



Die Identifikation einzelner Grenzposten zwischen materiellem Zivilrecht und Zivilprozessrecht – ein Versuch

Bericht über das am 9.4.2019 am Juridicum veranstaltete Legal Lunch Seminar (LLS)

Werner Leber

A. Einleitung

Das LLS dient der Förderung des interdisziplinären Austausches und der institutsübergreifenden Zusammenarbeit auf Mittelbauebene der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Diesem Auftrag kommt in der 10. Auflage des LLS der Vortrag von *Kevin Labner*, ehemaliger Assistent am Institut für Zivilverfahrensrecht, nunmehr tätig an der Universität Zürich, nach – mit einem Thema, das sich einer rechtsgebietsübergreifenden Problematik verschreibt.

B. Vortrag

Zu Beginn bedient sich *Kevin Labner* eines Zitats von *Ludwig Häsemeyer*, wonach „zwischen materiellen und formellen Rechtssätzen ein substantieller Unterschied [bestehe], weil erstere [sc die materiellen] auf *Rechtsgewißheit*, letztere [sc die formellen] auf *Rechtungewißheit* hin konzipiert sind“ (AcP 188, 166). Diese Dichotomie beleuchtet er an Hand der Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen als „Grenzposten“ zwischen prozessualer Partei- und materiell-rechtlicher Privatautonomie sowie des – in der Literatur oft in einem wertungsmäßigen Größenverhältnis gesehenen – Verhältnisses zwischen dem Klageverzichtungsvertrag (*pactum de non petendo*) und dem materiell-rechtlichen Verzicht.

Ihrer sachnahen Position zum Sachverhalt wegen bestehe mit dem gerichtlichen Geständnis (Außerstreitstellung) nach § 266 Abs 1 ZPO die parteiunabhängig auszuübende Befugnis, den – prinzipiell auch gesamten – rechtserheblichen Sachverhalt zu bestimmen. Während damit die *Tatfrage* grds einer weiteren Untersuchung durch das Gericht entzogen werden könne, gelte Analoges nicht für die zu lösende *Rechtsfrage*. Hier seien zwei Optionen denkbar: erstens, die Frage uneingeschränkt dem Richter zu überlassen („prozessualer Weg“); zweitens über einen materiellen Bereinigungsvertrag selbst Gewissheit auch über die rechtliche Qualifikation einer „Tatsache“ herzustellen.

Zu dieser Dichotomie in Tat- und Rechtsfrage bietet *Kevin Labner* mehrere Beispiele an, wie etwa die „Außerstreitstellung“ der Mietereigenschaft, eines „gültigen“ Kaufvertrags oder der angestrebten Beschränkung des Streits auf die *Höhe* eines „Mörderlohns“. Hier sei prozessual stets eine uneingeschränkte Lösung der Rechtsfrage durch den Richter anzunehmen. Im Rahmen der materiellen Vertragsfreiheit könnten die Parteien jedoch über den Weg einer materiellen Vereinbarung einzelne, zunächst streitige Umstände wie gewisse Tatbestandsmerkmale („Mangel“, „Schaden“) oder das präjudizielle Rechtsverhältnis (Kaufvertrag ist gültig) in den Schranken der Privatautonomie verbindlich klären. Die Trennung in Tat- und Rechtsfrage mit Blick auf den prozessualen Parteieinfluss mache sich insb in Extrembeispielen bemerkbar, etwa, wenn der Kläger seinen Mörderlohn einzuklagen versuche: Zwar seien die tatsächlichen Grundlagen einer solchen Vereinbarung wie auch sonst geständnisfähig; die Schranken der parteilichen Bewegungsfreiheit machten sich jedoch in der stets dem Richter vorbehaltenen rechtlichen Beurteilung bemerkbar. Die Folge sei schließlich die Abweisung der Klage. Damit in Einklang stehe auch die Parömie „*da mihi facta, dabo tibi ius*“.

Sei nun die prozessuale Vorgabe der rechtlichen Beurteilung ausgeschlossen, so könnten im Streitfall die Parteien über den Weg eines materiell-rechtlichen Feststellungs- oder Bereinigungsvertrags im Rahmen der materiellen Vertragsfreiheit – Schranken ergäben sich nicht zuletzt durch § 879 ABGB und damit inkorporierte strafrechtliche Verbotsnormen – für Klarheit auch in diesem Territorium sorgen. Dadurch könne die bloße Tatsache des zerkratzten Spiegels als „Mangel“ oder „Schaden“ verbindlich für einen darauf aufbauenden, potentiellen Anspruch auf Schadenersatz oder Verbesserung/Austausch festgelegt werden. Bestätigen lasse sich diese Ansicht etwa durch einen Blick in die OGH-Rsp: In der E 4 Ob 535/70 qualifiziere das Höchstgericht die parteiliche Einigung über die *Angemessenheit* einer Honorarforderung als bedingtes Anerkenntnis, sodass das Gericht die so angenommene Höhe als verbindlich anzunehmen habe.

Im zweiten Teil geht *Kevin Labner* der Frage nach, ob das „Ausweichen“ auf Figuren des materiellen Rechts auch soweit gehen könne, aus diesen Figuren umgekehrt prozessuale Befugnisse abzuleiten. Sein Demonstrationsobjekt ist dabei das Verhältnis zwischen dem Klageverzichtsvertrag (*pactum de non petendo*) und dem materiell-rechtlichen Verzichtsvertrag (§ 1444 ABGB). Nach manchen Stimmen sei ersterer als ein *minus* aus dem zweiten abzuleiten. *Kevin Labner* geht jedoch davon aus, dass beide Institute zueinander im Verhältnis des *aliud* stünden. Ein *minus* zu einem vollen Anspruchsverzicht könne insb das privatautonome Herabstufen eines vollen zivilrechtlichen Anspruchs auf eine Naturalobligation sein. Dem Anspruch werde zwar die „Klagbarkeit“ entzogen, doch werde damit die Einleitung eines Prozesses – im Gegensatz zu der angestrebten Rechtsfolge beim *pactum* – nicht unzulässig. Vielmehr gebe eine solche privatautonome Reduktion des Anspruchs dem Schuldner eine Einrede zur Hand, die zur Abweisung der Klage führen müsse. Das *pactum* hingegen müsste zu einer Zurückweisung der Klage führen. Dieses *minus* greife also in der Sache selbst und das Hindernis der fehlenden „Klagbarkeit“ mache sich – analog dem Mörderlohnfall – in der rechtlichen Beurteilung durch den Richter bemerkbar. In beiden Fällen solle insb das Schaffen eines Exekutionstitels zur zwangsweisen Durchsetzung – einer vom materiellen Recht als gerade nicht zwangsweise durchsetzbar erklärten Vereinbarung – verhindert werden.

Zusammenfassend vertritt *Kevin Labner* in seinem Vortrag folgende Thesen:

- Die Parteien sind im Prozess grds Herr über die Tatsachen; diese unterliegen jedoch in ihrer konkreten rechtlichen Würdigung immer der richterlichen Kontrolle und Beurteilung.
- In den Schranken der Vertragsfreiheit können die Parteien ihr Streitiges Rechtsverhältnis grds verbindlich bereinigen und binden in denselben Schranken auch den Richter; diese Vereinbarungen können auch noch in einem anhängigen Prozess abgeschlossen werden.
- Prozessuale Befugnisse können nicht aus dem Gedanken der materiellen Vertragsfreiheit bzw Privatautonomie abgeleitet werden; diese stehen nicht in einem wertungsmäßigen Größenverhältnis zueinander.
- Konkret kann folglich in einem echten prozessualen *pactum de non petendo* kein *minus* zu einem vollen materiell-rechtlichen Verzichtsvertrag erblickt werden.

C. Diskussion

Anschließend an den gut halbstündigen Vortrag beginnt die Diskussion unter Leitung von *David Messner*. In der ersten Wortmeldung weist *Andreas Baumgartner* darauf hin, dass für einen Feststellungsvertrag das materielle Recht maßgeblich sei, und hinterfragt, auf welche

rechtliche Grundlage dies gestützt werde, zB auf § 1380 ABGB. *Kevin Labner* stimmt zu, dass prinzipiell in § 1380 ABGB eine Grundlage für den Feststellungsvertrag gesehen werden könne, insb, wenn sich die Parteien über das gültige Bestehen eines Rechtsverhältnisses einig seien, aber nicht darüber hinaus. Je nach Gestaltung des Falls käme ferner ein „Einredeverzicht“ iS des § 937 ABGB in Betracht. Alternativ könne eine Art bedingtes Anerkenntnis (Vergleich) angenommen werden, was sich mit der E 4 Ob 535/70 decke: Die Parteien einigen sich zunächst verbindlich etwa über die Höhe eines streitigen Anspruchs; diese Höhe wird für ein gänzlich bereinigendes Rechtsverhältnis in Form eines Anerkenntnisses verbindlich, sobald die restlichen Voraussetzungen dieses Anerkenntnisses (Vergleichs) feststehen.

Gabriel Kogler meldet sich daraufhin zu Wort und meint, die Ausführungen im Werk *Häsemeyers* und die im Vortrag vertretenen Thesen nicht unproblematisch zu finden. *Häsemeyer* gehe zwar von einer strukturellen Verschiedenheit formeller und materieller Rechtssätze aus, halte diese Trennung aber schon insoweit nicht durch, als er selbst in einem außergerichtlichen Vergleich (und Anerkenntnis) sowohl materielle als auch prozessuale Elemente erblicke (Anm: Diese Ausführungen finden sich in *Häsemeyer*, Zur materiellrechtlich-prozeßrechtlichen Doppelnatur des außergerichtlichen Vergleichs und des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ZJP 108 [1995] 289.), wofür er in der deutschen Literatur kritisiert werde. Ferner sei die im Vortrag angenommene Figur des „Feststellungsvertrags“ insofern problematisch, als dieses Konzept dem deutschen BGB entspringe. Im Gegensatz zum österreichischen Ansatz, der nach § 1380 ABGB in einem Vergleichsvertrag ausdrücklich einen Neuerungsvertrag erblicke, werde diese Einordnung für § 779 BGB herrschend abgelehnt. Folglich falle mit dem Abschluss eines „Feststellungsvertrags“ österreichischer Art das alte (streitige) Rechtsverhältnis weg. Außerdem präterminiere der Begriff des „Feststellungsvertrags“ bereits die möglichen Rechtsfolgen und den Zweck. Hier sei jedoch Vorsicht geboten.

Aus dem Blickwinkel des römischen Rechts gibt *Lisa Isola* zu bedenken, dass zwischen dem *pactum de non petendo*, welcher auf Einrede geltend zu machen ist, und dem förmlichen Geschäft der *stipulatio* zu unterscheiden sei, wobei bei letzterem die Klagsmöglichkeit weg falle. Diese Rechtsfolge sei freilich vom aktionenrechtlichen Denken geprägt.

Angesichts des in Österreich herrschenden Verbots abstrakter Rechtsgeschäfte wird von *Simon Drobnik* bemerkt, dass damit, analog dem Vorbehalt richterlicher Kontrolle über die Rechtsfrage, ebenfalls materiell-rechtlich verpönten Verträgen ihre Durchsetzbarkeit verweigert werden könnte.

Daran anschließend führt *David Messner* in seinem sorgfältig ausgearbeiteten Statement aus, dass die Stärkung der Parteiautonomie im Zivilprozess in einem Spannungsverhältnis zum Verbot des Konventionalprozesses stünde, wonach die Regeln des Zivilprozesses nicht durch die Parteien verändert werden dürften. Er zollt *Kevin Labner* für sein Bestreben, die Grenzen der Dispositionsmöglichkeiten der Parteien im Prozess – entgegen konservativen Stimmen – weiter auszuloten, Beifall. Eine sehr weitgehende Überlassung der Wahrheitsfindung an die Partei führe zu „Kollateralschäden“, in dem Gerichtsprozess und für die Allgemeinheit, wenn der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durchbrochen werde. Zudem könne nicht nur Unsicherheit im Rahmen des Zivilprozesses bestehen, auch die Rechtssätze des materiellen Rechts könnten von faktischen Unsicherheiten abhängig sein und müssten interpretiert werden; denke man etwa an die Auslegung eines Vertrags oder die Begehungs- bzw Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsklage. Darüber hinaus meldet *David Messner* Zweifel bezüglich der Lösung etwa des Mörderlohnfalles an und stellt die Frage, ob – wie im Vortrag vertreten – diese tatsächlich nur über den Weg der rechtlichen Beurteilung gelöst werden sollten. Zustimmung äußert er sich zu den Ausführungen betreffend den – im Vortrag abgelehnten – Größenschluss zwischen materiellen und prozessualen Instituten. Prozessuale und materiell-rechtliche Institute seien von unterschiedlichen Wertungen geprägt, ihre Unterscheidung könne nicht im Sinne einer strikten Gegenüberstellung getroffen werden. Im Zuge seines aktuellen Projekts zur Analyse der Selbsthilferechte untersuche *David Messner* die Möglichkeit, im materiellen Recht vorhandene Regelungslücken über den Weg des formellen Rechts zu schließen, etwa im Bereich des (verschuldensunabhängigen) Kostenersatzes. Er verfolge in seiner Untersuchung eine andere Grenzziehung als die im Vortrag behandelte, entlang der Reichweite der prozessualen Partei- und der materiell-rechtlichen Privatautonomie, die versucht, die institutionelle Dimension des Zivilprozesses zu berücksichtigen.

Daran anschließend fügt *Andreas Baumgartner* den Gedanken hinzu, dass die Parteien statt des staatlichen Gerichtsverfahrens ein Schiedsverfahren durchführen könnten, bei dem das Verbot des Konventionalprozesses nicht gelte. Während im Schiedsverfahren die Gestaltungsfreiheit der Parteien größer sei, halte das staatliche Zivilprozessrecht den Institutionenschutz hoch. Die große Wahlfreiheit der Parteien im Schiedsverfahren habe aber keine Rückwirkung auf den staatlichen Zivilprozess. Diesen Gedanken verfolgt auch *Julia Told* und geht davon aus, dass mit diesen beiden Verfahren den Parteien zwei verschiedene Regime für die verbindliche Streitentscheidung offenstünden, diese aber jeweils nach ihren immanenten Regelungsfreiheiten nicht austauschbar seien. Die Parteien müssten sich folglich für eines der Regime entscheiden. *Kevin Labner* ergänzt zu diesen Ausführungen noch einen Hinweis auf einen zu beobachtenden Trend in anderen Rechtsordnungen, etwa in den

Niederlanden, wo gewisse prozessuale Regeln Gegenstand eines *opt out* werden sollen. Gewissermaßen könne hier von einem (gebilligten) Konventionalprozess die Rede sein.

Zuletzt macht *Gabriel Kogler* noch auf die Möglichkeit aufmerksam, die im Vortrag abgelehnte Ableitung des *pactum de non petendo* aus dem Verzichtsvertrag umgehen zu können, indem ein schuldrechtlicher Vertrag mit der Bedingung abgeschlossen werde, dass die Verpflichtung im Falle der Klagshebung dahinfallen solle. *Kevin Labner* stimmt dem mit Verweis auf die Unterscheidung in materielle und prozessuale Rechtsfolgen zu und geht davon aus, dass die Folge wie bei der Naturalobligation die Abweisung der Klage über Einrede des Beklagten sein müsse. Im Gegensatz zum echten *pactum* sei jedoch auch hier der Prozess zulässig, was mit Blick auf die Ab- statt Zurückweisung der Klage sowie die damit einhergehenden Folgen der Reichweite der Rechtskraft von Bedeutung sei.

D. Schluss

Das Seminar wurde aus dem Overhead Drittmittel Budget der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien finanziert, wofür sich die Teilnehmer am Seminar herzlich bedanken. Der nächste Termin des LLS wird am Dienstag den 14.5.2019 zum Thema „Baustelle Ehe – ein Erkenntnis, zwei Rechtsinstitute, drei Disziplinen“ um 12:30 im Dachgeschoß des Juridicums stattfinden. Vortragenden werden: *Peter Groß*, *David Tritremmel* und *Herbert Weißensteiner*.