

Was Sie schon immer über ... *Zivilprozessrecht* wissen wollten:

Was versteht man unter Zulässigkeit und Begründetheit, und wie verhält sich das eine zum anderen?

Von Prof. Dr. **Wolfgang Hau**, Passau

Ausgerechnet Woody Allen verdanken wir eine fruchtbare didaktische Methode, sich den Kernproblemen eines Fachs zu nähern: Man erkläre einem Fortgeschrittenen, was er schon immer über ein bestimmtes Thema wissen wollte, aber bisher nicht zu fragen wagte. Gewinn verspricht dies auch für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen und das Zivilprozessrecht im Besonderen. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass Studierende, die mit dem materiellen Recht bereits vertraut sind und mit dem Verfahrensrecht vertraut sein sollten, dieses meiden oder sich darauf beschränken, das eine oder andere „Klippklappschema“ auswendig zu lernen. Das ist schade, denn auf ein solides verfahrensrechtliches Grundverständnis kommt es längst nicht nur in der (Examens-)Klausur an – schließlich hängt der Wert eines Anspruchs im Ernstfall stets von der Durchsetzbarkeit ab. Es dürfte sich daher lohnen, auch solchen Fragen nachzugehen, die für einen Fortgeschrittenen vermeintlich schon zu banal sind, um überhaupt noch gestellt zu werden, deren Beantwortung aber dazu beitragen könnte, die Eigenheiten des Zivilprozessrechts etwas besser zu verstehen oder vielleicht sogar den Argwohn diesem gegenüber zu überwinden. Zum Auftakt geht es um die Frage: Was versteht man unter Zulässigkeit und Begründetheit, und wie verhält sich das eine zum anderen?

I. Einführung

Zulässigkeit und Begründetheit sind Grundbegriffe des (Zivil-)Verfahrensrechts, und was sie bedeuten, ist den meisten Studierenden zumindest ansatzweise geläufig: Nach herrschender Meinung prüft das Gericht – und damit auch der Bearbeiter einer klassischen prozessualen „Richterklatur“¹ – die Klage erst dann, wenn sie sich als zulässig erweist, in einem zweiten Schritt in der Sache, also dahingehend, ob sie begründet und ihr deshalb stattzugeben ist. Mit anderen Worten: nur zulässige Klagen werden in dem Sinne zur Verhandlung „zugelassen“, dass sie einer sachlichen (materiellrechtlichen) Prüfung unterzogen werden.

1. Hintergrund: Zur Lehre von den Prozessvoraussetzungen

Die klare Trennung in eine Zulässigkeits- und eine Begründetheitskontrolle mag uns heute selbstverständlich, ein Verstoß dagegen vielen gar als „prozessuale Todsünde“² erscheinen. Kaum noch beachtet wird freilich der historische Hintergrund dieses Trennungsdenkens: nämlich ein enger, heute allgemein als überwunden erachteter Begriff des Prozesses, der nur den Streit in der Sache selbst meint (das *judicium*), nicht etwa die dem vorgeschaltete Auseinandersetzung darüber, ob sich das Gericht überhaupt mit der Sache zu befassen

hat;³ das „Zulassen“ der Klage bedeutete früher also, sie erst in den eigentlichen Prozess vordringen zu lassen. Davon ausgehend hatte *Oskar Bülow* den Oberbegriff der „Prozessvoraussetzungen“ geprägt,⁴ der bis in die Gegenwart als Synonym für die Zulässigkeitsvoraussetzungen gebräuchlich ist. Gegen diesen Oberbegriff wird mit Rücksicht auf den modernen, deutlich weiteren Begriff des Prozesses⁵ zutreffend eingewandt, dass er fälschlich suggeriere, über die fraglichen Voraussetzungen werde noch überhaupt nicht prozessiert, obwohl doch selbst eine unzulässige Klage durchaus geeignet sei, einen Prozess einzuleiten.⁶

Wenngleich „Prozessvoraussetzung“ demnach als Oberbegriff ausgedient haben sollte,⁷ hat dieser Terminus auch heute noch eine sinnvolle Bedeutung: Er eignet sich zur Umschreibung einer besonderen Untergruppe der Zulässigkeitsvoraussetzungen, und zwar solcher, deren ersichtliches Fehlen das Gericht dazu veranlasst, vorerst die Klage dem Beklagten nicht zuzustellen und weder einen Termin anzuberaumen noch das schriftliche Vorverfahren anzuordnen, son-

³ Anschaulich etwa *Stein*, Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl. 1928, § 3 I.: „In Rom kam nur der zu einer Verhandlung vor dem iudex, dessen Anspruch vom Prätor als gerichtsfähig und verhandlungsfähig anerkannt wurde. Heute aber gleicht das Klagen insofern dem Abschließen von Verträgen oder dem Maikäferfangen (anders z.B. das Jagdrecht). Jede Klage löst die Entscheidungspflicht aus, keine darf in den Papierkorb wandern.“

⁴ *Bülow*, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868. Beachte zur Würdigung *Bülow*s aus neuerer Zeit vor allem *Braun*, in: *Bülow*, Allgemeines deutsches Zivilprozessrecht, nach einer Vorlesungsmitschrift von 1868/69 herausgegeben und eingeleitet von *Braun*, 2003, Einl. S. 3 ff. (4 f.), auch speziell zur Trennung von „Prozess“ und bloßem „Vorgeplänkel“ bei *Bülow*.

⁵ Dazu *Brehm*, in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2003, Einl. Rn. 1, 205 und 243; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3, dort auch zum Unterschied zwischen „Prozess“ und „Verfahren“.

⁶ Statt mancher *Becker-Eberhard*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, vor §§ 253 ff. Rn. 2.

⁷ Manche teilen zwar die Bedenken gegen den Begriff der Prozessvoraussetzungen, wollen an diesem aber gleichwohl alleine wegen seiner Gebräuchlichkeit festhalten; so etwa *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 243 a.E.; *Foerste*, in: *Musielak*, Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2007, vor § 253 Rn. 1; *W. Lüke*, Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 149; *Musielak*, Grundkurs ZPO, 9. Aufl. 2007, Rn. 112 a.E. Von vornherein nur von Prozessvoraussetzungen ist die Rede etwa bei *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, Kommentar, 28. Aufl. 2007, vor § 253 Rn. 8 ff.; *Saenger*, in: ders., Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2007, vor §§ 253-494a Rn. 9; *Zimmermann*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2008, vor §§ 253 ff. Rn. 5.

¹ Dazu *Braun*, Der Zivilrechtsfall, 4. Aufl. 2008, § 5 II. 2.; *Schumann*, Die ZPO-Klausur, 3. Aufl. 2006, Rn. 21 ff., 28.

² So *Grunsky*, NJW 1975, 1402 (1403), der freilich dafür wirbt, das Trennungsdanken zu überwinden.

dem den Kläger gemäß § 139 Abs. 3 ZPO auf die Bedenken hinzuweisen und ihm, soweit möglich, Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. Zu diesen Prozessvoraussetzungen im engeren Sinne zählen namentlich die deutsche Gerichtsbarkeit,⁸ die funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Spruchkörpers, die ordnungsgemäße Klageschrift (vgl. § 253 Abs. 2 ZPO), die Postulationsfähigkeit des Klägers im Anwaltsprozess (vgl. § 78 Abs. 1 ZPO) sowie das Entrichten des Gerichtskostenvorschusses (vgl. § 12 Abs. 1 GKG). Entsprechendes gilt für das obligatorische Güteverfahren, das gemäß § 15a EGZPO durch Landesrecht vorgeschrieben werden kann, wenn man dies so versteht, dass der Einigungsversuch zwingend der Klageerhebung vorausgehen muss.⁹

2. Neuorientierung: Zulässigkeitsvoraussetzungen als Sachverhandlungs- und Sachentscheidungs-voraussetzungen?

Weil einerseits „Prozessvoraussetzung“, wie erläutert, als Oberbegriff nicht mehr taugt, andererseits „Zulässigkeitsvoraussetzung“ allzu blass erscheint,¹⁰ um prozessuale Anforderungen zu umschreiben, von denen der Erfolg der Klage abhängt, wird in neuerer Zeit häufig „Sachentscheidungs-voraussetzung“ vorgeschlagen.¹¹ Dabei wird aber meist sogleich hinzugefügt, dass es genau genommen nicht erst um die Voraussetzungen für eine „Entscheidung“, sondern bereits für eine Verhandlung in der Sache gehe.¹² Wollte man auch dies noch in die Begriffsbildung einbeziehen und durchgängig ganz präzise von „Sachverhandlungs- und Sachentscheidungs-voraussetzungen“ sprechen, so wäre man bei einem Wortungetüm angelangt, dessen Richtigkeitsgehalt seine mangelnde Praktikabilität nicht mehr ausgleichen dürfte.

Weniger augenfällig, letztlich aber wichtiger als diese eher terminologisch-ästhetische Frage ist freilich die Sachaussage, die bereits mit dem Begriff der „Sachentscheidungs-

voraussetzung“ einhergeht: Denn dieser impliziert, dass das Gericht überhaupt nur dann eine Entscheidung in der Sache erlassen darf, wenn sich die Klage schon als zulässig erwiesen hat – was wiederum auch der Bearbeiter einer „Richterklausur“ zu beherzigen hätte.¹³ Die Begriffsbildung beruht also gerade auf der Vorstellung, dass aus sachlogischen oder sonstigen zwingenden Gründen ein Vorrang der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung besteht. Dies wird zwar von der herrschenden Meinung im Grundsatz behauptet, ist aber keineswegs unstrittig¹⁴ und für unser Thema von besonderem Interesse. Das Problem lässt sich am besten strukturieren, indem man danach unterscheidet, ob das Gericht der Klage stattgeben (dazu II.) oder die Klage abweisen möchte (dazu III.). Einzugehen ist schließlich auch auf die Frage, auf welche sonstigen Prozesshandlungen sich die Kategorien „Zulässigkeit/Begründetheit“ sinnvollerweise noch beziehen lassen (dazu IV.).

II. Voraussetzungen einer stattgebenden Sachentscheidung

1. Überblick

Der Zivilprozess soll das materielle Recht verwirklichen, was bedeutet, dass der Kläger idealerweise nur dann über den Beklagten obsiegen wird, wenn er „im Recht“, mithin seine Klage „begründet“ ist.¹⁵ Ebenso klar erscheint freilich auch, dass die materielle Berechtigung nicht genügen kann, um (irgend-)ein Gericht dazu zu bewegen, ein stattgebendes Urteil zu erlassen; vielmehr muss die Klage ordnungsgemäß erhoben und auch ansonsten „zulässig“ sein. Mithin müssen zusätzlich gewisse Erfolgsvoraussetzungen vorliegen, die sich nicht auf den Bestand des geltend gemachten materiellen

⁸ Siehe etwa *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 160.

⁹ Beachte in diesem Sinne BGHZ 161, 145; verfassungsrechtliche Bedenken dagegen verneint BVerfG NJW 2007, 1073.

¹⁰ Denn von Zulässigkeit ist bisweilen auch dort die Rede, wo es nicht um die Kategorien zulässig/begründet geht; dazu unten IV.2. Gerade deshalb gegen den Begriff der Zulässigkeitsvoraussetzungen etwa *Becker-Eberhard* (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 2 a.E.

¹¹ Die ebenfalls gängige Bezeichnung „Sachurteilsvoraussetzungen“ erscheint demgegenüber unnötig eng; denn mit der Bezugnahme auf „Entscheidungen“ (vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 6 ZPO) wird klargestellt, dass über Sachanträge (dazu noch unten IV. 1.) bisweilen durch Beschluss statt durch Urteil entschieden wird. Vgl. § 522 Abs. 1 und 2 (Berufung), §§ 922 Abs. 1, 936 ZPO (einstweiliger Rechtsschutz).

¹² Darauf verweisen etwa *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 33 III; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 254; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2003, Rn. 253. Beachte auch *Schellhammer*, Zivilprozess, 12. Aufl. 2007, Rn. 350, der sich mit dieser Begründung gegen den „modische(n) Begriff der Sachurteilsvoraussetzung“ wendet, aber völlig ignoriert, wie überholt der von ihm bevorzugte Begriff „Prozessvoraussetzungen“ ist.

¹³ In sonstigen ZPO-Klausuren erweisen sich Zulässigkeitsfragen keineswegs zwingend als Eingangsproblem. Namentlich in einer Klausur, die aus Anwaltperspektive gestellt ist, lässt sich der für die Rechtsdurchsetzung zweckmäßige prozessuale Weg häufig erst ermitteln, wenn bereits geklärt ist, welche materiellrechtliche Position es für den Mandanten zu erreichen oder zu wahren gilt. Dazu *Braun* (Fn. 1), § 5 II. 3.; *Schumann* (Fn. 1), Rn. 27; dort in Rn. 147 ff. auch zu weiteren, in der Examenspraxis freilich selteneren Konstellationen.

¹⁴ Ausgehend von der Gegenthese, eine Abweisung der Klage als unbegründet sei auch im Falle ihrer Unzulässigkeit möglich, hält *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 2. Aufl. 1974, § 34 I., den Begriff „Sachurteilsvoraussetzungen“ für nachgerade falsch und den nach seiner Auffassung nur missverständlichen Begriff „Prozessvoraussetzungen“ für allemal vorzuzugswürdig.

¹⁵ Freilich wird auch ein materiell nicht berechtigter Kläger obsiegen, wenn sich der Beklagte unzureichend verteidigt (also etwa säumig wird) oder in Beweisnot gerät. Das Urteil ist in solchen Fällen zwar (materiellrechtlich) unrichtig, aber nicht etwa (verfahrensrechtlich) fehlerhaft, sofern das Gericht den Lebenssachverhalt, den es nach Maßgabe des Beibringungsgrundsatz seiner Entscheidung zugrunde legen muss, ordnungsgemäß erfasst und gewürdigt hat.

Rechts, sondern auf die Art und Weise seiner Geltendmachung beziehen.¹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagte den eingeklagten Anspruch anerkennt und damit zum Ausdruck bringt, ein Anerkenntnisurteil im Sinne von § 307 ZPO hinzunehmen.¹⁷

Ist die Klage erfolgreich, so wird ihr durch ein Sachurteil stattgegeben: Es wird, je nach Klage- und damit Urteilsart, der Beklagte antragsgemäß verurteilt, die beantragte Feststellung getroffen oder die beantragte Gestaltung vollzogen. Weil dies nach nahezu allgemeiner Auffassung zwingend voraussetzt, dass die Klage zulässig und begründet ist,¹⁸ stellt sich in diesem Fall – anders als bei einer Klageabweisung¹⁹ – nicht die Frage, ob der Zulässigkeitsprüfung Vorrang zukommt. Es entspricht aber ständiger Übung in Praxis und Prüfung, zunächst die als gegeben erachtete Zulässigkeit, sodann die Begründetheit darzulegen.

2. Eigenheiten der Zulässigkeitsprüfung

Was die einzelnen Voraussetzungen angeht, von denen die Zulässigkeit der Klage abhängt, mag hier der Hinweis genügen, dass diese Voraussetzungen, soweit sie nicht bereits die Ordnungsgemäßheit der Klageerhebung selbst betreffen, üblicherweise danach unterteilt werden, ob sie sich auf das Gericht beziehen (Gerichtsbarkeit, Rechtsweg, Zuständigkeit), auf die Parteien (insbesondere Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit, Prozessführungsbefugnis) oder auf den Streitgegenstand (insbesondere entgegenstehende Rechtskraft und anderweitige Rechtshängigkeit). Einzelheiten interessieren hier nicht, zumal sie in jedem gängigen Lehrbuch aus-

fürlich erläutert werden. Nicht näher erörtert werden hier auch einige Zweifelsfälle, in denen es nach wie vor Streitig ist, ob es sich überhaupt um Aspekte der Zulässigkeits- oder der Begründetheitsprüfung handelt.²⁰ Vielmehr sollen im Folgenden nur einige bedeutsame Eigenheiten der Zulässigkeitsprüfung hervorgehoben werden.

So ist die Zulässigkeit der Klage von Amts wegen zu prüfen,²¹ was insbesondere bedeutet, dass §§ 138 Abs. 3, 288 ZPO nicht gelten.²² Amtswegige Prüfung besagt aber nicht etwa Amtsermittlung (also Geltung der Untersuchungs- bzw. Inquisitionsmaxime), sondern es bleibt auch hier – wie bei der Begründetheitsprüfung – beim Beibringungsgrundsatz.²³ Nach der bislang überwiegend vertretenen Auffassung darf das Gericht bei der Zulässigkeitsprüfung, abweichend von den Regeln des sog. Strengbeweises, ohne weiteres auch auf andere als die im Gesetz ausdrücklich geregelten Beweismittel zurückgreifen; dies ist in neuerer Zeit aber fraglich geworden.²⁴ Kann das Vorliegen einer Zulässigkeitsvoraussetzung nicht geklärt werden, so geht dies zu Lasten des Klägers.²⁵ Allein im Interesse des Beklagten und daher auch nur auf dessen rechtzeitige Rüge hin sind allerdings die sog. Prozesshindernisse zu beachten;²⁶ prominentestes Prozesshindernis ist die Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO).²⁷ Zur

²⁰ Siehe beispielsweise zur Klagbarkeit des geltend gemachten Anspruchs *Musielak* (Fn. 7), Rn. 123; zu examensrelevanten Abgrenzungsfragen speziell bei der Drittwiderspruchsklage vgl. *G. Lüke/Hau*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2008, Nr. 232.

²¹ Ausdrücklich und verallgemeinerungsfähig § 56 Abs. 1 ZPO. In ihrer Allgemeinheit anerkanntermaßen missverständlich ist demgegenüber die Formulierung des § 282 Abs. 3 ZPO („Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen“); vgl. etwa *Jauernig* (Fn. 12), § 33 VII.

²² Dazu etwa *Schellhammer* (Fn. 12), Rn. 351.

²³ Klarstellend etwa *Musielak* (Fn. 7), Rn. 132.

²⁴ Beachtlich *Musielak*, in: Greger/Gleußner/Heinemann (Hrsg.), *Neue Wege zum Recht*, Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, 2006, S. 237 ff. (247 f.), unter Hinweis auf die Neuregelung von § 284 S. 2 ZPO, wonach der Freibeweis nunmehr von der Zustimmung der Parteien abhängig ist.

²⁵ Dies ist eine Frage der objektiven Beweislast, nicht der subjektiven Beweisführungslast. Dazu etwa *W. Lüke* (Fn. 7), Rn. 151.

²⁶ Wer sich für die dogmengeschichtlichen Hintergründe interessiert, stößt auch in diesem Zusammenhang auf *Oskar Bülow*, dessen Verdienst es war, die weiterreichendere ältere Lehre von den Prozesseinreden zu überwinden; beachte zur Würdigung dieser Erkenntnis wiederum *Braun* (Fn. 4), S. 3 f.

²⁷ Ebenfalls als Prozesshindernisse werden bisweilen die Einrede gebotener Ausländersicherheit (§ 110 ZPO) und die Einrede fehlender Kostenerstattung aus dem Vorprozess (§ 269 Abs. 6 ZPO) bezeichnet. Diese sind zwar in der Tat nicht von Amts wegen zu beachten, führen im Fall berechtigter Rüge aber nicht etwa zur Unzulässigkeit der Klage, sondern nur zur Anordnung der Sicherheitsleistung und allenfalls zur Fiktion der Klagerücknahme (so § 113 S. 2 ZPO) bzw.

¹⁶ Instruktiv *Grunsky* (Fn. 14), § 34 I.; beachte auch *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 242.

¹⁷ Zum Erfordernis, auch in diesem Fall die unverzichtbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen, etwa *Musielak*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO* (Fn. 6), § 307 Rn. 22, und *Rensen*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Großkommentar, 3. Aufl. 2007, § 307 Rn. 19.

¹⁸ Eine – nicht überzeugende – Ausnahme behauptet *Grunsky* (Fn. 14), § 39 I. 2. (Klagestattgabe unter Offenlassen des Rechtsschutzbedürfnisses); ablehnend etwa *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 273 Fn. 507 m.w.N. – Sogar die Möglichkeit einer Klagestattgabe, nachdem sich das Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung gezeigt hat, erwägt *Braun* (Fn. 4), S. 7 f., dort mit folgendem Beispiel: Weil das Gericht die Prozessunfähigkeit des Klägers nicht rechtzeitig erkannt hat, wurde eine Sachverhandlung durchgeführt, bei der sich die Begründetheit der Klage herausgestellt hat. Wird sodann die Prozessunfähigkeit erkannt, so ist laut *Braun* nicht einzusehen, warum das Gericht die Klage jetzt noch kostenpflichtig abweisen sollte. Ein Sachurteil zu erlassen, obwohl eine Partei (nicht unbedingt die unterliegende!) prozessunfähig ist, erscheint freilich im Lichte von § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO bedenklich. Auch das Kostenargument lässt sich zumindest entschärfen; beruht nämlich das verspätete Erkennen der Prozessunfähigkeit auf einer unrichtigen Sachbehandlung durch das Gericht, wird der Kläger durch die dadurch entstehenden Mehrkosten wegen § 21 Abs. 1 S. 1 GKG nicht belastet.

¹⁹ Dazu unten III.

Terminologie ist freilich anzumerken, dass das Präfixoid „Prozess“ hier ebenso missverständlich erscheint wie in „Prozessvoraussetzungen“.²⁸ Zudem verdeutlicht die Bezeichnung als „Hindernis“ nicht die Besonderheit im Vergleich zu den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen; denn eigentümlich ist die Einredebedürftigkeit des Zulässigkeitsmangels, nicht hingegen, dass der Zulässigkeit ein außerhalb des Prozesses entstandenes Hindernis entgegensteht.²⁹

Zeigt sich ein Zulässigkeitsmangel, so bedeutet dies nicht zwingend, dass die Klage scheitern muss. Vielmehr wird das Gericht klären, ob der Mangel geheilt bzw. beseitigt werden kann, etwa gemäß § 295 oder § 39 ZPO oder indem der Kläger seine weitere, zuvor anderweitig mit identischem Streitgegenstand erhobene Klage zurücknimmt.³⁰ Ist eine die Zulässigkeit herbeiführende Änderung der derzeitigen Umstände absehbar, bietet es sich an, dass die Parteien gemäß § 251 das vorläufige Ruhen des Verfahrens beantragen. Und auch wenn keine Heilung oder Fehlerbeseitigung möglich ist,³¹ kann der Rechtsstreit je nach Art des Mangels durchaus noch mit einem stattgebenden Sachurteil enden. So wird die im falschen Rechtsweg erhobene Klage nicht etwa abgewiesen, vielmehr von Amts wegen auf den richtigen Rechtsweg verwiesen (§§ 17a Abs. 2, 17b GVG); Entsprechendes gilt, allerdings nur auf einen rechtzeitigen Antrag des Klägers hin,³² gemäß § 281 ZPO für die beim sachlich oder örtlich unzuständigen Gericht erhobene Klage, wenn der Beklagte eine zuständigkeitsbegründende Einlassung zur Hauptsache (§ 39 ZPO) verweigert.

Besonderheiten der Zulässigkeits- im Vergleich zur Begründetheitsprüfung ergeben sich zudem hinsichtlich der Frage, in welchem Zeitpunkt die Klage zulässig sein muss.

zur Möglichkeit des Beklagten, eine Sacheinlassung zu verweigern (so § 269 Abs. 6 ZPO).

²⁸ Dazu oben I. 1.

²⁹ Letzteres ist vielmehr auch dann der Fall, wenn derselbe Streitgegenstand bereits rechtskräftig entschieden (vgl. § 322 ZPO) oder anderweitig rechtshängig (vgl. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) ist: Zwar kann man das *Fehlen* früherer Rechtskraft oder anderweitiger Rechtshängigkeit als (negative) Zulässigkeitsvoraussetzung bezeichnen, ebenso gut aber auch die frühere Rechtskraft oder die anderweitige Rechtshängigkeit – wie die vom Beklagten eingewendete Schiedsabrede – als Hindernis für die Zulässigkeit der weiteren Klage.

³⁰ Ist der Rechtsstreit hingegen bereits im Sinne von § 300 Abs. 1 ZPO entscheidungsreif, so darf das Gericht über die unzulässige Klage nicht in der Sache verhandeln, also etwa eine Beweisaufnahme durchführen, in der Erwartung, der Zulässigkeitsmangel werde bis zur letzten mündlichen Verhandlung noch behoben; klarstellend *Brehm* (Fn. 5), Rn. 261.

³¹ Vgl. BGHZ 161, 145 (150): „Aus dem allgemeinen Zivilprozeßrecht läßt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlwogenern Gründen bereits die Zulässigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen“ (dort zum Ausschluss der Nachholung des landesrechtlich vorgeschriebenen obligatorischen Güteverfahrens im Sinne von § 15a EGZPO).

³² Im Fall des § 506 ZPO genügt ein Antrag des Beklagten.

Gemäß § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO bleibt eine im Zeitpunkt der Klageerhebung (§ 253 Abs. 1 ZPO) gegebene sachliche und örtliche Zuständigkeit auch dann bestehen, wenn die für das eine oder andere erforderlichen Voraussetzungen später wegfallen (sog. *perpetuatio fori*); Entsprechendes schreibt § 17 Abs. 1 S. 1 GVG für den bei Klageerhebung eröffneten Rechtsweg vor. Diese Sonderregeln³³ sind aber nicht etwa dahingehend zu verallgemeinern, dass für die Zulässigkeitsprüfung stets der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgeblich wäre. Vielmehr ist es im Grundsatz sowohl notwendig als auch hinreichend, dass die Zulässigkeit der Klage – ebenso wie ihre Begründetheit – im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung feststeht.³⁴

Gelangt das mit einer Klage befasste Gericht zu der Einschätzung, dass sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (und der Zulässigkeit auch keine Hindernisse entgegenstehen), äußert der Beklagte aber Bedenken, so bietet es sich an, über die Zulässigkeit abgesondert zu verhandeln (§ 280 Abs. 1 ZPO) und diese gegebenenfalls vorab durch ein selbständig anfechtbares Zwischenurteil gemäß § 280 Abs. 2 S. 1 ZPO auszusprechen. Für die Rechtswegprüfung folgt die Möglichkeit bzw. das Gebot einer Vorabentscheidung aus § 17a Abs. 3 GVG.

III. Voraussetzungen einer abweisenden Sachentscheidung

Während die Klage, damit ihr stattgegeben werden kann, zulässig *und* begründet sein muss, mag man erwägen, ob ihre Abweisung, unter Offenlassen der Zulässigkeit, als „jedenfalls unbegründet“ in Betracht kommt. Auf den Punkt gebracht geht es darum, ob die Zulässigkeit der Klage nicht nur als Summe der vom Prozessrecht aufgestellten Voraussetzungen einer stattgebenden, sondern auch einer abweisenden Sachentscheidung zu begreifen ist, ob also die verbreitete Rede von den „Sachentscheidungsvoraussetzungen“³⁵ wirklich angemessen ist.³⁶ Im Folgenden soll zunächst die Fallbehandlung ausgehend von der herrschenden Vorrangthese durchgespielt (dazu 1.), sodann deren Überzeugungskraft hinterfragt (dazu 2.) und schließlich das Sonderproblem der sog. doppelrelevanten Tatsachen angesprochen werden (dazu 3.).

1. Konsequenzen der herrschenden Vorrangthese

Die traditionell herrschende, einen Vorrang der Zulässigkeitsprüfung postulierende Meinung hält die Abweisung der Klage durch ein Sachurteil als unbegründet (sog. *absolutio ab actione*) im Grundsatz nur für möglich, wenn nach der Über-

³³ Weitere Sonderregeln für den Wegfall von Zulässigkeitsvoraussetzungen finden sich in §§ 239 ff. ZPO.

³⁴ Umstritten ist, ob es dabei auf die letzte mündliche Verhandlung in der letzten *Tatsacheninstanz* ankommt; dazu etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 5), § 93 Rn. 37 ff.; *Schilken* (Fn. 12), Rn. 333; *Becker-Eberhard* (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 16.

³⁵ Siehe oben I. 2.

³⁶ Pointiert *Lindacher*, ZJP 90 (1977), 131.

zeugung des Gerichts ihre Zulässigkeit feststeht³⁷ – mit anderen Worten: wenn sämtliche Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Ausgeschlossen ist damit eine Abweisung als „jedenfalls unbegründet“, aber auch als „unzulässig und unbegründet“. Beides, so sagt man, verstoße gegen das „Vorgriffsverbot“.³⁸

Fehlt auch nur eine relevante Zulässigkeitsvoraussetzung (oder steht der Zulässigkeit ein Hindernis entgegen), und kann dieser Mangel nicht beseitigt werden,³⁹ so wird die Klage durch ein sog. Prozessurteil als unzulässig abgewiesen (sog. *absolutio ab instantia*).⁴⁰ Dabei geht die neuere Prozesslehre davon aus, dass dem Gericht keine feste Prüfungsrangfolge „kraft Natur der Sache“ vorgegeben ist.⁴¹ Hegt das Gericht in mehrfacher Hinsicht Zweifel an der Zulässigkeit der Klage, so kann es einen (oder auch mehrere) dieser Punkte herausgreifen und darlegen, warum die Klage nach seiner Auffassung bereits daran scheitern muss. Orientieren wird sich das Gericht dabei an dem jeweiligen Begründungs- bzw. Beweisaufwand, richtigerweise aber vor allem an dem Ziel,

möglichst geringe Präjudizien für etwaige Folgeprozesse zu schaffen.⁴²

Übertragen auf die Examenssituation bedeutet dies, dass Ausführungen zur Begründetheit der als unzulässig erkannten Klage in der Richterklausur allenfalls noch in einem Hilfsgutachten möglich (je nach Bearbeitervermerk dann aber auch geboten) sind.⁴³ Anders als ein Gericht, wird sich der Klausurbearbeiter freilich nicht damit begnügen, die Unzulässigkeit der Klage auf irgendeine endgültig fehlende Zulässigkeitsvoraussetzung zu stützen, sondern sich mit allen ersichtlich problematischen Zulässigkeitsfragen (aber eben nur mit diesen) auseinandersetzen. Auch wenn man den Gerichten, wie erwähnt, grundsätzlich keine feste Prüfungsrangfolge vorschreiben will, gibt es doch erwägenswerte Anleitungen für eine klausurtaktisch geschicktes „Abarbeiten“ der einzelnen Punkte.⁴⁴

Greift der Kläger das Urteil, das seine Klage als unzulässig abweist, nicht mit Rechtsmitteln an, so erwächst es in materielle Rechtskraft. Dabei besteht, was die Wirkung der materiellen Rechtskraft angeht, kein Unterschied zwischen Prozess- und Sachurteil; jeweils eigens zu bestimmen sind nur Gegenstand und Umfang dieser Wirkung.⁴⁵ So kann eine neue Klage mit identischem Streitgegenstand erhoben werden, wenn der prozessuale Mangel nachträglich beseitigt worden ist. Die materielle Rechtskraft des negativen Prozessurteils bezieht sich also auf die konkret verworfene Art und Weise der Rechtsverfolgung, und auch dies – nach allgemeinen Regeln – allein im Rahmen desselben Streitgegenstands.⁴⁶ Das mit der neuen Klage befasste Gericht darf diese freilich unter Berufung auf einen anderen Mangel abweisen, der bereits im Zeitpunkt des Vorprozesses vorhanden, dort aber nicht zur Sprache gekommen war.⁴⁷

Hat das erstinstanzliche Gericht die Klage, abweichend von den soeben referierten Grundsätzen, als unzulässig und unbegründet abgewiesen, so werden seine Ausführungen zu Letzterem überwiegend als bloße obiter dicta gewertet; materielle Rechtskraftbindung entfaltet das Urteil dann zwar hinsichtlich der Zulässigkeit, nicht aber hinsichtlich der Begründetheit.⁴⁸ Ist die Zulässigkeit in dem klageabweisenden Sachurteil offen geblieben, so bezieht sich dessen materielle Rechtskraft nach vorzugswürdiger Auffassung – nur bzw.

³⁷ S. zu diesem Grundsatz aus neuerer Zeit: *Becker-Eberhard* (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 3, 19; *A. Blomeyer*, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*, 2. Aufl. 1985, § 39 II. 4.; *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 265 ff.; *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, Kommentar, 26. Aufl. 2007, vor § 253 Rn. 10; *Jauernig* (Fn. 12), § 33 V. 4.; *Musielak* (Fn. 7), Rn. 137 f.; *ders.* (Fn. 17), § 300 Rn. 6; *Reichold* (Fn. 7), vor § 253 Rn. 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 5), § 93 Rn. 45 ff.; *Saenger* (Fn. 7), vor §§ 253-494a Rn. 9; *Schellhammer* (Fn. 12), Rn. 353; *Schilken* (Fn. 12), Rn. 335; *Schumann* (Fn. 1), Rn. 228 f.; *Zeiss/Schreiber* (Fn. 12), Rn. 264 ff. Beachte aus der Rechtsprechung nur BGH NJW 2000, 738 m.w.N. Monographische Verteidigung dieser h.M. bei *Sauer*, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß, 1974, dort m.w.N. zum älteren Schrifttum.

³⁸ So die Terminologie bei *J. Blomeyer*, ZZP 81 (1968), 20 (31, 36 f.).

³⁹ Das gilt etwa, wenn ein landesrechtlich vorgeschriebenes obligatorisches Güteverfahren im Sinne von § 15a EGZPO nicht bereits vor Klageerhebung durchgeführt worden ist; siehe BGHZ 161, 145.

⁴⁰ So verhält es sich grundsätzlich auch, wenn eine nicht nachholbare Prozessvoraussetzung im engeren Sinne (dazu oben I. 1.) fehlt, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht diesen Mangel von vornherein oder erst bemerkt, nachdem die Klage zugestellt worden ist. Eine Ausnahme gilt allerdings für eine Klage, die entgegen § 12 Abs. 1 GKG ohne vorherige Einzahlung des Prozesskostenvorschusses zugestellt wurde, denn dieser Umstand berührt die Zulässigkeit nicht, rechtfertigt also keine Klageabweisung; klarstellend *Schilken* (Fn. 12), Rn. 256.

⁴¹ Zum Streitstand etwa *A. Blomeyer* (Fn. 37), § 39 III.; *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 262 ff.; *Grunsky* (Fn. 14), § 34 II. 3. sowie § 34 III. 3., wonach sich „vom Zweck der verschiedenen Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse her [...] für fast jedes von ihnen eine absolute Vorrangigkeit vertreten“ lässt.

⁴² Dazu *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 264.

⁴³ Dazu *Braun* (Fn. 1), § 5 II. 2.; *Schumann* (Fn. 1), Rn. 28, 148.

⁴⁴ Lesenswert *Schumann* (Fn. 1), Rn. 225 ff., dort auch zu klausurtaktischen Erwägungen („dramatische Methode“); beachte auch *Musielak* (Fn. 7), Rn. 135 f.

⁴⁵ Klarstellend *Jauernig*, in: Lücke (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum siebzigsten Geburtstag, 1976, S. 289 (292 f.).

⁴⁶ Näher etwa *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 6), § 322 Rn. 27, 172.

⁴⁷ *Musielak*, in: *ders.* (Fn. 7), § 322 Rn. 44; *Vollkommer*, in: *Zöller* (Fn. 37), § 322 Rn. 2.

⁴⁸ So *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze* (Fn. 17), § 322 Rn. 156; *Gottwald* (Fn. 46), § 322 Rn. 175; *Musielak* (Fn. 47), § 322 Rn. 46.

immerhin – auf die Begründetheitsprüfung.⁴⁹ Keinerlei Rechtskraft wird hingegen entfaltet, wenn im Urteil offen bleibt, ob die Klage als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen wurde.⁵⁰

2. Überzeugungskraft und Grenzen der Vorrangthese

Die Erfahrung lehrt, dass sich ein kritisches Hinterfragen einer ganz herrschenden Meinung stets dann lohnt, wenn sie von ihren Vertretern entweder überhaupt nicht mehr oder mit recht unterschiedlichen Argumenten begründet wird. Dies gilt auch für die These vom Vorrang der Zulässigkeitsprüfung bzw. vom Vorgriffsverbot. So führt es kaum weiter, wenn zur Verteidigung auf den „sich aus der Natur der Sache ergebende[n] Stufenaufbau des Prozesses“⁵¹ verwiesen, ein „Ordnungsprinzip, über das der Gesetzgeber nicht unbeschränkt verfügen kann“,⁵² behauptet oder an das Rechtsgefühl appelliert wird.⁵³ Auch der gängige Hinweis, dass sich Prozess- und Sachurteil hinsichtlich der materiellen Rechtskraft unterscheiden,⁵⁴ geht entweder fehl (weil auch Prozessurteile materielle Rechtskraft entfalten⁵⁵) oder greift zu kurz (weil nicht dargelegt wird, warum dem Kläger eine eventuell weiterreichende Rechtskraftwirkung einer Sachabweisung nicht zugemutet werden kann).

Weitaus gewichtiger ist hingegen das Argument, dass den einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen wichtige Schutzfunktionen zukämen, die im Interesse der Gerechtigkeit eingehalten werden müssten,⁵⁶ und dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen verfassungsrechtliche Vorgaben wie das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) konkretisierten;⁵⁷ als bedeutsam erachtet man dabei Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im gesamten Bereich des Rechtsweg- sowie Zuständigkeitsrechts und Art. 103 Abs. 1 GG vor allem hinsichtlich der Prozessfähigkeit sowie der ordnungsgemäßen Vertretung. Gewisse Rückschlüsse auf den Vorrang von Zulässigkeitsvoraussetzungen wird man ferner dort ziehen können, wo das

Gesetz für den Fall ihres Fehlens sogar die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens vorsieht (vgl. § 579 Abs. 1 Nr. 4 und § 580 Nr. 7 lit. a ZPO).

Gerade solche Überlegungen entkräften durchaus die radikale Gegenthese, dass alle prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Erfolgsvoraussetzungen der Klage untereinander gleichrangig seien.⁵⁸ Sie richten sich jedoch nicht von vornherein gegen eine differenzierende Betrachtung der einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen dahingehend, ob sie jeweils ein Vorgriffsverbot auslösen sollen oder eben nicht.⁵⁹ Aus heutiger Sicht erscheint das Werben für eine solche differenzierende Betrachtung freilich schon kraft des Beharrungsvermögens der traditionell herrschenden Vorrangthese zwar ad acta gelegt,⁶⁰ kaum aber wirklich widerlegt. Bei dem pauschalen Festhalten an der Vorrangthese dürfte es sich, sofern diese nicht hinsichtlich einzelner Zulässigkeitsvoraussetzungen auf Sachgründe zurückgeführt werden kann, letztlich um eine bloße Praktikabilitätsabwägung handeln. Allerdings hat solche Beharrlichkeit gerade im Verfahrensrecht, das auf ein Höchstmaß an Praktikabilität angewiesen ist, auch manches für sich: Von einer verfestigten Rechtspraxis sollte man eben nicht ohne Not, sondern nur dann abrücken, wenn dies entweder aus vorrangigen Rechtsgründen geboten ist (was hier kaum der Fall sein dürfte) oder wenn sich eine abweichende Praxis aus Gründen der Prozessökonomie wirklich lohnt.

Dies wiederum relativiert die praktische Bedeutung und damit auch die Attraktivität der differenzierenden Gegenansicht; denn normalerweise sind Zulässigkeitsmängel kaum einmal schwieriger bzw. aufwändiger zu belegen als das Fehlen materiellrechtlicher Erfolgsvoraussetzungen der Klage.⁶¹ Und hinsichtlich derjenigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, bei denen das einerseits nicht nur ganz ausnahmsweise anders ist und andererseits ersichtlich keine höherrangigen Gründe für eine zwingende Vorwegprüfung sprechen, räumt auch die heute herrschende Meinung durchaus Ausnahmen vom Vorrangprinzip ein. Zu den weithin anerkannten Ausnahmen werden meist die Klagbarkeit, das Rechtsschutzbe-

⁴⁹ Büscher (Fn. 48), § 322 Rn. 156; Gottwald (Fn. 46), § 322 Rn. 175; Musielak (Fn. 47), § 322 Rn. 46. Strenger (keinerlei Rechtskraft): Brehm (Fn. 5), Einl. Rn. 271; Vollkommer (Fn. 47), vor § 322 Rn. 43.

⁵⁰ Büscher (Fn. 48), § 322 Rn. 156; Brehm (Fn. 5), Einl. Rn. 271.

⁵¹ Siehe Becker-Eberhard (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 3 a.E.

⁵² Wiederum Becker-Eberhard (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 3.

⁵³ Unter anderem darauf verweisen Zeiss/Schreiber (Fn. 12), Rn. 266, und führen ein Beispiel an, das allenfalls als argumentum ad absurdum taugt: „Unser Rechtsgefühl rebelliert nicht von ungefähr, wenn ein Verwaltungs- oder Finanzgericht etwa eine Scheidungsklage als *jedenfalls unbegründet* abweist.“

⁵⁴ Statt mancher Schellhammer (Fn. 12), Rn. 353.

⁵⁵ Dazu schon oben II. 2.

⁵⁶ Ausdrücklich Musielak (Fn. 17), § 300 Rn. 6.

⁵⁷ So die weitere Argumentation etwa bei Zeiss/Schreiber (Fn. 12), Rn. 266; Becker-Eberhard (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 3. Sehr kritisch zu dieser Argumentationslinie aber Lindacher, ZJP 90 (1977), 131 (135 ff.).

⁵⁸ Grundlegend Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, S. 101 ff.

⁵⁹ Dafür plädieren Grunsky (Fn. 14), § 34 III.; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 227 ff.; Lindacher, ZJP 90 (1977), 131; Olroth, Jura 1970, 708; beachte ferner die an diesem Beispiel orientierte Analyse juristischer Prüf- und Beweisabkürzungsstrategien von Grundmann, ZJP 100 (1987), 33 (35 ff.). Aufgeschlossen aus neuerer Zeit Braun (Fn. 4), S. 5 ff., der freilich vor allem eine Differenzierung danach erwägt, ob das Sachurteil zu Lasten des Klägers oder des Beklagten gehen soll.

⁶⁰ Bezeichnend Becker-Eberhard (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 3: „Der Versuch, diesen traditionellen Grundsatz [...] zu erschüttern, [...] ist zu Recht gescheitert. Er hat nur vorübergehend die Praxis irritiert.“

⁶¹ Ebenso die Einschätzung von Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 5), § 89 Rn. 39, dort zum Rechtsschutzbedürfnis.

dürfnis sowie das Feststellungsinteresse gezählt.⁶² Diese Zulässigkeitsvoraussetzungen, die bisweilen unter dem (nicht sonderlich ausdrucksstarken) Oberbegriff „Rechtsschutzvoraussetzungen“ zusammengefasst werden,⁶³ sollen ausnahmsweise offen bleiben können, wenn die Klage ohnehin aus sonstigen Sachgründen abzuweisen ist. Keine Durchbrechung des Vorrangprinzips soll hingegen namentlich für die Prozessführungsbefugnis möglich sein.⁶⁴

3. Sonderproblem: Doppelrelevante Tatsachen

Wenigstens hingewiesen sei noch auf das den soeben genannten Ausnahmen ähnelnde Sonderproblem der doppelrelevanten Tatsachen, das vor allem im Zusammenhang mit der örtlichen und internationalen Zuständigkeit begegnet. Als Beispiel diene eine im Deliktsgerichtsstand (§ 32 ZPO) erhobene, auf eine angebliche unerlaubte Handlung des Beklagten gestützte Leistungsklage, wobei das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass der Beklagte die ihm vorgeworfene unerlaubte Handlung nicht begangen hat, und zwar weder im Gerichtsbezirk noch anderenorts. Es fehlt damit prima facie sowohl an der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts (sofern sich der Beklagte nicht rügelos einlässt, § 39 ZPO) als auch an einer materiellrechtlichen Erfolgsvoraussetzung der Klage.⁶⁵ Gleichwohl soll in dieser Konstellation eine Abweisung als unbegründet möglich und geboten sein, damit der Beklagte von der weiterreichenden Rechtskraft des Sachurteils profitiert.⁶⁶ Ermöglicht wird dies durch den Kunstgriff, dass man für die Zuständigkeit bereits die klägerische Behauptung

⁶² So *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 273 f. m.w.N.; *Musielak* (Fn. 17), § 300 Rn. 6; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 5), § 93 Rn. 48; *Schilken* (Fn. 12), Rn. 335. Enger *Greger*, in: *Zöller* (Fn. 37), vor § 253 Rn. 10 (Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse). Wiederum etwas anders *Becker-Eberhard* (Fn. 6), vor §§ 253 ff. Rn. 19 (Rechtsschutzbedürfnis, Feststellungsinteresse und Verbandsklagebefugnis, nicht hingegen Klagbarkeit). Aus der neueren Rechtsprechung beachte etwa BGH NJW 2006, 1124, dort zum Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses.

⁶³ Vgl. etwa *Brehm* (Fn. 5), Einl. Rn. 273 f.; *Musielak* (Fn. 17), § 300 Rn. 6. – Um Sachverhandlungs- und Sachentscheidungsbedingungen handelt es sich, nimmt man diese Begrifflichkeit wirklich ernst, gerade nicht; vgl. bereits oben I. 2.

⁶⁴ Klarstellend BGH NJW 2000, 738 (739): Die gewillkürte Prozessstandschaft sei eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung, ohne deren Feststellung auch nicht aus Gründen der Prozessökonomie in der Sache entschieden werden dürfe.

⁶⁵ Ähnliche Probleme stellen sich ferner im arbeitsgerichtlichen Verfahren bezüglich der Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen von § 2 ArbGG; dazu instruktiv etwa *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, Rn. 853 ff.

⁶⁶ Dafür aus dem Schrifttum etwa *H. Roth*, in: *Stein/Jonas* (Fn. 5), § 1 Rn. 24 ff.; *Schumann* (Fn. 1), Rn. 211; *Vollkommer* (Fn. 47), § 12 Rn. 14; alle m.w.N., auch zur Rechtsprechung. Ablehnend für die internationale Zuständigkeit neuerdings *Mankowski*, IPRax 2006, 454.

einer unerlaubten Handlung im Gerichtsbezirk genügen lässt, den Wahrheitsgehalt dieser Behauptung aber erst im Rahmen der Begründetheit prüft. Der Sache nach geht es freilich doch um ein Überspringen der Zulässigkeitsebene.⁶⁷ Dies ist im Lichte der herrschenden Vorrangthese durchaus bemerkenswert, zumal hingenommen wird, dass das Gericht, dessen Zuständigkeit sich nicht erwiesen hat, ein Sachurteil erlässt – obwohl doch namentlich das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), wie gesehen, als erwägenswerter Ansatzpunkt für das Vorgriffsverbot im Bereich des Zuständigkeitsrechts angeführt wird. Und auch die Überlegung, den Beklagten ein für allemal vor weiteren Klagen schützen zu wollen,⁶⁸ überzeugt nicht recht, wenn man berücksichtigt, dass sich dieser gerade nicht rügelos auf das Verfahren eingelassen hat.

IV. Zulässigkeit und Begründetheit sonstiger Prozesshandlungen

1. Anträge

Nach gängiger Terminologie passen die Kategorien „Zulässigkeit/Begründetheit“ von vornherein nur für eine besondere Gruppe einseitiger Parteiprozesshandlungen, nämlich für die sog. Anträge. Für diese ist charakteristisch, dass die Partei das Gericht auffordert, eine inhaltlich bestimmte Entscheidung zu erlassen, und zwar entweder in der Sache (Sachanträge), also hinsichtlich des geltend gemachten materiellen Rechts, oder zu einer prozessualen Vorfrage (Prozessanträge).⁶⁹ Prominentester Sachantrag ist die Klage, mit der das Gericht vom Kläger zum Erlass des gewünschten Urteils veranlasst werden soll (vgl. §§ 253, 308 Abs. 1 ZPO); sie stand, entsprechend ihrer herausragenden (examens-)praktischen Bedeutung, im Mittelpunkt der bisherigen Überlegungen. Hierher gehören aber etwa auch die Widerklage des Beklagten, der Antrag auf Erlass eines Mahn- oder Vollstreckungsbescheids (§§ 688, 690, 699 ZPO) oder das Ersuchen um eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 920, 936 ZPO).

Zu den Sachanträgen zählen zudem die Rechtsmittel, die ein höherinstanzliches Gericht dazu veranlassen sollen, eine Entscheidung zu korrigieren. Wenngleich echte Rechtsmittelklausuren in der Juristenausbildung eher selten begegnen,

⁶⁷ Man beachte den Unterschied zu den sog. Rechtsschutzvoraussetzungen (Klagbarkeit, Rechtsschutzbedürfnis, Feststellungsinteresse): dort kann eine Zulässigkeitsvoraussetzung offen bleiben, weil ohnehin eine materiellrechtliche Erfolgsvoraussetzung fehlt; hier hingegen wird ein Mangel bei der Zulässigkeitsprüfung zunächst übergangen und derselbe (mithin: doppelrelevante) Mangel dem Kläger sodann auf der Begründetheitsebene zum Verhängnis.

⁶⁸ Nachdrücklich zum angestrebten Beklagtenchutz vor allem *H. Roth* (Fn. 66), § 1 Rn. 30 f. Das Potential zum Beklagtenchutz bestreitet hingegen *Mankowski*, IPRax 2006, 454 (456 ff.).

⁶⁹ Man denke beispielsweise an den Antrag, einen weiteren Termin anzuberaumen oder den Rechtsstreit an ein anderes Gericht zu verweisen (vgl. § 281 ZPO).

ist es hilfreich, sich im Zusammenhang mit den Kategorien „Zulässigkeit/Begründetheit“ einige Besonderheiten der Rechtsmittelprüfung vor Augen zu führen. Um zulässig zu sein, muss ein Rechtsmittel überhaupt statthaft (vgl. für die Berufung § 511 ZPO), außerdem formgerecht (§§ 519 f. ZPO) und fristgerecht (§§ 517 f. ZPO) erhoben sowie begründet worden (§ 520 ZPO) und der Rechtsmittelführer beschwert sein.⁷⁰ Auch wenn dies in §§ 522 Abs. 1, 552 Abs. 1 ZPO nicht eigens hervorgehoben wird, ist das Rechtsmittel aber beispielsweise – wie eine Klage – auch dann unzulässig, wenn sich der Rechtsmittelführer keines Anwalts bedient (vgl. § 78 Abs. 1 ZPO).⁷¹ Um Missverständnisse zu vermeiden, sei betont, dass die Begründung des Rechtsmittels ebenso wenig mit dessen Begründetheit verwechselt werden darf wie die Zulassung des Rechtsmittels (stets erforderlich für die Revision §§ 543, 544 ZPO, für die Berufung hingegen nur gemäß § 511 Abs. 2-4 ZPO) mit dessen Zulässigkeit; vielmehr sind Begründung und Zulassung nur Teilaspekte der Zulässigkeitsprüfung. Ferner darf man sich nicht davon verwirren lassen, dass Zulässigkeitsfragen plötzlich im Rahmen der Begründetheitsprüfung auftreten: Das statthafte und zulässige Rechtsmittel des in der Vorinstanz (teilweise) unterlegenen Klägers ist begründet, soweit die Klage zulässig und begründet ist; das statthafte und zulässige Rechtsmittel des in der Vorinstanz (teilweise) unterlegenen Beklagten ist begründet, soweit die Klage unzulässig oder unbegründet ist. Erweist sich das Rechtsmittel als nicht statthaft oder ansonsten unzulässig, so wird es nicht „abgewiesen“, sondern „als unzulässig verworfen“ (vgl. §§ 522 Abs. 1 S. 2, 552 Abs. 1 S. 2 ZPO); ist es unbegründet, so wird es „zurückgewiesen“ (vgl. §§ 522 Abs. 2, 552a ZPO).⁷² Dabei wird, wie bei der Klage,⁷³ unterschiedlich beurteilt, ob bzw. inwieweit die Zulässigkeits- der Begründetheitsprüfung vorgehen muss.⁷⁴

2. Sonstige Prozesshandlungen

Bei den soeben erörterten Anträgen handelt es sich um die wichtigste Teilgruppe der sog. Erwirkungshandlungen.⁷⁵ Zu diesen zählt man ferner die Angriffs- und Verteidigungsmittel, also die Behauptungen des Klägers bzw. das Bestreiten oder sonstige Behauptungen des Beklagten, sowie den Beweisanzug (vgl. etwa §§ 371, 373, 403 ZPO). Auch diesbezüglich ist bisweilen von „Zulässigkeit“ die Rede, so etwa in

§ 138 Abs. 4 ZPO hinsichtlich der Frage, welche Erklärungen mit Nichtwissen bestritten werden können.⁷⁶ Das ist aber irreführend, denn solche sonstigen Erwirkungshandlungen sind, sofern „zulässig“, nicht etwa auf ihre Begründetheit hin zu überprüfen, sondern der Entscheidung bzw. dem weiteren Vorgehen des Gerichts zugrunde zu legen.

Ähnlich verhält es sich mit den sog. Bewirkungshandlungen, also Parteiprozesshandlungen, die überhaupt keine Entscheidung des Gerichts herbeiführen („erwirken“), sondern unmittelbar eine Umgestaltung der prozessualen Rechtslage „bewirken“. Beispiele sind die Klagerücknahme (§ 269 ZPO) oder der Einspruch gegen das erste Versäumnisurteil (§§ 338 ff. ZPO): Erstere beseitigt die Rechtshängigkeit der Klage, Letzterer versetzt den Prozess in die Lage zurück, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand. Auch diesbezüglich ist bisweilen von Zulässigkeit die Rede (vgl. § 342 ZPO), doch auch dies wiederum nicht in dem Sinne wie im Falle eines Antrags, sondern eher untechnisch wie in § 138 Abs. 4 ZPO.

Systematisch sinnvoller wäre es, solche Bewirkungshandlung von vornherein nicht als „zulässig“ oder „unzulässig“, sondern als „wirksam“ (und demzufolge „beachtlich“) oder „unwirksam“ (und demzufolge „unbeachtlich“) zu bezeichnen.⁷⁷ Dass sich die ZPO indes wenig um dogmatische Stimmigkeit schert, sondern im Zweifel mehr Wert darauf legt, im Interesse der Parteien eine Klärung der Rechtslage zu ermöglichen, zeigt sich in diesem Zusammenhang ferner daran, dass auch im Falle der Klagerücknahme ein (deklaratorischer) Beschluss in Betracht kommt (§ 269 Abs. 4, 3 ZPO) und dass ein „unzulässiger“ Einspruch nicht etwa als unbeachtlich zu ignorieren, sondern gemäß § 341 Abs. 1 S. 2 ZPO eigens zu verwerfen ist. Und nach alledem wird man sich kaum noch wundern, dass die ZPO die Kategorie der „Zulässigkeit“ gelegentlich sogar im Hinblick auf Prozessverträge wie die Prorogation bemüht (vgl. §§ 38 Abs. 3, 40 Abs. 2 ZPO) oder wenn von der „Zulässigkeit eines Urteils“ – also einer gerichtlichen Prozesshandlung – die Rede ist.⁷⁸

⁷⁰ Einführend dazu zuletzt *Schreiber*, Jura 2007, 750. Näher zur Beschwer als ungeschriebener Zulässigkeitsvoraussetzung etwa *Schilken* (Fn. 12), Rn. 873 ff.

⁷¹ Klarstellend etwa *Ball*, in: Musielak (Fn. 7), § 522 Rn. 3.

⁷² Davon wiederum zu unterscheiden ist das „Zurückverweisen“ der Sache im Falle eines zulässigen und begründeten Rechtsmittels, vgl. § 538 Abs. 2 ZPO.

⁷³ Dazu oben III.

⁷⁴ Zum Streitstand *Rimmelspacher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, vor §§ 511 ff. Rn. 10; BGH NJW-RR 2006, 1346 (1347 f.).

⁷⁵ Grundlegend zu dieser Terminologie (und zu den sogleich hier behandelten Fragen): *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925, S. 364 ff.

⁷⁶ Vgl. ferner etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 5), § 64 Rn. 12 und § 109 Rn. 31, dort zur Unzulässigkeit infolge Verspätung gemäß §§ 296, 296a ZPO.

⁷⁷ Nachdrücklich aus dem neueren Schrifttum *Schumann* (Fn. 1), Rn. 234, der das Bezeichnen von Bewirkungshandlungen als zulässig bzw. unzulässig für schlechterdings „falsch“ hält (vgl. aber auch ebenda in Fn. 234).

⁷⁸ Vgl. nur BGH ZIP 2007, 1717, dort zur „Zulässigkeit eines Teilverurteils“ (bei Hilfsaufrechnung und Widerklage mit identischem Gegenanspruch). Beachte aber auch schon die Beispiele bei *Goldschmidt* (Fn. 75), S. 370.