

1. Abschnitt: Die Wirkung des Urteils im Prozess zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf den Bürgen

I. Allgemeines

Die Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft⁴⁾ ist nach wie vor⁵⁾ nicht restlos geklärt. Bei der Erörterung, wer (und wie weit) von der materiellen Rechtskraft erfasst ist, besteht nur insofern Einigkeit, als die materielle Rechtskraft grundsätzlich auf die Parteien beschränkt ist⁶⁾, es aber gleichzeitig „unzweifelhaft eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte gibt“⁷⁾. Doch nicht nur die Wirkungserstreckung auf einen Dritten spielt in diesem Themenkomplex eine Rolle, sondern darüber hinaus auch die (materiellrechtlichen⁸⁾) Nebenwirkungen⁹⁾ des Urteils.

Die Rechtskrafterstreckung auf Dritte stellt „eines der komplexesten Felder der Prozessrechtsdogmatik“¹⁰⁾ dar, für die bislang (außer der erwähnten grundsätzlichen Anerkennung einer Rechtskrafterstreckung) keine einheitliche Lösung gefunden werden konnte. Derselbe Befund gilt für die materiellrechtlichen Nebenwirkungen des Urteils, die kaum näher untersucht sind¹¹⁾. Das mag daran liegen, dass versucht wird, von vornherein jede Variante einer Wirkungserstreckung in die Betrachtung

⁴⁾ Deren objektiven Grenzen sind in der vorliegenden Arbeit nicht Gegenstand der Untersuchung. Dazu allgemein *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 40 ff, 62 ff; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 322 Rz 66 ff, 185 ff; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 411 Rz 6 ff.

⁵⁾ Bereits die Materialien II 323 haben bewusst – nach *Rechberger/Oberhammer*, ZZP 106 (1993) 359 in „weiser Selbstbeschränkung“ – von einem Vorschlag einer Regelung der subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft Abstand genommen.

⁶⁾ Für Österreich *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1524; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 102; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 922; *Oberhammer*, JBl 2000, 60; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 27; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 957. In § 325 Abs 1 dZPO ist der Grundsatz, dass sich die materielle Rechtskraft auf die Parteien bezieht, ausdrücklich festgehalten.

⁷⁾ So *Jauernig*, ZZP 101 (1988) 362. Siehe auch *Savigny*, System VI 468, wonach die praktische Wichtigkeit der materiellen Rechtskraft in den Erweiterungen auf Dritte bestehe.

⁸⁾ *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 948 in der Überschrift. Die Zugehörigkeit der Tatbestandswirkung ebenso wie der Reflexwirkung zum Privatrecht wird auch von *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1565; *Pollak*, System² 549 und *Schack*, NJW 1988, 868 betont.

⁹⁾ *Fasching*¹ III 745; *ders*, Lehrbuch² Rz 1565; *Hellwig*, Wesen 27 ff; *Hofmann*, Wesen 109 ff; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 169 f; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 948 f; *Kuttner*, Nebenwirkungen 2 ff; *Markoulakis*, Betroffenheit 199 ff; *Musger*, JBl 1991, 420 ff; *Pollak*, System² 548 f; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 37; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 984.

¹⁰⁾ *Oberhammer*, JBl 2000, 60.

¹¹⁾ Ausführlich hat sich *Musger*, JBl 1991, 420 ff mit diesem Themenkomplex auseinandergesetzt, wobei er den Aspekt des rechtlichen Gehörs in den Fokus seiner Betrachtungen gestellt hat.

mit einzubeziehen. Bereits *Fischer*¹²⁾ hat allerdings gemahnt, dass schwierige Rechtsprobleme nur einleuchtend am einzelnen Fall entwickelt werden könnten; mit der abstrakten Fassung schieße man zu leicht über das Ziel hinaus.

Dieser „Mahnung“ folgend wird die Bürgschaft als Ausgangsfall genommen, um daran sowohl die Rechtskrafterstreckung als auch die materiellrechtlichen Nebenwirkungen zu untersuchen und für diesen besonderen Fall einer Lösung zuzuführen. Konkret geht es um die Konstellation, dass der Gläubiger zunächst nur den Hauptschuldner mittels Klage in Anspruch nimmt, ohne dass der Bürge an diesem Verfahren beteiligt ist. Der Bürgschaftsfall bildet das Paradebeispiel¹³⁾ zur Darstellung von Wirkungen eines Urteils auf einen Dritten¹⁴⁾. Als Bürgschaftsfall gilt, ob und wie sich ein Urteil im Prozess zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf den Bürgen auswirkt. In erster Linie wird das klagsabweisende Urteil behandelt. Das klagsstattgebende Urteil wird kaum in die Betrachtung einbezogen. In der vorliegenden Untersuchung sollen beide Konstellationen gleichermaßen berücksichtigt werden. Anhand des Bürgschaftsfalls wurden verschiedene Theorien zur Auswirkung eines Urteils auf einen Dritten „erprobt“ (und daran letztlich auch jeweils erwiesen). Während zu diesem Themenkreis insb in der dt Lehre zahlreiche Stellungnahmen zu finden sind, ist dieser Aspekt in der österr Prozessrechtswissenschaft kaum erwähnt¹⁵⁾.

Es gilt zu untersuchen, ob und welche Wirkungen ein rechtskräftiges Urteil im Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf den Bürgen zu entfalten vermag. Eine Untersuchung dieser Grundsatzfrage der Wirkungen eines Urteils auf Dritte am Beispiel der Bürgschaft bietet sich dazu aus zweierlei Gründen an: Zum einen ist das Institut der Bürgschaft gleichermaßen praktisch bedeutsam wie wissenschaftlich herausfordernd. Insb ihre (strenge) Akzessorietät scheint eine Wirkung des Urteils im Verhältnis zum Bürgen notwendig oder zumindest praktisch erstrebenswert¹⁶⁾ zu machen. Dieses Bedürfnis ergibt sich insb aus dem grundsätzlichen Regressanspruch

¹²⁾ JheringsJb 40 (1898) 151; s auch *Oberhammer*, JBl 2000, 61, wonach die Frage nach der subjektiven Rechtskraftgrenzen nicht abstrakt-prozessual „mit einem einfachen allgemeinen Prinzip gelöst werden könnte, sondern nur bezogen auf konkrete Konstellationen des materiellen Rechts“.

¹³⁾ *Prütting* in GS Koussoulis 794 bezeichnet ihn als den „klassischen Fall“.

¹⁴⁾ Auf die verschiedenen Konstruktionen einer Wirkungserstreckung wird im Einzelnen noch zurückgekommen. Es ist zu bemerken, dass gerade die Bürgschaft stets als Beispiel zur „Probe“ der jeweils vertretenen Theorie herangezogen wird. Siehe etwa *Bettermann*, Vollstreckung 137 ff; *A. Blomeyer*, Zivilprozessrecht² 505 ff; *ders*, ZZZ 75 (1962) 22 ff; *Büscher* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ V/1 § 325 Rz 93 f; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 126; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 8; *Gottwald* in *MünchKommZPO*⁵ I § 325 Rz 75; *Hellwig*, Wesen 27 ff; *Hofmann*, Wesen 109 ff; *Jacoby*, Musterprozessvertrag 42; *Jauernig*, ZZZ 101 (1988) 377; *Koussoulis*, Beiträge 169 ff; *Lambsdorff/Skora*, Handbuch Rz 155; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 325 Rz 99; *Markoulakis*, Betroffenheit 199 ff; *Oberhammer*, OHG 102 ff; *Prütting* in GS Koussoulis 794; *Schack*, NJW 1988, 865 ff; *Schwab*, ZZZ 77 (1964) 137 ff.

¹⁵⁾ Vgl aber *Oberhammer*, OHG 105 f.

¹⁶⁾ Siehe etwa *Hofmann*, Wesen 111, nach dem es „praktisch unerlässlich“ sei, dass sich der Bürge auf das klagsabweisende Urteil berufen könne. Auf die praktische Bedeutsamkeit hat auch *Krückmann*, ZZZ 47 (1918) 100 f hingewiesen. Nach *Schack*, NJW 1988, 870 erscheine bei der Bürgschaft das Bedürfnis nach kohärenten Entscheidungen besonders stark ausgeprägt. Siehe weiter *Hellwig*, Wesen 30; *Wach*, Handbuch I 626. Vgl auch *Petschek* in FG Richard Schmidt 243 ff.

des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn er an den Gläubiger geleistet hat¹⁷⁾. Es ist in diesem Zusammenhang an das treffende Wort *Oberhammers*¹⁸⁾ erinnert: „Freilich: Nicht alles, was gerecht erscheint, ist auch geltendes Recht“. Bei der Aufklärung der möglichen Auswirkung eines Urteils zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf den Bürgen sind ganz grundsätzliche Fragestellungen in Zusammenhang mit der materiellen Rechtskraft unerlässlich.

Zum anderen bildet die Bürgschaft den klassischen Fall¹⁹⁾, wenn es um die theoretische Erfassung der Rechtskrafterstreckung oder ganz allgemein der Auswirkung auf einen Dritten geht. Gerade der Bürgschaftsfall wird exemplarisch zur Untermauerung der jeweiligen Theorien herangezogen. Bislang ist es jedoch nicht gelungen, dass sich eine dieser Theorien durchgesetzt hat²⁰⁾. Deshalb bietet sich die Bürgschaft als Ausgangsfall an, um eine dogmatisch begründete und den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung zu finden²¹⁾.

Dabei bietet diese Frage Anlass zu einer Aufarbeitung von zwei verschiedenen Ebenen. Denn es bedarf einerseits einer Auseinandersetzung mit der Bürgschaft. Dabei steht deren Akzessorietät und damit verbunden die Einredebefugnisse des Bürgen²²⁾ im Fokus. Es gilt das Anknüpfungsmoment der Bürgenhaftung herauszufinden. Es geht darum, ob die Bürgschaft an ein bestehendes oder an ein durchsetzbares Recht gekoppelt ist. Nur nach Offenlegen dieser Funktionsweise der Bürgschaft ergibt sich im weiteren Aufschluss, wie diese Akzessorietät prozessual bedeutsam werden kann. Auf diesen grundsätzlichen Aspekt wird bei der Erörterung der Bürgschaft das Hauptaugenmerk zu legen sein.

Andererseits – aus prozessualer Sicht besehen – bedarf die Wirkung der materiellen Rechtskraft einer Erörterung. Nebenbei bietet die Frage rund um die Auswirkungen des Urteils zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf den Bürgen Gelegenheit, prozessuale „Stiefkinder“ wie die materiellrechtlichen Nebenwirkungen näher zu erörtern. Dazu sind insb bei der Darstellung der Auswirkungen der materiellen Rechtskraft auf das materielle Recht auch „Tabubrüche“ vorprogrammiert.

Die verschiedenen, noch näher vorzustellenden Theorien sollen daher im Folgenden auf ihre „Tauglichkeit“ zur Einordnung der (grundsätzlich bejahten) Wirkung auf den Bürgen überprüft werden.

¹⁷⁾ Diesen Aspekt betonen etwa *Hellwig*, Wesen 30; *Wach*, Handbuch I 626.

¹⁸⁾ OHG 104.

¹⁹⁾ So auch *Prütting* in GS Koussoulis 794.

²⁰⁾ Eine Tendenz ist dahin erkennbar, dass trotz der grundsätzlichen Ablehnung der noch darzustellenden Theorie der Rechtskrafterstreckung kraft materiellrechtlicher Abhängigkeit diese bei der Bürgschaft als maßgeblich erachtet wird; s etwa *Büscher* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ V/1 § 325 Rz 90 ff; *Gottwald* in *MünchKommZPO*⁵ I § 325 Rz 74; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 325 Rz 95.

²¹⁾ Einen anderen Zugang wählt etwa *Merkel*, Lehre 168 FN 1, der die Rechtskraft in den Stufenbau der Rechtsordnung einordnen will: „Es kann an dieser Stelle die Bemerkung nicht unterdrückt werden, dass sich die Rechtswissenschaft nur in wenigen Fällen in einzelnen ihrer Vertreter für den Götzen, der unter dem Titel ‚Bedürfnis der Praxis‘ angebetet wird, so schamlos, wenn auch – zu ihrer Ehrenrettung darf dies wohl gesagt werden – meist unbewusst, prostituiert hat.“

²²⁾ Auf diese wird im Besonderen die Berufung des Bürgen auf das klagsabweisende Urteil gestützt; *Büscher* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ V/1 § 325 Rz 93; *Gottwald* in *MünchKommZPO*⁵ I § 325 Rz 74; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 325 Rz 95.

II. Grundlagen der materiellen Rechtskraft

A. Allgemeines

Um die Erfassung der rechtlichen Natur der materiellen Rechtskraft²³⁾ ranken sich seit jeher die verschiedenen Theorien²⁴⁾, wobei dieser Streit zugunsten der prozessualen Auffassung entschieden scheint²⁵⁾. Dennoch bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft insofern, ob diese **aus-schließlich prozessual** (als Verhaltensnorm für den zukünftigen Richter²⁶⁾) oder eventuell doch auch **materiell** (als Verhaltensnorm an die Parteien²⁷⁾) wirkt. Dazu ist es unerlässlich, die Ausgangspositionen der Rechtskrafttheorien zu beleuchten. Diese Klarstellungen haben vor allem in Bezug auf die subjektive Seite der materiellen Rechtskraft Bedeutung. Wie noch zu zeigen sein wird, sind diese Grenzen besonders eng gesteckt. Gleichzeitig bestehen „beeinflusste“ Rechtsverhältnisse²⁸⁾, bei denen (ungenau formuliert²⁹⁾) die materielle Rechtskraft ein Tatbestandselement erfüllen kann. Wenn der materiellen Rechtskraft diese Funktion zukommen soll, ist deren Auswirkung auf die materielle Rechtslage genauer zu untersuchen.

Die Schwierigkeiten rund um die materielle Rechtskraft finden ihren Grund (auch) darin, dass die gesetzliche Regelung des § 411 Abs 1 ZPO überaus spärlich ist³⁰⁾. Dort wird lediglich ausgeführt, dass ein Urteil insoweit (materiell) rechtskräftig werde, als „über einen ... geltend gemachten Anspruch ... entschieden ist“. Den Materialien zur (endgültigen) Fassung des § 411 ZPO, der nach wie vor in der Stammfassung in Kraft ist, lässt sich insb zu den subjektiven Grenzen der Rechtskraft kein Anhaltspunkt entnehmen³¹⁾. Vielmehr wurde die ursprünglich vorgeschlagene Regel

²³⁾ *Pohle* in GS Calamandrei 379 bezeichnet sie als den „rechtlichen Erfolg“ des Prozesses.

²⁴⁾ *Böttcher*, Beiträge 97; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1505; *Hellwig*, Wesen 7 ff; *Gaul*, Wiederaufnahme 49; *ders* in FS Flume 540; *ders*, Möglichkeiten 19; *ders*, ÖJZ 2003/53, 861; *Gottwald* in MünchKommZPO⁵ I § 322 Rz 6 ff; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 921; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 18; *Kohler* in FS Klein 1; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 322 Rz 18 ff; *Merkel*, Lehre 166 ff; *Musielak* in FS Nakamura 426; *Neuner*, ZZP 54 (1929) 228 ff, 245 ff; *Nicklisch*, Bindung 45; *Oberhammer*, OHG 60; *Pagenstecher*, RheinZ 1914, 494; *ders*, Lehre 341 ff, 410 ff; *ders*, Bedeutung 1 ff; *Pfeiffer*, AcP 37 (1854) 94 ff; *Pohle*, JBl 1957, 118; *ders* in FS Lent 200; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 26; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 942; *Reichel* in FS Wach III 5.

²⁵⁾ Siehe *Braun* in FS Spellenberg 69. Für Österreich: *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1505; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 18; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 921; *Oberhammer*, OHG 60; *Pollak*, System² 534; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 943.

²⁶⁾ *Gaul*, Wiederaufnahme 49; *ders* in FS Flume 540; *ders*, Möglichkeiten 19.

²⁷⁾ *Häsemeyer*, AcP 188 (1988) 160.

²⁸⁾ Vgl etwa *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1565; *W. Kralik*, JBl 1976, 92 (Entscheidungsanmerkung); *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 37.

²⁹⁾ Wie sich die materielle Rechtskraft bei derart abhängigen Rechtsverhältnissen äußert, wird Gegenstand der Betrachtungen zu den materiellrechtlichen Nebenwirkungen sein.

³⁰⁾ Ebenso der Befund *Pohles* (in GS Calamandrei 380) zur dt Rechtslage.

³¹⁾ Auch wenn demgegenüber § 325 dZPO eine Regelung enthält, wonach die Parteien sowie die Rechtsnachfolger (nach Eintritt der Rechtshängigkeit) erfasst werden, so sind in der dt Prozessrechtswissenschaft die Maßstäbe für eine Rechtskrafterstreckung noch nicht restlos geklärt; s nur *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 325 Rz 46 ff. Auf die verschiedenen Theorien zur Erstreckung der Rechtskraft wird noch näher zurückgekommen.

über die subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft³²⁾ bewusst gestrichen³³⁾. Nach den Materialien³⁴⁾ wurde der Vorschlag der subjektiven Rechtskraftgrenzen fallen gelassen, „weil sie keine vollständige Regelung der bestrittenen und schwierigen Lehre von den Grenzen der Rechtskraft enthielten, eine solche Regelung in engster Verbindung mit der Entscheidung gewisser materiell-rechtlicher Probleme steht und bloß aphoristische Sätze, welche die Praxis als Derogierung der bisher herrschenden Anschauung auffassen könnte, leicht großen Schaden zu stiften vermöchten“.

An diesem Befund hat sich im Grundsatz nichts geändert. Bis heute ist es nicht gelungen, die subjektiven Rechtskraftgrenzen eindeutig festzumachen. Als **Grundsatz** wird lediglich auf die **inter partes Wirkung der materiellen Rechtskraft** verwiesen³⁵⁾. Dabei ist gleichzeitig eine **Erstreckung auf Dritte als Ausnahme anerkannt**³⁶⁾. Gerade in Bezug auf Dritte muss sich die materielle Rechtskraft bewähren³⁷⁾. Damit ist zwar ein wichtiger Aspekt angesprochen, doch wird in der Diskussion rund um die Erweiterung der subjektiven Rechtskraftgrenzen weitgehend vernachlässigt, ob und wie die materielle Rechtskraft einen Einfluss auf das materielle Recht³⁸⁾ hat. Insofern sind die erwähnten Bemerkungen der Materialien³⁹⁾ heute noch gleichermaßen aktuell. Das zeigt sich vor allem (unter bestimmten, noch näher darzustellenden Voraussetzungen) in Bezug auf Dritte. Wie noch zu zeigen sein wird, besteht eine **Auswirkung insb auf Dritte**, die ihren Ausgangspunkt bei der materiellen Rechtskraft nimmt, jedoch nicht mit einer Rechtskrafterstreckung gleichzusetzen ist. Die hM in Österreich beschränkt sich darauf, einen derartigen Einfluss auf die materielle

³²⁾ Diese (§ 428 des Entwurfs zur ZPO) hat eine Erstreckung der Rechtskraft auf die Rechtsnachfolger nach Streitanhängigkeit vorgesehen sowie eine generelle Ausnahme für „besondere gesetzliche Vorschriften“ gemacht.

³³⁾ Nach *Rechberger/Oberhammer*, ZPP 106 (1993) 359 habe der Gesetzgeber eine Regelung der subjektiven Rechtskraftgrenzen in „weiser Selbstbeschränkung“ unterlassen.

³⁴⁾ Materialien II 323.

³⁵⁾ Siehe nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1524; *Klicka* in *Fasching/Konecny*, ZPO³ III/2 § 411 Rz 102; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 922; *Oberhammer*, JBl 2000, 60; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 27; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 957; *Savigny*, System VI 467. Selbst dieser Grundsatz wird in § 411 ZPO nicht erwähnt. Auf diese grundsätzliche Beschränkung und ihre Begründung wird noch zurückgekommen.

³⁶⁾ *Hellwig*, Wesen 21; *Jauernig*, ZPP 101 (1988) 362; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 325 Rz 3; *Rechberger/Oberhammer*, ZPP 106 (1993) 359; s auch *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 126, die eine Erweiterung der subjektiven Rechtskraftgrenzen über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus ablehnen. Auch die gesetzlichen angeordneten Fälle müssen sich an bestimmten Kriterien messen lassen (mit der Folge, dass bei genauerer Betrachtung eine Rechtskrafterstreckung uU zu verneinen ist). Dann können aber auch gesetzlich nicht geregelte Fälle beurteilt werden. Zudem nimmt etwa dieser Autor auch bei der Veräußerung der streitverfangenen Sache eine Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsnachfolger an, obwohl sie nicht gesetzlich angeordnet ist.

³⁷⁾ So bereits *Savigny*, System VI 468.

³⁸⁾ Also das Recht, das die Beziehungen zwischen den Verfahrensbeteiligten regelt; s *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ I Einl Rz 80/1; s auch *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 322 Rz 24; *Neuner*, ZPP 54 (1929) 226.

³⁹⁾ Materialien II 323.

Rechtslage abzulehnen⁴⁰). Dabei hat der Gesetzgeber⁴¹) wie erwähnt auch deshalb von einer Regelung der subjektiven Reichweite der materiellen Rechtskraft Abstand genommen, weil diese Frage „in engster Verbindung“ mit der materiellen Rechtslage stehe. Diese Verbindung wird bei einer bloßen Betrachtung von Zweipersonenverhältnissen nicht deutlich, weil es grundsätzlich zum selben Ergebnis führt, ob man der materiellen Rechtskraft nicht nur ihre auf prozessualen Gebiet eingeschränkte Wirkung zuerkennt oder ob man darüber hinaus eine materiellrechtliche Wirkung annimmt. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Bürgschaft, die sich vor allem deshalb zur Veranschaulichung eignet, weil diese nicht ein bloßes „Nebeneinander“ von zwei Schuldverhältnissen darstellt, sondern über die Akzessorietät⁴²) eine besondere Verknüpfung dieser beiden Schuldverhältnisse besteht.

Zudem werden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die materiellrechtlichen Nebenwirkungen des Urteils, die in Tatbestands- und Reflexwirkung⁴³) geteilt werden, erörtert, die idR an die materielle Rechtskraft anknüpfen. Bei diesen wird die Zugehörigkeit zum Privatrecht betont⁴⁴). Aus den Nebenwirkungen folgt ein Einfluss auf das materielle Recht, wenn grob gesprochen durch die Wirkungen eines Urteils die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm erfüllt werden können. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn eine derartige Nebenwirkung gegenüber einem Dritten greift.

Diese Verbindung zum materiellen Recht bedarf zunächst einer näheren Erörterung, weil damit zum einen ganz grundlegend zum Verständnis der materiellen Rechtskraft beigetragen werden kann und zum anderen gerade die interessierende Bezugnahme auf einen Dritten aufgedeckt werden kann.

B. Prozessuale und materielle Rechtskrafttheorie

Zur Beurteilung, ob die erwähnte Verbindung zum materiellen Recht besteht bzw in welcher Art und Weise diese zutage tritt, bedarf es zunächst einer Auseinandersetzung mit den Rechtskrafttheorien. Im Kern geht es bei der Frage nach prozessualer bzw materieller Rechtskrafttheorie darum, ob sich die materielle Rechtskraft nur an den späteren Richter wendet, der keine neuerliche bzw abweichende Entscheidung fällen darf, oder ob der materiellen Rechtskraft eine Wirkung dahin zukommt, dass die materielle Rechtslage ab Eintritt der materiellen Rechtskraft auf die darin festgestellte Weise gilt⁴⁵).

⁴⁰) Vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1505; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 18; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 921; *Oberhammer*, OHG 60; *Pollak*, System² 534; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 943.

⁴¹) Materialien II 323.

⁴²) Dazu näher unten III.

⁴³) *W. Kralik*, JBl 1976, 92 (Entscheidungsanmerkung); *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 37; *Wach*, Handbuch I 626 ff; OGH 10 Ob 16/12 v; OGH 1 Ob 103/11 w; OGH 4 Ob 47/99 m SZ 72/52; OGH 1 Ob 354/97 h SZ 70/262; OGH 1 Ob 545/95 SZ 68/103; OGH 1 Ob 541/93; OGH 5 Ob 67/90; OGH 7 Ob 525/86 SZ 59/116 = JBl 1986,791; OGH 3 Ob 4/80 SZ 53/42.

⁴⁴) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1565; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 948; *Pollak*, System² 549; *Schack*, NJW 1988, 686.

⁴⁵) *Neuner*, ZZP 54 (1929) 225.

Auch wenn dieses Themenfeld (zugunsten der prozessualen Rechtskrafttheorie) ausdiskutiert scheint⁴⁶⁾, so gibt dieser Theorienstreit doch wesentliche Anhaltspunkte für die Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft. Dieser „ewige Streit“⁴⁷⁾ war um die Wende vom 19. auf das 20. Jahrhundert voll entbrannt⁴⁸⁾, sodass sich daraus die „weise Selbstbeschränkung“⁴⁹⁾ des Gesetzgebers erklärt, zur Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft nicht eindeutig Stellung zu beziehen⁵⁰⁾. In Österreich ist **die prozessuale Rechtskrafttheorie** absolut herrschend⁵¹⁾. Dazu wird insb auf § 411 Abs 2 ZPO verwiesen, wonach die materielle Rechtskraft **von Amts wegen wahrzunehmen** ist⁵²⁾. Darin kann indes noch keine ausreichende Grundlage dafür gefunden werden⁵³⁾, ob sich die materielle Rechtskraft nur prozessual, dh als Verhaltensnorm an den Richter wendet⁵⁴⁾. Gleichwohl sind auch bei den Vertretern der prozessualen Rechtskrafttheorie Tendenzen erkennbar, einen „Einfluss“ auf die materielle Rechtslage anzunehmen⁵⁵⁾.

Bevor auf diesen zentralen und bislang in Österreich nicht beachteten Aspekt⁵⁶⁾ eingegangen werden kann, bedarf es einer näheren Erörterung der Rechtskrafttheorien und insb den gegen diese vorgebrachten Argumenten. Erst im Anschluss an diese Ausgangspositionen erklärt sich, woher in weiterer Folge die Diskussion um die Auswirkungen auf die materielle Rechtslage kommt. Insofern ist es zu kurz gegriffen,

⁴⁶⁾ Siehe insb *Braun* in FS Spellenberg 69. Siehe aber *Binder*, Prozess 310, nach dem „keine sich besiegt gibt, aber auch keine die andere zu besiegen vermag“.

⁴⁷⁾ So *Sauer* in FG Richard Schmidt 308. *Binder*, Prozess 310 nennt ihn die „Unendlichkeit des Streits“. Aus rechtsvergleichender Sicht s etwa *Habscheid* in FS Nakamura 208 ff.

⁴⁸⁾ Dazu insb *Köhler* in FS Klein 1; *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen 303 ff; *Neuner*, ZJP 54 (1929) 228 ff, 245 ff; *Pagenstecher*, RheinZ 1914, 494; *ders*, Lehre 341 ff, 410 ff; *ders*, Bedeutung 1 ff; *Reichel* in FS Wach III 5 einerseits und *Bülow*, AcP 83 (1894) 1 ff sowie *Goldschmidt*, Prozess 151 ff andererseits.

⁴⁹⁾ *Rechberger/Oberhammer*, ZJP 106 (1993) 359.

⁵⁰⁾ Siehe Materialien II 323.

⁵¹⁾ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1505; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 18; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ Rz 921; *Oberhammer*, OHG 60; *Pollak*, System² 534; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 943. In Österreich hat *Merkel*, Lehre 166 ff, versucht, die Rechtskraft als Ausdruck von „Recht“ zu definieren. Er versteht die Rechtskraft „als relative Unveränderlichkeit gewisser Staatsakte“ (*Merkel*, Lehre 245). Die materielle Rechtskraft sei der Normenwelt zuzuordnen. Diese Lehre *Merkels* konnte in Österreich nicht Fuß fassen.

⁵²⁾ Siehe *Gaul*, ÖJZ 2003/53, 861; *ders*, Möglichkeiten 19.

⁵³⁾ Siehe insb *Braun* in FS Spellenberg 81.

⁵⁴⁾ *Gaul*, Wiederaufnahme 49; *ders* in FS Zeuner 338; *ders* in FS Flume 540; *ders*, Möglichkeiten 19; *Musiak* in FS Nakamura 426.

⁵⁵⁾ *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 12; *Oberhammer*, JBl 2000, 213; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 25; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 941. Siehe auch *Häsemeyer*, AcP 188 (1988) 162; *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 322 Rz 31; *G. Lüke* in FS Schiedermaier 387; *Markoulakis*, Betroffenheit 182 f; *Nikisch*, Zivilprozessrecht² 403; *Schack*, NJW 1988, 865; s auch *Braun* in FS Spellenberg 77 f.

⁵⁶⁾ *Oberhammer*, OHG 60 bemerkt, dass die materiellrechtliche Sichtweise der materiellen Rechtskraft „zum Glück“ in Österreich nie ernsthaft vertreten worden sei. Siehe aber *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 941, nach denen die materielle Rechtskraft feststelle, was zwischen den Parteien „rechters“ sei. Wie diese Wirkung erzielt wird, wird jedoch nicht erläutert.

wenn *Bötticher*⁵⁷⁾ mahnt, dass sich die Rechtskraftlehre darauf zu beschränken habe, auf welche Weise der „Konflikt widersprechender Urteile über ein und dieselbe Sache verhütet“ werden könne⁵⁸⁾. Wie *Musielak*⁵⁹⁾ bemerkt, sei dafür eine Annahme der Veränderung der materiellen Rechtslage nicht erforderlich. Auch das zeigt, dass ein zu starrer Blick auf die Wirkung inter partes wichtige Erkenntnisse in Bezug auf Dritte verstellt. Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass das Verhältnis der materiellen Rechtskraft zum materiellen Recht eine grundlegende Frage im Verständnis der Beziehung von Prozess- und Zivilrecht bildet⁶⁰⁾.

Der Streit um die Erfassung des Wesens der materiellen Rechtskraft⁶¹⁾ ging vom „pathologischen“ Fall aus⁶²⁾. Es galt zu erklären, wie ein „falsches“⁶³⁾ – dh nicht der materiellen Rechtslage entsprechendes⁶⁴⁾ – Urteil Wirkungen entfalten kann⁶⁵⁾. Dass

⁵⁷⁾ Beiträge 104, wobei *Bötticher* die Frage, inwieweit das Urteil Einfluss auf die außerprozessuale Rechtslage haben könne, der allgemeinen Rechtslehre zuweist. Diese Ansicht findet sich auch bei *Schwab*, JuS 1976, 74. Diese Zuweisung zur Allgemeinen Rechtslehre klingt bestechend, denn es scheint, dadurch wird erhellt, wo man suchen muss, um auf die Auswirkung auf die Parteien zu stoßen. Dass es sich dabei jedoch um ein nicht ganz so leichtes Unterfangen handelt, zeigt ein Blick auf die verschiedenen Strömungen und das unterschiedliche Verständnis der allgemeinen Rechtslehre, s dazu den umfassenden Einblick bei *Funke*, Rechtslehre 8 ff.

⁵⁸⁾ Diesem folgend *Schwab*, JuS 1976, 74. Gleichzeitig nimmt *Bötticher*, Beiträge 100 einen „Substanzverlust“ durch die materielle Rechtskraft an.

⁵⁹⁾ In FS Nakamura 426.

⁶⁰⁾ Das betont insb *Pagenstecher*, ZJP 37 (1908) 8.

⁶¹⁾ In Österreich hat *Merkel*, Lehre 166 ff, versucht, die Rechtskraft als Ausdruck von „Recht“ zu definieren. Er versteht die Rechtskraft „als relative Unveränderlichkeit gewisser Staatsakte“ (*Merkel*, Lehre 245). Die materielle Rechtskraft sei der Normenwelt zuzuordnen. Diese Lehre *Merkl's* konnte in Österreich nicht Fuß fassen.

⁶²⁾ Es sei an dieser Stelle an das geflügelte Wort *Jauernigs*, ZJP 101 (1988) 362 f erinnert, wonach der „Normalfall“ den Juristen ebenso wenig interessiere wie die Gesundheit des Menschen in einem Lehrbuch der Medizin. Siehe aber *Pohle* in GS Calamandrei 386, der darauf hinweist, dass die materielle Rechtskraft einheitlich sein müsse, unabhängig davon, ob das Urteil richtig oder unrichtig sei. Aus diesem Grund lehnt er die ändernde Kraft iS eines Entstehens bzw Erlöschens von Rechten ab.

⁶³⁾ Siehe auch *Bilow*, Gesetz 7, nach dem sich das rechtskräftige Urteil auch dann behauptet, wenn es dem Gesetz widerspreche.

⁶⁴⁾ Bereits gegen diese Annahme hegt *Braun* in FS Spellenberg 77 Bedenken.

⁶⁵⁾ *Sax*, ZJP 67 (1954) 29 bezeichnet es als „Zentralproblem“. Siehe auch *Fischer*, JheringsJb 40 (1898) 158; *Lent*, Gesetzeskonkurrenz II 168 f. Beim unrichtigen, dh von der materiellen Rechtslage abweichenden Urteil zeigt sich die Diskrepanz zwischen materiellem und Prozessrecht besonders deutlich; s auch *Arens*, AcP 173 (1973) 255. Vor diesem Hintergrund meint etwa *Häsemeyer*, AcP 188 (1988) 162, bei richtigen Urteilen sei die materielle Rechtskraft sogar entbehrlich. Das folgt wohl daraus, dass *Häsemeyer* die Maßgeblichkeit der Entscheidung in erster Linie an die Parteien gerichtet erachtet. Diese Behauptung übersieht aber, dass die Maßgeblichkeit der Entscheidung auch einer „richtigen“ Entscheidung bedeutend ist. Das zeigt sich sowohl bei der Einmaligkeitswirkung als auch bei der der Präjudizialität: Ohne materielle Rechtskraft der Vorentscheidung könnte die Bindung der Entscheidung nicht erklärt werden und hätte – abgesehen von der Möglichkeit einer anders lautenden Entscheidung – eine nochmalige Durchführung des Verfahrens zur Folge; vgl ebenso *Gaul* in FS Flume 540. In diesem Zusammenhang wurde von einem Teil der Lehre das Fehlurteil überhaupt bestritten; s dazu die ausführliche Darstellung von *Schumann* in FS Bötticher 289 ff; vgl auch *Braun* in FS Spellenberg 77. Auf eine Darstellung dieser Thematik wird in der vorliegenden Untersuchung verzichtet. Das Wesen der Rechtskraft entfaltet sich aber auch bei „falschen“ Urteilen. Dazu bedarf es

Urteile „falsch“ sein können, zeigt sich vor allem an der Möglichkeit der Wiederaufnahmsklage.

Davon ausgehend wurde – wie so vieles⁶⁶⁾ – auch die **materielle Rechtskraft zunächst dem materiellen Recht zugeordnet** bzw erfolgte eine **Gleichsetzung mit materiellen Rechtspositionen**⁶⁷⁾. Durch diese Annahme einer materiellrechtlichen Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft werde insb eine „doppelte Rechtsordnung“⁶⁸⁾ vermieden. Denn der Vorwurf der materiellen Rechtskrafttheorie gegenüber der prozessualen lautete, dass ein prozessuales Verständnis nicht erklären könne, wie sich die tatsächliche materielle Rechtslage und die prozessuale Rechtslage aufgrund materieller Rechtskraft zueinander verhalten würden. Durch die materielle Rechtskraft soll es (jedenfalls zwischen den Parteien) zu einer „Fiktion der Wahrheit“⁶⁹⁾ kommen, indem das Urteil wie ein Gesetz wirkt⁷⁰⁾. So meint etwa *Mendelssohn-Bartholdy*⁷¹⁾: „Das im rechtskräftigen Urteil Entschiedene ist kraft des Urteils Recht“. Die materielle Rechtskrafttheorie geht in ihrem Kern davon aus, dass die materielle Rechtskraft die Rechtslage Dritter insoweit beeinflussen könne, als dies auch durch Rechtsgeschäft möglich sei⁷²⁾. Das Wesentliche der materiellen

keines Auswegs dahin, dass das Fehlurteil – so der Vorwurf gegen die materielle Rechtskrafttheorie – „auf ebenso einfache wie dubiose Weise aus der Welt geschafft wäre“; s *Leipold* in *Stein/Jonas*, ZPO²² IV § 322 Rz 35.

⁶⁶⁾ Zu denken ist etwa an den – aus heutiger Sicht längst überholten – Streit über die Gleichsetzung des prozessualen Streitgegenstandes mit dem materiellrechtlichen Anspruch. Dazu *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*³ III/1 Vor §§ 226 ff ZPO Rz 28 ff. Siehe auch *Rosenberg* in *FG Richard Schmidt* 259, wonach der Anspruch der ZPO mit jenem des Zivilrechts nur den „Namen gemein“ habe.

⁶⁷⁾ Dazu insb *Pagenstecher*, *RheinZ* 1914, 494; *ders*, *Lehre* 341 ff, 410 ff. Siehe auch *Kohler* in *FS Klein* 1; *Neuner*, *ZZP* 54 (1929) 228 ff, 245 ff; *Pagenstecher*, *Bedeutung* 1 ff. Zu den materiellen Theorien zählt auch die Ansicht von *Pohle*, *JBl* 1957, 118; *ders* in *FS Lent* 200; *ders* in *GS Calamandrei* 388 ff, der insb von einer unwiderlegbaren Vermutung der Richtigkeit des Urteils ausgeht. Dass diese Vermutung zumindest unter bestimmten Voraussetzungen widerlegbar sein müsste, ergibt sich aus der Möglichkeit der Wiederaufnahmsklage. Der materiellen Rechtskrafttheorie gibt auch *Reichel* in *FS Wach* III 5 den Vorzug. Dabei wendet *Reichel* (*FS Wach* III 6) den Trick an, dass Recht alles sei, was der Staat als Recht gelten lasse: „Gelten aber läßt der Staat alles das, und nur das, was von seinen Organen als Recht respektiert werden darf und muß“. Damit schafft *Reichel* eine Brücke zum Kern der prozessualen Theorie als Verhaltensnorm an das Gericht (vgl auch *Merkl*, *Lehre* 166 ff). Siehe auch *Unger*, *JheringsJb* 8 (1866) 179: „Was das Urteil ausspricht, gilt als ausgemachte Wahrheit“, wobei er sich dezidiert gegen die Annahme einer Fiktion wendet.

⁶⁸⁾ *G. Lüke* in *FS Schiedermaier* 385. Siehe aber *Braun* in *FS Spellenberg* 77, der gegenüber der „wahren“ Rechtslage Bedenken hegt, weil diese lediglich ein gedankliches Konstrukt darstelle.

⁶⁹⁾ So *Pfeiffer*, *AcP* 37 (1854) 94.

⁷⁰⁾ Siehe *Neuner*, *ZZP* 54 (1929) 238, der dieses Ergebnis damit begründet, dass „keine Gegeninstanz“ vorliegt.

⁷¹⁾ *Grenzen* 303 f.

⁷²⁾ *Kohler* in *FS Klein* 2; *Pagenstecher*, *RheinZ* 1914, 494; *ders*, *Lehre* 341 ff, 410 ff; s auch *Pagenstecher*, *Bedeutung* 1 ff. Wie *Sauer* in *FG Richard Schmidt* 312 betont, werde die materiellrechtliche Theorie von *Pagenstecher* „unermüdlich verteidigt“. Auf die Parallele von Rechtskraft und Rechtsgeschäft kommen vor allem die Vertreter der Rechtskrafterstreckung kraft materieller Abhängigkeit wieder zurück; s *Bettermann*, *Vollstreckung* 79 ff; *ders* in *FS Baur* 284; *A. Blo Meyer*, *ZZP* 75 (1962) 1 ff; *ders*, *Zivilprozessrecht*² 505.

Rechtskrafttheorie liegt darin, dass sie (jedem) rechtskräftigen Urteil konstitutive Wirkungen zubilligt, die gegenüber jedermann eintreten⁷³). Die Reichweite dieser Aussage darf nicht unterschätzt werden. Denn damit wird letztlich jedermann in die Wirkung einbezogen. Diese Wirkung wird dadurch begründet, dass das Recht insoweit bestehe, als es durch Rechtsgeschäft hätte erzeugt werden können. Das gelte auch im Fall des klagsabweisenden Urteils⁷⁴). Dabei wird vor allem eine Parallele zum Vergleich gezogen⁷⁵). Des Weiteren billigt die materielle Rechtskrafttheorie der materiellen Rechtskraft eine rechtsändernde Kraft zu⁷⁶), indem ein Anspruch etwa durch die materielle Rechtskraft erlischt⁷⁷). Gerade aufgrund der angenommenen Rechtskraftwirkung gegenüber jedermann wird die materielle Rechtskrafttheorie heute zu Recht abgelehnt. Das liegt vor allem auch daran, dass diese Theorie von einer „vollen“ Rechtskraftwirkung gegenüber jedermann ausgeht. Dabei wird nicht weiter differenziert, dass die materielle Rechtskraft auch anders „wirken“ kann.

Vor allem durch die grundlegenden Arbeiten von *Bülow*⁷⁸) und *Goldschmidt*⁷⁹) erfolgte eine grundsätzliche „Abspaltung“ des Prozessrechts vom materiellen Recht und eine verstärkte Hinwendung, dass das Prozessrecht „etwas Eigenes“ sei⁸⁰). Davon ausgehend ist zunehmend die Ansicht vertreten worden, dass die **materielle Rechtskraft ein Institut des Prozessrechts** sei⁸¹). Die prozessuale Rechtskrafttheorie geht dahin, dass die materielle Rechtskraft **rein prozessrechtlich** zu verstehen sei und insb eine **Verhaltensnorm für den künftig befassten Richter** schaffe⁸²). Vornehmlich richte sich die materielle Rechtskraft damit an das Gericht⁸³) und dient damit der Vermeidung widersprechender Entscheidungen⁸⁴). Eine Rechtsänderung ist mit der materiellen Rechtskraft nicht verbunden⁸⁵). Vor allem *Lent*⁸⁶) hat dazu die Wirkung bezüglich absoluter Rechte angeführt: Wenn das Eigentum eines Nichtberechtigten

⁷³) *Pagenstecher*, RheinZ 1914, 497 f. Zweifelnd bereits *Pfeiffer*, AcP 37 (1854) 94 ff.

⁷⁴) *Pagenstecher*, ZZZ 37 (1908) 26.

⁷⁵) *Braun* in FS Spellenberg 70; *Pagenstecher*, RheinZ 1914, 497 f.

⁷⁶) Siehe etwa *Pagenstecher*, ZZZ 37 (1908) 10; s auch *Windscheid*, Lehrbuch⁶ I 418.

⁷⁷) Siehe insb *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen 308, nach dem das Urteil einen Anspruch verschließe und einen neuen Anspruch aufschließe.

⁷⁸) AcP 83 (1894) 1 ff. Insb streicht *Bülow*, AcP 83 (1894) 10 hervor, dass das Verhältnis von Prozess- und Privatrecht „unter dem Einfluss einseitiger privatrechtlicher Anschauungen stark verkannt wird“. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass *Bülow* zwar von einer prozessualen Erfassung der materiellen Rechtskraft ausgegangen ist, ihr gleichzeitig aber privatrechtliche Wirkung zubilligt (*Bülow*, AcP 83 [1894] 1, 12).

⁷⁹) Prozess 151 ff.

⁸⁰) Aus diesem Grund hat etwa *Sperl*, Lehrbuch 239 jeglichen Rückgriff auf das materielle Privatrecht für ausgeschlossen erachtet.

⁸¹) Grundlegend *Hellwig*, Wesen 7 ff; s auch *ders*, System 771, 779 ff.

⁸²) *Gaul*, Wiederaufnahme 49; *ders* in FS Flume 540; *ders*, Möglichkeiten 19; *Klicka* in *Fasching/Konecny*³ III/2 § 411 ZPO Rz 18; *Musielak* in FS Nakamura 426.

⁸³) *Bötticher*, Beiträge 97; *Nicklisch*, Bindung 45.

⁸⁴) Siehe auch *Bötticher*, Beiträge 104.

⁸⁵) *Klöppel*, Einrede 5; *von Tuhr*, BGB AT II/1, 257; s aber *G. Lüke* in FS Schiedermaier 386; *Sauer* in FG Richard Schmidt 320, nach dem es der „gesunde Gedanke“ sei, dass die materielle Rechtskraft Recht schaffe, wenngleich *Sauer* diese Rechtsschöpfung in der Konkretisierung des objektiven Rechts sieht und die Erfassung der materiellen Rechtskraft daher auf einer ganz anderen Ebene ansiedelt als die objektive Rechtsordnung.

⁸⁶) Gesetzeskonkurrenz II 231 ff; s bereits *Hellwig*, Anspruch 210 f FN 5.