GERHARD WAGNER

Prozeßverträge

Jus Privatum
33

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 33

Gerhard Wagner

Prozeßverträge

Privatautonomie im Verfahrensrecht

Mohr Siebeck

Gerhard Wagner: Geboren 1962, 1982–1987 Studium in Göttingen und München; 1989 Promotion; im Jahr 1989 Forschungstätigkeit für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit; 1992 Zweites Juristisches Staatsexamen; 1992–1997 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Göttingen; 1994–1995 Studium an der University of Chicago Law School, Master of Laws; 1997 Habilitation; seither Lehrtätigkeit an den Universitäten Göttingen und Regensburg.

Als Habilitation auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wagner, Gerhard:
Prozeßverträge : Privatautonomie im Verfahrensrecht / Gerhard Wagner. –
Tübingen : Mohr Siebeck, 1998
(Jus privatum ; Bd. 33)
ISBN 3-16-147022-2
978-3-16-158149-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1998 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde aus der Garamond-Antiqua von niemeyers satz in Tübingen gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Für Karen

Vorwort

Die heutige Rechtspolitik wird von einem Bestreben nach Senkung der Staatsausgaben, Deregulierung und Flexibilisierung bestimmt, das auch vor der Justiz nicht halt macht. Die vorliegende Studie ist ebenfalls darum bemüht, die Kosten des Zivilprozesses im Zaum zu halten und seinen Nutzen für die Parteien zu steigern, will diese Ziele aber nicht durch legislatorische Eingriffe erreichen, sondern das paradigmatische Gestaltungsmittel der Privatautonomie – den Vertrag – für das Prozeßrecht revitalisieren. Darüber hinaus versteht sie sich auch als Handbuch des Prozeßvertragsrechts, dessen es angesichts der Zerfaserung dieses Rechtsgebiets und der Herausbildung von Sonderdogmatiken einzelner Vertragstypen dringend bedarf.

Die Arbeit, deren Ansatz und Forschungsprogramm in der Einleitung näher erläutert ist, wurde von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Sommersemester 1997 als Habilitationsschrift angenommen. Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Uwe Diederichsen, der mich in vielerlei Hinsicht gefördert und mir stets den für wissenschaftliche Arbeit erforderlichen Freiraum gewährt hat. Zu danken habe ich auch den Koreferenten, Herrn Professor Dr. Wolfram Henckel und Herrn Professor Dr. Joachim Münch, sowie der gesamten Göttinger Fakultät für die unproblematische Durchführung des Habilitationsverfahrens. Danken möchte ich schließlich meinen Eltern, Hubert und Inge Wagner, insbesondere auch für ihre Hilfe bei den Korrekturen. Ohne einen großzügigen Druckkostenzuschuß der Deutschen Forschungsgemeinschaft hätte die Arbeit nicht in dieser Form erscheinen können.

Das Manuskript wurde Ende 1996 abgeschlossen, für die Veröffentlichung jedoch auf den Stand vom Juni 1998 gebracht. Insbesondere ist das inzwischen in Kraft getretene Schiedsverfahrensgesetz eingearbeitet, mit dem das deutsche Schiedsrecht auf eine neue Grundlage gestellt worden ist. Die erst am 1.1.1999 in Kraft tretende Zweite Zwangsvollstreckungsnovelle, mit der die in der Praxis bedeutsamen Ratenzahlungsvereinbarungen erstmals eine gesetzliche Regelung erfahren haben, wurde ebenfalls bereits berücksichtigt. Die Darstellung des U.S.-amerikanischen Prozeßvertragsrechts ist 1994/95 während eines Aufenthalts an der University of Chicago Law School entstanden; insoweit konnten nur einzelne Ergänzungen nachgetragen werden. Auf eine abschließende Zusammenstellung der Ergebnisse ist aus Raumgründen

zugunsten der am Ende der einzelnen Kapitel zu findenden Zusammenfassungen verzichtet worden. Letztere sind aus sich heraus verständlich, lassen sich hintereinander weg lesen und ermöglichen so dem eiligen Leser einen raschen Überblick.

Göttingen, im August 1998 Gerhard Wagner

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Abkürzungsverzeichnis XXI

Einleitung 1

Allgemeiner Teil

1. Kapitel: Qualifikation verfahrensbezogener Vereinbarungen 11
2. Kapitel: Die Zulässigkeit von Prozeßverträgen 48
3. Kapitel: Wirkungen der Prozeßverträge 212
4. Kapitel: Die Rechtsgeschäftslehre der Prozeßverträge 278
5. Kapitel: Prozeßverträge im internationalen Zivilprozeßrecht 346

Besonderer Teil

6. Kapitel: Disposition über die Klagebefugnis 391
7. Kapitel: Einverständliche Verfahrensbeendigung 504
8. Kapitel: Kompetenzverträge 556
9. Kapitel: Beweisverträge 608
10. Kapitel: Dispositionen über Urteilswirkungen 711

Literaturverzeichnis 786
Sachverzeichnis 821

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Abkürzungsverzeichnis XXI

Einleitung 1

Allgemeiner Teil

1. Kapitel: Qualifikation verfahrensbezogener Vereinbarungen 11

A. Der Rechtscharakter des Prozeßrechts 13

B. Die Qualifikation vertraglicher Vereinbarungen 17

I. Grundlegende Klarstellungen 17
1. Trennung von Qualifikations- und Zulässigkeitsfragen 17
2. Notwendigkeit einheitlicher Qualifikationskriterien 18
3. Die Bedeutung der Lehren zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht 20
4. Verzicht auf die Vertragsqualifikation? 20

II. Das maßgebliche Zuordnungskriterium 22
1. Abgrenzung mit Hilfe des Prozeßhandlungsbegriffs 22
2. Abgrenzung anhand der Vertragsparteien 23
3. Differenzierung zwischen Vertragstatbestand und Vertragswirkungen 25
4. Inhaltliche Zuordnungskriterien 27

III. Präzisierung der Gegenstandstheorie 28
1. Disposition über ein prozeßrechtliches Rechtsverhältnis 28
2. Hypothetische Normqualifikation 32
3. Berücksichtigung von Zweck und Gesamtcharakter des Vertrags 33

C. Verfügungs- und Verpflichtungsverträge 35

D. Mehrere Vertragsregelungen 38

I. Alternativen und Streitstand 38

II. Einheitliche Qualifikation 41

III. Doppelnatur oder Doppeltatbestand? 43

E. Zusammenfassung 46

2. Kapitel: Die Zulässigkeit von Prozeßverträgen 48

A. Meinungsstand 48

B. Der Begriff des dispositiven Rechts 52

C. Normdisposition: Verträge im Rahmen dispositiven Zivilprozeßrechts 57

I. Die Möglichkeit dispositiven öffentlichen Rechts 57
II. Privatautonomie und publizistisches Prozeßrecht 59
III. Grenzen prozessualer Dispositionsfreiheit 64
IV. Gründe für zwingendes Recht 71
V. Zwingendes und dispositives Zivilprozeßrecht 77
1. Zwingende Vorschriften zum Schutz von Privatinteressen 77
2. Zwingende Vorschriften zum Schutz von Allgemeininteressen . 78
a) Konkrete öffentliche Einzelinteressen 80
b) Das allgemeine öffentliche Interesse an kosteneffektiver Zivilrechtspflege 81

D. Befugnisdisposition: Vereinbarungen über prozessuale Befugnisse 86

I. Disponibilität als notwendiges Attribut subjektiver Berechtigungen 87
II. Disposition über prozessuale Befugnisse und Privatautonomie 88
III. Einwände 90
1. Entgegenstehende Allgemeinwohlbelange 90
2. Schutzbedürfnisse 91
3. Das „Formproblem" 96

E. Materiell-rechtliche Restriktionen der Privatautonomie 97

I. Gesetzliche Einschränkungen der Parteiherrschaft im Zivilprozeß 98
1. Normdispositionen 98
a) Die Zulässigkeit des Schiedsvertrags 98
b) Einschränkungen der Prorogation 101
2. Einschränkungen der Befugnisdisposition 102
II. Allgemeine Prinzipien 106
1. Zwingendes Privatrecht und prozessuale Dispositionsfreiheit .. 106
2. Unverzichtbarkeit: Bindung ex ante und ex post 114
a) Unverzichtbare Ansprüche 114
b) Prozessuale Rechtsfolgen der Unverzichtbarkeit 115
3. Unverzichtbarkeit als Regelfolge der Unabdingbarkeit? 119
III. Exkurs: Umdeutung unzulässiger Prozeßverträge in zulässige Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts 122

F. Allgemeine Zulässigkeitsgrenzen für Prozeßverträge 125
I. Voraussetzungen von Vertragsgerechtigkeit 125
II. Verfahrensbezogene Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen 130
1. Der Anwendungsbereich des AGBG 130
2. Anwendbarkeit des AGBG auf Prozeßverträge 131
3. Kontrollfähigkeit verfahrensbezogener Klauseln 133
a) Abweichung von dispositivem Prozeßrecht 134
b) Disposition über prozessuale Befugnisse 138
4. Maßstäbe der Inhaltskontrolle 140
a) Die besonderen Klauselverbote der §§ 10 und 11 AGBG ... 140
b) Prozeßbezogene Vereinbarungen und § 9 AGBG 140
aa) Die Systematik des § 9 AGBG 141
bb) § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG: Die Leitbildfunktion des Prozeßrechts 144
cc) § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG: Aushöhlung wesentlicher Vertragspflichten 147
dd) Die Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG 148
aaa) Anwendungsbereich 148
bbb) Unangemessene Benachteiligung 149
III. Prozeßvereinbarungen außerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen 159
1. Die Sicherungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 159
2. Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen 162
3. Vertragliche Inhaltskontrolle aufgrund von § 242 BGB 165
4. Das Beispiel der Ausgleichsquittung 169
IV. Übersehbarkeitserfordernis und Bestimmtheitsgrundsatz 172

G. Rechtsvergleich: Vertragsfreiheit im U.S.-amerikanischen Zivilprozeßrecht 175
I. Einführung 175
II. Gerichtsstandsvereinbarungen 177
1. Dispositionen über die Subject Matter Jurisdiction 178
2. Dispositionen über Territorial Jurisdiction und Venue 180
a) Die Non-Ouster-Doktrin als Ausgangspunkt 181
b) Die Bremen-Entscheidung als Wendepunkt 182
c) Gerichtsstandsvereinbarungen im Rechtsverkehr mit dem Verbraucher 184
d) Stellungnahme 185
III. Schiedsverträge 190
1. Das Erbe des englischen Rechts 190
2. Der Federal Arbitration Act 192
3. Inflation und Deflation der Public Policy Exception 193
4. Ex-ante-Prüfung der Schiedsvereinbarung und ex-post-Kontrolle des Schiedsspruchs 199
5. Kritik und Stellungnahme 202
IV. Fazit 208

H. Zusammenfassung 209

3. Kapitel: Wirkungen der Prozeßverträge 212

A. Meinungsstand 213

B. Wirkung im Primärprozeß 219

I. Verpflichtung und Verfügung 219
1. Der Verfügungs- und der Verpflichtungsbegriff des materiellen Privatrechts 220
2. Folgerungen für das Recht der Prozeßverträge 221
a) Normdispositionen 223
b) Dispositionen über prozessuale Befugnisse 225
c) Ergebnis 232

II. Die Einwirkung der Prozeßverträge auf den Primärprozeß 233
1. Normdispositionen 233
2. Disposition über prozessuale Befugnisse 233
a) Die Grundregel 233
b) Prozeßverträge mit Gegenleistungspflicht 236
c) Grenzen der Wirksamkeit von Verpflichtungsverträgen 236
aa) Verpflichtung zu einem prozessualen Unterlassen 236
bb) Verpflichtung zum Tun 237

III. Der Modus der Einwirkung auf den Primärprozeß 238
1. Kritik der Einredetheorie 238
a) Unterlassen der Einrede als konkludenter Aufhebungsvertrag 239
b) Der Einredecharakter der exceptio doli 239
c) Die exceptio pacti 241
2. Dispositionen über prozessuale Befugnisse 242
a) Zulässigkeitsvoraussetzungen und Zulässigkeitseinreden 243
b) Prüfung von Amts wegen vs. Einredelast 245
c) Wirkung ipso iure vs. Wirkung ope exceptionis 247
3. Normdispositionen 252
4. Ergebnis 254

C. Durchsetzung von Prozeßverträgen mit Hilfe von Sekundärprozessen 254

I. Schadensersatzansprüche 254
1. Bestehen von Schadensersatzansprüchen 254
2. Durchsetzbarkeit der Schadensersatzansprüche im Klageweg 259

II. Erfüllungsansprüche 263
1. Erfüllungsansprüche im nationalen Zivilprozeß 263
2. Besonderheiten des internationalen Zivilprozesses 267
3. Die Vollstreckung von Erfüllungsansprüchen 271

III. Der Rechtsweg für Ansprüche aus Prozeßverträgen 274

D. Zusammenfassung 276

4. Kapitel: Die Rechtsgeschäftslehre der Prozeßverträge 278

A. Allgemeine Grundsätze 278

B. Einzelprobleme 280

I. Kompetenznormen 280

II. Formerfordernisse 287

III. Auslegung und Umdeutung 291

IV. Willensmängel bei Prozeßverträgen 293

1. Anwendbarkeit der materiell-rechtlichen Grundsätze 293

2. Beschränkungen der Beachtlichkeit von Willensmängeln 296

V. Bedingung und Befristung 302

VI. Rechtsnachfolge und Bindung Dritter 303

1. Meinungsstand 303

2. Stellungnahme 306

3. Einzelprobleme der Rechtsnachfolge 308

a) Gesamtrechtsnachfolge 309

b) Einzelrechtsnachfolge 311

c) Interzessionen 316

d) Veräußerung von Sachen 321

VII. Teilnichtigkeit: Das Verhältnis von Prozeßvertrag und Rechtsgeschäft 324

1. Meinungsstand 324

2. Stellungnahme 326

a) Anwendbarkeit des § 139 BGB 326

b) Der hypothetische Parteiwille 328

c) Die Rechtslage beim Schiedsvertrag 331

VIII. Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft? 336

C. Exkurs: Prozeßverträge und einverständliches Parteihandeln ... 337

D. Zusammenfassung 343

5. Kapitel: Prozeßverträge im internationalen Zivilprozeßrecht 346

A. Der Stand der Dogmatik 348

B. Die ratio der lex fori 353

C. Das autonome deutsche Kollisionsrecht der Prozeßverträge 357

I. Zulässigkeits- und Wirkungsstatut 358

1. Allgemeine Grundsätze 358

2. Prorogation der deutschen internationalen Zuständigkeit 358

3. Derogation, Schiedsvertrag und Klageverzicht 360

4. Zusammenfassung 366

II. Geschäftsstatut 367

III. Formstatut 372

D. Sonderregeln internationaler Abkommen 376
I. Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EuGVÜ 377
1. Zulässigkeit und Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen gemäß Art. 17 EuGVÜ 377
2. Geschäfts- und Formstatut europäischer Zuständigkeitsvereinbarungen 382
II. Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche 385
III. Fazit 387
E. Zusammenfassung 388

Besonderer Teil

6. Kapitel: Disposition über die Klagebefugnis 391
A. Meinungsstand 392
B. Klagbarkeit, Klagerecht und Rechtsschutzanspruch 397
I. Der vollkommene Anspruch und seine Einschränkungen 397
II. Das Verhältnis von Anspruch und Klagerecht 400
III. Materiell-rechtliches Klagerecht? 403
IV. Rechtsschutzanspruch und Klagerecht 404
V. Das prozessuale Klagerecht als Objekt der Privatautonomie 408
VI. Ergebnis 413
C. Die Disposition über die Klagebefugnis im Dickicht möglicher Anspruchsverkürzungen 413
I. Naturalobligation, Stundung und pactum de non petendo 413
II. Die Disposition über die Klagebefugnis in der Praxis 421
1. Die peremptorische Disposition über die Klagebefugnis 421
2. Der dilatorische Klageverzicht, insbesondere im Rahmen von Schlichtungs-, Güte- und Musterprozeßvereinbarungen 424
3. Der Ausschluß des Rechtswegs 433
D. Rechtsnatur des Klagbarkeitsausschlusses 437
E. Zulässigkeit der Disposition über die Klagebefugnis 439
I. Zulässigkeit prozessualer Verpflichtungsverträge 439
II. Öffentliche Interessen 441
III. Gewährleistung von Vertragsgerechtigkeit 443
1. Dilatorischer Klageverzicht 445
a) Private Schlichtungsverfahren 445

b) Musterprozeßvereinbarungen 448
2. Peremptorischer Klageverzicht 450
IV. Einschränkungen der Privatautonomie 454

F. Die Verbandsgerichtsbarkeit 456

I. Beschränkungen des Rechtsschutzes im Mitgliedschaftsverhältnis . 456
II. Vereinsautonomie und Privatautonomie 459
III. Qualifikation satzungsmäßiger Rechtsschutzverkürzungen 464
IV. Zulässigkeit satzungsmäßiger Rechtsschutzverkürzungen 470
1. Zulässigkeitsmaßstäbe 470
2. Zulässigkeit von Dispositionen über die Klagebefugnis 473
3. Wirksamkeit satzungsmäßiger Beurteilungs- und Ermessensspielräume 475
4. Vereinsinterne Vorverfahren und Rechtsbehelfsfristen 479
V. Exkurs: Satzungsmäßige Schiedsklauseln 482
1. Voraussetzungen der Verbands-Schiedsgerichtsbarkeit 483
2. Die Vereinbarung der Verbands-Schiedsgerichtsbarkeit 489
3. Zulässigkeit satzungsmäßiger Schiedsklauseln 496

G. Zusammenfassung 501

7. Kapitel: Einverständliche Verfahrensbeendigung 504

A. Selbständige Klage- und Rechtsmittelrücknahmeversprechen ... 504

B. Rücknahmeversprechen im Rahmen außergerichtlicher Vergleiche 510

C. Prozeßvergleich und "abstrakter" Prozeßbeendigungsvertrag 514

I. Prozeßvergleich 514
II. „Abstrakter" Prozeßbeendigungsvertrag 520

D. Der Rechtsmittelverzicht 527

I. Typen und Geschäftsrecht 527
1. Typen des Rechtsmittelverzichts 527
2. Rechtsgeschäft oder Prozeßvertrag? 534
3. Rechtsgeschäftslehre 535
II. Zulässigkeit 537
1. Berufungsverzicht 537
2. Verzicht auf die übrigen Rechtsmittel der ZPO 541
III. Wirkung des Rechtsmittelverzichts 546
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse 553

E. Zusammenfassung 554

8. Kapitel: Kompetenzverträge 556

A. Gerichtsstandsvereinbarungen 556

B. Dispositionen über die funktionelle Zuständigkeit 563

C. Dispositionen über die Geschäftsverteilung 570

D. Disposition über den Rechtsweg 573

E. Schiedsvereinbarung 578

I. Rechtscharakter 578

II. Die Rechtsgeschäftslehre der Schiedsvereinbarung 582

III. Zulässigkeit 583

1. Schiedsfähigkeit 583

2. Bestimmtheitsgrundsatz 593

3. Inhaltskontrolle von Schiedsklauseln 594

F. Exkurs: Privatautonome Erweiterung gerichtlicher Kompetenzen 598

G. Zusammenfassung 605

9. Kapitel: Beweisverträge 608

A. Materiell-rechtliche Feststellungs- und prozessuale Geständnisverträge 610

I. Die Entwicklung der Problematik 611

II. Materiell-rechtliche Feststellungsverträge 615

III. Prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten 620

1. Zulässigkeit einverständlicher Dispositionen über die tatsächliche Urteilsgrundlage und präjudizielle Rechtsverhältnisse 621

a) Wahrheitspflicht und Geständnisrecht 621

b) Grenzen der Dispositionsfreiheit 628

aa) Offenkundigkeit und Rechte Dritter 628

bb) Prozessuale und materiell-rechtliche Dispositionsfreiheit 632

cc) Zusammenfassende Würdigung 633

c) Dispositionen über präjudizielle Rechtsverhältnisse 635

2. Zulässigkeit von Verpflichtungsverträgen 640

IV. Die Abgrenzung zwischen prozessualem Geständnisvertrag, materiell-rechtlichem Feststellungsgeschäft und außergerichtlichem Geständnis 643

V. Vertragliche Fiktionen und Vermutungen 649

VI. Fazit 654

B. Schiedsgutachtenvereinbarungen 655
I. Inhalt und Wirkung von Schiedsgutachtenvereinbarungen 656
II. Die Ausgestaltung des Schiedsgutachtenrechts 667
1. Grenzen der Bindung an die Schiedsgutachtenvereinbarung ... 667
2. Gerichtliche Kontrolle des Schiedsgutachtens 667
a) Ergebniskontrolle 668
b) Verfahrenskontrolle 671
aa) Schiedsgutachtenklauseln in AGB und Individualvereinbarungen 671
bb) Gewährleistung schiedsgutachterlicher Unabhängigkeit 673
cc) Recht auf Gehör 677
III. Die Zulässigkeit von Schiedsgutachtenvereinbarungen 679

C. Beweismittelverträge 683

D. Vertragliche Dispositionen über die Beweiswürdigung 692

E. Beweislastverträge 697

F. Beweisverträge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen 699
I. Die Fiktionen des § 10 Nrn. 5 und 6 AGBG 700
II. Schadenspauschalierung gemäß § 11 Nr. 5 AGBG 701
III. Das Verbot von Beweislastverträgen gemäß § 11 Nr. 15 AGBG ... 703

G. Zusammenfassung 707

10. Kapitel: Dispositionen über Urteilswirkungen 711

A. Vertragliche Dispositionen über die Urteilsrechtskraft 711
I. Der vertragliche Verzicht auf die Rechtskraft 711
II. Unterwerfung unter die Urteilsrechtskraft 720

B. Vollstreckungsvereinbarungen 729
I. Typen, Abgrenzung und Rechtsnatur von Vollstreckungsvereinbarungen 731
1. Typen möglicher Vereinbarungen 731
2. Abgrenzung gegenüber materiell-rechtlichen Parallelerscheinungen 732
3. Der Dispositionsgegenstand der Vollstreckungsvereinbarung 743
a) Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen 743
b) Vollstreckungserweiternde Vereinbarungen 749
c) Fazit 749
II. Die Zulässigkeit der Vollstreckungsvereinbarungen 750
1. Vollstreckungsbeschränkende Verträge 750
2. Vollstreckungserweiternde Vereinbarungen 754
a) Disposition über die Pfändungsschutzvorschriften 756

b) Dispositionen über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung 764
III. Der Wirkungsmodus der Vollstreckungsvereinbarungen 768
1. Vollstreckungsvereinbarungen vor Urteilserlaß 769
2. Die Geltendmachung vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen 772
3. Vollstreckungserweiternde Vereinbarungen 776
C. Die vollstreckbare Urkunde 778
D. Zusammenfassung 783

Literaturverzeichnis 786

Sachverzeichnis 821

Abkürzungsverzeichnis

Die deutschsprachigen Abkürzungen folgen den Vorschlägen von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl., Berlin/New York 1993.

Für die englischen Gerichtsentscheidungen wurden die üblichen Abkürzungen verwendet, wie sie etwa bei Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. XI ff. zusammengestellt sind.

Die folgenden Abkürzungen amerikanischer Rechtsprechung und Literatur entsprechen denjenigen des Uniform System of Citation (The Bluebook), herausgegeben von Columbia Law Review, Harvard Law Review, the University of Pennsylvania Law Review & Yale Law Journal, 15. Aufl., Cambridge, Mass. 1991.

Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
B. Y. U. L.	Brigham Young University Law Review
Buffalo L. Rev.	Buffalo Law Review
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
Cal.App.3d	California Appelate Reports, 3rd Series
Cal.Rptr.	California Reporter
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cir.	Circuit Court of Appeal
Co. Rep.	Coke Reports
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
ERISA	Employee Retirement Income Security Act
F.2d, 3d	Federal Reporter, 2nd, 3rd Series
FAA	Federal Arbitration Act
FELA	Federal Employers Liability Act
Fed.R.Civ.P.	Federal Rules of Civil Procedure
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Fordham L. Rev	Fordham Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
N.Y.C.P.L.R.	New York Civil Practice Law and Rules

Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
P.2d	Pacific Reporter, 2nd Series
RICO Act	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
St. Mary's L.J.	St. Mary's Law Journal
Tex. Int'l L.J	Texas International Law Journal
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. C. Davis L. Rev.	University of California at Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.A.	United States Code Annotated
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

Einleitung

Die Justiz ist ein Teil des Staatsapparats und als solcher gegenwärtig unter einem besonderen Rechtfertigungsdruck im Hinblick auf ihre Kosten[1]. Für die Zivilgerichtsbarkeit ist die Lage besonders prekär, weil die aufgewendeten Mittel einerseits jetzt schon als zu hoch empfunden werden[2], und andererseits der Umfang ihrer Belastung ständig wächst[3]. Die an sich naheliegende Remedur einer Vermehrung der Richterstellen steht nicht zur Verfügung, denn eine Aufblähung der Obergerichte kollidierte mit deren Aufgabe, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, und eine signifikante personelle Verstärkung der unteren Instanzen scheidet im Hinblick auf die dadurch verursachte Kostenbelastung von vornherein aus. Das kontinuierliche Wachsen der Nachfrage nach richterlicher Streitentscheidung vermittelt allerdings ganz zu Unrecht den Eindruck, der Zivilprozeß gegenwärtigen Zuschnitts stelle für die Parteien ein attraktives Instrument der Streitentscheidung dar. Tatsächlich verliert das staatliche Gerichtssystem zumindest im ständig an praktischer Bedeutung gewinnenden Bereich des internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts immer mehr „Marktanteile" an die private *Schiedsgerichtsbarkeit*[4]. Die Gründe dafür sind vielfältig und stehen nur zum Teil mit der Ausgestaltung des Zivilprozeßrechts im Zusammenhang; insbesondere der neutrale Status der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dürfte für die notwendig an eine Nation gebundene staatliche Gerichtsbarkeit kaum einzuholen sein[5]. Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, daß auch die *Flexibilität* des schiedsrichterlichen Verfahrens sowie die vergleichsweise

---

[1] Vgl. dazu die – auch auf die dritte Gewalt bezogenen – Vorschläge des Sachverständigenrats „Schlanker Staat", dargestellt bei *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132.

[2] Vgl. etwa die Begründung des Bundesrats-Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BT-Drucks. 13/6398, S. 13; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190; *Krumsiek*, ZRP 1995, 173, 174 f.; *Leutheusser-Schnarrenberger*, NJW 1995, 2441 ff.

[3] *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190: „Man schätzt eine jährliche Steigerungsrate von 3–5%". Vgl. auch das Datenmaterial in BT-Drucks. 13/6398, S. 12 f.

[4] Vgl. *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 268 ff.; *Raeschke-Kessler*, FS Nirk, S. 915, 916 f.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 41 Rdnr. 1 m.w. Nachw.; *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, Rdnrn. 1 ff.; Zöller-*Geimer*, § 1025 Rdnr. 2.

[5] Zu diesem praktisch überaus wichtigen Motiv für die Vereinbarung von Schiedsklauseln im internationalen Rechtsverkehr eingehend unten, 5. Kapitel, S. 347.

kurze Verfahrensdauer wichtige, auch im internen Rechtsverkehr beachtliche Motive für die Abkehr von der staatlichen Gerichtsbarkeit sind[6].

Der Gesetzgeber reagiert auf die geschilderte Situation durch in schneller Folge erlassene Novellen zur ZPO, deren erklärtes Ziel es ist, *Schwächen* des Zivilprozeßrechts zu beseitigen, die *Effektivität* der gerichtlichen Arbeit zu steigern, die *Verfahrensdauer* günstig zu beeinflussen[7] und die *Kosten* des Justizapparates zu senken bzw. am weiteren Steigen zu hindern[8]. Obwohl die bisherigen Maßnahmen nicht unerhebliche Eingriffe in die ZPO brachten, ist ein durchgreifender Erfolg ausgeblieben[9]. Folglich ist die Debatte um weitere Einschnitte auch nach Erlaß des Rechtspflege-Entlastungsgeseztes 1993 nicht verstummt[10], sondern durch Vorschläge einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe[11] und der Konferenz der Justizminister[12] sowie die Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages[13] perpetuiert worden. Vorläufiger Kulminationspunkt dieser Diskussion ist der Bundesrats-Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nach dem u. a. das Einzelrichterprinzip weiter verstärkt, die Rechtsmittelsummen erneut erhöht und der Beschwerderechtszug begrenzt werden soll[14].

Unabhängig davon, ob die durch das Justizsystem verursachten Kosten im Hinblick auf seine Leistungen tatsächlich als überhöht anzusehen sind[15], liegt auf der Hand, daß die Verschlankung des Zivilprozesses nicht *ad infinitum* vorangetrieben werden kann. Insbesondere die *allein* durch das Kostensparmotiv bestimmten Regelungsvorschläge der Justizministerkonferenz bzw.

---

[6] *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, Rdnrn. 5 ff., *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1 Rdnr. 8; Zöller-*Geimer*, § 1025 Rdnr. 2.

[7] Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17.12.1990, BGBl. I, S. 2847; Rechtspflege-Entlastungsgesetz vom 11.1.1993, BGBl. I, S. 50.

[8] Vgl. die Begründung der Bundesregierung zum RpflVereinfG, BT-Drucks. 11/3621, S. 20 f.; Begründung der Bundesregierung zum RpflEntlG, BT-Drucks. 12/1217, S. 17 f.

[9] Treffend *Flotho*, DRiZ 1996, 353: „Der Frust sitzt tief, nachdem sich das sog. Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993 als Flop erwiesen hat."

[10] Nachweise oben, Fn. 2.

[11] Dazu *Boysen*, ZRP 1996, 291; *Marqua*, DRiZ 1996, 72 ff.; *Renk*, DRiZ 1996, 69 f.

[12] Dazu *Bartels*, ZRP 1996, 297 ff.

[13] Vgl. dazu Gutachten von *Gottwald*: „Empfiehlt es sich, im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts zu ergreifen?", in: Verhandlungen des 61. DJT I, S. A 9 ff.; weiter *Flotho*, DRiZ 1996, 353 ff.

[14] BT-Drucks. 13/6398; vgl. auch die Übersicht in ZRP 1997, 122.

[15] Vgl. dazu einerseits die Begründung des Bundesrats-Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BT-Drucks. 13/6398, S. 13, wo herausgestellt wird, daß die „Richterdichte" in Deutschland im Weltvergleich ihresgleichen sucht; andererseits *Schäfer*, DRiZ 1996, 461 ff., der die Kosten des Justizsystems angesichts seiner Leistungen nicht für überhöht hält. Tatsächlich muß bei Vergleichen mit anderen Ländern stets berücksichtigt werden, daß die Zahl der Richter und Anwälte maßgeblich von der Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien und damit von der Ausgestaltung des Zivilprozeßrechts abhängt.

des Bundesrats-Entwurfs dürften „an die Grenze des Vertretbaren" und vielleicht schon darüber hinaus gehen[16]. Auf der anderen Seite löst auch das bloße Beharren auf herkömmlichen, mit dem Rechtsstaatsgedanken untermauerten verfahrensrechtlichen Gewährleistungen die bestehenden Probleme nicht. Tatsächlich scheint die Praxis nicht einer *primitiveren*, sondern einer *flexibleren* Verfahrensordnung zu bedürfen, die sich den Erfordernissen und Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls – sicherlich innerhalb gewisser Grenzen – *anpassen* kann. Dieses Flexibilisierungsinteresse hat der Gesetzgeber als berechtigt anerkannt, indem er das *Schiedsrecht* mit der Absicht novelliert hat, die mit der Arbeit der Schiedsgerichte verbundene Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit durch weitgehenden Verzicht auf Einschränkungen der Schiedsfähigkeit zu steigern[17]. Es besteht jedoch kein Grund, an der Modifikation des Normalprozesses interessierte Parteien sofort auf die Schiedsgerichtsbarkeit zu verweisen, und damit eine weitgehend liberalisierte, private Gerichtsbarkeit neben ein petrifiziertes und starres staatliches Justizsystem zu stellen.

Gleichwohl konzentriert sich die Deregulierungsdebatte im Zivilprozeßrecht paradoxerweise auf Maßnahmen des Gesetzgebers, die wiederum die typischen Nachteile staatlicher Regulierung heraufbeschwören. So ist beispielsweise mit Recht bezweifelt worden, ob die *hoheitliche Verordnung* eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens tatsächlich nennenswerte Kostenvorteile bringen wird[18], zumal selbst im günstigen Fall zu prüfen bliebe, ob die Vorteile es rechtfertigen, die Parteien mit der Durchführung eines Vorverfahrens zu belasten, an dem sie nicht interessiert sind, das sie Geld kostet und das die Gewährung von Rechtsschutz hinauszögert[19]. Wie ernst diese Einwände zu nehmen sind, zeigt sich daran, daß der Bundesrat das *obligatorische Schlichtungsverfahren* gleichsam mit schlechtem Gewissen, nämlich nur für Ansprüche mit einem Wert von bis zu eintausend DM sowie für Streitigkeiten über nachbarrechtliche Quisquilien einführen will[20]. *Privatautonom vereinbarte Schlichtungsverfahren* können darüber weit hinausgehen und sind im übrigen unbedenklich, weil die Betroffenen *selbst*

[16] So mit Recht *Bartels*, ZRP 1996, 297, 300; vgl. auch *Flotho*, DRiZ 1996, 353, 354 ff.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 104.

[17] Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (SchiedsVfG) vom 22.12.1997, BGBl. I, S. 3224; Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/5274, S. 34 f. Zur Einordnung dieser Reform in die Programmatik des „Schlanken Staates" *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 134 f.

[18] Bartels, ZRP 1996, 297, 298: Es sei „nicht damit zu rechnen, daß diese Gütestelle praktisch eine Justizentlastung bewirken wird".

[19] *Eichele*, ZRP 1997, 393 f., der die „Zumutbarkeit des außergerichtlichen Schieds[?]verfahrens" in Frage stellt.

[20] Art. 2 des Bundesrats-Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BT-Drucks. 13/6398. Der vorgeschlagene § 15a EGZPO führt das obligatorische Schlichtungsverfahren allerdings nicht selbst ein, sondern ermächtigt lediglich die Länder, entsprechende Regelungen zu treffen.

die Vor- und Nachteile einer solchen Prozedur kalkulieren können[21]. Ein weiteres Beispiel für die Überlegenheit des vertraglichen Selbststeuerungsmechanismus im Vergleich zur staatlichen Regulierung ist die *zwangsvollstreckungsrechtliche Ratenzahlungsvereinbarung*. Der Gesetzgeber der Zweiten Zwangsvollstreckungsnovelle hat sie in § 813a ZPO zwar auf eine gesetzliche Grundlage stellen wollen[22], damit aber den Rückgriff auf die kontraktliche Lösung der Problematik nicht erübrigt, sondern erst recht notwendig gemacht[23]. Aber auch abgesehen von diesen Einzelfällen ist in Erinnerung zu rufen, daß der *Vertrag* – und nicht das Gesetz – *das paradigmatische Gestaltungsmittel der Privatautonomie* ist. Dieses Instrument privatautonomer Selbstregulierung bedarf der *Revitalisierung im Bereich des Zivilprozesses*, wenn dessen Effizienz verbessert, also der Nutzen aller Beteiligten erhöht und ihre Kosten minimiert werden sollen.

Eine Untersuchung zur Problematik der Prozeßverträge kann auf einen erheblichen Fundus an *Rechtsprechung* und *Literatur* zurückgreifen. Die Judikatur bietet reiches Anschauungsmaterial zu den verschiedenen Vertragstypen, verzichtet aber ihrer Aufgabe gemäß weitgehend auf die Erarbeitung *allgemeiner*, typenübergreifender *Rechtsgrundsätze*. Dieser Mangel wird noch dadurch verstärkt, daß Prozeßverträge in sämtlichen materiell-rechtlichen Zusammenhängen auftreten können, an denen sich die Geschäftsverteilung der Obergerichte orientiert, so daß die Zuständigkeit für das Prozeßvertragsrecht nicht bei einem einzigen bzw. einigen wenigen Spruchkörpern konzentriert, sondern über die Senate der einzelnen Obergerichte verstreut ist. Die *Literatur* hat sich zwar intensiv um die von der Judikatur vernachlässigten allgemeinen Grundsätze bemüht, ist dabei jedoch häufig auf einer vergleichsweise *abstrakten* theoretischen Ebene stehen geblieben und hat die Praxis wohl auch deshalb kaum zu beeinflussen vermocht. Diese Einschätzung trifft noch am wenigsten auf die Arbeit *J. Kohlers* aus dem Jahr 1887 zu, der sich nach Inkrafttreten der CPO erstmals ausführlich und auf breiter rechtsvergleichender Grundlage „über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen" geäußert hat[24]. Kurze Zeit vorher hatte *O. Bülow* das Thema bereits in seiner Abhandlung über „Dispositives Civilprozeßrecht" gestreift, verfahrensbezogenen Vereinbarungen außerhalb ihres gesetzlich definierten Anwendungsbereichs jedoch jede Legitimation abgesprochen: Ein Prozeßvertrag sei nichts anderes als eine „krasse Gesetzesverletzung"[25]. Ausgehend von den rechtstheoretischen Vorarbeiten *Bülows*, aber ohne dessen ablehnende Haltung gegenüber der

---

[21] Ähnlich *Greger*, ZRP 1998, 183, 184 ff.; eingehend unten, 6. Kapitel, C II 2, S. 424 ff., E III 1, S. 445 ff.

[22] Vgl. § 813a ZPO i. d. F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften vom 17.12.1997, BGBl. I, S. 3039.

[23] Vgl. dazu ausführlich unten, 10. Kapitel, B I 2, S. 738 ff.

[24] *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31 (1887), 276 ff., 481 ff.

[25] *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 64.

Privatautonomie im Verfahrensrecht zu übernehmen, hat *Schiedermair* sich in seiner 1935 erschienenen Habilitationsschrift den „Vereinbarungen im Zivilprozeß" zugewandt. Während er in den *Wertungen* weitgehend der relativ *liberalen* Rechtsprechung folgte, indem er die Zulässigkeit der Prozeßverträge mit der Frage nach dem Umfang dispositiven Zivilprozeßrechts identifizierte, konzentrierte er sich vor allem auf die dogmatische *Konstruktion* der Prozeßverträge, die er durch Rückgriff auf den privatrechtlichen *Verfügungsbegriff* zu bewältigen suchte.

Einen ganz anderen Ansatz als *Schiedermair* verfolgte *Baumgärtel* in seiner „Wesen und Begriff der Prozeßhandlung" gewidmeten Habilitationsschrift, in der er auf die Erarbeitung allgemeiner Grundsätze bewußt verzichtete, um in *induktiver* Methode eine ganze Reihe verschiedener Vertragstypen jeweils gesondert zu untersuchen[26]. In methodischer Hinsicht steht diesem Ansatz auch die Arbeit von *P. Schlosser* nahe, der unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlich legitimierten – insbesondere von *Baumgärtel* für das Prozeßvertragsrecht indessen strikt abgelehnten[27] – Maxime „in dubio pro libertate" daran ging, die Grenzen für „Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß" neu zu bestimmen[28]. Neben diesen monographischen Behandlungen des Gesamtthemas und seiner Betreuung durch die Lehrbuch- und Kommentarliteratur[29] findet sich eine Fülle von Arbeiten zu *Einzelproblemen* – beispielsweise zu den Schadensersatzpflichten bei prozeßvertragswidrigem Verhalten[30], zur Rechtsnachfolge in Prozeßverträge[31] oder zur Anfechtbarkeit verfahrensbezogener Vereinbarungen[32] – sowie zu *einzelnen Prozeßvertragstypen*, wie Klagerücknahmeversprechen[33], Musterprozeßvereinbarungen[34], den verschiedenen Formen der Beweisverträge[35] und den

---

[26] *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß (1957), S. 184 ff.

[27] Vgl. die Besprechung der Arbeit Schlossers durch *Baumgärtel*, MDR 1969, 173.

[28] *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß (1968), S. 9 f., 12 ff., 43 ff.

[29] Vgl. insoweit vor allem *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 175 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66, S. 367 ff.; Stein/Jonas-*Leipold*., Vor § 128 Rdnrn. 236 ff.; aus der Aufsatzliteratur *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720 ff.

[30] Vgl. *H.-J. Hellwig*, NJW 1968, 1072 ff.; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien (1976), S. 176 ff.; *Zeiss*, NJW 1967, S. 703 ff.

[31] *Meyer-Lindemann*, JZ 1982, 592 ff.; *Soehring*, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen (1968); ders., NJW 1969, 1093 ff.

[32] *Orfanides*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß (1982), S. 113 ff., 191 ff.; ders., ZZP 100, 63 ff. (1987); *Zeiss*, NJW 1969, 166 ff.

[33] *Barz*, Das Klagezurücknahme-Versprechen (1933); *Mende*, Die in den Prozeßvergleich aufgenommene Klagerücknahme (1976).

[34] Vgl. dazu die dem Musterprozeß gewidmeten Dissertationen von *Siebert* und *Haug* (beide 1973); sowie *Arens*, JbRSozRth 4, S. 344 f.

[35] *Dickhoff*, Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß (1940); *Eickmann*, Beweisverträge (1987); *Knecht*, Beweisverträge im Zivilprozeß (1937); *Sachse*, Beweisverträge, ZZP 54, 409 ff. (1929).

Vollstreckungsvereinbarungen[36]. Diese Untersuchungen nehmen häufig einzelne Judikate zum Anlaß einer näheren Auseinandersetzung und bedienen sich zu diesem Zweck der allgemeinen Prozeßvertragsrechtslehre in ihren verschiedenen Varianten wie eines Steinbruchs. Durch diese Verfahrensweise und weiter begünstigt durch die Zersplitterung der Rechtsprechung hat sich zu einigen Vertragstypen jeweils ein *Sonderrecht* entwickelt, das zwar die Mängel der vergleichsweise kopflastigen allgemeinen Prozeßvertragslehre kompensiert, die Handhabbarkeit des Rechtsgebiets insgesamt jedoch wesentlich erschwert.

Die vorliegende Arbeit versucht diese Schwächen zu vermeiden, indem zwar zunächst die *gemeinsamen* Probleme sämtlicher Prozeßverträge in einem *Allgemeinen Teil* erarbeitet werden, die dabei gewonnen Erkenntnisse dann aber im *Besonderen Teil* anhand der praktisch wichtigsten und dogmatisch interessantesten Vertragstypen überprüft und konkretisiert werden. Neben dieser Systematisierungsaufgabe verfolgt die Untersuchung auch *inhaltliche* Interessen, und zwar vor allem in *normativer*, aber auch in *analytischer* Hinsicht. Was letztere anlangt, so kann die heutige Dogmatik des Prozeßvertrags von derjenigen zum *verwaltungsrechtlichen* Vertrag genauso profitieren wie sich der verwaltungsrechtliche Vertrag in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts gerade auch unter Rückgriff auf die damals vergleichsweise fortgeschrittene Prozeßvertragslehre entwickeln und gegenüber dem Verwaltungsakt profilieren konnte[37]. Die Fruchtbarkeit des Verwaltungsvertragsrechts für das hier gestellte Thema bewährt sich vor allem bei der Suche nach Kriterien, mit deren Hilfe überhaupt erst zwischen *privatrechtlichen* und *prozeßrechtlichen* Verträgen *unterschieden* und auf diese Weise der *Gegenstand* des Prozeßvertragsrechts definiert werden kann[38]. Hier gilt es von dem auf *Schiedermair* zurückgehenden Vorurteil Abstand zu nehmen, als könne es Prozeßverträge nur in Gestalt „unmittelbar" wirkender „Verfügungen" geben, was zu schwer lösbaren Verkrampfungen und Fehlkonstruktionen geführt hat, wie etwa die Auffassung des Klagerücknahme*versprechens* als *Verfügung* über das Recht, „den Prozeß [...] fortzusetzen"[39].

Kernstück des *Allgemeinen Teils* ist indessen die Prüfung der *Zulässigkeit* der Prozeßverträge, bei der naturgemäß die gesetzlich nicht ausdrücklich

---

[36] *Bohn*, Vollstreckungsausschließende Verträge (1955); *Emmerich*, Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZP 82, 413 ff. (1969); *Raatz*, Vollstreckungsverträge (1935); *Roquette*, Vollstreckungsverträge, ZZP 49, 160 ff. (1925); *Scherf*, Vollstreckungsverträge (1971); *Schug*, Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages (1969).

[37] Vgl. *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1920), S. 12 ff., 120 ff.

[38] Vgl. dazu unten, 1. Kapitel, B II 4, S. 27 f.; B III, S. 28 ff.

[39] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 69; dem folgend *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 176 f.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 289; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 II 2, S. 368; *Sachse*, ZZP 54, 409, 418; ähnlich *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 71 f.

legitimierten Typen im Vordergrund des Interesses stehen[40]. Entgegen einer verbreiteten Praxis sind *analytische* Differenzierungen wie die Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichen und prozessualen Verträgen *nicht* dazu geeignet, zur Definition des legitimen Bereichs prozessualer Privatautonomie *normativ* relevante Gesichtspunkte beizutragen[41]. Vielmehr ist trotz der heute etablierten und in der Sache nicht in Frage zu stellenden analytischen Trennung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht auf einem *Wertungszusammenhang* zwischen Privat- und Zivilprozeßrecht zu bestehen. Wie insbesondere *W. Henckel* gezeigt hat, lassen sich die für die ZPO grundlegenden Dispositions- und Verhandlungsmaximen sowie ihre Einzelregelungen *nur* unter Rückgriff auf das materiell-rechtliche Prinzip der Privatautonomie verstehen und normativ überzeugend rechtfertigen[42]. Aus vertragsrechtlicher Perspektive erscheint die ZPO als Summe *prozessualer naturalia negotii*, deren Geltung bei jedem Rechtsgeschäft für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung stillschweigend vereinbart wird. Auf dieser Grundlage ist die für das Prozeßvertragsrecht entscheidende Frage dahin zu formulieren, ob und ggfs. inwieweit das Zivilprozeßrecht Raum für *verfahrensbezogene accidentalia negotii* läßt. Eine genauere Untersuchung dieser Frage zeigt, daß entgegen der heute nahezu allgemein akzeptierten Auffassung die Zulässigkeit von Prozeßverträgen der *Dispositivität* des Zivilprozeßrechts *nicht* akzessorisch ist und die Zulässigkeitsproblematik schon deshalb *nicht* in einer *Abwägung* zwischen Allgemein- und Privatinteressen aufgeht[43]. Ihrer Funktion als accidentalia negotii processualis entsprechend hat sich für prozeßvertragliche Klauseln in *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* aufgrund einer in Teilbereichen geradezu überbordenden Rechtsprechung eine umfangreiche Dogmatik entwickelt, die von der Zivilprozeßrechtslehre bisher kaum zur Kenntnis genommen wird und mit ihrer zum Teil sehr restriktiven Position, die vielen Vertragstypen die Zulässigkeit a limine abspricht, kaum in Einklang zu bringen ist. Wie wichtig es ist, zwischen prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzungen einerseits und den Anforderungen des allgemeinen Vertragsrechts andererseits deutlich zu unterscheiden, zeigt schließlich ein Blick in das U.S.-amerikanische Zivilprozeßrecht, das in jüngster Zeit von dem einen Extrem der Petrifizierung des Prozeßrechts gegenüber privatautonomen Dispositionen in das andere einer die notwendigen Sicherungen der Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit außer acht lassenden und daher falsch verstandenen Liberalisierung verfallen ist[44].

Die für die Zulässigkeitsproblematik fundamentale *funktionale* Sicht der Prozeßverträge sowie der in diesem Bereich hergestellte Wertungszusam-

---

[40] Vgl. 2. Kapitel, S. 48 ff.

[41] Vgl. dazu 2. Kapitel, C I, S. 57 ff.; E III, S. 122 ff.

[42] *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 41, 262, 349 und passim; zustimmend *Zöllner*, AcP 190, 471, 479, 493 f.

[43] Vgl. 2. Kapitel, B, S. 52 ff.

[44] Vgl. unten, 2. Kapitel, G, S. 175 ff.

menhang zwischen dem materiellen Privat- und dem formellen Zivilprozeßrecht bewährt sich auch bei der Erarbeitung ihrer *Rechtsgeschäftslehre*[45]. Obwohl der Rückgriff auf das Vertragsrecht des BGB allseits akzeptiert ist, zeigt sich die herrschende Meinung bei der Umsetzung im einzelnen oft inkonsequent, indem sie etwa das verfahrensrechtliche accidentale negotii *nicht* der für das Rechtsgeschäft insgesamt geltenden *Form* unterwirft[46]. Schließlich lassen sich auch die durch Prozeßverträge aufgeworfenen *kollisionsrechtlichen Probleme*, die insbesondere im Zusammenhang mit Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen von erheblicher und ständig wachsender praktischer Bedeutung sind, nur auf der Grundlage einer Dogmatik lösen, die die *analytische* Trennung zwischen Privat- und Prozeßrecht nicht *normativ* überhöht, sondern den zwischen beiden Rechtsgebieten bestehenden Wertungszusammenhang beachtet[47].

Der Aufbau des *Besonderen Teils* orientiert sich grob an den verschiedenen *Prozeßstadien*, beginnt also mit der Disposition über das *Klagerecht* und endet mit der Untersuchung der *Vollstreckungsvereinbarungen*, wobei die zu erörternden Vertragstypen zu insgesamt fünf Gruppen zusammengefaßt werden. Wegen des Standorts der Prozeßverträge auf der Schnittstelle zwischen materiellem Privat- und Zivilprozeßrecht erweist es sich in vielen Fällen als unvermeidlich, vor der Behandlung der entscheidenden normativen Zulässigkeitsprobleme zunächst dogmatisch-analytische Grundlagen zu erarbeiten und beispielsweise das Verhältnis von „Anspruch und Klagerecht“[48], materiell-rechtlichem Schuldanerkenntnis und prozessualem Geständnisvertrag, materiell-rechtlicher Haftungsbeschränkung und verfahrensrechtlicher Vollstreckungsvereinbarung, zu bestimmen. Die Arbeit weicht diesen mühsamen Erörterungen schon deshalb nicht aus, um der gedankenlosen Proliferation von Rechtsinstituten keinen Vorschub zu leisten und sich Rechenschaft über das praktische Bedürfnis nach prozeßvertraglichen Gestaltungen abzulegen. Ziel der einschlägigen Untersuchungen ist dementsprechend auch nicht die weitere Verfeinerung und Differenzierung, sondern die *Strukturierung* und *Vereinfachung* des dogmatischen Instrumentariums.

Das erste Kapitel des Besonderen Teils ist den Verträgen gewidmet, mit denen über die *Befugnis zur Klage* disponiert wird[49]. Während die literarische Kontroverse um diesen Vertragstyp mit den Unklarheiten über die Nachfolgeinstitute der römisch-rechtlichen actio (Klagerecht, Rechtsschutzanspruch) belastet ist, verdankt er seine praktische Bedeutung zu allererst den *dilatorischen* Dispositionen über das Klagerecht, insbesondere im Rahmen

---

[45] Unten, 4. Kapitel S. 278 ff.

[46] Vgl. dazu unten, 4. Kapitel, B II, S. 287 ff.

[47] Vgl. 5. Kapitel, S. 346 ff.

[48] So die gleichnamige Schrift von *Konrad Hellwig* aus dem Jahr 1900; dazu 6. Kapitel, B, S. 397 ff.

[49] Unten, 6. Kapitel, S. 391 ff.

von *Schlichtungs- und Musterprozeßvereinbarungen*, deren besondere Bedeutung für die Effizienzsteigerung des Zivilprozeßrechts bereits angesprochen worden ist[50]. In engem Zusammenhang damit stehen die *Rechtsschutzbeschränkungen* des *Vereinsrechts*, die sich weitgehend verselbständigt haben, nach der hier vertretenen Auffassung jedoch einer Reintegration in das (Prozeß-) Vertragsrecht bedürfen – und dieser auch weitgehend fähig sind[51].

Das Kapitel über die *Einverständliche Verfahrensbeendigung* behandelt die verschiedenen Gestaltungsmittel, mit denen die Parteien einen bereits anhängigen Rechtsstreit unter Meidung eines Urteils beenden können[52], nämlich Prozeßvergleich, Klagerücknahmeversprechen, außergerichtlicher Vergleich und Rechtsmittelverzicht. Diese vergleichende Betrachtung fördert Zusammenhänge zutage, mit deren Hilfe sich die festgefügten Fronten manches Streits um die Rekonstruktion der genannten Institute aufbrechen und ihre Dogmatik wesentlich vereinfachen läßt. Letzteres würde insbesondere dem Institut des *Rechtsmittelverzichts* zugute kommen, das durch die Proliferation verschiedener Dispositionsmodalitäten, die ihrerseits zum Teil je eigenen Regeln unterliegen, schwer gezeichnet ist.

Mit *Kompetenzverträgen* disponieren die Parteien über die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit bzw. im Verhältnis zwischen letzterer und der privaten Schiedsgerichtsbarkeit[53]. Den Anwendungsbereich der Gerichtsstandsvereinbarung hat der Gesetzgeber der Gerichtsstandsnovelle in einer sozialpolitischen Überreaktion übermäßig beschnitten, indem er dem Verbraucher in § 38 ZPO sogar die Befugnis aus der Hand geschlagen hat, eine ihm *günstige* Zuständigkeitsregelung wirksam zu vereinbaren[54]. Genauere Untersuchungen der gesetzlich nicht geregelten Dispositionen über die funktionelle Zuständigkeit und den Rechtsweg zeigen, daß auch insoweit die von der herrschenden Meinung postulierte Petrifizierung der Zuständigkeitsordnung kaum durchzuhalten ist und in der Sache nur teilweise gerechtfertigt werden kann. Die Auseinandersetzung mit dem *Schiedsrecht* ist nicht nur wegen seiner besonderen praktischen Bedeutung, sondern auch deshalb interessant, weil es der Gesetzgeber erst kürzlich novelliert hat[55]. In einem Exkurs ist schließlich die weitgehend vernachlässigte, jedoch durchaus relevante Frage zu erörtern, ob die Parteien die Kompetenzen der Zivilgerichte durch Vereinbarung auch *erweitern* können[56].

---

[50] Vgl. oben, S. 3 f.
[51] Unten, 6. Kapitel, F, S. 456 ff.
[52] Unten, 7. Kapitel, S. 504 ff.
[53] 8. Kapitel, S. 556 ff.
[54] Zur sachlich gebotenen und methodisch möglichen Korrektur des § 38 ZPO unten, 8. Kapitel, A, S. 560 f.
[55] 8. Kapitel, E, S. 578 ff.; vgl. auch 6. Kapitel, F V, S. 482 ff.
[56] 8. Kapitel, F, S. 598 ff.

Die dogmatische Einordnung und Behandlung der sog. *Beweisverträge* ist seit mehr als einhundert Jahren umstritten, obwohl es insoweit an Versuchen namhafter Dogmatiker, einschließlich *Windscheids*, nicht gefehlt hat[57]. Die heutige Lehre tradiert weitgehend *identische* Rechtsinstitute im materiellen Privatrecht und im Zivilprozeßrecht, deren Verhältnis zueinander ungeklärt bleibt. Jenseits der insoweit gebotenen analytischen Vorklärungen werfen Vereinbarungen über die *tatsächliche Urteilsgrundlage*, den *Beweismitteleinsatz*, die *Beweiswürdigung* und die *Beweislast* tiefgreifende Fragen nach dem Verhältnis zwischen Richtermacht und Parteiherrschaft sowie Wahrheitspflicht und Geständnisrecht auf. Von besonderer praktischer Bedeutung ist schließlich die *Schiedsgutachtenvereinbarung*, die ihre schillernde Existenz den Unklarheiten der Beweisvertragslehre verdankt und darüber hinaus wichtige Querverbindungen zum dilatorischen Klageverzicht im Rahmen von Schlichtungsvereinbarungen aufweist[58].

Der Besondere Teil schließt mit einer Untersuchung der Dispositionen über die *Urteilswirkungen*, als die sich Verträge über die *Aufhebung oder Ausdehnung der Rechtskraft* sowie die verschiedenen Typen von *Vollstreckungsvereinbarungen* bezeichnen lassen[59]. Insoweit gilt es zu begründen, daß sich der *Wertungszusammenhang* zwischen Privat- und Zivilprozeßrecht nicht nur im *Erkenntnis-*, sondern auch im *Zwangsvollstreckungsverfahren* durchhalten und für die Lösung von Einzelfragen, wie etwa den Verzicht auf den Pfändungsschutz, fruchtbar machen läßt[60].

---

[57] Unten, 9. Kapitel, A I, S. 610 ff.
[58] Unten, 9. Kapitel, B, S. 655 ff.
[59] 10. Kapitel, S. 711 ff.
[60] 10. Kapitel, B II 2 a, S. 756 ff.

Allgemeiner Teil

1. Kapitel

Qualifikation verfahrensbezogener Vereinbarungen

Parteivereinbarungen, die einen Bezug zum Zivilprozeß aufweisen, kommen in der Praxis häufig vor, werden von der ZPO jedoch nur in wenigen Ausschnitten geregelt. Die wichtigsten einschlägigen Regelungen des Gesetzes sind diejenigen über die Gerichtsstandsvereinbarung in den §§ 38 ff. ZPO und das Schiedsrecht der §§ 1025 ff. ZPO. Der überaus bedeutsame Prozeßvergleich wird in § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO angesprochen, Vereinbarungen über Art und Höhe der Sicherheitsleistung (§ 108 Abs. 1 S. 2 ZPO), die Abkürzung gesetzlicher Fristen (§ 224 Abs. 1 S. 1 ZPO), die Person des Sachverständigen (§ 404 Abs. 4 ZPO) sowie über Zeit, Ort sowie Art und Weise der Verwertung gepfändeter Sachen (§§ 816 Abs. 1, 2, 825 Abs. 1 S. 2 ZPO) werden erwähnt. Daneben hat die Praxis eine Vielzahl von Abreden mit Bezug zum Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren entwickelt, die sich mittlerweile zu Vertragstypen des Rechtsverkehrs ausdifferenziert haben. Dies gilt etwa für Schlichtungsvereinbarungen, Klagerücknahmeversprechen, Verträge über den antizipierten Verzicht auf Rechtsmittel, Beweisverträge, Musterprozeß- und Vollstreckungsvereinbarungen.

Unabhängig davon, ob ein bestimmter Vertragstypus in der ZPO geregelt ist oder nicht, stellt sich die Frage nach seinem Rechtscharakter. Die Regelung einer bestimmten Vereinbarung durch die Verfahrensordnung entzieht diese zwar dem Streit um ihre Zulässigkeit, ist für sich allein genommen jedoch nicht dazu geeignet, die Qualifikationsfrage zugunsten des Prozeßrechts zu prädestinieren. Beispielsweise hält eine verbreitete Meinung die Prorogation für einen materiell-rechtlichen Vertrag[1], den Prozeßvergleich für einen zugleich materiell- und verfahrensrechtlich zu qualifizierenden

[1] BGHZ 49, 384, 386; 57, 72, 75; 59, 23, 26 f.; BGH, NJW 1971, 323, 324 (mit krit. Anm. *Geimer*); NJW 1986, 1438, 1439 (mit krit. Anm. *Geimer*); NJW 1989, 1431, 1432; AK-ZPO-*Röhl*, § 38 Rdnr. 7; *v. Bar*, Internationales Privatrecht II, Rdnr. 554; Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, § 38 Rdnr. 2; *Lorenz*, AcP 157, 265, 280 f.; MünchKommZPO-*Patzina*, § 38 Rdnr. 10; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 44 f.; *ders.*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 100; *ders.*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 36 I 1, S. 146; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdnr. 432; *Stöve*, Gerichtsstandsvereinbarungen, S. 92. Zur Gegenauffassung unten, 8. Kapitel, A, S. 556 f.

Zwitter[2], und beim Schiedsvertrag hat sich der BGH erst vor kurzem zu einer prozeßrechtlichen Einordnung bekannt[3].

Eine ausführliche Erörterung der Rechtsnatur verfahrensbezogener Vereinbarungen mag überflüssig, sogar schädlich erscheinen[4]. Die Lehre vom Prozeßvertrag ist zu recht stolz darauf, den Doktrinarismus vergangener Epochen überwunden zu haben, in denen aus der Rechtsnatur eines Handlungsakts gewissermaßen automatisch und ohne weitere Begründung konkrete Rechtsfolgen deduziert wurden[5]. Die später erfolgte Hinwendung zur Einzelfallwürdigung und Interessenabwägung hat ohne Zweifel ihre Verdienste, deren Preisgabe nicht zur Debatte steht. Beispielhaft ist insoweit die Arbeit *Baumgärtels*, in der er einige Typen von Prozeßverträgen ausführlich erörtert und dabei im Einzelfall und je für sich über das für Zulässigkeit, Wirkungen und Abschlußvoraussetzungen der Vereinbarung maßgebliche Regime entscheidet[6]. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Vorgehensweise auf Kosten der Klarheit, Übersichtlichkeit sowie der Abstimmung der gewonnen Einzelergebnisse untereinander geht. Vor allem aber drängt sich die Frage nach deren Verallgemeinerbarkeit an vielen Stellen auf, wobei sich zeigt, daß dies doch in erheblichem Umfang möglich ist[7]. Der Bestimmung

---

[2] RGZ 142, 1, 3 f.; 161, 253, 255; BGHZ 16, 388, 390 f.; 79, 71, 74; 86, 184, 186 f.; BGH, NJW 1980, 1752, 1753; 1753, 1754; 1982, 2072, 2073; 1993, 1995, 1996; BAG, AP Nr. 2, 3, 4, 7, 10, 21, 24, 29 und 31 zu § 794 ZPO; BAG, NZA 1992, 134; aus der Literatur *Baur/Grunsky*, Zivilprozeßrecht, Rdnr. 147; Erman-*Seiler*, § 779 Rdnr. 31; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 48 I, S. 174; *G. Lüke*, JuS 1965, 482, 483; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 146; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 86 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 131 III, S. 768; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 186 ff.; Staudinger-*Marburger*, 13. Bearb., § 779 Rdnr. 91; *Thomas/Putzo*, § 794 Rdnr. 3; *Zeiss*, Zivilprozeßrecht, Rdnr. 517; Zöller-*Stöber*, § 794 Rdnr. 3; wohl auch *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 I, S. 218, § 70 I, S. 272 f.; ohne konstruktive Festlegung *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 101 mit Fn. 27, S. 117 ff. Zur Gegenauffassung vgl. die Nachweise unten, in Fn. 148.

[3] BGHZ 99, 143, 147 (= ZZP 100, 452 m. zust. Anm. *Schwab*); zuvor schon (allerdings beiläufig) BGH, NJW 1952, 1336; weitere Nachweise, auch zu den Gegenauffassungen, unten, bei Fn. 149 ff.

[4] *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 417: „Die Frage nach der Rechtsnatur einer juristischen Figur ist heutzutage unpopulär. Das gilt im besonderen Maße für die Abgrenzung des Prozeßrechts vom materiellen Recht [...].", der sich selbst diesem Trend jedoch nicht anschließt.

[5] Vgl. *Orfanides*, Berücksichtigung von Willensmängeln, S. 202, mit einem Beispiel aus dem Kommentar von Baumbach/Lauterbach zur Berücksichtigung von Willensmängeln bei der Prorogation: „Bis zur 29. Auflage dieses Werks wurde der Standpunkt vertreten, daß die Gerichtsstandsvereinbarung als Prozeßhandlung wegen Willensmängeln nicht anfechtbar sei. Ab der 30. Auflage wird dagegen die Ansicht vertreten, daß die Gerichtsstandsvereinbarung als materiellrechtlicher Vertrag anfechtbar sei." Zu *K. Hellwig* treffend *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 417: „überspitzt formaljuristische Argumentation".

[6] *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 184–280.

[7] Treffend *Arens*, Willensmängel, S. 89, der konstatiert, daß Baumgärtel das Problem zwar für jeden einzelnen Vertragstyp gesondert erörtert, jedoch folgendes feststellt: „Er kommt dann aber bei *allen* prozessualen Verträgen zu dem Ergebnis, daß die Ausgestaltung

der Rechtsnatur eines Aktes kann schließlich auch eine gewisse Orientierungsfunktion für die Rechtsanwendung nicht abgesprochen werden, wenngleich die oben kritisierten Automatismen zu vermeiden sind[8]. Auf eine Einordnung verfahrensbezogener Vereinbarungen in eine bestimmte Teilrechtsordnung soll deshalb nicht verzichtet und zu diesem Zweck zunächst in der gebotenen Kürze die Rechtsnatur des Prozeßrechts bestimmt werden.

A. Der Rechtscharakter des Prozeßrechts

Das materielle Recht regelt die Rechtsbeziehungen unmittelbar zwischen den beteiligten Rechtssubjekten und unabhängig vom Bestehen staatlicher Rechtsschutzeinrichtungen[9]. Als solches ist es nicht identisch mit dem Privatrecht, sondern ist in weiten Teilen öffentliches Recht. Beispielsweise regelt das materielle Steuerrecht die öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat als Steuergläubiger und dem Bürger als Steuerschuldner, das Sozialversicherungsrecht diejenigen zwischen den öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsträgern und ihren Mitgliedern usw. Die fünf Rechtswege der deutschen Justizorganisation sind jeweils für bestimmte materiell-rechtliche Teilrechtsordnungen kompetent, etwa für das allgemeine Privatrecht, das Arbeitsrecht, das allgemeine Verwaltungsrecht sowie das Steuer- und das Sozialrecht. Die Zivilgerichte entscheiden nicht nur über „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im Sinne des § 13 GVG, sondern auch über zahlreiche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die ihnen kraft Sonderregelung zugewiesen sind. Das Prozeßrecht hingegen ist „formelles Recht"[10], es regelt das Verfahren „von und vor Rechtspflegeorganen [...], das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist"[11]. Der Ablauf eines mehr oder weniger förmlichen Verfahrens und dessen Ausrichtung auf eine autoritative Entscheidung eines Rechtsstreits durch eine von den Streitparteien unabhängige Instanz kennzeichnen das Prozeßrecht.

Unabhängig davon, ob eine bestimmte Verfahrensordnung die Durchsetzung privatrechtlicher oder publizistischer Rechte regelt, wird das Prozeß-

---

des Tatbestandes nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu erfolgen habe" (Hervorhebung hinzugefügt).

[8] So mit Recht *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 417 f.

[9] *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 21, 24 f.; dem folgend *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 1 II, S. 3; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. I D Rdnr. 29.

[10] *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 6 ff.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 26.

[11] *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 21 und S. 24 f.; genauso *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 1 II, S. 3; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 4; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. I D Rdnr. 29; der Sache nach auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 1 V, S. 5.

recht ganz überwiegend als öffentlich-rechtlich qualifiziert[12]. Das Kriterium der Subordinationstheorie für die Annahme öffentlichen Rechts ist erfüllt, weil das Gericht als Organ der rechtsprechenden Gewalt des Staates und damit hoheitlich tätig wird, den Parteien also nicht gleich-, sondern übergeordnet ist[13]. Entsprechendes gilt für die inhaltlich der Subordinationstheorie nahe stehende materiale Zuordnungslehre, die auf die Berechtigung und Verpflichtung des Staates gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger abstellt[14], sowie die formale Zuordnungslehre, die sich damit begnügt, daß ein Träger öffentlicher Gewalt – gleich in welcher Eigenschaft – ausschließliches Zuordnungssubjekt der fraglichen Rechtssätze ist[15]. Das Zivilprozeßrecht schafft die Rechts- und Verfahrensgrundlage für eine der drei fundamentalen und in den Artt. 92 ff. des Grundgesetzes näher ausgestalteten Staatsgewalten. Es ist Teil der „Verfassung" der Judikative und als solches Teil des öffentlichen Rechts.

Nach heute allgemein verbreiteter Auffassung entsteht mit der Einleitung des Prozesses, also mit der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten, ein dreiseitiges *Prozeßrechtsverhältnis* zwischen Gericht und Parteien[16]. Neben

---

[12] Vgl. die ausführliche Erörterung bei *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 45-57; weiter RGZ 36, 421; 102, 217, 220; 105, 351, 355; 111, 276, 279; *Barz*, Klagerücknahmeversprechen, S. 5, 10; *Bülow*, Prozeßeinreden, S. 2; *ders.*, AcP 64, 1, 51, 69, 107; *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 147 ff.; *ders.*, Zivilprozeßrecht, S. 4; *K. Hellwig*, System I, § 3 I, S. 5 f.; *Henckel*, Thrazische Abhandlung, S. 10, 12; *Mes*, Der Rechtsschutzanspruch, S. 84 f.; *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 19 ff.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 21; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 2 ff.; *Oertmann*, ZZP 45, 389, 419; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 1 VI, S. 5 f.; Schönke/Schröder-*Niese*, Zivilprozeßrecht, § 1 III S. 9 f.; *Staehelin*, FS Giger, S. 643 f.; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 236; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 95h; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720 f., 723; *Wach*, Handbuch, § 9 II, S. 114 f. A. A. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnrn. 27 f.; *Pawlowski*, Allgemeiner Teil, Rdnr. 24 Fn. 32; *Zöllner*, AcP 190, 471, 484 f.; *Säcker*, in: MünchKommBGB, Einl. Rdnr. 5, die wohl sämtlich den Standpunkt vertreten, die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht – bzw. materiellem/formellem Recht – liege derjenigen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht voraus.

[13] Vgl. für die Subordinationstheorie *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 31 ff.; *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 55; von ihr geht auch die Rechtsprechung aus, vgl. GemS-OGB, BGHZ 97, 312, 314; 102, 280, 283; 108, 284, 286, ergänzt sie aber mit Hilfe der Kriterien der konkurrierenden Theorien, vgl. etwa GemS-OGB, BGHZ 102, 280, 283; 108, 284, 287.

[14] *Bachof*, FS 25 Jahre BVerwG, S. 1, 11 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rdnrn. 26 ff.

[15] *Erichsen*, Jura 1982, 537, 540 f.

[16] *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 11, S. 87 f.; *Bülow*, Prozeßeinreden, S. 1 ff.; *Dölle*, FS Riese, S. 279, 290; *Henckel*, Gerechtigkeitswert, S. 12; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 32, S. 114; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 28; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnrn. 228 f.; Zöller-*Vollkommer*, Einl. Rdnr. 52. Nach *K. Hellwig*, System I, § 3 I, S. 6, § 138 II, S. 396 f., § 139 IV, S. 400 f., besteht das Prozeßrechtsverhältnis nur zwischen dem Gericht und jeder einzelnen Partei, nach Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, Grundz. § 128 Rdnr. 4 f., umgekehrt nur zwischen den Parteien und nicht zwischen diesen und dem Gericht.

die zwischen den Parteien möglicherweise bestehende materiell-rechtliche Rechtsbeziehung tritt demnach eine prozessuale Relation, die von der herrschenden Meinung ebenfalls dem öffentlichen Recht zugeordnet wird[17]. Die vorstehende Begründung für den publizistischen Charakter des Prozeßrechts beschränkt sich jedoch zunächst auf das Verhältnis zwischen dem Gericht als Hoheitsträger einerseits und den Parteien andererseits und trifft nicht auch ohne weiteres auf das Verhältnis unter den Parteien zu. Folgerichtig wird der öffentlich-rechtlichen Qualifikation des Prozeßrechtsverhältnisses unter den Parteien u. a. von *Larenz/Wolf* entgegengehalten, letztere stünden einander gleichgeordnet gegenüber und seien auch während des Prozesses zur privatautonomen Disposition über das geltend gemachte Recht befugt[18].

Indessen ist schon zweifelhaft, ob sich die einzelnen Seiten des prozessualen Dreiecksverhältnisses in dieser Weise differenzieren und unterschiedlich qualifizieren lassen[19]. Die – unbestritten hoheitlichen – Rechte und Pflichten des Gerichts sind zwar abstrakt in der Prozeßordnung geregelt, hängen im Einzelfall aber maßgeblich vom Verhalten der Parteien ab. Das zeigen gerade die im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehenden Prozeßverträge[20], gilt aber auch für sonstige einverständliche Dispositionsakte wie den sog. prozessualen Gesamtakt[21]. Ein Beispiel dafür ist die beiderseitige Erledigungserklärung nach § 91a ZPO, die den Weg zu einem Urteil für alle Prozeßbeteiligten versperrt[22]. Die Bindung auch des Gerichts an die prozessualen Dispositionsakte der Parteien läßt sich auf materiell-privatrechtlicher Grundlage kaum erklären. Darüber hinaus lassen sich die den Parteien obliegenden prozessualen Pflichten, wie etwa die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO nicht materiell-privatrechtlich verstehen. Dies zeigt sich besonders deutlich in dem Fall, in dem zwischen den Parteien eines Rechtsstreits kein materiell-

[17] *Bülow*, Prozeßeinreden, S. 2, 3; *ders.*, AcP 64, 1, 107; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 50 f.; *Henckel*, Gerechtigkeitswert, S. 12; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 28; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 2 II, S. 9 f.; Schönke/Schröder-*Niese*, Zivilprozeßrecht, § 2 III, S. 27; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 230; *Wach*, Handbuch, § 9 II, S. 116 f.

[18] *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnr. 28 (genauso auch *Larenz*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., § 1 I a, S. 4 f.); eingehend *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 299 ff., 301; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 71 f.; weitere Nachweise der älteren Literatur zum gemeinen Zivilprozeß bei *Wach*, Handbuch, § 9 II, S. 114, Fn. 1 a. E.

[19] *Wach*, Handbuch, § 9 II, S. 116.

[20] So auch *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 54, Fn. 21.

[21] Der Gesamtakt ist im Unterschied zum Prozeßvertrag keine Vereinbarung der Prozeßparteien untereinander, sondern setzt sich aus übereinstimmenden prozessualen Erklärungen beider Parteien an das Gericht zusammen; vgl. dazu ausführlich unten, 4. Kapitel, C, S. 337 ff.

[22] Ob es sich bei der beiderseitigen Erledigungserklärung um einen Gesamtakt handelt oder um einen Prozeßvertrag ist umstritten; die h. M. qualifiziert sie als Gesamtakt, so etwa MünchKommZPO-*Lindacher*, § 91a Rdnr. 23; nunmehr auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 132 II, S. 778; a. A. OLG Hamburg, MDR 1958, 250, im Anschluß an *Habscheid*, FS Lent, S. 153, 157 ff.; 160; *ders.* JZ 1963, 579; wieder anders Stein/Jonas-*Bork*, § 91a Rdnr. 36: privilegierte Klagerücknahme.

privatrechtliches Rechtsverhältnis besteht[23]. Erfindet ein Kläger einen Sachverhalt, um den Beklagten, mit dem ihn keinerlei materiell-rechtliche Rechtsbeziehungen verbinden, mit einem Schadensersatzprozeß zu überziehen, so lassen sich die innerprozessualen Rechte und Pflichten der Parteien nur verfahrensrechtlich erklären. Demgegenüber leugnete *Goldschmidt* nicht nur das Bestehen eines Prozeßrechtsverhältnisses, sondern stellte darüber hinaus das Bestehen prozessualer Rechte und Pflichten der Parteien grundsätzlich in Abrede[24]. Indessen läßt sich die Geltung prozessualer Pflichten nach der Einfügung des § 138 Abs. 1 ZPO durch die Novelle 1933 wohl nicht mehr bestreiten und auch die Reduktion sämtlicher Verfahrensrechte auf „Verheißungen eines bestimmten richterlichen Verhaltens“[25] verkennt den Gegenwartsbezug von Prozeßhandlungen, die nicht nur auf ein Urteil zielen, sondern auch auf eine aktuelle Prozeßlage einwirken. Insoweit sind sie nicht nur „Verheißungen“, sondern haben als verfahrensrechtliche Rechtsmacht einen eigenständigen Wert als echte subjektive Rechte des Prozeßrechts[26].

Larenz/Wolf räumen dementsprechend selbst ein, daß eine gespaltene Qualifikation des Dreiecksverhältnisses zwischen Gericht und Parteien nicht befriedigen kann[27]. Ihrem Vorschlag, das Prozeßrecht angesichts seiner Mittelstellung als tertium zu Privatrecht und öffentlichem Recht anzusehen, ist zuzugeben, daß die hoheitliche Qualifikation des Prozeßrechts den Blick auf seine dienende Rolle im Verhältnis zum materiellen Privatrecht nicht versperren darf. Das Prozeßrecht dient zu allererst der Durchsetzung materieller Privatrechte und muß diesem Zweck angemessen sein[28]. Deshalb erscheint es als verfehlt, aus der öffentlich-rechtlichen Qualifikation des Prozeßrechts auf Einschränkungen der Privatautonomie der Parteien zu schließen, denn: „Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Zivilprozeßrechts läßt sich *nichts* ableiten“[29]. Auf der anderen Seite bedarf es nicht der Anerkennung einer dritten großen Teilrechtsordnung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, etwa des „Sozialrechts“ im Sinne *Gierkes*, um die Privatrechtsbezogenheit des Zivilprozeßrechts zu legitimieren und dieses Grundprinzip in

---

[23] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 2 II, S. 10.

[24] *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, § 2, S. 4 f.

[25] *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, § 2, S. 4.

[26] Ähnlich *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S. 111 f.

[27] *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnr. 28 (genauso auch *Larenz*, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., § 1 I a, S. 5).

[28] *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 62 f. Dieser Gesichtspunkt wird konsequenterweise von denjenigen betont, die eine Klassifizierung des Prozeßrechts anhand des Schemas öffentliches Recht/Privatrecht ablehnen; vgl. etwa *Zöllner*, AcP 190, 471, 484 f., sowie sogleich im Text.

[29] Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 95 a. E.; vgl. weiter *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 149: „Die Feststellung des öffentlich-rechtlichen Charakters erschließt uns also das Wesen des Prozeßrechts noch weniger als das des Strafrechts“; ähnlich Schönke/Schröder-*Niese*, Zivilprozeßrecht, § 1 III, S. 10 f. Gleichwohl ist die Gefahr, aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozeßrechts (falsche) Schlüsse zu ziehen, allgegenwärtig.

der Praxis zur Geltung zu bringen[30]. Die publizistische Teilrechtsordnung erscheint schon längst nicht mehr als ein monolithischer Block, der die Regelung obrigkeitlicher Zwangsmaßnahmen zum Gegenstand hat. Vielmehr hat sich das öffentliche Recht in vielen Bereichen an privatrechtliche Formen angelehnt, wie die Beispiele des Sozialversicherungsrechts und des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts zeigen. Die traditionsreichen Forderungen, einen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht stehenden Zwitter anzuerkennen, um das Sozial- und auch das Prozeßrecht angemessen einordnen zu können, haben sich deshalb zu recht nicht durchsetzen können. Die Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht reicht für analytische Zwecke aus und darf in ihrer normativen Bedeutung allgemein – und keineswegs nur im Sozial- und Prozeßrecht – nicht überbewertet werden[31].

B. Die Qualifikation vertraglicher Vereinbarungen

I. Grundlegende Klarstellungen

1. Trennung von Qualifikations- und Zulässigkeitsfragen

Wie bereits angedeutet, besteht bei zahlreichen Vertragstypen, wie etwa der Gerichtsstandsvereinbarung, dem Schiedsvertrag und dem Prozeßvergleich, keine Einigkeit über die richtige Qualifikation. Auf diese Probleme wird gesondert bei der Behandlung der jeweiligen Geschäftstypen einzugehen sein. Zunächst bedarf es jedoch der Klärung, nach welchen Kriterien die Zuordnung eines Vertrags zum Prozeßrecht oder Privatrecht überhaupt vorzunehmen ist. Während die Rechtsprechung diese grundsätzliche Frage des Prozeßvertragsrechts ignoriert und sich nur zur Qualifikation einzelner Vertragstypen äußert, herrscht in der Literatur Streit um das richtige Zuordnungskriterium. Bei der Darstellung des Streitstands wird herkömmlich

[30] Klassisch *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, § 4 S. 26 f.; *ders.*, Genossenschaftstheorie, S. 155 ff., der allerdings die analytische Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht anerkennt, nämlich „eine rein positive Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die das Sozialrecht in der Mitte durchschneidet" (Deutsches Privatrecht, § 4, S. 27; genauso Genossenschaftstheorie, S. 158, 162). Aktuell *Pawlowski*, Allgemeiner Teil, Rdnrn. 20 ff., der mit dem Begriff des Sozialrechts allerdings nicht primär das Sozialversicherungsrecht, sondern vor allem das materialisierte Privatrecht, insbesondere das Arbeitsrecht und das soziale Mietrecht, zu erfassen sucht (a. a. O., Rdnr. 19 mit Fn. 17); dagegen etwa *Medicus*, Allgemeiner Teil, Rdnr. 6; zweifelnd *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnrn. 38 f.

[31] Vgl. *Henckel*, Thrazische Abhandlung, S. 10, 12, 31 f.; a. A. offenbar *Zöllner*, AcP 190, 471, 484 f.

zwischen einer extrem materiell-rechtlichen, einer extrem prozeßrechtlichen und einer vermittelnden Auffassung, die sich ihrerseits weiter differenziert, unterschieden[32]. Das insoweit maßgebliche Zuordnungskriterium wird darin gesehen, inwieweit die verschiedenen Ansichten Prozeßverträge überhaupt anerkennen. Beispielsweise sieht *Schiedermair* in *Kohler* den Begründer einer extrem prozeßrechtlichen, in *K. Hellwig* hingegen einen Vertreter der vermittelnden Auffassung[33], obwohl beide Autoren die Abgrenzung zwischen materiell-rechtlichen und prozessualen Verträgen anhand *desselben* Kriteriums vornehmen und allein die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen unterschiedlich beurteilen[34]. Die darin liegende Vermischung von Qualifikations- und Zulässigkeitsfragen ist jedoch nicht dazu geeignet, die eigentlichen Meinungsverschiedenheiten herauszuarbeiten, sondern verschleiert im Gegenteil die wesentlichen Unterschiede. Die Zulässigkeitsproblematik ist von der Qualifikationsfrage nicht nur zu trennen, sondern muß deren Beantwortung darüber hinaus *voraussetzen*, denn die Anwendung prozeßrechtlicher Zulässigkeitsmaßstäbe ist erst möglich, nachdem der prozessuale Rechtscharakter einer Vereinbarung erwiesen ist.

Im folgenden ist somit zu untersuchen, anhand welcher Kriterien eine bestimmte Vereinbarung einem konkreten Rechtsgebiet zugeordnet werden kann. Dabei wird sich erweisen, daß eine eigenwillige Lösung der Zuordnungsfrage durch die verschiedenen Teilrechtsordnungen von vornherein nicht in Betracht kommt.

2. *Notwendigkeit einheitlicher Qualifikationskriterien*

Angesichts der Ubiquität der Vertragskategorie stellt sich ständig die Aufgabe, konkrete Vereinbarungen einer für sie maßgeblichen Teilrechtsordnung zuzuweisen. Da der Kernbereich der zivilgerichtlichen Tätigkeit bürgerliche Rechtsstreitigkeiten betrifft, geht es bei der Zuordnung verfahrenbezogener Verträge zudem in der Regel auch um die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Was die in den ordentlichen Rechtsweg verwiesenen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten anlangt, so stellt sich insoweit die Problematik der Zuordnung des Vertrags zum öffentlichen Prozeßrecht oder zu einem Gebiet des materiellen Verwaltungsrechts.

Die Abgrenzung des materiell-privatrechtlichen vom prozeßrechtlichen Vertrag kann nicht ohne Rücksicht auf entsprechende Lösungen auf der Scheidelinie anderer Teilrechtsordnungen gelöst werden. Eine allgemeine Abgrenzungslehre muß dazu in der Lage sein, jeden Vertrag einem bestimmten Rechtsgebiet zuzuordnen. Ohne innere Widersprüche kann dies nur geleistet werden, wenn das Abgrenzungs*kriterium* stets dasselbe ist bzw.

---

[32] So *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 31 ff.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 11 ff.

[33] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 12 ff.

[34] *J. Kohler*, Gruch. Beitr 31, 276, 481; *K. Hellwig*, System I, §§ 150-152, S. 448 ff.

nur eine begrenzte und jeweils identische Mehrzahl von Abgrenzungskriterien zum Einsatz kommt. Die Qualifikation eines Vertrages als privat- oder öffentlich-rechtlich kann nicht davon abhängen, welches Teilgebiet des öffentlichen Rechts – etwa das Steuerrecht, das Verwaltungsrecht oder das Sozialrecht – im konkreten Fall als Zuordnungsmaterie in Betracht kommt. Selbst die von der Rechtsprechung benutzten Abgrenzungskriterien variieren nicht je nach den Rechtsgebieten, die im konkreten Fall Zuordnungskandidaten sind[35]. Folglich hat die Dogmatik zum öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrag auch für die Lehre vom ebenfalls öffentlich-rechtlichen Prozeßvertrag Bedeutung, was in der prozeßrechtlichen Literatur allerdings bisher kaum bemerkt worden ist[36].

Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 25. 5. 1976, das von den Ländern ausdrücklich oder der Sache nach übernommen worden ist, enthält einen besonderen Abschnitt, der dem öffentlich-rechtlichen Vertrag gewidmet ist[37]. Damit hat der Gesetzgeber einem in der Verwaltungsrechtswissenschaft schwelenden Streit um die Zulässigkeit des Vertrags als Handlungsform der Verwaltung den Boden entzogen[38]. Entgegen dem Sprachgebrauch des VwVfG gelten diese Vorschriften nicht schlechthin für alle öffentlich-rechtlichen Verträge, sondern nur für solche, die im Rahmen behördlicher *Verwaltungs*tätigkeit abgeschlossen werden[39]. Diese Restriktion ergibt sich aus dem Anwendungsbereich des VwVfG, der gemäß § 1 auf die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden" beschränkt ist. Damit sind nicht nur staatsrechtliche und völkerrechtliche Verträge, sondern auch prozeßrechtliche Vereinbarungen dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entzogen. Obwohl sich das VwVfG demnach auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag konzentriert, hat es der Dogmatik zum öffentlich-rechtlichen Vertrag allgemein erheblichen Auftrieb gegeben und die Verwaltungspraxis zu einem vermehrten Einsatz dieses Handlungsinstruments provoziert. Trotzdem bleibt das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht mit zahlreichen

---

[35] Vgl. GemS-OGB, BGHZ 97, 312 (Privat-/Sozialversicherungsrecht); BGHZ 32, 214 (Privatrecht/öffentliches Baurecht); BVerwG, MDR 1976, 874 (Privatrecht/Kulturverwaltungsrecht); BAG, NJW 1991, 943 (Arbeits-/Beamtenrecht); OLG Schleswig, NVwZ 1988, 761 (Privat-/Sozialhilferecht).

[36] Als Ausnahmen sind vor allem *Forsthoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 1, S. 281, Fn. 21; sowie *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 512, zu nennen.

[37] BGBl. I, S. 1253; Teil IV, §§ 54 ff.

[38] Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 76 f., sowie die historische Darstellung von *Maurer*, DVBl 1989, 798, 799 ff. Auch nach der Kodifikation ist die grundsätzliche Kritik nicht verstummt; vgl. *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 155 ff.; *Püttner*, DVBl 1982, 122, und dagegen wiederum *Göldner*, JZ 1976, 352.

[39] Vgl. statt aller *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 68; *Kopp*, VwVfG, Vor § 54 Rdnr. 1; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 12 ff.; *Scherzberg*, JuS 1992, 205.

Zweifelsfragen belastet, zu denen auch die Problematik der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag zählt.

3. Die Bedeutung der Lehren zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht

Die Sogwirkung des klassischen Streits um die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist so groß, daß in der Literatur immer wieder versucht wird, die dazu entwickelten Abgrenzungstheorien *unmittelbar* auf den zu beurteilenden Vertrag oder Realakt anzuwenden[40]. In Wahrheit ist es jedoch unergiebig und sinnlos, etwa mit der Interessentheorie zu fragen, ob ein bestimmter Vertrag oder Realakt dem öffentlichen Interesse dient, oder mit der Subjektionstheorie zu untersuchen, ob der Vertrag ein Über-/Unterordnungsverhältnis konstituiert. Die verschiedenen Abgrenzungstheorien beziehen sich auf *Rechtsnormen* und dienen deren Einordnung in das öffentliche Recht oder Privatrecht, nicht dagegen auf *Handlungen*[41]. Deren Qualifikation ist nur insoweit unproblematisch, als schon die Handlungs*form* über die Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsgebiet entscheidet. So ist ein Verwaltungsakt unabhängig von seinem Inhalt stets dem öffentlichen Recht zuzuordnen, weil ein Privatrechtssubjekt so gar nicht handeln kann[42]. Zahlreiche Handlungsformen sind jedoch rechtlich ambivalent oder besser: neutral, sind also beiden Teilrechtsordnungen zugehörig. Dies gilt vor allem für die Realakte, beispielsweise Immissionen oder Fahrten mit dem Kfz, aber auch für bestimmte Rechtsakte und insbesondere für Verträge[43].

4. Verzicht auf die Vertragsqualifikation?

In der Literatur ist vorgeschlagen worden, auf die Qualifikation „neutraler" Handlungsakte, die nicht schon wegen ihrer formalen Qualität dem

---

[40] Vgl. etwa *Salzwedel*, Öffentlich-rechtlicher Vertrag, S. 81 ff.; *K. Lange*, JuS 1982, 500, 501; beide in bezug auf Verträge allgemein; *Zuleeg*, JuS 1985, 106, 107 f., der die Einordnung einer Bürgschaft mit Hilfe der Subjektions-, Sonderrechts- und Hoheitstheorie versucht; ähnlich *Bachof*, FS 25 Jahre BVerwG, S. 1, 15, der mit Hilfe der Abgrenzungstheorien den Rechtscharakter eines Hausverbots klären will.

[41] *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 26 f., 40 f., 112; *Erichsen*, Jura 1982, 537, 542; *Scherer*, NJW 1989, 2724, 2726; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 102; ähnlich *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnrn. 20 ff.

[42] *Erichsen*, Jura 1982, 537, 542; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnr. 24. Über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist damit natürlich noch nichts gesagt. Zudem kann im konkreten Fall problematisch sein, ob überhaupt ein VA vorliegt; vgl. dazu am Beispiel des Hausverbots *Maurer*, a.a.O.

[43] *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 123 f.

öffentlichen Recht zuzuordnen sind, ganz zu verzichten und sie einem „gemeinen" oder „gemeinsamen" Recht, das sowohl der privatrechtlichen wie auch der öffentlich-rechtlichen Teilrechtsordnung zur Verfügung stünde, zuzuordnen[44]. In der Sache unterscheidet sich diese Auffassung von der oben bereits abgelehnten Lehre vom „Sozialrecht", verstanden als privat- und öffentlich-rechtliche Elemente in sich vereinender Zwitter, lediglich dadurch, daß sie sich nicht auf Rechtsnormen, sondern auf bestimmte Handlungsformen, nämlich auf Realakte und Verträge bezieht.

Tatsächlich steht außer Zweifel, daß die Kategorie des Vertrags einen prominenten Platz in jeder allgemeinen Rechtslehre beanspruchen könnte und in diesem Sinne der Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Recht vorgeordnet ist. Diese Einsicht ändert jedoch nichts daran, daß auf die Zuordnung eines Handlungsakts zu der einen oder anderen Teilrechtsordnung de lege lata nicht verzichtet werden kann[45]. Einer Qualifikationsentscheidung im Verhältnis Privatrecht/Verwaltungsrecht bedarf es schon deshalb, um den richtigen Rechtsweg für Streitigkeiten im Rahmen eines Vertragsverhältnisses bestimmen zu können[46]. Im übrigen enthalten die §§ 54 ff. VwVfG nur für den Verwaltungsvertrag geltende Sonderregeln, setzen eine entsprechende Qualifikation also voraus. Im Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht hängt die Anwendbarkeit des bürgerlich-rechtlichen Vertragsrechts einerseits bzw. der speziell für Prozeßverträge geltenden Regeln andererseits, von einer entsprechenden Qualifikationsentscheidung ab, an der sich nicht zuletzt auch das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht orientiert[47]. Und selbst soweit diese Normenkomplexe kongruent sind, spielt die Zuordnung des Vertrages zu einem Rechtsgebiet noch eine Rolle, etwa im Revisionsverfahren, in dem das Revisionsgericht einen Prozeßvertrag uneingeschränkt, einen materiell-rechtlichen Vertrag dagegen nur in den Grenzen

---

[44] So vor allem *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 75 ff., 82 f.; ähnlich *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, S. 181 f., mit eigenwilliger Lösung der Rechtswegproblematik; ablehnend *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 37 ff.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 42 ff.; mit Bezug auf die Abgrenzung zwischen materiell-rechtlichen und prozeßrechtlichen Verträgen bereits genauso *Ehrenzweig*, Grünh. Zeitschr. 18, 228, 244: „[...] wenn die Rechtsgeschäfte mit processualer Wirkung dem Processrecht zugewiesen werden, [dann ist] die Lehre von den Rechtsgeschäften als eine dem materiellen und dem formellen Rechte *gemeinsame Partie* zu erklären und zu behandeln." (Hervorhebung hinzugefügt).

[45] *Bachof*, FS 25 Jahre BVerwG, S. 1, 11 mit Fn. 54, 12; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 73; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 1.

[46] Während für Ansprüche aus einem privatrechtlichen Vertrag gemäß § 13 GVG der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, sind für öffentlich-rechtliche Vertragsstreitigkeiten die Verwaltungsgerichte zuständig, wie § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO für vertragliche Schadensersatzansprüche ausdrücklich anordnet; vgl. statt aller *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rdnr. 6; *Kopp*, VwVfG, § 62 Rdnr. 8.

[47] Vgl. dazu eingehend unten, 5. Kapitel, C, S. 357 ff.

des § 561 Abs. 2 ZPO überprüfen dürfte[48]. Insgesamt handelt es sich um ein nicht nur theoretisches Problem.

II. Das maßgebliche Zuordnungskriterium

Auf der eben erarbeiteten Grundlage scheiden einige Vorschläge zur Abgrenzung materiell-rechtlicher von prozeßrechtlichen Verträgen von vornherein aus, weil sie zur Lösung des beschriebenen Zuordnungsproblems nicht geeignet sind.

1. Abgrenzung mit Hilfe des Prozeßhandlungsbegriffs

Eine von *Rosenberg* begründete Auffassung glaubt, das Zuordnungsproblem mit Hilfe eines restriktiven Prozeßhandlungsbegriffs erledigt zu haben[49]. Dem liegen die Prämissen zugrunde, daß (1) nur eine Prozeßhandlung den Tatbestand eines Prozeßrechtsgeschäfts bilden kann, (2) nur diejenige Handlung Prozeßhandlung ist, die das Verfahren unmittelbar gestaltet und (3) Prozeßverträge keine unmittelbare Verfahrensgestaltung bewirken[50]. Verfahrensbezogene Vereinbarungen fallen somit per definitionem aus dem Bereich des Prozeßrechts heraus und müssen zwangsläufig vom materiellen Recht aufgefangen werden[51]. Dies soll selbst für diejenigen Vertragstypen gelten, die in der ZPO eine ausdrückliche Regelung erfahren haben, wie etwa die Gerichtsstandsvereinbarung (§§ 38 ff.) sowie die Einigungen über die Art der Sicherheitsleistung (§ 108) und die Abkürzung gesetzlicher Fristen (§ 224)[52].

Es liegt auf der Hand, daß diese Lehre ganz auf das Zivilprozeßrecht zugeschnitten ist und deshalb als Baustein einer *allgemeinen* Lehre von der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verträge nicht in Betracht kommt. Abgesehen von diesem grundsätzlichen Einwand kann die Auffassung *Rosenbergs* aber auch im einzelnen nicht überzeugen[53]. Weder ist

[48] Dies gilt jedenfalls dann, wenn man den Prozeßvertrag mit dem weiten Prozeßhandlungsbegriff als Prozeßhandlung auffaßt, so *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 289, 291; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 30 ff.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 167 f.; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 161; wohl auch Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnrn. 14, 26; a. A. etwa *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 504 f.; *Eickmann*, Beweisverträge, S. 27 f.

[49] Vgl. *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 57, 63, 64 f., 99 ff.; genauso BGHZ 49, 384, 386 f.; 57, 72, 75, zu Prorogation und Schiedsvertrag; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 44, 82 ff.; *ders.*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85, 150; wohl auch *Bülow*, AcP 64, 1, 62 ff.; ähnlich *Eickmann*, Beweisverträge, S. 27 f.

[50] *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 57, 63, 64 f.; zur wechselvollen Entwicklung der Rosenberg'schen Ansicht vgl. *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 31 mit Fn. 35.

[51] *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 99 ff.

[52] *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 100.

[53] Vgl. zum folgenden *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 31 ff.

ihr der Nachweis gelungen, daß der Prozeßhandlungsbegriff notwendig auf einseitige Handlungen verengt werden muß[54], noch leuchtet es ohne weiteres ein, warum ausgerechnet der Prozeßhandlungsbegriff für die materiell-rechtliche oder prozessuale Qualifikation von Handlungsakten maßgeblich sein soll, die nach dieser Lehre gar keine Prozeßhandlungen sind. Tatsächlich wird bis heute darum gestritten, ob der Begriff der Prozeßhandlung auf einseitige und unmittelbar verfahrensgestaltende Akte zu beschränken ist[55] oder ob auch zweiseitig-kontraktliche Erklärungen der Parteien untereinander einzubeziehen sind[56]. Dieser Streit mag hier dahin stehen[57], denn selbst die Adoption eines engen Prozeßhandlungsbegriffs würde es nicht rechtfertigen, den Vertrag aus dem Prozeßrecht gänzlich zu verbannen[58]. Diese Schlußfolgerung setzt vielmehr die weitere Prämisse voraus, daß das Prozeßrecht nur einen *einzigen* Handlungsakt zuläßt – eben die einseitige Prozeßhandlung. Angesichts des Umstands, daß auch das materielle Recht mit mehreren Typen von Handlungsakten arbeitet, neben dem Vertrag etwa auch einseitige Rechtshandlungen und Gesamtakte kennt, versteht sich die Beschränkung des Prozeßrechts auf einen einzigen Typus keineswegs von selbst, sondern bedürfte einer besonderen und bisher fehlenden Begründung. Schließlich kann es von einem derart restriktiven Standpunkt aus kaum gelingen, die zweifellos prozessualen Wirkungen der gesetzlich anerkannten Vertragstypen, etwa derjenigen von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen gemäß §§ 38 f., 1032 Abs. 1 ZPO, befriedigend zu erklären[59].

2. *Abgrenzung anhand der Vertragsparteien*

Der Komplementärfehler zur Lehre *Rosenbergs* wird von *Gern* begangen, der die Qualifikationsfrage allein vom Standpunkt des Verwaltungsvertrags angeht und insoweit auf den *Status* der an dem Vertrag beteiligten *Subjekte* abstellen will: Ausschlaggebend sei, „ob zumindest einer der Vertragspartner in seiner Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Sonderrechtsträger (Hoheits-

---

[54] Vgl. zum heutigen Stand der Prozeßhandlungslehre und deren Spaltung in einen engen und einen weiten Prozeßhandlungsbegriff *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503 ff.

[55] So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 63 II, IV, S. 345 f.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 504 f.; *Thomas/Putzo*, Einl. III Rdnrn. 3, 6; ambivalent Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnrn. 14, 26.

[56] So Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, Grundz. § 128 Rdnr. 48; *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 281 ff., 291; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 167; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnrn. 160 ff.

[57] Vgl. die aktuelle Übersicht über den Streitstand bei *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503 ff. sowie die Darstellung von *Leipold*, in: Stein/Jonas, Vor § 128 Rdnrn. 157 ff.

[58] A. A. *Eickmann*, Beweisverträge, S. 27: „Die zweckmäßigste Lösung bietet die Ansicht, Prozeßverträge seien materiell-rechtliche Verträge über prozessuale Beziehungen. Zunächst ermöglicht dieser Ansatz die Verwendung des engen Prozeßhandlungsbegriffs."

[59] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 12, 168.

träger) am Vertrag" teilnehme[60]. Öffentlich-rechtliche Verträge unter nichtbeliehenen Privaten, die von der verwaltungsrechtlichen Doktrin ganz überwiegend als möglich akzeptiert werden[61], kann es nach dieser Auffassung nicht geben[62]. Ganz ähnlich wird in der prozeßrechtlichen Literatur die Auffassung vertreten, dem Verfahrensrecht angehörende Verträge existierten schon deshalb nicht, weil das hoheitlich handelnde Gericht an der Abmachung nicht selbst beteiligt sei[63]. Damit wäre der Versuch, Vereinbarungen zwischen Prozeßparteien als öffentlich-rechtliche Prozeßverträge zu qualifizieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt; verfahrensbezogene Abreden wären dem materiellen Recht zuzuordnen, dem insoweit eine Auffangfunktion für die aus dem Prozeßrecht verbannten Vereinbarungen zugebilligt wird[64].

Zur Begründung dieser vertragsbezogenen „Subjektstheorie" wird vorgebracht, (1) die Qualifikation müsse sich an der Frage orientieren, welches Recht auf den Vertrag anzuwenden sei; (2) die Anwendung von öffentlichem Recht setze eine entsprechende Einordnung des Vertrags voraus; und (3) öffentliches Recht regele das Verhalten von Hoheitsträgern[65]. Abgesehen davon, daß diese Prämissen offensichtlich in einen Zirkel führen – welches Recht anzuwenden ist, ergibt sich erst aus der Qualifikation – wird auf diese Weise ein Grundprinzip des Verwaltungsrechts beiseite geschoben, nämlich die *Formenwahlfreiheit* der Verwaltung. Die Verwaltungsträger sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gerade nicht allein auf die Rechtsformen und Handlungsinstrumente des öffentlichen Rechts angewiesen, sondern können sich auch privatrechtlicher Gestaltungsformen bedienen[66], ohne dadurch ihre Bindung an das in der Sache einschlägige öffentliche Recht abschütteln zu können[67]. Damit ist der von *Gern* postulierte Zusammenhang zwischen

---

[60] *Gern*, Vertrag zwischen Privaten, S. 45 f.; *ders.*, VerwArch 70, 219, 230; *ders.*, NJW 1979, 694, 695.

[61] BGHZ 35, 175, 177; OVG Lüneburg, OVGE 27, 341, 343; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 9; *Forsthoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 1, S. 280 f.; *Hennecke*, in: Knack, VwVfG, § 54 Anm. 4.1; *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 10; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 24; *Raiser*, FS Hundert Jahre DJT, S. 101, 113.

[62] *Gern*, Vertrag zwischen Privaten, S. 51; *ders.*, VerwArch 70, 219, 234; *ders.*, NJW 1979, 694, 695.

[63] So bereits *Ehrenzweig*, Grünh. Zeitschr. 18, 228, 229: „Die Verträge also, mit denen Kohler uns bekannt macht, sind keine ‚öffentlich-rechtlichen'. Denn als Contrahenten bezw. ‚Creanten' zeigt er uns stets die Parteien". Genauso *Eickmann*, Beweisverträge, S. 25 f.; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 723.

[64] Vgl. die vorherige Anmerkung.

[65] *Gern*, Vertrag zwischen Privaten, S. 46 f.; *ders.*, VerwArch 70, 219, 229.

[66] BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 36, 91, 96; 52, 325, 328; 65, 284, 287, 91, 84, 96; *Ehlers*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rdnrn. 69 ff.; *Göldner*, JZ 1976, 352, 354 ff.; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 23 II b, S. 108 ff.

[67] Vgl. die Nachweise in der vorherigen Anmerkung. Ausführliche Zusammenstellung bei *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 88 ff. Streitig ist, ob diese Bindung nur bei der Erfüllung *öffentlicher* Aufgaben in Privatrechtsform oder darüber hinaus für *jedes* privatrechtliche Handeln der Verwaltung gilt, vgl. dazu *Ehlers*, in: Erichsen, Allge-

anzuwendendem Recht, der Beteiligung von Hoheitsträgern und der Vertragsqualifikation zerrissen[68] und es entfällt die Grundlage für seine Schlußfolgerung, um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handele es sich immer, aber auch nur dann, wenn einer der Vertragspartner ein Hoheitsträger sei und in dieser Eigenschaft kontrahiere. Im übrigen steht seine Auffassung in offensichtlichem Widerspruch zu § 54 VwVfG, der den Verwaltungsvertrag gerade nicht anhand der Status der beteiligten Parteien definiert[69].

3. Differenzierung zwischen Vertragstatbestand und Vertragswirkungen

Eine von *Oertmann* begründete Meinung differenziert zwischen dem Tatbestand und den Wirkungen einer Vereinbarung: „Die radikale Antithese: hier Prozeßhandlung, hier Privatrechtsgeschäft, [führt] in keiner Weise zum Ziele. Die feinere, fördernde Untersuchung kann nur auf der Grundlage vollzogen werden: *wieweit* Prozeßhandlung und *wieweit* Privatrechtsgeschäft?“[70]. Diese Frage beantwortet *Oertmann* mit der Unterscheidung „zwischen prozessualen Akten im Sinne des Tatbestandes und im Sinne der Wirkung [...]“[71]. Er kommt so zu einer „deskriptiven“ Kategorie „privatrechtliche[r] Akte (Geschäftsabschlüsse) mit prozeßrechtlicher Wirkung“ die den Gegensatz bilden sollen zu „Prozeßhandlungen mit Privatrechtswirkung“[72]. Obwohl sich *Oertmann* genereller Äußerungen zur Rechtsnatur verfahrensbezogener Vereinbarungen enthält, erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß er nur solche hybriden Gebilde, aber keine wirklichen „Prozeßverträge“, also dem Prozeßrecht angehörende Vereinbarungen, für möglich hält. Immerhin ordnet er nicht nur den antizipierten Rechtsmittelverzicht[73], sondern auch den Schiedsvertrag ausdrücklich dem materiellen Recht zu, obgleich er dessen prozessuale Wirkungen ausdrücklich anerkennt[74]. Da entsprechendes für die übrigen Typen gelten müßte, ergibt sich insgesamt eine Zuordnung zum materiellen Recht. Auf derselben Linie argumentiert bis heute auch die Rechtsprechung, indem sie die materiell-rechtli-

meines Verwaltungsrecht, § 2 Rdnrn. 76 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnrn. 9 f.; *ders.*, DVBl 1989, 798; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 84 ff.

[68] *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 122 f.; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 6; *K. Lange*, JuS 1982, 500; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 314; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 28; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 82, 87 f., 100 f.

[69] *Gern* räumt zwar ein, daß § 54 VwVfG der Gegenstandstheorie folgt, hält seine Ansicht aber gleichwohl mit dem Gesetz für vereinbar, vgl. Vertrag zwischen Privaten, S. 47; *ders.*, VerwArch 70, 219, 228 f., 235.

[70] *Oertmann*, ZZP 45, 389, 405 (Hervorhebung im Original).

[71] *Oertmann*, a.a.O., S. 403.

[72] *Oertmann*, a.a.O., S. 406.

[73] *Oertmann*, a.a.O., S. 415.

[74] *Oertmann*, a.a.O., S. 403 f.

che Natur verfahrensbezogener Verträge mit dem Hinweis begründet, ihr Tatbestand unterstehe dem Zivilrecht[75].

Die Auffassung *Oertmanns* ermöglicht eine sachgerechte juristische Behandlung prozeßbezogener Vereinbarungen, weil sie den Rückgriff auf das Vertragsrecht des BGB ebenso legitimiert wie sie die Zulässigkeits- und Wirksamkeitsschranken des Prozeßrechts zur Geltung bringt[76]. Wie oben bereits angedeutet und im einzelnen noch zu zeigen sein wird, schließt eine einheitliche Qualifikation im Sinne des Prozeßrechts die Heranziehung materiell-rechtlicher Vorschriften jedoch keineswegs aus[77]. Deshalb stellt sich um so dringender die Frage nach der dogmatischen Rechtfertigung der Differenzierungsthese, die im Ergebnis nicht geliefert werden kann. Wäre nämlich die Vorstellung *Oertmanns* richtig, hätte sich die Zuordnungsproblematik ein für allemal erledigt. Da das allgemeine Vertragsrecht dem materiellen Privatrecht angehört, wäre *jede* Vereinbarung gleich welchen Inhalts begriffsnotwendig im Tatbestand privatrechtlich. Allein die Vertrags*wirkungen* könnten in den verschiedensten Bereichen eintreten, etwa im Steuer-, Bau- oder Prozeßrecht.

Dieser Standpunkt kommt im Ergebnis der oben referierten Ansicht nahe, die auf die Qualifikation neutraler Akte ganz verzichten will, um sie einem „gemeinen" oder „gemeinsamen" Recht, das sowohl der privatrechtlichen wie auch der öffentlich-rechtlichen bzw. prozeßrechtlichen Teilrechtsordnung zur Verfügung stünde, zuzuordnen[78]. Tatsächlich ist der als Institut der allgemeinen Rechtslehre verstandene Vertragstatbestand neutral und rechtfertigt gerade keine Zuordnung zu irgendeiner Partikularordnung[79]. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß auf die Zuordnung konkreter Einzelverträge verzichtet werden muß[80]. Die zutreffende Einsicht, daß die Vertragskategorie nicht nur dem Privatrecht zur Verfügung steht, muß zu Ende gedacht werden, indem eine konkrete Vereinbarung nach noch zu erörternden Kriterien insgesamt, also in Tatbestand und Wirkungen, je einem Rechtsgebiet zugeordnet wird. Nur auf diesem Weg lassen sich die spezifischen Anforderungen der jeweils betroffenen Teilrechtsordnung, wie etwa Zulässigkeitsschranken und Wirksamkeitshindernisse des Prozeßrechts, angemessen zur

---

[75] Vgl. etwa BGHZ 57, 72, 75; wie *Oertmann* auch *Ehrenzweig*, Grünh. Zeitschr. 18, 228, 243 f.; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 723.

[76] Vgl. dazu im einzelnen *Oertmann*, ZZP 45, 389, 405 ff.

[77] Vgl. unten, 4. Kapitel, A, S. 278 ff.

[78] Vgl. oben, B I 4, S. 20 f.

[79] *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 30 f., 43; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276 f., 321; *Sachse*, ZZP 54, 409, 416; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 30 f.; vgl. aus dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 226; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 1; *Forsthoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 1, S. 277 mit Fn. 2.

[80] *Bachof*, FS 25 Jahre BVerwG, S. 1, 11 mit Fn. 54, 12; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 1.

Geltung bringen[81]. Im übrigen kann es nach Anerkennung und gesetzlicher Regelung des verwaltungsrechtlichen Vertrags in den §§ 54 ff. VwVfG nicht mehr in Betracht kommen, das Institut des Vertrags mit *Oertmann* allein dem Privatrecht vorzubehalten.

4. Inhaltliche Zuordnungskriterien

Führt die Deduktion aus dem Prozeßhandlungsbegriff nicht weiter, scheidet die Anknüpfung an die Status der Vertragsparteien aus und ermöglicht auch der Vertragstatbestand keinen Schluß auf die Zuordnung einer Vereinbarung, bleibt nur noch der Vertrags*inhalt* als Kriterium übrig, mit dessen Hilfe eine Qualifikationsentscheidung begründet werden könnte[82]. Nach der die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag beherrschenden Gegenstandstheorie handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, wenn sich sein *Gegenstand* auf einen öffentlich-rechtlich geregelten Sachverhalt bezieht, im übrigen um ein privatrechtliches Rechtsgeschäft[83]. Von dieser Lehre ging auch der Gesetzgeber des VwVfG aus, der in § 54 S. 1 VwVfG den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Vereinbarung definierte, durch die ein „Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts [...] begründet, geändert oder aufgehoben" wird[84].

Die weit überwiegende Meinung im Prozeßrecht nimmt die Abgrenzung

---

[81] *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 43 f.; A. A. jedoch *Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, S. 172 ff., der die Formenwahlfreiheit des Staates ablehnt und deswegen zu einem flächendeckenden Anwendungsvorrang des öffentlichen Rechts kommt. Einer Zuordnungsentscheidung bedarf es dann tatsächlich nicht mehr.

[82] Insoweit grundlegend *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 277; *ders.*, Gesammelte Beiträge, S. 253, 255 f.. „Über den Charakter der Verträge entscheidet der Vertragsgegenstand, und ein öffentlicher Vertragsgegenstand bleibt ein öffentlicher, auch wenn es (in beschränktem Kreise) den Privaten gestattet ist, über Dinge dieses Bereichs durch [...] Vertrag Bestimmung zu treffen ...".

[83] GemS-OGB, BGHZ 97, 312, 314; NJW 1988, 2297; BGHZ 32, 214, 215 f.; 35, 69, 71; 43, 34, 37; 54, 287, 291; 56, 365, 368; 58, 386, 389; BGH, NJW 1972, 585; NJW 1992, 1237, 1238; NJW 1993, 789; BVerwGE 30, 65 (= NJW 1968, 2023); 42, 331 (= NJW 1973, 1895); BVerwG, MDR 1976, 874; NJW 1985, 989; NVwZ 1990, 665; NJW 1993, 2695; BAG, NJW 1991, 943; OLG Schleswig, NVwZ 1988, 761 f.; OVG Münster, NJW 1991, 61; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583; *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 227; *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 124; *ders.*, AöR 84, 249, 253; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 76; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 100 ff.; *Erichsen*, Jura 1982, 537, 543; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 2; *Forsthoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 1, S. 280; *Grziwotz*, NJW 1993, 2665; *Hennecke*, in: Knack, VwVfG, § 54 Anm. 2; *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 58; *Kissel*, GVG, § 13 Rdnr. 62; *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 6; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rdnr. 10; *Menger*, FS Wolff, S. 149, 155 f.; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25; *Raiser*, FS Hundert Jahre DJT, S. 101, 113; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 206; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 105; *Stern*, VerwArch 49, 106, 153, 155, der Sache nach auch *K. Lange*, JuS 1982, 500, 501; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 316.

[84] Begründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/910, S. 78.

von Prozeßverträgen und materiell-rechtlichen Vereinbarungen demgegenüber anhand der Vertragswirkungen vor[85]. Treten diese im materiellen Recht ein, liegt ein Rechtsgeschäft vor, treten sie im Prozeßrecht ein, handelt es sich um eine Prozeßvereinbarung. In der Formulierung *K. Hellwigs* sind prozessuale Vereinbarungen „nur diejenigen, die unmittelbar auf Regelung einer prozessualen Rechtslage gerichtet sind und diese kraft des Parteiwillens herbeiführen“[86]. Wie noch zu zeigen sein wird, unterscheiden sich die beiden Abgrenzungskriterien der Wirkung und des Gegenstandes nur der Formulierung nach, nicht aber inhaltlich[87]. Eine Begründung dieser These setzt allerdings eine Präzisierung der Gegenstandstheorie voraus, was ohne eine Überprüfung der vielen Gesichtspunkte, die unter diesem Oberbegriff versammelt werden, nicht möglich ist.

III. Präzisierung der Gegenstandstheorie

1. Disposition über ein prozeßrechtliches Rechtsverhältnis

Wie oben bereits angedeutet, kommt es für die Gegenstandstheorie darauf an, ob sich der Vertragsgegenstand „auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelte Sachverhalte bezieht“[88]. Fraglich ist, was unter einem Sachverhalts-„Bezug“ zu verstehen ist. *Christ* hat in einer eingehenden Analyse gezeigt, daß die bloße *Kongruenz* vertraglicher und gesetzlicher Verpflichtungsinhalte eine Zuordnungsentscheidung

---

[85] Für das Wirkungskriterium grundlegend *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 32 ff. Dem folgend *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 185; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 175 f.; *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 457 f. sowie S. 312 Fn. 1616; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 40 f.; *K. Hellwig*, FS Gierke II, S. 41, 45; *ders.*, System I, § 150 I, S. 448; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 34; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 30 IV, S. 106; *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 421; *Lorenz*, AcP 157, 265, 278 f.; *Neumann*, Vertraglicher Ausschluß der Klagbarkeit, S. 15, 20; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 I, S. 217 f.; *Orfanides*, Berücksichtigung von Willensmängeln, S. 201; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 I, S. 367; *Sachse*, ZZP 54, 409, 416 f.; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 49; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnr. 26.

[86] *K. Hellwig*, System I, § 151 I, S. 449; fast wortgleich *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 457 f.; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 44; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 44, 167. Der Umstand, daß sowohl K. Hellwig als auch Goldschmidt Prozeßverträge nur in sehr engen Grenzen für zulässig halten, ändert nichts an ihren Vorstellungen über die Vertragsqualifikation. Bleibt die Zulässigkeitsfrage ausgeklammert, haben beide – entgegen landläufigem Verständnis (vgl. etwa *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 14 f.; unklar *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 33) – einen *weiten* Begriff des Prozeßvertrags zugrunde gelegt, der die sog. Verpflichtungsverträge einschließt. Dementsprechend grenzt *K. Hellwig* den Prozeßvertrag zu „privatrechtlichen Vereinbarungen mit *sekundärer* prozessualer Folge [...], z. B. Veräußerung eines Grundstücks mit der Folge des § 266“ ab (a.a.O., Fn. 1 – Hervorhebung im Original).

[87] So auch *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 421; *Menger*, FS Wolff, S. 149, 155 f., *Schug*, Vollstreckungsrechtlicher Vertrag, S. 80 Fn. 2; die beide Begriffe synonym gebrauchen.

[88] Vgl. statt aller BGHZ 56, 365, 368.

nicht zu legitimieren vermag[89]. Eine so verfahrende Methode käme zu dem abwegigen Ergebnis, ausgerechnet und ausschließlich diejenigen Verträge als öffentlich-rechtlich auszuzeichnen, die eine nach öffentlichem Recht bestehende Verpflichtung wiederholten. Der Grundstückseigentümer, der einen Bauunternehmer mit der Beseitigung eines baurechtswidrigen Schuppens beauftragte, hätte danach einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen.

Die Zuordnung eines Vertrages zu einem bestimmten Normenkomplex ist jedoch dann gerechtfertigt, wenn mit ihm über die bestehende Legalordnung disponiert, also – um eine Formel der Rechtsprechung zu gebrauchen – „eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Verteilung öffentlich-rechtlicher Lasten und Pflichten" vereinbart wird[90]. An dieser Stelle zeigt sich, daß Gegenstands- und Wirkungstheorie dasselbe Abgrenzungskriterium verwenden. Die abweichende Terminologie der Prozessualisten beruht wohl auf der prägenden Kraft der von *Oertmann* vertretenen Differenzierung zwischen Tatbestand und Wirkungen. Die Identität der beiden Gesichtspunkte wird zwar nur selten herausgestrichen[91], bei einem Vergleich der sachlichen Kriterien aber sofort deutlich. Stets kommt es darauf an, auf welchem Rechtsgebiet nach dem Willen der Parteien *Rechtsfolgen* eintreten sollen[92]. Da die Vertragsqualifikation unabhängig von der Wirksamkeit und Zulässigkeit der konkreten Vereinbarung zu erfolgen hat, ist es unerheblich, ob der jeweilige Vertrag diese Folgen *tatsächlich* herbeiführt[93]. Umgekehrt sind sol-

---

[89] *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 113 ff.

[90] BGHZ 32, 214, 216; 35, 69, 73; 56, 365, 368; 58, 386, 389; BGH, NJW 1972, 585; BVerwGE 60, 208, 210; 84, 183 (= NJW 1990, 1679, 1680 = DVBl 1990, 438 mit Anm. *V. Götz*); VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 444; *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 58; *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 7; *Menger*, FS Wolff, S. 149, 156; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 27; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 206 f.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 105; Zöller-*Gummer*, § 13 GVG Rdnr. 40; grundlegend *Salzwedel*, Öffentlich-rechtlicher Vertrag, S. 75 ff.; *K. Lange*, NVwZ 1983, 313, 316 ff., sowie *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 116 ff.; a. A. ohne Begründung allein *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 76, der die Verschiebung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten für unerheblich hält.

[91] Vgl. aber *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 41; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 512; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 160. Explizit im Sinne der Gegenstandstheorie auch schon *J. Kohler*, in: *ders.*, Gesammelte Beiträge, S. 253, 255 f.

[92] *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 234; *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 186; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 103; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 2; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 41; *K. Hellwig*, System I, § 150 I, S. 448; *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 6; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 33 f.; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 76.

[93] *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 104; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 34 f.; vgl. aber VGH München, NJW 1990, 1006 f., mit insoweit kritischer Anmerkung *Arndt*, wo die privatrechtliche Rechtsnatur einer Haftungserklärung damit begründet wird, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag hätte gemäß § 57 VwVfG/Art. 57 BayVwVfG der Schriftform bedurft; mißverständlich auch *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 30 IV, S. 106, der Prozeßhandlungen und Rechtsgeschäfte danach abgrenzen will, welche Wirkung „die *primäre*, nicht wegzudenkende ist".

che Rechtsfolgen, die unabhängig vom Willen der Parteien bereits aufgrund einer Anknüpfung des Gesetzes an den Vertragsschluß eintreten, ohne Bedeutung für die Zuordnungsfrage[94]. Eine Grundstücksübereignung wird also nicht deshalb zur Prozeßvereinbarung, weil sie die Rechtsfolgen der §§ 265, 325 ZPO auslöst. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sind vielmehr allein diejenigen Vertragswirkungen von Bedeutung, auf deren Eintritt der Geschäftswille der Parteien gerichtet ist und die nur deshalb eintreten, weil die Parteien dies wollen und die Rechtsordnung diesen Willen sanktioniert[95]. Damit steht die Abgrenzungsentscheidung jedoch nicht in dem Sinne zur Disposition der Parteien, daß sie nach ihrem Willen den Vertrag der einen oder anderen Teilrechtsordnung zuordnen könnten[96]. Zwar hängt der Handlungsakt im ontischen Sinn, also Wortlaut und Begleitumstände des konkreten Vertrages, vom Willen der Parteien ab, über die rechtliche Qualifikation eines tatsächlich so und nicht anders vorgenommenen Handlungsakts können sie indessen nicht disponieren; diese Frage muß juristisch entschieden werden[97].

Ein Kaufvertrag zwischen den Privatleuten A und B verändert die Privatrechtsordnung, weil er die Verpflichtung des A zur Übereignung der Sache und diejenige des B zur Zahlung des Kaufpreises begründet. Streiten A und B vor Gericht um die Auslegung dieses Vertrages und entschließen sie sich während des Rechtsstreits, ihn durch eine neue Vereinbarung zu ersetzen, so disponieren sie damit wiederum über ihre materiell-privatrechtlichen Rechte und Pflichten. Vereinbaren die Parteien jedoch einen von der Legalordnung der §§ 12 ff. ZPO abweichenden Gerichtsstand, so modifizieren sie die Zuständigkeitsordnung der ZPO und damit auch die Lastenverteilung im Parteiverhältnis. Das unter Verstoß gegen die Zuständigkeitsvereinbarung angegangene Gericht ist nicht mehr berechtigt, über die Klage zu entscheiden, obwohl es nach den §§ 12 ff. ZPO zuständig gewesen wäre. Umgekehrt wird ein „an sich" nicht befugtes Gericht dazu ermächtigt, die Sache zu ver-

---

[94] *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 186; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 103; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 41; *K. Hellwig*, System I, § 151, S. 449, Fn. 1; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 36 f.; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnrn. 14, 26; wohl auch *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 I, S. 218; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 2.

[95] Vgl. *K. Hellwig*, System I, § 150 I, S. 448; vgl. dagegen *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 421, der auf „die *primäre, charakteristische* Wirkung, die *Haupt*wirkung, den *Schwerpunkt* der betreffenden Parteihandlung" abstellen will und damit nur inhaltsleere Metaphern aneinanderreiht.

[96] *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 75; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 104 f., 118, 150; *Gern*, VerwArch 70, 219, 231; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 448; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rdnr. 9; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 206, 208.

[97] Zu dieser Differenzierung *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 45 ff.; sie entspricht der revisionsrechtlichen Unterscheidung zwischen Erklärungstatbestand (Tatfrage) und rechtlicher Würdigung dieses Tatbestandes nach Maßgabe der Auslegungsgrundsätze (Rechtsfrage), vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 133 Rdnr. 29 ff.

handeln, wodurch die diesem Gericht näher stehende Partei begünstigt, der Gegner hingegen belastet wird. Entsprechend verhält es sich, wenn die Parteien sich auf die Abkürzung gesetzlicher Fristen nach Maßgabe des § 224 Abs. 1 ZPO verständigt haben. Das Gericht ist dann gehalten, die nach Ablauf der gewillkürten, aber innerhalb der gesetzlichen Frist vorgenommenen Parteihandlungen zu ignorieren. In den Fällen der Gerichtsstandsvereinbarung und einverständlichen Fristabkürzung disponieren die Parteien also über das für ihren Rechtsstreit maßgebende Verfahrensrecht. In der Terminologie des § 54 S. 1 VwVfG wird durch diese Vereinbarungen jeweils „ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" – nämlich des Prozeßrechts – durch Vertrag „geändert".

Gleichwohl qualifizieren die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur sowohl die Gerichtsstandsvereinbarung[98] als auch den Schiedsvertrag[99] als „materiell-rechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen". Die in diesem Begriff steckende „contradictio in adiecto"[100] wird in Kauf genommen, um die Anwendung des materiell-rechtlichen Vertragsrechts des BGB unter Hintanstellung der für einseitige Prozeßhandlungen geltenden Rechtsgrundsätze auch im Rahmen der §§ 38 ff. ZPO zu legitimieren und in internationalrechtlichen Fällen wegen des Zustandekommens der Vereinbarung die lex fori zu vermeiden und auf das Kollisionsrecht der lex causae abstellen zu können[101]. Wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird, ist es weder für die

[98] BGHZ 49, 384, 386; 57, 72, 75; 59, 23, 26 f.; BGH, NJW 1971, 323, 324 (mit krit. Anm. *Geimer*); NJW 1986, 1438, 1439 (mit krit. Anm. *Geimer*); NJW 1989, 1431, 1432; AK-ZPO-*Röhl*, § 38 Rdnr. 7; *v. Bar*, Internationales Privatrecht II, Rdnr. 554; Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, § 38 Rdnr. 2; *Lorenz*, AcP 157, 265, 281 f.; MünchKommBGB-*Martiny*, Vor Art. 27 EGBGB Rdnr. 50; MünchKommZPO-*Patzina*, § 38 Rdnr. 10; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 44 f.; *ders.*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 100; *ders.*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 36 I 1, S. 146; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdnr. 432; *Stöve*, Gerichtsstandsvereinbarungen, S. 92.

[99] So RGZ 144, 96, 98; 156, 101, 104; BGHZ 23, 198, 200; 40, 320, 322; 49, 384, 386; *v. Bar*, Internationales Privatrecht II, Rdnr. 554; Baumbach/Lauterbach-*Albers*, § 1025 Rdnr. 2; *K. Blomeyer*, FS Rosenberg, S. 51, 60 ff.; *Lorenz*, AcP 157, 265, 274 ff., 284; MünchKommBGB-*Martiny*, Vor Art. 27 EGBGB Rdnr. 84; MünchKommZPO-*Maier*, § 1025 Rdnr. 3; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 109 ff.; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 44 f.; *ders.*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 100 ff. (anders *ders.*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 166 II 1, S. 850); *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, Rdnr. 559; Staudinger-*Firsching*, 10./11. Aufl., Vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 622; *Thomas/Putzo*, § 1029 Rdnr. 1; Wieczorek-*Schütze*, 3. Aufl., § 1025 Rdnr. 36.

[100] So mit Bezug auf den Schiedsvertrag *Böhm*, ZfRV 1968, 262, 266; *ders.*, FS Fasching, S. 107, 132 in Fn. 72.

[101] Es verwundert daher nicht, daß sämtliche der soeben zitierten Entscheidungen in Fällen mit Auslandsbezug ergangen sind; explizit in diesem Sinne *Lorenz*, AcP 157, 265, 274 ff., 281; *v. Bar*, Internationales Privatrecht II, Rdnr. 554; MünchKommBGB-*Martiny*, Vor Art. 27 EGBGB Rdnrn. 50, 84; *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, Rdnr. 559; Staudinger-*Firsching*, 10./11. Aufl., Vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 622.

Anknüpfung der lex causae noch für die Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts erforderlich, auf die schillernde Rechtsfigur eines *materiell-rechtlichen* Rechtsgeschäfts *prozessualen* Inhalts zurückzugreifen[102]. Ist der Gegenstand der Vereinbarung ein prozeßrechtlicher, kann der Vertrag selbst nicht materiell-rechtlicher Natur sein. Demgemäß ist die Gerichtsstandsvereinbarung als *Prozeßvertrag* zu qualifizieren[103].

2. *Hypothetische Normqualifikation*

Mit der Gegenstands- bzw. Wirkungstheorie steht eine von *Wolff/Bachof* und *Bettermann* begründete Abgrenzungslehre in Einklang, die die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen Recht oder Privatrecht mit Hilfe einer hypothetischen Normqualifikation entscheiden will: Danach kommt es darauf an, welchem Rechtsgebiet die im Vertrag getroffene Regelung angehören würde, wäre sie nicht durch Vertrag, sondern durch Rechtsnorm erfolgt[104]. Gegen dieses Kriterium wird häufig eingewandt, auf diese Weise müsse jeder Vertrag, an dem ein Hoheitsträger beteiligt sei, als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden, weil Zuordnungssubjekt der hypothetischen Norm notwendig ein Hoheitsträger sei[105]. Hier handelt es sich jedoch um ein Mißverständnis. Eine öffentlich-rechtliche Qualifikation jedes Vertrags, an dem ein Hoheitsträger beteiligt ist, wäre nur dann zwingend, wenn die vertragliche Regelung *einschließlich* der in concreto beteiligten Vertragsparteien in eine Rechtsnorm umgegossen würde. Dann wäre der Staat zum Beispiel von Gesetzes wegen zu einer bestimmten Leistung verpflichtet und dieses Gesetz könnte allein dem öffentlichen Recht angehören. In diesem Sinne ist das Abgrenzungskriterium aber nicht gemeint. Vielmehr soll es darauf ankommen, ob der Vertrag „die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten und (oder) Pflichten zum Gegenstand hat, deren Träger notwendig

---

[102] Vgl. dazu im einzelnen unten, 4. Kapitel, A, S. 278 ff; 5. Kapitel, C, S. 357 ff.

[103] Übereinstimmend RGZ 159, 254, 255 f.; RG, JW 1936, 3185; *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 229 f., 281 ff.; *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 457 f.; *Gottwald*, FS Henckel, S. 295, 299 f.; *Habscheid*, FS Schima, S. 175, 178; *Hausmann*, FS Lorenz, S. 359, 361; *K. Hellwig*, FS Gierke II, S. 41, 79; *ders.*, System I, § 151 I 1, S. 449; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 34 f.; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 11 IV, S. 37; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 278 ff.; *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 421 f.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 25 II 1, S. 102; *G. H. Roth*, ZZP 93, 156, 163 f.; *Sachse*, ZZP 54, 409, 416 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 37 I 1, S. 182; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 100 f.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 509; Stein/Jonas-*Bork*, § 38 Rdnr. 44; *Thomas/Putzo*, Vor § 38 Rdnr. 2.; *Walsmann*, AcP 102, 1, 206 f.; Zöller-*Vollkommer*, § 38 Rdnr. 4.

[104] *Bettermann*, JZ 1966, 445; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 44 II a, S. 345; genauso *Menger*, VerwArch 64, 203, 205; *ders.*, FS Wolff, S. 149, 164 f.; *v. Mutius*, VerwArch 65, 201, 205.

[105] *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 5; *K. Lange*, JuS 1982, 500; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 314; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 29; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 103 f.

nur ein Subjekt öffentlicher Verwaltung sein kann“ [106]. Damit erweist sich die Theorie der hypothetischen Normqualifikation nicht als falsch, sondern als identisch mit der herrschenden Gegenstandstheorie [107]. Auch sie stellt auf den Gegenstand des Vertrages ab und fragt nach der Qualifikation desjenigen Rechtsverhältnisses, das Gegenstand der vertraglichen Disposition ist. Ein prozeßrechtlicher Vertrag läge dementsprechend vor, wenn die vertragliche Vereinbarung der Parteien, in eine Norm umgedacht, eine prozeßrechtliche Regel ergäbe. Genau dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Parteien verabreden, das ein Gericht zur Entscheidung ihres Streits ausschließlich zuständig sein soll.

3. Berücksichtigung von Zweck und Gesamtcharakter des Vertrags

Die Gegenstandstheorie ermöglicht zwar die Zurückweisung von Ansichten, die den Rechtscharakter eines Vertrages nicht anhand seines Inhalts bestimmen wollen, ist aber ihrerseits kein homogenes Gebilde, sondern repräsentiert ein ganzes Meinungsspektrum. Sowohl zur Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag als auch im Verhältnis von Privat- und Prozeßrecht wird unter dem Namen des Gegenstands- bzw. Wirkungskriteriums ein bunter Strauß heterogener Gesichtspunkte angeboten, wie etwa Zweck, Gesamtcharakter und „Gepräge“ des Vertrages [108].

Ein prominentes Beispiel für die bestehenden Unklarheiten ist der sog. „hinkende Austauschvertrag“ [109], in dem sich der Bürger zu einer Geldzahlung an einen Hoheitsträger in der Erwartung verpflichtet, letzterer werde eine ihn begünstigende Handlung vornehmen, insbesondere einen Bebauungsplan bestimmten Inhalts erlassen [110]. Die Zuordnung solcher Verträge ist unklar und umstritten: Die ältere Rechtsprechung des BGH hielt den Bezug auf öffentlich-rechtliche Normen in diesen Fällen nicht für ausreichend, um eine Qualifikation im Sinne des öffentlichen Rechts zu rechtferti-

---

[106] *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 44 II a, S. 345.

[107] Richtig *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 153 f.; *Gern*, Vertrag zwischen Privaten, S. 43; *ders.*, VerwArch 70, 219, 228.

[108] Zum Verwaltungsvertrag vgl. BGHZ 65, 365, 372 f.; 76, 16, 20 f.; BGH, NJW 1992, 1237, 1238; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 76; *Hennecke*, in: Knack, VwVfG, § 54 Anm. 2; *Kissel*, GVG, § 13 Rdnr. 65; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 105. Zur Abgrenzung Prozeßvertrag/materiell-rechtlicher Vertrag vgl. etwa *Kornblum*, FamRZ 1973, 416, 421.

[109] Der Ausdruck stammt von *Meyer*, vgl. Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25.

[110] Ein Synallagma kann in diesem Fall nicht begründet werden, da es den Gemeinden nicht möglich ist, sich rechtswirksam zum Erlaß eines Bebauungsplans bestimmten Inhalts zu verpflichten; das dafür vorgeschriebene Anhörungs- und Beteiligungsverfahren würde sonst zur Farce; vgl. BVerwGE 45, 309, 315 ff. (= NJW 1975, 70); BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539; BGHZ 71, 386, 390; 76, 16, 22; *Papier*, JuS 1981, 498, 500 f.

gen[111]. Nachdem das BVerwG den Gegenstandpunkt eingenommen hatte[112], schwenkte auch der BGH auf diese Linie ein, die im Schrifttum als herrschend geltend kann[113]. Die hoheitliche Gegenleistung sei Bedingung bzw. Geschäftsgrundlage der Geldzahlung des Bürgers[114], es bestehe ein enger Sachzusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und die Zulässigkeit der Vereinbarung richte sich nach öffentlichem Recht[115]. Aufgrund ihres Zwecks, Gesamtcharakters und „Gepräges" seien diese Verträge dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wobei diese Gesichtspunkte das Zuordnungskriterium der Disposition über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen ergänzen und damit den Einzugsbereich des öffentlichen Rechts vergrößern sollen.

Der hinkende Austauschvertrag erweist sich als Prüfstein der Gegenstandstheorie, weil letztere in dem Maße an Konturen verliert, in dem über das Dispositionskriterium hinaus weitere Gesichtspunkte weitaus geringerer Determinationskraft berücksichtigt werden, die eine Zuordnung des Vertrags zum öffentlichen Recht oder Privatrecht rechtfertigen können. Tatsächlich sind Zweck, Gesamtcharakter und Gepräge des Vertrages als Kriterien für seine Einordnung ungeeignet, weil sie über das angestrebte Ziel weit hinaus schießen[116]. Ein Grundstückskaufvertrag zwischen zwei Privaten bleibt nach einhelliger Auffassung privatrechtlich, auch wenn der Erlaß einer hoheitlichen Maßnahme, etwa einer Baugenehmigung, als Bedingung vereinbart oder zur Geschäftsgrundlage gemacht wird. Auch die Argumentation mit dem Vertragszweck ermöglicht keine konsistente Abgrenzung, weil eine Fülle ohne Zweifel privatrechtlicher Verträge allein den Zweck hat, bestimmte hoheitliche Maßnahmen – etwa im Bereich des Steuerrechts – herauszufordern oder zu verhindern, ohne daß sie allein deshalb dem öffentlichen Recht zuzu-

---

[111] BGHZ 35, 69, 74; BGH, MDR 1961, 580 f.; NJW 1979, 642 f.; dem folgend *K. Lange*, JuS 1982, 500, 503 f.; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 320 f.; *Papier*, JuS 1981, 498, 499; offen *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 59.

[112] In jüngster Zeit hat sich das BVerwG wieder vorsichtig von der öffentlich-rechtlichen Qualifikation distanziert; vgl. BVerwG, NJW 1993, 2695, 2696.

[113] BVerwGE 42, 331 (= NJW 1973, 1875 f.); BGHZ 56, 365, 373 f.; BGH, NJW 1972, 585; VGH München, NVwZ 1990, 979 f.; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 146; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 446 f.; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 4; *V. Götz*, JuS 1970, 1, 4; *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 7; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rdnr. 11; *Menger*, VerwArch 64, 203, 205; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25; *v. Mutius*, VerwArch 65, 201, 206; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 207; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 354; Zöller-*Gummer*, § 13 GVG Rdnr. 40.

[114] BGHZ 56, 365, 372 ff.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 446 f.; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 4; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rdnr. 11; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25; *Scherzberg*, JuS 1992, 205, 207.

[115] *Kopp*, VwVfG, § 54 Rdnr. 7; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25.

[116] *K. Lange*, JuS 1985, 500, 503 f.; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 320 f.; *Papier*, JuS 1981, 498, 499.

ordnen wären[117]. Die Konturenlosigkeit und Weite des Zweckkriteriums wird lediglich eingestanden, wenn zusätzlich auf die Maßgeblichkeit des „öffentlich-rechtlichen Ordnungsmodells" für die Würdigung des Vertrags abgestellt wird[118], wobei allerdings die Einsicht verdrängt wird, daß die Bindung der Verwaltung an das öffentliche Recht gerade nicht von der konkret gewählten Handlungsform abhängt[119].

Insgesamt ist die Anreicherung der Gegenstandstheorie mit weiteren Abgrenzungstopoi somit abzulehnen[120].

C. Verfügungs- und Verpflichtungsverträge

Verbreitet wird in bezug auf Prozeßverträge zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften differenziert[121]. Als Verfügungsverträge werden solche Abreden charakterisiert, die selbst die Prozeßrechtslage unmittelbar gestalten[122]. Um Verpflichtungsgeschäfte handelt es sich dementsprechend, wenn der Vertrag keine solche Gestaltungswirkung besitzt, sondern eine Partei zu einem prozessualen Tun oder Unterlassen verpflichtet. Als Prototyp einer Verfügung über das Prozeßrecht wird die Prorogation genannt[123], paradigmatisch für das verfahrensbezogene Verpflichtungsgeschäft ist das Klage-

[117] Deshalb ist auch das Abgrenzungskriterium des „engen Zusammenhangs" abzulehnen, mit dem *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 134 ff., die Zweck/Gesamtcharakter/Gepräge – Formel zu rekonstruieren versucht. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, ein die öffentlich-rechtliche Qualifikation rechtfertigender „enger Zusammenhang" sei zu bejahen, wenn „über die tatsächlichen Voraussetzungen" einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm disponiert werde und diese Regelung „im Hinblick auf eine bestimmte Ausübung von Hoheitsbefugnissen getroffen wird" (a.a.O., S. 145). Wäre dies richtig, handelte es sich bei jedem zum Zweck der Steuerersparnis vereinbarten fiduziarischen Geschäft um einen Verwaltungsvertrag.

[118] So *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 25; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 106.

[119] BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 36, 91, 96; 52, 325, 328; 65, 284, 287, 91, 84, 96; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 23 II b, S. 108 ff.; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 6, § 32 Rdnrn. 2 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnrn. 9 f.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 83, 87 f., 100 f.

[120] So auch *K. Lange*, JuS 1982, 500, 503 f.; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 320 f.; *Papier*, JuS 1981, 498, 499.

[121] *Habscheid*, NJW 1965, 2369, 2372; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 60; MünchKomm-ZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnrn. 288 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 II, S. 367 f.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 95 f.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 509 f.; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 246 f.; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 723.

[122] *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 60; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 277, 292 f.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 288; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 II, S. 367; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 95 f.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 509 f.; *Siebert*, Musterprozeß, S. 23 f., 45; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 246; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnrn. 26, 14.

[123] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 97 f.; dazu 8. Kapitel, A, S. 556 f.

rücknahmeversprechen[124]. Tatsächlich fragt sich bereits, ob der Rückgriff auf die materiell-rechtlichen Kategorien des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts möglich und der dogmatischen Erfassung der Prozeßvereinbarungen förderlich ist. Darüber hinaus ist die Art und Weise, in der verfahrensbezogene Vereinbarungen auf den Prozeß einwirken, unklar und umstritten. Diese Probleme betreffen nicht unmittelbar das Qualifikationsproblem und sind an späterer Stelle zu behandeln[125]. Hier geht es nur um die Frage, ob es prozessuale Verfügungs- bzw. Verpflichtungsverträge überhaupt geben kann.

Verträge, die die Prozeßrechtslage unmittelbar gestalten, sind nach der Gegenstandstheorie ohne weiteres als prozessual zu qualifizieren. Ob prozeßrechtliche Verpflichtungsgeschäfte überhaupt möglich sind, ist jedoch umstritten; insbesondere von der Rechtsprechung, aber auch von weiten Teilen der Literatur werden allein Verfügungsverträge als Prozeßvereinbarungen anerkannt[126]. Der verfahrensrechtliche Charakter von Verpflichtungsverträgen wird mit der Begründung geleugnet, die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Prozeßhandlung sei notwendig materiell-rechtlicher Natur[127]. Auf diese Weise wird der weitaus größte Teil der gesetzlich nicht geregelten verfahrensrechtlichen Vereinbarungen als „materiell-rechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen" qualifiziert und auf diese Weise dem materiellen Recht zugeschlagen.

Eine Begründung für diese wichtige Weichenstellung findet sich nur selten. Nach *Schiedermair* kann von einer Wirkung auf dem Gebiet des Prozeßrechts nur dann die Rede sein, wenn die Vereinbarung die prozessuale Rechtslage unmittelbar umgestaltet, nicht aber, wenn sie lediglich eine Obligation begründet[128]. *Baumgärtel* hat zudem die wohl auch sonst verbreitete Befürchtung geäußert, die Anerkennung prozessualer Verpflichtungsverträge werde die Prozeßhandlungslehre sprengen, weil letztere weitgehend den Regeln des bürgerlichen Vertragsrechts folgten[129]. Da Gegenstand eines materiell-rechtlichen Vertrages die Verpflichtung zu irgend einem Tun oder

---

[124] Vgl. dazu unten, 7. Kapitel, A, S. 504 ff.

[125] Vgl. unten, 3. Kapitel, B I 2, S. 221 ff., B II, S. 233 ff.

[126] *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 203 ff., 215 f., 229 f., 247, 268 ff.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 95 ff.; *Siebert*, Musterprozeß, S. 23 ff., 26 f., 45.; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnr. 26.

[127] RGZ 102, 217, 221; 104, 133, 135; 159, 186, 189 f.; 160, 241, 242; BGHZ 28, 45, 48; BGH, NJW 1964, 549, 550; 1985, 189; NJW-RR 1989, 802; OLG Bamberg, DVBl 1967, 55, 56; AK-ZPO-*Wassermann*, § 269 Rdnr. 2; *Barz*, Klagerücknahmeversprechen, S. 1 ff.; Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, Grundz. § 128 Rdnrn. 48 ff.; *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 264, 268, 272 f.; *ders.*, ZZP 87, 121, 134 (anders aber wohl AcP 169, 186, 188); *Habscheid*, NJW 1965, 2369, 2372; *Neukirchner*, Ausschluß der Klagbarkeit, S. 32 f.; *H. Roth*, Einrede, S. 242 f.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 95 f., 175; *Stech*, Klagbarkeit und Unklagbarkeit, S. 180 f.; *Siebert*, Musterprozeß, S. 27, 55 f., 70 f., 127 f.; *Zeiss*, NJW 1967, 703, 705 f.; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnr. 26.

[128] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 95 f.; genauso *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 272 f.; Zöller-*Greger*, Vor § 128 Rdnr. 26.

[129] *Baumgärtel*, ZZP 87, 121, 134.

Unterlassen sein könne, seien derartige Friktionen innerhalb der Prozeßhandlungslehre leicht zu vermeiden. In welchem Rechtsgebiet dieses Tun oder Unterlassen Wirkungen zeige, sei ohne Bedeutung für den Rechtscharakter des Vertrags [130]. Diese Ausgangsposition setzt sich bei bestimmten Vertragstypen in der Behandlung von Einzelfragen fort; so werden beispielsweise die neben der prozessualen Verfügungswirkung des § 1032 Abs. 1 ZPO eintretenden Verpflichtungswirkungen des Schiedsvertrags entweder ganz geleugnet oder materiell-rechtlich qualifiziert, was dann die Annahme einer „gemischten" Rechtsnatur des Schiedsvertrags insgesamt notwendig macht [131]. Der stillschweigenden Gleichsetzung der Verpflichtungswirkung mit dem materiellen Schuldrecht entspricht es auch, wenn *Konzen* die aus Prozeßverträgen abgeleiteten Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche ohne nähere Begründung dem materiellen Recht zuschlägt und auf diese Weise zur Annahme von „Prozeßvereinbarungen mit zivilrechtlicher Wirkung" bzw. mit „Doppelwirkung" gelangt [132].

Allen diesen Qualifikationsversuchen liegt die Vorstellung zugrunde, jede Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen gehöre notwendig dem Privatrecht an, „als gäbe es eine gedankliche Gleichung: Verpflichtung = Schuldrecht = Privatrecht" [133]. Damit verquickt ist ein eigenwilliges Verständnis des für die Qualifikation maßgebenden Wirkungskriteriums im Sinne einer unmittelbaren Verfügungswirkung. – Tatsächlich sind beide Prämissen nicht haltbar. Was den möglichen Inhalt der qualifikationsrelevanten Vertragswirkungen anlangt, so ist unter der Herrschaft der modernen Gegenstandstheorie für den öffentlich-rechtlichen Vertrag allgemein anerkannt, daß er sowohl als Verfügungs- als auch als Verpflichtungsvertrag möglich ist [134]. Verspricht die Bundesbahn einer Gemeinde, einen in ihrem Gemeindegebiet liegenden Bahnhof umzubenennen [135], oder letztere einem bauwilligen Bürger, ihn von der Pflicht zur Errichtung von Einstellplätzen gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu dispensieren, handelt es sich ohne Zweifel um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Die Obligation ist keineswegs eine exklusive Domäne des materiellen Privatrechts, sondern steht grundsätzlich beiden Teilrechtsordnungen zur Verfügung. In der gegenwärtigen Praxis stellt der obligatorische Vertrag sogar den Hauptfall des öffentlich-rechtlichen Vertrages dar [136]. Es ist nicht ersichtlich, warum diese allgemeinen Grundsätze nicht auch für das Prozeßrecht gelten sollten: „Denn Rechte,

---

[130] *Baumgärtel*, a.a.O.

[131] Zu dieser Frage sogleich unter D, S. 38 ff.; ausführlich unten, 8. Kapitel, E I, S. 578 ff.

[132] *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S. 198, 209.

[133] *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 75.

[134] *K. Lange*, NVwZ 1983, 313, 316 f.; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 52, 60; *Salzwedel*, Öffentlich-rechtlicher Vertrag, S. 79 f.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 105.

[135] BGH, NJW 1975, 2015 f.

[136] *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 52.

Pflichten und Lasten gibt es im materiellen Rechte in gleicher Weise wie im Prozeßrecht“ [137]. Die befürchteten negativen Folgen für die Einheit der Prozeßhandlungslehre können schon deshalb nicht eintreten, weil sich die rechtliche Behandlung der Verpflichtungsverträge von derjenigen der Verfügungsverträge nach allgemeiner Ansicht in nichts unterscheidet [138]. Eine maßgebliche Trennlinie innerhalb der Prozeßhandlungslehre verläuft zwischen einseitigen Prozeßhandlungen und Prozeßverträgen und nicht zwischen einseitigen Prozeßhandlungen und Verfügungsverträgen einerseits sowie Verpflichtungsverträgen andererseits.

Sofern mit der Vereinbarung über die prozessualen Befugnisse einer Partei, etwa zur Anhängigmachung oder Rücknahme von Klagen und Rechtsmitteln, zum Bestreiten und Gestehen usw., disponiert wird, handelt es sich also um einen prozeßrechtlichen Verpflichtungsvertrag [139]. Diese Qualifikation gilt unabhängig davon, welche Wirkungen Verpflichtungsverträge im Rahmen des anhängigen Prozesses entfalten und ob ein bestimmter Typ des Verpflichtungsvertrags zulässig ist oder nicht [140]. Für die Zuordnung des Vertrages zu einer Teilrechtsordnung kommt es allein darauf an, worauf der Geschäftswille der Parteien gerichtet ist und nicht darauf, ob er von der Rechtsordnung respektiert wird und deshalb zum Erfolg führt.

D. Mehrere Vertragsregelungen

I. Alternativen und Streitstand

Da für jede einzelne vertragliche Regelung geprüft werden kann, ob sie eine Disposition über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen enthält, scheinen Verträge, die nicht nur eine einzige Regelung enthalten, in mehrere Teile zu zerfallen, die ggfs. unterschiedlichen Rechtsgebieten zuzuweisen sind. Sofern die Vereinbarung im Grenzbereich Privatrecht/Verwaltungsrecht angesiedelt ist, ergibt sich daraus die Annahme eines aus privat- und öffentlich-rechtlichen Elementen „gemischten“ Vertrags, für den zwei verschiedene Rechtsregime maßgeblich und dessen Einzelregelungen in zwei verschiedenen Rechtswegen durchzusetzen sind [141]. Verständlicherweise ist die

[137] *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 36.

[138] Vgl. aber *Baumgärtel*, ZZP 87, 121, 134.

[139] So auch *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 77 ff.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 511 f.; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 162; *Thomas/Putzo*, Einl. III Rdnr. 8.

[140] Ein sog. Normsetzungsvertrag, durch den sich eine Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplans bestimmten Inhalts verpflichtet, ist dementsprechend unzulässig und unwirksam – aber doch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag; vgl. BVerwGE 45, 309, 315 ff. (= NJW 1975, 70); BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539; BGHZ 71, 386, 390; 76, 16, 22; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 54 ff.; *Papier*, JuS 1981, 498, 500 f.

[141] So *Stern*, VerwArch 49, 106, 153 f.; im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die hier

verwaltungsrechtliche Doktrin darum bemüht, diese mißliche Konsequenz soweit wie möglich zu vermeiden, indem sie die Annahme gemischter Verträge zugunsten einer einheitlichen Qualifikation der Gesamtvereinbarung nach Maßgabe ihres Schwerpunktes bzw. „Gepräges" weitgehend vermeidet und im übrigen aus diskreten Einzelvereinbarungen „zusammengesetzte" Verträge anerkennt[142].

Für verfahrensbezogene Vereinbarungen stellt sich das Qualifikationsproblem bei mehreren Vertragsregelungen etwas anders dar, weil die Gefahr einer Rechtswegspaltung – aus noch zu erörternden Gründen[143] – keine Rolle spielt. Statt dessen ist die Frage zu beantworten, ob sich das Zustandekommen und die Abwicklung aus verschiedenen Elementen „gemischter" Verträge nach materiellem Recht oder nach Prozeßrecht richtet[144]. Die damit angesprochene Problematik „doppelfunktioneller" Prozeßhandlungen, die sich aus prozessualen und materiell-privatrechtlichen Elementen zusammensetzen, kann und braucht hier jedoch nicht in ganzer Breite untersucht zu werden. Gegenstand der Lehre von den doppelfunktionellen Prozeßhandlungen sind zu allererst einseitige Handlungsakte, bei denen das Verhältnis zwischen materiell-rechtlicher Gestaltung und ihrer prozessualen Geltendmachung zu klären ist, wie beispielsweise im Fall der Prozeßaufrechnung[145]. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren dagegen allein zweiseitige Handlungsakte, Verträge, die aus materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Elementen „gemischt" bzw. „zusammengesetzt" sind und insofern eine Doppelfunktion haben. Hauptbeispiel für die Problematik ist der Prozeßvergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, um dessen Rechtsnatur seit jeher gestritten wird[146]. Um die Lösung des Qualifikationsproblems konkurrieren vor allem die Theorie von

---

gewählte Terminologie nicht allgemein gebräuchlich ist. Oft wird auch der „zusammengesetzte" als „gemischter" Vertrag bezeichnet, etwa in BGHZ 32, 214, 216; 56, 365, 368; BVerwGE 84, 182 (= NJW 1990, 1679, 1680 = DVBl 1990, 438, 439 m. zust. Anm. *V. Götz*).

[142] Vgl. etwa *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 132 f.; *ders.*, AöR 84, 249, 263 f.; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 77; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 30 f., 65; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 107; wohl noch darüber hinausgehend und für die einheitliche Qualifikation ganzer „Rechtsverhältnisse" *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 3; dagegen mit Recht kritisch *V. Götz*, DVBl 1990, 441, 442.

[143] Vgl. unten, 3. Kapitel, C III, S. 274 f.

[144] Vgl. dazu Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, Grundz. § 128 Rdnrn. 61 ff.; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 30 V, S. 107 f.; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnrn. 254 ff.

[145] Vgl. dazu etwa *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 30 V, S. 107 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 63 VI, S. 346 ff.; *Zeiss*, Zivilprozeßrecht, Rdnr. 213.

[146] Vgl. den Überblick über den Stand der Meinungen bei *Bonin*, Prozeßvergleich, S. 1 ff., der selbst keine Stellung bezieht. Eine rein prozessuale Theorie, die den Prozeßvergleich ausschließlich im Sinne zweier an das Gericht adressierter Prozeßhandlungen versteht, wird heute noch von *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, Anh § 307 Rdnrn. 3 ff., vertreten. Hauptexponent einer materiell-rechtlichen Auffassung des Prozeßvergleichs als „privatrechtlicher Vergleich mit privatrechtlichen und prozessualen Folgen" war *Rosenberg*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 128 I, S. 622 f., § 128 III, S. 629.

der Doppelnatur und die Lehre vom Doppeltatbestand des Prozeßvergleichs. Nach der zuerst genannten, herrschenden Auffassung handelt es sich beim Prozeßvergleich um einen „gemischten" Vertrag in dem Sinne, daß in ihm prozessuale und materiell-rechtliche Wirkungen untrennbar miteinander verwoben sind[147]. Die Gegenmeinung trennt dagegen die materiell-rechtlichen und prozessualen Inhalte des Prozeßvergleichs voneinander, und qualifiziert die in der Vereinbarung enthaltene Prozeßbeendigungsabrede, die auch Grundlage der Vollstreckung ist, prozessual, den Vergleich über den Streitgegenstand dagegen materiell-rechtlich[148]. Ähnlich ist der Streitstand im Recht des Schiedsvertrags, wo eine prozessuale[149], eine materiell-rechtliche[150] und eine gemischte Theorie[151] um seine richtige Einordnung konkurrieren[152].

---

[147] RGZ 142, 1, 3 f.; 161, 253, 255; BGHZ 16, 388, 390 f.; 79, 71, 74; 86, 184, 186 f.; BGH, NJW 1980, 1752, 1753; 1753, 1754; 1982, 2072, 2073; 1993, 1995, 1996; BAG, AP Nr. 2, 3, 4, 7, 10, 21, 24, 29 und 31 zu § 794 ZPO; BAG, NZA 1992, 134; aus der Literatur *Baur/Grunsky*, Zivilprozeßrecht, Rdnr. 147; Erman-*Seiler*, § 779 Rdnr. 31; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 48 I, S. 174; *G. Lüke*, JuS 1965, 482, 483; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 146; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 86 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 131 III, S. 768; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 186 ff.; Staudinger-*Marburger*, 13. Bearb., § 779 Rdnr. 91; *Thomas/Putzo*, § 794 Rdnr. 3; *Zeiss*, Zivilprozeßrecht, Rdnr. 517; Zöller-*Stöber*, § 794 Rdnr. 3; wohl auch *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 I, S. 218, § 70 I, S. 272 f.; ohne konstruktive Festlegung *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 101 mit Fn. 27, S. 117 ff.

[148] *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 196 ff.; *ders.* ZZP 87, 121, 133; *Bötticher*, AP 1950, 171 ff.; *K. Hellwig*, System I, § 193, S. 627 f.; *ders.*, FS Gierke II, S. 41, 82; *Holzhammer*, FS Schima, S. 217, 222 f.; MünchKommZPO-*Wolfsteiner*, § 794 Rdnrn. 34 ff.; *Pohle*, AP 1954, 555; *ders.*, Anm. zu BAG, AP Nr. 2, 3 zu § 794 ZPO; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 257; *Zeuner*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 794 ZPO; ähnlich Stein/Jonas-*Münzberg*, § 794 Rdnr. 59.

[149] BGHZ 99, 143, 147 (= ZZP 100, 452 mit zust. Anm. *Schwab*); *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 230 ff., 247 f.; *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 458; *Hausmann*, FS Lorenz, 359, 361; *K. Hellwig*, System I, § 151 I 2, S. 449; *ders.*, FS Gierke II, S. 41, 80; *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 37; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 93 II, S. 333; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 292 f.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 143 III 1, S. 590; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 172 II, S. 1075; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 102 ff.; *Schwab*, FS Baumgärtel, S. 503, 509; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 7 Rdnr. 28; Stein/Jonas-*Schlosser*, § 1025 Rdnr. 1; *Walsmann*, AcP 102, 1, 209 f.; Zöller-*Geimer*, § 1025 Rdnr. 3.

[150] So RGZ 144, 96, 98; 156, 101, 104; BGHZ 23, 198, 200; 40, 320, 322; 49, 384, 386; *v. Bar*, Internationales Privatrecht II, Rdnr. 554; Baumbach/Lauterbach-*Albers*, § 1025 Rdnr. 2; *K. Blomeyer*, FS Rosenberg, S. 51, 60 ff.; *Lorenz*, AcP 157, 265, 274 ff., 284; MünchKommBGB-*Martiny*, Vor Art. 27 EGBGB Rdnr. 84; MünchKommZPO-*Maier*, § 1025 Rdnr. 3; *Neuner*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 109 ff.; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 44 f.; *ders.*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 85 f.; *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 100 ff. (anders *ders.*, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., § 166 II 1, S. 850); *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, Rdnr. 559; Staudinger-*Firsching*, 10./11. Aufl., Vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 622; *Thomas/Putzo*, § 1029 Rdnr. 1; Wieczorek-*Schütze*, 3. Aufl., § 1025 Rdnr. 36.

[151] *Habscheid*, KTS 1955, 33, 34 ff.; *ders.*, KTS 1957, 129; *Kisch*, ZZP 51, 321, 330 ff.; Schönke/Schröder-*Niese*, Zivilprozeßrecht, § 99 III 6, S. 479.

[152] Vgl. dazu ausführlich unten, 8. Kapitel, E I, S. 578 ff.

Tatsächlich stehen drei Lösungsalternativen zur Auswahl, mit deren Hilfe die Qualifikation von Vereinbarungen, die mehrere Regelungen enthalten, gelingen kann. Zunächst ist es denkbar, eine einheitliche Zuordnung des Gesamtvertrags zugunsten der einen oder anderen Teilrechtsordnung vorzunehmen, wenn mindestens eine der vertraglichen Regelungen von dieser Teilrechtsordnung – etwa dem Prozeßrecht – beherrscht wird. Die zweite Lösungsalternative besteht in der Annahme gemischter Verträge, auf die die unterschiedlichen Normen der jeweils betroffenen Rechtsgebiete *kumulativ* anzuwenden wären. Schließlich läßt sich ein zusammengesetzter Verträge vorstellen, der sich aus einzelnen, diskreten und heterogenen Elementen zu einer Gesamtvereinbarung aufbauen würde.

II. Einheitliche Qualifikation

Ausgehend von den Prämissen der hier vertretenen Zuordnungslehre kann eine einheitliche Qualifikation mehrerer vertraglicher Regelungen nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Richtet sich der Geschäftswille der Parteien auf mehrere Vertragswirkungen, die in verschiedenen Rechtsgebieten eintreten sollen, so wäre jede einzelne Regelung demjenigen Rechtsgebiet zuzuordnen, in dem sie Wirkungen entfalten soll. Demnach läge ein gemischter oder aus unterschiedlichen Elementen zusammengesetzter Vertrag vor. Eine einheitliche Qualifikation der Gesamtvereinbarung ist demgegenüber begründungsbedürftig, weil dabei Falschdeklarationen notwendig in Kauf genommen werden müssen, wenn zum Beispiel eine prozessuale Disposition aufgrund des Übergewichts materiell-rechtlicher Regelungen ebenfalls materiell-rechtlich qualifiziert würde.

Die Inkaufnahme derartiger Inkonsistenzen erscheint dann vertretbar, wenn dies zur Wahrung vertraglich begründeter Austauschzusammenhänge erforderlich ist. Dementsprechend sind synallagmatische Leistungspflichten, von denen sich eine regelmäßig auf eine Geldzahlung richtet – und als solche neutral ist – einheitlich einem Rechtsgebiet zuzuordnen, und zwar demjenigen, dem die vertragstypische Hauptleistung angehört[153]. Die Notwendigkeit einheitlicher Qualifikation synallagmatischer Leistungspflichten ist eine

[153] Dies entspricht der allgemein zur Abgrenzung privat-/verwaltungsrechtlicher Vertrag vertretenen Ansicht, vgl. BVerwGE 84, 183 (= NJW 1990, 1679, 1680 = DVBl 1990, 438, 439 mit Anm. *V. Götz*); BVerwG, NJW 1980, 2538; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583; OLG Schleswig, NVwZ 1988, 761, 762; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 77; *Christ*, Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 135 ff., 145; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 444, 458 f.; *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 3; *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 58; *K. Lange*, JuS 1982, 500, 503; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 319; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rdnr. 11; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 30 f.; *Papier*, JuS 1981, 498, 499; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 106.

Konsequenz ihres durch die geltenden Regelungen sowohl des privatrechtlichen wie auch des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts hergestellten Abhängigkeitsverhältnisses[154]. Das Vertragsrecht des BGB sichert die Wechselbezüglichkeit synallagmatischer Pflichten von ihrer Entstehung (genetisches Synallagma) über die Vertragsdurchführung, bei der die §§ 320 ff. BGB die gegenseitigen Leistungspflichten in Abhängigkeit voneinander bringen, bis zur Rückabwicklung nach Maßgabe des Rücktrittsrechts (§ 348 BGB) oder der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie[155]. Diese Zusammenhänge können nur gewahrt werden, wenn das Synallagma *einheitlich* einer Teilrechtsordnung und damit prozessual einem Rechtsweg zugewiesen wird. Für das Recht des Verwaltungsvertrags ergibt sich aus der Regelung des Austauschvertrags in § 56 VwVfG die öffentlich-rechtliche Qualifikation auch der Gegenleistung des Bürgers, die isoliert betrachtet in aller Regel dem Privatrecht zuzuordnen wäre. Die Vorschrift setzt voraus, daß die beiden wechselseitigen Verpflichtungen nach öffentlichem Recht zu beurteilen sind.

Auch bei Prozeßvereinbarungen kann der Eintritt der prozessualen Wirkung von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden, die ihrerseits sowohl dem Prozeßrecht als auch dem materiellen Recht zuzurechnen sein kann. Ein Beispiel für die erste Fallgruppe sind Musterprozeßvereinbarungen, bei denen jede Partei prozessuale Verpflichtungen auf sich nimmt, etwa die Verpflichtung, Rechtsmittel einzulegen, kein Anerkenntnis, keinen Klageverzicht und keine Erledigung zu erklären, damit sich auch der Gegner entsprechend verpflichtet und der Rechtsstreit als Musterprozeß geführt werden kann. Eine isoliert als materiell-rechtlich zu qualifizierende Gegenleistung wird hingegen in dem nicht seltenen Fall vereinbart, in dem sich die eine Partei im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs zu einer Geldzahlung und der Gegner zur Rücknahme der Klage verpflichtet. Derartige Vereinbarungen kommen insbesondere im Kapitalgesellschaftsrecht vor, wenn eine Aktiengesellschaft beispielsweise versucht, Anfechtungsklagen einzelner Aktionäre gegen Hauptversammlungsbeschlüsse aus der Welt zu schaffen, indem sie sich durch Zahlung teilweise sehr erheblicher Abfindungssummen Klagerücknahmeversprechen „erkauft“[156]. Soweit wegen der synallagmatischen Verknüpfung mehrerer Leistungspflichten eine einheitliche Qualifikation geboten ist, kann diese nur im Sinne des öffentlichen Rechts, hier also des Prozeßrechts, erfolgen. Das öffentliche Recht ist „Sonderrecht“ des Staates, das die allgemeinen, für jedermann geltenden Regeln des Privatrechts in seinem Anwendungsbereich verdrängt. Dieses Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht schließt es aus, die gebotene einheitliche Zuordnungsentscheidung im Sinne des Privatrechts zu treffen. Auch in dem

[154] *K. Lange*, JuS 1982, 500, 503; *ders.*, NVwZ 1983, 313, 319; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 30; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 106.

[155] Vgl. den Überblick bei *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rdnrn. 218 ff.

[156] Vgl. OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1991, 805; WM 1992, 784.

eben genannten Beispiel des entgeltlichen Klagerücknahmeversprechens handelte es sich dementsprechend insgesamt um einen Prozeßvertrag[157].

Über diesen klar abgegrenzten, allerdings relativ engen Bereich gegenseitiger Verpflichtungen hinaus wird für die einheitliche Qualifikation ganzer „Rechtsverhältnisse" plädiert[158]. Dabei läßt sich zwar nicht recht erkennen, wie weit der Begriff des Rechtsverhältnisses in diesem Zusammenhang reichen soll, es ist jedoch deutlich, daß über den Kreis synallagmatisch verbundener Leistungspflichten hinaus weitere Vertragsregelungen erfaßt und einheitlich qualifiziert werden sollen. Außerhalb des nexus vertraglicher Austauschbeziehungen sind durchschlagende Argumente für eine unitarische Qualifikation separater vertraglicher Regelungen jedoch nicht ersichtlich[159]. § 139 BGB geht gerade von dem umgekehrten Grundsatz aus, nach dem das rechtliche Schicksal eines Vertragsteils von demjenigen des übrigen Rechtsgeschäfts zunächst unabhängig ist. Im Fall der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts tritt nach dieser Vorschrift Gesamtnichtigkeit nur dann ein, „wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde". Die Maßgeblichkeit des hypothetischen Parteiwillens setzt notwendig voraus, daß das Rechtsgeschäft logisch in mehrere Teile zerlegbar ist und das rechtliche Schicksal des einen Teils nicht eo ipso dasjenige des anderen Teils mitbestimmt. § 139 BGB machte keinen Sinn, wenn „ein Rechtsverhältnis" eine monolithische Struktur hätte, ein Fehler in irgendeinem Teil also auch alle anderen erfassen würde. Nur unter der gegenteiligen Voraussetzung kann der hypothetische Parteiwille dafür maßgeblich sein, ob eine Störung in einem Teil auf das Ganze ausstrahlt oder nicht.

Eine in einem materiell-rechtlichen Vertrag enthaltene Prozeßvereinbarung vermag die privatrechtlichen Regelungen also grundsätzlich nicht zu absorbieren. Außerhalb synallagmatischer Zusammenhänge bleibt es vielmehr bei der selbständigen Qualifikation der übrigen Vertragsteile nach Maßgabe des materiellen Rechts.

III. Doppelnatur oder Doppeltatbestand?

Soweit eine einheitliche Qualifikation unterschiedlicher Vertragsregelungen nicht in Betracht kommt, bedarf die Rechtsnatur heterogener Vereinbarungen weiterer Klärung. Sowohl die Lehre vom Verwaltungsvertrag als

[157] Zur Wirkung derartiger Verträge auf einen anhängigen Prozeß vgl. unten, 3. Kapitel, B II 2 b, S. 236; zum Klagerücknahmeversprechen allgemein unten, 7. Kapitel, A, S. 504 ff.; zum Klagerücknahmeversprechen im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs unten, 7. Kapitel, B, S. 510 ff.

[158] *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnr. 3; wohl ähnlich *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 30 f., 65; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rdnr. 77.

[159] So auch BVerwGE 84, 183 (= NJW 1990, 1679, 1680 = DVBl 1990, 438, 439 mit zust. Anm. *V. Götz*); BVerwG, NJW 1980, 2538 f.

auch das Prozeßvertragsrecht bieten die beiden oben beschriebenen Lösungen an, die mit den Schlagworten Doppelnatur und Doppeltatbestand beschrieben werden können. Die verwaltungsrechtliche Theorie spricht von „gemischten" Vereinbarungen (Doppelnatur), um diese von „zusammengesetzten" Verträgen (Doppeltatbestand) abzugrenzen[160].

Auf den ersten Blick scheint es, als ob aus analytischer Sicht beide Vorstellungen gleichermaßen möglich wären. Tatsächlich liegt die Argumentationslast aber auf Seiten der Theorie von der Doppelnatur. Besteht ein Vertrag aus mehreren Teilen und kommt eine einheitliche Qualifikation der Teile mit Rücksicht auf das Synallagma nicht in Betracht, so folgt daraus ohne weiteres die separate und diskrete Zuordnung und rechtliche Beurteilung der jeweiligen Einzelteile. Die Theorie der Doppelnatur entspricht dieser Vorstellung nicht, weil sie die Teile nicht separat, sondern wechselseitig qualifiziert. Beispielsweise besteht der Prozeßvergleich nach allgemeiner Ansicht aus einem materiell-rechtlichen Vergleich und einem auf die Prozeßbeendigung gerichteten Prozeßvertrag. Eine einheitliche Qualifikation wäre nach dem eben Gesagten abzulehnen, weil zwischen materiell-rechtlichem Vergleich und Prozeßbeendigung keine synallagmatische Beziehung besteht. Die Theorie von der Doppelnatur vermeidet diesen Fehler aber nicht, sondern begeht ihn gleich doppelt: Der Prozeßvergleich *insgesamt*, also sowohl der materiell-rechtliche Vergleich als auch der Prozeßbeendigungsvertrag werden privat- und prozeßrechtlich qualifiziert. Die Zuordnungsentscheidungen infizieren sich also wechselseitig[161].

Es ist nicht ersichtlich, welche Sachgründe eine derart hypertrophe Zuordnungsentscheidung rechtfertigen könnten[162]. Die Doppelqualifikation des Prozeßvergleichs wird in aller Regel mit dem erwünschten Resultat begründet, seine prozessualen und materiell-rechtlichen Wirkungen in möglichst enge Abhängigkeit voneinander zu bringen[163]. Dieses Vorgehen ist nur ver-

---

[160] Vgl. *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnr. 31; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 107.

[161] Besonders prägnant BAG, AP Nr. 29 zu § 794 ZPO, Bl. 227: „Die ‚Doppelnatur' des Prozeßvergleichs besagt nicht, daß er in eine Prozeßhandlung und in ein Rechtsgeschäft derart aufzuspalten ist, daß diese getrennt nebeneinander stehen. Vielmehr bildet der Prozeßvergleich eine Einheit mit der Folge, daß Streitigkeiten über seine Gültigkeit in materiell-rechtlicher *und* prozessualer Sicht einheitlich zu beurteilen sind"; in der Sache genauso *G. Lüke*, JuS 1965, 482, 483; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 191 f.

[162] Zum folgenden eingehend auch unten, 7. Kapitel, C I, S. 514 ff.

[163] Grundlegend,. wenn auch ohne Festlegung zugunsten der Doppelnaturlehre *Lehmann*, Prozeßvergleich, S. 150, 238 ff.; weiter *Arens*, Willensmängel, S. 114 f.; *Esser*, FS Lehmann II, S. 713, 715 f.; 734 ff.; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 48 VI, VII, S. 177; *G. Lüke*, JuS 1965, 482, 483; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 131 III 1, S. 768, § 131 IV. S. 771 ff.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 191 f.; genauso auch die Judikatur, soweit sie zur Rechtsnatur des Prozeßvergleichs überhaupt ausführlicher Stellung nimmt; vgl. BGHZ 16, 388, 390 f.; 79, 71, 74: „Der Prozeßvergleich hat eine Doppelnatur [...]. Daraus folgt, daß dem Vergleich die verfahrensrechtliche Wirkung der Prozeßbeendigung entzogen wird,

ständlich, weil die Anhänger der Theorie vom Doppeltatbestand aus der dieser zugrunde liegenden Trennungsthese folgern, Mängel des materiell-rechtlichen Vergleichsvertrags hätten keinen Einfluß auf die prozeßbeendigende und vollstreckungsrechtliche Wirkung des in dem Prozeßvergleich enthaltenen Prozeßvertrags und umgekehrt[164]. Damit verkennen die Anhänger der Trennungsthese jedoch, daß die analytische Zerlegung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts in mehrere diskrete Einzelregelungen mit je separater rechtlicher Qualifikation und Evaluation keineswegs notwendig impliziert, daß Mängel eines Teils die Wirksamkeit der übrigen Teile unberührt lassen[165]. Aus der oben bereits angesprochenen, in § 139 BGB positivierten Maxime ergibt sich vielmehr das Gegenteil[166]. Aus der analytischen Trennung mehrerer Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts folgt zunächst nur die selbständige rechtliche Entwicklung jedes Einzelteils. Erweist sich ein Teil als fehlerhaft, kann der Mangel durchaus auch die übrigen Teile erfassen, wenn dies der konkreten Interessenlage entspricht (§ 139 BGB). Eine Doppelqualifikation ist also gar nicht erforderlich, um interessengerechte Ergebnisse zu erzielen. Damit entfällt auch das praktische Bedürfnis für die Annahme „gemischter" Verträge im Sinne der Lehre von der Doppelnatur[167].

Diese wird im übrigen ihren eigenen Prämissen untreu, wenn sie im Fall des nur *prozessual* unwirksamen Prozeßvergleichs versucht, über § 139 BGB gleichwohl zu sachgerechten – und das heißt, den materiell-rechtlichen

---

wenn er aus sachlich-rechtlichen Gründen nichtig oder anfechtbar ist"; vgl. auch BAG, AP Nr. 4, 7, 29, 30 zu § 794 ZPO; *Münzberg*, Anm. zu BAG, AP Nr. 16 zu § 794 ZPO.

[164] Vgl. etwa *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 200 f.; *Bötticher*, AP 1950, 171, 172 f.: „abstrakte Natur der Prozeßbeendigung"; *Holzhammer*, FS Schima, S. 217, 223 f.; *Pohle*, AP 1954, 555, 556; *ders.*, Anm. zu BAG, AP Nr. 2, 3, 10 zu § 794 ZPO; *Zeuner*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 794 ZPO, sowie MünchKommZPO-*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 37, der offenbar meint, eine Verknüpfung des materiell-rechtlichen und des prozessualen Vertragsteils könnte von den Parteien nur durch Vereinbarung einer Bedingung erreicht werden.

[165] Vgl. Stein/Jonas-*Münzberg*, § 794 Rdnrn. 58 ff., 60; ferner *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 39, der mit Recht betont, daß die Angemessenheit der wechselseitigen Isolierung der materiell-rechtlichen und prozessualen Wirkungen des Prozeßvergleichs „eine Frage der Wertung [ist], die mit der Einordnung nichts zu tun hat".

[166] Interessant die Entwicklung von *K. Hellwig*, der im Lehrbuch II, § 125 I, S. 388 f., zunächst die Unabhängigkeit des verfahrensrechtlichen Prozeßbeendigungsvertrags von dem materiell-rechtlichen Vergleich apodiktisch behauptet, später aber in der FS Gierke II, S. 41, 86 f., sowie im System I, § 151 IV, S. 452 mit Fn. 18, § 193 II, S. 627, die Anwendbarkeit des § 139 BGB zugibt, um so doch zu einer engen Verzahnung von prozessualem und materiell-rechtlichem Teil des Prozeßvergleichs zu kommen. Letzterem zustimmend *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 473 f.; ähnlich *Tempel*, FS Schiedermair, S. 517, 523, mit dem Vorbehalt „übergeordneter Gesichtspunkte des Verfahrensrechts". Vgl. auch Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 253: „Ob die Unwirksamkeit des materiellen Vertrags auch die Unwirksamkeit des Schiedsvertrags oder der Gerichtsstandsvereinbarung zur Folge hat, richtet sich nach dem erkennbaren (hypothetischen) Parteiwillen [...]". Warum für den Prozeßvergleich etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich.

[167] So auch *Erichsen*, in: *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rdnrn. 3 f.; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, VwVfG, § 54 Rdnrn. 31 f.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Städtebauliche Verträge, S. 107.

Vergleich aufrechterhaltenden – Ergebnissen zu kommen[168]. Der Weg zur Anwendung des § 139 BGB steht nur den Anhängern der Trennungsthese, nicht jedoch den Vertretern der herrschenden Lehre von der Doppelnatur offen. Handelt es sich bei dem Prozeßvergleich um einen materiell-rechtlichen Vergleich in prozessualem „Gewand", führt kein Weg mehr zur Anwendung des § 139 BGB[169], der die Existenz diskreter Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts gerade voraussetzt: Die Vorschrift gilt nicht für unteilbare, aber doppelfunktionelle Handlungen. Damit zeigt sich, daß die Annahme eines zusammengesetzten Vertrages im Sinne der Lehre vom Doppeltatbestand nicht nur die ihr nachgesagten Schwächen – die Isolierung des Prozeßbeendigungsvertrags gegenüber der Unwirksamkeit des materiell-rechtlichen Vergleichs – in Wahrheit vermeiden kann, sondern darüber hinaus die Grundlage für eine differenzierte und damit einzig sachgerechte Beurteilung der Auswirkungen der verschiedenen möglichen Fehler des Prozeßvergleichs schafft[170].

Der Prozeßvergleich ist also kein einheitliches, aus materiell-rechtlichen und prozessualen Elementen *gemischtes* Geschäft, sondern ein aus diskreten Teilen *zusammengesetzter* Gesamttatbestand.

E. Zusammenfassung

1. Das Prozeßrecht ist ein Teil des *öffentlichen Rechts* und unterscheidet sich folglich in analytischer Hinsicht vom materiellen Privatrecht. Gleichwohl spielen die herkömmlich für die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht angezogenen Abgrenzungstheorien im Prozeßvertragsrecht *keine* Rolle, weil sie nur zur Qualifizierung von *Rechtsnormen* – nicht aber von *Handlungen* – geeignet sind.

2. Das für die *Zuordnung eines Vertrags* zu einer Teilrechtsordnung maßgebliche Kriterium ist einheitlich und unabhängig davon zu bestimmen, welche Zuordnungskandidaten im Einzelfall konkurrieren. Entscheidend für die Einordnung als Prozeßvertrag ist nicht die Erfüllung des Prozeßhandlungsbegriffs, sondern der *Vertragsinhalt*. Ist der Geschäftswille der Parteien auf die Modifikation der Verfahrensregeln oder eine Disposition über prozessuale Befugnisse gerichtet, hat der Vertrag einen *prozeßrechtlichen Gegen-*

[168] Vgl. BGH, FamRZ 1985, 166, 167 f. (wo allerdings – vom Ausgangspunkt der Doppelnaturlehre aus konsequent – der Hinweis auf § 139 BGB vermieden wird); BAG, AP Nr. 4, 7 zu § 794 ZPO; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 48 VI, S. 177; MünchKommBGB-*Pecher*, § 779 Rdnr. 86; Staudinger-*Marburger*, 13. Bearb., § 779 Rdnr. 111; vgl. auch Stein/Jonas-*Münzberg*, § 794 Rdnr. 51, der für die Relevanz des Parteiwillens nicht auf § 139 BGB, sondern auf § 140 BGB Bezug nimmt.

[169] Richtig *G. Lüke*, JuS 1965, 482, 483; *Pohle*, Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 794 ZPO; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 191 f.; *Tempel*, FS Schiedermair, S. 517, 522 f.

[170] *Tempel*, FS Schiedermair, S. 517, 522.

stand und ist entsprechend einzuordnen. Andere Kriterien als der Vertragsgegenstand, wie Zweck, Gesamtcharakter und „Gepräge" der Vereinbarung, sind entgegen einer im Verwaltungsrecht verbreiteten Meinung für die Zuordnungsentscheidung irrelevant.

3. Materiell-rechtliche Verträge über prozessuale Beziehungen gibt es trotz der Popularität dieser Rechtsfigur in Rechtsprechung und Literatur in Wahrheit nicht. Eine solche Aufspaltung der Vertragszuordnung zwischen Tatbestand und Inhalt ist nicht nur analytisch verfehlt, sondern auch sachlich überflüssig, weil öffentlich-rechtliche bzw. *prozessuale Verpflichtungsverträge* ohne weiteres anzuerkennen sind. Die Obligation ist kein Exklusivinstitut des materiellen Privatrechts, sondern steht grundsätzlich jeder Teilrechtsordnung zur Verfügung.

4. Enthält ein Vertrag *mehrere Regelungen*, sind diese grundsätzlich *gesondert* und je für sich zu qualifzieren. Eine Ausnahme ist nur für *synallagmatische* Pflichten zu machen, weil das zwischen ihnen bestehende Austauschverhältnis eine einheitliche Zuordnung erzwingt. Ein Prozeßvertrag liegt demnach bereits dann vor, wenn die nicht auf Geld lautende Hauptleistungspflicht dem Verfahrensrecht zuzuordnen ist.

5. *Zwitterhafte Verträge*, in denen sich materiell-rechtliche und prozessuale Elemente untrennbar mischen, gibt es nicht. So ist der *Prozeßvergleich* entgegen der herrschenden Lehre von der Doppelnatur kein hybrider Vertrag, sondern eine aus materiell-rechtlichen (§ 779 BGB) und verfahrensrechtlichen Elementen *zusammengesetzte* Vereinbarung. Über die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit *eines* der beiden Elemente des Prozeßvergleichs ist mit dieser analytischen Grundentscheidung überhaupt nichts gesagt. Die *Teilnichtigkeitsproblematik* bedarf vielmehr der Lösung anhand *normativer* Kriterien, wie sie § 139 BGB zur Verfügung stellt. Deren Anwendung setzt indessen notwendig voraus, daß es sich um einen aus mehreren diskreten Einzelteilen zusammengesetzten Vertrag handelt.

2. Kapitel

Die Zulässigkeit von Prozeßverträgen

Das positive Recht enthält einige Regelungen, mit denen die Zulässigkeit bestimmter Typen verfahrensbezogener Vereinbarungen jedem Zweifel entzogen wird. Dies gilt etwa für die Gerichtsstandsvereinbarung gemäß §§ 38 ff. ZPO, die Einigung über die Art der Sicherheitsleistung gemäß § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO, die einverständliche Abkürzung gesetzlicher Fristen nach § 224 Abs. 1 S. 1 ZPO, Vereinbarungen über Zeit, Ort sowie Art und Weise der Verwertung gepfändeter Sachen gemäß § 816 Abs. 1, 2, 825 Abs. 1 S. 2 ZPO und den Ausschluß des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten zugunsten privater Schiedsgerichte nach Maßgabe der §§ 1025 ff. ZPO. Das Verdikt, Prozeßverträge seien schlechthin unzulässig, läßt sich vor diesem positiv-rechtlichen Hintergrund nur halten, wenn die genannten Vereinbarungen in materiell-rechtliche Verträge umdefiniert werden, wie dies insbesondere *Rosenberg* vertreten hat[1].

Außerhalb dieses sicheren Bereichs gesetzlich geregelter Vereinbarungen beginnen die Meinungsverschiedenheiten. Bei keinem einzigen der vom Rechtsverkehr herausgebildeten Vertragstypen – wie gewillkürter Ausschluß der Klagbarkeit, Vereinbarung über den Rechtsweg, die verschiedenen Beweisverträge, Klage- und Rechtsmittelrücknahmeversprechen, Verzicht auf sowie Unterwerfung unter die Rechtskraft bis hin zu den zahlreichen Spielarten von Vollstreckungsvereinbarungen – steht die Zulässigkeit außer Streit. Auf die spezifischen Probleme, die sich bei jedem einzelnen dieser und anderer Vertragstypen stellen, muß jeweils gesondert eingegangen werden. An dieser Stelle geht es allein darum, auf einem angemessenen Abstraktionsniveau Beurteilungskriterien zu entwickeln, die für die Zulässigkeit von Prozeßverträgen maßgeblich sind. Eine konsistente Lehre vom Prozeßvertrag muß einheitliche Prinzipien angeben können, die die Zulässigkeitsprüfung in bezug auf einen Vertragstypus und die konkrete Einzelvereinbarung steuern.

A. Meinungsstand

Die verschiedenen Ansichten zur Zulässigkeit von Prozeßverträgen lassen sich danach ordnen, in welchem Umfang sie der Privatautonomie auch im

[1] Vgl. dazu oben, 1. Kapitel, B II 1, S. 22 f.

Prozeßrecht Raum geben. Angesichts der Ende des 19. Jahrhunderts einsetzenden Bemühungen um die Emanzipation des Prozeßrechts vom materiellen Recht[2] kann es nicht verwundern, daß die Protagonisten dieser Periode der Prozeßrechtswissenschaft verfahrensbezogenen Vereinbarungen ablehnend gegenüber standen. *Oskar Bülow* hat mit seiner Schrift über „Dispositives Zivilprozeßrecht" zwar eine grundlegende rechtstheoretische Arbeit vorgelegt, Prozeßverträge außerhalb ihres gesetzlich anerkannten Bereichs jedoch pauschal abgelehnt[3]: „Es versteht sich von selbst, daß wir lege ita scripta jenen beiden singulären prozeßrechtlichen Vorschriften [über Schiedsvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung], wie überall dem Gesetze, Achtung und Gehorsam schuldig sind. Aber nie und nimmer dürfen wir es uns herausnehmen, über den Bereich jener gesetzlichen Grenzen hinaus den Privatvereinbarungen eine direkt prozeßrechtsbestimmende, prozeßrechtsändernde Kraft beizumessen [...]"[4]. Alles andere sei eine „krasse Gesetzesverletzung"[5]. In seinem „Geständnisrecht" lehnte *Bülow* schließlich auch den Verzicht auf prozessuale Handlungsbefugnisse mit der Begründung ab, über „persönliche Rechtseigenschaften" könne vertraglich nicht disponiert werden, denn: „Man kann sich nicht selbst entmündigen"[6].

Für diese Meinung lassen sich drei Argumente anführen, die besonders klar von *K. Hellwig* formuliert worden sind[7]. Im Prozeßrecht gelte nicht das Prinzip der Privatautonomie sondern die gegenteilige Maxime, nach der ein Konventionalprozeß verboten sei. Weiter sehe das Prozeßrecht eine bestimmte Form für Handlungen der Parteien vor, nämlich die einseitige Erklärung an das Gericht. Dieser Form genügten die unter den Parteien abgeschlossenen Verträge nicht. Schließlich könnten die Folgen einer Disposition über prozessuale Befugnisse erst dann übersehen werden, wenn die jeweilige Verfahrenssituation schon eingetreten sei. Auch deshalb seien antizipierte vertragliche Bindungen nicht zulässig. Diese strikt ablehnende Auffassung wird von einigen Autoren nur grundsätzlich geteilt, aber nicht ganz durchgehalten, indem die Zulässigkeit von Prozeßverträgen zwar aus den eben genannten Gründen verneint wird, diese jedoch in materiell-rechtliche Ver-

[2] Vgl. *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 146: „Die Prozeßtheorie griff zunächst, gleichwie die Theorie des öffentlichen Rechts und des Strafrechts zu den *privat*rechtlichen Kategorien. Der Name Oskar Bülow bezeichnet, wie die Namen Laband und Binding, eine Wegstrecke in der Entwicklung der außerprivatrechtlichen Rechtswissenschaft, welche diese notwendig hinter sich lassen muß."

[3] *Bülow*, AcP 64, 1, 62 ff. Die Ausführungen Bülows beziehen sich zwar nur auf Beweisverträge, sind aber derart allgemein gehalten, daß sie eine Verallgemeinerung zulassen.

[4] *Bülow*, AcP 64, 1, 68 f. (Hervorhebungen im Original).

[5] *Bülow*, a.a.O., S. 64.

[6] *Bülow*, Geständnisrecht, S. 37 ff., 38; mit Blick auf die Disposition über das Klagerecht genauso *Baumgärtel*, ZZP 75, 385, 393 f.; *G. Lüke*, ZZP 76, 1, 19 f.; *Stech*, Klagbarkeit und Unklagbarkeit, S. 159.

[7] *K. Hellwig*, System I, § 151 I, S. 450; *ders.*, FS Gierke II, S. 41, 88 f.; genauso *Ehrenzweig*, Grünh. Zeitschr. 18, 228, 237, 240; *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 303, 311 f.; *Wieczorek*, 2. Aufl., § 128 Anm. C III c 1.

träge umgedeutet werden, für die das Unzulässigkeitsverdikt nicht gelten soll. So ist zum Beispiel nach *Oertmann* der antizipierte Rechtsmittelverzicht und nach *Barz* das Klagerücknahmeversprechen jeweils zwar als Prozeßvereinbarung unzulässig und nichtig, als materiell-rechtlicher Verpflichtungsvertrag jedoch gültig[8].

Ein derart restriktiver Standpunkt, der die Zulässigkeit gesetzlich nicht geregelter prozessualer Vereinbarungen generell verneint, wird heute nur noch vereinzelt vertreten[9]. Die von *K. Hellwig* herausgearbeiteten Bedenken gegen privatautonome Dispositionen über prozeßrechtliche Rechtspositionen finden immer noch Berücksichtigung, werden jedoch nicht mehr als ausreichend angesehen, um die Zulässigkeit gesetzlich nicht ausdrücklich geregelter Prozeßvertragstypen a limine zu verneinen. *Schiedermair* hat der Problematik ihren bis heute gültigen dogmatischen Rahmen vorgegeben, indem er das Zulässigkeitsproblem in die Frage nach dem Umfang dispositiven Zivilprozeßrechts umformuliert hat. Danach soll das öffentliche Interesse der Zulässigkeit von Prozeßverträgen Grenzen setzen: „Im Zivilprozeß als einer öffentlichen Einrichtung staatlicher Rechtspflege, die mittelbar der Durchsetzung von Rechten der Parteien dient, stoßen naturgemäß oft widerstreitend zwei Interessen aufeinander: das Interesse der Gemeinschaft und ein reines Privatinteresse. [...] *Die Abgrenzung von dispositivem und absolutem Zivilprozeßrecht fällt mit der Abwägung von privatem und öffentlichem Interesse zusammen.* Ein prozeßrechtlicher Vertrag ist zulässig, wenn aus öffentlichem Interesse keine Bedenken gegen seine Zulässigkeit bestehen, und unzulässig, wenn dieses seine Wirksamkeit verbietet[10]."

Es liegt auf der Hand, daß die Konkretisierung und erst recht die Einzelfallanwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wie demjenigen des öffentlichen Interesses ihrerseits viele Streitfragen aufwerfen. Aber auch ganz abgesehen davon, gehen innerhalb der heute vorherrschenden Meinung die Ansichten darüber auseinander, ob das öffentliche Interesse *allein* die Zulässigkeitsgrenzen für Prozeßverträge markieren kann. Praktisch geht es vor allem um die Frage, ob Verträge über prozessuale Befugnisse zu einem Zeitpunkt geschlossen werden können, in dem die prozessuale Situation, auf die sie sich beziehen, noch gar nicht eingetreten ist. Nach einer Meinung ist dies

[8] *Oertmann*, ZZP 45, 389, 419 ff., 424 ff.; *Barz*, Klagerücknahmeversprechen, S. 13 ff.; allgemein für Prozeßverträge auch *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 150 f.

[9] Nämlich von *Wieczorek*, 2. Aufl., § 128 Anm. C III c 1.

[10] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 57, 58 (Hervorhebung im Original); zuvor schon *Sachse*, ZZP 54, 409, 412; dem grundsätzlich folgend *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 188 ff.; *Eickmann*, Beweisverträge, S. 23; *Emmerich*, ZZP 82, 413, 416; *Grunsky*, Grundlagen, § 23 II, S. 208; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 82 f.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 II, S. 219; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 III, S. 368; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 46 f.; *Siebert*, Musterprozeß, S. 28; *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 651; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 236 f.; und auch *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 297, 301, 304, 310, 314, dem völlig zu Unrecht nachgesagt wird, er halte Prozeßverträge praktisch unbeschränkt für zulässig (so aber *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 13; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 36 f.); unklar *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 176 f.

mit Blick auf bestimmte Vertragstypen zu verneinen, weil die Entschlußfreiheit der disponierenden Partei gegenüber vorzeitigen und daher unüberlegten Bindungen zu schützen sei[11]. Demnach könnte ein Vertrag, der zur Unterlassung des Bestreitens bestimmter Behauptungen verpflichtet, erst wirksam geschlossen werden, nachdem der Rechtsstreit anhängig gemacht worden ist[12]. Während dieses sog. Erfordernis der Übersehbarkeit von einem Teil der Lehre aus einem eigenständigen, im Interesse des Disponenten bestehenden Gebot des Übereilungsschutzes[13] hergeleitet wird, stellen andere auch insoweit unmittelbar auf das die Zulässigkeit von Prozeßverträgen limitierende öffentliche Interesse ab[14]. Der Umfang der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten der Prozeßparteien wird auf diese Weise erheblich eingeschränkt.

Auch aus diesem zuletzt genannten Grund lehnt die in der Literatur wohl überwiegende Meinung das Übersehbarkeitserfordernis ab. Verbreitet wird statt dessen auf den Bestimmtheitsgrundsatz der §§ 40 Abs. 1, 1029 Abs. 1 ZPO zurückgegriffen, nach dem ein Prorogations- bzw. Schiedsvertrag unwirksam ist, wenn er sich nicht „auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten" (§ 40 Abs. 1 ZPO) bezieht. Diese Anforderung läßt sich ohne weiteres für alle Prozeßverträge verallgemeinern[15]. Allein *Grunsky* verzichtet demgegenüber auch auf den Bestimmtheitsgrundsatz, läßt Prozeßverträge also schlechthin zu, soweit sie nicht gegen zwingendes Prozeßrecht verstoßen[16].

Die *Rechtsprechung* respektiert private Dispositionsakte in bezug auf das Verfahrensrecht in weitem Umfang, bedient sich in diesem Zusammenhang jedoch in der Regel und bei Verpflichtungsverträgen sogar ohne Ausnahme der oben bereits dargestellten Umdefinition von Prozeßvereinbarungen in materiell-rechtliche Verträge. Unabhängig von der Qualifikation als Prozeß- oder materiell-rechtlicher Vertrag sind zum Beispiel als zulässig erachtet worden[17]: der Ausschluß oder die Beschränkung der Klagbarkeit[18], Klage-

[11] *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 189 ff.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 II, S. 219; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 44 ff.

[12] So *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 258.

[13] So *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 44 ff.; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 II, S. 219 f.

[14] So *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 189 f.: „Die Parteien bedürfen daher in ihrem eigenen und [...] *auch im Interesse der Rechtspflege* des Schutzes gegen voreiliges Handeln" (Hervorhebung hinzugefügt). Ähnlich *ders.*, ZZP 87, 121, 126.

[15] *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 176; *Emmerich*, ZZP 82, 413, 419; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 85 f.; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 481, 498 f.; *Mentis*, Schranken prozessualer Klauseln, S. 41 f., 305; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 66 III, S. 368; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 74, 142; *Siebert*, Musterprozeß, S. 28 f., 51 f.; *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 651.

[16] *Grunsky*, Grundlagen, § 23 II, S. 208 f.

[17] Vgl. die beispielhafte Aufzählung in BGHZ 109, 19, 28 f.

[18] RG, JW 1930, 1062, Nr. 7; BGH, NJW-RR 1989, 1048, 1049; NJW 1982, 2072, 2073; 1984, 669 f.; OLG Celle, NJW 1971, 288, 289.

bzw. Rechtsmittelrücknahmeversprechen[19], der antizipierte Rechtsmittelverzicht[20] sowie der vertragliche Verzicht auf das Recht zur Rücknahme eines Rechtsmittels[21]; die Verpflichtung, ein bestimmtes Beweismittel nicht in den Prozeß einzuführen[22]; der vertragliche Ausschluß einer bestimmten Prozeßart wie etwa des Urkundenprozesses[23] sowie schließlich vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen[24]. Mit allgemeinen Äußerungen zur Zulässigkeit der Prozeßverträge hält sich die Rechtsprechung verständlicherweise zurück. Verbreitet operieren die Gerichte mit der Formel, ein Vertrag, in dem sich eine Partei zu einem bestimmten prozessualen Verhalten verpflichte, sei wirksam, wenn das vertragliche vereinbarte Verhalten möglich sei und weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstoße[25]. Diese Voraussetzungen sind zwar auf Verpflichtungsverträge zugeschnitten, werden jedoch auch auf solche Typen angewandt, die herkömmlich als Verfügungsverträge qualifiziert werden, wie etwa der antizipierte Rechtsmittelverzicht[26]. Die Geltung des aus §§ 40 Abs.1, 1029 Abs. 1 ZPO abzuleitenden Bestimmtheitsgrundsatzes auch für gesetzlich nicht geregelte Prozeßverträge hat die Rechtsprechung früher bejaht[27], diesen Standpunkt in einer neueren Entscheidung jedoch wieder in Frage gestellt[28].

B. Der Begriff des dispositiven Rechts

Obwohl die Ansichten über die Zulässigkeit von Prozeßverträgen weit auseinandergehen, besteht doch insoweit nahezu Einigkeit, als das Zulässigkeitsproblem mit der Frage nach dem Umfang dispositiven Prozeßrechts

---

[19] RGZ 102, 217, 220 f.; 159, 186, 189; RG, Warn 1928 Nr. 18; BGHZ 20, 198, 205; 109, 19, 25; BGH, NJW 1984, 805; 1985, 189; NJW-RR 1989, 802; FamRZ 1989, 268.

[20] RGZ 20, 398, 400; 36, 421 f.; 38, 254, 258; 104, 133, 135; BGHZ 28, 45, 48 f.; BGH, NJW 1982, 2072, 2073.

[21] BGHZ 20, 198, 205.

[22] RGZ 96, 57, 59; 160, 241, 243; RG, JW 1908, 304, Nr. 13; BGHZ 38, 254, 258; 109, 19, 29; BGH, WM 1973, 144 (= DB 1973, 1451); BAG, DB 1979, 947; AP Nr. 1 zu § 59 BAT.

[23] RGZ 160, 241, 243; BGHZ 38, 254, 258; 109, 19, 29; BGH, WM 1973, 144 (= DB 1973, 1451).

[24] BGH, NJW 1955, 1556; 1968, 700; 1991, 2295; 2296; WM 1973, 144 (= DB 1973, 1451).

[25] RGZ 102, 217, 221; 160, 241, 242; BGHZ 28, 45, 49; 109, 19, 28 f.; BGH, WM 1973, 144 (= DB 1973, 1451); NJW 1982, 2072, 2073; 1986, 198; NJW-RR 1989, 1048, 1049; dem folgend Baumbach/Lauterbach-*Hartmann*, Einl. III Rdnr. 11; Grundz. § 128 Rdnr. 48; *Eickmann*, Beweisverträge, S. 24; *Habscheid*, NJW 1965, 2369, 2374; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 285; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 721.

[26] BGH, NJW 1986, 198.

[27] RGZ 36, 421, 422.

[28] BGH, NJW 1986, 198.

identifiziert wird. Dieser Zusammenhang ist schon von *Bülow* in seiner klassischen Abhandlung gesehen[29] und von *Schiedermair* auf den Punkt gebracht worden: „Das Problem der Zulässigkeit prozeßrechtlicher Verträge liegt also jeweils in der Abgrenzung von absolutem und dispositivem Zivilprozeßrecht"[30]. Diese Prämisse wird zwar allenthalben vertreten[31], trifft in der Sache jedoch nicht zu.

Das Vorhaben, den Begriff des dispositiven Rechts näher zu klären, sieht sich unweigerlich wieder auf *Oskar Bülow* verwiesen, der die bis heute im wesentlichen gültige Theorie des dispositiven Rechts erarbeitet hat[32]. *Bülows* Anliegen war die Widerlegung der von ihm sog. Mutationstheorie, nach der die Parteien über nachgiebiges Recht verfügen, letzteres also derogieren können[33]. Diese Auffassung hielt er für unvereinbar mit dem Normcharakter des Rechts überhaupt, denn niemals könne es zulässig sein, geltendes Recht durch privatautonomen Willensakt zu ändern oder in seiner Geltung zu suspendieren. Das dispositive Recht enthalte vielmehr eine gesetzliche *Ermächtigung* zur eigenverantwortlichen Gestaltung der Rechtslage[34]. Der dispositive Rechtssatz besteht danach aus *zwei* Einzelnormen, nämlich zum einen aus der gesetzlichen Regelung, der nur subsidiäre Geltung verliehen wird, und zum anderen aus der Ermächtigungsnorm, die eine vorrangige Regelungskompetenz zugunsten Privater begründet[35]. Im Bereich des materiellen Privatrechts bedarf es besonderer Ermächtigungsnormen allerdings nicht, weil sich eine entsprechende Kompetenz der Parteien bereits aus dem Prinzip der Privatautonomie ergibt[36].

Sofern die Möglichkeit, geltendes Recht durch privatautonomen Akt zu derogieren, überhaupt als begründungsbedürftiges Problem empfunden wird, bietet die Ermächtigungstheorie *Bülows* ein befriedigendes und weithin akzeptiertes Erklärungsmodell[37]. Gleichwohl sind seine Ansichten zu Einzel-

---

[29] *Bülow*, AcP 64, 1, 62 ff.

[30] *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 48.

[31] *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 176; *Eickmann*, Beweisverträge, S. 22; *Grunsky*, Grundlagen, § 23 II, S. 208; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 82 f.; *Oertmann*, ZZP 45, 389, 419; *Sachse*, ZZP 54, 409, 412; *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 650 ff.; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 721.

[32] *Bülow*, AcP 64, 1 (1881).

[33] a.a.O., S. 39 ff.

[34] *Bülow*, AcP 64, 1, 108: *„Alles Recht ist erhaben über jedes gegensätzliche Bestreben des individuellen Willens.* [...] Die Rechtsordnung räumt dem Individualwillen nie die Macht ein, Rechtsbestimmungen vor[zu]nehmen, die von ihr abweichen. Wohl aber ermächtigt sie in vielen und wichtigen Beziehungen den Individualwillen dazu, zwischen mehreren von der Rechtsordnung vorgesehenen und bestätigten Rechtsbestimmungsmöglichkeiten zu wählen".

[35] So schon *Bülow*, AcP 64, 1, 71, 73.

[36] *Adomeit*, Rechtsquellenfragen, S. 89; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 215; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil I, Einl. VI, S. 25.

[37] *Adomeit*, Rechtsquellenfragen, S. 89; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil 1, § 49 S. 299 f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 261 f.; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 106 f.,

fragen des dispositiven Rechts auf nahezu einhellige Ablehnung gestoßen[38], weil er nicht nur solche Vorschriften, die die *Parteien* zur privatautonomen Gestaltung der Rechtslage ermächtigen, sondern auch solche, die dem *Gericht* Kompetenzen zur eigenverantwortlichen Entscheidung, etwa im Rahmen der Prozeßleitung und freien Beweiswürdigung einräumen, als dispositives Recht qualifizierte[39]. Beide Gruppen zusammengenommen machen einen Großteil des Zivilprozeßrechts aus. Und im Bereich des materiellen Rechts erschien ihm noch das allgemeine Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausdruck der Nachgiebigkeit des Privatrechts. Alle diese Folgerungen, hängen von einer Prämisse ab, die *Bülow* auch ausdrücklich aufstellt und die von einem Teil der verwaltungsrechtlichen Doktrin mitgetragen wird, daß nämlich der Begriff des dispositiven Rechts eine Ermächtigungsnorm erfordert, *nicht* aber auch eine subsidiär geltende gesetzliche Verhaltensnorm, von der abzuweichen die Ermächtigungsnorm erlaubt[40]. Die allgemeine Privatautonomie ist demnach Teil des dispositiven – im Sinne von ermächtigenden – Rechts[41]. In dieser etatistischen Sichtweise erscheint die Autonomie des einzelnen bloß noch als von staatlicher Seite eingeräumter Handlungsspielraum[42].

Auch die heute ganz überwiegend vertretene Ansicht, die die Zulässigkeit von Prozeßverträgen in Abhängigkeit von dem Umfang dispositiven Prozeßrechts bringt, muß diese zuletzt genannte Prämisse machen. Die meisten der praxisrelevanten Vertragstypen betreffen nämlich Fälle, in denen eine gesetzlich vorgegebene Norm – von der dann durch vertragliche Disposition abgewichen würde – gerade nicht vorhanden ist. Dies sei am Beispiel des Klage-

116 f., 215; *Stammler*, AcP 69, 1, 14 ff.; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil I, Einl. VI, S. 25; aus dem prozessualen Schrifttum *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 82; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 79 f.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 49 ff.; aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 12 ff.; *ders.*, AöR 84, 249, 254; *Stern*, VerwArch 49, 106, 133 ff.

[38] *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 303 f.; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 69; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 52.

[39] *Bülow*, AcP 64, 1, 15 ff., 82.

[40] *Bülow*, AcP 64, 1, 78; genauso *K. Hellwig*, System I, § 4 II, S. 8 f., sowie aus dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 13: Ermächtigung „in blanco" als eine Fallgruppe dispositiven Rechts; *ders.*, AöR 84, 249, 254; wohl auch *Stern*, VerwArch 49, 106, 139. *Wach*, Handbuch, § 15 III, S. 188, hat die Konsequenzen dieser weiten Fassung des Begriffs des dispositiven Rechts klar herausgearbeitet, selbst jedoch nicht Stellung bezogen.

[41] *Bülow*, AcP 64, 1, 78 f.

[42] *Bülow*, AcP 64, 1, 92: „Durch dieselben [dispositiven Rechtssätze] erklärt sich ja die Gesetzgebung ausdrücklich mit der einen oder andern von mehreren Rechtsregelungsmöglichkeiten einverstanden, acceptirt sie und überläßt die Wahl zwischen ihnen den Betheiligten. Was letztere in Folge dieser *gesetzlichen Concession* bestimmen, hat den *Grund* seiner *Rechtsgiltigkeit*, die Quelle seiner rechtlichen Geltung im *Gesetz*, im objektiven Recht [...] (Hervorhebungen im Original); genauso *Stammler*, AcP 69, 1, 16. Mit Recht kritisch dazu *Regelsberger*, Pandekten, § 32, S. 128 Fn. 1.

rücknahmeversprechens demonstriert: § 269 ZPO regelt die Klagerücknahme in der Weise, daß der Kläger den von ihm angestrengten Rechtsstreit bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung jederzeit durch Rücknahme des Rechtsschutzbegehrens beenden kann. Diese Vorschrift läßt sich als Ermächtigungsnorm im oben dargestellten Sinn deuten. Wenn sich der Kläger vertraglich verpflichtet, die Klage zurückzunehmen, geschieht dies in Ausübung dieser Ermächtigung. Eine Abweichung von sonst geltenden gesetzlichen Verfahrensnormen liegt darin jedoch gerade nicht. In der hier interessierenden Hinsicht entspricht dieser Fall vielmehr vollkommen dem Abschluß irgendeines materiell-rechtlichen Vertrags, der das dispositive Vertragsrecht des BGB weder berührt noch ändert. Schließen die Parteien einen Kaufvertrag, ohne von den §§ 433 ff. BGB abweichende Rechte und Pflichten zu vereinbaren, liegt darin keine Disposition über die gesetzliche Regelung des Kaufvertrags. Erst wenn sie etwa im Rahmen von § 476 BGB einen Gewährleistungsausschluß vereinbaren und damit die §§ 459 ff. BGB modifizieren, ist es gerechtfertigt, von einer Abweichung von dispositiven Normen zu sprechen. Gleiches gilt im Prozeßrecht, wenn in Ausübung der Ermächtigung der §§ 38 ff. ZPO ein von der Regelung der §§ 12 ff. ZPO abweichender Gerichtsstand vereinbart wird.

Es erweist sich also, daß der Begriff des dispositiven Rechts – verstanden als Rechtsnorm, die privatautonomer Gestaltung gegenüber nachgiebig ist – das Vorhandensein einer subsidiären gesetzlichen Regelung erfordert, die in Ermangelung einer solchen Gestaltung Geltung beansprucht. Die dispositive Rechtsnorm setzt sich *ausnahmslos* aus *zwei* Elementen – einer Ermächtigungsnorm und einer subsidiären Regelung – zusammen. Fehlt es an letzterer, gibt es also bloß eine Ermächtigungsnorm, liegt kein dispositives Recht vor. Die allgemeinen Gültigkeitsbedingungen jedes Rechtsgeschäfts, also die Vorschriften über den Vertragsschluß, die Willenserklärung, Form, Geschäftsfähigkeit etc. fallen damit aus dem Begriff des dispositiven Rechts ebenso heraus[43] wie die Bestimmungen über die essentialia negotii einzelner Vertragstypen. Für die Frage nach der Zulässigkeit von Prozeßverträgen folgt daraus, daß sämtliche Vereinbarungen, in denen sich eine Partei zur Ausübung oder Nichtausübung einer ihr zustehenden prozessualen Befugnis verpflichtet, mit dem Umfang dispositiven Prozeßrechts nichts zu tun haben. Die Zulässigkeit von Klage- und Rechtsmittelrücknahmeversprechen, von Verpflichtungen, nicht Klage zu erheben, bestimmte Beweismittel nicht in den Prozeß einzuführen, bestimmte Rügen nicht zu erheben, aus einem Urteil nicht zu vollstrecken usw. läßt sich also nicht klären, indem nach der Dispositivität derjenigen Norm gefragt wird, die die jeweilige prozessuale

[43] Übereinstimmend *Bucher*, FS Deschenaux, S. 249 f.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 3 Rdnr. 114 mit Fn. 111; im Anschluß an *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht, S. 9 f.; *Regelsberger*, Pandekten, § 32 S. 128 f. mit Fn. 1; ähnlich *Windscheid/Kipp*, Pandekten, § 30, S. 126 Fn. 1.

Befugnis einräumt. Bloße Ermächtigungen zum eigenverantwortlichen Handeln ohne subsidiär geltende Verhaltensnorm können vielmehr mit *Niese* als „freistellende Normen" bezeichnet werden und sind von den dispositiven Normen im eigentlichen Sinn zu unterscheiden[44].

Dieses Resultat entspricht nicht nur analytischen Überlegungen zum Begriff des dispositiven Rechts, sondern ist auch in der Sache geboten. Die Frage, ob eine gesetzliche Regelung zwingend ist, weil sie bestimmten, absolut zu schützenden Interessen dient, kann nur dann sinnvoll gestellt werden, wenn die Parteien durch Vertrag von einer konkreten Norm abweichen wollen. Nur wenn in einem Kaufvertrag das gesetzliche Gewährleistungsmodell der §§ 459 ff. BGB modifiziert wird, ließe sich – gäbe es § 476 BGB nicht – fragen, welche Einzelregelungen dispositiv sind und welche nicht. Gäbe es die §§ 38 ff. ZPO nicht und vereinbarten die Parteien die Zuständigkeit eines an sich inkompetenten Gerichts, müßte geklärt werden, ob die Regeln des GVG und der ZPO über die sachliche und örtliche Zuständigkeit zwingend sind oder nicht. Dafür wäre zu untersuchen, ob und ggfs. welchen öffentlichen Interessen die gesetzliche Zuständigkeitsordnung dient[45]. Im Fall des Klagerücknahmeversprechens ist eine solche Prüfung hingegen nicht möglich. Indem der Gesetzgeber dem Kläger in § 269 ZPO die Befugnis eingeräumt hat, bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung die Klage nach seinem Willen jederzeit zurückzunehmen, steht außer Zweifel, daß ein öffentliches Interesse der Rücknahme der Klage nicht entgegensteht. Normen, die den Parteien prozessuale Befugnisse einräumen, delegieren von vornherein einen Teil der Herrschaft über den Verfahrensablauf, so daß öffentliche Interessen gar nicht mehr zur Debatte stehen. Obwohl der Unterschied zwischen dispositiven und „freistellenden" Normen, die den Parteien Befugnisse zur willkürlichen Ausübung einräumen, bereits von *Niese* herausgearbeitet worden ist, werden von der ganz überwiegenden Meinung daraus keine Konsequenzen für die Beurteilung der Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen über die Ausübung solcher Befugnisse gezogen[46]. Soweit der Sonderstatus von Verträgen, in denen eine Partei Bindungen in bezug auf die Ausübung ihr zustehender prozessualer Befugnisse eingeht, überhaupt aner-

[44] *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 66 ff.; grundsätzlich folgend *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 188; *Emmerich*, ZZP 92, 413, 416; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S. 191; ähnlich *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 311 f.; *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 82 f., sieht den Unterschied zwischen freistellenden und dispositiven Normen, zieht aber keine Konsequenzen daraus. Für den verwaltungsrechtlichen Vertrag ähnlich *Salzwedel*, Öffentlich-rechtlicher Vertrag, S. 114 ff., der zwischen solchen Verträgen, die eine den Parteien heteronom vorgegebene Regelung *abändern*, und anderen, die eine nicht heteronom vorgegebene Regelung *begründen*, unterscheidet.

[45] Vgl. dazu *Rimmelspacher*, Prüfung von Amts wegen, S. 57 ff.

[46] Selbst *Bülow* hat den Unterschied geahnt und betont, die Differenzierung zwischen zwingendem und dispositivem Recht habe mit der Frage nach dem Bestehen einer Handlungsbefugnis oder -pflicht nichts zu tun, vgl. AcP 64, 1, 98 ff. Gleichwohl sieht er in der Befugnis, Berufung einzulegen oder einen Richter abzulehnen, einen Anwendungsfall dispositiver Rechtssetzung, a.a.O., S. 82.

kannt wird, soll gleichwohl das öffentliche Interesse der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen Grenzen setzen[47].

Nach allem sind demnach für die Zulässigkeitsproblematik zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Vereinbaren die Parteien einen Verfahrensablauf, der von gesetzlichen Bestimmungen abweicht (Normdisposition), zum Beispiel einen im Gesetz nicht vorgesehenen Gerichtsstand oder Rechtsweg, muß geklärt werden, ob die betroffenen Normen der ZPO dispositiv oder zwingend sind. Ersteres ist der Fall, wenn sie eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Ermächtigung der Parteien zur abweichenden Regelung des Verfahrens enthalten[48]. Unter welchen Voraussetzungen die Annahme einer solchen Ermächtigungsnorm gerechtfertigt ist, wird sogleich näher zu untersuchen sein[49]. Schließen die Parteien jedoch einen Vertrag, in dem die Ausübung oder Nichtausübung prozessualer Befugnisse geregelt wird (Befugnisdisposition), steht die Ermächtigung der Parteien zu eigenverantwortlichem Handeln und damit die Abgrenzung von dispositivem und zwingendem Prozeßrecht überhaupt nicht in Frage. In diesem Bereich muß vielmehr geklärt werden, ob die Kompetenz zu willkürlichem Handeln auch die Befugnis zur vertraglichen Bindung in bezug auf die konkrete Befugnis umfaßt[50].

C. Normdisposition: Verträge im Rahmen dispositiven Zivilprozeßrechts

I. Die Möglichkeit dispositiven öffentlichen Rechts

„Ius publicum privatorum pactis mutari non potest“ [51].

„Privatorum conventio juri publico non derogat“ [52].

Diese beiden Stellungnahmen klassischer römischer Juristen scheinen die Untersuchung der Frage, inwieweit Prozeßverträge nach geltendem Recht zulässig sind, in negativer Richtung zu prädestinieren. Aus den lange Zeit nahezu allgemein akzeptierten Prämissen, (1) Prozeßrecht sei öffentliches Recht und (2) öffentliches Recht einer „Derogation“ durch Vertrag nicht zugänglich, ergibt sich zwingend die Unzulässigkeit sämtlicher Prozeßverträge, was sich dann mit dem Schlagwort vom „Verbot des Konventionalprozesses“ plastisch zusammenfassen läßt. Auf diese Überlegungen wird auch in

[47] So *Baumgärtel*, Prozeßhandlung, S. 189; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 237; anders aber wohl *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, § 55 II, S. 219.

[48] *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 117.

[49] Vgl. unten, unter C V, S. 77 ff.

[50] Dazu im folgenden, unter D, S. 86 ff.

[51] D. 2, 14, 38 (Papinian).

[52] D. 50, 17, 45, 1 (Ulpian); weitere Stellen sind D 26, 7, 5, 7 und D 11, 7, 20 principium.

der modernen Diskussion noch zurückgegriffen und die Zulässigkeit bestimmter Vertragstypen mit der Erwägung abgelehnt, Prozeßrecht stehe als öffentliches Recht jedenfalls grundsätzlich nicht zur Disposition der Parteien[53]. Die früher in der Lehre vorherrschende Sicht, verfahrensbezogene Vereinbarungen verstießen gegen das Verbot des Konventionalprozesses und seien deshalb unzulässig, kehrt heute in gemilderter Form wieder, wenn aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Prozeßrechts eine *Vermutung* zugunsten der Unzulässigkeit privatautonomer Dispositionen hergeleitet wird[54]. Dieser Ansicht hat vor allem *Schlosser* mit Vehemenz das Prinzip „in dubio pro libertate" entgegengehalten, nach dem unter der Geltung des Grundgesetzes grundsätzlich erlaubt sein müsse, was nicht aus zwingenden Gründen und aufgrund eines Gesetzes verboten sei[55]. Eine von *Sachse* begründete vermittelnde Auffassung lehnt dagegen Vermutungen in die eine oder andere Richtung ab und arbeitet statt dessen mit der abgewogenen, allerdings auch nichtssagenden Formel, was nicht verboten sei, könne – müsse aber nicht – erlaubt sein[56].

Der Schluß von der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozeßrechts auf seine Unverfügbarkeit läßt sich indessen bereits aufgrund der Lehre *Bülows* als Fehlschluß entlarven. Wie oben bereits angedeutet, wandte sich *Bülow* gegen die „Mutationstheorie", also die Vorstellung, die Parteien wandelten durch Verträge das sonst geltende Recht ab, von der aus der Schluß, das dem Allgemeininteresse verpflichtete öffentliche Recht müsse vor Privatwillkür geschützt sein, allerdings naheliegt[57]. *Bülow* ersetzte diese Lehre durch die heute allgemein akzeptierte „Ermächtigungstheorie", nach der es den Parteien niemals freisteht, geltendes Recht durch Vereinbarung einfach beiseite zu schieben; Kennzeichen dispositiven Rechts ist nicht eine ihm inhärente Schwäche, die das 19. Jahrhundert noch so beunruhigte, sondern die Ergänzung einer subsidiär geltenden Verhaltensnorm durch eine Ermächtigungsnorm, nach der die Parteien zur abweichenden Gestaltung der Rechtslage befugt sind[58]. Es liegt auf der Hand, daß sowohl das Privatrecht als auch

---

[53] So RGZ 36, 421; 111, 276, 278; *Mendelssohn Bartholdy*, JW 1930, 2052; *Oertmann*, ZZP 45, 389, 419; *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 644; Stein/Jonas-*Leipold*, Vor § 128 Rdnr. 236; *Walsmann*, Der Verzicht, S. 146 f., 148 f.; *Wieczorek*, 2. Aufl., § 128 Anm. C III c.

[54] Vgl. die Nachweise in der vorherigen Anmerkung.

[55] *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 2 ff., 10; *ders.*, Zivilprozeßrecht I, Rdnr. 310; dem folgend *Baur*, FS Giger, S. 15, 20; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 30 VIII, S. 176; *Grunsky*, Grundlagen, § 23 II, S. 208; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnr. 285; *Siebert*, Musterprozeß, S. 27 f.; mit Bezug auf die Disposition über prozessuale Befugnisse (Rechtsmittelverzicht) ähnlich *Habscheid*, NJW 1965, 2369, 2373.

[56] *Sachse*, ZZP 54, 409, 412; dem folgend *H.-J. Hellwig*, Systematik, S. 81 ff., 84; *Konzen*, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S. 190; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 46 ff., 55.

[57] *Bülow*, AcP 64, 1, 100 ff.

[58] *Adomeit*, Rechtsquellenfragen, S. 89; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil 1, § 49 S. 299 f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 261 f.; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 106 f., 116 f., 215; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil I, Einl. VI, S. 25; aus dem prozessualen Schrifttum

das öffentliche Recht solche Ermächtigungen normieren können. Die beiden Begriffspaare öffentliches Recht/zwingendes Recht und Privatrecht/nachgiebiges Recht sind damit entkoppelt, und es kann sowohl zwingendes Privatrecht als auch dispositives öffentliches Recht geben[59]. In D. 2, 14, 38, meint „ius publicum" also nicht das gesamte öffentliche Recht, sondern die im öffentlichen Interesse erlassene – und insofern zwingende – Rechtsnorm[60].

Für das Prozeßrecht folgt daraus, daß *allein* aus seiner öffentlich-rechtlichen Qualifikation weder sein zwingender Geltungsmodus noch die Unzulässigkeit von Prozeßverträgen gefolgert werden kann[61].

II. Privatautonomie und publizistisches Prozeßrecht

Gegen Deduktionen aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Verfahrensrechts sprechen aber nicht nur die eben angestellten analytischen Überlegungen, sondern vor allem auch die positiv-rechtliche Ausgestaltung des Prozeßrechts sowie der normative Zusammenhang zwischen dem der Privatautonomie verpflichteten materiellen Privatrecht einerseits und dem zugehörigen Verfahrensrecht andererseits[62]. Vor dem Hintergrund einer freiheitlichen Wirtschafts- und Sozialordnung muß der Zivilprozeß zuallererst als Instrument zur Durchsetzung materieller subjektiver Rechte – über die die Parteien nach ihrem Willen disponieren können – rekonstruiert werden[63]. Allerdings dient die Einrichtung des Zivilprozesses auch objektiven Allgemeininteressen, wie etwa der Bewährung der Rechtsordnung[64] und der Sicherung des Rechtsfriedens[65] unter den Bedingungen eines staatlichen Gewaltmonopols und dem damit korrespondierenden weitgehenden Ausschluß der Selbsthilfe. Diese objektiven Prozeßzwecke sind jedoch dem Primärziel der

H.-J. Hellwig, Systematik, S. 82; *Niese*, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 79 f.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 49 ff.; *Wach*, Handbuch, § 9 II, S. 116 f.

[59] Zustimmend *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 15; *Stern*, VerwArch 49, 106, 137 f.; ohne Bezug auf Bülow auch *Menger*, FS Wolff, S. 149, 157.

[60] Vgl. *Reichel*, FS Cohn, S. 203, 212.

[61] So auch *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 301; *Reichel*, JherJb. 59, 409, 447 ff.; *ders.*, JW 1930, 2212; *Sachse*, ZZP 54, 409, 411 f.; *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 56.

[62] *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 10 f.

[63] Dazu grundlegend *Henckel*, Gerechtigkeitswert, S. 22 f.; *ders.*, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 63 f.; genauso *Baur*, in: Summum ius summa iniuria, S. 97, 98, 106 f.; *ders.*, FS Guldener, S. 1, 6; vgl. auch *Costede*, ZZP 82, 438, 444 f.; *Gaul*, AcP 168, 27, 36; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit, S. 234 ff.; *Würthwein*, Grenzen des Parteieinflusses, S. 50 f. Trotz der Betonung der „funktionellen Beziehung" zwischen Prozeß und materiellem Recht (Summum ius summa iniuria, S. 107) wendet sich *Baur* allerdings gegen die Zulässigkeit von Prozeßvereinbarungen: Das Prozeßrecht stehe nur dort zur Disposition der Parteien, „wo das Gesetz dies gestattet" (a.a.O., S. 113).

[64] Vgl. dazu *Gaul*, AcP 168, 27, 46 ff.; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit, S. 253 ff. m. w. Nachw.

[65] Vgl. dazu *Rimmelspacher*, Prüfung von Amts wegen, S. 15 ff.; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit, S. 270 ff. m. w. Nachw.

Verwirklichung subjektiver Privatrechte nachgeordnet und akzessorisch[66]. Die ZPO stellt die gerichtliche Durchsetzung des materiellen Rechts in weitestem Umfang – nämlich soweit die Dispositionsmaxime gilt – in das Ermessen der Parteien. Niemand ist verpflichtet, seine Ansprüche auch gerichtlich geltend zu machen und damit der objektiven Rechtsordnung zur Bewährung zu verhelfen. Und selbst wenn und soweit es tatsächlich zum Rechtsstreit kommt, bleiben die Parteien wegen der Verhandlungsmaxime doch weiterhin für die Sammlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zuständig. Darüber hinaus behalten sie stets die Befugnis, den Prozeß unter Meidung eines gerichtlichen Urteils einverständlich zu beenden.

Erscheint der Prozeß vom Standpunkt des materiellen Rechts aus als ein formalisiertes Verfahren der Rechtsausübung, stehen die Regelungen der ZPO *funktional* auf gleicher Stufe mit dem dispositiven Vertragsrecht des BGB; vertragsrechtlich gesprochen sind sie naturalia negotii processualis, während die Prozeßvereinbarungen den materiell-rechtlichen accidentalia negotii entsprechen. Wie jene regeln sie Einzelfragen der Vertragsabwicklung und Anspruchsdurchsetzung abweichend vom subsidiär eingreifenden dispositiven Gesetzesrecht. Allerdings beziehen sich die Parteien im einen Fall auf die Anspruchsinhalte sowie deren Durchsetzung schlechthin und bedienen sich folglich materiell-rechtlicher Instrumente, während die vertraglichen Regelungen im anderen Fall allein auf die Modalitäten der Rechtsdurchsetzung in einem staatlich organisierten und durch die Prozeßordnung reglementierten Verfahren bezogen sind. Die Austauschbarkeit dieser beiden Regelungsinstrumente ist jedoch allgemein geläufig und läßt sich an vielen Beispielen demonstrieren: Ob die Parteien eine – von der herrschenden Meinung materiell-rechtlich qualifizierte – Beweislastverschiebung verabreden oder das prozessuale Institut des Anscheinsbeweises für ihre Zwecke modifizieren, macht im Ergebnis kaum einen Unterschied. Die funktionale Äquivalenz materiell-rechtlicher und prozessualer accidentalia negotii spricht für eine *normative* Verklammerung von materiellem Recht und Prozeßrecht[67].

[66] Treffend *Baur*, in: Summum ius summa iniuria, S. 97, 103; *Bülow*, AcP 64, 1, 12 f.; genauso AK-ZPO-*E. Schmidt*, Einl. Rdnrn. 10 ff.; *Baur/Grunsky*, Zivilprozeßrecht, Rdnrn. 4, 12; *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 1 I, S. 2; *Grunsky*, Grundlagen, § 1 II, S. 3 ff.; MünchKommZPO-*G. Lüke*, Einl. Rdnrn. 7 f.; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit, S. 238 ff., 278 f. und passim; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 1 III, S. 2 f.; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 10 f.; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., Einl. Rdnrn. 7 ff., 10; *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 52 ff.; *ders.*, FS Baumgärtel, S. 545 ff. ; *Zöllner*, AcP 190, 471, 476, 481 f.

[67] Durch diesen Wertungszusammenhang wird dem Prozeßrecht keineswegs die Eigenständigkeit bestritten und keine Rückkehr in das 19. Jahrhundert empfohlen. Die dogmatische Autonomie des Prozeßrechts ist eine Errungenschaft, deren Aufgabe nicht zur Debatte steht. Aus der Erkenntnis, daß sich die Institute des Prozesses nicht mit Hilfe der *dogmatischen Kategorien* des materiellen Rechts, wie Willenserklärung, Vertrag, Stellvertretung etc., erfassen lassen, folgt jedoch keineswegs, daß auch die *normativen Prinzipien* des materiellen Rechts – insbesondere dasjenige der Privatautonomie – für das Prozeßrecht irrelevant (geworden) sind.

Die Betonung dieses normativen Zusammenhangs zwischen materiellem Privatrecht und formellem Prozeßrecht ist keine bloße „Ideologie“ [68]. Sofern überindividuelle Interessen Einschränkungen der Privatautonomie rechtfertigen, wäre es inkonsistent, diesen Erfordernissen *allein* im Bereich des Prozeßrechts, also allein bei der Rechtsausübung innerhalb eines staatlich organisierten Verfahrens, Rechnung zu tragen. Der „Schutz des Schwächeren“ erfordert nicht nur – und nicht einmal an erster Stelle – prozessuale Maßnahmen, sondern vor allem die Einschränkung der *materiell-rechtlichen* Dispositionsfreiheit, wie dies zum Beispiel in den Bereichen des Arbeits- und Wohnungsmietrechts auch geschehen ist. Das Prozeßrecht muß diese Wertungen aufnehmen und für seinen Bereich umsetzen. Daraus erklärt sich nicht nur die Existenz etwa des ArbGG und des § 29a ZPO, sondern es ergeben sich auch wichtige, im folgenden noch herauszuarbeitende Folgerungen für das Prozeßvertragsrecht [69]. Einschränkungen der prozessualen Dispositionsfreiheit bedürfen aber stets einer auf *konkrete Wertungen* abstellenden Begründung für das jeweilige Einzelproblem, die sich durch den Hinweis auf allgemeine und pauschale Schutzbedürfnisse oder gar abstrakte soziale Gestaltungsziele nicht ersetzen läßt [70].

Demgegenüber hält *Häsemeyer* die Prozeßpartei im Vergleich zum Privatrechtssubjekt ganz allgemein für *besonders* schutzbedürftig [71]: Der Prozeß stelle eine besondere Gefahr für die Freiheit des einzelnen dar, weil die Dynamik des Verfahrens die nachträgliche Berücksichtigung von Willensmängeln und anderen Unwirksamkeitsgründen stark einschränke und nach Abschluß des Prozesses die materielle Rechtskraft die Entscheidung über den Streitgegenstand petrifiziere. Diese Einschätzung geht bei Prozeßverträgen von vornherein an der Rechtslage vorbei, weil das Prozeßvertragsrecht im Hinblick auf die Sicherungen der Privatautonomie dem materiellen Vertragsrecht kaum nachsteht und insbesondere auch die Anfechtung von Prozeßverträgen wegen Willensmängeln weithin zuläßt [72]. Plausibilität kann die Ansicht *Häsemeyers* also allenfalls bei *einseitigen* Prozeßhandlungen bzw. Gesamtakten nach Art der beiderseitigen Erledigungserklärung gemäß § 91a

---

[68] So aber *Weyers*, FS Esser, S. 193, 200 ff., mit Blick auf die Verhandlungsmaxime; im Ergebnis ganz ähnlich *Bernhardt*, FS Rosenberg, S. 9, 10 f.; ders, JZ 1963, 245, 246 f.; *Scherer*, DRiZ 1996, 58, 59 f., die die Verhandlungsmaxime allein aus dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie (!) rechtfertigen will.

[69] Vgl. dazu im einzelnen unten, E, S. 97 ff.

[70] Deshalb überzeugt es nicht, wenn *E. Schmidt*, Zweck des Zivilprozesses, S. 31 f., dem Richter eine „soziale Gestaltungsaufgabe“ zuschreiben will, die über die materiell-rechtliche Bindung der Parteien *hinausgeht*. Vielmehr ist zu betonen, daß es prozessualen Rechtsschutz nur im Rahmen des materiellen Rechts geben kann, insoweit aber auch geben muß, vgl. *E. Schmidt*, a.a.O., S. 31 oben, wo allerdings auf eine differenzierte Analyse der Vermittlung von Allgemeinwohl und Einzelinteressen im materiellen Recht zugunsten einer harmonisierenden Globalformel verzichtet wird.

[71] *Häsemeyer*, ZZP 85, 207, 213 ff., 222; ähnlich auch *Weyers*, FS Esser, S. 193, 203.

[72] Vgl. dazu eingehend unten, 4. Kapitel, B IV, S. 293 ff.

ZPO, für sich in Anspruch nehmen[73]. Insoweit berücksichtigt sie jedoch zu wenig die spezifisch *prozeßrechtlichen* Sicherungen der Privatautonomie, wie die für Streitigkeiten jenseits einer gewissen Erheblichkeitsschwelle gemäß § 78 ZPO obligatorische, aber auch sonst weithin übliche Vertretung der Parteien durch Anwälte sowie die an § 139 ZPO geknüpften Aufklärungs- und Fragepflichten des Gerichts. Darüber hinaus kommt der streitigen Auseinandersetzung im Rahmen eines Prozesses eine Warnfunktion zu, die sich materiell-rechtlich beispielsweise in den Haftungsverschärfungen der §§ 283; 284 Abs. 1 S. 2, 285; 291; 818 Abs. 4; 989 BGB niederschlägt und für das Verfahrensrecht die Annahme ausschließt, prozessualen Dispositionen eigne im Vergleich zu materiell-rechtlichen Rechtsgeschäften eine verminderte Richtigkeitsgewähr. Schließlich ist an der grundsätzlichen Möglichkeit prozessualer „Verfügungen" über das geltend gemachte Recht ohnehin nicht zu rütteln, weil die Dispositionsmöglichkeiten etwa der §§ 306 f., 296 ZPO de lege lata nicht in Frage zu stellen sind. Sollte Prozeßhandlungen generell ein vermindertes Maß an Selbstbestimmung bzw. Richtigkeitsgewähr zukommen, wäre diesem Defizit zuallererst durch Ausweitung verfahrensrechtlicher Schutzinstrumente – wie etwa dem Anwaltszwang – oder auch durch eine Flexibilisierung der Prozeßhandlungslehre in bezug auf die Berücksichtigungsfähigkeit von Willensmängeln[74], und erst an letzter Stelle durch Einschränkung der prozessualen Dispositionsfreiheit oder gar Restriktionen im Prozeßvertragsrecht zu begegnen.

Ein wichtiger Beleg dafür, daß dieser Wertungszusammenhang zwischen materiell-rechtlicher Privatautonomie und prozessualer Dispositionsfreiheit auch für das Prozeßvertragsrecht trägt, ist die gesetzliche Regelung des Schiedsvertrags, dessen Wirksamkeit § 1030 Abs. 1 ZPO bei nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen davon abhängig macht, daß die Parteien berechtigt sind „über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen", während bei vermögensrechtlichen Ansprüchen die Schiedsvereinbarung nunmehr sogar allgemein zulässig ist[75]. Der Gesetzgeber erlaubt den Parteien demnach sogar, den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten *insgesamt* auszuschließen, soweit sie nach materiellem Recht dazu berechtigt sind, über den Streitgegenstand zu verfügen. Mit dieser Wertung würde ein striktes Beharren auf der Indisponibilität der vor dem staatlichen Gericht geltenden Verfahrensregeln nicht harmonieren[76]. Wenn es unter der Voraussetzung

[73] Vgl. dazu eingehend unten, 4. Kapitel, C, S. 337 ff.

[74] Vgl. dazu unten, 4. Kapitel, C, S. 340 ff.

[75] Nach § 1025 Abs. 1 ZPO a. F. war die Schiedsfähigkeit auch vermögensrechtlicher Ansprüche an die Vergleichsbefugnis geknüpft. Indessen wurde dieses Kriterium auch schon bisher extensiv ausgelegt, so daß sich durch die Neuregelung keine wesentlichen Änderungen ergeben. Dazu genauer unten, unter E I 1a, S. 100; 8. Kapitel, E III 1, S. 583 ff.

[76] Dieses Argument durchzieht das Werk *Schiedermairs* wie ein roter Faden, vgl. *Schiedermair*, Vereinbarungen, S. 55 f., 68, 72–74, 76 Fn. 75, 78, 91 f., 126; ähnlich *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 15 f., 19; *J. Kohler*, Gruch. Beitr. 31, 276, 286; *Neuner*,

materiell-rechtlicher Verfügungsbefugnis erlaubt ist, den Streit dem von der ZPO vorgesehenen Verfahren gänzlich zu entziehen, müssen auch Vereinbarungen unterhalb dieser Schwelle, die das Verfahren vor den staatlichen Gerichten bloß modifizieren, zulässig sein. Das anerkanntermaßen „schützenswerte Interesse nach freier Ausgestaltung des Verfahrens" ganz auf den Schiedsvertrag abzuwälzen[77], befriedigt dogmatisch nicht und erscheint in bezug auf den damit verfolgten Schutzzweck geradezu kontraproduktiv. Von diesem Standpunkt aus hätten die Parteien nämlich nur die Wahl zwischen dem von der ZPO vorgesehenen Normalprozeß einerseits, der durch die Indisponibilität seiner Verfahrensregelungen petrifiziert würde, und dem Schiedsverfahren, in dem dann (fast) alles erlaubt ist. Unabhängig von der überaus schwierigen Frage, wie die Leistungen von Schiedsgerichten bei der Durchsetzung des materiellen Rechts konkret einzuschätzen sind, liegt doch auf der Hand, daß ein Verfahren vor einem staatlichen Gericht die beste Gewähr für die Wahrung der Regelungszwecke und Schutzbedürfnisse des materiellen Rechts bietet. Eine Flexibilisierung des Zivilprozesses vor den ordentlichen Gerichten könnte helfen, den Trend zur Wahl der privaten Schiedsgerichtsbarkeit abzuschwächen und würde damit eben denjenigen Schutzzielen dienen, um deren Förderung es den Gegnern prozessualer Dispositionsfreiheit geht.

Diese, am „einfachen" Recht orientierte Argumentation bedarf auch mit Blick auf die rechtsstaatlichen Garantien der Verfassung keiner Korrektur. Allerdings ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte ein Anspruch des einzelnen auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, der das Verbot der Selbsthilfe angemessen kompensiert[78]. Verfehlt ist es jedoch, dieses Recht des einzelnen gegen den Staat mit *Dütz* in ein an den Bürger adressiertes Verbot privatautonomer Dispositionen über die Modalitäten dieses Rechtsschutzes umzumünzen[79]. Die Behauptung, die „Gewährleistung umfassenden richterlichen Privatrechtsschutzes [bestehe] *weniger* im Interesse des Einzelnen", sondern diene „vielmehr wichtigen Belangen und Rücksichten der staatlichen Gemeinschaft"[80], widerspricht nicht nur der einfach-rechtlichen Ausgestaltung der ZPO, sondern scheitert bereits auf der konstitutionellen Ebene.

Privatrecht und Prozeßrecht, S. 110; *Würthwein*, Grenzen des Parteieinflusses, S. 95 ff. Dagegen *K. Hellwig*, System I, § 151 I, S. 451; *Kempf*, ZZP 73, 342, 375 f.; *Oertmann*, ZZP 45, 389, 416 f.

[77] So *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 653 f.: „Wo ein schützenswertes Bedürfnis nach freier Ausgestaltung des Verfahrens vorliegt [...] bleibt den Parteien unbenommen, auf die Schiedsgerichtsbarkeit auszuweichen".

[78] Vgl. dazu zunächst Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, Art. 19 IV Rdnr. 16; eingehend unten, 6. Kapitel, B IV, S. 407 f. Im Ergebnis genauso *Dütz*, Gerichtsschutz, S. 104 ff.; 111, 113, 115, 281 ff.: Verfassungsgebot „umfassende[n] gerichtliche[n] Schutz[es] in allen privatrechtlichen Angelegenheiten."

[79] So aber *Dütz*, Gerichtsschutz, S. 156 ff.

[80] *Dütz*, Gerichtsschutz, S. 158 (Hervorhebung hinzugefügt).

Dütz verwendet viel Mühe darauf, die Garantie effektiven Privatgerichtsschutzes als objektiv-rechtliches Verfassungsgebot auf der Grundlage der Artt. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 20, 28, 92 GG zu etablieren und sodann – gleichsam ex post – mit Hilfe der in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG enthaltenen Garantie des gesetzlichen Richters in ein subjektives Recht zu transformieren. Die materiellen Interessen, denen die subjektiven Privatrechte dienen und die durch die Artt. 1 ff. GG verfassungsrechtlich ebenfalls geschützt sind, fallen aus dieser etatistisch geprägten Sicht heraus und die fundamentale Gewährleistung der Privatautonomie, die verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 garantiert ist[81], kommt gar nicht erst in den Blick. Es bleibt unerklärlich, wie das starre, der Parteidisposition gänzlich entzogene und auf das Verhältnis Bürger/Staat bezogene (Privat-!) Rechtsschutzsystem von *Dütz* mit einer freiheitlichen, der Privatautonomie verpflichteten Wirtschafts- und Sozialordnung vermittelt werden soll. Schließlich muß auch er anerkennen, daß das Verfassungsgebot effektiven privatrechtlichen Gerichtsschutzes die prozessuale Dispositionsfreiheit der Parteien – einschließlich ihrer Fähigkeit zur konsensualkontraktlichen Modifizierung des Prozeßrechts – nicht gänzlich ausschließen kann[82]. Prozessuale Spielräume privatautonomen Handelns sind jedoch keine rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmen zu einer als umfassend gedachten verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie, sondern zu allererst Ausdruck der verfassungsrechtlichen Freiheitsverbürgung. Das materiell-rechtliche Prinzip der Privatautonomie in Verbindung mit der Fort- und Umsetzung dieses Prinzips im Prozeß durch die verfahrensrechtlichen Dispositions- und Verhandlungsmaximen sowie die konstitutionelle Absicherung dieser Freiheitsverbürgungen durch die Artt. 1 ff. GG schließen eine normative Publifizierung des Zivilprozesses aus[83] und lassen diese selbst als „Ideologie" erscheinen.

III. Grenzen prozessualer Dispositionsfreiheit

Die im Verhältnis zum materiellen Recht dienende Funktion des Prozeßrechts darf ihrerseits nicht überspannt werden. Das materiell-rechtliche Prinzip der Privatautonomie findet im Prozeß zwar seine Fortsetzung in ihm

---

[81] BVerfGE 12, 341, 347 (= NJW 1961, 1395); 60, 329, 339 (= NJW 1982, 2365); 65, 196, 210 (= NJW 1984, 476); 70, 115, 123 (= NJW 1986, 243); 72, 155, 170; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 Rdnrn. 53 ff.; *Canaris*, JZ 1987, 993, 994 f.; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 21 f.

[82] *Dütz*, Gerichtsschutz, S. 229 f.

[83] Treffend *Bülow*, AcP 64, 1, 12 f.; vgl. weiter BGHZ 38, 254, 257 f.; BAG, AP Nr. 6 zu § 4 KSchG m. zust. Anm. *Grunsky*; *Käppler*, Anm. zu BAG, EzA Nr. 13 zu § 4 KSchG; *Emmerich*, ZZP 82, 413; *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln, S. 9 f.; *ders.*, Vereinsgerichtsbarkeit, S. 115 f.; *Staehelin*, FS Giger, S. 643, 644; *Teubner/Künzel*, MDR 1988, 720, 721 f.; ähnlich *Baur*, FS Bötticher, S. 1, 5 f.

angemessenen Verfahrensmaximen, reicht aber nicht ohne weiteres über diese hinaus. Insbesondere sind der Dispositions- und der Verhandlungsgrundsatz nicht dazu geeignet, konkrete Ermächtigungsnormen zur Abweichung von prozessualen Vorschriften zu erzeugen, denn andernfalls stünde das gesamte Verfahrensrecht ohne weiteres zur Disposition[84]. Statt dessen bedarf es einer begründeten Entscheidung über die Dispositivität konkreter Bestimmungen im Einzelfall, wobei die maßgebliche Frage lauten muß, ob sich der jeweiligen Norm eine stillschweigende Ermächtigung der Parteien zu abweichenden Vereinbarungen entnehmen läßt. Aus den ausdrücklichen Ermächtigungsnormen der §§ 38 ff., 108 Abs. 1 S. 2, 224 Abs. 1, 404 Abs. 4, 816 Abs. 1, 2, 825 Abs. 1 S. 2, 1025 ff. ZPO läßt sich für die Zulässigkeitsproblematik allgemein wenig folgern. Methodisch kommt ein Umkehrschluß dahingehend, daß alle anderen außer den im Gesetz geregelten Prozeßvertragstypen unzulässig sind, ebenso in Betracht wie eine Gesamtanalogie zu den dann als punktuelle legislatorische Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips der verfahrensrechtlichen Privatautonomie verstandenen §§ 38 ff., 108, 224, 404, 816, 825, 1025 ff. ZPO. Eine Entscheidung für die eine oder andere Option läßt sich nicht aus diesen speziellen Ermächtigungsnormen ableiten, sondern erfordert eine Untersuchung des Gesamtsystems der ZPO sowie der diesem zugrunde liegenden Wertungen.

Bei dem Bemühen, den Umfang dispositiven Prozeßrechts abzustecken, kommt eine Anknüpfung an den sog. *verfahrensrechtlichen ordre public* in Betracht, der den in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 ZPO enthaltenen Katalog verfahrensrechtlicher Anforderungen an einen Schiedsspruch über das zunächst auf materiell-rechtliche Wertungen bezogene Erfordernis des §§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b ZPO komplettiert und dessen Wahrung über § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO auch Voraussetzung für die Exequatur ausländischer Gerichtsurteile ist[85]. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß der ordre public processualis keineswegs die Verfahrensgrundsätze und zwingenden Einzelvorschriften der ZPO im internationalen Kontext gewährleistet, sondern sich mit jedem Verfahren zufrieden gibt, das grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen

[84] Vgl. die Überlegungen bei *Flume*, FS Bötticher, S. 101, 132; *Gottwald*, FS Firsching, S. 89, 98; *Käppler*, Anm. zu BAG, EzA Nr. 13 zu § 4 KSchG 1969, S. 73; *Schlosser*, Vereinsgerichtsbarkeit, S. 131; ähnlich, wenn auch mit Blick auf die Disposition über prozessuale Befugnisse *Prütting*, ZZP 99, 93, 96 f.

[85] Vgl. dazu BGHZ 48, 327, 331 (= ZZP 82, 149); 49, 50, 55; 118, 312, 320 f.; BGH, NJW 1978, 1114, 1115; *Baur*, FS Guldener, S. 1, 4 ff.; *Martiny*, in: Hdb. IZVR III/1, Rdnrn. 968, 993, 1021 f.; MünchKommBGB-*Sonnenberger*, Art. 6 EGBGB Rdnr. 21; MünchKommZPO-*Gottwald*, § 328 Rdnrn. 89 ff., Art. 27 IZPR Rdnr. 9; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdnrn. 863 ff.; Stein/Jonas-*Schumann*, 20. Aufl., § 328 Rdnr. 230; Stein/Jonas-*Schlosser*, § 1041 Rdnr. 31, § 1044 Rdnr. 39 ff.; a. A. lediglich *G. H. Roth*, Ordre Public, S. 44; *ders.* ZZP 82, 152, 153 f., der jedoch die grundlegenden Anforderungen an ein „justizförmiges Verfahren" des Schiedsgerichts aus der „Natur der Sache" herleitet (Vorbehalt des Ordre Public, S. 43 ff.).