



Band 7

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner

Stefan Smid

Zivilgerichtliche Verfahren

Grundlagen des Zivilprozesses
und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Teil 1: Einleitung

§ 1 Recht und Verfahren

I. Rechtsquellen

Wer sich mit einem Rechtsgebiet beschäftigen will, wird sich mit den Aufgaben, die auf ihm abgearbeitet werden, befassen, seinem Standort im Rechtssystem und mit den Grundstrukturen, die es kennzeichnen. Da das moderne Recht durch seine Positivierung – also die Fassung des Rechts in Form staatlicher Gesetze im materiellen Sinn¹ - gekennzeichnet ist², geht jedem systematischen Einstieg ein Blick auf die Gesetze voran, die als „Rechtsquellen“ den verschiedenen Problemen einen Ort und einen Namen geben.

Die verschiedenen Verfahren vor den Zivilgerichten werden herkömmlich von einer Reihe von Gesetzen geregelt. Welche Gerichte zuständig sind, regelt die verfassungsrechtliche Festschreibung der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Art. 95 Abs.1 GG, § 12 GVG). Der Zugang zum Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten folgt aus § 13 GVG bzw. § 40 VwGO. Die Verfahren vor den Fachgerichtsbarkeiten – die Arbeitsgerichtsbarkeit, die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Sozialgerichtsbarkeit (Art. 95 Abs.1 GG) – werden durch eigene Verfahrensordnungen geregelt. Für Arbeitsrechtsstreitigkeiten ist in § 48 ArbGG ein eigener Rechtsweg vorgesehen (zur Rechtswegzuständigkeit unten § 4 Rn. 4 ff.)³

Die Struktur (die interne Gerichtsverfassung) der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der die zivilgerichtlichen Verfahren verfassungsrechtlich zugewiesen sind, normiert das GVG.

Vor ordentlichen Gerichten werden freilich nicht allein Zivilverfahren verhandelt, sondern herkömmlich auch Strafsachen (vgl. §§ 28 ff., 60 GVG). Dabei geht es darum, den Angeklagten mit einem von der Staatsanwaltschaft erhobenen Schuldvorwurf zu konfrontieren. Im Strafurteil wird die Schuld des Angeklagten vom Strafrichter als unparteiischem Dritten festgestellt – oder der Angeklagte freigesprochen⁴ - die Fälle der §§ 153 ff. StP seien an dieser Stelle ausgeblendet.

1 Parlamentsgesetze, Verordnungen, Satzungen.

2 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 141.

3 *Koch*, in: Erfurter Kommentar, ArbR, § 48, Rn. 1.

4 Zum Ganzen eingehend *Schild*, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1983, S. 9 f., 73. ff. et passim; zum Charakter des Strafverfahrens als Verfahren materieller Rechtsprechung vgl. *Smid*, Rechtsprechung, § 3 II 2.

5 Das Verfahren des Rechtsstreits in Zivilsachen vor den ordentlichen Gerichten (die im Einklang mit Usancen im deutschen Sprachraum als Zivilgerichte bezeichnet⁵ werden) wird im Wesentlichen von der ZPO geregelt. Bereits vor dem Inkrafttreten des FamFG galten Besonderheiten für den Scheidungsprozess. Denn die Ehescheidung wurde und wird als sogenanntes Verbundverfahren geregelt, in dem der eigentliche Scheidungsprozess mit rechtsgestaltenden Verfahren verbunden wird. Wegen dieser „Folgesachen“ wurde von der ZPO bis zum Inkrafttreten des FamFG auf das FGG verwiesen. Nunmehr ist das Verbundverfahren in Scheidungssachen nicht mehr durch die ZPO geregelt, sondern Gegenstand des FamFG, das wegen der streitigen Elemente des Verfahrens auf die ZPO verweist. Im Übrigen werden im FamFG von Familiensachen wie besonders Angelegenheiten der Vormundschaft, Betreuungssachen über Erbschaftsangelegenheiten hin bis zu unternehmensrechtlichen Registersachen verschiedene Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt, in denen es nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen den Parteien geht, sondern um Hilfestellung des Gerichts bei der Abwicklung bestimmter Rechtsgestaltungen.

6 Hinzu kommen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit Grundbuchsachen, die nach der GBO abgewickelt werden, weitere Registersachen sowie das Insolvenzverfahren.⁶

7 Das ArbGG in seinem § 46 ArbGG und die VwGO in ihrem § 167 VwGO, im Rahmen von zivilgerichtlichen Verfahren aber auch § 4 InsO⁷, verweisen zur Füllung von „Lücken“ auf die ZPO, stellen aber im Übrigen eigene Kodifikationen dar, in denen auf die Besonderheiten des Verhältnisses des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber ebenso wie auf das Informations- und Machtgefälle zuungunsten des Bürgers in dessen Verhältnis zur Verwaltung (vgl. § 99 VwGO) reagiert wird. Den ordentlichen Gerichten ist das Insolvenzverfahren überantwortet, das von den Eigenheiten der Insolvenzabwicklung geprägt ist und zur „Lückenfüllung“ gem. § 4 InsO auf die ZPO verwiesen wird. Eine Reihe von Vorschriften des FamFG verweisen ebenfalls auf einzelne Regelungen der ZPO, z.B. § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 5 S. 2, § 9 Abs. 5, § 10 Abs. 3 S. 3, § 11 S. 5, § 13 Abs. 5 S. 1 und 2 usf.

8 Die Reform des deutschen Rechts zivilgerichtlicher Verfahren verfolgte nach alledem nicht das Ziel, eine einheitliche Kodifikation an die Stelle einer Reihe verfahrensrechtlicher Regelungen treten zu lassen.

5 Vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2009 Rn. 186.

6 Zu dessen nichtstreitigem Charakter vgl. BGH, Beschluss vom 04.03.2004, Az.: IX ZB 133/03 = ZIP 2004, 915; BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004, Az.: 1. BvR 135/00; 1. BvR 1086/01 = ZIP 2004, 1649 (Auswahl des Insolvenzverwalters)

7 *Smid/Leonhardt*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO, § 4 Rn. 1 ff.

Das FGG regelte nichtstreitige Verfahren, in dem das Gericht an Stelle der Verwaltung hoheitliche Aufgaben zu erfüllen hatte. Dessen Stellung in diesen Verfahren wurde z.T. als unangemessen empfunden. Die Reform, die an die Stelle des FGG das FamFG gesetzt hat, verfolgte das Ziel, die zivilgerichtlichen Verfahren auf das Niveau moderner verfassungsrechtlicher Anforderungen zu stellen. Die Struktur nichtstreitiger Verfahren, ihr Charakter als Ausübung materieller Verwaltungstätigkeiten durch das Gericht, hat sich dadurch indes nicht geändert.

9

Wir werden noch im Folgenden nähere Überlegungen dazu anstellen, dass die Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung, die quer durch das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit verläuft, besonders in der Organisation des scheidungsrechtlichen Verbundverfahrens nachdrückliche Relevanz erlangt hat, weil hier im Wechsel der unterschiedlichen Verfahren die Rolle des Richters als unparteiischer Dritter auf der einen und rechtsfürsorgerischer Beteiligter auf der anderen Seite permanent changiert.⁸

10

II. „Verfahren“ als juristische Grundfertigkeit

Eine Betrachtung zivilgerichtlicher Verfahren tut daher gut daran, sich zu vergegenwärtigen, welche Aufgaben in den jeweiligen Verfahren erledigt werden. Das lenkt den Blick auf die unterschiedlichen Elemente, die die verschiedenen zivilgerichtlichen Verfahren unterscheiden ebenso wie ihre Gemeinsamkeiten als Verfahren, in denen Recht mit den Instrumentarien angewendet wird, die spezifisch Gerichten zu Gebote stehen.

11

Die überkommenen zivilverfahrensrechtlichen Gesetze – die ZPO und das im Herbst 2009 außer Kraft getretene FGG – sind mit dem FamFG neuen Formen von Einteilungen unterworfen worden. Betrachtet man das FamFG⁹, mit dem das familiengerichtliche Verbundverfahren, Vormundschafts- sowie nachlass- und handelsregisterrechtliche Angelegenheiten geregelt werden, kommen Zweifel daran auf, ob solche Gesetzgebungen am Ende mehr Klarheit zu bringen geeignet sind. Unabhängig davon macht das FamFG indes deutlich, von welcher Vielfalt verfahrensrechtlicher Gestaltungen die Rede ist, wenn zivilgerichtliche Verfahren behandelt werden; zugleich zeigt das Tätigwerden des Gesetzgebers

12

⁸ *Diederichsen* hat die Befürchtung geäußert, dass der Richter durch den Verbund in Scheidungssachen zum Chamäleon werden müsse. Zum Spannungsverhältnis zwischen prozessualen und administrativ-nichtstreitigen Familiensachen (nach dem FGG) vgl. eindrücklich: *Firsching*, in: Gilles (Hrsg.), *Effektiver Rechtsschutz*. 1983, S. 259 ff., 266 ff.

⁹ Mit Reform von 2008 beschlossen: Ausgliederung des familiengerichtlichen Verfahrens und der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus der ZPO.

an, dass ein Bedarf an Klärung der unterschiedlichen Probleme besteht, die in den verschiedenen Bereichen zivilgerichtlicher Tätigkeit auftreten.

- 13 Unter der Überschrift zivilgerichtlicher Verfahren werden im Folgenden die unterschiedlichen Verfahren in ihrer Verschiedenartigkeit „für sich“ betrachtet, woraus sich Schnittpunkte ergeben, die es erlauben, die jeweiligen Probleme vor dem Hintergrund gerichtlicher Tätigkeit als verbindendem Element zu begreifen. Dabei wird insbesondere darauf einzugehen sein, wie sich rechtsfürsorgeri-sche Verfahren von streitentscheidenden Verfahren strukturell unterscheiden.

14 **III. Prozess als Rechtserkenntnis**

Streitentscheidung ist gleichsam die zivilgerichtliche Aufgabe, mit der Zivilver-fahren zunächst zusammengedacht werden. Und Streitentscheidung geschieht durch Erkenntnis des zwischen den Streitenden ungewissen Rechts: Recht zu haben mag ein Rechtssubjekt behaupten. Was an dieser Behauptung dran ist, ob die Behauptung des einen, Recht zu haben, von anderen geteilt wird, wird inter-essant, wenn ein anderes Rechtssubjekt der Rechtsbehauptung entgegentritt. Nur wenn seine Rechtsbehauptung anderen gleichgültig ist oder ein anderer sie anerkennt steht der Rechtsträger unangefochten dar. Probleme treten auf, wenn ein anderer das behauptete Recht leugnet, es verletzt oder dem Zuweisungsge-halt des Rechts zuwiderhandelt. Die bloße Behauptung, Recht zu haben, nützt dann ersichtlich nicht mehr. Der Rechtsträger ist dann darauf angewiesen, sein behauptetes Recht auch „zu bekommen“. Genauer: Sein behauptetes Recht wird bestritten und damit ungewiss. Es muss von einem Dritten erkannt und festge-stellt werden. Dies zu leisten ist Aufgabe des Zivilprozesses, dessen Kern folge-richtig als Erkenntnisverfahren bezeichnet wird, in dem richterliche Kognitions-leistungen erbracht werden. Der Zivilprozess dient m.a.W. dazu, dass die Partei-en ihren Streit um behauptete Rechte austragen können, die durch das Urteil festgestellt werden.¹⁰

- 15 Bei dem behaupteten Recht kann es sich um verfahrensrechtliche Positionen oder um „materielles Recht“ handeln. Es widerstreitet zunächst einem verbreite-ten Vorverständnis des materiellen Rechts, dass das Recht zweifelhaft, unklar und erst im prozessualen Erkenntnisverfahren geklärt wird. Das Recht scheint sein Träger doch „zu haben“. Seine Leugnung scheint Unrecht zu sein. Ein Ur-teil, das die vor ihm existierende, „eigentliche“ Rechtslage nicht wiedergibt, scheint falsch, äußerlich, nur formell zu sein. Es wäre aber selbst mit einem Ver-ständnis vom Recht als Freiheitsordnung unvereinbar, wollte man von einer Rechtslage auszugehen, nur weil eine Partei behauptet, Recht zu haben. Denn

¹⁰ Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 151.

eine Ordnung, in der die Behauptung der Partei das Recht schon verschaffen würde, wäre eine Form der Herrschaft desjenigen, dem die Befugnis zur Definition der Rechtslage eingeräumt wurde. Eine freiheitliche Gesellschaft aber gründet die Freiheit der Bürger (der Rechtsgenossen) auf die Überwindung der Herrschaft der Rechtsansicht einzelner durch die Herrschaft des Rechts. Damit die Rechtssubjekte gleichermaßen nur dem Recht, und nicht der Behauptung eines der Rechtssubjekte unterworfen sind, muss die Rechtsbehauptung des einen in einem Erkenntnisverfahren von anderen in Frage gestellt werden können.

Das stimmt mit den Bedingungen überein, unter denen Recht – eine Rechtsordnung – den „Rechtsgenossen“ die Verbindlichkeit ihrer Regelungen garantieren kann. Blicke es nämlich bei der Rechtsetzung der Bürger in Verträgen und wäre der Vergleich das einzige Instrument, Ungewissheiten über das inter partes geltende Recht auszuräumen, wäre das Recht – bestenfalls – immer nur „relativ“. Seine Aufgabe, im Streitfall dadurch richtige Entscheidungen zu gewährleisten, dass gleiche Sachverhalte gleich entschieden werden¹¹, könnte nicht erfüllt werden, da es bei den Vertrags- bzw. Vergleichsparteien läge, von Fall zu Fall zu entscheiden. Das Recht gilt als verbindliche Ordnung, weil es durch Gerichte dadurch erkannt werden kann, dass über die Fragestellungen des Einzelfalls hinaus die allgemeinen Vorentscheidungen des Rechts zur Rechtserkenntnis herangezogen werden.¹² Der Zivilprozess ist daher als Verfahren der Erkenntnis des Rechts mit den methodischen Mitteln der Gesamtrechtsordnung zu verstehen.¹³

Im Rahmen dieser systematischen Betrachtung des Zivilprozesses kann durchaus von rechtstatsächlichen Problemen abgesehen werden, die aus mangelnder Ausbildung einzelner Gerichtspersonen, Voreingenommenheiten u.dgl.m. im Einzelfall herrühren und dort Zweifel daran nähren mögen, ob der Zivilprozess in der Tat die geschilderten Leistungen erbringt. *Hier* geht es um den Zivilprozess als Erscheinung des Rechts – was es rechtfertigt und erfordert, von diesen rechtstatsächlichen Erscheinungen abzusehen. Das Gesetz selbst nimmt sich der Korrektur solcher tatsächlicher Brüche an – wie durch die noch zu diskutierenden Regelungen der Inhabilität der Gerichtspersonen (§ 41 ZPO) oder der Befangenheitsablehnung (§ 42 ZPO – unten Kap. 2 Rn 17).

Das materielle Recht und das Verfahren seiner Erkenntnis hängen damit eng zusammen, sind aufeinander bezogen. Mehr noch. Bereits um richtig und damit

11 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, § 10 Rn. 38, 50.

12 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, § 3 Rn. 31 ff.; Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, S. 29.

13 Vgl. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, § 1 Rn.6 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, S. 1 ff.

wirksam (materielle) Rechte begründen, erwerben und ausüben zu können, ist es vielfach erforderlich, dass sich die Beteiligten bestimmter Verfahren bedienen. So ist die Begründung von Rechten an unbeweglichen Sachen von Grundbuchverfahren abhängig (§ 873 BGB¹⁴), gesellschaftsrechtliche Gestaltungen beziehen sich auf Handelsregisterverfahren¹⁵ und nicht zuletzt sind im Familienrecht materielle Rechtsinstitute und Verfahren aufeinander bezogen. So kann eine Zivilehe oder eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft wirksam nur vor dem Standesamt eingegangen werden (§§ 1310 Abs.1 BGB¹⁶), während nicht-eheliche Gemeinschaften ohne Einhaltung verfahrensrechtlicher Formen begründet werden und durch formlos (§ 125 BGB) eingegangene Verträge (§§ 715 ff. BG) Rechtsfolgen zeitigen.

19 Dennoch oder gerade deswegen sind Verfahren vor Zivilgerichten jedenfalls im deutschen Recht offenkundig sehr unanschaulich und sperren sich dem Verständnis selbst von Juristinnen und Juristen. Das trifft bereits auf den Zivilprozess zu – obwohl dessen äußerer Gang sich durchaus erschließen lässt, bleibt seine Funktionsweise nicht selten verborgen. Dies gilt noch mehr für andere zivilgerichtliche Verfahren, namentlich solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

20 Das Verständnis von Zivilverfahren im weiteren Sinne hilft, die Wirkungsweise des materiellen Rechts besser zu verstehen. Auch verfahrensrechtliche Fragen zu begreifen setzt einen Vorgang des Verstehens voraus, und Verstehen kostet Zeit und den Einsatz von Mühe. Das politische Bestreben einer Verkürzung der juristischen Ausbildung setzt oft an den verfahrensrechtlichen Vorlesungen an – die mit Blick auf eine Unterrichtung in „praktischen“ Ausbildungsabschnitten (dem Referendardienst) entbehrlich oder doch eines Rückschnitts zugänglich erscheinen.

21 Das mag bedenklich und fragwürdig erscheinen, macht aber eine Besinnung auf Zusammenhänge und Grundfragen unabweisbar, die durch eine bloß-pragmatische Näherung an das Verfahrensrecht durch vereinzelte praktische Hinweise im Referendardienst nicht ersetzt werden kann, sondern diese erst sinnvoll macht.

22 Kurz: Der Aufbau und die Funktionsweise zivilgerichtlicher Verfahren erschließt das Verständnis des Rechts.

14 *Kohler*, in: MünchKomm, BGB, § 873, Rn. 2 ff.

15 So kann z.B. satzungsgemäß vorgesehen werden, dass die Bestellung von Geschäftsführern einer GmbH durch notarielle Beurkundung erfolgen muss, vgl. ferner: *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 45 Rn. 13 ff.

16 *Müller-Gindullis*, in: MünchKomm, BGB, § 1310 Rn. 1.

IV. Materielles Recht und formelles Verfahrensrecht

An verschiedenen Stellen verweisen Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf unterschiedliche zivilgerichtliche Verfahren bzw. Entscheidungen, die auf zivilgerichtliche Verfahren hin ergehen. So sprechen § 1564 BGB und § 133 HGB davon, dass die Ehe durch Beschluss geschieden¹⁷ und die oHG durch Urteil aufgelöst¹⁸ wird. Mit Rechtshängigkeit – also der Zustellung der Klagschrift an den Beklagten, § 261 ZPO¹⁹, tritt die verschärfte Haftung des unrechtmäßigen Besitzers gegenüber dem Eigentümer wegen Verschlechterungen der Sache ein, § 989 BGB.²⁰ Das materielle Recht selbst schließt in sich gleichsam verfahrensrechtliche Regelungen ein – so sind bestimmte Verfahrensweisen zu beachten, um wirksam Dauerschuldverhältnisse wie den Wohnraummietvertrag (§ 549 BGB²¹) oder ein arbeitsvertragliches Verhältnis (§ 611 BGB²²) zu kündigen.

Dass Prozessrecht und materielles Recht voneinander getrennt sind, sieht man, wie *Henckel*²³ gezeigt hat, bereits daran, dass verschiedene Gesetze ihre Bereiche regeln. Zum materiellen Recht schlägt Henckels Ansicht²⁴ nach die Brücke zum materiellen Recht der Prozesszweck. So verweisen die §§ 66 und 72 ZPO auf materielle Rechtsbeziehungen.²⁵ Derartige Darstellungen sind nicht vollständig neu. So hat bekanntlich Kohler das Prozessrechtsverhältnis als eine prozessual ausgeformte Erscheinung der materiellen Rechtsbeziehung der Parteien behandelt,²⁶ wogegen Goldschmidt²⁷ sich ausdrücklich gewandt hat.²⁸

Beachten die Vertragsparteien die formellen - verfahrensrechtlichen - Regelungen nicht, deren Einhaltung Voraussetzung für die von ihnen intendierte Rechtsgestaltung ist, verfehlt ihr Handeln das Ziel. Die Abwehr der arbeitsrechtlichen Kündigung durch den Arbeitnehmer²⁹ oder die Kündigung von Wohn-

17 *Ey*, in: MünchKomm, BGB, § 156, Rn.9; *Heiter*, in: MünchKomm, ZPO, § 142 FamFG Rn. 12ff.

18 *K. Schmidt*, in: MünchKomm, HGB, § 133 Rn. 59.

19 *Foerste*, in: Musielak, ZPO, § 261 Rn. 1.

20 *Baldus*, in: MünchKomm, BGB, § 989 Rn. 1.

21 *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 549 Rn. 1.

22 *Müller-Glöge*, in: MünchKomm, § 611 Rn. 1.

23 *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 5.

24 *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 7.

25 *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 9.

26 *Kohler*, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, in: Kleine zivilprozeßrechtliche Schriften, Bd. 22, S. 1 ff.

27 *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, 1 ff.

28 *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, 12.

29 *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar, Arbeitsrecht, § 623 Rn. 1.

raum durch den Vermieter³⁰ bleiben erfolglos, wenn diese Akte nicht in der richtigen Form – unter Einhaltung der gebotenen Verfahrensschritte – erfolgen.

26 Obwohl das bürgerliche Recht auf das Prozessrecht Bezug nimmt und selbst Verfahrensstrukturen aufweist, wird es doch vielfach als materielles Recht in Gegensatz zum formellen Prozessrecht gesetzt.³¹ Das formelle Recht erscheint darin als äußerlich bleibendes Anhängsel, das nur dazu da ist, die „Wertungen“ des materiellen Rechts umzusetzen. Es hat sich aber bereits bei diesen ersten Überlegungen gezeigt, dass es verfehlt wäre, einen derartigen Gegensatz zu konstruieren.

27 Die Aufgaben gerichtlicher „Zivilverfahren“ entsprechen den Funktionen des Privatrechts. Der erste Zugang offenbart eine zunächst verwirrende Vielfalt von Erscheinungen. Neben dem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren begegnen uns Sonderformen des zivilgerichtlichen Verfahrens insbesondere in familiengerichtlichen Verfahren. Diese unterscheiden sich nicht unerheblich nach dem Gegenstand, über den gerade verhandelt wird: Die Aufgaben des Familiengerichts als Vormundschaftsgericht unterscheiden sich von denen des Familiengerichts als Gericht der Streitentscheidung zwischen Ehegatten z.B. im Güterrechtsstreit, je nachdem, ob Maßnahmen (§ 151 Nr. 4, 157 Abs. 1 FamFG³²) zu veranlassen sind, weil ein Baby in einer sog. „Babyklappe“ anonym abgegeben worden ist oder ob ein kinderloses Ehepaar die Scheidung begehrt (§ 121 Nr. 1, 133 ff. FamFG³³). Wieder andere Fragen treten auf, wenn der Käufer eines Grundstücks beim Grundbuchamt die Umschreibung des Eigentums auf sich beantragt (§13 GBO³⁴) oder das Handelsregistergericht eine Entscheidung über die Ersetzung von organschaftlichen Vertretern (vgl. z. B. § 81 Abs. 1 AktG³⁵, § 39 Abs.1 GmbHG³⁶) fällt.

28 Betrachtet man freilich den Prozess in seiner Beziehung zu materiellen Pflichten der Parteien gegeneinander (oder auch prozessuale Pflichten), treten die Wahrheitspflicht und die Erscheinungspflicht zutage. *Henckel* führt überzeugend aus, dass die so genannte Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO dadurch sanktioniert wird, dass die Partei, der ein Wahrheitsverstoß zur Last gelegt werden kann, dadurch Nachteile erleidet, dass ihre Aussage nicht verwertet wird und im Übrigen ggfls. neben strafrechtlichen Verfolgungen wegen Prozessbetrugs die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 Nr. 4 ZPO betrieben wer-

30 *Gramlich*, MietR, § 568 BGB.

31 *Rauscher*, in: MünchKomm, ZPO, Einl. Rn. 25.

32 *Bumiller/Harders*, FamFG, § 151Rn.1 ff.

33 *Bumiller/Harders*, FamFG, § 121 Rn. 1 ff.

34 *Hügel*, GBO, 2007, § 13 Rn. 1 ff.

35 *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 81 Rn. 4 ff.

36 *Terlau*, in: Michalski, GmbHG, § 39 Rn. 1.

den kann.³⁷ Die gerichtlich angeordnete Pflicht der Partei vor Gericht zu erscheinen, kann in der Tat – wird sie verletzt – durch Verhängung von Ordnungsmaßnahmen bestraft werden. Eine bloße prozessuale Sanktionierung, wie durch den Erlass eines Versäumnisurteils, kommt nicht in Betracht, wenn das persönliche Erscheinen der Parteien nach § 141 ZPO angeordnet worden ist. Denn hier ist nicht nur gemeint, dass die Partei überhaupt vertreten ist, wie in den §§ 330, 331 ZPO vorausgesetzt, sondern dass sie in personam erscheint – was mit einem Versäumnisurteil nicht erreicht werden könnte.³⁸ Die Strafe soll erzwingen, dass die Partei auch gegen ihre eigenen Interessen an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken hat. Hier besteht – wie *Henckel*³⁹ gezeigt hat – der Zusammenhang mit der Leitung des Prozesses durch das Gericht nach § 139 ZPO.

Das Gemeinsame dieser nach ihrem Gegenstand ebenso wie ihrer Anlage sehr verschiedenartigen Verfahren liegt zum einen in ihrem Bezug zum „Privatrecht“, zum anderen darin, dass es sich jeweils um „Verfahren“ vor einem „Gericht“⁴⁰ handelt. 29

V. Zivilgerichtliche Verfahren im Verhältnis zu Strafprozess und Verwaltungsgerichtsprozess

Betrachten wir zunächst die Gemeinsamkeit der beispielhaft genannten Erscheinungen als „gerichtliche Verfahren“.⁴¹ Ein jeder „Prozess“ weist Eigenschaften auf, die ihn mit anderen Prozessen vergleichbar erscheinen lassen. Diese strukturellen Übereinstimmungen können insbesondere in einem Vergleich von zivil- und strafprozessualen Fragestellungen herausgearbeitet werden. Für den Verwaltungsgerichtsprozess ergeben sie sich unmittelbar aus dem Verweis des § 173 VwGO⁴² auf die ZPO. 30

Nun verweist auch § 4 InsO auf die ZPO; anders als im Insolvenzverfahren, bei dem es sich strukturell um ein nichtstreitiges Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, in dem nicht das streitige Recht inter partes erkannt wird. 31

37 *Henckel* (Fn. 10) 14, 15.

38 *Henckel* (Fn. 10) 15.

39 *Henckel* (Fn. 10) 1970, 16.

40 Grundbuchämter können Abteilungen von Gerichten in einem formellen Sinne sein, sind indes in Baden-Württemberg als Behörden organisiert: Vgl. § 149 GBO

41 Dies entspricht einem in den zwanziger (*Neuner*, Privatrecht und Prozessrecht, 1925) und später (*Sauer*, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951), besonders in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts verbreiteten Ansatz, *Wolf*, Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974.

42 *Meissner*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 173, Rn. 21.

⁴³ Beim Verwaltungsgerichtsprozess handelt es sich demgegenüber um streitige Rechtserkenntnis (unten Rn. 36).

32 Eine vergleichende Betrachtung kann dabei helfen, zu verstehen, wie Verfahren abgewickelt werden. Sie setzt voraus, dass dem Bereich des materiellen Rechts einer „des Verfahrensrechts“ entgegengestellt wird. Damit erscheint das Verfahrensrecht als die Summe der Regelungen, die unabhängig vom jeweiligen materiellrechtlichen Gegenstand, um den es im Prozess geht, bei der Abwicklung gerichtlicher Verfahren zu berücksichtigen sind. Die Hauptverhandlung in Strafsachen⁴⁴ und die mündliche Verhandlung im Zivilprozess erscheinen dann gleichermaßen als Formen eines gerichtlichen Verfahrens. In all diesen Verfahren geht es schließlich um die Erkenntnis des Rechts.⁴⁵

33 Der Unterschied der in einer Rechtsordnung vorgesehenen Gerichtsverfahren scheint daher auf einer verfassungsrechtlichen „Wertentscheidung“ zu beruhen, wie sie in Deutschland Art. 95 Abs.1 GG mit der Einrichtung einer „ordentlichen“ Zivil- und Strafgerichtsbarkeit, einer Verwaltungs-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit getroffen hat.⁴⁶ Die Besonderheiten der Zivilgerichtsbarkeit beruhen dann vordergründig auf gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen.⁴⁷

34 Eine so verstandene vergleichende Verfahrenslehre muss allerdings weitgehend ausblenden, worum es *der Sache nach* in den verschiedenen Formen von Prozessen geht – und damit in dem Sinne *allgemein* bleiben, dass sie die besonderen Fragestellungen nicht eingehender behandeln kann, die sich auf ganz unterschiedliche Weise in Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgerichtsprozessen stellen. Der materiellrechtliche Gegenstand (der Streitgegenstand) des jeweiligen Prozesses ist indes für seinen Aufbau und Gang von erheblicher Bedeutung:

35 Im Strafprozess soll es um die Verwirklichung der „Zwecke“ des Strafrechts – General- oder Spezialprävention, Opferschutz u.dgl.m. gehen.⁴⁸ Der Staat tritt im Strafprozess dem Angeklagten entgegen – man spricht davon, es werde ein „staatlicher Strafanspruch“ verfolgt. Bereits *Schmidhäuser*⁴⁹ hat darauf hingewiesen, dass diese verschiedenen Zwecke auf unterschiedliche Institutionen verweisen, nämlich die Polizei, die Staatsanwaltschaft als Herrin des Vollstreckungsverfahrens usf. Betrachtet man dagegen den Strafprozess als Erscheinung

43 So auch z.B.: *Berges*, KTS 1957, 49; *ders.*, KTS 1960, 1; *Klopp/Kluth*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 17 Rn. 20; die Einordnung ist aber umstritten, vgl. *Kilger/K.Schmidt*, KO, § 71 Anm. 1.

44 *Schild*, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1984, S. 80 ff.

45 *Smid*, Richterliche Rechtserkenntnis, 1989, S. 55ff.

46 *Zimmermann*, in: MünchKomm, ZPO, § 12 GVG Rn. 4

47 *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, S. 8.

48 Vgl. allein *Schünemann*, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 153 ff.

49 *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, S. 69 ff.

des Rechts, so fällt auf, dass es in der Hauptverhandlung im Strafprozess darum geht, die Schuld des Angeklagten festzustellen – mit dem Angeklagten ein Rechtsgespräch über seine Schuld zu führen, auf dessen Grundlage das Strafurteil erlassen werden kann.⁵⁰ Daraus ergeben sich eigene Probleme, die nicht aus allgemeinen Prozessstrukturen abgeleitet werden können. So kann in Strafverfahren ein Versäumnisurteil gegen den flüchtigen Angeklagten nicht ergehen⁵¹; wohl aber kann er unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder teilweise von der Teilnahme an der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden (§ 231b StPO⁵²).

Im Verwaltungsgerichtsprozess geht es im weitesten Sinne darum, über Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit staatlichen Verwaltungshandelns zu erkennen; der Verwaltungsgerichtsprozess ist wesentliches Merkmal moderner Rechtsstaaten.⁵³ Der typischerweise als Kläger auftretende Bürger⁵⁴ macht geltend, dass die Träger der hoheitlichen Gewalt in ihren Entscheidungen an und durch Recht und Gesetz gebunden sind. So stellen sich z. B. die Verweigerung der Erteilung einer Baugenehmigung (z.B. nach § 78 LBO-SH), der Entzug der Gewerbeerlaubnis (§ 35 Abs.1 GewO) oder der polizeiliche Platzverweis (z. B. nach § 201 LVwG-SH) als Entscheidungen von Hoheitsträgern (regelmäßig Beamten) dar, die darin nicht frei sind, sondern ihre Entscheidung *begründen* und *rechtfertigen* müssen.⁵⁵ Im Allgemeinen ist es daher Gegenstand des Verwaltungsgerichtsprozesses, dass darüber gestritten wird, ob die Entscheidung eines Hoheitsträgers im Rahmen seiner Bindung an hoheitliche Vorgaben aus Gesetz, aber auch Verwaltungsvorschriften, getroffen worden ist. Der Hoheitsträger ist mit seiner Entscheidung für ein Allgemeines (den Staat, das öffentliche Interesse) aufgrund einer besonderen Ermächtigung tätig geworden. Man spricht insofern auch von einem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen der verbindliche Hoheitsakte erlassenden Behörde und dem ihr „unterworfenen“ Bürger.⁵⁶

36

50 *Schild*, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1984, S. 74 f.

51 Siehe § 230 StPO, zu den Gründen vgl.: *Meyer-Goßner*, StPO, § 230 Rn. 3.

52 *Gmel*, in: *Karlsruher Kommentar*, StPO, § 231b Rn. 2.

53 Zur historischen Entwicklung: v. *Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland.

54 Hier können Sonderkonstellationen des verwaltungsgerichtlichen Streits zwischen Hoheitsträgern (z.B. innerhalb einer allgemeinen Leistungsklage, vgl. §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 4 VwGO) ausgeblendet werden.

55 *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 2 ff., 6 aE; *ders.*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 660 ff.

56 Subjektionstheorie: im Gegensatz zum öffentlichen Recht besteht bei Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Rechts kein Subordinationsverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis der Gleichordnung, vgl. *Zimmermann*, in: *MünchKomm*, ZPO, § 13 GVG, Rn. 7.

Freilich kennzeichnet es Rechtsstaaten, dass der Verwaltungsgerichtsprozess angesichts der damit verbundenen *Ungleichheit* die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz durch Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit des betroffenen Bürgers herstellt.⁵⁷ Die aus der Unterordnung des Bürgers unter die Staatsmacht hervorgehende Ungleichheit wird m.a.W. durch das Verwaltungsrecht in Gleichheit überführt und die Staatsmacht auf die Rechtsanwendung konditioniert. Der ermächtigte Entscheidungsträger muss nach Rechtsgründen dafür suchen, weshalb seine Entscheidung rechtlich gerechtfertigt ist.

37 Nicht minder unscharf ist zunächst das Bild, das sich bei der Frage nach den Aufgaben zivilgerichtlicher Verfahren ergibt. Bereits die Funktion des Zivilprozesses ist streitig. So ist davon die Rede, im Zivilprozess werde das Recht „geschützt“⁵⁸ oder gar „durchgesetzt“⁵⁹ – was indes, nimmt man diesen Ausdruck wörtlich, nicht auf das Erkenntnisverfahren, sondern auf Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO⁶⁰) bzw. auf das Vollstreckungsverfahren⁶¹, aber auch auf nichtstreitige Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweist.⁶² Der Bereich der letztgenannten Verfahren steckt die Weite des Rahmens ab, der betrachtet werden muss, wenn zivilgerichtliche Verfahren in den Blick genommen werden. Wenn vom Zivilprozess die Rede ist, geht es um die Erkenntnis des zwischen zwei Privatrechtssubjekten streitigen Rechts.

38 Diesen zivilgerichtlichen Verfahren ist gemeinsam, dass sie in verschiedener Weise bürgerlich-rechtliche Rechte und Rechtsbeziehungen zum Gegenstand haben. Verfahrensbeteiligte⁶³ sind Träger von Rechten, die jedenfalls überwiegend nicht auf hoheitlichen Verleihungen beruhen. So wird die Fähigkeit, Verträge auszuhandeln und zu schließen, Eigentümer oder Inhaber von Forderungen oder Rechten zu sein oder den Status als Ehegatte oder Elternteil innezuhaben, verfassungsrechtlich geschützt (Art. 2 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG). Dies zeigt aber, dass diese rechtlichen Fähigkeiten nicht auf einem staatli-

57 *Smid*, Rechtsprechung. Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß, 282, 286 ff.

58 Vgl. *Laumen*, das Rechtsgespräch im Zivilprozess, S. 77; *Schilken*, Zivilprozess, § 1 Rn. 8.

59 *Gaul*, AcP (168) 27, 46; *Henckel*, S. 57; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 III 2 und 3 m. w. N.

60 *Finger*, in: MünchKomm, ZPO, § 620 Rn. 57 f.

61 *Rauscher*, in: MünchKomm, ZPO, Einl. Rn. 20.

62 *Pawlowski/Smid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Rn. 22, 24, (39)

63 Zum Richter als Verfahrensbeteiligtem in Verfahren der nichtstreitigen freiwilligen Gerichtsbarkeit *Pawlowski/Smid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Rn. 63, 134 (Vormundschaftssachen), 609 (richterliche Vertragshilfe), 780 (Urteilsschelte), 823, 847, 850 (justizförmige Verwaltung).

chen Hoheitsakt beruhen, da ihr grundrechtlicher Schutz sie dem Zugriff aufgrund staatlicher Entscheidungen entzieht.⁶⁴

VI. Privatrecht

Um näher bestimmen zu können, wie sich die unterschiedlichen zivilgerichtlichen Verfahren im Hinblick auf das Privatrecht darstellen und gliedern, muss daher zunächst bestimmt werden, was überhaupt unter dem Privatrecht zu verstehen ist. Auch dies bereitet in dem Sinne Probleme, dass es nicht selbstverständlich ist, wie der Bereich und die Aufgabe des "Privatrechts" zu bestimmen sind. 39

Herkömmlich wird das Privatrecht als System der Regelungen beschrieben, die Rechtsbeziehungen zwischen Gleichberechtigten regeln.⁶⁵ Damit soll es vom öffentlichen Recht unterschieden werden, in dem der Staat dem Bürger hoheitlich entgegentritt. Freilich hat sich bereits gezeigt, dass dies für die jeweiligen *Verfahren* keinen abschließenden Erklärungswert hat, da der Verwaltungsgerichtsprozess die prozessuale Gleichheit der in ihm auftretenden Parteien – und d.h. regelmäßig von Staat und Bürger – herstellt.⁶⁶ Wenn der Verwaltungsgerichtsprozess sich dadurch auszeichnet, dass der hoheitliche Entscheidungsträger sein Handeln zu rechtfertigen gezwungen wird, weil er sich gegenüber dem betroffenen Bürger in einer Sonderrolle befindet, erscheint die Gleichheit der Privatrechtssubjekte sich aus ihrer Rechtsstellung zu ergeben: Der Eigentümer kann mit seinem Eigentum nach Belieben umgehen (§ 903 BGB⁶⁷), das Privatrechtssubjekt ist darin frei, Verträge zu schließen oder Normen zu formulieren, die andere im Umgang mit ihm zu beachten haben.⁶⁸ Fragt das öffentliche Recht nach der rechtlichen Reichweite hoheitlicher Ermächtigungen, geht es im Zivilrecht um das Handeln von Rechtssubjekten, die frei von hoheitlichen Vorgaben ihr Recht ausüben und es jeweils neu schaffen.⁶⁹ 40

Das geltende Privatrecht befindet sich allerdings in einer Umbruchsituation.⁷⁰ Selbstverständlich gelaubte Grundlinien weichen Neuem, dessen Auswir- 41

64 Vgl. *Schmidt-Bleibtrew/Klein*, GG, vor. Art.1 Rn. 2.

65 *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, § 40 Rn. 42.

66 *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, § 40 Rn. 42.

67 Zur Unterscheidung von Substanz- und Funktionseigentum vgl. *Pawlowski*, AcP (165), 395 ff.

68 Zu AGB als von Privatrechtssubjekten formulierten Normen vgl. § 545 Abs. 1 ZPO; vgl. *Krüger*, in: *MünchKomm*, ZPO, § 545 Rn. 3.

69 Eindrucksvoll *Pawlowski*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7. Aufl. 2003, Rn. 24.

70 *Leible*, NJW 2008, 2558, 2559; *Müller-Graf*, NJW 1993, 13 ff; *Säcker*, in: *MünchKomm*, BGB, Einl. Rn. 213 ff.

kungen auf das Recht im Ganzen oft nicht in vollem Umfang erkennbar sind. Das geltende Privatrecht unterliegt gegenwärtig Änderungen in seinem materiellen Bestand sowohl aufgrund der europäischen Integration und Rechtsvereinheitlichung⁷¹ als auch besonderen rechtspolitischen Anliegen, wie sie insbesondere in der Durchsetzung verfassungsrechtlicher und weltanschaulicher Vorstellungen im Rahmen von Anti-Diskriminierungsgesetzgebungen⁷² zum Ausdruck kommen. Das erschwert die Erklärung dessen, was gemeint ist, wenn vom Privatrecht die Rede ist. So besteht eine Tendenz, das Privatrechtssubjekt vergleichbar einem Staatsfunktionär zum Amtswahrer übergeordneter Interessen zu machen – der Eigentümer soll bei der Abwehr von Belästigungen Vernunft und Toleranz walten lassen⁷³, dramatischer noch: der Gesetzgeber hat mit dem Anti-Diskriminierungsgesetz (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) die Vertragsabschlussfreiheit zum Schutz von „Minderheiten“ eingeschränkt.⁷⁴ Es kann hier dahingestellt bleiben, welche Tragweite derartige Strömungen haben.

42 Solange die verfassungsrechtliche *Grundentscheidung* für die Respektierung der Privatautonomie aufrechterhalten bleibt, werden damit verschiedene Verfahrensweisen bzw. -arten (nach einer Formulierung von *H.-M. Pawlowski*⁷⁵) der Entscheidung festgelegt mit der Folge, dass im Bereich des Privatrechts der Einzelne nach seinen Wünschen entscheiden kann, ohne sich an (öffentlich-rechtliche) Vorgaben von Verfassung, planendem Gesetz bzw. Dienstanweisungen gebunden zu sein. Die bürgerlich-rechtliche Gleichheit beruht auf der gleichen Willkür, mit der die Rechtssubjekte ihre Beziehungen gestalten. Wenn aber das (materielle) Recht selbst als *Verfahrensweise* beschrieben werden kann – nämlich als bestimmte Art der Begründung von Entscheidungen handelnder Rechtssubjekte – stellt sich die Frage, was denn dann unter dem Zivilverfahren zu verstehen ist.

43 Die hier entwickelte Beschreibung des Privatrechts scheint den herkömmlichen Unterschied zwischen „materiellem“ und „formellen“ Recht wenn nicht aufzuheben, so doch in dem Sinne zu „relativieren“, dass materielles Recht und Prozessrecht aufeinander bezogen sind und Sinn und Geltung aus der jeweils anderen Seite beziehen. Damit ist etwas anderes gemeint, als wenn davon die Rede ist, z.B. der eine Schadenersatzpflicht des zu Unrecht die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel betreibenden Gläubiger normie-

71 *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 1 ff.

72 *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, Einl. Rn. 57 ff.

73 So das BVerfG in Fällen von Beseitigungs- bzw. Unterlassungsklagen gegen benachbarte Behindertenwohnheime, Beschluss vom 28.5.1998, Az.: 1BvR 329/98; vgl. aber auch OLG Köln, Urteil vom 08.01.1998, Az.: 7 U 83/96 = NJW 1998, 763.

74 *Thüsing*, in: MünchKomm, BGB, 5. Aufl. 2007, Einl. Rn. 83.

75 *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 24.

renden § 717 Abs. 2 ZPO⁷⁶ sei eine materiell-rechtliche Vorschrift⁷⁷ im Rahmen einer verfahrensrechtlichen Kodifikation. Hier ist angesprochen, dass bestimmte (materiellen) „Rechte in bestimmten Verfahren registriert, erworben, festgestellt und durchgesetzt werden – das m.a.W. das Verfahren immer notwendiger Teil eines Rechts ist, dessen Betrachtungsweise als vor und außerhalb von Verfahren existierendes materielles Recht wesentliche Aspekte seiner Voraussetzungen und Wirkungsweisen ausblenden würde.

Allerdings darf damit nicht ausgeblendet werden, dass die Abgrenzung von materiellem Recht und Verfahrensrecht einen sachlichen Hintergrund hat. Darum geht es im Folgenden. 44

VII. Verfahrensrecht als Teil des öffentlichen Rechts

1. Klagen, denen kein materieller Anspruch entspricht

Das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht ist - rechtshistorisch betrachtet - ein „neueres“ Thema, zieht man die lange Geschichte in Betracht, auf die der Zivilprozess als Erscheinung des Rechts zurückweist.⁷⁸ „Materielles“ und „formelles“ Recht waren lange nicht unterschieden worden. Von „Recht“ war die Rede im Zusammenhang von Klagen (actiones). Klage und Recht bildeten eine Einheit. (Materielles) Recht - Anspruch - und Klage entsprachen sich.⁷⁹ 45

Dieses Verhältnis genauer zu bestimmen wurde erst problematisch, als Klagen auftraten, denen ein („materieller“) Anspruch *nicht* entsprach. Mit der Zulassung von Feststellungsklagen traten Klagen auf, die nicht auf einem „Anspruch“ beruhten, der mit dem begehrten Urteil tituliert wurde: Ältere Anerkenntnisklagen⁸⁰ gründeten sich auf „Anerkenntnisansprüche“. Dagegen setzt die Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Feststellungs*interesse* voraus.⁸¹ Das warf die Frage nach dem mit der Feststellungsklage verfolgten Recht – dem geltend gemachten Anspruch – auf. Ende des 19. Jahrhunderts wurde dies zunächst von A. Wach⁸² auf eine folgenreiche Weise beantwortet. 46

76 Krüger, in: MünchKomm, ZPO, § 717 Rn. 1ff.

77 Krüger, in: MünchKomm, ZPO, § 717 Rn. 9.

78 Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts in Europa, S. 57 Rn. 25 ff.

79 Wesel, Geschichte des Rechts in Europa, S. 57 Rn. 25.

80 Vgl. Wach, Der Feststellungsanspruch, 1888, S. 4.

81 Becker/Eberhard, in: MünchKomm, ZPO, § 256 Rn. 35 ff.; Foerste, in: Musielak, ZPO, § 256 Rn.7.

82 Wach, Der Feststellungsanspruch, 1888, S. 14 f.