

Dem *Verwaltungsrat bei der Kommission der EWG* Dr. Peter Ulmer wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung verliehen. Er erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Schiffsrecht an der Universität Hamburg.

Kiel

Professor Dr. Wolfgang Münzberg erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Römisches und Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Tübingen. Landeszulieferungsminister Dr. Harry Rohner-Kühmann wurde zum Honorarprofessor für Sozialversicherungsrecht ernannt.

Köln

Dem *wis. Assistenten* Dr. Klaus Adomeit wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Allgemeine Rechtslehre verliehen. Professor Dr. Dr. Dr. Hans-Carl Nipperdey, emeritierter Ordinarius für Deutsches und Bürgerliches Recht, Handels- sowie Arbeitsrecht, ist am 21. 11. 1966 im 74. Lebensjahr verstorben.

Professor Dr. Dr. Dietrich Priesen, Universitäts-Markting, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht, angenommen. Professor Dr. Bernhard Räßfeld, Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und deutsche Rechtsgeschichte, ist am 20. 10. 1968 im 66. Lebensjahr verstorben.

Mainz

Dem *wis. Assistenten* Dr. Othmar Ballweg wurde die *venia legendi* für die Fächer Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie verliehen. Dem *wis. Assistenten* Dr. Helmut Köllinger wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Zivilprozessrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Allgemeines Verfassungsrecht verliehen.

Professor Dr. Peter Noll erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Staatsrecht und Prozessrecht an der Universität Zürich und einen Ruf auf den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozess und Rechtsphilosophie an der Universität Frankfurt.

Professor Dr. Peter Schneider, Ordinarius für Öffentliches Recht, wurde zum Rektor der Universität Mainz für das Amtsjahr 1969/70 gewählt.

Rechtswissenschaftler Dr. Gerd Schwaiblmair, Wiesbaden, wurde zum Honorarprofessor für Gewerblichen Rechtsschutz ernannt.

Mannheim

Privatdozent Dr. Michael Kohler, Universität München, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Zivilrecht und Deutsche Rechtsgeschichte angenommen.

Marburg

Privatdozent Dr. Hans G. Lauer, Universität Freiburg, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht (Privatrecht) angenommen.

Privatdozent Dr. Heinrich Mauser, Universität Tübingen, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht II angenommen.

München

Privatdozent Dr. Axel v. Campenhausen, Universität Göttingen, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht sowie Staats- und Verwaltungsrecht, an der Universität angenommen.

Professor Dr. Sigmund Gagarin hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Rechtsgeschichte an der Universität Lund abgelehnt.

Die dem Privatdozenten Dr. Apostolos Georgiades erteilte *venia legendi* wurde auf das Fach Zivilprozessrecht ausgedehnt. Dem *wis. Assistenten* Dr. Günther Gramann wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung verliehen.

Professor Dr. Arthur Kaufmann, Universitäts-Straßenrecht, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Einführung in die Rechtswissenschaft an der Universität angenommen.

Professor Dr. Werner Lorenz erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der Universität Hamburg. Privatdozent Dr. Werner Röhler wurde zum außerplanmäßigen Professor ernannt.

Professor Dr. Hans Spanier erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Salzburg.

Dem *wis. Assistenten* Dr. Heinz Ziegler wurde die *venia legendi* für die Fächer Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie verliehen.

Münster

Rechtswissenschaftler Dr. Volker Emmerich wurde die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht einschließlich Europarecht und Prozessrecht verliehen.

Regensburg

Der außerplanmäßige Professor Dr. Prokomo Drogoman, Universität Heidelberg, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht angenommen.

Saarbrücken Dem Akademischen Rat Dr. Hans-Ernst Folz wurde die *venia legendi* für die Fächer Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Völkerrecht verliehen.

Professor Dr. Wilhelm Karl Geß hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht und Rechtsphilosophie, an der Universität München abgelehnt.

Professor Dr. Gerhard Lohr hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Römisches und Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Tübingen abgelehnt.

Salzburg

Professor Dr. Theo Mayer-Maly erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht an der Universität Wien. Privatdozent Dr. Fritz Rohler erhielt einen Ruf auf den außerordentlichen Lehrstuhl für Römisches Recht an der Universität Innsbruck.

Speyer

Professor Dr. Franz Köppl erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Universität Würzburg.

Dr. Frido Wiegand, Disseldorf, wurde die *venia legendi* für die Fächer Öffentliches Recht und Verwaltungslehre verliehen.

Stuttgart

Professor Dr. Rolf Serck, Heidelberg, wurde zum Honorarprofessor für Handelsrecht ernannt.

Tübingen

Dem *wis. Assistenten* Dr. Albin Eber M. C. J. wurde die *venia legendi* für die Fächer Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung verliehen.

Dem Akademischen Rat Dr. Günther Kaiser wurde die *venia legendi* für die Fächer Strafrecht und Kriminologie verliehen.

Professor Dr. Dieter Medicus erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Universität Regensburg.

Staatspräsident Norbert Bläsi, Oberlandesgericht Stuttgart, wurde zum Honorarprofessor ernannt. Rechtsanwalt Dr. h. c. Herbert Schneider, Karlsruhe, wurde zum Honorarprofessor ernannt.

Professor Dr. Wolfgang Zöllner, Universität Köln, hat den Ruf auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht angenommen.

Wien

Professor Dr. Walter Selb erhielt einen Ruf auf den Lehrstuhl für Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht an der Universität Heidelberg.

Würzburg

Professor Dr. Walter Goutlin, Ordinarius für politische Wissenschaft, ist am 10. 12. 1966 verstorben.

# Juristische Schulung

ZEITSCHRIFT FÜR STUDIUM UND AUSBILDUNG

PROFESSOR DR. GERHARD LÖWE, SAARBRÜCKEN  
Zum zivilprozessualen Klagensystem

HERAUSGEBER

Professor Dr. Hermann Löwe  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Götz  
Rechtswissenschaftler Dr. Heavut Mischen  
Landgerichtsrat Karl G. Drußner

SCHRIFTFÜHRUNG  
Dr. Hermann Weber

9. Jahrgang · Juli 1969 · Heft 7

Aufsätze

1. Die im deutschen Recht übliche, für den Zivilprozess entwickelte Einteilung der denkbaren Klageformen ist die in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen<sup>1</sup>. Hierbei handelt es sich um die Prototypen der Klageformen, die demgemäß nicht auf den zivilprozessualen Bereich beschränkt sind, sondern zumindest für alle Verfahrensstadien Bedeutung haben, in denen die Dispositionsmaxime gilt. Als Beispiel sei der Verwaltungsprozess erwähnt, für den heute Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen selbstverständlich sind.

1. Die Grundform aller Klagearten ist die Feststellungsklage. Sie tritt regelmäßig auf die nichtrechtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ab und führt folglich im Falle ihrer Begründetheit nur zu der bestrittenen Feststellung. Das der Klage stiftende Urteil bildet also - von der Kostenentscheidung abgesehen - keinen Vollstreckungstitel. Darin unterscheidet es sich vom Leistungsurteil, für das der Leistungsbefehl wesentlich ist. Feststellungsurteile sind auch alle Klageabweisenden Urteile; denn aus der Art der erhobenen Klage darf nicht auf den Inhalt des ergehenden Urteils geschlossen werden. Inhalt der Klage und Inhalt des Urteils decken sich nur bei stützbefehlenden Urteilen.

Die unterschiedliche Form des begehrten Rechtsschutzes - Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung einesorts, richterliche Feststellung andererseits - bildet auch den Ansatz für die Beantwortung der Frage, ob Feststellungs- und Leistungsklagen nebeneinander erhoben werden können, falls Rechtsbehauptung und Lebensvorgang, aus dem der Kläger sein angeblich bestehendes Recht herleitet, identisch sind. Bei Antrag der Kläger die Verurteilung des Beklagten z. B. zur Rückzahlung der Darlehenssumme, so scheint seine daneben erhobene Klage auf Feststellung des Bestehens seiner Darlehensforderung an der Rechtsabgrenzung. Der Streitgegenstand der Leistungsklage umfasst den der Feststellungsklage; zwischen beiden Klagen besteht eine Teilidentität, wobei die

1) Legt man der Einteilung den Inhalt der vom Kl. angestrebten Rechtsbehauptung des Gerichts zugrunde, wie es in der Lit. üblich ist, so ergeben sich folgende Klagearten: auf Verurteilung, auf Feststellung und auf Rechtsfeststellung. Die Bezeichnung "Verurteilungsklage" hat sich nicht durchgesetzt, stattdessen ist der Begriff "Leistungsklage" gebräuchlich, der jedoch nicht in das für die Termin "Feststellungs- und Gestaltungsklagen" maßgebliche Einteilungsschema paßt.  
2) Vgl. § 43 VwGO, der in Abs. II dem Verwaltungsprozessualen Feststellungsklage generell regelt und in Abs. II dem Verhältnis zur Gestaltungs- und Leistungsklage.

Leistungsklage auf Grund der weiterreichenden Form des bestrittenen Rechtsschutzes über die Feststellungsklage hinausgeht. - Umgekehrt steht die Rechtsabgrenzung der Feststellungsklage der Erhebung einer Leistungsklage im Umhang der Teilidentität entgegen. Klage ab der Gläubiger auf Feststellung seiner Darlehensforderung, so kann er außerdem nicht noch eine selbständige Leistungsklage mit dem Antrag erheben, den Beklagten zur Zahlung der Darlehenssumme zu verurteilen. Es ist ihm nur noch möglich, den über die Feststellungsklage hinausgehenden Teil der Leistungsklage zu erheben, nämlich den Leistungsbefehl anzusetzen. Dies kann er, wenn die Verdoppelung des gemeinsamen Teils beider Klagen vermieden werden soll, allein im Wege der Änderung seiner Feststellungsklage in eine Leistungsklage, die von der herrschenden Meinung mit Recht unter § 268 Nr. 2 ZPO gebrochen wird. Befürchtet der Kläger, daß er durch die Klageänderung Rechtsnachteile erleidet (etwa den Verlust einer Tatsachensatzung, wenn die Klage im Berufungsverfahren geändert wird), so muß er den rechtskräftigen Abschluß des Feststellungsverfahrens abwarten und dann Leistungsklage erheben.

Klagt der Gläubiger auf Leistung und erhebt der Beklagte eine damit inhaltlich korrespondierende negative Feststellungsklage, so scheint diese ebenfalls an der Rechtsabgrenzung Problematischer ist der Fall, daß der angeblich Schuldner eine negative Feststellungsklage anhängig gemacht hat und nun der Beklagte als angeblicher Gläubiger seinerseits auf Leistung klagt. Hier spricht die herrschende Meinung der znerst erhobenen negativen Feststellungsklage das Feststellungsinteresse ab und hält sie vom Zeitpunkt der Erhebung der Leistungsklage an für unzulässig. Um eine unbillige Kostenentscheidung zu vermeiden, verweist sie den Kläger der negativen Feststellungsklage auf die Möglichkeit, die Hauptsache für erledigt zu erklären (§ 91a ZPO). M. E. ist diese Ansicht abzulehnen; es ist nicht einzuwenden, wenn die prozessual einwandfreie negative Feststellungsklage zu Fall gebracht werden soll, indem der Beklagte seinerseits auf Leistung klagt. Für die Lösung sind folgende Überlegungen maßgebend: Auch im Falle der anhängig gemachten negativen Feststellungsklage steht der Leistungsklage teilweise die Rechtsabgrenzung entgegen. Da der Gläubiger aber nicht ohne den identischen Teil der Streitgegenstände beider Klagen auf

Leistung klagen kann, führt die Rechtshängigkeit der negativen Feststellungsklage praktisch zur Unzulässigkeit der Leistungsklage überhaupt. Das Korrekturen der Klagenänderung greift hier nicht ein, da die Rollen der Kläger in beiden Prozessen vertauscht sind. Folglich wäre der Kläger in beiden Fällen während des Schwere der negativen Feststellungsklage seines Gegners auf Leistung zu klagen. Dies ist ein unmögliches Ergebnis, da es zu einer unzumutbaren Verkürzung des Rechtsschlusses für den Gläubiger führt und ihm überdies die materiellen Rechtmittel belastet. Aus diesem Dilemma gibt es nur einen Ausweg, nämlich die Erhebung einer Leistungsabwehrklage. Die eigenartige Teilidentität von Leistungs- und Feststellungsklage zwingt den Gläubiger dazu, die Leistungsklage in dem Verfahren der negativen Feststellungsklage zu erheben. Auf diese Weise wird die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen gebannt und der Teilrechtsfähigkeit Rechnung getragen.

2. Der auf *Klinter* zurückgehende Versuch, neben Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen eine vierte Gruppe von Klagen, die sog. *Anordnungsklagen*, zu bilden, wird in der Literatur nahezu einmütig abgelehnt. *Klinter*, der den Begriff des „Anordnungsrechts“ geprägt hat, versteht darunter solche Urteile, in denen der Prozessrichter, ohne sich über das zugrunde liegende privatrechtliche Rechtsverhältnis selbst eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, unmittelbar an die Adresse eines anderen Staatsorgans, einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, die bestimmte Anordnungen trifft, eine im Urteil näher bezeichnete ... Anordnung erteilt. Diese Anordnungen sollen, wenn sie nicht durch die Verwaltungsvorgang der Gruppe eines anderen Einleitungsmaßstabes auf den Inhalt der Urteile auf deren Wirkungen absehe. *Triff* dieses summarische Gegenstands, ein der Literatur überliefert fast wörtlich gleichlautend gebrauchter wird, für alle von *Klinter* angeführten Beispiele zu den nachzutragenden, verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklagen die Frage loc. verbleibt erschein, ob nicht der Begriff der Anordnungsklagen für den Verwaltungsprozess Bedeutung hat?

- a) In den Fällen der §§ 767, 771 ZPO ist die Urteilsfähigkeit der Leistungsklagen unbestreitbar. Sowohl bei der Vollstreckungsschuld als auch bei der Drittverweigerungsklage der prozessualen Lage ist der Inhalt der Klage statigbenvollständiger. Entscheidung, die bis dahin zulässige Zwangsvollstreckung durch das Urteil unmöglich macht, soll sich aus der Vollstreckungsverpflichtung für den Gerichtsvollzieher als streckung einzustellen und bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen rückgängig zu machen. Es enthält keine entsprechende Anordnung des Prozessgerichts, sondern nur eine
- 3) Vgl. auch K. E. Meyer, NIV 1955, 702.
- 4) *Klinter*, Rechtsabteilung und Rechtschutzes, 1949, S. 90f.
- 5) *Klinter*, Urteilsvollstreckung im Zivilprozess, 1914, S. 22.
- 6) *Klinter*, ZPR, 9. Aufl. (1961), § 87 II b; *Schölk*-*Schölk*-Nier, ZPR, 8. Aufl. (1960), § 44 I; *SJSchZ*, ZPO, 18. Aufl. (1953), Vorh. § 253 Ann. II 1. Fall, 3.
- 7) Nach § 113 IV VWGO spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwalter aus, die beantragte Amtsabhandlung vorzunehmen bzw. den Akt zu beschaffen.
- 8) So die h. M.; Vgl. aber R. Bruns, Zwangsverwaltungsklag., 1963, S. 61, 67f.; *ders.*, ZPR, 1968, S. 193f.

seiner Wirkungen. Diese Wirkung ist in den §§ 775, 776 ZPO ausdrücklich vorgesehen, unabhängig davon, ob die Klagen aus dem Vollstreckungsrecht, weil nämlich das Prozessgericht nicht Vollstreckungsverpflichtungen ist, andererseits das zuständige Vollstreckungsorgan sich nicht über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung beraternde gerichtliche Entscheidungen hinwegsetzen darf. Darüber hinaus ist diese ein anderes Staatsorgan öffentlich vermittelnde Wirkung, der nach §§ 767, 771 ZPO ergründete Urteile nur zulässig; sie tritt lediglich dort ein, wo die beiden Klagen bereits bei drohender Zwangsvollstreckung erhoben worden sind.

b) Ähnlich unproblematisch läßt sich das Urteil gemäß § 146 KO als Feststellungs- und Gestaltungs- und teilweise auch als Leistungsklage verstehen. Die obliegende Partei der Leistungsklage der Konkursstabelle zu erwirken und das Konkursgericht diese als Urteil, sondern eine gesetzlich angeordnete Urteil (vgl. VII KO), die einer Vollstreckungswirkung gleichkommt.

c) Schwieriger scheint die Beurteilung der auf Grund des § 731 KO erhobenen Klagen zu sein. Während der Kläger mit dem beabsichtigten Ziel die Klage zu gewinnen, was ihm der Belegge im Falle des § 731 ZPO die Vollstreckungsklausel, die ihm nur das herfür zuständige Staatsorgan, nicht aber der Belegge erteilen kann. Eine Leistungs- und Gestaltungs- und teilweise auch als Leistungsklage zu verstehen, ist aber der Belegge erteilen kann. Die Entscheidung, die durch die Klage herbeigeführt wird, wird nicht durch die Klage herbeigeführt, sondern durch das Urteil, in dem die Klage herbeigeführt wird, und das Urteil, in dem die Klage herbeigeführt wird, wird nicht durch die Klage herbeigeführt.

Da der Schuldner durch Geständnis oder Anerkenntnis den Ausgang des Prozesses bestimmen kann, ist es gerechtfertigt, ihn als Partei und passiv legitimiert zu behandeln. Die Klage aus § 731 ZPO richtet sich also sachlich nicht gegen den Urkunde des Beklagten, sondern gegen den Urkunde des Beklagten. Die Klage aus § 731 ZPO richtet sich also sachlich nicht gegen den Urkunde des Beklagten, sondern gegen den Urkunde des Beklagten. Die Klage aus § 731 ZPO richtet sich also sachlich nicht gegen den Urkunde des Beklagten, sondern gegen den Urkunde des Beklagten.

- 9) Vgl. *Klinter*, S. 34.
- 10) Die Drittverweigerungsklage ist nur ausnahmsweise vor Beginn der Zwangsvollstreckung zulässig; so insb. in den Fällen der §§ 843, 885 ZPO.
- 11) Die Vorschriften betreffen die Klagen des Konkursgläubigers gegen den Konkursverwalter und die Konkursabhandlung.
- 12) Klagen auf Erstattung der Vollstreckungsklausel.
- 13) Et kann z. B. den Vollstreckungsstellen hinnehmen, die gefändene Sachverhalte oder neuen Widerspruch zurücknehmen.
- 14) *Landmann*, § 260 ZPO.
- 15) *Zugzwangs*, Zwangsvollstreckungs- und Konkurs, 10. Aufl. (1966), § 4 V. 4.
- 16) *Klinter*, § 176 I 2; *Baumhild-Lauterbach*, ZPO, 28. Aufl. (1965), § 751 Ann. 1; *Landmann*, a.O.
- 17) *SJSchZ* § 731 Ann. I.
- 18) Daß der Gläubiger bei seiner Anbahnung der durch öffentliche Urkunden nachzuweisenden Tatsachen gescheitert ist, ist unrichtig, falls der Urkundebezeuge die Klauselerklärung gleichwohl angeht.

d) Schließlich gibt auch die Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren (§ 878 ZPO, ebenso §§ 115, 156 ZVG) keine Veranlassung, eine weitere Kategorie anzusetzen. Sie läßt sich zwar als in eine der drei Gruppen einordnen. Die wohl herrschende Meinung qualifiziert sie als prozessuale Gestaltungs- und teilweise auch als Leistungsklage. Die wohl herrschende Meinung qualifiziert sie als prozessuale Gestaltungs- und teilweise auch als Leistungsklage. Die wohl herrschende Meinung qualifiziert sie als prozessuale Gestaltungs- und teilweise auch als Leistungsklage.

II. Da die ZPO weder die Grundtypen der Klagen definiert noch die von ihr zugelassenen Klagenformen in einer allgemeinen Vorschrift aufzählt, können über den Anwendungsbereich der einzelnen Klagen Unklarheiten aufkommen.

1. Das Zivilprozessrecht geht als selbsterklärend davon aus, daß jeder aus dem materiellen Recht sich ergebende Anspruch grundsätzlich im Wege der Leistungsklage gerichtlich geltend gemacht werden kann. Deren konkrete Spielarten sind so mannigfaltig wie die Skala der materiellrechtlichen Ansprüche selbst. Die Leistungsklage des Zivilprozesses empfängt ihren Inhalt vom materiellen Recht, soweit das materielle Recht reicht, ist auch die Leistungsklage möglich. Die Verzahnung von materiellen und prozessualen Recht in diesem Sinne hat zur Folge, daß eine Leistungsklage dort nicht zulässig ist, wo mit ihr ein Anspruch erhoben wird, den es nach geltendem Recht nicht gibt. Die auf eine dem geltenden Recht unbekannt Rechtsfolge gerichtete Klage schließt nicht etwa am fehlenden Rechtszweck aus. Ihre Problematik liegt auch nicht in der Schlüssigkeit; denn es handelt sich nicht darum, ob die Klage auf Grund der vom Kläger behaupteten Tatsachen gerechtfertigt ist. Vielmehr ist die begehrte Rechtsfolge ihrer Art nach im geltenden Recht überhaupt nicht vorgesehen; damit existiert der geltend gemachte Anspruch in abstracto nicht, so daß es bereits an der Klagenorm für die erhobene Leistungsklage fehlt. Für die

19) Vgl. *Baumhild-Lauterbach*, § 878 Ann. 2 A; *Klinter*, § 196 IV 6, 20) *Rechts* RCG 65, 62; *SJSchZ*, § 878 Ann. III.

21) Einzelheiten bei *Löffel*, ZPR 76, 20.

Leistungsklage gibt es kaum praktische Fälle, da der Grundsatz der Vertragstheorie gilt. Man muß schon auf den numerus clausus der Sachenrechte zurückgreifen, um Beispiele bilden zu können.

Seh eine Klagenorm nicht zur Verfügung, so ist die erhobene Klage unzulässig. Ich möchte hier den Begriff der *Strafklage* einführen. Dieser Begriff ist weder dem Gesetz noch dem Schrifttum als Zulässigkeitsvoraussetzung des Klagens bekannt. Bislang findet er fast nur im Rechtsmittelverfahren Verwendung. Hier stellt die Strafbarkeit ein einschneidendes Merkmal dar. Es handelt sich dabei um die Frage, ob gegen die angelegte Einmischung ein Rechtsmittelverfahren einleiten darf. Es handelt sich dabei um die Frage, ob gegen die angelegte Einmischung ein Rechtsmittelverfahren einleiten darf. Es handelt sich dabei um die Frage, ob gegen die angelegte Einmischung ein Rechtsmittelverfahren einleiten darf.

2. Im Bereich der Feststellungs- und Gestaltungsklage ist die Staatshängigkeit ebenfalls eine allgemeine Prozedurvorsatzung. § 256 ZPO bietet sogar ein besonders anschauliches Beispiel. Diese Vorschrift stellt klar, daß auf Feststellung nur unter dem dort bestimmten Voraussetzungen geklagt werden kann. Sie enthält also den prozessualen Tatbestand der Feststellungsklage und umschließt damit deren Staatshängigkeit. Gegenstand der abhängigen gestellten Feststellungsklage ist Rechtsfrage oder eine andere Tatsache als die Rechtskraft oder Urtheil einer Urkunde, so ist die Klage unstatthaft; sie steht eben grundsätzlich nur für die richterliche Feststellung von Rechtsverhältnissen zur Verfügung. In der Literatur ist zwar allgemein anerkannt, daß Feststellungsklagen, die nicht dem Tatbestand des § 256 ZPO entsprechen, unzulässig sind;

- 22) Der Mieter verlangt vom Vermieter die Bewilligung der Eintragung des obligatorischen Mietvertrages ins Grundbuch.
- 23) Vgl. hierzu Koch, Beiträge zur Grundbucheintragung, 1903, S. 17, der generell feststellt: „Der Richter hat zunächst zu prüfen, ob die gewählte Klagenart zulässig war.“

jedoch wird nicht gesagt, welche Zulässigkeitsbedingung

Das Feststellungsinteresse gehört dagegen nicht zur Sachhaltigkeit. Es ist nur ein im Gesetz besonders zum Ausdruck gekommener Anwendungsfall des allgemeinen Rechtsschutzinteresses. Allerdings können Sachhaltigkeit und Feststellungsinteresse nahe beieinander liegen. Würde man entgegen der herrschenden Meinung die Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage für subsidiär halten<sup>24</sup>, so wäre die Feststellungsklage stets unstatthaft, falls Leistungsklage erhoben werden könnte. Die herrschende Meinung löst jedoch mit Recht das Verhältnis von Feststellungs- und Leistungsklage mit Hilfe des Feststellungsinteresses<sup>25</sup>; sie stellt auf den Einzelfall ab und läßt ausnahmsweise die Feststellungsklage zu, obgleich die Voraussetzungen einer Leistungsklage vorliegen<sup>26</sup>.

Überhaupt spielt die Sachhaltigkeit überall dort eine Rolle, wo es sich um Konkurrenzfragen handelt. Beispielsweise wird in der Literatur überwiegend angenommen, daß eine Klage aus §§ 767, 768 ZPO unzulässig ist, falls der Weg des § 766 ZPO offensteht<sup>27</sup>. Was in diesem Falle die Vollstreckungsklage unzulässig macht, wird nirgends gesagt. Die richtige Antwort lautet: Wenn ein Sachverhalt sowohl unter § 766 als auch unter §§ 767, 768 ZPO fällt, finden die zuletzt genannten Vorschriften keine Anwendung, da sie durch § 766 verdrängt werden. § 766 ist die spezielle Norm, weil sie den spezielleren Weg enthält. Dem Kläger soll der Weg der Klage verschlossen sein, solange er auf dem einfacheren Weg des § 766 zum Ziele kommt. Mißlin ist § 766 gegenüber § 767 ZPO lex specialis soweit sich beide Vorschriften in concreto decken, so daß eine gleichwohl erhobene Vollstreckungsverklage unstatthaft und damit als unzulässig abzuweisen wäre.<sup>28</sup>

Als Beispiel für die Konkurrenzform der Subsidiarität, zwar nicht für die Konkurrenz von Klagenormen untereinander, wohl aber für diejenige von Rechtsbehelfen, kann das Verhältnis von Restitutionsklagen und dem vorrangig gegen den Verfall genanten werden. Nach § 582 ZPO ist die Restitutionsklage nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsmittel, geltend zu machen. § 582 bestimmt also die Subsidiarität der Restitutionsklage gegenüber dem Vorprozess. Zweifel an der Richtigkeit dieser Ausfassung ergeben sich daraus, daß die Restitutionsklage nur gegen ein rechtskräftiges Urteil möglich ist, eine Konkurrenz der §§ 580 ff. ZPO mit den Vorschriften etwa der Berufung oder des Einspruchs gar nicht vorliegen kann. Mißlin, so könnte man argumentieren, fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung für eine Gesetzeskonkurrenz, nämlich daß ein konkreter Lebensvorgang die Tatbestände zweier

Rechtsnormen erfüllt. Dieser Schluß wäre jedoch falsch. Der schuldhaften Veräußerung der Rechtsmittelbeleugung wird durch § 582 ZPO für das Verhältnis zur Restitutionsklage die Wirkung beigelegt, als ob das frühere Verfahren noch jetzt fortgesetzt werden könnte. Der Kläger soll sich also nicht darauf berufen können, daß er durch sein schuldhaftes Verhalten die Voraussetzungen der Subsidiarität zu seinem Gunsten besetzt hat (Verbot des venire contra factum proprium). Oder anders formuliert: § 582 ZPO fungiert im Falle des Verschuldens die Fortdauer der Grundfunktion der Gesetzeskonkurrenz. Daraus folgt: Hat sich der Kläger zur Rechtsmittelbeleugung schuldhaft außerstande gesetzt, so steht ihm die Norm der Restitutionsklage nicht zur Verfügung. Diese ist unstatthaft und daher als unzulässig abzuweisen<sup>29</sup>. Das gleiche gilt für die Nichtanerkennung; auch sie ist in dem Falle des § 579 I Nr. 1 und 3 ZPO gegenüber dem Rechtsmittel subsidiär. Hier spricht das Gesetz (§ 579 II) eindeutig davon, daß die Klage nicht statthaft, also ausgeschlossen ist.<sup>30</sup>

3. Im Bereich der Gestaltungsklagen spielt die Sachhaltigkeit eine besondere Rolle, und zwar deshalb, weil Gestaltungsfragen nicht generell möglich, sondern auf die gesetzlich ausdrücklich geregelten Tatbestände beschränkt sind. Einbeist der Kläger dort eine Gestaltungsfrage, wo sie gesetzlich nicht vorgesehen ist, so fehlt es an der erforderlichen Klagenorm. Die Klage ist abzuweisen, weil sie schon „an sich“ nicht erhoben werden kann. Beispiele: Der Verlobte klagt auf Aufhebung des Verlöbnisses, ein Ehegatte auf Trennung von Tisch und Bett gemäß dem früheren § 1575 BGB. Von diesen wohl nur theoretischen Beispielen sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das Gesetz die richterliche Gestaltung einräumt oder sogar gleicher Rechtsverhältnisse, wie sie der anhängigen Klage zugrunde liegen, zwar kennt, aber gleichwohl der gesetzliche Tatbestand einer Gestaltungsfrage nicht vorliegt. Beispiele: Der Vermieter klagt auf Aufhebung des Mietverhältnisses, obgleich der Mieter keinen Mietsverschuldung; der Gesellschafter begehrt die gerichtliche Auflösung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft aus wichtigen Grund (§ 723 BGB); es klagt jemand auf Schadensersatz der Ehe, obgleich er mit dem Beklagten nicht im Rechtsinne verheiratet ist. In sämtlichen Fällen ist die Klage mangels Sachhaltigkeit als unzulässig abzuweisen.<sup>31</sup>

III. In der Literatur ist noch immer umstritten, ob mit der Gestaltungsfrage ein privates materielles Gestaltungsrecht gegen den Beklagten geltend gemacht wird oder ein publizistisches, gegen den Staat gerichtetes Recht auf Rechtsänderung.

29) Im Erg. ebenso RGZ 99, 168; BGH, IM § 582 ZPO Nr. 1, Jauernig, ZZZ 22, 66, 405 Fußn. 24; v. M. Rosenberg, § 155 II 2, S. 158ff.; Ann. III 2 vor § 578, Nilsch, ZPR 2, Aufl. (1952), § 130 II 2.

30) Für den Verfallprozessualen Tatbestand vgl. Mißlin, Aufhebungsgegenstände gegen einen abhehenden VA hat Gesetzes als ausgestaltete, m. E. zu Unrecht, S. 140f., ZZZ 76, 22.

31) Ob hierher auch der Fall gehört, daß ein gekündigter Anm., der in einem Betrieb von wichtiger Art Beschäftigter (z. B. Kfz-Werkstätte) nach dem KSchG über, erstens zweitens, die Kündigungsklage (z. B. 1) beantragt, der Anm. gem. § 3 die richterliche Festlegung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgehört sei, so seine Klage zwar zulässig, jedoch unzulässig, wenn er allein Tatsachen vorzubringen Kündigungsbezug hat, nur nach den allg. bürgerlichrechtlichen Vorschriften, so daß er z. B. die Sittenwidrigkeit darzulegen muß, vgl. Danz, LZK, JZ 1960, 205 ff.

24) So z. B. RGZ 82, 433; RG, JW 1936, 821; Schäfer-Schmidt-Nies, § 44 III 3.

25) Gedl, Wch. Der Feststellungsanspruch, 1899, S. 63 ff.; Hellwig, Anspruch und Klage, 1924, S. 356 ff.; aus der neueren Lit. vgl. statt vieler S. 194 ff., S. 206 Anm. III 51.

26) Falls sich durch die Feststellungsklage der Streit aus der Welt schaffen läßt, weil der Beid. bei richtiger Feststellung seines Verpfändungs zahlen wird.

27) Rosenfeld, § 183 II 1; Baumhuth-Lauterbach, § 767 Anm. 1, B. S. 13.

28) Unstatthaft ist auch die Klage auf (Zurückgabe) in die Heranzugung einer Sache, soweit das Verfahren nach § 109 ZPO abgebrochen. Spezialgesetz liegt immer im Verhältnis der §§ 627 ff. zu §§ 935 ff. ZPO vor.

Privates Gestaltungsrecht und Gestaltungsrecht hängen eng zusammen. Ob dem Berechtigten die Befugnis des Gestaltungsrechts, ein Rechtsverhältnis ohne Mitwirkung des Gegners autonom zu gestalten, oder ob er das Gericht anrufen muß, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage. Wo im Interesse der Beteiligung, insbesondere Dritter, der Öffentlichkeit oder des allgemeinen Rechtsverkehrs eine vorherige richterliche Klärstellung der Befugnis zur Gestaltung geboten ist, hat der Gesetzgeber zwecks Vermeidung von Rechtsunsicherheit die Anrufung der Gerichte vorgeschrieben. So kann beispielsweise die außerordentliche Kündigung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft durch private Willenserklärung erfolgen (§ 723 BGB); zur außerordentlichen Kündigung der oHG hingegen ist eine Klage erforderlich (§ 133 HGB). Der Gesetzgeber hat hier dem Umstand Rechnung getragen, daß der Bestand der oHG mit Rücksicht auf ihre Beteiligung am Handelverkehr im besonderen Maße zweifelhaft sein muß. Würde der Berechtigte Klage erheben mit dem Antrage, die BGB-Gesellschaft wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes aufzulösen, so wäre, wie dargelegt, die Klage mangels Sachhaltigkeit unzulässig, da der Gesetzgeber eine Aufhebungs- klage für diesen Fall nicht vorgesehen hat.

Der Unterschied zwischen den Gestaltungsrechten und den Gestaltungsfragen besteht also darin, daß jene durch einseitige empfangsbedingte Willenserklärung ausgeteilt werden, während diese formalisiert sind, d. h. nur im Wege der Klage geltend gemacht und durch Urteilsspruch verwirklicht werden können. Diese Verschiedenheit gibt noch keine materielle Gestaltungsrechte zugrunde liegen. Möglicherweise trägt es zur Lösung des Problems bei, wenn die Stellung des Gestaltungsgegners näher betrachtet wird.

Das materielle Gestaltungsrecht hat keinen Verpflichteten. Der Erlaubnisgegner ist an der Realisation des Rechts überhaupt nicht beteiligt. Jedoch kann er es gegenstandslos machen, indem er sich so verhält, wie er der Rechtsnachbar der Rechtsausübung anzusprechen würde. Diese Möglichkeit hat in zahlreichen Fällen auch der Beklagte einer Gestaltungsfrage. So kann der Gesellschafter einer oHG, dem die Vertretungsmacht gemäß § 127 HGB entzogen werden soll, diese von sich aus „zurückgeben“. Oder die seltener durch entsprechende Vereinbarung die oHG aufzulösen. Weitere Beispiele sind: der Mietsverschuldeter, in dessen Person ein Ausschlussgrund gegeben ist (§ 140 HGB), scheidet freiwillig aus der oHG aus; der Mieter, gegen den ein Kündigungsgrund nach dem Mietschutzgesetz vorliegt, erklärt sich mit der Beantragung des Mietverhältnisses einverstanden. Nur weil der Gestaltungsgegner auf das Gestaltungsrecht Einfluß nehmen kann, ist es gescheiter, ihn als Beklagten zu behandeln und im Falle des Unterliegens dem Prozesskosten zu belasten. Gabe es in den genannten Beispielen weder ein einfaches Gestaltungsrecht noch ein Gestaltungsrecht, so müßte der Kläger Leistungsklage erheben. Das stattdessen Urteil würde etwa so lauten: Der Beklagte wird verurteilt, sich mit der Aufhebung des Mietvertrages einverstanden zu erklären. Die Vollstreckung würde nach § 894 ZPO erfolgen, so daß mit Rechtskraft des Urteils der Vertrag aufgelöst wäre.<sup>32</sup>

Diese Überlegungen zeigen: Wenn schon der Gesetzgeber die Gestaltung von Rechtsverhältnissen nicht ohne Mitwirkung des Gegners realisieren will, so ist die Erhebungsklage der geltenden Rechts (Leistungsfrage) im Vergleich mit dem gesamtrechtlichen Adjektiv- und Gestaltungsrecht feldändig.

32) Ein anschauliches Beispiel ist die Erhebungsklage der geltenden Rechts (Leistungsfrage) im Vergleich mit dem gesamtrechtlichen Adjektiv- und Gestaltungsrecht feldändig.

kung des Gerichts vorstehen gehen lassen will, so wäre er nicht notwendig auf die Einführung von Gestaltungsfragen angewiesen gewesen. Er hätte dem Berechtigten einen entsprechenden Anspruch einräumen können, der in den genannten und auch in anderen Fällen über die Leistungsklage zum selben Erfolg geführt haben würde wie eine Gestaltungsfrage. Aus bestimmten Gründen, von denen Kießel sagt, sie würden sich meist nicht mit absoluter Gewißheit ermitteln lassen, hat sich der Gesetzgeber für die Gestaltungsfrage entschieden. Folgende Gründe dürften ausschlaggebend gewesen sein: Die Gestaltungsfrage stellt gegenüber der „Anspruchskonstruktion“ die juristisch-technisch eleganter Lösung dar. Die unmißverständliche Rechtsausgestaltung durch den Richter führt einfacher zum Ziel als eine Leistungsfrage, da sie die Rechtsänderung nicht von einem Willensakt des Gegners abhängig macht. Ihre größere Wirksamkeit beruht darauf, daß das Gestaltungsrecht gleichsam die Vollstreckung einschließt. Der Gesetzgeber wolle hierdurch die Position des Berechtigten stärken. Noch ein anderer Grund mag für die Ablehnung der „Anspruchskonstruktion“ maßgebend gewesen sein: Der Gesetzgeber hätte, wie gleich zu zeigen sein wird, doch nicht vollständig auf Gestaltungsfragen und -urteile verzichten können, da nicht in allen Fällen das Gestaltungsrecht durch einen Anspruch ersetzt werden kann.

Mithin läßt sich feststellen, daß der Gesetzgeber die Position des Gestaltungsgegners nicht verschlechtern, sondern eher verbessern wollte. Dieser Grund gibt den Ausschlag dafür, anzuerkennen, daß den Gestaltungsfragen ein materielles Gestaltungsrecht zugrunde liegt. Die Einführung der Gestaltungsfragen ziele nicht darauf ab, dem Berechtigten private Rechte gegenüber dem Gegner zu entziehen. Demgegenüber wäre es eine Verschlechterung in der Realisation des Gestaltungsrechts, wenn sein privates Gestaltungsrecht in einen gegen den Staat gerichteten Rechtsschutzanspruch auf Rechtsänderung verwandelt werden würde; denn nach der Lehre vom Rechtschutzanspruch steht auch dem Leistungs- und dem Restitutionskläger ein solcher Anspruch zu. Die Anerkennung des privaten materiellen Gestaltungsrechts gilt aber nur dort, wo anstelle der Gestaltungsfrage eine „Anspruchskonstruktion“ möglich gewesen wäre, wo also der Beklagte das Klagegeheim der Sache nach „erfüllen“ kann.

Von diesen unrichtigen Gestaltungsfragen sind solche Gestaltungsfragen zu unterscheiden, auf deren Ausgang der Gegner schlicht keinen Einfluß hat, weil die Parteien nicht über das zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis disponieren können. Sie sollen als *eine Gestaltungsfragen* bezeichnet werden. Ihr Prototyp ist die Beschuldigungsklage. Die Ehe wird zwar durch private Willenserklärungen der Verlobten geschlossen; jedoch können die Ehegatten sie nicht autonom in rechtswirksamer Weise auflösen. Dazu bedarf es eines gerichtlichen Urteils, nämlich eines Aufhebungs- oder eines Scheidungsurteils (§ 29, 41 EheG). Aus der freien Eingebung der Ehe folgt nicht die freie Beendigung. Selbst wenn sich die Gatten mangelnde Dispositionsbefugnis schließt es aus, bei den echten Gestaltungsfragen ein privates materielles Gestaltungsrecht

34) Kießel, S. 64.

35) Wolff-Lane-Straß, Scheidung und Scheidungsr, 1959, S. 293 ff.

anzunehmen<sup>36</sup>. Das geltend gemachte Recht richtet sich nicht gegen den anderen Beteiligten. Demgegenüber kann man nicht auf den Gesetzeswortlaut, insbesondere auf die §§ 49, 50 EheG, verweisen<sup>37</sup>.

IV. Bei den Ausführungen zu den ehen und unehelichen Gestaltungsklagen ist die Frage offen geblieben, ob der Gestaltungskläger auf die Herbeiführung des Erfolges, den er mit dem Urteil anstrebt, einen gegen den Beklagten gerichteten Anspruch hat, ob ihm also neben dem Gestaltungsklagerrecht ein paralleler Anspruch zusteht.

Wie dargelegt kann der Gestaltungsgefolg im Bereich der unehelichen Gestaltungsklage auch durch Handlungen des Beklagten herbeigeführt werden. Nur so ist die Auffassung zu erklären, daß im Falle des § 133 HGB bei Anerkennung des „Auflösungsanspruchs“ durch die übrigen Beteiligten das „Wohl der Gruppe der unehelichen Gestaltungsmitglieder“ der Gesetzgeber Gestaltungs- und nicht Leistungsurteile vorgezogen hat, lehnt Kischel<sup>38</sup> die Existenz eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Beklagten ab; denn damit läßt der Gesetzgeber erkennen, daß er einen Privatanspruch des Klägers nicht als vorliegend annehme. Auch Hellwig<sup>39</sup> verneint die Existenz eines Anspruchs. Nach ihm hat das Gesetz kein Recht verliehen, die Mitwirkung des Gegners bei der Herbeiführung des streitigen Erfolges zu verlangen, sondern nur das Vorrecht, die Ansprüche normieren, welche sich aus der vollen Rechtsänderung ergeben<sup>40</sup>, den Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung, da diese Bestimmungen angesichts des § 292 BGB sinnlos wären, falls vor der Rechtskraft des Urteils ein Anspruch vorhanden wäre. Dieses Argument überzeugt nicht; denn es handelt sich doch um die Frage, welche Ansprüche vor (und nicht nach) der Rechtsänderung bestehen.

M. E. muß anhand jedes einzelnen Gestaltungsfalls die Richtigkeit der Auffassung von der Nichtexistenz eines materiellrechtlichen Anspruchs des Gestaltungsklägers gegen den Beklagten geprüft werden. Zu diesem Zwecke seien einige Beispiele herausgegriffen:

- Gemäß § 117 HGB kann die Beteiligung zur Geschäftsführung eines Gesellschafters auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch
- 36) A. A. Bährler, Festgabe f. Rosenburg, 1949, S. 83, der meint, die fehlende Dispositionsbefugnis rechtfertige nicht die Präzision des materiellen Gestaltungsanspruchs.
- 37) Für die Nennungsbefugnis der Beteiligungsfrage ist, ob man die Frage ferner am Kennzeichensachen Verfahren der ZPO festhalten soll, obgleich der teilw. Beteiligte auf die juristische Auflösung der Ehe keinen Einfluß nehmen kann.
- 38) Schlegelberger-Gyller, HGB, 3. Aufl. (1955), § 133 Rdnr. 18.
- 39) A. Hrnk, Das Recht der oHG, 3. Aufl. (1964), S. 274 m. Nachw.; ebenso BGHZ, NVW 1956, 418.
- 40) Beiträge zur Urteilslehre, S. 83.
- 42) B. VerwSt u. a. §§ 1422, 1425 II, 1479 BGB (a. F.), 140 II HGB.

gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bei der einer hierauf gerichteten Klage zuzurechnenden Entscheidung handelt es sich nach allgemeiner Meinung um ein Gestaltungsurteil, da der Beklagte mit Rechtskraft die Geschäftsführungsbefugnis ohne weiteres verliert. Wie dieht im Rahmen dieser Vorschrift Verpflichtung des Beklagten und Gestaltung durch den Richter, also Leistung- und Gestaltungsart, beizumessen liegen, zeigt die in der Literatur vertretene Auffassung, daß falls einem Gesellschafter durch Urteil die Geschäftsführungsbefugnis entzogen wird die übrigen Gesellschafter unter Umständen verpflichtet sind, an einer angemessenen Neuordnung der Geschäftsführung mitzuwirken<sup>41</sup>. Bei einer solchen Klage auf Zustimmung, die mit der Klage auf gerichtliche Einziehung verbunden werden kann, handelt es sich um eine Leistungsklage, M. E. ergibt sich aus dem Trennungssachen mit nur der Pflicht zur Mitwirkung an einer Neuordnung der Geschäftsführungsbefugnis, sondern auch die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters, die Geschäftsführungsbefugnis „bei wichtigem Grund“ freiwillig niederzulegen. Folglich kann der Geschäftsführer mit der dieser Verpflichtung entsprechenden Leistung in Verzug geraten, wenn er Verzögert der Beklagte in diesem Falle die Niederlegung ohne Not verweigert, so würde er sich also schuldensatzpflichtig machen. Aus dem Kündigungsgesetz wird eine „Kündigungspflicht“.

Hiermit berührt sich die Ansicht A. Hrnk<sup>42</sup>, im Falle des § 133 HGB könne eine Schadensersatzpflicht auch durch ungerechtfertigten Widerpruch gegen die Auflösung und die dadurch hervorgerufene Verzögerung derselben begründet werden<sup>43</sup>. Die Begründung dieser Schadensersatzpflicht setzt doch voraus, daß ein Verzug durch die Mitwirkung bei der Auflösung der oHG anerkannt wird. Ob (und evtl. auf welcher Grundlage) ein solcher Anspruch besteht, sagt Hrnk nicht. § 133 HGB schiedet als Anspruchsberechtigte aus. Da diese Vorschrift den Weg der richterlichen Auflösung gegangem ist, kann sie nicht Anspruchsbefugnisse sein, auch nicht für ein Verhalten, das im Ergebnis der Auflösung durch Urteil gleichkäme. Als Anspruchsbefugnisse kommt auch hier nur die allgemeine Treuepflicht der Gesellschafter der oHG in Betracht, die bei Vorliegen eines wichtigen Grundes dahin geht, in die Auflösung der oHG einzuwilligen.

Schließlich sei auf das Recht der Aktionäre hingewiesen, gesetzlich und satzungswidrige Beschlüsse der Hauptversammlung im Wege der Klage anzufechten (§§ 243 ff. AktG). Verloft man die Rechtsprechung zu dieser Anfechtungsklage, so gelangt man zu der interessanten Feststellung, daß die Anfechtungsklage dem Aktionär bereits zugestanden wurde, noch bevor sie durch die Aktienrechtsnovelle von 1894 gesetzlich geordnet war. Schon in einem Urteil aus dem Jahre 1877 hatte das ROHG<sup>44</sup> ausgesprochen, das Recht des Aktionärs, um die Gesellschaft und seiner Mitgliedschaft willen zu verlangen, daß der Gesellschaftswille sich entsprechend Gesetz und Satzung bethätige - ein Recht, das gemeinlich gegen über bestehenden gesetz- oder satzungswidrigen Beschlüssen Anfechtungsrecht genannt werde - könne im Prinzip als bestehend anerkannt werden. Dieses Recht des Gesellschafters auf Veranlassung der Gesellschaft gemäß den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften ist also die eigentliche Grundlage des statutarischen Anfechtungsrechts des Aktionärs<sup>45</sup>. Es ist ein so wesentlicher Bestandteil des allgemeinen Rechts der rechtsfähigen Handelsgesellschaften, daß es von der Justiz auch für die GmbH im Zweifel gezogen worden ist und demgemäß auch dort die Grundlage für die im GmbHG nicht geregelte Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen bildet<sup>46</sup>.

- Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß in der Frage, ob in den Fällen der unehelichen Gestaltungsklagen ein
- 43) Vgl. A. Hrnk, S. 112.
- 44) S. 275.
- 45) Ebenso Schlegelberger-Gyller, § 133 Rdnr. 27.
- 46) ROHG 23, 275.
- 47) Vgl. ROHG 25, 311; Heilmann, Z 1957, 180.
- 48) Vgl. RGZ 85, 311; Heilmann-Schilling, GmbHG, 6. Aufl. (1959), § 45 Abs. 15 f. m. zahlr. Nachw.; Schön, GmbHG, 4. Aufl. (1960), § 45 Rdnr. 11.

Anspruch des Berechtigten gegen den Beklagten auf Herbeiführung der Rechtsänderung besteht, noch nicht das letzte Wort gesprochen sein dürfte. Die Frage muß für jeden einzelnen gesetzlichen Tatbestand sorgfältig geprüft werden. Die generelle Vermutung, wie sie in der Literatur üblich ist, überzeigt nicht. Vielmehr kann es sehr wohl sein, daß trotz der Herbeiführung der gewünschten Rechtsänderung durch Gerichtsurspruch ein entsprechender Leistungsanspruch zugrunde liegt, der jedoch nicht der Vorschrift ankommen werden kann, die die Beteiligung zur richterlichen Gestaltung normiert, sondern eine andere Grundlage haben muß. Allerdings ist dieser Anspruch nicht einklagbar, jedenfalls nicht mit der Leistungsklage; denn soweit die spezielle Gestaltungsklagenorm geneigt, ist seine Geltendmachung ausgeschlossen. Wohl aber bleibt die Möglichkeit bestehen, den Verpflichteten bei Verzug auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Damit wird auch der ratio legis Rechnung getragen, die den Berechtigten durch die richterliche Gestaltung besser stellen, ihm aber nicht etwaige gleichgerichtete Leistungsansprüche abschneiden will<sup>47-50</sup>.

49) Auch hierzu sei wieder auf den Verwaltungsprozess verwiesen: Mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, die als Gestaltungsklage konstruiert ist (§ 111 VwGO), wird der Beschädigte und Unterlassungsanspruch durch den rechtmäßigen Verwaltungsakt beeinträchtigen Staatsbürgers durchgesetzt; s. Lilje, AÖR 84, 185; JUS 1967, 4. 50) Zur Vertiefung s. aus der neueren Lit.: Bährler, Festschr. I, Döhl 1963, S. 41 f.; der, Gestaltungsgesetz und Unterwerfung im Privat, 1964; R. Bunn, ZZZ 78, 264 ff.; Henkel, Parallele und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 31 f.; 95 ff.; P. Schöner, Gestaltungsgesetz und Gestaltungsurteil, 1966; Jenz, Streitgegenstand und Rechtskraft im aktenrechtlichen Anfechtungsverfahren, 1960; Schön, Gestaltungsklage und Gestaltungsgegr. Dis. Saarbrücken 1967.

REFERENDAR HINRICH MUMMENTHEY, REBBURG

Zur Einführung: Griechisches Recht\*

I. Angesichts des sonstigen Interesses für den griechischen Kulturraum nimmt es wunder, mit welcher Hartnäckigkeit das griechische Recht lange Zeit innerhalb der rechtsgeschichtlichen Disziplin ein Schattendasein neben der Romanistik geführt hat. Das mag vor allem daran liegen, daß es den Griechen trotz epochaler Erfolge in der Philosophie niemals gelungen ist, entsprechende Systemleistungen auf juristischem Terrain zu erbringen. Jedenfalls hat es eine Rechtswissenschaft, wie man sie von Rom her kennt, zu keiner Zeit gegeben.

Das Interesse, sich mit griechischem Recht zu beschäftigen, erwache erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts, als auf Anregung der *Preußischen Akademie der Wissenschaften* hin mehrere umfassende Darstellungen erschienen. Zunächst jedoch besorgten vornehmlich Philologen die Arbeit, deren Domäne das Gebiet auch blieb, bis schließlich gegen Ende des 19. Jahrhunderts - unter dem Eindruck einer Fülle juristischen Mate-

\* Fortsetzung der Artikelreihe „Zur Einführung“, vgl. zu dieser die Vorbemerkung der Schriftleitung in JUS 1966, 95. Frühere Beiträge in dieser Reihe: W. Thiele, JUS 1966, 95 (Verwaltungslehre); Hense, JUS 1966, 176 (Kaisertum); H. Diller, JUS 1966, 387 (Römischer Rechtskreis); H. Diller, JUS 1966, 425 (Senatoren); S. Gundmann, JUS 1966, 464 (Byzantiner Kirchenrecht); Schwegel, JUS 1967, 200 (Rechtliche Volkswirtschaft); Sühr, JUS 1968, 351 (Recht und Kybernetik). Weitere Beiträge sind in Vorbereitung.

rials aus dem hellenistischen Ägypten - auch die Rechtswissenschaftler auf diesen bisher vernachlässigten Bereich aufmerksam wurden. Eine breit angelegte Forschung setzte nunmehr ein. Die Namen bedeutender Gelehrter stehen am Anfang dieser Entwicklung: L. Mitteis, E. Rabat, J. Paret und F. Pringsheim - um nur einige der deutschsprachigen Autoren zu nennen.

Heute werden die griechischen Forschungen vornehmlich an der in Freiburg bestehenden Arbeitsstelle für griechisches Recht, außerdem in Marburg, Erlangen, Köln und München betrieben.

II. Ein griechisches Recht im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung hat es nicht gegeben. Nach der zuerst von Mitteis formulierten Definition versteht man darunter eine Mehrzahl von Rechtssystemen, die dem griechischen Sprach- und Kulturbereich zuzuordnen sind und die aufgrund bestimmter gemeinsamer Grundvorstellungen eine institutionelle und strukturelle Verwandtschaft aufweisen. Die am deutlichsten profilierten Partikularrechte sind das Recht von Gortyn (5. Jh. vor Chr.), das attische Recht (5. und 4. Jh. vor Chr.) und das des hellenistischen Ägyptens. Nach der Art der Überlieferung läßt sich das Quellennaterial im wesentlichen in drei Gruppen aufschlüsseln: die literarischen Überlieferungen (darunter vor allem die Plädoyers der attischen „Gerichtsrichter“, wie *Demosiothes, Isaios, Lykios, Hypereides*, ferner die Athlener Polizei von *Aristoteles*, außerdem *Thiophilos* u. a.), die inschriftlich erhaltenen Dokumente (Epigraphik) und schließlich die hellenistischen Papyri, die schon ihrer immensen Zahl wegen eine herausragende Stellung einnehmen (bis heute dürften weit über 25000 veröffentlicht sein). Papyri sind aus Facetseiten der Papyrusstängel verfertigte Schriftträger. Als ununterscheidbare Zeugnisse der täglichen Lebens (Briele, Verträge, Eingaben, Gerichtsprotokolle usw.) geben sie in ursprünglicher Frische einen direkten Einblick in die Verwaltungsorganisation, das Wirtschaftssystem, den Rechtsverkehr.

III. Eine auch nur einigermaßen erschöpfende Übersicht zu der Vielzahl der einschlägigen Fragen bringen zu wollen, ist weder möglich noch sinnvoll. Anhand typischer oder besonders ungewöhnlicher Beispiele soll eine kurze Charakterisierung unternommen werden. Diese Skizze wird andeuten, daß es dem griechischen Recht zwar an jener dogmatischen Schärfe und gedanklichen Lutzigkeit fehlte, die dem römischen Recht eigen ist. Dafür zeichnet es sich durch größere Geschmeidigkeit, Einfließvermögen und Lebensdynamik aus. Die theoretischen Ansätze sind jedenfalls so reichhaltig, daß es den Vergleich mit anderen Rechten keineswegs zu scheuen braucht.

1. Ein Grund dafür, warum sich in Athen nie eine Rechtswissenschaft entfalten konnte, wurzelt in Strukturmerkmalen der politischen Ordnung. Gesetze wurden plebiszitär beschlossen. In den Gerichten saßen münfter bis zu 6000 Geschworene. Ohne jede Beratung wurde sofort nach Anhörung der streitenden Parteien über die Sache abgemittelt. Die Prozessenden hatten grundsätzlich selbst ihre Angelegenheiten vor Gericht zu vertreten. Da ihnen meist die notwendige Gesetzkenntnis sowie die erforderlichen theoretischen Fähigkeiten fehlten, bedienten sie sich sogenannter