGH WM 1972,786; NJW 1980,1048; LM § 891 BGB Nr.5; Erman-Wenzel, § 1138,4; Staudinger-Scherübl, (12.Aufl.); MüKoBGB-Eickmann, § 1138,10ff.

⁸Staudinger-Scherübl, (12.Aufl.), § 1138,10; MüKoBGB-Eickmann, § 1138,3,11,14; Jauernig-Jauernig, BGB, § 1138,2; RGZ 137,95,97.

⁹Jauernig-Jauernig, BGB, § 1138,2; Staudinger-Scherübl, (12.Aufl.), § 1138,10.

¹⁰Die Vermutungswirkung läßt auch die Fallgestaltung zu, bei welcher der Gläubiger mit der Zwischenfeststellungsklage hinsichtlich des präjudiziellen Rechtsverhältnisses der Forderung verliert und gleichwohl mit der dinglichen Klage

Verbindung von Klagen hat naturgemäß keinen Einfluß auf das materielle Recht. Es mag allenfalls sein, daß ein Gericht psychologisch unter Druck gerät, weil derartig widersprechende Ergebnisse wegen der damit unweigerlich verbundenen Komplikationen in der Praxis äußerst unerwünscht sind.

Der bislang kaum infrage gestellte Grundsatz, die rechtskräftige Abweisung der Klage, welche die persönliche Schuld zum Streitgegenstand hat, wirke ohne inhaltliche Überprüfung als Entscheidung über das präjudizielle Rechtsverhältnis auch zugunsten des vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümers, kann somit angesichts dieser Situation bei der Darlegungs- und Beweislast bei der Verkehrshypothek nicht ohne weiteres Geltung erfahren. Der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer kann nicht besser gestellt werden als der persönliche Schuldner, der die Hypothek am eigenen Grundstück bestellt hat. Man wird nicht argumentieren können, daß ein an der Darlegungs- und Beweislast gescheiterter Gläubiger der persönlichen Forderung nach Rechtskraft eines entsprechenden für ihn nachteiligen Urteils automatisch bösgläubig hinsichtlich seines dinglichen Anspruchs wird und sich somit auch nicht mehr auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann. Hier kommt es sicherlich auf die Umstände seines Scheiterns an. Man könnte deshalb erwägen, daß die Rechtskrafterstreckung des die persönliche Forderung abweisenden Urteils von den tragenden Gründen der Abweisung abhängig ist und diese lediglich dann verneint werden muß, wenn das Urteil auf einem Scheitern des Gläubigers an der Darlegungs- und Beweislast beruht. Es leuchtet aber unmittelbar ein, daß eine derartige Lösung mit praktischen Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist schon zweifelhaft, ob die Gründe der Entscheidung immer mit der wünschenswerten und hier auch notwendigen Klarheit Auskunft geben. Es kann auch Fälle geben, in welchen ein Urteil mehrfache Begründungen liefert. Dann entsteht die Unsicherheit, welche Begründung maßgeblich sein soll. Letztlich kommt ein derartiges Unterfangen in die Nähe eines eindeutig nicht geltenden Prinzips des Erwachsenens der Gründe in Rechtskraft.

gewinnt, weil hier die Anforderungen an das präjudizielle Rechtsverhältnis ge-

Eine saubere und klare Lösung wird daher vorschlagen, daß im Geltungsbereich des § 1138 BGB grundsätzlich keine Rechtskrafterstreckung stattfindet¹¹. Auf diese Weise werden Unsicherheiten vermieden, die schlechterdings mit der Feststellung des Eintritts der Rechtskraft unvereinbar sind, dient diese doch auch gerade der Rechtssicherheit.

Es bleibt festzuhalten, daß bei den Fällen des § 1138 BGB der Sicherungsgeber auf das Innenverhältnis zum Schuldner der gesicherten Forderung angewiesen ist. Ein zusätzlicher Anspruch aus § 816 I BGB kommt nur dann in Betracht, wenn die Hypothek im Wege des gutgläubigen Erwerbs hinsichtlich des einredefreien Bestands der gesicherten Forderung übergegangen ist. Dieser richtet sich dann gegen den angeblichen¹² Rechtsvorgänger des nunmehrigen Inhabers der Hypothek.

ringer sind.

¹¹Dieses Ergebnis schlägt Erman-Wenzel, § 1137,2 für die Hypothek vor, allerdings ohne auf die hier erörterten Zusammenhänge hinzuweisen.

¹²Angeblich deswegen, weil infolge des Fehlens einer Forderung keine Hypothek bestand. Der Erwerb aufgrund guten Glaubens hat zum Untergang der Eigentümergrundschild geführt.

IV. Rechtskraftfragen bei der Schuldübernahme und beim Schuldbeitritt

A. Begriffsklärung und Überblick

1. *Einführung in die Problematik*
 - a. *Übersicht über den Meinungsstand*
 - b. *Dogmatische Grundlagen von Schuldübernahme und Schuldbeitritt*
 - c. *Schuldübernahme und Schuldbeitritt im Vergleich mit der Übertragung einer Forderung durch Abtretung*
 2. *Die Abgrenzung der einzelnen Interzessionen in der Praxis*
 - a. *Schuldübernahme und Schuldbeitritt*
 - b. *Schuldbeitritt und Bürgschaft*
 3. *Ausblick für die weitere Untersuchung*
 - a. *Interzession vor Rechtshängigkeit*
 - b. *Interzession während des Rechtsstreits*
 - c. *Interzession nach Rechtskraft*
 - d. *Ablehnung der Interzession durch den am Rechtsgeschäft nicht Beteiligten*
- Anhang: Grafische Darstellung der Nachfolge auf der Aktivseite und der Passivseite

1. (Einführung in die Problematik) Die bisherige Erörterung der streng-akzessorischen Interzessionsfälle der Bürgschaft, der Hypothek und des Pfandrechts haben in der Rechtspraxis für die Problematik einer Rechtskrafterstreckung auf den jeweiligen am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten ein weitgehend einheitliches Bild gezeigt. Die verbliebenen Zweifel und Unsicherheiten beziehen sich eher auf Nebenpunkte oder betreffen im juristischen Alltag nicht häufig auftretende Fälle. Dagegen ist die Lage beim Schuldbeitritt und vornehmlich bei der Schuldübernahme unsicherer¹.

Vor allem geht es um die unmittelbare oder entsprechende Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO auf die Schuldübernahme oder den Schuldbeitritt². Außerdem interessiert, ob bei einer Schuldübernahme oder bei einem Schuldbeitritt vor Rechtshängigkeit der von der jeweiligen Inter-

¹Es hat sich eingebürgert, die kumulative Schuldübernahme als Schuldbeitritt und die privative Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 BGB als Schuldübernahme zu bezeichnen; vgl. Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl. zu §§ 414ff, 29; Jauernig-Stürner, BGB, vor § 414, 3; Enneccerus-Lehmann, § 84 IV 2; Larenz, SR I, § 35 I, S. 602, § 35 II, S. 610; Esser-Schmidt, SR I, § 37 II 2, S. 318ff; Nörr-Scheyhing, HdS-Sukzessionen, § 25, S. 225; Rimmelspacher, JR 1969, 202. Dementsprechend ist im folgenden mit Schuldübernahme die privative Schuldübernahme und mit Schuldbeitritt die Schuldmitübernahme gemeint.

²§ 236 CPO vom 30.1.1877 wurde durch § 265 ZPO ersetzt. § 236 CPO enthielt in Abs. 3 die Regelung über die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit gegenüber dem Rechtsnachfolger. Für die Rechtsnachfolge wurde der weitergehende § 325 ZPO geschaffen, hinsichtlich der Vollstreckbarkeit erfolgte die Streichung wegen

zession erfaßten Verbindlichkeit derjenige an den Ausgang des anschließenden Rechtsstreits mit dem Gläubiger gebunden ist, der an diesem Rechtsstreit gerade nicht beteiligt war³.

Kein Problem bereitet allerdings die Anwendung dieser Vorschriften, wenn die Schuldübernahme im Zusammenhang mit einer Gesamtrechtsnachfolge (Erbgang, Fusion von Kapitalgesellschaften⁴) oder der Nachfolge an einem dinglichen Recht (vgl. § 266 ZPO) geschieht, da in diesen Fällen nicht die Schuldübernahme als solche, sondern die Nachfolge am Recht der Anknüpfungspunkt für die Anwendung der genannten Vorschriften darstellt⁵. Schon ihrem Wortlaut nach ist eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften ausgeschlossen, wenn die Übernahme oder der Beitritt vor Rechtshängigkeit stattgefunden hat. Ist dagegen die Übernahme oder der Beitritt nach Rechtskraft der übernommenen Schuld und in Kenntnis der Rechtskraft erfolgt, wird die Bindungswirkung zumeist nicht als Rechtskraftfrage, sondern ebenso wie bei der Bürgschaft als Problem der Auslegung behandelt⁶. Derjenige, der für eine rechtskräftig festgestellte Schuld eintreten will, erweckt regelmäßig den Eindruck, er verzichte auf eine erneute Überprüfung der Schuld. Schwierigkeiten bereitet es freilich, die Problematik eine Schuldübernahme während eines laufenden Rechtsstreits allein über eine Auslegung zu lösen. Zwar wird zumeist die Rechtshängigkeit zwischen den Beteiligten zur Sprache kommen, so daß ein Ansatzpunkt für die Auslegung einer Willenserklärung besteht⁷, jedoch ist damit noch nicht geklärt, was mit dem laufenden

des weitergehenden § 665 CPO = § 727 ZPO, vgl. Hahn-Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8, 1898, S.101.

³Bekanntlich wirkt nach h.M. bei Bürgschaft / Hypothek / Pfandrecht nur die Abweisung der Hauptschuld zugunsten des Interzedenten vgl. vorn III A.

⁴zur Universalsukzession, Voraussetzungen und Beispiele, Karsten Schmidt, AcP 191,495ff.

⁵Zöller-Vollkommer, § 325,23; Schilken, Zivilprozeßrecht, § 6, Rdnr. 243; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 47 I 3, S. 263 (Beispiele); Bettermann, S.71 sieht freilich in dieser Differenzierung eine Inkonsequenz der h.M., vgl. auch die Verneinung der Differenzierung bei Hellwig, Rechtskraft, § 46 III 1 u. 2, S.320f.

⁶BGH NJW 1981,47; Zöller-Vollkommer, § 325,25,26; Stein-Jonas-Leipold, § 325,30,90; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 II, S. 519 u. ZZP 75,1,21; Strohal, JherJB 57,239 für die Übernahme nach Rechtskraft; Schack, NJW 1988,865,869. Für Schuldbeitritt gem. §§ 25,28 HGB nach Rechtskraft BGH ZIP 1989,1193; folgend MüKoBGB-Selb, § 425,11 (3.Aufl.).

⁷Auf die grundsätzlich gleiche Sichtweise für eine Übernahme nach Rechtshängigkeit und erfolgter Judizierung wegen der Kenntnis der Sachlage der Beteiligten machen Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 b cc, S.273f aufmerksam, folgen im Ergebnis aber auf eine analoge Anwendung von § 727 ZPO.

Rechtsstreit zu geschehen hat. Kommt dort die Schuldübernahme nicht zur Sprache, was wohl Einvernehmen von Schuldner und Gläubiger voraussetzt, ist Platz für eine Auslegung. In einem Folgeprozeß zwischen Gläubiger und Übernehmer führt eine Lösung über die Auslegung zur Beachtung des Ergebnisses des vorausgegangenen Prozesses im materiellrechtlichen Bereich. Sie läuft darauf hinaus, daß im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung der von der Schuldübernahme erfaßte Anspruch in seinem Bestand unantastbar ist. Die Verteidigung des Übernehmers ist auf den von § 767 II ZPO gesteckten Bereich und etwaige Angriffe gegen die Übernahme selbst beschränkt. Allerdings ist diese tatsächliche Konstellation, daß die Schuldübernahme in einem laufenden Rechtsstreit nicht erwähnt wird, nicht erzwingbar. Wird die Schuldübernahme erwähnt, kommt man nicht umhin zu entscheiden, ob prozessuale Folgerungen zu ziehen sind, die eben in der Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO bestehen. Die Anwendung dieser gesetzlicher Vorschriften hat den Vorteil gegenüber einer Lösung, die sich an einer Auslegung der Willenserklärung orientiert, welche zur Schuldübernahme geführt hat, daß sie nicht mit den Unsicherheiten behaftet ist, die bei einer Auslegung immer bestehen.

a. In der Übersicht ergibt sich für die hier anstehende Problematik bei der Schuldübernahme und beim Schuldbeitritt folgendes Meinungsbild:

Die wohl herrschende Meinung lehnt es ab, die Schuldübernahme einer Rechtsnachfolge gleichzusetzen, so daß jedenfalls die Anwendung des § 265 ZPO und nach herrschender Meinung auch die Heranziehung der §§ 325, 727 ZPO ausscheiden⁸. Nach anderer Ansicht wird dem Interesse des Gläubigers Rechnung getragen. Es soll für den Interzedenten bei rechtskräftig festgestellter Schuld unabhängig von der Kenntnis der

⁸Schuldnachfolge ist keine Rechtsnachfolge: grundlegend BGHZ 61,140 = NJW 1973,1700 = ZZP 87,95 mit ablehnender Anm. Schwab = JR 1974,156 mit zustimmender Anm. Zeiss; BGH LM Nr.14 zu § 265 ZPO = WM 1975,144 = ZZP 88,324 mit Anm. Henckel; = MDR 1975,301; BGH Rpfl 1974,260; BGH NJW 1989,2825 (2826); BGH NJW 2001,1218; Stein-Jonas-Schumann, § 265,6,24; Stein-Jonas-Leipold, § 325,29; Stein-Jonas-Münzberg § 727,19; MüKoZPO-Lüke, § 265,55-57; MüKoZPO-Gottwald, § 325,27-30; Zöller-Greger, § 265,5; Thomas/Putzo-Reichold, § 265,10 u. Thomas/Putzo-Putzo, § 727,13; Blomeyer; Erkenntnisverfahren, § 47 I 3, S.263; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 102 II 2, S.581; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 535ff, anders aber Reichel, ZZP 44,

Rechtskraft eine Rechtskrafterstreckung zumutbar sein⁹. Vielfach wird in Unterscheidung zwischen Rechtsnachfolge und Vollstreckungsnachfolge¹⁰ jedenfalls für die Anwendung des § 727 ZPO plädiert¹¹. Eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 265,325,727 ZPO wird seltener befürwortet¹².

Da beim Schuldbeitritt als Rechtsfolge ein Gesamtschuldverhältnis von Schuldner und Beitretendem gegenüber dem Gläubiger eintritt¹³, gilt die Regelung des § 425 II BGB. Nach dieser Vorschrift bleibt es für eine rechtskräftige Entscheidung grundsätzlich bei einer inter-partes-Wirkung. Es ist hier jedoch darauf zu achten, daß diese Vorschrift nur solche Tatsachen erfaßt, die nach der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses eintreten¹⁴. Dies ergibt sich daraus, daß zum Wesen der Gesamtschuld die objektive Identität der Schuld gegenüber den einzelnen Schuldnern gehört. Diese wäre nicht eingehalten, wenn es schon bei der Bildung der Gesamtschuld Unterschiede in der Behandlung der einzelnen Schuldner gäbe.

541; Schilken, Veränderungen, S.11ff; Staudinger-Kaduk (12.Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,15; Erman-Westermann, Vor § 414,1; Zeuner, FS für Schwab S.579.

⁹Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 II, S.519 und ZZZ 75,21; Bettermann, S.72ff, 128ff; Schwab, ZZZ 77,124, 150 und Rosenberg-Schwab, § 103 II 2, S.621 u. § 157 III 3b, S.997; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,12 u. § 727,3,4,23; Enneccerus-Lehmann, § 84 II 4.

¹⁰dazu: Baumgärtel, DB 1990,1905; MüKoZPO-Wolfsteiner, § 727;1; Stein-Jonas-Münzberg, § 325,30.

¹¹MüKoZPO-Wolfsteiner, § 727,29; und DNotZ 1968,392; Schuschke/Walker, § 727,3,9,21 ausdrücklich für befreiende Schuldübernahme als Fall des rechtsnachfolgers des Schuldners; Grunsky, ZZZ 102,125 Grunsky, Grundlagen, S.667, FN5; Loritz, ZZZ 95,310,385: keine Schlechterstellung gegenüber § 729 ZPO; KG ZZZ 62,91 = JW 1938,1916; SchlHOLG JZ 1959,668 mit abl. Anm. Sieg.

¹²so ausdrücklich Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.) § 417,3; ebenso Nörr, HdS-Sukzessionen, § 27 IV, S.250f; Mohrbutter, § 5 III 2; Förster-Kann, § 325 2 a) aa) β) αα) u. § 727 3 b) cc); Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,12, § 325,7,37; § 727,3,5; Reichel, ZZZ 44,541: anolage Anwendung von § 729 ZPO für Schuldübernahme, anders noch Reichel, Schuldmitübernahme, S.535f; Hellwig, Rechtskraft, § 46 III, S.321 u. Verträge, § 28, S.181: bei Übernahme nach Rechtshängigkeit Bindung zugunsten u. zu Lasten; Bettermann, S. 72ff u.128ff; Zöller-Vollkommer, § 325,24f u. Zöller-Stöber § 727,16; Oertmann, JR 1932,193; Seuffert, ZPO, 11.Aufl. 1910, § 325,4b lehnt die Anwendung der §§ 265,325 ZPO ab, nimmt aber Bindungswirkung an, wobei persönliche Einwendungen zugelassen werden.

¹³ Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,36,37; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,10; Erman-Westermann, vor § 414,f,6; Palandt-Heinrichs, Überbl vor § 414,2; Reichel, Schuldmitübernahme, S.25ff, 64f; Scheyhing, HdS-Sukzessionen, § 31 II, S.408ff.

¹⁴RGZ 143,154; BGHZ 58,251 = NJW 1972,939; BGH NJW 1987,2864; BGH ZIP 1989,1193; Hellwig, Rechtskraft § 46 III, S.321; Erman-Westermann,

Im Bereich des § 425 II BGB liegt es aber nahe, die Anwendung der Vorschriften, die auf eine Rechtskrafterstreckung hinauslaufen, zu verneinen. Die Ablehnung der Gültigkeit der §§ 265, 325, 727 ZPO für den Schuldbeitritt entspricht daher auch durchaus der herrschenden Meinung¹⁵.

Allerdings wurde diese Auffassung mit Blick auf § 729 ZPO¹⁶ bekämpft. Diese Vorschrift erlaubt ja bekanntlich für bestimmte Fälle des gesetzlichen Schuldbeitritts die Klauselerteilung gegenüber dem Beitretenden. *Hellwig* bezeichnet § 729 ZPO als eine Vorschrift, die neben der allgemeinen Vorschrift des § 727 ZPO zur Verwirrung führe, weil sie auf eine nicht vorhandene Ausnahme hindeute¹⁷. In Anlehnung an § 727 ZPO wird auch vertreten, daß beim gesetzlichen Schuldbeitritt als Folge einer Übernahme der Haftungsmasse eine Rechtsnachfolge vorhanden ist (vgl. §§ 419 BGB, 25 HGB), im Gegensatz zu sonstigen Fällen eines Beitritts, bei welchen eine solche Nachfolge im Vermögen als anknüpfender Umstand fehlt¹⁸. Seltener wird die Anwendung der §§ 265, 325 ZPO vorgeschlagen¹⁹. Eine starke Mindermeinung schlägt ebenso wie bei der Übernahme für den Schuldbeitritt nach Rechtskraft unabhängig von der

§ 425;1 (9.Aufl.); Jauernig-Stürner, BGB, § 425,1; a.A: Hüffer, ZJP 85,229,237 unter Bezugnahme auf RG HRR 1930 Nr.2021.

¹⁵Stein-Jonas-Schumann, § 256,6; Stein-Jonas-Leipold, § 325,29; Stein-Jonas-Münzberg § 727,19; MüKoZPO-Lüke, § 265,55-57; MüKoZPO-Gottwald, § 325,29; kritisch MüKoZPO-Wolfsteiner § 727,34; Zöller-Greger § 265,5; - Vollkommer § 325,26, aber auch § 325,24; Zöller-Stöber § 727,16; Thomas/Putzo-Reichold § 265,10 u. Thomas/Putzo-Putzo § 727,13; Reichel, Schuldmitübernahme, S.535: Schuldnachfolge ist keine Rechtsnachfolge und Mitübernehmerschaft ist noch nicht einmal Schuldnachfolge; Scheyhing, HdS-Sukzessionen, § 31 III 4, S:421f; Mohrbutter, § 5 III 2; Baumgärtel, DB 1990,1905; offenlassend für § 419 BGB: BGH NJW 1987,2863; OLG Stgt NJW 1969,1493; a.A. KG ZJP 62,91 = JW 1938,1916.

¹⁶Diese Vorschrift nennt trotz der Aufhebung des § 419 BGB durch Art. 33 Nr. 16 EGIInsO zum 01.01.99 die Vermögensübernahme weiterhin, weil gem. Art. 223a EGBGB § 419 BGB für vor diesem Zeitpunkt übernommene Vermögen weiterhin gilt.

¹⁷Hellwig, Rechtskraft, § 46 III, S.321,328 u. Hellwig, Verträge, § 28, S.181: § 729 ZPO sei unnötig wegen der allgemeinen Vorschrift des § 727 ZPO, allerdings wird die Anwendung von § 265 ZPO abgelehnt; gegen Hellwig insbesondere Reichel, Schuldmitübernahme, S.534f.

¹⁸vgl. etwa Nickisch, § 108 II 1c, S.426; Loritz, ZJP 95,310,334.

¹⁹Oertmann, JR 1932,193; Hellwig, Rechtskraft, § 46 IV, S.322: § 325 ZPO anwendbar; für § 419 BGB auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 265,13 (57. Aufl.), andererseits für rechtsgeschäftl. Beitritt verneinend § 727,4,16; Seuffert, ZPO, 11.Aufl. 1910, § 325, 4b lehnt die Anwendung der §§ 265,325 ZPO ab, nimmt aber Bindungswirkung an, wobei persönliche Einwendungen zugelassen werden.

Kenntnis der Rechtskraft beim Beitretenden Rechtskrafterstreckung vor²⁰.

Die Meinungsunterschiede wirken sich bei den in Betracht kommenden Fallgestaltungen ähnlich aus wie bei den schon dargestellten Bürgerschaftsfällen. Die Bindungswirkung kann bei aufeinanderfolgenden Prozessen mit unterschiedlicher Beteiligung Bedeutung gewinnen. So kann die Bindungswirkung für das Verhältnis von Urschuldner zum Übernehmenden oder Beitretenden nach einem gewonnenen Prozeß des Gläubigers für den Regreß beim Urschuldner zu erwägen sein; nach einem verlorenen Prozeß des Gläubigers kann sowohl in dessen Verhältnis zum Urschuldner, als auch im Verhältnis des Interzedenten zum Urschuldner die Frage einer Bindungswirkung von Interesse sein. Auf Einzelheiten wird noch einzugehen sein.

Aus den bisherigen Überlegungen kann entnommen werden, daß als Ansatzpunkte für eine Rechtskrafterstreckung auf einen Dritten entweder eine gesetzliche Anordnung erforderlich ist oder ein Einverständnis des Dritten benötigt wird. In dieser Abstraktheit stellt diese Feststellung freilich eine juristische Banalität dar, da andere Anknüpfungen ohnehin schwer vorstellbar sind. Diese Feststellung schließt nur Abmachungen im weitesten Sinn zu Lasten Dritter aus, welche ohnehin unserem Rechtssystem unbekannt sind. Die Forderung nach einem Einverständnis sichert das rechtliche Gehör des einzubeziehenden Dritten, welches nach heutigem Rechtsverständnis in jedem Fall zu wahren ist. Das Einverständnis kann entweder im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Rechts oder im Zusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung zur Verfügung zum Ausdruck kommen; es geht also regelmäßig um Rechtsgeschäfte mit verfügendem Charakter. Die gesetzliche Anordnung beruht entweder auf einem gesetzlich bestimmten Forderungsübergang oder auf einer gesetzlich bestimmten Prozeßstandschaft. Es kann daher *Bettermann* nur zugestimmt werden, wenn er darauf hinweist, daß die tragenden Prinzipien für die Rechtskrafterstreckung gem. § 325 ZPO „kraft Prozeßführungsbefugnis trotz Legitimationsverlusts“ und kraft

²⁰Rosenberg-Schwab, § 157 III 2 b, S.997; Bettermann, S.136; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 III S.519; Zöller-Vollkommer § 325,34.

abgeleitetem Rechtsverhältnisses“ lauten²¹. Darüber hinaus spielen materiellrechtliche Erwägungen wie die Akzessorietät (Vorgreiflichkeit i. S. des § 256 II ZPO) und die Zumutbarkeit eine Rolle; auch diese Kriterien laufen im Kern darauf hinaus, daß der einzubeziehende Dritte in irgendeiner Weise sein Einverständnis kundgetan hat, denn er hat sich ja auf ein Rechtsverhältnis, welches notwendigerweise einen Drittbezug aufweist, wissentlich eingelassen. Wenn dabei möglicherweise von demjenigen, der sich auf die Drittbeziehung eingelassen hat, nicht die vollständigen Konsequenzen überblickt wurden, kann dies nicht im Wege stehen, da eine vollständige Einsicht in alle denkbaren Rechtsfolgen für eine wirksame Teilnahme am Rechtsleben nicht gefordert werden kann. Ein solches Postulat wäre bei der Komplexität unseres Rechtslebens nicht durchhaltbar.

b. Angesichts dieser Anknüpfungsmerkmale für eine in Erwägung zu ziehende Rechtskrafterstreckung ist es angezeigt, zunächst auf die dogmatischen Grundlagen von Schuldbeitritt und Schuldübernahme einzugehen. Da es um Rechtsbeziehungen geht, an welchen zumindest drei Personen beteiligt sind, liegen Strukturen nahe, die darauf hinwirken, einen Dritten in Rechtsbeziehungen zwischen zwei anderen Personen einzubinden.

Während die in §§ 414, 415 BGB ausdrücklich, aber nur unvollkommen behandelte Schuldübernahme von wenigen Ausnahmen abgesehen²² regelmäßig auf einer rechtsgeschäftlichen Abrede beruht, kommt der Schuldbeitritt aufgrund vielfacher gesetzlicher Anordnungen²³ und auch häufig in rechtsgeschäftlicher Form vor. Der rechtsgeschäftliche Schuldbeitritt wird im Gesetz nicht geregelt²⁴, er ist aber aufgrund der Vertrags-

²¹Bettermann, S.61f, 64ff, 74f.

²²Ausnahmen: § 41 II AktG, § 4 BetrAVG. Man könnte allerdings die Einstandspflicht gem. § 566 II 2 BGB (= § 571 II 2 BGB a.F.) als gesetzliche Anordnung einer Schuldübernahme verstehen, weil der veräußernde Vermieter nicht mehr die Primärverpflichtung aus dem Mietvertrag schuldet (vgl. RGZ 102,107), dagegen spricht aber die Bezugnahme in § 566 II 1 BGB auf die Bürgschaft. Im übrigen läge hier ohnehin die Konstruktion einer Vertragsübernahme näher, die freilich eine entsprechende Anwendung der §§ 414, 415 BGB erlaubt.

²³vgl. die ausführliche Darstellung bei Reichel, Schuldmitübernahme, S.91ff; Soergel-Zeiss, vor § 414,6; Beispiele: §§ 419, 556 III, 1088, 2382, 2385 BGB, 25, 28, 130 HGB, 53 ZVG, 28 VerIG, 3 Nr.1 PflVersG, Art 28 WG.

²⁴Enneccerus-Lehmann I, 1900, § 288 II bezeichneten die bestärkende Schuldübernahme noch als so selten, daß es eines technischen Ausdrucks nicht bedürfe.

freiheit bedenkenfrei zulässig²⁵. Soweit nicht die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsinstituts zum Tragen kommen, sind auf den Schuldbeitritt grundsätzlich die Regeln der Schuldübernahme ebenfalls anwendbar²⁶.

Dem Schuldbeitritt und der Schuldübernahme ist es gemeinsam, daß der jeweilige Übernehmer für eine fremde Schuld eintreten will, die ihren Rechtsgrund in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner hat. Der Übernehmer tritt also neben oder an die Stelle des Urschuldners. Der Schuldbeitritt oder die Schuldübernahme nehmen die Überleitungsfunktion zugunsten des Gläubigers wahr. Die betroffene Forderung bleibt von dieser Überleitung in ihrem Gehalt unberührt.

Um diese Rechtswirkungen zu erreichen, erscheint es bei einer natürlichen Betrachtungsweise naheliegend, von dem Erfordernis einer Vereinbarung zwischen allen Beteiligten auszugehen. Daß die Schuldübernahme und der Schuldbeitritt auf diese Weise vereinbart werden können, kann angesichts der Vertragsfreiheit schlechterdings nicht bezweifelt werden²⁷. Gleichwohl ist der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Schuldübernahme nicht von einem dreiseitigen Vertrag, sondern von anderen Wegen als Modelle ausgegangen. So sieht § 414 BGB die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer ohne Beteiligung des Schuldners vor, während § 415 BGB eine Abrede zwischen Schuldner und Übernehmer zugrundelegt, die der Genehmigung des betroffenen Gläubigers bedarf. *Nörr*²⁸ hat die Kontroverse über die rechtliche Konstruktion der Schuldübernahme bei § 415 BGB im wesentlichen als Folge einer nicht ausgereiften dogmatischen Durchdringung gesehen. Man hatte die Überlegungen des römischen Rechts vor Auge, welches eine Novation benötigte, weil eine Übernahme bei objektiver Identität der Forderung nicht für zulässig erachtet wurde²⁹. Die beiden wesentlichen Konstruktionsvorschläge sind die Verfügungstheorie, insbesondere auch in der modernen Ausgestaltung der Doppelgeschäftstheorie auf der einen

²⁵Reichel, Schuldmitübernahme, S.81ff; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl. §§ 414ff,13; Palandt-Heinrichs, Überbl v § 414,2; kritisch v. Tuhr, KVJSch 43,559f.

²⁶Erman-Westermann, Vor § 414,8.

²⁷Nörr, HdS-Sukzessionen, § 26 I, S.225f; zu den möglichen Kombinationen beim Schuldbeitritt: Reichel, Schuldmitübernahme, S.138ff.

²⁸Nörr, HdS-Sukzessionen, § 24, S.222f.

Seite und die Angebotstheorie auf der anderen Seite. Die Verfügungstheorie, welche auch der herrschenden Meinung entspricht, geht von der Verfügung des nichtberechtigten Schuldners und des nichtberechtigten Übernehmers aus, welche der Genehmigung des Gläubigers bedarf³⁰; bisweilen wird das verfügende Element allein in der notwendigen Genehmigung des Gläubigers gesehen³¹. Bei der Doppelgeschäftstheorie tritt neben das verfügende Element noch das untrennbar verbundene verpflichtende Element für den Übernehmer hinzu³². Die Angebotstheorie dagegen sieht in der Mitteilung zwischen Schuldner und Übernehmer das Angebot an den Gläubiger und orientiert sich somit stark an der Notwendigkeit der Vereinbarung aller Beteiligten³³.

Daß beim Schuldbeitritt, der auf einer Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Beitretenden beruht, keine Genehmigung entsprechend der Vorgabe des § 415 BGB erforderlich wird, ist selbstverständlich. Der Gläubiger erfährt keine Veränderung seiner Forderung, die seines Einverständnisses bedarf, sondern er gewinnt einen weiteren Schuldner hinzu³⁴.

Soweit es um die Brückenfunktion geht, welche die Verbindung des Gläubigers zum Übernehmer oder die zusätzliche Verbindung zum Beitretenden herstellt, haben die jeweiligen Rechtsgeschäfte abstrakten Charakter. Für die Übernahme gem. §§ 414, 415 BGB ist dies allgemein anerkannt³⁵; dies ergibt sich mittelbar auch aus § 417 II BGB. Diese Vorschrift stellt die Unabhängigkeit der Übernahme vom Kausalverhältnis klar. Beim Schuldbeitritt wird eine solche Feststellung im allgemeinen

²⁹Enneccerus I 2, § 308 vor I; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), vor §§ 414ff,5.

³⁰Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einleitung zu §§ 414ff,25, (10./11.Aufl.), § 415,93ff (Überblick) u. 12.Aufl. § 415,49ff; Überblick bei Rimmelspacher, JR 1969,202; MüKoBGB-Möschel, § 415,1; Palandt-Heinrichs, § 415,1; Larenz, SR I, § 35 I, S.602ff; Enneccerus-Lehmann, § 84 V; Medicus, Schuldrecht I, § 64 I 2, Rdnr. 746; RGZ 134,187; BGHZ 31,325.

³¹Esser-Schmidt, SR I, § 37 II; S.319: Es wird das einheitliche Geschäft hervorgehoben, verpflichtend für den Übernehmer, befreiend für den Schuldner und verfügend für den Gläubiger. Nörr, HdS-Sukzessionen § 24, S.223 sieht kein Verpflichtungsgeschäft für den Übernehmer; dieser schuldet kraft Nachfolge in die Schuld, der Gläubiger hat an der Verfügung mitzuwirken.

³²Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), § 415,49,52ff.

³³Hellwig, Verträge, § 28, S.176ff; Heck, SR, § 73.

³⁴Larenz, SR I, § 35 II, S.610.

wegen des verpflichtenden Charakters dieses Instituts für den Beitretenden nicht ausdrücklich getroffen³⁶. Allerdings spricht die gleichzeitige Einordnung als Verpflichtungsgeschäft nicht gegen die Abstraktheit, denn diese besagt nur die Unabhängigkeit des Bestands von einem wirksamen Kausalgeschäft. Die Übernahme³⁷ oder der Beitritt³⁸ haben einen Rechtsgrund in einem Rechtsverhältnis des Interzedenten zum Urschuldners. Ausnahmsweise kann allerdings auch der Rechtsgrund für die Interzession in dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Interzedent liegen. Dann wird man auf einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten des Schuldners folgern können. Eine solche Fallgestaltung dürfte aber in der Praxis sehr selten sein. Es gilt aber immer, daß Schuldübernahme und Schuldbeitritt das Kausalverhältnis selbst jeweils nicht umfassen^{39,40}. Einwendungen aus diesem Rechtsverhältnis können gem. § 417 II BGB, der beim Beitritt jedenfalls ab Kenntnis des Gläubigers entsprechend gilt⁴¹, nicht gegenüber dem Gläubiger angeführt werden.

³⁵ Mugdan, Motive II, S.79; Staudinger-Kaduk 10./11.Aufl. § 414, 30 u. § 415,13; MüKoBGB-Möschel, § 414,2; Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 414,1; § 414,3; Jauernig-Stürner, BGB, §§ 414,415,1c; Larenz, SR I, § 35 I b, S.606.

³⁶ ausdrücklich ebenso: MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,12; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. § 414,4; wohl auch Hirsch, JR 1960, 291.

³⁷ Für die Schuldübernahme ist der Verfügungscharakter aus der Sicht des Gläubigers allgemein anerkannt, während aus der Sicht des Übernehmers der Verpflichtungscharakter betont wird, vgl. Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl §§ 414ff,22ff; Erman-Westermann, vor § 414,4 u. § 417,1; Palandt-Heinrichs, Überbl v § 414,1; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,4,5 u. § 417,9.

³⁸ Auch wenn bei dem Schuldbeitritt der Verpflichtungscharakter betont wird, - vgl. Reichel, Schuldmitübernahme, S.174ff, 189; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,12; zweifelnd Staudinger-Kaduk, Einl. §§ 414ff,22ff; a.A. Enneccerus-Lehmann, §§ 84 V,85; OLG Celle NJW 1960,200 -, muß es für den Bestand eine causa geben.

³⁹ für den Beitritt ausdrücklich Scheyhing, HdS-Sukzessionen, § 31 III 1, S.407.

⁴⁰ Die Abstraktheit von Schuldübernahme und Schuldbeitritt bedeutet regelmäßig auch, daß deren Wirksamkeit anhand der Regeln über Willenserklärungen zu überprüfen ist, während die Vorschriften über Leistungsstörungen ausschließlich an das einbezogene Schuldverhältnis anknüpfen.

Außerdem ist die schenkweise Vereinbarung der Schuldübernahme oder des Schuldbeitritts formfrei möglich, denn diese stellen nicht das Verpflichtungsgeschäft sondern bereits den „dinglichen“ Vollzug dar, vgl. Staudinger-Kaduk, § 414,20.

⁴¹ Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl. §§ 414ff,44; unklar Erman-Westermann, Vor § 414,6; wegen § 334 BGB dagegen bei Vereinbarung zwischen Schuldner und Beitretendem MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,17,18; vgl. Scheyhing, , S.408ff, § 31 III 2; BGH NJW 1958,16,22 zurückverweisend an OLG Celle NJW 1960,200.

c. Ein Vergleich mit der Abtretung auf der Aktivseite ist angebracht⁴². Dabei steht der schlichten Abtretung die Schuldübernahme gegenüber. Hier wird bei objektiver Identität der Forderung auf der Aktivseite die Person des Berechtigten oder der Passivseite die Person des Verpflichteten ausgetauscht. Dagegen kann der Schuldbeitritt auf der Aktivseite mit der Überführung einer Einzelgläubigerschaft in eine Mehrheit von Gläubigern gem. § 428 BGB verglichen werden kann⁴³. Diese setzt eine gem. § 305 BGB zweifelsfrei mögliche Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem hinzutretenden Gläubiger voraus, die dem Inhalt des § 428 BGB gerecht wird⁴⁴. Soll zu einem Einzelgläubiger ein weiterer Gläubiger hinzutreten mit der Folge, daß beide Gesamtgläubiger werden, muß auch ein Rechtsgeschäft mit verfügendem Charakter vorgenommen werden, denn der ursprüngliche Einzelgläubiger gibt einen Teil seiner Rechtsposition auf, nämlich das Recht, allein fordern zu können. Es entstehen relativ selbständige Forderungsrechte, die miteinander verbunden bleiben⁴⁵. Diese Umwandlung hat ebenfalls im Wege einer Abtretung zu geschehen⁴⁶. Der *BGH* hat allerdings eine Umwandlung einer Einzelgläubigerschaft in eine Gesamtgläubigerschaft durch eine Abtretung abgelehnt und eine Rechtsgeschäft eigener Art gefordert, zu welchem der betroffene Schuldner zustimmen müsse⁴⁷. Begründet wird diese Auffassung damit, daß die Regeln des BGB über eine Abtretung abschließend seien und eine solche Umwandlung nicht vorsähen; zudem stelle die Umwandlung eine unzumutbare Belastung des Schuldners dar. *Selb*⁴⁸ hat gegenüber den typologischen Bedenken auf die allseits anerkannte Einziehungsermächtigung hingewiesen, welche auch eine Inhaberschaftsteilung darstelle. Hier werde auch nicht mit dem abgeschlossenen gesetzlichen System argumentiert. Die Belastung des Schuldners sei wegen seines Beliebens, sich den Empfänger der Leistung auch noch nach einer

⁴²Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,15; Reichel, Schuldmitübernahme, S.535. Grafischer Überblick im Anhang zu IV A.

⁴³Die spiegelbildliche Betrachtung macht auch § 429 BGB deutlich, der für die Gesamtgläubigerschaft auf die Vorschriften für die Gesamtschuldnerschaft verweist.

⁴⁴BGHZ 64,67 = NJW 1975,969 u. 2063 (Anm. Kogel); Palandt-Heinrichs, § 428,3.

⁴⁵Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), § 428,7.

⁴⁶Selb, HdS-Mehrheiten, § 16 I 3 b; Kogel, NJW 1975,2063

⁴⁷BGHZ 64,67 = NJW 1975,969; folgend Palandt-Heinrichs, § 398,6; Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), § 428,12 u. Staudinger-Noack, § 428,41; Erman-Westermann, § 428,2.

⁴⁸Selb, HdS-Mehrheiten, § 16 I 3 b, S.246f; ähnlich Kogel, NJW 1975,2063.

Verurteilung auszusuchen, nur gering. Die anerkannte Teilabtretung sei dagegen viel einschneidender für einen Schuldner. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Bei der Umwandlung in eine Gesamtgläubigerschaft hat zunächst einmal im Vordergrund zu stehen, daß der Einzelgläubiger einen Teil seiner Rechtsmacht aufgibt und der hinzutretende Gläubiger an Rechtsmacht gewinnt. Für einen solchen Vorgang hält das BGB nur die Abtretung bereit, weil ein Rechtsübergang stattfindet, der allerdings der Besonderheit der Existenz von zwei Gläubigern Rechnung tragen muß. Die Konstruktion des *BGH* stellt einen Umweg dar. Der Einzelgläubiger muß auf einen Teil seiner Rechtsmacht verzichten und für den hinzutretenden Gläubiger wird eine inhaltlich identische Forderung neu begründet. Im übrigen ist es mit einer Belastung des Schuldners nicht weit her; vielmehr ist die sicherlich freiwillige, zusätzliche Erschwernis auf der Seite des Gläubigers zu sehen, denn er muß sich jetzt mit der Gefahr auseinandersetzen, daß an den anderen Gläubiger geleistet wird und er auf einen Regreß gem. § 430 BGB verwiesen wird.

Es besteht allerdings keine spiegelbildliche Betrachtung der Abtretung auf der einen Seite und der Schuldübernahme oder des Schuldbeitritts auf der anderen Seite. Vergleicht man die Abtretung mit der Übernahme, so ist festzustellen, daß bei der Veränderung auf der Aktivseite von den Fällen des § 399 BGB abgesehen der betroffene Schuldner dem Gläubigeraustausch nicht zustimmen muß, während bei einem Austausch auf der Passivseite der betroffene Gläubiger immer sein Einverständnis erteilen muß. Umgekehrt ist bei einer nachträglichen Umwandlung in eine Gesamtgläubigerschaft, also der Veränderung auf der Aktivseite, die Zustimmung des Schuldners erforderlich, während der Schuldbeitritt als Vermehrung der Passivseite die Zustimmung des Gläubigers nicht erfordert.

Da sich nach unserem Rechtsverständnis niemand eine Begünstigung aufdrängen lassen muß und zudem diese auch Folgen haben kann, die der Begünstigung vermeiden will, stellt sich die Frage eines Ablehnungsrechts des jeweiligen Begünstigten. So wird beim Beitritt die Anwendung des § 333 BGB seitens des mit einem zusätzlichen Schuldner begünstigten Gläubigers erwogen. Sowohl bei der Übernahme, als auch beim Beitritt ist zu überlegen, ob der Schuldner in entsprechender Anwendung des

§ 333 BGB die Befreiung durch den Übernehmer oder die Mithaftung durch den Beitretenden ablehnen kann. Erlaubt diese Vorschrift eine Ablehnung der Begünstigung, so kann sie dann durchaus eine ähnliche Funktion wie § 399 BGB haben. Auf diese Problematik wird noch einzugehen sein.

Daß darüber hinaus entgegen der Regelung des § 401 BGB für die Abtretung akzessorische Sicherungsrechte bei der Schuldübernahme gem.

§ 418 I BGB nicht ohne Einverständnis des Sicherungsgebers erhalten bleiben, erscheint selbstverständlich. Die Stellung der Sicherheit bedeutet für den Rechtsinhaber des Sicherungsgutes oder den Bürgen gegenüber dem Schuldner eine Gläubigerstellung. Die Stellung der Sicherheit für einen neuen Schuldner kommt für ihn somit einer Schuldübernahme gleich.

2. (Die Abgrenzung der einzelnen Interzessionen in der Praxis) Da die Schuldübernahme und der Schuldbeitritt auf dogmatisch vergleichbaren Konstruktionen beruhen und auch wirtschaftlich ähnliche Ziele verfolgt werden, besteht in der Praxis vielfach die Notwendigkeit der Abgrenzung. Wegen der wirtschaftlich vergleichbaren Zielsetzung besteht außerdem für den Schuldbeitritt vornehmlich zur Bürgschaft die Problematik der Abgrenzung.

a. Die Unterscheidung von Schuldübernahme und Schuldbeitritt erscheint in der Rechtspraxis zumeist nicht als dogmatische Frage, sondern es geht um die Auslegung der Willenserklärungen⁴⁹. Es kommt darauf an, ob festgestellt werden kann, daß der Gläubiger bereit ist, den Urschuldner zu entlassen und sich von nun an nur noch an den neuen Schuldner zu halten, und daß der Übernehmer einverstanden ist, allein zu schulden. Weil die Schuldübernahme regelmäßig aus Sicht des Gläubigers einen Eingriff auf das Schuldverhältnis bedeutet, der auch nachteilige Folgen haben kann, während er bei einem Beitritt hinzugewinnt, wird in Zweifelsfällen für einen Schuldbeitritt votiert⁵⁰. Aus Sicht des Neuschuldners

⁴⁹vgl. Obligationenrecht, Entwurf, Abschn. I Tit. 4 II, Kübel, S.986.

⁵⁰Reichel, Schuldmitübernahme, S.247; Hellwig, Verträge, § 28 II; S. 179; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,19; BGH WM 1978,351; a.A. Nörr, HdS-Sukzessionen, § 25 FN 2, S.225. Im gemeinen Recht wurde in der Regel von einer privativen Übernahme ausgegangen, vgl. Dernburg, Pandekten 2, § 53.

gibt die Entscheidung, ob ein Beitritt oder eine Übernahme gegeben ist, nur darüber Auskunft, ob auch eine Inanspruchnahme des Urschuldners in Betracht kommt. Bei beiden Instituten trägt der Übernehmer letztlich das Solvenzrisiko für den Urschuldner, da das Innenverhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer allein maßgebend für eine etwaige Ausgleichspflicht zwischen diesen beiden ist⁵¹.

In vielen Fällen wird das Gericht für eine abschließende Entscheidung auch gar nicht gezwungen, eine genaue rechtliche Entscheidung vorzunehmen. Da es immer um denselben Streitgegenstand geht, kann die Einordnung, ob eine Übernahme oder ein Beitritt vorliegt, regelmäßig dann offenbleiben, wenn durch diese kein Einfluß auf das Ergebnis genommen wird. Eine ordnungsgemäße Begründung einer gerichtlichen Entscheidung verlangt nämlich nur, daß der vorgenommene Subsumtionsgang den Streitgegenstand im Hinblick auf das Ergebnis abschließend behandelt. Bei in Betracht kommenden Varianten im Subsumtionsgang muß die Wahl eines bestimmten Subsumtionsgangs nicht vorgenommen werden, weil die möglichen zu demselben Ergebnis führen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Schuld selbst, die übernommen sein soll oder der beigetreten sein soll, verneint wird. Dann spielt es keine Rolle mehr, ob die Übernahme oder der Beitritt ins Leere gegangen ist. Ebenso ist eine Einordnung überflüssig, wenn eine wirksame Verpflichtung des Neuschuldners, für die fremde Schuld eintreten zu wollen, nicht festgestellt werden kann. Denn dieser Wille ist das Merkmal jeglicher Interzession. Ferner kann die Einordnung offen bleiben, falls nur der Neuschuldner in Anspruch genommen wird. In einem solchen Fall können die Beteiligten aber gem. § 256 II ZPO auf eine Klärung ihres Rechtsverhältnisses drängen. Dies gilt nicht nur für den Neuschuldner, der ein Interesse daran haben kann, daß seine Gesamtschuldnerschaft festgestellt wird, sondern auch für den Gläubiger, dem umgekehrt daran gelegen sein kann, daß geklärt ist, ob Leistungen des Urschuldners auch Erfüllungswirkung für den Neuschuldner haben können.

⁵¹Es kann hier vernachlässigt werden, daß der bei einem Gesamtschuldverhältnis in Betracht kommende originäre Anspruch gem. § 426 I BGB möglicherweise einer längeren Verjährung unterliegt als der Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis.

Da die Abgrenzung von Beitritt und Übernahme jedoch als tatsächliches Problem zu werten ist, soll hier keine Vertiefung vorgenommen werden. Eine Tatsachenfeststellung ist nämlich nicht geeignet, bei der Lösung der Rechtsfrage der Rechtskrafterstreckung, die nicht aus dem Auge gelassen werden soll, weiter zu helfen.

b. Für die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt gilt in dogmatischer Hinsicht, worauf schon hingewiesen wurde, daß die Bürgschaft auf einem eigenen Verpflichtungswillen gegenüber dem Gläubiger beruht, während der Schuldbeitritt seinen Rechtsgrund in dem Rechtsgeschäft zwischen dem Urschuldner und dem Gläubiger hat und der Beitretende verspricht, für eine fremde Verbindlichkeit einzutreten^{52,53}. Von daher erscheint aus dogmatischem Blickwinkel eine Zuordnung einfach. Gleichwohl ist schon bei einer ersten Betrachtung erkennbar, daß die Feststellung des Willens der Beteiligten -bisweilen auch trotz eindeutigen Wortlauts der getroffenen Absprachen- in der Praxis Schwierigkeiten bereiten muß. Beide Institute können für wirtschaftlich identische Zwecke eingesetzt werden. Es ist kaum zu erwarten, daß bei der Willensbildung in der Praxis im Rahmen des Abschlusses des Rechtsgeschäfts die dogmatischen Differenzierungen nachvollzogen werden, setzt dies doch eine juristische Übersicht voraus, die im Alltag nur in wenigen Fällen vorhanden sein wird. Es ist daher verständlich, wenn weitere Kriterien zur Abgrenzung oder zur Feststellung des Willens der Beteiligten bemüht werden. In diesem Zusammenhang wird man auch kritisch bemerken können, daß dann juristische Überlegungen eine Tragweite gewinnen können, die die Parteien keinesfalls gewünscht haben und die juristische Konstruktion Eigendynamik gewinnt.

⁵²Hellwig, Rechtskraft, § 45, S.314; Reichel, Schuldmitübernahme, S.66ff, 79ff, 86ff; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,46; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,21; Erman-Westermann, vor § 414,18; Jauernig-Stürner, BGB, Vor § 414,415,6; Larenz, SR I, § 35 II, S.610.

⁵³Die fideiussio und das constitutum debiti alieni im röm. Recht geben nicht die Unterscheidung des heutigen Rechts zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt wieder. Die fideiussio war das formpflichtige Geschäft, welches durch Stipulation begründet wurde. Der Fideiussor versprach, neben dem Schuldner identisch zu schulden. Der Constituat verpflichtete sich entsprechend der heutigen Bürgschaft der Sache nach, aber formfrei im Abschluß, für eine eigene Verbindlichkeit, vgl. Hasenbalg, Bürgschaft des gemeinen Rechts, S. 750f, 819ff. Im gemeinen Recht ist die Stipulation nicht erforderlich gewesen; vgl. Dernburg, Pandekten 2, § 78. Die heutige Bürgschaft hat sich aus beiden Formen entwickelt.

Bei dem Abgrenzungsunterfangen hilft es verständlicherweise wenig, daß im nichtkaufmännischen Bereich gem. § 766 I BGB die Bürgschaftsverpflichtung vom Bürgen in Schriftform erklärt werden muß, während der Schuldbeitritt formfrei erfolgen kann, sofern sich nicht aus dem Rechtsverhältnis, auf welches sich der Beitritt bezieht, eine Formpflicht ergibt⁵⁴. Die Einhaltung der Form gibt nämlich trotz einer niedergelegten Erklärung nicht immer zweifelsfrei über den Willen des sich Verpflichtenden Auskunft. Man wird aus der Sicht des juristischen Alltags auch ehrlicherweise zugeben müssen, daß die griffig erscheinende Formel, der Beitretende habe typischerweise ein eigenes Interesse, sei es wirtschaftlicher oder persönlicher Art, an der Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners (und deshalb sei auch die Warnfunktion der Schriftform entbehrlich), während bei der Bürgschaft diese subjektive Voraussetzung nicht vorliegen muß⁵⁵, nicht in allen Fällen weiterhelfen kann. Es wird nämlich mit dieser Formel nicht ausgeschlossen, daß auch trotz des Vorliegens tatsächlicher Voraussetzungen, die auch einen Schuldbeitritt tragen können, eine Bürgschaft gewollt ist. Denn die eben beschriebenen, tatsächlichen Voraussetzungen eines Schuldbeitritts stellen ja keine negativen Voraussetzungen der Bürgschaft dar. Es ist daher wohl lebensnah zu behaupten, daß die Motivlage meistens nicht in der für Abgrenzung gewünschten Reinheit auftritt, sondern vielschichtiger ist.

Auch der dogmatische Hinweis, daß bei der Bürgschaft für deren gesamten Laufzeit die Akzessorietät zur Hauptschuld erhalten bleibt, während bei einem Schuldbeitritt möglicherweise vollständige, inhaltliche Identität nur zum Zeitpunkt des Beitritts gegeben ist⁵⁶, sich danach aber das Rechtsverhältnis des Gläubigers zum Urschuldner anders entwickeln

⁵⁴RGZ 59,233; 64,320; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl. zu §§ 414ff, 50ff; Soergel-Zeiss, vor § 414,8; Palandt-Heinrichs, Überbl v § 414,2,3.

⁵⁵RGZ 59,233; BGH NJW 1986,580; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,54 mit weiteren Nachweisen, Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 414,2ff; Reichel, Schuldmitübernahme, S.261: Wer sich für eine bestehende oder in Aussicht stehende Schuldverbindlichkeit eines anderen als Interzedent verpflichtet (ihr beitritt), ist im Zweifel als Bürge anzusehen dann, wenn sein Interesse dahin geht, das wirtschaftliche Verhältnis, das in dem Schuldverhältnisse zum Ausdruck kommt, in seiner eigenen Person zu begründen, wenn sein Interesse vielmehr auf den Wunsch beschränkt ist, entweder den Gläubiger zu sichern oder dem konkreten Urschuldner, sei es allgemein Kredit zu verschaffen, sei es die Anspannung oder Fortspinnung der gegenwärtig in Frage stehenden konkreten Kreditbeziehung zu erleichtern.

⁵⁶Soergel-Zeiss, vor § 414,10.

kann als dasjenige zum Beitretenden, trägt zu der gewünschten Abgrenzungsleistung nichts bei. Auch hier gilt, daß dies voraussetzen würde, daß bei der Vereinbarung die dogmatischen Unterschiede bewußt angestrebt wurden, was in den seltensten Fällen gegeben sein wird. Eine Abhängigkeit der Schuld des Beitretenden an diejenige des Urschuldners kann im übrigen auch dann erreicht werden, wenn der Beitritt für künftige Verbindlichkeiten des Urschuldners geschieht. Dann verwischen sich ohnehin die dogmatischen Unterschiede.

Man wird daher für die weitere Untersuchung auf den dogmatischen Unterschieden aufbauen können, jedoch für die Rechtspraxis die Gewißheit mitnehmen müssen, daß die Einordnung der Institute oft mit Zweifeln belastet ist. Die Praxis hilft sich daher mit der Auslegung, daß im Zweifel eine Bürgschaft als die mildere und gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Form der Interzession vorliegt⁵⁷. Daß die Bürgschaft tatsächlich den Bürgen günstiger gegenüber dem Gläubiger stellen kann, zeigt sich beispielsweise an der von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung zur rechtskräftigen Abweisung der Schuld. Der Bürge kann sich auf die Abweisung der Hauptschuld gegenüber dem Gläubiger berufen. Dem Beitretenden ist eine Verteidigung mit der Abweisung der Klage gegenüber dem Urschuldner verwehrt. Außerdem kann der Bürge die Verjährung der Hauptschuld und der Bürgenschuld geltend machen. Der Beitretende hat eine solche doppelte Verteidigungsmöglichkeit nicht⁵⁸. Im Innenverhältnis des Schuldners zum jeweiligen Interzedenten sind allerdings keine Unterschiede sichtbar.

Auch bei der Unterscheidung von Schuldbeitritt und Bürgschaft gilt für die Praxis ebenso wie bei der Abgrenzung von Schuldbeitritt zur Schuldübernahme, daß in einer Vielzahl von Fällen die Einordnung offenbleiben kann. Denn es ist keine Frage des Streitgegenstands, ob die Absprachen als Beitritt oder als Bürgschaft zu würdigen sind, da der Sachverhalt derselbe ist und der verfolgte Klageantrag durch die Einordnung nicht

⁵⁷BGH WM 1985,1417; BGH NJW 1986,580, BGH DB 1987,1137; Palandt-Heinrichs, Überbl v § 414,4; Staudinger-Kaduk, (12.Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,61; Soergel-Zeiss, vor § 14,10,13. Ebenso schon im gemeinen Recht, Hasenbalg, S.72f.

⁵⁸Es wird nicht übersehen, daß diese Beispiele in der Praxis keine große Bedeutung haben.

berührt wird. Im Gegensatz zu oben erscheint es aber zweifelhaft, ob hier das Gericht mit einer Zwischenfeststellungsklage zur Einordnung gezwungen werden kann. Dies kann nur angehen, wenn deutlich gemacht wird, daß unterschiedliche Rechtsfolgen in Betracht kommen. Es ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß man in der Praxis vielfach geneigt ist, vorschnell eine Unerheblichkeit der Zuordnung zur Bürgschaft oder um Schuldbeitritt anzunehmen. Bei der Prüfung der Zinsforderung oder materiellrechtlich verfolgter Rechtsverfolgungskosten muß man dann aber feststellen, daß eine Zuordnung unumgänglich ist. Beim Beitritt gehen nämlich häufig diese Nebenforderungen ab dem Beitritt eigene Wege, weil die Verzugsmerkmale für jeden Gesamtschuldner gem. § 425 II BGB dann getrennt festzustellen sind, während der Bürge gem. § 767 I u. II BGB auch für Nebenforderungen der Hauptschuld haftet⁵⁹.

3. (Ausblick für die weitere Untersuchung) Da es hier um die Anwendung der prozessualen Bestimmungen der §§ 265, 325, 727ff ZPO sowie um die materiellrechtliche Regel des § 425 II BGB für die Schuldübernahme und den Schuldbeitritt geht, ergibt sich nach dem Sinngehalt dieser Vorschriften in zeitlicher Hinsicht eine Dreiteilung.

a. Einmal kommen Übernahme und Beitritt in Betracht, bevor ein Gericht sich mit der betroffenen Schuld befaßt hat. Diese Konstellation wird von den genannten prozessualen Vorschriften nicht angesprochen. Für eine irgendwie geartete Bindungswirkung nachfolgender prozessualer Vorkommnisse auf das Rechtsverhältnis zum jeweilig nicht Beteiligten am Prozeßgeschehen bedarf es somit einer ausdrücklichen Begründung. Erinnerung sei daran, daß bei der Bürgschaft, der Hypothek und dem Pfandrecht die Abweisung der gesicherten Schuld dem Interzedenten als präjudizielles Rechtsverhältnis für die eigene Schuld zugute kommt.

Da bei erfolgter Schuldübernahme dem Gläubiger ausschließlich der Übernehmer als Schuldner zur Verfügung steht, geht es dann vor allem um die Frage der Bindungswirkung, wenn der Gläubiger gegenüber dem Übernehmer im Rechtsstreit scheitert und sich deswegen anschließend an den Altschuldner wendet.

⁵⁹a.A. Selb, HdS-Mehrheiten, § 12 II: beim Schuldbeitritt soll §§ 767 I u II BGB

Dagegen gewinnt beim Schuldbeitritt auf diese zeitliche Abfolge der Entstehung der Verbindlichkeiten im Hinblick auf einen Rechtsstreit § 425 II BGB unmittelbar Bedeutung.

b. Entsprechend der Einteilung der §§ 265, 325 ZPO sind als zweite Gruppe diejenigen Fälle zu nennen, bei welchen die Übernahme oder der Beitritt während eines laufenden Rechtsstreits zwischen Gläubiger und Altschuldner geschieht. Hier ist vor allem neben der Bindungswirkung auch der Einfluß des Rechtsgeschäfts auf den laufenden Rechtsstreit von Interesse, wobei diese Vorschriften unmittelbar nahelegen, daß die weitere Prozeßführung und eine Bindungswirkung nicht getrennt gesehen werden können.

c. Schließlich ist die Behandlung der Übernahme und des Beitritts zu bestimmen, welche nach rechtskräftiger Feststellung der betroffenen Schuld erfolgen. Hier kann für die Frage der Anwendbarkeit des § 325 ZPO an die vorhergehende Gruppe angeschlossen werden. Es soll schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß § 727 ZPO, der die Fälle einer Nachfolge in subjektiver Hinsicht erfaßt, sich mit einem vorläufig vollstreckbaren Titel begnügt, während § 729 ZPO für Fälle des gesetzlichen Schuldbeitritts, die auf eine Nachfolge der Haftungsmasse abstellen, einen rechtskräftigen Titel verlangt.

Es ist auch schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß diese Fallgestaltung häufig nicht als Problem der Rechtskrafterstreckung, sondern als Frage der Auslegung angesehen wird.

d. Bevor in die Untersuchung im einzelnen eingetreten wird, die sich im wesentlichen an dieser zeitlichen Entwicklung der einzelnen Rechtshandlungen ausrichtet, soll jedoch noch überlegt werden, ob sich die jeweils am Übernahmengeschäft nicht Beteiligten gegen dieses Geschäft auch dann wehren können, wenn es ihnen zunächst nur einen Vorteil verspricht oder ob sie eine Begünstigung hinnehmen müssen und ihnen nur die Möglichkeit verbleibt, diese von sich aus tatsächlich nicht in An-

entgegen § 425 BGB übernommen werden.

spruch zu nehmen. Diese Überlegungen sind vorab deswegen gerechtfertigt, weil ein Einverständnis mit einem Rechtsgeschäft auch dazu führen kann, andererseits auch irgendwelche prozessualen oder materiellrechtlichen Folgen ertragen zu müssen.

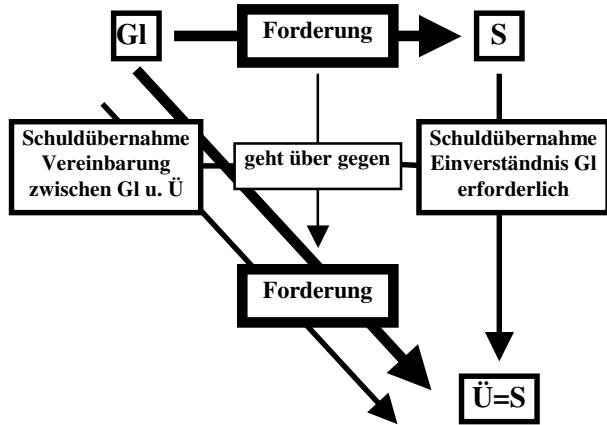
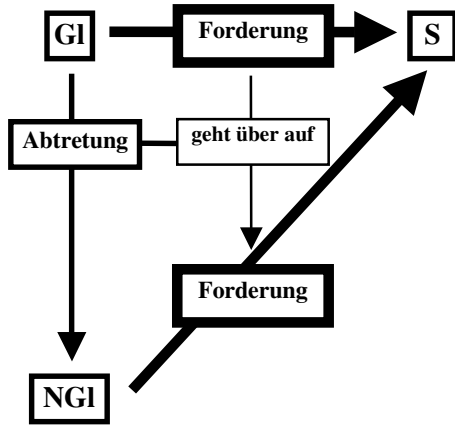
Anhang: Veränderungen der Personen auf der Aktivseite und der Passivseite im Vergleich

Aktivseite

Passivseite

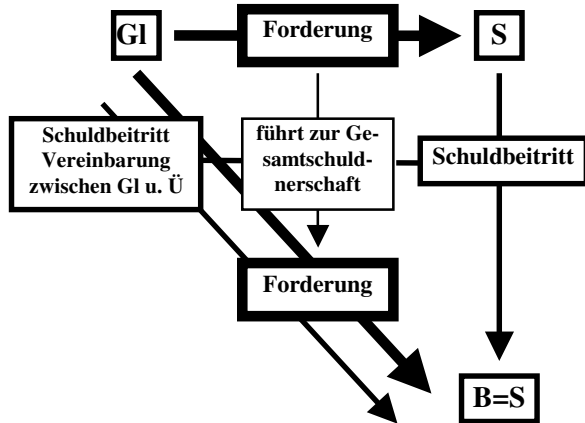
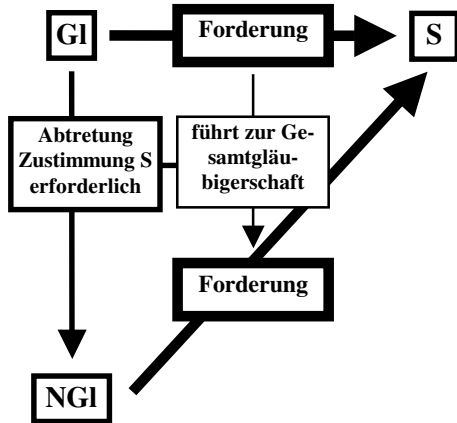
Einzelrechtsnachfolge

Schuldübernahme



Gesamtgläubigerschaft

Schuldbeitritt



Gläubiger = Gl Neugläubiger = NGI Schuldner = S Schuldübernehmer = Ü Schuldbeitretender = B

gibt die Richtung der Forderung an \longrightarrow gibt das Verfügungsgeschäft an \longrightarrow

gibt die Richtungsänderung der Forderung aufgrund des Verfügungsgeschäfts an \longrightarrow

B. Die entsprechende Anwendung des § 333 BGB im Zusammenhang mit der Schuldübernahme und dem Schuldbeitritt

1. *Mögliche Fallgestaltungen für ein Ablehnungsrecht gem. § 333 BGB im Rahmen einer Interzession*
2. *Das Ablehnungsrecht des Schuldners bei einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Interzedenten*
 - a. *Die Begründung für ein Ablehnungsrecht*
 - b. *Prozessuale Folgen des Ablehnungsrechts*
3. *Das Ablehnungsrecht des Gläubigers bei einer Vereinbarung zwischen Schuldner und Interzedenten*
 - a. *Die Begründung für ein Ablehnungsrecht*
 - b. *Prozessuale Folgen des Ablehnungsrechts*
4. *Bedeutung der Ergebnisse bei einer Rechtskrafterstreckung.*

1. (Mögliche Fallgestaltungen für ein Ablehnungsrecht gem. § 333

BGB im Rahmen einer Interzession) Die zum Schluß des vorausgegangenen Abschnitts angesprochene Problematik läuft auf die Fragestellung hinaus, ob bei bestimmten Fallgestaltungen im Zusammenhang mit einer Schuldübernahme oder einem Schuldbeitritt § 333 BGB anwendbar ist.

Die Anwendung dieser Vorschrift gewinnt bei der Schuldübernahme und beim Schuldbeitritt für solche Möglichkeiten der Vereinbarung Bedeutung, die zu einer Begünstigung eines Betroffenen führen, ohne daß der Begünstigte selbst an der entsprechenden Vereinbarung beteiligt wurde. Entsprechend den Vorgaben der §§ 414, 415 BGB können dies einmal der Schuldner und zum anderen der Gläubiger sein, die von einer Interzession profitieren, welche sie selbst nicht vereinbart haben. Sind aber die auf diese Weise Begünstigten in der Lage, sich gegen einen solchen Vorteil später noch wehren, den ihnen die anderen ohne ihre Beteiligung haben zukommen lassen, kann dies dazu führen, daß dadurch von außen durch einen Dritten auf einen laufenden Prozeß anderer Einfluß genommen wird oder einer bereits rechtskräftigen Entscheidung nachträglich der Boden durch einen Dritten entzogen wird. Naturgemäß gibt es bei der Würdigung dieser Problematik Unterschiede, je nach dem, ob der Schuldner oder ob der Gläubiger betroffen ist.

2. (Das Ablehnungsrecht des Schuldners bei einer Vereinbarung zwischen Gläubiger und Interzedenten) Der Altschuldner ist betroffen, wenn eine Schuldübernahme gem. § 414 BGB zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer vereinbart wird. Hier tritt Befreiung des Alt-

schuldners gegenüber dem Gläubiger ein, ohne daß der Altschuldner der Schuldübernahme zuzustimmen hat¹. Entsprechendes gilt auch bei der Vereinbarung eines Schuldbeitritts zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden. Hier wird dem Schuldner ohne sein Zutun seine Einzelschuldnerstellung genommen; er hat den Vorteil, daß er nur noch als Gesamtschuldner neben einem weiteren Schuldner verpflichtet ist und möglicherweise vom Gläubiger überhaupt nicht mehr oder nicht mehr in vollem Umfang in Anspruch genommen wird. Daß ein Regreß seitens des Übernehmers oder des Beitretenden gegenüber dem ursprünglich verpflichteten oder dem ursprünglich allein verpflichteten Schuldner in Betracht kommt, schließt die Annahme eines Vorteils im Verhältnis zum Gläubiger jeweils nicht aus.

a. Nun gibt es durchaus schützenswerte Interessen für einen Schuldner, Leistungen bestimmter Dritter nicht anzunehmen. So läßt es sich ohne weiteres vorstellen, daß durch eine Leistung eines Dritten oder die Bereitschaft eines Dritten zur Leistung das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Schuldners gezielt beeinträchtigt werden soll. Ein Außenstehender kann nämlich dann zu dem Schluß kommen, der Dritte habe einspringen müssen, weil der Schuldner selbst zur Leistung nicht in der Lage ist. Es kann einem Schuldner auch unangenehm oder gar schädlich sein, überhaupt mit einem bestimmten Dritten in Verbindung gebracht zu werden. Verpflichtet sich ein Dritter, kann sich für einen Außenstehenden die Vorstellung aufdrängen, der Dritte habe jedenfalls auf Veranlassung des Schuldners diese Verpflichtungserklärung abgegeben, da es nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, daß jemand von sich aus bereit ist, für eine fremde Schuld einzustehen.

Dieser Interessenlage wird der sich aus §§ 333, 516 II BGB ergebende Rechtsgedanke gerecht, daß niemand gegen seinen Willen eine Leistung eines ihm nicht Verpflichteten annehmen muß. Es ist daher verständlich, wenn vorgeschlagen wird, daß dem Altschuldner zur Abwehr unerwünschter Eingriffe in seine Schuldnerstellung in entsprechender An-

¹Enneccerus-Lehmann, § 84 III 1; Larenz; SR I, § 35 I a, S.603; Esser-Schmidt, SR I, § 37 II 1, S.318; Nörr, HdS-Sukzessionen, § 26 I 5, S.238; Strohal; JherJB 57,231,239: Übernahme gegen den Willen des Altschuldners möglich.

wendung des § 333 BGB ein Ablehnungsrecht hinsichtlich der ohne seine Mitwirkung vereinbarten Schuldübernahme vorgeschlagen wird². Rechtsfolge der Zurückweisung soll das Wiederaufleben der Schuldnerstellung oder der alleinigen Schuldnerstellung des Altschuldners sein; der Übernehmer oder der Beitretende schuldet dagegen nicht mehr³.

Dagegen erscheint der Vorschlag, die Ausübung des Ablehnungsrechts führe lediglich zum Wegfall der Befreiungswirkung, während der Interzident gleichwohl gegenüber dem Gläubiger verpflichtet bleibe⁴, dem Ansinnen des § 333 BGB nicht vollständig gerecht zu werden. Es ist nämlich zu beachten, daß auch der Verlust einer Einzelgläubigerstellung einen unerwünschter Vorteil darstellen kann, die dem Interzedenten die Möglichkeit gibt, in die Verhältnisse des Schuldners einzudringen. Im übrigen würde diese eingeschränkte Rechtsfolge eines Ablehnungsrechts bei einem Schuldbeitritt versagen, der nach dem Bild des § 414 BGB vereinbart wurde, weil es hier ohnehin nicht zu einer Befreiung des Urschuldners kommen kann. Diese eingeschränkte Rechtsfolge ließe auch außer Betracht, daß dem Schuldner deswegen daran gelegen sein kann, daß eine Schuldübernahme nicht vereinbart wird, weil er eine Aufrechnungslage gegenüber dem Interzedenten vermeiden will. Diese kann sich dann einstellen, wenn der Schuldner seinerseits Gläubiger des Interzedenten ist und dieser infolge einer Leistung aufgrund der Interzession einen Regreßanspruch gegen den Schuldner gewinnt. Bleibt der Übernehmer weiterhin trotz der Ablehnung der Tilgung durch eine Schuldübernahme verpflichtet, droht jedenfalls dann Regreß, wenn der Gläubiger sich über die Ablehnung hinwegsetzt und Leistung von dem Übernehmer fordert und auch annimmt.

Schließlich kann der Schuldner auch deswegen ein Interesse daran haben, daß eine Interzession und hier insbesondere eine befreiende Schuldüber-

²Hirsch, JR 1960,291; Larenz; SR I, § 35 I a, S.603; Esser-Schmidt, SR I, § 37 II 2a, S.321; Fikentscher, § 59 II 1, S.368; Staudinger-Kaduk (12.Aufl.), § 414,3; Erman-Westermann, § 414,1; a.A. Nörr, HdS-Sukzessionen, § 26 I 5, S.238; Weimar, JR 1972,285; MüKoBGB-Möschel, § 414,7; Palandt-Heinrichs, § 414,1; Staudinger-Rieble, § 414,9.

³So ausdrücklich Medicus, Schuldrecht I, § 9, Rdnr.61, S.33 u. § 64 I, Rdnr. 743, S. 363, der allerdings dieses Ergebnis für unerwünscht hält und eine Analogie ablehnt.

nahme nicht ohne sein Einverständnis vereinbart wird, weil er dadurch selbst eine Aufrechnungslage gegenüber dem Gläubiger verliert. Dies kann einen wirtschaftlicher Nachteil darstellen, etwa deshalb, weil der Schuldner Inhaber einer verjährten Forderung ist, welche aber wegen § 390 S.2 BGB im Wege der Aufrechnung noch durchgesetzt werden kann, während eine aktive Verfolgung an der Einrede der Verjährung scheitern würde.

Es liegt sehr nahe, daß die Kritik an einer entsprechenden Anwendung § 333 BGB auf die Existenz des § 267 I BGB abstellt⁵. Diese Vorschrift läßt die Erfüllung gegenüber dem Gläubiger durch einen Dritten zu, ohne daß der Schuldner widersprechen könnte. Er ist darauf angewiesen, daß der Gläubiger bei einem Widerspruch des Schuldners die Leistung des Dritten gem. § 267 II BGB ablehnt. Aus der Existenz des § 267 BGB läßt sich ableiten, daß der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgegangen ist, daß der Vorteil der Tilgungswirkung bei einer Leistung durch einen Dritten gegenüber dem Schutz der Schuldnerstellung, welche ja wirtschaftlich eine Belastung bedeutet, überwiegt. Daß der Wunsch, nicht in eine Aufrechnungslage gedrängt zu werden, nicht sonderlich hoch zu bewerten ist, zeigt schon die Möglichkeit, daß jeder Schuldner im Wege der Abtretung sich eine Gegenforderung von einem Gläubiger seines Gläubigers besorgen kann und diese dann zur Aufrechnung stellen kann. Ein Aufrechnungsverbot mit einer abgetretenen Forderung ist nicht vorgesehen. Vor allem *Nörr* vertritt die Auffassung, es bestehe im Hinblick auf die Möglichkeit der Regulierung im Verhältnis des Schuldners zum Interzedenenten grundsätzlich kein Bedürfnis für eine Analogie zu § 333 BGB⁶. Gerade gegenüber dem Argument, der Schuldner könne um eine Aufrechnungslage gebracht werden, wenn der Gläubiger den Widerspruch des Schuldners gem. § 267 II BGB nicht beachte und eine befreiende Interzession vereinbare, erlaubten die einschränkenden Regeln des gesetzlichen Rückgriffs gem. §§ 683, 684 818 III BGB ausreichenden Schutz. Hat sich der Übernehmer bei der Übernahme über den Willen des

⁴Larenz, SR I, § 35 I a, FN 2, S.603; Fikentscher, § 59 II 1, S.368.

⁵Nörr, HdS-Sukzessionen, § 26 I 5, S.238; Weimar, JR 1972,285; MüKoBGB-Möschel, § 414,7; Palandt-Heinrichs, § 414;1; Strohal, JherJb. 57,231,235.

⁶Nörr, HdS-Sukzessionen, § 26 I 5, S.238; ebenso Soergel-Zeiss, §§ 414,415,5.

Schuldners hinweggesetzt und hat dieser durch den Verlust der Aufrechnungslage einen Nachteil erlitten, kann dies jetzt berücksichtigt werden.

Diese Überlegungen können aber die eingangs aufgeführten Argumente, die einen Schutz der persönlichen Sphäre des Schuldners im Auge haben, nicht in jedem Fall gegenstandslos machen. Es kann Umstände geben, die den Schuldner schützenswert erscheinen lassen, sich nicht mit einem bestimmten Gläubiger auseinandersetzen zu müssen. Man wird hier die Rechtsprechung zum Abtretungsverbot übertragen können. Es wird inzwischen als Verstoß gegen § 134 BGB gewertet, wenn eine Forderung nur um den Preis abgetreten werden kann, daß der Gläubiger gegenüber dem Neugläubiger Tatsachen offenbart, für welche eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht besteht⁷. Vergleichbar dieser Situation ist es auch denkbar, daß ein Dritter nur dann in der Lage ist, den Verpflichtungen aus einer Schuldübernahme nachzukommen, wenn der Gläubiger Einzelheiten aus dem Verhältnis zum Altschuldner preisgibt. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn zur Ermittlung der Schuld auf die Verhältnisse des Urschuldners zurückgegriffen werden muß. Man kann sich sogar vorstellen, daß ein Übernehmer ein Interesse daran hat, sich in ein Schuldverhältnis hineinzudrängen, um auf diese Weise Aufschluß über die Verhältnisse zum Schuldner zu bekommen⁸. Allerdings wird hier zum Schutz des betroffenen Altschuldners nicht eine Analogie benötigt; näherliegend ist der dogmatische Ansatzpunkt, hier ein Verbot der Schuldübernahme gem. § 134 BGB anzunehmen.

b. Läßt man allerdings eine Zurückweisung der Übernahme durch den Altschuldner zu, sind auch etwaige prozessuale Konsequenzen zu bedenken.

Erfolgt die Zurückweisung des durch eine Vereinbarung gem. § 414 BGB begünstigten Altschuldners während eines laufenden Rechtsstreits zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer, bleibt dem Gläubiger,

⁷Abtretung von Honoraransprüchen: BGHZ 115,127 (bei Ärzten); BGHZ 122,117 (bei Rechtsanwälten); LG Konstanz NJW 1992,1241 (bei Steuerberatern).

der ein Unterliegen jetzt vermeiden will, nur die Möglichkeit, den Rechtsstreit gem. § 91a ZPO in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Hat der Gläubiger dagegen bereits einen Titel erzielt, kann die Vollstreckung aus diesem mit der Vollstreckungsgegenklage verhindert werden, sofern die Zurückweisung erst nach dem in § 767 II ZPO bestimmten Zeitpunkt erklärt wurde. Ist noch die Berufung möglich ist, hat der Übernehmer die Wahl zwischen dem Rechtsmittel und dem vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelf⁹. Auf diese Weise kann der Altschuldner den Gläubiger dazu zwingen, seine Forderung erneut gerichtlich durchsetzen zu müssen. Dabei wird er sich schwerlich auf § 727 ZPO gegenüber dem Altschuldner berufen können, denn der Altschuldner ist dann nicht Rechtsnachfolger des Übernehmers. Aus diesem Grund kann durch eine Ablehnung während eines laufenden Prozesses oder nach Rechtskraft auch niemals der Anwendungsbereich der §§ 265, 325 ZPO berührt werden. Rechtskraftfragen stellen sich nicht.

Es ist allerdings zuzugeben, daß derartige Fallgestaltungen kein sonderliches Problem der Praxis sind. Dementsprechend wurde, soweit ersichtlich, auch noch nicht entschieden, welcher Zeitraum für die Zurückweisung zur Verfügung steht. Sicherlich wird man aber dann ein Recht zur Zurückweisung verneinen müssen, wenn eine Annahme der Begünstigung bereits erklärt wurde, wobei dies auch konkludent geschehen kann¹⁰.

Selbstverständlich ist auch, daß sich die aufgezeigte Problematik nur stellt, wenn es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Gläubiger und dem Inderzedenten kommt und die Zurückweisung des Schuldners in diese Auseinandersetzung eingeführt wird. Keinesfalls wird man dem Schuldner von sich aus eine Möglichkeit zubilligen können, sein Zurückweisungsrecht von sich aus durchzusetzen. Solange nichts von ihm

⁸Als Beispiele mögen dienen: Es wird eine Schuld übernommen, die anhand des Umsatzes des Urschuldners zu ermitteln ist. Ein Vater bittet um die Übersendung der Arztrechnung für sein volljähriges Kind, um diese zu begleichen.

⁹Dagegen dürfte das Zurückweisungsrecht als Gestaltungsrecht (vgl. Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), § 333,10) nicht selbständig übertragbar und damit auch nicht für den Übernehmer pfändbar sein, um auf diese Weise einen Einwand gegen den Gläubiger zu gewinnen.

verlangt wird, fehlt es nicht nur für jeglichen Rechtsbehelf an einem Rechtsschutzbedürfnis, auch in der besonderen Form eines Feststellungsinteresses, sondern auch an einer Verletzung einer rechtlich geschützten Position, welche für einen Anspruch benötigt würde. Er kann niemals verhindern, daß Dritte sich einigen, solange diese Einigung kein solche zu seinen Lasten darstellt.

3. (Das Ablehnungsrecht des Gläubigers bei einer Vereinbarung zwischen Schuldner und Interzedenten) Soweit es um eine Schuldübernahme und um einen Schuldbeitritt nach dem Bild des § 415 BGB ohne Beteiligung des Gläubigers geht, dürften vergleichbare Überlegungen nur beim Schuldbeitritt von Bedeutung sein. Der Gläubiger wird in seiner Rechtsstellung nicht unmittelbar nachteilig von dem Beitritt berührt wird, sondern gewinnt einen weiteren Schuldner; deshalb ist seine Zustimmung zum Beitritt nicht notwendig; es fragt sich nur, ob er ablehnen darf. Bei der Schuldübernahme erscheint dagegen deswegen kein Anwendungsbedarf für ein etwaiges Ablehnungsrecht, weil diese ohnehin von der Zustimmung des Gläubigers abhängig ist und Schuldner und Interzedent sich somit niemals über dessen Willen hinwegsetzen können¹¹.

a. Vor allem *Larenz* hat in einer Interzession nach dem Muster des § 415 BGB einen Vertrag zugunsten Dritter im weiteren Sinn gesehen¹². Er hält daher die entsprechende Anwendung des § 333 BGB für den Gläubiger für möglich¹³. Daß es nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter gehen kann, sofern es an einer diesbezüglichen ausdrücklichen Abrede fehlt, welche aber sicher möglich ist, hat *Larenz* überzeugend begründet.

Der Unterschied zwischen dem echten Vertrag zugunsten Dritter und der Interzession gem. der Vorgabe des § 415 BGB liegt in den nicht identischen Möglichkeiten der Einwendungen zwischen den einzelnen Beteiligten.

¹⁰Hellwig, Verträge, § 41 IV, S.264; Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), § 333,8; Planck-Siber § 333,3.

¹¹Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), § 414,31.

¹²Larenz, SR I, § 35 II, S.610; ebenso Scheyhing, , S.407f, § 31 III 1; RGRK-Weber, vor § 414,28; Reichel, Schuldmitübernahme, S.165.

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter sind der Versprechensempfänger als Gläubiger und der Versprechende als Schuldner des zwischen ihnen bestehenden Deckungsverhältnisses einzuordnen. Der begünstigte Dritte, der mit dem Versprechensempfänger durch das Zuwendungsverhältnis verbunden ist, muß sich bei einer Inanspruchnahme des Versprechenden im Vollzugsverhältnis gem. § 334 BGB Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis entgeghalten lassen, Einwendungen aus dem Zuwendungsverhältnis sind dagegen ausgeschlossen.

Bei der Interzession nach dem Bild des § 415 BGB ist die Möglichkeit, aus den einzelnen Beziehungen Einwände abzuleiten, gerade umgekehrt. Dabei müssen der Schuldner dem Versprechensempfänger, der Interzendent dem Versprechenden und der Gläubiger dem begünstigten Dritten gleichgesetzt werden. Hier bestimmt jedoch § 417 II BGB, daß im Vollzugsverhältnis dem Gläubiger entgegen § 334 BGB nicht Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis entgegenghalten werden können, während § 417 I BGB jetzt eine Verteidigung aus dem Zuwendungsverhältnis erlaubt.

Nun wird man sicherlich diese Unterschiede nicht zum Anlaß nehmen können, die entsprechende Anwendung des § 333 BGB abzulehnen, denn die Analogie knüpft ja nicht an die Möglichkeiten einer Verteidigung, sondern sie wird durch den Gedanken getragen, daß eine Verpflichtung eines Dritten anstelle des Schuldners nicht aufgezwungen werden soll. Es ist nur Klarheit zu schaffen, ob § 334 BGB oder § 417 BGB zum Zuge kommt. Auch hier überzeugt der Vorschlag von *Larenz*, der den Gläubiger bis zur Mitteilung von der Interzession nicht für schutzwürdig hält und bis zu diesem Zeitpunkt § 334 BGB für anwendbar, § 417 I BGB dagegen durchgängig für anwendbar hält¹⁴.

b. Beim Schuldbeitritt, der ohne Beteiligung des begünstigten Gläubigers verabredet wurde, führt die Anwendung des § 333 BGB zu keinerlei prozessualen Komplikationen. Die Ablehnung des Beitritts durch den Gläubiger läßt sein Rechtsverhältnis zum Schuldner unberührt; ein in diesem

¹³Larenz, SR I, § 35 II, S.610.

¹⁴Larenz, SR I, § 35 II, S.611.

Verhältnis bereits anhängiger Rechtsstreit oder schon ergangene Entscheidungen werden nicht betroffen. Eine für eine Vollstreckungsgegenklage taugliche Einwendung wird nicht geschaffen. Liegt dagegen ein Titel gegen den Beitretenden vor, ist es ohnehin nur schwer vorstellbar, daß der Gläubiger diesem nachträglich durch die Zurückweisung den Boden entzieht. Zum anderen wird man regelmäßig in der Inanspruchnahme des Beitretenden die Annahme des Beitritts erblicken müssen, so daß eine Zurückweisung dann ohnehin nicht mehr in Betracht kommt.

4. (Bedeutung der Ergebnisse bei einer Rechtskrafterstreckung) Für die weitere Erörterung der Rechtskraftfragen bei der Schuldübernahme und dem Schuldbeitritt läßt sich als Ergebnis feststellen, daß die Nähe zum Vertrag zugunsten Dritter keinerlei Hinweise für eine Lösung gibt. Allerdings wird man aus einem bestehenden Ablehnungsrecht sicherlich folgern können, daß jeglicher Art von Lösung, die zu einer Rechtskrafterstreckung kommt, nicht entgegengehalten werden kann, ein an der Vereinbarung der Interzession Unbeteiligter werde gebunden. Dieser hat ein Zurückweisungsrecht.

Ist der Schuldner der Zurückweisungsrechte im Verhältnis des Gläubigers zum Übernehmer, gewinnt diese freilich nur Bedeutung hat, wenn es dort beachtet und gegebenenfalls in einen Rechtsstreit eingeführt wird. Von sich aus kann der Schuldner nichts unternehmen, solange nichts von ihm gefordert wird.

Ist der Gläubiger der Zurückweisungsrechte, kann ohnehin keinerlei Leistung „über seinen Kopf ausgeführt“ werden. Soll er zur Abnahme einer Leistung verpflichtet werden, kann er sich mit dem Zurückweisungsrecht wehren.

C. Die prozessuale Handhabung der Schuldübernahme während der Rechtshängigkeit

1. *Notwendigkeit der Anpassung des Klageantrags nur bei Behandlung der Schuldnachfolge entsprechend der Rechtsnachfolge*
2. *Die Relevanztheorie und die Irrelevanztheorie unter Berücksichtigung der Schuldnachfolge*
 - a. *Veränderungen auf der Aktivseite*
 - b. *Veränderungen auf der Passivseite*

1. (Notwendigkeit der Anpassung des Klageantrags nur bei Behandlung der Schuldnachfolge entsprechend der Rechtsnachfolge) Die

Schuldübernahme im laufenden Prozeß ist bei der Rechtsanwendung von den meisten Unsicherheiten geprägt.

Bei einer Untersuchung ihres Einflusses auf den laufenden Rechtsstreit stellen sich vornehmlich zwei Themenkreise. Es ist zu überlegen, ob der Kläger seinen Klageantrag bei unverändertem Klageziel in der Sache der neuen materiellrechtlichen Situation anzupassen hat (Relevanztheorie) oder ob er die veränderte Rechtslage ignorieren und den Rechtsstreit mit dem unveränderten Klageantrag weiterverfolgen kann (Irrelevanztheorie). Diese Entscheidung ist aber für die Schuldübernahme nur dann zu treffen, wenn man bei der zweiten Fragestellung, ob die Schuldübernahme als Fall der §§ 265 I u. II; 325 I ZPO anzusehen ist¹, der hier vertretenen Auffassung folgt und dies bejaht. Gibt man dagegen der herrschenden Meinung den Vorzug, die es ablehnt, die Schuldübernahme entsprechend einer Rechtsnachfolge zu behandeln², bleibt § 265 ZPO unanwendbar. Der Kläger kann den laufenden Rechtsstreit nicht mit einem objektive Identität beinhaltendem Leistungsbegehren fortsetzen. Insbesondere kommt auch nicht der in den §§ 239ff ZPO vorgezeichnete Weg in Betracht, den Rechtsstreit gegen den neuen Schuldner weiterzuführen; vielmehr ist der Kläger gezwungen, der veränderten Rechtslage auf andere Weise Rechnung zu tragen. Da die Schuldübernahme befreit hat, muß der Kläger entweder mit der ihm ungünstigen Kostenfolge die Klage zurücknehmen, wobei er wegen § 269 I ZPO möglicherweise auch von der Einwilligung des Beklagten abhängig ist, oder aber er hat die

¹Zur Problematik von Relevanz- u. Irrelevanztheorie bei der Schuldübernahme vgl. Schilken, Veränderungen, S.11.

²vgl. vorn IV A 1a, FN 8.

Hauptsache für erledigt zu erklären, um eine Klageabweisung zu vermeiden. Bei der Erledigungserklärung ist er nicht auf ein Einvernehmen des Beklagten angewiesen, weil bei der einseitigen Erledigungserklärung durch den Kläger für den Ausgang der nunmehrigen Feststellungsklage darauf abgestellt wird, ob der Rechtsstreit bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet gewesen ist³. Dagegen spielt es grundsätzlich keine Rolle, wer das erledigende Ereignis herbeigeführt hat⁴. Es kann also dem Kläger nicht angelastet werden, daß er die Schuldübernahme vereinbart oder gebilligt hat. Dementsprechend hat der *BGH* in seiner Entscheidung, die es ablehnt, die Schuldübernahme der Rechtsnachfolge gleichzusetzen⁵, auch ausdrücklich Klagerücknahme und Erledigungserklärung als mögliche Formen der Anpassung an die Schuldübernahme bezeichnet.

2. (Die Relevanztheorie und die Irrelevanztheorie unter Berücksichtigung der Schuldnachfolge) Nach der hier vertretenen Auffassung ist es jedoch erforderlich, sich für die Relevanztheorie oder die Irrelevanztheorie zu entscheiden. Die Entscheidung für die Relevanztheorie oder die Irrelevanztheorie muß selbstverständlich berücksichtigen, ob eine technische Handhabung der Schuldnachfolge entsprechend der Rechtsnachfolge möglich ist.

Dabei entspricht es der herrschenden Meinung, bei Veränderungen auf der Klägerseite der Relevanztheorie den Vorzug zu geben und Veränderungen auf der Beklagtenseite nach der Irrelevanztheorie zu behandeln⁶.

³h.M.: *BGH* NJW 1969,237; 1992,2235; Thomas/Putzo-Putzo, § 91a,33; Zöller-Vollkommer, § 91a,44,45; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91a,173.

⁴Bei einer einvernehmlichen Erledigung wird dies für den Fall der Aufrechnung teilweise anders gesehen und auf die Aufrechnungslage abgestellt, vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 91a,43,120 -Aufrechnung; *LG Köln* WM 1987,232. Bei der einseitigen Erledigung ist jedoch eine Korrektur nach billigem Ermessen nicht ohne weiteres möglich.

⁵*BGHZ* 61,140 = *NJW* 1973,1700 = *ZZP* 87,95 mit ablehnender Anm. Schwab = *JR* 1974,156 mit zustimmender Anm. Zeiss; *BGH* LM Nr.14 zu § 265 ZPO = *WM* 1975,144 = *ZZP* 88,324 mit Anm. Henckel; = *MDR* 1975,301.

⁶*RGZ* 56,301; 121,379; *BGH* NJW 1986,3206,3207; Förster-Kann, § 265 4) b); Stein-Jonas-Schumann, § 265,36,45 u. Schumann, FS Larenz 1983, S.574, 579ff; MüKoZPO-Lüke, § 265,82ff; Zöller-Greger, § 265,6; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,17,28f; Thomas/Putzo-Reichold, § 265,13,14; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 47 III 2, S.267f; Kohler, AcP 12,97,109,110; Henckel, AcP 82,333ff; differenzierend: Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, S.138ff.

Dagegen wird nur vereinzelt immer die Irrelevanztheorie angewandt⁷. Soweit ersichtlich, wird dagegen nicht vertreten, sowohl auf der Klägerseite, als auch auf der Beklagenseite die Relevanztheorie heranzuziehen. Wenn *Sieg*⁸ für die Auffassung eintritt, daß im Fall der Veräußerung des Streitgegenstands durch den Beklagten der Antrag auf Verurteilung des Rechtsnachfolgers zur Leistung zu ergehen habe, sofern die Rechtsnachfolge offenbar werde, ist nicht ganz klar, ob dies nur dann gelten soll, wenn der Rechtsnachfolger in den Prozeß einbezogen wird. Er beruft sich auch in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf *Hellwig*⁹, der die Fallgestaltung erörtert, bei der auch der ursprüngliche Beklagte verpflichtet bleibt. Jedenfalls erläutert *Sieg* nicht, wie die praktische Handhabung erfolgen soll.

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß mit § 265 ZPO (= § 236 CPO a.F.), welcher zum Zweck der Herbeiführung der Rechtseinheit die Beseitigung des auf dem römischen Recht fußenden gemeinrechtlichen Veräußerungsverbots litigiöser Sachen und Klagen¹⁰ herbeiführte, das Ziel verfolgt wurde, durch einen Rechtsstreit nicht die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu blockieren¹¹. Dabei war allerdings zu beachten, daß der Gegner derjenigen Partei, welche die Veränderung der materiellen Rechtslage ausgelöst hat, nicht um die Früchte der bisherigen Prozeßführung gebracht wird und auch für die weitere Prozeßführung aufgrund der Veränderung keine Nachteile erleidet¹².

Diese Ziele können durch die in § 265 ZPO beschriebene, aber nicht ausdrücklich als solche benannte Prozeßstandschaft¹³ und den nunmehr durchweg vertretenen formellen Parteibegriff befriedigend erreicht wer-

⁷Brehm, KTS 1985,1,13; Jauernig, ZPR, § 87 III 3; Rosenberg-Schwab, § 103 IV 2, S.626; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 102 IV 2, S.585; Schilken, Zivilprozeßrecht, § 6, Rdnr. 250; Seuffert, ZPO, 11.Aufl., 1910, § 265,5a.

⁸Sieg, ZJP 66,23,27

⁹vgl. Hellwig, Rechtskraft; § 25 II, S.176ff.

¹⁰nach heutiger Einordnung: Abtretung des rechtshängigen Anspruchs, vgl. Windscheid, Pandekten I, § 44 u. § 125 1; Dernburg, Pandekten I 1, § 155,1.

¹¹so ausdrücklich Kohler, AcP, 12,95; vgl. auch Merle, JA 1983,626,627.

¹²Hahn, Materialien, S. 261

¹³Der Begriff Prozeßstandschaft geht wohl auf Kohler zurück, vgl. JherJb 24,187,319, und ist damit jünger als die CPO; Kohler AcP 12,102 bezweifelt auch, daß der Gesetzgeber die dogmatische Konstruktion schon voll durchschaut habe.

den¹⁴. *Kohler* hat daher die Prozeßstandschaft als ein Institut bezeichnet, welches dem Umstand Rechnung trägt, daß zwischen dem Zivilprozeß und dem materiellen Recht nicht immer ein Gleichklang hergestellt werden kann; die Prozeßstandschaft vereint zwei Interessen, nämlich das an der Veräußerlichkeit des Streitgegenstands einerseits und das an einer ungestörten Prozeßfortführung über den Streitgegenstand andererseits¹⁵.

Nun ist damit noch nichts über die Notwendigkeit einer Veränderung eines Klageantrags gesagt.

a. Allerdings ist es bei einer Veränderung auf der Klägerseite von vornherein unproblematisch, wenn trotz Veränderung der materiellen Rechtslage der ursprüngliche Antrag noch zutreffend ist. Dies ist dann der Fall, wenn mit der Prozeßstandschaft auf der materiellen Ebene eine Einziehungsermächtigung einhergeht, welche es dem Kläger nach wie vor erlaubt, Leistung an sich zu fordern¹⁶. Diese Sachlage ist jedoch nicht der Regelfall. Vermutlich kommt diese Fallgestaltung aber häufiger vor, als dies vor dem Gericht offenbart wird, weil bei Einigkeit von Altgläubiger und Neugläubiger über das Einziehungsrecht regelmäßig auch keine sachliche Notwendigkeit für die Aufdeckung der Veränderung der Rechtslage besteht.

Bei den bekannt werdenden Fällen spricht mit Sicherheit der Wunsch nach Rechtsklarheit für eine Antragsumstellung. Eine Übereinstimmung von Prozeßrecht und materiellem Recht bei der prozessualen Verfolgung von Rechten beugt Zweifeln und Irrtümern vor. Das Prozeßrecht soll auch nicht zum Selbstzweck verkommen, sondern es ist seine dienende Funktion zu betonen, die einzig der Durchsetzung der materiellen Rechtslage gilt. Aus diesem Grund hebt auch *Schumann* hervor, daß eine materiellrechtsfreundliche Auslegung allenthalben anzustreben sei¹⁷.

¹⁴MüKoZPO-Lüke, § 265,6,7.

¹⁵Kohler, AcP 12,101.

¹⁶So wird betont, daß der Akzeptanz der materiellrechtlichen Einziehungsermächtigung das Prozeßrecht durch die Prozeßstandschaft Rechnung tragen muß: Larenz, SR I, § 34 V c, S.597; Henckel, FS Larenz, 1973, S.642,655; Lüke, ZZP 76,1,29 u. MüKoZPO-Lüke § 265,86; Schumann, FS Larenz, 1983, S.571,579; BGH ZZP 102,81 mit Anm. Becker-Eberhard.

¹⁷Schumann, FS Larenz, 1983, S.578f, 583f, 597f.

Gleichzeitig wird von *Schumann* darauf hingewiesen, daß der Wortlaut des § 265 ZPO allein weder für die eine noch für die andere Meinung etwas hergebe¹⁸. Dies läßt wohl auch schwerlich bestreiten.

Auch die Behandlung in der Zwangsvollstreckung gibt noch keinen weiteren Aufschluß. Sowohl bei der Relevanztheorie, als auch bei der Irrelevanztheorie sind Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner jeweils dieselben Personen. Diese ergeben sich allein aus dem Titel. Nicht der materiellrechtlich tatsächlich Betroffene, sondern der gesetzliche Prozeßstandschafter ist Beteiligter des Vollstreckungsverhältnisses¹⁹. Jede andere Sicht würde im Widerspruch zu § 750 ZPO stehen. Diese Vorschrift verlangt, daß die an Zwangsvollstreckung beteiligten Personen sich aus dem Titel oder der Klausel ergeben. Auch bei einer Leistung an einen Dritten ist nicht der Dritte, sondern derjenige, der im Titel als Gläubiger bezeichnet wird, der Berechtigte, die vollstreckbare Ausfertigung für sich zu verlangen²⁰. Dies bedeutet, daß nach beiden Auffassungen eine Klauselumschreibung zugunsten des wahren Rechtsinhabers oder zu Lasten des wahren Schuldners erforderlich ist. Die praktische Handhabung liefert folglich zunächst kein Argument für eine der beiden Meinungen. Zum Erkennen der wirklichen Rechtslage reicht niemals ein schlichter Blick auf das Rubrum des Titels.

Allerdings ist die Konsequenz der Relevanztheorie für die Klägerseite beim Ausbleiben einer Antragsumstellung eine Klageabweisung als unbegründet; die Aktivlegitimation fehlt nämlich jetzt²¹. Eine Abweisung als unzulässig kommt dagegen nicht in Frage, weil sich aufgrund der gesetzlichen Prozeßstandschaft des § 265 ZPO die Prozeßführungsbezugnis weiterhin ergibt und im Rahmen der Zulässigkeit zu unterstellen ist, daß das verfolgte Recht so besteht, wie es vom Kläger behauptet

¹⁸Stein-Jonas-Schumann, § 265,35ff;

¹⁹BGH NJW 1984,806 = JR 1984, 287 mit Anm. Gerhardt; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 10 II 3 c, S.115; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 727,33; Gerhardt, JZ 1969,691,692; Becker-Eberhard, ZZZ 104,412,423.

²⁰RGZ 167,321,323; BGH NJW 1983,1678 = JZ 1983,150; BGH NJW 1984,1678; 1991,839,840; BGH ZZZ 102,81 mit Anm. Becker-Eberhard; Zöller-Stöber, § 727,30; Loritz ZZZ 95,310,312; Becker-Eberhard, ZZZ 104,412,427.

²¹BGH ZIP 1986,583; BGH NJW 1990,2755; Thomas/Putzo-Reichold, § 265,13.

wird. Hier ist es noch nicht von Bedeutung, wer als Empfänger der geforderten Leistung nach materiellem Recht in Betracht kommt.

Demgegenüber wird für die Irrelevanztheorie der Wortlaut des Gesetzes angeführt. Gerade aus dem Umstand, daß das Gesetz schweige, müsse gefolgert werden, daß eine Antragsumstellung nicht geboten oder gewünscht sei²². Zudem sei die herrschende Meinung inkonsequent, da im Gesetz schon gar nicht eine unterschiedliche Handhabung der Klägerseite und der Beklagtenseite vorgesehen sei. Letzteres dürfte aber gegenüber dem Bestreben, eine möglichst praxistaugliche, klare Lösung zu finden, kein überzeugendes Argument zu sein. Denn die Notwendigkeit der Harmonie der Behandlung von Kläger und Beklagtem ergibt sich lediglich bei einer rein formalen Betrachtungsweise, wobei freilich zuzugeben ist, daß nicht unmittelbar einsichtige Differenzierungen immer eine Komplizierung der Rechtslage zur Folge haben, welche aus dem Blickwinkel der Rechtspraxis tunlichst zu vermeiden ist. Wenn *Brehm* weiter anführt²³, die Relevanztheorie auf der Klägerseite führe auch nicht zu dem sinnvollen Ergebnis, Nachteile einer wortgetreuen Befolgung des Gesetzes auszugleichen, so ist dieser Vorwurf unberechtigt. *Brehm* argumentiert, die Relevanztheorie präkludiere einerseits für den Beklagten gem. § 767 II ZPO den Einwand des Verlusts der Aktivlegitimation und gleichwohl bestehe andererseits die Gefahr, daß sich der Beklagte sowohl mit dem Altgläubiger, als auch mit dem Neugläubiger herumschlagen müsse. Ersteres trifft aber nicht zu; der zweite Gesichtspunkt ist keine Besonderheit. *Grunsky* hat darauf aufmerksam gemacht, daß für derartige Fälle § 767 II ZPO gerade nicht bereit steht²⁴. Die Präklusionswirkung tritt nämlich nur für solche Tatsachen ein, die im laufenden Rechtsstreit hätten geltend gemacht werden können. Dies ist aber wegen § 265 ZPO gerade nicht der Fall. Diese Vorschrift verbietet eine Verteidigung mit dem Hinweis des Verlusts der Aktivlegitimation im laufenden Prozeß. Außerdem sichert eine Titulierung einer Leistung an Dritte bei richtiger Handhabung, daß die Leistung nicht an den Titelgläubiger, son-

²²Brehm, KTS 1985,1,13; Jauernig, ZPR, § 87 III 3: die Relevanztheorie hebe § 265 II 1 ZPO praktisch auf.

²³Brehm, KTS 1985,1,13

²⁴Grunsky, ZZP 102,125,127 zugleich auch gegen Zeiss, JR 1974,157; Becker-Eberhard, ZZP 104,412,433,434..

den an den im Titel genannten Dritten ausgekehrt wird. Eine Leistung an Dritte wird nämlich nach den Grundsätzen der titulierten Leistung vollstreckt²⁵, jedoch ist das Vollstreckungsorgan gehalten, nicht an den Titelgläubiger selbst, sondern an den materiellrechtlichen Gläubiger, also den Dritten den Vollstreckungserlös abzuliefern²⁶. Das Vollstreckungsorgan hat nämlich den Zusatz im Leistungsbefehl, daß an einen Dritten zu leisten ist, als Einschränkung hinsichtlich des Titels zu beachten. Schließlich sieht auch *Brehm* in § 733 ZPO einen Schutz des Schuldners, traut aber offenbar dem gesetzlichen Mechanismus nicht recht. Die vollstreckbare Ausfertigung für den Alt- oder den Neugläubiger wird nämlich als zweite Ausfertigung i.S. dieser Vorschrift behandelt, wenn bereits zuvor dem jeweilig anderen eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wurde²⁷. Im übrigen kann sich der Beklagte mit den Klauselrechtsbehelfen gem. §§ 732, 768 ZPO wehren. Daß er sich möglicherweise zwei unterschiedlichen Angreifern gegenüber sieht, ist als Folge einer erlaubten Übertragung von Rechten hinzunehmen.

Nun könnte man an dieser Stelle einwenden, daß die Schuldübernahme während eines laufenden Rechtsstreits typischerweise eine Veränderung auf der Beklagtenseite bedeute und für diese Fallgestaltung immer die Irrelevanztheorie vorgeschlagen werde, so daß in dem hier erörterten Zusammenhang eine Entscheidung zwischen Relevanztheorie und Irrelevanztheorie nicht weiterführe, weil sie für die Schuldübernahme niemals Bedeutung gewinnen könne. Dies ist indes nicht richtig; denn die Beklagtenstellung kann nicht bei allen Rechtsstreitigkeiten ohne weiteres mit der Schuldnerstellung im Sinne des materiellen Rechts gleichgesetzt werden.

Es gibt Rechtsstreitigkeiten, bei welchen die Aktivlegitimation des Klägers aus dessen Schuldnerstellung gegenüber dem Beklagten hergeleitet wird. Dies ist ersichtlich bei der negativen Feststellungsklage gegeben,

²⁵seit Keil, ZZP 45,113ff, 122f; h.M.; Kohler, AcP 80,296ff; Hellwig, Verträge, § 12 I, S.78; Gerhardt, JZ 1969,692; Thomas/Putzo-Putzo, Vorbem § 803,2. Früher wurde auch vertreten, die Vollstreckung erfolge gem. § 887 ZPO, vgl. Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen, S.109; OLG München OLGZ 19,29, BayOLGZ 9,768.

²⁶vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz § 803,2 u. § 815,1.

²⁷Stein-Jonas-Münzberg, § 727,44; Zöller-Stöber, § 727,30.

bei welcher die Schuldnerstellung geleugnet wird. Kommt es während eines solchen Rechtsstreits zu einer Schuldübernahme, entfällt für den leugnenden Kläger, dem bis dahin vermeintlichen oder tatsächlichen Schuldner, das Feststellungsinteresse. Der Beklagte berührt sich ja nicht mehr weiterhin einer Forderung gegenüber dem Kläger. Lehnt man hier eine Anwendung des § 265 ZPO zugunsten des Klägers ab, so kann dieser auch nicht unabhängig vom Willen des Beklagten bestimmen, ob er wenigstens im Wege der Erledigungserklärung hinsichtlich seiner negativen Feststellungsklage die Berechtigung seiner Leugnung der Schuldnerstellung überprüfen lassen kann. Schließt sich nämlich der Beklagte der Erledigungserklärung an, wird gem. § 91a ZPO nur noch über die Kosten entschieden. Eine rechtskraftfähige Entscheidung in der Sache selbst unterbleibt auf jeden Fall. Da bei der Kostenentscheidung auch das billige Ermessen ausschlaggebend ist, wird erfahrungsgemäß für die Kostenentscheidung häufig die bis zur Erledigung gegebene Rechtslage nicht mehr vollständig ausgelotet werden, zumal nach dem Wortlaut des Gesetzes, das auf den bisherigen Sach- und Streitstand abstellt, Beweiserhebungen zu unterbleiben haben.

Es kann hier vorgehalten werden, es handele sich um eine reichlich konstruierte Fallgestaltung, für die es sich nicht lohne, derartige Untersuchungen überhaupt anzustellen. Es sei aber an die Erörterungen im Rahmen des § 333 BGB erinnert. Es läßt sich ohne weiteres vorstellen, daß ein Kläger eine Schuld leugnet, aber von einem Dritten eben von dieser Schuld deswegen befreit wird, weil ihm die Auseinandersetzung zwischen dem klagenden Schuldner und dem verklagten Gläubiger unangenehm ist²⁸. Praxisnäher ist sicher eine Fallgestaltung, bei welcher sich ein Kläger vorprozessual eines über die Klageforderung hinausgehenden Anspruchs berühmt hat und deshalb einer negativen Feststellungsklage im Wege der Widerklage ausgesetzt ist, welche auf die Feststellung abzielt, daß über die Klageforderung hinaus kein weiterer Anspruch besteht. Kommt es in einem solchen Rechtsstreit zur Schuldübernahme, ergibt

²⁸Zahlt allerdings der Dritte sofort und läßt der beklagte Gläubiger deshalb seine Berühmung einer Forderung fallen, wird es kompliziert, das Feststellungsinteresse zu bejahen. Der leugnende Kläger mußte für sich den Gedanken des § 333 BGB fruchtbar machen und argumentieren, da er nicht geschuldet habe, bestünde auch keine Veranlassung, daß ein Dritter für ihn aufkomme.

sich die bereits gezeigte Problematik. Die Anpassung des Klageantrags müßte sich dann in der Weise vollziehen, daß festgestellt wird, daß der Dritte, also der Schuldübernehmer, nicht schuldet oder weitergehend, daß festgestellt wird, daß mangels Schuld eine wirksame Schuldübernahme nicht vorliegt. Die Bedenken, die gegen die Relevanztheorie auf der Beklagenseite vorgebracht werden, es dürfe nicht in die Rechtssphäre eines nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten eingegriffen werden²⁹, kommen hier ersichtlich nicht zum Tragen. Da das Urteil nur Feststellungswirkung hat, kann es gegenüber dem Dritten zu keiner Vollstreckung kommen.

Außerdem ist auf die bislang noch nicht erwähnte Vertragsübernahme hinzuweisen. Unabhängig davon, ob man diese mit der früher in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung als Kombination von Abtretung und Schuldübernahme sieht³⁰ oder von einem einheitlichen, aufgrund der Vertragsfreiheit zulässigen Rechtsgeschäft ausgeht, welches nicht in eine Vielzahl von Abtretungen und Schuldübernahmen zerlegt werden darf³¹, so bleibt doch für die Übernahme der Verpflichtungen aus dem Vertrag Schuldübernahmecharakter³². Man kann sich daher auch für den Fall der Vertragsübernahme auf der Klägersseite die Notwendigkeit einer Anpassung gut vorstellen. Für den Verlust einer Gläubigerstellung kommt ohnehin eine Leistung an den Dritten in Betracht. Der Verlust der Schuldnerstellung des Klägers könnte in einem Zug-um-Zug-Antrag zum Ausdruck kommen. Es müßte entschieden werden, ob Zug-um-Zug gegen Leistung des in den Vertrag eingetretenen Dritten verurteilt wird oder ob insoweit alles beim Alten bleibt. Da allerdings eine Zug-um-Zug-Verurteilung nicht in materielle Rechtskraft erwächst, gibt es auch kein Rechtskraftproblem.

²⁹RGZ 121,379; Thomas/Putzo-Reichold, § 265,13; Stein-Jonas-Schumann, § 265,45.

³⁰RGZ 109,208; 119,118; 130,118; BGH NJW 1959,1536; 1961,454; vgl. auch Enneccerus-Lehmann § 87 I; Esser-Schmidt, SR I, § 37 IV 2a, S. 324.

³¹heute h.M.: Larenz, SR I § 35 III, S.612; Nörr, HdS-Sukzessionen, § 17 III, S.186f; Palandt-Heinrichs, § 398,38; MüKoBGB-Möschel, vor § 414,8.

³²Nörr, HdS-Sukzessionen, § 17 III 1, S.186f: Die Vertragsübernahme hat doppelte Natur: Verfügt wird über die Vertragsstellung der jeweiligen Gläubigerseite, Schuldnachfolge findet seitens des Eintretenden statt.

b. Diese Fragestellung leitet über auf die Behandlung der Veränderungen auf der Passivseite. Grundsätzlich läßt sich hier eine Anpassung nur schwer vorstellen. Der Beklagte ist als passiver Prozeßstandschafter seines Nachfolgers nach wie vor Partei. Eine Anpassung erscheint allenfalls bei einer negativen Feststellungsklage möglich³³. Tritt der verklagte Gläubiger während des Rechtsstreits ab, kann die Klage darauf gerichtet werden, daß gegenüber dem vermeintlichen Neugläubiger nichts geschuldet wird. Bei Leistungsbefehlen müßte jedoch in einer die materielle Rechtslage richtig wiedergegebenen Entscheidung zum Ausdruck gebracht werden, daß die Verurteilung des passiven Prozeßstandschafters dem Kläger den Zugriff auf das Vermögen des Nachfolgers des Beklagten erlaubt; bei einer Verurteilung zur Herausgabe, Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen sowie zur Abgabe einer Willenserklärung müßte deutlich gemacht werden, daß es darum geht, das tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Verhalten des Nachfolgers zu erzwingen. Es müßte also trotz der Aufführung des ursprünglich Verpflichteten als Beklagten im Urteilseingang im Tenor dem Sinn nach eine Verurteilung des Nachfolgers vorgenommen werden. Eine solche Entscheidung widerspricht unseren Vorstellungen von der inneren Stimmigkeit einer Entscheidung. Eine praktische Handhabung bei der Vollstreckung läßt sich kaum bewerkstelligen; das Vollstreckungsorgan ist gem. § 750 ZPO gehalten, den Vollstreckungsschuldner aus der Parteibezeichnung im Titel zu entnehmen³⁴. Eine andere Vorgehensweise stünde auch einer sicheren und zügigen Arbeit des Vollstreckungsorgans entgegen. Eine solche Fassung eines Titels würde außerdem erforderlich machen, daß dem verurteilten Beklagten die Rechtsmacht zukommt, die Vollstreckung gegenüber dem Nachfolger durchzusetzen. Dazu müßte der Beklagte freilich die Stellung eines staatlichen Vollstreckungsorgans haben. Diese Vorstellung ist uns völlig wesensfremd.

Da der in § 266 ZPO vorgezeichnete Weg, den Rechtsnachfolger in den Rechtsstreit einzubeziehen, nur den dort aufgeführten Fällen vorbehalten ist, kann man sich allenfalls eine Annäherung des Antrags an die mate-

³³Wieczorek, 1976, § 265 D II a 1 unter Hinweis auf OLG Dresden, Sächs. Annalen 32,342.

³⁴BGH ZJP 102,81 mit Anm. Becker-Eberhard.

rielle Rechtslage vorstellen. Diese würde eine Verurteilung des Beklagten beinhalten, dafür Sorge zu tragen, daß der Nachfolger erfüllt. Dies erinnert an einen Freistellungsanspruch, der regelmäßig zum Inhalt hat, daß der Gläubiger eines solchen Anspruchs von seinem Schuldner verlangt, ihm die gegenüber einem Dritten bestehende Schuldenlast abzunehmen. Hier soll jedoch erreicht werden, daß ein Dritter leistet. Viel ist aber durch eine solche Verurteilung, einen Dritten zur Leistung zu veranlassen, nicht gewonnen. Sie würde allenfalls den Beklagten davor bewahren, daß er selbst noch aufgrund dieses Titels sofort auf das Primärinteresse in Anspruch genommen werden kann. Ein solcher Titel würde wohl zumeist auf die Verurteilung zu einer vertretbaren Handlung zielen. Wie aber § 887 II ZPO als maßgebliche Vorschrift für die Vollstreckung schon zeigt, läuft eine solche Verurteilung auf eine Haftung für das Sekundärinteresse hinaus und sichert nicht den Erfolg für den Primäranspruch. Nach dieser Vorschrift bedeutet nämlich die Vollstreckung die Verurteilung zur Begleichung der Kosten einer Ersatzvornahme. Schließlich stünde eine Titulierung, dafür Sorge zu tragen, daß der Schuldübernehmer leistet, auch nur im Einklang mit dem materiellen Recht, wenn der Beklagte gegenüber dem Kläger das Solvenzrisiko für den Übernehmer tragen müßte. Daß ist aber gerade nicht der Fall, denn der Altschuldner ist regelmäßig mit Abschluß der Schuldübernahme endgültig freige worden; ein Solvenzrisiko für den Übernehmer trägt er dabei nicht; dies stünde der Annahme der Schuldbefreiung entgegen.

Nimmt man aber § 265 ZPO ernst und verweist den Kläger nicht auf die Verfolgung des Interesses gem. § 264 Nr.3 ZPO, ein Weg der ihm immer freisteht, drängt sich die Lösung der herrschenden Meinung auf, entgegen der materiellen Rechtslage denselben Antrag weiterzuverfolgen. Die Korrektur geschieht dann durch Klauselumschreibung gem. §§ 727, 731 ZPO³⁵. Wegen der Rechtskrafterstreckung kann sich ein Nachfolger gegenüber diesen Rechtsbehelfen nur verteidigen, er sei nicht Nachfolger oder er habe gutgläubig erworben. Daß er die Nachfolgerschaft in Zweifel ziehen kann, ergibt sich daraus, daß dieser Umstand nicht von der Rechtskraft der vorangegangenen Entscheidung erfaßt wird. Für einen

³⁵Thomas/Putzo-Reichold, § 265,14; Zöllner-Greger, § 265,6.

gutgläubigen Erwerb gibt das materielle Recht im Rahmen der Schuldübernahme keinen Ansatz.

Um dem Kläger den Weg zu erleichtern, ist es aber sicher angebracht, in dem Urteil auf die Nachfolge hinzuweisen; ob dies allerdings schon den Nachweis der Nachfolge in der von § 727 I ZPO geforderten Weise darstellt, wird man bezweifeln können. Dann müßte nämlich die wirksame Schuldübernahme, ist sie nicht offenbar für das Gericht, durch eine Erklärung des Übernehmers mittels einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen werden. Zwar stellt der schriftliche Tatbestand eines Urteils sicherlich eine Urkunde im Sinne des § 418 ZPO dar, jedoch bezieht sich die Beurkundungsfunktion des Tatbestands gem. § 314 ZPO auf das Parteivorbringen, der Nachfolger des verklagten Schuldners ist jedoch Dritter im vorausgegangene Prozeß gewesen. Erzwungen werden könnte eine solche Feststellung im Tatbestand ohnehin nicht, wie auch eine solche Fallgestaltung keinen Grund darstellt, nicht gem. §§ 313a, 313b ZPO auf einen Tatbestand und Entscheidungsgründe zu verzichten, sofern eine in diesen Vorschriften genannte Verurteilungsart vorzunehmen ist.

Da der Beklagte trotz Nachfolge Titelschuldner bleibt³⁶, muß er sich gegen eine Inanspruchnahme wehren können, wenn der Gläubiger von der Möglichkeit einer Titelumschreibung keinen Gebrauch macht. Auch hier ist nicht auf den Weg gem. § 826 BGB zu verweisen³⁷, sondern es verbleibt mit der bereits erwähnten Argumentation *Grunskys* die Vollstreckungsgegenklage³⁸. Auf § 767 II ZPO kann nicht abgestellt werden, weil § 265 ZPO Sperrwirkung entfaltet. Diese Vorschrift hat dem Beklagten ja gerade verboten, die Nachfolge als Verteidigung im Rechtsstreit geltend zu machen. Dabei kann in geeigneten Fällen der frühere

³⁶Rosenberg-Gaul-Schilken, § 5 IV 1, S.57 u.§ 10 II 3, S.103f; Zöller-Stöber, Vor § 704,3; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, S.138ff; Henckel, ZZP 82,333,348.

³⁷so aber Zeiss JR 1974,157; Merle, JA 1983,626,630

³⁸Grunsky, ZZP 125,127; Schuschke/Walker § 727,20.

Kläger und jetzige Beklagte der Vollstreckungsgegenklage gegen den Einwand der weggefallenen Passivlegitimation wegen eines bestehenden Anspruch auf das Sekundärinteresse, sollte dieser aufgrund einer besonderen Fallgestaltung bestehen, Rechtsmißbrauch einwenden.

D. Die Rechtskraft bei der Schuldübernahme während des Rechtsstreits

1. *Die Argumentation gegen eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuld-
nachfolge*
 - a. *Die Argumentation des BGH*
 - b. *Unterstützende Überlegungen in der Literatur*
2. *Die Gründe für eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuld-
nachfolge*
 - a. *Kein Gegenargument aufgrund des Wortlauts*
 - b. *Keine Verletzung des Schutzzwecks des § 265 ZPO*
 - c. *Gebotene Gleichbehandlung aufgrund der Prozeßökonomie*
 - d. *Bedeutungslosigkeit eines gutgläubigen Erwerbs bei der Schuldübernahme*

**1. (Die Argumentation gegen eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuld-
nachfolge)** Nachdem festgestellt werden konnte, daß die Schuldübernahme während eines Rechtsstreits für die technische Handhabung der §§ 265, 235, 727 ZPO keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereitet, gilt die weitere Untersuchung der Frage, ob es gerechtfertigt ist, die Schuldübernahme einer Rechtsnachfolge gleichzusetzen und damit eine Rechtskrafterstreckung zu befürworten oder ob die Schuldübernahme ausschließlich aufgrund ihrer materiellrechtlichen Wirkung auf einen laufenden Rechtsstreit Einfluß nimmt.

a. Dabei soll die grundlegende Entscheidung des *BGH*¹ für diese Frage Ausgang der Untersuchung sein. Dort werden im wesentlichen drei Argumente angeführt.

Zunächst ist der *BGH* vom Wortlaut des § 265 II ZPO ausgegangen und hat darauf hingewiesen, die Schuldübernahme stelle weder eine Veräußerung, noch eine Abtretung dar, nur diese Rechtsvorgänge würden jedoch von der Vorschrift erfaßt. Der an die Veräußerung oder Abtretung knüpfende Begriff der Rechtsnachfolge verlange einen Übergang der Berechtigung, nicht aber einen solchen der Verpflichtung. Die Befreiung des Altschuldners durch die Schuldübernahme lasse die Berechtigung des Gläubigers unberührt.

Zum zweiten hat der *BGH* den Schutzzweck des § 265 ZPO bemüht. Nach seiner Auffassung soll durch diese Vorschrift verhindert werden,

daß die Veränderung der materiellen Rechtslage sich auf die prozessuale Situation des Gegners des Veräußerers oder des Abtretenden nachteilig auswirkt. Insbesondere solle durch § 265 ZPO verhindert werden, daß der verklagte Schuldner sich mit einem neuen Gläubiger auseinandersetzen müsse und der alte Gläubiger sich dem Prozeß entziehe. Damit soll klar gestellt werden, daß die Schuldübernahme vom Schutzbereich des § 265 ZPO nicht erfaßt wird. Diese Vorschrift soll nämlich nach Meinung des *BGH* nicht dem Gläubiger die Möglichkeit erhalten, trotz der von seinem Einverständnis abhängigen Schuldübernahme den Prozeß gegen den Altschuldner fortzuführen. Der Gläubiger sei wegen der Abhängigkeit der Veränderung der materiellen Rechtslage von seinem Willen nicht schutzwürdig.

Schließlich hat der *BGH* als dritten Grund für eine Ablehnung der Rechtskrafterstreckung bei einer Schuldübernahme während des laufenden Rechtsstreits prozeßökonomische Erwägungen angeführt. Dabei ist er davon ausgegangen, daß auf diese Weise die Frage nach der Anpassung des Klageantrags, welche geboten, aber nicht durchführbar sei, nicht gestellt werde. Es werde vermieden, daß der Altschuldner, der ja notwendigerweise Titelschuldner bleibe, weil der Antrag bei einer Schuldübernahme nicht anpassungsfähig sei, sich gegen den Gläubiger in einem weiteren Prozeß wehren müsse, wenn dieser nicht der materiellen Rechtslage folge und den Titel gem. §§ 727, 731 ZPO umschreiben lasse. Dies führe dazu, daß eine Ablehnung einer Rechtskrafterstreckung für die Schuldübernahme prozeßökonomischer sei.

b. Die Argumentation des *BGH* wird von *Henckel* geteilt². Er stützt diese Überlegungen mit der These, § 265 ZPO komme auch die Funktion zu, auf der Beklagtenseite die Erschwernisse der Verwirklichung dinglicher Rechte durch eine Veräußerung zu verhindern. Deswegen betreffe § 265 ZPO nur solche Vorkommnisse, bei welchen es um eine Rechtsnachfolge hinsichtlich der Verfügungsberechtigung gehe. *Henckel* ist zwar bereit, auch die Nachfolge hinsichtlich der Trägerschaft des haftenden Vermö-

¹BGHZ 61,140 = NJW 1973,1700 = ZZP 87,95 mit ablehnender Anm. Schwab = JR 1974,156 mit zustimmender Anm. Zeiss; bestätigt durch BGH ZZP 88,325 mit zustimmender Anm. Henckel = WM 1975,144.

gens zu erfassen, sieht aber naturgemäß bei der Schuldübernahme eine solche Nachfolge gerade nicht als gegeben an.

Schilken hält nach ausführlicher Diskussion die Ergebnisse des *BGH* ebenfalls für zutreffend³. Er verneint es, auch im Wege einer extensiven Auslegung die Schuldübernahme als Nachfolge im Sinne des § 265 ZPO einzuordnen, weil ein Vergleich mit einer Veräußerung und Abtretung nicht möglich sei. Wie *Henckel* vermißt auch er zumindest die Nachfolge in ein Vermögen, das für die Haftung zur Verfügung steht. Allerdings hält er nicht eine Analogie für von vornherein ausgeschlossen, weil er davon ausgeht, daß es sich um eine unbewußte Lücke im Gesetz handle. Als zunächst analogiefeindlich betrachtet er jedoch den Umstand, daß der Gläubiger jeweils die Situation, die nunmehr die Gesetzeslücke offenbart, durch seine nach materiellem Recht erforderliche Zustimmung selbst geschaffen hat. Er entkräftet aber dann diesen Gesichtspunkt, indem er die Differenzierung gutheißt, welche *Oertmann* hier für angebracht hält⁴. Dieser hat nämlich bei seiner Werbung für die Anwendung des § 265 ZPO auf die Schuldübernahme und den Schuldbeitritt gefordert, daß zwischen der nach materiellem Recht erforderlichen Zustimmung zu einer Übernahme und der prozessualen Zustimmung zu dem von ihm für wünschenswert gehaltenen gewillkürten Parteiwechsel unterschieden wird. Letztlich sieht aber *Schilken* prozeßökonomische Erwägungen sowie die Folgen für eine Erstreckung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit für die Verneinung der Anwendung des § 265 ZPO als ausschlaggebend an. Insoweit nähert er sich der Argumentation des *BGH*. Er meint, weil der Neuschuldner nicht mit Einwendungen ausgeschlossen werden dürfe, könne nur bei einem programmgemäßen Verlauf ein zweiter Prozeß verhindert werden. Dieses Argument gewinnt für ihn Bedeutung, weil eine Rechtskrafterstreckung abgelehnt wird. Da der Neuschuldner keinen haftungsbereiten Vermögensgegenstand übernehme, werde auch keine bei Einleitung des Erkenntnisverfahrens gegen den Altschuldner aktualisierte Haftung fortgesetzt, so daß auch kein Anlaß bestehe, dem Neuschuldner ein eigenständiges Erkenntnisverfahren zu

²Anm. zu *BGH ZZZ* 88,325,329f und sinngemäß *ZZP* 82,333,357f.

³*Schilken*, *Veränderungen*, S.12ff.

⁴*Oertmann*, *JR* 1932,193.

verwehren. Es bestehe auch keine Veranlassung, dem Gläubiger zu einer doppelten Rechtskrafterstreckung, nämlich gegen Alt- und Neuschuldner zu verhelfen.

2. (Die Gründe für eine Gleichbehandlung von Rechtsnachfolge und Schuldnachfolge) Bei einer praxisnahen Betrachtungsweise liegen die besseren Argumente bei einer Befürwortung der Anwendung der §§ 265, 325; 727 ZPO auf die Schuldübernahme. Da die Entscheidung des *BGH* breite Zustimmung gefunden hat, soll die Diskussion am Lösungsgang der *BGH*-Entscheidung angelehnt werden.

a. Bei § 265 ZPO handelt es sich um eine prozessuale Vorschrift mit materiellrechtlichem Bezug; in § 265 I ZPO tritt die materiellrechtliche Natur deutlich zutage⁵, da hier die Erlaubnis zur Übertragung der streitbefangenen Sache erteilt wird. Bereits bei dieser Anordnung wird deutlich, daß die terminologische Sprachgebrauch des BGB nicht in eindeutiger Weise verwendet wird. Denn ganz unzweifelhaft sollen mit der Verwendung des Begriffs Sache nicht nur Sachen im Sinne des § 90 BGB angesprochen werden, sondern es sollen jegliche Art von Gegenständen erfaßt werden.⁶ Dies ergibt sich aus dem Nebeneinander der Verwendung der Begriffe Veräußerung und Abtretung als Übertragungsformen. Hier sollen ganz unterschiedliche, nicht ausschließlich auf Sachen bezogene Formen der Übertragung erfaßt werden, wobei auch die Terminologie des BGB nicht übereinstimmt. Dieser Umstand gibt schon einen ersten Hinweis, daß bei der Interpretation des § 265 ZPO nicht ausschließlich am heutigen Wortsinn festgehalten werden kann, sondern eine weite Auslegung in Betracht kommen wird. Dieser Hinweis verbietet freilich nicht, den Wortsinn der Vorschrift zum Ausgangspunkt der Überlegungen zu machen.

Soweit der *BGH* auf den Wortlaut der Vorschrift abstellt, kann freilich schlechterdings nicht bestritten werden, daß die Rechtsnachfolge an die Aktivseite anknüpft und Schuldnachfolge sich auf die Passivseite be-

⁵Förster-Kann, § 265 2..

⁶Zöller-Greger, § 265,3; Förster-Kann, § 265 3. a) aa); Zeiss, ZPR, § 49 II, Rdnr. 359.

zieht, auch wenn bisweilen von der Rechtsnachfolge in die Schuld oder in die passive Zuständigkeit gesprochen wird⁷. Daß aus der Gläubigerstellung auch Verpflichtungen des Gläubigers folgen und dementsprechend der Schuldner auch Rechte hat⁸, reicht nicht aus, von einer Rechtsnachfolge zu sprechen, denn hier geht es nur um den Anspruch als solchen, nicht aber um ein Rechtsverhältnis insgesamt, welches ja als rechtliches Band Recht und Pflicht verbindet⁹. Dieses wird bei der Schuldübernahme nicht übertragen, dazu bedürfte es einer Vertragsübernahme.

Ebenfalls vom Wortlaut ausgehend argumentiert *Leipold* bei seiner Ablehnung, die Schuldübernahme der Rechtsnachfolge gleichzusetzen¹⁰. Er meint, wenn die Schuldübernahme einbezogen werde, müsse auch der Schuldbeitritt hier eingereicht werden; dies sei mangels Nachfolge in die Schuld keinesfalls möglich. Dies ist eine sehr formale Betrachtungsweise, die nicht den Ausschlag geben kann. Hier wird unnötigerweise am Begriff der Schuldübernahme als Bezeichnung sowohl für das privative wie für das kumulative Geschäft festgehalten, obwohl doch völlig klar ist, daß es um zwei von einander zu trennende Institute mit unterschiedlichen Rechtsfolgen geht¹¹.

Es ist auch nicht angebracht, wenn *Hellwig*, der bekanntlich energisch für eine Rechtskrafterstreckung bei der Schuldübernahme kämpft, in diesem Zusammenhang ausführt, es sei ganz selbstverständlich, daß in

⁷Staudinger-Kaduk, (12. Aufl.), Einl. zu §§ 414ff,3,45;

⁸Erinnert sei an Nebenpflichten, die jedem Schuldverhältnis innewohnen, vgl. nur Palandt-Heinrichs, (61. Aufl.), Einl. vor § 241,6 u. § 241,5.

⁹vgl. v. Tuhr, § 5 I.

¹⁰Stein-Jonas-Leipold, § 325,30.

¹¹Daß unter IV A 1 c (vgl. auch die grafische Darstellung IV A Anhang) ein Vergleich des Schuldbeitritts mit der Umwandlung der Einzelgläubigerschaft in Gesamtgläubigerschaft angestellt wurde und für den hinzukommenden Gesamtgläubiger die §§ 265,325 ZPO gelten, steht nicht entgegen. Es handelt sich bei dem angestellten Vergleich nicht um eine vollkommen spiegelbildliche Betrachtung. Eine Unterscheidung ist erforderlich. Während bei der Umwandlung einer Einzelgläubigerschaft in Gesamtgläubigerschaft der ehemalige Einzelgläubiger einen Teil seiner Rechtsmacht übertragen hat und damit ein Ansatzpunkt für eine Nachfolge i.S. der §§ 265,325 ZPO gegeben ist, fehlt es bei einem Schuldbeitritt an einer Nachfolge. Hier gewinnt der Gläubiger nur hinzu, freilich mit identischem Inhalt und Verdopplung des Anspruchsgegners. Die Spiegelbildlichkeit erschöpft sich darin, daß bei gleichem Leistungsinhalt auf der einen Seite nunmehr statt ursprünglich eine Person mehrere Personen stehen.

§ 727 ZPO unter Rechtsnachfolger des Schuldners nicht Rechtsnachfolger in Rechte, sondern ein solcher in Pflichten gemeint sei¹². Eine solche Interpretation des § 727 ZPO nimmt für sich eine Eindeutigkeit im Sinngehalt in Anspruch, die nicht vorhanden ist. Sie würde voraussetzen, daß es auf der Schuldnerseite den Fall eines Rechtsnachfolgers in Rechte überhaupt nicht gäbe. Es sei aber nur an die Veräußerung der herausverlangten Sache während eines Rechtsstreits erinnert. Hier ist der neue Eigentümer Nachfolger des beklagten Schuldners hinsichtlich dessen Rechtsstellung an der herausverlangten Sache. Aus diesem Grund stellt auch der Hinweis von *Hellwig*, § 727 ZPO erwähne doch ausdrücklich den Rechtsnachfolger des Schuldners, kein stützendes Argument dar¹³. Man muß also nicht auf die Schuldübernahme zurückgreifen, um Nachfolger auf der Passivseite zu finden.

Allerdings hat der *BGH* bereits selbst das Institut der Rechtsnachfolge im Gesamtzusammenhang der Norm gesehen und ist von den Begriffen der Veräußerung und Abtretung zur Erschließung des Begriffs der Rechtsnachfolge ausgegangen.

Bei der Anknüpfung an den Begriff der Veräußerung ist zumindest bemerkenswert, daß das Veräußerungsverbot für litigiöse Sachen und Klagen im gemeinen Zivilprozeß unter anderem auch dann eine Ausnahme erfuhr, wenn für den Beklagten ein defensor mit Leistung der erforderlichen Kautio auftrat¹⁴. Unter defensor wurde ein Vertreter des Beklagten verstanden, der den Rechtsstreit für diesen in dessen Namen führte. Der defensor wurde sogar ohne Vollmacht zugelassen, wenn er in der Absicht, sich selbst der Haftung zu unterziehen, die *cautio judicatum solvi* (Sicherheit für die Vollstreckung; sie deckt den Erfüllungsanspruch ab¹⁵) und bei dinglichen Klagen zusätzlich die *cautio de rato* (Sicherheit für Rückgriffsansprüche des vom defensor vertretenen Beklagten) leistete. Wegen der Art und Weise der Sicherheitsleistung wurde auch regelmäßig

¹²Hellwig, Rechtskraft, § 46, S.320ff.

¹³Hellwig, Rechtskraft, § 46 III 1, S.320; ebenso Förster-Kann, § 325 2 a) bb) β) αα).

¹⁴Wetzell, System, § 6, 2.

¹⁵Renaud, Lehrbuch. des gemeinen deutschen Civilproceßrechts, § 56 I 2.

in der Defension eine Interzession gesehen¹⁶. Dies zeigt, daß es dem gemeinen Prozeß nicht fremd war, die Veräußerung¹⁷ im Zusammenhang mit einer Interzession zu sehen.

Im Zivilprozeß des gemeinen Rechts ging ohnehin die *exceptio rei iudicatae* auf diejenigen über, der nach der Streitbefestigung im Wege der Universalsukzession oder der Singularsukzession an die Stelle des Klägers oder des Beklagten getreten ist. Dabei wurden als Singularsukzessoren auch diejenigen betrachtet, welchen dingliche Rechte an dem Streitobjekt bestellt worden sind¹⁸.

Folgt man dem Sprachgebrauch der Motive, hat man keine Schwierigkeiten, die Schuldübernahme hier unterzubringen. In den Motiven wurde nämlich die Schuldübernahme als Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, bezeichnet und ausdrücklich mit der Abtretung verglichen¹⁹. Die Motive machen sich damit die Theorie von der Sondernachfolge in die Schuld zueigen, wie sie namentlich von *Winscheid*²⁰ und *Gürgens*²¹ vertreten wurde.

Der *BGH* ist im übrigen in anderem Zusammenhang für den Begriff der Veräußerung nicht starr am Wortsinn stehen geblieben, sondern hat eine weite Auslegung vorgenommen. So hat er bei der Ersatzaussonderung gem. § 46 KO (nunmehr § 48 InsO) darauf abgestellt, ob es eine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Gemeinschuldner oder dem Konkursverwalter einerseits und dem Erwerber des an sich aussonderungsfähigen Gegenstands andererseits gegeben hat und sogar die unberechtigte Einziehung einer Forderung als Veräußerung i.S. des § 46 KO angese-

¹⁶Wetzell, System, § 9,3 u FN 36.

¹⁷Der Begriff der *alienatio* wurde im gemeinen Recht weit ausgelegt, die Schuldübernahme fiel allerdings nicht darunter, vgl. Winscheid, Pandekten I § 69.

¹⁸Wetzell, System, § 47 1a, S.521.

¹⁹Vgl. Mugdan, Motive II, S. 79; auch die Bezeichnung „der Zession analoger Veräußerungsvertrag“ war gebräuchlich, vgl. Strohal, JherJb 57,231,236 mit weiteren nachweisen; v. Tuhr, § 12, FN 33 bezeichnet den Sprachgebrauch der Motive allerdings als geradezu sinnverwirrend.

²⁰Winscheid, Pandekten 2, § 338, S. 284ff mit weiteren Nachweisen FN 6, S. 287; ebenso Hellwig, Verträge, § 26, S.159, Reichel, Schuldmitübernahme, S.4.

²¹Gürgens, JherJb 8,221-308, zum Sprachgebrauch für den „Transport“ der Schuld im gemeinen Recht S.235.

hen²². Bei der Einziehung einer Forderung findet jedoch kein Rechtsübergang, sondern ebenso wie bei der Schuldübernahme eine Befreiung von einer Schuld statt.

Nörr hat darauf aufmerksam gemacht, daß vom Wortlaut schon deswegen nicht ausgegangen werden könne, weil die Schuldübernahme als Nachfolgeschäfts noch nicht im Blickfeld des Gesetzgebers gestanden hat, als die ZPO erarbeitet wurde²³.

Für *Bettermann* betreibt die herrschende Meinung, die sich am Wortlaut aufhält, unnötige Wort- und Begriffsspalterei²⁴. Er sieht ja bereits in den von der herrschenden Meinung zugelassenen Ausnahme der Schuldübernahme, die sich im Rahmen einer Universalsukzession oder in der Nachfolge an einem dinglichen Recht abspielt, eine Inkonsequenz; daß es bei dieser Fallgestaltung gleichzeitig eine Rechtsnachfolge gäbe, stelle kein qualifizierendes Moment dar, welches zum Umkehrschluß für die sonstigen Fälle der Schuldübernahme führen könne²⁵. Er fordert daher, daß auf Gemeinsamkeiten abzustellen sei. Diese sieht er in der Interessenlage, die sich aus dem Wechsel des Berechtigten oder des Verpflichteten ergibt. Wesentlich für ihn ist das Merkmal der Nachfolge. Ein Nachfolger ist immer abhängig von der Rechtsstellung seines Vorgängers²⁶, dessen Position er übernimmt. Diese Abhängigkeit reicht *Bettermann* auch als Rechtfertigung aus, den Nachfolger wie den Vorgänger zu behandeln.

Bei dogmatischen Gemeinsamkeiten im Rahmen des § 265 I ZPO setzt auch *Schwab* an und geht vom Begriff des streitbefangenen Gegenstands aus²⁷, welcher sich dadurch auszeichnet, daß auf der Beziehung zu ihm die Sachlegitimation des Klägers oder des Beklagten beruht²⁸. Er unterscheidet sich hierbei nicht von *Bettermann*, der dieselben Kriterien zur

²²BGHZ 23,317; 30,180; vgl. auch Kilger-Schmidt, § 46 3).

²³Nörr, HdS-Sukzessionen, § 27 IV, S.250f; ebenso Schilken, Veränderungen, S.25; vgl. auch Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), Einl. zu § 414ff,10.

²⁴Bettermann, S.128ff.

²⁵Bettermann, S.75.

²⁶Bettermann, S.128ff.

²⁷Schwab, ZJP 87,97 = Anm. zu BGH ZJP 87,95 = BGHZ 61,140, vgl. FN 1; Rosenberg-Schwab, § 103 II 1, S.620.

²⁸Thomas/Putzo-Reichold, § 265,3; Stein-Jonas-Schumann, § 265,11; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 102 II 1, S.580.

Annahme einer Nachfolge für maßgeblich hält²⁹. Die Aktivlegitimation oder die Passivlegitimation muß also von dieser Beziehung zum Streitgegenstand abhängen. Beim Verlust der Aktiv- oder Passivlegitimation gibt es auch keinen streitbefangenen Gegenstand zwischen den Parteien mehr. Dies ist unzweifelhaft bei der Schuldübernahme der Fall; von daher unterscheidet sie sich in nichts von der Übertragung des Eigentums oder des Besitzes und der Abtretung. Dementsprechend soll der Begriff der Rechtsnachfolge an diesen Kriterien zu messen und eine entsprechend weite Auslegung vorzunehmen sein³⁰.

Der Ansatz von *Bettermann* und *Schwab*, welcher im Kern an den abstrakten Rechtsvorgang der Übertragung anknüpft, überzeugt. Die Nebeneinanderstellung von Veräußerung und Abtretung in § 265 ZPO dürfte nicht in einem sich ausschließenden Sinn beider Begriffe gemeint sein³¹. Der Begriff der Veräußerung ist im Gesetz nicht definiert; er wird vorausgesetzt und erfaßt ebenso wie die in § 398 BGB beschriebene Abtretung ein Verfügungsgeschäft³², mit welchem ein Recht übertragen wird. Dementsprechend läßt sich auch ohne weiteres die Abtretung selbst als Veräußerung bezeichnen³³. Dies macht bereits deutlich, daß die Begriffe Veräußerung und Abtretung in § 265 ZPO nicht allein an der Terminologie des BGB's gemessen werden können. Es geht jeweils um ein abstraktes Rechtsgeschäft. Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, daß es sich bei der Schuldübernahme ebenfalls um ein abstraktes Rechtsgeschäft handelt. Der Abstraktionsgrundsatz ist ein taugliches Mittel für eine Rechtskrafterstreckung bei einem Übertragungsakt. Er sichert einen Übergang eines Anspruchs unter Beibehaltung der objektiven Identität.

²⁹Bettermann, S.72ff, S. 128ff; S.134ff.

³⁰Loritz, ZJP 95,310,331 mit weiteren Nachweisen.

³¹MüKoZPO-Lüke, § 265,34ff: Veräußerung und Abtretung sind nicht im technischen Sinn gemeint. Es ist eine weite Auslegung geboten. Die befreiende Schuldübernahme soll allerdings mangels Schutzzweck nicht hierunter fallen, wohl aber die Übernahme einer Gesellschaftsverbindlichkeit durch einen der Gesellschafter im Rahmen der Liquidation einer BGB-Gesellschaft. *Lüke* benötigt hier auch § 414 BGB. Einen Unterschied zur sonstigen Schuldübernahme kann auch nicht erkennen im Hinblick auf die Feststellung einer Veräußerung erkannt werden. Allerdings wird § 265 ZPO deswegen nicht benötigt, da sich für den verklagten BGB-Gesellschafter, der ohnehin als Gesamtschuldner haftet, hinsichtlich seiner Haftung nichts ändert. Er verliert nur Mitschuldner und damit die Möglichkeit des Regresses gem. § 426 BGB.

³²z.B. das in §§ 135,136 BGB erwähnte Veräußerungsverbot betrifft jegliche Verfügungen mit Übertragungsfunktion, vgl. Erman-Palm, §§ 135,136,1.

Auch diejenigen, die neben verfügendem Charakter auch ein Verpflichtungsgeschäft annehmen³⁴, dürften hier keine Schwierigkeiten haben, denn auch sie betonen den Identitätsgedanken. Schuldrechtliche Einflüsse, die individuellen Besonderheiten Rechnung tragen können, bleiben außer dabei Betracht. Da eine Rechtskrafterstreckung Rechtssicherheit benötigt, muß notwendigerweise an einen gesicherten Bestand eines Rechts angeknüpft werden. Mögliche Veränderungen würden diesem Bestreben zuwider laufen. Diese Gefahr besteht sowohl bei Verfügungen auf der Aktivseite, als auch bei der Schuldübernahme aufgrund der Unabhängigkeit vom Kausalgeschäft nicht.

Läßt man, wie es bei der Untersuchung eines abstrakten Geschäfts zunächst auch angebracht ist, bei der Veräußerung die etwaige Verpflichtung zur Gegenleistung außer Betracht, so führt typischerweise jede Veräußerung für den Veräußerer zu einem Vermögensverlust, während die andere an dem Rechtsgeschäft der Veräußerung beteiligte Partei entsprechend hinzugewinnt. Die bei einer Veräußerung bewegte Sache verändert sich dabei nicht. Sie bleibt neutral. Bei einer Abtretung gilt dies entsprechend. Der „neutrale“ Gegenstand der Veräußerung stellt hier die Forderung dar. Sie ist aber notwendigerweise mit der Person des Schuldners verknüpft. Die veräußerte Sache wird gewissermaßen bei der Abtretung auch durch die „neutrale“ Person des Schuldners ersetzt, gegen welchen sich der abgetretene Anspruch richtet. Er muß auch nach der Abtretung mit demselben Leistungsinhalt erfüllen. Für den Schuldner bringt die Abtretung daher wirtschaftlich keine Veränderung. Etwaige Veränderungen ergeben sich allein aus der Person des neuen Gläubigers. Dieser für Veräußerung und Abtretung charakteristische Vorgang findet auch bei der Schuldübernahme statt. Hier gewinnt der Urschuldner hinzu; er verbessert durch die Befreiung von der Schuld seine Vermögensposition. Eine Vermögensverschlechterung erfährt dagegen der Übernehmer, während der Gläubiger bei einer lediglich nominalen Betrachtungsweise das Geschäft neutral erlebt. Auch hier sind etwaige Veränderungen, wie beispielsweise das im Vordergrund stehende andere Bonitätsrisiko allein

³³Wieczorek, 1976, § 265 C II a.

³⁴vgl. Strohal, JherJb 57,231,237; Palandt-Heinrichs, Überbl v § 414,1; Erman-Westermann, Vor § 414,4.

von der neuen Person des Schuldners abhängig, in der Sache selbst gibt es jedoch keine Veränderung. Diese spiegelbildliche Betrachtungsweise macht deutlich, daß es um vergleichbare Vorgänge geht und jeweils derjenige, der den Rechtsvorgang wirtschaftlich neutral erlebt, auch derjenige ist, welcher Veränderungen im Subjekt hinnehmen muß. Diese Vergleichbarkeit legt es nahe, die Schuldübernahme ebenfalls unter § 265 ZPO zu subsumieren.

Es ist daher auch der Argumentation *Hartmanns* insoweit zustimmen, als daraufhingewiesen wird, die Begriffe Veräußerung und Abtretung i.S. des § 265 ZPO seien nicht mit dem Sprachgebrauch des BGB identisch³⁵. Er kommt in systematischer Auslegung zu dem Ergebnis, daß §§ 239ff ZPO bestimmte Fälle der Rechtsnachfolge regeln, die zum Einbezug des Rechtsnachfolgers in den Rechtsstreit führen, während §§ 265, 266 ZPO die Einzelrechtsnachfolge mit dem Wechsel der Sachbefugnis³⁶ im Auge haben. Verfehlt in diesem Zusammenhang ist jedoch der weitere Hinweis *Hartmanns*, eine befreiende Schuldübernahme sei nichts anderes als die Veräußerung eines überlasteten Grundstücks. Bei einem solchen Vergleich wird gerade doch an einen aktiven Teil einer Übertragung angeknüpft und die Schuldübernahme als Folge einer Rechtsnachfolge gesehen. Derartige Fälle stehen aber außer Zweifel³⁷. Die ähnliche Argumentation *Oertmanns*, allerdings im Rahmen eines Plädoyers für Anwendung des § 265 ZPO auf die kumulative Schuldübernahme, häufiger Fall der gesetzlichen Beitritts sei § 419 BGB und deshalb könne auch die zugrunde liegende Veräußerung des Vermögens als Anlaß des Beitritts einbezogen werden³⁸, hilft daher ebenfalls nicht weiter.

Zusammenfassend läßt sich aber feststellen, daß die an den Wortlaut des § 265 ZPO angelehnte, begriffliche Argumentation des *BGH* Schwächen hat, weil diese Begrifflichkeit vom Gesetz gar nicht gefordert wird. Das Nebeneinander von den sich nicht ausschließenden Begriffen der Veräußerung und Abtretung kann nur zu dem Ergebnis führen, daß es

³⁵Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,7,8.

³⁶Dabei dürfte wohl auch die Passivlegitimation gemeint sein.

³⁷vgl. vorn IV A 1 FN 4.

hier nicht um streng auszulegende Rechtsbegriffe geht, sondern Gemeinsamkeiten dieser Begriffe in den Vordergrund zu rücken sind.

b. Das zweite Argument des *BGH*, die Schuldübernahme falle nicht in den Schutzbereich des § 265 ZPO und der Gläubiger bedürfe auch nicht eines entsprechenden Schutzes, beruht auf einer einseitigen Sichtweise. Auch hier ist *Schwab* zu folgen, der darauf hinweist, daß der Schutzzweck vom *BGH* zu eng gezogen wird, denn auch der Beklagte kann Veräußerer sein³⁹. Folglich soll der Kläger ebenfalls vor den Nachteilen einer Änderung geschützt werden. Im übrigen knüpft der *BGH* bei der Feststellung, wer nicht schutzwürdig ist, auch daran an, bei wem die Veränderung eintritt. Derjenige, der die Sachlegitimation verliert, soll nicht schutzwürdig sein. Ganz unzweifelhaft tritt aber bei der Schuldübernahme die Veränderung während des Rechtsstreits auf der Seite des Schuldners ein, der von Fällen der negativen Feststellungsklage abgesehen, auch der Beklagte sein wird. Daß der *BGH* hier auf die erforderliche Zustimmung des Gläubigers abstellt und offenbar in dieser die Veranlassung der Veränderung der Rechtslage sieht, ist in der Entwicklung nicht folgerichtig. Auch bei Veränderungen auf der Aktivseite gibt es Fallgestaltungen, bei welchen die Wirksamkeit der Übertragung des Rechts von der Zustimmung des Schuldners abhängig ist. Auf diese Weise kann etwa ein vereinbartes Abtretungsverbot ausgeräumt werden.

Die spiegelbildliche Betrachtung der Schuldübernahme mit der Abtretung hat oben ergeben, daß der Gläubiger bei der Schuldübernahme nicht mit dem Gläubiger bei der Abtretung zu vergleichen ist; vielmehr ist er mit dem Schuldner bei der Abtretung zu vergleichen, weil diese beiden Personen den Übertragungsakt jeweils wirtschaftlich neutral erfahren. Das Zustimmungsgebot des Gläubigers bei der Schuldübernahme hat bei der Abtretung sein Gegenstück im Zustimmungsgebot des Schuldners für den Fall eines vereinbarten Abtretungsverbots. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, ohne weiteres auf fehlende Schutzwürdigkeit des Gläubigers aufgrund der erforderlichen Zustimmung zu folgern, denn im umgekehrten Fall würde niemand einem Beklagten deshalb die Anwendung

³⁸Oertmann, JR 1932,193,195.

³⁹Schwab, ZZP 87,97.

des § 265 ZPO verweigern, weil er in einem laufenden Rechtsstreit nicht auf einem vereinbarten Abtretungsverbot bestanden hat.

Es kann auch nicht auf eine Schutzwürdigkeit des Schuldners gepocht werden. Dieser erfährt seinen Schutz aufgrund des materiellen Rechts. Er ist nämlich, wie oben gezeigt, auf jeden Fall an einer Schuldübernahme zu beteiligen. Entweder liegt gem. § 414 BGB eine Vereinbarung zwischen Gläubiger (Kläger) und Übernehmer vor. Dann kann der Beklagte gem. § 333 BGB widersprechen. Jeglicher Einfluß auf den laufenden Rechtsstreit unterbleibt. Oder es wird die Vereinbarung zwischen ihm und dem Übernehmer gem. § 415 BGB vorgenommen; dann ist sie von seinem Willen abhängig. Mit Recht zeigt *Oertmann* sowohl für die Schuldübernahme, als auch für den Schuldbeitritt auf, daß vielfach diese Rechtsgeschäfte gerade auch im Interesse des Urschuldners abgeschlossen werden; denn es kann nicht übersehen werden, daß ein Dritter mit der Übernahme oder dem Beitritt dem durch die Klage bedrängten Schuldner zu Hilfe eilt⁴⁰. Ob man deswegen schon der herrschenden Meinung mit *Oertmann* eine rechtspolitisch unerwünschte Sperre einer Schuldübernahme während eines Prozesses vorwerfen muß, erscheint allerdings sehr zweifelhaft. Wenn nämlich auf das Interesse des Schuldners an einer Übernahme abgestellt wird, mag es zwar nicht im Interesse des Übernehmers liegen, daß der weichende Altschuldner für ihn den Prozeß zu Ende führt, jedoch ist der Weg zu einem Einverständnis aller Beteiligten mit der Fortführung des Rechtsstreits durch den Übernehmer im Rahmen eines gewillkürten Parteiwechsels nicht mehr weit⁴¹.

Allerdings hilft das Argument *Oertmanns*, § 265 ZPO solle auch im Interesse des Schuldners nicht einer Schuldübernahme entgegenstehen, gegenüber *Henckels* These zur Funktion des § 265 ZPO. Nach *Henckel* geht es bei §265 ZPO darum, Erschwernisse bei der Verwirklichung der dinglichen Rechtslage auf der Beklagtenseite zu vermeiden mit der Folge, daß es nur um Verfügungen des Beklagten über den Streitgegenstand gehen

⁴⁰Oertmann, JR 1932,193,195.

⁴¹Henckel; FS Walder, 1994, S.193,209 sieht auf der Aktivseite bei einer entsprechenden Regelung über die Pflicht zur Kostentragung bei einem Übernahmerecht des Erwerbers § 265 ZPO als entbehrlich an; auf der Passivseite hält er

kann⁴². Reduziert man diese These nämlich auf den Kern, Erschwernisse auf der Beklagtenseite generell zu vermeiden und die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit möglichst weitgehend zu erhalten, muß nicht an die Veränderung der Verfügungsberechtigung über den Streitgegenstand für die Anwendung des § 265 ZPO angeknüpft werden. Es erscheint in diesem Zusammenhang auch nicht als zwingend, hier vornehmlich auf einen zu Unrecht in Anspruch genommenen Beklagten abzustellen, welcher nicht gehindert werden soll, von seiner Verfügungsberechtigung während eines Rechtsstreits Gebrauch zu machen; das Gesetz differenziert nicht zwischen einer gewinnenden und einer verlierenden Partei, welche eine Veränderung der Sachlegitimation während des Prozesses herbeiführt. Es macht für die Anwendung des § 265 ZPO auch keinen Unterschied, ob die Rechtsnachfolge tatsächlich besteht oder nur behauptet wird. Es wirkt gleichermaßen positiv wie negativ hinsichtlich der sich an die Anwendung des § 265 ZPO anschließende Rechtskrafterstreckung gem. § 325 ZPO.

Außerdem ist die Situation des in Anspruch genommenen Verfügungsberechtigten und des in Anspruch genommenen Altschuldners vergleichbar. Bei beiden steht zum Zeitpunkt der Veränderung noch offen, ob sie zu Recht in Anspruch genommen wurden. Man wird allenfalls sagen können, daß der Verfügungsberechtigte, der sich seiner Berechtigung gewiß ist, eher zu einer Rechtsübertragung der streitbefangenen Sache neigen wird als der Bösgläubige. Bei der Schuldübernahme ist es dagegen umgekehrt. Dem Schuldner, der sich zu Recht in Anspruch genommen sieht, wird eher an einer Schuldübernahme gelegen sein als einem Beklagten, der von der Klageabweisung überzeugt ist. Nach der Entscheidung durch das Gericht ist jedoch kein Unterschied mehr auszumachen. Der verlierende Beklagte ist jeweils darauf angewiesen, daß seine Beziehung zu seinem Nachfolger geklärt ist und dieser gegebenenfalls für den notwendigen Ausgleich sorgt, wobei bei einer Schuldübernahme allerdings diese Situation regelmäßig schon vorbereitet sein wird.

§ 265 II ZPO jedoch für erforderlich, um den Kläger vor fortwährenden Weitergaben der streitbefangenen Sache zu schützen.

⁴²Henckel, ZZP 88,329f.

Wenn *Loritz* die Auffassung vertritt, die Schutzwürdigkeit des Schuldners gebiete bei einer Klauselumschreibung im Rahmen einer privaten Schuldübernahme die entsprechende Anwendung der §§ 729, 738 ZPO⁴³, so ist diese Argumentation nicht zwingend. Die angeführten Vorschriften erlauben für die dort geregelten Fälle eines Schuldbeitritts oder einer Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Vermögen oder eine Erbschaft, welche durch Nießbrauch belastet sind, die Klauselumschreibung nach formeller Rechtskraft des Titels gegen den Erstschuldner. Diese Vorschriften sind jedoch nicht als Folgevorschriften zu den Regeln zur Rechtskrafterstreckung zu verstehen. Bei ihrer Einführung durch die Novelle vom 28.5.1898 wurde darauf hingewiesen, daß die Möglichkeit der Klauselumschreibung Billigkeits- und Praktikabilitäts Gesichtspunkten Rechnung tragen soll⁴⁴. Auf die Rechtskraft wird nur deshalb abgestellt, weil in diesen Fällen ein weiterer Duldungstitel gegen den Übernehmer nicht für erforderlich gehalten wurde. Man ließ sich dabei von der Erfahrung leiten, daß im Regelfall nach Rechtskraft nicht mit weiteren Einwänden durch den Übernehmer zu rechnen ist. Allerdings bedeutet dies für den Übernehmer keine Rechtsverkürzung. *Zeuner* schließt weitergehend sogar aus dem Erfordernis der Rechtskraft in § 729 ZPO, daß dadurch ausdrücklich deutlich gemacht werden soll, daß bei einem Beitritt während der Rechtshängigkeit der Beitretende nicht durch das Urteil gebunden werden soll⁴⁵. Bei der privaten Schuldübernahme ist die Wertung, an wen sich der Übernehmer bei Unstimmigkeiten hinsichtlich des Vollstreckungstitels zu halten hat, durch die Entscheidung für die Rechtskrafterstreckung gefallen. Er kann sich grundsätzlich an den Gläubiger halten, denn dieser ist durch den Titel als sein Partner ausgewiesen. Wird ein vorläufig vollstreckbarer Titel bereits umgeschrieben, geben die §§ 708 ff ZPO ausreichend Schutz; unabhängig davon kann der Übernehmer als Nebenintervenient noch auf den laufenden Rechtsstreit Einfluß nehmen.

⁴³Loritz, ZJP 95,310,335.

⁴⁴Hahn-Mugdan, Materialien, 1898, Begründung zu § 665b CPO (Entwurf) = § 729 ZPO (Gesetz) S.127f u. §§ 670c, 670d CPO (Entwurf) = §§ 737, 738 ZPO (Gesetz) S.139; Schuschke/Walker, § 729,1.

⁴⁵Zeuner, FS Schwab, 1990, 575,581.

Im übrigen ist die Schutzwürdigkeit des Schuldners in diesem Bereich ohnehin nicht sonderlich hoch anzusiedeln, geschieht die Veränderung doch um den Preis des Verlusts seiner Schuldnerstellung. Man wird allenfalls sagen können, da für eine perfekte Schuldübernahme letztlich Kontakt zwischen allen Beteiligten erforderlich ist, sei es für den Gläubiger auch leicht möglich, die Schuldübernahme vom Einverständnis des alten Beklagten zum gewillkürten Parteiwechsel abhängig zu machen⁴⁶ mit der Folge, daß der Rechtsstreit gegen den Neugläubiger weitergeführt wird. Ein gewillkürter Parteiwechsel kann jedoch nicht gleichgesetzt werden mit der Fortführung eines Prozesses als gesetzlicher Prozeßstandschafter. Beim gewillkürten Parteiwechsel werden den neu eintretenden Beklagten sämtliche Verteidigungsmöglichkeiten wieder eröffnet; so muß das Gericht auf Verlangen des neuen Beklagten etwa vom § 398 ZPO Gebrauch machen und eine Beweisaufnahme wiederholen; Geständnisse können widerrufen werden, Fristen zum Sachvortrag laufen neu⁴⁷. Diese Möglichkeiten bestehen im Falle des § 265 ZPO nicht.

Dagegen überzeugt nicht das Erst-Recht-Argument von *Hellwig*, mit welchem auf die fehlende Schutzwürdigkeit des Übernehmers gefolgert werden soll. *Hellwig* schließt aus der Möglichkeit der Klauselumschreibung für bestimmte Fälle des gesetzlichen Schuldbeitritts gem. § 729 ZPO, daß der Schuldübernehmer, der sich in weit stärkerem Maße verpflichtet als ein Beitretender, keineswegs besser gestellt werden dürfe⁴⁸. Gegen diese Schlußfolgerung spricht, daß § 729 ZPO nicht als Folgevorschrift zu §§ 325ff ZPO gedacht ist⁴⁹. Deswegen ist es dem Beitretenden auch erlaubt, sich gegenüber dem Gläubiger ohne die Schranke des § 767 II ZPO zu verteidigen⁵⁰. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Zulässigkeit der Klauselumschreibung auf Billigkeitserwägungen beruht. Bei der Einführung dieser Vorschrift gab es die Erläuterung, daß dem Schuldbeitretenden aufgrund gesetzlicher Anordnung die Möglich-

⁴⁶Thomas/Putzo-Putzo, Vorbem § 50,22; Zöller-Greger, § 263,24; MüKoZPO-Lücke, § 263,77: Es ist die Zustimmung des alten Beklagten erforderlich, nicht aber diejenige des neuen Beklagten.

⁴⁷Zöller-Greger, § 263,21; Thomas/Putzo-Putzo, Vorbem § 50,21.

⁴⁸Hellwig, Rechtskraft, § 46, S.323ff; ebenso Loritz, ZZP 95,310,334.

⁴⁹Schuschke/Walker, § 729,1; Stein-Jonas-Münzberg, § 729,1; BGH NJW 1984,793.

keit der Haftungsbeschränkung auf das übernommene Sondervermögen verbleibt⁵¹. Diese Überlegung zeigt, daß nicht vornehmlicher Anknüpfungspunkt die Person des Schuldners ist, sondern die Erhaltung dessen Vermögen als Vollstreckungsmasse. In §§ 325ff ZPO wird aber auf Personen als Anknüpfungspunkt für die Rechtskrafterstreckung abgestellt.

c. Das letzte Argument des *BGH*, die Prozeßökonomie spreche gegen eine Anwendung des § 265 ZPO bei der Schuldübernahme, wird mit einer Unterstellung eingeleitet. Es wird ohne Begründung das Postulat aufgestellt, daß die Anwendbarkeit des § 265 ZPO auf die Schuldübernahme eine Antragsanpassung erforderlich mache. Dies ist schon deswegen nicht richtig, weil bei allen vom *BGH* auch anerkannten Fällen der Rechtsnachfolge auf der Beklagtenseite die Irrelevanztheorie angewendet wird. Ebenso wenig ist es eine Besonderheit, daß die Vollstreckung gegenüber dem Altschuldner droht. Diese Gefahr wird auch bei sonstigen Fällen hingenommen. Schon mehrmals wurde angeführt, daß in derartigen Fällen dem Altschuldner als dem durch den Titel ausgewiesenen Adressat der Vollstreckung die Vollstreckungsgegenklage bleibt und dieser Weg der Preis dafür ist, daß der bereits begonnene Prozeß trotz des Nachfolgevorgangs unter den ursprünglichen Parteien fortgesetzt werden kann. Auch aus dem Gesichtspunkt, daß es bei einer Schuldübernahme zu einer vollständigen Befreiung des Altschuldners kommt, welche auch zumeist Sekundäransprüche ausschließen dürfte, läßt sich nicht eine besondere Schutzwürdigkeit des Altschuldners herleiten, welche eine andere Behandlung rechtfertigen könnte. Derartige Rechtsfolgen sind auch bei sonstigen die Passivlegitimation beseitigenden Vorgängen gegeben. So besteht für einen Herausgabeschuldner, dessen Herausgabepflicht infolge einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit entfällt, sicherlich keine Sekundärhaftung. Der nunmehrige Besitzer haftet allein⁵². Im übrigen wird die Frage, ob eine Sekundärhaftung besteht, ohnehin nicht im Anwendungsbereich des § 265 ZPO geklärt. Es ist daher

⁵⁰Stein-Jonas-Münzberg, § 729,2; Thomas/Putzo-Putzo, § 729,2; Schusche/Walker, § 729,1; BGH NJW 1987,2863.

⁵¹Mugdan-Hahn, Materialien, Bd.8, 1898, zu § 665b (Entwurf)= § 727 ZPO (Gesetz) S.137.

⁵²Beispiel: Der Entleiher wird vom Eigentümer auf Herausgabe in Anspruch genommen; während des Rechtsstreits nimmt der vom Eigentümer verschiedene Verleiher die Sache an sich.

eine einseitige und inkonsequente Sicht, wenn angeführt wird, der Schuldner müsse sich möglicherweise in einem zweiten Prozeß verteidigen, wenn der Gläubiger sich nicht bei der Vollstreckung an die neue materielle Rechtslage halte. Hält sich der Neuschuldner nicht an die Rechtslage, ist nach der vom *BGH* vertretenen Auffassung der Gläubiger zu einem zweiten Rechtsstreit gegenüber diesem und möglicherweise sogar zu einem dritten Rechtsstreit gegenüber dem Altgläubiger gezwungen, wenn sich herausstellt, daß die Schuldübernahme nicht rechtens war. Geht man dagegen von einer Rechtskrafterstreckung aus, kommt es zu den einfacheren Verfahren gem. §§ 727, 731 ZPO⁵³. Es läßt sich auch nicht zugunsten der Auffassung des *BGH* anführen, der zweite Rechtsstreit gegen den Neuschuldner laufe aufgrund der Schuldübernahme nunmehr einfacher als gegen den Erstschuldner. Das könnte man allenfalls dann annehmen, wenn die Schuldübernahme als deklaratorisches Schuldanerkennnis des Neugläubigers gewertet werden könnte. Dies ist aber ohne einen besonderen Anhaltspunkt nicht möglich⁵⁴. Dagegen spricht die Regelung des § 417 I BGB. Folglich läuft der Rechtsstreit gegen den Neugläubiger nicht ähnlich einfach wie die Rechtsbehelfe auf Erteilung der Klausel.

Bei einer prozeßwirtschaftlichen Argumentation ist es sicherlich angebracht, danach zu fragen, wie sich die Angelegenheit im Regelfall weiter entwickeln wird.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der laufende Rechtsstreit zu Ende zu führen und anschließend die Umschreibung der Klausel zu betreiben. Dagegen ist es im Regelfall sicherlich nicht zu befürchten, daß der Gläubiger sich rechtsuntreu verhält und den Urschuldner gleichwohl noch in Anspruch nimmt.

Aufgrund einer wirtschaftlichen Einschätzung der Situation wird man sogar behaupten können, daß ein Gläubiger, der einer Schuldübernahme zugestimmt hat, sich im Zweifelsfall auch an die durch sie veränderte

⁵³KG ZZP 62,91 = JW 1938,1916 kommt mit dem Hinweis auf die Prozeßwirtschaftlichkeit zum gegenteiligen Ergebnis des *BGH*.

⁵⁴Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), § 417,31.

Rechtslage halten wird; in der Regel wird er doch der Schuldübernahme deswegen zugestimmt haben, weil er sich von dieser einen Vorteil versprochen hat.

Nach der Auffassung des *BGH* ist der laufende Rechtsstreit sogleich zu beenden. Zur Erlangung eines Titels wird auf jeden Fall ein zweiter Rechtsstreit erforderlich, wobei der Gläubiger Gefahr läuft, bereits ausgeräumte Verteidigungsbarrieren erneut beseitigen zu müssen.

Damit zeigt sich, daß die vom *BGH* vorgenommene Verfahrensweise eindeutig aufwendiger ist. Teilt man die Meinung, daß die Schuldübernahme noch vom Wortlaut und der Absicht des § 265 ZPO erfaßt wird, hat allerdings bereits der Gesetzgeber zugunsten der hier vertretenen Position die Wertung vorgenommen.

Die Argumentation des *BGH*, eine Ablehnung des §§ 265,325 ZPO sei auch aus prozeßwirtschaftlicher Sicht geboten, verliert vollends an Überzeugungskraft, wenn der Rechtsstreit gegen den Urschuldner verloren geht. Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies nur mit der Begründung geschehen, die übernommene Forderung bestehe nicht, weil die Übernahme ohne Einfluß auf den Rechtsstreit bleibt. Ein Folgeprozeß gegen den Übernehmer ist unzulässig, weil der Übernehmer sich auf die rechtskräftige Abweisung der Forderung berufen kann. Die Rechtskraft wirkt ja zu Lasten und zugunsten des Nachfolgers⁵⁵. Daß es bei Verneinung der Forderung genau genommen gar keinen Nachfolger gibt, spielt keine Rolle. Die fehlende Möglichkeit einer Nachfolgerschaft steht aufgrund des abweisenden Urteils fest. Nach der Sichtweise des *BGH* ist der Prozeß gegen den Urschuldner zu beenden. Trägt der Gläubiger der Schuldübernahme keine Rechnung, etwa weil er deren Rechtswirksamkeit bestreitet, kann er den Rechtsstreit verlieren, weil das Gericht eine Schuldübernahme annimmt oder weil es die Forderung verneint. In allen Fällen ist der Folgeprozeß des Gläubigers denkbar oder sogar naheliegend. Trägt der Gläubiger der Schuldübernahme Rechnung und beendet den Prozeß gegen den Urschuldner, ist für eine Titulierung bei einem Streit zwischen dem Gläubiger und Übernehmer ein zweiter Rechtsstreit

notwendig. Verliert dagegen der Gläubiger, weil eine Übernahme bejaht oder die Forderung verneint wird, kann er auf jeden Fall die Forderung erneut gegenüber dem Übernehmer einklagen, ohne daß die vorausgegangene Entscheidung irgendeine Bindung entfaltet. Diese Häufung von Prozessen kann keinesfalls gewünscht sein.

Auch das Argument *Schilkens*, es bestehe kein Bedürfnis, dem Gläubiger eine Verdopplung der Rechtskrafterstreckung zu ermöglichen, ist mit den vorangegangenen prozeßökonomischen Erwägungen nicht in Einklang zu bringen. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, daß insoweit ohnehin kein Unterschied zur Lage ist, bei welcher der Beklagte den Streitgegenstand veräußert. Die Rechtskrafterstreckung wirkt sich im jeweiligen Regreß aus, für welchen die Rechtsbeziehung zum Streitgegenstand vorgreiflich ist.

Im übrigen könnte auch bei einer Verneinung der Anwendung des § 265 ZPO doppelte Rechtskrafterstreckung vom Gläubiger erzielt werden. Sieht man in der Schuldübernahme das erledigende Ereignis, ist es Sache des Gläubigers, die Erledigung zu erklären. Solange der Beklagte sich nicht dieser Erklärung angeschlossen hat, besteht die Rechtshängigkeit fort. Die Klage kann ohne weiteres auf den Neuschuldner erweitert werden, denn die Voraussetzungen der §§ 59 ff ZPO liegen bei Altschuldner, der auf Feststellung der Erledigung in Anspruch genommen wird, und Neuschuldner, der auf Leistung in Anspruch genommen wird, regelmäßig vor. Nur wenn sich der Altschuldner der Erledigungserklärung anschließt, entgeht er einer rechtskraftfähigen Entscheidung in der Sache.

d. Zum Abschluß ist noch darauf hinzuweisen, daß bei einer Anwendung der Vorschriften über die Rechtskrafterstreckung auf den Schuldübernehmer die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 325 II ZPO, welcher eine Rechtskrafterstreckung verhindert, nicht in Betracht kommt. Auf die Streitfrage, ob § 325 II ZPO stets den Erwerb vom Nichtberechtigten voraussetzt⁵⁶, oder auch ein Erwerb vom Berechtigten hier einzu-

⁵⁵Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 325,5.

⁵⁶Stein-Jonas-Leipold, § 325,33ff,38; MüKoZPO-Gottwald, § 325,84,88; Blo-meyer, Erkenntnisverfahren, § 92 III 2, S.515.

ordnen ist und die Gutgläubigkeit sich dann nur auf das Fehlen der Rechtshängigkeit beziehen muß⁵⁷, kommt es nicht an. Ein gutgläubiger Erwerb hat als Rechtsfolge, daß der Erwerber trotz des Rechts eines anderen erwirbt oder lastenfrei erwirbt. Diese Fallgestaltung liegt bei einer Schuldübernahme nicht vor. Der Schuldübernehmer übernimmt die Last. Es ist nicht vorstellbar, daß bei diesem Vorgang neben den Ansprüchen des Gläubigers auch noch Rechte Dritter übernommen werden, ohne daß der Übernehmer dies auch will. Dazu bedürfte es einer weiteren Schuldübernahme. Als Last kommt allenfalls die Eigenschaft der bereits bestehenden Rechtshängigkeit in Frage. Dennoch nützt hier ein etwaiger guter Glaube des Übernehmers diesem nichts. Das materielle Recht sieht für einen solchen Rechtsvorgang keine Rechtsfolge für eine Gutgläubigkeit vor. Eine Analogie zur Aktivseite könnte ohnehin nur in einem Vergleich mit einem Forderungserwerb bestehen. Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist in unserer Rechtsordnung aber gerade nicht vorgesehen⁵⁸.

⁵⁷Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 325,9, Thomas/Putzo-Reichold, § 325,8.

⁵⁸vgl. nur Staudinger-Kaduk, (10./11.Aufl.), Einl. § 398,98 u. § 398,133.

E. Die Tragweite der Rechtskraft bei der Übernahme einer rechtskräftigen Schuld

1. *Gleichbehandlung der Schuldübernahme während eines Rechtsstreits und nach Rechtskraft*
2. *Die aufwendigere Lösung der herrschenden Meinung über die Auslegung der zur Interzession führenden Willenserklärung*

1. (Gleichbehandlung der Schuldübernahme während eines Rechtsstreits und nach Rechtskraft) Wird eine bereits rechtskräftig festgestellte Schuld übernommen, gilt in dogmatischer Hinsicht grundsätzlich nichts anderes als bei einer Übernahme während des laufenden Prozesses, welche gerade behandelt wurde. In § 325 ZPO wird für eine Rechtskrafterstreckung darauf abgestellt, ob es zur Nachfolge nach Rechtshängigkeit gekommen ist, eine Unterscheidung zwischen Übernahme nach Rechtshängigkeit und nach Rechtskraft wird dabei nicht gemacht. Naturgemäß ist bei einer Übernahme nach Rechtskraft für eine Anwendung des § 265 ZPO kein Raum mehr; diese Vorschrift findet auch auf das Vollstreckungsverfahren isoliert keine Anwendung¹. Nach der hier vertretenen Ansicht sind jedoch die §§ 325, 727 ZPO heranzuziehen². Der Gläubiger kann den Titel gegen den Übernehmer umschreiben lassen, der alte Schuldner kann sich gem. § 767 ZPO gegen eine weitere Inanspruchnahme durch den Gläubiger wehren. Einer erneuten Klage wegen der übernommenen Schuld steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Da der Anwendungsbereich des § 325 ZPO betroffen ist, müßte die Klage aus diesem Grund und nicht nur wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, sondern als unzulässig abgewiesen werden³. Dabei ist das Wort „nur“ nach der bisherigen Erörterungen an sich fehl am Platz, denn oben wurde die Auffassung vertreten, daß es grundsätzlich bei den Zulässigkeitsmerkmalen keine Rangfolge gibt, sondern das Gericht bei der Abweisung als unzulässig in der Auswahl des rechtlichen

¹BGHZ 89,15 = NJW 1984,353; BGHZ 92,347; Zöller-Greger, § 265,11; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 50 IV 2b, S.266.

²Im Civilprozess des gemeinen Rechts ging die exceptio rei iudicatae auf denjenigen über, der nach der Streitbefestigung im Wege der Universalsukzession oder der Singularsukzession an die Stelle des Klägers oder des Beklagten getreten ist. Dabei wurden als Singularsukzessoren auch diejenigen betrachtet, welchen dingliche Rechte an dem Streitobjekt bestellt worden sind, vgl. Wetzell, System, § 47 1a, S.521.

³Ob Zöller-Vollkommer, § 325,24,34 diese Konsequenz ebenfalls zieht, wird nicht sichtbar.

Gesichtspunkts frei ist⁴. Die Betonung der entgegenstehenden Rechtskraft gegenüber dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis ist aber dann gerechtfertigt, wenn man die Behandlung des Rechtsschutzbedürfnisses durch die Praxis einbezieht. Sein Vorhandensein wird vielfach recht großzügig bejaht oder auch offengelassen, wenn die Prüfung der materiellen Rechtslage sich einfach gestaltet. Die entgegenstehende Rechtskraft kann aber so niemals überwunden werden. Findet die Schuldübernahme nach Rechtskraft hinsichtlich der betroffenen Schuld statt, kommt die Möglichkeit einer Schuldübernahme ohne diese Eigenschaft der rechtskräftigen Feststellung infolge einer Anwendung des § 325 II ZPO nicht in Betracht.

Leipold, der eine Anwendung des § 325 ZPO auf die Schuldübernahme ablehnt, meint aber immerhin, für den Fall einer Schuldübernahme nach Rechtskraft könne man vielleicht rechtspolitisch über den Standpunkt des Gesetzes streiten⁵. Er führt dann aber gegen eine solche Anwendung als systematisches Argument an, daß eine Unterscheidung zwischen einer Nachfolge nach Rechtshängigkeit, aber vor Rechtskraft und einer solchen nach Rechtskraft im Gesetz nicht vorgesehen sei. Ob trotz dieses Umstands *Vollkommer* eine Differenzierung in der jeweiligen Begründung vornimmt, ist nicht zu überblicken. Er zieht nämlich für eine Schuldübernahme, die nach Rechtshängigkeit, aber vor Rechtskraft stattgefunden hat, die §§ 265, 325 ZPO uneingeschränkt heran⁶, während er die Übernahme nach Rechtskraft als Fall der Rechtskrafterstreckung kraft materiellrechtlicher Abhängigkeit einordnet⁷, sicherlich aber ohne bei der Rechtsanwendung im Ergebnis einen Unterschied zu machen. Jegliche Differenzierung ist auch unangebracht; entweder man entscheidet sich konsequenterweise für eine Anwendung des § 325 ZPO auf die Schuldübernahme im dort aufgezeigten Umfang oder man lehnt eine Anwendung ab. Eine Differenzierung aus dogmatischen Gesichtspunkten innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift kann schwerlich plausibel gemacht werden.

⁴oben II 3.

⁵Stein-Jonas-Leipold, § 325,29-31.

⁶Zöller-Vollkommer, § 325,25 (21. Auflage); jetzt distanzierter: § 325,25.

⁷Zöller-Vollkommer, § 325,24.

Auch aus Zumutbarkeitserwägungen läßt sich die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen einer Übernahme nach Rechtshängigkeit, aber vor Rechtskraft und einer Übernahme nach Rechtskraft nicht erkennen. Der Übernehmer, der die Rechtshängigkeit kennt, läßt sich bewußt darauf ein, daß für die übernommene Schuld Rechtskraft eintritt. Ist ihm lediglich die Rechtshängigkeit bewußt, kann er allenfalls darauf hoffen, daß vom Gericht die übernommene Schuld verneint wird. Diese Hoffnung des Übernehmers kann freilich kein Gesichtspunkt sein, die Übernahme während des laufenden Rechtsstreits anders zu behandeln als eine solche nach Rechtskraft. Die Beachtlichkeit der Hoffnung eines Übernehmers, die Übernahme gehe mangels übernommener Schuld ins Leere, würde der Natur der Schuldübernahme widersprechen, die ja gerade auf eine Interzessionswirkung ausgelegt ist. Im übrigen ist eine Besserstellung des Schuldübernehmers während des laufenden Rechtsstreits gegenüber demjenigen nach Rechtskraft auch deswegen unter Zumutbarkeitserwägungen nicht angebracht, weil der Übernehmer während der Rechtshängigkeit die Möglichkeit hat, sich als Nebenintervenient am laufenden Rechtsstreit zu beteiligen und damit das Ergebnis zu beeinflussen. Kraft Gesetzes gilt diese allerdings trotz der Rechtskrafterstreckung gem. § 325 ZPO nicht als streitgenössische Nebenintervention; § 265 II ZPO schließt die Anwendung des § 69 ZPO ausdrücklich aus. Er kann sich also mit der Verteidigung nicht in Widerspruch zum unterstützten Altschuldner setzen, während der streitgenössische Nebenintervenient Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Rechtsmittel auch gegen den erklärten Willen der unterstützten Partei geltend machen kann⁸.

Gab es keine Kenntnis von der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft bei der Übernahme, scheint eine Unterscheidung unter dem Aspekt der Zumutbarkeit schon deswegen nicht angebracht, weil es gar keinen tatsächlichen subjektiven Anhaltspunkt beim Übernehmer gibt. Der Übernehmer wird sich jeweils auf seine Leistungspflicht gleichermaßen einstellen.

2. (Die aufwendigere Lösung der herrschenden Meinung über die Auslegung der zur Interzession führenden Willenserklärung) Die Gegner einer Anwendung des § 325 ZPO auf die Schuldnachfolge müssen

⁸BGHZ 89,125 = NJW 1984,353; Thomas/Putzo-Putzo, § 69,7; Zöller-

durchweg aufwendiger derartige Fälle lösen. Allerdings wird, wie schon erwähnt, die Übernahme einer bereits rechtskräftigen Schuld regelmäßig auch dazu führen, daß sich der Übernehmer der Schuld bei einer verständigen Auslegung an der rechtskräftigen Feststellung gegenüber dem Urschuldner ebenfalls festhalten lassen muß⁹. Er kann nur diejenigen Einwände geltend machen, welche der Urschuldner gem. § 767 II ZPO ohne die Übernahme hätte anführen können. Folgt man der Ansicht, daß für die Schuldübernahme § 325 ZPO nicht einschlägig ist, so ist der Bemerkung *Blomeyers* beizupflichten, daß eine solche Auslegung mit einer Rechtskrafterstreckung nichts zu tun habe¹⁰. Der Gläubiger muß den Übernehmer erneut verklagen. In diesem Prozeß ist die übernommene Schuld jedoch entsprechend ihrer rechtskräftigen Feststellung gegenüber dem Urschuldner als einwendungs- und einredefrei zu behandeln. Insoweit entspricht dann die Rechtslage aufgrund der Auslegung der Willenserklärung, welche die Schuldübernahme zum Ausdruck gebracht hat, derjenigen, bei welcher der Schuldner ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis abgegeben hat.

Ob die Auslegung auch dem Gläubiger hilft, wenn der Übernehmer bei der Übernahme von der Rechtskraft nichts weiß, erscheint zweifelhaft. *Blomeyer* behandelt diesen Fall im Ergebnis ebenso wie denjenigen, bei welchem die Rechtskraft bekannt ist, weil der Übernehmer bei der Schuldübernahme von der Beständigkeit der Schuld gerade ausgeht und ihm deshalb die Bindung zumutbar sei¹¹. Hier kann an die Überlegungen angeschlossen werden, die sich gegen eine Differenzierung zwischen der Übernahme nach Rechtshängigkeit und nach Rechtskraft aus Zumutbarkeitserwägungen gewendet haben. Dem dürfte auch nicht entgegenstehen, daß jegliche Auslegung an den Willen der am Rechtsgeschäft Beteiligten anknüpfen muß und ein solcher Wille, für eine bereits rechtskräftig festgestellte Schuld eintreten zu müssen, möglicherweise nicht vorhanden ist, wenn der Übernehmer von der Rechtskraft nichts weiß und auch nicht mit einer solchen rechnet¹². Hier wird man aber mit dem entspre-

Vollkommer, § 69,7; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 50 VI 2 b, S. 272.

⁹vgl. vorn IV A 1a FN 6.

¹⁰Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 II, S.519 u. ZZZ 75,1,21.

¹¹Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 II, S.519 u. ZZZ 75,1,21.

¹²Fehlende Vorstellungen bei Unkenntnis des Übernehmers führt Hüffer gegen die Zumutbarkeitsargumentation Blomeyers an, vgl. ZZZ 85,229,237.

chenden objektiven Erklärungswert der Übernahmeerklärung arbeiten können, der sicherlich dahin geht, daß die Schuld so übernommen wird, wie sie im Augenblick der Übernahme gegen den Schuldner besteht. Dies schließt deren rechtskräftige Feststellung ein. Dagegen wird man nicht eine Willenserklärung des Übernehmers mit der Begründung ablehnen können, es fehle an einem Erklärungsbewußtsein, welches nach herrschender Meinung zum Bestandteil einer Willenserklärung gehört¹³. Dem Übernehmer ist ja bei der Übernahmeerklärung bewußt, daß seiner Erklärung eine rechtliche Bedeutung zukommt.

Dem Urschuldner kann sicherlich auch die Pflicht auferlegt werden, den Übernehmer zu informieren. Ob man im Fall des § 414 BGB auch für den Gläubiger eine Offenbarungspflicht hinsichtlich der Rechtskraft postuliert, wird sich danach beurteilen, ob es zwischen dem Gläubiger und Übernehmer ein der Übernahme zugrunde liegendes Rechtsverhältnis gibt. Fehlt es an einem solchen, muß die Offenbarungspflicht des Gläubigers verneint werden. Die Übernahme selbst erzeugt als abstraktes Rechtsgeschäft nicht irgendwelche Nebenpflichten, aus deren Verletzung ein Anspruch aus einer positiven Forderungsverletzung hergeleitet werden könnte. Der Übernehmer hat sich an den Urschuldner zu halten. Auf die sich möglicherweise ergebende Anfechtungsproblematik mit der Frage, wer für den Übernehmer als Anfechtungsgegner anzusehen ist, soll hier nicht eingegangen werden¹⁴.

Es dürfte aber in der Rechtspraxis eher die Ausnahme sein, daß im Zuge der Verhandlungen über eine Schuldübernahme die rechtskräftige Feststellung nicht zur Sprache kommt. Dies ergibt sich schon daraus, daß dem genehmigungspflichtigen Gläubiger daran gelegen sein wird, dem zur Übernahme Bereiten vor Augen zu führen, daß die Schuld aufgrund ihrer rechtskräftigen Feststellung über jeden Zweifel erhaben ist.

Abschließend wird noch einmal deutlich gemacht, daß ein vollständiger Lösungsgang auch nach der herrschenden Meinung, die nur eine Bindungswirkung über eine Auslegung der zur Interzession führenden Wil-

¹³zum Meinungsstand vgl. Erman-Palm, vor § 116,3.

¹⁴vgl. dazu Hirsch, JR 1960,291; Rimmelpacher, JR 1969,202.

lenserklärung akzeptiert, nicht daran vorbei kommt, sich im Rahmen der Zulässigkeit mit der hier vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen.

F. Praktische Auswirkungen der Meinungsunterschiede zur Rechtskrafterstreckung bei der Schuldübernahme, insbesondere bei Regreßfragen

1. *Der Erstprozeß des Gläubigers gegen den Übernehmer*
2. *Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner*
 - a. *Regreß gegenüber dem Urschuldner bei Verurteilung des Übernehmers*
 - b. *Regreß des Urschuldners bei Abweisung gegenüber dem Übernehmer*
 - c. *Besonderheiten im Bereich der Bindungswirkung*
3. *Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner*
 - a. *Kein Bindungsinteresse bei Verurteilung des Übernehmers*
 - b. *Regreß gegenüber dem Urschuldner bei Abweisung der Klage gegenüber dem Übernehmer*
 - *Abweisung wegen Verneinung der Schuldübernahme*
 - *Abweisung wegen Verneinung der übernommenen Schuld*

Die Frage, ob eine Rechtskrafterstreckung stattfindet, ist nicht nur bei einer im Verlauf oder nach Abschluß eines Rechtsstreits eintretenden Nachfolge von Bedeutung. Sie stellt sich zudem immer dann, wenn nach einem ungünstigen Ausgang vom Unterlegenen Rückgriff genommen wird. Schließlich gibt es noch die erweiterte Fragestellung, ob der Ausgang des Rechtsstreits über den Rückgriff einen weiteren Rückgriff auch gegenüber demjenigen erlaubt, der aus dem ersten Prozeß siegreich hervorgegangen ist oder ob hier der Erfolg des ersten Prozesses entgegensteht.

1. (Der Erstprozeß des Gläubigers gegen den Übernehmer) Nicht die Anwendbarkeit der §§ 265,325 ZPO, sondern nur die Rückgriffsproblematik ist naturgemäß dann zu diskutieren, wenn die Schuldübernahme zu einem Zeitpunkt stattgefunden hat, zu welchem noch kein Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner anhängig ist oder ein solcher sogar schon entschieden ist. Für die herrschende Meinung stellt sich auch bei einer Übernahme während eines Rechtsstreits oder nach Rechtskraft die Rückgriffsproblematik niemals anders dar, weil jegliche Bindungswirkung abgelehnt wird.

Ist allerdings zum Zeitpunkt der Schuldübernahme noch kein Rechtsstreit anhängig und wird dann die übernommene Schuld vom Übernehmer nicht erfüllt, wird typischerweise der Gläubiger den Übernehmer verklagen, denn die Klage gegenüber dem Urschuldner müßte abgewiesen wer-

den, weil die Schuldübernahme für diesen schuldbefreiend gewirkt hat. Der Gläubiger wird sich auch regelmäßig über diese Situation im klaren sein, weil er notwendigerweise an der Übernahme mitgewirkt hat. Einen Erstprozeß gegen den Urschuldner wird es demzufolge bei vernünftigem Vorgehen des Gläubigers nur dann gegeben, wenn er berechtigte Zweifel an dem Vorliegen der Übernahme hegt und er deshalb der Klage gegen den Urschuldner trotz der in Rede stehenden Schuldübernahme noch Erfolgsaussicht beimißt.

Keinesfalls ist der Gläubiger, der hinsichtlich der Wirksamkeit der Schuldübernahme unsicher ist, zur Geringhaltung seines Prozeßrisikos in der Lage, sowohl den Altschuldner als auch den Übernehmer in einem Rechtsstreit in Anspruch nehmen. Eine solche subjektive Klagehäufung müßte, da nach der materiellen Rechtslage denknotwendig nur entweder der Altschuldner oder der Übernehmer schuldet, in der Weise geschehen, daß einer der beiden in erster Linie und der zweite hilfsweise für den Fall des Unterliegens gegenüber dem ersten verklagt wird. Eine solche subjektive, eventuelle Klagehäufung wird jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht anerkannt¹, weil der Ausgang des Rechtsstreits gegen den vorrangig Beklagten für den hilfsweise Beklagten eine außerprozessuale Bedingung darstellt. Eine solche bedingte Klageerhebung ist jedoch unzulässig. Man kann sich allenfalls vorstellen, daß die Wirksamkeit oder die Unwirksamkeit der Schuldübernahme als vorgreifliches Rechtsverhältnis im Wege der Feststellungsklage gegenüber beiden, also gegenüber Altschuldner und Übernehmer geltend gemacht wird. Dies setzt aber voraus, daß sowohl der Altschuldner, als auch der Neuschuldner über die Wirksamkeit der Übernahme eine andere Auffassung vertreten als der Gläubiger; geht jedoch einer der beiden in diesem Punkt mit dem Gläubiger konform in der Beurteilung der Rechtslage, fehlt diesem gegenüber das Feststellungsinteresse.

Wird der Übernehmer vom Gläubiger in Anspruch genommen, ist er mit einer Verteidigung aus dem Innenverhältnis zum Urschuldner gem.

¹RGZ 58, 248(249f); BGH NJW 1972,2302 = MDR 1973,742; BAG NJW 1994,1084 Zöller-Vollkommer, § 60,10; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 59,3; Thomas/Putzo-Putzo, § 60,5; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 65 IV 3b, S.358; a.A. Rosenberg-Schwab, § 49 II 1a γ, S.280.

§ 417 II BGB ausgeschlossen. Dagegen kann er gem. § 417 I BGB den Bestand der übernommenen Schuld bestreiten². Er kann sich darüber hinaus auch gegen die Wirksamkeit der Übernahme wenden. Das Gericht ist selbstverständlich in der Prüfungsreihenfolge frei; etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Dispositionsbefugnis einer Prozeßpartei durch das Vorgehen des Gerichts betroffen wird. Das ist aber bei der Bestimmung der Prüfungsreihenfolge zweifelsfrei nicht der Fall, da bei der Inanspruchnahme aus einer Schuldübernahme ein einheitlicher Streitgegenstand vorliegt. Dieser ist lediglich zusammengesetzt aus dem Übernahmeakt und der Urschuld³.

Wie schon erwähnt, gelten nach der herrschenden Meinung diese materiellrechtlichen Überlegungen immer. Es bleibt also ohne Bedeutung, ob die Schuldübernahme während oder nach einem Rechtsstreit stattgefunden hat, der mit Rechtskraftwirkung abgeschlossen wurde. Bei einer Schuldübernahme während des Rechtsstreits stellt sich lediglich die Frage, ob seitens des Übernehmers die Zustimmung zu einem gewillkürten Parteiwechsel gegeben wird. In diesem Fall scheidet der Urschuldner aus. Er ist keinesfalls dann an das Ergebnis des Rechtsstreits gebunden.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung kann es mit Zustimmung zu einem gewillkürten Parteiwechsel kommen. Allerdings ist bei der favorisierten Sicht der gewillkürte Parteiwechsel für den Gläubiger nicht sonderlich attraktiv, da der Übernehmer nach Rechtshängigkeit ohnehin an den Ausgang des mit dem Schuldner weiterzuführenden Rechtsstreits gebunden ist. Diese doppelte Bindung von Urschuldner und Übernehmer ginge bei einem gewillkürten Parteiwechsel verloren, so daß der Gläubiger kaum um die Zustimmung zum Parteiwechsel nachsuchen wird.

Kommt es nach Rechtskraft zur Schuldübernahme, ist für die herrschende Meinung als zusätzliche materiellrechtliche Erwägung die Bindung

²Daß in der Schuldübernahme ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis liegen kann, steht den folgenden Überlegungen nicht entgegen, sondern schränkt allenfalls die Verteidigungsmöglichkeit auf bei Übernahme unbekannte oder neue Einwände ein.

³Ebenso kann bei der Klage aus abgetretenem Recht die Abweisung damit begründet werden, daß keine wirksame Abtretung vorliegt oder daß keine Forderung besteht. Das Gericht ist in der Wahl der Begründung frei.

des Übernehmers an den Ausgang des gegen den Urschuldner geführten Rechtsstreits über eine Auslegung denkbar.

2. (Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner) Wird gegen den Übernehmer der

Erstprozeß geführt oder nach einem Beginn gegen den Urschuldner dieser gegen den Übernehmer zu Ende geführt, ist das Interesse des Übernehmers an einer Bindung des Schuldners an die Entscheidung nicht unbedingt von deren Ergebnis abhängig. Es kann sowohl bei seiner Verurteilung, als auch bei einer Klageabweisung vorliegen.

a. Bei einer Verurteilung spielt die Bindungswirkung für den Fall des Regresses beim Urschuldner eine Rolle.

Diese kann sich nur aus seinem Innenverhältnis zum Urschuldner ergeben. Ein Forderungsübergang hinsichtlich der übernommenen Schuld kommt bei einer Befriedigung des Gläubigers nicht in Betracht. Ein solcher ist im Gesetz nicht vorgesehen, denn durch die Übernahme sollte der Urschuldner ja befreit werden. Daß deswegen kein Raum für einen Forderungsübergang wäre und deshalb eine gesetzliche Anordnung unsinnig wäre, läßt sich freilich nicht sagen. Denn daß der Urschuldner keinesfalls mehr etwas mit der Urschuld nach einer Schuldübernahme zu tun haben soll, zeigt allein die Regreßmöglichkeit im Innenverhältnis. Typischerweise dürfte aber die Rechtsbeziehung zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner mit dem Übernahmeakt oder zeitnah ausgeglichen worden sein, so daß im Normalfall kein Bedürfnis für einen Forderungsübergang bestehen wird. Sofern das Innenverhältnis einen Ausgleich erlaubt, entspricht dieser in erster Linie den getroffenen Vereinbarungen, jedenfalls aber wird man ebenso wie beim Bürgen, wenn ausdrückliche Absprachen fehlen, auf den Maßstab eines Auftragsverhältnisses zurückgreifen können. Danach ist gem. § 670 BGB diejenige Aufwendung zu ersetzen, die der Übernehmer für erforderlich halten durfte. Dies bedeutet, daß es nicht notwendigerweise auf die Richtigkeit des Urteils zwischen Gläubiger und Übernehmer ankommt, da die übernommene Schuld kein präjudizielles Rechtsverhältnis für einen Ausgleichsanspruch darstellt. Andererseits würde aber eine Bindung den

Urschuldner aber auch nicht aller Verteidigungsmöglichkeiten berauben. Im wesentlichen läuft es darauf hinaus, daß der im Prozeß gegenüber dem Gläubiger unterlegene Übernehmer sich vom Urschuldner den Einwand gefallen lassen muß, er habe nicht alle Verteidigungsmöglichkeiten ausgeschöpft.

Da nach herrschender Meinung unter keinen Umständen, nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls bei einer Übernahme vor Rechtshängigkeit kein rechtlicher Ansatzpunkt für eine Bindung des Urschuldners an die Verurteilung des Übernehmers gegenüber dem Gläubiger gegeben ist, kann sich der Übernehmer gegenüber dem Urschuldner nur im Umfang des § 68 ZPO durch Streitverkündung schützen. Große praktische Bedeutung kommt der Streitverkündung allerdings nicht zu. Hier wird vor allem an eine Verjährungshemmung gem. § 204 Nr. 6 BGB (früher Verjährungsunterbrechung gem. § 209 Nr.4 BGB a.F.) zu denken sein. Dabei wird für die Verjährungshemmung (Verjährungsunterbrechung) nicht der tatsächliche Bestand eines Ersatzanspruchs für den Fall des Unterliegens gefordert, sondern es kommt darauf an, ob der Streitverkünder glaubt, im Fall des Unterliegens gegenüber dem Streitverkündeten einen Anspruch zu haben⁴. Die Streitverkündung muß nur in einem Rechtsstreit erfolgen, dessen ungünstiger Ausgang für einen Ersatzanspruch präjudiziell sein kann.

b. Aber auch das Interesse des Übernehmers im Falle der Abweisung der Klage des Gläubigers an einer Bindung des Urschuldners an dieses Ergebnis ist nicht nur theoretischer Natur. Die Gefahr seiner Inanspruchnahme ist nämlich dadurch nicht endgültig gebannt. Ist der Gläubiger an seine Niederlage gegenüber dem Übernehmer im Verhältnis zum Urschuldner nicht gebunden, kann er sich an diesen wenden. Die Niederlage des Gläubigers gegenüber dem Übernehmer kann erfolgen, weil die Schuldübernahme verneint wird oder weil die übernommene Schuld verneint wird. Beide Gesichtspunkte erscheinen für die herrschende Meinung immer gleichrangig. Für das Gericht besteht folglich nach der herrschenden Meinung Freiheit, in welcher Reihenfolge geprüft wird. Bei

⁴Erman-Hefermehl, § 209,14.

einem Erfolg des Übernehmers gegenüber dem Gläubiger droht für den Übernehmer wiederum Regreß des Urschuldners.

Ein solches Vorgehen des Gläubigers liegt sehr nahe, wenn die Klage gegenüber dem Übernehmer abgewiesen wurde, weil eine wirksame Übernahme verneint wurde. Da die Bindung an die Schuldnachfolge knüpft und es an dieser fehlt, besteht bei einer solchen Konstellation auch nach der hier vertretenen Auffassung keinerlei Bindungswirkung aus vorausgegangenen Rechtsstreitigkeiten für einen Regreß des Urschuldners gegenüber dem Übernehmer. Eine Bindung an die Feststellung, es liege keine wirksame Übernahme vor, würde dem Übernehmer jetzt auch keinen Vorteil bringen. Möglicherweise hat der Urschuldner gegen den Übernehmer sogar aufgrund des Innenverhältnisses einen Anspruch auf Befreiung der Schuld gegenüber dem Gläubiger oder er kann die Herstellung einer wirksamen Schuldübernahme immer noch verlangen. An diesen Anspruch kommt der Gläubiger aber nur mit einem Titel gegenüber den Urschuldner heran, aufgrund dessen dann der Anspruch auf Befreiung oder Durchführung der Schuldübernahme gepfändet werden kann.

Wird dagegen die Klage des Gläubigers gegen den Übernehmer mangels Forderung abgewiesen und entschließt sich der Gläubiger gleichwohl, sein Glück noch einmal beim Urschuldner zu suchen, so spricht bei einem Erfolg des Gläubigers im zweiten Anlauf vieles für einen Rückgriff des Schuldners beim Übernehmer. Der Übernehmer kann den Rückgriff auch in diesem Fall nicht mit dem Hinweis abwehren, ihm gegenüber sei die Forderung bereits durch ein rechtskräftiges Urteil verneint worden. Eine Entfaltung einer Bindungswirkung scheidet bereits deswegen aus, weil die übernommene Schuld als solche überhaupt nicht im Subsumtionsprogramm des Innenverhältnisses vorkommt. Im Innenverhältnis geht es nur darum, ob der Übernehmer Aufwendungen im Interesse des Urschuldners hätte tätigen müssen. Dieses Prüfungsprogramm erlaubt auch bei einer Klageabweisung des Gläubigers gegenüber dem Übernehmer die Würdigung, daß der Übernehmer gleichwohl leisten muß. Eine solche Würdigung ist spätestens dann nicht ganz fernliegend, wenn der Übernehmer von einem Erfolg des Gläubigers gegenüber dem Urschuldner

erfährt. Eine Streitverkündung des Übernehmers gegenüber dem Urschuldner im ersten Prozeß kann den Übernehmer nicht vor dieser Situation bewahren. Sie hilft ihm schon deshalb nicht, weil er ja den ersten Prozeß gewonnen hat. Eine wirksame Streitverkündung zielt gem. § 72 ZPO auf einen Fall eines ungünstigen Ausgangs im Erstprozeß. Dies bedeutet, daß der Anspruch des Erstprozesses mit dem Anspruch des Streitverkünders im wechselseitigen Ausschluß stehen muß⁵.

Schließlich ist noch zu beachten, daß auch bei einer Klageabweisung der Klagen des Gläubigers sowohl gegenüber dem Übernehmer, als auch anschließend gegenüber dem Urschuldner für den Übernehmer seitens des Urschuldners für den Übernehmer Regreß drohen kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Schuldübernahme nicht unentgeltlich für den Schuldner erfolgt ist. Dann ist das zugrunde liegende Kausalgeschäft zwischen Urschuldner und Übernehmer fehlgeschlagen. Sollte der Übernahmeakt der Schuldübernahme gescheitert sein, ist ein Anspruch gem. § 812 I 2 (2.Alt.) BGB vorzuschlagen; sollte die übernommene Forderung fehlen, ist an eine Lösung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit zu denken, welche ebenfalls auf eine Kondiktion hinauslaufen kann. Nach der herrschenden Meinung gibt es keinerlei Bindungswirkungen für derartige Rückgriffsmöglichkeiten.

c. Im Bereich der hier vertretenen Bindungswirkung gibt es Unterschiede zu der eben beschriebenen Rechtslage.

Zunächst ist allerdings in das Gedächtnis zurückzurufen, daß nach der hier vertretenen Auffassung die Klage gegen den Urschuldner bei einer Übernahme während eines laufenden Prozesses weiterverfolgt werden muß, sofern der Gläubiger nicht die Hauptsache für erledigt erklärt oder es einvernehmlich zu einem Austausch des Beklagten kommt. Wird dann im laufenden Prozeß eine Übernahme verneint, scheidet naturgemäß jegliche Bindungswirkung aus, weil § 265 ZPO nicht eingreifen kann.

⁵BGH NJW 89,522; Köln NJW RR 1991,1535; Zöller-Vollkommer, § 72,5; Häsemeyer, ZZP 84,182; a.A. Thomas/Putzo-Putzo § 72,6: es kommt nicht auf den Ausgang des Vorprozesses an.

Die Rechtslage wird etwas komplizierter, wenn die Vereinbarung der Übernahme während des laufenden Rechtsstreits zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner streitig ist. Bei einem Bestreiten der Schuldübernahme durch den Gläubiger ist es selbstverständlich Sache des Urschuldners, diese nachzuweisen. Er stellt ja seine zunächst gegebene Passivlegitimation, selbst verpflichtet zu sein, in Abrede. Da nach der hier vertretenen Auffassung die Schuldübernahme zur Rechtskrafterstreckung führt, ist das Gericht bei einer solchen Prozeßlage auch nicht frei in der Prüfungsreihenfolge. Es muß zuerst klären, ob es zu einer Schuldübernahme gekommen ist, weil nur dadurch festgestellt werden kann, ob der Übernehmer in die Rechtskraft einbezogen wird. Keinesfalls kann das Gericht diese Frage offen lassen und die Klage mit der Begründung abweisen, jedenfalls bestehe die übernommene Schuld nicht. Es sind hier dieselben Überlegungen ausschlaggebend, welche zur Rechtfertigung der Beweiserhebungstheorie angeführt werden⁶. Der Umfang der Rechtskraft darf nicht im Unklaren bleiben. Deswegen ist auch für Eindeutigkeit zu sorgen, wenn der wenig praktische, aber doch vorstellbare Fall eintritt, daß der Gläubiger die Übernahme behauptet und den Rechtsstreit gegen den Urschuldner in Anwendung des § 265 ZPO fortsetzen will, dieser aber die Übernahme bestreitet. Jetzt ist es Sache des Gläubigers, die für die Schlüssigkeit dieses Streitgegenstands benötigte Schuldübernahme zu beweisen. Will der Gläubiger dem prozessualen Risiko begegnen, welches sich daraus ergibt, daß die von ihm bestrittene Übernahme bewiesen wird oder behauptete Übernahme nicht nachgewiesen werden kann und es deswegen zur Klageabweisung kommt, so kann er anders als nach der herrschenden Meinung in Anwendung des § 265 ZPO zu einer objektiven, eventuellen Klagehäufung greifen. Er ist nur gehalten, klar zu machen, daß er den Urschuldner nicht nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Prozeßstandschafter des Übernehmers, sondern auch in seiner Eigenschaft als Schuldner in Anspruch nimmt. Dabei hat er sich außerdem über die Reihenfolge der Inanspruchnahme zu erklären. Letztere Inanspruchnahme ist dann als zweiter Streitgegenstand zu werten.

⁶vgl. dazu Blomeyer, Erkenntnisverfahren; § 60 I 2, S. 311f; Zöller-Greger, § 145,17ff und Zöller-Vollkommer, § 322,19; BGH NJW 1988,3210.

Wird nach Rechtskraft die Schuldübernahme behauptet, jedoch abgelehnt, ist ebenfalls keine Bindungswirkung gegeben, weil § 325 ZPO nicht eingreifen kann. Diese Frage ist nach der hier bevorzugten Auffassung regelmäßig in den Verfahren auf Erteilung der Klausel zu klären.

Anders sieht es mit der Bindungswirkung aus, wenn die Schuldübernahme bejaht wird, jedoch die Forderung verneint wird. Der Übernehmer, der jetzt vom Urschuldner in Regreß genommen wird, weil dieser für die Schuldübernahme dem Übernehmer etwas geleistet hat, ist in diesem Verhältnis daran gebunden, daß die Schuldübernahme mangels Forderung gegenstandslos gewesen ist. Für die sich aufdrängenden Bereicherungsansprüche steht fest, daß es keinen Rechtsgrund gegeben hat oder dieser weggefallen ist.

3. (Bindungen durch den Erstprozeß für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner) Auch aus dem Blickwinkel des Gläubigers wirken sich die unterschiedlichen Auffassungen auf die Prozeßführung und die Ergebnisse aus.

a. Aus seiner Sicht ist die Frage einer Bindungswirkung im Verhältnis zum Urschuldner naturgemäß nicht interessant, wenn er gegenüber dem Übernehmer gewonnen hat. Nach der hier vertretenen Ansicht gibt es im Bereich der Bindungswirkung auch eine Bindung im Verhältnis zum Urschuldner. Der Gläubiger würde mit einer erneuten Klage gegen den Urschuldner, zu der er sich entschließen könnte, wenn er feststellt, daß er gegenüber dem Übernehmer endgültig ausfällt, als unzulässig abgewiesen. Nach herrschender Meinung müßte bei einer erneuten Klage gegen den Urschuldner in die materiellrechtliche Diskussion eingetreten werden. Eine Verurteilung des Urschuldners wäre möglich, wenn der Gläubiger ausräumt, daß keine Übernahme stattgefunden hat. Dazu muß er allerdings sein Prozeßverhalten in der Vergangenheit plausibel machen. Hat das Gericht in dem vorausgegangenen Rechtsstreit offengelassen, ob eine Übernahme oder eine Beitritt vorliegt und darauf abgestellt, daß bei jeder Art dieser Interzessionen die Passivlegitimation gegeben ist, erscheint diese Hürde nicht unüberwindbar.

b. Ist der Gläubiger dagegen mit der Klage gegenüber dem Übernehmer gescheitert, ist sein Interesse an einer Bindung an die abweisende Entscheidung im Verhältnis zum Urschuldner für das Ergebnis selbst sicherlich nicht gegeben. Nimmt man jedoch nur einzelne Elemente der abweisenden Entscheidung, kann dies im Hinblick auf eine Inanspruchnahme des Urschuldners nicht einheitlich beantwortet werden.

Wurde der Prozeß gegenüber dem Übernehmer verloren, weil eine wirksame Übernahme verneint wurde, liegt ein Zurückgreifen auf den Urschuldner, wie bereits erwähnt, auf der Hand. In dieser Situation ist dem Gläubiger sicherlich daran gelegen, daß die Feststellung, es liege keine wirksame Übernahme vor, vom Urschuldner nicht in Zweifel gezogen werden kann, denn eine andere Auffassung in diesem Punkt würde zur Klageabweisung gegenüber dem Urschuldner führen. Da aber Elemente einer Begründung nicht in Rechtskraft erwachsen, ist der Gläubiger in diesem Prozeß einem entsprechenden Einwand des Urschuldners ausgesetzt. Dies bedeutet, daß der Gläubiger zwei Rechtsstreite führen und verlieren kann, ohne daß jemals von den erkennenden Gerichten zur übernommenen Schuld selbst etwas gesagt werden muß. Auch im Rechtsstreit gegenüber dem Urschuldner ist es nämlich zur Feststellung der Befreiung durch Schuldübernahme nicht erforderlich, daß zunächst geklärt wird, ob überhaupt eine Forderung besteht, von der befreit werden kann. Der Umfang der materiellen Rechtskraft geht dahin, daß wegen des rechtshängig gemachten Begehrens kein Anspruch besteht. Der Gläubiger kann sich vor einem solchen mißliebigen Anspruch allerdings dadurch schützen, daß er im Rechtsstreit gegen den Übernehmer dem Urschuldner den Streit verkündet.

Selbstverständlich kann dadurch nicht verhindert werden, daß der Rechtsstreit gegenüber dem Urschuldner daran scheitert, daß eine Forderung verneint wird. Daß dieses Ergebnis durch eine Streitverkündung im ersten Prozeß, der mit der Verneinung der Übernahme schließt, nicht vermieden werden kann, ist ohne weiteres einsichtig, weil die Verneinung der Übernahme für die Forderung überhaupt kein Begründungselement darstellt. Das ist aber gem. §§ 68, 72 ZPO Voraussetzung für die Interventionswirkung.

Auch im Bereich der Bindungswirkung haben diese Überlegungen Gültigkeit. Wie bereits aufgezeigt, führt die Verneinung der Übernahme nämlich gerade dazu, daß §§ 265, 325 ZPO nicht zum Zuge kommen.

Hat dagegen das zuerst tätig gewordene Gericht die Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Übernehmer auf die Verneinung der Forderung gestützt, besteht naturgemäß kein Interesse des Gläubigers an einer Bindung im Verhältnis zum Urschuldner. Wurde im Erstprozeß dem Urschuldner der Streit verkündet, belastet nach herrschender Meinung die Feststellung, daß keine Forderung besteht, den Gläubiger als Streitverkünder nicht; die Interventionswirkung gilt nur zugunsten des Streitverkünders und dementsprechend zuungunsten des Streitverkündeten⁷. Dies wird mit dem Zweck der Streitverkündung begründet, die dem Streitverkünder helfen, aber nicht schaden soll. Mir scheint die gegenteilige Auffassung, die auch eine Bindung zu Lasten des Streitverkünders annimmt⁸, nicht sonderlich praktikabel. Hat das Gericht die Klage gegen den Übernehmer mit der doppelten Begründung, es fehle an einer Übernahme und einer Forderung, abgewiesen⁹, ist mit der herrschenden Meinung der Umfang der Bindungswirkung einfach zu bestimmen. Er betrifft nur den für den Streitverkünder ungünstigen Teil. Das Dilemma der Feststellung der Interventionswirkung bei Mehrfachbegründungen ergibt sich nicht¹⁰. Es ist allerdings zuzugeben, daß dieses Ergebnis bei den hier zu erörternden Fällen nicht widerlegt, daß die Streitverkündung sich nicht auf dem Streitverkünder ungünstige Feststellungen beziehen darf.

⁷BGHZ 100,257 = NJW 1987,1894 = MDR 1988,69; BGH NJW 1987,2874; Zöller-Vollkommer, § 68,6; Thomas/Putzo-Putzo, § 68,1.

⁸Stein-Jonas-Bork, § 68,12; Häsemeyer, ZZP 84,192 (195) u. JR 1988,69.

⁹Eine doppelte Begründung kann durchaus sinnvoll sein. Sie nötigt einen Rechtsmittelführer, sich mit allen Lösungswegen in der Rechtsmittelbegründung auseinanderzusetzen; anderenfalls ist das Rechtsmittel mangels Begründung unzulässig; vgl. BGH NJW 1971,807; 1984,177; 1990,1184; 1993,3073; NJW RR 1996,572; BGH NJW 1998,1081; 1998,3126; Thomas/Putzo-Reichold, § 520,26.

¹⁰Nach h. M. soll die Interventionswirkung nur soweit gehen, wie die Feststellungen für den Lösungsweg benötigt werden; vgl. Thomas/Putzo-Putzo, § 68,3; Zöller-Vollkommer, § 68,10; OLG Köln NJW RR 1992,119. Diese Auffassung mag bei überschießender Begründung zutreffen, sie versagt aber bei gleichwertigen Begründungen. Da ein Rechtsmittel sich gegen beide Begründungen richten

Im Bereich der Bindungswirkung ist nur die Fallgestaltung der Übernahme während des Rechtsstreits praktisch. Hier kann der Gläubiger, der mit seiner Klage mangels Forderung unterlegen ist, sich nicht mehr an den Urschuldner wenden. Dieser hat den Rechtsstreit als Prozeßstandschafter zu Ende geführt und profitiert deshalb auch am Ergebnis.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß nach der hier vertretenen Auffassungen im Bereich der Bindungswirkung Divergenzen vermieden werden und dort dann auch Rückgriffsfragen vorgebeugt wird. Für den Rückgriff selbst spielt die Bindungswirkung jedoch nur eine geringe Rolle für den Subsumtionsgang, die im wesentlichen sich auf die Darlegungs- und Beweislast auswirkt.

muß (FN 9), muß die Interventionswirkung konsequenterweise auch beide Lösungswege erfassen.

G. Die Rechtskraft beim rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt

1. *Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt vor Rechtskraft nach herrschender Meinung*
2. *Die abweichenden Meinungen*
 - a. *Die Argumentation Hellwigs*
 - b. *Die Sicht Oertmanns*
 - c. *Eigene Stellungnahme*
3. *Der Schuldbeitritt nach Rechtskraft*
 - a. *Die Auffassung Blomeyers*
 - b. *Die Auffassung Bettermanns*
 - c. *Der Weg über die Auslegung*

Da der Schuldbeitritt zur gesamtschuldnerischen Haftung führt, erscheint wegen der ausdrücklichen Regel des § 425 II BGB hinsichtlich der Wirkung der Rechtskraft auf den ersten Blick die Rechtsanwendung ohne Schwierigkeiten. Diese Vorschrift, die auch über § 429 III BGB für die spiegelbildliche Gesamtgläubigerschaft heranzuziehen ist, besagt für ein rechtskräftiges Urteil, daß es nur im Verhältnis der beteiligten Prozeßparteien wirkt.

1. (Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt vor Rechtskraft nach herrschender Meinung) Hinsichtlich eines Schuldbeitritts, der vor Rechtshängigkeit der vom Beitritt erfaßten Schuld vorgenommen wird, herrscht kein Streit wegen dieses Ergebnisses. Eine Regelung entsprechend der Bürgschaft, bei welcher ja aus §§ 767, 768 BGB hergeleitet wird, daß die Abweisung der Hauptschuld immer dem Bürgen zugute kommt, wird nicht vorgeschlagen. Die ausdrückliche Regelung des § 425 II BGB steht hier entgegen¹.

Dies war bei den Korrealobligationen des gemeinen Rechts, unter welche die Mehrheiten subjektiver Beziehungen erfaßt wurden, die einen einheitlichen Ausgangspunkt hatten, noch anders. Hier wurde dem aberkennenden Urteil Wirkung gegen alle Gläubiger und für alle Schuldner beigemessen². Im klassischen römischen Recht führte zunächst sogar die Streitbefestigung zur Klagekonsumtion hinsichtlich aller übrigen

¹Vgl. vorn IV A 1 a. Grundsätzlich gelten die Regeln der Gesamtschuld, welche eine Rechtskrafterstreckung gerade ausschließen. Soweit Selb, HdS-Mehrheiten, § 12 II vorschlägt, beim Schuldbeitritt solle §§ 767 I u II BGB entgegen § 425 BGB übernommen werden, führt diese Beurteilung der materiellen Rechtslage noch nicht zur Annahme einer Rechtskrafterstreckung.

²Renaud, § 160, Winscheid, Pandekten II, § 295; Dernburg, Pandekten 2, § 73 4 e) hält allerdings eine Wirkung nur unter den Prozeßparteien für richtig.

Schuldner³, um der Gefahr von Doppeleintreibungen vorzubeugen. Dieser Gefahr begegnet unser heutiges Recht mit der Vollstreckungsgegenklage oder, sofern diese zu spät kommt, mit der Bereicherungsklage.

Da die herrschende Meinung jegliche Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt ablehnt, hat es auch keine Bedeutung, ob der Schuldbeitritt vor Rechtshängigkeit oder nach Rechtshängigkeit vereinbart wird. Die Bildung einer Gesamtschuld aufgrund eines Schuldbeitritts bedeutet auch nicht Nachfolge in die Schuld, sondern Vervielfältigung der Schuld. Der ursprüngliche Alleinschuldner bleibt vollkommen verhaftet; wegen des aus § 421 BGB folgenden Beliebens des Gläubigers, die Leistung uneingeschränkt von jedem der Schuldner zu fordern, tritt im Außenverhältnis keinesfalls eine Subsidiarität in der Haftung ein. Für den ursprünglichen Alleinschuldner ändert sich zunächst nichts hinsichtlich seiner Verpflichtung. Allerdings besteht für ihn jetzt die vorher nicht gegebene Möglichkeit, daß der Gläubiger ihn nicht in Anspruch nehmen wird und er erst aufgrund des Innenverhältnisses und möglicherweise dann auch nur anteilig leisten muß oder daß das Innenverhältnis ihn völlig frei stellt. Die Verneinung einer Nachfolge aufgrund des Fortbestands der eigenen Schuld reicht für die herrschende Meinung aus, im Einklang mit der materiellrechtlichen Regel des § 425 II BGB die Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO auf den Schuldbeitritt abzulehnen⁴.

2. (Die abweichenden Meinungen) Die aus der gesetzlichen Regel des § 425 II BGB abgeleitete Begründung für die Verneinung einer Rechtskrafterstreckung bei der Bildung einer Gesamtschuld, welche mit einer Ablehnung der Anwendung der §§ 265, 325 ZPO einhergeht, weil eine Nachfolge fehlt, ist bei üblicher juristischer Betrachtungsweise eine ausreichende Argumentation. Sie überzeugt auch in der Regel⁵.

³vgl. Dernburg, Pandekten 2, § 72; Selb, Hds-Mehrheiten, § 5 II 1; Wetzell, System, § 5. 3: für den gemeinen Zivilprozeß galt, daß von alternativ berechtigten Gläubigern immer nur einer klagen konnte, von mehreren alternativ verpflichteten Schuldner immer nur einer belangt werden konnte, der nicht beteiligte Dritte sukzedierte.

⁴vgl. die in IV A 1 FN 15 genannten Nachweisen; gegen eine Klauselerteilung gem. § 727 ZPO für den Schuldbeitritt: BGH NJW 1957,420; BGH RpfL 1974,260 mit Anm. Eickmann.

⁵Oertmann, JR 1932,193 plädiert für die Anwendung des § 265 ZPO beim Schuldbeitritt, wendet sich aber gegen eine am Wortlaut des § 265 ZPO orientierte Begründung für die Auffassung, daß es für die Anwendung dieser Vorschrift

Diese Argumentation wird sicherlich nicht durch einen Blick auf die Parallele einer nachträglichen Bildung einer Gesamtgläubigerschaft in Frage gestellt, sondern eher verstärkt. Dieser Blick ist deswegen nicht ganz fernliegend, weil mit einer Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO für eine prozessuale Gleichbehandlung der Nachfolge auf der Aktivseite und der Passivseite plädiert wird. Die Bildung einer nachträglichen Gesamtgläubigerschaft hat nach der hier vertretenen Ansicht im Wege der Abtretung zu erfolgen. Dabei tritt eine Teilrechtsnachfolge ein. Der ursprüngliche Einzelgläubiger gibt einen Teil seiner Rechtsmacht, nämlich als einziger Berechtigter verfügen zu können, zugunsten des hinzutretenden Gesamtgläubigers auf.

Die Teilrechtsnachfolge kann Anlaß zur Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO geben. Diese Vorschriften werden nämlich bei einer Belastung eines dinglichen Rechts herangezogen, sofern diese zum Verlust der Sachlegitimation führt, weil die Belastung dann als Veräußerung im Sinn des § 265 ZPO angesehen wird⁶. So wird in dem Fall der Teilrechtsnachfolge durch die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen oder einer Erbschaft die Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO ohne weiteres bejaht, wenn ein vom Nießbrauch erfaßter Gegenstand streitbefangen ist und die Bestellung nach Rechtshängigkeit erfolgte⁷. Bei der nachträglichen Bildung einer Gesamtgläubigerschaft wird man einräumen müssen, daß ein Verlust der Sachlegitimation nicht eintritt, da jeder der Gläubiger gem. § 428 S.1 BGB die gesamte Leistung nach wie vor an sich verlangen kann. Das Außenverhältnis wird erst dann berührt, wenn der Schuldner an den hinzutretenden Gesamtgläubiger leistet. Dies steht ihm gem. § 428 S.1 BGB frei. Deshalb gilt bei der Bildung der Gesamtgläubigerschaft gem. § 429 BGB ebenfalls § 425 II BGB. Auch daraus läßt sich folgern, daß hier das materielle Recht diesen Fall anders behandelt haben will als die Fälle der Teilrechtsnachfolge mit Verlust der Sachlegitimation. Der Gesetzgeber hat die Vervielfältigungen auf der Aktivseite wie

nur auf die Zustimmung des Prozeßgegners ankomme mit der abschätzigen Bemerkung, es handele sich um eine dürftige Beweisführung.

⁶Zöller-Greger, § 265,5; MüKoZPO-Lüke, § 265,40; Nickisch, § 115 II, S.457 (sog. konstitutive Sukzession).

auf der Passivseite nicht als maßgebliche Veränderungen gesehen, weil sich weder der Berechtigte oder der Verpflichtete, noch der Anspruchsinhalt oder die Vollstreckungsmasse aus Sicht der jeweils anderen am ursprünglichen Schuldverhältnis beteiligten Partei geändert haben. Eher kann aber vermutet werden, daß bei der Schaffung dieser Vorschriften überhaupt nicht an den praktisch doch sehr seltenen Fall einer Umwandlung einer Einzelgläubigerschaft in eine Gesamtgläubigerschaft gedacht wurde und von daher das Zusammenwirken prozessualer und materiellrechtlicher Vorschriften für diesen Fall nicht im Blickfeld des Gesetzgebers gestanden hat.

Zieht man gleichwohl das aus § 425 II BGB abgeleitete Ergebnis der Verneinung einer Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt in Zweifel, so ist der Anlaß zur Suche nach ergänzenden Regeln oder einem anderen Ergebnis nur dann gegeben, wenn die gesetzlichen Regeln als unzulänglich empfunden werden. Dabei ist es selbstverständlich, daß denjenigen die Begründungslast trifft, der eine Lösung außerhalb der zitierten Vorschriften sucht⁸. Unzulänglichkeit kann sich einstellen, weil die gesetzlichen Vorschriften das zu regelnde Problemfeld nicht oder nicht vollständig erfassen oder weil das Ergebnis des Gesetzes als unbefriedigend empfunden wird. Die Unvollkommenheit oder Unangemessenheit kann sowohl in materiellrechtlicher Hinsicht bestehen und damit das Endergebnis unmittelbar betreffen, als auch der Verfahrensweise gelten und damit auf das Prozeßrecht abzielen. Die bisherigen Erwägungen haben vielfach gezeigt, daß bei akzessorischen Rechtsverhältnissen und einer Drittbeteiligung naturgemäß beiden Aspekten Gewicht beikommen kann.

a. *Hellwig* lehnt zwar die Anwendung des § 265 ZPO auf den Schuldbeitritt mit der Begründung ab, es gehe hier nicht um eine Veräußerung einer streitbefangenen Sache⁹, kommt jedoch sowohl für den Schuldbeitritt nach Rechtshängigkeit wie auch demjenigen nach Rechtskraft zur Anwendbarkeit der §§ 325, 727 ZPO. Er sieht das Bedürfnis zum Nicht-

⁷Loritz, ZZZ 95,312, 321 FN 79; Thomas/Putzo-Putzo, § 737,2; Zöller-Stöber, § 737,4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 737,2; Musielak-Lackmann, § 737,3.

⁸Huber, JuS 1972,621,624.

eingreifen des § 425 II BGB beim Schuldbeitritt deswegen, weil er die rechtliche Abhängigkeit des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Beitretendem vom Verhältnis des Gläubigers zum Erstschuldner als so stark empfunden hat, daß für ihn nur das ursprüngliche Verhältnis als maßgebend in Betracht kommen kann¹⁰. *Hellwig* begründet seine Auffassung zunächst mit dem ja auch von der herrschenden Meinung¹¹ akzeptierten Hinweis, es sei selbstverständlich, daß § 425 II BGB keine Anwendung finde, wenn der Schuldbeitritt erst nach rechtskräftiger Feststellung der übernommenen Schuld erfolge. *Hellwig* geht aber noch einen Schritt weiter, indem er auch § 425 II BGB dahingehend versteht, daß der Schuldbeitritt nicht von dieser Vorschrift erfaßt werde, der nach Rechtshängigkeit vorgenommen werde. Bei einem Beitritt nach Rechtshängigkeit geschehe dies regelmäßig im Bewußtsein, als Beitretender auch einstehen zu müssen. Für *Hellwig* ist also immer in diesem Bereich die in § 425 I BGB zugelassene Ausnahme gegeben, daß sich aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt, nämlich die Unanwendbarkeit des § 425 II BGB.

Mit einer solchen, die starke Abhängigkeit betonenden Begründung wird auch einleuchtend, wenn *Hellwig* für die Frage der Rechtskrafterstreckung nicht zwischen privativer und kumulativer Schuldübernahme unterscheidet. Die Abhängigkeit ist bei beiden Rechtsinstituten zum Zeitpunkt ihres Entstehens in der gleichen Weise vorhanden. Allerdings währt sie beim Schuldbeitritt fort, während bei der Schuldübernahme die Rechtslage nach dem Übernahmeakt durch den Urschuldner nur noch infolge der Prozeßführung eine Beeinflussung erfahren kann, wenn man die Anwendung des § 265 ZPO bejaht. Begrifflich läßt sich bei einem Beitritt nur von einer Nachfolge reden, wenn man die Abhängigkeit für das Merkmal Nachfolge ausreichen läßt und sich nicht daran stört, daß es sich um eine Vervielfältigung handelt. *Hellwig* hat diese Rechtsfigur

⁹*Hellwig*, Verträge, § 28, S.176, 178 u. *Hellwig*, Rechtskraft, § 24, S.171f für privative u. kumulative Schuldübernahme; anwendbar auf die privative Schuldübernahme nur als Folge einer Veräußerung.

¹⁰*Hellwig*, Rechtskraft, § 46 III, S.321ff.

¹¹§ 425 II BGB betrifft nur Tatsachen, die nach Bildung der Gesamtschuld eingetreten sind: RGZ 143,154; BGHZ 58,251 = NJW 1972,939; BGH NJW 1987,2864; BGH ZIP 1989,1193; S.321; Bettermann, S. 135f; Erman-Westermann, § 425,1; Jauernig-Stürner, BGB, § 425,1; a.A. Hüffer, ZZZP 85,229,237 unter Bezugnahme auf RG HRR 1930 Nr.2021.

kumulative Sukzession genannt; dies hat *Reichel* zum Vorwurf veranlaßt, hier sei ein Unbegriff geprägt worden¹².

Hellwig betont im Hinblick auf seine Definition des Begriffs Nachfolge auch weiter, daß es allein darauf ankomme, ob der Übernehmer Rechtsnachfolger des Erstschuldners sei, denn die Ausdehnung der Vollstreckung folge der Ausdehnung der Rechtskraft¹³; keinesfalls sei es zutreffend, daß die Ordnung der Vollstreckbarkeit gesondert zu sehen sei, welche keinen Rückschluß auf die Rechtskraft zulasse¹⁴. Allerdings sieht auch *Hellwig*, daß sich seine Auffassung nicht mit der Bemerkung in den Motiven deckt, bei § 729 ZPO handele es sich um eine aus Billigkeitsgründen statuierte Vorschrift. Er erledigt diesen Gesichtspunkt dadurch, daß er Unvollkommenheit bei der Novellierung vorwirft; außerdem gibt er den Hinweis, § 665 CPO a.F. habe durch § 727 ZPO eine Umwandlung erfahren, die implizite die Anerkennung der Rechtskrafterstreckung auf den Übernehmer bedeute. Naturgemäß muß dann die Forderung nach einer bereits rechtskräftigen Titulierung für eine Umschreibung gem. § 729 ZPO für den Übernehmer stören, während bei § 727 ZPO doch schon ein vorläufig vollstreckbarer Titel ausreicht. Er nimmt das Merkmal der Rechtskraft nicht als gewünschte, zusätzliche Hürde zur Unterscheidung gegenüber sonstigen Fällen der Klauselumschreibung zur Kenntnis, sondern sieht vielmehr einen Widerspruch des Gesetzgebers bei der Schaffung einer Billigkeitsregel und kommt zu der vehementen Kritik an der Existenz des § 729 ZPO als verwirrende und überflüssige Vorschrift¹⁵.

b. Die Zusammenhänge der Sicht der Dinge durch *Oertmann* zu erkennen, ist aus dem heutigen Blickwinkel etwas schwierig. Er folgert einerseits aus § 425 II BGB, daß eine Rechtskraftwirkung beim zum Gesamtschuldverhältnis führenden Schuldbeitritt jeweils nur zwischen den Prozeßparteien stattfindet, schlägt aber andererseits sowohl für den Schuldbeitritt als auch für die Schuldübernahme gleichermaßen die Anwendung

¹²Reichel, Schuldmitübernahme, S.535: *contradictio in adiecto*.

¹³Hellwig, Rechtskraft, § 46 III, S. 326.

¹⁴Hellwig, Rechtskraft, § 6 III 3, S. 49: er bekämpft Gaupp-Stein § 325 FN 19 mit dem Hinweis auf ein Fehlverständnis von § 729 ZPO.

¹⁵Hellwig, Rechtskraft, § 46 III 3, IV 2, S. 326 u. S. 328.

des § 265 ZPO vor¹⁶. Er wendet sich außerdem unter anderem auch in Abgrenzung zu *Hellwig* gegen einen durchgängigen Parallelismus von Rechtskraftwirkung und Vollstreckbarkeit¹⁷. Dies wird nur verständlich, wenn man berücksichtigt, daß es *Oertmann* unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 265 ZPO auf den Schuldbeitritt vor allem darum geht, wie § 265 II ZPO zu interpretieren ist. Er fordert, daß ein Parteiwechsel zwischen Erstschuldner und Beitretendem nicht nur vom Einverständnis des Beitretenden abhängig sein darf, sondern auch der Erstschuldner zustimmen muß. Er weist daraufhin, daß gerade wegen der fehlenden Rechtskrafterstreckung im Hinblick auf § 425 II BGB dem Erstschuldner gelegen sein kann, nicht ohne weiteres aus dem Prozeß auszuscheiden. *Schilken* sieht die Bedeutung dieser Argumentation dadurch überholt, daß heute der gewillkürte Parteiwechsel jedenfalls mit Zustimmung aller Beteiligten ohne die Anwendung des § 265 ZPO für möglich gehalten wird¹⁸. Die herrschende Meinung orientiert sich an § 263 ZPO, ohne daß hier auf Einzelheiten und Modifizierungen eingegangen werden soll, die sich auf der Beklagtenseite noch daraus ergeben können, in welchem Rechtszug die Parteiänderung erfolgt¹⁹. Die Bedeutung der Überlegungen *Oertmanns* liegt aus heutiger Sicht vor allem darin, daß auf die Interessenlage der Beteiligten aufmerksam gemacht wird, wenn im Widerspruch zum Ausgang des Erstprozesses gegenüber dem an diesem Prozeß nicht Beteiligten Regreß genommen werden soll.

c. Wird das Augenmerk auf eine praktische Handhabung im Prozeß gerichtet, läßt sich schwerlich ein Bedürfnis erkennen, der Forderung *Hellwigs* und *Oertmanns* nachzugeben und eine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt auch dann anzunehmen, wenn dieser nach Rechtshängigkeit, jedoch vor Rechtskraft des Rechtsstreits des Gläubigers gegen den Erstschuldner vereinbart wurde. Der gewünschte Gewinn eines einheitlichen Ergebnisses gegenüber Erstschuldner und Beitretendem durch eine uneingeschränkte Anwendung des § 325 ZPO ist einerseits kein zwingend erforderliches Resultat, andererseits stehen die mit dieser Auffas-

¹⁶Oertmann, JR 1930, 193f.

¹⁷Hellwig-Oertmann, System, 2. Teil, Zwangsvollstreckung, § 291, S.216 (= S.80).

¹⁸Schilken, Veränderungen, S.15.

¹⁹BGHZ 65,265,268 = NJW 1976,239; BGHZ 90,17; 92,13 = NJW 1984,2408; Rosenberg-Schwab-Gottwald; § 42, S.212ff; Zöller-Vollkommer, § 263,23ff.

sung verbundenen prozessualen Komplikationen in keinem Verhältnis zum prozessualen Ertrag für die Praxis.

Man wird zwar nicht bestreiten können, daß eine Billigung der Rechtsfigur der kumulativen Sukzession als Fall der Nachfolge im Sinne des § 325 ZPO bei einer konsequenten Anwendung auch den Zeitraum von Rechtshängigkeit bis Rechtskraft erfassen muß, allerdings bleibt der wohl abgewogene Regelungszusammenhang mit § 265 ZPO auf der Strecke, der Divergenzen in der Prozeßführung durch den ursprünglich materiellrechtlich Legitimierten und seinen Nachfolger vermeiden soll. Es wurde schon darauf aufmerksam gemacht, daß auch *Hellwig* beim Schuldbeitritt keinen Raum für die Anwendung des § 265 ZPO sah, weil der Erstschuldner seine Schuldnerstellung nicht verliert. Ebenso wenig hatte *Oertmann* im Auge, beim Schuldbeitritt den Erstschuldner in seiner Beklagtenstellung durch den Beitretenden zu ersetzen. Dies bedeutet, daß der Gläubiger bei einem Beitritt nach Rechtshängigkeit jedenfalls bis zur Schließung der mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz die Klage auf den Beitretenden erweitern kann²⁰ und auf diese Weise auch sicherstellen kann, daß der für die Schuld maßgebliche Prozeßstoff durch das Gericht einheitlich behandelt wird. Diese Möglichkeit der subjektiven Klageerweiterung nimmt das Bedürfnis zur Bejahung einer Rechtskrafterstreckung auch für den hier in Rede stehenden Zeitraum jedenfalls aus Sicht des Gläubigers.

Da die Sperre des § 265 ZPO auch nach der Auffassung *Hellwigs* nicht besteht, ist der Gläubiger in der Lage, Erstschuldner und Beitretendem in getrennten Prozessen in Anspruch zu nehmen. Daß dann auch die Möglichkeit unterschiedlicher Ergebnisse vorhanden ist, die der Forderung der Abhängigkeit des Rechtsverhältnisses zum Beitretenden vom Rechtsverhältnis zum Erstschuldner nicht gerecht werden, liegt auf der Hand. Dabei mag die Gefahr von Komplikationen noch beherrschbar erscheinen, wenn der Rechtsstreit gegen den Urschuldner zunächst entschieden wird. Hier würde die Auffassung *Hellwigs* dazu führen, daß das zweite Gericht in seiner Entscheidung über das präjudizielle Rechtsverhältnis gebunden ist. Anders ist es jedoch, wenn zuerst der Rechtsstreit gegen

den Beitretenden entschieden wird. Jetzt besteht die Notwendigkeit für *Hellwig* sicherzustellen, daß sich gleichwohl das Ergebnis gegen den Erstschuldner im Verhältnis zum Zweitschuldner durchsetzt. Setzt man *Hellwigs* Gebot der unabdingbaren Abhängigkeit des Verhältnisses des Beitretenden prozessual um, so dürfte konsequenterweise der Beitretende auch gegenüber dem Erstschuldner keine prozessuale Beweglichkeit haben. Daß dies vom Gesetzgeber nicht gewünscht ist, zeigen bereits die materiellen Bestimmungen über die Gesamtschuld, die unterschiedliche Entwicklungsmöglichkeiten der Verhältnisse des Gläubigers zu den einzelnen Gesamtschuldnern vorsehen. Ferner ergibt sich dies auch aus einem Fehlen einer entsprechenden prozessualen Bestimmung für die Gesamtschuld. Es wurde bereits betont, daß § 265 ZPO in seinem Anwendungsbereich gerade diese Komplikationen vermeidet. Das Verbot für den Rechtsnachfolger, den Rechtsstreit ohne Zustimmung des Gläubigers zu übernehmen und das Gebot, das Ergebnis des Rechtsstreits hinzunehmen, sichert eine einheitliche Behandlung. Selbst wenn man in Anwendung der Auffassung von *Hellwig* Erstgläubiger und Beitretenden als notwendige Streitgenossen gem. § 62 I 1. Alt. ZPO ansieht, wird die gewünschte Abhängigkeit des Beitretenden nicht durchgesetzt. Zwar sind Prozeßhandlungen, welche die Dispositionsmaxime berühren, bei notwendiger Streitgenossenschaft nur wirksam, wenn sie alle Streitgenossen gemeinsam vornehmen, weil ansonsten eine einheitliche Entscheidung nicht gewährleistet ist²¹, hier wäre es jedoch erforderlich, daß der Beitretende prozessual an die Handlungen des Erstschuldners gebunden ist. Einen solchen Mechanismus sehen die gesetzlichen Bestimmungen aber nicht vor. Dies legt den Schluß nahe, daß der gesetzliche Regelungszusammenhang für den Schuldbeitritt nicht aufgebrochen werden darf und das Zusammenwirken der Vorschriften gerade dagegen spricht, § 325 ZPO in der von *Hellwig* vorgeschlagenen Weise auf den Schuldbeitritt anzuwenden.

Auch § 729 ZPO gibt kein Argument für *Hellwigs* Meinung her. Diese Vorschrift stellt nämlich keine Ausnahme für die genannten Fälle eines gesetzlichen Schuldbeitritts dar und verweist nicht die übrigen Fälle ei-

²⁰Den Besonderheiten der Parteierweiterung im zweiten Rechtszug soll hier nicht nachgegangen werden.

²¹Thomas/Putzo-Putzo, § 62,17; Musielak-Werth, § 62 18.

nes Schuldbeitritts auf § 727 ZPO, sondern ist nach den Motiven als Billigkeitsregel zu verstehen, die nur den dort genannten Fällen gilt. Auch auf diesen Umstand wurde schon mehrfach hingewiesen.

3. (Der Schuldbeitritt nach Rechtskraft) Bei einem Schuldbeitritt nach Rechtskraft sind die Stimmen für eine Rechtskrafterstreckung zahlreicher. Neben *Hellwig*²² sind heute vor allem *Bettermann*²³, *Blomeyer*²⁴ und *Vollkommer*²⁵ zu nennen, die eine Rechtskrafterstreckung für diese Fallgestaltung annehmen, während die herrschende Meinung eine Bindungswirkung nur über den Weg der Auslegung anerkennt. Gegenüber einer Lösung unter dem Gesichtspunkt der Auslegung läßt sich aus dogmatischer Sicht überhaupt nichts einwenden, denn die Würdigung des Parteiwillens bei der Prüfung eines Rechtsgeschäfts kann schlechterdings nicht abgelehnt werden.

Der Unterschied in der praktischen Handhabung beider Auffassungen wurde bereits oben im Rahmen der Erörterung der Schuldübernahme dargestellt²⁶. Der Weg über die Auslegung ist an die Kenntnis des Beitretenden von der Rechtskraft der übernommenen Schuld gebunden oder setzt zumindest eine Interpretation seines Willens dahingehend voraus, daß für den Fall schon bestehender Rechtskraft diese keinesfalls in Frage gestellt werde. Es wurde schon darauf aufmerksam gemacht, daß eine solche Würdigung auf die Wirkungsweise eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses hinausläuft. Der Weg über eine Rechtskrafterstreckung ist dagegen an objektive, vom Willen des Beitretenden unabhängige Voraussetzungen gebunden. Der Beitretende kann der Rechtskrafterstreckung nicht entgehen. Daß der objektive Erklärungswert einer Willenserklärung, die einem Schuldbeitritt gilt, diesen Automatismus ebenfalls in sich birgt, erscheint doch zweifelhaft. Im Ergebnis würde nämlich eine solche Bewertung der Beitrittserklärung darauf hinauslaufen, daß vom

²²Hellwig, Rechtskraft, § 46 III, S.320ff.

²³Bettermann, S.135ff. vgl. auch Huber, JuS 1972,621,625,628: Rechtskrafterstreckung gegeben, wenn die Parteien des präjudiziellen Rechtsgeschäfts eine analoge Wirkung durch Rechtsgeschäft für und gegen den Dritten herbeiführen können. Es ist davon auszugehen, daß Huber den Fall des Schuldbeitritts hier nicht einordnet.

²⁴Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 II, S.519 u. ZZP 75,1,21.

²⁵Zöller-Vollkommer, § 325,34.

²⁶vgl. oben IV A 1 a und IV E 2.

Beitretenden immer ausdrücklich klargestellt werden muß, daß eine Bindung an die Rechtskraft nicht gewollt ist. Da ein solcher Gehalt aber keinesfalls zu dem Essentialium der Willenserklärung gehört, die zum Beitritt führt, geht dies zu weit. Zu fordern ist daher jeweils eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Gläubiger beim Beitritt, wenn eine Erstreckung gewünscht ist.

a. Soweit *Blomeyer* differenziert zwischen den Fällen bestehender Kenntnis von der Rechtskraft, die über die Auslegung gelöst werden, und denjenigen, bei welchen eine Kenntnis fehlt und welche über die Figur der Rechtskrafterstreckung mit demselben Ergebnis behandelt werden²⁷, ist diese Unterscheidung nicht hilfreich bei der praktischen Prozeßführung durch das Gericht und auch nicht angebracht.

Blomeyers Unterscheidung der Fälle erinnert zunächst an § 325 III ZPO, der auch eine Rechtskrafterstreckung von subjektiven Elementen abhängig macht; dort wird nämlich beim Vorliegen guten Glaubens eine Rechtskrafterstreckung ausgeschlossen. Nach *Blomeyer* soll aber beim Fall fehlender Kenntnis, der grundsätzlich demjenigen bestehenden guten Glaubens gleichzusetzen sein dürfte, die Rechtskrafterstreckung stattfinden, während das Gesetz bei einer Kenntnis von der Rechtskraft gerade zur Erstreckung kommt.

Nun wird man sich daran sicherlich nicht stören müssen, weil die Gutgläubensvorschriften ohnehin nicht auf den Fall einer Schuldübernahme zugeschnitten sind, jedoch hat ein anderes Argument Gewicht. Unterscheidungen im dogmatischen Bereich sind nur angebracht, wenn sie auch Einfluß auf ein Ergebnis gewinnen können. Anderenfalls stellen sie eine überflüssige Komplizierung der Rechtslage dar, welche zudem auch als unnötige Fehlerquelle erscheinen muß. Bei *Blomeyers* Unterscheidung kann kein bemerkenswerter Einfluß auf das Ergebnis festgestellt werden. Geht man davon aus, daß zwischen dem Gläubiger und Beitretenden im Rechtsstreit die Kenntnis des Beitretenden von der Rechtskraft streitig ist, wäre das Gericht niemals genötigt, in diesem Punkt Aufklä-

²⁷Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 93 III, S.519f. Dieselbe Unterscheidung nimmt er auch für Schuldübernahme vor, vgl. Erkenntnisverfahren, § 93 II, S.519.

nung zu betreiben. Würde sich nämlich herausstellen, daß der Beitretende keine Kenntnis gehabt hatte, wäre er gleichwohl zu verurteilen, weil nunmehr der Gesichtspunkt der Rechtskrafterstreckung greift. Es ist dann schwerlich einzusehen, warum dieser Lösungsweg nicht gelten soll, wenn die tatsächliche Voraussetzung der Kenntnis gegeben ist, die nicht einmal für den von Rechtskrafterstreckung Betroffenen als entlastendes Argument gewertet werden kann.

b. Für *Bettermann* ist der Schuldbeitritt hinsichtlich einer rechtskräftig festgestellten Schuld immer ein Fall der Rechtskrafterstreckung kraft Zivilrechts unabhängig davon, ob der Beitretende die Rechtskraft kennt oder sie ihm unbekannt ist. Sie wird aus der Abhängigkeit hergeleitet und im Bereich der Abhängigkeit für zumutbar gehalten²⁸. Insoweit deckt sich seine Argumentation mit derjenigen *Blomeyers*, der bei zivilrechtlicher Abhängigkeit infolge eines akzessorischen Verhältnisses Zumutbarkeit ebenfalls annimmt. Zumutbarkeit für den Schuldner und die Forderung des Gläubigerinteresses nach Erstreckung gehen für ihn einher.

Der einheitliche Lösungsansatz *Bettermanns* für alle Fälle eines Schuldbeitritts nach Rechtshängigkeit hat den Vorteil der klaren Lösung. Dabei stößt für *Bettermann* das Feld zumutbarer Fälle unmittelbar an den Geltungsbereich des § 425 II BGB, der einer Rechtskrafterstreckung entgegensteht. Überschneidungen oder Zwischenräume gibt es nicht. Damit bekommt er auch den Schuldbeitritt dogmatisch sauber in den Griff, der vor Rechtskraft im Verhältnis des Gläubigers zum Erstschuldner stattfindet. *Bettermann* betont, daß § 425 II BGB nur dann nicht eingreift, wenn das infolge des Beitritts gebildete Gesamtschuldverhältnis erst nach Rechtskraft gebildet wird²⁹.

Er begründet seine Auffassung, den Schuldbeitritt vor Rechtskraft von der Erstreckung auszunehmen mit dem Grundsatz der inter-partes-Wirkung der Rechtskraft und stellt darauf ab, daß billigerweise niemand den Folgen eines Prozesses unterworfen werden soll, an welchem er nicht beteiligt war. Für den Schuldbeitritt nach Rechtskraft wird konstatiert, der Beitretende habe mit seiner nicht mehr überprüfbaren

²⁸Bettermann, S.79ff, 86ff, 128ff.

Einstandspflicht gerechnet, während ein Gesamtschuldner ansonsten diese Vorstellung nicht ohne weiteres habe. Dieser habe einen Anspruch darauf, selbst verklagt zu werden.

Diese Unterscheidung hat Schwächen. Es ist kein Unterschied zwischen demjenigen zu sehen, der einer rechtskräftigen Schuld beiträgt, ohne von der Rechtskraft zu wissen und demjenigen, der einer nicht rechtskräftig festgestellten Schuld beiträgt und zunächst nichts davon erfährt, daß der Gläubiger gegenüber dem Erstschuldner gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt. Gewiß mußten beide bei der Vereinbarung des Beitritts auch mit der Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme rechnen. Beide erfahren erst nach dem Beitritt, daß inzwischen die Schuld des Erstschuldners rechtskräftig festgestellt wurde. Im zweiten Fall wird aber das vielleicht vorhandene Fünkchen Hoffnung des Beitretenden belohnt, es liege noch kein Titel gegenüber dem Erstschuldner vor. Dennoch ist für beide die subjektive Ausgangslage dieselbe. Es ist daher nicht gerechtfertigt, wegen eines Umstands, der offenbar aus Sicht des Beitretenden beim Beitritt keine Rolle gespielt hat und der daher auch nicht zur Sprache gekommen ist, mit dem Argument der Zumutbarkeit zu arbeiten und die doch gewaltige Rechtsfolge einer Rechtskrafterstreckung in dem einen Fall anzunehmen und in dem anderen Fall zu verneinen.

Die Argumentation *Bettermanns* ist auch nicht in der Lage, den Fall befriedigend zu lösen, bei welchem nach Beitritt die Klage gegenüber dem Erstschuldner rechtskräftig abgewiesen wird. Hier verwandelt sich der Anspruch des Beitretenden auf Verklagung durch den Gläubiger in einen Nachteil, es sei denn, man greift zu der Auslegung, daß in einem solchen Fall auch kein Verpflichtungswille besteht.

c. Ehrlicher ist ohnehin die herrschende Meinung, die allein auf die Auslegung vertraut, weil Zumutbarkeitserwägungen gleichermaßen bei allen Fallgestaltungen Rechnung getragen werden kann und nicht künstlich Unterschiede herbeigeredet werden müssen.

²⁹Bettermann, S.136.

Die Lösung über eine Auslegung hat auch mit einer Rechtskraft nach dem Beitritt kein Problem, weil sie ohne weiteres gerade für den Fall einer rechtskräftigen Entscheidung gegenüber dem Erstschuldner zu einer Einstandspflicht und einer Bindung des Beitretenden kommen kann. Dies ist die typische Situation, welche bei einer Sicherheitsleistung durch Prozeßbürgschaft besteht. Diese wird gerade für den Fall abgegeben, daß der zunächst noch zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Befugte rechtskräftig verurteilt wird oder der zur Vollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Titel Berechtigte im Ergebnis doch unterliegt. Daß es in diesem Bereich nicht zu einer Sicherheitsleistung durch einen Schuldbeitritt kommt, sondern regelmäßig auf die Bürgschaft zurückgegriffen wird, liegt daran, daß es einmal nicht immer um Geldschulden geht und zum anderen die meist zweckmäßigere Bürgschaft ausdrücklich in § 232 II BGB genannt ist³⁰. Vorstellbar ist aber ohne weiteres die Erklärung einer Mithaft in einer bestimmten Höhe durch einen Sicherungsgeber für den Fall der Rechtskraft.

Da der Weg über die Auslegung geeignet ist, beim vertraglich vereinbarten Schuldbeitritt praktisch handhabbare und ohne weiteres befriedigende Lösungen zu erzeugen, ist der herrschenden Meinung hier zu folgen. Ein Automatismus ist jedoch abzulehnen; erforderlich ist immer ein tatsächlicher Anhaltspunkt für einen so weitgehenden Verpflichtungswillen.

³⁰Gem. § 108 I 2 ZPO ist nunmehr keine ausdrückliche gerichtliche Anordnung für die Befugnis notwendig, die Sicherheitsleistung in Form einer Bankbürgschaft zu erbringen.

H. Die Rechtskraft bei dem gesetzlichen Schuldbeitritt

1. *Der Meinungsstand zur Rechtskrafterstreckung beim gesetzlichen Schuldbeitritt*
2. *Die Rechtslage nach den unterschiedlichen Auffassungen*
 - a. *Die Rechtslage bei Verneinung einer Erstreckung nach der herrschenden Meinung*
 - b. *Die Folgen der Bejahung einer Erstreckung*
 - c. *Das Nebeneinander von Feststellungsklage und Leistungsklage*
 - d. *Keine Unterschiede bei der Haftungsbeschränkung*
3. *Die Gründe für die Ablehnung der Rechtskrafterstreckung*
 - a. *Das Argument der Nachfolge in die Haftungsmasse*
 - b. *Das Erfordernis der Rechtskraft in § 729 ZPO*
 - c. *Das Argument der Billigkeit*
4. *Die Klauselerteilung gegenüber dem Nießbraucher gem. § 738 ZPO*
 - a. *Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1086 BGB*
 - b. *Die Anwendbarkeit der §§ 265,325 ZPO bei Bestellung des Nießbrauches während der Rechtshängigkeit der Forderung gegen den Besteller*
 - c. *Keine Rechtskrafterstreckung bei Bestellung nach Rechtskraft der Forderung gegen den Besteller*

Die Fälle eines gesetzlichen Schuldbeitritts unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht für die Überlegungen zu einer Rechtskrafterstreckung von denjenigen eines rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritts. Zwar gibt es hier ebenfalls keine ausdrückliche, prozessuale Regelung für die Rechtskrafterstreckung, insbesondere ist § 325 ZPO nicht einschlägig¹; ebenso hat § 425 II BGB im bereits für den rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt abgesteckten Bereich seine Gültigkeit. Im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt ist hier allerdings zur Feststellung einer Bindungswirkung für einen Lösungsweg über eine Auslegung zunächst kein Raum, weil die Interzession nicht aufgrund einer Willenserklärung erfolgt, deren Inhalt gewürdigt werden könnte. Außerdem gibt es für die Klauselerteilung bei verschiedenen gesetzlich angeordneten Schuldbeitritten ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen. Diese werden vielfach zu Schlußfolgerungen herangezogen, ob eine Rechtskrafterstreckung stattfindet oder ob eine solche zu verneinen ist.

So ist in § 729 I ZPO vorgesehen, daß bei einer Vermögensübernahme nach rechtskräftiger Feststellung einer Schuld gegenüber dem Vermögensübergeber die Klausel auch gegenüber dem Vermögensübernehmer wegen seiner gesamtschuldnerischen Haftung gem. § 419 I BGB² in ent-

¹a.A. bekanntlich Hellwig, Rechtskraft, § 46 III u. IV, S.322ff.

²§ 419 BGB wurde durch Art 33 Nr.14 EGInsO mit Ablauf des 31.12.1998 aufgehoben. Zur Begründung wird in den Materialien ausgeführt (vgl. Schmidt-Räntsch, Insolvenzordnung mit Einführungsgesetz, 1.Aufl., 1995, S.613f), diese Vorschrift überbewerte den Gläubigerschutz und sei nicht mehr zeitgemäß. Auch werde die Veräußerung eines Grundstücks (als einziger wesentlicher Gegenstand des Vermögens) unangemessen behindert. Die Gläubigerinteressen seien durch

sprechender Anwendung des § 727 ZPO erteilt werden kann³. Dabei ist eine Kenntnis des Übernehmers von der titulierten Schuld nicht erforderlich. Beim Erbschafts Kauf, der für den Käufer die Übernahme des Vermögens des Erblassers darstellt, ohne ihn aber zu dessen Erben zu machen, findet nach herrschender Meinung wegen der Haftung des Käufers gem. § 2382 BGB gegenüber den Gläubigern des Nachlasses § 729 I ZPO entsprechende Anwendung⁴. Wird im Rahmen der Übernahme eines Handelsgeschäfts auch die Firma übernommen, kann die Klausel gem. § 729 II ZPO auch gegenüber dem Übernehmer erteilt werden, da dieser gem. § 25 II HGB haftet. Es wird zumeist vorgeschlagen, diese Vorschrift auch im Fall des § 28 I 1 HGB anzuwenden⁵.

Im Zusammenhang mit § 729 ZPO wird regelmäßig auch § 738 ZPO genannt. In den Materialien zur ZPO-Novelle vom 20.5.1898 wird § 738 ZPO (= § 670d CPO Entwurf) als eine dem § 729 ZPO (= § 665b CPO Entwurf) verwandte Vorschrift bezeichnet⁶. Sie erlaubt beim Erwerb eines Nießbrauchs an einem Vermögen oder einem Nachlaß wegen der Haftung des Nießbrauchers gegenüber den Gläubigern des Bestellers des Nießbrauchs gem. §§ 1086, 1089 BGB die entsprechende Anwendung des § 727 ZPO. Voraussetzung ist auch hier entsprechend der Regelung des § 729 ZPO, daß der Nießbrauch erst nach Rechtskraft der Schuld bestellt wurde, die von der gesetzlichen Einstandspflicht erfaßt wird. Es ist ebenfalls nicht notwendig, daß dem Nießbraucher die Titulierung bei der Bestellung des Nießbrauchs bekannt ist. Rechtsfolge ist die Duldung der Zwangsvollstreckung in die Gegenstände des Nießbrauchs wegen der Schuld gegen den Besteller. Deswegen wird man auch nicht von einem

die neugefaßte Gläubigeranfechtung hinreichend gewahrt. Die ähnliche, aber abdingbare Vorschrift des § 25 HGB bleibt bestehen. Wegen der Altfälle bleibt auch § 729 ZPO in Kraft. Eine Überprüfung von § 729 ZPO im Rahmen der Reform der Einzelzwangsvollstreckung ist jedoch vorgesehen.

³Es handelt sich nicht um eine Umschreibung, sondern um die Erteilung einer selbständigen Vollstreckungsklausel, bei welcher die gesamtschuldnerische Haftung neben dem Vermögensübergeber erwähnt werden sollte, vgl. Förster-Kann, § 729 2.; Seuffert-Walsmann, § 729 3; Schuschke/Walker, § 729,7; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 f cc, S.283; Schuler, NJW 1957,1537.

⁴Zöller-Stöber, § 729,13; Stein-Jonas-Münzberg, § 729,8; Musielak-Lackmann, § 729,1; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 f bb, S. 207; Wiczorek, 1981, § 729 IV; Schuschke/Walker, § 729,4; a.A. Seuffert-Walsmann, § 729 1.

⁵MüKoZPO-Wolfsteiner, § 729,10; Stein-Jonas-Münzberg, § 729,8; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 f cc, S.283; Schuschke/Walker, § 729,4; Loritz, ZZP 95,310,333; Eickmann, Rpfl: 1970,114; offen BGH Rpfl. 1974,260.

Schuldbeitritt sprechen können⁷; denn es fehlt an der Leistungsidentität für die Schuldnerschaft von Besteller und Nießbraucher. Es soll jedoch wegen des Zusammenhangs mit § 729 ZPO im folgenden auch auf § 738 ZPO eingegangen werden.

1. (Der Meinungsstand zur Rechtskrafterstreckung beim gesetzlichen Schuldbeitritt) Vor allem § 729 ZPO, dessen Einführung ebenso wie diejenige des § 738 ZPO durch die Novelle der ZPO vom 20.5.1898 erfolgte, wird vielfach im Rahmen der Erörterung, ob bei der Schuldübernahme und beim Schuldbeitritt eine Rechtskrafterstreckung stattfindet, sowohl von den Gegnern einer solchen Erstreckung, als auch von den Befürwortern als Argument eingesetzt.

Es wurde schon mehrmals darauf hingewiesen, daß die herrschende Meinung diese Vorschrift nicht im Zusammenhang mit §§ 265, 325 ZPO sieht⁸, sondern aus der Erläuterung in den Motiven, es handele sich um eine Billigkeitsregel⁹, auf das Vorliegen einer Ausnahmeregelung folgert. Ihrer Schaffung habe es bedurft, weil § 727 ZPO keinesfalls den Schuldbeitritt erfasse.

Demgegenüber wird von den Vertretern der Auffassung, ohne Rechtskrafterstreckung finde keine Vollstreckungserstreckung statt¹⁰, aus der Existenz dieser Vorschrift geschlossen, daß für den Fall des gesetzlichen

⁶Hahn-Mugdan, Materialien, 1898, „Bd.8, §§ 670c, 670d CPO (Entwurf) = §§ 737,738 ZPO, S.139.

⁷Reichel, Schuldmitübernahme, S.106.

⁸BGH NJW 1957,420; 1984,793; BGH WM 1970,1291; offenlassend BGH NJW 1987,2863; Reichel, Schuldmitübernahme, S.534; Förster-Kann, § 729 1.: Einschränkung des Prinzips des § 727 ZPO, insoweit allerdings im Hinblick auf Förster-Kann, § 325 2. a) β) αα) ββ) u. § 727 3. b cc) unklar; Stein-Jonas-Münzberg, § 325,29, § 727,4: die Ausdehnung der Vollstreckbarkeit hängt auf anderen Erwägungen wie die Rechtskrafterstreckung ab, § 729,2; MüKoZPO-Gottwald, § 325,30 (auch bei Übernahme nach Rechtskraft kein Rückschluß auf Erstreckung möglich, vgl. aber Gottwald FN 7) u. MüKoZPO-Wolfsteiner, § 729,2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 325,7 u. § 729,2; Thomas/Putzo-Putzo, § 729,2; Schuschke/Walker, § 729,1; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 f, S.282; MüKoBGB-Möschel, § 419,52 (3.Aufl.); Hüffer, ZZP 85,236; Schack, NJW 1988,865,869; Baumgärtel, DB 1990,1905; wohl auch Hellwig-Oertmann, System, 2.Teil, § 291 2a γ.

⁹Hahn-Mugdan, Materialien, 1898, Bd.8, S.137, § 665b CPO (Entwurf) = § 729 ZPO (Gesetz)

¹⁰Hellwig, Rechtskraft, § 6 III 3, S.49 u. § 46 III, S.326; Bettermann, S.44; Bloemeyer, Vollstreckungsverfahren, § 15 IV, S.48; Rosenberg-Schwab, § 157 III 2b, S.997.

Schuldbeitritts die Rechtskrafterstreckung anerkannt sei. Vielfach wird auch wegen dieser Vorschrift mit einem „Erst-recht-Schluß“ angenommen, daß auch bei der Schuldübernahme, die für den Neugläubiger von größerer Tragweite ist als der zur Gesamtschuld führende Schuldbeitritt, eine Rechtskrafterstreckung erfolge¹¹.

Von den Vertretern beider Auffassungen wird auch die Möglichkeit der Anwendung des § 729 ZPO für solche Titel bejaht, die nicht der Rechtskraft fähig sind¹². Hier tritt der Zeitpunkt der Titulierung an die Stelle der Rechtskraft. Irgendwelche Folgerungen für oder gegen die Annahme einer Rechtskrafterstreckung können daraus nicht entnommen werden, weil diese Anwendung nicht im Zusammenhang mit der Rechtskraft steht, sondern eine Folge der Verweisung gem. § 795 ZPO darstellt.

2. (Die Rechtslage nach den unterschiedlichen Auffassungen) Die Unterschiede der Auffassungen, die sich folglich nur im Bereich der der Rechtskraft fähigen Titel auswirken, stellen sich für die praktische Rechtsanwendung angesichts der Möglichkeit der Klauselumschreibung gem. § 729 ZPO etwas anders dar als beim rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt.

a. Die herrschende Meinung hält die Möglichkeit der Klauselumschreibung trotz fehlender Rechtskrafterstreckung entsprechend den Ausführungen in den Materialien als Billigkeitsregel für gerechtfertigt. Sie verweist darauf, daß erfahrungsgemäß trotz fehlender Rechtskrafterstreckung nicht mehr mit Einwänden gegen die übernommene Schuld zu rechnen sei, wenn der Rechtsstreit zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses, auf welchen sich der Beitritt bezieht, entschieden sei. Dies ist auch naheliegend, da der Beitretende für etwaige Einwände aus diesem Schuldverhältnis auf den Erstschuldner regelmäßig angewiesen sein dürf-

¹¹Hellwig, Rechtskraft, § 46 III 2, S.325ff; bei Übernahme nach Rechtskraft: Bettermann; S.190ff; Nikisch, § 108 II 1c, S.426; Blomeyer, ZZP 75,21; Erkenntnisverfahren, § 93 III, S.519f, Vollstreckungsverfahren, § 15 III 2b, S.47; Rosenberg-Schwab, § 157 III 2 a β u. b, S.996f; Schwab ZZP 77,124,151; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 156 II 2b (4), S.938; Zöller-Vollkommer, § 325,34, Zöller-Stöber, § 729,2; Mohrbutter, 2.Aufl. § 5 V 2; Grunsky, AcP 186,524f; Loritz, ZZP 95,310,319,334; v. Olshausen, JZ 1976,85,88.

te. Die herrschende Meinung wendet daher in entsprechender Anwendung des § 797 IV ZPO auch nicht die Präklusion des § 767 II ZPO an¹³. Diese Vorschrift stellt ja bekanntlich die Barriere für den Tatsachenvortrag in zeitlicher Hinsicht dar und sichert so die materielle Rechtskraft. Diese ist aber gerade nicht zu schützen. Der Übernehmer eines Vermögens oder eines Handelsgeschäfts kann sich jedoch nach der Klauselumschreibung gem. § 729 ZPO mit der Vollstreckungsgegenklage mit allen Einwänden ohne zeitliche Beschränkung hinsichtlich ihres Entstehens gegen die übernommene Schuld zur Wehr setzen und auf diese Weise eine vollständige, erneute Prüfung der materiellen Rechtslage erreichen.

Ist die Vermögensübernahme streitig und kann diese nicht mit den in § 727 I ZPO genannten Beweismitteln nachgewiesen werden, bietet sich für den Gläubiger zwar die Klage auf Erteilung der Klausel gem. § 731 ZPO an¹⁴; es kommt aber auch eine erneute Leistungsklage gegen den Übernehmer in Betracht. Der Einwand der *rei iudicatae* besteht mangels Rechtskrafterstreckung ohnehin nach der herrschenden Meinung nicht; man muß lediglich überprüfen, ob wegen der Möglichkeit der Klage gem. § 731 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis für eine erneute Leistungsklage gegenüber dem Übernehmer fehlt¹⁵. Man wird dann das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage bejahen können, wenn für beide Rechtsbehelfe ein identischer Prüfungsumfang besteht¹⁶, weil dann keiner der Rechtsbehelfe eine günstigere Erledigungsart darstellt. Da materielle recht-

¹²Stein-Jonas-Münzberg, § 729,4,12; Wieczorek; § 729 A I b; Förster-Kann, § 729 4.; Zöller-Stöber, § 729,4; Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 15 III, FN 10, S.46;

¹³Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 b cc, S.274; Stein-Jonas-Münzberg, (21.Aufl.), § 729,1,2; MüKoZPO-Wolfsteiner, § 729,3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann; § 729,2; Thomas/Putzo-Putzo, § 729,2; Schuschke/Walker, § 729,1; BGH NJW 1987,2863 = MDR 1987,840 = BB 1987,1758.

¹⁴Es wird allgemein angenommen, daß die Möglichkeit eines Klauselerteilungsverfahrens der Klage gem. § 731 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis nimmt, vgl. RGZ 124,151; Stein-Jonas-Münzberg, § 731,4 Thomas/Putzo-Putzo, § 731,6; Zöller-Stöber, § 731,2; Musielak-Lackmann, § 731,4; a.A. Förster-Kann, § 731 1., die immer für die Klage gem. § 731 ZPO Rechtsschutzbedürfnis annehmen mit der Begründung, daß eine Klageabweisung unerträglich sei, wenn sich erst im Verlauf des Verfahrens die einfachere Möglichkeit des § 729 ZPO herausstelle.

¹⁵Stein-Jonas-Münzberg, § 731,6; Schuschke/Walker, § 731,11; dagegen verneinen Thomas/Putzo-Putzo, § 731,1; Förster-Kann, § 731 1. a.E. u. § 727 1.; Rosenberg-Schwab, § 93 IV 2a, S.549 (auch für nicht der Rechtskraft fähige Titel); Mohrbutter, § 5 IX 1: bei zulässiger Klage auf Erteilung der Klausel immer fehlt für eine Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis.

¹⁶BGH NJW 1987,2863 = MDR 1987,840 = BB 1987,1758; Stein-Jonas-Münzberg; § 727,7; Zöller-Stöber, § 731,7.

liche Einwände gegen den zugrunde liegenden Anspruch möglich sind und die Präklusion des § 767 II ZPO nach der herrschenden Meinung mangels Rechtskrafterstreckung nicht zum Zuge kommen kann, führt dies praktisch in jeder Auseinandersetzung zwischen dem Gläubiger und Übernehmer dazu, daß für eine Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis besteht. Weil bei Klageerhebung zumeist der Umfang des Rechtsstreits nicht vorausgesehen werden kann und das Rechtsschutzbedürfnis schwerlich von der Entwicklung des Rechtsstreits abhängig gemacht werden kann, sofern der Rechtsstreit selbst nicht eine schnellere Möglichkeit eröffnet¹⁷, hat der Gläubiger somit regelmäßig die Wahl, welchen Rechtsbehelf er nutzt. Deswegen ist es auch folgerichtig, daß die Parteien genötigt sind, auch bei der Klage gem. § 731 ZPO umfassend vorzutragen¹⁸. Der Schuldner ist nämlich für eine anschließende Vollstreckungsgegenklage mit bereits hier möglichen Einwänden gem. § 767 II ZPO präkludiert¹⁹. Angesichts dieses Gleichlaufes der prozessualen Feststellungsklage gem. § 731 ZPO und der dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis geltenden Leistungsklage ist daher der großzügigen Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses durch Hüffer zuzustimmen, der die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Leistungsklage ernsthaft nur für die Fälle des § 727 ZPO erwägt, weil hier eine Rechtskrafterstreckung stattfindet²⁰.

Wie schon eingangs erwähnt, kann anders als beim rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt eine Lösung über die Auslegung nicht dem Gläubiger helfen. Da der Beitritt auf einer gesetzlichen Anordnung beruht, fehlt es an einem tatsächlichen Ansatzpunkt für eine Auslegung; auf den Willen der Beteiligten im Rahmen der gesetzlichen Anordnung des Schuldbeitritts kommt es nicht an. Man wird allenfalls dann die Lage anders sehen können, wenn sich die Parteien der Vermögensübernahme bewußt waren und deshalb die Verbindlichkeiten des Übergebers des Vermögens durchge-

¹⁷Selbstverständlich nehmen ein Anerkenntnis oder die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde während eines laufenden Rechtsstreits das Rechtsschutzbedürfnis für ein Streitiges Verfahren.

¹⁸a.A. RGZ 11,435: anschließende Klage gem. § 767 ZPO möglich.

¹⁹Förster-Kann, § 731 3., MüKoZPO-Wolfsteiner, § 731,4; Thomas/Putzo-Putzo, § 731,7; zweifelnd Stein-Jonas-Münzberg, § 731,13: es soll aber § 767 III ZPO gelten.

²⁰Hüffer, ZFP 85,229,231f; vgl. auch BGH NJW 1957,1111; BGH MDR 1958,215.

gangen sind und dabei auch die rechtskräftige Feststellung einer Schuld zur Sprache gekommen ist. Allerdings ist zu bedenken, daß dann nicht der gesetzliche Schuldbeitritt der Anknüpfungspunkt für eine Auslegung sein dürfte, sondern ein gesondert vorliegender rechtsgeschäftlicher Wille, der sich auf das der Übernahme zugrunde liegende Geschäft bezieht und der auf einen in diesem Zusammenhang vereinbarten, vertraglichen Beitritt hindeutet oder zumindest die rechtsgeschäftliche Absprache beinhaltet, daß die vom Beitritt erfaßte Schuld nicht in Zweifel gezogen werden soll. Dies läuft auf ein Anerkenntnis hinaus.

Die Beschränkung der Haftung auf das übernommene Vermögen wird über §§ 786, 781, 785 ZPO ebenfalls durch die Vollstreckungsgegenklage verfolgt, wobei es naturgemäß dann keine Rolle spielen kann, daß im Klauselerteilungsverfahren ein Vorbehalt der Beschränkung der Haftung nicht vorgenommen wurde, weil für eine derartige, aus materiellrechtlichen Erwägungen folgende Prüfung kein Raum ist²¹. Wird dagegen die Vermögensübernahme selbst bestritten oder werden Einwendungen aus § 25 II HGB erhoben, ist die Klauselgegenklage gem. § 768 ZPO der statthafte Rechtsbehelf²², weil es um das die Klauselerteilung rechtfertigende, tatsächliche Ereignis geht.

b. Teilt man jedoch die Auffassung von *Bettermann* und *Blomeyer* und nimmt eine Rechtskrafterstreckung bei einem gesetzlichen Beitritt nach Rechtskraft einer übernommenen Schuld an, muß man für den Beitretenden konsequenterweise auch § 767 II ZPO gelten lassen²³. Dies bedeutet, daß der Beitretende zwar regelmäßig alle Einwände anführen kann, die aus seinen Rechtsbeziehungen zum Gläubiger abgeleitet werden, weil für diese die zeitliche Schranke des § 767 II ZPO nicht eingreifen kann²⁴. Vor der Vermögensübernahme hatten diese Verteidigungsmittel noch keine Bedeutung für die Schuld, für welche nunmehr infolge des Beitritts gehaftet wird. Will sich also der Vermögensübernehmer im Wege der Aufrechnung mit einer Forderung gegenüber dem Gläubiger verteidigen, die älter ist als der Tatbestand der Vermögensübernahme, so ist ihm dies

²¹Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 f bb, S.282f; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 729,2.

²²Zöller-Stöber, § 729,4 u. 9.

²³Bettermann, S.193; Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 15 III b, S.48.

²⁴Bettermann, S.193.

ohne weiteres möglich, denn vor der Vermögensübernahme bestand mangels Gegenseitigkeit noch keine Aufrechnungslage²⁵. Dagegen sind ihm Einwände verwehrt, welche aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner als Übergeber des Vermögens und dem Gläubiger stammen und welche bereits bei der Titulierung der Schuld geprüft wurden oder hätten geprüft werden können²⁶. Hier wirkt sich die materielle Rechtskraft zu Lasten des Übernehmers aus.

Ob man bei einer Bejahung einer Rechtskrafterstreckung beim gesetzlichen Schuldbeitritt konsequenterweise es auch für richtig halten muß, daß die Möglichkeit der Klage auf Erteilung einer Klausel gem. § 731 ZPO einer erneuten Leistungsklage des Gläubigers gegen den Übernehmer das Rechtsschutzbedürfnis nimmt, erscheint zweifelhaft²⁷. Der *BGH* hat auch für den Fall einer Annahme einer Rechtskrafterstreckung zu dieser Frage Stellung bezogen und das Rechtsschutzbedürfnis bejaht, weil gleichwertige Wege bei der prozessualen Feststellungsklage und der Leistungsklage vorliegen²⁸. Er hat darauf hingewiesen, daß bei Annahme einer Rechtskrafterstreckung für die Leistungsklage das präjudizielle Rechtsverhältnis feststeht und bei der prozessualen Feststellungsklage Einwände gegen den titulierten Anspruch nur in den Grenzen des. § 767 II ZPO erlaubt sind.

Sofern eine Rechtskrafterstreckung beim gesetzlichen Schuldbeitritt angenommen wird, ist das Rechtsschutzbedürfnis allerdings nicht der einzige im Bereich der Zulässigkeit der erneuten Leistungsklage gegen den Übernehmer zu diskutierende Gesichtspunkt. Nach *Schwab* setzt eine Rechtskrafterstreckung objektive Identität des Streitgegenstands voraus; die zweite gerichtliche Verfolgung eines objektiv identischen Streitgegenstands wird als unzulässig angesehen²⁹. Folglich müßte *Schwab* im

²⁵Allerdings kann der Gläubiger gegen den Willen des Übernehmers niemals gegenüber einer Forderung des Übernehmers gegen den Gläubiger mit einer Forderung aufrechnen, für welche der Übernehmer gem. § 419 I BGB haftet. Hier greift immer § 419 II BGB ein, denn es steht fest, daß der Gläubiger Vermögen zur Befriedigung heranzieht, welches nicht aus dem übernommenen Vermögen stammt.

²⁶Nikisch, § 108 II 1c, S.426.

²⁷Zöller-Stöber, § 729,2 u. § 731,7: das Rechtsschutzbedürfnis besteht; a.A. Rosenberg-Schwab, § 93 IV 2a, S.549.

²⁸BGH NJW 1987,2863 = MDR 1987,840 = BB 1987,1758.

²⁹Schwab, ZZP 77,124,129,143,151.

Bereich des § 729 ZPO nur die Klage auf Erteilung der Klausel zulassen und die Leistungsklage als unzulässig abweisen oder aber eine Rechtskrafterstreckung beschränkter Art annehmen, wie er dies für den Fall des § 129 HGB vorschlägt³⁰. Ausdrücklich bezieht er nicht Stellung zu dieser Frage.

Umgekehrt wirkt bei Annahme einer Rechtskrafterstreckung die materielle Rechtskraft auch zugunsten des Übernehmers, wenn der Gläubiger vor der Übernahme bereits rechtskräftig mit einem Anspruch gegen den Schuldner abgewiesen wurde. Hier kann der Gläubiger im Gegensatz zur herrschenden Meinung sein Glück nicht erneut gegenüber dem Übernehmer versuchen und diesen nochmals nunmehr möglicherweise mit Erfolg verklagen. Eine solche Klage müßte als unzulässig abgewiesen werden. Ordnet man die betroffene Forderung als präjudiziell ein, wäre die erneute Klage jedenfalls unbegründet.

c. Läßt sich somit feststellen, daß überwiegend die Leistungsklage neben der prozessualen Feststellungsklage gem. § 731 ZPO³¹ für zulässig gehalten wird, entfällt für letztere in diesem Bereich die eigenständige Bedeutung. Sie ist nur in den Fällen der einzige Rechtsbehelf, in welchem der Leistungsklage des Rechtsnachfolgers oder gegen den Rechtsnachfolger der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung im Rahmen der Zulässigkeit erfolgreich entgegengesetzt werden kann³². Eine Vereinfachung bedeutet sie im hier erörterten Bereich niemals, weil dieselben Verteidigungsmittel möglich sind wie bei der Leistungsklage. Es ist nur noch einen Unterschied darin zu sehen, daß der Gläubiger bei der Leistungsklage in der Wahl des Gerichtsstands möglicherweise Freiheit hat, während bei der prozessualen Feststellungsklage gem. § 802 ZPO ein ausschließlicher Gerichtsstand gilt. Dagegen ist dem Hinweis von *Wolfsteiner*, bei der Klage auf Erteilung der Klausel erhalte der Gläubiger unter leichteren Voraussetzungen ein Versäumnisurteil als bei einer entspre-

³⁰Schwab, ZZP 77,124,151.

³¹herrschende Meinung: Thomas/Putzo-Putzo, § 731,1; Zöller-Stöber, § 731,4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 731,1; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 17 II 2 d, S.296; a.A. (prozessuale Gestaltungsklage): Stein-Jonas-Münzberg, § 731,8; Schuschke/Walker, § 731,2.

³²vgl. Hüffer, ZZP 85,221,231.

chenden Leistungsklage³³, für die Handhabung in der Praxis wenig Gewicht beizumessen. Es macht bei einem einseitigen Verfahren kaum einen Unterschied, ob der Gläubiger behauptet, er habe bereits einen bestimmten Titel gegen den Übernehmer erstritten, welchen er im Zweifelsfall der Klageschrift beifügen wird, oder ob er den Vortrag wiederholt, mit welchem er den Titel erstritten hat. Hier kann er abschreiben oder bei einem großzügigen Gericht auf den beigelegten Titel Bezug nehmen. Zuzugeben ist allerdings, daß der Gläubiger bei der Klage auf Erteilung der Klausel auch dann ein Versäumnisurteil erhalten kann, wenn er nur den Titel ohne Gründe vorlegt; auf diese Weise kann er sogar einen rechtsfehlerhaften Titel ausnutzen, weil eine Schlüssigkeitsprüfung hinsichtlich des titulierten Anspruchs nicht stattfindet. Ein solcher, aus einer früheren fehlerhaft erfolgten Prüfung der Rechtslage abgeleiteter Vorteil kann aber nicht die Notwendigkeit der Anwendbarkeit eines Rechtsbehelfs rechtfertigen.

Da beide Klagen unterschiedliche Streitgegenstände haben, nämlich Erzielung eines Leistungsbefehls gegen den Nachfolger einerseits und Erteilung einer Klausel aufgrund einer Nachfolge für einen bereits bestehenden Leistungsbefehl andererseits, steht die Rechtshängigkeit der einen Klage derjenigen der anderen Klage grundsätzlich nicht im Wege. Man wird bei einer solchen doppelten Rechtshängigkeit auch nicht hinsichtlich einer Klage das Rechtsschutzbedürfnis ablehnen können, weil beide Wege gleichwertig sind und auch dann nicht klar ist, welche der beiden Klagen als unzulässig einzuordnen ist. Meines Erachtens steht für die zweite erhobene Klage nur der materiellrechtliche Einwand des Rechtsmißbrauchs zur Verfügung. Erfolg könnten ohnehin nicht beide Klagen haben, weil beide materielle Rechtskraft in Bezug auf den Leistungsanspruch erzeugen³⁴. Bei der Leistungsklage versteht sich das von selbst. Bei der Feststellungsklage ergibt sich dies daraus, daß durch das auf sie ergehende Anordnungsurteil der Ersttitel für vollstreckbar erklärt wird³⁵ oder aber bei einer Klageabweisung die Erklärung der Vollstreckbarkeit des zugrunde liegenden Titels verweigert wird.

³³MüKoZPO-Wolfsteiner, § 731,19.

³⁴MüKoZPO-Wolfsteiner, § 731,6 u. 24.

³⁵Zöller-Stöber, § 731,6.

d. Hinsichtlich der Haftungsbeschränkung auf das übernommene Vermögen ergeben sich für beide Auffassungen keine Unterschiede. Das Klauselerteilungsverfahren ist nicht der geeignete Platz, die Haftungsbeschränkung geltend zu machen. Es verbleibt somit auch für die Vertreter einer Rechtskrafterstreckung für die Fälle des § 729 ZPO nur die Vollstreckungsgegenklage³⁶, bei welcher § 767 II ZPO ohnehin dann keine Rolle spielen kann, weil bei Titulierung der Schuld der Übernehmer noch nicht beteiligt war.

Muß dagegen die Klausel im Wege der Klage erstritten werden oder wird eine Titulierung gegen den Übernehmer durch eine Leistungsklage verfolgt, muß dort vom Übernehmer der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung geltend gemacht werden³⁷.

3. (Die Gründe für die Ablehnung der Rechtskrafterstreckung) Die bisherige Erörterung hat deutlich gemacht, daß die Meinungsunterschiede zur Rechtskrafterstreckung sich nicht auf die Auswahl der Rechtsbehelfe auswirken. Für die Verfechter einer Erstreckung steht allerdings die vom Beitritt betroffene Schuld jeweils außer Zweifel. Die folgenden Überlegungen werden aber zeigen, daß sich die Rechtsfolge einer Erstreckung der Rechtskraft nicht aus § 729 ZPO ableiten läßt.

Vom Wortlaut her knüpft § 729 ZPO anders als § 727 ZPO nicht an die §§ 265, 325 ZPO an, welche grundsätzlich nach der gesetzlichen Systematik für eine Rechtskrafterstreckung verantwortlich sind; außerdem wird im Gegensatz zu § 727 ZPO für eine Klauselerteilung nach § 729 ZPO eine rechtskräftige Verurteilung des Schuldners vor dem die Klauselerteilung ermöglichenden Rechtsgeschäft verlangt. Diese Unterschiede machen deutlich, daß es zwar möglich sein mag, die Existenz des § 729 ZPO als Argument für eine Rechtskrafterstreckung bei den dort geregelten Fällen anzuführen, ein ausreichender Nachweis kann jedoch in der Existenz der Vorschrift allein nicht gesehen werden. Es muß zusätzlich erläutert werden, aus welchem Grund trotz unterschiedlicher Ausgangsvoraussetzungen in § 727 ZPO und in § 729 ZPO die dort erfaßten Fälle im Hinblick auf eine Rechtskrafterstreckung die gleiche

³⁶Zöller-Stöber, § 729,5.

Beurteilung erfahren müssen. Gelingt diese Erklärung nicht, ist der nahe-
liegende Schluß angebracht, daß unterschiedliche Sachverhalte auch
unterschiedlichen Rechtsfolgen unterliegen.

a. Man wird den Vertretern einer Rechtskrafterstreckung bei den Fällen
eines gesetzlichen Schuldbeitritts sicherlich zubilligen müssen, daß es
über den Wortlaut hinaus weitere, plausible tatsächliche Anknüpfungspunkte für eine Rechtskrafterstreckung gibt.

Während § 325 ZPO für eine Rechtskrafterstreckung auf eine Rechts-
nachfolge abstellt, welche bei Eintritt während der Rechtshängigkeit
auch zu einem Legitimationsverlust des weichenden Rechtsinhabers ver-
bunden ist³⁸, wird bei der Übernahme eines Vermögens oder eines Han-
delsgeschäfts der Übernehmer deswegen verpflichtet, weil er Rechts-
nachfolger hinsichtlich der Vollstreckungsmasse wird, die dem Gläubiger
vor dem Übernahmeakt zur Verfügung stand.

Nach dem Sprachgebrauch der Motive wird auch deswegen von einer
Universalsukzession in die Passiven gesprochen, welche auf rechtsge-
schäftlichem Weg zumeist nur durch eine Vielzahl von Einzelgeschäften
erreicht werden könnte, während bei einer universellen Nachfolge nur
ein Übertragungsakt oder ein für die Nachfolge maßgeblicher tatsächlicher
Umstand vorliegt. Wenn heute § 419 BGB nicht mehr als zeitgemäß
empfunden wird und mit Ablauf des 31.12.1998 die Aufhebung dieser
Bestimmung erfolgte, so besagt dies sicherlich nichts über die dogmati-
sche Funktion der Vorschriften, welche im Zusammenhang mit § 419
BGB zur Anwendung kommen und welche ohnehin von der Aufhebung
des § 419 BGB nicht betroffen sind.

Geht es somit bei der Anordnung eines gesetzlichen Schuldbeitritts um
die Erhaltung der Vollstreckungsmasse für den Gläubiger, so erscheint
auch die unterschiedliche Behandlung von rechtsgeschäftlichem und
gesetzlichem Schuldbeitritt durch *Nikisch* für die Frage der Rechtskraft-

³⁷Stein-Jonas-Münzberg, § 731,15.

³⁸Bettermann, S.68f, 115ff u. Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 15 III 1,
S.46f stellen bei einer Rechtsnachfolger während des laufenden Rechtsstreits nur
auf den Legitimationsverlust ab, weil sie davon ausgehen, daß nicht jede Rechts-
nachfolge zum Verlust der Sachlegitimation führen muß.

erstreckung nicht widersprüchlich³⁹. Anders als beim vertraglichen Schuldbeitritt soll der Gläubiger beim gesetzlichen Schuldbeitritt nichts hinzugewinnen. Durch den Erhalt der Vollstreckungsmasse soll er lediglich nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden. Letzteres wird deutlich durch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für den Übernehmer auf das übernommene Vermögen.

Eine zusätzliche Haftungsmasse gewinnt der Gläubiger freilich dann, wenn der Übernehmer es versäumt, im laufenden Prozeß des Gläubigers auf Erteilung der Klausel oder im Rahmen einer nach herrschender Meinung möglichen, erneuten Leistungsklage gegen den Übernehmer die Beschränkung der Haftung geltend zu machen (§§ 780 I, 786 ZPO). Wenn allerdings die Vermeidung einer Schlechterstellung des Gläubigers und nicht der Zugewinn an Haftungsmasse das Ziel des Gesetzgebers für den gesetzlichen Schuldbeitritt war, so fragt man sich, aus welchen Gründen der Übernehmer auch die Einrede der beschränkten Haftung dadurch verlieren kann, daß er es im Rechtsstreit versäumt, bei einer Verurteilung auch auf den Vorbehalt hinzuwirken. Man wird wohl diese den Übernehmer für eine nachlässige Prozeßführung bestrafende Vorschrift des § 780 ZPO damit rechtfertigen können, daß sie der Rechtssicherheit dient und Mißbräuchen vorbeugen soll. Erfahrungsgemäß läßt es sich nach längerer Zeit häufig nur noch schwierig feststellen, ob übernommenes Vermögen als Vollstreckungsobjekt erhalten soll oder ob auf andere Weise erworbenes Vermögen erfaßt werden soll.

Vor allem für *Nikisch*, *Bettermann* und *Loritz* ist die Nachfolge in die Haftungsmasse ein wesentlicher Gesichtspunkt zur Annahme einer Rechtskrafterstreckung. Gleichwohl läßt sich nicht ohne weiteres eine Gleichbehandlung der Rechtsnachfolge an dem die Sachlegitimation vermittelnden Objekt und am möglichen Vollstreckungsobjekt bejahen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß diese ersichtlich auf den Gläubigerschutz hinzielende Begründung nur dann trägt, wenn der Gläubiger gegenüber dem Schuldner obsiegt hat; anderenfalls genießt der Übernehmer die Sicherung des klageabweisenden Ergebnisses durch die Rechtskraft. Der Schutz des Gläubigers bleibt auf der Strecke. Er steht

³⁹ Nikisch, § 108 I 1c, S.426.

jetzt bei Bejahung einer Rechtskrafterstreckung schlechter als nach der herrschenden Meinung.

Nun mag man dies noch deswegen hinnehmen, weil der Gläubiger sein Recht aus dem Verhältnis zum Schuldner herleitet, so daß auch dieses als maßgeblich für ihn angesehen werden kann. Man wird aber sicherlich allen Beteiligten auch dadurch gerecht, daß eine gesonderte Prüfung in jedem Rechtsverhältnis stattfindet und dem Gläubiger überhaupt die Möglichkeit eines Zugriffs beim Vermögensübernehmer erlaubt wird. Angesichts der grundsätzlich vorgesehenen, jederzeitigen Übertragbarkeit vermögensrechtlicher Gegenstände kann ein Gläubiger niemals darauf vertrauen, daß er in dem Zeitpunkt, in welchem er um Befriedigung nachsucht, bei seinem Schuldner vergleichbare Vermögensverhältnisse vorfindet wie beim Eingang der Schuld. Die Existenz eines gesetzlichen Schuldbeitritts stellt also schon eine Schutzmaßnahme dar, die den Gläubiger privilegiert; dagegen kann der Schuldner belastet werden, weil der gesetzliche Schuldbeitritt ein Eingriff in seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit bedeuten kann⁴⁰.

Daß auch der Gesetzgeber den Schutz des Gläubigers in § 729 ZPO nicht mit einer Rechtskrafterstreckung verbinden wollte, läßt sich aus der Anordnung der gleichartigen materiellen Rechtsfolge bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts ersehen. Während gem. § 419 III BGB bei der Vermögensübernahme die Rechtsfolge des gesetzlichen Schuldbeitritts nicht ausgeschlossen werden kann, ist es bei der Übernahme eines Handelsgeschäfts gem. § 25 II HGB möglich, daß Erwerber und Veräußerer durch Vereinbarung den gesetzlichen Schuldbeitritt ausschließen. Das Bestehen einer solchen Möglichkeit einleuchtend zu erklären, wäre bei Annahme einer Rechtskrafterstreckung schwierig. Es kann wohl davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber es nicht wünscht, daß die Rechtsfolge einer Rechtskrafterstreckung grundsätzlich im Belieben der Parteien steht und diese es in der Hand haben, die Erstreckung zu Lasten einer an sich durch die Erstreckung zu schützenden Person auszuschlie-

⁴⁰Dies wurde besonders deutlich im Konkursfall. Deswegen wird auch § 419 BGB beim Erwerb vom Konkursverwalter nach h.M. nicht angewendet, vgl. BGHZ 66,217,228; Palandt-Heinrichs, (57.Aufl.), § 419,12; Erman-Westermann, (9.Aufl.), § 419,27.

ßen. Rechtskrafterstreckung ist ein Ausdruck hoheitlichen Handelns. Ebenso wenig läßt sich unterstellen, daß der Gesetzgeber innerhalb von § 729 I u. II ZPO differenziert hat, was die Rechtskrafterstreckung anbelangt.

b. Es wird auch nicht von den Befürwortern einer Rechtskrafterstreckung einleuchtend gelöst, weshalb es bei § 729 ZPO auf einen rechtskräftigen Bestand der Schuld zum Zeitpunkt des Beitritts ankommt.

*Bettermann*⁴¹, *Schwab*⁴² und im Anschluß an diesen auch *Gottwald*⁴³, richten sich an der Existenz des § 729 ZPO aus, welcher der Behandlung des Schuldbeitritts im Vollstreckungsverfahren gilt. Sie rechtfertigen die Erforderlichkeit der Rechtskraft damit, daß es bei einer Übernahme im laufenden Rechtsstreit nicht zu einem Legitimationsverlust des Schuldners kommt. *Bettermann* erläutert dies damit, daß ohne Legitimationsverlust die §§ 265, 325, 727 ZPO nicht zum Zuge kommen können und folgert daraus, daß die Schuld zum Zeitpunkt der die Haftung auslösenden Übertragung rechtskräftig und endgültig vollstreckbar sein müsse. Diese Argumentation ist erläuterungsbedürftig. Sie bedeutet, daß bei einem gesetzlichen Beitritt vor Rechtskraft unterschiedliche Ergebnisse für möglich gehalten werden und auch in Kauf genommen werden, während bei einem Beitritt nach Rechtskraft immer ein einheitliches Ergebnis gegenüber den Gesamtschuldnern erfolgen soll. Diese Sichtweise hat den Schutz des Übernehmers im Auge. Ihm soll eine Bindung an Handeln Dritter nicht zugemutet werden, solange diese das Ergebnis ihres Handelns noch beeinflussen können oder er sogar selbst noch in der Lage ist, Einfluß zu nehmen.

Für *Bettermann*⁴⁴, *Blomeyer*⁴⁵ und *Loritz*⁴⁶ ist daher die formelle Rechtskraft als Voraussetzung einer Anwendung des § 729 ZPO notwendige Gewähr dafür, daß der Veräußerer des Vermögens oder eines Handelsgeschäfts nicht noch nach der Übernahme die Haftungsposition des Über-

⁴¹Bettermann, S.117,192.

⁴²Rosenberg-Schwab, § 157 III 2a β, S.996.

⁴³Rosenberg-Schwab-Gottwald; § 156 II 2 a (2), S.937.

⁴⁴Bettermann, S.192.

⁴⁵Blomeyer, ZZP 75,1,12.

⁴⁶Loritz, ZZP 95, 310,320.

nehmers verschlechtert. *Blomeyer*, der die prozessuale Zumutbarkeit als einzigen, tragfähigen Gesichtspunkt für eine Rechtskrafterstreckung gelten läßt, nimmt umgekehrt Unzumutbarkeit an, wenn aufgrund der Verhandlungsmaxime Veräußerer und Gläubiger die Feststellungen über das für den Übernehmer präjudizielle Rechtsverhältnis noch nachteilig beeinflussen können. *Loritz* schließt aus den Wertungen des materiellen Rechts, daß der neue Vollstreckungsschuldner vor einer prozessualen Verschlechterung seiner Haftung durch den bisherigen Vollstreckungsschuldner zu schützen sei; daher sei formelle Rechtskraft erforderlich.

Bettermann nutzt außerdem die Überlegungen der Motive für seine Argumentation. Das für ihn erforderliche Merkmal der Zumutbarkeit der Rechtskrafterstreckung für den Beitretenden belegt er mit der Feststellung, erfahrungsgemäß sei mit Einwänden nach Rechtskraft kaum noch zu rechnen⁴⁷. Da er aber ohnehin nur individuelle Einwände aus dem Rechtsverhältnis des Beitretenden zum Gläubiger zuläßt, kommt dieser Feststellung keine große Bedeutung zu; denn zumeist wird es vor dem gesetzlichen Beitritt an Rechtsbeziehungen zwischen dem Beitretenden und dem Gläubiger gefehlt haben.

Auch die übrige Argumentation vermag nur teilweise das Erfordernis der formellen Rechtskraft zu begründen. Sie läßt sie sich auch weitgehend im Zusammenhang mit der Auffassung anführen, die § 729 ZPO nicht als Beleg für eine Rechtskrafterstreckung ansieht.

Der Hinweis auf die zu vermeidende Gefahr, daß der Schuldner die Position des Übernehmers verschlechtert, ist im Hinblick auf die Wertung des Gesetzgebers, dies sich aus dem Zusammenspiel der §§ 265, 325, 727 ZPO ergibt, ein fragwürdiger Gesichtspunkt. Tritt nämlich ein Legitimationsverlust ein, so kann der nach materiellem Recht scheidende Gläubiger oder Schuldner gleichwohl die prozessuale Lage seines Nachfolgers durch die bei ihm verbleibende Prozeßführungsmacht entscheidend steuern. Es ist nicht einsehbar, warum der aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung Beitretende anders behandelt werden soll, sofern man sich für eine Rechtskrafterstreckung zu seinen Lasten entschließt. Es dürfte aber

⁴⁷Bettermann, S.228.

schwerlich von der Hand zu weisen sein, daß der Schutz des Übernehmers, der ja ein Anliegen von *Bettermann*, *Blomeyer* und *Loritz* darstellt, am besten dadurch gewährleistet wird, daß man jegliche Rechtskrafterstreckung zu seinem Nachteil ablehnt.

c. Die Befürworter der Rechtskrafterstreckung im Rahmen des § 729 ZPO lassen auch die schlichte Begründung der Motive außer Acht, welche sich am Normalfall der Praxis ausrichtet. Die Klauselerteilung soll der Vereinfachung dienen; die Vereinfachung ist deswegen angebracht, weil in der Regel nicht mit weiteren Einwänden des Beitretenden zu rechnen ist. Es ist also nicht so, daß das Erfordernis der formellen Rechtskraft für die Anwendung des § 729 ZPO als wichtiger Baustein eines dogmatischen Gesamtkonzepts zu sehen ist, sondern sie wird lediglich als Vermutung dafür genutzt, daß zwischen den Beteiligten grundsätzlich die materielle Rechtslage geklärt und gesichert ist.

Ist es mit der Erforderlichkeit des Gläubigerschutzes nicht soweit her, kann dem auf der Übernehmerseite rechtfertigenden Gesichtspunkt der Zumutbarkeit keine große Bedeutung mehr zukommen. Außerdem ist eine allein von einer möglichen, unredlichen Prozeßführung abgeleitete Unzumutbarkeit für den Übernehmer nicht zwingend. Denn eine unredliche Prozeßführung ist ohne weiteres auch denkbar, wenn die Vermögensübernahme noch nicht erfolgt ist, aber bereits in Aussicht genommen wurde. Es ist sogar naheliegend, bei einer solchen Sachlage mit einem derartigen Verhalten eher zu rechnen, weil der Veräußerer wegen des nahenden Schuldbeitritts möglicherweise in der Prozeßführung gleichgültiger wird als bei einer Situation, bei welcher die Vermögensübernahme oder die Übernahme eines Handelsgeschäfts während eines laufenden Prozesses geschieht. Bei praxisnaher Betrachtung setzt nämlich nach der Übernahme eine Kontrolle des Übernehmers gegenüber dem weiteren Handeln des Übergebers ein, für welche vor der Übernahme noch keine Veranlassung oder Handhabe bestand, weil es noch kein die Kontrolle ermöglichendes Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Übernehmer gab. Insbesondere wird der Übernehmer vorschnelle Anerkennnisse durch den Veräußerer oder Versäumnisurteile gegen den Veräußerer zu verhindern suchen. Gleichwohl sieht *Blomeyer* den Übernehmer in der zuerst erwähnten Fallgestaltung zumutbar als gebunden an,

während in der zweiten Fallgestaltung, bei welcher der zu schützende Unternehmer noch Einfluß auf die Prozeßführung gewinnen kann, jegliche Bindung als unzumutbar erachtet wird.

Da also die Argumente für eine Rechtskrafterstreckung nicht notwendigerweise dieses Ergebnis ergeben und darüber hinaus der Gewinn eines solchen Ergebnisses für die praktische Handhabung keinen großen Vorteil bedeutet, ist dem **Ergebnis** der herrschenden Meinung beizupflichten und eine Erstreckung der Rechtskraft beim gesetzlichen Schuldbeitritt abzulehnen. Entsprechend der Aussage der Motive ist bei § 729 ZPO von einer Billigkeitsregel auszugehen.

4. (Die Klauselerteilung gegenüber dem Nießbraucher gem. § 738 ZPO) Fragen der Rechtskrafterstreckung und der Vollstreckungserstreckung stellen sich auch im Zusammenhang mit der Anwendung der §§ 737, 738 ZPO. Die Erörterung zu § 729 ZPO spricht dafür, auch hier eine Rechtskrafterstreckung zu verneinen.

Eine Bezugnahme auf Vorschriften, welche eine Rechtskrafterstreckung regeln, findet ebenfalls nicht statt. Der Sache nach geht es hier um die Durchsetzung der Haftung eines Nießbrauchers an einem Vermögen oder an einer Erbschaft für Forderungen gegen den Besteller des Nießbrauchs gem. §§ 1086,1, 1089 BGB. Die Haftung gegenüber dem Gläubiger des Bestellers bezieht sich auf die Gegenstände des Nießbrauchs, sofern der Nießbrauch nach dem Entstehen der Forderung gegenüber dem Besteller eingeräumt wurde.

Da diese Vorschriften in der heutigen Rechtspraxis kaum bedeutsam sind und ihr Zusammenwirken daher auch wenig geläufig ist, soll auch kurz auf den Inhalt der Ansprüche gegen den Nießbraucher und ihre Durchsetzung in der Zwangsvollstreckung eingegangen werden. Das rechtspolitische Ansinnen des Gesetzgebers ist klar. Der Schuldner soll nicht die Lage des Gläubigers dadurch schmälern können, daß er die Regelung des

§ 419 BGB umgeht und lediglich an seinem Vermögen oder an dem Nachlaß einen Nießbrauch bestellt⁴⁸.

Dabei mutet die Regelungsvielfalt für die Durchsetzung der Ansprüche auf den ersten Blick unübersichtlich und schwierig an, jedoch ergibt sich ihre Ordnung aus dem schon hinlänglich bekannten Prinzip, welches einerseits an den Entstehungszeitpunkt des haftungsbegründenden Vorgangs und andererseits an den Zustand der Verbindlichkeit, für welche der Nießbraucher als Dritter eintreten soll, anknüpft. Es kommt für die unterschiedlichen Regelungen jeweils darauf an, ob der Nießbrauch vor Rechtshängigkeit der Forderung gegen den Besteller, nach deren Rechtshängigkeit oder nach deren Rechtskraft bestellt wurde. Keine Haftung besteht dagegen nach § 1086,1 BGB für solche Forderungen gegen den Besteller, die erst nach der Bestellung des Nießbrauchs begründet wurden⁴⁹, sofern es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt. Die Situation einer nachträglichen Entstehung der Forderung gegen den Besteller kann daher hier außer Betracht bleiben.

a. Nach §§ 1086,1, 1089 BGB wird dem Gläubiger des Bestellers für vor der Bestellung entstandene Forderungen ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher des Vermögens oder der Erbschaft in Gegenstände des Nießbrauchs gewährt.

Diese gesetzliche Anordnung stellt keinen gesetzlichen Schuldbeitritt dar, denn sie führt nicht zu einer gesamtschuldnerischen Haftung von Besteller und Nießbraucher gegenüber dem Gläubiger des Nießbrauchers. Die Haftung des Nießbrauchers ist von vornherein gegenständlich beschränkt. Insofern unterscheidet sie sich von der Haftung des Vermögensübernehmers gem. § 419 I BGB. Dort besteht hinsichtlich der Ansprüche Leistungsidentität; der Vermögensübernehmer kann jedoch eine Haftungsbeschränkung im Rahmen der Zwangsvollstreckung oder auch schon bei der Durchsetzung des vom Schuldbeitritt nach § 419 BGB

⁴⁸Hellwig-Oertmann, System, § 296 I 2, S.229 = S.93. Allerdings ist von keiner Seite erwogen worden, mit der Aufhebung des § 419 BGB auch in die Vorschriften der Nießbrauchsbestellung einzugreifen.

⁴⁹Zöller-Stöber, § 737,8.

erfaßten Anspruchs im Erkenntnisverfahren herbeiführen, wenn das Ergebnis der Zwangsvollstreckung hier bereits eindeutig feststeht⁵⁰.

Wie § 737 ZPO unmittelbar belegt, ist der Anspruch gem. § 1086 BGB durch einen Duldungstitel gegenüber dem Nießbraucher durchzusetzen. Dieser ist deshalb erforderlich, weil der Nießbrauch ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S. des § 771 I ZPO darstellt, welches der Gläubiger überwinden muß, wenn er in vom Nießbrauch erfaßtes Vermögen vollstrecken will⁵¹. Es ist freilich darauf aufmerksam zu machen, daß bei Fehlen eines Duldungstitels der Gläubiger sich gegenüber der Drittwiderspruchsklage im Hinblick auf seinen fälligen Anspruch nach § 1086 BGB mit dem Einwand des Rechtsmißbrauchs verteidigen könnte. Zur Überwindung des Gewahrsams des nicht gem. § 809 ZPO zur Herausgabe bereiten Nießbrauchers als Besitzer der Nießbrauchgegenstände ist der Duldungstitel auf jeden Fall erforderlich⁵², denn eine Überprüfung der materiellen Rechtslage zur Durchsetzung von Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers kann nicht mit der Erinnerung gem. § 766 ZPO erreichen.

Von der Konstruktion her erinnert die Haftung des Nießbrauchers an die diejenigen sekundärer Interzessionsfälle, bei welchen ein Pfandrecht oder eine Hypothek für die Forderung gegen einen Dritten bestellt wird. Auch die Verwirklichung der Haftung des vom Schuldner verschiedenen Pfandbestellers kann gem. § 1233 II BGB mit der Duldungsklage durchgesetzt werden⁵³. Für die Hypothek ist dies gem. § 1147 BGB ohnehin der einzige Weg der Realisierung der Haftung des Bestellers des Grundpfandrechts. Der Unterschied von Nießbraucherhaftung und Haftung des Pfandrechtsbestellers liegt darin, daß bei der Pfandbestellung schuldnerfremdes Eigentum oder schuldnerfremde Rechte zur Sicherung und Befriedigung zur Verfügung gestellt werden, welche ohne die Pfandbestellung vom Gläubiger niemals genutzt werden könnten, während bei der Einräumung des Nießbrauchs der Gläubiger schuldneigene Gegenstände

⁵⁰vgl. BGHZ 66,217,225, BGH NJW 1974,943, 1995,596; Palandt-Heinrichs, §419,18 (57. Aufl.).

⁵¹Rosenberg-Gaul-Schilken, § 18 II 1, S.309; Zöller-Herget, § 771,10: Nießbrauch.

⁵²Rosenberg-Gaul-Schilken, § 19 V 1, S.326.

de zur Befriedigung beanspruchen darf, obwohl die dingliche Belastung an sich ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771 I ZPO darstellen würde. Bei der Pfandrechtsbestellung für eine fremde Forderung tritt also der Eigentümer oder der Rechtsinhaber wegen der dinglichen Belastung zurück, beim Nießbrauch am Vermögen oder an einer Erbschaft setzt sich dagegen die Rechtsinhaberschaft zu Gunsten des Gläubigers des Rechtsinhabers durch, die dingliche Belastung bleibt dagegen unbeachtlich.

Trotz der inhaltlichen Gleichheit der Ansprüche eines Gläubigers, der Duldung der Zwangsvollstreckung wegen eines Pfandrechts begehrt und eines Gläubigers, der diese in vom Nießbrauch erfaßte Gegenstände verlangt, wird man dem Zugriffsrecht gem. § 1086 BGB keine dingliche Natur beimessen können, weil es seinen Ursprung in der Forderung gegen den Besteller hat⁵⁴; entscheidend für die rechtliche Behandlung dieses Anspruchs ist diese Einordnung freilich nicht.

Gem. § 737 ZPO benötigt der Gläubiger des Bestellers für einen Zugriff auf die Gegenstände des Nießbrauchs sowohl die Verurteilung des Bestellers wegen der gegen ihn gerichteten Forderung, als auch eine Titulierung des Duldungsanspruchs gegenüber dem Nießbraucher⁵⁵. Es müssen demnach für die Zwangsvollstreckung zwei Titel vorliegen.

Soweit oben ein Vergleich mit dem für die Durchsetzung eines Pfandrechts erforderlichen Duldungstitel angestellt wurde, bei welcher die zugrunde liegende, persönliche Schuld nicht titulierte sein muß, wird man dies damit erklären können, daß das Pfandrecht von vorne herein zur Sicherung und Verwertung bestimmt ist und die Durchsetzung des Duldungstitels auch nicht ein fremdes Recht berührt. Bei der Vollstreckung gegen den Nießbraucher aufgrund eines Duldungstitels werden jedoch Gegenstände erfaßt, die nicht bei Absprache des Nießbrauchs schon als

⁵³vgl. Palandt-Bassenge, § 1233,2; für die Hypothek (hier Duldungstitel zwingend): Palandt-Bassenge, § 1147,4.

⁵⁴RGZ 70,344,348; Staudinger-Promberger (12.Aufl.), § 1086,17; Staudinger-Frank, § 1086,16; Erman-Michalski, § 1086,3; Stein-Jonas-Münzberg, § 737 FN 3.

⁵⁵Doppelte Titulierung nicht erforderlich gem. § 738 ZPO bei Bestellung nach Rechtskraft oder gem. § 727 ZPO bei Bestellung hinsichtlich eines rechtshängigen Gegenstands, vgl. nachstehend.

Vollstreckungsobjekt vorgesehen waren. Außerdem wird bei dieser Vollstreckung auch in Rechte des Bestellers eingegriffen.

Wenn das Erfordernis der doppelten Titulierung allerdings auch damit begründet wird, daß eine Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen Nießbraucher entsprechend § 727 ZPO deswegen nicht angebracht sei, weil die Prüfung der Voraussetzungen des Duldungsanspruchs auf Schwierigkeiten stoße⁵⁶, so überzeugt dies nicht vollständig. Denn diese Schwierigkeiten treffen den Gläubiger auch im Fall des § 738 ZPO, bei welchem kein Duldungstitel gefordert wird. Daß es Schwierigkeiten bereiten kann, die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Vermögen nachzuweisen, steht angesichts der Vielzahl der erforderlichen Übertragungsakte und der Notwendigkeit des Nachweises der weitgehend vollständigen Erfassung des Vermögens außer Frage⁵⁷. Lassen sich die Schwierigkeiten nicht beheben, ist der Gläubiger auf die Klage gem. § 731 ZPO angewiesen. Allerdings ist zuzugeben, daß beim Duldungstitel gem. § 1086,1 BGB die Gegenstände genau bezeichnet werden müssen, in welche vollstreckt werden darf (vgl. Wortlaut § 794 II ZPO), während bei einer vollstreckbaren Ausfertigung gem. § 738 ZPO zur Zugehörigkeit einzelner Sachen zum Nießbrauch keine Stellung zu beziehen ist⁵⁸. Wird in vom Nießbrauch nicht erfaßtes Vermögen vollstreckt, gilt ganz allgemein, daß der Nießbraucher sein materielles Recht gem. § 771 ZPO geltend zu machen hat⁵⁹.

Es reichen aber zu einer Vollstreckung gegenüber dem Nießbraucher für vorläufig vollstreckbar erklärte Entscheidungen wie auch nicht der Rechtskraft fähige Titel aus. Für den Anspruch gegen den Nießbraucher folgt dies schon aus § 794 II ZPO, der ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Titulierung durch eine vollstreckbare Urkunde gem. § 794 I Nr.5 ZPO hinweist. Für den Anspruch gegen den Besteller heißt es zwar in

⁵⁶Förster-Kann, § 737 1.; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 36 I, S.206.

⁵⁷vgl. dazu Staudinger-Promberger (12. Aufl.), § 1086,15; MüKoZPO-Heßler, § 737,2; Schuschke/Walker, § 737,1.

⁵⁸Stein-Jonas-Münzberg, § 738,2; MüKoZPO-Heßler, § 738,3; Zöller-Stöber, § 738,3.

⁵⁹Stein-Jonas-Münzberg, § 73,7; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 19 V 3, S.326 u. § 21 II 6a, S.356; Bettermann, S.202; Zöller-Stöber, § 738,2 weisen darauf hin, daß dem Vollstreckungsorgan eine Prüfungspflicht zur Zugehörigkeit zum Nießbrauch obliegt.

§ 737 ZPO, daß eine Verurteilung vorliegen müsse, wie es auch keine Vorschrift gibt, die auf die Möglichkeit anderweitiger Titulierungen verweist, jedoch muß aus dem Umstand, daß für § 738 ZPO, der die Rechtskraft der Forderung gegen den Besteller verlangt, grundsätzlich auch ein nicht der Rechtskraft fähiger Titel gegen den Besteller ausreicht⁶⁰, für § 737 ZPO gefolgert werden, daß hier Rechtskraft nicht erforderlich ist.

Es kann daher dem Nießbraucher auch dann einen Schadensersatzanspruch gem. § 717 II ZPO zugestanden werden, wenn gegen ihn unter Vorlage eines vorläufig vollstreckbaren Titels gegen den Besteller vorgegangen wurde und dieser anschließend aufgehoben oder abgeändert wurde.

Diese Feststellung leitet unmittelbar zu der Frage über, ob der Nießbraucher sich gegen die Richtigkeit eines Titels gegenüber dem Besteller wenden kann. Obwohl nicht vorgeschrieben ist, in welcher Reihenfolge die Titel gegenüber dem Besteller und dem Nießbraucher erzielt werden, bereitet es angesichts der Notwendigkeit zweier Titel dagegen niemals Schwierigkeiten, wenn der Titel gegenüber dem Besteller entfällt oder nicht erzielt wird. Die Klageabweisung gegenüber dem Besteller kommt dem Nießbraucher immer zugute.

Soweit ersichtlich ist, nimmt lediglich *Bettermann* zur Frage der Rechtskrafterstreckung im Rahmen des § 737 ZPO Stellung⁶¹. Die gängigen Darstellungen zu § 1086 BGB besagen nichts über den Prüfungsumfang hinsichtlich der Forderung gegenüber dem Besteller des Nießbrauchers. Dies mag auch die geringe Bedeutung der Vorschriften für die Praxis dokumentieren. *Bettermann* nimmt zwar grundsätzlich eine Rechtskrafterstreckung des Urteils gegenüber dem Besteller für den Nießbraucher an, beschränkt diese aber darauf, daß die Forderung bereits zum Zeitpunkt der Bestellung des Nießbrauchs in Rechtskraft erwachsen war. Er folgert dies aus dem Verbot des Bestellers, die Stellung des Nießbrauchers nachträglich zu verschlechtern und führt dazu den Wortlaut des

⁶⁰Stein-Jonas-Münzberg, § 738,1; MüKoZPO-Heßler, § 738,2; Staudinger-Promberger, (12. Aufl.), § 1086,15; zu den nunmehrigen Erleichterungen aufgrund § 794 II ZPO Staudinger-Frank, § 1086,13.

⁶¹Bettermann, S.201f.

§ 1086 BGB „soweit ihre Forderungen entstanden sind“ als Beleg an. Diese Argumentation verwendet bekanntlich die herrschende Meinung auch zur fehlenden Bindungswirkung eines den Schuldner belastenden Urteils gegenüber dem Bürgen, dem Hypothekenbesteller und dem Pfandbesteller. Damit gilt auch für *Bettermann*, daß sich die Problematik der Bindungswirkung nur innerhalb des Regelungsbereichs des § 738 ZPO stellt.

Bei einer Bestellung vor Rechtskraft der Forderung gegenüber dem Besteller wird man für einen Anspruch gem. § 1086,1 BGB immer davon ausgehen müssen, daß der Gläubiger seine Forderung darlegen und beweisen muß; irgendwelche Beweiserleichterungen kommen ihm nicht zugute. Insbesondere wird man auch nicht aus dem Erfordernis der Doppeltitulierung folgern können, daß das Vorliegen eines Titels gegen den Besteller die Prüfung der Forderung gegen den Besteller bei der Prüfung der Duldungsklage entbehrlich macht. Der Gesetzgeber wollte damit nicht erreichen, daß eine Überprüfung der Rechtsverhältnisse nur jeweils zwischen den Beteiligten stattfindet, sondern darüber hinaus auch dem Nießbraucher die Möglichkeit einer Überprüfung einräumen, weil er aufgrund eines fremden Rechtsverhältnisses einen Eingriff in eigene Rechte hinnehmen muß.

Damit entspricht der Prüfungsumfang für den Duldungsanspruch gegenüber dem Nießbraucher demjenigen gegenüber dem Pfandbesteller. Auch bei letzterem sind die gesicherte Forderung und deren Einschluß in die Sicherungsabrede vom Gläubiger darzulegen und nachzuweisen⁶².

Ob den Nießbraucher Anerkenntnis und Vergleich belasten können, wenn sie die materielle Rechtslage zwischen Gläubiger und Schuldner regeln und einen einredefreien Anspruch erzeugen, erscheint zweifelhaft. Grundsätzlich kommt es für eine Haftung des Nießbrauchers nur darauf an, ob sich feststellen läßt, daß es sich trotz Anerkenntnis oder Vergleich um eine Forderung handelt, die bereits vor Bestellung des Nießbrauchs entstanden war. Für den Zeitpunkt des Entstehens orientiert sich die herr-

⁶²Die sich aus §§ 891,1138 BGB für die Verkehrshypothek ergebenden Erleichterungen können hier naturgemäß nicht übertragen werden.

schende Meinung an § 3 I KO (nunmehr § 38 InsO)⁶³. An die Stelle der Konkursöffnung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt der Zeitpunkt der Nießbrauchbestellung. Zu diesem Zeitpunkt muß der Rechtsgrund für die Entstehung der Forderung gegenüber dem Besteller bereits angelegt sein⁶⁴. Allerdings liegt es nahe, hier entsprechend der sich aus §§ 767 I 1, 768 II BGB ergebenden Rechtsgedanken eine Bindung des Nießbrauchers zu verneinen.

b. Für die Duldungsklage besteht dagegen kein Rechtsschutzbedürfnis, wenn sie auf einen Gegenstand als Vollstreckungsobjekt abzielt, hinsichtlich dessen zum Zeitpunkt der Nießbrauchbestellung bereits ein Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Besteller anhängig war. Hier stellt die Nießbrauchbestellung eine Veräußerung i. S. der §§ 265, 325 ZPO dar, die die Passivlegitimation des Bestellers des Nießbrauchs beendet. Eine Klauselerteilung gem. § 727 ZPO gegenüber dem Nießbraucher ist möglich⁶⁵ und auch erforderlich, weil der Klageantrag wegen der insoweit gültigen Relevanztheorie nicht umgestellt werden konnte und auch der nicht am Rechtsstreit beteiligte Nießbraucher nicht verurteilt werden konnte.

c. Liegt zum Zeitpunkt der Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen oder einem Nachlaß bereits eine rechtskräftige Verurteilung des Bestellers vor, bedarf der Anspruch des Gläubigers gegen den Nießbraucher gem. §§ 1086, 1089 BGB keiner gesonderten Titulierung. Der Gläubiger kann gem. § 738 ZPO für diesen Anspruch die Erteilung der Vollstreckungsklausel beantragen. Entsprechendes gilt auch dann, wenn die Schuld gegen den Besteller durch einen anderen, nicht der Rechtskraft fähigen Titel festgestellt wurde⁶⁶.

Es wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die tatsächlichen Voraussetzungen des Duldungsanspruchs gegen den Nießbraucher mögli-

⁶³Staudinger-Promberger, (12. Aufl.), § 1086,1; Staudinger-Frank, § 1086,1; MüKoBGB-Pohlmann, § 1086,5; Erman-Michalski, § 1086,2; Palandt-Bassenge, § 1086,3; Jauernig-Stürner, BGB, § 1086,1; Stein-Jonas-Münzberg, § 737,2; MüKoZPO-Heßler, § 737,9.

⁶⁴Kilger-Schmidt, § 3 4) am Anfang.

⁶⁵Bettermann, S.202; Stein-Jonas-Münzberg, § 737,4; Zöller-Stöber; § 737,3; Thomas/Putzo-Putzo, § 737,2; Schuschke/Walker, § 737,3.

⁶⁶Stein-Jonas-Münzberg, § 738,1; MüKoZPO-Heßler, § 738,2.

cherweise mit den gem. § 727 ZPO zulässigen Beweismitteln nicht oder nur sehr schwierig nachzuweisen sind, weil es um die Bestellung eines Nießbrauches an der Gesamtheit eines Vermögens oder eines Nachlasses geht, welche eine Vielzahl von dinglichen Bestellsakten erfordern kann. Ebenso wurde schon darauf hingewiesen, daß hier dem Gläubiger die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gem. § 731 ZPO helfen kann. Für den Nießbraucher ist es bedeutsam, ob er in den jeweiligen Verfahren auf Erteilung der Klausel mit materiellrechtlichen Einwendungen gegenüber dem Anspruch des Gläubigers gegen den Besteller gehört wird.

Handelt es sich um einen nicht der Rechtskraft fähigen Titel gegen den Besteller, gibt es keinen Anhaltspunkt für eine Einschränkung der Verteidigung des Nießbrauchers. Insbesondere wird man den Verzicht auf einen Duldungstitel nicht als Hinweis auf eine Einschränkung werten können. In der Regel wird es sich beim Titel gegen den Besteller um eine Urkunde gem. § 795 I Nr.5 ZPO handeln. Da eine Prüfung der materiellen Rechtslage durch ein Gericht bislang nicht stattgefunden hat, könnte der Besteller des Nießbrauchs gem. §§ 795, 797 IV ZPO ohne die Beschränkung des § 767 II ZPO Vollstreckungsgegenklage erheben⁶⁷. Dieselben Einwendungen stehen auch dem Nießbraucher zu. Dies muß selbst dann gelten, wenn die Verteidigung im Widerspruch zum erklärten Willen des Bestellers geschieht, da dieser nicht die Rechtsmacht hat, den Gläubiger bei der Abwehr des Duldungsanspruchs einzuschränken. Liegt ein gerichtlicher Vergleich zwischen dem Besteller des Nießbrauchers und dessen Gläubiger vor, könnte der Besteller dessen Unwirksamkeit durch Fortsetzung des Verfahrens geltend machen. Die Gründe für die Unwirksamkeit des Vergleichs müssen dem Nießbraucher ebenfalls zur Verfügung stehen. Ebenso wie im Rahmen des § 729 ZPO gibt es also auch hier keinerlei Rechtskraftproblematik.

Beim Vorliegen eines rechtskräftigen Titels gegenüber dem Besteller ist die Rechtslage den von § 729 ZPO erfaßten Fällen ebenfalls vergleich-

⁶⁷BGH NJW 1985,242 = WM 1985,545; BGHZ 118,229 = NJW 1992,2160 = DNotZ 1993, 235; BGH NJW 1994,460 für fehlerhaftes und daher nicht der Rechtskraft fähiges Versäumnisurteil; Zöller-Stöber §797,7.

bar. Es kommt darauf an, ob eine Billigkeitsregel oder eine Rechtskrafterstreckung betreffende Vorschrift gegeben ist.

Obwohl ausdrückliche Stellungnahmen zu § 738 ZPO angesichts der geringen Bedeutung der Vorschrift spärlich sind, wird man die Verneinung einer Rechtskrafterstreckung als herrschende Meinung ansehen können. In diesem Sinn haben sich ausdrücklich *Münzberg*⁶⁸ und *Hüffer*⁶⁹ und wohl auch *Schilken*⁷⁰ geäußert. Angesichts der Verwandtschaft der Vorschrift zu § 729 ZPO wird man jedoch auch diejenigen hier einordnen können, die § 729 ZPO als Billigkeitsregel ansehen.

Für *Hellwig*⁷¹ und *Bettermann*⁷² liegt ein Fall der Rechtskrafterstreckung vor. Dieser Auffassung sind *Schwab*⁷³, *Gottwald*⁷⁴ und *Loritz*⁷⁵ gefolgt. Ihre Argumentation gleicht hier derjenigen für die Tragweite des § 729 ZPO.

Auch hier können die Befürworter einer Rechtskrafterstreckung nicht mit ihren Argumenten durchdringen. Neben den zu § 729 ZPO angestellten Überlegungen kommt noch eine systematische Erwägung hinzu. Es ist nur schwer vorstellbar, daß der Gesetzgeber bei dem Duldungsanspruch gegenüber dem Nießbraucher davon ausgegangen ist, eine Rechtskrafterstreckung finde statt, während er auf eine solche Anordnung für den Duldungsanspruch gegenüber dem Besteller eines Pfandrechts oder einer Hypothek verzichtet hat. Es wäre zu erwarten gewesen, daß er letztere Fälle dann vergleichbar regelt. Bei der Bestellung eines Pfandrechts oder einer Hypothek drängt sich die Abhängigkeit der dinglichen Haftung von der Rechtsbeziehung des Gläubigers zum Schuldner unmittelbar auf. Der Sicherungsgeber wird von vornherein in diese Rechtsbeziehung aufgrund der Sicherungsabrede einbezogen. Schon bei der Bestellung der Sicherheit ist die Haftung mit schuldnerfremden Vermögen vorgesehen, so daß durchaus ein Bedürfnis gesehen werden kann, für die Realisierung der

⁶⁸Stein-Jonas-Münzberg, § 738,1.

⁶⁹Hüffer, ZZP 85,229,237.

⁷⁰Rosenberg-Gaul-Schilken, §16 V 2 b cc, S.273.

⁷¹Hellwig, Rechtskraft, § 46 IV 2, S.326f.

⁷²Bettermann, S.202.

⁷³Rosenberg-Schwab, § 157 III 2a β, S.996.

⁷⁴Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 156 II 2a (2), S.937.

⁷⁵Loritz, ZZP 95,310,319.

Haftung vollstreckungsrechtliche Vorsorge zu treffen. Bei der Haftung des Nießbrauchers ist zum Zeitpunkt der Begründung der Schuld keine schuldnerfremde Haftung vorgesehen; es wird das Vertrauen des Gläubigers auf den Bestand des schuldner eigenen Vermögens zum Zweck der Befriedigung geschützt. Die Wahrscheinlichkeit, daß auf schuldner fremdes Vermögen zur Befriedigung zurückgegriffen werden muß, ist hier nach der Planung der Verhältnisse sicherlich geringer als bei der Bestellung einer Sicherheit. Hätte es der Gesetzgeber gewünscht, daß die durch fremdes Vermögen gesicherte Forderung jeweils außer Zweifel im Verhältnis zum Inhaber des haftenden Vermögens steht, hätte es auch nahe gelegen, daß dort eine Anordnung über eine Rechtskrafterstreckung getroffen wird, wo das Risiko einer Haftung fremden Vermögens auch sehr wahrscheinlich ist und die Haftung auch grundsätzlich dem Willen aller Beteiligten entspricht. Bekanntlich gibt es aber keine vollstreckungsrechtliche oder sonstige prozessuale Regelung für eine Einbeziehung des Sicherungsgebers.

Daß der Gesetzgeber beim Duldungsanspruch gegenüber dem Nießbraucher aus Billigkeitsgründen eine vollstreckungsrechtliche Regelung für angemessen gehalten hat, während diese bei den eben angeführten Sicherungsgeschäften unterblieben ist, erscheint auch verständlich. Die Haftung gegenüber dem Pfandbesteller ist gem. §§ 1228ff BGB deutlich leichter durchzusetzen als diejenige des Nießbrauchers. Die Haftung des Bestellers einer Hypothek verlangt zwar einen Duldungstitel, da der Sicherungszweck jedoch von Beginn an feststeht, kann der Gläubiger schon bei der Bestellung der Hypothek auf die Schaffung eines Duldungstitels gem. § 794 I Nr.5 ZPO drängen. Zudem ist hier die dingliche Haftung im Grundbuch festgeschrieben, so daß dem zeitlichen Gesichtspunkt, dem Gläubiger einen schnellen Zugriff zu ermöglichen, hier keine so große Bedeutung zukommt wie bei der Nießbraucherhaftung.

Kein Argument für oder gegen eine Rechtskrafterstreckung stellt es allerdings dar, daß für den gesetzlichen Schuldbeitritt des Nießbrauchers gem. § 1088 I BGB keine vollstreckungsrechtliche Regelung getroffen wurde. Diese Vorschrift ordnet eine unmittelbare Haftung des Nießbrauchers für Zinsen und ähnliche wiederkehrende Leistungen an, die üblicherweise aus dem Vermögen getilgt werden, für welches der Nieß-

brauch bestellt wurde. *Reichel* hat darauf hingewiesen, daß diese Vorschrift den allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt, daß derjenige, der einen Gegenstand nutzt, auch für die mit diesem Gegenstand verbundenen Lasten aufzukommen hat (vgl. §§ 446, 994, 1041, 1045 1048, 2379 BGB)⁷⁶. Für die Durchsetzung der auf dem gesetzlichen Schuldbeitritt beruhenden Haftung gelten die allgemeinen Regeln⁷⁷. Da der Nießbraucher und der Besteller des Nießbrauchs persönlich und unbeschränkt haften, besteht kein Unterschied zum rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt.

⁷⁶Reichel, Schuldmitübernahme, S.106.

⁷⁷vgl. Schuschke/Walker, vor §§ 737,738,7.

I. Die Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO beim Betriebsübergang gem. § 613a BGB und ähnlichen Fallgestaltungen.

1. *Der Regelungsgehalt des § 613a BGB*
2. *Die entsprechende Anwendung des § 265 ZPO für den Betriebsübergang nach § 613a BGB*
 - a. *Die Argumentation des BAG*
 - b. *Die prozessuale Behandlung*
3. *Der Übergang des Mietverhältnisses gem. §566 Ii BGB (571 I BGB a.F.)*
4. *Der Übergang des Versicherungsverhältnisses nach §§ 69 I; 151 II 1, 158h VVG*
 - a. *Die Bedeutung für die Feststellungsklage*
 - b. *Die Bedeutung für die Leistungsklage des ursprünglichen Versicherungsnehmers*
 - c. *Die Bedeutung für die Leistungsklage des Versicherers*
 - d. *Der Anwendungsbereich des § 69 II VVG*

1. (Der Regelungsgehalt des § 613a BGB) Im Zusammenhang mit der Anwendung des § 265 ZPO auf einen Schuldnerwechsel kraft gesetzlicher Anordnung wird regelmäßig auch § 613a BGB genannt. Diese Vorschrift, die durch die Novellierung des BetrVG 1972 zum 19.1.1972 geändert wurde und in der heute gültigen Fassung seit 1.4.2002 in Kraft getreten ist¹, sieht für den Übergang eines Betriebs oder eines Betriebsteils durch Rechtsgeschäft eine gesetzliche Vertragsübernahme vor. Außerdem ordnet sie an, daß der alte Betriebsinhaber für die vom neuen Betriebsinhaber im Wege der Vertragsübernahme übernommenen Verbindlichkeiten aufgrund eines gesetzlichen Schuldbeitritts einzustehen hat. Wegen der Regelung der Arbeitsverhältnisse als Außenverhältnisse und des Nebeneinanders des alten und des neuen Inhabers als Schuldner bietet § 613a BGB gleich mehrfach Ansatzpunkte für Überlegungen zu einer Rechtskrafterstreckung.

Die Vertragsübernahme in § 613a BGB bedeutet eine Übertragung der zwischen dem ursprünglichen Inhaber und seinen Arbeitnehmern bestehenden Schuldverhältnisse aufgrund der Arbeitsverträge auf den neuen Inhaber in ihrer Gesamtheit. Dieser wird hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse Rechtsnachfolger und Schuldnachfolger. Angesichts der unbestrittenen Wirkung einer Rechts- und Schuldnachfolge bei der Vertragsübernahme kann es für die Frage der Anwendbarkeit der hier in Rede stehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften keinen Unterschied machen, ob man die Vertragsübernahme als eine Kombination von Abtretungen und

¹Die zuletzt vorgenommenen Einfügungen der Absätze 5 und 6 berühren die hier in Rede stehende Problematik nicht.

Schuldübernahmen ansieht², oder ob man mit der heute herrschenden Meinung eine Zerlegung in einzelne Rechtsgeschäfte für unangebracht hält und von einem einheitlichen, eigenständigen Rechtsgeschäft ausgeht³. Auch bei Annahme einer eigenständigen Konstruktion der Vertragsübernahme, die aufgrund der Vertragsfreiheit sicherlich zulässig ist, werden die doppelseitigen Verfügungen evident, nämlich die Übertragung der Aktiva und Übernahme der Passiva bei Erhaltung der objektiven Identität der betroffenen Rechte. Es kann daher auch kein Zweifel darüber bestehen, daß die Regeln über die Abtretung und über die Schuldübernahme zumindest sinngemäß heranzuziehen sind, wenn es um die Beurteilung der Wirksamkeit der Verfügungen geht.

Für die bei einer Vertragsübernahme auf der Aktivseite eintretende Rechtsnachfolge muß daher auch eine Anwendung des § 265 ZPO außer Frage stehen. Hier tauchen keine Zweifelsfälle auf. Darauf hat insbesondere *Zeuner* aufmerksam gemacht⁴, der diese Vorschrift in diesem Zusammenhang nur dann benötigt, wenn es um einen Anspruch geht, welcher nur vom jeweiligen Betriebsinhaber erfüllt werden kann. Wegen der unproblematischen Aktivseite wird häufig auch nur zur Passivseite eine ausdrückliche Stellungnahme abgegeben⁵.

Nach der hier vertretenen Auffassung zur privativen Schuldübernahme bereitet die Anwendung der §§ 265,325,727 ZPO auf die Fälle des § 613a ZPO auch auf der Passivseite von vornherein keine Probleme, weil der alte Arbeitgeber als Schuldner aus dem Arbeitsverhältnis entsprechend der Wirkung einer Schuldübernahme zunächst vollständig ausscheidet und erst dann aufgrund des gesetzlichen Schuldbeitritts gem.

²Esser-Schmidt; SR I; § 37 IV 2a, S.300; Erman-Westermann, Vor § 414,1: vorsichtige Kombination der Regeln von Abtretung und Schuldübernahme; Larenz, SR I, 8.Aufl., § 31 III, S.371: sinnvolle Verbindung einer entsprechenden Anwendung.

³vgl. Nörr, HdS-Sukzessionen, § 17 I, S.183 mit weiteren Nachweisen; Palandt-Heinrichs, § 398,38f; Larenz, SR I, § 35 III, S.616ff; BGHZ 96,309.

⁴Zeuner, FS Schwab, 1990, S.575,578. Hier soll allerdings nicht auf die spezielle arbeitsrechtliche Problematik eingegangen werden, die sich aus der Rechtsnatur der Kündigungsschutzklage als Feststellungsklage ergibt.

⁵vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,9 -Betriebsübergang; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 b cc, S.274; Schuschke/Walker, § 727,21.

§ 613a II BGB dem neuen Inhaber hinsichtlich übernommener Schulden beitrifft⁶.

2. (Die entsprechende Anwendung des § 265 ZPO für den Betriebsübergang nach § 613a BGB) Das BAG hat eine entsprechende Anwendung des § 265 ZPO und damit auch diejenige der §§ 325; 727 ZPO in ständiger Rechtsprechung bejaht⁷. Bei diesen Entscheidungen steht nicht so sehr die dogmatische Ableitung als zwingende Überlegung im Vordergrund, sondern das gewünschte Ergebnis. Dies ergibt sich aus der Bemerkung des BAG, schon der Sinn und Zweck des § 613 a BGB lasse es geboten erscheinen, den seine Ansprüche verfolgenden Arbeitnehmer davor zu schützen, daß er sich nach der Betriebsveräußerung auf einen Prozeß mit dem neuen Arbeitgeber einlassen muß. Diese Vorschrift soll sicherstellen, daß dem vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer ein nahtloser Übergang ohne Verluste beschert wird, weil er ohnehin auf das Rechtsgeschäft zwischen altem und neuem Inhaber keinen Einfluß hat, dieses aber für ihn von existenzieller Bedeutung sein kann. Das BAG hat daher ein Bedürfnis für die Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Vorschriften gesehen, die eine Fortführung eines begonnenen Rechtsstreits mit derselben Partei und eine Rechtskrafterstreckung erlauben. Das Ansinnen, den Arbeitnehmer vor den prozessualen Unbillen eines Wechsels zu bewahren, hat breite Zustimmung gefunden⁸. Demgemäß wenden sich die Kritiker häufig auch nicht gegen das Ergebnis selbst, sondern gegen den eingeschlagenen Weg; vielfach haben sie sich dem Ergebnis zumindest angenähert⁹.

⁶Erman-Hanau, § 613a,96; Selb, HdS-Mehrheiten; § 12 II, S.216; Staudinger-Richardi/Annuß, § 613a,239; a.A. (Schuldbeitritt des neuen Inhabers im Umfang des § 613a II BGB) Schilken, Veränderungen, S.43; Esser-Schmidt, SR I, § 37 IV 2, S.304; Zeuner, FS Schwab 1990, S.575,580

⁷BAG AP Nr.1 zu § 325 ZPO mit Anm. Leipold = SAE 1977,220 mit Anm. Grunsky = DB 1977,681 = NJW 1977,1119; BAG NZA 1991,639,640 = BAG MDR 1991,648 = DB 1991,1938; BAG NZA 1994,260,261.

⁸Staudinger-Richardi/Annuß, § 613a,239; Erman-Hanau, § 613a,118; Palandt-Putzo, § 613a,9; Zöller-Vollkommer, § 325,26; MüKoZPO-Gottwald, § 325,31; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 102 II 2, S.584.

⁹Leipold, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 325 ZPO und Stein-Jonas-Leipold, § 325,31; Stein-Jonas-Münzberg, (20.Aufl.), § 729,11, entfallen in 21. Aufl.; Schilken, Veränderungen, S.43f und Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 b cc, S.274; ablehnend Schilken, Zivilprozeßrecht, § 6, Rdnr. 242 (anwendbar nur bei Verschmelzung und Umwandlung); RGRK-Ascheid, § 613a,291.

a. Das *BAG* hat deswegen eine entsprechende und nicht eine unmittelbare Anwendung des § 265 ZPO vorgenommen, weil es wohl die Auffassung des *BGH* grundsätzlich geteilt hat, daß § 265 I ZPO nur die Veränderung der Berechtigung und nicht diejenige der Verpflichtung erfasse. Denn es hat ausgeführt, daß der Gedanke, der Gläubiger verdiene bei der Schuldübernahme nicht den Schutz des § 265 ZPO, bei einem Betriebsübergang nicht zum Zuge kommen könne, weil er es selbst in der Hand habe, ob er der Schuldübernahme zustimme. Hier erfolge die Schuldnachfolge aufgrund gesetzlicher Bestimmung und der Arbeitnehmer habe faktisch keine Entscheidungsfreiheit, ob der Schuldübernahme zugestimmt werde oder ob die Zustimmung verweigert werde, da er meist nur zum Preis des Verlusts des Arbeitsplatzes den Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnen könne. Dieser Argumentation kann vom hier vertretenen Standpunkt aus nur beigespflichtet werden, da ja auch im Rahmen der befreienden Schuldübernahme der Gedanke keine Anerkennung gefunden hat, der von der Interzession betroffene Gläubiger, von dessen Zustimmung bei der befreienden Schuldübernahme deren Wirksamkeit immer abhängig ist, verdiene keinen Schutz.

Das *BAG* führt weiter an, ein Zweifel an dem eingeschlagenen Lösungsweg sei nur erlaubt, sofern der Gutgläubensschutz des § 325 II ZPO unterlaufen würde. Hier läßt sich unter dogmatischem Blickwinkel dem Hinweis von *Leipold* schwerlich widersprechen, diese Erwägung sei schon deswegen unangebracht, weil es bei einem Übergang gem. § 613a BGB keine Gutgläubensregeln gibt¹⁰. Dieser Vorhalt *Leipolds* zeigt aber ebenfalls, daß es dem *BAG* ohnehin nicht vornehmlich um eine dogmatische Ableitung seines Ergebnisses ging.

Soweit die Kritik an der Rechtsprechung des *BAG* sich daran entzündet, daß § 613a BGB mit den von § 729 ZPO erfaßten Fällen gleichgesetzt werden müsse¹¹, wird dies nicht der dogmatischen Konstruktion des § 613a BGB gerecht, welcher grundsätzlich von einer Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen ursprünglichem Betriebsinhaber und Arbeitnehmer ausgeht. Es liegt daher nahe, gerade nicht im Umfang des § 613a II BGB auf einen Schuldbeitritt des Übernehmers zu folgern, son-

¹⁰Leipold, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 325 ZPO

dem umgekehrt eine solchen des alten Betriebsinhabers anzunehmen. Der gegenteiligen Auffassung, die einen Schuldbeitritt des neuen Inhabers annimmt, ist immerhin zuzugestehen, daß möglicherweise der Umstand, daß die Haftung des scheidenden Inhabers für den Arbeitnehmer nahtlos bestehen bleibt, dazu verführt¹² und es auch ohne weiteres denkbar ist, eine Vertragsübernahme kumulativ zu gestalten¹³. Allerdings muß man sich der grundsätzlichen Konstruktion eines Schuldbeitritts besinnen. Die Haftung des Beitretenden wird aus jeweils einem Rechtsverhältnis des Gläubigers zu einem anderen bestimmt. Dieses Rechtsverhältnis ist hier das Arbeitsverhältnis, an welchem der alte Inhaber nicht mehr beteiligt ist. Der Wortlaut des Gesetzes, welches ausdrücklich von einer Haftung neben dem neuen Inhaber spricht, macht diese Abhängigkeit deutlich. *Selb* weist jedoch auch zu Recht darauf hin, daß damit der Interzessionsgedanke stark verändert ist, weil nicht der Beitretende neben dem Urschuldner, sondern der alte Betriebsinhaber neben dem neuen Betriebsinhaber haftet¹⁴.

Zur Stützung der Auffassung, es liege ein Schuldbeitritt des ursprünglichen Betriebsinhabers vor, wird man auch auf einen Vergleich mit dem älteren § 571 II BGB a. F. (dazu unten im einzelnen, heute § 566 II BGB) verweisen können; auch hier ist die Haftung des aus dem Mietverhältnis scheidenden Veräußerers angelehnt konzipiert. Er haftet lediglich subsidiär wie ein Bürge.

b. Für die prozessuale Behandlung des gesetzlichen Schuldbeitritts gem. § 613a II 1 BGB gibt es dann keine Besonderheiten. Bei Betriebsübergang noch nicht anhängige oder noch nicht rechtskräftig entschiedene Rechtsstreitigkeiten über vom Schuldbeitritt erfaßte Forderungen haben nur zwischen den jeweils beteiligten Parteien Rechtskraftwirkung. Es ist aber darauf zu achten, daß wegen der Anwendung des § 265 II ZPO auf den anhängigen Rechtsstreit mit dem ursprünglichen Betriebsinhaber bei

¹¹Schilken, Veränderungen, S.43; Zeuner, FS Schwab, 1990, S.575,580.

¹²zumeist findet sich dazu keine genaue Aussage, weil wohl der Konstruktion keine Bedeutung beigemessen wird: vgl. Staudinger-Richardi, (12.Aufl.), § 613a,182,185; RGRK-Ascheid, § 613a,303; Palandt-Putzo, § 613a,13; Schaub, § 118 IV 1.

¹³Larenz, SR I, § 35 III, S.618; so ausdrücklich für § 613a BGB: Esser-Schmidt, SR I, § 37 IV 1, S.304.

¹⁴Selb, HdS, Mehrheiten, § 12 II, S.216.

der Weiterführung des Rechtsstreits ein Fall der subjektiven Klagehäufung vorliegen kann. Der ursprüngliche Betriebsinhaber kann nämlich aufgrund der gesetzlichen Prozeßstandschaft für die Schulden des neuen Inhabers klageweise in Anspruch genommen werden und wegen des gesetzlichen Schuldbeitritts für eigene Schulden. Es ist folglich darauf hinzuwirken, daß hier eine Klarstellung erfolgt. Diese Konstellation macht es auch möglich, die Gesamtschuld in der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen.

3. (Der Übergang des Mietverhältnisses gem. § 566 II BGB (§ 571 I BGB a. F.)) Bereits vor dem Inkrafttreten des § 613a BGB wurde für dieser Vorschrift zugrunde liegende Fallgestaltungen eine analoge Anwendung des § 571 I BGB a. F. (heute § 566 BGB) vorgeschlagen^{15,16}. Nach dieser Vorschrift tritt der Erwerber eines Grundstücks in das Grundstück betreffende, bestehende Mietverhältnisse auf der Seite des Veräußerers ein. Dabei entspricht es der seit langem unbestrittenen Auffassung, die §§ 265,325,727 ZPO bei der Veräußerung eines Grundstücks auf mit dem Veräußerer bestehende Mietverhältnisse anzuwenden¹⁷. Allerdings besteht hinsichtlich des Übergangs des Schuldverhältnisses mit dem Mieter ein Unterschied zum in § 613a I BGB angeordneten Übergang des Arbeitsverhältnisses. Anders als der neue Betriebsinhaber wird nämlich der Erwerber eines Grundstücks nicht Rechtsnachfolger des Veräußerers des Grundstücks hinsichtlich bestehender Mietverhältnisse. Vielmehr beginnt nach einhelliger Auffassung der Erwerber kraft Gesetzes mit dem Augenblick des Eigentumserwerbs ein neues Mietverhältnis¹⁸. Dieser originäre Eintritt ergibt sich aus der im Gesetz enthaltenen zeitlichen Beschreibung „während der Dauer des Eigentums“ für die Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Diese zeitliche Beschränkung führt

¹⁵Nickisch, ArbR, Bd.I, 3.Aufl.1961, § 46 II, S.657ff.

¹⁶Paschke-Oetker; NJW 1986,3174 schlagen einen Einfluß auf die Anwendung des § 571 BGB durch den später konzipierten § 613a BGB vor.

¹⁷RGZ 102,177; BGH WM 1965,686; Staudinger-Emmerich, § 566,63 u. (12.Aufl.) § 571,97; Erman-Schopp, § 571,21 (8. Aufl.); Thomas/Putzo-Reichold, § 265,3; Zöller-Greger; § 265,5; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265,13; MüKoZPO-Lüke, § 265,42; -Gottwald, § 325,31; Stein-Jonas-Schumann, § 265,11; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 47 I 2, S.263; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 102 II 1, S.580; Schilken, Veränderungen, S.44f.

¹⁸BGHZ 72,147 = NJW 1978,2148 = WM 1978,1125 = LM § 571 BGB Nr.25; BGH NJW 1988, 705 = WM 1988, 129 = LM § 571 BGB Nr.29; BGH NJW 1989,451,452; Palandt-Heinrichs, § 571,17; Erman-Schopp, (8. Aufl.) § 571,10; MüKoBGB-Voelskow (3.Aufl.), § 571,17.

auch dazu, daß bereits entstandene Forderungen des Mieters und gegen den Mieter anders als in § 613a BGB nicht übergehen. Dies schränkt die Bedeutung sicherlich ein. Auf die Streitfrage, ob es auf die Fälligkeit ankommt¹⁹ oder ob der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung des Mieters aus dem Mietverhältnis maßgeblich für die Schuldnerstellung ist²⁰, soll hier nicht eingegangen werden. Diese Problematik ist unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu lösen. Eine Bedeutung der Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Bestimmungen dürfte vor allem bei solchen Rechtsstreitigkeiten bestehen, bei denen das Mietverhältnis selbst in Streit ist. Sollte die Wirksamkeit des Mietverhältnisses innerhalb eines Leistungsbegehrens eine Vorfrage darstellen, ist angesichts des Eigentümerwechsels regelmäßig eine Feststellungsklage nach § 256 II ZPO zu empfehlen. An die Feststellung ist der neue Eigentümer dann gem. §§ 265, 325 ZPO gebunden.

Trotz der in der Rechtspraxis nicht als überragend zu bezeichnenden Bedeutung hat nämlich das *RG* schon das Bedürfnis einer Anwendung des § 265 ZPO zum Schutz des Mieters gesehen²¹. Es ist von einer Rechtsnachfolge im weiteren Sinn ausgegangen, weil die primäre Haftung des Veräußerers entfällt und an seine Stelle der Erwerber tritt. Mühelos läßt sich auch das Mietgrundstück bei Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis als streitbefangen i.S. des § 265 ZPO erfassen. Die Regelung des § 566 II BGB (§ 571 I BGB a. F.) vermittelt die jeweilige Aktiv- und Passivlegitimation aufgrund des Eigentums am Mietgrundstück. Bereits oben wurde im übrigen schon darauf hingewiesen, daß § 265 ZPO regelmäßig auch dann zur Anwendung kommt, wenn sich die Haftung aufgrund einer Veränderung in der dinglichen Rechtsstellung ebenfalls verändert²².

Es ergeben sich somit keine Besonderheiten für die Anwendung der hier in Rede stehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften auf § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.).

¹⁹BGH NJW 1988, 705 mit weiteren Nachweisen.

²⁰MüKoBGB-Voelskow, § 571,18

²¹RGZ 102,177.

²²Zöller-Vollkommer, § 325,24; Stein-Jonas-Schumann, § 265,30f.

4. (Der Übergang des Versicherungsverhältnisses nach §§ 69 I, 151 II 1, 158h VVG) Die für § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) gültigen Erwägungen treffen auch für die in §§ 69 I, 151 II 1, 158h VVG erfaßten Veräußerungen zu²³. Die gesetzlichen Regelungen erfassen die versicherungsrechtlichen Folgen der Veräußerung einer Sache oder eines Betriebs. Der jeweilige Versicherungsschutz betrifft die Sache oder den Betrieb selbst oder knüpft an die Haftpflicht als versichertes Risiko an, welche sich aus der Sache oder dem Betrieb ergibt. Auch hier ordnet das Gesetz jeweils als Folge der Veräußerung an, daß der neue Eigentümer oder Betriebsinhaber an die Stelle des ursprünglichen Eigentümers oder Betriebsinhabers in den Versicherungsvertrag einrückt. Auch in diesem Zusammenhang wird davon ausgegangen, daß der neue Versicherungsnehmer nicht Rechtsnachfolger des alten Eigentümers wird, sondern kraft Gesetzes die Stellung eines Versicherungsnehmers gewinnt. Es kann folglich hier gleichermaßen nur um eine entsprechende Anwendung der §§ 265, 325, 727 ZPO gehen.

a. Eine Bedeutung dieser verfahrensrechtlichen Vorschriften über eine Rechtskrafterstreckung ist dabei ebenfalls zunächst für eine Feststellungsklage gegeben, die dem Bestand des Versicherungsverhältnisses gilt. Man wird das zu § 566 BGB (§ 571 BGB a.F.) Gesagte übertragen können.

b. Bei Leistungsklagen seitens des ursprünglichen Versicherungsnehmers gegen den Versicherer, welche zum Zeitpunkt der Veräußerung anhängig sind oder gar entschieden sind, findet sich regelmäßig kein Ansatzpunkt für eine Rechtskrafterstreckung. Es wird sich hier zumeist um Deckungsprozesse handeln, die nicht den Zeitraum des Eigentums oder der Betriebsinhaberschaft des neuen Versicherungsnehmers betreffen. Dieser hat somit ohnehin mit derartigen Ansprüchen nichts zu tun; sie verbleiben beim alten Eigentümer²⁴. Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß eine Rechtskrafterstreckung über eine rechtsgeschäftliche Abtretung eintritt, die auch als Folge eines Anspruchs des neuen Eigen-

²³Förster-Kann, § 265 3.b) für § 69 VVG.

²⁴Prölss-Martin-Kollhoser, § 69,23; RGZ 162,169; OLG Hamm VersR 1987,269; OLG Schleswig NJW RR 1989,280.

tümers gegen den alten Eigentümer gem. § 281 I BGB sein kann. Eine so begründete Anwendbarkeit der §§ 265,325 ZPO stellt freilich keine versicherungsrechtliche Besonderheit dar.

c. Bei Leistungsklagen des Versicherers auf Zahlung der Prämie wird man differenzieren müssen. Nach §§ 69 II, 151 II 2 VVG ist nur für die Prämie der vom Wechsel betroffenen laufenden Versicherungsperiode ein gesetzlicher Schuldbeitritt vorgesehen. Diese Regeln stellen einen Beitritt des neuen Versicherungsnehmers für rückständige Prämien und einen Beitritt des alten Versicherungsnehmers für erst nach der Veräußerung etwa aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung erst fällig werdende Prämien dar. Es wird damit nicht genau auf den Eintritt des Eigentümerwechsels abgestellt. Beginnt also die Versicherungsperiode zum Jahresanfang und erfolgt der Eigentümerwechsel zur Jahresmitte, so betrifft der Schuldbeitritt des neuen Eigentümers die erste Jahreshälfte und der Schuldbeitritt des alten Eigentümers die zweite Jahreshälfte.

Bei dem Schuldbeitritt des neuen Eigentümers gibt es keinen Platz für eine Rechtskrafterstreckung. Dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt einer Folge des Eintritts in ein Rechtsverhältnis, weil eben nur der Zeitraum der Eigentümerstellung erfaßt wird, der Schuldbeitritt jedoch den Zeitraum davor betrifft, sofern es um die laufende Versicherungsperiode geht. *Sieg* schlägt hier eine andere Lösung vor und differenziert, ob die Veräußerung während oder nach rechtskräftigem Abschluß des Prämienprozesses stattfindet²⁵. Dies liegt daran, daß er die Auffassung *Blomeyers* zur Rechtskrafterstreckung teilt, nach welcher bei einem Beitritt hinsichtlich einer rechtskräftig festgestellten Schuld eine Rechtskrafterstreckung gegeben ist. Mangels Anwendbarkeit des § 265 ZPO auf diesen Fall des gesetzlichen Schuldbeitritts steht auch eine Klageerweiterung auf den neuen Eigentümer im anhängigen Prämienprozeß nichts im Wege.

Für nicht rückständige Forderungen aus der laufenden Versicherungsperiode zum Zeitpunkt der Veräußerung ist der Zeitraum betroffen, der mit dem Eigentum oder der Betriebsinhaberschaft des neuen Versicherungsnehmers zusammenfällt. In einem solchen Fall greift das Einrücken in

²⁵Bruck-Möller-Sieg, § 69,82,83.

das Versicherungsverhältnis. Dies ist der Schuldgrund für den neuen Eigentümer. Von daher erklärt sich auch, daß die Haftung des alten Eigentümers dann auf einem Schuldbeitritt beruht. Der Sache nach wird es um eine Klage auf zukünftige Leistung gegenüber dem Versicherungsnehmer gehen, da man sich ansonsten eine Rechtshängigkeit für Forderungen, die auch den neuen Versicherungsnehmer treffen, nicht vorstellen kann. Entsprechend dem oben Gesagten hat der alte Eigentümer jedoch den Rechtsstreit als gesetzlicher Prozeßstandschafter fortzusetzen. Seine eigene Haftung aufgrund des Schuldbeitritts ist als anderer Streitgegenstand einzuordnen. Der neue Eigentümer kann nur mit Zustimmung des Versicherers den Rechtsstreit übernehmen, an dessen Ausgang er ebenso gebunden ist wie der Versicherer ihm gegenüber.

Diese Regelung mutet kompliziert an. Sie ist aber die Folge des Umstands, daß der neue Versicherungsnehmer das Versicherungsverhältnis so hinzunehmen hat, wie er es bei der Veräußerung vorfindet. Man wird allerdings schon aufgrund der sehr engen Gestaltung in Betracht kommender Sachverhalte von einer geringen Bedeutung für die Praxis ausgehen können.

d. Daß § 69 III VVG auch § 407 II BGB zur Anwendung bringt, berührt den Bereich der hier erörterten verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht. § 69 III VVG ist eine Schutzvorschrift zugunsten des gutgläubigen Versicherers²⁶. Dieser soll vor Nachteilen bewahrt werden, die dadurch entstehen können, daß ein Rechtsstreit mit dem alten Eigentümer nach einer dem Versicherer unbekanntem Veräußerung anhängig wird. Der neue Eigentümer muß dann die Einwirkungen des alten Eigentümers auf das Versicherungsverhältnis oder Rechtshandlungen des Versicherers gegenüber dem alten Eigentümer gegen sich gelten lassen. Wird allerdings die Gutgläubigkeit des Versicherers im laufenden Rechtsstreit zerstört, was selbstverständlich auch durch Mitteilung des neuen Eigentümers geschehen kann, dessen Aktiv- und Passivlegitimation hinsichtlich der Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis ja durch § 407 II BGB nicht berührt wird, hat dieser die prozessualen Konsequenzen zu ziehen. Bei Aktivprozessen des alten Versicherungsnehmers ist dies für den Versi-

²⁶Prölss-Martin-Kollhosser, § 69,6.

cherer unproblematisch, weil er nunmehr mit dem Hinweis auf die fehlende Aktivlegitimation zweifelsfrei gewinnen wird. Bei Aktivprozessen des Versicherers steht dagegen die fehlende Passivlegitimation des Beklagten, alten Versicherungsnehmers nunmehr für den Versicherer fest. Dies ist kein Fall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, weil die Klage von vornherein unbegründet war. Der Kläger muß grundsätzlich die Nachteile ertragen, die sich daraus ergeben, daß die klagebe gründenden Tatsachen nicht vorliegen. Daß er die zur Abweisung führenden Umstände nicht kennt, spielt dabei keine Rolle. Man wird allerdings dem Versicherer hier eine Umstellung des Antrags auf das Kosteninteresse zubilligen können. Eine Anspruchsgrundlage für einen materiellen Kostenerstattungsanspruch liefert hier das ehemalige Versicherungsverhältnis, nach welchem der alte Versicherungsnehmer verpflichtet war, die Veräußerung anzuzeigen.

J. Die Rechtskraft beim Schuldbeitritt gem. § 3 Nr.1 PflVersG

1. *Der Regelungsgehalt des § 3 Nr.8 PflVersG*
 - a. *Urteile zuungunsten des Anspruchstellers*
 - b. *Keine entsprechende Abwendung für Urteile zugunsten des Anspruchstellers*
 - c. *Erforderliche Korrespondenz von gewährtem Versicherungsschutz und Klageabweisung*
 - d. *Keine Wirkung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer*
 - e. *Notwendigkeit der Prüfung der Haftpflicht*
2. *Die präjudizielle Wirkung des § 3 Nr.8 PflVersG*
3. *Die Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG bei subjektiver Klagehäufung*
 - a. *Die Anwendung beim Teilurteil*
 - b. *Die Anwendung nach versäumtem Rechtsmittel*
4. *Die Bedeutung des § 3 Nr.8 PflVersG bei unrechtmäßigem Verhalten des Anspruchstellers*
 - a. *Die Ausnutzung des Trennungsprinzips*
 - b. *Die prozessuale Bewältigung der Säumnis des unredlichen Versicherungsnehmers*
 - c. *Die Aussetzung gem. § 148 ZPO zur Abwehr unredlichen Verhaltens*
 - d. *Die Streithilfe zur Abwehr unredlichen Verhaltens*
 - e. *Die negative Feststellungsklage zur Abwehr unredlichen Verhaltens*

Der Direktanspruch des Geschädigten gegen den Versicherer im Bereich der Pflichtversicherung eines Halters eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers gem. § 3 Nr.1 PflVersG wird regelmäßig als gesetzlicher Schuldbeitritt des Versicherers neben dem schadensersatzpflichtigen Halter und Fahrer oder einem sonstigen Schädiger (z.B. Beifahrer, Ladepersonal) gewertet¹.

1. (Der Regelungsgehalt des § 3 Nr.8 PflVersG) Für diesen gesetzlichen Schuldbeitritt ist eine ausdrückliche Regelung der Rechtskrafterstreckung für des Verhältnis zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer in § 3 Nr.8 PflVersG enthalten; diese Regelung gilt entsprechend für das Verhältnis zwischen dem Versicherer und sonstigen Versicherten².

a. Die Rechtskrafterstreckung wirkt in der Weise, daß ein rechtskräftiges, abweisendes Urteil jeweils dem anderen Gesamtschuldner zugute kommt. Dabei sind selbstverständlich Teilabweisungen eingeschlossen. Ein zugunsten des Geschädigten ergangenes Urteil schließt eine nachfolgende Abweisung der Klage gegenüber einem anderen Gesamtschuldner

¹BGHZ 57,269,270; 65,7; 69,156; Prölss, NJW 1965,1737; Bruck-Möller-Johannsen, Kraftfahrtversicherung, § 3 PflVersG, B6 u. B7 (dort auch Darstellung sonstiger Konstruktionsvorschläge wie Anspruch versicherungsrechtlicher Art oder Sonderwertung); Soergel-Zeiss, vor § 414,6; MüKoBGB-Möschel, Vor § 414,11.

nicht aus, wie auch dieses nachfolgende abweisende Urteil keinen Einfluß auf ein vorausgegangenes für den Geschädigten positives Urteil haben kann. Es kommt also entscheidend für eine Rechtskrafterstreckung darauf an, ob ein abweisendes Urteil früher rechtskräftig wird³. Der Sinn dieser Vorschrift ist es, unterschiedliche Ergebnisse gegenüber Versicherer auf der einen Seite sowie Versicherungsnehmer und Versicherten auf der anderen Seite möglichst auszuschließen. Dem erfolglos gebliebenen Anspruchsteller soll nicht die Möglichkeit gegeben werden, denselben Haftpflichtprozeß ein zweites Mal gegenüber einem weiteren in Betracht kommenden Schuldner aufzurollen. Insbesondere soll auch verhindert werden, daß der Versicherer mehr leisten muß, als der Anspruchsteller vom Schädiger verlangen kann, dem gegenüber er erfolglos geblieben ist. Es kann nicht der Sinn einer Haftpflichtversicherung sein, ohne Haftpflicht eine Leistung erbringen zu müssen⁴. Über den Wortlaut hinaus wird vereinzelt auch vorgeschlagen, daß einem rechtskräftigen Urteil ein vorläufig vollstreckbares, aber zweifelsfrei nicht rechtsmittelfähiges Urteil gleichgesetzt werden könne⁵. Dies erscheint unter dem Blickwinkel nicht ganz zweifelsfrei, daß über die Rechtsmittelfähigkeit, wie die Regeln über die vorläufige Vollstreckbarkeit belegen, nur das entsprechende Rechtsmittelgericht zu entscheiden hat. Diese Gleichsetzung wird ersichtlich deswegen vorgeschlagen, um über § 3 Nr.8 PflVersG eine Handhabe gegenüber einem Anspruchsteller und einem Versicherungsnehmer oder Versicherten zu gewinnen, die unredlich zusammenwirken (dazu unten).

b. Urteile zugunsten des Schädigers werden dagegen von dieser Vorschrift nicht erfaßt⁶. *Denk*⁷ schlägt eine korrespondierende Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG zugunsten des Geschädigten vor und führt dazu an, der Schutz des Geschädigten verlange hier ebenfalls eine einheitliche Entscheidung. Dem ist jedoch entgegen zu halten, daß der Gesetzgeber sich bewußt für die einseitige Rechtskrafterstreckung entschieden hat,

²Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nrn.1,2 PflVersG,4.

³Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,1,2.

⁴OLG Stuttgart, VersR 1979,562(563); Denk, VersR 1980,704(709).

⁵OLG Karlsruhe, VersR 1991,539; Freyberger, NZV 1992,392; differenzierend und im Ergebnis wohl wie hier: Reiff, VersR 1990,113(116).

⁶BGH VersR 1971,611 = NJW 1971,940; OLG Düsseldorf, VersR 1972,1015; Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,6; Hirschberg, VersR 1973,504.

⁷Denk, VersR 1980,704,710.

während es bei einem für den Anspruchsteller positiven Urteil bei der Regel des § 425 II BGB verbleibt. Hierbei war die Erwägung ausschlaggebend, daß ein am Verfahren nicht beteiligter Dritter nicht zur Befriedigung eines Anspruchs gezwungen werden soll, obwohl er Verteidigungsmittel überhaupt nicht vorbringen konnte⁸. Es würde auch der Gefahr Vorschub geleistet, daß für unberechtigte Ansprüche ohne Beteiligung des Versicherers rechtskräftige Urteile erzeugt werden. Im übrigen hat es der Geschädigte als Kläger ohnehin in der Hand, durch eine gemeinsame Klage gegen alle Einstandspflichtigen eine einheitliche Entscheidung zu erzielen. Es besteht folglich auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG. Der Analogie stünde ohnehin im Wege, daß es sich nicht um eine dem Gesetzgeber unbewußte Lücke handelt. Mit der Annahme einer einseitigen Rechtskrafterstreckung steht auch die Auffassung des *BGH* im Einklang, daß Versicherer und Versicherungsnehmer oder sonstiger Versicherter nicht als notwendige Streitgenossen zu behandeln sind⁹. Würde man nämlich eine notwendige Streitgenossenschaft wegen notwendiger einheitlicher Sachentscheidung gem. § 62 I ZPO (1.Alt.) annehmen, müßten bei einem Nacheinander von Prozessen auf jeden Fall inhaltsgleiche Entscheidungen ergehen¹⁰.

c. Der Versicherer selbst kann sich auf § 3 Nr.8 PflVersG nur dann berufen, wenn er gerade wegen einer in den Versicherungsschutz fallenden Partei in Anspruch genommen wird, gegen welche bereits ein klageabweisendes Urteil vorliegt. Wurde also beispielsweise die Klage gegen den Halter abgewiesen, kommt ein Anspruch gegen den Versicherer immer noch unter dem Gesichtspunkt der Fahrerhaftung in Betracht, sofern keine Personenidentität zwischen Fahrer und Halter vorliegt¹¹.

d. Schließlich ist von § 3 Nr.8 PflVersG auch nicht das Verhältnis von Versicherungsnehmer und Versichertem betroffen. Hier gelten aus-

⁸Möller-Bruck-Johannsen, Kraftversicherung, § 3 Nr.8 PflVersG, B39 unter Hinweis auf die amtliche Begründung.

⁹BGHZ 63,51(55) = VersR 1974,1117(1118) = JR 1975,66 mit Anm. Schubert; BGH NJW 1978,2155; ,Thomas/Putzo-Putzo § 62,8; Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 49 II 2b, S252; a. A. OLG Frankfurt NJW 1974,1473; OLG Köln MDR 1974,238.

¹⁰Rosenberg-Schwab-Gottwald, §. 49 II, S.250 u. IV 1b, S.256.

¹¹Bruck-Möller-Johannsen, Kraftfahrtversicherung, § 3 PflVersG, B37.

schließlich § 426 BGB und die Absprachen im Innenverhältnis. Gegenüber diesen beiden möglichen Schuldern aufgrund eines Unfallereignisses sind ohnehin unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der Haftpflicht nicht selten. So haftete nach alter Rechtslage möglicherweise nur der Fahrer, nicht aber der Halter für einen Schmerzensgeldanspruch, weil es beim Halter an der dafür erforderlichen unerlaubten Handlung fehlte. Nach dem nunmehr gültigen § 253 BGB, der auch eine Schmerzensgeldanspruch im Bereich der Gefährdungshaftung vorsieht, sind immerhin noch unterschiedlich hohe Ansprüche denkbar gegenüber demjenigen der aufgrund eines Verschuldens haftet und gegenüber demjenigen, der nur einer Gefährdungshaftung ausgesetzt ist. Andererseits kann es dem Fahrer, der gem. § 18 I 2 StVG für vermutetes Verschulden einzustehen hat, gelingen, diese Vermutung zu widerlegen, während der Halter weiterhin ersatzpflichtig bleiben kann. Dies ist nach der nunmehrigen Rechtslage dann der Fall, wenn der Halter nicht gem. § 7 II StVG in der Lage ist nachzuweisen, daß der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wurde oder wenn er bei Beteiligung eines ebenfalls einer Halterhaftung unterliegenden Unfallgegners gem. § 17 II StVG nicht nachweisen kann, daß der Unfall für ihn ein unabwendbares Ereignis darstellt. Angesichts der unterschiedlichen materiellrechtlichen Voraussetzungen für die jeweilige Einstandspflicht besteht auch keine Veranlassung für eine Rechtskrafterstreckung in diesem Verhältnis.

Sollte sich nur einer der in Betracht kommenden Haftpflichtigen auf § 3 Nr.8 PflVersG berufen können, weil die Klage gegen den wegen dessen Haftpflicht in Anspruch genommenen Versicherer zwischenzeitlich abgewiesen wurde, dürfte dies nur dann in der Praxis ein Problem für den Regreß darstellen, wenn der Versicherer für den nicht von der Rechtskrafterstreckung betroffenen, weiteren Schuldner einzustehen hat. Diese in der Praxis sicher seltene Fallgestaltung ist über das Innenverhältnis zu lösen. Keinesfalls ist es angebracht, den Anspruch des Geschädigten, der gegenüber einem der in Betracht kommenden Schuldner aufgrund der Regelung des § 3 Nr.8 PflVersG ausgefallen ist, über die Regeln des gestörten Gesamtschuldverhältnisses anteilig zu kürzen. Diese Grundsätze werden ausschließlich dann angewendet, wenn die Sonderregeln der §§ 636,637 RVO, nunmehr §§ 104ff SGB VII in die Lastenverteilung

nach § 426 BGB eingreifen¹². Diese Gedanken lassen sich aber nicht auf § 3 Nr.8 PflVersG übertragen. Im Bereich des PflVersG ist das Verhältnis von Gesamtschuldnern abschließend in § 3 Nr.9 PflVersG geregelt. Diese Vorschrift bestimmt, daß grundsätzlich in erster Linie im Innenverhältnis zwischen Versicherer und demjenigen, der den Versicherungsschutz genießt, der Versicherer zu leisten hat. Diese Vorschrift macht darüber hinaus deutlich, daß es hier nur jeweils um das Verhältnis zum Versicherer geht und das Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und den einzelnen Versicherten oder der einzelnen Versicherten untereinander für den Geschädigten durch § 3 Nr.8 PflVersG nicht berührt wird.

e. Außerdem ist zu beachten, daß § 3 Nr.8 PflVersG nur dann eingreift, wenn das vorausgegangene Urteil zur Sache selbst Stellung genommen hat¹³. Eine Abweisung als unzulässig nützt also nichts. Die Abweisung muß gerade deswegen erfolgen, weil ein von der Haftpflicht erfaßter Anspruch verneint wurde. Deswegen hilft ein Versäumnisurteil gegen den Kläger ebenfalls nicht. Dieses beruht nämlich nicht auf einer Sachauseinandersetzung mit dem Haftpflichtanspruch, sondern allein auf der Säumnis des Klägers. Diese reicht gem. § 330 ZPO für eine Abweisung der Klage aus. Mangels Verneinung der Haftpflicht fällt eine Abweisung wegen einer erfolgreichen Aufrechnung durch den Beklagten folglich gleichfalls nicht unter diese Vorschrift. Zwar wird im Regelfall ein Versicherungsnehmer nicht aufrechnen, weil dies seine eigene Forderung zunichte macht und er sich dann umständlich vom seinem Versicherer um Ersatz bemühen muß, jedoch kommt es häufiger vor, daß der Haftpflichtversicherer, der zugleich als Fahrzeugversicherer in Anspruch genommen wurde, mit nach § 67 I VVG übergegangenen Ansprüchen aufrechnet. Nach der Rechtsprechung des *BGH* gilt ganz allgemein, daß eine Bindungswirkung nach § 3 Nr.8 PflVersG dann nicht gegeben ist, wenn ein und derselbe Sachverhalt Rechtsfolgen auslöst, die nur einen der Schuldner treffen¹⁴.

¹²BGHZ 61,51 = NJW 1973,1648; BGH NJW 1981,760; Palandt-Heinrichs, § 426,20.

¹³Bruck-Möller-Johannsen, Kraftfahrtversicherung, § 3 PflVersG, B38; Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,5.

¹⁴BGH NJW 1982,996 = VersR 1981,1158: bei einem deklaratorischen Schuldnerkenntnis des Versicherungsnehmers gegenüber dem Geschädigten kommt

2. (Die präjudizielle Wirkung des § 3 Nr.8 PflVersG) Soweit § 3 Nr.8 PflVersG eingreift, führt die Rechtskrafterstreckung nach dieser Vorschrift im zweiten Urteil nicht zur Klageabweisung als unzulässig, sondern als unbegründet¹⁵. Es handelt sich bei dieser Vorschrift nicht um eine negative Prozeßvoraussetzung, sondern nach der Auffassung des *BGH* soll sich die Rechtskrafterstreckung auf ein Entscheidungselement beziehen. Da diese Vorschrift an sich im Prüfungsprogramm des jeweiligen Schadensersatzanspruchs nicht vorkommt, muß man sie wohl als negatives Element verstehen. Für ein klagebejahendes Urteil dürfen die Voraussetzungen des § 3 Nr.8 PflVersG nicht vorliegen. Man wird dieser Einordnung unter dogmatischen Gesichtspunkten sicherlich zustimmen müssen. Eine Abweisung als unzulässig wegen entgegenstehender Rechtskraft setzt nämlich objektive und subjektive Identität voraus, wobei die subjektive Identität sich auch aus einer Rechtsnachfolge oder nach hier vertretener Ansicht ebenso aus einer Schuldachfolge ergeben kann. Subjektive Identität ist freilich im hier in Rede stehenden Bereich niemals vorhanden; die Gesamtschuld aufgrund des Schuldbeitritts nach § 3 Nr.1 u. 2 PflVersG bedeutet vielmehr Vervielfältigung der Schuld.

3. (Die Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG bei subjektiver Klagehäufung) Der Wortlaut des § 3 Nr.8 PflVersG deutet darauf hin, daß von zwei aufeinander folgenden Rechtsstreiten ausgegangen wird. Derartige Fallgestaltungen haben jedoch in der Praxis kaum Bedeutung. Eine Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG ist nach der Rechtsprechung aber auch dann gegeben, wenn Versicherer und Versicherungsnehmer oder Versicherter gemeinsam verklagt werden¹⁶.

a. Rechtskraft gegenüber einer Partei kann dann eintreten, wenn ein Teilurteil hinsichtlich dieser Partei ergeht. Diesem Fall müssen aber schon außergewöhnliche Umstände zugrunde liegen, denn beim ungestörten Versicherungsverhältnis läßt es sich schwerlich vorstellen, daß lediglich

dem Versicherungsnehmer die Klageabweisung gegenüber dem Versicherer nicht zugute.

¹⁵BGH VersR 1978,862(865) = NJW 1978,2154; BGHZ 36,365(368); a.A. Schubert Anm. zu BGH JR 1975,66 (68).

lediglich hinsichtlich einer Partei Entscheidungsreife wegen Verneinung eines vom Versicherungsschutz erfaßten Anspruchs besteht¹⁷. Da der Versicherer beim ungestörten Versicherungsverhältnis von seiner Regulierungsvollmacht gem. § 10 Nr.5 AKB¹⁸ (Außenverhältnis) und seinem Recht zur Prozeßführung gem. § 7 II Nr.5 AKB (Innenverhältnis) Gebrauch machen wird, ist das Verteidigungsvorbringen von Schädiger und Versicherer regelmäßig identisch, so daß die Entscheidungsreife für sämtliche Beklagten gleich zu beurteilen ist¹⁹. Man kann sich allenfalls vorstellen, daß für eine der beklagten Parteien das angerufene Gericht nicht zuständig ist und es deswegen zu einer Verweisung kommt, während wegen der anderen Partei sofort die Klage mangels Haftpflicht abgewiesen wird.

b. Bedeutung gewinnt § 3 Nr.8 PflVersG vor allem im Zusammenhang mit der Einlegung von Rechtsmitteln, wobei hier bisweilen auch Fehler in der Prozeßführung festzustellen sind. Dabei ist der Fall, daß das Rechtsmittel nur gegenüber einem Beklagten eingelegt wird und deswegen Rechtskraft hinsichtlich des zweiten Beklagten eintritt, eher selten und wohl auch regelmäßig nicht beabsichtigt. Im übrigen hilft hier auch eine großzügige Auslegung der Berufungsschrift hinsichtlich der Feststellung der Parteien, welche vom Rechtsmittel erfaßt werden sollen. Wird eine Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt, wie dies auch in § 519 III ZPO (§ 518 III ZPO a.F.) vorgesehen ist, so kann diese zur Auslegung, wer Gegner der Berufung sein soll, herangezogen werden²⁰. Im Zweifelsfall wird man dann gerade wegen der Rechtskraftwirkung des § 3 Nr.8 PflVersG auf ein Rechtsmittel gegenüber allen obsiegenden Beklagten folgern.

¹⁶BGH NJW 1982,999 = VersR 1981,1156; OLG Köln VersR 1992,860; 1992,1975; OLG Karlsruhe NJW RR 1986,1369; Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,2; Lemcke, r + s 1994,161; Freyberger NZV 1992,391.

¹⁷Anders ist dies, wenn der Schadensfall nicht in den Deckungsschutz des Versicherers fällt, aber der Versicherungsnehmer unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt haftet; vgl. RGZ 113,286 und die Beispiele bei Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haftpflichtversicherung. B60.

¹⁸Zur fehlenden Regulierungsvollmacht bei Leistungsfreiheit des Versicherers: BGHZ 101,276 = VersR 1987,924 = NJW 1987,2586.

¹⁹Darauf weist Denk, VersR 1980,704(709) hin. Damals haben aber Fälle gestellter oder vorgetäuschte Unfälle die Gerichte noch nicht in dem Maße beschäftigt, wie dies heute der Fall ist.

²⁰BGH NJW 1991,2775.

Dagegen ist die Situation komplizierter, wenn wegen eines Unfalls Ansprüche im Wege der Klage und der Widerklage verfolgt werden und auf beiden Seiten der jeweilige Haftpflichtversicherer als Streitgenosse beteiligt ist. Erfolgen hier Abweisungen oder vor allem Teilabweisungen bei der Klage und bei der Widerklage, ein an sich alltägliches Ergebnis, ist die Gefahr gegeben, daß bei Rechtsmitteln § 3 Nr.8 PflVersG eingreift, weil die Berufungsvoraussetzungen nicht gegeben sind oder weil diese Vorschrift übersehen wird. Legt nämlich beispielsweise nur der Kläger hinsichtlich der Klage Berufung ein, ist sein lediglich an der Widerklage beteiligter Haftpflichtversicherer nicht Partei des zweiten Rechtszugs. Es geht ja für den Kläger nicht um die Abwehr von Haftpflichtansprüchen. Hat der Beklagte bei einer solchen prozessualen Situation bereits das Recht, selbst Rechtsmittel einzulegen verloren und schließt er sich deswegen hinsichtlich des abgewiesenen Teils der Widerklage mit einer Anschlußberufung dem Rechtsmittel des Klägers an, so nützt diese ihm nichts mehr. Die Anschlußberufung ist gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Klägers unzulässig, weil dieser nicht Berufungsführer ist. Anschlußberufung kann nur gegenüber einer Partei eingelegt werden, die auch am Berufungsrechtszug beteiligt ist²¹. Das Ausbleiben eines Rechtsmittels hat hinsichtlich des Haftpflichtversicherers des Klägers den Eintritt der Rechtskraft zur Folge; die Anschlußberufung gegenüber dem Kläger ist unbegründet, weil die im Berufungsrechtszug weiterverfolgte Widerklage gem. § 3 Nr.8 PflVersG abzuweisen ist. Diesem Ergebnis kann der Beklagte nur dadurch entgehen, daß er selbständig Rechtsmittel einlegt. Fehlen dazu allerdings die Zulässigkeitsvoraussetzungen, etwa weil die Berufungssumme nicht erreicht wird, muß er die Rechtskraft hinnehmen.

4. (Die Bedeutung des § 3 Nr.8 PflVersG bei unrechtmäßigem Verhalten des Anspruchstellers) Es wurde in der Vergangenheit schon mehrfach unternommen, die Rechtskrafterstreckung gem. § 3 Nr.8 PflVersG auch in solchen Fällen gewinnbringend einzusetzen, in welchen ein positives Urteil gegen den Versicherungsnehmer verhindert werden sollte, weil von einem Einvernehmen des Versicherungsnehmers mit dem Geschädigten oder einem vorsätzlichen Herbeiführen des Versicherungs-

²¹BGH ZZP 1970,82; BGH NJW 1991,2569; Thomas/Putzo-Reichold, § 524,7.

falls und einer nicht ernsthaften Verteidigung des Versicherungsnehmers zum Nachteil des Versicherers ausgegangen wurde²². Das Bedürfnis für eine solche Argumentation ergibt sich dann aus der in der Rechtspraxis unbestrittenen Bindungswirkung, die der Haftpflichtprozeß für den anschließenden Deckungsprozeß entfaltet²³. Diese Bindungswirkung wird aus dem Inhalt des Anspruchs auf Versicherungsschutz abgeleitet, der darauf abzielt, daß der Versicherer im Rahmen des übernommenen Risikos den Versicherten von einer einem Dritten gegenüber bestehenden Haftpflicht freistellt. Um den Versicherungsschutz sicherzustellen, gilt das Trennungsprinzip, nach welchem im Haftpflichtprozeß abschließend über die Haftpflichtfrage entschieden wird und im Deckungsprozeß die Haftpflicht dann nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann. Dementsprechend kann bei einer Verurteilung des Versicherungsnehmers oder des Versicherten nur noch aus versicherungsrechtlichen Gesichtspunkten Deckungsschutz versagt werden²⁴. Der Geschädigte oder der vermeintlich Geschädigte kann dann das obsiegende Urteil gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten gegen den Versicherer in der Weise nutzen, daß er den Anspruch auf Deckungsschutz pfändet und gegebenenfalls im Wege der Drittschuldnerklage durchsetzt. Das Trennungsprinzip wurde zwar auch damit gerechtfertigt, daß der Geschädigte keinen Anspruch gegen den Versicherer besitzt²⁵ und den gerade beschriebenen Weg gehen muß. Gleichwohl ist man sich darüber einig, daß an der Gültigkeit dieses Prinzips die Einführung des Direktanspruchs sich nichts geändert hat²⁶. Dem Geschädigten stehen deshalb auch beide Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber dem Versicherer offen.

²²OLG Köln, VersR 1982,860; Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,1; Reiff, VersR 1990,113(116): kein Versäumnisurteil gegen den Versicherungsnehmer bei unmittelbar bevorstehender Klageabweisung gegenüber dem Versicherer; OLG Celle VersR 1988,1286; Käab, NZV 1991,169: Aussetzung gem. § 148 ZPO gegenüber dem Versicherungsnehmer bis zur rechtskräftigen Abweisung gegenüber dem Versicherer; dagegen Freyberger; NZV 1992,391; BGH VersR 1978,862(865) = NJW 1978,2154: Unbeachtlichkeit des Geständnisses gem. § 288 ZPO bei Abweisung gegenüber dem Versicherer.

²³BGHZ 117,345 = NJW 1992,1509; BGHZ 119,276 = NJW 1993,68 jeweils mit weiteren Nachweisen; Prölss-Martin-Voit, § 149, 5 C b; Hoegen, VersR 1978,1081; Höhne, VersR 1987,1167.

²⁴Hoegen, NJW 1978,1081; Freyberger NZV 1992,391(393).

²⁵Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haftpflichtversicherung, B61.

²⁶Prölss, NJW 1965,177(1741) u. Anm. zu AG München NJW 1967,786; Hirschberg, VersR 1973,504(505); Hoegen, VersR 1978,1081 (1083); Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG,7.

Diese beschriebene Bindungswirkung hat freilich mit einer Rechtskraft-
erstreckung nichts zu tun²⁷; sie ist ausschließlich Ausfluß des Inhalts des
materiellrechtlichen Anspruchs aus dem Versicherungsverhältnis. Dem-
entsprechend soll auf die sich aus der Bindungswirkung ergebenden ver-
fahrensrechtlichen Fragen hier nur eingegangen werden, soweit sich ein
Zusammenhang mit § 3 Nr.8 PflVersG ergibt. Jedoch ist die Problematik
kurz vorab zu beleuchten, um ein besseres Verständnis für die Zusam-
menhänge herzustellen.

a. Das Trennungsprinzip erscheint auf den ersten Blick dem Versicherer
ausreichenden Schutz zu gewähren, da ihm versicherungsrechtliche Ein-
wände unbenommen bleiben. Im ungestörten Versicherungsverhältnis ist
dies sicherlich auch der Fall. Die Furcht der Versicherer vor den Auswir-
kungen der Bindungswirkung zu ihrem Nachteil gilt daher auch vor allem
dem unredlichen Versicherungsnehmer, aber auch dem unredlichen
Schädiger, der den redlichen Versicherungsnehmer zu seinem Werkzeug
macht.

Diese Furcht ergibt sich aus zwei Gesichtspunkten, die zumeist ineinan-
der greifen.

Einmal ist es heute weitgehend unbestritten, daß die Regulierungsvoll-
macht des Versicherers dort ihr Ende findet, wo bei der Abwicklung des
Schadensfalls, insbesondere bei der Abwehr von Ansprüchen eine Inter-
essenskollision zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsneh-
mer oder dem Versicherten eintritt²⁸. Dies ist regelmäßig dann der Fall,
wenn die Verteidigung im Haftpflichtprozeß auf einen Tatsachenvortrag
hinausläuft, der im Deckungsprozeß berechtigt, Deckungsschutz zu ver-
weigern. Dementsprechend entspricht es auch verbreiteter Ansicht, die
auch von den Instanzgerichten beachtet wird, daß derselbe Prozeßbe-
vollmächtigte im Haftpflichtprozeß nicht sowohl den Versicherer, als

²⁷BGHZ 117,345 = NJW 1992,1509; Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haft-
pflichtversicherung., B61.

²⁸BGHZ 101,276 = VersR 1987,924 = NJW 1987,2586; BGHZ 112,345 = NJW
1991,1176 = NZV 1991,350 = r + s 1992,110; OLG Karlsruhe VersR
1969,944(945); OLG Frankfurt, OLG-Report 1994,191, r + s 1991,329; Verbot
eines gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten: Freyberger, VersR 1991,842 u.
NZV 1992,391; Käab, NZV 1991,169; Lemcke, r + s 1993,161(162); differen-
zierend Keilbar, NZV 1991,335(337); a.A. Gerhardt, NJW 1970,313.

auch den Versicherungsnehmer und den Versicherten vertreten kann, wenn eine solche Interessenskollision besteht. Dann kann sich für den Versicherer ein Problem aus der Bindungswirkung ergeben, weil er die Abwehr von Ansprüchen gegenüber denjenigen, denen er grundsätzlich zum Deckungsschutz verpflichtet ist, nicht mehr in der Hand hat und weil er Unredlichkeiten befürchten muß, die sich im Deckungsprozeß nachteilig auswirken. Hier ist vor allem an Anerkenntnis, Geständnis und Versäumnisurteil zu denken.

Die zweite Gefahr hängt eng mit der Angst vor unredlicher Prozeßführung zusammen. Sie ergibt sich daraus, daß es Schwierigkeiten bereiten kann, die Reichweite der Bindungswirkung zu bestimmen. Darauf hat der *BGH* mehrfach aufmerksam gemacht²⁹. Dies gilt bei den Fällen sogenannter Voraussetzungsidentität. Dabei geht es um Umstände, die sowohl für den Haftungsanspruch, als auch den Deckungsanspruch von Bedeutung sind. Insbesondere ist hier vom *BGH* die Verneinung des subjektiven Risikoausschlusses gem. § 152 VVG genannt worden³⁰. Nach dieser Vorschrift entfällt die Haftung des Versicherers bei vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalls. Der Vorwurf der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls trifft gerade diese Risikogruppe. Wenn *Denk* dem Versicherer eine Verteidigung gem. § 152 VVG zugesteht³¹, so hatte er sicherlich nicht solche Fälle im Auge, in welchem bereits im Deckungsprozeß diese Vorschrift geprüft wurde. Man wird aber sagen können, wenn etwa Fahrlässigkeit für einen Haftpflichtanspruch ausreicht und das Gericht sich mit der Feststellung dieses Verschuldensgrads begnügt, ist im Deckungsprozeß der Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens des Versicherungsnehmers nicht ausgeschlossen³².

Als weiteres, lebensnahes Beispiel, welches die Voraussetzungsidentität betreffen kann und den Wunsch des Einflusses des Versicherers verständlich macht, hat *Hoegen* angeführt, daß eine volle Verurteilung des Schädigers im Haftpflichtprozeß, die das Mitverschulden des Schädigers

²⁹BGH VersR 1971,806;BGHZ 117,345 = NJW 1992,1509; BGHZ 119,276 = NJW 1993,68; Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haftpflichtversicherung, B63.

³⁰ebenso Reiff, VersR 1990,114.

³¹Denk, VersR 1980,704(708f).

³²Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haftpflichtversicherung, B63.

außer Acht läßt, im Deckungsprozeß bindet³³. Der Versicherer kann hier den Einwand des Mitverschuldens nicht erneut erheben.

b. Diese Unbillen prozessual in den Griff zu bekommen, ist natürlich nicht nur eine Sache der Versicherer, sondern auch ein Anliegen der Gerichte. Denn kein Gericht läßt sich gern dazu mißbrauchen, Unrecht durchzusetzen.

Insbesondere wird kein Gericht sich gern dem Konflikt aussetzen, der sich daraus ergibt, daß es im Verhältnis des Klägers zur beklagten Versicherung von einem unrechtmäßigen Anspruch überzeugt ist oder zumindest derartigen Vorwürfen durch eine Beweiserhebung nachgeht, während es sich im Verhältnis des Klägers zum Versicherungsnehmer und Versicherten aufgrund deren Säumnis mit der Wahrheitsfiktion des § 331 I ZPO auseinandersetzen muß.

Dabei ist nach meinem richterlichen Selbstverständnis bei einer bereits bestehenden Überzeugung von einem Sachverhalt, der den Anspruch gegen den Versicherungsnehmer oder Versicherten nicht trägt, für ein Versäumnisurteil kein Raum mehr. Hier gewinnt die materielle Wahrheit über die formelle Wahrheit die Oberhand; § 286 ZPO muß insoweit § 331 I ZPO vorgehen; dogmatische Begründungen sind dann zweitrangig angesichts der Zumutung, die ansonsten auf den Richter zukommt. Dieser Weg wird in der Praxis aber nicht immer gegangen, weil man sich von den verfahrensrechtlichen Vorschriften, die an sich nur dienende Funktion haben sollen, gefangen sieht. Eine solche Vorgehensweise kann auch nicht eingeschlagen werden, wenn man noch keine feste Überzeugung gewonnen hat. Allerdings wird die Bereitschaft des Gerichts, in dieser Situation eine Entscheidung gegenüber dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherten noch herauszuzögern, ohne weiteres verständlich³⁴.

³³Hoegen, VersR 1978,1081.

³⁴Ich habe es in einer solchen Situation einmal genutzt, daß der Versicherungsnehmer und die Versicherung von demselben Anwalt vertreten wurden und der Interessenskonflikt erst im Laufe des Rechtsstreits sichtbar wurde. Da aber die Ladung nicht dem Versicherungsnehmer persönlich zugestellt worden war, lag kein Fall der Säumnis vor.

Man wird bei einem drohenden Versäumnisurteil auch nicht argumentieren können, diesem könne der Versicherer getrost entgegen sehen, weil der Kläger dies ohnehin nicht verwerten könne. Die Verwertung geschieht ja bekanntlich auch in der Pfändung des Anspruchs des unterlegenen Beklagten auf Deckungsschutz durch den Versicherer. Es erscheint nicht möglich, daß dann der Versicherer mit dem Rechtsgedanken der §§ 158e, 154 II VVG gegenüber einem Versäumnisurteil argumentiert. Diese Vorschriften regeln, ob eine Bindung des Versicherers an ein Anerkenntnis seines Versicherungsnehmers gegeben ist. Ein Ansatzpunkt für die Anwendung dieser Vorschriften ist zunächst gegeben, denn man wird der Sache nach eine kampflos hinnehmende Verurteilung durch ein Versäumnisurteil auch als Anerkenntnis werten können. Jedoch greift der Grundgedanke nicht mehr, der das Verbot eines Anerkenntnisses bestimmt. Ein Anerkenntnis des Versicherungsnehmers stellt dann eine Obliegenheitsverletzung dar, welche dem Versicherer Leistungsfreiheit bescheren kann, wenn für das Anerkenntnis keine billigen Gründe vorliegen. Daß das Anerkenntnis eine Obliegenheitsverletzung bedeuten kann, liegt daran, daß der Versicherungsnehmer grundsätzlich die Pflicht hat, den Versicherer bei der Aufklärung zu unterstützen. Daher gilt das Verbot des Anerkenntnisses dann nicht mehr, wenn der Versicherer positiv Deckungsschutz bereits versagt hat³⁵. Denn dann macht die Obliegenheit, bei der Aufklärung mitzuwirken, keinen Sinn mehr, weil durch die Verweigerung des Deckungsschutzes der Versicherer kund tut, daß von seiner Seite aus nichts mehr zur Untersuchung des Versicherungsfalles unternommen wird. Läßt der Haftpflichtversicherer, der gem. §§ 150 VVG, 10 Nr.1 AKB auch Rechtsschutz zur Abwehr von Ansprüchen schuldet, es zur Säumnis seines Versicherungsnehmers oder des Versicherten kommen, ist die Verweigerung des Deckungsschutzes eindeutig belegt.

Gleichwohl ist die Gefahr einer Bindungswirkung, die durch ein Versäumnisurteil droht, nicht so groß, wie dies allgemein durch die Versicherer befürchtet wird³⁶. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich

³⁵BGH VersR 1989,842; Prölss-Martin-Voit, § 154 3e mit weiteren Nachweisen; Bruck-Möller-Johannsen, Allgem. Haftpflichtversicherung, B66 erlaubt dem Versicherungsnehmer ausdrücklich, Versäumnisurteil ergehen zu lassen.

³⁶Keilbar, NZV 1991,331(338) sieht keine Chance für den Versicherer bei einem Versäumnisurteil gegen den Versicherungsnehmer.

die Bindungswirkung des Haftpflichtprozesses aus den Feststellungen des Urteils im Haftpflichtprozeß und somit auch aus der Auseinandersetzung mit dem Verteidigungsvorbringen ergibt. Bei einem Versäumnisurteil fehlen im Regelfall gem. § 313b I ZPO Tatbestand und Entscheidungsgründe. Welche positiven Feststellungen im einzelnen getroffen wurden, läßt sich also nicht erkennen. Es ist nur klar, daß der Haftpflichtanspruch bejaht wurde. Eine Auseinandersetzung mit Verteidigungsvorbringen, bei welchem naturgemäß Voraussetzungsidentität naheliegt, findet erst gar nicht statt, weil solches nicht vorhanden ist. Fehlt jedoch ein Verteidigungsvorbringen, so läßt es sich im Einzelfall gut vertreten, im Prozeß um den Deckungsschutz seien die versicherungsrechtlichen Einwände nicht abgeschnitten, weil sie bislang noch nicht zur Sprache gekommen sind. Freilich steht diese rechtliche Argumentation auch auf so ungesichertem Boden, weil im Einzelfall die Abgrenzung ungewiß sein kann, daß der Versicherer und erst recht nicht der vorsichtige Anwalt schwerlich darauf allein vertrauen werden.

Angesichts der befürchteten Komplikationen, die eine Verurteilung des Versicherungsnehmers trotz Leistungsfreiheit des Versicherers auslösen kann, erscheint es verständlich, wenn vorgeschlagen wird, daß kein Versäumnisurteil ergehen kann, wenn eine rechtskräftige Abweisung gegenüber dem Versicherer bevorsteht³⁷. Die Argumentation gleicht, wenn die Rechtskraft deswegen nicht abgewartet wird, weil ein nicht rechtsmittelfähiges Urteil gleichzeitig verkündet wird, welches beim Eintritt der Rechtskraft dann die Anwendung des § 3 Nr.8 PflVersG rechtfertigen könnte³⁸. Die oben geäußerten Bedenken, daß nur das Rechtsmittelgericht über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zu entscheiden hat, wiegen nicht schwer. Es ist äußerst selten, daß ein erkennendes Gericht sich bei der Prüfung der Rechtsmittelfähigkeit vertut, welche regelmäßig bei Auswahl der Vorschriften vorgenommen werden muß, die bei der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit zur Anwendung kommen³⁹. Darüber hinaus droht dem Kläger kein Nachteil, wenn er ein

³⁷OLG Köln, VersR 1982,860; Prölss-Martin-Knappmann, § 3 Nr.8 PflVersG, 1; Reiff, VersR 1990,113(116).

³⁸Reiff, VersR 1990,113(116); Freyberger, NVZ 1992,391(392).

³⁹Die Rechtslage mag sich dadurch verändert haben, daß nunmehr gem. § 543 ZPO ein Berufungsgericht über die Zulassung der Revision jeweils zu entscheiden hat. Die Nichtzulassung ist gem. § 544 ZPO mit der Beschwerde anfechtbar,

Rechtsmittel einlegt, obwohl das Instanzgericht davon ausgegangen ist, ein solches sei nicht zulässig. Schließt sich das Rechtsmittelgericht der Meinung des Instanzgerichts an, geht die Verweigerung des Versäumnisurteils mit der vorgenommenen Begründung in Ordnung. Hält das Rechtsmittelgericht entgegen der Meinung des Instanzgerichts das Rechtsmittel für zulässig, wird der Anspruch des Klägers nochmals geprüft. Er muß dabei nur darauf achten, daß sowohl hinsichtlich des Urteils gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten, als auch hinsichtlich des Urteils gegen die Versicherung Rechtsmittel eingelegt wird. Wird dies nämlich nicht beachtet und nur gegen einen der Beklagten Rechtsmittel eingelegt, wird die Klage hinsichtlich des anderen rechtskräftig. Dann kann das allein gegen einen der Beklagten durchgeführte Rechtsmittel schon im Hinblick auf den jetzt zweifelsfrei eingreifenden § 3 Nr.8 PflVersG keinen Erfolg haben.

Allerdings wird man zugeben müssen, daß die eben beschriebene Lage, bei welcher der Eintritt der Rechtskraft absehbar ist, eine besondere ist, die vom Gericht nicht auf jeden Fall angesteuert werden kann. Sie kommt nur in Betracht, wenn ein Gericht zweifelsfrei letztinstanzlich tätig wird. Von daher wird man zwar die Argumentation akzeptieren, in ihr aber nur eine Lösung für den Einzelfall erblicken können. Es ist ohnehin zuzugestehen, daß § 3 Nr.8 PflVersG schon aufgrund seines Abstellens auf eine vorausgegangene Abweisung nur auf eine bestimmte Situation zugeschnitten ist und somit schwerlich für generelle Lösungen taugt.

c. Von der Verweigerung eines Versäumnisurteils ist der Weg zur Verweigerung einer sofortigen abschließenden Entscheidung aufgrund einer Aussetzung gem. § 148 ZPO nicht mehr weit⁴⁰. Es wird vorgeschlagen, den Rechtsstreit gegen den Versicherungsnehmer oder den Versicherten bis zur rechtskräftigen Entscheidung gegen den Versicherer auszusetzen, wobei dies selbstverständlich in Erwartung einer Abweisung der Klage geschieht. Es bedarf aber nur eines kurzen Blicks in das Gesetz zur Feststellung, daß diese Vorschrift hier nicht einschlägig ist. Aussetzung ver-

wobei sich derzeit aus § 26 Nr.8 EGZPO die Einschränkung ergibt, daß die Beschwer 20.000 € übersteigen muß.

⁴⁰OLG Celle, VersR 1988,1287; Prölss, NJW 1965,1737(1741).

langt Vorgreiflichkeit eines Rechtsverhältnisses, über welches in dem Prozeß entschieden wird, dessen Ausgang abgewartet werden soll⁴¹. Es genügt nicht, daß die Möglichkeit des Einflusses, etwa im Wege der Beweiswürdigung, besteht. Hier fehlt es an der Vorgreiflichkeit der Entscheidung gegenüber dem Versicherer. Der Rechtsstreit gegenüber dem Versicherungsnehmer kann ohne weiteres ohne Berücksichtigung etwaiger Ansprüche gegenüber dem Versicherer entschieden werden. Dies steht nicht im Widerspruch zu der oben getroffenen Feststellung, daß eine rechtskräftige Abweisung i.S. des § 3 Nr.8 PflVersG ein negatives Element im Verhältnis des Geschädigten zu dem anderen Schuldner darstellt. Wenn ein bestimmter Umstand für eine Verurteilung nicht vorhanden sein darf, kann eine Entscheidung nicht in Erwartung oder Hoffnung seines Eintretens verweigert werden. Prognoseleistungen für die Zukunft werden von einem Gericht nur verlangt, wenn die Verurteilung auf künftige Leistungen abzielt. Von daher dürfte die gem. § 252 ZPO zulässige Beschwerde gegen die Aussetzung Erfolg haben; der Kläger muß sich also auf eine derartige Handhabung nicht einlassen.

d. Die Überlegungen haben gezeigt, daß § 3 Nr.8 PflVersG nur in Einzelfällen aufgrund besonderer Prozeßsituationen geeignet ist, Unredlichkeiten zu verhindern. Es ist auch hier nicht der Platz, auf die verfahrensrechtliche Problematik derartiger Rechtsstreitigkeiten insgesamt einzugehen⁴², die sich daraus ergibt, daß der Versicherungsnehmer nicht in die Verteidigung des Versicherers eingebunden werden kann und Versäumnisurteil, Anerkenntnisurteil oder Geständnis droht. Ohne nähere Begründung hat sich allerdings der *BGH* der Auffassung angeschlossen, der Versicherer sei auch bei einem gestörten Versicherungsverhältnis in der Lage, als Streithelfer für den Versicherungsnehmer oder den Versicherten aufzutreten⁴³. Da der Streithelfer sich gem. § 67 ZPO nicht in den Widerspruch zu Prozeßhandlungen der unterstützten Partei setzen darf, eine Verteidigung, die darauf hinausläuft, der unterstützten Partei straf-

⁴¹Thomas/Putzo-Reichold, § 148,3; Zöller-Greger, § 148,5; Prölss, NJW 1965,1737(174) nimmt hier ohne Begründung Präjudizialität an.

⁴²dazu Reiff, VersR 1990,114; Freyberger, NZV 1990,291; Lemcke, r + s 1993,121 u. 161.

⁴³BGH r + s 1994,212 mit Anm. Lemcke kritisch zur vom BGH aufgeworfenen Frage, ob streitgenössische Streithilfe vorliegt, bei welcher auch im Widerspruch zur unterstützen Partei Prozeßhandlungen vorgenommen werden können; OLG Köln r + s 1991,220.

bares Verhalten vorzuwerfen, aber keinesfalls dem Interesse der unterstützten Partei entsprechen kann und damit der Widerspruch ohne weiteres auf der Hand liegt, darf sich die Unterstützungshandlung an sich nur auf solche Umstände beziehen, für die Bindungswirkung für den Deckungsanspruch droht. Nur um derartige Bindungen zu verhindern, dürfte die Streithilfe zulässig und auch notwendig sein. Da allerdings die Bindungswirkung oftmals schwierig einzuschätzen ist, handelt hier die Praxis großzügig, zumal die unterstützte Partei nicht eingreift, um die Grenzen der ihr angedienten Unterstützung deutlich zu machen.

e. Aus dem Wunsch nach der Streithilfe durch den Versicherer im Haftpflichtprozeß gegen den von ihm nicht vertretenen Versicherungsnehmer wird deutlich, daß alle Anstrengungen des Versicherers dahingehen, schon möglichst im Vorfeld die Bindungswirkungen für einen Deckungsprozeß gering zu halten. Daß dieses Bemühen auch zum Nachteil gereichen kann, wenn Verteidigungsvorbringen als nicht stichhaltig oder bewiesen angesehen wird, ist die Gefahr. Es zeigt sich aber bei diesem Bemühen, daß nur Ansatzpunkte für eine Verteidigung in Betracht kommen, die auf der eigenen Rechtsmacht des Versicherers beruhen. Klassisches Mittel, fremde Ansprüche im Vorfeld abzuwehren, ist die negative Feststellungsklage. Sie könnte darauf gerichtet werden, daß ein Anspruch aus dem Versicherungsverhältnis nicht besteht und müßte im Wege der Widerklage gegen den Kläger gerichtet werden. Dabei betrifft sie ein Verhältnis der beklagten Versicherung zu einem Dritten, nämlich dem ebenfalls beklagten Versicherungsnehmer. Daß eine solche Feststellungsklage über ein Verhältnis zu einem Dritten grundsätzlich möglich ist, wurde bereits oben gesagt. Wegen der drohenden Bindungswirkung wird man auch ein Feststellungsinteresse nicht ohne weiteres von der Hand weisen können. Das Dilemma entsteht allerdings dann, wenn sich das Gericht von dieser Feststellungsklage nicht beeindrucken läßt und durch Teilurteil der Klage gegen den Versicherungsnehmer vorab stattgibt. Im ungünstigsten Fall wird damit auch die Feststellungsklage unbegründet, weil das Gericht von einer entsprechend weit reichenden Bindungswirkung ausgeht.

Abschließend möchte ich aber noch darauf hinweisen, daß ich in der Praxis noch keinen Fall erlebt habe, in welchem nach Abweisung der

Klage gegen Versicherer der Geschädigte die Stirn hatte, mit dem Titel gegen den Versicherungsnehmers als Grundlage Deckungsklage zu erheben. In einem solchen Fall kann auch argumentiert werden, daß zwar keine Rechtskrafterstreckung gem. § 3 Nr.8 ZPO stattfindet, das klageabweisende Urteil dem Unterlegenen aber auch die Pflicht auferlegt, dieser Abweisung nicht zuwider zu handeln. Dies ist eine Folge des gesetzlichen Prozeßrechtsverhältnisses, welche auch Rechte und Pflichten der Parteien untereinander auslöst⁴⁴. Ein solcher Verstoß gegen die Pflichten aus dem Prozeßrechtsverhältnis würde die unredliche Ausnutzung eines Titels bedeuten.

⁴⁴Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 2 III 2 u V, S.11f.

K. Praktische Auswirkungen des Ergebnisses für den Schuldbeitritt

1. *Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt ohne gesetzliche Anordnung*
2. *Der Klageantrag bei der Gesamtschuldnerschaft*
3. *Der Innenausgleich gem. § 426 II 1 BGB als Fall der Rechtskrafterstreckung*

1. (Keine Rechtskrafterstreckung beim Schuldbeitritt ohne gesetzliche Anordnung) Es läßt sich **zusammenfassend** feststellen, daß es im Bereich des rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritts keine Rechtskrafterstreckung gibt, die dazu führt, daß die Verurteilung hinsichtlich der erfaßten Schuld oder die Klageabweisung gegenüber einem der Gesamtschuldner auch für den anderen Gesamtschuldner verbindlich ist.

Im Bereich der gesetzlichen Schuldbeitritte sind vereinzelt Regelungen vorhanden, die aber den jeweils dort vorliegenden besonderen Umständen Rechnung tragen; eine entsprechende Anwendung dieser Regeln auf andere Fälle eines gesetzlichen Schuldbeitritts oder auf den rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt ist daher nicht erlaubt.

Für den durch einen Schuldbeitritt begünstigten Gläubiger besteht ohnehin kein ernsthaftes Bedürfnis für eine Rechtskrafterstreckung. Ist die Schuld zum Zeitpunkt des Beitritts bereits tituliert, kommt eine Lösung über die Auslegung in Betracht. Da der Gläubiger durch den Beitritt hinzugewinnt, erscheint es auch grundsätzlich billig, wenn er die Mühe einer erneuten Durchsetzung seiner Forderung gegen den Beitretenden auf sich nehmen muß. Liegt noch kein Titel zum Zeitpunkt des Beitritts vor, hat der Gläubiger es aufgrund der Gesamtschuldnerschaft in der Hand, jeden der Schuldner zu verklagen. Der sicherste Weg, auch auf einander abgestimmte Ergebnisse zu erzielen, ist die gemeinsame Verklagung der Schuldner. Auch dies steht im Machtbereich des Gläubigers. Prozessual gibt es für eine derartige subjektive Klagehäufung keine Hindernisse. Sollten die Gesamtschuldner keinen gemeinsamen Gerichtsstand haben, bleibt die Möglichkeit der Bestimmung des zuständigen Gerichts gem. § 36 Nr.3 ZPO. Diese Notwendigkeit ist aber eher selten. Der Schuldbeitritt hat ja zur Folge, daß für die Schuld so eingestanden werden muß, wie sie im Augenblick des Beitritts vorgefunden wird. Dies muß auch für den Gerichtsstand des Erfüllungsorts gelten, sofern dieser sich aus dem

Inhalt der Schuld ergibt¹. In der Macht des Gläubigers als Kläger steht es jedoch nicht zu verhindern, daß das Gericht die Klagen gegen die einzelnen Gesamtschuldner unterschiedlich beurteilt und auch zu unterschiedlicher Entscheidungsreife kommt. Bei einem Teilurteil ist regelmäßig die Gefahr des Auseinanderdriftens der Streitigkeiten gegenüber den einzelnen Gesamtschuldnern gegeben. Im Hinblick auf § 425 II BGB kann ein Teilurteil niemals verhindert werden, weil es keine Abhängigkeiten gibt. Insbesondere greift deswegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlußurteil nicht zur Verhinderung eines Teilurteils ein².

2. (Der Klageantrag bei der Gesamtschuldnerschaft) Wird allerdings nur einer der Gesamtschuldner in Anspruch genommen, findet sich in der Praxis häufig beim Klageantrag der Zusatz, daß die Verurteilung als Gesamtschuldner neben einem weiteren Schuldner erfolgen soll, der nicht am Rechtsstreit beteiligt ist. Für das Gericht stellt sich dann regelmäßig die Frage, ob dieser Zusatz lediglich eine klarstellende Einschränkung darstellen soll für den Fall, daß der nicht am Rechtsstreit beteiligte weitere Schuldner für dieselbe Leistung herangezogen wird, oder ob sich hinter dieser Formulierung ein über den angestrebten Leistungsbefehl hinausgehendes Begehren verbirgt. In Betracht kommt hier die zusätzliche Feststellung, daß auch ein Rechtsverhältnis zu dem nicht am Prozeß beteiligten Dritten besteht, aufgrund dessen ebenfalls geschuldet wird.

Zumeist läßt sich diese Unsicherheit in der Einordnung in der Praxis durch eine Nachfrage klären mit dem Ergebnis, daß keinesfalls die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten verlangt werden soll, sondern nur auch zur Sicherheit des Schuldners Klargestellung begehrt wird, daß er als Gesamtschuldner anzusehen ist. Dies ist insbesondere dann auch naheliegend, wenn gegenüber dem weiteren Gesamtschuldner bereits ein Titel vorliegt.

Läßt sich jedoch diese Klarheit nicht erzielen oder wurde dieser Punkt in der mündlichen Verhandlung übersehen, was durchaus Praxisalltag darstellt, muß man sich über die Bedeutung des die Gesamtschuld erwäh-

¹Reichel, Schuldmitübernahme, S.263,521f.

²Zöller-Vollkommer; § 301,7.

nenden Klageantrags Gedanken machen, um feststellen zu können, ob trotz unterbliebener Aufklärung Entscheidungsreife gegeben ist. Dabei ist zunächst zu bestimmen, welches Rechtsverhältnis mit diesem Zusatz angesprochen werden soll. In Frage kommt hier einmal das Rechtsverhältnis der Prozeßparteien, welches in Einschränkung zu einer Einzelschuldnerschaft als Gesamtschuldnerschaft festgelegt werden soll; zum anderen könnte auch an das Rechtsverhältnis des Klägers zum weiteren Gesamtschuldner und schließlich auch an das zwischen den einzelnen Gesamtschuldnern bestehende Rechtsverhältnis gedacht werden. Um letzteres wird es aber wohl kaum gehen, weil das Innenverhältnis, von Sonderfällen des gestörten Gesamtschuldverhältnisses abgesehen, für den Gläubiger nicht von Interesse sein wird. Auch für die Feststellung des Rechtsverhältnisses des Gläubigers zum weiteren Gesamtschuldner fällt es schwer, ein Feststellungsinteresse zu begründen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, auf welche Weise die Feststellung dieses Rechtsverhältnisses des Klägers zu einem Dritten dem Kläger gerade gegenüber dem Beklagten behilflich sein könnte. Hier kann ja ohnehin Leistungsklage erhoben werden oder es liegt bereits ein Titel vor. Keinesfalls kann auf diese „billige“ Weise der Gläubiger erreichen, daß das Gericht eine Abgrenzung des Schuldbeitritts zu einer Schuldübernahme vornimmt.

Erhebt dagegen der verklagte Gesamtschuldner Widerklage auf Feststellung der Gesamtschuldnerschaft, die ja zwischen den Parteien des Rechtsstreits durchaus streitig sein kann, läßt sich schwerlich ein Feststellungsinteresse des Beklagten verneinen. Es kann nämlich dem Beklagten schlechterdings nicht zugemutet werden, darauf zu vertrauen, daß ihm bei einer Leistung des von ihm ebenfalls als Gesamtschuldner angesehenen Dritten gegenüber einer nachfolgenden, nochmaligen Inanspruchnahme des Gläubigers die Vollstreckungsgegenklage helfen wird. Es ist bereits unsicher, ob nicht sogar hier die Präklusion des § 767 II ZPO ihm ohnehin eine solche Verteidigung verweigern würde. Diese Unsicherheit reicht schon zur Annahme eines Feststellungsinteresses aus. Diese Überlegung zeigt allerdings auch, daß es auch dem Gläubiger möglich sein muß, jedenfalls neben der Leistungsklage negative Feststellungsklage zu erheben, daß keine Gesamtschuldnerschaft besteht.

Wenn aber grundsätzlich eine Feststellungsklage im Raum ist, muß der Gläubiger auch Gelegenheit haben, vorbeugend darauf hinzuwirken, daß er nicht mit einer Feststellungsklage überzogen wird, indem er vorsorglich das Feststellungsinteresse ausräumt. Dieses Ziel muß dem Hinweis im Klageantrag, es gehe um eine Gesamtschuld, beigemessen werden. Dann wird man auch bei einer praxisgerechten Behandlung dazukommen müssen, daß dieser Zusatz der gesamtschuldnerischen Haftung nicht einem Verhältnis des Klägers zu einem Dritten, sondern der Charakterisierung des Rechtsverhältnisses der Prozeßparteien dient. Es ist auch unschädlich, diese Einschränkung in den Tenor aufzunehmen. Sie bringt für Dritte keinerlei Belastungen mit sich und ist als Minus gegenüber der Einzelschuldnerschaft zu würdigen. Sie nötigt das Gericht nicht ohne Anlaß durch die Parteien, positiv durch Begründungsleistungen festzustellen, daß der als Gesamtschuldner aufgeführte Dritte tatsächlich auch als Gesamtschuldner haftet. Es reicht aus, daß festgestellt werden kann, daß es für den Beklagten um eine gesamtschuldneraugliche Schuld geht. Es hat dann auch keinen Einfluß auf den Titel, wenn sich anschließend herausstellt, daß keine Gesamtschuld besteht. Ob man sogar so weit gehen muß, im Hinblick auf § 308 I ZPO auf jeden Fall einen durch den Zusatz der Gesamtschuldnerschaft eingeschränkten Klageantrag in den Tenor zu übernehmen, ist zu bezweifeln, weil sich in dem Umfang der Verurteilung ansonsten nichts ändert.

Das Rechtsverhältnis der Gesamtschuldner untereinander läßt kein Bedürfnis nach einer Rechtskrafterstreckung eines Urteils zwischen dem Gläubiger und einem der Gesamtschuldner erkennen. Dieses Rechtsverhältnis ist ausschließlich zwischen den betroffenen Gesamtschuldner zu klären.

3. (Der Innenausgleich gem. § 426 II 1 BGB als Fall der Rechtskrafterstreckung) Den einzigen Anlaß einer Rechtskrafterstreckung im Zusammenhang mit einem Schuldbeitritt außerhalb von Sonderbestimmungen liefert § 426 II 1 BGB. Liegt ein rechtskräftiger Titel gegenüber einem Gesamtschuldner vor und gleicht der andere Gesamtschuldner die Gesamtschuld aus, geht die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes in einem Umfang über, welcher der durch das Innenverhältnis bestimmten

Ausgleichsforderung des leistenden Gesamtschuldners gegen den anderen Gesamtschuldner entspricht. Es wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die Schwierigkeiten, die sich bei der Bestimmung der Höhe des Anspruchs ergeben können, nicht das Ergebnis rechtfertigen können, eine Rechtsnachfolge zu verneinen oder eine Klauselerteilung gem. § 727 ZPO zu verweigern³. Es bleibt für Schwierigkeiten des Nachweises die Klage gem. § 731 ZPO. Außerdem ist es Sache des Antragstellers, Nachteile des Nachweises zu tragen; anderenfalls muß er eine Zurückweisung seines Gesuchs in Kauf nehmen. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Rechtsbehelfs können aber nicht als Argument genutzt werden, die Statthaftigkeit eines Rechtsbehelfs in Frage zu stellen.

Schließlich ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß Zahlungen eines Gesamtschuldners im Verlauf eines Rechtsstreits aufgrund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Titels dem anderen Gesamtschuldner nur in der Weise zugute kommen können, in welcher bei der Leistung der Leistungszweck bestimmt wurde. Dies bedeutet im Normalfall bei einer Leistung des Beklagten vor Rechtskraft, daß zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und nicht zum Zweck der Erfüllung geleistet wurde. Dementsprechend kann der Gläubiger zwar nicht vom anderen Gesamtschuldner weiterhin vollstrecken, jedoch kann dieser zum Zweck der Erfüllung leisten. Auf diese Weise kann der Gläubiger freilich nicht über §§ 265 ZPO, 426 II 1 BGB gezwungen werden, den Rechtsstreit als gesetzlicher Prozeßstandschafter des erfüllenden Gesamtschuldners gegen den anderen Gesamtschuldner weiterzuführen. Hier steht § 421 BGB entgegen. Es steht im Belieben des Gläubigers, von wem er fordert; andererseits tilgt die Leistung eines jeden Gesamtschuldners für den anderen. Der Gläubiger ist aber nicht dafür da, auch für eine Bereinigung im Innenverhältnis zu sorgen. Soweit läßt sich der in den §§ 401, 402 BGB enthaltene Rechtsgedanke, daß der Zedent den Zessionar zu unterstützen hat, nicht strapazieren. Der Kläger wird die Hauptsache daher insgesamt nach der Zahlung eines Gesamtschuldners für erledigt erklären. All dies

³wie hier: Zöller-Stöber, § 727,7; MüKoZPO-Wolfsteiner, § 727,19; Schuschke/Walker, § 727,8; Rosenberg-Gaul-Schilken, § 16 V 2 a cc; S.269; Verneinung der Anwendbarkeit des § 727 ZPO: Reichel, Schuldmitübernahme, S.570; MüKoBGB-Selb, (3.Aufl.), § 426,15 erklärt § 325 ZPO für anwendbar. Rechtsnach-

sind aber keine Besonderheiten des Schuldbeitritts, sondern Konsequenzen der Gesamtschuldnerschaft.

Als **Ergebnis** ist daher festzuhalten, daß prozessuale Vorschriften über die Rechtskrafterstreckung nicht für einen Schuldbeitritt gelten. Die Möglichkeiten einer Klauselerteilung für bestimmte Fälle von Schuldbeitritten schaffen keine Rechtskrafterstreckung. Bindungen dieser Art gibt es nur aufgrund von Sonderbestimmungen. Ansonsten kann nur das materielle Recht wie etwa die Auslegung der Willensklärungen, die zum Schuldbeitritt geführt haben, im Ergebnis zu einer Bindung an eine Entscheidung eines Rechtsstreits führen, an welchem der Beitretende selbst nicht beteiligt war.

folge verneinend: Staudinger Kaduk, (12.Aufl.), § 426,105; Loritz, ZZP 95,310(335); Wieczorek, § 727 C II b, FN 6.

Lebenslauf

Ich wurde als erstes Kind der Eheleute Dr. med. Edmund Feuerbach und Julia Feuerbach, geb. Vömel am 27.09.1944 in Frankfurt am Main geboren.

Nach Durchlaufen der Grundschule in Frankfurt am Main und des humanistischen Heinrich-von-Gagern-Gymnasiums in Frankfurt am Main habe ich Anfang 1965 das Abitur abgelegt.

In der Zeit von September 1965 bis März 1967 habe den Grundwehrdienst geleistet.

Im Sommersemester 1967 habe ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt am Main aufgenommen. Dieses Studium habe ich am 13.12.1971 mit dem Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung abgeschlossen.

Am 22.12.1971 wurde ich durch den Hessischen Minister der Justiz zum Gerichtsreferendar ernannt. Neben meiner Ausbildung im juristischen Vorbereitungsdienst war ich als akademischer Tutor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt am Main tätig.

Den juristischen Vorbereitungsdienst habe ich mit dem Bestehen der zweiten juristischen Staatsprüfung am 12.07.1974 beendet.

Am 14.08.1974 wurde ich durch den Hessischen Minister der Justiz zum Richter auf Probe ernannt.

In der Zeit vom 01.11.1975 bis zum 11.04.1977 war ich an das Hessische Justizministerium in Wiesbaden im höheren Justizverwaltungsdienst abgeordnet. Mein Tätigkeitsschwerpunkt lag im Justizprüfungsamt.

Nach Ende der Abordnungszeit war ich erneut am Landgericht Frankfurt am Main tätig.

Seit Sommer 1977 leite ich neben meiner richterlichen Tätigkeit Arbeitsgemeinschaften für Rechtsreferendare.

Am 22.12.1977 wurde ich unter Berufung in das Richterverhältnis auf Lebenszeit zum Richter am Landgericht ernannt.

Nach einer Abordnung in der Zeit vom 01.04.1985 bis zum 31.03.1986 an das Oberlandesgericht in Frankfurt am Main wurde ich am 02.12.1987 zum Richter am Oberlandesgericht ernannt.

Seit September 1987 gehöre ich als nebenamtliches Mitglied dem Justizprüfungsamt in Hessen in der Prüfungsabteilung II (Zweite juristische Staatsprüfung) an.

In den Jahren 1992, 1993, 1994 habe ich eine am Landgericht Erfurt eingerichtete zivilrechtliche Arbeitsgemeinschaft betreut, welche von ehemaligen Richtern der DDR besucht wurde, die in den Richterdienst des Landes Thüringen übernommen worden waren.

Mit Wirkung zum 01.10.2002 wurde ich zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ernannt. Der Tätigkeitsschwerpunkt des von mir geführten Zivilsenats gilt Rechtsmitteln gegen Entscheidung von Kammern für Handelssachen. Daneben ist Zuständigkeit für Rechtsmittel in allgemeinen Zivilsachen gegeben.

Ich bin seit dem 26.02.1970 mit der am 10.08.1946 geborenen Lehrerin Angelika Feuerbach, geb. Kunze, verheiratet.

Erklärung

Hiermit erkläre ich,

- daß ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönliche Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- daß die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- daß Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen.



Uwe Feuerbach