



Klausurtypische Probleme der Feststellungsklage

A. Allgemeines / Grundregeln zur Feststellungsklage:

- I. Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage kann – abgesehen von der Echtheit einer Urkunde – nur das **Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses** sein.

Dazu können auch einzelne, aus einem Rechtsverhältnis sich ergebende *Rechte und Pflichten* gehören, nicht aber bloße *Elemente oder Vorfragen* eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens.¹

Beispiele:

- Eine Klage auf Feststellung, dass eine vom Vermieter erteilte Abmahnung unberechtigt war, ist unzulässig. Eine Feststellung des Bestehens eines Rechts zu einem bestimmten Verhalten wäre dabei aber grds. möglich.²
- Beim Mietverhältnis kann dessen (derzeitige) Wirksamkeit *insgesamt* festgestellt werden, nicht aber isoliert die Wirksamkeit (nur) einer Kündigung; Irreführungsgefahr durch einen solchen Tenor, weil der Vertrag aus anderen Gründen fehlen oder entfallen sein könnte.³
- Die Frage, ob eine Abnahmeerklärung erfolgt ist (oder nicht), kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein.⁴ Arg.: Die Abnahme begründet zwar kein eigenständiges Rechtsverhältnis, sie führt jedoch zu *wesentlichen Änderungen* in den Rechtsbeziehungen der Parteien und wirkt grundlegend auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ein (Fälligkeit gemäß § 641 I 1 BGB, Gefahrübergang, Beweislaständerung bzgl. der Mängel u.a.).
- Die Berechtigung zur Minderung im Mietrecht (kein Gestaltungsrecht) wurde vom BGH – anders etwa als das bloße Vorliegen eines Mangels als bloße Tatsache – als Rechtsverhältnis i.d.S. anerkannt.⁵
- Die Klage auf Feststellung, dass eine Forderung gerade aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung vorliegt, betrifft ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 ZPO, nicht nur eine abstrakte Rechtsfrage.⁶

¹ Vgl. BGHZ 68, 331, 332; NJW 2000, 2280; NJW 2008, 1303.

² Vgl. BGH NJW 2008, 1303.

³ Vgl. Musielak/Voit/Foerste § 256, RN 27; wohl auch BGH NJW 2016, 1441 [RN 17]: „reine Rechtsfrage“; a.A. offenbar Grüneberg/Weidenkaff § 573, RN 61.

⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 2019, Az. VII ZR 154/18 = MDR 2019, 1056 [RN 25 ff]; ThP § 256, RN 7.

⁵ Vgl. BGH NJW 2019, 507 [RN 16]; schief zitiert bei ThP § 256, RN 7 („ausgeübtes Gestaltungsrecht“).

⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2021, Az. VI ZR 457/20 = NJW-RR 2022, 566 [RN 8]; BGHZ 109, 275. Feststellungsinteresse dabei wegen der Vorteile i.R.d. § 850f II ZPO, § 302 Nr. 1 InsO oder § 393 BGB.



2. **Sonderfälle** insoweit sind:

- Feststellung des Annahmeverzugs bei einer Zug-um-Zug-Klage (Hintergrund: §§ 756, 765 ZPO!)⁷ sowie
- die „erweitert punktuelle“ Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG bzw. Klage nach § 17 S. 1 TzBfG (gesetzliche Ausnahmen).

- II. Nötig ist grds. die **Gegenwärtigkeit** des Rechtsverhältnisses.

Negativbeispiel: Grds. unzulässig wäre eine Klage des (evtl.) Bedachten wg. einer Erbschaft oder eines Vermächnisses vor dem Erbfall!⁸

Bei einem vergangenen Rechtsverhältnis ist entscheidend: Hat es noch eine Wirkung für die Gegenwart?⁹

- III. Außerdem fordert § 256 I ZPO ein besonderes **Feststellungsinteresse**.

1. **Ausgangspunkt:** Das Feststellungsinteresse fehlt, wenn eine Leistungsklage möglich wäre, die das Begehren erschöpfend erfasst, weil sie zusätzlich einen Titel schafft und damit oft prozessökonomischer ist.¹⁰

⇒ Die Feststellungsklage wird aber regelmäßig dann zulässig sein, wenn

- sie einen rechtlichen Vorteil bringt, der mit der bloßen Leistungsklage nicht erzielt werden kann
- oder aber eine Leistungsklage aus irgendwelchen Gründen derzeit noch nicht in Betracht kommt.

Ein solcher rechtlicher Vorteil ergibt sich oft – auch außerhalb des darauf aufbauenden Sonderfalls des § 256 II ZPO – aus den Grenzen der materiellen Rechtskraft von Leistungsklagen gemäß § 322 I ZPO.

Beispiel bei Minderung im Mietrecht: „Das Feststellungsinteresse ... richtet sich darauf, dass zwischen den Parteien die Minderung der Miete rechtsverbindlich festgestellt werde, weil dies einerseits im Hinblick auf künftige Mietzahlungen und andererseits – auch soweit zurückliegende Mietzeiträume betroffen sind – als Vorfrage im Fall einer etwaigen Zahlungsverzugskündigung von Bedeutung ist. Diese rechtsverbindliche Feststellung kann durch eine Leistungsklage nicht erreicht werden, weil insoweit die Minderung der Miete nur eine nicht in Rechtskraft erwachsende Vorfrage darstellt.“¹¹

⁷ Dazu siehe unten genauer.

⁸ Vgl. BGHZ 37, 137; Musielak/Voit/Foerste § 256, RN 21. Allerdings sind durchaus einige Sonderfälle anerkannt, in denen – etwa der Erblasser selbst – vor dem Erbfall bereits bestimmte Fragen klären lassen kann (Musiellak/Voit/Foerste § 256, RN 21 m.w.N.).

⁹ Vgl. ThP § 256, RN 8.

¹⁰ Vgl. ThP § 256, RN 18.

¹¹ Vgl. BGH NJW 2019, 507 [RN 16]; ThP § 256, RN 7.



2. Prüfung des Feststellungsinteresses durch das Gericht:

- Auszugehen ist dabei vom Vortrag des Klägers. Ob der geltend gemachte Anspruch tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit.
- Obwohl es sich hier um eine v.A.w. zu prüfende Voraussetzung handelt, hat dennoch der Feststellungskläger für die maßgeblichen Tatsachen die Darlegungslast.¹²

III. Rechtsfolge des Fehlens der Voraussetzungen:

Im ZPO-Prozess gilt der Grundsatz des prozessualen Vorrangs der Zulässigkeit: Materiell-rechtliche Fragen dürfen also erst erörtert werden, wenn die Zulässigkeit *feststeht*; das gilt auch, wenn die Zulässigkeit erst nach einer Beweisaufnahme geklärt werden kann.

Eine Ausnahme gilt beim Feststellungsinteresse der Feststellungsklage: Dieses ist nach BGH und BAG nur zwingende Prozessvoraussetzung für *stattgebende* Klagen, nicht aber für ablehnende; in diesen Fällen kann ein klageabweisendes Sachurteil ergehen, um den Beklagten vor einem zweiten Prozess zu schützen.¹³

IV. Materielle Rechtskraft der Feststellungsklage (§ 322 I ZPO):

1. Materielle Rechtskraft der positiven Feststellungsklage:

- a. Bei **Klageerfolg** steht das Rechtsverhältnis unmittelbar im Tenor, auf den sich die materielle Rechtskraft grds. beschränkt.¹⁴ Daher ist das Bestehen des Rechtsverhältnisses (z.B. Wirksamkeit eines Vertrags) Gegenstand der Bindungswirkung des § 322 I ZPO.

Diese Frage wird in Folgeprozessen regelmäßig vorgreiflich sein. Beispiel: SchErs gestützt auf den in seiner Wirksamkeit festgestellten Vertrag. ⇒ § 322 I ZPO bewirkt dann im Rahmen der *Begründetheitsprüfung* des Folgeprozesses eine *Bindung* an dieses Ergebnis.¹⁵

- b. Bei **Klagemisserfolg** steht direkt im Tenor nur die Abweisung der Klage ohne Details. ⇒ Ermittlung der Rechtskraft durch die Anträge im Tatbestand: Das exakte Gegenteil des dort beantragten ist rechtskräftig festgestellt. Folge: Mit der Abweisung der Klage auf Feststellung der Wirksamkeit eines Vertrags ist spiegelbildlich *das Nichtbestehen* eben dieses Vertrags rechtskräftig festgestellt.

2. Materielle Rechtskraft der negativen Feststellungsklage:

¹² Vgl. ThP § 256, RN 21; Vorbem. § 253, RN 12.

¹³ Vgl. BAG NZA 2022, 774 [RN 41 f.]; BGH NJW 2021, 3041 [RN 32]; NJW 2017, 1823 [RN 41]; NJW 2012, 1209 [RN 45]; ThP § 256, RN 4.

¹⁴ Vgl. ThP § 322, RN 17 f.

¹⁵ Vgl. ThP § 322, RN 9.



- a. Bei Klageerfolg steht das Nichtbestehen der Forderung oder des Vertrags fest.¹⁶ Dies ergibt sich wiederum bereits direkt aus dem Wortlaut des Tenors.

Ist diese Frage in einem etwaigen Folgeprozess vorgreiflich (etwa die Unwirksamkeit eines Vertrags für eine nun auf diesen Vertrag gestützte Forderung), so ist die Bindungswirkung des § 322 I ZPO in der Begründetheit zu prüfen.

- b. Bei Klagemisserfolg steht direkt im Tenor nur die Abweisung der Klage.
- Der Umfang der Rechtskraft ergibt sich dann wieder durch „Drehen“ der Anträge im Tatbestand (s.o.): Daher ist mit der Abweisung der negativen Feststellungsklage spiegelbildlich *das Bestehen* der streitigen Forderung (oder etwa des streitigen Vertrags) positiv festgestellt.
 - Nach BGH gilt dies auch dann, wenn in den Gründen eine positive Feststellung des Bestehens der Forderung gar nicht getroffen worden war, sondern nur eine (dann i.d.R. falsche) Beweislastentscheidung (non-liquet-Entscheidung) vorliegt. Alles andere wäre eine unzulässige Einschränkung der Rechtskraft durch Auslegung der Urteilsgründe.¹⁷

B. Klausurtypische Varianten von Feststellungsklagen:

I. Feststellungsklage bei Schadensersatzansprüchen:

Das Feststellungsinteresse ist zu verneinen, wenn der Kläger dasselbe Ziel auch durch Erhebung einer Leistungsklage erreichen kann, denn nur durch diese erlangt er einen vollstreckbaren Titel.

1. **Nicht abgeschlossene Schadensentwicklung:** Soweit sich der geltend gemachte Schaden aber noch *in der Entwicklung* befindet, ist die Feststellungsklage *insgesamt* selbst dann zulässig, wenn der Anspruch *teilweise* bereits beziffert werden könnte.¹⁸ Beispiele:

- Künftige Erwerbseinbußen (§ 842 BGB bzw. § 11 StVG).
- Schmerzensgeld vor Abschluss der Behandlung.
- Feststellung der Ersatzpflicht von sog. „Kündigungsschäden“ (= Schadensersatzpflicht des Mieters wg. einer von ihm verschuldeten Vermieterkündigung) bei Klagehäufung mit Räumungsklage: unklar ist, in welchem Umfang solche Schäden (etwaige Mietausfälle nach dem Auszug oder Kosten der Neuvermietung wie etwa Makler) noch entstehen werden.

Grund der Zulässigkeit: Die Alternativen (Leistungsklage bzgl. Teilforderung mit oder ohne Ergänzung um eine Feststellungsklage) sind hinsichtlich der Zielsetzung, einen Folgeprozess zu vermeiden, auch nicht geeigneter.

¹⁶ Vgl. ThP § 256, RN 23.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 1983, 2032; JZ 1986, 1060; ThP § 256, RN 23; a.A. Tiedtke JZ 1986, 1031.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 1093 [RN 11]; NJW 2017, 1823 [RN 20]; ThP § 256, RN 14.



Hemmer-Klausur-Tipp: Sind Sie in der Klausur in der *Klägerrolle*, so erheben Sie – wenn möglich – neben dieser Feststellungsklage trotzdem *zusätzlich* (nicht anstelle!) die Leistungsklage auf bereits bezifferbare Beträge. Die Zulässigkeit einer reinen FK ändert nämlich nichts daran, dass sie aus Sicht des Mandanten i.d.R. nicht das Optimum ist.

Mit der FK wird die Verjährung – anders als mit einer Teil-Leistungsklage – *insgesamt* nach § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt und der Anspruchsgrund rechtskräftig (§ 322 I ZPO) abgesichert. Aber nur mit der teilweisen Leistungsklage wird über einen Titel für den möglichst zeitnahen Geldfluss an den Mandanten gesorgt.

Formulierungsbeispiel:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.500 € nebst Zinsen (...) zu bezahlen.
 - II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen, die der Klägerin infolge der ihr am ... in ... von dem der Beklagten gehörenden Hund „Donald“ zugefügten Bisswunden entstanden sind bzw. entstehen werden, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergehen.
2. **Abgeschlossene Schadensentwicklung:** Wenn die Schadensentwicklung nach dem Klägervortrag aber abgeschlossen ist und der Schaden nur schwer zu beziffern, weil mit Unsicherheiten belastet ist, sieht es anders aus:

Solche Unsicherheiten, wie etwa die Schadensberechnung anhand eines Vergleichs mit einem *hypothetischen* Alternativsachverhalt, müssen im Rahmen einer Leistungsklage mit Hilfe von §§ 287 ZPO, 252 S. 2 BGB überwunden werden.¹⁹ Insoweit ist die Feststellungsklage unzulässig, weil zu einem späteren Zeitpunkt die gleichen Probleme der Schadensermittlung bestehen würden.

3. **Sonderfall:** Feststellungsklage bzgl. **Ersatz von Gerichtskosten** als Schaden:

Die Geltendmachung des sog. materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs (meist Verzögerungsschaden nach § 280 I, II i.V.m. §§ 286 I, IV, 276 BGB) ist oft als Feststellungsklage zulässig, weil sie im laufenden Rechtsstreit oft nicht bezifferbar ist (z.B. bei einem „Leerlaufen“ der Stufenklage).²⁰

¹⁹ Zu diesen „Schätzungsparagrafen“ siehe Assessor-Basics, Zivilurteil § 10, RN 118 ff.

²⁰ Vgl. BGH NJW 2021, 941 [RN 28] = Life & Law 2021, 315; FamRZ 1995, 348; ThP § 269, RN 16; anders offenbar ThP § 91a, RN 36 (mit meist unzutreffender Begründung).



II. **Feststellung des Annahmeverzugs:**

1. Eine *isolierte* Klage auf Feststellung des Vorliegens von Gläubiger- oder Schuldnerverzug ist unzulässig.²¹

Grund: Beim Annahmeverzug handelt es sich nicht um ein „Rechtsverhältnis“ i.S.d. § 256 I oder II ZPO, sondern nur um eine *Vorfrage* eines solchen.

2. Eine Feststellungsklage bezüglich des Gläubigerverzuges ist aber zulässig, wenn ein solcher Antrag in Klagehäufung (§ 260 ZPO) *neben* einem Zug-um-Zug-Antrag erhoben wird.²²

Grund sind die Vorteile, die sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung des Zug-um-Zug-Antrages ergeben, weil ein solcher Titel eine öffentliche Urkunde i.S.d. §§ 756, 765 S. 1 ZPO darstellt. Die bezweckte Beweisführung i.S.d. § 765 Nr. 1 Hs. 1 Fall 2 ZPO ist schon dann anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen für die Vollstreckung des *Leistungsurteils*, mit dem der Feststellungsausspruch lediglich als Annex verbunden ist, gegeben sind.²³

Aus dieser Auswirkung im Rahmen der §§ 756, 765 S. 1 ZPO ist gleichzeitig das Feststellungsinteresse abzuleiten. Das Weglassen der Zug-um-Zug-Beschränkung ist keine gleichwertige Alternative: Risiko einer Teilabweisung!

⇒ Anwendungsfälle v.a.: § 348 BGB (bei Rücktritt), §§ 320, 322 BGB und §§ 273, 274 BGB.

Hemmer-Klausur-Tipp: Stellen Sie in Anwaltsklausuren, in denen Sie einen solchen Zug-um-Zug-Antrag stellen müssen unbedingt einen solchen Begleit Antrag, wenn die Vor. des Annahmeverzugs – wie meist in Klausuren – tatsächlich vorliegen! Sie zeigen damit, dass Sie „über den Tellerand hinaus“ blicken und an die zukünftigen Fragen der Vollstreckung denken.²⁴

III. **Zwischenfeststellungsklage** (ggf. als Zwischenfeststellungs-Widerklage):

1. **Begriff:** Bei sog. *Vorgreiflichkeit* liegt eine Zwischenfeststellungswiderklage vor, so dass die Erleichterung des § 256 II ZPO anwendbar ist. Vorgreiflich ist eine Frage, wenn das Ergebnis der Klage von ihr abhängt, es für die Klage darüber hinaus aber auch noch auf *andere* Fragen ankommt.

²¹ Vgl. ThP § 256, RN 10; BGH NJW 2000, 2280 = Life & Law 2000, 705.

²² Vgl. BGH NJW 2010, 2503; NJW 2015, 2106 [RN 37]; NJW 2018, 3029 [RN 14]; ThP § 256, RN 10; § 756, RN 8, 9.

²³ Vgl. BGH NJW 2018, 3029 [RN 14].

²⁴ Vgl. hierzu Assessor-Basics Anwaltsklausur § 1, RN 62.



Beispiele:

- Das Eigentum oder Nichteigentum ist bei der Klage nach § 985 BGB vorgreiflich; für die Begründetheit des Herausgabeanspruchs kommt es zusätzlich noch auf Besitz und fehlendes Besitzrecht an.
- Das Bestehen eines Werkvertrags ist vorgreiflich für den auf § 631 I BGB gestützten Anspruch; zusätzlich kommt es für diesen Anspruch noch auf die Fälligkeit durch Abnahme (§ 641 BGB) sowie die Freiheit von Einwendungen und Einreden (etwa wg. § 634 BGB oder Aufrechnung) an.

Folge beim zweiten Beispiel: Wird die Feststellung begehrt, dass der *Vertrag unwirksam* ist, handelt es sich gegenüber der Zahlungsklage aus § 631 I BGB um eine Zwischenfeststellungsklage. Wird die Feststellung begehrt, dass der vom Kläger behauptete *Anspruch nicht besteht*, handelt es sich um eine „normale“ negative Feststellungsklage: Dieses bloße Spiegelbild des Leistungsanspruchs wird – anders als der Feststellungsantrag bzgl. eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses – durch Erhebung der entsprechenden (spiegelbildlichen) Leistungsklage unzulässig.

2. Nach allg. Grundsätzen ist entscheidend, dass die Feststellungsklage im Zeitpunkt *der letzten mündlichen Verhandlung* ein vorgreifliches Verhältnis zu einer erhobenen Leistungsklage erfasst.²⁵ ⇒ § 256 II ZPO ist (trotz des engeren Wortlauts) auch anwendbar, wenn eine bisherige normale FK *später* vorgreiflich wird für eine durch Widerklage erhobene Leistungsklage des Gegners.
3. Ein besonderes Feststellungsinteresse ist bei der Zwischenfeststellungsklage nicht nötig und das Rechtsschutzbedürfnis entfällt nur ganz ausnahmsweise.²⁶

IV. „Normale“ negative Feststellungsklage oder Feststellungswiderklage:

1. **Begriff:** Begehrt wird nicht die Feststellung eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses, sondern es geht um die Feststellung des Spiegelbilds einer Leistungsklage, also des Nichtbestehens des *Endergebnisses* (eines Anspruchs).

Beispiel: Nichtbestehen *eines Anspruchs* (etwa auf Schadensersatz) aus einem bestimmten angeblichen Vertrag (statt – wie bei § 256 II ZPO – das Nichtbestehen *des Vertrags*).

2. Anwendungsbereich und Feststellungsinteresse:

Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses besteht, wenn die Rechtsposition an einer gegenwärtigen Ungewiss-

²⁵ Vgl. ThP § 256, RN 33; Musielak/Voit/Foerste § 256, RN 43.

²⁶ Vgl. ThP § 256, RN 32, 28 ff (wobei einige der dort genannten Beispiele für angeblich fehlendes RSB nicht wirklich vertretbar sind und vom BGH wohl kaum so entschieden werden würden [etwa Verzichtserklärung; vgl. dazu BGH NJW 1993, 2609; NJW 2006, 2780]).



heit leidet, die durch das Feststellungsurteil beseitigt werden kann. Diese Ungewissheit liegt vor, wenn sich der Gegner eines Anspruchs „berühmt“.²⁷

- a. Die negative Feststellungsklage bietet sich v.a. an als Widerklage gegenüber einer offenen Teilklage. Dort ist die Ungewissheit bereits deswegen gegeben, weil sich der Gegner eines über die Klageforderung *hinausgehenden* Anspruchs berührt.

Hemmer-Klausur-Tipp: Achten Sie bei Klageantrag bzw. Urteilstenor darauf, dass sich die Streitgegenstände von Klage und Widerklage nicht überschneiden (§ 261 III Nr. 1 ZPO): „Es wird festgestellt, dass aus dem Vertrag vom ... *über die Klageforderung hinaus* keine weiteren Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte gegeben sind.“

- b. Das Feststellungsinteresse entfällt nicht schon durch eine Erklärung des Gegners, er werde keine weiteren Ansprüche geltend machen, wenn er mit seiner erhobenen Teilklage rechtskräftig unterliege.²⁸

Begründung: Gegenüber einer auf einen weiteren Teil desselben Anspruchs gerichteten zulässigen Klage müsste der Beklagte sich *erneut zur Sache einlassen*. Er hätte im Streitfall zu beweisen, dass der Kläger auf seine Restforderung verzichtet hat. Das Risiko von Unklarheiten und Zweifeln ginge insoweit zu seinen Lasten. Dies würde die Rechte der im Wege der Teilklage in Anspruch genommenen Partei verkürzen.

- c. Die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff ZPO) kann grds. nicht als Berühmung angesehen werden, die ein rechtliches Interesse des Gegners an einer negativen Feststellungsklage begründet.²⁹

Grund: Die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens als solche ist grds. nicht als *Geltendmachung* eines Anspruchs anzusehen, sondern als *vorgelagerte* Prüfung. Eine abweichende Beurteilung stünde in Widerspruch zur Zielsetzung des selbständigen Beweisverfahrens, einen Rechtsstreit nach Möglichkeit zu vermeiden. Ein anderes Ergebnis kann sich ggf. aus ergänzenden Erklärungen oder sonstigem Verhalten ergeben.

Macht ein Antragsteller *nach* Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens aber weiter geltend macht, ihm stünden Ansprüche gegen den Antragsgegner zu, so wird die negative Feststellungsklage nachträglich zulässig. Dies gilt auch dann, wenn diese Äußerung nur *hilfsweise* gegenüber einer negativen Feststellungsklage erfolgt, die in erster Linie als unzulässig beanstandet wird.³⁰

²⁷ Vgl. ThP § 256, RN 15; BGHZ 225, 59; NJW-RR 2021, 1508; NJW 2006, 2780.

²⁸ Vgl. ThP § 256, RN 14; BGH NJW 1993, 2609; NJW 2006, 2780.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2019, 520 [RN 20 ff].

³⁰ Vgl. BGH NJW 2019, 520 [RN 38].



3. **Begründetheit der negativen Feststellungsklage:**

- Begründet ist die negative Feststellungsklage zumindest dann, wenn der vom Gegner behauptete Anspruch *gar nicht* besteht.
- Besteht der vom Gegner behauptete Anspruch *teilweise*, so kommt bei Teilbarkeit des Anspruchs eine teilweise Begründetheit mit Teilabweisung der negativen Feststellungsklage in Betracht.³¹

Beweislast: An der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast ändert die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts, die mit einer negativen Feststellungsklage verbunden ist.³² ⇒ Anspruchsteller (= hier Beklagter!) muss die anspruchsbegründenden Merkmale darlegen und beweisen, der Anspruchsgegner (= Kläger) die Einwendungen und Einreden!

⇒ Bei Unklarheit bzgl. der Anspruchsentstehung müsste der negativen Feststellungsklage *stattgegeben* werden!³³

4. **Reaktion auf Leistungsklage (Widerklage) des Gläubigers:**

Anders als bei einer Zwischenfeststellungsklage muss der Kläger der „normalen“ negativen Feststellungsklage auf eine spätere (ggf. Erweiterung der) Leistungsklage des Gegners reagieren: Diese lässt, soweit sich die Streitgegenstände decken, das Feststellungsinteresse grds. entfallen, sobald die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, also gemäß § 269 I ZPO ab Beginn der mündlichen Verhandlung des Gegners (dessen Antragstellung zu Protokoll; § 137 I ZPO).³⁴

Dann wäre eine Erklärung der Erledigung der negativen Feststellungsklage nötig (aber eigentlich erst zu Beginn der mündlichen Verhandlung)!

V. Sonderfall der **negativen Feststellungswiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung (= sog. isolierte Drittwiderklage!)**:

1. Zur **Zulässigkeit:**

a. **Ausnahmsweise Zulässigkeit der sog. isolierten Drittwiderklage:**

Eine *nur* gegen den Zedenten erhobene isolierte Widerklage ist (als Ausnahme von der Regel) zulässig, wenn die zu erörternden Gegenstände der Klage und der Widerklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und

³¹ Vgl. ThP § 256, RN 21.

³² Vgl. BGH NJW 2016, 1441 [RN 25]; NJW-RR 2013, 948 [RN 9]; ThP § 256, RN 21.

³³ Vgl. BGH NJW 2012, 3294 [RN 35]; ThP § 256, RN 21.

³⁴ Vgl. ThP § 256, RN 19; BGHZ 99, 340 [341 f.]; NJW 2010, 3085.



keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten durch dessen Einbeziehung verletzt werden.³⁵

- b. **Feststellungsinteresse gemäß § 256 I ZPO:** Dieses besteht wegen der (theoretischen!) Gefahr der Unwirksamkeit der Zession. Grund: (nur) dann bestünde ohne die FK keine Wirkung gemäß §§ 322 I, 325 I ZPO!³⁶

Hinweis: Entsprechendes gilt, wenn ein Rechtsanwalt vom Rechtsschutzversicherer aus gemäß § 86 I S. 1 VVG übergegangenem Recht in Anspruch genommen wird. Dann hat er ein rechtliches Interesse an der Feststellung, *dem Versicherungsnehmer* stehe kein Anspruch gegen ihn zu, wenn der Versicherungsnehmer einen solchen Anspruch behauptet (sich „berühmt“) hatte.³⁷

2. Zur **Begründetheit:**

- Wichtig: Hat der Zedent (Beklagter der DWK) seine Ansprüche durch Abtretung verloren, so führt dies *nicht allein* schon zur Begründetheit der Drittwiderklage.
- Soweit die Klage des Zessionars Erfolg hat, ist die Drittwiderklage gegen den Zedenten abzuweisen.
- In dem Umfang, in dem die Klage des Zessionars abgewiesen wird, ist der Drittwiderklage gegen den Zedenten stattzugeben.
- Grund ist der begrenzte Prüfungsstoff: Die Drittwiderklage ist – für den Fall der Unwirksamkeit der Abtretung – darauf gerichtet festzustellen, dass der Zedent *von Anfang an* keine abtretbaren Ansprüche gehabt hat.³⁸

VI. **Feststellungsklagen im Arbeitsgerichtsprozess:**

Auch hier gilt meist der Vorrang der Leistungsklage. Zulässige Feststellungsklagen sind v.a. in zwei Themenbereichen klausurrelevant:

1. **Bestandsschutzstreitigkeiten (Kündigungen u.a.):**

Hier ist zwischen der „erweitert punktuellen“ Klage des § 4 S. 1 KSchG bzw. § 17 TzBfG und der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 I ZPO i.V.m. §§ 46 II ArbGG, 495 ZPO zu unterscheiden.

§ 4 S. 1 KSchG und § 17 TzBfG sind Sonderregeln, die die allgemeine Klage nach § 256 I ZPO verdrängen und insbesondere eine Ausnahme von dem im

³⁵ Vgl. BGH NJW 2019, 1610 [RN 19]; NJW 2008, 2852 [RN 27]; ThP § 33, RN 12.

³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2022, Az. IV ZR 344/20 = NJW-RR 2022, 781 [RN 11]; NJW 2019, 1610 [RN 22]; NJW 2008, 2852 [RN 34].

³⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2022, Az. IV ZR 344/20 = NJW-RR 2022, 781 [RN 9 ff].

³⁸ Vgl. BGH NJW 2019, 1610 [RN 31 ff].



Wortlaut des § 256 I ZPO niedergelegten Grundsatz darstellen, dass nur *Rechtsverhältnisse* festgestellt werden können, nicht *einzelne Rechtsfragen*.³⁹

Für die allgemeine Feststellungsklage bleiben v.a. **folgende Fälle**:

- Angriff auf einen Aufhebungsvertrag.⁴⁰
- Angriff auf eine vom Arbeitgeber erklärte Anfechtung des Arbeitsvertrags.⁴¹

2. Streit um **Urlaubsansprüche** (Anspruch auf *Freistellung* bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis; anders bei Abgeltung nach § 7 IV BUrlG):

Für den Freistellungsanspruch gibt es **drei Möglichkeiten** der Klageerhebung:

a. Möglich ist eine **Leistungsklage mit Zeitangabe**. Geschuldet ist nach § 7 I 1 BUrlG („sind .. zu berücksichtigen“) nämlich grds. auch der bestimmte vom AN gewünschte Urlaubstermin. Die Darlegungs- und Beweislast für die Ausnahmen („es sei denn“) liegt beim Arbeitgeber.⁴²

Es handelt sich um eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung i.S.d. § 894 S. 1 ZPO. Das Bestimmtheitsgebot des § 253 II Nr. 2 ZPO erfordert, dass der beantragte Entscheidungsausspruch keine Zweifel darüber lässt, ob die gesetzliche Fiktion eingetreten ist.⁴³

§ 259 ZPO ermöglicht nicht die Verfolgung erst in *künftigen* Jahren entstehender Urlaubsansprüche.⁴⁴ Grund: § 259 ZPO setzt voraus, dass der geltend gemachte Anspruch bereits entstanden ist.

b. Gewährung von Urlaub kann ohne Verletzung des § 253 II ZPO auch als **Leistungsklage ohne bestimmte Zeitangabe** eingeklagt werden, um dem AG die zeitliche Bestimmung (§ 7 I BUrlG) zu überlassen. Die Vollstreckung soll sich nach h.M. dann nicht nach § 894 ZPO richten, sondern nach § 888 ZPO.⁴⁵

c. Nach BAG ist aber auch eine **Feststellungsklage** zulässig⁴⁶ und anwaltstaktisch sicher der beste Weg. Grund: Beide Varianten der Leistungsklage haben unzumutbare Nachteile:

³⁹ Ausführlich zu den Problemen dieser Sonderregeln in eigenständigen Unterrichtseinheiten des wöchentlichen Assessorurses sowie im Intensivkurs Arbeitsrecht.

⁴⁰ In diesem Fall ist eine Klage mit *punktuell*em Streitgegenstand (Feststellung der Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags) nicht zulässig (BAG NZA 2008, 348; NZA 2012, 205 [RN 13]).

⁴¹ Vgl. etwa BAG NZA 2014, 1131 [RN 16].

⁴² Vgl. ErfK/Gallner § 7 BUrlG, RN 17 (m.w.N.).

⁴³ Vgl. BAG NZA 2017, 1215 = NJW 2017, 2782 [RN 13].

⁴⁴ Vgl. BAG NZA 2017, 1215 [RN 17 ff].

⁴⁵ Vgl. ErfK/Gallner § 7 BUrlG, RN 28 ff; letzteres offen gelassen von BAG NZA 2011, 1050.

⁴⁶ Vgl. BAG NZA 2011, 1032; NZA 2011, 1050; NZA 2016, 634 [RN 44]; NZA 2019, 1043 [RN 19]. Unzulässig wäre aber eine Klage auf Feststellung, dass es sich bei einem *tatsächlich* gewährten Urlaub um einen Urlaub *aus einem ganz bestimmten Jahr* gehandelt habe (BAG NJW 2020, 1613): hier gehe es nur um einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses, durch



- Leistungsklage *mit* Zeitangabe: Der endgültige Erfolg tritt nach § 894 ZPO (Rechtskraft) sehr spät ein; daher droht oft die zeitliche Überholung bzw. eine (ggf. mehrfache) Notwendigkeit der Anpassung des Termins.
- Leistungsklage *ohne* Zeitangabe: Hierbei müsste der Arbeitnehmer auf sein Recht gemäß § 7 I 1 BUrlG, den Urlaub möglichst nach *seinen* Wünschen zeitlich festlegen zu lassen („erstes Bestimmungsrecht“) verzichten.⁴⁷

VII. Weitere **Zuständigkeitsfragen bei Feststellungsklagen**:

1. **Streitwert bei §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG:**

- Bei positiven Feststellungsklagen wird meist gegenüber der entsprechenden Leistungsklage ein Abschlag vom Streitwert vorgenommen.
- Anders aber bei negativen Feststellungsklagen: i.d.R. kein Abschlag.⁴⁸
- Manchmal besteht wirtschaftliche Identität zu Leistungsanträgen!

2. Zur **örtlichen Zuständigkeit**:

- Bei *negativer* Feststellungsklage wird verbreitet (ohne Begründung) mit einer sog. „Spiegelbildregel“ gearbeitet: örtliche Zuständigkeit dort, wo die Zuständigkeit für eine gedachte umgekehrte Leistungsklage wäre, also am Wohnort *des Klägers* der Feststellungsklage.⁴⁹
- Richtigerweise lässt sich eine solche generelle Regel mit dem Gesetz (v.a. Wortlaut der §§ 12, 13 ZPO) nicht begründen und kann nur im Falle von besonderen oder ausschließlichen Zuständigkeiten gelten, v.a. oft über § 29 ZPO.⁵⁰ Der BGH ignoriert diese angebliche Regel offenbar komplett.⁵¹

VII. **Vollstreckbarkeitsentscheidung bei Feststellungsklagen**:

- Bei Feststellungsklagen erfolgt keine Vollstreckung in der Hauptsache, sondern nur bzgl. der Kosten. Das führt zu viel kleineren Beträgen.
- Da die Prozesskosten aber einen Geldanspruch darstellen, ist auf diese § 709 S. 2 ZPO (bzw. § 711 S. 2 ZPO im Falle von § 708 Nr. 11 ZPO) anwendbar.

die der Streit nicht endgültig geklärt werde.

⁴⁷ Vgl. BAG NZA 2011, 1050 [RN 15].

⁴⁸ Vgl. etwa ThP § 3, RN 65.

⁴⁹ Vgl. ThP § 256, RN 2 mit der anzweifelbaren Behauptung, dass dies h.M. sei.

⁵⁰ Vgl. ausführlich Thole NJW 2013, 1192 [1193].

⁵¹ So etwa BGH NJW 2011, 460 = Life & Law 2011, 88 zur – ganz ausnahmsweise möglichen – analogen Anwendung von § 33 I ZPO auf eine isolierte Drittwiderklage: Würde der BGH diese „Spiegelbildregel“ im Rahmen von §§ 12, 13 ZPO für zutreffend halten, so hätte es dieser Grundsatzentscheidung nicht bedurft; der BGH ging dort aber mit keinem Wort auf eine derartige Lösungsmöglichkeit ein!