

PANAJOTTA LAKKIS

Gestaltungsakte
im internationalen
Rechtsverkehr

Jus Privatum

128

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 128



Panajotta Lakkis

Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr

Zur prozessualen Bindung an in- und ausländische
privatrechtsgestaltende Urteile und andere
privatrechtsgestaltende Hoheitsakte

Mohr Siebeck

Panajotta Lakkis, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaften in Thessaloniki, Griechenland; 1996 Promotion; 2005 Habilitation; Lehrstuhlvertreterin in Erlangen.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151205-6

ISBN 978-3-16-149077-4

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Für Ilse & Konstantinos Lakkis
und für Hans Friedhelm Gaul*

Vorwort

Am Anfang stand das diffuse Gefühl, dass bei der seit Jahrzehnten fast als Dogma angenommenen, vermeintlichen prozessualen Gestaltungswirkung »etwas nicht stimme«. Es folgten einige Jahre, gefüllt mit freudiger Erregung und verstärktem Arbeitsdrang, wenn ein Puzzlestück seinen richtigen Platz gefunden hatte, aber auch mit Verzweiflung und Frust, wenn entweder für ein anderes der zahlreichen Puzzlestücke nicht der richtige Platz gefunden werden konnte oder das vermeintlich fertige Puzzle kein stimmiges Bild darstellte. Am Ende stand diese Arbeit, die ein fertiges Bild ergab, das in den Augen der Verfasserin lückenfrei und stimmig war. Diese Ansicht teilte auch die Juristische Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, als sie das mit Worten gezeichnete Bild der prozessualen Zusammenhänge am 22. 4. 2005 als Habilitationsschrift annahm. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Rechtsprechung und Literatur auch durchgängig berücksichtigt, darüber hinaus teilweise auch, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

Dass diese Schrift heute vorliegt, habe ich im wahrsten Sinne des Wortes mehreren Personen zu verdanken, die mich auf dem dornigen Weg begleitet, ermutigt und unterstützt haben. An gleicher, erster, Stelle gebührt dabei der Dank meinen Eltern, Ilse und Prof. Dr. Konstantinos Lakkis, sowie meinem akademischen Lehrer und wissenschaftlichem Vorbild Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Friedhelm Gaul. Erstere haben immer uneingeschränkt und bedingungslos hinter mir gestanden, wie nur Eltern dies können. Hans Friedhelm Gaul wiederum war mein schärfster Kritiker, aber darüber hinaus auch mein größter Förderer. Durch die teilweise hitzigen wissenschaftlichen Diskussionen hat sich erst mein heutiges wissenschaftliches Profil entwickelt. Dazu beigetragen hat auch Herr Prof. Dr. Eberhard Schilken mit den wertvollen Hinweisen in seinem Zweitgutachten und auch kürzlich durch eine mich ehrende Zusammenarbeit in der Lehre. Zuvor hatte Herr Prof. Dr. Walther Gerhardt mir nicht nur die Möglichkeit gegeben, mein Tätigkeitsfeld um das Insolvenzrecht zu erweitern, sondern mich auch in jeder Hinsicht fachlich und menschlich unterstützt. Die Basis wiederum hatten Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Pelayia Yessiou-Faltsi sowie Frau Prof. Dr. Charoula Apalagaki geformt. Nach all den Jahren denke ich nach wie vor gern an die Anfänge zurück und erkenne, wie wichtig die damals gesetzten Fundamente waren.

Unterstützung kam mir aber noch von anderen Seiten zuteil: So habe ich über Jahre nicht nur die formelle Gastfreundschaft der Universität des Saarlandes und

insbesondere von Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Rießmann erfahren, sondern ich durfte mich an seinem Lehrstuhl auch wirklich »zu Hause« fühlen. Die nicht zu verachtenden Geldsorgen wurden mir drei Jahre lang durch ein Habilitationsstipendium der DFG abgenommen. Die Publikationskosten wiederum wurden von der VG Wort übernommen.

Damit ist längst nicht die Zahl derer, denen mein Dank gilt, erschöpft. Der Münchener Juristischen Fakultät, in der ich mich ein Jahr lang so wohl gefühlt habe, gebührt mein Dank genauso wie der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen, auf die ich mich zurzeit mit großer Freude vorbereite.

Die Dankesliste ist vielleicht ungewöhnlich lang, ich könnte sie für den eiligen Leser auch folgendermaßen abkürzen:

Glücklich kann sich schätzen, wer erfahren durfte, was wahre Unterstützung bedeutet. Mittlerweile weiß ich, dass ich glücklich bin!

St. Wendel, im August 2007

Panajotta Lakkis

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Gang der Untersuchung und These	7

Erster Teil

Die Problematik im innerstaatlichen Rechtsbereich

A. Die dogmatischen Unzulänglichkeiten der herkömmlichen Behandlung der Gestaltungsklagen und -urteile	10
I. <i>Vorfrage: Reibungspunkte im Vorfeld einer gerichtlichen Entscheidung</i>	10
1. Die Diskrepanz der Betrachtungsweise zwischen materiellrechtlicher und prozessualer Literatur	10
2. Die dogmatischen Probleme, die aus der Verneinung eines privaten Gestaltungsrechts resultieren	16
a. Publizistisches Recht auf Gestaltung: isolierte Prozessführungsbefugnis	17
b. Mitwirkungsansprüche, die (nur) Schadensersatzansprüche erzeugen	20
c. Kein System in der Wahl des rechtstechnischen Mittels (Gestaltungsrecht, Gestaltungsklage, Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung)	22
d. Ähnliches Problem: Abgrenzung Anfechtungs- und Verpflichtungsklage im Verwaltungsrecht	29
3. Eigene Ansicht: materielles Gestaltungsklagerecht	31
a. Zur Unterstützung: Vergleich rechtsgeschäftlich durchgeführter und urteilsmäßiger Gestaltung	38
i. Gemeinsamkeiten	39
ii. Unterschiede	41
b. Die Lehre vom Doppeltatbestand	43
4. Die Sonderstellung der Gestaltungsurteile	47
a. Eigentlich Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit?	47
b. Sachnähe zur Verwaltungstätigkeit	49

<i>II. Inkonsequenzen bezüglich der Wirkung des Gestaltungsurteils:</i>	
<i>Die Unhaltbarkeit der Annahme einer prozessualen</i>	
<i>Gestaltungswirkung</i>	50
1. Die klassischen Begründungen für die universelle Bindung	
an das Gestaltungsurteil	50
a. Argumentation aus der Rechtsnatur der Gestaltung	52
b. Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 III, 97 I GG, § 1 GVG	64
c. Anerkennenmüssen der Gestaltung	66
d. Parallele zur Theorie von der Drittwirkung der Rechtskraft	67
e. Gestaltungswirkung und Tatbestandswirkung	69
i. Gleichstellung mit Tatbestandswirkung	70
ii. Unterschiede zwischen Gestaltungs- und Tatbestandswirkung	72
iii. Gleichbehandlung (trotz Unterschieden) von Gestaltungs- und Tatbestandswirkung?	74
f. Bindung wegen materieller Änderung	76
i. Materielle Rechtskrafttheorie in anderem Gewand?	77
ii. Die prozessuale »Bindung« an die rechtsgeschäftliche Gestaltung: Rechtsgeschäftliche Gestaltung und ihre rechtskräftige Feststellung	83
g. Zusammenfassung	89
2. Die Mitwirkungsproblematik	90
a. Freiwillige außerprozessuale Mitwirkung an der Herbeiführung des Gestaltungserfolgs: Bestandsaufnahme	92
i. Außerhalb des Gesellschaftsrechts	93
(1) Ersetzung der Teilnahme bei Leistungsklagen	94
(2) Ersetzung der Teilnahme auch bei Gestaltungsklagen?	95
ii. Im Gesellschaftsrecht	96
(1) Ersetzung auf der Beklagtenseite	96
(2) Ersetzung auf der Klägerseite	98
b. Dogmatische Herleitung	100
i. Einverständniserklärung mit dem materiellen Ziel	101
(1) Realitätsnahe Auslegung der Zustimmung	101
(2) Erfüllung der Vorgaben der §§ 133, 140 HGB?	102
(a) Grundsätzliche Bedenken	103
(b) Differenzierung je nach Parteipolle	109
(3) Ergebnis	110
ii. »Zustimmung« bzgl. des prozessualen Erfolges	112
(1) Gewillkürte Prozessstandschaft	112
(a) Auf der Klägerseite	113
(b) Auf der Beklagtenseite	123
(2) Unterwerfung unter die Urteilstwirkungen	125
iii. Folgerungen	129

c. Erzwangene Mitwirkung auf der Klägerseite,	
Mitwirkungspflicht	129
i. Die dogmatische Unhaltbarkeit der heutigen Verbindung	
von Ausschließungs- und Zustimmungsklage	130
ii. Dogmatische Herleitung einer erzwungenen Mitwirkung	132
(1) Mitwirkungspflicht bzgl. des materiellrechtlichen Ziels	132
(2) Pflicht zur prozessualen Mitwirkung	135
(a) Zwang zur Prozessführungsermächtigung	138
(b) Zwang zur Unterwerfung	138
(3) Gesetzliche Prozessstandschaft, insbesondere actio pro socio	138
(a) actio pro socio in der Personengesellschaft des	
Handelsrechts	140
(b) Absicherung: actio pro socio bei der nicht organisierten	
Gesamthand	146
(c) Actio pro socio und Ausschließungsklage	148
(4) Kein Schadensersatz bei Weigerung zur Mitwirkung	150
iii. Ergebnis	151
iv. Weitere Erklärungsmodelle für die Gestaltungsklagen	
des Gesellschaftsrechts	153
(1) Der Mehrparteienprozess mit einheitlichem Streitgegenstand	
nach Karsten Schmidt	153
(2) Das Modell von Herbert Roth	155
(3) Übernahme der notwendigen Beiladung des Verwaltungsrechts?	159
d. Zusammenfassung	160
B. Entwicklung des eigenen Ansatzes	162
I. Die prozessuale Verbindlichkeit des Gestaltungsurteils	163
1. Die prozessuale Bindung des Richters an das Gestaltungsurteil	163
a. Wird die Gestaltung von einer Vollstreckungswirkung	
herbeigeführt?	165
b. Die materielle Rechtskraft des Gestaltungsurteils	169
i. Heutiger Stand	172
ii. Neue Ermittlung der Rechtskraftgrenzen	175
(1) Die positive Rechtskraftwirkung des Gestaltungsurteils	178
(a) Der Streitgegenstand der Gestaltungsklage	178
(b) Die Reichweite der positiven Rechtskraftbindung	189
(2) Einfluss zur positiven Rechtskraftwirkung	196
(3) Einfluss auf die Dreiteilung der Klage- und Urteilstypen?	196
(4) Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft des Gestaltungsurteils	204
(a) Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter nach heutiger	
Auffassung	213
(b) Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter nach hier vertretener	
Ansicht – Parallele zur so genannten Feststellung von	
Drittrechtsverhältnissen	216
(c) Die »τριταναχοπιή« und die »tierce opposition«	220
(5) Antwort auf Einwände	224
(6) Verbleibende Bindungsdefizite?	229
(7) Rechtskrafterstreckung kraft zivilrechtlicher Abhängigkeit?	230

c. Durchbrechung der Rechtskraft des Gestaltungsurteils	231
i. Wiederaufnahmeklage	231
ii. Materiellrechtlicher Ausgleich nach § 826 BGB	233
2. Die Bindung der Gerichte anderer Gerichtsbarkeiten an das Gestaltungsurteil der streitigen ordentlichen Gerichtsbarkeit	237
3. Die Bindung der Verwaltung an das Gestaltungsurteil	239
<i>II. Die Bindung der Gerichte an sonstige privatrechtsgestaltende Hobeitsakte</i>	240
1. Die Bindung an gestaltende Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	241
a. Bestandsaufnahme	241
b. Eigene Ansicht	248
2. Die Bindung an gestaltende Schiedssprüche	251
3. Die Bindung an Gestaltungsurteile der Verwaltungsgerichte	256
4. Die Bindung an privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte	259
a. Die Erklärungsmodelle in der Verwaltungsrechtslehre	262
i. Tatbestandswirkung	262
ii. Materielle Bestandskraft als Bindungswirkung	266
iii. Weitere Erklärungsmodelle	268
b. Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts als Vorfrage im Zivilprozess	270
i. Sonderfall: Amtshaftungsansprüche	270
ii. Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter: zwei grundverschiedene Wege	271
(1) Eigene Anfechtungsbefugnis	271
(2) Vorfragenprüfung durch das Zivilgericht	273
c. Eigene Ansicht	275
5. Privatrechtsgestaltung durch Enteignung	278
6. Privatrechtsgestaltung in der Zwangsvollstreckung	279
<i>III. Registerpublizität und Gestaltung</i>	290

Zweiter Teil

Die Anerkennung ausländischer Gestaltungsakte Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Die Anerkennung ausländischer Gestaltungsurteile	299
<i>I. Die heutige Handhabung</i>	299
1. Die Sonderstellung der Gestaltungsurteile	300
2. Inkonsequenz zwischen den Ansichten im nationalen und im internationalen Bereich	304

a. Öffentliches Recht auf Gestaltung	304
b. Materiellrechtliche Begründung der Bindungswirkung und lex causae-Theorien	305
i. Maßgeblichkeit der lex causae des ersten Prozesses	310
ii. Maßgeblichkeit der lex causae des zweiten Prozesses	317
c. Registereintragungspflicht nach der lex causae	318
II. <i>Bekräftigung der hier entwickelten Betrachtungsweise</i>	320
III. <i>Anwendung der im ersten Teil gewonnenen Erkenntnisse</i>	321
1. Die Anerkennung ausländischer Gestaltungsurteile	321
a. Autonomes Recht	322
b. EuGV-VO	329
c. Spezialproblem: Die Bestimmung des Streitgegenstands und der objektiven Rechtskraftgrenzen	329
i. Streitgegenstandsbestimmung im autonomen Recht	332
ii. Streitgegenstandsbestimmung im Rahmen der EuGV-VO	333
d. Spezialproblem: Unterschiedliche Betrachtungsweisen im Hinblick auf die materielle Rechtskraft von Gestaltungsurteilen	341
e. Anerkennungszwang aus dem EGV?	344
2. Speziell Personenstandsurteile	345
a. Völkerrechtlicher bzw. verfassungsrechtlicher Anerkennungszwang?	345
b. Gemeinschaftsrecht	345
i. Die EG-Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen (EheGV-VO)	346
ii. Anerkennungszwang aus dem EGV?	357
c. Art. 7 § 1 FamRÄndG	362
B. Die Bindung der Verwaltung an ausländische Gestaltungsurteile	370
C. Anerkennung prozessualer Gestaltungsurteile, insbesondere des Vollstreckungsrechts	371
I. <i>Ausländische Vollstreckungsgegen- oder Widerspruchsklage, die zur rechtskräftigen Feststellung der materiellen Rechtslage führt</i>	373
II. <i>Erzeugen die Gestaltungsurteile des Vollstreckungsrechts nach deutschem Vorbild anerkennungsfähige Wirkungen?</i>	374
III. <i>Anerkennungs- und Exequaturentscheidungen</i>	376

D.	Anerkennung ausländischer gestaltender Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit	382
	I. <i>Gemeinschaftsrecht</i>	385
	II. <i>Autonomes Recht: § 16a FGG</i>	386
E.	Ausländische gestaltende Schiedssprüche	391
F.	Ausländische Entscheidungen der Verwaltungsgerichte	394
G.	Ausländische privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte	395
	I. <i>Ausländische privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte allgemein</i>	396
	1. Völkerrechtliche Anerkennungspflicht?	396
	2. Autonomes Recht	396
	3. Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsprechung des EuGH	399
	a. Die Einführung transnationaler Verwaltungsakte	399
	b. Die Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung ausländischer Verwaltungsakte	401
	4. Eigene Ansicht	403
	II. <i>Scheidungen durch Verwaltungsakt und sonstige Verwaltungsakte, die den Personenstand betreffen</i>	410
H.	Berücksichtigung ausländischer Privatrechtsgestaltung im Zusammenhang mit einem Vollstreckungsakt	414
I.	Ausländische Enteignungen	416
J.	Ausblick	421
	Zusammenfassung der gesamten Gedankenführung	432
	Literaturverzeichnis	449
	Sachregister	495

Einleitung

Wenn man den Untertitel dieser Arbeit liest, wird man sich zunächst fragen, worin die Bindungsproblematik gerade bei Gestaltungsakten besteht, denn die »Anerkennung« von Gestaltungsakten und »Gestaltungswirkung« wurde bisher weitgehend als unproblematisch, um nicht zu sagen als begriffsnotwendig dargestellt. Indessen ist die dogmatische Erklärung der Bindung an hoheitliche Gestaltungsakte keineswegs selbstverständlich¹. Dass dies größtenteils unerkannt blieb, mag daran liegen, dass bislang eine allgemeine Aufarbeitung der Problematik über die innerstaatliche Geltung von Gestaltungsakten und die Anerkennung entsprechender ausländischer Akte ausstand.

Zur Wirkung von hoheitlichen Gestaltungsakten werden meist Thesen ohne nähere rechtsdogmatische Auseinandersetzung aufgestellt, die angebliche absolute Gestaltungswirkung scheint sogar zum unerschütterlichen Dogma geworden zu sein². Dafür bezeichnend ist, dass zur Begründung besonders oft Argumente herangezogen werden, die an den »gesunden Menschenverstand« appellieren – auch die »Natur der Sache« wird gern bemüht. Außerhalb gerichtlicher Gestaltungsurteile wird die Geltung hoheitlicher Gestaltungsakte noch weniger problematisiert, dies gilt insbesondere auch für Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die die Gestaltung geradezu charakteristisch ist. Bei den ausländischen Gestaltungsurteilen wiederum hat sich früher die Diskussion auf eventuelle kollisionsrechtliche Schranken bei der Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile beschränkt.

In dieser Arbeit soll eine zusammenhängende Untersuchung der Bindung an hoheitliche Gestaltungsakte vorgenommen werden, inklusive der ausländischen. Damit soll die isolierte Betrachtung einzelner Gestaltungsakte vermieden werden, die bislang zu den dogmatischen Unstimmigkeiten geführt hat, die aufgezeigt werden und durch die Entwicklung der eigenen Konzeption hoffentlich beseitigt werden können.

In der Praxis wird die hier besprochene Problematik nicht oft zum Tragen kommen, da die Fälle, in denen das gestaltete Rechtsverhältnis präjudiziell für ei-

¹ Zu Recht weist *Zeumer*, *Rechtliches Gehör*, S. 54 darauf hin, »dass man bei uns vielfach dazu neigt, aus überwiegend rechtstechnischen Erwägungen eine inter-omnes-Wirkung aller Gestaltungsurteile als nahezu selbstverständlich anzusehen«.

² S. auch *Oberhammer*, der ein Kapitel seines Werks »Entstehungsgeschichte eines Dogmas« nennt (S. 18ff.).

nen Rechtsstreit mit Dritten ist, nicht besonders zahlreich sind. Darüber hinaus wird der Dritte oft selbst bei vorhandener Präjudizialität nicht in der Lage sein, das Fehlen des Gestaltungsgrundes zu kennen oder gar zu beweisen. Auch bestätigt die Lebenserfahrung, dass die Menschen nicht alles bestreiten, was sie bestreiten können. Aber darin liegt schwerlich eine geeignete Grundlage für einen prozessualen Rechtssatz³, in diesem Fall für die grundsätzliche umfassende Bindung an das Gestaltungsurteil. Allerdings ist es ein Trugschluss, dass nur rückwirkende Gestaltungsurteile Dritten gegenüber problematisch sind und dass keine Bedenken bei ex nunc wirkenden Gestaltungsurteilen vorlägen, weil sich der Dritte bei späteren Geschäften auf die neue Rechtslage einstellen könne⁴, denn die Rechtsschutzgarantien durch die engen Rechtskraftgrenzen dienen auch der Bewahrung vor der Schaffung vollendeter Tatsachen.

In dieser Arbeit werden schwerpunktmäßig die Gestaltungsakte untersucht, die aufgrund eines streitigen gerichtlichen Verfahrens ergehen, also die Gestaltungsurteile. Darüber hinaus sollen jedoch auch sonstige privatrechtsgestaltende Staatsakte auf ihre Bindungswirkung hin betrachtet werden⁵. Zwar ist eingewandt worden, dass »die Suche nach einer allgemeinen Dogmatik des privatrechtsgestaltenden Staatshandelns ... von vornherein auf unüberwindliche Schwierigkeiten (trifft), nimmt man nach positivrechtlicher Ausgestaltung zu heterogene Erscheinungsformen mit in die Untersuchung hinein«⁶. Diese Aussage formuliert jedoch lediglich eine Vermutung, solange nicht der Versuch unternommen wird, einen roten Faden in allen Fällen der Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt zu ermitteln. *Bürckner* z.B., der die Figur des privatrechtsgestaltenden Staatsakts »erfand«, hatte seine Untersuchung ganzheitlich auf alle Staatsakte, auch die der streitigen Gerichtsbarkeit, bezogen und lediglich Besonderheiten der einzelnen Gruppen hervorgehoben⁷.

Es ist darauf hinzuweisen, dass auch der gestaltende Schiedsspruch untersucht wird, obwohl er kein Hoheitsakt im strengen Sinne ist, da die Schiedsgerichtsbarkeit zwar materiell Rechtsprechung, jedoch keine öffentliche Gewalt darstellt⁸. Die Einbeziehung in diese Untersuchung rechtfertigt sich durch die Funktion des Schiedsspruchs, der an Stelle eines Urteils ergehen kann.

Die prozessualen Gestaltungsurteile, die auf einer prozessualen Verhaltensnorm basieren, werden dagegen ausgeklammert. Es bedarf einer separaten Untersuchung, in welchem Sinn man hier überhaupt von einer Bindung sprechen kann

³ *Michaelis*, FS Larenz II, 451, 460.

⁴ *Brox*, FamRZ 1963, 392, 393.

⁵ Diese hatte *Schlosser* ausdrücklich aus seiner Arbeit ausgeklammert (S. 43).

⁶ *Manssen*, S. 10f., um einen »Heterogenisierungseffekt« (S. 20) zu vermeiden.

⁷ *Bürckner*, passim. Auch *Kroeber* hat unter den Begriff privatrechtsgestaltende Staatsakte alle Staatsakte mit privatrechtlichen Wirkungen gefasst (S. 41).

⁸ *Stein/Jonas-Schlosser*, vor § 1025 Rn. 2 m. Nachw.

bzw. ob dies überhaupt erforderlich ist. Auch das Insolvenzrecht wird nicht behandelt, da es weitgehend eine abgrenzbare Sondermaterie bildet.

Ferner ist die Gestaltung öffentlicher Rechtsverhältnisse nicht Gegenstand dieser Arbeit, da hier öffentliche Belange eventuell eine andere Behandlung diktieren könnten. Aus ähnlichen Gründen wird auch nicht die »Bindung« an Rechtsbehelfsentscheidungen untersucht, sofern es um die formelle Aufhebung einer früheren Entscheidung geht. Sofern jedoch das Rechtsmittelgericht selbst abschließend in der Sache entscheidet, liegt keine Besonderheit vor im Vergleich zu einem Gestaltungsurteil in erster Instanz. Insbesondere die Anfechtungsklage des Verwaltungsrechts wird jedoch ansatzweise angesprochen, da die dazugehörige Beiladungsproblematik aufschlussreich für die Frage nach der prozessualen Verbindlichkeit von Gestaltungsurteilen Dritten gegenüber ist.

Selbst bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch Hoheitsakt ist Vorsicht geboten, wo öffentliche Interessen tangiert werden. *Grunsky* mahnt: »Wer zu der Frage der Wirkung inter omnes von Gestaltungsurteilen Stellung nehmen will, tut gut daran, von vornherein die Urteile aus der Untersuchung auszuschließen, bei denen öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Dies ist insbesondere bei allen sich auf den Personenstand beziehenden Urteilen der Fall«⁹. Dieser Ratsschlag wird hier zwar nicht in seiner absoluten Form befolgt, d.h. es werden die Personenstandsurteile nicht völlig aus der Untersuchung ausgeklammert. Jedoch wird darauf zu achten sein, dass der Versuchung widerstanden wird, eventuell rechtspolitisch motivierte Lösungen in diesem Bereich zu verallgemeinern.

Wenn man das Gestaltungsurteil ohne vorgebildete Meinung betrachtet, fällt einem auf, dass es so viele prozessuale »Ungereimtheiten« aufweist wie kein anderer Urteilstyp. Früher entsprach es sogar ganz h.M., dass Gestaltungsurteile keine materielle Rechtskraft entfalten¹⁰. Diese alte Diskussion, die hier selbstverständlich nicht erneut aufgerollt werden soll, zeugt von einer für die Gestaltungsurteile charakteristischen Einstellung der Wissenschaft: Anstatt dass die »Gestaltungswirkung« in Frage gestellt wurde, wurde den Gestaltungsurteilen die zentrale Urteilstwirkung der streitigen Zivilgerichtsbarkeit, die materielle Rechtskraft, abgesprochen. Dieser Ansatz hat die gesamte weitere Entwicklung der Dogmatik der Gestaltungsurteile geprägt: Ohne dass jemals eine eingehende dogmatische Begründung der »Gestaltungswirkung« stattgefunden hätte, hat man diese in Folge als selbstverständlich hingenommen¹¹ und sich lediglich darauf beschränkt, die

⁹ *Grunsky*, Grundlagen, §48 II (S.551).

¹⁰ Z.B. hatte *Böttcher* (Kritische Beiträge, S.24ff.), keinen Grund gesehen, die Gestaltung durch eine Feststellung zu ergänzen. Später hat er jedoch diese Ansicht aufgegeben und die Nützlichkeit der Rechtskraft erkannt, wenn Gefahr bestehe, dass ein aufgehobener Rechtsakt wiederholt werde (FS 100 DJT, 517, 539f.; FS Dölle, 41, 59); ablehnend auch *Lent*, ZZP 61, 279ff.; *Rosenberg*, §87 I 3 (S.412).

¹¹ Treffend bemerkt *Zemer*, Rechtliches Gehör, S.54, »dass man bei uns vielfach dazu neigt, aus überwiegend rechtstechnischen Erwägungen eine inter-omnes-Wirkung aller Gestaltungsurteile als nahezu selbstverständlich anzusehen«.

Folgeprobleme soweit wie möglich zu beseitigen, wie dies auch die Diskussion über das rechtliche Gehör im Zusammenhang mit Gestaltungsurteilen zeigt. Dadurch, dass sich die wissenschaftliche Energie auf die falsche Frage gestürzt hat (nämlich, ob Gestaltungsurteile materiell rechtskraftfähig sind), hat man somit die eigentliche Herausforderung übersehen: die dogmatische Herleitung der prozessualen Tragweite der Gestaltungsurteile, namentlich die Bestimmung der objektiven Grenzen ihrer materiellen Rechtskraft.

Bei der »Gestaltungswirkung« fällt auf, dass nur die Frage behandelt wird, wer an sie gebunden ist. Es werden – um bei der Terminologie der Rechtskraft zu bleiben – somit nur die subjektiven Grenzen erörtert. Auf die Frage nach der wahren Rechtsnatur dieser so genannten Gestaltungswirkung wird nicht weiter eingegangen, so dass ein logischer Schritt übersprungen wird, denn man kann nicht darüber diskutieren, wen die »Gestaltungswirkung« binden soll, wenn man sich nicht darüber im Klaren ist, wie sie dogmatisch einzuordnen ist. *Schwab* bemerkte richtig zur Rechtskraft: »Über die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils auf Dritte kann man erst dann sprechen, wenn man zuvor über das Wesen der Rechtskraft klare Vorstellungen hat«¹². Dieser Satz lässt sich ohne Einschränkung auf die Gestaltungswirkung übertragen, bei der leider in dieser Hinsicht erhebliche Defizite zu beklagen sind.

Der richterlichen Gestaltung wird somit wie selbstverständlich eine absolute prozessuale Wirkung zuerkannt, denn die materielle Rechtslage soll ein für alle Mal geändert sein, und zwar innerhalb und außerhalb von Prozessen. Eine derartige absolute prozessuale Bindungswirkung außerhalb der Rechtskrafterstreckung *inter omnes* ist jedoch der deutschen Rechtsordnung, die schon ihrer Konzeption nach auf Relativität ausgelegt ist, ansonsten fremd: Gerichtliche Urteile wirken lediglich in den engen Grenzen der Rechtskraft, außerhalb dieser Grenzen werden auch sich logisch gegeneinander ausschließende Urteile in Kauf genommen¹³. Dahinter steckt die zutreffende Erkenntnis, dass es keinen optimalen objektiven Betrachter der Rechtslage gibt, da jedes Menschenwerk mit Unvollkommenheit behaftet ist¹⁴, und dass das von der Interessenwahrnehmung durch die Parteien beeinflusste Ergebnis eines Rechtsstreits von zu vielen menschlichen Faktoren abhängt, als dass man mit Sicherheit davon ausgehen dürfte, dass im ersten Rechtsstreit die materielle Rechtslage objektiv¹⁵ richtig erkannt wurde. Deswegen überwiegen in der Abwägung die Interessen derer, die durch die Wirkungen der betreffenden Entscheidung berührt werden, die aber am zugrunde liegenden Rechtsstreit nicht beteiligt waren.

¹² *Schwab*, ZZP 77, 124, 137f.

¹³ Motive III, S. 446 (nachfolgende Herausgabeklage nach erfolgloser Klage eines Miteigentümers).

¹⁴ *Rödiger*, S. 100.

¹⁵ Die Frage, ob es überhaupt objektive Richtigkeit gibt, wird bewusst ausgeklammert; sie lässt sich allein durch juristische Dogmatik und Systematik nicht beantworten.

Im Bereich der richterlichen Gestaltung soll dies nun anders sein: Jeder soll verpflichtet sein, von der Rechtslage auszugehen, die der Richter ausgesprochen hat, und zwar unabhängig davon, ob seine rechtlichen Interessen berührt werden und ob er am Verfahren teilgenommen hat oder auch nur teilnehmen konnte. Damit wird implizit entweder dem Gestaltungsurteil ein Unfehlbarkeitstestat erteilt oder Drittbetroffenen bewusst eine Bindung an ein eventuell unrichtiges Urteil ohne Möglichkeit der Gegenwehr zugemutet, und Beides kann im Hinblick auf das Recht auf rechtliches Gehör keinesfalls pauschal für alle Gestaltungsurteile hingenommen werden.

Der Anstoß zu dieser Arbeit wurde – wie bereits erwähnt – dadurch gegeben, dass bis heute keine konsequente rechtliche Einordnung der »Gestaltungswirkung« vorgenommen wurde, insbesondere im Hinblick auf die »prozessuale Betrachtungsweise«. Daraus dürften viele der nachstehend erwähnten Inkonsequenzen in der herrschenden Doktrin resultieren, denn es wird ein Streit ausge tragen, ohne dass die Grundprämissen eindeutig geklärt wären.

Mit der Frage nach der Rechtsnatur der Gestaltungswirkung werden letztendlich die Abgrenzung und die Wechselbeziehungen zwischen materiellem Recht und Zivilprozessrecht angesprochen. In den Worten *Bruns*: »Und so scheint mir in der *Böttcher*'schen Enthüllung des funktionalen Gehalts von Gestaltungsrecht und Gestaltungs klagerecht ein ebenso neues wie fruchtbares Feld rechtswissenschaftlicher Zusammenhänge bezeichnet zu sein, Brückenschlag zwischen materiellem Recht und Prozess, Brückenschlag auch zwischen privatem und öffentlichem Recht«¹⁶. Diese bis heute leider nicht vollendete Brücke gilt es möglichst solide weiter auszubauen.

Zum Reiz dieser Untersuchung hat auch beigetragen, dass die Frage nach der prozessualen Wirkung von Gestaltungsakten entgegen dem ersten Anschein längst nicht ausdiskutiert ist. Immer wieder fällt auf, dass sich bei der Auseinandersetzung mit der Gestaltungswirkung Formulierungen einschleichen, die auf eine Zurückführung auf die Rechtskraft deuten. Insbesondere ein BGH-Urteil aus dem Jahre 1983 ist in dieser Hinsicht besonders erwähnenswert. Es beinhaltet die Aussage, »dass Gestaltungsurteile – eine derartige Gestaltungswirkung unterstellt – zwar über die Parteien, aber *nicht über den Streitgegenstand hinaus* wirken«¹⁷. Zwar hatte der BGH eher daran gezweifelt, dass das Wandlungs- oder Minderungs urteil ein Gestaltungsurteil sei, wie der Verweis auf *Blomeyer* zeigt¹⁸. Der Entscheidung lag eine ähnliche Problematik zugrunde wie den Teilklagen, nämlich dass die Minderung nur bezüglich der noch ausstehenden Beträge, nicht auch bezüglich des schon geleisteten Betrags ausgesprochen worden war. Somit war die Entscheidung wohl falsch formuliert und in Wirklichkeit hätte es heißen

¹⁶ *Bruns*, ZZZP 78, 264, 286.

¹⁷ BGHZ 85 (1983), 367, 372 (Hervorhebung von Verf.).

¹⁸ Der BGH verwies auf seinen Aufsatz »Der ›Anspruch‹ auf Wandlung oder Minderung, AcP 151 (1950/1951), S. 97ff.

sollen, »dass Gestaltungsurteile – unterstellt, es würde hier ein solches vorliegen ...«, nicht über den Streitgegenstand hinaus wirken.

Und diese »bereinigte« Aussage ist besonders wertvoll, denn genau dieser Punkt ist bislang nicht berücksichtigt worden: Nur wenn die Gestaltung selbst Streitgegenstand ist, kann man als weiteren Schritt eine Wirkungserstreckung über die subjektiven Rechtskraftgrenzen hinaus erwägen. Und anders gewendet: Wenn die Gestaltung Streitgegenstand ist, dann bedarf es überhaupt keiner Gestaltungswirkung, da die Gestaltung bereits durch die materielle Rechtskraft prozessual gesichert wird.

Aber auch darüber hinaus wird immer wieder darauf hingewiesen, dass es immer noch Grundlagenprobleme gibt, »die nur scheinbar abgetan, in Wahrheit durch technische Alltagsregeln lediglich überlagert sind«¹⁹. Es wird auch tatsächlich immer wieder angemahnt, »ob die von der h.M. befürwortete Wirkung inter omnes der Gestaltungsurteile nicht eingeschränkt werden muss«²⁰. Selbst der Einwand, dass »die Gegner der inter omnes-Gestaltungswirkung nicht erkennen (wollen), dass es weder die Neigung zu traditionellen Denkformen noch das Misstrauen gegen neue Konzeptionen, sondern lediglich die praktische Notwendigkeit ist, die den größten Teil der Prozessualisten zwingt, auf der absoluten Gestaltungswirkung zu bestehen«²¹, ist eher *gegen* die Verfechter der absoluten prozessualen Gestaltungswirkung zu verwenden, denn praktische Notwendigkeiten mögen zu berücksichtigen sein, dürfen jedoch nie ausschlaggebend sein und eine dogmatische Herleitung ersetzen oder gar verbieten.

Bereits an dieser Stelle soll klargestellt werden, dass der Begriff »materielles Recht« in dieser Arbeit weit zu verstehen ist, nämlich als das »Recht der Materie«²², das bestimmt wird durch Entscheidungsnormen in Abgrenzung zu den prozessualen Verhaltensnormen²³. Es wird der Einfachheit halber der Begriff der materiellrechtlichen Änderung beibehalten, wobei dadurch auch die Änderung impliziert sein soll, die sich auf eine Entscheidungsnorm des Prozessrechts stützt.

¹⁹ K. Schmidt, *Gestaltungsprozesse*, S. 19.

²⁰ Grunsky, *FamRZ* 1969, 522, 524.

²¹ Calavros, S. 155.

²² So auch Stein/Jonas-Leipold, § 322 Rn. 25, 27 zur materiellen Rechtskrafttheorie.

²³ S. Gaul, *FS Zeuner* (1994), 317, 350 zur Tatbestandswirkung.

Gang der Untersuchung und These

Der Gang der Untersuchung wird folgender sein: Zuerst wird aufgezeigt, dass die gängige Behandlung der Gestaltungsurteile und ihrer Bindungswirkung in sich nicht stimmig ist, und zwar weder im innerstaatlichen noch im internationalen Bereich. Vornehmlich wird das Gestaltungsurteil behandelt, nachfolgend wird auf sonstige privatrechtsgestaltende Staatsakte sowie auf den Schiedsspruch eingegangen. Sodann wird die eigene Ansicht zur rechtlichen Einordnung der prozessualen Wirkung der Gestaltungsurteile dargestellt. Die These wird lauten, dass es keine eigenständige prozessuale »Gestaltungswirkung« gibt und dass die Gestaltung Streitgegenstand der Gestaltungsklage ist und auch Gegenstand der materiellen Rechtskraft des Gestaltungsurteils. Dies bedeutet, dass sich die Bindungswirkung des Gestaltungsurteils nur aus den objektiven und subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft ergibt. Anhand der gewonnenen Erkenntnisse wird die Bindung an einzelne privatrechtsgestaltende Hoheitsakte über das Gestaltungsurteil hinaus untersucht.

Im zweiten, internationalen Teil werden die entwickelten Thesen angewandt. Die Kombination eines ersten dogmatischen Teils und eines Abschnitts über das Problem im internationalen Rechtsverkehr ist in doppelter Hinsicht sinnvoll. Zum einen ist die Klärung einer Frage im innerstaatlichen Verkehr sinnvoll, bevor die Problematik grenzübergreifend geprüft wird. Zum anderen dient der internationale Rechtsverkehr auch als Prüfstand für die innerstaatlichen Lösungen, denn die Bewährung einer dogmatischen Konstruktion im internationalrechtlichen Sektor ist zwar kein völliger Beweis, wohl aber ein entscheidender Hinweis auf deren Richtigkeit¹. Heutzutage erscheint es außerdem im Hinblick auf die Verzahnung der Rechtsordnungen in der Europäischen Union immer weniger angebracht oder gar möglich, eine juristische Frage ohne Rücksicht auf die Auswirkungen im internationalen Rechtsverkehr lösen zu wollen. Die Europäisierung ist ohne Alternative, wenn auch nicht ohne Probleme².

¹ *Schnorr von Carolsfeld*, FS *Lent*, 245, 270 unter Berufung auf seinen Lehrer *Neumeyer*; *Jahr*, GS *Constantinesco*, 339, 350ff., der darauf hinweist, dass man nationale Sachverhalte nicht ohne Berücksichtigung des internationalen Rechtsverkehrs lösen sollte; ähnlich *Becker*, AcP 188, 24, 64f. und dort Fn. 119, 66: Prüfstein für die nationale und internationale Stimmigkeit von Rechtsnormen einschließlich ihrer richtigen rechtssystematischen Einordnung; s. zur zunehmenden Bedeutung des internationalen Aspekts auch *Stürner*, FS *Lüke*, 829, 835ff.

² *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924 zur Europäisierung des Verwaltungsrechts.

Es wird sich herausstellen, dass die Theorien zur »Gestaltungswirkung« im innerstaatlichen Bereich nicht mit den Theorien zur Behandlung ausländischer Gestaltungsurteile übereinstimmen: Wo im innerstaatlichen Bereich die materiell-rechtliche Komponente des Gestaltungsurteils hervorgehoben wird, wird bei der Anerkennung ausländischer Gestaltungsurteile die prozessuale Natur der »Gestaltungswirkung« betont.

Die Untersuchung wird sich auf die Sichtweise der deutschen Rechtsordnung beschränken. Zwar wäre eine Bearbeitung auch aus der Sicht anderer Rechtsordnungen aufschlussreich, jedoch muss sie späteren gesonderten Untersuchungen vorbehalten bleiben, denn sie würde eine grundlegende Auseinandersetzung mit dem gesamten Regelungsgefüge und den Interdependenzen des ausländischen materiellen und prozessualen Rechts erfordern, die den gesetzten zeitlichen sowie sachlichen Rahmen deutlich sprengen würde.

Am Ende ist eine ausführliche Zusammenfassung der gesamten Arbeit angefügt, die über eine Darstellung der Ergebnisse hinausgeht und es dem eiligen Leser erlaubt, die gesamte Gedankenführung dieser Arbeit nachzuvollziehen.

Erster Teil

Die Problematik im innerstaatlichen Rechtsbereich

A. Die dogmatischen Unzulänglichkeiten der herkömmlichen Behandlung der Gestaltungsklagen und -urteile

In diesem Abschnitt soll aufgezeigt werden, dass die herkömmliche Behandlung der Gestaltungsklagen und -urteile – obwohl sie meist als selbstverständlich hingenommen wird – kein stimmiges dogmatisches Konzept erkennen lässt. Dies zieht sich als durchgängiges Muster durch alle Abschnitte der Gestaltung durch Urteil: von der Vorfrage der Einordnung des Klagerechts über die Durchführung des Verfahrens bis hin zur problematischsten Frage, nämlich nach der Bindungswirkung des stattgebenden Urteils.

I. Vorfrage: Reibungspunkte im Vorfeld einer gerichtlichen Entscheidung

Bereits die materiellrechtliche Grundlage der Gestaltungsklage ist umstritten. Besonders auffällig ist in dieser Hinsicht, dass die prozessuale Literatur ein Problem in der materiellrechtlichen Einordnung des Gestaltungsklagerechts sieht, während dies in der materiellrechtlichen Literatur überhaupt nicht thematisiert wird.

1. Die Diskrepanz der Betrachtungsweise zwischen materiellrechtlicher und prozessualer Literatur

In der materiellrechtlichen Literatur wird die Gestaltungsklage meist als eine Form der Durchführung der Gestaltung dargestellt, die ausnahmsweise aus Gründen der Rechtssicherheit oder des Schutzes der beteiligten Personen auf dem Klageweg erfolgen muss¹. Z.B. gliedert *Medicus*: Gestaltungsrechte – Arten

¹ Z.B. *Enneccerus/Nipperdey* I, § 73 I 3 (S. 441), II, § 225 III (S. 1379f.), § 239 I 1 (S. 1438); *Larenz/Wolf*, AT, § 15 Rn. 71f., § 44 Rn. 31; *Medicus*, § 12 Rn. 84; aus dem sonstigen Schrifttum *Bellwinkler*, S. 52f.; *Bötticher*, FS Dölle, 41, 45 im Anschluss an *Seckel* (Notwendigkeit gerichtlicher Durchsetzung eine »Qualifizierung der Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts« – s. allerdings *ders.*, Fn. 35); *Düringer/Hachenburg-Flechtheim*, § 133 Anm. 10; *Fasching*, östJBl. 97, 505, 512; *Weipert*, GroßKomm HGB², § 133 Anm. 18; wohl auch *Grunsky*, Grundlagen, § 38 II 3 (S. 374f.); a.A. *Staudinger-Dilcher*¹², Einl. zu §§ 104–185 Rn. 50.

der Gestaltungsrechte – einfaches Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht². Im Text heißt es: »Regelmäßig wird das Gestaltungsrecht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt«³. »Ausnahmsweise gibt es aber auch Gestaltungsrechte, die nur gerichtlich ausgeübt werden können. ... Man spricht hier von Gestaltungsklagerechten«⁴. Auch bei *Larenz/Wolf* heißt es: »Die Ausübung der Gestaltungsrechte und damit die Vornahme der rechtlichen Gestaltung, zu der sie die rechtliche Macht erteilen, erfolgt in aller Regel durch eine Erklärung gegenüber dem jeweiligen Gestaltungsgegner«⁵. »In manchen Fällen besteht ein Bedürfnis, die Gestaltungswirkung im Interesse der Rechtssicherheit erst durch ein Urteil nach vorangegangener richterlicher Nachprüfung und rechtskräftiger Feststellung der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen eintreten zu lassen. ... Der Berechtigte kann die Gestaltung dann nicht selbst vornehmen, sondern ist nur dazu befugt, im Wege der Erhebung einer Gestaltungsklage eine richterliche Gestaltung herbeizuführen. Der Gestaltungsklage liegt ebenfalls ein Gestaltungsrecht zugrunde, dessen Vorliegen aber das Gericht vor Eintritt der Gestaltungswirkung überprüfen soll. Der Berechtigte leite die Gestaltung durch die willentliche Erhebung der Gestaltungsklage als Prozesshandlung vergleichbar einer Willenserklärung ein und der Gestaltungsgegner muss, falls das Gestaltungsrecht besteht, die durch das Gericht erfolgende Gestaltung hinnehmen«⁶.

In der materiellrechtlichen Literatur wird damit keine unüberbrückbare Kluft zwischen rechtsgeschäftlich ausgeübtem Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht gesehen. Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht werden zwar – zu Recht – nicht völlig gleichgestellt, jedoch auch nicht als wesensverschieden empfunden. In der prozessualen Literatur dagegen ist so ziemlich jede Frage im Hinblick auf die Gestaltungsklage umstritten, wenn auch der Thematik meist keine eingehende Untersuchung gewidmet wird. Die Eigenart der Gestaltung durch Urteil zeigt sich schon bei der Klageerhebung: Hier ist man sich nicht einmal einig, ob durch die Gestaltungsklage ein subjektives Recht geltend gemacht wird sowie welcher Natur dieses ist. Es wird die ganze Bandbreite an Möglichkeiten vertreten: von der Annahme eines Gestaltungsanspruchs⁷ bis hin zur gänzlichen Verneinung ei-

² *Medicus*, § 12 Rn. 84.

³ *Medicus*, § 12 Rn. 83.

⁴ *Medicus*, § 12 Rn. 84.

⁵ *Larenz/Wolf*, § 15 Rn. 69.

⁶ *Larenz/Wolf*, § 15 Rn. 71.

⁷ Nach *Kleinfeller* wird durch die Klage auf Rechtsgestaltung ein Anspruch auf Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses geltend gemacht, das an die Stelle des bisher bestehenden tritt, und auf Duldung dieser Neugestaltung durch den Beklagten gerichtet ist (§ 75 II 3 (S. 265 f.)). Die Gestaltungsklage sei zwar eine Art der Leistungsklage, die jedoch über die »normale« Leistungsklage hinaus gehe, indem sie »noch auf etwas anderes als auf Leistung des Gegners gerichtet« sei (§ 75 II (S. 263)). Nach *Lüke* (FS Sturm, 1045, 1051) erfüllt der Gesellschafter durch seine außerprozessuale Einwilligung in die Auflösung der Gesellschaft nach § 133 HGB der Sache nach den gegen ihn gerichteten Anspruch, in die Auflösung der Gesellschaft einzuwilligen; auch *Fa- sching*, östJBl. 97, 505, 512 spricht von einem privaten Rechtsgestaltungsanspruch gegen den

nes jeden subjektiven Rechts⁸. Andere wiederum differenzieren je nachdem, ob eine so genannte echte oder unechte Gestaltungsklage vorliegt⁹.

Es ist nicht einfach, die Diskussion über die Grundlage der Gestaltungsklage wiederzugeben, da die Begriffe »Anspruch« und »Recht« nicht immer korrekt voneinander abgegrenzt werden. Im Bereich der Leistungsklage ist dies nicht weiter schädlich, bei der Gestaltungsklage jedoch führt es zur Verwirrung. Wenn nämlich von einem »Anspruch« auf Gestaltung gesprochen wird, ist nicht ohne weiteres erkennbar, ob damit gemeint ist, dass die Gestaltungsklage in Wirklichkeit als eine Art Leistungsklage aufgefasst wird, oder ob damit lediglich eine Abgrenzung von der Ansicht intendiert wird, der Gestaltungsklage liege kein subjektives materielles Recht zugrunde.

Es sollen hier einige der vertretenen Ansätze zur Frage nach der materiellen Grundlage der Gestaltungsklage erwähnt werden. Dieser kursorische Überblick erfolgt der Vollständigkeit halber und zeigt auf, dass zu den Gestaltungsklagen und -urteilen durchgängig Ansichten vertreten werden, die sich nicht ohne weiteres mit der allgemeinen prozessualen Dogmatik vereinbaren lassen.

So wird von gewichtigen Stimmen das Vorliegen eines materiellen Gestaltungs-klagerechts verneint¹⁰. In der Regel lautet die Begründung, dass Ansprüche priva-

Partner, den dieser durch Zustimmung außergerichtlich befriedigen könne; *Becker*, ZZZ 97, 314, 325 und dort Fn. 37 nimmt einen dem materiellen Recht zugehörigen Anspruch auf Scheidung an, der der Ehescheidungsklage zugrunde liege; bei *Baumbach-Hartmann*, Grundz. § 253 Rn 10 ist die Rede von einem »sachlichrechtlichen Anspruch auf Rechtsänderung, z.B. auf Scheidung«.

⁸ S. insbes. *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht, S. 231 ff.; *H. Roth*, FS Henckel, 707, 710 zur Anfechtungsklage nach § 243 AktG (prozessuale Befugnis); *Schlosser*, S. 366 ff.; *Wiedemann*, S. 54: Anfechtungsklage nach §§ 241 ff. AktG ist »Popularklage«; zu den daraus resultierenden Problemen s. weiter unten, S. 16 ff.

⁹ Als »echte« Gestaltungsklage wird diejenige bezeichnet, die die einzige Möglichkeit zur Herbeiführung der Gestaltung darstellt. Als »unechte« werden die Gestaltungsklagen bezeichnet, die durch rechtsgeschäftliches Handeln der betroffenen Personen ersetzt werden können, s. z.B. *MünchKommZPO-Lüke*, vor § 253 Rn. 28; – *Arens*, S. 32 f. hat diese Differenzierung angedacht, jedoch aus Gründen der systematischen Einheit verworfen; ähnlich zuvor auch *Binder*, Prozess und Recht, S. 200 f. Die Autoren, die die Gestaltungsklagen in »echte« und »unechte« aufteilen, gehen meist davon aus, dass die »echten« lediglich auf dem Rechtsschutzanspruch basieren, s. *Lüke*, JuS 1969, 301, 306; *Staab*, S. 67 ff., 99 ff. – Hier wird die begriffliche Differenzierung aufrechterhalten, obwohl es sich in beiden Fällen um eine »echte« Gestaltung durch Urteil handelt. Jedoch kann die Tatsache, dass die Gestaltung ausschließlich durch Urteil erfolgen kann, zu einer besonderen Behandlung dieser Gestaltungsurteile nötigen. Daher ist es sinnvoll, zwischen den beiden Varianten zu unterscheiden, auch wenn das Begriffspaar »echt« und »unecht« die Sache vielleicht nicht genau trifft. Auch ist darauf hinzuweisen, dass die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen nicht notwendigerweise unechte Gestaltungsklagen sind. Die Anfechtungsklage nach §§ 243 ff. AktG z.B. ist nicht immer eine unechte: In Sonderfällen wäre ein Aufhebungsbeschluss der Hauptversammlung nicht zulässig, so z.B. nach § 119 II AktG bei Entscheidungen über Geschäftsführungsmaßnahmen, solange der Vorstand nicht erneut eine Entscheidung anregt, sowie wenn der Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns nach § 174 AktG aufgehoben werden soll, da durch ihn die Dividendenansprüche der Aktionäre entstanden sind und eine Korrektur nicht im Kompetenzbereich der Hauptversammlung liegt (*Pflugradt*, S. 68).

¹⁰ *Blomeyer*, ZPR, § 38 II (S. 190); *Bötticher*, Deutsche Rechtswissenschaft 7, 125, 143 f., der al-

ten Rechts vom Anspruchsgegner freiwillig erfüllt werden können, ohne dass ein gerichtliches Verfahren zwischengeschaltet werden müsse. Der Gestaltungsklagegegner sei aber nicht in der Lage, das Gestaltungsrecht durch Erfüllung zum Erlöschen zu bringen¹¹. Insbesondere wenn das Gesetz für die Gestaltung ausschließlich den Klageweg vorsehe, könne ohne das Gestaltungsurteil keine Gestaltung stattfinden, auch nicht wenn der Gestaltungsklagegegner nichts dagegen einzuwenden habe.

Ähnlich wird die Ansicht begründet, dass der Gestaltungsklage zwar kein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde liege, dafür aber ein subjektiv-öffentliches Recht¹². Diese Tendenz, ein materielles subjektives Gestaltungsklagerecht als Grundlage der Gestaltungsklage zu verneinen, mag daran liegen, dass man »zu leicht geneigt (ist), die materiellrechtliche Betrachtungsweise dort aufzugeben, wo behördliche Mitwirkung ins Spiel kommt«¹³. In der Regel ist die Rede von einem öffentlichrechtlichen Anspruch *auf* Gestaltung¹⁴. Dieser sei vom Recht *zur* Gestaltung (wie es das rechtsgeschäftliche Gestaltungsrecht ist) zu unterscheiden. Das Hauptargument für die Verneinung eines materiellen Gestaltungsklagerechts lautet auch hier, dass der Berechtigte auf den Klageweg verwiesen sei, um sein »Recht« zu verwirklichen. Darin zeige sich der »Sondercharakter« der Gestaltungsklagerechte im Vergleich zum rechtsgeschäftlich ausgeübten Gestaltungsrecht.

Interessant ist allerdings diesbezüglich die spiegelbildliche Ansicht, dass nicht die Gestaltungsklagerechte einen Sondercharakter aufweisen, sondern die rechtsgeschäftlich ausgeübten Gestaltungsrechte, denn sie durchbrechen den Grundsatz des Verbots der Selbsthilfe, während die Gestaltungsklagerechte dem Grundsatz folgen, dass bei mangelnder – oder ausnahmsweise gesetzlich ausgeschlossener – rechtsgeschäftlicher Einigung private Rechte mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden müssen¹⁵. »Bei der Kategorie des privaten Gestaltungs-

lerdings in der Festschrift *Dölle* dazu mahnt, »das zugrunde liegende *subjektive Privatrecht* nicht aus dem Auge zu verlieren« (FS Dölle, 41, 55, Hervorhebung im Original); *Dölle*, FS *Bötticher*, 93, 99; *Henckel*, Parteilehre, S. 31ff., insbes. S. 35; *Staab*, S. 109 (nur für die echten Gestaltungs-klagen) sowie die in Fn. 8 genannten.

¹¹ S. jedoch *Lüke*, FS Sturm, 1045, 1047: »Der Sache nach können die Beklagten das Klagebegehren »erfüllen«, obgleich es bei Gestaltungs-klagen eine echte Erfüllung nicht gibt, weil das Gericht unabhängig vom Verhalten der Beklagten gestaltet«; auch *Lüke*, JuS 1998, 594.

¹² So ausdrücklich *Ring*, S. 65; *Langheineken*, S. 220ff., 227: »Unter Bewirkungsanspruch verstehen wir das im Wege der Klage geltend zu machende Recht gegen den Staat auf ... Aufhebung, Abänderung oder Begründung eines Rechtszustandes oder der Wirkungen eines Rechtsvorganges durch richterliches Urteil, Bewirkungsurteil«; *Henckel*, Parteilehre, S. 34f.

¹³ *Bötticher*, FS Dölle, 41, 55; s. allerdings *ders.*, Deutsche Rechtswissenschaft 7, 125, 143f.: »Was der Partei ... verbleibt, ist die Initiative, der Antrag auf Gestaltung ... und nichts mehr. Auf diese Gestaltung hat sie kein »Recht«, weder gegenüber dem Gegner ... noch gegenüber dem Staat«.

¹⁴ Z.B. *Schlosser*, S. 381: Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung; vgl. zur Terminologie auch *Gaul*, FamRZ 1963, 630, 633.

¹⁵ *Staab*, S. 65.

rechts ist denn auch das *Nichtangewiesensein auf gerichtliche Hilfe* in den Vordergrund getreten derart, dass geradezu die Figur der Selbsthilfe auftaucht¹⁶. In der Tat kann bei den rechtsgeschäftlich ausgeübten Gestaltungsrechten auf gerichtliche Mitwirkung verzichtet werden, weil es sich bei der Gestaltung an sich um eine »Veränderung in der Welt des Rechts« handelt, so dass private Gewalttätigkeit, wie sie z.B. beim Streit um den Besitz einer Sache entstehen kann, nicht zu befürchten ist¹⁷.

Die Gründe, die zur Verneinung eines materiellen Gestaltungsklagerechts angeführt werden, halten einer näheren Untersuchung nicht stand. Dies gilt insbesondere für den Einwand, dass Gestaltungsklagerechte nicht von der Gegenpartei erfüllt werden können. Dies mag zwar zutreffen, liegt jedoch schlicht und einfach daran, dass Gestaltungsklagerechte nicht auf Erfüllung zielen, sondern auf einseitige Rechtsänderung. Diese Zielrichtung ist insbesondere den Bereichen eigen, in denen die Kooperation der Beteiligten in den Vordergrund rückt, wie dies im Familienrecht und erst recht im Gesellschaftsrecht der Fall ist¹⁸. Ein Recht, das nicht auf Erfüllung zielt, kann naturgemäß nicht erfüllt werden. Der Einwand, dass der Gegner das Gestaltungsbegehren nicht erfüllen könne, ist ohnehin eher auf die Abgrenzung zum Leistungsanspruch i.S.d. § 241 BGB zugeschnitten als auf die Abgrenzung zum rechtsgeschäftlich ausgeübten materiellen Gestaltungsrecht.

Auch die rechtsgeschäftlich ausgeübten Gestaltungsrechte sind keine Ansprüche in dem Sinne, dass sie den Gegner zu etwas verpflichten: Auch das Kündigungs- oder Anfechtungsrecht kann der Gegner nicht erfüllen¹⁹, sondern es allenfalls gegenstandslos machen²⁰ – und eigentlich nicht einmal das. Die Willenserklärung kann nur durch die Anfechtung des Erklärenden ungültig gemacht werden. Selbst wenn der Empfänger der Willenserklärung die Anfechtbarkeit derselben einräumt, kann er sie nicht selbst aufheben. Genau genommen gibt es sowieso gar keinen Gestaltungsgegner im Sinne einer verpflichteten Person: Es wird die eigene Willenserklärung angefochten, die weitere Mitwirkung am Rechtsverhältnis gekündigt. Bei den Gestaltungsrechten – ob rechtsgeschäftlich ausgeübt oder urteilsmäßig durchgesetzt – handelt es sich typischerweise um die Verwirklichung einseitiger Interessen, die der »Gegenpartei« sogar meist Nachteile erbringt. Es geht immer darum, die Rechtslage nach den eigenen Wünschen zu ändern. Man will nicht mehr an die abgegebene Willenserklärung gebunden sein, man möchte an einem eingegangenen Rechtsverhältnis nicht mehr festhalten. Oder man möchte – um das klassische Beispiel gerichtlich ausgeübter Gestaltungsrechte zu nennen – nicht mehr mit dem bisherigen Gatten in Ehegemeinschaft leben. Auch wo sich die Gestaltungsklage scheinbar gegen eine bestimmte Person richtet (wie

¹⁶ *Böttcher*, FS Dölle, 41, 42f. (Hervorhebung im Original).

¹⁷ *Medicus*, § 12 Rn. 83 im Anschluss an *Böttcher*, FS Dölle, 41, 43.

¹⁸ *Roth*, S. 7.

¹⁹ *Kuschmann*, S. 17f. und dort Fn. 7.

²⁰ *Rosenberg*, § 87 I 2 (S. 411f.).

z.B. der Scheidungsantrag oder die Ausschließungsklage im Gesellschaftsrecht) geht es der Sache nach nicht darum, etwas von dieser Person zu verlangen, sondern man bringt zum Ausdruck, dass man *die eigene* Rechtsposition im Verhältnis zu dieser Person nicht mehr aufrechterhalten will. Der Hauptgrund für das in einigen Fällen vorgeschriebene Erfordernis der gerichtlichen Durchsetzung des materiellen Gestaltungsrechts liegt in dem in diesen Fällen gesteigerten Bedürfnis an Rechtssicherheit²¹: Der Rechtsstreit wird vorverlagert, es kann kein Schwebezustand entstehen, in dem ungewiss ist, ob wirksam gestaltet wurde oder nicht. Wie es *Karsten Schmidt* einprägsam formulierte: »Erst der Prozess und dann die Gestaltung!«²².

Die Verneinung einer materiellrechtlichen Grundlage der Gestaltungs-klage lässt sich auch nicht damit begründen, dass auf die Gestaltungs-klage das aktionenrechtliche Denken nicht passe²³. Einigkeit besteht darüber, dass das klassische Zivilprozessrecht von der Leistungsklage im Zweiparteienverhältnis ausgeht. Dieses Zweiparteienmodell sei insofern auf das materielle Recht von Einfluss, als umfassendere Rechtsverhältnisse in Zweipersonenbeziehungen zerlegt werden, die einem Prozessrechtsverhältnis entsprechen könnten²⁴. Man spricht insoweit von einem »aktionenrechtlichen Denken«, einer von Anspruch und Einrede bestimmten Denkweise²⁵. Zu Recht wird bezweifelt, dass das aktionenrechtliche Denken geeignet sei, einige Rechtsphänomene sinnvoll zu erfassen. Für diese Arbeit ist der Einwand von Interesse, der die Gebiete des Familienrechts sowie des Gesellschaftsrechts betrifft. Hier rückt die Kooperation der Beteiligten in den Vordergrund²⁶. Klagen, die in diesen Rechtsgebieten auf eine Gestaltung oder Feststellung mit Wirkung für und gegen alle zielen, sollen die Eigenschaft haben, dass sich die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse »materiellrechtlich nicht einfach durch ein Zweipersonenverhältnis ausdrücken oder ... in wenige Zweipersonenverhältnisse auflösen« lassen²⁷. Die entsprechenden Regelungen dienen denn auch zum großen Teil weniger der Störungsabwehr als der Darstellung der normal funktionierenden Rechtseinrichtung²⁸. Dem kann zugestimmt werden, so dass das aktionenrechtliche Denken in diesem Bereich als verfehlt angesehen werden kann. Daraus kann jedoch kein Rückschluss gezogen werden bezüglich der Frage, ob der Gestaltungs-klage ein subjektives materielles Recht zugrunde liegt, denn die Abgrenzung von der aktionenrechtlichen Geltendmachung von Ansprüchen und Einreden führt keineswegs zwingend zu dem Schluss, dass die Ge-

²¹ *Hahn/Mugdan*, HGB, S. 270; ähnlich *Denkschrift HGB*, S. 98.

²² *K. Schmidt*, GesR § 52 III 4 a (S. 1516); *K. Schmidt*, Gestaltungsprozesse, S. 4.

²³ Wie dies bei *H. Roth*, FS Henckel, 707ff. anklingt, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen auf S. 708f. und S. 710 ergibt.

²⁴ *Medicus*, AcP 174, 313, 314.

²⁵ *S. Medicus*, AcP 174, 313, 314, 316 m.Nachw.

²⁶ *H. Roth*, S. 7; *ders.*, FS Henckel, 707, 709.

²⁷ *Medicus*, AcP 174, 313, 330f.; *H. Roth*, FS Großfeld, 915.

²⁸ *Medicus*, AcP 174, 313, 319.