

|                     |   |
|---------------------|---|
| <b>Zeitschrift:</b> | Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV |
| <b>Herausgeber:</b> | Schweizerischer Juristenverein  |
| <b>Band:</b>        | 65 (1946)   |
| <b>Artikel:</b>     | Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht  |
| <b>Autor:</b>       | Guldener, Max   |
| <b>DOI:</b>         | <a href="https://doi.org/10.5169/seals-896046">https://doi.org/10.5169/seals-896046</a>   |

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 30.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozeß und eidgenössischen Betreibungsrecht.

Von Dr. Max Guldener, Privatdozent in Zürich.

## I.

Als Teil des öffentlichen Rechtes muß das Zivilprozeßrecht in seinen Grundzügen zwingender Natur sein. Die Rechtsprechung ist eine öffentliche Aufgabe, die nicht in beliebiger Form erfüllt werden kann. Schon das Ziel des Prozesses, die Rechtsverwirklichung im konkreten Fall, schließt es aus, daß dem am Verfahren Beteiligten anheimgestellt sein könnte, frei darüber zu befinden, wie das Verfahren zu gestalten sei. Insofern hat das oft gebrauchte Schlagwort seine Berechtigung, daß es keinen Konventionalprozeß gibt. In der Regel spielt sich der Prozeß vor einer staatlichen Behörde ab. Unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise eine solche tätig sein soll, kann nicht ihrem freien Ermessen oder demjenigen der Rechtsuchenden überlassen werden<sup>1)</sup>.

Freilich sind die Sätze des Prozeßrechtes nicht in dem Sinn zwingend, daß ihre Verletzung das Urteil ungültig machen würde, in der Art wie ein Rechtsgeschäft des Privatrechtes ungültig ist, welches zwingendem Recht widerspricht. Auch das unter Verletzung zwingender Prozeßgrundsätze zustande gekommene Urteil wird nach unbe-

---

<sup>1)</sup> Dagegen kann das Verfahren vor einem privaten Schiedsgericht in weitem Umfang durch Vereinbarung der Beteiligten geordnet werden. Mit Bezug auf das Verfahren vor einem Schiedsgericht begnügt sich die ZPO mit der Vorschrift, daß keiner Partei das rechtliche Gehör verweigert werden darf, § 365. Da gegen ein Schiedsurteil die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist (§ 369 ZPO), sind alle Verfahrensgrundsätze zu beobachten, deren Verletzung einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 344 ZPO bildet.

nutztem Ablauf allfälliger Rechtsmittelfristen der Rechtskraft teilhaftig und unanfechtbar. Es gibt nur wenige absolut zwingende Sätze des Prozeßrechtes, deren Verletzung die Nichtigkeit — im Sinne der Unbeachtlichkeit — einer Entscheidung nach sich zieht. Das trifft zu auf die Rechtssätze, welche beobachtet sein müssen, um einer Entscheidung überhaupt den Charakter eines Gerichtsaktes zu verleihen. In den Prozeßgesetzen pflegen diese Rechtssätze nicht ausdrücklich umschrieben zu werden<sup>2)</sup>, sie ergeben sich aus dem Wesen der Sache<sup>3)</sup>.

Im übrigen ist das Prozeßrecht im allgemeinen in dem Sinne zwingend, daß seine Sätze ohne Rücksicht auf den Parteiwillen vom Richter zur Anwendung gebracht werden sollen, sobald sich ihre gesetzlichen Voraussetzungen verwirklicht haben. Das gilt vor allem für die Rechtssätze, welche Bezug haben auf die Zulässigkeit des Rechtsweges und der gewählten Prozeßart, auf die Zuständigkeit des Richters, auf die Partei- und Prozeßfähigkeit der als Kläger, Beklagter oder Nebenpartei auftretenden Personen, auf die Vertretungsmacht ihrer Stellvertreter im Prozeß, auf Zeit und Form der Prozeßhandlungen der Parteien und auf die Prozeßleitung des Richters<sup>4)</sup>.

---

<sup>2)</sup> Der Codex iuris canonici führt einzelne Fälle ausdrücklich an, in welchen ein Urteil unheilbar nichtig ist (can. 1892).

<sup>3)</sup> An der Urteilsfällung muß mindestens eine Person mitgewirkt haben, welcher die Eigenschaft eines Richters zukommt; das Urteil muß mindestens einer Partei in den Formen des Gesetzes eröffnet worden sein; es muß eine faktisch und rechtlich mögliche Anordnung enthalten. Der Richter braucht zwar nicht zur Entscheidung im konkreten Fall zuständig gewesen zu sein, doch muß er zum mindesten Gerichtsbarkeit in der betreffenden Angelegenheit besessen haben. Er muß mit der Rechtsprechung in Angelegenheiten der Art, wie sie Gegenstand seiner Entscheidung bildete, betraut gewesen sein. Keine Gerichtsbarkeit in diesem Sinne besitzt das Sondergericht mit Bezug auf Angelegenheiten, die den ordentlichen Gerichten vorbehalten sind. Daher wäre ein Ehescheidungsurteil, das von einem Handels- oder Versicherungsgericht ausgefällt würde, absolut nichtig.

<sup>4)</sup> §§ 96, 129 ZPO.

Das Prozeßrecht kennt aber auch Normen, welche nur zur Anwendung gelangen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. So erklärt das Gesetz die Parteien in weitem Umfang für berechtigt, den Regeln über die Zuständigkeit der Gerichte durch Vertrag zu derogieren und den Prozeß einem an sich unzuständigen Gericht zur Entscheidung zu unterbreiten<sup>5)</sup>. Durch Vertrag können sie die staatlichen Gerichte ausschalten und die Zuständigkeit eines privaten Schiedsgerichtes begründen<sup>6)</sup>. Mit Bezug auf den Inhalt solcher Verträge sind die Parteien grundsätzlich frei. Bei der vertraglichen Begründung der örtlichen Zuständigkeit eines Gerichtes steht ihnen die Wahl nicht nur unter einzelnen im Gesetz genannten Gerichten zu<sup>7)</sup>; ebenso läßt das Gesetz dem Parteiwillen einen weiten Spielraum für eine vertragliche Regelung der Frage, wie ein Schiedsgericht zu konstituieren und das Verfahren vor dem Schiedsgericht zu ordnen ist<sup>8)</sup>.

---

<sup>5)</sup> Im Rahmen von § 16 ZPO sind die Parteien berechtigt, durch Vertrag den Prozeß vor ein an sich örtlich unzuständiges Gericht zu bringen. An Stelle der sachlichen Zuständigkeit eines Sondergerichtes (Handelsgericht, Gewerbegericht) kann durch Vertrag diejenige des ordentlichen Gerichtes begründet werden (§§ 15 Abs. 3 und 82 GVG). Umgekehrt können Handelsstreitigkeiten, die an sich nicht in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes fallen, beim Vorhandensein des erforderlichen Streitwertes auf Grund einer Parteivereinbarung dem Handelsgericht zur Entscheidung unterbreitet werden (§ 83 GVG). In Prozessen über vermögensrechtliche Ansprüche mit einem Streitwert von mindestens 4000 Fr. können die Parteien vereinbaren, daß das Obergericht den Prozeß als einzige kantonale Instanz entscheiden solle (§ 114 Abs. 3 ZPO).

<sup>6)</sup> § 359 ZPO.

<sup>7)</sup> Dagegen sind die Parteien nicht frei, die sachliche Zuständigkeit eines beliebigen Gerichtes vertraglich zu begründen, vgl. oben Anm. 5.

<sup>8)</sup> Für das deutsche Zivilprozeßrecht vgl. die Zusammenstellung der wichtigsten Fälle zugelassener Abweichungen von prozessualen Vorschriften bei Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 302 f.

Derartige Erscheinungen sind jedoch im Prozeßrecht die Ausnahme. Weit häufiger wird den Parteien ein Einfluß auf die Rechtsanwendung in dem Sinne gewährt, daß bestimmte Sätze des Prozeßrechtes nur zur Anwendung gelangen, wenn eine Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Seine durch das Prozeßrecht normierte Tätigkeit hat der Richter nicht schlechthin von Amtes wegen zu entfalten, sondern nur, wenn bei ihm eine Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingereicht ist. Den Ausstand muß er in den Fällen des § 113 GVG nur beobachten, wenn er von einer Partei abgelehnt wird; die Rechtskraft einer früheren Entscheidung hat er nur zu beachten, wenn die Einrede der abgeurteilten Sache erhoben wird<sup>9)</sup>; den Erwerber des Streitobjektes hat er zur Prozeßführung nur zuzulassen, wenn die Gegenpartei zu seinem Eintritt in den Prozeß seine Zustimmung erteilt hat<sup>10)</sup><sup>11)</sup>. Ausnahmsweise ist im Gesetz niedergelegt, daß auf die Anwendung eines prozessualen Rechtssatzes durch eine Partei verzichtet werden kann. So kann auf die Anwendung der Folgen der Versäumnis von Fristen und Tagfahrten durch die Gegenpartei verzichtet werden<sup>12)</sup>. Zulässig ist ein Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Verfahrens, welches vor einem Justizbeamten durchgeführt wurde, der den Ausstand hätte beobachten sollen<sup>13)</sup>.

Die Sätze des Prozeßrechtes, welche die Parteien berechtigen, ihren Willen im Verfahren zur Geltung zu bringen, scheinen zunächst dispositiver Natur zu sein. Wenn das Gesetz den Richter in den Fällen von § 113 GVG zur Beobachtung des Ausstandes nur verpflichtet, sofern er ab-

<sup>9)</sup> § 106 ZPO.

<sup>10)</sup> § 47 ZPO.

<sup>11)</sup> Vereinzelt ist die Anwendung eines prozessualen Rechtssatzes nicht durch einen entsprechenden Parteiantrag bedingt, sondern durch ein anderweitiges Parteiverhalten. So kann an die vorbehaltlose Einlassung auf den Rechtsstreit die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes geknüpft sein, § 82 GVG, § 17 ZPO.

<sup>12)</sup> § 221 GVG.

<sup>13)</sup> § 120 GVG.

gelehnt wird, so handelt es sich nicht um einen Rechtssatz, den das Gesetz unbedingt, ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, verwirklichen will. Der Satz ist aber auch nicht dispositiven Rechtes, denn der Regel, daß der Richter in den Fällen des § 113 GVG abgelehnt werden kann und daß er im Falle der Ablehnung den Ausstand zu beobachten hat, kann nicht durch private Vereinbarung derogiert werden. Es besteht kein unbedingter Rechtssatz des Inhaltes, daß der Richter im Falle groben Verschuldens der säumigen Partei auf die Versäumnisfolgen zu erkennen habe, kann doch der Gegner auf deren Anwendung verzichten. Aber eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien über die Versäumnis und deren Folgen ist ausgeschlossen. Daß der Richter seine Tätigkeit von Amtes wegen zu entfalten habe, ist nicht in dem Sinne zwingend vorgeschrieben, daß er das Verfahren durchzuführen hätte, ohne daß eine Klage oder ein Rechtsmittel bei ihm eingereicht werden müßte. Gleichwohl kann das Verfahren als solches und die richterliche Tätigkeit nicht Gegenstand privater Vereinbarungen sein.

Es handelt sich in diesen und ähnlichen Fällen darum, daß das Gesetz die Parteien ermächtigt, durch einseitige Erklärung<sup>14)</sup> auf das Verfahren einzuwirken. Solche ermächtigende Normen können durch private Abreden im allgemeinen nicht abgeändert und ihre Anwendbarkeit nicht wegbedungen werden. Sie sind daher zwingend<sup>15)</sup>, auch wenn sie niemanden verpflichten, weil sie eben ermächtigend sind, so daß der Anschein entstehen kann, sie seien dispositiver Natur. Dispositiv sind nicht die ermächtigenden Normen<sup>16)</sup> <sup>17)</sup>, wohl aber die Rechtssätze, welche

---

<sup>14)</sup> Im Falle der Prorogation und der Schiedsklausel durch Vertrag.

<sup>15)</sup> Ähnliche Erscheinungen bestehen auch im Gebiet des Privatrechtes, vgl. Burckhardt, Methode und System, S. 184.

<sup>16)</sup> Bülow, Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 45 bezeichnet auch die ermächtigenden Rechtssätze als dispositiv im Gegen-

nur unter der negativen Bedingung zur Anwendung gelangen, daß von den Parteien gewährten Ermächtigung kein Gebrauch gemacht wird. Dispositiv ist daher der Satz, daß die Rechtskraft eines in einem früheren Prozeß aus gefällten Urteils nicht zu berücksichtigen ist (sofern nicht die Einrede der abgeurteilten Sache erhoben wird), daß im Falle des groben Verschuldens auf die Versäumnisfolgen zu erkennen ist (sofern der Gegner nicht darauf verzichtet), daß der Richter in den Fällen von § 113 GVG am Verfahren mitwirken kann (sofern er nicht abgelehnt wird), daß stets der staatliche Richter angerufen werden kann (sofern nicht ein Schiedsgericht vereinbart ist) usw. Diese Sätze gelangen nur zur Anwendung, falls nicht eine gegenteilige Parteierklärung abgegeben wird, ihre Anwendbarkeit kann daher durch private Willkür ausgeschaltet werden, wie es dem Wesen des dispositiven Rechtes entspricht<sup>18)</sup>.

Eine Privatautonomie, wie sie im Privatrecht besteht, ist jedoch dem Prozeßrecht unbekannt. Durch Privatwillkür kann zwar die Anwendbarkeit bestimmter Sätze des Prozeßrechtes ausgeschlossen werden. Dagegen sind die Parteien nicht frei, an Stelle der subsidiären Regel des Gesetzes eine beliebige, ihnen gutschneidende Ordnung zu setzen. Das Gesetz legt selber fest, welches die Rechtsfolgen sind, wenn eine Partei von einer ihr gewährten Ermächtigung Gebrauch macht. Die prozessualen Folgen einer

---

satz zu der sonst üblichen Terminologie, vgl. Windscheid, Pandekten § 30 Note 1; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 303 f.

<sup>17)</sup> Soweit die Auslegung des Gesetzes nichts Abweichendes ergibt, vgl. unten II ff.

<sup>18)</sup> Wenn betont wird, wo immer das dispositive Prozeßrecht auftrete, erhebe es den individuellen Willen nicht auf die Stufe des Gesetzes, sondern lege ihm nur die Bedeutung eines Tatbestandes zu, der durch das objektive Recht normiert werde (Bülow, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 40 ff.; Wach, Civilprozeß I S. 188 Anm. 10), so gilt dies nicht nur für das Prozeßrecht, sondern für das dispositive Recht überhaupt, weil dem Parteiwillen nur insoweit Bedeutung zukommt, als das objektive Recht die Parteiautonomie anerkennt.

Klage, eines Rechtsmittels, der Ablehnung eines Richters, diejenigen der Einrede der abgeurteilten Sache, eines Verzichtes auf Anwendung von Versäumnisfolgen oder ähnlicher Prozeßhandlungen, deren Vornahme in das Belieben der Parteien gestellt ist, werden durch das Gesetz umschrieben und sind von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen, sie können nicht von den Parteien abgeändert werden. Die Parteien haben nicht die Wahl zwischen einer beliebigen rechtsgeschäftlichen Ordnung und der subsidiären Regel des Gesetzes, sondern nur zwischen zwei im Gesetz selbst umschriebenen Möglichkeiten, über die durch Abgabe oder Nichtabgabe einer Parteierklärung entschieden wird<sup>19)</sup>. Sie können nicht einen prozessual erheblichen Tatbestand selbst normieren, sondern nur durch Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung den einen oder andern der vom Gesetz normierten Tatbestände setzen<sup>20)</sup>. Von dispositivem Prozeßrecht kann daher nur in beschränktem Sinn die Rede sein.

## II.

Es kann sich fragen, ob ein Satz des Prozeßrechtes so lange als zwingend zu betrachten ist, als ihn das Gesetz nicht ausdrücklich als nachgiebig bezeichnet. Vereinzelt ist diese Frage bejaht worden<sup>21)</sup>, jedoch kaum zu Recht. Allerdings gehört das Prozeßrecht dem öffentlichen Rechte an, dessen Vorschriften im allgemeinen zwingender Natur sind. Aber im Gebiet des Prozeßrechtes liegen besondere Verhältnisse vor. Es darf nicht übersehen werden, daß die

---

<sup>19)</sup> Darum sind derartige Parteierklärungen keine Rechtsgeschäfte. Weil ihre Wirkungen im Gesetz festgelegt sind, treten sie unbekümmert darum ein, ob sie gewollt sind. Es bedarf daher keines Geschäftswillens. Wer sich auf die Feststellungen eines Urteils in einem früheren Prozeß beruft, hat die Einrede der abgeurteilten Sache erhoben, auch wenn ihm nicht bekannt ist, daß der Richter an die Feststellungen dieses Urteils gebunden ist, falls die Einrede erhoben wird.

<sup>20)</sup> Wach, Das Geständnis, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 221 ff.

<sup>21)</sup> Sperrl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I S. 14.

Ziviljustiz dem Schutz privater Rechtsbeziehungen der Einzelnen dient, über welche die letzteren in weitem Umfang frei verfügen können. Dem entspricht aber auch, daß den Parteien ein weitgehender Einfluß auf das Verfahren eingeräumt ist. Sie bestimmen Beginn und Ende des Prozesses<sup>22)</sup>, ihnen liegt es ob, sein Thema zu bestimmen, den Prozeßstoff dem Richter zu unterbreiten und ihm die Beweismittel zu bezeichnen<sup>23)</sup>. Es kann aber nicht die Rede davon sein, daß im positiven Recht abschließend festgelegt sei, inwiefern die Parteien auf das Verfahren gestaltend einwirken können. Das positive Recht enthält keine erschöpfende Ordnung des Prozeßrechtes. Viele, auch wichtige Fragen sind offengelassen<sup>24)</sup>. So ist es denn auch nach herrschender Lehre stets eine Frage der Gesetzesauslegung, ob ein Satz des Prozeßrechtes zwingender Natur ist oder nicht<sup>25)</sup><sup>26)</sup>. Richtig ist nur, daß die Vermutung im allgemeinen für die zwingende Natur spricht.

---

<sup>22)</sup> Dispositionsmaxime: Der Kläger setzt das Verfahren durch seine Klage in Gang; soll der Prozeß an eine obere Instanz gebracht werden, so bedarf es dazu der Einlegung eines Rechtsmittels durch eine Partei. Durch Parteidhandlung kann aber auch das Ende des Prozesses herbeigeführt werden: durch Klageanerkennung, Klagerückzug und Vergleich.

<sup>23)</sup> Verhandlungsmaxime: Für den äußeren Gang des Verfahrens gilt dagegen der Grundsatz der richterlichen Prozeßleitung (§ 96 ZPO). Aber auch auf dem Gebiet des Verfahrens im engeren Sinne kann der Parteiwille u.U. zur Geltung kommen, man denke nur an die Prorogation.

<sup>24)</sup> Wallis § 384 ZPO weist ausdrücklich den Richter an, entsprechend Art. 1 ZGB zu verfahren, sofern das Prozeßgesetz eine Lücke aufweist.

<sup>25)</sup> Wach, Civilprozeß I S. 188 Anm. 10; Hellwig, Lehrbuch I S. 7, System I S. 8; Schmidt, Lehrbuch, S. 143; Kleinfeller, Lehrbuch, S. 26; Fischer, Lehrbuch, S. 11; Rosenberg, Lehrbuch, S. 17; Pollak, System I S. 99; Goldschmidt, Zivilprozeß, S. 21; Schoenke, Zivilprozeßrecht, S. 9; Glasson-Tissier, Traité I S. 8, II S. 344 Anm. 3; Matti, Zivilprozeßrecht, S. 1029.

<sup>26)</sup> Die Frage, inwiefern die Sätze des Prozeßrechtes zwingend oder nachgiebig sind, ist von keiner so großen Tragweite, daß der Gesetzgeber Anlaß hätte, sie ausdrücklich zu entscheiden.

Die Frage, ob ein Satz des Prozeßrechtes nachgiebig sei, darf freilich nicht dahin verstanden werden, ob die Parteien an seine Stelle eine beliebige andere Ordnung setzen können. Wie bereits erwähnt, kennt das positive Prozeßrecht keinen Fall, in welchem die Parteien ermächtigt wären, über die Gestaltung des Verfahrens oder einzelner Teile desselben, soweit es sich vor den staatlichen Gerichten abspielt, eine Vereinbarung beliebigen Inhaltes zu treffen<sup>27)</sup>. Wo das Gesetz die Parteien ermächtigt, ihren Willen mit Bezug auf das Verfahren zur Geltung zu bringen, legt es auch die Rechtsfolgen fest, welche eintreten, wenn eine Partei von der ihr eingeräumten Ermächtigung Gebrauch macht. Welche Regel an die Stelle eines nachgiebigen Satzes des Prozeßrechtes gesetzt werden kann, ist eine Rechtsfrage, welche auf dem Wege der Gesetzesauslegung zu entscheiden ist, soweit das Gesetz darüber keine ausdrückliche Anordnung enthält.

Es gibt Fälle, in denen es kaum einem Zweifel unterliegen kann, daß die Parteien berechtigt sind, vom Gesetz abzuweichen, auch wenn dieses die Frage nicht ausdrücklich entscheidet.

1. In der Praxis ist namentlich der Fall häufig, daß nach durchgeföhrtem Beweisverfahren auf Schlußverhandlung<sup>28)</sup> verzichtet wird. Ein solcher Verzicht wirkt sich dahin aus, daß der betreffenden Partei das Wort zur Aussprache über das Beweisergebnis nicht mehr zu erteilen ist und daß, wenn beide Parteien den Verzicht ausgesprochen haben, von der Anordnung einer Schlußverhandlung abgesehen werden kann<sup>29)</sup>. Der Verzicht hat zur Folge, daß der Anspruch auf Anhörung erlischt, so daß die Partei, welche ihn ausgesprochen hat, auf ihn nicht mehr zurückkommen kann. Die Zulässigkeit eines solchen Verzichtes folgt schon daraus, daß jeder Partei die Aussprache zum

---

<sup>27)</sup> Vgl. oben S. 190 f.

<sup>28)</sup> § 171 ZPO.

<sup>29)</sup> Die Schlußverhandlung braucht nicht notwendig an der gleichen Tagfahrt zu erfolgen wie die Beweisabnahme.

Beweisergebnis freigestellt ist. Wie sie davon absehen kann, sich zum Beweisergebnis zu äußern, wenn ihr das Wort erteilt wird, kann sie schon auf Erteilung des Wortes verzichten.

2. Möglich ist aber auch ein Verzicht auf Hauptverhandlung. Im Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht ist es gelegentlich vorgekommen, daß die Parteien beidseitig auf Hauptverhandlung verzichten. Dazu können sie sich dann veranlaßt sehen, wenn ihrer Ansicht nach das Streitverhältnis in den vorbereitenden Schriftsätze<sup>30)</sup> erschöpfend dargestellt wurde. Alsdann kommt es vor, daß sie sich damit begnügen, in einer schriftlichen Eingabe an das Gericht auf die Schriftsätze zu verweisen und auf die Hauptverhandlung verzichten. Im Gesetz ist nicht vorgesehen, daß die Hauptverhandlung unterbleiben könne; nach dem Gesetz haben gegenteils Versäumnisfolgen einzutreten, wenn eine Partei oder beide Parteien von der Hauptverhandlung ausbleiben<sup>31)</sup>. Es besteht jedoch kein Grund, die Parteien zum Erscheinen vor dem Gericht zu nötigen, wenn sie doch nichts vorzutragen haben, was nicht bereits in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten wäre. Daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegt, die Parteien zu einem unnötigen Erscheinen anzuhalten, ist daraus ersichtlich, daß im Berufungsverfahren den Parteien das Ausbleiben gestattet wird, dem Berufungskläger, sofern er sich zur Berufungsbegründung auf die Akten beruft<sup>32)</sup>. Wenn im Berufungsverfahren von einer Verhandlung abgesehen werden kann, falls nach Auffassung der Parteien der Prozeßstoff vollständig dargelegt ist, muß das unter der gleichen Voraussetzung auch im Verfahren vor der ersten Instanz möglich sein<sup>33)</sup>.

<sup>30)</sup> § 31 Einführungsgesetz zum KUVG vom 6. Juni 1926, OS 33 S. 312.

<sup>31)</sup> § 142 ZPO. Die vorbereitenden Schriftsätze bilden keinen Bestandteil der Hauptverhandlung (§ 141 ZPO); ihr Inhalt ist im Falle des Ausbleibens nicht zu berücksichtigen.

<sup>32)</sup> § 328 ZPO.

<sup>33)</sup> Eine Einschränkung ergibt sich aus § 99 ZPO, wonach der Richter Unklarheiten des Parteivorbringens durch geeignete Fra-

3. Als zulässig erscheint ein Verzicht auf Anwendung des Grundsatzes, der die Klageänderung verbietet. Im zürcherischen Zivilprozeß ist sie vorbehältlich der bloßen Verdeutlichung des Rechtsbegehrens sowie des Nachbringens von Nebenpunkten und Berichtigung von Rechnungsirrtümern ausgeschlossen<sup>34)</sup>. Eine Klageänderung kann aber im Interesse beider Parteien liegen. Es wird zum Beispiel auf Herausgabe einer Sache geklagt, während der Pendenz des Prozesses geht sie unter, weshalb der Kläger dazu übergehen möchte, Geldersatz zu beanspruchen. Auch dem Beklagten kann es in einem solchen Fall an der definitiven Erledigung des Prozesses gelegen sein, wenn er alsbald Klarheit über die Rechtslage gewinnen und es nicht auf eine neue Klage auf Geldersatz ankommen lassen möchte. Nicht selten sind im Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht Erweiterungen des Rechtsbegehrens. Der Kläger klagt auf Ausrichtung des Krankengeldes<sup>35)</sup>, während der Pendenz des Prozesses kann die ärztliche Behandlung abgeschlossen werden, weshalb für die Folgezeit nur noch die Ausrichtung einer Rente in Frage kommt<sup>36)</sup>. Es liegt nahe, statt den Kläger auf die Möglichkeit der Einreichung einer neuen Klage über den Rentenanspruch zu verweisen, diesen mit Zustimmung der beklagten Anstalt in den hängigen Prozeß einzubeziehen. Die mit Einverständnis des Gegners vorgenommene Klageänderung muß grundsätzlich zulässig sein, auch wenn es im Gesetz an einer entsprechenden Bestimmung fehlt. Das Verbot der Klageänderung will vor allem den Prozeßgegner schützen, der sich im Prozeß nicht einer unerwarteten aufzuklären hat.

Infolgedessen wird er trotz Verzichtes die Parteien unter Androhung der Versäumnisfolgen zu einer Hauptverhandlung vorzuladen haben, wenn die vorbereitenden Schriftsätze ungenügend sind.

<sup>34)</sup> § 127 Ziff. 1 ZPO. Diese Ordnung trägt den praktischen Bedürfnissen zu wenig Rechnung, besser Bern Art. 94 ZPO und deutsche ZPO § 264.

<sup>35)</sup> Art. 74 KUVG.

<sup>36)</sup> Art. 76 KUVG.

ten Situation gegenübergestellt sehen soll. Wenn er aber mit der Klageänderung einverstanden ist, besteht in der Regel alles Interesse daran, sie zuzulassen. Es entspricht dem Gedanken der Prozeßökonomie, die der Gesetzgeber auch sonst zu verwirklichen sucht, daß ein Rechtsstreit auch dann durch materielle Entscheidung beendet werden kann, wenn es sich im Laufe des Verfahrens zeigt, daß das Klagebegehren der materiellen Rechtslage nicht oder nicht mehr entspricht. Immerhin kann die Klageänderung auch mit Zustimmung des Prozeßgegners nicht unbeschränkt zulässig sein. Es ginge nicht an, dem Richter völlig anders geartete Fragen zur Entscheidung zu unterbreiten, als mit der Klage aufgeworfen worden sind. Das Klagefundament darf auch mit Zustimmung der Gegenpartei nicht grundlegend verändert werden, es kann sich nur darum handeln, daß dem Kläger im Einverständnis mit dem Beklagten gestattet wird, aus dem im wesentlichen unveränderten Klagefundament neue Rechtsbegehren herzuleiten<sup>37)</sup>.

4. Die Erkenntnis, daß Prozeßrecht auch dann dispositiver Natur sein kann, wenn es nicht ausdrücklich als nachgiebig bezeichnet wird, ist für die Beurteilung der Frage wichtig, ob im Falle einer Verletzung prozessualer Vorschriften rechtswirksam auf Rüge verzichtet werden kann mit der Folge, daß der Mangel zwar nicht geheilt, aber unbeachtlich wird<sup>38)</sup>. Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Nach § 120 GVG wird selbst die Nichtigkeit eines vor einem unfähigen oder abgelehnten Richter durchgeföhrten Verfahrens unbeachtlich bei ausdrücklichem Verzicht sämtlicher Beteiligten auf Geltendmachung des Mangels. Dieser Grundsatz hat auch Anwendung zu finden, wenn andere Verfahrensnormen verletzt werden, sofern

<sup>37)</sup> In zweiter Instanz ist eine Klageänderung nicht mehr möglich. Nach § 124 GVG darf keine Oberbehörde auf ein Rechtsbegehren eintreten, über welches die untere Instanz nicht entschieden hat.

<sup>38)</sup> Für das deutsche Prozeßrecht ist diese Frage ausdrücklich geregelt in § 295 dZPO.

ihre Beobachtung nicht durch das öffentliche Interesse geboten ist<sup>39)</sup>). Wenn die benachteiligte Partei ihr Einverständnis zu einem fehlerhaften Verfahren bekundet hat, fehlt jeder Grund, ihr zu gestatten, im weiteren Verlauf des Prozesses auf den Mangel zurückzukommen. Fragen kann es sich einzig, ob es eines ausdrücklichen Verzichtes auf Rüge bedarf. Wenn im Falle der Mitwirkung eines unfähigen oder abgelehnten Richters vom Gesetz ein ausdrücklicher Verzicht gefordert wird, so erklärt sich dies aus der besonderen Bedeutung, welche die Vorschriften über den Ausstand von Justizbeamten für die Parteien haben. Steht eine Verletzung minder wichtiger Vorschriften in Frage, so muß auch ein stillschweigender Verzicht auf Rüge wirksam sein. Ein solcher darf immer da angenommen werden, wo eine Partei<sup>40)</sup> den ihr zum Nachteil gereichenden Mangel in seiner ganzen Tragweite erkannt, es aber unterlassen hat, alsbald seine Behebung zu verlangen. Ein solches Verhalten läßt sich nur damit erklären, daß die betreffende Partei mit dem mangelhaften Verfahren einverstanden war. Dabei muß es in gleicher Weise sein Bewenden haben, wie wenn im Falle der Mitwirkung eines unfähigen oder abgelehnten Richters auf Geltendmachung der Nichtigkeit des Verfahrens verzichtet wird<sup>41)</sup>. Auch für eine Rechtsmittelinstanz ist ein Mangel, mit welchem sich die benachteiligte Partei abgefunden hat, unbeachtlich. Die benachteiligte Partei könnte sich nicht darauf berufen, sie habe sich vorbehalten, auf den Mangel zurückzukommen und die Durchführung eines verbesserten Verfahrens zu verlangen, sofern der Richter zu einer ihr ungünstigen Endentscheidung gelangen sollte. Schon der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet es, Rügen in dieser Weise in Reserve zu halten, um je nach dem weiteren

---

<sup>39)</sup> Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 86.

<sup>40)</sup> Oder ihr Vertreter.

<sup>41)</sup> Es wäre denn, daß die Beobachtung des in Frage kommenden Rechtssatzes im öffentlichen Interesse liegt, vgl. unten Ziff. V.

Verlauf des Prozesses ein bereits durchgeführtes Verfahren noch nachträglich zu Fall bringen zu können<sup>42)</sup>)<sup>43)</sup>.

### III.

Wie die angeführten Beispiele zeigen, kann eine Partei auf Anwendung von Rechtssätzen, die zur Wahrung ihrer Interessen im Prozeß aufgestellt sind, unter Umständen rechtswirksam verzichten<sup>44)</sup>). Darüber herrscht denn auch in der Lehre kein Streit. Tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten bestehen dagegen in der Frage, ob auf künftige prozessuale Befugnisse, welche einer Partei in einem erst einzuleitenden Prozeß oder erst in einem späteren Stadium des Verfahrens erwachsen, zum voraus verzichtet werden kann, oder ob eine Partei auch nur die obligatorische Verpflichtung übernehmen kann, künftige prozessuale Befugnisse nicht auszuüben. Ebenso ist streitig, ob durch Erklärung, die außerhalb des gerichtlichen Verfahrens der Gegenpartei gegenüber abgegeben wird, wirksam auf prozessuale Befugnisse verzichtet werden kann<sup>45)</sup>). Konkret

<sup>42)</sup> Guldener, SJZ 39 S. 395.

<sup>43)</sup> Beispiele aus der Praxis: Wenn ein Kollegialgericht Beweiserhebungen durch den Referenten vornehmen läßt, ohne das Einverständnis der Parteien dazu eingeholt zu haben (§ 37 ZPO), so kann die ungehörige Besetzung des Gerichtes nicht mehr gerügt werden, wenn es die Parteien in Kenntnis des Mangels unterlassen haben, diesen zu rügen. — Wenn das Gericht entgegen § 158 ZPO vom Erlaß eines Beweisbescheides absieht, so kann die Partei, welche die genannte Vorschrift kannte, auf den Mangel nicht mehr zurückkommen, wenn sie es unterläßt, das Gericht darauf aufmerksam zu machen, daß sie noch nicht alle ihre Beweismittel bezeichnet habe, vgl. Entscheidung des Kass. Ger. vom 2. August 1944 (nicht publiziert).

<sup>44)</sup> Über die Schranken dieses Grundsatzes vgl. unten Ziff. V.

<sup>45)</sup> Gegen die Zulässigkeit: Bülow, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 62; Hellwig, Lehrbuch I S. 168, 177, System I 450, Anspruch und Klagerecht, S. 159 f.; Pollak, System I S. 79; Goldschmidt, Prozeß der Rechtslage, S. 310 f.

Anderer Ansicht: J. Kohler, Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, Gruchots Beiträge 31 S. 276 und 481 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, S. 167; G. Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 44 ff.

ausgedrückt, dreht sich der Streit im wesentlichen um folgende Fragen: Kann der Kläger wenigstens temporär auf seine Befugnis, seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen, rechtswirksam verzichten? Kann vorgängig der Urteilsfällung auf die Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen, verzichtet werden? Kann sich der Kläger durch das außergerichtliche Versprechen, seine Klage zurückzuziehen, der prozessualen Befugnis begeben, den Prozeß fortzusetzen? Können die Parteien für den Prozeßfall gültig eine Vereinbarung über den Beweis von Tatsachen treffen? Ähnliche Fragen ergeben sich auch für das Schuldbetreibungsrecht: Kann der Gläubiger für bestimmte Zeit auf die Befugnis verzichten, die Betreibung einzuleiten oder das Pfändungs-, Verwertungs- oder Konkursbegehren zu stellen? Letzten Endes handelt es sich um Fragen der Gesetzesauslegung. Wenn zugegeben wird, daß die positiven Prozeßgesetze keine lückenlose Regelung enthalten, ist schwer einzusehen, weshalb die Möglichkeit eines rechtswirksamen Verzichtes auf künftige prozessuale Befugnisse, sei es durch Erklärung im Prozeß oder außerhalb desselben, von vornherein sollte verneint werden müssen. Enthalten die Gesetze keine lückenlose Regelung, so kann aus dem Schweigen des Gesetzes allein nichts Sicherer hergeleitet werden. Was nicht ausdrücklich als zulässig erklärt wird, braucht nicht notwendigerweise verboten zu sein, wie ja auch umgekehrt nicht alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist<sup>46)</sup>. Richtig ist aber, daß ein Verzicht auf künftige prozessuale Befugnisse, insbesondere ein solcher durch außergerichtliche Erklärung, nur dann zugelassen werden kann, wenn es gelingt, zu zeigen, daß ein solcher Verzicht mit dem Gesetz im Einklang steht.

1. Es ist versucht worden, diesen Nachweis dadurch zu erbringen, daß erklärt wird, die prozessualen Parteibefugnisse seien als subjektive Rechte aufzufassen. Zum Wesen eines subjektiven Rechtes gehört aber im allgemeinen, daß

---

<sup>46)</sup> Schiedermair, a.a.O., S. 55.

der Träger über dasselbe verfügen kann, insbesondere durch Verzicht. So ist die Zulässigkeit eines Verzichtes auf Rechtsmittel vor Ausfällung des Urteils damit begründet worden, daß die Zulässigkeit des Verzichtes auf Rechte, auch auf künftige Rechte, die Regel sei, auch da, wo dieser Grundsatz im positiven Recht nicht besonders ausgesprochen werde<sup>47)</sup>). Die Auffassung, daß die prozessualen Befugnisse einer Partei subjektive Rechte sind, verdient jedoch keine Billigung<sup>48)</sup>). Das Prozeßrecht ist öffentliches Recht. Die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte ist aber an sich schon problematisch<sup>49)</sup>). Was speziell den Prozeß betrifft, so fällt in Betracht, daß die den Parteien eingeräumte Möglichkeit, durch ihre Prozeßhandlungen gestaltend auf das Verfahren einzuwirken, keine subjektiven Rechte voraussetzt. Diese Möglichkeit besteht schon als Reflexwirkung des objektiven Rechtes. Wenn gesagt wird, durch die Erhebung einer Befugnis zum subjektiven Recht empfange diese eine wesentliche Verstärkung<sup>50)</sup>), so ist es zwar verständlich, daß die prozessualen Befugnisse der Parteien um ihrer großen Bedeutung willen als subjektive Rechte angesprochen werden. Bedenkt man aber, daß die Rechtsschutzgarantien im Prozeß in gleicher Weise gegeben sind, mag ein subjektives Recht einer Partei in Frage stehen oder ein sie begünstigender Satz des objektiven Rechtes, so ist nicht einzusehen, was mit der Annahme subjektiver Rechte auf dem Gebiet des Prozeßrechtes gewonnen sein soll<sup>51)</sup>).

<sup>47)</sup> Schiedermair, a.a.O., S. 70.

<sup>48)</sup> Vereinzelt werden subjektive Rechte einer Partei auch durch das Prozeßrecht begründet, zum Beispiel der Anspruch an den Gegner auf Bezahlung einer Prozeßentschädigung oder der Anspruch gegenüber der Gerichtskasse auf Rückerstattung einer geleisteten Kaution.

<sup>49)</sup> Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 78; Giacometti, Staatsrecht, S. 153.

<sup>50)</sup> Fleiner, Institutionen, S. 174.

<sup>51)</sup> Durch die Rechtsmittel können Rechtsverletzungen gerügt werden; daß die Verletzung eines subjektiven Rechtes vorliege, ist nicht Voraussetzung.

Die verfahrensrechtlichen Parteibefugnisse beruhen auf ermächtigenden Rechtssätzen. Nicht jeder ermächtigende Rechtssatz begründet aber ein subjektives Recht. So ist die privatrechtliche Handlungsfähigkeit kein solches, ob-schon sie zu rechtsgeschäftlichem Handeln ermächtigt. Was die Prozeßführung betrifft, so ist sie eine jedermann eingeräumte Möglichkeit, während ein subjektives Recht ein Vorrecht darstellt, ein Mehreres gegenüber dem, was alle können<sup>52)</sup>. Die Prozeßführung ist auch nicht, wie die Aus-übung eines Rechtes, von bestimmten rechtlichen Voraus-setzungen abhängig. Das zeigt sich darin, daß selbst die fehlerhaft erhobene Klage, die Klage eines partei- oder prozeßunfähigen Gebildes oder die beim unzuständigen Richter erhobene Klage einen Prozeß begründet, der in den Formen des Gesetzes erledigt werden muß. Eher erwägen ließe sich, ob die Befugnisse, welche den Parteien nach Anhängigmachung des Prozesses erwachsen, subjektive Rechte darstellen<sup>53)</sup>. Die Befugnis, einen pendenten Prozeß zu führen, steht nicht jedermann, sondern nur den Haupt- und Nebenparteien zu; die Befugnis zur Fortführung eines Prozesses kann daher als eine Sonderberechtigung bestim-mter Personen aufgefaßt werden. Dabei ist es den Parteien anheimgestellt, ob sie von den ihnen eingeräumten prozessualen Möglichkeiten Gebrauch machen wollen oder nicht. Die Annahme könnte daher naheliegen, daß die prozessualen Parteibefugnisse einen Bereich privater Au-tonomie darstellen, wie sie für ein subjektives Recht charakteristisch ist. Indessen ist nicht zu erkennen, daß die Parteibefugnisse nicht nur Berechtigungen darstellen, sondern auch in der Meinung verliehen sind, daß sie aus-geübt werden sollen. Das Institut des Prozesses soll die Verwirklichung des materiellen Rechtes im konkreten Einzelfall ermöglichen. Wenn dabei die Prozeßführung in weitem Umfang in die Hand der Parteien gelegt ist<sup>54)</sup>, so

---

<sup>52)</sup> Seckel, Gestaltungsrechte, Festgabe für Koch, S. 211.

<sup>53)</sup> In diesem Sinne Walsmann, Der Verzicht, S. 64 f.

<sup>54)</sup> Vgl. oben Ziff. II.

beruht dies darauf, daß die Parteien am ehesten in der Lage sind, die Grundlagen für die richterliche Entscheidung zu beschaffen. Von ihnen erwartet der Gesetzgeber, daß sie im Prozeß das Nötige vorkehren, um die Feststellung der wirklichen Rechtslage zu ermöglichen<sup>55)</sup>. Das bringt das Gesetz u. a. dadurch zum Ausdruck, daß es die Parteien zum Erscheinen vor dem Richter verpflichtet<sup>56)</sup> und daß es vom Kläger verlangt, daß er den angehobenen Prozeß fortführe oder anerkenne, daß der eingeklagte Anspruch nicht bestehe<sup>57)</sup><sup>58)</sup>. Im weiteren gebietet es den Parteien, daß sie sich über das Vorbringen des Gegners auszusprechen haben<sup>59)</sup>. Wenn das Gesetz den Parteien anheimstellt, die Beweismittel zu bezeichnen<sup>60)</sup>, so soll doch der Richter im Prozeß die Wahrheit ermitteln, was voraussetzt, daß von den Parteien erwartet wird, daß sie alle in Frage kommenden Beweise anrufen. Wenn aber die prozessualen Befugnisse der Parteien in weitem Umfang zugleich Ob-

<sup>55)</sup> Rechtspflichten der Parteien statuiert das Gesetz im allgemeinen nach dieser Richtung nicht. Nur auf indirektem Weg, durch das eigene Interesse der Parteien an der Vermeidung der im Gesetz angedrohten Säumnisfolgen sucht es die Parteien zum Handeln im Prozeß zu veranlassen. Das Handeln im Prozeß ist nicht Rechtspflicht, sondern prozessuale Last, vgl. statt vieler, Hellwig, System I S. 401.

<sup>56)</sup> § 219 GVG. Das Erscheinen vor Gericht ist eine eigentliche Rechtspflicht, deren Verletzung Strafe (Ordnungsbuß) nach sich zieht.

<sup>57)</sup> § 127 Ziff. 4 ZPO. Trotz dem Wortlaut des Gesetzes, welches von einer Verpflichtung spricht, ist die Fortführung des Prozesses durch den Kläger eine bloße Last; vgl. unten Anm. 160.

<sup>58)</sup> Der Kläger kann die Klage zurückziehen, oder der Beklagte kann sie anerkennen, die Parteien brauchen mithin den Prozeß nicht zu Ende zu führen. Wenn er aber durchgeführt werden soll, sollen die Parteien von ihren prozessualen Befugnissen in einer Weise Gebrauch machen, daß der Richter ein materiell richtiges Urteil fällen kann.

<sup>59)</sup> § 134 ZPO.

<sup>60)</sup> §§ 157 ff. ZPO.

liegenheit sind<sup>61)</sup>, so sind sie den Parteien nicht zur Ausübung nach privater Willkür eingeräumt, wie es subjektiven Rechten entsprechen würde. Die Parteibefugnisse sind als Mittel gedacht, um eine dem objektiven Recht entsprechende Entscheidung über den eingeklagten Anspruch herbeizuführen, sie wollen nicht eine Privatautonomie der Parteien auf dem Gebiete des Prozeßrechtes begründen<sup>62)</sup>, als deren Ausdruck subjektive Rechte gelten könnten.

Auch die verfahrensrechtlichen Befugnisse von Gläubiger und Schuldner in der Schuldbetreibung sind keine subjektiven Rechte, soweit vom Pfändungspfandrecht des Gläubigers und von seinem Anspruch gegenüber dem Betreibungsamt auf Auszahlung des Verwertungserlöses abgesehen wird<sup>63)</sup>. Es gibt so wenig ein prozessuales Vollstreckungsrecht, welches alle verfahrensrechtlichen Befug-

---

<sup>61)</sup> Selbst die Rechtsmittel sind nicht nur im Hinblick auf die Privatinteressen der Parteien verliehen, sondern auch zur Wahrung des objektiven Rechtes.

<sup>62)</sup> Vgl. auch oben S. 190 f.

<sup>63)</sup> Sofern die in Betreibung gesetzte Forderung zu Recht besteht, ist der Betreibende nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch materiell berechtigt, auf dem Betreibungsweg Beschlagsrechte an bestimmten Gegenständen des schuldnerischen Vermögens zu erwerben. Diese materielle Berechtigung des Gläubigers kann als ein — mit seiner Forderung verbundenes — privatrechtliches Gestaltungsrecht (Aneignungsrecht) aufgefaßt werden, welches in den Formen des Prozesses, bzw. der Schuldbetreibung ausgeübt wird, vgl. v. Tuhr, Allgem. Teil BGB I S. 176; Reichel, Gewillkürte Haftungsbeschränkung, Festschrift für Georg Cohn, S. 210. In der Betreibung liegt aber nicht notwendig die Ausübung dieses privatrechtlichen Gestaltungsrechtes. Die Durchführung der Betreibung setzt nicht voraus, daß der Betreibende materiell wirklich berechtigt sei. Sofern es der Betriebene versäumt, rechtzeitig Recht vorzuschlagen oder rechtzeitig die Aberkennungsklage einzureichen, kann die Betreibung auch ohne materielle Berechtigung durchgeführt werden. In Anlehnung an die übliche Terminologie wird im Text von Gläubiger und Schuldner gesprochen, ohne daß damit behauptet werden will, die Betreibung setze eine begründete Forderung voraus.

nisse des Gläubigers mitumfassen würde, als es ein prozessuales Klagerecht gibt<sup>64)</sup>). In Lehre und Rechtsprechung werden zwar die verfahrensrechtlichen Befugnisse des Gläubigers in der Schuldbetreibung vielfach als übertragbare subjektive Rechte aufgefaßt. Wenn der Gläubiger die in Betreibung gesetzte Forderung an einen Dritten zediert, so sollen seine verfahrensrechtlichen Befugnisse als Vorzugs- oder Nebenrechte im Sinne von Art. 170 OR auf den Zessionar übergehen, so daß dieser die Betreibung in eigenem Namen fortsetzen kann<sup>65)</sup>). Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Die dem Gläubiger eingeräumten verfahrensrechtlichen Befugnisse ermöglichen es ihm, die Staatsgewalt zwecks Durchsetzung der von ihm behaupteten Forderung in Bewegung zu setzen. Derartige Befugnisse sind ihrer Natur nach einer Übertragung an Dritte auf dem Wege einer privatrechtlichen Zession so wenig zugänglich wie die Befugnisse einer Partei im Zivilprozeß. Im Ergebnis ist aber die angeführte Auffassung dennoch richtig. Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, den Erwerber des Streitobjektes in den Prozeß eintreten zu lassen<sup>66)</sup>). Dem entspricht es, daß der Zessionar die Betreibung an Stelle des Gläubigers fortsetzen kann. Die Voraussetzungen, unter denen das geschehen darf, sind im Gesetz nicht näher umschrieben. In diesem Punkt liegt eine Lücke vor, welche analog Art. 1 ZGB durch den Richter auszufüllen ist. Wenn die Rechtsprechung dazu gelangt ist, die betreibungsrechtlichen Befugnisse des Gläubigers auf den Zessionar übergehen zu lassen, so ist der Eintritt des Zessionars in die Betreibung aber doch ein Institut des Betreibungsrechtes. Um den Vorgang zu erklären, bedarf es nicht der Annahme subjektiver Verfahrensrechte des

---

<sup>64)</sup> Anderer Ansicht: Roquette, Vollstreckungsverträge, ZZP 49 S. 161; Stein, Grundfragen, S. 5 ff.; Geib, Rechtsschutzbegehren, S. 39; u. a.

<sup>65)</sup> Oser-Schönenberger, Note 2 zu Art. 170 OR; Jäger, Note 5 zu Art. 88 SchKG; BGE 22 S. 669 Erw. 2; 35 I S. 557.

<sup>66)</sup> § 47 ZPO.

Gläubigers, welche Gegenstand einer privatrechtlichen Zession bilden könnten.

Sind die verfahrensrechtlichen Parteibefugnisse keine subjektiven Rechte, so kann nicht schon aus ihrem Wesen gefolgert werden, daß ein Verzicht auf breitester Grundlage möglich sein müsse, selbst ein Verzicht auf künftige prozessuale Befugnisse und ein solcher durch Erklärung außerhalb des Prozesses.

2. Im allgemeinen wird angenommen, daß die Ausübung prozessualer Befugnisse zum Gegenstand einer obligatorischen Verpflichtung der einen Partei gegenüber der andern gemacht werden kann. Gegenstand einer Verpflichtung kann jedes mögliche und rechtlich zulässige Tun und Unterlassen sein. Daraus wird gefolgert, daß auch die Verpflichtung zur Nichtvornahme einer Prozeßhandlung übernommen werden kann, soweit die in Frage kommende Prozeßhandlung nicht der freien Entschließung des Berechtigten anheimgestellt bleiben soll und die Übernahme der Verpflichtung nicht sittenwidrig ist<sup>67)</sup>). Zu bedenken ist immerhin, daß die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung zur Nichtvornahme einer Prozeßhandlung dem damit verfolgten Zweck nicht ohne weiteres gerecht wird. Wenn zum Beispiel der Gläubiger im Betriebsverfahren dem Schuldner verspricht, mit dem Konkursbegehren während einer bestimmten Frist zuzuwarten<sup>68)</sup>), dieses aber dann trotzdem stellt, so wird der Schuldner zwar den Befehlsrichter anrufen können, um dem Gläubiger die Rücknahme des Konkursbegehrens anbefehlen zu lassen. Aber bis ein solcher Befehl vollstreckt ist, kann der Konkurs schon längst eröffnet sein. Der Sach-

<sup>67)</sup> Kohler, Gruchot 31 S. 298 und 486 ff.; Stein-Jonas, Anm. 1 zu § 271 dZPO; Rosenberg, S. 167 und 418; Schoenke, S. 295, 242; BGE 42 III 81; RGZ 102 S. 220; A. A. Bülow, Arch. f. ziv. Praxis 64 S. 65; Hellwig, System I S. 450, Anspruch und Klagrecht, S. 162.

<sup>68)</sup> In einem solchen Versprechen liegt nicht notwendig eine Stundung der in Betriebung gesetzten Forderung, vgl. unten Ziff. IV 2.

lage würde viel eher entsprechen, wenn nicht das Dürfen des Gläubigers, sondern sein Können beschränkt werden könnte, mit andern Worten, wenn seine Befugnis, das Konkursbegehren zu stellen, beschränkt werden könnte. Ein praktisches Bedürfnis hierfür würde auch in Fällen bestehen, wo ein definitiver Rechtsverlust nicht zu befürchten ist. So wenn der Kläger dem Beklagten zugesagt hat, die Berufung gegen eine Entscheidung nicht zu ergreifen, sie aber doch einlegt. Es leuchtet nicht ohne weiteres ein, daß der Prozeß in der Berufungsinstanz solange soll fortgesetzt werden können, bis die vom Kläger übernommene Verpflichtung in einem besonderen Verfahren vollstreckt ist. Darum ist verständlich, wenn versucht worden ist, derartigen Verpflichtungen im Prozeß auf direktem Wege Nachachtung zu verschaffen. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, daß die Parteien verpflichtet sind, von ihren prozessualen Befugnissen nach Treu und Glauben Gebrauch zu machen<sup>69)</sup>. Eine Partei verstöße gegen dieses Gebot, wenn sie eine Prozeßhandlung vornehme, zu deren Nichtvornahme sie sich dem Gegner gegenüber obligatorisch verpflichtet habe. Der Gegner könne die Exceptio doli erheben, und der Richter habe der unter Mißachtung einer übernommenen Verpflichtung vorgenommenen Prozeßhandlung den Erfolg zu versagen<sup>70)</sup>. Damit kommt man zwar einem praktischen Bedürfnis entgegen, jedoch kaum auf richtigem Weg. Nach der dargelegten Auffassung wäre der Richter berechtigt, die Klage als unzulässig zu verwerten, wenn sich der Kläger dem Beklagten gegenüber zum Rückzug verpflichtet hat, entgegen dieser Verpflichtung aber den Prozeß fortführt. Schließlich würde das nichts anderes bedeuten, als daß der Richter die das Verfahren betreffenden obligatorischen Verpflichtungen der Parteien im pendenten Prozeß zur Vollstreckung bringen

---

<sup>69)</sup> SJZ 39 S. 398 und 405.

<sup>70)</sup> Stein-Jonas I zu § 271 dZPO; Schoenke, S. 295; RGZ 102 S. 221; 123 S. 85. G. Benkendorff, Die vertragliche Klag- und Rechtsmittelrücknahme, S. 55 ff.

darf. Es kann sich fragen, ob der Richter hierzu berechtigt ist. Im allgemeinen wird unterstellt, daß diese Frage zu verneinen sei. Es wird davon ausgegangen, der Richter habe sich einzig mit dem Anspruch zu befassen, der mit der Klage erhoben sei, nicht auch mit anderweitigen Ansprüchen und Verpflichtungen, die zwischen den Parteien allenfalls im Zusammenhang mit dem Prozeß begründet worden sind. Zur Vollstreckung der Verpflichtung, die Klage zurückzuziehen, bedürfe es deshalb der Durchführung eines besonderen Verfahrens. Dieser Schluß dürfte immerhin voreilig sein. Das Gesetz führt zum mindesten einen Fall an, in welchem in jedem Stadium des Verfahrens über einen nicht mit der Klage erhobenen Anspruch entschieden werden kann. Er betrifft die Edition von Urkunden. Ob eine Pflicht zur Vorlegung besteht, entscheidet der Richter inzidenter und nicht in einem gesonderten Verfahren<sup>71)</sup>. Im Sinne des Gesetzes dürfte aber auch liegen, daß der Kläger, der auf Grund eines rechtskräftigen Urteils die ihm zugesprochene Summe oder Sache erhalten hat, auf Antrag des Beklagten von der Kassations- oder Revisionsinstanz zur Rückgabe verpflichtet werden kann, wenn das Urteil auf Grund einer Nichtigkeitsbeschwerde oder eines Revisionsbegehrens des Beklagten aufgehoben und die Klage abgewiesen wird. Der Durchführung eines besonderen Prozesses auf Rückerstattung bedarf es nicht, vielmehr kann der Kläger zur Rückerstattung von dem Gericht angehalten werden, welches nach Aufhebung des ergangenen Urteils über seine Klage zu entscheiden hat<sup>72)</sup>. Es ließe sich erwägen, ob in gleichem Sinne zu verfahren sei, wenn eine Partei eine das Verfahren betreffende Verpflichtung übernommen hat und es sich darum handelt,

---

<sup>71)</sup> §§ 228 ff. ZPO. Die Pflicht zur Edition von Urkunden richtet sich auch im Prozeß nach den Bestimmungen des Privatrechtes (§ 228 ZPO). Als eine privatrechtliche Pflicht besteht sie nicht dem Gericht, sondern der beweisführenden Partei gegenüber; a. A. Ammann, Die Pflicht zur Edition von Urkunden, S. 8 ff.

<sup>72)</sup> Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 171 Note 22.

dieser Verpflichtung Nachachtung zu verschaffen. Das würde bedeuten, daß der mit der Klage befaßte Richter den Kläger zum Rückzug derselben anhalten könnte, wenn sich der Kläger dem Beklagten gegenüber zum Rückzug verpflichtet hat. Alsdann bedürfte es aber — und das ist hier das Wesentliche — keiner Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben, um dem Richter die Berücksichtigung des Klagerücknahmeverorschens zu ermöglichen, vielmehr stünde der Erfüllungsanspruch zu Gebot, wie es im Sinne einer privatrechtlichen Vereinbarung liegt. Aber wenn schon davon ausgegangen werden wollte, der Richter dürfe Maßnahmen treffen, um einer das Verfahren betreffenden Verpflichtung einer Partei Nachachtung zu verschaffen, so würde damit im Grunde genommen nur in einer etwas verschleierten Form der Satz ausgesprochen, daß auf prozessuale Befugnisse durch außergerichtliche Erklärung wirksam verzichtet werden kann. Ob das zutrifft, ist die allein wesentliche Frage. Sie kann nicht allgemein in abstracto entschieden werden, vielmehr sind konkrete Fälle ins Auge zu fassen.

#### IV.

In der Praxis begegnet man gelegentlich Vereinbarungen, wonach der staatliche Rechtsschutz, sei es zur Feststellung streitiger Ansprüche<sup>73)</sup> oder zur Vollstreckung unbestrittener Ansprüche<sup>74)</sup>, entgegen der im Gesetz vorgesehenen Ordnung temporär ausgeschlossen werden soll.

1. So kommt es vor, daß vereinbart wird, der Kläger solle die staatlichen Gerichte erst anrufen können, nachdem ein privates Sühnverfahren ohne Erfolg durchgeführt worden ist. Derartige Vereinbarungen bestehen vielerorts zwischen den Berufsorganisationen der Ärzte einerseits und den anerkannten Krankenkassen anderseits. Streitigkeiten zwischen den genannten Medizinalpersonen und den Kassen

---

<sup>73)</sup> Vgl. unten Ziff. 1.

<sup>74)</sup> Vgl. unten Ziff. 2.

werden durch die in Art. 25 KUVG vorgesehenen Schiedsgerichte — in Wirklichkeit sind es staatliche Gerichte — erledigt. In der Gesetzgebung ist nicht vorgesehen, daß in Prozessen, welche in die Zuständigkeit dieser Gerichte fallen, ein Sühnverfahren stattzufinden hätte<sup>74a)</sup>). Um die gütliche Erledigung solcher Streitigkeiten zu fördern, sind die beteiligten Kreise dazu übergegangen, paritätische Vertrauenskommissionen einzusetzen, vor denen vorgängig des Prozesses vor dem Gericht ein eigentliches privates Sühnverfahren stattfindet<sup>75) 76)</sup>). Dabei hat es die Meinung, daß das Gericht nicht vor Durchführung des Sühnverfahrens soll angerufen werden können.

In den Statuten juristischer Personen findet sich gelegentlich die Bestimmung, daß bei Streitigkeiten zwischen der juristischen Person und einem Mitglied das letztere erst berechtigt sein soll, gerichtliche Klage zu erheben, nachdem es einen statutarischen Instanzenweg durchlaufen hat, ansonst die juristische Person nicht gehalten ist, sich

---

<sup>74a)</sup> Inzwischen hat ein Gesetz vom 25. November 1945 den Regierungsrat ermächtigt, ein amtliches Sühnverfahren einzuführen (OS 37 S. 496). Von dieser Ermächtigung ist bisher noch kein Gebrauch gemacht worden.

<sup>75)</sup> Es hat sich nämlich gezeigt, daß Prozesse über Honorarforderungen der Ärzte ungeahnte Schwierigkeiten bieten können. Für die Kasse ist kaum feststellbar, inwiefern die einzelnen Leistungen, für die der Arzt sein Honorar fordert, gerechtfertigt waren. Ob ein Arzt die Kasse überfordert, kann in der Regel nur auf indirektem Weg, auf Grund der Höhe seiner durchschnittlichen Behandlungskosten, ermittelt werden. Erscheint der Durchschnitt als übersetzt, so pflegen die Kassen die Bezahlung aller seiner Rechnungen, die über dem Durchschnitt liegen, zu verweigern. Kommt es zum Prozeß, so werden oft viele Dutzende von Rechnungen eingeklagt, die ihrerseits in viele Einzelposten zerfallen, so daß im Prozeß bis in die Tausende von Einzelposten streitig sein können. Es liegt auf der Hand, daß Streitigkeiten dieses Umfanges am besten gütlich erledigt werden.

<sup>76)</sup> Ein solches Verfahren ist zum Beispiel vorgesehen in der Vereinbarung zwischen dem Verband der Krankenkassen im Kanton Zürich und der Gesellschaft der Ärzte des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1941.

auf eine gerichtliche Klage einzulassen. Der Rechtsstreit soll somit vorgängig der Prozeßführung einem höheren statutarischen Organ zur Entscheidung unterbreitet werden<sup>77)</sup>. Derartige Bestimmungen sind häufig in den Satzungen von Krankenkassen enthalten<sup>78)</sup>, sie kommen aber auch bei andern korporativ organisierten juristischen Personen vor. Durch Bestimmungen dieser Art wird nicht der Anspruch, welcher Gegenstand des Streites bildet, bis zur Erledigung des außergerichtlichen Verfahrens privatrechtlich gestundet, so daß aus diesem Grund eine vorzeitige Leistungsklage keinen Erfolg haben könnte. Eine Stundung hätte zur Folge, daß sich der Schuldner während der Dauer des außergerichtlichen Verfahrens nicht im Verzug befinden würde, so daß der Gläubiger weder Verzugszinsen noch Ersatz eines neu entstehenden Verzugsschadens beanspruchen könnte. Eine derartige Rechtsfolge liegt aber nicht im Sinne der angeführten Bestimmungen. Bestand und Umfang der materiellen Rechte sollen nicht berührt werden, nur der gerichtliche Rechtsschutz soll bis zur Erledigung des vereinbarten oder statutarisch festgesetzten Verfahrens ausgeschlossen sein<sup>79)</sup>.

<sup>77)</sup> Die Stellung dieses Organs ist eine rein privatrechtliche: Erhebt das Mitglied einen Anspruch gegen die juristische Person, so kann das betreffende Organ den Anspruch anerkennen und die juristische Person entsprechend verpflichten; handelt es sich um einen Anspruch der juristischen Person gegen das Mitglied, so kann das Organ auf diesen Anspruch gegebenenfalls verzichten.

<sup>78)</sup> Statuten der Krankenkasse Helvetia vom 16. Juni 1929 § 94: «Vor der gerichtlichen Anhängigmachung hat der Kläger den nachstehend vorgeschriebenen Instanzenzug zu beachten, ansonst die Beklagte nicht verpflichtet ist, auf die Klage einzutreten.» Der «Rekurs» des Mitgliedes geht an die Zentralverwaltung und von dieser an den Zentralvorstand. — Daß die vom Bund anerkannten Krankenkassen derartige Bestimmungen rechtswirksam aufstellen können, folgt aus Art. 30 KUVG.

<sup>79)</sup> Falls es die vorgesehene Instanz ablehnt, in Funktion zu treten, muß der Kläger berechtigt sein, ohne Durchführung des vereinbarten Verfahrens direkt das Gericht anzurufen.

Für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen und Satzungen spricht die Erwägung, daß sie die Wahrung des Rechtsfriedens fördern wollen, mithin Zwecken dienen, die mit den Bestrebungen des Gesetzgebers im Einklang stehen. Das ist besonders deutlich im Falle der Vereinbarung eines privaten Sühnverfahrens. Ein Sühnverfahren entspricht der Ordnung, welche die Prozeßgesetze selbst vorzusehen pflegen, unterliegt doch im allgemeinen jeder Rechtsstreit einem vorgängigen Sühnversuch<sup>80)</sup>. Nicht wesentlich anders verhält es sich beim Ausschluß des Rechtsweges bis zur Erledigung eines statutarischen Instanzenzuges. Eine derartige Ordnung hat zum Ziel, Rechtsstreitigkeiten nach Möglichkeit innerhalb der korporativen Organisation selbst auf gütlichem Wege beizulegen, sie stellt wiederum eine Maßnahme zur Erhaltung des Rechtsfriedens dar. Sofern der statutarische Instanzenzug nicht in einer Weise ausgebaut ist, daß die Rechtsverfolgung übermäßig erschwert wird<sup>81)</sup><sup>82)</sup>, können solche Bestrebungen nur gebilligt werden. Auch wenn in den Prozeßgesetzen nicht ausgesprochen ist, daß der Rechtsweg durch Parteivereinbarung temporär ausgeschlossen

---

<sup>80)</sup> § 109 ZPO.

<sup>81)</sup> Eine übermäßige Erschwerung der Rechtsverfolgung liegt meines Erachtens nicht schon dann vor, wenn in den Satzungen festgelegt wird, der statutarische Instanzenweg müsse innerhalb einer bestimmten Frist beschritten werden und es könne weder die Entscheidung der statutarischen Instanz noch diejenige des Richters angerufen werden, wenn die Frist nicht innegehalten werde. Derartige Klauseln besagen schließlich nichts anderes, als daß der materielle Anspruch des Mitgliedes untergeht, wenn er nicht rechtzeitig geltend gemacht wird. Materielle Ansprüche können aber durch private Vereinbarung in dieser Weise befristet werden.

<sup>82)</sup> Für Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischer Person und Mitglied kann der Rechtsweg nicht generell ausgeschlossen werden, Egger, Note 11 zu Art. 71 ZGB. Eine Ausnahme besteht für die vom Bund anerkannten Krankenkassen auf Grund von Art. 30 KUVG, vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 546 Anm. 52; Gucknrecht, Kommentar zum KUVG Art. 30.

werden könne, so dürfen doch Vereinbarungen und Sitzungen der angeführten Art als gültig betrachtet werden<sup>83)</sup>.

Die prozessuale Wirksamkeit kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, daß verfahrensrechtlich nur solche Parteierklärungen bedeutsam sein können, welche vor dem Richter abgegeben werden. Schieds- und Prorogationsvertrag können außergerichtlich abgeschlossen werden, sind aber nichtsdestoweniger prozessual wirksam, sofern sie im Prozeß geltend gemacht werden<sup>84)</sup>. Auch der gerichtliche Vergleich braucht nicht vor dem Gericht selbst abgeschlossen zu werden. Als Vertrag zwischen den Parteien kann er auch außerhalb des Verfahrens abgeschlossen werden. Zu einem gerichtlichen Vergleich wird er dann,

---

<sup>83)</sup> a. A. Schiedermaier (S. 90 ff.), der zwar prozeßrechtliche Verträge auf breiter Grundlage zulassen will, aber die Gültigkeit von Verträgen bestreitet, welche die Klage oder die Zwangsvollstreckung innerhalb bestimmter Fristen ausschließen wollen. Der Kläger habe ein subjektives, öffentliches Recht auf Rechtsschutz, über welchen, abgesehen vom Sonderfall des Schiedsvertrages, nicht durch Parteivereinbarung verfügt werden könne. Der Rechtsschutzanspruch diene zur Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung, alle ihn betreffenden Vorschriften seien zwingenden Rechtes. Die Parteien sind sicher nicht frei, die Bestimmungen über die Gewährung des Rechtsschutzes im gerichtlichen Verfahren nach Belieben abzuändern. Daß aber das Gesetz nicht jede Anpassung an die individuellen Bedürfnisse des Einzelfalles ausschließen will, zeigt schon der Umstand, daß der Schiedsvertrag zugelassen wird. Vereinbarungen über ein privates Sühnverfahren oder einen statutarischen Instanzenzug verdienen in gleicher Weise Berücksichtigung wie ein Schiedsvertrag. Daß diese die Verwirklichung der Privatrechtsordnung in Frage stellen, kann nicht behauptet werden.

<sup>84)</sup> Während das Gesetz für den Schiedsvertrag die Schriftform verlangt (§ 359 ZPO), bedarf der Prorogationsvertrag keiner besonderen Form (§ 16 ZPO), praktisch werden aber auch Prorogationsverträge nie anders als schriftlich abgeschlossen. Theoretisch besteht aber die Möglichkeit, daß der Richter vorerst Beweis darüber zu erheben hat, ob die für eine Prorogation erforderlichen Erklärungen überhaupt abgegeben worden sind, wenn zwischen den Parteien streitig ist, ob mündlich eine Prorogation zustande gekommen ist.

wenn er dem Gericht bekanntgegeben («verlautbart») wird<sup>85)</sup>). Ebenso kann der Prozeß-Stellvertreter durch Erklärung außerhalb des Prozesses zur Stellvertretung bevollmächtigt werden<sup>86)</sup>; prozessuale Bedeutung erhält die Vollmacht dann, wenn sie dem Gerichte eingereicht wird. Nicht jede Erklärung, welche verfahrensrechtlich wirksam ist, braucht demnach notwendigerweise vor dem Richter selbst abgegeben zu werden. Wie die angeführten Fälle zeigen, kann es genügen, wenn sie außergerichtlich dem Gegner gegenüber abgegeben werden und das Gericht von der erfolgten Abgabe der Erklärung in Kenntnis gesetzt wird.

Fragen kann es sich allerdings, ob das Gesetz die Fälle, in denen außergerichtliche Erklärungen von prozessualer Bedeutung sind, abschließend aufzähle. Diese Annahme liegt, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, einer Entscheidung des Bundesgerichtes aus dem Gebiet des Betreibungsrechtes zugrunde<sup>87)</sup>. Es wird darin ausgeführt, ein Verzicht auf eine betreibungsrechtliche Befugnis des Gläubigers<sup>88)</sup> «könnte nur dann einen unmittelbaren Anspruch gegen die Betreibungsbehörden auf Unterlassung

---

<sup>85)</sup> Fürst, Beitrag zur Lehre vom Prozeßvergleich, S. 15 und 54 f.; Schulz, Der gerichtliche Vergleich, S. 101.

Zu einem gerichtlichen Vergleich gehört, daß sein ganzer Inhalt dem Gericht bekanntgegeben wird und daß beide Parteien die Erledigung des Prozesses gestützt auf den Vergleich beantragen. Dabei kann in der Weise verfahren werden, daß die Parteien den außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich schriftlich niederlegen und sich gegenseitig (ausdrücklich oder stillschweigend) ermächtigen, den Vergleich dem Gericht zu übermitteln und die Erledigung des Prozesses zu beantragen. Wenn alsdann eine Partei den Vergleich dem Gerichte vorlegt und die Ausfällung eines Erledigungsbeschlusses beantragt, stellt sie diesen Antrag nicht nur in eigenem Namen, sondern gleichzeitig als Bote des Gegners.

<sup>86)</sup> § 50 ZPO.

<sup>87)</sup> 42 III S. 85 ff.

<sup>88)</sup> In Frage stand ein Verzicht des Gläubigers auf die Befugnis, die amtliche Verwahrung der gepfändeten Objekte zu verlangen (Art. 98 Abs. 3 SchKG).

der in Frage kommenden Amtshandlung begründen, wenn er ihnen gegenüber erklärt worden wäre. Trifft dies nicht zu, sondern hat man es lediglich mit einer internen Vereinbarung zwischen den Betreibungsparteien zu tun, so erwächst dem Schuldner daraus zunächst lediglich ein vertragliches Recht gegenüber dem Gläubiger, daß dieser das Begehrum Vornahme der Amtshandlung, auf die er verzichtet hat, nicht stelle bzw. wenn er es schon gestellt hat, wieder zurückziehe. Verletzt der Gläubiger diese Verpflichtung, so stehen dem Schuldner dagegen die Rechtsbehelfe zu Gebot, welche das Gesetz dem aus einem Vertrag Berechtigten im Falle der Nichterfüllung gibt. Es ist demnach Sache der Zivil- bzw. der Vollstreckungsgerichte, zu entscheiden, ob die behauptete Vereinbarung wirklich zustande gekommen ist und, wenn ja, die zu deren Vollstreckung geeigneten Maßnahmen anzuordnen. Eine unmittelbare Vollziehung derartiger außerhalb des Betreibungsverfahrens geschlossener Abmachungen durch die Betreibungsbehörden in der Weise, daß sie die Vornahme der Handlung, auf die angeblich vertraglich verzichtet worden ist, trotz Vorhandensein der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen zu verweigern, ist ausgeschlossen<sup>89).</sup> » Entsprechende Überlegungen könnten auch auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechtes angestellt werden: Nach dem Gesetz kann die Klage jederzeit erhoben werden, eine außergerichtliche Vereinbarung vermag an dieser durch das Gesetz begründeten Befugnis des Klägers nichts zu ändern, infolgedessen kann der Rechtsweg durch außergerichtliche Vereinbarung auch nicht temporär bis zur Erledigung eines vereinbarten Sühnverfahrens oder des Verfahrens in einem statutarischen Instanzenzug nicht ausgeschlossen werden.

Diese Auffassung ist jedoch zu eng. Sie läßt völlig außer acht, daß das positive Recht auch im Gebiete des Verfahrensrechtes keine lückenlose Ordnung enthält<sup>90).</sup>

---

<sup>89)</sup> Im gleichen Sinne: BGE 69 III S. 4; 71 III S. 29.

<sup>90)</sup> Vgl. oben Anm. 24.

Vereinbarungen, welche die Parteibefugnisse abweichend von der gesetzlichen Ordnung regeln, können daher nicht von vornherein generell als unzulässig bezeichnet werden. Nach dem bereits Gesagten darf aber davon ausgegangen werden, daß Vereinbarungen und Satzungen der angeführten Art mit dem Gesetz in Einklang stehen. Diesfalls kann aber die Tatsache, daß sie auf außergerichtlichen Rechtshandlungen beruhen, ihrer prozessualen Wirksamkeit nicht entgegenstehen. Wenn es sich darum handelt, eine Vereinbarung für den Fall eines künftigen Rechtsstreites zu treffen, so kann die Vereinbarung überhaupt nicht anders als außergerichtlich abgeschlossen werden. Darauf beruht es denn auch, daß Schieds- und Prorogationsvertrag außergerichtlich gültig abgeschlossen werden können<sup>91)</sup>. Dasselbe muß aber auch für die weiteren, im Gesetz nicht besonders erwähnten Vereinbarungen gelten, welche auf einen künftigen Rechtsstreit Bezug haben, sofern angenommen werden darf, daß ihre Zulässigkeit im Sinne des Gesetzes liegt. Es genügt auch nicht, auf die Möglichkeit zu verweisen, durch privatrechtlichen Vertrag außergerichtlich die obligatorische Verpflichtung zu begründen, eine im Gesetze vorgesehene prozessuale Befugnis nicht auszuüben. Wie bereits dargelegt, erfordern die praktischen Rücksichten, daß nicht nur das Dürfen des Berechtigten, sondern sein Können durch prozessuale Vereinbarung beschränkt werden können<sup>92)</sup>. Das anerkennt auch das Gesetz, indem es dem Prorogations- und Schiedsvertrag prozessuale Wirkungen beilegt und sich nicht darauf

---

<sup>91)</sup> Daß ein Vergleich außergerichtlich abgeschlossen werden kann, erklärt sich daraus, daß er eine Verfügung über Privatrechte enthält. Zu einer solchen bedarf es aber des Austausches von Erklärungen unter den Parteien, die auch außergerichtlich vorgenommen werden kann. Die Prozeßvollmacht kann außergerichtlich erteilt werden entsprechend dem Satz des Privatrechtes, daß die Vollmachtserteilung durch Erklärung an den Vertreter erfolgen kann.

<sup>92)</sup> Vgl. oben Ziff. III 2.

beschränkt, an solche Verträge die Entstehung obligatorischer Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen zu knüpfen<sup>93)</sup>). Demgemäß muß auch die prozessuale Wirksamkeit einer Vereinbarung des Inhaltes anerkannt werden, die Klage solle erst nach Durchführung eines privaten

---

<sup>93)</sup> Wenn schon eingeräumt wird, eine Partei könne sich dem Gegner gegenüber gültig zur Nichtvornahme einer Prozeßhandlung verpflichten, so ist es wenig konsequent, auf halbem Wege stehenzubleiben und anzunehmen, daß die Prozeßhandlung trotzdem wirksam vorgenommen werden könne und der Gegner auf Erhebung einer Unterlassungsklage in einem besonderen Verfahren angewiesen sei. Ergibt aber die Auslegung des Gesetzes, daß ein prozessual wirksamer Verzicht auf eine bestimmte verfahrensrechtliche Befugnis nicht zulässig sein soll, so wird in der Regel anzunehmen sein, daß auch eine obligatorische Verpflichtung des Inhaltes, von der betreffenden Befugnis keinen Gebrauch zu machen, nicht gültig übernommen werden kann. Damit soll nicht behauptet sein, daß für die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäften (Rechtsgeschäften des Privatrechtes auf Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen) und Rechtsgeschäften mit prozessualer Wirkung kein Raum sei. Die ersteren begründen lediglich privatrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, während die letzteren, sofern sie dem Richter bekanntgegeben werden, gestaltend auf das Verfahren einwirken und daher nicht nur für die Parteien, sondern auch für den Richter bedeutsam sind, wie dies insbesondere bei Klageanerkennung, Klagerückzug, gerichtlichem Vergleich, Schieds- und Prorogationsvertrag zutrifft. Aber die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäften und prozessuellen Rechtsgeschäften hat nicht die gleiche Bedeutung wie etwa die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften im Privatrecht. Das mag an folgendem Beispiel erläutert werden: Wer eine Sache verkauft, begibt sich damit nicht der Möglichkeit, sie einem Dritten zu übereignen. Rechts- und sozialpolitische Gründe verbieten es, daß der bloße Abschluß eines Kaufvertrages zu einer sachenrechtlichen, auch Dritten gegenüber wirksamen Bindung des verkauften Eigentums zugunsten des Käufers führt. Die Rücksichtnahme auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr erfordert vielmehr, daß die Verfügungsmacht des Veräußerers über die Sache erst betroffen wird, wenn die Veräußerung durch Übertragung des Besitzes an der verkauften Sache auch äußerlich in Erscheinung tritt. Für entsprechende Überlegungen ist im Gebiet des Prozeßrechtes kein

Schlichtungsverfahrens erhoben werden können. Der Beklagte kann daher die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erheben, und die Klage ist durch den Richter von der Hand zu weisen, wenn die Klage unter Umgehung des vereinbarten Verfahrens erhoben wird<sup>94)</sup>.

---

Raum. Wenn von den Parteien festgelegt wird, der Richter darf erst bei Durchführung eines privaten Schlichtungsverfahrens angerufen werden, so bestehen keine hinreichenden Gründe, an diese Vereinbarung lediglich die Entstehung privatrechtlicher, in einem besonderen Verfahren erzwingbarer Ansprüche zu knüpfen, die prozessuale Befugnis zur Beschreitung des Rechtsweges aber in gleicher Weise fortbestehen zu lassen, wie wenn die Vereinbarung nicht abgeschlossen worden wäre. Freilich sind auch die Rechtsnachfolger der Parteien an eine solche Vereinbarung gebunden. Aber die Stellung des Rechtsnachfolgers ist auf prozessualem Gebiet ohnehin keine wesentlich andere als die des Rechtsvorgängers. Die Rechtskraft des gegen den Rechtsvorgänger ausgefallenen Urteils erstreckt sich auch auf den Rechtsnachfolger (§ 104 ZPO), ebenso ist der Rechtsnachfolger an die vom Rechtsvorgänger abgeschlossenen Schieds- und Prorogationsverträge gebunden. Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäften und Rechtsgeschäften mit prozessualer Wirkung hat aber insofern Bedeutung, als es Prozeßhandlungen gibt, die nicht anders als dem Richter gegenüber vorgenommen werden können: Wer sich dem Gegner gegenüber verpflichtet, die Klage zurückzuziehen, hat die Klage noch nicht zurückgezogen. Aber wenn auch aus einer solchen Vereinbarung zunächst nur eine obligatorische Verpflichtung zur Vornahme einer Prozeßhandlung (Klagerückzug) entsteht, so ist damit noch nicht gesagt, daß sich die Wirkungen einer solchen Vereinbarung notwendigerweise in dieser obligatorischen Verpflichtung erschöpfen. Es kann weiterhin die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die prozessuale Befugnis des Klägers zur Weiterführung des Prozesses dahinfalle, so daß der Richter die Klage als unzulässig erklären kann, sofern der Kläger entgegen seiner Verpflichtung die Klage nicht zurückzieht, vgl. unten Ziff. 6.

<sup>94)</sup> Unzulässig wäre es, an Stelle eines vom Gesetz vorgesehenen amtlichen Sühnverfahrens ein privates Sühnverfahren zu vereinbaren. Die Parteien können wohl die staatliche Gerichtsbarkeit durch Abschluß eines Schiedsvertrages ausschließen, dagegen können sie nicht einzelne Abschnitte des Verfahrens vor den staatlichen Behörden durch ein privates Verfahren ersetzen.

2. Ein temporärer Ausschluß des Rechtsweges kann auch im Vollstreckungsverfahren in Frage kommen<sup>95)</sup>. So wenn der Gläubiger dem Schuldner zusagt, das Betreibungs-, Pfändungs-, Verwertungs- oder Konkursbegehren innerhalb bestimmter Frist nicht zu stellen, um dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zu geben, die Schuld freiwillig zu erfüllen<sup>96)</sup>. In einer Vereinbarung dieses Inhaltes braucht keine privatrechtliche Stundung der Forderung des Gläubigers zu liegen, was sich insbesondere darin zeigt, daß die Verantwortung des Schuldners für den Verzugsschaden auch für die Zeit vorgehalten werden kann, für welche ihm der Gläubiger den Aufschub der Zwangsvollstreckung bewilligt<sup>97)</sup>. Die Vereinbarung kann den Sinn haben, daß lediglich die betreibungsrechtlichen Befugnisse des Gläubigers während bestimmter Zeit nicht sollen ausgeübt werden können, ohne daß die materiellen Rechte des Gläubigers in Mitleidenschaft gezogen werden.

---

<sup>95)</sup> Mehr von theoretischem als praktischem Interesse ist die Frage, ob die Klagbarkeit oder Vollstreckbarkeit eines Anspruches durch Vereinbarung der Parteien dauernd ausgeschlossen werden kann. Auf jeden Fall können die Parteien den Rechtsschutz für einen Anspruch nicht generell ausschließen. Denn materielle Berechtigung und Rechtsschutz machen das Wesen eines subjektiven Rechtes aus. Ein Recht ohne Rechtsschutz ist kein Recht mehr, zum Wesen eines subjektiven Privatrechtes gehört vielmehr, daß es gegebenenfalls auch gegen den Willen des Verpflichteten durchgesetzt werden kann. Es ist deshalb nicht möglich, den Rechtsschutz gänzlich wegzubedingen, gleichzeitig aber die Existenz des Rechtes vorzubehalten. Die gänzliche Wegbedingung des Rechtsschutzes ist gleichbedeutend mit dem Verzicht auf das Recht. Sinnvoll kann aber die Wegbedingung der Klagbarkeit, bzw. Vollstreckbarkeit dann sein, wenn es sich um eine Forderung handelt und der Gläubiger in der Lage ist, sie außergerichtlich auf dem Wege der Verrechnung selbst gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen. Zur ganzen Frage vgl. Reichel, Unklagbare Ansprüche, Jherings Jahrbücher Bd. 59 S. 409 ff.

<sup>96)</sup> Ein solcher Aufschub kann dem Verpflichteten auch im kantonalen Verfahren betreffend Realexekution vom Berechtigten bewilligt werden.

<sup>97)</sup> Vgl. oben Ziff. IV 1.

An der Zulässigkeit derartiger, dem Gedanken des Schuldnerschutzes entsprechenden Vereinbarungen ist nicht zu zweifeln. Entgegen der vom Bundesgericht geäußerten Ansicht<sup>98)</sup> lassen derartige Vereinbarungen nicht nur obligatorische Rechte und Pflichten zwischen Schuldner und Gläubiger zur Entstehung gelangen, vielmehr darf solchen Vereinbarungen auch verfahrensrechtliche Bedeutung beigemessen werden. Das Gesetz spricht freilich nur davon, daß die Rechtsöffnung verweigert werden könne, wenn die Stundung der in Betreibung gesetzten Forderung nachgewiesen werde<sup>99)</sup> und daß unter der gleichen Voraussetzung die Einstellung der Betreibung verfügt werden könne<sup>100)</sup>. Indessen darf der Fall, daß der Gläubiger auf Anhebung oder Fortsetzung der Betreibung zeitweise zu verzichten erklärt, einer Stundung gleichgestellt werden. Im einen wie im andern Fall soll die Betreibung während bestimmter Zeit nicht angehoben oder fortgesetzt werden können. Ob die Fälligkeit der Forderung aufgeschoben wird oder nicht, vermag dabei, betreibungsrechtlich gesehen, keinen Unterschied zu begründen. Was speziell die Pfändung, die Verwertung und die Konkurseröffnung betrifft, so kann der Gläubiger ihre Anordnung ohnehin nicht in jedem beliebigen Zeitpunkt verlangen, sondern er hat den Ablauf bestimmter Fristen abzuwarten<sup>101)</sup>. Diese Fristen hat das Gesetz so bemessen, daß auf die widerstreitenden Interessen von Gläubiger und Schuldner Rücksicht genommen wird. Wenn der Gläubiger dem Schuldner weiter entgegenkommen und die Fortsetzung der Betreibung vom Ablauf längerer Fristen abhängig machen will, als im Gesetz im Minimum vorgesehen ist<sup>102)</sup>,

---

<sup>98)</sup> Vgl. oben Anm. 87.

<sup>99)</sup> Art. 81 Abs. 1 SchKG.

<sup>100)</sup> Art. 85 SchKG.

<sup>101)</sup> Art. 88, 116, 154, 166, 188 SchKG. Jederzeit kann aber das Begehr um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gestellt werden, Art. 190 SchKG.

<sup>102)</sup> Selbstverständlich können die Maximalfristen, innerhalb

so ist nicht einzusehen, weshalb er auf die Befugnis, das Fortsetzungsbegehr zu stellen, für die Dauer der dem Schuldner eingeräumten Frist nicht wirksam sollte verzichten können. Er kann das Betreibungs-, das Verwertungs- und das Konkursbegehr zurückziehen und wieder erneuern<sup>103)</sup>). Unter diesen Umständen muß sich aber der Schluß aufdrängen, daß er als das Mindere gegenüber einem Rückzug auch auf Fortsetzung der Betreibung während bestimmter Zeit verzichten kann. Freilich kann im Zivilprozeß, obschon der Rückzug der Klage jederzeit zulässig ist, kein Ruhen des Verfahrens durch die Parteien vereinbart werden. Der zürcherische Zivilprozeß kennt aber auch keine Fristen, innerhalb welcher der Kläger das Verfahren spätestens zu Ende führen muß, wie sie dem Gläubiger im Betreibungsverfahren laufen. Ein Verzicht auf Fortsetzung der Betreibung während bestimmter Frist kann daher nicht zur Folge haben, daß das Betreibungsverfahren auf beliebige Dauer ruht.

Aus Art. 81 und 85 SchKG ist aber zu schließen, daß wie die Stundung auch ein einstweiliger Verzicht des Gläubigers auf Anhebung oder Fortsetzung der Betreibung nur dann zur Verweigerung der definitiven Rechtsöffnung oder zur Einstellung der Betreibung führen kann<sup>104)</sup>), wenn er durch Urkunden ausgewiesen ist. Ist der Urkundenbeweis nicht zu erbringen, so bleibt dem Schuldner nur die Möglichkeit, in einem besonderen Verfahren auf Erfüllung der ihm vom Gläubiger gemachten Zusage zu klagen, sofern der Gläubiger ihr zuwiderhandelt. Dagegen genügt es, daß der Verzicht glaubhaft gemacht wird, um gegen ein Be-

welcher der Gläubiger das Fortsetzungsbegehr stellen kann, nicht durch Parteivereinbarung verlängert werden.

<sup>103)</sup> Art. 121, 167 SchKG.

<sup>104)</sup> Die Einstellung ist nach Art. 85 SchKG vom Richter zu verfügen. Darum ist es richtig, wenn das Bundesgericht erklärt, das Betreibungsamt dürfe im Hinblick auf eine Vereinbarung der Parteien die Fortsetzung einer Betreibung nicht ablehnen, 71 III S. 29.

gehren des Gläubigers um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung aufzukommen<sup>105)</sup>.

3. Vereinzelt kommen Vereinbarungen der Parteien über die Verteilung der Parteirollen vor. Eine solche enthält der Vertrag des Verbandes der Krankenkassen im Kanton Zürich mit der Gesellschaft der Ärzte des Kantons Zürich vom 15. Dezember 1941. Wird nach ergebnisloser Durchführung des Verfahrens vor der paritätischen Vertrauenskommission<sup>106)</sup> nicht innerhalb Monatsfrist Klage vor Gericht erhoben, «so gilt die Beanstandung (sc. der Arztrechnung) als dahingefallen» (Art. 9). Eine beanstandete Honorarrechnung des Arztes, über welche sich die Parteien im Verfahren vor der Vertrauenskommission nicht geeinigt haben, wird mithin als anerkannt betrachtet, sofern nicht binnen eines Monats Klage erhoben wird. Dabei kann es nur die Meinung haben, daß die Klage von der Kasse und nicht vom Arzt erhoben werden muß. Der letztere ist ja gerade daran interessiert, daß die Beanstandung seiner Rechnung wegen Nichterhöbung der Klage als dahingefallen zu gelten hat, es kann daher nicht beim Arzt liegen, die Klage zu erheben, sondern nur bei der Kasse, von welcher die Beanstandung ausgeht. Die Parteirollen werden demnach vertauscht: als Kläger hat nicht derfordernde Arzt, sondern die in Anspruch genommene Kasse aufzutreten, wie in einem Aberkennungsprozeß<sup>107)</sup>.

Im allgemeinen sind die Parteien nicht frei, eine Vertauschung der Parteirollen in diesem Sinne zu vereinbaren. Wer von einem Ansprecher als Schuldner bezeichnet wird, kann nicht ohne weiteres eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens seiner Schuld erheben. Eine solche Klage

---

<sup>105)</sup> Art. 82 Abs. 2 SchKG.

<sup>106)</sup> Vgl. oben Ziffer 1.

<sup>107)</sup> Es soll nicht verschwiegen werden, daß diese Auslegung von der Vertrauenskommission nicht geteilt wird. Führt das Verfahren zu keiner Einigung, so setzt sie regelmäßig dem Arzt und nicht der Kasse eine Frist von einem Monat zur Klage an. Dem haben sich die Beteiligten bisher unterzogen.

ist nur zulässig, sofern ein rechtliches Interesse an sofortiger Feststellung vorhanden ist<sup>108)</sup>). Ein solches liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein anderer forderungsberechtigt zu sein behauptet. Ein rechtliches Interesse kann auch nicht durch Vereinbarung in der Weise begründet werden, daß der angebliche Schuldner Zahlung für den Fall verspricht, daß er unterläßt, eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld zu erheben. Entscheidend ist, ob die negative Feststellungsklage an sich zulässig ist. Muß dies verneint werden, so kann nicht Bezahlung für den Fall ihrer Nichterhebung gültig versprochen werden, das Zahlungsversprechen würde vielmehr unter einer negativen Bedingung stehen, die überhaupt nicht eintreten kann, so daß das Zahlungsversprechen aus diesem Grunde ungültig wäre.

Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, daß die angeführte Vertragsbestimmung im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse, welche der Vertrag ordnet, prozessual wirksam ist. Der Vertragsbestimmung liegen Motive zugrunde, welche Berücksichtigung verdienen. Für den Arzt handelt es sich beim Honorar um das tägliche Brot, für die Kasse dagegen ist die Honorarforderung des einzelnen Arztes ein kleiner Ausschnitt aus ihren gesamten Verbindlichkeiten. Darum soll die Kasse entscheiden, ob für sie, auf das Ganze gesehen, ein genügender Anlaß besteht, den Streit dem Gericht zur Entscheidung zu unterbreiten<sup>109)</sup>). Der Prozeß soll daher nur zur Durchführung kommen, wenn sich die Kasse zur Prozeßführung entschließt. Die vorgesehene Verteilung der Parteirollen soll dazu führen, daß es nur in den wirklich bedeutungsvollen Fällen zum Prozeß

<sup>108)</sup> § 92 ZPO.

<sup>109)</sup> Im allgemeinen machen die beanstandeten Beträge der Arztrechnungen keine Summen aus, deren Bezahlung für die Kassen untragbar wäre. Die Beanstandungen dürften eher aus der Überlegung erfolgen, daß sich die Kassen der Gefahr einer Ausbeutung aussetzen würden, wenn sie sich nicht gegen übersetzte Rechnungen zur Wehr setzen würden.

kommt, ein Bestreben, welches nur gebilligt werden kann<sup>110)</sup>). Auf Grund der angeführten Vereinbarung sind daher Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens ärztlicher Honorarforderungen stets zuzulassen, auch wenn die Parteien sonst nicht frei sind, durch Vertrag die Zulässigkeit einer Feststellungsklage zu begründen.

4. Möglich ist ein Verzicht auf die Einrede der abgeurteilten Sache. Die Rechtskraft einer früheren Entscheidung ist nach zürcherischem Prozeßrecht nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, sondern nur, wenn die Einrede der abgeurteilten Sache erhoben wird<sup>111)</sup>). Die Rechtskraft wirkt also nicht absolut im Sinne eines Verbotes an die Justiz, um ihres eigenen Ansehens willen — zur Vermeidung widersprechender Urteile —, die bereits entschiedene Frage neu aufzuwerfen, sondern nur als Anspruch der Parteien auf Respektierung der zu ihren Gunsten ergangenen Entscheidung. Durch den Verzicht auf die Einrede der abgeurteilten Sache werden daher keine öffentlichen Interessen tangiert, gegenteils dient es der Verwirklichung der Rechtsordnung, wenn der Richter an eine frühere Entscheidung nicht gebunden ist, falls sie sich als unrichtig erweist. Ein Verzicht auf die Einrede der abgeurteilten Sache, mag er vor dem Richter oder außergerichtlich erklärt werden, verdient daher Beachtung und darf als verbindlich betrachtet werden. Für das zürcherische Prozeßrecht muß dieses um so eher gelten, als die Berechtigung, die Einrede der abgeurteilten Sache zu erheben, als ein subjektives Recht aufgefaßt werden muß.

---

<sup>110)</sup> Anders dürfte die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn in den Satzungen eines Vereines oder einer Genossenschaft niedergelegt ist, der Vorstand dürfe gegen die Mitglieder Bußen ausfallen und diese hätten als anerkannt zu gelten, sofern das Mitglied nicht binnen bestimmter Frist Klage auf Aufhebung der Buße einreiche. Durch Satzungen dieser Art soll der betreffenden Korporation ermöglicht werden, auf möglichst einfache Art Konventionalstrafen erhältlich zu machen. Ein legitimes Bedürfnis, dies zu ermöglichen, besteht meines Erachtens nicht.

<sup>111)</sup> Art. 106 ZPO.

Bekanntlich ist in der Lehre streitig, worin das Wesen der materiellen Rechtskraft beruht. Die privatrechtliche Theorie erblickt im rechtskräftigen Urteil einen Entstehungs- bzw. Untergangsgrund des eingeklagten Anspruches. Das die Klage gutheißende Urteil bringt nach dieser Auffassung das zuerkannte Recht zur Entstehung (falls es nicht bereits bestanden hat), und das die Klage abweisende Urteil führt zum Untergang des eingeklagten Anspruches (falls es bis dahin bestanden haben sollte). Nach der prozeßrechtlichen Theorie sind dagegen die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils lediglich prozessualer Natur, sie bestehen in der Bindung des Richters an die im Urteil getroffenen Feststellungen für den Fall eines neuen Prozesses der gleichen Parteien<sup>112)</sup>), während der materielle Betand des beurteilten Anspruches durch das Urteil nicht berührt wird<sup>113)</sup>). Welche dieser Anschauungen den Vorzug verdient, ist hier nicht zu entscheiden. Wesentlich ist nur die Feststellung, daß die zürcherische ZPO unverkennbar auf dem Boden der privatrechtlichen Theorie steht. In § 104 ZPO wird nämlich materielle Rechtskraft nur Urteilen<sup>114)</sup> und solchen Erledigungsbeschlüssen zuerkannt, welche auf Grund einer Klageanerkennung, eines Klagerückzuges oder eines Vergleiches gefaßt worden sind. Der Richter muß demnach über Bestehen oder Nichtbestehen des eingeklagten Anspruches entschieden haben, damit seiner Entscheidung materielle Rechtskraft zukommt, sei es auf dem Wege der eigenen Rechtsfindung (Urteil) oder gestützt auf eine auf Beendigung des Prozesses gerichtete Parteierklärung (Klageanerkennung, Klagerückzug, Vergleich). Keine materielle Rechtskraft kommt dagegen solchen Erledigungsbeschlüssen zu, welche das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung feststellen, zum Beispiel die Zulässig-

---

<sup>112)</sup> Bzw. ihrer Rechtsnachfolger.

<sup>113)</sup> Statt vieler: Rosenberg, S. 485 ff.

<sup>114)</sup> Das heißt den gerichtlichen Erkenntnissen über Begründetheit oder Unbegründetheit des eingeklagten Anspruches, § 238 ZPO.

keit des Rechtsweges oder die Zuständigkeit des angeufenen Gerichtes verneinen. Eine derartige Entscheidung steht der Wiederholung der gleichen Klage beim gleichen Gericht und bei gleichgebliebenen Verhältnissen nicht entgegen. Demgemäß hat der Richter über die Zulässigkeit der neuen Klage frei, ohne an seine frühere Entscheidung gebunden zu sein, zu entscheiden und ohne daß der Beklagte die Einrede der abgeurteilten Sache mit Erfolg erheben könnte. Der tiefere Grund dieser keineswegs einleuchtenden Regelung<sup>115)</sup> dürfte darin liegen, daß der

<sup>115)</sup> Wenn zum Beispiel die Klage wegen fehlerhafter Einleitung (zum Beispiel mangels Durchführung des vorgeschriebenen Sühnverfahrens) von der Hand gewiesen wird, ist nicht ersichtlich, weshalb die Klage in gleicher Form und mit dem gleichen Mangel sollte wiederholt werden dürfen mit der Folge, daß der Richter über die bereits beurteilte Verfahrensfrage neu entscheiden muß, ohne an die bereits getroffene Feststellung gebunden zu sein. Oder wenn der Richter seine Zuständigkeit verneint, ist schwer einzusehen, weshalb der Kläger seine Klage vor dem gleichen Gericht und ohne daß eine Änderung der für die Zuständigkeit maßgebenden Verhältnisse behauptet zu sein braucht, soll wiederholen können und der Richter im zweiten Prozeß über die Zuständigkeitsfrage frei entscheiden muß. Verständlich ist, daß im Falle eines negativen Kompetenzkonfliktes die Rechtsmittelinstanz an das zuständige Gericht muß weisen können, auch wenn dieses in einem früheren Prozeß seine Zuständigkeit verneint hat. Nach dem heutigen Rechtszustand kann aber der Kläger seine Klage beim Gericht, welches sich für unzuständig erklärt hat, nach Belieben wiederholen, er hat höchstens Ordnungsstrafe zu gewärtigen, wenn sich die neue Klage als mutwillig erweist. Wenn der Kläger in einem ersten Prozeß versäumt, ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung einzulegen, durch welche sich der Richter für unzuständig erklärt hat, so kann er durch Wiederholung der gleichen Klage beim gleichen Gericht eine neue Entscheidung provozieren und alsdann das Rechtsmittel einlegen. Daß kein Bedürfnis besteht, dem Kläger zu ermöglichen, in dieser Weise vorzugehen, geht schon daraus hervor, daß er im Falle eines rechtskräftigen Urteils in einem zweiten Prozeß vor einer Rechtsmittelinstanz die Frage nicht mehr aufwerfen kann, ob im ersten Prozeß richtig entschieden worden sei, vielmehr ist auch die Rechtsmittelinstanz an das im ersten Prozeß ergangene rechtskräftige Urteil gebunden.

Gesetzgeber davon ausgegangen ist, die materielle Rechtskraft greife in die zwischen Kläger und Beklagten bestehenden materiellen Rechtsbeziehungen ein. Demzufolge wurden in § 104 ZPO nur denjenigen Entscheidungen materielle Rechtskraft beigelegt, die sich über die materielle Rechtslage aussprechen, was bei Entscheidungen, die das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung verneinen, nicht zutrifft<sup>116)</sup>). Wenn in der materiellen Rechtskraft, wie sie vom zürcherischen Gesetzgeber aufgefaßt wird, der Ausdruck dafür liegt, daß das Urteil in die materiellen Rechtsbeziehungen gestaltend eingreift, so ist die Einrede der abgeurteilten Sache materieller Natur. Sie macht einen Entstehungs- oder Untergangsgrund des beurteilten Anspruches geltend. In der Erhebung der Einrede der abgeurteilten Sache liegt nichts anderes als die Ausübung eines subjektiven materiellen Rechtes, wenn auch in den Formen des Prozesses<sup>117)</sup>). Der Beklagte, von welchem klageweise eine Leistung gefordert wird, hat das Recht, diese unter Berufung auf das seine Leistungspflicht verneinende Urteil zu verweigern, gleich wie er sie zum Beispiel im Falle der Verjährung verweigern darf. Und der Kläger, der sich zur Begründung seines Anspruches auf ein diesen bejahendes Urteil stützt, macht damit das durch das Urteil begründete Recht geltend. Liegt aber in der Erhebung der Einrede der abgeurteilten Sache die Ausübung eines materiellen sub-

<sup>116)</sup> Demgegenüber müßten nach der prozeßrechtlichen Theorie alle Endentscheidungen der materiellen Rechtskraft fähig sein, auch solche, welche das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung feststellen. Denn wenn das Wesen der materiellen Rechtskraft in der Bindung des Richters an die getroffene Entscheidung besteht, so kann diese Folge an jede Entscheidung geknüpft werden und muß konsequenterweise stets eintreten, wenn die Entscheidung den Prozeß beendigt.

<sup>117)</sup> Der Eintritt der neuen Rechtslage erfolgt schon im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils, nur darf sie erst auf Einrede hin berücksichtigt werden. Es verhält sich in diesem Punkt nicht anders als bei der Verjährung. Diese kann eingetreten sein und darf doch nicht berücksichtigt werden, bis die Verjährungseinrede erhoben worden ist.

jektiven Rechtes, so kann der Berechtigte über dieses Recht verfügen, insbesondere durch Verzicht<sup>118)</sup>. So kann zwischen den Parteien gültig vereinbart werden, daß der Kläger seine Klage unter Vorbehalt späterer Wiedereinbringung zurückziehe und der Beklagte darauf verzichte, im neuen Prozeß die Einrede der abgeurteilten Sache zu erheben<sup>119)</sup>. Oder eine Partei, die an der Klarstellung der wirklichen Rechtslage interessiert ist, kann auf die Einrede der abgeurteilten Sache verzichten, um die Nachprüfung der Rechtslage in einem zweiten Prozeß zu ermöglichen. Daß der Verzicht auf die Einrede der abgeurteilten Sache dem Gericht gegenüber ausgesprochen werden müsse, ist nicht erforderlich, er kann auch außerhalb des Prozesses dem Gegner gegenüber wirksam erklärt werden. Wenn auch die Erhebung der Einrede nur im Prozeß erfolgen kann, so

---

<sup>118)</sup> Daß auf subjektive Rechte verzichtet werden kann, liegt in ihrem Wesen begründet, v. Tuhr, Allg. Teil, BGB I S. 291; Burckhardt, Organisation, S. 71 ff.

<sup>119)</sup> Die Praxis pflegt derartige Vereinbarungen als unwirksam zu betrachten, vgl. Urteil des Schiedsgerichtes zur Erledigung von Streitigkeiten zwischen Ärzten und Krankenkassen (Art. 25 KUVG) des Kantons Zürich vom 17. Juni 1944. In jenem Fall hatte der Beklagte geltend gemacht, der Kläger habe die Klage unter Vorbehalt späterer Wiedereinbringung vorläufig zurückgezogen. Dazu hat das Gericht ausgeführt, daß im Falle des Klagerückzuges der Erledigungsbeschuß nach § 104 ZPO in Rechtskraft erwachse, weshalb der erneuten Erhebung der Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenstünde; ein bloß vorläufiger Rückzug der Klage sei daher nicht möglich. Daß der Beklagte auf die Einrede der abgeurteilten Sache verzichten kann und damit, daß er sich auf einen vorläufigen Klagerückzug beruft, auf diese Einrede implicite verzichtet, wurde nicht in Betracht gezogen.

Wenn in § 127 Ziff. 4 ZPO gesagt wird, der Kläger sei verpflichtet, den angehobenen Prozeß fortzuführen oder anzuerkennen, daß der Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe, so ist dies nicht dahin zu verstehen, daß der Kläger die Klage nur dann zurückziehen könne, wenn er anerkennt, daß der eingeklagte Anspruch materiell unbegründet sei, vgl. Anm. 160.

entspricht es doch dem Wesen eines subjektiven Rechtes, daß die Verfügung über dasselbe auch außergerichtlich erfolgen kann.

Gegen die Auffassung, daß die Einrede der abgeurteilten Sache im zürcherischen Prozeßrecht ein subjektives Recht darstelle, läßt sich freilich einwenden, daß der Gesetzgeber das wahre Wesen der materiellen Rechtskraft verkannt habe und daß das rechtskräftige Urteil trotz seiner abweichenden Anschauung keinen Entstehungs- bzw. Unterfangsgrund materieller Rechte bilde. Selbst wenn das zutreffen sollte, bliebe doch die Tatsache, daß dem Gesetz eine Auffassung zugrunde liegt, welche den Verzicht auf die Einrede der abgeurteilten Sache als zulässig erscheinen läßt. Auch wenn der Ausgangspunkt des Gesetzes ein verfehlter wäre, müßte doch aus der gesetzlichen Ordnung die Folgerung gezogen werden, daß auf die Einrede verzichtet werden kann, wie wenn die Berechtigung, sie zu erheben, ein subjektives Recht darstellen würde.

5. Kann auf die Befugnis, ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung einzulegen, verzichtet werden?

a) Jedenfalls kann ein Verzicht auf Rechtsmittel gegen eine erst auszufällende Entscheidung insofern nicht gültig sein, als Rechtsmittel in Frage kommen, welche es ermöglichen, besonders schwerwiegende Mängel geltend zu machen. Das trifft im zürcherischen Prozeßrecht auf die Nichtigkeitsbeschwerde<sup>120)</sup> und auf die Revision<sup>121)</sup> zu<sup>122)</sup>. Es wäre geradezu sittenwidrig, wenn die Parteien von vornherein<sup>123)</sup> festlegen wollten, daß von ihnen so schwerwiegende Mängel hinzunehmen seien, wie sie mit diesen Rechtsmitteln gerügt werden können<sup>124)</sup>. Ein Verzicht auf

<sup>120)</sup> §§ 344 ff. ZPO.

<sup>121)</sup> §§ 351 ff. ZPO.

<sup>122)</sup> ZR 23 Nr. 145 S. 252, 33 Nr. 96 S. 226; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 63.

<sup>123)</sup> Dagegen kann auf Rüge eines bereits eingetretenen Mangels gültig verzichtet werden, vgl. oben II 4.

<sup>124)</sup> Das ist besonders augenfällig im Falle § 344 Ziff. 2 u. 3. ZPO (ungehörige Besetzung der Richterbank) oder im Falle von § 344

die genannten Rechtsmittel ist nur möglich, wenn er nach Ausfällung der Entscheidung ausgesprochen wird. Soweit die Parteien in der Ausgestaltung ihrer materiellen Rechtsbeziehungen frei sind, können sie diese einem ausgefallenen Spruch des Richters anpassen, unbekümmert um allfällige Mängel seiner Entscheidung<sup>125)</sup>). Sie können sich auch einer mangelhaften Entscheidung unterziehen und demgemäß auf Rechtsmittel verzichten. Das gilt — unter einer noch anzuführenden Einschränkung — für ordentliche wie für außerordentliche Rechtsmittel, sofern der Verzicht erst nach Ausfällung der Entscheidung ausgesprochen wird.

Nichtigkeitsbeschwerde und Revision sind subsidiäre Rechtsmittel. Die Mängel, welche in §§ 344 und 351 ZPO aufgeführt werden, sind daher mit der Berufung bzw. mit dem Rekurs geltend zu machen, soweit diese Rechtsmittel zu Gebote stehen. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, auch ein Verzicht auf Berufung und Rekurs gegen eine erst auszufällende Entscheidung müsse unzulässig sein, ansonst die Parteien selbst schwerste Mängel nicht rügen könnten. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision können

---

Ziff. 5 ZPO (Ausschluß eines Berechtigten von der Führung seiner Sache) oder im Falle § 351 Ziff. 1 ZPO (Einwirkung eines Verbrechens auf das Verfahren).

<sup>125)</sup> Materiellrechtlich gesehen liegt im Verzicht auf Rechtsmittel gegen ein bereits ausgefallenes Urteil die Anerkennung der Rechtslage, wie sie durch das Urteil festgestellt ist. Der Verzicht auf Rechtsmittel gegen das eine Klage schützende Urteil enthält die Anerkenntnis (im Sinne einer Willenserklärung), daß das zuerkannte materielle Recht bestehe; im Falle der Abweisung der Klage schließt der Verzicht auf Rechtsmittel die Anerkenntnis in sich, daß das geltend gemachte Recht nicht bestehe. Durch den Verzicht auf Rechtsmittel will aber mehr bewirkt werden als die Anerkennung der dem Urteil entsprechenden Rechtslage, nämlich die prozessuale Unzulässigkeit der Rechtsmittel und als Folge davon der Eintritt der Rechtskraft vor Ablauf der Rechtsmittelfristen. Wenn aber schon durch Vertrag die dem Urteil entsprechende materielle Rechtslage begründet werden kann, muß auch ein Verzicht auf Rechtsmittel zulässig sein, welche ja gerade die Übereinstimmung des Urteils mit der materiellen Rechtslage gewährleisten wollen.

eingelegt werden, sofern Berufung und Rekurs nicht möglich sind<sup>126)</sup>). Selbst wenn daher ein Verzicht auf Berufung und Rekurs zugelassen wird, bleibt den Parteien doch stets die Möglichkeit, die beiden außerordentlichen Rechtsmittel zu ergreifen. Die Möglichkeit eines Verzichtes auf Berufung und Rekurs kann daher nicht mit der Begründung verneint werden, ein solcher Verzicht hätte zur Folge, daß die Parteien selbst schwerste prozessuale Mängel hinzunehmen hätten.

b) Ein Verzicht auf Berufung und Rekurs kann aber dann nicht in Frage kommen, wenn Gegenstand des Prozesses ein Anspruch bildet, welcher durch Parteivereinbarung nicht frei begründet oder aufgehoben werden kann. Alsdann kann es den Parteien auch nicht gestattet sein, die endgültige Entscheidung über den Bestand eines solchen Anspruches in die Hand eines Richters zu legen, welcher nach dem Gesetz nicht letztinstanzlich entscheiden soll. Daß die Parteien nicht frei sind, in Prozessen über derartige Ansprüche ein von den allgemeinen Prozeßgrundsätzen abweichendes Verfahren zu vereinbaren, bringt das Gesetz insofern zum Ausdruck, als es bestimmt, daß die Beurteilung derartiger Ansprüche nicht einem Schiedsgericht übertragen werden kann<sup>127)</sup> und die Parteien auch nicht berechtigt sind, den Gerichtsstand vertraglich zu begründen<sup>128)</sup>. Das trifft vor allem auf den Ehescheidungsprozeß zu<sup>129)</sup>. Wohl kann der Ehescheidungskläger auf die Geltendmachung seines Anspruches auf Ehescheidung frei verzichten und demgemäß die Scheidungsklage in jedem Stadium des Verfahrens zurückziehen. Ob aber der Anspruch auf Ehescheidung begründet ist, kann nicht auf dem Wege der Vereinbarung festgelegt<sup>130)</sup> und auch keinem

<sup>126)</sup> §§ 345 und 351 ZPO.

<sup>127)</sup> § 359 ZPO.

<sup>128)</sup> § 16 Abs. 2 ZPO.

<sup>129)</sup> Gerade in Ehescheidungsprozessen wird aber nicht selten nach Ausfällung eines die Klage gutheißenden Urteils auf Berufung verzichtet.

<sup>130)</sup> Art. 158 Ziff. 3 ZGB.

andern Gericht zur endgültigen Entscheidung unterbreitet werden, als im Gesetz vorgesehen ist. Selbst ein Verzicht auf ordentliche Rechtsmittel nach Ausfällung des Urteils kann dann nicht zulässig sein, wenn das Urteil auf Ehescheidung lautet<sup>131)</sup>. So wenig die Parteien auf dem Wege der Vereinbarung die Ehescheidung herbeiführen können, können sie sich vertraglich einem die Ehescheidung aussprechenden Urteil unterziehen. Im Sinne des Gesetzes liegt es vielmehr, daß ihnen die gesetzlichen Rechtsmittel unverkürzt zur Verfügung stehen sollen, um sich darüber schlüssig zu machen, ob sie sich mit dem ausgefallenen Urteil abfinden wollen.

c) Ob unter den bereits erwähnten Einschränkungen auf Rechtsmittel gegen eine erst auszufällende Entscheidung verzichtet werden kann, ist in der Lehre streitig<sup>132)</sup>. Sofern nur auf den Wortlaut des Gesetzes abgestellt wird, liegt die Annahme nahe, daß jeder Mangel im Verfahren und in der Entscheidung im Rahmen des gesetzlichen Rechtsmittelsystems zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigen muß, so daß ein Verzicht nicht in Frage kom-

---

<sup>131)</sup> Abweichend die zürcherische Rechtsprechung: ZR 19 Nr. 187, 36 Nr. 192 und 195, vgl. auch SJZ 21 S. 336 Nr. 280. Ebenso die deutsche Praxis: RGZ 104 S. 135.

<sup>132)</sup> Für die Zulässigkeit: Kohler, Gruchots Beiträge 31 S. 285; Rosenberg, S. 448; de Boor, Rechtsstreit, S. 181; Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, ZZP 35 S. 422; Stein-Jonas, Note I zu § 514 dZPO; Glasson-Tissier, II S. 640 ff.; Weiß, Berufung ans BG, S. 93; Matti, S. 1128.

Anderer Ansicht: Hellwig, System I S. 450, Anspruch und Klagrecht, S. 159 f.; Walsmann, Der Irrtum im Prozeßrecht, Archiv f. d. ziv. Praxis 102 S. 208 ff.

Im gemeinen Prozeßrecht war der Verzicht auf Appellation zulässig, Wetzel, Civilprozeß, S. 706 Anm. 19; Bayer, Vorträge, S. 442.

Das Bundesgericht erklärt den Verzicht auf Berufung für zulässig, 33 II 208; 48 II 133; Praxis 4 S. 87. Betreffend Verzicht auf staatsrechtliche Beschwerde vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 172 Anm. 23.

men kann<sup>133)</sup>). Diese Auffassung wird aber kaum dem wirklichen Sinn des Gesetzes gerecht.

d) Was zunächst die Berufung betrifft, so können nicht alle Entscheidungen mit diesem Rechtsmittel weitergezogen werden. Zur Vermeidung einer übermäßigen Belastung der oberen Instanzen wird die Möglichkeit einer Berufung im allgemeinen nur eröffnet, wenn erhebliche Vermögensinteressen auf dem Spiele stehen, wenn ein bestimmter Streitwert erreicht ist<sup>134)</sup>). Dabei ist aber nicht zu erkennen, daß die ziffernmäßige Fixierung der maßgebenden Streitwertgrenze der Natur der Sache nach nicht in einer allseitig befriedigenden Weise möglich ist. Der Gesetzgeber muß sich notwendig für eine bestimmte Zahl entscheiden, mag sie auch im Einzelfall unangemessen erscheinen<sup>135)</sup>). Wenn aber die Parteien im Einzelfall selbst auf die Berufung verzichten, bekunden sie damit, daß der konkrete Fall nicht so geartet ist, daß ein Bedürfnis nach Zulassung der Berufung bestehen würde. Der Verzicht auf die Berufung bezweckt die Anpassung der Rechtsmittelordnung an die besondere Interessenlage im Einzelfall. Im Verzicht auf die Berufung liegt gewissermaßen die Erklärung, daß das Interesse am Weiterzug geringer sei, als es nach Auffassung des Gesetzgebers dem Streitwert entsprechen würde, und darauf sollte vernünftigerweise Rück-

<sup>133)</sup> Die Parteien können zwar auf Geltendmachung bereits eingetreterner Verfahrensmängel verzichten, vgl. oben II 4. Daraus folgt aber nicht, daß sie einen derartigen Verzicht zum voraus rechtswirksam aussprechen können.

<sup>134)</sup> Die Berufung ans Obergericht ist nur zulässig, sofern der Streitwert im Falle des Urteils eines Einzelrichters 600 Fr., im Falle des Urteils eines Bezirksgerichtes 1200 Fr. übersteigt, § 314 ZPO. Für die Berufung ans Bundesgericht ist im allgemeinen ein Streitwert von wenigstens 4000 Fr. erforderlich, Art. 46 OG.

<sup>135)</sup> Bekanntlich hat die hohe Berufungssumme zur Folge, daß das Bundesgericht nur selten in die Lage kommt, über Prozesse auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechtes zu entscheiden, obschon ein Interesse daran bestehen würde, daß derartige Prozesse ans Bundesgericht weitergezogen werden können.

sicht genommen werden<sup>136)</sup>). Freilich können die Parteien nicht umgekehrt vereinbaren, daß die Berufung entgegen den Vorschriften des Gesetzes im Einzelfall zulässig sein solle. Dem stehen die gerichtsorganisatorischen Vorschriften entgegen, welche den Aufgabenkreis der Gerichte umschreiben und nicht von den Parteien abgeändert werden können. Bei einem Verzicht auf Berufung wird aber dem Gericht nicht eine Aufgabe gestellt, die ihm nach gesetzlicher Vorschrift nicht zukommt, sondern es wird auf eine verfahrensrechtliche Befugnis verzichtet, welche den Parteien zur Wahrung ihrer eigenen Interessen eingeräumt ist und über deren Wahrnehmung sie selber zu entscheiden haben<sup>137)</sup>.

Allerdings gibt es Prozesse vermögensrechtlicher Natur, in denen die Berufung ohne Rücksicht auf die vermögens-

---

<sup>136)</sup> Die Abgrenzung der weiterziehbaren von den nichtweiterziehbaren Entscheidungen lässt sich ohnehin nicht bis zu den letzten Konsequenzen folgerichtig durchführen. Der Kläger kann die Möglichkeit einer Berufung dadurch begründen, daß er zu viel einklagt, und der Beklagte, indem er eine unbegründete Widerklage stellt, deren Betrag mit demjenigen der Hauptklage zusammenzurechnen ist (§ 22 Abs. 2 ZPO, anders Art. 47 OG). Umgekehrt können sie die Berufung dadurch ausschließen, daß sie der Klage, sofern sie nicht unmittelbar auf eine Geldleistung geht, übereinstimmend einen zu niedrigen Wert beilegen. Der zürcherische Richter ist an die übereinstimmenden Angaben der Parteien über den Wert des Streitgegenstandes in diesem Fall gebunden, nur wenn sie der Klage einen zu hohen Streitwert beimessen, kann der wirkliche Streitwert berücksichtigt werden (§ 25 ZPO). Das Bundesgericht ist dagegen an die Angaben der Parteien über den Streitwert von Prozessen, die nicht auf Geldleistungen gehen, nicht gebunden (Art. 36 OG). Praktisch soll es aber kaum in der Lage sein, von den übereinstimmenden Parteiangaben abzuweichen, vgl. Ziegler, ZSR 54 S. 323 a.

<sup>137)</sup> Durch einen Verzicht auf Berufung unterwerfen sich die Parteien auch nicht der Willkür des Richters, welcher letztinstanzlich entscheiden soll, bleiben doch die außerordentlichen Rechtsmittel vorbehalten, vgl. oben lit. a. Ebensowenig besteht die Gefahr einer Übervorteilung der einen oder anderen Partei. Welche Instanz auch immer endgültig entscheiden mag, haben doch die Parteien formell die gleichen Chancen obzusiegen.

rechtliche Bedeutung, die im Streitwert zum Ausdruck kommt; stets offensteht. Ohne Rücksicht auf den Streitwert ist der Weiterzug möglich in Prozessen aus dem Gebiet des gewerblichen und geistigen Eigentums<sup>138)</sup>). Diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß eine genaue ziffernmäßige Bestimmung des Streitwertes solcher Prozesse nicht möglich ist und daß die Entscheidungen solcher Streitigkeiten ganz besondere Schwierigkeiten bereiten<sup>139)</sup>). Der erstgenannte Gesichtspunkt spricht nicht gegen die Zulässigkeit des Verzichtes auf Berufung. Gerade wenn die Parteien auf die Berufung verzichten, ist die Annahme begründet, daß das Parteiinteresse am Ausgang des Prozesses geringer ist, als daß ein Bedürfnis nach einer Möglichkeit des Weiterzuges bestehen würde. Wenn dagegen von den unteren Instanzen nicht ohne weiteres erwartet werden kann, daß sie sich in den genannten Materien zurechtfinden<sup>140)</sup>, so kann es fraglich erscheinen, ob ein Verzicht auf Berufung zulässig sein kann. Es darf indessen nicht übersehen werden, daß einer schiedsgerichtlichen Erledigung derartiger Prozesse nichts im Wege steht, auch wenn ein Schiedsgericht nicht höhere Garantien für eine richtige Rechtsanwendung zu bieten braucht als ein staatliches Gericht. Kann aber durch eine Schiedsabrede die Berufung ausgeschlossen werden, so kann nicht die Rede davon sein, daß den Parteien die Möglichkeit einer Berufung unter allen Umständen, auch gegen ihren erklärten Willen, offenstehen müsse<sup>141)</sup>.

<sup>138)</sup> Art. 45 OG.

<sup>139)</sup> Weiß, Berufung, S. 53.

<sup>140)</sup> Es mag richtig sein, daß in den vorwiegend landwirtschaftlichen Kantonen die Gerichte kaum je in den Fall kommen, über Fragen aus diesem Gebiet zu entscheiden.

<sup>141)</sup> Ohne Rücksicht auf den Streitwert ist die Berufung an das Eidg. Versicherungsgericht zulässig, Art. 120 KUVG. Da das Gericht über öffentlich-rechtliche Ansprüche zu entscheiden hat, dürfte weder eine Schiedsabrede noch ein Verzicht auf Berufung zulässig sein.

Was endlich einen Verzicht auf Berufung in Prozessen über Ansprüche betrifft, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, so kommt, wie bereits ausgeführt, ein Rechtsmittelverzicht insoweit überhaupt nicht in Frage, als den Parteien die freie Verfügung über den streitigen Anspruch fehlt<sup>142)</sup>.

e) Mit Bezug auf das Rechtsmittel des Rekurses ist zu unterscheiden: Soweit der Rekurs gegen Erledigungsbeschlüsse offensteht<sup>143)</sup>, tritt er an die Stelle der Berufung und hat die gleichen Funktionen wie die letztere. Ein Verzicht auf das Rechtsmittel ist daher im gleichen Rahmen zulässig wie ein Verzicht auf Berufung.

Soweit der Rekurs gegen prozeßleitende Anordnungen gegeben ist<sup>144)</sup>, können mit ihm Mängel gerügt werden, die den Nichtigkeitsgründen nahekommen, ja mit ihnen identisch sind<sup>145)</sup>. So wenig wie auf Nichtigkeitsbeschwerde<sup>146)</sup>, kann daher auf den Rekurs gegen eine erst auszufällende prozeßleitende Entscheidung verzichtet werden.

6. In der deutschen Lehre wird die Frage erörtert, inwiefern die außergerichtliche Klagerücknahme von prozessualer Bedeutung sei<sup>147)</sup>. Außer Frage steht, daß eine außergerichtliche, dem Gegner gegenüber erklärte Klagerücknahme einer gerichtlichen Zurücknahme der Klage nicht gleichgestellt werden kann<sup>148)</sup>. Die letztere bedarf nach deutschem Recht bestimmter Formen<sup>149)</sup>, sie muß in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht erfolgen oder durch Zustellung eines Schriftsatzes, der im Anwaltsprozeß dem Anwaltszwang unterliegt und dem

---

<sup>142)</sup> Vgl. oben lit. b.

<sup>143)</sup> § 334 Ziff. 1, 2, 5—7, § 384 ZPO.

<sup>144)</sup> § 334 Ziff. 3 ZPO.

<sup>145)</sup> Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 15 f.

<sup>146)</sup> Vgl. oben lit. a.

<sup>147)</sup> Benkendorff, Die vertragliche Klag- und Rechtsmittelzurücknahme, Diss. Greifswald 1932 (mit weiteren Literaturangaben).

<sup>148)</sup> Vgl. oben Anm. 93.

<sup>149)</sup> § 271 dZPO.

Gegner im Parteibetrieb förmlich zuzustellen ist<sup>150)</sup>). Eine formlos, das heißt ohne Beobachtung der Zustellungsvorschriften, zum Beispiel brieflich erklärte Zurücknahme der Klage ist zunächst wirkungslos<sup>151)</sup>). Die Rechtsprechung nimmt aber an, daß dem die Klage weiterverfolgenden Kläger, der sich außergerichtlich zur Klagerücknahme verpflichtet hat, die Exceptio doli (processualis) entgegengehalten werden kann und seine Klage durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen ist<sup>152)</sup>.

Für das zürcherische Prozeßrecht stellt sich die Frage nicht in gleicher Weise wie für das deutsche Recht. Im Unterschied zum deutschen Recht kennt das zürcherische Prozeßrecht die Zurücknahme einer Klage, welche ihrer Neuerhebung nicht entgegensteht<sup>153)</sup>), überhaupt nicht. Nach § 127 Ziffer 3 ZPO ist der Kläger vielmehr verpflichtet, den angehobenen Prozeß zu Ende zu führen oder anzuerkennen, daß der eingeklagte Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er geltend gemacht wurde, nicht besteht. Wohl kann der Kläger seine Klage zurückziehen, dem Erledigungsbeschuß, welcher auf Grund des Klagerückzuges vom Gericht zu erlassen ist, kommt aber materielle Rechtskraft zu<sup>154)</sup>), so daß einer Neuerhebung der Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegensteht<sup>155)</sup>). Der Klagerückzug ist im zürcherischen Recht aber auch nicht an besondere Formen gebunden. Er kann mündlich an der Verhandlung erklärt werden oder auf der Gerichtskanzlei

<sup>150)</sup> §§ 166 ff. dZPO, nur im amtsgerichtlichen Verfahren erfolgt die Zustellung von Amtes wegen, §§ 496 und 208 ff. dZPO.

<sup>151)</sup> Gaupp-Stein-Jonas, III zu § 271 dZPO.

<sup>152)</sup> RGZ 102 S. 217, 123 S. 15, 84.

<sup>153)</sup> § 271 Abs. 3 dZPO.

<sup>154)</sup> § 104 Abs. 2 ZPO. Die deutsche ZPO spricht von einem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch, §§ 306, 349 dZPO. Nach deutschem Recht ist in diesem Fall ein Verzichtsurteil auszufällen, § 306 dZPO, während nach zürcherischem Prozeßrecht kein Urteil, sondern ein Beschuß ergeht, §§ 238 und 104 ZPO.

<sup>155)</sup> § 106 ZPO. Bezuglich der Frage, ob auf die Einrede verzichtet werden kann, vgl. oben Ziff. 4.

mündlich zu Protokoll, er kann aber auch durch schriftliche Erklärung an das Gericht erfolgen, insbesondere durch Brief<sup>156)</sup>. Dabei kann in der Weise verfahren werden, daß der Kläger außerhalb des Verfahrens dem Beklagten eine schriftliche Erklärung des Inhaltes ausstellt, daß er die Klage zurückziehe und daß er den Beklagten ausdrücklich oder stillschweigend ermächtige, diese Erklärung dem Gericht zu übermitteln. Der Beklagte, welcher dem Gericht die Rückzugserklärung vorlegt, ist nichts anderes als ein Bote des Klägers, die Erklärung des Klägers ist eine solche an das Gericht und deshalb ein gerichtlicher Klagerückzug. Ein praktisches Bedürfnis, die Erledigung des Prozesses darüber hinaus noch in anderer Weise herbeiführen zu können, zum Beispiel durch den Nachweis, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber die Klage zurückzuziehen mündlich erklärt habe, ist unter diesen Umständen nicht erkennbar, weil der Klagerückzug ohnehin in einfachster Weise dem Gericht gegenüber erklärt werden kann. Wenn der Kläger dem Beklagten zu Handen des Gerichtes eine schriftliche Rückzugserklärung ausstellt, bleibt er allerdings berechtigt, seine Erklärung bis zu ihrem Eintreffen beim Gericht zu widerrufen<sup>157)</sup>. Selbst wenn dem Beklagten eine schriftliche Rückzugserklärung ausgestellt wird, hat er nicht ohne weiteres Gewähr dafür, daß es wirklich zu einem Rückzug der Klage kommt<sup>158)</sup>. Dabei darf

<sup>156)</sup> In § 154 GVG heißt es freilich, das Verfahren vor den Gerichten sei mündlich, soweit das Gesetz nicht schriftliche Eingaben vorschreibt oder ausdrücklich zuläßt. Daß der Klagerückzug schriftlich erklärt werden könne, ist im Gesetz nicht niedergelegt. Die angeführte Bestimmung ist aber stets dahin ausgelegt worden, daß an die Stelle einer im Gesetz vorgesehenen mündlichen Verhandlung kein Schriftenwechsel treten dürfe, es wäre denn, daß das Gesetz die Schriftlichkeit zuläßt. Eine Verhandlung, welche den Klagerückzug zum Gegenstand hat, ist aber nicht vorgeschrieben.

<sup>157)</sup> Analog Art. 9 OR.

<sup>158)</sup> Denkbar ist auch, daß die Urkunde, welche die Rückzugserklärung enthält, verlorengeht und daß der Kläger die Abgabe einer neuen Erklärung verweigert und den Prozeß fortsetzt.

aber folgendes nicht außer acht gelassen werden: Wenn der Kläger dem Beklagten außergerichtlich den Rückzug der Klage verspricht, so verpflichtet er sich, einen Rechtszustand herbeizuführen, welcher bewirkt, daß der eingeklagte Anspruch nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann<sup>159)</sup>. Ist die Klage zurückgezogen, so ist der Kläger nicht mehr in der Lage, den Anspruch gegen den Beklagten durchzusetzen; im Ergebnis wirkt sich daher der Klagerückzug nicht anders aus als ein Verzicht auf das eingeklagte materielle Recht. Da sich der Kläger, welcher die Klage zurückzieht oder zurückzuziehen verpflichtet, in der Regel der Rechtsfolgen des Klagerückzuges bewußt sein wird, liegt im Versprechen, die Klage zurückzuziehen, ein privatrechtlicher Verzicht auf das eingeklagte materielle Recht<sup>160)</sup>. Ist der Verzicht auf das

<sup>159)</sup> § 104 Abs. 2 ZPO.

<sup>160)</sup> Ich glaube immerhin nicht, daß für einen Klagerückzug mehr erfordert ist als der Wille, das gestellte Rechtsbegehren fallen zu lassen. Die weiteren, mit dem Klagerückzug von Gesetzes wegen verbundenen Rechtsfolgen, das heißt der Eintritt der materiellen Rechtskraft (§ 104 Abs. 2 ZPO) mit ihren Folgen braucht nicht gewollt zu sein. In § 127 Ziff. 4 ZPO heißt es allerdings, der Kläger habe entweder den angehobenen Prozeß fortzuführen oder anzuerkennen, daß der eingeklagte Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er geltend gemacht werde, nicht bestehe. Daraus darf aber meines Erachtens nicht gefolgert werden, der Klagerückzug setze voraus, daß der Kläger das Nichtbestehen des mit der Klage geltend gemachten materiellen Anspruches anerkenne. Der Wortlaut von § 127 Ziff. 4 ZPO geht über dessen Sinn hinaus. Eine Rechtspflicht zur Weiterführung des Prozesses besteht überhaupt nicht. Wenn der Kläger von der Fortführung des Prozesses absieht, ohne den Klagerückzug zu erklären, so treffen ihn die Versäumnisfolgen. Dies aber nicht, weil er eine Pflicht verletzt hat, sondern weil ohne entsprechende Prozeßhandlungen des Klägers kein Sachurteil ausgefällt werden kann. § 127 Ziff. 4 ZPO will meines Erachtens nur besagen, daß im Versäumnisfall von Gesetzes wegen unterstellt werden könne, der Kläger habe sein Rechtsbegehren fallen gelassen.

Wenn auch der Klagerückzug oder das Versprechen, die Klage zurückzuziehen, einen privatrechtlichen Verzicht auf den geltend

materielle Recht privatrechtlich formlos gültig, so hat der Beklagte, falls der Kläger den Prozeß entgegen seinem Versprechen fortsetzt, die Möglichkeit, den Beweis dafür anzutreten, daß das eingeklagte materielle Recht infolge Verzichtes erloschen sei<sup>161)</sup>). Gelingt dieser Beweis, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Damit sind aber die Interessen des Beklagten hinreichend gewahrt für den Fall, daß sich der Kläger über sein Versprechen, die Klage zurückzuziehen, hinwegsetzt<sup>162)</sup>). Bedarf aber der Verzicht auf das eingeklagte materielle Recht nach den Vorschriften des Privatrechtes einer besonderen Form, so dürfte der Ratio legis entsprechen, daß auch die Verpflichtung, die sich auf dieses Recht stützende Klage zurückzuziehen, nicht formlos außergerichtlich übernommen werden kann, weil eben ein solcher Rückzug einem materiellen Verzicht gleichkommt. Es zeigt dies wiederum, daß kein Anlaß besteht, einem außergerichtlich erklärten Klagerückzug prozessuale Wirkungen beizulegen.

#### 7. Inwiefern sind Beweisverträge zulässig?

a) Außer Frage steht, daß durch außergerichtliche Parteihandlung Beweisgründe geschaffen werden können. Das trifft für das außergerichtliche Geständnis zu: Besteht eine Partei eine ihr ungünstige Tatsache zu<sup>163)</sup>), so bildet die Erklärung nach den Erfahrungen des Lebens ein Indiz dafür, daß die zugestandene Tatsache wahr ist, weil nur solche ungünstigen Tatsachen zugestanden zu werden pflegen, von deren Vorhandensein sich der Er-

---

gemachten Anspruch nicht notwendigerweise einschließt, so wird doch in der überwiegenden Zahl der Fälle ein solcher gewollt sein.

<sup>161)</sup> Dieser Beweis kann noch nach Durchführung der Hauptverhandlung bis zur Erledigung des Prozesses angetreten werden, §§ 136 Ziff. 3, 317 Abs. 1 ZPO.

<sup>162)</sup> Sodann hat aber auch der Beklagte die Möglichkeit, auf Erfüllung dieses Versprechens in einem besonderen Verfahren zu klagen.

<sup>163)</sup> Wenn ein ganzes Rechtsverhältnis zugestanden wird, so liegt darin die Anerkenntnis, daß sich alle Tatsachen verwirklicht haben, die zu dessen Begründung erforderlich sind.

klärende überzeugt hat. Das Geständnis ist daher ein Mittel, durch welches die zugestandene Tatsache auf indirektem Weg bewiesen wird. Das außergerichtliche Geständnis schließt aber den Gegenbeweis für die Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsache nicht aus. Das außergerichtliche Geständnis, welches im Prozeß nachgewiesen wird, führt daher lediglich zu einer tatsächlichen Vermutung zuungunsten dessen, der das Geständnis abgelegt hat<sup>164)</sup>.

b) Kann eine Tatsache außergerichtlich in einer Weise festgelegt werden, daß der Gegenbeweis im Prozeß ausgeschlossen ist? Die Frage wird überwiegend verneint. Der Prozeß soll der Feststellung der Wahrheit dienen, darum müssen die Parteien berechtigt sein, im Prozeß alles das vorzubringen, was zur Feststellung der Wahrheit führen kann. Sie können sich daher der Befugnis, den Beweis für alle Tatsachen anzutreten, die rechtserheblich sind, nicht begeben<sup>165)</sup><sup>166)</sup>. In der älteren Lehre wurde vereinzelt eine abweichende Ansicht vertreten<sup>167)</sup>, welche in neuerer Zeit von Sachse<sup>168)</sup> wieder aufgegriffen worden ist. Dieser führt im wesentlichen aus: «Wenn die Parteien während des schwebenden Prozesses oder außerhalb desselben oder in Erwartung eines künftigen Prozesses sich über gewisse Tatsachen dahin einigen, daß sie im Prozeß als feststehend behandelt, also nicht bestritten werden sollen, so gehen

<sup>164)</sup> Ältere Prozeßgesetze kennen noch ein unwiderrufliches außergerichtliches Geständnis, vgl. Art. 105 BZPO.

<sup>165)</sup> Bülow, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 62 ff., Geständnisrecht, S. 181 ff.; Wach, Archiv f. d. ziv. Praxis 64 S. 218; Kohler, Gruchots Beiträge 31 S. 311; Hellwig, System I S. 450; Stein-Jonas-Pohle, Anm. III zu § 138 dZPO, u. a.

<sup>166)</sup> Auch die obligatorische Verpflichtung, bestimmte Tatsachen im Prozeß nicht zu behaupten oder nicht zu bestreiten, kann nicht gültig übernommen werden.

<sup>167)</sup> Windscheid, Pandekten § 412 a.

<sup>168)</sup> Sachse, Beweisverträge, ZZP 54 (1929) S. 409 ff.; im gleichen Sinne Schiedermair, S. 81 ff. und 119; O. Knecht, Die Beweisverträge im Zivilprozeß, Diss. Freiburg i. Br. 1937 (mit weiteren Literaturnachweisen).

sie doch in der Regel davon aus, daß sie wahr sind oder wahr sein können; sie vereinbaren nicht, dem Richter ein verzerrtes Bild vorzutragen, sondern sie verbinden sich gerade, die Wahrheit ihm zu unterbreiten, und der Zweck ist dann, ein schikanöses Leugnen auszuschließen. Handelt es sich aber um Tatsachen, die in ihrer Wahrheit den Parteien zweifelhaft sind, so dient die Vereinbarung dazu, die Ungewißheit, die eine Beweisaufnahme im Prozeß mit sich bringt, im voraus zu beseitigen . . . Warum sollten sich die Parteien über ungewisse Tatsachen nicht ebenso einigen können, wie sie unbestritten durch Vergleich zweifelhafte Rechte feststellen können? Freilich ist eine Disposition über Tatsachen in der Art unmöglich, daß durch Vereinbarung unwahre Tatsachen wahr gemacht werden können, aber von den Tatsachen hängt das Recht ab, und indem sich die Parteien über die Behandlung von Tatsachen, ob sie als wahr oder nicht wahr gelten sollen, einigen, verfügen sie, falls die zugestandenen Tatsachen unrichtig sind, mittelbar über ihre Rechte, und soweit sie dazu berechtigt sind, liegt kein Grund vor, ihnen eine solche Disposition über Tatsachen zu verwehren.»

Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Gerade wenn die Parteien über ihre Rechte frei verfügen können, besteht kein Grund, Beweisverträge zuzulassen, durch welche Tatsachen unbestreitbar festgelegt werden sollen. Wenn es sich darum handelt, eine rechtsbegründende Tatsache für den Prozeßfall definitiv außer Streit zu setzen, so kann das durch privatrechtliche Vereinbarung geschehen, nämlich in der Weise, daß die Parteien festlegen, der Anspruch des Berechtigten solle abweichend vom Gesetz auch dann bestehen, wenn sich die betreffende Tatsache nicht verwirklicht haben sollte. Soll zum Beispiel die Frage der Vaterschaft des Beklagten im Alimentenprozeß nicht mehr aufgeworfen werden können, so kann der Beklagte die Unterhaltpflicht für das außereheliche Kind auch für den Fall übernehmen, daß er nicht der Vater sein sollte. Alsdann ist die Frage der Vaterschaft

endgültig außer Streit gesetzt, und es fehlt jeder Grund, den Parteien zu ermöglichen, dasselbe Resultat durch einen Beweisvertrag des Inhaltes herbeizuführen, daß die Vaterschaft unbestreitbar anerkannt werde<sup>169)</sup>). Entsprechend kann verfahren werden, wenn eine rechtsaufhebende Tatsache definitiv außer Streit gesetzt werden soll; der Anspruch des Berechtigten kann als erloschen erklärt werden selbst für den Fall, daß sich die in Frage kommende Tatsache nicht verwirklicht haben sollte. Gegen die Zulässigkeit von Verträgen, welche eine Tatsache in verbindlicher Weise festlegen wollen, spricht aber auch die Erwagung, daß eine vertragliche Anerkennung von Tatsachen keine, jedenfalls keine hinreichende Garantie für die Richtigkeit der anerkannten Tatsache bietet. Es geht daher nicht an, den Richter an derartige Beweisverträge zu binden, die mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung im Widerspruch stehen.

c) Einzig der Schiedsgutachtervertrag führt zu einer außergerichtlichen Feststellung von Tatsachen, die für den Richter als verbindlich erklärt werden kann. Aufgabe des Schiedsgutachters ist die Feststellung einzelner rechts'erheblicher Tatsachen. Bindend ist der Spruch des Schiedsgutachters, sofern er ordnungsgemäß zustandegekommen und nicht offenkundig unrichtig ist<sup>170)</sup>). Die Verbindlichkeit des Spruchs des Schiedsgutachters erklärt sich daraus, daß der Schiedsgutachter als eine Art Tatsachenrichter tätig ist und angenommen werden kann, daß sein Spruch keine geringere Gewähr als die Tatbestandsfeststellung eines Schiedsrichters bietet. Deshalb ist es ohne Bedenken, den Richter an den Spruch eines Schiedsgutachters zu binden, auch wenn dadurch die Befugnis des Richters zur

---

<sup>169)</sup> Ein solcher Beweisvertrag könnte wohl auch nicht in einem andern Sinn verstanden werden als so, daß der Beklagte ohne Rücksicht auf seine Vaterschaft verpflichtet sein wolle.

<sup>170)</sup> BGE 26 II 765; 62 II 232; Suter, Der Schiedsvertrag nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, ZPR 47 S. 27 ff.; Roelli-Jaeger, Noten 20—50 zu Art. 67 VVG.

freien Beweiswürdigung eine Beschränkung erfährt. Weil gegen den Spruch des Schiedsgutachters keine Rechtsmittel gegeben sind, muß Voraussetzung seiner Verbindlichkeit immerhin bilden, daß er auf einem ordnungsgemäßen Verfahren beruht und nicht offenkundig unrichtig ist<sup>171)</sup>.

Der Schiedsgutachtervertrag wird freilich meistens als ein rein privatrechtliches Rechtsgeschäft und nicht als Beweisvertrag betrachtet<sup>172)</sup>. Zur Begründung wird angeführt, Aufgabe des Schiedsgutachters sei es, den noch unvollständigen Inhalt eines Vertrages zu ergänzen, ein Stück des noch unvollkommenen Tatbestandes zu gestalten und zu normieren<sup>173)</sup>. Das ist jedoch nicht richtig. Wenn zum Beispiel in einem Unfallversicherungsvertrag niedergelegt ist, die Höhe der auszubezahlenden Versicherungssumme bemesse sich nach dem Grad der durch den Unfall bewirkten Invalidität, dessen Höhe durch einen Schiedsgutachter festzustellen sei, so kann es sich nicht darum handeln, den Vertragsinhalt zu ergänzen. Denn die Klausel, daß sich die Höhe der Versicherungssumme nach dem Invaliditätsgrad bemäßt, gibt dem Vertrag einen völlig ausreichenden Inhalt<sup>174)</sup>. Es kann sich einzig darum handeln, die Vertragsnorm auf den konkreten Tatbestand anzuwenden. Dazu bedarf es aber keiner Ergänzung des

---

<sup>171)</sup> Keiner Partei darf bei Bestellung von Schiedsgutachtern ein Vorrecht eingeräumt werden, 26 II 765, 31 II 693. Die für die Justizbeamten geltenden Ausstandsgründe müssen auch auf die Schiedsgutachter zur Anwendung gebracht werden, zum mindesten auf den Obmann, Roelli-Jaeger, a. a. O., Note 25. Auch im Verfahren vor Schiedsgutachtern ist den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren, Roelli-Jaeger, a. a. O., Note 28. Weiter sollte verlangt werden, daß sich die Feststellung auf Tatsachen bezieht, von deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein sich der Schiedsgutachter auf Grund eigener Wahrnehmung und Sachkunde überzeugen konnte.

<sup>172)</sup> BGE 26 II 765, 46 II 84.

<sup>173)</sup> Suter, a. a. O., S. 28 f.

<sup>174)</sup> Ebenso, wenn in einem Kaufvertrag niedergelegt ist, daß der Verkäufer für Mängel des Verkaufsobjektes einzustehen habe und diese durch einen Schiedsgutachter festzustellen seien.

Vertrages und keiner Neubegründung von Rechten und Pflichten. Wenn dabei die Feststellung einer einzelnen Tatsache, welche für die Verwirklichung des Vertrages, für die Bemessung des Anspruches des Versicherten maßgebend ist, dem Richter entzogen und einem Schiedsgutachter übertragen wird, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß es sich bei der Tätigkeit des Schiedsgutachters um Beweiserhebung und Beweiswürdigung handelt, die für den Richter grundsätzlich verbindlich ist<sup>175)</sup><sup>176)</sup>. Der Schiedsgutachtervertrag ist ein echter, aber auch zulässiger Beweisvertrag<sup>177)</sup>. Die abweichende Ansicht dürfte vor allem darauf beruhen, daß Beweisverträge generell als unzulässig bezeichnet werden. Alsdann bleibt nichts anderes

---

<sup>175)</sup> Ganz anders, wenn die Bestimmung eines essentiale negotii, zum Beispiel die Bestimmung des Kaufpreises ins pflichtgemäße Ermessen eines Dritten gestellt wird (§§ 317—319 BGB, Art. 1592 Cc). In diesem Fall ist der Dritte nicht Schiedsgutachter, der eine Tatsache festzustellen hat, vielmehr hat er einem unvollständigen Vertrag einen Inhalt zu geben, was eine wesentlich andere Aufgabe ist.

<sup>176)</sup> Wer gleichwohl den Standpunkt vertreten will, der Schiedsgutachtervertrag habe einen materiellrechtlichen Inhalt, muß davon ausgehen, daß die Parteien von vornherein nur in dem Maße berechtigt und verpflichtet sein wollen, als es dem Spruch des Schiedsgutachters entspricht. Dieser würde alsdann nicht ein Beweismittel, sondern einen Entstehungsgrund von Ansprüchen bilden. Aber eine solche Auffassung entspricht nicht den sonst üblichen Vorstellungen. Weder der echten Schiedsklausel noch dem Hinweis in einem Vertrag darauf, daß in einem Streitfall der Parteien der ordentliche Richter zu entscheiden habe, kann die Bedeutung beigemessen werden, daß erst das Urteil den Anspruch des Berechtigten zur Entstehung bringe. Aufgabe des Richters ist es doch, bestehende Rechte festzustellen und nicht solche zu begründen (abgesehen vom Fall eines konstitutiven Urteils). Entsprechendes muß aber auch für den Spruch des Schiedsgutachters gelten. Er hat Tatsachen festzustellen und nicht Rechte neu zu begründen. Sein Spruch ist Beweismittel; daß aber Entstehen oder Nichtentstehen eines Anspruches vom Vorhandensein eines Beweismittels abhängig sei, entspricht nicht den Grundsätzen des Privatrechtes.

<sup>177)</sup> Sachse, a. a. O., S. 427 ff.

übrig, als den unbestrittenen zulässigen Schiedsgutachtervertrag dem materiellen Rechte zuzuweisen.

Aus der Tatsache, daß die Parteien berechtigt sind, die Feststellung erheblicher Tatsachen einem Schiedsgutachter zu übertragen, darf jedoch nicht gefolgert werden, die Parteien müßten auf dem Wege der Vereinbarung Tatsachen mit der gleichen Wirkung feststellen können, wie das durch einen Spruch des Schiedsgutachters geschehen könne<sup>178)</sup>. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Spruch des Schiedsgutachters für den Richter nicht schlechthin verbindlich ist, sondern nur unter der Voraussetzung, daß er ordnungsgemäß zustande gekommen und nicht offensichtlich unrichtig ist. Den Parteien, die über eine rechtserhebliche Tatsache einiggehen, wird aber stets daran gelegen sein, ihre Rechtsbeziehungen endgültig zu gestalten. Dazu bietet das Privatrecht den richtigen Weg. Sind sie im angeführten Beispiel über den Grad der Invalidität des Versicherten einig, so können sie einen Vergleich über die Höhe eines allfälligen Anspruches des Versicherten abschließen. An einen solchen Vergleich ist der Richter gebunden, ohne daß er, wie im Falle des Schiedsgutachtens, Feststellungen darüber treffen könnte, ob allenfalls die Einschätzung der Invalidität offensichtlich unrichtig sei. Wollen sich aber die Parteien nicht vorbehaltlos festlegen, den Tatbestand aber so, wie er sich ihnen darbietet, als Grundlage ihrer Rechtsbeziehungen einstweilen gelten lassen, so können sie ihn im Sinne eines außergerichtlichen Geständnisses gegenseitig anerkennen.

d) Abgesehen vom Sonderfall des Schiedsgutachtervertrages, ist die Vereinbarung unzulässig, daß ein Beweis nur durch bestimmte Beweismittel, zum Beispiel nur durch Urkunden<sup>179)</sup> oder nur durch eine Mehrzahl von Zeugen,

---

<sup>178)</sup> Sachse, a. a. O., S. 229.

<sup>179)</sup> Dagegen kann die Entstehung von Ansprüchen vom Vorhandensein bestimmter Urkunden abhängig gemacht werden, zum Beispiel die Entstehung von Gewährleistungsansprüchen von

erbracht werden dürfe oder daß im Prozeß eine bestimmte Person nicht solle als Zeuge einvernommen werden können<sup>180)</sup>). Wenn der Richter die Wahrheit ermitteln soll, wie es seine Aufgabe ist, muß er sich auch aller in Frage kommenden Beweismittel bedienen können und müssen dieselben von den Parteien angerufen werden können.

e) Keine durchgreifenden Bedenken bestehen gegen Verträge über die Verteilung der Beweislast. Durch Verträge dieser Art wird die freie richterliche Beweiswürdigung nicht tangiert. Vielmehr handelt es sich darum, festzulegen, wie die Entscheidung des Richters zu lauten hat, falls eine rechtserhebliche streitige Tatsache beweislos bleibt. Als dann soll zuungunsten derjenigen Partei entschieden werden, welche die Beweislast trägt. Wie dagegen der Richter die erhobenen Beweise zu würdigen habe, bleibt seiner Entscheidung überlassen. So kann zugunsten des Schuldners vereinbart werden, daß eine Schadenersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung in Abweichung von Art. 97 OR nur bestehen soll, sofern es dem Gläubiger gelingt, ein Verschulden des Schuldners nachzuweisen<sup>181)</sup>). Entsprechende Vereinbarungen können auch zugunsten des Gläubigers getroffen werden. In Abweichung von Art. 413 OR kann festgelegt werden, der Mäklerlohn sei auf alle Fälle zu bezahlen, sofern der angestrebte Vertrag zustande kommt, es sei denn, daß der Auftraggeber den Beweis erbringe, das Zustandekommen des Vertrages sei nicht den Bemühungen des Mäklers zu verdanken<sup>182)</sup>). In der Lehre wird denn auch

---

der Feststellung der Mängel in einem amtlichen Befund, vgl. Hellwig, System I S. 469.

<sup>180)</sup> Durch übereinstimmenden Parteiantrag kann nicht einmal die Bestellung einer bestimmten Person zum Experten ausgeschlossen werden, § 213 ZPO.

<sup>181)</sup> Oder besser gesagt, sofern ein Verschulden des Schuldners festgestellt wird. Es ist gleichgültig, ob diese Feststellung auf Grund eines Beweismittels des Schuldners oder Gläubigers erfolgt.

<sup>182)</sup> Der Mäklerlohn kann selbst für den Fall versprochen werden, daß ein Kausalzusammenhang zwischen den Bemühungen

nicht in Zweifel gezogen, daß Verträge dieses Inhaltes im allgemeinen gültig sind. Streitig ist dagegen, ob sie überhaupt prozessualer Natur sind<sup>183)</sup>. So kann die angeführte Vereinbarung über den Mäklerlohn dahin verstanden werden, die Mäklerprovision werde auf jeden Fall geschuldet, der Auftraggeber solle aber von seiner Zahlungspflicht entlastet sein, sofern der Vertrag nicht durch die Bemühungen des Mäklers zustande gekommen ist. Das Fehlen des Kausalzusammenhangs würde alsdann zu einer Einredetatsache, für welche der Auftraggeber nach allgemeiner Regel die Beweislast trägt<sup>184)</sup>. Was die Vereinbarung betrifft, zum Schadenersatz solle der Schuldner nur verpflichtet sein, wenn vom Gläubiger ein Verschulden nachgewiesen werde, so kann der Vereinbarung die Bedeutung beigelegt werden, die Schadenersatzpflicht des Schuldners solle nur für den Fall zur Entstehung gelangen, daß die richtige Erfüllung aus Verschulden des Schuldners unmöglich geworden sei. Diese Unmöglichkeit wäre damit zu einer rechtsbegründenden Tatsache erhoben und müßte aus diesem Grunde vom Gläubiger nachgewiesen werden<sup>185)</sup>.

---

des Mäklers und dem Zustandekommen des Vertrages fehlt, Reichel, Mäklerprovision, S. 222 ff.

<sup>183)</sup> Hellwig, System I S. 469 und Kohler, Gruchots Beiträge 31 S. 306 ff., gehen davon aus, daß die Regeln über die Beweislast dem Prozeßrecht angehören. Sie wollen Verträge der angeführten Art nur insoweit zulassen, als es sich um Vereinbarungen materiellen Inhaltes handelt, die in die Form von Bestimmungen über die Beweislast eingekleidet sind. Wird angenommen, die Regeln über die Beweislast seien materiellrechtlicher Natur, so sind Verträge, welche die Beweislast für privatrechtliche Rechtsverhältnisse betreffen, insoweit zulässig, als das Privatrecht dispositiver Natur ist, vgl. Sperl, Lehrbuch II S. 392. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß die Regeln über die Beweislast zwar prozessualer Natur sind, nichtsdestoweniger aber Raum für eine abweichende Vereinbarung lassen, vgl. Sachse, a. a. O., S. 423 ff.; Gaupp-Stein-Jonas, VII zu § 282 dZPO; Schönke, S. 193 und 197.

<sup>184)</sup> Kohler, a. a. O., S. 307.

<sup>185)</sup> Kohler, a. a. O., S. 308.

Indessen fällt in Betracht, daß Verträge des angeführten Inhaltes überhaupt nur im Prozeßfall praktisch Bedeutung erlangen, und zwar nur insofern, als es dem Richter nicht gelingt, den wirklichen Sachverhalt zu ermitteln. Ihrer Tragweite nach regeln sie die Beweislast und dürfen als Beweisverträge angesprochen werden. Daraus ist aber nichts gegen sie herzuleiten, weil nicht davon ausgegangen werden darf, daß Beweisverträge generell unzulässig sind. Freilich ist darauf hingewiesen worden<sup>186)</sup>, daß in Art. 8 ZGB gesagt wird, wo es das Gesetz nicht anders bestimme, habe derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Daraus darf jedoch nicht abgeleitet werden, daß die Beweislastregeln des Gesetzes zwingend sind, so daß Ausnahmen vom Grundsatz des Art. 8 ZGB nur durch das Gesetz und nicht auch durch Vertrag statuiert werden können. Die Worte: «wo es das Gesetz nicht anders vorsieht», deuten lediglich an, daß das Gesetz selbst Ausnahmen von der Regel enthält. Damit ist aber nicht gesagt, daß für eine Parteivereinbarung über die Beweislast kein Raum sein solle<sup>187)</sup>. Dabei fällt in Betracht, daß das Gesetz die Beweislast ohnehin nicht erschöpfend ordnet<sup>188)</sup>. Die Regel des Art. 8 bedarf näherer Ausgestaltung. Es besteht kein zureichender Grund, den Parteiwillen nicht zu berücksichtigen, zumal davon ausgegangen werden kann, daß die Parteien am ehesten zu ermessen vermögen, welche Beweislastverteilung ihren Rechtsbeziehungen angemessen ist.

8. Unzulässig ist die Vereinbarung, der Richter solle statt nach Recht nach Billigkeit entscheiden. Aufgabe des Richters kann nur die Anwendung von Rechtsätzen auf den konkreten Einzelfall sein<sup>189)</sup>. Der Richter

<sup>186)</sup> Kuhn, Die Beweislast, S. 80.

<sup>187)</sup> Verträge über die Beweislast erklärt Art. 2698 des italienischen Zivilgesetzbuches ausdrücklich als zulässig.

<sup>188)</sup> Egger, Note 11 zu Art. 8 ZGB.

<sup>189)</sup> Wenn der Richter, gestützt auf eine gesetzliche Ermächtigung, eine Rechtsverordnung erläßt, ist er nicht mehr als Richter, sondern als Gesetzgeber tätig.

kann nicht ermächtigt werden, eine Billigkeitsentscheidung zu fällen, welche zur Rechtslage im konkreten Fall im Widerspruch stehen dürfte, müßte er ja sonst die Maßgeblichkeit der Rechtssätze negieren. Die Parteien müßten die Billigkeit zu einer dem positiven Recht übergeordneten Rechtsnorm erheben können, um dem Richter zu ermöglichen, nach Maßgabe der Billigkeit seines Amtes zu walten. Objektives Recht kann aber nur der Gesetzgeber schaffen<sup>190)</sup>, nicht auch der Private. Wenn eine Billigkeitsentscheidung herbeigeführt werden soll, so kann das nur durch entsprechende Gestaltung der materiellen Rechtsbeziehungen geschehen, über welche der Richter befinden soll. Im Rahmen des dispositiven Rechtes steht nicht im Wege, daß die an einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis Beteiligten dieses Rechtsverhältnis — sei es von vornherein oder erst nachträglich — in dem Sinne ordnen, daß sie sich gegenseitig zu dem verpflichten, was der Billigkeit entspricht<sup>191)</sup>. Gestützt auf eine solche Vereinbarung, kann der Richter die der Billigkeit entsprechenden Leistungen zu erkennen. Alsdann wendet er aber die Billigkeit nicht an Stelle des Rechtes an, sondern er verschafft einem rechtlich zulässigen Vertragsinhalt Nachachtung, wie es das objektive Recht gebietet.

9. Ob eine vertragliche Haftungsbeschränkung<sup>192)</sup> zulässig sei, ist in der Lehre streitig<sup>193)</sup>. Jaeger,

---

<sup>190)</sup> In Art. 4 ZGB ist die Billigkeit zu einer sekundären Rechtsquelle erhoben worden, vgl. Egger, Anm. zu Art. 4 ZGB.

<sup>191)</sup> Insbesondere kann vereinbart werden, daß der Umfang einer geschuldeten Leistung durch billiges Ermessen eines Dritten bestimmt werden soll, vgl. §§ 317—319 BGB.

<sup>192)</sup> Sei es, daß bestimmte Vermögensobjekte von der Haftung ausgenommen werden oder daß die Haftung auf einzelne Kategorien von Vermögenswerten, zum Beispiel auf Mobilien beschränkt wird.

<sup>193)</sup> Für die Zulässigkeit: v. Tuhr, OR I S. 15; Oser-Schönenberger, Vorbem. 56 zu Art. 1—67 OR; Reichel, Gewillkürte Haftungsbeschränkung, Festgabe für G. Cohn, S. 210 ff. a.A.: Jaeger, Ergänzungsband 2, Vorbem. zu Art. 91 SchKG.

der die Frage verneint, ist der Auffassung, daß eine gewillkürte Haftungsbeschränkung im Konkurs ohnehin ausgeschlossen sei. Aber auch im Pfändungsverfahren sei eine solche nicht möglich, weil jede Pfändung durch die Anschlußmöglichkeit<sup>194)</sup> zu einem kleinen Konkursverfahren führen könne. Diese Darlegungen sind aber nicht überzeugend. Das Gesetz selbst kennt Fälle der beschränkten Haftung<sup>195)</sup>, wobei die Haftungsbeschränkung sowohl im Konkurs als bei der Pfändung zu beachten ist, mag es zu einem Pfändungsanschluß kommen oder nicht. Der Umstand, daß eine Mehrheit von Gläubigern an Konkursverfahren oder an der Pfändung teilnehmen kann, bildet daher keinen Grund, die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung von vornherein zu verneinen<sup>196)</sup>. Es leuchtet allerdings ein, daß die rechtliche Stellung dritter Gläubiger durch eine gewillkürte Haftungsbeschränkung keine Verschlechterung erfahren darf. Eine solche wird aber durch eine gewillkürte Haftungsbeschränkung nicht bewirkt, sondern gegenteils eine Besserstellung. Ein Gläubiger, für dessen Forderung die Haftung beschränkt wird, kann an den ihm haftenden Vermögensobjekten keine vorzugsweise Befriedigung vor andern Gläubigern beanspruchen, die auf das ganze Vermögen des Schuldners greifen können. Im Sinne einer Haftungsbeschränkung liegt es, daß es bei der Zwangsvollstreckung so gehalten werden soll, wie wenn die von der Haftung ausgenommenen Vermögensobjekte überhaupt nicht vorhanden wären. Das gilt nicht nur im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner, sondern auch im Verhältnis der Gläubiger unter sich. Der Erlös aus den Vermögensobjekten, welche der Haftung für

---

<sup>194)</sup> Art. 110 SchKG.

<sup>195)</sup> Insbesondere Art. 208 und 221 ZGB.

<sup>196)</sup> Es ist auch nicht so, daß sich die Beschlagsrechte der Gläubiger der gleichen Gruppe notwendigerweise auf die gleichen Objekte erstrecken müßten. So erfolgt die Nachpfändung nur zugunsten derjenigen Gläubiger, die sie verlangt haben, und nicht zugunsten aller Gläubiger der betreffenden Gruppe, vgl. Jaeger, Note 5 zu Art. 110 SchKG.

die Forderungen aller Gläubiger unterliegen, ist daher auf alle Gläubiger nach ihrem Rang und, soweit sie im gleichen Rang stehen, nach der Höhe ihrer Forderungen zu verteilen, ohne Rücksicht darauf, daß die Gläubiger, für deren Forderungen eine unbeschränkte Haftung besteht, noch auf weiteres Vermögen greifen können, welches ihnen allein zugute kommt, unter Ausschluß der Gläubiger, welche auf die Haftung dieses weiteren Vermögens verzichtet haben<sup>197)</sup>.

Sodann glaubt Jaeger, daß private Vereinbarungen über die Modalitäten der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht berücksichtigt werden dürften. Daß das gesamte Betreibungsrecht zwingend sei, trifft aber so wenig zu wie für das Zivilprozeßrecht. So wird denn auch in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Schuldner auf die Unpfändbarkeit von Kompetenzstücken verzichten kann<sup>198)</sup>, obwohl ein solcher Verzicht im Gesetz nicht vorgesehen ist. Es ist schwer, einzusehen, weshalb umgekehrt der Gläubiger nicht sollte darauf verzichten können, auf einzelne Teile des schuldnerischen Vermögens zu greifen. Daß nicht zum voraus auf die Unpfändbarkeit von Kompetenzstücken verzichtet werden kann, beruht auf dem Gedanken des Schuldnerschutzes. Findet sich aber der Gläubiger bereit, sich von vornherein mit einer bloß beschränkten Haftung des schuldnerischen Vermögens zu begnügen, so fehlt jeder Grund, der vereinbarten Haftungsbeschränkung die Wirksamkeit zu versagen, dient doch die Zwangsvollstreckung der Verwirklichung von Privatrechten, deren Geltendmachung ohnehin in das Belieben des Gläubigers gestellt ist<sup>199)</sup>.

---

<sup>197)</sup> Entsprechend ist es auch in den Fällen gesetzlicher Haftungsbeschränkung zu halten, vgl. Cuttat, *De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite*, S. 191 und 208, und die dort zitierten Autoren.

<sup>198)</sup> Jaeger, Note 1 F zu Art. 92 SchKG.

<sup>199)</sup> Die Unpfändbarkeit von Vermögensobjekten, deren Haftung vertraglich ausgeschlossen wurde, ist meines Erachtens durch Beschwerde geltend zu machen, gleich wie wenn der Schuldner

## V.

Zusammenfassend kann folgendes gesagt werden:

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung können die Parteien berechtigt sein, den Vorschriften des Prozeßgesetzes zu derogieren.

In Frage kommt in der Regel nur ein Verzicht auf Anwendung einzelner ermächtigender Rechtssätze: ein Verzicht auf die vom Gesetz den Parteien gewährte Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen<sup>200)</sup>, die Einrede der abgeurteilten Sache zu erheben<sup>201)</sup>, einen bereits eingetretenen Verfahrensmangel zu rügen<sup>202)</sup>, den Richter vor Durchführung eines privaten Schlichtungsverfahrens anzurufen<sup>203)</sup>, eine Befristung der Befugnis, die Zwangsvollstreckung durchzuführen<sup>204)</sup>.

Ausnahmsweise kann es aber auch zulässig sein, eine Vereinbarung zu treffen, die von Rechtssätzen abweicht, welche unmittelbar die richterliche Tätigkeit zum Gegenstand haben. So können Vereinbarungen über die Verteilung der Beweislast getroffen werden<sup>205)</sup>. Dabei fällt in Betracht, daß die Grundsätze über die Beweislast, sofern sie nicht schon ihrer Natur nach dem materiellen Recht angehören, doch einen starken materiellrechtlichen Einschlag haben. Sie ordnen nicht das eigentliche Verfahren, sondern geben dem Richter eine Wegleitung für den Inhalt seiner Sachentscheidung, sie nähern sich damit den materiellrechtlichen Normen so sehr an, daß sie im gleichen Umfang wie die letzteren, als dispositiv betrachtet werden

behauptet, daß die Pfändung nach Art. 92 SchKG ausgeschlossen sei. — Ein Verlustschein kann dem Gläubiger nicht ausgestellt werden, der darauf verzichtet hat, auf das gesamte Vermögen des Schuldners zu greifen.

<sup>200)</sup> Vgl. oben IV 5.

<sup>201)</sup> Vgl. oben IV 4.

<sup>202)</sup> Vgl. oben II 4.

<sup>203)</sup> Vgl. oben IV 1.

<sup>204)</sup> Vgl. oben IV 2.

<sup>205)</sup> Vgl. oben IV 7e.

dürfen. Was den Schiedsgutachtervertrag<sup>206)</sup> betrifft, so greift er zwar in das Recht und die Pflicht des Richters zur freien Beweiswürdigung ein, seine Zulässigkeit dürfte aber schon gewohnheitsrechtlich begründet sein. Für seine Zulässigkeit spricht aber auch die Erwägung, daß er ein Minus gegenüber dem Schiedsvertrag darstellt, dessen Wirksamkeit das Gesetz in weitem Umfang anerkennt. Daß prozessuale Mängel unbeachtlich werden, wenn sich die benachteiligte Partei mit dem fehlerhaften Verfahren einverstanden erklärt hat, ist im Gesetz wenigstens für einen besonders wichtigen Fall ausgesprochen<sup>207)</sup>, wobei die betreffende Bestimmung als Ausfluß eines allgemein geltenden Grundsatzes aufgefaßt werden darf.

Ein Abweichen von der gesetzlichen Regel ist nur zulässig, soweit die Annahme begründet ist, daß das Gesetz keine zwingende Ordnung aufstellen will<sup>208)</sup>. Ob das trifft, kann nur eine Untersuchung des Einzelfalles ergeben. Allgemein fallen dabei die folgenden Gesichtspunkte in Betracht:

a) Dispositiver Natur kann ein prozessualer Rechtsatz nur sein, wenn er zur Wahrung verfahrensrechtlicher Parteiinteressen aufgestellt ist, seine Beobachtung darf nicht durch das öffentliche Interesse<sup>209)</sup> geboten sein<sup>210)</sup>. Unzulässig ist daher der Verzicht auf Rechtsmittel in Streitigkeiten über Ansprüche, über welche die Parteien aus Gründen der öffentlichen Ordnung nicht frei verfügen können<sup>211)</sup>, ferner Beweisverträge, die in das Recht und

---

<sup>206)</sup> Vgl. oben IV 7c.

<sup>207)</sup> § 120 GVG, vgl. oben II 4.

<sup>208)</sup> Vgl. oben II.

<sup>209)</sup> Im öffentlichen Interesse liegen auch die Vorschriften, welche die Parteien gegen übereilte Entschlüsse schützen wollen, Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 303.

<sup>210)</sup> Es kann sich fragen, ob die Bestimmung des § 120 GVG nicht zu weit geht. Daß nur ein unbefangener Richter soll entscheiden können, erfordert schon das Ansehen der Justiz, ganz abgesehen vom Parteiinteresse.

<sup>211)</sup> Vgl. oben IV 5b.

die Pflicht des Richters zur freien Beweiswürdigung eingreifen (abgesehen vom Schiedsgutachtervertrag) <sup>212)</sup>.

b) Es darf keine übermäßige Benachteiligung einer Partei bewirkt werden. Deshalb gibt es keinen Verzicht auf Nichtigkeitsbeschwerde und Revision <sup>213)</sup>. Ebensowenig kann auf die Befugnis, in einer Betreibung Rechtsvorschlag zu erheben oder in einem Prozeß eine bestimmte Behauptung aufzustellen oder einen Beweis anzutreten, verzichtet oder die obligatorische Verpflichtung übernommen werden, eine solche Befugnis nicht auszuüben <sup>214)</sup>.

c) Das Gesetz kann nicht jedem Einzelfall gerecht werden. Bei der Ordnung des Verfahrens muß es sich notwendigerweise mehr oder weniger mit einer Schablone begnügen. Daß jede Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des Einzelfalles durch die gesetzliche Ordnung ausgeschlossen sein solle, kann aber nicht angenommen werden. Die Zulässigkeit einer vom Gesetz abweichenden Gestaltung des Verfahrens durch die Parteien darf um so eher bejaht werden, je größer das Bedürfnis ist, das Verfahren der besonderen Lage des Einzelfalles anzupassen. Dagegen besteht kein Grund, den Parteien zu ermöglichen, das Verfahren abweichend vom Gesetz zu ordnen, wo es nicht gilt, legitimen Interessen Nachachtung zu verschaffen <sup>215)</sup>.

---

<sup>212)</sup> Vgl. oben IV 7b und d.

<sup>213)</sup> Vgl. oben IV 5a.

<sup>214)</sup> Vgl. oben Anm. 166.

<sup>215)</sup> Deshalb kein unmittelbar prozessual wirksames Klage- oder Rechtsmittelrücknahmever sprechen, vgl. oben IV 6.