

Paier

# Klagszurücknahme und Klagseinschränkung

Linde

# 1. Klagszurücknahme

## 1.1. Begriff und Arten der Klagszurücknahme

Die Klagszurücknahme, auch „*Klagezurücknahme*“, „*Klagsrücknahme*“, „*Klagerücknahme*“, „*Klagszurückziehung*“, „*Klagezurückziehung*“, „*Klagsrückziehung*“ oder „*Klagerückziehung*“ genannt, ist eine an das Gericht wirksam abgegebene Erklärung des Klägers, den mit der Klage gestellten **Rechtsschutzantrag zu widerrufen**.<sup>1</sup>

Sie ist Ausfluss des im österreichischen Zivilprozess herrschenden **Dispositionsgrundsatzes**,<sup>2</sup> der den Parteien die freie Verfügung über den Streitgegenstand überlässt. Weil sie unmittelbar auf die rechtliche Gestaltung des Prozessrechtsverhältnisses gerichtet ist, zählt die Klagszurücknahme unter den Prozesshandlungen zur Kategorie der **Bewirkungshandlungen**<sup>3</sup> und unter diesen wiederum zu den **Willenserklärungen**<sup>4</sup>. Voraussetzung für ihre Gültigkeit ist die Erfüllung der allgemeinen Vorschriften für Prozesshandlungen und der besonderen Voraussetzungen des **§ 237 ZPO**.<sup>5,6</sup> Diese Norm unterscheidet zwischen **zwei Arten** der Klagszurücknahme, jener **ohne** Anspruchsverzicht und jener **unter** Anspruchsverzicht:

Bei der Klagszurücknahme **ohne** Anspruchsverzicht verzichtet der Kläger auf eine Geltendmachung des Anspruchs (Verhandlung und Entscheidung über das Klagebegehren) nur im **konkreten Prozess**, behält sich aber eine neuerliche

---

<sup>1</sup> Lovrek in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 1; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger, ZPO*<sup>3</sup> §§ 237, 238 Rz 1; *Ballon*, *Zivilprozessrecht*<sup>12</sup> Rz 264; *Deixler-Hübner/Klicka*, *Zivilverfahren*<sup>8</sup> Rz 212; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> Rz 592; *Holzhammer* in *PraktZPR* I<sup>6</sup> 205; *Holzhammer*, *Zivilprozeßrecht*<sup>2</sup> 197; *Petschek/Stagel*, *Zivilprozeß* 275; *Pollak*, *System I*<sup>2</sup> 393; *Sperl*, *Lehrbuch* 326; *Wolff*, *Grundriß*<sup>2</sup> 283 f, OLG Graz 10.11.2004, 4 R 214/04d.

<sup>2</sup> *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 1; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> Rz 401 f; *Pollak*, *System I*<sup>2</sup> 393.

<sup>3</sup> *Fasching*, *Lehrbuch*<sup>2</sup> Rz 751, 753; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> Rz 614.

<sup>4</sup> *Fasching*, *Lehrbuch*<sup>2</sup> Rz 753; *Fasching* in *Fasching/Konecny* II/1<sup>2</sup> Einl Rz 85.

<sup>5</sup> Mit dieser Bestimmung wurde § 891 S 3 ABGB, wonach einem Gläubiger von solidarisch haftenden Mitschuldnern auch noch nach Abstreichen von einer erhobenen Klage die Wahl bleibt, welche(n) von ihnen er belangt, derogiert: OGH 25.01.1905, Nr 262 GIUNF 2934; OGH 11.06.1907, Nr 7066 GIUNF 3804.

<sup>6</sup> *Fasching*, *Lehrbuch*<sup>2</sup> Rz 1244.

Erhebung der zurückgenommenen Klage vor.<sup>7</sup> Dieses Rechtsinstitut kann insbesondere dann ergriffen werden, wenn die Erfüllung des (weiterhin bestehenden) Anspruchs vereinbarungsgemäß erst später erfolgen soll (beispielsweise weil eine Stundung oder Ratenzahlung vereinbart wurde oder der Kläger bedingt auf den Anspruch verzichtet hat).<sup>8</sup>

Mit der Klagszurücknahme **unter** Anspruchsverzicht verzichtet der Kläger **endgültig** auf das in der Klage enthaltene **Rechtsschutzbegehren**,<sup>9</sup> den prozessualen **Streitgegenstand**.<sup>10</sup> Dabei entspricht der **Anspruchsverzicht** vollkommen dem „reinen“ **prozessualen Verzicht** nach § 394 ZPO,<sup>11</sup> welcher im Wesentlichen durch folgende Merkmale gekennzeichnet ist:

Es handelt sich um eine

- einseitige Prozesshandlung an das Gericht,<sup>12</sup>
- die an die Formen und Beschränkungen des Prozessrechts (zB Anwaltszwang) gebunden ist.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> §§ 237, 238 Rz 2; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 593; *Dolar*, Ruhen 69 f mwN; *Hule*, ÖJZ 1976, 375 mwN.

<sup>8</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1277.

<sup>9</sup> *Pollak*, System I<sup>2</sup> 394 iVm 396 spricht noch von einem Verzicht auf den „Rechtsschutzanspruch“; dieser umstrittene und immer wieder modifizierte Begriff entspringt der dL und besagt im Wesentlichen, dass der Rechtssuchende einen öffentlichrechtlichen Anspruch gegen den Staat auf Fällung eines für ihn günstigen Sachurteils habe. Da die Lehre vom Rechtsschutzanspruch in der österreichischen Rechtslage einer positiven Grundlage entbehrt, wird sie heute nicht mehr vertreten (siehe dazu *Rosenberg*, ZBl 1934, 116 f; ferner *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 7 unter Darstellung der Entwicklung des Meinungsstands).

<sup>10</sup> *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 1; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 394 Rz 1; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> §§ 237, 238 Rz 3; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1244, 1253; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 593; *Sperl*, Lehrbuch 292; *M. Bydlinski*, RZ 1989, 161 mwN; OGH 28.06.1999, 3 Ob 26/98i mwN JBl 2000, 511 = RdW 2000/68; LGZ Wien 02.06.1966, 44 Cg 56/66; vgl ferner OGH 09.11.1978, 7 Ob 644/78, RIS-Justiz RS0039679; LGZ Wien 16.03.1936, 42 R 315/36 EvBl 1936/388.

<sup>11</sup> LGZ Wien 02.06.1966, 44 Cg 56/66; in diesem Sinne auch *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht<sup>2</sup> 197 und *Holzhammer* in *PraktZPR* I<sup>6</sup> 205; vgl auch die Definitionen des „reinen“ prozessualen Verzichts bei *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 394 Rz 1 mwN; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 394 Rz 1; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1321.

<sup>12</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1309 mwN iVm 1321; vgl auch *Neumann*, Komm II<sup>4</sup> § 294 (1128).

## 1. Klagszurücknahme

- Weiters muss der prozessuale Verzicht ausdrücklich erklärt werden.<sup>14</sup>
- Nicht zuletzt ist er vom Bestehen des der Klage zugrunde liegenden materiellrechtlichen Anspruchs unabhängig<sup>15</sup>
- und lässt diesen grundsätzlich auch unberührt.<sup>16</sup>

## 1.2. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

### 1.2.1. Prozessualer Verzicht

Der „*reine*“ **prozessuale Verzicht** nach § 394 ZPO unterscheidet sich von der Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht dadurch, dass der Beklagte die Fällung eines **Verzichtsurteils** beantragen kann. Demgegenüber endet das Verfahren nach einer Klagszurücknahme immer **ohne Sachentscheidung**.<sup>17</sup> Die Wirkungen dieser beiden Rechtsinstitute sind im Wesentlichen dieselben. Anders als das Verzichts Urteil nach § 394 ZPO entfaltet die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht jedoch **keine Bindungswirkung**.<sup>18</sup> Weiters bestehen Unterschiede hinsichtlich der Zulässigkeit von **Rechtsmittelklagen**.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1309 mwN iVm 1321.

<sup>14</sup> OGH 04.07.1962, 6 Ob 187/62 EvBl 1962/476, RIS-Justiz RS0039744; LGZ Wien 02.06.1966, 44 Cg 56/66 mwN; *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 23 mwN; siehe auch OLG Wien 13.09.1988, 12 R 164/88 EvBl 1990/49; ferner OGH 11.05.2000, 7 Ob 97/00s mwN.

<sup>15</sup> *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 394 Rz 1; *Sperl*, Lehrbuch 244, 495; dem folgend *Pollak*, System I<sup>2</sup> 393 f; vgl auch *Neumann*, Komm II<sup>4</sup> § 394 (1128).

<sup>16</sup> *Pollak*, System I<sup>2</sup> 393 mwN; *Dolar*, *Ruhen* 68 f mwN; hingegen sprechen folgende Autoren in diesem Zusammenhang unzutreffend von einem Verzicht auf den materiellrechtlichen Anspruch: *Tilsch*, Civilprozessgesetze 223 mwN; *Ballon*, *Zivilprozessrecht*<sup>12</sup> Rz 264; *Deixler-Hübner/Klicka*, *Zivilverfahren*<sup>8</sup> Rz 212 mwN; wohl auch *Petschek/Stagel*, *Zivilprozeß* 275.

<sup>17</sup> *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 394 Rz 1; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> Rz 640 mwN; *Pollak*, System I<sup>2</sup> 396; vgl auch *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 4; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1254; *Neumann*, Komm II<sup>4</sup> §§ 237, 238 (931).

<sup>18</sup> Siehe dazu auch S 57.

<sup>19</sup> Vgl zu den Unterschieden zwischen Verzichts Urteil und Klagszurücknahme auch *Steininger*, JBl 1963, 7 ff, 18; siehe dazu Kapitel 1.11.4.

## 1.2.2. Materiellrechtlicher Verzicht

Von einem mit der Klagszurücknahme verbundenen prozessualen Anspruchsverzicht ist der **materiellrechtliche Verzicht** nach § 1444 ABGB streng zu unterscheiden. Bei dem materiellrechtlichen Verzicht handelt es sich nach stRsp<sup>20</sup> und Teilen der Lehre<sup>21</sup> um einen mit dem **Gegner** geschlossenen **Vertrag**. Er hat einen **Privatrechtsanspruch** zum Gegenstand, der tatsächlich **bestehen** muss,<sup>22</sup> und kann selbstverständlich auch **außerhalb eines Prozesses** geschlossen werden<sup>23</sup>. Weiters ist der materiellrechtliche Verzicht nach hA<sup>24</sup> **formfrei**, selbst wenn er eine Verbindlichkeit aus einem formpflichtigen Geschäft betrifft (kein *contrarius actus*). Sowohl die Verzichtserklärung als auch die Zustimmung des Gegners können **stillschweigend** erfolgen (§ 863 ABGB).<sup>25</sup>

Nachstehend seien die wesentlichen Unterschiede zwischen **prozessualen** und **materiellrechtlichem** Verzicht tabellarisch gegenübergestellt:

prozessualer Verzicht	materiellrechtlicher Verzicht
einseitig	zweiseitig
Erklärung an das Gericht	Vertrag mit dem Gegner
betrifft das Klagebegehren	betrifft den materiellen Anspruch
unabhängig vom Bestehen des materiellen Anspruchs	abhängig vom Bestehen des materiellen Anspruchs
kann nur innerprozessual erklärt werden	kann auch außerhalb eines Prozesses geschlossen werden
formgebunden	formfrei
muss ausdrücklich erklärt werden	kann auch stillschweigend erfolgen

<sup>20</sup> OGH 11.11.1936, 2 Ob 889/36 SZ 18/184; OGH 09.06.1965, 3 Ob 70/65, RIS-Justiz RS0014090; OGH 08.10.1952, 3 Ob 594/52, RIS-Justiz RS0034122; vgl weiters die Nachweise bei *Dullinger* in *Rummel* II<sup>3</sup> § 1444 Rz 3.

<sup>21</sup> Vgl dazu die Darstellung des Meinungsstands bei *Dullinger* in *Rummel* II<sup>3</sup> § 1444 Rz 3 und bei *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1444 Rz 14.

<sup>22</sup> Vgl *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1444 Rz 6 ff mwN; *Gschnitzer* in *Klang* VI<sup>2</sup> § 1444 (527) mwN.

<sup>23</sup> *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 394 Rz 2.

<sup>24</sup> *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1444 Rz 17 mwN; *Dullinger* in *Rummel* II<sup>3</sup> § 1444 Rz 8 mwN; *Griss* in *KBB*<sup>3</sup> § 1444 Rz 6; vgl ferner *Gschnitzer* in *Klang* VI<sup>2</sup> § 1444 (530); *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1309 iVm 1321.

<sup>25</sup> *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1444 Rz 23 ff mwN; *Gschnitzer* in *Klang* VI<sup>2</sup> § 1444 (530) mwN; OGH 09.06.1965, 3 Ob 70/65, RIS-Justiz RS0014090; OGH 11.11.1936, 2 Ob 889/36 SZ 18/184.

## 1. Klagszurücknahme

### 1.2.3. Rechtsschutzverzicht

Von der Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht zu unterscheiden ist ein **genereller Rechtsschutzverzicht** auf den sich aus Art 6 EMRK bzw § 19 ABGB ergebenden **Justizgewährungsanspruch**. Dieses Grundrecht ermöglicht es dem Rechtssuchenden, dem Staat als Träger des Rechtsschutzmonopols (behauptete) zivilrechtliche Ansprüche zur Entscheidung vorzulegen, und ist nach hM **unverzichtbar**.<sup>26</sup>

## 1.3. Zulässigkeit der Klagszurücknahme

### 1.3.1. Verfahrenseingangsphase

Bis zum Einlangen der **Klagebeantwortung** oder (im Mahnverfahren) des **Einspruchs** gegen den Zahlungsbefehl kann die Klage gem § 237 Abs 1 S 1 ZPO sowohl mit als auch ohne Anspruchsverzicht **ohne** weitere **Voraussetzungen** zurückgenommen werden.

Wie alle Schriftsätze gelten die Klagebeantwortung und der Einspruch gegen den Zahlungsbefehl zu folgenden **Zeitpunkten** als **eingebracht**:

- bei **richtig adressierten** postalisch übermittelten Eingaben am Tag des **Postaufgabevermerks** (§ 89 Abs 1 GOG),
- bei postalisch übermittelten Eingaben mit **unrichtiger Adressierung** mit dem tatsächlichen **Einlangen** des Schriftstücks **bei Gericht**,
- bei **elektronischen Eingaben** nach § 89a Abs 1 GOG zu jenem Zeitpunkt, zu dem die Daten zur Gänze bei der **Bundesrechenzentrum GmbH** eingelangt sind (§ 89d Abs 1 leg cit); sind die Eingaben über eine **Übermittlungsstelle** zu leiten (§ 89b Abs 2 GOG) und sind sie auf diesem Weg bei der Bundesrechenzentrum GmbH tatsächlich zur Gänze eingelangt, so gelten sie zu demjenigen Zeitpunkt als bei Gericht angebracht, zu dem die Übermittlungsstelle dem Einbringer rückgemeldet hat, dass sie die Daten der Eingabe zur Weiterleitung an die Bundesrechenzentrum GmbH übernommen hat.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl dazu die umfassende Darstellung des Meinungsstands bei *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 6 ff.

<sup>27</sup> Vgl dazu *Frauenberger-Pfeiler/Schmon*, JAP 2012/2013, 27; an dieser Rechtslage hat auch die jüngst erfolgte Neuregelung des § 89d Abs 2 GOG durch das BG BGBl I 2012/26 (Abstellung auf den dem Einlangen in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers folgenden Werktag) nichts geändert, weil sich die Bestimmung ausdrücklich nur auf gerichtliche Erledigungen und gerichtlich übermittelte Eingaben gem § 89a Abs 2 GOG bezieht.

In der Praxis kommt eine Klagszurücknahme **unter** Anspruchsverzicht vor Einlangen der Klagebeantwortung bzw des Einspruchs gegen den Zahlungsbefehl so gut wie nie, eine Klagszurücknahme **ohne** Anspruchsverzicht äußert selten vor. Von ihr macht der Kläger vor allem dann Gebrauch, wenn er einer Abweisung der Klage wegen Unschlüssigkeit entgehen will.<sup>28</sup>

### 1.3.2. Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht

Obwohl die Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht die Parteien und das Gericht vom laufenden Rechtsstreit befreit, müssen ihr im Interesse des Beklagten und der Rechtspflege Grenzen gesetzt werden: Der **Beklagte**, der bereits Aufwendungen im Prozess getätigt hat, hat ein Interesse an einer endgültigen Streitbereinigung. Eine **stufenweise Beschränkung** der Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht soll ihn davor bewahren, dass die Klage jederzeit zurückgenommen und ohne prozessuale Schranken immer wieder neu angebracht werden kann.<sup>29</sup> Die Verhinderung schikanöser Klagswiederholungen ist nicht zuletzt auch im Interesse der **öffentlichen Rechtspflege**.<sup>30</sup>

Nach Einlangen der Klagebeantwortung bzw des Einspruchs gegen den Zahlungsbefehl bedarf daher die Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht für ihre Wirksamkeit der **Zustimmung des Beklagten** (§ 237 Abs 1 ZPO). Aus dem Zweck der Bestimmung folgt, dass das **Zustimmungserfordernis** ausnahmsweise **entfällt**, wenn die Klagszurücknahme für den Beklagten keinen Verlust der Sachentscheidung bedeutet, weil derselbe Rechtsstreit bereits zulässigerweise bei einem anderen Gericht anhängig ist (etwa weil der Kläger die Klage vorsichtshalber bei zwei Gerichten eingebracht hat).<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1247.

<sup>29</sup> Siehe dazu *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1246; *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 1; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> §§ 237, 238 Rz 4; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 594 mwN; *M. Bydlinki*, RZ 1989, 161; *Koller/Scholz* ecolx 2013, 335 mwN; OGH 20.03.1985, 1 Ob 534/85 mwN SZ 58/44 = EvBl 1985/141 = JBl 1991, 260, RIS-Justiz RS0039805; OGH 11.05.2000, 7 Ob 97/00s mwN; OGH 17.05.2001, 7 Ob 67/01f JBl 2002, 50 = RdW 2002/21, RIS-Justiz RS0115264.

<sup>30</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1246.

<sup>31</sup> OGH 12.10.1955, 2 Ob 525/55 SZ 28/220 = EvBl 1956/89, RIS-Justiz RS0039714; dem folgend *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1252; LGZ Wien 25.11.1986, 45 R 602/86 mwN; nicht ausreichend ist es, wenn der Kläger die neuerliche Klage erst **nach** Klagszurücknahme bei einem anderen Gericht einreicht: OGH 03.11.1981, 4 Ob 582/81 mwN, RIS-Justiz RS0039714 (T2).

## 1. Klagszurücknahme

Die stRsp<sup>32</sup> nimmt auch dann eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis an, wenn der Beklagte die **Unzulässigkeit** der Klage **einwendet** und der Kläger dieser Einrede durch eine Klagszurücknahme Rechnung trägt.

*Lovrek*<sup>33</sup> hält dieser Ansicht entgegen, dass die Wirksamkeit oder Zulässigkeit einer Klagszurücknahme nie in Relation zum Vorbringen des Beklagten gesetzt werde. Auch bestehe für eine derartige Ausnahme kein Bedürfnis, weil der Kläger die Klage ebenso gut **unter Anspruchsverzicht** zurücknehmen könnte, ohne dass dies bei richtigem Rechtskraftverständnis<sup>34</sup> einer Neueinbringung derselben Klage beim zuständigen Gericht entgegenstünde.

*Lovreks* Ausführungen sind durchaus zutreffend. Dennoch erscheint es wesentlich einfacher, das **Erfordernis des Anspruchsverzichts** in den oben genannten Fällen **teleologisch zu reduzieren**, als den Verzicht zu fordern bzw. zuzulassen und seine Wirksamkeit im Folgeverfahren – in dem der Beklagte die Verzichtswirkungen idR einwenden wird – zu verneinen.

Seitdem bei sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts innerhalb von Österreich ein **Überweisungsantrag** gestellt werden kann (§§ 230a, 261 Abs 6 ZPO), hat die vorliegende Problematik in der Praxis weitgehend an Bedeutung verloren.

### 1.3.3. Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht

Im Unterschied zur Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht braucht die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht nicht durch Zustimmungserfordernisse des Beklagten beschränkt werden, weil dieser gegen eine neuerliche

---

<sup>32</sup> OGH 20.03.1985, 1 Ob 534/85 SZ 58/44 = EvBl 1985/141 = JBl 1991, 260, RIS-Justiz RS0039714 (T3), RIS-Justiz RS0039763 (hier: Unzuständigkeitseinrede); OGH 24.10.1990, 9 ObA 273/90 JBl 1991, 260, RIS-Justiz RS0039768, RIS-Justiz RS0039805 (T1) (hier: fehlende Parteifähigkeit der Beklagten); OGH 17.05.2001, 7 Ob 67/01f JBl 2002, 50 = RdW 2002/21, RIS-Justiz RS0115264 (hier: Unzuständigkeitseinrede); in Bezug auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs, den Mangel der Prozess- oder Parteifähigkeit und die Unzuständigkeit des Gerichts OLG Linz 22.06.2004, 2 R 123/04b; in diesem Sinne wohl auch OGH 27.04.1938, 3 Ob 309/38 SZ 20/118, RIS-Justiz RS0039459 (hier: Zurückziehung der Klage gegen einen prozessunfähigen, unvertretenen Beklagten). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung LGZ Wien 11.09.1967, 42 R 414/67, wonach die Zurücknahme der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs gar nicht als Klagszurücknahme nach § 237 ZPO anzusehen sei, sondern lediglich als Beseitigung eines nichtigen Verfahrens.

<sup>33</sup> *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 14.

<sup>34</sup> Näheres dazu unter Kapitel 1.9.3.

Inanspruchnahme dadurch geschützt ist, dass **künftige Rechtsstreitigkeiten** über den identischen Streitgegenstand **ausgeschlossen** sind.<sup>35</sup>

Allerdings könnten Interessen des Klägers selbst oder der Öffentlichkeit eine Zulässigkeitsbeschränkung der Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht erfordern.

So hat etwa die Lehre<sup>36</sup> und Rsp<sup>37</sup> im **Abstammungsverfahren** nur eine Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht für zulässig erachtet, weil dort wegen des öffentlichen Interesses die Fällung eines **Verzichtsurteils unzulässig** war (§ 6 Abs 3 Z 1 FamRANGIV und Art V Z 4 UeKG). Ein dennoch erfolgter Anspruchsverzicht galt als nicht erklärt.<sup>38</sup> Durch das BG BGBl I 2003/111 wurden mit 01.01.2005 sämtliche Fragen zur Abstammung in das Außerstreitverfahren (§§ 81 ff AußStrG) verlagert, in dem ohnehin der Untersuchungsgrundsatz gilt.<sup>39</sup> Seither sind Verzichtsurteile nur noch im Eheverfahren verboten (§ 460 Z 9 ZPO), was allerdings auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen sein dürfte.<sup>40</sup> Andere explizite **Verbote** eines **prozessualen Verzichts** kennt das österreichische Recht **nicht**.

Hingegen finden sich in zahlreichen Bereichen des **Privatrechts** (insbesondere im Wohn-, Arbeits- und Konsumentenschutzrecht, aber auch im ABGB) Rechte, auf die der Berechtigte nicht wirksam verzichten kann. Es ist fraglich, inwieweit sich derartige **materiellrechtliche Verzichtsverbote** auf die Zulässigkeit eines **prozessualen Verzichts** und damit auf die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht auswirken. Mehrere – insbesondere von *Fasching*<sup>41</sup>, aber auch von *Lovrek*<sup>42</sup> reflektierte – Lösungswege sind denkbar:

Von beiden Autoren abgelehnt wird eine **materiellrechtlich dominierte Sicht**, wonach die materiellrechtliche Unverzichtbarkeit des Anspruchs die

<sup>35</sup> *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 1; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1246; siehe dazu Kapitel 1.9.3.

<sup>36</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1255 mwN; *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 17, 34 mwN.

<sup>37</sup> OGH 26.01.1955, 3 Ob 8/55 SZ 28/22 = EvBl 1955/170 = JBl 1955, 334; OLG Wien 02.02.1977, 5 R 30/77; OLG Wien 01.12.1977, 5 R 235/77 mwN; OLG Wien 31.10.1980, 17 R 187/80 mwN.

<sup>38</sup> LGZ Wien 01.09.1989, 43 R 1051/89; in diesem Sinne auch *Holzhammer* in *PraktZPR* I<sup>6</sup> 206.

<sup>39</sup> Vgl dazu *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 394 Rz 3 mwN.

<sup>40</sup> Siehe dazu S 99.

<sup>41</sup> Vgl dazu und zum Folgenden *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1253 mwN.

<sup>42</sup> Vgl dazu und zum Folgenden *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 34 f mwN.

## 1. Klagszurücknahme

**gänzliche Wirkungslosigkeit** einer unter Anspruchsverzicht zurückgenommenen Klage bewirkt.

Denkbar wäre es, die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht in Anlehnung an die Rsp zum Abstammungsverfahren in eine Klagszurücknahme **ohne** Anspruchsverzicht umzudeuten, die dann mitunter nur mit Zustimmung des Beklagten zulässig wäre. *Fasching* kritisiert an diesem Lösungsansatz, dass es dem Kläger dann uU gänzlich verwehrt wäre, den Rechtsstreit zu beenden. Auch bei materiellrechtlich unverzichtbaren Rechten sollte es dem Kläger überlassen sein, ob er diese gerichtlich geltend machen will oder nicht.

Stattdessen plädiert der Autor dafür, im laufenden Prozess die Regeln über die Klagszurücknahme **unter** Anspruchsverzicht anzuwenden, im Folgeverfahren aber nur das Vorliegen der **prozessbeendenden Wirkung** anzunehmen, die **Einmaligkeitswirkung** jedoch entfallen zu lassen. Auch wenn diese Lösung der materiellrechtlichen Unverzichtbarkeit Rechnung trägt, ist sie aus Sicht des Beklagten schutz bedenklich: Die Zulassung einer Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht ohne Einmaligkeitswirkung ist nämlich in Wahrheit nichts anderes als die Zulassung der Klagszurücknahme ohne Anspruchsverzicht unter Umgehung der vom Gesetz dafür vorgesehenen Zustimmungserfordernisse. Diese Bedenken teilt auch *Lovrek*, die davor warnt, dass die vorliegende Betrachtungsweise angesichts der zahlreichen materiellrechtlich unverzichtbaren Rechte zu einer völligen Aushöhlung des Instituts der Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht führen würde.

Aus **prozessrechtlich dominierter Sicht**, der sich im Ergebnis *Lovrek* anschließt, ist die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht ungeachtet der Unverzichtbarkeit des geltend gemachten materiellen Rechts wirksam. Die neuerliche Erhebung der identischen Klage wäre wegen der Einmaligkeitswirkung unzulässig.<sup>43</sup> Unverzichtbare Forderungen würden durch die Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht zu einer **Naturalobligation**, die zwar wirksam erfüllt, nicht aber gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Doch auch wenn die prozessrechtlich dominierte Sicht in den meisten Fällen zu einem sachgerechten Ergebnis führt, wird man sich zur Vermeidung von **untragbaren Ergebnissen** in Einzelfällen ein **Korrektiv** offen lassen müssen.<sup>44</sup> Um dies zu erreichen, ist die Einnahme einer **vermittelnden Position**

---

<sup>43</sup> Siehe dazu Kapitel 1.9.3.

<sup>44</sup> Grundsätzlich zust *Lovrek* in *Fasching/Konecny* III<sup>2</sup> § 237 Rz 35, die jedoch keinen praktischen Anwendungsbereich für eine notwendige Abweichung von der prozessrechtlich dominierten Sicht sieht.