

# Bekämpfung der Klagszurücknahme

Martin Trenker, Innsbruck

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. (Strittige) Grundlagen der Klagszurücknahme
  - A. Wirkungen der Klagszurücknahme
  - B. Eintritt der Wirkungen
- III. Bekämpfung der Klagszurücknahme
  - A. Gang der weiteren Untersuchung
  - B. Widerruf
  - C. Formelle Mängel
  - D. Materielle Mängel (Willensmängel)

## I. Einleitung

Die Bekämpfbarkeit von Parteiprozesshandlungen kann getrost als eine der ewigen Streitfragen des Zivilprozessrechts bezeichnet werden. Besondere Probleme bereitet dabei seit jeher die Klagszurücknahme. Auch die *Jubilarin* hat sich dieser Frage – als Autorin der instruktivsten und ausführlichsten Kommentierung zu § 237 ZPO: natürlich – angenommen.<sup>1)</sup> In der für sie typischen Art gelangt sie zu einer klaren, konsequenten und friktionsfreien Lösung. Dennoch erscheint es besonders für den *Verfasser*, der sich bereits ausführlich mit Parteidispositionen auseinandergesetzt hat,<sup>2)</sup> lohnend, das Problem im Folgenden nochmals zu beleuchten. Wenngleich (oder: gerade weil) dabei mitunter abweichende Lösungen vertreten werden, ist zu hoffen, mit diesem Beitrag auf das Interesse der *Jubilarin* zu stoßen.

## II. (Strittige) Grundlagen der Klagszurücknahme

### A. Wirkungen der Klagszurücknahme

Unmittelbare und im Hinblick auf § 237 Abs 3 ZPO unbestreitbare Folge jeder Klagszurücknahme ist die Prozessbeendigung und das damit verbundene (rückwirkende<sup>3)</sup>) Ende der Streitanhängigkeit.<sup>4)</sup> Mangels abweichender Verein-

---

1) *Lourek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1<sup>3</sup> (2017) § 237 ZPO Rz 33, 48 ff.

2) *Trenker*, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess* (2020).

3) So zB bereits *Fürstl*, Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze (1897) 384: *ex tunc*.

4) *Lourek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 41; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar zur ZPO<sup>6</sup> (2019) §§ 237–238 Rz 8.

barung wird der Kläger dem Beklagten zudem kostenersatzpflichtig.<sup>5)</sup> Differenziert zu beantworten ist die Frage, ob der streitgegenständliche Anspruch neuerlich eingeklagt werden kann: Während dies bei einer Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht nach ausdrücklicher Anordnung von § 237 Abs 4 ZPO möglich ist (unberührt bleibt freilich die Gefahr einer zwischenzeitlichen Verjährung), begründet ein Anspruchsverzicht iZm einer Klagszurücknahme im Umkehrschluss zu § 237 Abs 4 ZPO ein Prozesshindernis (explizit idS § 11 Abs 3 iVm § 56 Abs 1 AußStrG<sup>6)</sup>).<sup>7)</sup> Mit dieser „erweiterten“ Wirkung hängt übrigens der Umstand zusammen, dass die Klage mit Anspruchsverzicht auch nach Einlangen der Klagebeantwortung (bzw mündlichem Vorbringen zur Sache im BG-Verfahren<sup>8)</sup>) ohne Zustimmung des Beklagten zurückgenommen werden kann.<sup>9)</sup>

Der angesprochene Anspruchsverzicht enthält somit einen prozessualen Rechtsschutzverzicht.<sup>10)</sup> Umstritten ist jedoch, ob dieser Verzicht auch zwingend einen materiellrechtlichen Anspruchsverzicht enthält und damit doppeelfunktionellen Charakter aufweist.<sup>11)</sup> ME ist dies zu bejahen (idS übrigens auch § 11 Abs 3 AußStrG<sup>12)</sup>).<sup>13)</sup> Die wohl sogar herrschende Gegenansicht<sup>14)</sup> nimmt indes eine mögliche Schutzlücke zulasten des Beklagten in Kauf, weil die Klagszurücknahme anders als ein rechtskräftiges Urteil zwar prozessuale Einmaligkeitswirkung, aber keine Bindungswirkung entfaltet. Eine solche Schlechterstellung des Beklagten im Vergleich zur erfolgreichen Fortführung des Prozesses ist – ohne dessen Zustimmung – mit der Systematik des § 237 ZPO unvereinbar; es bedarf daher der zwingenden Annahme eines materiellrechtlich bindenden Verzichts. Zudem hat bereits *Oberhammer*<sup>15)</sup> gezeigt, dass das Ergebnis eines rein prozessualen „Anspruchsverzichts“ ohnehin lebensfremd und nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Willenserklärungen<sup>16)</sup> praktisch nahezu undenkbar wäre.

- 5) LGZ Wien 41 R 291/82 MietSlg 34.741; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 8; ausf *Paier*, Klagszurücknahme und Klageeinschränkung (2014) 63 ff.
- 6) Dazu zB *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar zum Außerstreitgesetz<sup>3</sup> (2021) § 11 Rz 27.
- 7) *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 42; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 553; aA noch *Demelius*, Der neue Civilproceß (1902) 401.
- 8) OGH 1 Ob 99/06z; RIS-Justiz RS0039773 [T2]; *Annerl*, Zeitliche Grenzen der Zurücknahme der Klagebeantwortung, ÖJZ 2014, 251 (253).
- 9) Anders zur Rechtslage bei Inkrafttreten der ZPO OGH R III 135/9 GIUNF 4598.
- 10) IdS bereits *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechtes<sup>2</sup> (1932) 397; aA *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO Taschenkommentar (2019) § 237 Rz 2, der offenbar nur den Verzicht nach § 394 ZPO als Rechtsschutzverzicht verstehen will, obwohl diesfalls gerade eine Sachentscheidung ergeht.
- 11) Dafür ausf *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozeß (1998) 396 f bei und in FN 83; ebenso zB noch *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II<sup>1</sup> (1928) 930.
- 12) Vgl G. *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz I<sup>2</sup> (2019) § 11 Rz 22 ff mwN.
- 13) Zum Folgenden *Trenker*, Parteidisposition 723 f.
- 14) OGH 3 Ob 47/81; 4 Ob 62/18y; 5 Ob 63/18b; *Hule*, Die Kostenentscheidung nach Einschränkung der Klage auf Kosten, ÖJZ 1976, 373 (375); *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 1253 f; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 2; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 2; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 554.
- 15) OHG 397.
- 16) Entgegen hM (RIS-Justiz RS0017881; konkret auch RS0097531; OGH 10 Ob 31/18h; *Paier*, Klagszurücknahme 33 f; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 27) sind §§ 914 f ABGB – wengleich mit gebotenen Anpassungen – auch auf prozessuale Dis-

## B. Eintritt der Wirkungen

Schwer nachvollziehbar ist die Lösung der Rsp und hL zur Frage, wann diese Wirkungen einer Klagszurücknahme eintreten. Der Prozess soll zwar mit Zugang der Erklärung des Klägers und – wenn notwendig – der Zustimmung des Beklagten ans Gericht ipso iure enden.<sup>17)</sup> Nach einer weit zurückreichenden „Rsp-Tradition“<sup>18)</sup> könne<sup>19)</sup> das Gericht aber auch einen Beschluss fällen (und dies dürfe in der Praxis auch zumeist geschehen). Obwohl dieser Beschluss nur deklarativ wirke, könne er mit Rekurs angefochten werden und folglich in Rechtskraft erwachsen.<sup>20)</sup> In 4 Ob 181/07g folgert der OGH hieraus sogar, dass die Streitanhängigkeit eines zurückgenommenen Begehrens erst mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses auf Beendigung des Verfahrens beseitigt wird.<sup>21)</sup>

Jedenfalls Letzteres steht im offenen Widerspruch zur Annahme einer Ex lege-Beendigung des Verfahrens.<sup>22)</sup> Aber auch die Anfechtbarkeit eines bloß deklarativen Beschlusses mutet widersprüchlich an, weil dessen Beseitigung nichts an der Fortgeltung einer hiervon per definitionem unabhängigen Wirkung ändern kann.<sup>23)</sup> Im Ergebnis läuft die Rsp darauf hinaus, dass ein Beendigungsbeschluss zwar nicht zwingend zu fällen ist; wenn er aber gefällt wird, ist er konstitutiv für die Prozessbeendigung und allfällige weitere Wirkungen der Klagszurücknahme.<sup>24)</sup>

Ein solches Konzept ist mE abzulehnen.<sup>25)</sup> Zunächst wäre jedenfalls zu fordern, dass ein solcher Beschluss zwingend und nicht nach Gutdünken des

positionshandlungen anwendbar, näher *Trenker*, Parteidisposition 107 f, 656 ff mwN. Für die Frage nach dem Vorliegen eines materiellrechtlichen Verzichts ist dies aber ohnehin unstrittig.

- 17) OGH 8 Ob 264/65; 3 Ob 502/78 EvBl 1978/103, 302; RIS-Justiz RS0039488; *Fürstl*, Civilprozessgesetze 384; *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1976) 198; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>9</sup> (2017) Rz 652; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III<sup>1</sup> (1966) 149.
- 18) Der Ursprung dieser Ansicht ist freilich schwer zu fassen: Unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO vertrat *Wachtel*, Erläuterungen zur Civilprocess-Ordnung (1897) 225, immerhin, ein solcher Beschluss sei – wohlgemerkt: nur – zu fällen, wenn über die Wirksamkeit Streit entstehe. In der im Rechtssatz RS0039796 ältesten zitierten E des OGH R III 135/9 GIUNF 4598 lautete der Beschluss – gegenteilig – auf Zurückweisung der Klagszurücknahme (mangels Zustimmung des Beklagten). In R IV 351/9 GIUNF 4878 wurde dem rechtskräftigen Zuspruch von Kostenersatz – mE unvertretbar – die bindende Feststellung der Prozessbeendigung entnommen. Zeitlich daran anschließend vertrat *Neumann*, Kommentar II<sup>4</sup> 928, kryptisch, dass der Vorsitzende einen Beschluss über die Klagszurücknahme ergehen lassen werde. In der E 2 Ob 76/34 JBl 1934, 171 stützte der OGH erstmals die Wirkung des Prozesshindernisses des Anspruchsverzichts auf die Rechtskraft des rechtsgestaltenden (!) Beschlusses über die Klagszurücknahme. Erste volleinschlägige E war aber wohl 3 Ob 689/37 ZBl 1938/82, 145 (freilich aaO abgelehnt von *Petschek*).
- 19) RIS-Justiz RS0039488 belegt, dass der OGH keine Pflicht zur Beschlussfassung erkennt.
- 20) OGH 3 Ob 78/49 SZ 22/37; 4 Ob 133/55 RZ 1955, 188; 5 Ob 271/66 JBl 1967, 269; 3 Ob 502/78 EvBl 1978/103, 302; 4 Ob 173/08g; RIS-Justiz RS0039796; RS0039652.
- 21) Ohne weiteres zust *Mayr* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 232 ZPO Rz 9; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 237 Rz 6.
- 22) Ebenso *Paier*, Klagszurücknahme 52; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 37 FN 45.
- 23) *Trenker*, Parteidisposition 753; ähnlich *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 38.
- 24) Vgl nur RIS-Justiz RS0039488 mit RS0122933.
- 25) So bereits *Petschek*, ZBl 1938/82, 146 f (Anm).

jeweiligen Gerichts zu fällen wäre.<sup>26)</sup> Auch unter dieser Prämisse bleibt aber das Problem, dass die einzige ersichtliche gesetzliche Grundlage für den „Beendigungsbeschluss“, nämlich § 483 Abs 3 letzter Halbsatz ZPO<sup>27)</sup> per analogiam, de lege lata untauglich ist. § 483 Abs 3 ZPO trägt mit der Feststellung der (teilweisen) Unwirksamklärung eines erstinstanzlichen Urteils einem ganz anderen und weit größeren Rechtssicherheitsbedürfnis Rechnung als die bloße Feststellung der Prozessbeendigung eines erstinstanzlichen Verfahrens. Das zeigt sich deutlich darin, dass über die – insoweit völlig vergleichbare – Prozessbeendigung durch gerichtlichen Vergleich gerade kein Beschluss gefasst werden muss/darf. Dementsprechend ließen sich Unsicherheiten über die Prozessbeendigung auch wie beim gerichtlichen Vergleich<sup>28)</sup> ohne weiteres mit der Möglichkeit eines Fortsetzungsantrags beseitigen (dazu noch III.C).<sup>29)</sup>

### III. Bekämpfung der Klagszurücknahme

#### A. Gang der weiteren Untersuchung

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen zum Eintritt und zur Ausgestaltung der Wirkungen der Klagszurücknahme ist im Folgenden die eigentliche Frage nach ihrer „Bekämpfbarkeit“ iwS zu stellen. Dabei ist zunächst die kontrovers diskutierte Möglichkeit ihres (freien) Widerrufs zu erörtern, ehe die eigentliche „Anfechtung“ thematisiert werden soll. Wenngleich dies dogmatisch letztlich wenig überzeugend erscheint,<sup>30)</sup> so wird dabei, insb in Anlehnung an die überkommene Einteilung der hM zum Prozessvergleich,<sup>31)</sup> zwischen formellen (unten C.) und materiellen (D.) Mängeln differenziert.

#### B. Widerruf

Ausgehend vom Dogma der grundsätzlichen freien (einseitigen) Widerruflichkeit von Prozesshandlungen<sup>32)</sup> drängt sich zunächst die Frage nach dem Widerruf einer Klagszurücknahme auf. Die hM beschränkt die Widerrufsmöglichkeit allgemein für jene Fälle, in denen die Parteihandlung bereits Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung wurde oder der Prozessgegner durch sie unmit-

26) IdS folgerichtig *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 38.

27) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 652; *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 38.

28) RIS-Justiz RS0000093; RS0032464 [T4]; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 204–206 Rz 11 mwN.

29) So auch *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 39; aA *Fasching*, Kommentar III<sup>1</sup> 151, der diese Möglichkeit jedoch nicht in Erwägung zieht.

30) Als materiellrechtliche Mängel werden vor allem Willensmängel und sonstige der primär im ABGB (§§ 859 ff ABGB) geregelten Anforderungen an eine wirksame Willenserklärung erfasst. Richtigerweise sind diese Erfordernisse aber gar nicht ausschließlich materiellrechtlich einzuordnen, ausf dazu *Trenker*, Parteidisposition 630 ff, 715 f.

31) *Klicka in Fasching/Konecny II/3*<sup>3</sup> (2015) §§ 204–206 ZPO Rz 33 ff; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 204–206 Rz 8/1 ff; *Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 204 Rz 8 f.

32) ZB OGH 3 Ob 103/88; 1 Ob 418/97w; 1 Ob 99/06z; RIS-Justiz RS0037520; *Pollak*, System<sup>2</sup> 368; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 763.



telbare Rechte erworben hat.<sup>33)</sup> Konkret wird eine Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht von der hM bis zur Zustimmung des Beklagten für widerrufenlich erachtet;<sup>34)</sup> eine Klagszurücknahme mit Anspruchsverzicht sowie eine vom Beklagten „angenommene“ Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht sei jedoch unwiderruflich.<sup>35)</sup>

Letzteres ist zweifellos richtig, weil die Prozessbeendigung nicht einfach durch jederzeitige Widerruflichkeit der Klagszurücknahme ins Belieben des Klägers gestellt werden darf. Macht man die Prozessbeendigung jedoch richtigerweise (oben II.B.) nicht von einem Beendigungsbeschluss abhängig, lässt sich dies nicht mit der herrschenden Formel vereinbaren, wonach Prozesshandlungen nur bei einer darauf aufbauenden gerichtlichen Entscheidung oder einem unmittelbar erworbenen Recht des Prozessgegners unwiderruflich seien. Dies ist allerdings nur ein weiterer Beleg dafür, dass diese gesetzlich nirgends verankerte Formel aufzugeben ist; stattdessen ist ein Widerruf generell zulässig, wenn dem keine schutzwürdigen Interessen des Prozessgegners entgegenstehen und noch kein prozessuales Stadium erreicht ist, das mit dem Entfall der Wirkungen unvereinbar wäre („prozessuale Überholung“).<sup>36)</sup> Letzteres ist mit Beendigung des Verfahrens zweifellos der Fall. Im Übrigen erzeugt mE aber sogar schon der Zugang der Erklärung der Klagszurücknahme – mit oder ohne Anspruchsverzicht – beim Prozessgegner ein derart schützenswertes Vertrauen, dass sie nicht mehr grundlos einseitig widerrufen werden kann, bis diesem Gelegenheit zur Zustimmung gegeben wurde (arg: § 862 ABGB).<sup>37)</sup>

### C. Formelle Mängel

Unter prozessualen Mängeln versteht die hM, allerdings ohne dies klar abzugrenzen, offenbar das Nichtvorliegen der Form- und Wirksamkeitsvoraussetzungen für Parteiprozesshandlungen im Allgemeinen bzw für die Klagszurücknahme im Speziellen. Zu denken ist wegen § 237 Abs 2 ZPO an eine bloß außergerichtliche Erklärung an den Prozessgegner,<sup>38)</sup> mangelnde Postulationsfähigkeit des Klägers bei absoluter Anwaltspflicht,<sup>39)</sup> fehlende Zustimmung des Beklagten zu einer Zurücknahme ohne Anspruchsverzicht<sup>40)</sup> oder an die Behauptung

33) RIS-Justiz RS0037520 [T1]; OGH 3 Ob 44/95; 1 Ob 418/97w; 8 Ob 139/09p; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 763; *Konecny* in *Fasching/Konecny* Einl II/1<sup>3</sup> (2015) Rz 103 uva.

34) OGH 8 Ob 264/65; *Zib* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 34 ZPO Rz 17; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 33; ebenso zu § 11 AuRStrG OGH 7 Ob 97/00s.

35) *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1244; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 33; idS wohl auch *Paier*, Klagszurücknahme 73.

36) Ausf zum Ganzen *Trenker*, Parteidisposition 698 ff; ferner *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO (in Vorbereitung) Vor § 177 Rz 23 f.

37) *Trenker*, Parteidisposition 752.

38) Eine außergerichtlich erklärte oder versprochene Klagszurücknahme entfaltet nach hM keine innerprozessuale Wirkung, OGH 7 Ob 224/70; 9 ObA 24/94; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 27. Wie an anderer Stelle dargelegt (*Trenker*, Parteidisposition 415 ff; *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO Vor § 177 Rz 7), kommt mE aber die – urkundlich nachweisbare (§§ 87a, 88, 104 JN, § 129 Abs 1, § 583 ZPO per analogiam) – Übernahme einer via § 367 EO analog durchsetzbaren Pflicht zur Klagszurücknahme in Betracht, womit dem Versprechen zur Klagszurücknahme doch zum Durchbruch im „Primärprozess“ verholfen werden kann.

39) Vgl OGH 1 Ob 492/57; 7 Ob 508/87; RIS-Justiz RS0039793.

40) *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 48.

zung, eine Erklärung sei zu Unrecht (eindeutig<sup>41</sup>) als Klagszurücknahme oder als eine solche mit/ohne Anspruchsverzicht<sup>42</sup> verstanden worden.

In allen diesen Fällen hängt die Wahl des richtigen Rechtsbehelfs mit der Frage nach der Zulässigkeit und Bedeutung eines „Beendigungsbeschlusses“ zusammen (oben II.B). Nach der hM muss ein derartiger Beschluss mit Rekurs bekämpft werden.<sup>43</sup> Das gilt nach der Rsp auch dann, wenn sich der Inhalt des Beschlusses in der „Kenntnisnahme“ der Klagszurücknahme erschöpft („Die Klagszurücknahme dient zur Kenntnis“<sup>44</sup>).<sup>45</sup> In den Fällen des § 529 ZPO wird qua Analogie folgerichtig sogar eine Nichtigkeitsklage gegen solche „Beendigungsbeschlüsse“ zugelassen.<sup>46</sup>

Da für einen solchen Beschluss jedoch keine überzeugende Rechtsgrundlage ersichtlich ist und die Anfechtbarkeit eines derartigen **Spruchinhalts**, der von der ganz hM zudem als bloß deklarativ qualifiziert wird, völlig kontraintuitiv (um nicht zu sagen: widersprüchlich) und damit irreführend für die beschwerte Partei ist, sollte der Partei analog zur Rechtslage beim Prozessvergleich die Möglichkeit offenstehen, die prozessuale Unwirksamkeit der Klagszurücknahme inzidenter mit Fortsetzungsantrag zu relevieren.<sup>47</sup> Nur so ist sichergestellt, dass die mit der „Erfindung“ des Beendigungsbeschlusses praeter legem verursachte Rechtsunsicherheit nicht zulasten der Rechtsschutzsuchenden geht. Die Rechtskraft des – ohne gesetzliche Grundlage und zudem in praxi als bloße Kenntnisnahme formulierten – „Beendigungsbeschlusses“ entfaltet de lege lata mE eben insofern keine Bindungswirkung, die einem (erfolgreichen) Fortsetzungsantrag entgegenstehen würde.<sup>48</sup> Wenn kein Beschluss gefällt wird – dies ist ja selbst nach der Rsp zulässig – ist der Fortsetzungsantrag ohnehin die einzige Möglichkeit zur Geltendmachung einer formell mangelhaften Klagszurücknahme.

Praktisch ist einer Partei auf Basis der hM dennoch unbedingt zu raten, jeden wie immer gearteten Beschluss über die Klagszurücknahme zu bekämpfen, wenn sie sich dadurch beschwert erachtet. Denn die hier als „Notlösung“ befürwortete „Zweigleisigkeit“ des Rechtsschutzes ist keineswegs allgemein anerkannt. De lege ferenda ist dringend eine eindeutige Positionierung des Gesetzgebers zu fordern, entweder für eine ipso-iure-Beendigung ohne flankierenden Beschluss

41) Dies verlangt die Rsp, zB RIS-Justiz RS0039744 [T3]; OGH 5 Ob 201/15t; 10 Ob 31/18h.

42) Vgl dazu Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 27, wenngleich die von ihr postulierte Unanwendbarkeit der §§ 914 f ABGB mE nicht zu überzeugen vermag (oben FN 16).

43) RIS-Justiz RS0039796; RS0039652, zB OGH 3 Ob 502/78 EvBl 1978/103, 302; 5 Ob 586/81; 6 Ob 201/09s; *Fasching, Kommentar III*<sup>1</sup> 147; *Paier*, Klagszurücknahme 42, 53; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 3.

44) Zu dieser Diktion *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 555.

45) Dafür OGH 5 Ob 586/81; 4 Ob 173/08g; 9 ObA 23/08k uvm; Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 38; *Schneider* in *Schneider/Verweijen, Kommentar zum Außerstreitgesetz* (2019) § 11 Rz 36; aA *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, *AußStrG*<sup>3</sup> § 11 Rz 24; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, *AußStrG*<sup>2</sup> § 11 Rz 48. Die von diesen Autoren angeführten E 4 Ob 133/55 RZ 1955, 188 sowie 5 Ob 271/66 JBl 1967, 269 bestätigen freilich genau die gegenteilige hM.

46) OGH 9 ObA 23/08k; *Fasching, Lehrbuch*<sup>2</sup> Rz 2038; Lovrek in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 49; ebenso nunmehr *Jelinek* in *Fasching/Konecny IV*<sup>1/3</sup> (2019) § 529 ZPO Rz 13; wohl nur eingeschränkt *Paier*, Klagszurücknahme 74 f und 77.

47) *Trenker*, Parteidisposition 753.

48) AA *Paier*, Klagszurücknahme 42, 53.

oder für einen zwingenden, konstitutiven und anfechtbaren Beendigungsbeschluss. Letzteres hätte in der Tat den Vorteil, dass die Fortsetzung eines vermeintlich beendeten Verfahrens nur in den engen zeitlichen Grenzen des Rechtsmittelrechts möglich wäre.<sup>49)</sup>

#### D. Materielle Mängel (Willensmängel)

##### 1. Meinungsstand

Unter materiellen Mängeln dürfte die hM sämtliche Mängel einer wirksamen (materiellrechtlichen) Willenserklärung (Irrtum, List, Zwang, Gesetz-/Sittenwidrigkeit usw.<sup>50)</sup>) verstehen.<sup>51)</sup> Entsprechend dem Dogma von der „materiellrechtlichen Unanfechtbarkeit“ von Prozesshandlungen<sup>52)</sup> hält die hM eine Klagszurücknahme wegen derartiger Mängel nicht für anfechtbar.<sup>53)</sup> Einzig *Rechberger/Klicka*<sup>54)</sup> befürworten eine – freilich mangels rechtssicherer Abgrenzbarkeit wenig überzeugende – Ausnahme für „elementarste Mängel“ einer Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht.

Äußerst prominente Lehrmeinungen – von *Fasching*<sup>55)</sup> über *Konecny*<sup>56)</sup> bis zur *Jubilarin*<sup>57)</sup> – befürworten allerdings die Möglichkeit der Geltendmachung eines Wiederaufnahmsklagsgrunds iSd § 530 ZPO zur Bekämpfung der Klagszurücknahme, wobei uneinheitlich beurteilt wird, ob Anknüpfungsgegenstand dieser Restitution die Prozesshandlung selbst oder der (allenfalls gefällte) Beendigungsbeschluss ist. Der OGH hat die Möglichkeit einer derartigen Restitution ausdrücklich offengelassen.<sup>58)</sup> Zudem hat er einem Kläger, der durch Furcht zur Zurücknahme der Klage unter Anspruchsverzicht „genötigt“ wurde, in zwei älteren E Schadenersatz zugesprochen.<sup>59)</sup>

##### 2. Stellungnahme

###### a) Zur „materiellen“ Bekämpfung von Parteiprozesshandlungen im Allgemeinen

Die Restitution ist mE – wie erstmals *Konrad Hellwig*<sup>60)</sup> umfassend herausgearbeitet hat – in der Tat das richtige, zumal auch vom historischen Gesetzgeber

49) Vgl *Paier*, Klagszurücknahme 42.

50) Näher *Trenker*, Parteidisposition 728 ff.

51) Vgl nur *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 40, 50 f; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 3.

52) Statt so vieler RIS-Justiz RS0014756, zB OGH 3 Ob 196/59; 6 Ob 70/71 EvBl 1971/310, 583; 3 Ob 161/74; 8 Ob 618/84; 3 Ob 50/93; 6 Ob 105/06v; *Pollak*, System<sup>2</sup> 367 ff; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 762; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 674.

53) OGH 6 Ob 516/91; 9 ObA 24/94; 10 ObS 50/03f; *Fasching*, Kommentar III<sup>1</sup> 147; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1244; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 40; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 237 Rz 6.

54) In *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 3.

55) Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1244; *Fasching* in *Fasching/Konecny* Einl II/1<sup>2</sup> (2002) Rz 105.

56) In *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 105 f.

57) *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 50 f.

58) Offenlassend OGH 9 ObA 24/94.

59) OGH 1 Ob 1188/36 SZ 19/50; 2 Ob 109/56 EvBl 1956/186, 369.

60) Anspruch und Klagerecht (1900) 158 FN 13; ausf. *K. Hellwig*, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in *Festgabe Gierke II* (1910) 41 (108 ff).

intendierte<sup>61</sup>) Instrument zur Beseitigung von Parteiprozesshandlungen wegen materiellrechtlicher Mängel im obigen Sinn. Dabei können Parteidispositionen in analoger Anwendung von § 530 ZPO aus naheliegenden prozessökonomischen Gründen sogar vor Ergehen der Sachentscheidung beseitigt werden.<sup>62</sup>) Wie eine Analyse der Tatbestände des § 530 Abs 1 Z 1–7 ZPO ergibt, muss die Prozesshandlung allerdings wesentlich, also zumindest geeignet sein, das Ergebnis der (hypothetisch ergehenden) Sachentscheidung zu beeinflussen.<sup>63</sup>)

Letztlich läuft dies darauf hinaus, die Anfechtungsgründe der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (§§ 861 ff ABGB) vornehmlich über die „Einfallspforte“ der restitutio ob noviter reperta gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO zu berücksichtigen. Für eine Analogie zu den „entfernteren“ Anfechtungsvorschriften des ABGB besteht daneben prinzipiell kein Platz, aber auch kein Bedarf. In den praktisch wichtigsten Fällen der Bekämpfung einer solchen Parteiprozesshandlung, die auch eine materiellrechtliche Bindung des Erklärenden bewirkt, wie dies bei Verzicht oder Anerkenntnis iSd §§ 394 f ZPO der Fall ist,<sup>64</sup>) muss das novum repertum mE allerdings so beschaffen sein, dass es auch eine materiellrechtliche Anfechtung ermöglicht.<sup>65</sup>) Es reicht also entgegen verbreiteter Ansicht<sup>66</sup>) nicht, dass die Kenntnis des novum repertum die Partei von der Vornahme der Disposition abgehalten hätte. Das folgt bereits aus der simplen Überlegung, dass die Wiederaufnahme ansonsten zwecklos wäre, wenn und weil der Prozessgegner durch Berufung auf die materiellrechtliche Wirkung des Anerkenntnisses/Verzichts ohne weiteres neuerlich obsiegen würde. Zusätzliche Voraussetzungen sind gem § 530 Abs 2 ZPO mangelndes Verschulden des Erklärenden sowie die Einhaltung der Fristen des § 534 ZPO. Ergebnis ist ein mE interessengerechtes Zusammenspiel prozess- und materiellrechtlicher Wertungen.<sup>67</sup>)

## b) Klagszurücknahme

Fräglich bleibt damit allerdings noch, ob die Restitution gem § 530 ZPO analog auch bei einer Klagszurücknahme möglich ist. Da die Klagszurücknahme den Prozess unmittelbar beendet und – anders als ein Verzicht oder Anerkenntnis – keine Sachentscheidung nach sich zieht, fehlt es nämlich an der erforderlichen Wesentlichkeit für die – eben nicht vorhandene – Sachentscheidung.

Bei der Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht ist mE auch kein anderes hinreichendes Schutzbedürfnis ersichtlich, das den „Aufwand“ einer grundsätzlich nur für die Bekämpfung von Sachentscheidungen vorgesehenen Restitu-

61) Dazu *Gaul*, Willensmängel bei Prozesshandlungen, AcP 172 (1972) 342 (345 f); vgl. auch schon *Arens*, Willensmängel bei Prozeßhandlungen im Zivilprozeß (1968) 25 ff; ausf *Trenker*, Parteidisposition 742 ff.

62) *Holzhammer*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> 152; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 764; *Konecny* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 104 ff.

63) Näher *Trenker*, Parteidisposition 704 ff mwN.

64) Richtigerweise handelt es sich dabei mE – freilich entgegen ganz hM (OGH 3 Ob 56/11y; *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozeß [1963] 256; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1309) – zwingend um doppeifunktionale Prozesshandlungen, ausf *Trenker*, Parteidisposition 153 ff mwN.

65) Ausf *Trenker*, Parteidisposition 709 ff mwN der Gegenansicht.

66) OGH 1 Ob 548/49 SZ 23/6 (obiter); 6 Ob 30/09v; RIS-Justiz RS0044465 [T 5]; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 764; *Paier*, Klagszurücknahme 78; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 50; *Jelinek* in *Fasching/Konecny* IV/1<sup>3</sup> § 530 ZPO Rz 194.

67) Näher dazu *Trenker*, Parteidisposition 740 f.



tion rechtfertigen würde.<sup>68)</sup> Die Klage kann ja einfach nochmals eingebracht werden. Nachteileilgen Kostenfolgen sowie einem möglichen Verjährungseintritt kann – wie andernorts dargelegt<sup>69)</sup> – auch ohne eine Wiederaufnahme des beendeten Verfahrens effektiv und systemkonform begegnet werden.

Anders verhält es sich jedoch bei einer Klagszurücknahme mit Anspruchsverzicht: Die dadurch eingetretene Einmaligkeitswirkung erfordert und rechtfertigt – dies übrigens im Unterschied zum Prozessvergleich, dessen materiellrechtliche Folgen mangels Rechtskraft- bzw. Einmaligkeitswirkung ohne weiteres nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen bekämpft werden können<sup>70)</sup> – eine analoge Anwendung des § 530 ZPO.<sup>71)</sup> Die planwidrige Lücke und die Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen ergeben sich daraus, dass es für den Kläger keinen Unterschied macht, ob der Streitgegenständliche Anspruch in einem (Verzichts-)Urteil aberkannt wird oder er ihn nach Klagszurücknahme mit Anspruchsverzicht nicht mehr geltend machen kann; beide Male kann er seinen Anspruch nicht durchsetzen.<sup>72)</sup> Der in der älteren Rsp beschrittene „Umweg“ eines Schadenersatzanspruchs ist demgegenüber schon deshalb unzureichend, weil nicht bei jedem materiellen Mangel die Voraussetzungen des § 874 ABGB oder § 1295 Abs 2 ABGB<sup>73)</sup> oder einer anderen Anspruchsgrundlage erfüllt sind.

Diese Restitution qua Analogie richtet sich nach hier vertretener Ansicht gegen die Prozesshandlung der Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht an sich;<sup>74)</sup> nach der Rsp müsste hingegen konsequenterweise der „Beendigungsbeschluss“ das richtige Anfechtungsobjekt sein (vgl oben C.).<sup>75)</sup> In restriktiverer Auslegung, als dies bspw von der *Jubilarin*<sup>76)</sup> vertreten wird, muss das novum repertum bei der Bekämpfung einer Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO analog mE so beschaffen sein, dass es die materiellrechtliche „Schlagrichtung“ des Anspruchsverzichts zu beseitigen vermag; sonst wäre die Klage nach der Wiederaufnahme ja wegen des materiellrechtlichen Anspruchsverzichts umgehend abzuweisen (oben III.D.2.a)). Zudem muss die „ungewollte“ Klagszurücknahme ohne Verschulden des Klägers erklärt worden sein (§ 530 Abs 2 ZPO).

68) Explizit aA *Paier*, Klagszurücknahme 78; implizit auch die oben (FN 55–57) Genannten, zumal sie nicht nach der Art der Klagszurücknahme differenzieren.

69) Dazu ausf *Trenker*, Parteidisposition 720 f.

70) Siehe nur OGH 1 Ob 166/49 SZ 22/52; 9 Ob 714/91; 6 Ob 192/98y; RIS-Justiz RS0032464 [TI]; ausf *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO §§ 204–206 Rz 56 ff. Diesen Unterschied gewichtet *Paier*, Klagszurücknahme 79 mE nicht hinreichend.

71) *Trenker*, Parteidisposition 721 ff.

72) Völlig zutr *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 50.

73) Vgl zu beiden Anspruchsgrundlagen OGH 1 Ob 1188/36 SZ 19/50.

74) Ebenso *Konecny* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Einl II/1 Rz 105/1 mit FN 193; diesfalls für einen „bloßen“ Widerruf *Paier*, Klagszurücknahme 79.

75) So *Fasching* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Einl II/1 Rz 107; *Paier*, Klagszurücknahme 76 ff; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 50.

76) In *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 50; ebenso wohl *Paier*, Klagszurücknahme 78.