

# § 1. Grundlegung

## I. Konkretisierung der Themenstellung

### A. Bedürfnis nach „Parteiautonomie“ im Zivilprozess

Die vorliegende Arbeit möchte in erster Linie der Frage nachgehen, ob und inwieweit die Parteien eines streitigen Zivilprozesses über die gesetzlich normierten Befugnisse hinaus einvernehmlich auf die Gestaltung, den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen können. Dabei interessiert primär, ob das zivilprozessuale Normgefüge ein abschließend und zwingend geregeltes ist, oder, falls das nicht zutreffen sollte, wo die Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Parteien verlaufen. Zudem herrscht selbst dort, wo den Parteien explizit gesetzliche Befugnisse eingeräumt werden, Unklarheit über die Wirkungen einer Vereinbarung, mit der Parteien auf solche Befugnisse außergerichtlich und/oder im Vorhinein, dh insb vor Einleitung des Rechtsstreits verzichten oder deren (Nicht-)Ausübung versprechen. Schließlich ist sehr umstritten, welche „rechtsgeschäftlichen“ Regeln auf das Zustandekommen derartiger Parteidispositionen zur Anwendung gelangen.

Die Bedeutung dieser Fragen kann nicht von vornherein unter Hinweis darauf abgetan werden, dass die Parteien durch Unterwerfung unter ein Schiedsgericht ohnehin sehr weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten haben und sich – vorbehaltlich einiger weniger zwingender Vorgaben und etwas überspitzt formuliert – hier gem § 594 Abs 1 ZPO „ihren“ Prozess selbst „zusammenstellen“ können. Sofern Parteien nämlich aus welchen Gründen auch immer nicht gewillt sind, die Lösung ihrer Streitigkeiten in die Hände privater Schiedsrichter zu legen, liefe eine – von Teilen der Lehre geforderte – uneingeschränkte Bindung an die Vorgaben der ZPO auf eine äußerst rigide Beschränkung der Parteiinteressen hinaus. Der Privatautonomie würde bei der Rechtsdurchsetzung nur ganz (Schiedsverfahren) oder gar nicht (Prozess vor staatlichen Gerichten) Rechnung getragen, was die Rechtsschutzsuchenden naheliegenderweise nicht in jedem Fall befriedigen kann. Die Annahme des abschließenden und in jeder Hinsicht zwingenden Charakters der ZPO hat *Haimerls*<sup>2)</sup> demgemäß bereits 1835 zu folgendem, durchaus ernüchternden Verdikt veranlasst: „Denn, während bei allen, das materielle Privatrecht bestimmenden Gesetzen, allfällige Mißgriffe der Gesetzgebung von den Parteien leichter durch entgegenstehende Privatübereinkunft behoben werden können; trifft ein mißlungenes Proceßgesetz die streitenden Teile mit eiserner Härte,

---

<sup>2)</sup> AcP 18, 54 (55).

indem sie sich den gesetzlich bestimmten Gang des Processes gefallen lassen und zusehen müssen, wie oft in einer unzweckmässigen Form das durchzusetzende materielle Recht selbst untergeht.“ Ob dies wirklich auch für die erst rund 60 Jahre später erlassene ZPO zutrifft, wird freilich erst zu untersuchen sein.

Rechtspolitisch könnte nicht zuletzt gegen den weitgehenden Ausschluss der Parteiautonomie sprechen, dass ein gewisser Gestaltungsspielraum der Parteien möglicherweise auch dazu beitragen könnte, die Attraktivität des staatlichen Zivilprozesses wieder zu steigern und die zumindest in manchen Bereichen (zB Gesellschaftsrecht) regelrecht zu beobachtende „Flucht ins Schiedsverfahren“ einzudämmen.<sup>3)</sup> Jedenfalls für die „Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung“ (§ 502 ZPO) wäre eine solche „Flucht“ aus gesamtstaatlicher Perspektive wohl wenig erstrebenswert.<sup>4)</sup> Ein praktisches Bedürfnis für privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien in einem Zivilprozesses ist somit nicht zu leugnen.

## B. „Einvernehmliche Parteidisposition“

Das österreichische Zivilprozessrecht enthält eine Vielzahl an Möglichkeiten, wie die Parteien letztlich auf den typischen Verfahrensablauf einwirken können. Das beginnt schon damit, dass die Parteien durch ihr Vorbringen und ihre Anträge den Streitgegenstand determinieren.<sup>5)</sup> Eine unbegrenzte Untersuchung über den gestaltenden Einfluss der Parteien auf den Zivilprozess ließe deshalb kaum eine Facette des Zivilverfahrens unberührt. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich demgegenüber auf solche Dispositionen, die *im Einvernehmen* beider Parteien umgesetzt werden sollen.<sup>6)</sup>

In welcher Form sind nun *einvernehmliche* Parteidispositionen im Zivilprozess möglich? Das Gesetz gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten vor: Erstens werden für gewisse Dispositionen korrespondierende Erklärungen ge-

---

<sup>3)</sup> Vgl eingehend zum deutschen Recht *Wagner*, Prozeßverträge 1ff; s auch *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720; gerade umgekehrt *Baumgärtel*, ZZP 87, 121 (127).

<sup>4)</sup> Vgl auch *Hagen*, Elemente 72, wonach die Anzahl der Schiedsverfahren ein verlässlicher Indikator für die Effektivität des staatlichen Verfahrens sei; aus rechtshistorischer Sicht ist idS auch bemerkenswert, dass in der zweiten Hälfte des 19. Jhd wegen der immer wieder vertagten, aber längst überfälligen Reform des Zivilprozessrechts eine besonders starke Flucht ins Schiedsverfahren zu bemerken war (s *Mayr*, Rechtsschutzalternativen 207 mwN).

<sup>5)</sup> Siehe noch unten § 3.II.B.2.b).

<sup>6)</sup> *Fasching* (in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Einl II/1 Rz 86) und *Konecny* (in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 86) wählen als Oberbegriff „zweiseitige Prozesshandlungen“ (vgl auch *Rauscher* in *MüKoZPO*<sup>5</sup> Einleitung Rz 420 zum deutschen Recht und *A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> § 17 Rz 2 zum schweizerischen Recht), womit jedoch eher verdeckt wird, dass die zugrundeliegenden Prozesshandlungen, dh die Willenserklärungen, immer einseitige sind.

genüber dem Gericht verlangt,<sup>7)</sup> was im Schrifttum und deshalb<sup>8)</sup> auch für die Zwecke dieser Arbeit als „Gesamtakt“ bezeichnet wird.<sup>9)</sup> Zweitens sind „echte“ Parteivereinbarungen vorgesehen, die (auch) außergerichtlich getroffen werden können. Vom Gesamtakt unterscheidet sich eine solche Vereinbarung dadurch, dass für sie wechselseitige Erklärungen zwischen den Prozessparteien, nicht aber gegenüber dem Prozessgericht, notwendig und ausreichend sind. Manchmal ist sogar eine Art Kombination aus Gesamtakt und Vereinbarung vorgesehen, wie dies namentlich beim gerichtlichen Vergleich der Fall ist (zum Ganzen noch § 6.II.A.).<sup>10)</sup>

Sowohl Gesamtkte als auch Prozessvereinbarungen<sup>11)</sup> einschließlich des Prozessvergleichs unterfallen als einvernehmliche Parteidispositionen somit prinzipiell dem Untersuchungsgegenstand. Die Grundsatzfrage nach der Zulässigkeit privatautonomer Gestaltungen stellt sich sowohl bei einem Vorgehen durch „Gesamtakt“ als auch durch eine „echte“ Vereinbarung in gleicher Weise. Liegt ein – *per definitionem* innerprozessual erklärter – Gesamtakt vor, erübrigt sich freilich die Frage nach der Wirksamkeit außergerichtlicher Disposition. Der Unterscheidung zwischen Vereinbarung und Gesamtakt könnte darüber hinaus eine besondere Bedeutung für die anzuwendende „Rechtsgeschäftslehre“ zukommen<sup>12)</sup>: Von der hL wurde nämlich primär für innerpro-

7) *Knecht* (Beweisverträge 25) will in dieser Gruppe zwischen Dispositionen differenzieren, die einer Zustimmung bedürfen, und solchen, denen ein echtes Einverständnis beider Parteien zugrunde liegt. Der Unterschied liege darin, dass die Erklärungen im ersten Fall (zB Klagszurücknahme des Klägers und Zustimmung des Beklagten) nicht „gleichwertig“ seien. Ein normativer Wert dürfte dieser – im Einzelnen wohl schwer durchzuhaltenden – Differenzierung mE indes nicht zukommen.

8) Es ist der Wissenschaft bekanntlich alles andere als dienlich, wenn nicht einmal über terminologische Fragen Konsens erzielt wird. An etablierten Begriffen sollte man folglich, sofern sie nicht völlig in die Irre führen, nicht mehr rücken, auch wenn es treffendere Ausdrücke geben mag. ZB wäre vorliegend der Terminus „Gemeinschaftsakt“ mE vorzugswürdig, um das erforderliche Einvernehmen der Parteien besser zum Ausdruck zu bringen. Zu beachten ist ferner, dass der Gesamtakt bisweilen auch als Umschreibung von Beschlüssen und der konstituierenden Vereinbarung einer Gesellschaft verwendet wird (so zB *Gschnitzer* in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 51; *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 914 ABGB Rz 2).

9) *Schiedermair*, Vereinbarungen 28; *Baumgärtel*, Prozeßhandlung<sup>2</sup> 186; *Kern* in *Stein/Jonas*<sup>23</sup> Vor § 128 Rz 249; *Wagner*, Prozeßverträge 337; *B. Schneider*, Auslegung 34; *Häsemeyer*, ZZP 118, 265 (283); *Konecny* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 115 FN 212.

10) Zu einem Überblick über die gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten unten § 1.III.C.

11) Der Begriff der Prozessvereinbarung wird vorerst „unvoreingenommen“, dh ohne Festlegung auf eine prozessuale Rechtsnatur derartiger „Vereinbarungen mit prozessbezogenem Inhalt“ verwendet. Zur Qualifikation der Rechtsnatur s erst unten § 7.III.

12) Daher ist *Schlosser*, Parteihandeln 5, der die Unterscheidung zwischen Parteivereinbarung und Gesamtakt für „völlig uninteressant“ hält, nicht gänzlich zuzustimmen.

zessuale Parteiprozesshandlungen gegenüber dem Gericht, also somit auch für die einem Gesamtakt zugrundeliegenden Willenserklärungen, eine eigene „Prozesshandlungsdogmatik“ entwickelt. Ob diese erstens zutrifft und zweitens auch für (außergerichtliche) Prozessvereinbarungen gilt, ist indes Gegenstand lebhafter Diskussion.

Im Ergebnis durchaus vergleichbare Folgen wie bei einem Gesamtakt können schließlich eintreten, indem eine Partei eine Verfügung der Gegenpartei widerspruchslos hinnimmt und sich in die weitere Verhandlung „einlässt“ (Präklusion).<sup>13)</sup> Ob man dieses Phänomen mit der unwiderleglichen Vermutung einer schlüssigen Zustimmung (so zB noch explizit § 58 Entwurf 1881<sup>14)</sup>)<sup>15)</sup> oder – mE vorzuzugswürdig – als Sanktion des objektiven Tatbestands der Versäumung rechtzeitigen Widerspruchs erklären will,<sup>16)</sup> ist für Zwecke dieser Untersuchung letztlich irrelevant. Von einer privatautonomen, dh einer vom Willen der Partei getragenen Entscheidung kann weder im einen noch im anderen Erklärungsmodell gesprochen werden; derartige Präklusionsfolgen sind daher nicht Hauptgegenstand dieser Arbeit. Dennoch sind die einschlägigen Bestimmungen insofern von Interesse, als sie beweisen können, dass der auf diesem Wege herbeigeführten Rechtsfolge offensichtlich keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

### C. „Gestaltung im Zivilprozess“

Was die Wendung des Arbeitstitels „Gestaltung im Zivilprozess“ betrifft, so soll damit nicht präjudiziert werden, dass allfälligen Vereinbarungen oder Gesamtakten im Prozess eine unmittelbare Gestaltungswirkung – die hM spricht diesfalls von einer „Verfügungswirkung“<sup>17)</sup> – zukommt. Es soll nicht einmal vorausgesetzt werden, dass das einvernehmliche Handeln überhaupt Rechtswirkungen erzeugen kann. Denn diese Fragen werden erst zu klären sein, weshalb ihre Beantwortung nicht bei der Eingrenzung des Forschungsge-

<sup>13)</sup> Vgl *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 32; *Matscher* in FS Nagel 227 (230).

<sup>14)</sup> Siehe unten § 1.III.C.5.g).

<sup>15)</sup> So zu § 235 Abs 2 letzter S ZPO *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 235 Rz 7; *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 235 ZPO Rz 35; ebenso zur rügelosen Einlassung nach Art 26 EuGVVO *EuGH* 7. 3. 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer* Rz 15; 24. 6. 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh/Jacqmain* Rz 8. Im autonom österreichischen Recht verbietet sich die Qualifikation von § 104 Abs 3 JN als konkludente Gerichtsstandsvereinbarung schon wegen des Ausdrücklichkeitserfordernisses in Abs 1 *leg cit* (abw aber zB *Neumann*, Kommentar I<sup>4</sup> 262f).

<sup>16)</sup> So zur Begründung der Zuständigkeit durch rügelose Einlassung nach der EuGVVO *Simotta* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Art 24 EuGVVO Rz 1; *Gottwald* in *MüKoZPO*<sup>5</sup> Art 26 EuGVO Rz 1 je mwN.

<sup>17)</sup> *J. Kohler* (GruchBeitr 31, 276 [277]) spricht dementsprechend noch von der Unterscheidung zwischen Verträgen mit direkter und indirekter Wirkung. Aus Österreich zB *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 750; *Konecny* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 120; ausf zum deutschen Meinungsstand *Wagner*, Prozeßverträge 35ff mwN.

genstands vorweggenommen werden soll. *A priori* ist demnach zur Konkretisierung der Themenstellung ein möglichst wertfreies und weites Verständnis zugrunde zu legen: Durchaus im Einklang mit dem funktionellen Parteihandlungsbegriff<sup>18)</sup> ist am besten darauf abzustellen, dass mit der Disposition nur eine gewisse prozessuale Rechtsfolge *bezweckt* werden muss.<sup>19)</sup>

Um zu definieren, wann überhaupt eine solche *prozessuale Rechtsfolge* vorliegt, ist wiederum das möglichst unvoreingenommene<sup>20)</sup> Kriterium *Henckels*<sup>21)</sup> zur Abgrenzung von Zivil- und Zivilprozessrecht heranzuziehen: Es kommt lediglich darauf an, ob der „*Lebensbereich*“ Zivilprozess betroffen ist, wenn auch für den Zweck einer groben Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands die im Detail schwierige Frage offen bleiben kann, wie dieser Lebensbereich im Detail zu definieren und trennscharf abzugrenzen ist (dazu noch unten § 7.II.B.3.).

Bereits an dieser Stelle sei aber vorausgeschickt, dass trotz dieses neutralen und weiten Verständnisses „einvernehmlicher Gestaltungen“ nicht jede Gestaltung erfasst wird, die in irgendeiner Weise Auswirkungen auf den Lebensbereich eines aktuellen oder zukünftigen Rechtsstreits haben kann. Die Veräußerung der streitverfangenen Sache (§ 234 ZPO) oder die Vereinbarung eines Erfüllungsorts für einen Vertrag (§ 88 JN) können nämlich durchaus beachtliche Folgen im Prozessrecht haben; Vereinbarungen mit solchen *side effects* sollen indes nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein, mögen sie auch in Ausnahmefällen Hauptzweck für die Betroffenen sein. Das dogmatische Kriterium zur Ausgrenzung dieser Wirkungen ist, dass sie als eine Art „gesetzliche Tatbestandswirkung“ auch ohne entsprechenden Parteiwillen eintreten.<sup>22)</sup> Indes muss nicht auf das weniger trennscharfe Kriterium abgestellt werden, welche Funktion des Handelns *typischer- oder charakteristischerweise* bezweckt wird,<sup>23)</sup> mag dies auch iaR zu denselben Ergebnissen führen.

<sup>18)</sup> Zum funktionellen Prozesshandlungsbegriff grundlegend *Baumgärtel*, Prozeßhandlung<sup>2</sup> 291; ganz ähnlich zum österreichischen Recht *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 31 f; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 748; *B. Schneider*, Auslegung 32 ff. Dem steht der „systematische Begriff“ gegenüber, der Prozesshandlungen danach abgrenzen will, dass sie sich in ihren Voraussetzungen und Wirkungen nach Prozessrecht richten (so *Rosenberg*, Lehrbuch<sup>9</sup> 271; BGH VII ZR 102/65 NJW 1968, 1233; s auch schon *Bunsen*, ZJP 35, 401 [402]; *Drüll*, Anwendbarkeit 6f). Jedenfalls zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Arbeit eignet sich letzterer Begriff nicht, weil er gerade das voraussetzt, was erst im Laufe der Arbeit ermittelt werden soll.

<sup>19)</sup> Vgl schon idS *Bunsen*, ZJP 35, 401.

<sup>20)</sup> Dies betont lobend *Böttcher*, ZJP 85, 1 (29).

<sup>21)</sup> Prozeßrecht 19 ff.

<sup>22)</sup> Zutr *Wagner*, Prozeßverträge 30; iE ähnlich *H.-J. Hellwig*, Systematik 41.

<sup>23)</sup> Von „charakteristisch“ spricht *Kern* in *Stein/Jonas*<sup>23</sup> Vor § 128 Rz 240; auf die „typische“ Funktion stellen *Baumgärtel* (Prozeßhandlung<sup>2</sup> 92 ff) und *Konzen* (Rechtsverhältnisse 54) ab; idS auch *Henckel*, Prozeßrecht 32: „objektiv typischer Zweck“; *Kern* in *Stein/Jonas*<sup>23</sup> Vor § 128 Rz 245 will differenzieren, was die „primäre“ Wirkung sei; ähnlich *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht<sup>30</sup> § 30 Rz 10f.

Zusammengefasst sind somit Untersuchungsgegenstand Gesamttakte oder Parteivereinbarungen, mit denen eine Wirkung bezweckt werden muss, die im zivilprozessualen Lebensbereich eintritt.

## D. „Streitiges Erkenntnisverfahren“

Eine weitere Einschränkung der vorliegenden Arbeit ist der Bezugnahme im Untertitel auf das „streitige Erkenntnisverfahren“ zu entnehmen. Außerstreit-, Exekutions- und Insolvenzverfahren werden grundsätzlich ausgeklammert. Das ist damit zu erklären, dass dem Außerstreit- und Insolvenzverfahren schon aufgrund des dort geltenden Untersuchungsgrundsatzes (§ 16 Abs 1 AußStrG; § 254 Abs 5 IO), der mitunter sogar möglichen Verfahrenseinleitung von Amts wegen („Offizialmaxime“ [§ 8 Abs 3 AußStrG; vgl ansatzweise auch § 70 Abs 4 S 1 IO]) sowie der möglichen Ausrichtung an den Interessen einer Vielzahl von Beteiligten (vgl § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG; s auch §§ 80ff IO) mitunter völlig andere Prinzipien als dem streitigen Prozess zugrunde liegen. Schon deshalb wäre jeweils eine eigenständige und umfassende Analyse erforderlich, die den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

Die Einleitung des Exekutionsverfahrens und die Bestimmung des Verfahrensgegenstands in diesem Verfahren obliegen hingegen zwar grundsätzlich wie im streitigen Verfahren dem betreibenden Gläubiger als Antragsteller.<sup>24)</sup> Erstens gilt aber im Exekutionsverfahren ebenfalls ein „eingeschränkter“<sup>25)</sup> Untersuchungsgrundsatz, der die Stoffsammlung stärker dem Gericht anheimstellt als im streitigen Verfahren (s § 55 Abs 2, 3 EO),<sup>26)</sup> mag hier auch in durchaus verwechslungsfähiger Weise von einem „abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz“<sup>27)</sup> gesprochen werden. Zweitens begründet die in § 16 EO angeordnete Pflicht zum amtswegigen Vollzug, die herrschend als Anordnung einer Offizialmaxime für das weitere Verfahren verstanden wird,<sup>28)</sup> einen vorliegend besonders eklatanten Unterschied zur ZPO. Eine Untersuchung, ob und inwieweit dieser § 16 EO einer Einflussnahme der Parteien auf den Verfahrensablauf im Wege einvernehmlicher Disposition entgegensteht,<sup>29)</sup> ist sicherlich reizvoll;<sup>30)</sup> auch der Umstand, dass eine Zwangsvollstreckung besondere privat- und damit zugleich volkswirtschaftliche Schäden (Stichwort:

<sup>24)</sup> Statt vieler *Holzhammer*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>4</sup> 28f; *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht<sup>4</sup> 31.

<sup>25)</sup> So *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 55 Rz 11.

<sup>26)</sup> Ausf zB *Rassi* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* (19. Lfg; 2014) § 55 Rz 25ff.

<sup>27)</sup> *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 458; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> Rz 74; ablehnend *Fasching* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Einl II/1 Rz 16; *Konecny* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 16ff. Näher unten § 3.II.B.2.a).

<sup>28)</sup> *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 16 Rz 1; *Mini/Seiser* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* (18. Lfg; 2014) § 16 Rz 2.

<sup>29)</sup> Dies wird trotz § 78 EO zB für das Ruhen des Verfahrens befürwortet *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 16 Rz 4.

<sup>30)</sup> Instruktiv *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht<sup>4</sup> 42ff.

„Wertvernichtung“) anrichten kann,<sup>31)</sup> wäre ein besonders spannender Aspekt im vorliegenden Kontext. Diese Themen würden aber den ohnedies ausführlichen Untersuchungsgegenstand ebenfalls so stark ausweiten, dass die Entscheidung gegen eine Einbeziehung des Exekutionsverfahrens gefallen ist. Soweit sich freilich aus exekutionsrechtlichen Normen, wie zB dem in § 35 EO als zulässig vorausgesetzten Exekutionsverzicht, Rückschlüsse auf das streitige Erkenntnisverfahren ergeben können, werden diese selbstverständlich an geeigneter Stelle berücksichtigt.

## E. Fazit

*Zusammenfassend sind Untersuchungsgegenstand die Zulässigkeit, die Voraussetzungen und die Wirkungen solcher übereinstimmenden Willenserklärungen der Prozessparteien, deren bezweckte Funktion die Regelung eines das streitige Erkenntnisverfahren betreffenden Lebensbereichs ist.*

Unter dieser Definition lassen sich all jene Dispositionen subsumieren, die dem gegenständlichen Thema seinen besonderen Reiz und gleichsam seine Schwierigkeit verleihen: Privatpersonen versuchen regelnd in einen hoheitlich organisierten Lebensbereich, folglich in einen öffentlich-rechtlichen Normenkomplex einzugreifen, der allerdings gerade „wenn nicht allein, so doch hauptsächlich für die Rechtsuchenden“<sup>32)</sup>, also für die disponierenden Privatpersonen geschaffen wurde.

## II. Methodischer Ansatz

### A. Auslegung der Zivilverfahrensgesetze

#### 1. Anwendung der §§ 6, 7 ABGB

In neueren Monographien wird nur noch selten explizit auf den jeweils gewählten, methodischen Ansatz des Verfassers hingewiesen.<sup>33)</sup> Das dürfte seine Erklärung und Berechtigung darin finden, dass über die Bedeutung der Auslegungskriterien der §§ 6, 7 ABGB heute in den wichtigsten Punkten Einigkeit herrscht.<sup>34)</sup> Auch deren Anwendung auf das Zivilprozessrecht ist – mit Aus-

<sup>31)</sup> Vgl bereits Klein/Engel, Zivilprozeß 497. Ein besonderes öffentliches Interesse am Ablauf des Exekutionsverfahrens, welches Parteivereinbarungen stärker als im Erkenntnisverfahren entgegensteht, konstatieren dementsprechend etwa Neumayr/Nunner-Krautgasser, Exekutionsrecht<sup>4</sup> 43.

<sup>32)</sup> So zur Einführung der geltenden ZPO (Materialien I 189).

<sup>33)</sup> Siehe dagegen gerade im Zivilprozess noch Sprung, Konkurrenz 26 ff; König, Konformität 25 f; Ballon, Zulässigkeit 36 ff; vgl auch Böhm, Prozessidee 3 ff; aus jüngerer Zeit sonst zB Leitner, Haftung 2 ff; vgl ferner Rüffler, Lücken 7 ff (allerdings mit sehr spezifischer Begrenzung auf die Methoden der Lückenfüllung).

<sup>34)</sup> Siehe dazu nur die im Grundsätzlichen wenig voneinander abweichenden Standardwerke, insb F. Bydlinski, Methodenlehre<sup>2</sup> 436 ff; Larenz, Methodenlehre<sup>6</sup> 320 ff; oder die mittlerweile umfassende Kommentarliteratur, zB Posch in Schwimann/Kodek<sup>5</sup>



nahme der überholten Auffassung von *Klein/Engel*<sup>35)</sup> – soweit ersichtlich einhellige Lehrmeinung.<sup>36)</sup> Die früher bisweilen vertretene Ansicht, im öffentlich-rechtlichen Verfahrensrecht gebe es keinen Analogieschluss,<sup>37)</sup> gilt demnach völlig zu Recht als überwunden (im Ansatz übrigens schon § 437 HS 2 AGO ergänzt durch das HD vom 22. 2. 1791, JGS 115 § 2<sup>38)</sup>).<sup>39)</sup>

Nichts desto trotz werden von vereinzelten Schriftstellern gewisse Besonderheiten bei der Auslegung zivilprozessualer Vorschriften in Anspruch genommen, denen in der ein oder anderen Form auch für das vorliegende Thema Bedeutung zukommen könnte. Es ist daher erforderlich, sich mit diesen auseinanderzusetzen. Die nachstehenden Ausführungen hierzu sind freilich ebenfalls auf die konkrete Untersuchung bezogen und erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung der methodischen Herangehensweise im Zivilprozess.

## 2. Methodische Besonderheiten des Zivilprozessrechts

### a) Wörtliche Interpretation: „Positivistischer“ Ansatz

Das Postulat einer besonderen zivilprozessualen Interpretation ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, zumal einzelne Rechtsgebiete zweifellos Spezifika aufweisen können, die eine besondere Akzentuierung bestimmter Interpretationskriterien verlangen.<sup>40)</sup> Paradebeispiel hierfür ist die „Versteinierungstheorie“, insb zur Auslegung der Kompetenztatbestände des B-VG.<sup>41)</sup> Im

§ 6 ABGB Rz 5ff; *Kerschner/Kehrer* in *Klang*<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 18ff; *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 6 ABGB Rz 58ff.

<sup>35)</sup> Zivilprozeß 22: Danach seien die „gesetzlichen Auslegungsvorschriften, wie sie z.B. das österreichische bürgerliche Gesetzbuch enthält, nicht schlechthin auch auf die Prozeßnormen [...] anwendbar [...]“.

<sup>36)</sup> Statt vieler *Ullmann*, Grundriß 3; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 30, die deren Wert jedoch generell relativieren; *Sprung*, Konkurrenz 27; *Holzhammer*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> 10; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 126f; ausf *ders*, JBl 1990, 749 (750ff); *Rechberger* in FS Mayer 595 (598f); idS auch bereits *Schrutka*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 10ff; *Sperl*, Lehrbuch 23; vgl auch für Deutschland *Prütting* in *Wieczorek/Schütze*<sup>4</sup> Einleitung Rz 122 mwN.

<sup>37)</sup> OGH 1 Ob 972/54; 1 Ob 253/70; OLG Wien 2 R 491/47 EvBl 1947/467, 326; *Strigl*, AnwBl 1983, 235 (239). Der möglicherweise richtige Ausgangspunkt dieser These könnte sein, dass ein hoheitlicher Eingriff in die persönlichen Güter oder das Vermögen einer Privatperson nicht kraft Analogie erfolgen dürfe (so *Öhlinger*, JBl 1971, 284 [287]; erwägend *F. Bydlinki*, Methodenlehre<sup>2</sup> 600; idS auch *Steininger*, JBl 1971, 217 [226f], der von einem „begrenzte[n] Analogieverbot auf einem öffentlich-rechtlichen Teilgebiet spricht“), was freilich für das Zivilprozessrecht wenig relevant wäre.

<sup>38)</sup> Die ursprünglich wegen der Alternative zur Anzeige „nach Hof“ begrenzte Zulässigkeit der Analogie wurde durch dieses HD erweitert (vgl dazu zB *Menger*, System I 121ff).

<sup>39)</sup> *Holzhammer*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> 11; *Böhm*, JBl 1973, 360; *F. Bydlinki*, Methodenlehre<sup>2</sup> 601; *Fasching*, JBl 1990, 749 (758 mwN); *Rüffler*, Lücken 18; *Rechberger* in FS Mayer 595 (598f), wenngleich er für zurückhaltende Anwendung plädiert.

<sup>40)</sup> Näher *F. Bydlinki*, Methodenlehre<sup>2</sup> 593ff.

<sup>41)</sup> Ausf zB *Schäffer*, Verfassungsinterpretation 97ff.



Anschluss an *Steininger*<sup>42)</sup> wird nun erwogen, ob bei der Interpretation verfahrensrechtlicher Normen als „striktter Ordnungsvorschriften“ im Gegensatz zu „personenkerneln“ Rechtsmaterien eine enge(re) Bindung an Gesetzeswortlaut<sup>43)</sup> verbunden mit einem Vorrang der subjektiv-historischen Interpretation<sup>44)</sup> bestehe.

Freilich ist gerade das Zivilprozessrecht kein homogener Normenkomplex, sondern weist in vielerlei Hinsicht starke Auswirkungen auf mitunter sensible Rechtsbeziehungen Privater auf, weshalb er keineswegs pauschal als „personenkerneln“ qualifiziert werden kann. Das gilt besonders dort, wo Schnittstellen zum materiellen Recht betroffen sind. In diesem Kontext darf auch der sachliche Unterschied zwischen jenen Bestimmungen, die das Verhältnis einer Partei zum Gericht, und jener Norm, die (auch) die rechtlichen Beziehungen der Parteien untereinander regeln, nicht außer Acht gelassen werden.<sup>45)</sup> Schließlich verlangen selbst Formvorschriften häufig teleologisch motivierte Auslegungsoperationen, damit sie nicht zum „Selbstzweck“ erhoben werden.<sup>46)</sup> Ein gutes Beispiel bietet etwa die teleologische Reduktion des Erfordernisses einer mündlichen Berufungsanmeldung, wenn das Gericht ohnehin schon ein „ungekürztes“ (vgl. § 417a ZPO) Urteil ausgefertigt und zugestellt hat.<sup>47)</sup> Auch die Anwendung von § 84 Abs 3 ZPO auf nicht befristete Schriftsätze ist in diesem Kontext erwähnenswert.<sup>48)</sup>

Schon diese knappen Ausführungen und wenigen Beispiel zeigen, dass eine pauschale Tendenz zur „positivistischen“ Auslegung des Zivilverfahrensrechts nicht zu überzeugen vermag.<sup>49)</sup> Denkbar, aber ebenfalls zweifelhaft wäre allenfalls, ob für spezifische und begrenzte Bereiche des Zivilprozessrechts ein besonderes Bedürfnis nach möglichst einfacher und rechtssicherer Rechtsanwendung nachgewiesen werden kann, das eine stärkere Rückbesinnung auf den Wortlaut verlangt.<sup>50)</sup> Auf das vorliegende Thema im Grenzbereich zum materiellen Recht trifft das mE aber jedenfalls nicht zu.

<sup>42)</sup> JBl 1971, 217 (220 ff).

<sup>43)</sup> So wird *Steininger* bei *F. Bydliński* (Methodenlehre<sup>2</sup> 602) und *Fasching* (JBl 1990, 749 [750]) verstanden, wobei er eigentlich gar nicht speziell auf Verfahrensvorschriften Bezug nimmt.

<sup>44)</sup> Vgl. *Steininger*, JBl 1971, 217 (224).

<sup>45)</sup> Zutr. *Fasching*, JBl 1990, 749.

<sup>46)</sup> *Fasching*, JBl 1990, 749 (755); ausdrücklich zB schon OGH 1 Ob 755/28 ZBl 1929/19, 63; vgl. auch Materialien I 188 f; *Novak*, JBl 1961, 64 (68), der betont, dass „jede Formvorschrift ihren, allerdings oft verkannten, Sinngehalt“ habe. Ferner sei seine Feststellung in Erinnerung gerufen, dass eine wertende Unterscheidung von materiellem und formellem Recht – auch in Bezug auf ihr Ausmaß an Förmlichkeit – keineswegs stets zutreffe (aaO 64 f); für Deutschland zB *Prütting* in *Wieczorek/Schütze*<sup>4</sup> Einleitung Rz 122; s. ferner die NW und Zitate bei *Vollkommer*, Formstrenge 137 ff.

<sup>47)</sup> RIS-Justiz RS0117659, zB OGH 4 Ob 135/03 m; 1 Ob 266/06 h.

<sup>48)</sup> Dazu zB *G. Kodek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> §§ 84, 85 ZPO Rz 119 ff.

<sup>49)</sup> Das dürfte die krit. Haltung bestätigen, die *F. Bydliński* (Methodenlehre<sup>2</sup> 602 f) der Abgrenzung nach dem „Personenkernel“ entgegenbringt.

<sup>50)</sup> *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup> 603.

## b) Historische Interpretation: Vom Zeitgeist, Franz Klein und der dZPO

Die österreichische Zivilprozessrechtslehre, und das gilt nicht zuletzt für die Forschung an der *alma mater* des Verfassers („Innsbrucker Schule“<sup>51)</sup>),<sup>52)</sup> steht ferner in der Tradition, den historischen Wurzeln der geltenden *lex lata* besondere Aufmerksamkeit zu widmen.<sup>53)</sup> Damit ist nicht nur die Erforschung der Absicht und Auffassung des historischen Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien gemeint. Vielmehr geht es auch um die spezielle Bedeutung, die der „entstehungsgeschichtliche Gesamtzusammenhang“<sup>54)</sup> deshalb einnimmt, weil viele verfahrensrechtliche Normen einerseits „natürlicher Ausfluss einer historischen Entwicklung [sind], mit der nicht zu brechen die Gesetzgebung gute Gründe hatte“<sup>55)</sup>, andererseits zahlreiche Vorschriften in bewusster Abkehr von der früheren Rechtslage geschaffen wurden, „um es von vornherein auszuschließen, daß aus einem gedanklichen Fortwirken früherer Bestimmungen Fehlschlüsse gezogen werden“<sup>56)</sup>. Aus diesem Grund meint schon *Franz Klein*<sup>57)</sup>, „Prozessgesetze müssen mehr als sonst irgendein Gesetz aus ihrer Vergangenheit und ihren Vorläufern erklärt werden“.

Die Meinung, dass der historischen Interpretation im Prozessrecht sehr große Bedeutung zukommt, kann nur ausdrücklich geteilt werden. Zweifelhaft, aber im Folgenden nicht weiter von Belang ist nur, ob das wirklich eine Besonderheit des (Zivil-)Verfahrensrechts ist und nicht jede aktuelle Regelung eines rechtswissenschaftlichen Teilbereichs mit einer weit zurückreichenden Geschichte zu einem großen Teil als eine Mischung aus einem Fortführen von Bewährtem und einer Reaktion auf Fehlentwicklungen verstanden werden muss.<sup>58)</sup>

Bedeutsam ist jedoch, dass die vorstehenden Ausführungen nicht dazu verleiten dürfen, die Absicht des historischen Gesetzgebers als das allein heilbringende Kriterium anzusehen.<sup>59)</sup> Insb ist es abzulehnen, konkrete Antworten

<sup>51)</sup> So bezeichnet zB von *Fasching*, JBl 1990, 749 (750 FN 6).

<sup>52)</sup> *Sprung*, Konkurrenz 26ff; *ders* in FS Grass I 709f FN 6; *König*, Konformität 25f; ebenso die sogar primäre rechtshistorische Arbeit von *Mayr*, Rechtsschutzalternativen, *passim*; vgl auch *Schumacher*, Zwangsvollstreckung 8ff. Zur Bedeutung der historischen Interpretation, allgemein und insb im Wirken *Sprungs* ausf *König*, JBl 2008, 646f.

<sup>53)</sup> Neben den in FN 52 Genannten ist etwa der Beitrag von *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger*, Konfliktvermeidung 31 ein äußerst gelungenes Beispiel intensiver Beschäftigung mit der historischen Dimension. Vgl zur Bedeutung der historischen Interpretation auch vor dem Hintergrund des spanischen Rechts *Guillen*, ZZP 67, 401 (403ff); ausf bereits *Planck*, Methode (1889); so auch schon *Bülow*, ZZP 27, 201 (206f); abw *Hagen*, Allgemeine Verfahrenslehre 14 bei und in FN 13; diesem zust *Ballon*, Zulässigkeit 38.

<sup>54)</sup> *König*, Konformität Vorwort.

<sup>55)</sup> *Klein/Engel*, Zivilprozeß 26f.

<sup>56)</sup> *Sprung*, Konkurrenz 28.

<sup>57)</sup> *Klein* in *J. Friedländer/O. Friedländer*, Franz Klein, Reden 60 (63).

<sup>58)</sup> Vgl zum Zivilrecht jüngst genau idS *Leitner*, Haftung 9.

<sup>59)</sup> Zur seit langer Zeit diskutierten (ausf dazu zB *Larenz*, Methodenlehre<sup>6</sup> 28ff; 316ff; *Kramer*, Methodenlehre<sup>5</sup> 125ff), aber noch immer nicht konsensfähig (s zB nur