

## Entscheidungsanmerkung

### Einwand der Rechtshängigkeit – Vorgeflichkeit bei Zwischenfeststellungswiderklage

- a) Zur Frage anderweitiger Rechtshängigkeit.  
 b) Die für die Zulässigkeit einer Zwischenfeststellungswiderklage erforderliche Vorgeflichkeit fehlt, wenn die Klage zur Hauptsache unabhängig davon abgewiesen wird, ob das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis besteht. (Amtlicher Leitsatz)

ZPO § 261 Abs. 3 Nr. 1, § 256 Abs. 2

BGH, Urt. v. 15.12. 2009 – XI ZR 110/09 (OLG Düsseldorf, LG Duisburg)<sup>1</sup>

#### I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung behandelt zwei Fragen aus dem Bereich der zivilprozessrechtlichen Streitgegenstandslehre, die sich so oder ähnlich auch im Rahmen zivilrechtlicher Prüfungsaufgaben und namentlich der Ersten Staatsprüfung, stellen ließen. Nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandslehre<sup>2</sup> ist der prozessuale Streitgegenstand unabhängig vom materiellrechtlichen Anspruchsverständnis nach den spezifischen Bedürfnissen und Zwecken des Zivilprozesses zu bestimmen. Entscheidend ist danach zum einen der jeweilige Klageantrag und zum andern der Lebenssachverhalt, auf den sich das Klagebegehren stützt. Lassen sich unterschiedliche Klageanträge ausmachen oder werden äußerlich identische Klagebegehren auf verschiedene Lebenssachverhalte gestützt, so handelt es sich nicht mehr um ein und denselben Streitgegenstand.

2. Im Streitfall geht es einmal um die Frage, ob der Klage der Darlehensgeberin, einer Bausparkasse, auf Feststellung, dass ein mit den beklagten Darlehensnehmern geschlossener Immobiliendarlehensvertrag nicht durch Haustürwiderruf<sup>3</sup> aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht, der Einwand der Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegensteht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Streitgegenstand der (positiven) Feststellungsklage der Darlehensgeberin oder dessen kontradiktorisches Gegenteil<sup>4</sup> bereits rechtshängig, also schon Gegenstand einer anderen Klage wäre. Tatsächlich haben die beklagten Darlehensnehmer zuvor selbst Klage erhoben gegen die jetzige Klägerin auf Schadensersatz und Rückabwicklung des Darlehensvertrages, wobei sie zugleich

die Feststellung beantragt haben, dass aus dem Darlehensvertrag keine Darlehensrückzahlungs- und Zinszahlungsansprüche der Finanzierungsbank bestehen. Sie stützen sich dabei primär auf culpa in contrahendo, hilfsweise auf § 3 HWiG, die Vorläufervorschrift des heutigen § 357 BGB. Fraglich ist also, ob der Streitgegenstand der späteren Feststellungsklage von dieser ersten Klage umfasst wird.

3. Weiter wirft der Fall die Frage auf, ob die Darlehensgeberin gehalten war, anstatt einer selbständigen Feststellungsklage vorrangig im bereits laufenden Prozess eine Zwischenfeststellungswiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zu erheben, ob ihr also für eine selbständige Klage das Rechtsschutzinteresse fehlt. Mit der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO, die anders als die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO kein besonderes Feststellungsinteresse voraussetzt<sup>5</sup>, wird der Prozesspartei eine Möglichkeit eröffnet, die materielle Rechtskraftwirkung des Urteils, also dessen Bindungswirkung, zu erweitern. So erwächst nach § 322 Abs. 1 ZPO lediglich die Entscheidung des Gerichts über das streitgegenständliche Begehren in materielle Rechtskraft<sup>6</sup>, nicht aber kommt den tragenden tatsächlichen Feststellungen und etwaigen Entscheidungen über Vorfragen materielle Rechtskraftwirkung zu.<sup>7</sup> Dies gilt – und das mag nicht nur den Studienanfänger irritieren – selbst für solche Vorfragen, über die das Gericht notwendig entscheiden muss, um über das streitgegenständliche Begehren urteilen zu können. Hinter diesem engen Rechtskraftverständnis steckt vor allem die Absicht, eine Bindungswirkung von Feststellungen zu vermeiden, deren künftige Tragweite in späteren Prozessen die Parteien möglicherweise noch gar nicht überblicken und die im laufenden Prozess vielleicht eher beiläufig getroffen werden.<sup>8</sup> Erhebt eine Partei jedoch das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses im Wege der Zwischenfeststellungsklage bzw. der Zwischen-

<sup>5</sup> Vgl. nur BGH NJW 1977, 1637 m.w.N. und der Begründung, dass das in § 256 Abs. 1 ZPO ausdrücklich geforderte Feststellungsinteresse durch die Vorgeflichkeit des festzustellenden Rechtsverhältnisses für die Hauptentscheidung ersetzt werde.

<sup>6</sup> Abweichend die Lehre von den sog. „Ausgleichszusammenhängen“ oder „Sinnzusammenhängen“, grundlegend Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, S. 42 ff., 72 ff. nach der bei Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen eine Ausnahme von der engen Begrenzung der Rechtskraftwirkung durch § 322 Abs. 1 ZPO zu machen sei. Danach soll die Rechtskraft eines Urteils über vertragliche Ansprüche bei synallagmatischen Verträgen auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages zu erstrecken sein, dagegen BGH NJW 2003, 3058 (3059), wo zu Recht geltend gemacht wird, dass sich eine solche Rechtskrafterweiterung weder mit dem Wortlaut des § 322 Abs. 1 ZPO noch mit der dahinterstehenden gesetzgeberischen Intention verträgt.

<sup>7</sup> Vgl. dazu näher Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl. 2007, Rn. 564 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 1880, Bd. I, S. 290 ff., 608 f.

<sup>1</sup> S. WM 2010, 331, die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (18.3.2010) abrufbar.

<sup>2</sup> Vgl. Musielak, Grundkurs ZPO, 9. Aufl. 2007, Rn. 139 ff. m.w.N. zum Diskussionsstand.

<sup>3</sup> Das Recht zum Verbraucherwiderruf bei Haustürgeschäften ergibt sich heute aus § 312 BGB, während es bis zur Integration verschiedener, vor allem verbraucherrechtlicher Nebengesetze in das BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 1 HWiG angeordnet war.

<sup>4</sup> Vgl. Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 261 Rn. 11 sowie § 226 Rn. 37.

feststellungswiderklage zum Streitgegenstand, so ermöglicht dies eine der Rechtskraft fähige Feststellung. Allerdings setzt die Zulässigkeit der Feststellungsklage als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO voraus, dass die Entscheidung der Hauptstreitigkeit ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen des betreffenden streitigen Rechtsverhältnisses abhängt. In casu ist problematisch, ob dieses Tatbestandsmerkmal der Voreigentlichkeit oder – synonym – der Präjudizialität des Rechtsverhältnisses erfüllt ist, ob also die Entscheidung über die zunächst von den Darlehensnehmern erhobenen Schadensersatz- und Rückabwicklungsklage i.S.v. § 256 Abs. 2 ZPO vom Bestand bzw. wirksamen Widerruf des Darlehensvertrages abhängt.

## II. Kernaussagen und Würdigung

1. Im Gegensatz zum Berufungsgericht hält der BGH den Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit nicht für durchgreifend.<sup>9</sup> Zutreffend verneint der Senat eine Identität der Streitgegenstände in beiden Prozessen. Der Streitgegenstand des Zweitprozesses sei nicht von dem ersten Rechtsstreit umfasst. Vielmehr sei die Frage der Wirksamkeit des Darlehensvertrages, also der Streitgegenstand des Zweitprozesses, in dem auf Rückabwicklung, Freistellung und Feststellung gerichteten Erstprozess allein eine Vorfrage, über die das Gericht (des Erstprozesses) nicht einmal notwendigerweise habe entscheiden müssen und auch tatsächlich nicht entschieden habe. Diese Einschätzung verdient Zustimmung. Der Einwand der Rechtshängigkeit im Zweitprozess reicht eben nur so weit wie der Streitgegenstand des Erstprozesses. Die Leistungsanträge des Erstprozesses sind aber ebenso wie der dortige Feststellungsantrag nur auf Rechtsfolgen aus der – möglicherweise gescheiterten – Vertragsbeziehung (einschließlich der Vertragsanbahnung) gerichtet, nicht hingegen auf Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages selbst. Damit ist das Schicksal des Vertrages im Erstprozess in der Tat lediglich Vorfrage, nicht aber Streitgegenstand. Selbst wenn das Gericht des Erstprozesses – was in casu allerdings offenbar nicht der Fall war – über die dortigen streitgegenständlichen Begehren nur hätte entscheiden können, wenn es zuvor den Bestand des Vertrages geklärt hätte, würde nichts anderes gelten.

2 a) Was weiter die Frage der Vorrangigkeit der Feststellungswiderklage gegenüber der in casu erhobenen selbständigen Feststellungsklage anbelangt, so lässt der Senat die Kernfrage, ob nämlich der Darlehensgeberin für die selbständige Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO das Rechtsschutzinteresse fehlt, weil ihr die Möglichkeit einer (Zwischen)feststellungswiderklage im Erstprozess offensteht, dahinstehen. Die h.M. verneint einen solchen Vorrang der Widerklage vor der selbständigen Klage.<sup>10</sup> Auch wenn eine Konzentration sämtlicher konnexer Streitgegenstände in einem einzigen Verfahren in prozessökonomischer Hinsicht

sowie zur Vermeidung widersprüchlicher Feststellungen sinnvoll erscheinen mag, verdient die h.M. aus Gründen der Waffengleichheit der Parteien jedenfalls im Grundsatz Zustimmung. Andernfalls könnte der Kläger durch Erhebung der Erstklage weit über deren Streitgegenstand hinaus die andere Partei daran hindern, ihrerseits als Angreiferin gemäß § 35 ZPO zwischen mehreren zuständigen Gerichten frei zu wählen. Oder anders gewendet: Der Kläger würde durch Klageerhebung an dem von ihm – in den Grenzen des § 35 ZPO – frei bestimmten Gerichtsstand auch für weitere mit dem Streitgegenstand in Zusammenhang stehende Fragen festlegen, vor welchem Gericht die andere Seite ggf. zu klagen hätte.

b) Lässt also der Senat die Frage nach einem generellen Vorrang der Zwischenfeststellungswiderklage gegenüber der selbständigen Feststellungsklage offen, so verneint er einen solchen Vorrang jedenfalls insoweit – und auch im Streitfall –, als der Feststellungskläger gar nicht die Sicherheit habe, dass im Erstprozess über die von ihm begehrte Feststellung eine materiellrechtliche Entscheidung ergehe.<sup>11</sup> Diese Sicherheit hält der BGH in casu nicht für gegeben. Nach Ansicht des Senates fehlt es an der Voreigentlichkeit (Präjudizialität) i.S.v. § 256 Abs. 2 ZPO als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Zwischenfeststellungsklage, d.h. an einer Situation, in der die Entscheidung über den Streitgegenstand des Erstprozess davon abhängt, ob das streitige Rechtsverhältnis – im Streitfall der Darlehensvertrag – besteht. So kann der Senat darauf verweisen, dass das Landgericht im Erstprozess die Klage in erster Instanz abgewiesen habe, ohne die erwünschte Klärung des Fortbestandes des Darlehensvertrages herbeizuführen. Weil die Darlehensgeberin auch im Berufungsverfahren Gefahr liefe, dass eine Zwischenfeststellungswiderklage mangels Voreigentlichkeit der Wirksamkeit des Darlehensvertrages für unzulässig erachtet würde, sei ihr schon aus diesem Grund nicht zumutbar, eine solche Zwischenfeststellungswiderklage zu erheben.

c) Gegen diese Überlegungen ist zunächst einzuwenden, dass die Anforderungen, die der Senat an die Voreigentlichkeit richtet, nicht völlig widerspruchsfrei erscheinen. So wird einerseits abgewichen von einem ganz strengen Verständnis der Voreigentlichkeit im Sinne einer echten Notwendigkeit, vor einer Entscheidung über die Hauptsache über das Rechtsverhältnis zu befinden, das Gegenstand der Zwischenfeststellungswiderklage sein soll. Vielmehr betont der Senat, dass es bei mehreren Begründungsmöglichkeiten für die Hauptentscheidung ausreichend sei, dass das Rechtsverhältnis für *einen*<sup>12</sup> der möglichen Begründungswege ein notwendiges Glied sei, wobei es nicht darauf ankomme, ob das Gericht seine Entscheidung notwendig auch auf diesen Grund stützen müsse. Andererseits will der BGH die Voreigentlichkeit aber verneinen, wenn die Klage zur Hauptsache unabhängig davon abgewiesen werde, ob das zwischen den Parteien streitige

<sup>9</sup> Vgl. Rn. 9 ff. der Entscheidungsgründe.

<sup>10</sup> Vgl. nur *Stein-Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 33 Rn. 31 m.N. aus der Rspr., anders aber bei Möglichkeit der Zwischenfeststellungswiderklage OLG Brandenburg, BKR 2007, 508.

<sup>11</sup> Vgl. Rn. 18 der Entscheidungsgründe unter Verweis auf BGHZ 134, 201 (209).

<sup>12</sup> Vgl. Rn. 19 der Entscheidungsgründe Hervorhebungen nur hier durch die *Verf.* der Anmerkung.

Rechtsverhältnis bestehe.<sup>13</sup> Genau dies wird jedoch typischerweise der Fall sein, wenn das Gericht einen anderen Begründungsweg als denjenigen wählt, für den eine Entscheidung über das Rechtsverhältnis notwendiges Glied ist. Denn warum soll das Gericht Feststellungen zum Schicksal des Rechtsverhältnisses treffen, wenn es diese für den gewählten Subsumtionsschluss gar nicht benötigt. Soll also nach Ansicht des BGH doch der Umstand, dass das Gericht eine Begründung wählt, bei der es nicht über das Rechtsverhältnis zu entscheiden braucht, die Vorgeiflichkeit jedenfalls hindern, also selbst dann, wenn im Rahmen eines alternativ zur Verfügung stehenden Subsumtionsschlusses notwendig über das Rechtsverhältnis hätte befunden werden müssen? Gegen ein solch enges Verständnis der Präjudizialität spricht die Rechtssicherheit. Denn für die widerklagende Partei ist regelmäßig nicht zuverlässig vorhersehbar, welchen Weg das Gericht zur Begründung seiner Entscheidung wählen wird.<sup>14</sup>

d) Im Übrigen gilt es zu bedenken, dass man die Frage, ob die isolierte Feststellungsklage gegenüber der Feststellungswiderklage nachrangig ist, ob also der Beklagte gehalten ist, konnexe Gegenangriffe im laufenden Hauptverfahren zu konzentrieren, nicht nur für die *Zwischenfeststellungswiderklage* stellen kann. Vielmehr lässt sich Entsprechendes auch mit Blick auf die gewöhnliche Feststellungswiderklage i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 33 ZPO erwägen. Denn eine als *Zwischenfeststellungsklage* unzulässige Klage kann immer noch als gewöhnliche Feststellungsklage zulässig sein, was allerdings ein Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO voraussetzt.<sup>15</sup> Es verwundert deshalb ein wenig, dass der BGH mit keinem Wort darauf eingeht, ob die Darlehensgeberin im Rahmen des Erstprozesses eine Feststellungswiderklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erheben könnte. Dies erscheint umso erstaunlicher, als der Senat ein Feststellungsinteresse ausdrücklich bejaht.<sup>16</sup> Unterstellt man, eine Feststellungswiderklage wäre bereits nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig, so hätte der Senat allen Anlass gehabt, zu der offen gelassenen Frage nach einem möglichen Vorrang der Widerklage Stellung zu nehmen.

*Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg*

---

<sup>13</sup> Vgl. Rn. 19 der Entscheidungsgründe m.w.N.

<sup>14</sup> Dieser Aspekt wird betont in BGH NJW-RR 2008, 262: Danach ist Vorgeiflichkeit i.S.v. § 256 Abs. 2 ZPO in Bezug auf einen Antrag auf Feststellung, dass der Werkunternehmer zur Beseitigung aller Mängel verpflichtet ist, zu bejahen, auch wenn das Gericht bei der Entscheidung über die Werklohnklage die Berechtigung zur Abnahmeverweigerung lediglich auf einen Mangel stützt.

<sup>15</sup> Vgl. nur *Zöller/Greger*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 256 Rn. 22.

<sup>16</sup> Vgl. Rn. 16 der Entscheidungsgründe unter Bestätigung von BGH NJW-RR 2008, 1495.