

Schriften zum Verfahrensrecht

Schriften zum Verfahrensrecht

Herausgegeben von

Jens Adolphsen, Peter Gottwald und Ulrich Haas

Band 44

Michael Schick

# Die Zwischenfeststellungs- klage des § 256 Abs. 2 ZPO

# Einleitung

Betrachtet man die hierzu erschienene Literatur, scheint die Zwischenfeststellungsklage seit Mitte des 20. Jahrhunderts ein eher wissenschaftliches Schattendasein zu führen. Angesichts der konzeptionellen Bedeutung für die Praxis, welche ihr die Reichsjustizgesetzgebung zudachte, ist das nicht gerechtfertigt.

Hatten sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts und zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch namhafte Autoren wie *Oertmann*, *Schollmeyer*, *Planck*, *Rocholl*, *Loening* und andere intensiv mit diesem neu geschaffenen Institut – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der *v. Savigny*'schen Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe – auseinander gesetzt, verlor die Zwischenfeststellungsklage mit zunehmender Herausarbeitung der Grenzen der Rechtskraft offensichtlich ihren Reiz zur wissenschaftlichen Beschäftigung.

Während Bestimmung, Grenzen und Umfang der Rechtskraft sich immer neuer Untersuchungen „erfreuten“, schien das Interesse an der prozessualen Umsetzung der Erkenntnisse der Rechtskrafttheorien im Hinblick auf die Erstreckung derselben auf präjudizielle Rechtsverhältnisse in der zivilprozessualen Literatur zu schwinden. So datiert die letzte zum Prozeßrechtsinstitut der Zwischenfeststellungsklage erschienene Dissertation aus dem Jahr 1940.

Angesichts des engen Zusammenhangs mit der Rechtskraft erstaunt diese wissenschaftliche Entwicklung. In neuerer Zeit scheint jedoch eine Rückbesinnung auf die Zwischenfeststellungsklage in der zivilprozessualen Literatur statt zu finden. *Johannes Hager*<sup>1</sup> etwa hinterfragte kritisch die seitens der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung überkommenen Grundsätze zur Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage und *Ekkehard Schumann* belegte – nicht minder kritisch gegenüber den allenthalben anzutreffenden Thesen – in seinem Festschriftbeitrag für *Georgiades*<sup>2</sup> die Stellung dieses Instituts zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht.

Die vorliegende Arbeit möchte die wissenschaftliche Beschäftigung mit der von den Schöpfern der Zivilprozeßordnung in Konsequenz der Ablehnung gemein- und partikularrechtlicher Rechtskrafttheorien geschaffenen Zwischen-

---

1 Vgl. *Hager*, KTS 54 (1993), S. 39-51.

2 Vgl. *Schumann*, FS *Georgiades*, S. 543-576.

feststellungsklage wieder aufnehmen und einen Anstoß liefern, diesem Institut die Bedeutung zurück zu geben, die es nach dem Willen des historischen Gesetzgebers haben sollte.

# Erstes Kapitel: Vorüberlegungen

Bevor ich auf die Voraussetzungen und Eigentümlichkeiten der Zwischenfeststellungsklage näher eingehe, möchte ich im folgenden zum besseren Verständnis dieses Instituts des Zivilprozesses noch einige Vorüberlegungen anstellen.

## § 1 Die Regelung der Zwischenfeststellungsklage

Nach § 256 Abs. 2 ZPO<sup>3</sup> kann bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtsbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt wird.

Da für die Auslegung und Anwendung der ZPO die Entstehungsgeschichte häufig von großer Aussagekraft ist<sup>4</sup>, ist es angebracht, sich zunächst der historischen Entwicklung der Zwischenfeststellungsklage zuzuwenden, bevor man Regelungsinhalt, Sinn und Zweck dieser Norm umfassend untersuchen kann. Um es mit den Worten des um die Untersuchung und Weiterentwicklung der Feststellungsklage (und nicht zuletzt die „Emanzipation“ des Prozeßrechts) hoch verdienten *Adolf Wach* zu sagen: „Das Recht ist historische Schöpfung; jede Rechtsdogmatik, welche das geltende Recht nur an und für sich, losgelöst von der Geschichte behandelt, ist unwissenschaftlich“<sup>5</sup>. Auch das Prozeßrecht hat, wie alles Organische, seine bestimmten Entwicklungsstufen<sup>6</sup>.

---

3 Die Abkürzungen folgen – soweit sie nicht im Abkürzungsverzeichnis enthalten sind – *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis, und *Steinhauer/Werlin*, Duden-Abkürzungen.

4 Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*<sup>20</sup>, Einleitung vor § 1 Rdnr. 100.

5 *Wach*, Handbuch, § 14 II, S. 170.

6 Vgl. *Heffter*, System, S. 6.

# I. Zur Entstehungsgeschichte des heutigen § 256 Absatz 2 ZPO

## A. Historische Wurzeln der Feststellungsklage

Deshalb soll die Untersuchung mit einem kurzen Überblick über die Entwicklung der (Zwischen)Feststellungsklage, bei der es sich um eine vergleichsweise junge Rechtsschutzeinrichtung handelt<sup>7</sup>, beginnen.

Nach der heute deutlich herrschenden Auffassung sind Privatrecht und Zivilprozeßrecht strikt voneinander getrennte, nur funktionell aufeinander zugeordnete, Bereiche<sup>8</sup>. Das *Zivilprozeßrecht* ist Teil des *öffentlichen Rechts*, da es die Einrichtung der staatlichen Zivilrechtspflege, die Tätigkeit der Rechtspflegeorgane und das anzuwendende Verfahren regelt<sup>9</sup>. Das formelle und materielle Recht stehen allerdings nicht beziehungslos nebeneinander, vielmehr *dient* das Zivilprozeßrecht der Durchsetzung subjektiver Rechte und der Bewahrung des objektiven Rechts, der Privatrechtsordnung<sup>10</sup>.

*Ursprünglich* galt jedoch das Prozeßrecht als integrierter Bestandteil des materiellen Rechts<sup>11</sup>. Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts gingen Rechtsprechung und Wissenschaft von einem einheitlichen Begriff der *actio* aus<sup>12</sup>. Erst durch *Windscheids* Anspruchslehre<sup>13</sup> wurde die Einheit von materiellem Privatrecht und prozessual verstandenem Aktionenrecht aufgebrochen<sup>14</sup>. Er spaltete die *actio*

---

7 Vgl. *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 101; vgl. auch *Schumann*, FS Georgiades, 543 (548); *Blomeyer*, Erkenntnisverfahren, § 37 I, S. 176.

8 Vgl. *Blomeyer*, Erkenntnisverfahren<sup>2</sup>, S. 3; *Herbst*, Rechtsschutzanspruch, S. 35; *Kaufmann*, JZ 1964, 482 (482); *Moser*, Zulässigkeitsvoraussetzungen, S. 4; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*<sup>17</sup>, § 1 Rdnr. 21 ff.; *Stein/Jonas/Schumann*<sup>20</sup>, Einleitung vor § 1 Rdnr. 27 ff.

9 Vgl. MünchKomm ZPO/*Lüke*<sup>2</sup>, Einleitung Rdnr. 21; so auch *Rauscher* in der 4. Auflage in Rdnr. 23; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, S. 16; *Stein/Jonas/Schumann*<sup>20</sup>, Einleitung vor § 1 Rdnr. 2 f.

10 Vgl. *Jauernig/Hess*, § 1 Rdnr. 7; MünchKomm ZPO/*Rauscher*<sup>4</sup>, Einleitung Rdnr. 8; *Stein/Jonas/Schumann*<sup>20</sup>, Einleitung vor § 1 Rdnr. 4; mit teils unterschiedlicher Akzentuierung. Zum historischen Hintergrund der Herausbildung des materiellen Rechts bemerkt *Neussel*: „Was hier als Recht bezeichnet wird, ist das sogenannte subjektive Recht, dessen konstruktive Erkenntnis auf naturrechtliche Ideen des Individualismus zurückgeht“, vgl. *Neussel*, Anspruch, S. 13 bei Fußn. 39 unter Hinweis auf *Grotius*, *Samuel Pufendorf*, *Christian Thomasius*, *Immanuel Kant* und andere.

11 Vgl. *Kadel*, Feststellungsklage, S. 53.

12 Vgl. *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 128; *Moser*, Zulässigkeitsvoraussetzungen S. 5. Dabei verstand man *actio* nach dem rezipierten römischen Recht im Sinne von Klage oder Klagerecht als das subjektive Recht in seiner durch eine Verletzung veränderten Gestalt, also im Zustand der Verteidigung gegen den Verletzer, vgl. v. *Savigny*, System V, § 204, S. 1 ff. (von ihm als „Metamorphose“ bezeichnet). Eine Darstellung der Entwicklung des Verständnisses der *actio* findet sich bei *Kaufmann*, JZ 1964, 482 (483 ff.), und *Binder*, Prozeß, S. 15 ff. Zu den rechts-historischen Grundlagen des aktionenrechtlichen Denkens *Althammer*, Streitgegenstand, S. 11 ff.

13 Vgl. *Windscheid*, Actio, S. 3 ff.; 221 ff.

14 Vgl. *Althammer*, Streitgegenstand, S. 35.

in den materiellrechtlichen Anspruch und ein prozessuales Klagrecht auf „Hülfe des Staates“ auf<sup>15</sup>. Rechtsverletzung war hiernach nicht mehr Rechtsschutzvoraussetzung, was bis dahin gemeinrechtliche Prozeßtheorie war<sup>16</sup>. Dennoch konnte sich die entstehende Prozeßrechtswissenschaft zunächst von dem materiellen Bezug nicht ganz lösen, wie gerade das Beispiel der Feststellungsklage mit seiner Historie des Anerkennungs- oder Feststellungsanspruchs zeigt<sup>17</sup>.

Die nachfolgende Untersuchung der Entwicklung der Zwischenfeststellungsklage bis zur Kodifizierung in der „Civil-Prozeß-Ordnung für das Deutsche Reich“ im Jahr 1877 beschränkt sich auf drei, jene Entwicklung besonders prägende, Epochen der Rechtsgeschichte des Prozeßrechts.

### 1. Feststellungsmittel des römischen Rechts

Das deutsche Zivilprozeßrecht selbst wurzelt im römisch-kanonischen Recht und im germanischen Recht<sup>18</sup>. Und auch die Anfänge der Feststellungsklage reichen bis in das römische Recht zurück.

#### a) Praejudicialklagen

In der ältesten Prozeßart des römischen Rechts, dem *Legisaktionenprozeß*, fällt der Richter lediglich eine Entscheidung über die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Tat- oder Rechtsfrage<sup>19</sup>. Zur Leistung verurteilte er hingegen nicht. Zur Restitution bedurfte es vielmehr besonderer Verträge. Da Urteils- und Feststellungsmoment bei dieser Prozeßart noch nicht unterschieden waren, kann man nicht von einem Feststellungsmittel nach heutigem Verständnis sprechen<sup>20</sup>.

Im Zweiten Jahrhundert vor Christus wurde der *Legisaktionenprozeß* vom *Formularprozeß* abgelöst. Diese Prozeßart läßt bereits selbständige Feststellungsmittel, insbesondere die sog. *Praejudicialklagen* (*actiones praejudiciales*), erkennen<sup>21</sup>. *Cramer*<sup>22</sup> und *Immerwahr*<sup>23</sup> verstehen sie sogar als *die* Feststellungsklagen

---

15 Vgl. *Windscheid*, Abwehr, S. 26 ff. Auf S. 28 schreibt er über das Klagrecht: „weil dieses Recht in den Prozeß, und nicht in das Civilrecht gehört“.

16 Vgl. *Kaufmann*, JZ 1964, 482 (488); *Konzen*, Rechtsverhältnisse, S. 105 ff.; *Simshäuser*, Entwicklung, S. 52 ff.

17 Dazu näher unten Text bei Fußn. 105 ff.

18 Vgl. MünchKomm ZPO/Lüke<sup>2</sup>, Einleitung Rdnr. 34.

19 Vgl. v. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß, S. 327; *Vorsmann*, Arbeitsgerichtliche Feststellung, S. 7.

20 Vgl. *Kadel*, Feststellungsklage, S. 11, unter Hinweis auf die gegenteilige Ansicht von *Wlassak*.

21 Vgl. *Kadel*, Feststellungsklage, S. 11; in diesem Sinne unter Berufung auf Gaius IV. 44 auch *Bekker*, Aktionen I, S. 283

22 Vgl. *Cramer*, Feststellungsinteresse, S. 24, 30.

23 Vgl. *Immerwahr*, Actio praejudicialis, S. 37.

des römischen Rechts und Vorläufer der heutigen Feststellungsklage<sup>24</sup>, obwohl sie nur begrenzt, vor allem in *Statusfragen* (Standes- und Familienverhältnisse), Anwendung fanden<sup>25</sup>. Beispielsweise konnte Feststellung darüber verlangt werden, ob jemand Kind dieses Vaters, Freigelassener dieses Patrons oder Sklave dieses Herrn sei<sup>26</sup>. Ihre Anwendung auf schuldrechtliche Verhältnisse darf wohl bezweifelt werden<sup>27</sup>.

Die Entscheidung des Richters konnte sowohl bejahend, vergleichbar unserer *positiven* Feststellung, oder verneinend, entsprechend der *negativen* Feststellung, sein. Sie sprach aus, daß das streitige Verhältnis bestehe oder nicht bestehe<sup>28</sup>.

*Praejudicia* (Vorentscheidungen) hießen sie, weil sie zumeist der Vorbereitung eines zweiten Prozesses dienten, wobei der Richter (judex) über die ihm vorgelegte Frage in Form einer bloßen Feststellung<sup>29</sup> (intentio oder pronuntiatio) ohne Verurteilung (condemnatio) vorab entschied<sup>30</sup>. Ursprünglich begriffen die Römer unter praejudicia Entscheidungen, welchen sich der in einem späteren Prozeß urteilende Richter anzuschließen pflegte, obschon er dazu nicht gezwungen war, durch die er sich aus Scheu vor widerstreitenden Entscheidungen jedoch gebunden fühlte<sup>31</sup>. Daher schrieb das römische Recht vor, daß über die wichtigere Sache (major causa) zeitlich vor der minder wichtigen (minor causa) erkannt werden solle, was den Vorteil bot, daß die Entscheidung der wichtigeren Sache die minder wichtige implizit mitentscheide, da sie für diese in vielen Fällen Rechtskraft oder jedenfalls ein einflußreiches praeiudicium begründe<sup>32</sup>.

Als major causa wurde ursprünglich die Sache angesehen, die vor ein angeseheneres Gericht (z. B. das Centumviralgericht) gehörte. Im Justinianischen Recht wandelte sich diese Auffassung und man betrachtete etwa die Statusfragen als wichtiger oder die Sachen von größerem Vermögenswert wie im Falle von Kapital- und Zinsschuld. Aber auch diese Gesichtspunkte traten im Justinianischen Recht immer weiter zurück und man räumte schließlich der bedingenden Sache generell den Vorrang vor der bedingten Sache ein. Dies führte schließlich dazu, daß jede Partei die Einrede der Bedingung (exceptio praeiudicii) erheben konnte, was zur

---

24 So auch *Wendt*, AcP 70 (1886), 1 (23), (27).

25 Vgl. v. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß, S. 330; *Kadel*, Feststellungsklage, S. 11 f.; *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 103.

26 Vgl. *Kadel*, Feststellungsklage, S. 13; weitere Beispiele finden sich bei *Bekker*, Aktionen I, S. 284 f., S. 291.

27 Vgl. *Immerwahr*, Actio praejudicialis, S. 26.

28 Vgl. *Seidel*, Feststellungsklage S. 9; *Kadel*, Feststellungsklage, S. 12.

29 Vgl. *Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen, § 113 II 1, S. 678 f., und § 116 II, S. 696.

30 Vgl. v. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß, S. 328; *Kadel*, Feststellungsklage, S. 11 f.

31 Vgl. *Wetzell*, System, § 64 2 b, S. 804 f.

32 Vgl. *Wetzell*, System, S. 805.

Folge hatte, daß der Prätor bei gleichzeitiger Anhängigkeit von sich aus die minor causa hinausschob<sup>33</sup>.

Die Verdrängung des Formularprozesses durch das Kognitionsverfahren bedeutete das Ende der Weiterentwicklung der Praejudicialklagen. Die erhalten gebliebenen Praejudicialklagen wurden mit dem Wegfall des Unterschieds zwischen *ius* (Urteilsspruch des Prätors) und *iudicium* (Spruch des Judex) und durch die einheitliche Entscheidung durch den Magistrat (*decretum*, *interdictum*)<sup>34</sup> immer mehr zu selbständigen Klagen<sup>35</sup>. Daher war es nicht mehr notwendig, derartige Fragen in einem Vorprozeß zu klären<sup>36</sup>.

## b) Kautions- und Liberationsklagen

*Kadel* bezeichnet die Kautions- und Liberationsklagen als „feststellungsähnliche Einrichtungen“<sup>37</sup>. Die *Kautionsklage* diente vor allem der Sicherung künftiger Leistungen bei noch nicht fälligen Ansprüchen<sup>38</sup> (vergleichbar den heutigen §§ 257 ff. ZPO), da die Praejudicialklagen nur für eine beschränkte Zahl von Fällen zur Anwendung kamen, somit für künftige Leistungen nicht zur Verfügung standen und insbesondere schuldrechtliche Verhältnisse nicht erfaßten<sup>39</sup>.

Der Kläger konnte danach vom Beklagten eine Kautionsleistung durch Stipulationsversprechen, d. h. eine vertragliche Anerkennung vor Gericht<sup>40</sup>, verlangen, falls eine *iusta causa* gegeben war<sup>41</sup>. Ihr feststellender Charakter ist jedoch umstritten, da ihr Gegenstand letztlich ein Anspruch auf Parteierklärung, mithin ein Leistungsanspruch, war und das entscheidende Merkmal somit in der Parteitätigkeit und nicht in einer Feststellung durch Gericht lag<sup>42</sup>.

---

33 Ausführlich *Wetzell*, System, S. 805-811.

34 Das Kognitionsverfahren war ein Verfahren ohne Einsetzung eines *iudicium*, mithin ohne *litis contestatio* (Zeitpunkt der Streitannahme durch die Parteien; Bekundung ihres Willens, sich dem eingesetzten Urteilsgericht zu unterwerfen) und ohne Urteil (*sententia*) im Sinne des ordentlichen Verfahrens. Die ganze Verhandlung blieb vor dem Magistrat, vgl. *Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen, § 120 I, S. 722; *Reischl*, Rechtskraft, S. 10 ff.

35 Vgl. *Kadel*, Feststellungsklage, S. 13; vgl. auch *Bekker*, Aktionen II, S. 190 ff.

36 Vgl. *Immerwahr*, Actio praepudicialis, S. 30.

37 *Kadel*, Feststellungsklage, S. 16.

38 Vgl. *Bekker*, Aktionen II, S. 36 f.

39 Vgl. *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 104; *Kadel*, Feststellungsklage, S. 14; *Vorsmann*, Arbeitsgerichtliche Feststellung, S. 8.

40 *Bekker* spricht insoweit von einem „rechtliche[n] Erfüllungszwangsmittel“, Aktionen II, S. 36.

41 Vgl. *Bähr*, Anerkennung, S. 31 ff. („Verhältniß der Stipulation zu ihrer causa“); *ders.*, Anerkennung<sup>2</sup>, S. 316 ff.; *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 104.

42 Vgl. *Seidel*, Feststellungsklage, S. 24; *Vorsmann*, Arbeitsgerichtliche Feststellung, S. 8 f.