

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,  
Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

September 2020

18

805 – 852

## Aktuelles

**Der demokratische Rechtsstaat nach 100 Jahren** ➔ 805

## Beiträge

**Besonderheiten des Haupt- und  
des Rechtsmittelverfahrens nach  
dem VbVG** Clemens Oberressl ➔ 815

**Zur Form der Klageeinschränkung** Florian Scholz-Berger ➔ 809

## Evidenzblatt

**Streitiger Rechtsweg für behauptete Aufteilungsvereinbarung**

Astrid Deixler-Hübner ➔ 828

**Verhandlungspflicht im Schiedsverfahren**

Christian Hausmaninger und Oliver Loksa ➔ 839

**Unterbringung Zurechnungsunfähiger** ➔ 844

# Zur Form der Klageeinschränkung

## Gleichzeitig ein Beitrag zur Anwendung von § 502 Abs 1 ZPO bei Divergenzen in der Rechtsprechung

Anlässlich divergierender Rechtsprechungslinien untersucht der Beitrag die Frage, ob eine schriftlich erklärte Klageeinschränkung eines nachfolgenden mündlichen Vortrags bedarf, und behandelt dabei auch das strittige Verhältnis zwischen Klageeinschränkung und Klagerücknahme. Aus gegebenem Anlass ist außerdem darauf einzugehen, wann im Lichte des § 502 Abs 1 ZPO „uneinheitliche“ Rechtsprechung vorliegt.

Von Florian Scholz-Berger

### Inhaltsübersicht:

- A. Denkanstoß
- B. Stand der Judikatur
  - 1. Ältere Judikatur und Ausgangslage vor 2 Ob 61/11 a
  - 2. Abkehr durch den 2. Senat
  - 3. 7 Ob 74/19m und die (Un-)Einheitlichkeit der Rechtsprechung
    - a) Die Entscheidung
    - b) Widersprüchliche Entscheidungen und § 502 ZPO
  - 4. Zwischenfazit
- C. Bewertung der unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten
  - 1. Wieder einmal: Klageeinschränkung und partielle Klagerücknahme
    - a) Anwendbarkeit von § 237 Abs 1 ZPO auf die Klageeinschränkung
    - b) Folgen für die Form der Klageeinschränkung
  - 2. Weitere Überlegungen

### A. Denkanstoß

Die Frage, ob die Wirksamkeit einer schriftlich erklärten Klageeinschränkung von einem nachfolgenden mündlichen Vortrag abhängig ist, wird in der Judikatur unterschiedlich beantwortet. Die ältere Rsp hat dies eindeutig bejaht. In 2 Ob 61/11 a<sup>1)</sup> gab der OGH diese Ansicht jedoch ausdrücklich auf und sprach aus, dass die schriftliche Klageeinschränkung bereits durch die Überreichung des Schriftsatzes wirksam wird. Jüngst hatte sich der OGH zu 7 Ob 74/19m<sup>2)</sup> nun erneut mit dieser Frage zu beschäftigen und hat – ganz in der älteren Rsp und entgegen der erwähnten Entscheidung des 2. Senats sowie der Lit<sup>3)</sup> – ausgesprochen, dass es für die Wirksamkeit der schriftlichen Klagerücknahme eines nachfolgenden mündlichen Vortrags bedarf. Bemerkenswerterweise traf der 7. Senat diese Aussage in Form eines Zurückweisungsbeschlusses. Er verneinte das Vorliegen einer Rechtsfrage erheblicher Bedeutung iSv § 502 Abs 1 ZPO, weil die Frage durch die Rsp eindeutig geklärt sei. Aus diesem Anlass möchte der vorliegende Beitrag der von den beiden genannten Entscheidungen so gegensätzlich beurteilten

Frage nach der Wirksamkeit der schriftlichen Klageeinschränkung auf den Grund gehen.

Die jüngste Entscheidung und insb der Umstand, dass darin, trotz des offensichtlichen Widerspruchs der Vorentscheidungen, eine Uneinheitlichkeit der Rsp in Abrede gestellt wurde, lässt es geboten erscheinen, vorerst den bisherigen Stand der Rsp etwas ausführlicher darzustellen (B) und auf seine (Un-)Einheitlichkeit zu prüfen. Dabei wird auch der allgemeineren Frage nachzugehen sein, wann das Gesetz, konkret § 502 Abs 1 ZPO, von einer „Uneinheitlichkeit“ der Rsp ausgeht. Daran anschließend nimmt der Beitrag eine eigene Bewertung der unterschiedlichen Lösungen vor (C).

### B. Stand der Judikatur

#### 1. Ältere Judikatur und Ausgangslage vor 2 Ob 61/11 a

Unter Berufung auf den in §§ 176f ZPO statuierten Mündlichkeitsgrundsatz geht die Rsp davon aus, dass in Schriftsätzen enthaltenes Vorbringen grundsätzlich nur dann berücksichtigt werden kann, wenn es in der Verhandlung mündlich vorgetragen wird.<sup>4)</sup> Anerkanntermaßen gilt das jedoch nicht für eine schriftlich erklärte Zurücknahme der Klage;<sup>5)</sup> dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut von § 237 Abs 2 ZPO, wonach die Zurücknahme der Klage durch einen dem Beklagten zuzustellenden Schriftsatz **oder** durch Erklärung bei der mündlichen Verhandlung erfolgt. Zu 4 Ob 605, 606/81<sup>6)</sup> hat der OGH demgegenüber ausgesprochen, dass bei der Klageeinschränkung (in casu ging es um eine Klageeinschränkung auf Kosten), anders als im Fall einer Klagerücknahme, ohnehin noch eine weitere mündliche Verhandlung stattfinden müsse. Daher gebe es keinen Grund, die für die Klage-

1) EvBl-LS 2012/21.

2) Zak 2019/777.

3) Nachweise in FN 11 und 12.

4) RIS-Justiz RS0036700; RS0034965; vgl aber etwa auch 6 Ob 2064/96i, wonach dieser Grundsatz „bei der Klageänderung mittels bestimmenden Schriftsatzes [...] nur eingeschränkt“ gelte und daher ua eine Zulassung der Klageänderung durch das Gericht (§ 235 Abs 3 ZPO) auch ohne schriftlichen Vortrag möglich sei (krit zu dieser Entscheidung Brenni in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 177 ZPO Rz 23).

5) Siehe nur RIS-Justiz RS0036713; Lovrek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 27 mwN.

6) EvBl 1982/141.

### ÖJZ 2020/98

§ 235 Abs 4,  
§§ 237, 502 Abs 1  
ZPO

OGH 30. 3. 1982,  
4 Ob 605, 606/81;  
6. 7. 2004,  
7 Ob 6/04i;  
16. 9. 2011,  
2 Ob 61/11 a;  
23. 10. 2019,  
7 Ob 74/19m

Klags-  
einschränkung;  
Mündlichkeits-  
grundsatz;  
erhebliche  
Rechtsfrage;  
uneinheitliche  
Rechtsprechung

rücknahme anerkannte Ausnahme vom Mündlichkeitsgrundsatz auch hier anzuwenden.

Diesen Ausspruch hat der OGH in 7 Ob 6/04<sup>7)</sup> aufgegriffen und bestätigt. Im damaligen Fall hatte der Beklagte aufgrund einer berufsgerichtlichen Entscheidung, die nur noch durch *ao* Revision bekämpfbar war, geleistet; nachdem der OGH diese Entscheidung aufgehoben hatte, hatte der Kläger vorerst im (erneuten) erstinstanzlichen Verfahren die Klage schriftlich auf die Kosten des Revisionsverfahrens eingeschränkt, nachdem er bemerkt hatte, dass dies seinem Rechtsstandpunkt nicht zuträglich war, aber wieder ausgedehnt und die Einschränkung nicht in der Verhandlung vorgetragen.<sup>8)</sup> Da die Wiederausdehnung nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist erfolgt sei, wandte die Beklagte nunmehr Verjährung ein. Der OGH ging aus den erwähnten Gründen davon aus, dass die Einschränkung nie wirksam geworden sei, weshalb es für die Verjährungsunterbrechung auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Klageeinbringung ankomme.

## 2. Abkehr durch den 2. Senat

Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang die spätere E 2 Ob 61/11 a. In diesem Fall hatte der Kläger seine Klageeinschränkung (anders als in den beiden Vorentscheidungen handelte es sich nicht um eine Klageeinschränkung auf Kosten, sondern um eine echte Einschränkung des Klagebegehrens) in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt und war im Anschluss nicht zur vorbereitenden Tatsatzung erschienen, weshalb gegen ihn ein klageabweisendes VU ergangen war. Insofern hätte man möglicherweise schon aufgrund der durch §§ 396 ff ZPO bewirkten Einschränkungen der Mündlichkeit<sup>9)</sup> zum Ergebnis kommen können, dass, wenn schon die ursprüngliche Klage ohne Vortrag Grundlage des VU werden kann, dasselbe auch für die Klageänderung gelten muss; die grundsätzliche Frage nach der Wirksamkeit einer bloß durch Schriftsatz erklärten Klageeinschränkung hätte in diesem Fall wohl nicht berührt werden müssen.

Diesen Weg ist der OGH in der damaligen Entscheidung jedoch nicht gegangen; nach Referat einiger Eckpunkte des Mündlichkeitsgrundsatzes und dessen Beschränkungen sowie der Vorjudikatur hat er seine tragende Begründung zunächst auf eine viel allgemeinere Erwägung gestützt: In Bezug auf ihre Wirksamkeit könne die Klageeinschränkung nicht höheren Anforderungen unterliegen als die Klagerücknahme, die auch rein schriftlich möglich ist. Insofern sei der *hL* zuzustimmen, welche die Klageeinschränkung als partielle Klagerücknahme behandeln möchte. Nur zusätzlich geht der OGH auf das Gegenargument ein, dass durch die Klageeinschränkung anders als durch die Klagerücknahme das Verfahren nicht gänzlich beendet wird und daher noch eine (weitere) mündliche Verhandlung stattfindet. Gerade im damals vorliegenden Fall eines VU treffe dies nicht zu, außerdem habe schon das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass im Fall eines negativen Versäumnungsurteils auch der Klageschriftsatz nicht mündlich vorgetragen werde und dass eine Klageeinschränkung selbst noch im Revisionsverfahren zulässig sei, das regelmäßig schriftlich stattfindet. Nach alledem wird der zu-

sammenfassende Schluss gezogen, „*dass eine Klageeinschränkung auch durch Schriftsatz erklärt werden kann und sie – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – zu ihrer Wirksamkeit nicht des Vortrags in der mündlichen Verhandlung bedarf.*“<sup>10)</sup> Wenig überraschend ist diese Entscheidung daher auch in der Lit durchwegs als Abkehr von der bisherigen Rsp und als genereller Beleg dafür aufgefasst worden, dass eine schriftlich erklärte Klageeinschränkung bereits mit der Schriftsatzeinbringung wirke und keines Vortrags in der mündlichen Verhandlung bedürfe.<sup>11)</sup> Diese Rsp-Wende wurde im Schrifttum auch ausdrücklich begrüßt.<sup>12)</sup>

## 3. 7 Ob 74/19m und die (Un-)Einheitlichkeit der Rechtsprechung

### a) Die Entscheidung

Soweit dies der Zurückweisung einer *ao* Revision entnommen werden kann,<sup>13)</sup> dürfte der zu 7 Ob 74/19m vorliegende Sachverhalt wiederum jenem bei 7 Ob 6/04i sehr ähnlich gewesen sein. Ähnlich wie damals dürfte das Klagebegehren eingeschränkt worden sein, nachdem der OGH im vorigen Rechtsgang einer *ao* Revision der Beklagten in Form eines Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschlusses stattgegeben hatte.<sup>14)</sup> Auch hier dürfte der Kläger bis zum Beginn der nächsten mündlichen Verhandlung darauf aufmerksam geworden sein, dass dieses Vorgehen seinem Rechtsstandpunkt abträglich ist,<sup>15)</sup> und daher von einem Vortrag abgesehen haben. Unter Verweis auf die „*durch den allgemein anerkannten Mündlichkeitsgrundsatz getragene*“ E 7 Ob 6/04i und die Ähnlichkeit der jeweiligen Sachverhalte billigte der OGH wiederum die Verneinung des Verjährungseinwandes durch die Vorinstanzen. Die rezentere E 2 Ob 61/11 a sei aufgrund der Sonderkonstellation, zu der sie ergangen sei, nicht einschlägig, weil im Fall eines VU wegen Säumnis des Klägers der Mündlichkeitsgrundsatz eingeschränkt sei. Daher liege keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung vor.

### b) Widersprüchliche Entscheidungen und § 502 ZPO

Angesichts des dargestellten Standes der Rsp und insb im Hinblick auf die zuvor erfolgte RspWende überrascht diese Begründung des 7. Senats. Sie lässt sich auch schwer mit § 502 Abs 1 ZPO vereinbaren. Diese Bestimmung erwähnt die Uneinheitlichkeit der Rsp ausdrücklich als Beispiel für das Bestehen einer Rechtsfrage erheblicher Bedeutung. Liegen widersprüchliche

7) JBl 2005, 316 (Mader).

8) Vgl zu den Details E 7 Ob 6/04i.

9) Vgl etwa Koller/Scholz, Rechtskraftwirkung des klagsabweisenden Versäumnungsurteils, *ecollex* 2013, 333 (336) mwN.

10) *IdS* sodann auch RIS-Justiz RS0127344.

11) Siehe etwa Albiez/Pablik/Parzmayr, *Handbuch Zivilprozess* (2016) 5; Obermaier, Zur Wirksamkeit streitwertverändernder Dispositionen mittels Schriftsatz; *ÖJZ* 2013, 800; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 237–238 Rz 13; Thiele, Aktuelle Entwicklungen und Judikatur im anwaltlichen Honorar- und Kostenrecht 2011, in *Heidinger/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Jahrbuch Anwaltsrecht* 2012 (2012) 47 (61).

12) Siehe insb *Brenn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 177 ZPO Rz 32; *Paier*, *Klagszurücknahme und Klageeinschränkung* (2014) 132.

13) Vgl dazu noch unten B.4.

14) Es dürfte sich dabei um die E 15. 6. 2014, 7 Ob 114/15p ZRB 2016, 125 (*Wenusch*) handeln.

15) Vgl ausf zur Problematik 7 Ob 6/04i.

Entscheidungen des OGH zu einer Frage vor, ist die Revision daher zuzulassen, wenn diese Frage erneut an den OGH herangetragen wird.<sup>16)</sup> Uneinheitlichkeit liegt nur dann nicht mehr vor, wenn sich seit etlichen Jahren eine von der früheren Rsp abweichende Rsp gefestigt hat<sup>17)</sup> oder wenn eine von der stRsp abweichende Entscheidung vereinzelt geblieben ist.<sup>18)</sup> Letzteres wird etwa dann angenommen, wenn einer seit Jahrzehnten unveränderten stRsp eine einzige ältere Entscheidung entgegensteht<sup>19)</sup> oder wenn eine einzelne (mitunter auch jüngere) Entscheidung, die von der stRsp abgewichen ist, bereits in mehreren nachfolgenden Entscheidungen abgelehnt wurde.<sup>20)</sup>

In jüngerer Zeit geht der OGH teilweise über diese Grundsätze hinaus und neigt immer mehr dazu, eine Uneinheitlichkeit der Rsp mit dem Argument zu negieren, eine abweichende Entscheidung sei vereinzelt geblieben.<sup>21)</sup> Er geht dabei mitunter sogar so weit, einen der jeweiligen Entscheidung unmittelbar nachfolgenden Zurückweisungsbeschluss auf eine derartige Singularität zu stützen,<sup>22)</sup> was insofern zu hinterfragen ist, als das „Vereinzeltbleiben“ ja in diesem Zeitpunkt nur Gegenstand einer Zukunftsprognose sein könnte und außerdem der Widerspruch zwischen vorhergehender und nachfolgender Entscheidung doch eher für Uneinheitlichkeit denn für Einheitlichkeit der Judikatur spricht.<sup>23)</sup> Gerade wenn aber die fragliche Entscheidung – wie es bei 2 Ob 61/11 a der Fall war – ausdrücklich und begründet von der Vorjudikatur abweicht und überdies in der Lit positiv aufgenommen wird,<sup>24)</sup> könnte sich eine „Vereinzeltbleiben“ mE jedenfalls nur aus einer entsprechenden Anzahl nachfolgender Entscheidungen ergeben, die dem wiederum ausdrücklich und begründet nicht folgen und dadurch die Einheitlichkeit iS der älteren Rsp (wieder-)herstellen.<sup>25)</sup> Anderes wird uU in Fällen gelten können, in denen zB eine einzelne Entscheidung ohne eingehende Begründung von einer langen Reihe gleichförmiger Vorentscheidungen abweicht; dann könnte gegebenenfalls auch eine entsprechend begründete nachfolgende Entscheidung die Einheitlichkeit wiederherstellen. Zusammengefasst ist die Frage, ob (wieder) von einer Einheitlichkeit der Rsp gesprochen werden kann, also nach den jeweiligen Umständen zu beurteilen, wobei ausdrücklich abweichende Entscheidungen nicht zu leichtfertig als vereinzelt abgetan werden sollten. Auch diese Entscheidungen stammen von einem mit Leitfunktion ausgestatteten Höchstgericht. Schließlich könnte man auch noch etwas pointierter sagen: Wenn unter bestimmten Umständen ein einziges Judikat ausreichen kann, um eine gefestigte Rsp herbeizuführen,<sup>26)</sup> muss doch umso mehr ein einziges abweichendes Judikat eine uneinheitliche Rsp herbeiführen.

Auch der Hinweis des OGH in 7 Ob 74/19 m, dass 2 Ob 61/11 a eine Sonderkonstellation betroffen habe und 7 Ob 6/04 i viel einschlägiger sei, vermag die Zurückweisung der Revision mE nicht zu begründen. In 7 Ob 6/04 i hatte der 7. Senat nämlich **ohne weitere Einschränkung auf bestimmte Verfahrenssituationen** ausgesprochen, dass eine bloß schriftliche Klageeinschränkung unwirksam ist, während eine solche Klageeinschränkung in 2 Ob 61/11 a **ebenfalls ohne weitere Einschränkung auf bestimmte Verfahrenssituationen** für wirksam erklärt wurde. Da insofern aber die tragende

Begründung der zuletzt genannten Entscheidung jener der erstgenannten explizit widerspricht („[...] entgegen der bisherigen Rechtsprechung [...]“), kann es nicht darauf ankommen, dass die Fallkonstellation, die 7 Ob 6/04 i zugrunde lag, der nunmehr zu beurteilenden wesentlich ähnlicher war als im Fall von 2 Ob 61/11 a. Entscheidend für die Frage, ob ein Widerspruch vorliegt, muss ja die Reichweite der vom OGH jeweils herangezogenen Begründung sein.<sup>27)</sup> Auf Besonderheiten der konkreten Sachverhalte kann es nicht ankommen, sofern sich die Begründung **nicht gerade auf diese Besonderheiten bezieht**.<sup>28)</sup> Die Aussagen des 2. Senats zur Zulässigkeit der schriftlichen Klageeinschränkung waren außerdem auch keineswegs ein bloßes obiter dictum, sondern zentraler Teil der tragenden Begründung.<sup>29)</sup> Der Umstand allein, dass der 2. Senat seine Entscheidung auch anders hätte begründen können, vermag an alledem selbstverständlich nichts zu ändern.

#### 4. Zwischenfazit

Zusammengefasst erscheint die Frage nach der Wirksamkeit der bloß schriftlichen Klagerücknahme alles andere als geklärt. Auf der einen Seite stehen zwei ältere Entscheidungen des OGH, die diese Frage verneinen, und der nunmehrige Zurückweisungsbeschluss, der sich diesen ohne weitere Begründung angeschlossen hat. Auf der anderen Seite stehen 2 Ob 61/11 a und das – zumindest derzeit – einhellige Schrifttum.

ME hätte der OGH die ao Revision im Fall 7 Ob 74/19 m wegen Vorliegens uneinheitlicher Rsp zuzulassen

16) Vgl etwa *Garber*, Zum Vorliegen einer Rechtsfrage erheblicher Bedeutung, ÖBl 2018, 102 (105f mwN); *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO-TaKom § 502 ZPO Rz 36f.

17) RIS-Justiz RS0042668; A. *Kodek in Rechberger/Klicka* § 502 ZPO Rz 20; *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO-TaKom § 502 ZPO Rz 36.

18) Vgl etwa *Griss*, Das Zulassungssystem im zivilgerichtlichen Rechtsmittelverfahren – Entwicklung, Grundzüge und praktische Erfahrungen, ZUV 2013, 104 (106) mwN.

19) 3 Ob 116/84; RIS-Justiz RS0042690.

20) *Petrasch*, Das neue Revisions-(Rekurs-)Recht, ÖJZ 1983, 169 (176); *Garber*, ÖBl 2018, 102 (105); 3 Ob 32/87; vgl etwa auch 5 Ob 73/10m.

21) Vgl etwa 5 Ob 238/08y, wo der OGH die Ablehnung durch eine nachfolgende Entscheidung ausreichen ließ, wobei er sich jedoch auch maßgeblich auf die negative Rezeption der „vereinzelt“ Entscheidungen in der Lit stützte; eher großzügig auch 6 Ob 78/15m.

22) Vgl 5 Ob 83/06a; 7 Ob 31/17k; *Lovrek in Fasching/Konecny* § 502 ZPO Rz 39.

23) Krit auch *Wilhelm*, Wieder einmal zur üblen Übung der Revisionszurückweisung, *ecolex* 2018, 875.

24) Zur Bedeutung der Rezeption im Schrifttum vgl etwa 3 Ob 32/87; 3 Ob 116/84; 5 Ob 238/08y; RIS-Justiz RS0042690.

25) So die Nachweise in FN 16–20.

26) Vgl RIS-Justiz RS0103384; *Lovrek in Fasching/Konecny* § 502 ZPO Rz 37 mwN.

27) Für das umgekehrte Problem, ob zu einer Frage Rsp **fehlt**, kommt es ja auch nicht auf die bisher beurteilten Sachverhaltskonstellationen an, sondern darauf, ob sich die neue Konstellation anhand der in den bisherigen Begründungen entwickelten Leitlinien lösen lässt; vgl etwa A. *Kodek in Rechberger/Klicka* § 502 ZPO Rz 21.

28) Zu einer derartigen Konstellation vgl etwa 4 Ob 138/16x; hier hatte die OBDK die Begründung der referierten Entscheidung (11 Bkd 4/99) offenbar sogar ausdrücklich auf die Besonderheiten des Sachverhalts gestützt; vgl auch 4 Ob 254/14b ÖBA 2015/2173 (*Bollenberger*); mit Blick auf § 8 OGHG 6 Ob 148/08w Zak 2008/578 (*Kletečka*) = RdM-LS 2009/5 (*Leischner*) = *ecolex* 2008/397 (*Friedl*).

29) Vgl zu dieser Unterscheidung und ihren Folgen für die Revisionszulässigkeit etwa 4 Ob 156/17w MR 2017, 278 (*Peschel*; *Walter*) = ZlIR 2018, 65 (*Thiele*) = ÖBl 2018/20 (*Wiltschek*) = *ecolex* 2018/32 (*Kucsko*); RIS-Justiz RS0042672; *Lovrek in Fasching/Konecny* § 510 ZPO Rz 40.

gehabt und müsste dies auch bei neuerlicher Befassung mit dieser Frage tun. Dem 7. Senat ist zwar zuzugestehen, dass auch sein Zurückweisungsbeschluss begründet war<sup>30)</sup> und die Zulassung im Ergebnis keinen Unterschied gemacht hätte, weil er aufgrund seiner Rechtsansicht wohl ohnehin abgewiesen hätte. Im Lichte von § 502 Abs 1 ZPO scheint es aber prinzipiell geboten, dass bei Vorliegen uneinheitlicher Judikatur die neuerliche Stellungnahme des OGH in der vom Gesetz dafür vorgesehenen Form, nämlich einer meritorischen Entscheidung über die Revision, erfolgt.<sup>31)</sup> Dies ist auch kein reiner Formalismus, stellen doch die Begründungserfordernisse (nur) für die meritorische Behandlung der Revision darauf ab, dass die Entscheidung für die interessierte Rechtsgemeinschaft in ihrer Tragweite nachvollziehbar und verständlich ist, während die Zurückweisung einer (insb ao) Revision aufgrund des „Antwortcharakters“ auf das Verständnis der Parteien mit Aktenkenntnis abstellt.<sup>32)</sup> Dies zeigt sich auch wiederum an 7 Ob 74/19m. Gerade die Verneinung einer Divergenz in der bisherigen Rsp hat dort dazu geführt, dass der OGH nicht auf die Argumente der Vorentscheidung eingegangen ist und daher eine Chance zur weiteren Klärung der Rechtslage verstreichen hat lassen.<sup>33)</sup>

### C. Bewertung der unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten

Nicht nur vor dem Hintergrund der widersprüchlichen Rsp erscheint es geboten, die beiden Lösungsvarianten einer dogmatischen Bewertung zu unterziehen.

Ob man, wie der 7. Senat des OGH, einen mündlichen Vortrag als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung verlangt oder mit dem 2. Senat die Klageeinschränkung allein aufgrund der schriftlichen Erklärung wirksam werden lässt, hängt maßgeblich davon ab, wie man das Verhältnis zwischen Klageeinschränkung und Klagerücknahme beurteilt. Auf dieses Verhältnis ist daher vorerst näher einzugehen (C.1). Sodann sind noch weitere Überlegungen insb zur Reichweite des Mündlichkeitsgrundsatzes anzustellen (C.2).

#### 1. Wieder einmal: Klageeinschränkung und partielle Klagerücknahme

##### a) Anwendbarkeit von § 237 Abs 1 ZPO auf die Klageeinschränkung

Gem § 235 Abs 4 ZPO liegt ua dann keine Klageänderung vor, wenn „ohne Änderung des Klagegrundes das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt“ wird. Daher sind auf die Klageeinschränkung die in § 235 Abs 1–3 ZPO zugrunde gelegten Wirksamkeitserfordernisse jedenfalls nicht anwendbar. § 237 Abs 1 ZPO bestimmt, dass „die Klage“ nach Einlangen der Klagebeantwortung ohne Zustimmung des Beklagten nur noch unter Anspruchsverzicht „zurückgenommen werden“ kann. Der Wortlaut der zuletzt genannten Norm ließe es ohne Weiteres zu, sie auch auf eine bloß teilweise Zurücknahme der Klage anzuwenden. Gestützt von einzelnen Stimmen in der L geht die heutige Rsp jedoch davon aus, dass § 237 ZPO nur auf eine vollständige, nicht aber auf eine teilweise Rücknahme der Klage angewend-

bar ist und die Klageeinschränkung wegen § 235 Abs 4 ZPO daher ohne weitere Voraussetzungen, insb ohne Zustimmung des Beklagten und ohne Anspruchsverzicht, möglich ist.<sup>34)</sup> Folglich soll eine Neueinklagung bzw -ausdehnung in aller Regel möglich bleiben.<sup>35)</sup>

§ 237 Abs 1 ZPO soll den Beklagten, der bereits Verteidigungsschritte gesetzt hat, in seinem Interesse an einer endgültigen Streitbereinigung schützen und ihn vor einem wiederholten Belangen durch den Kläger bewahren,<sup>36)</sup> dem gleichzeitig die Klagerücknahme und damit die Disposition über seinen Anspruch in gewissen Grenzen ermöglicht wird.<sup>37)</sup> Es ist in der L bereits wiederholt darauf hingewiesen worden, dass es mit diesem Schutzzweck in keiner Weise vereinbar ist, diese Norm nur auf eine vollständige und nicht auf eine bloß partielle Klagerücknahme anzuwenden.<sup>38)</sup> Sonst kann der Kläger nämlich den durch § 237 ZPO bezweckten – und is der prozessualen Waffengleichheit wohl auch grundrechtlich gebotenen –<sup>39)</sup> Schutz der Beklagteninteressen dadurch umgehen, dass er auf einen Minimalbetrag einschränkt<sup>40)</sup> oder bei objektiver Klagehäufung nur einen von mehreren Streitgegenständen fallen lässt;<sup>41)</sup> nach der Rsp geht dies sogar, indem er auf Kostenersatz einschränkt, also das **gesamte Begehren in der Hauptsache** fallen lässt.<sup>42)</sup>

30) Was gem § 510 Abs 3 ZPO nicht zwingend wäre; vgl zur Praxis des OGH, trotzdem zumeist bei Zurückweisung von ao Revisionen eine Außenbegründung zu geben, *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 510 ZPO Rz 20.

31) Vgl auch *Garber*, ÖBl 2018, 102 (105f).

32) Vgl *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 510 ZPO Rz 16f; *Neumayr in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO-TaKom § 510 ZPO Rz 17 ff; zu den Begründungserleichterungen bei Zurückweisung o Revisionen vgl *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 510 ZPO Rz 22.

33) Insb wäre es wünschenswert gewesen, das – in 2 Ob 61/11 a angesprochene – Verhältnis zu jener Rsp zu klären, die für die Klageeinschränkung im Rechtsmittelverfahren sehr wohl die Regeln über die Klagerücknahme (analog) anwendet; vgl dazu noch unten C.2.

34) RIS-Justiz RS0039651; RS0039535; *Fasching*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) 1228; *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 8; *Schneider*, Die Auslegung von Parteiprozesshandlungen (2004) 144 f; differenzierend *Hule*, Die Kostenentscheidung nach Einschränkung der Klage auf Kosten, ÖJZ 1976, 373 (374 ff); aA etwa noch Präs 299/17 (Plenissimarbeschluss) JB 249 = SBI 1917/808; tendenziell auch 2 Ob 61/11 a (vgl dazu oben A.).

35) Vgl etwa den Überblick über die Rsp bei *Klicka in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 235 Rz 17.

36) Vgl bereits die Erläuterung zum Entwurf eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), abgedruckt in *K. k. Justizministerium* (Hrsg), Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 283; weiters RIS-Justiz RS0039805; *Hule*, ÖJZ 1976, 373 (375); *Lovrek in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 1, 11, uva.

37) Vgl zu diesem Interessenausgleich zwischen Kläger und Beklagtem etwa *Pollak*, System<sup>2</sup> 396f.

38) Siehe nur *Neumann*, Kommentar II<sup>4</sup> 912f, insb FN 20; *Steininger*, Einige Überlegungen zur Streitanhängigkeit, in FS Schima (1969) 407 (413); *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>4</sup> (2018) Rz 559; *Pimmer in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 502 Rz 19, insb FN 19; *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 237–238 Rz 13.

39) Vgl *Koller/Scholz*, *ecolex* 2013, 333 (335), in Anschluss an *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozess (1998) 376, 395, jeweils unter Berufung auf Art 6 MRK.

40) Vgl etwa *Klicka in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 235 Rz 17 FN 45; diese Umgehungsgefahr wird freilich auch mitunter von den Befürwortern der Gegenansicht eingeräumt; vgl etwa *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 1228.

41) Vgl, in einem solchen Fall für die unbeschränkte Zulässigkeit der Klageeinschränkung, 4 Ob 66/19p; aA offenbar 8 Ob 74/11 g (wird einer von mehreren Klagegründen fallengelassen, werde dadurch insgesamt der Klagegrund iSv § 235 Abs 4 ZPO „geändert“); *Lovrek in Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 28; vgl zu dieser Problematik auch *Petschek*, ZBl 1936, 754 f; *Paier*, Klagszurücknahme 129 f, 145.

42) 4 Ob 125/83 JBl 1984, 686; 6 Ob 161/15t; vgl auch RIS-Justiz RS0039651; aA etwa *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 470; *M. Bydlinski in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 45 Rz 17 mwN.

Den gegen diese Argumentation der hL vorgebrachten Einwänden, insb dass durch eine Einschränkung das Prozessrechtsverhältnis nicht gänzlich beendet werde<sup>43)</sup> und dass der Beklagte, wenn er an einer endgültigen Klärung des ganzen Anspruchs interessiert sei, ja eine negative Feststellungsklage bezüglich des aus dem Verfahren ausgeschiedenen Teils erheben könne,<sup>44)</sup> wurde ebenfalls bereits mehrfach entgegengetreten.<sup>45)</sup> Der Umstand, dass das Prozessrechtsverhältnis über irgendeinen Teilanspruch aufrechtbleibt, ändert nichts daran, dass in Bezug auf den fallengelassenen Teil dasselbe Spannungsverhältnis zwischen Kläger- und Beklagteninteressen besteht wie bei einer vollständigen Zurücknahme.<sup>46)</sup> Wäre die Möglichkeit der negativen Feststellungsklage eine adäquate Auflösung dieses Spannungsverhältnisses, wäre § 237 Abs 1 ZPO, der genau dieses Spannungsverhältnis adressiert, damit zur Gänze überflüssig; in dieser Bestimmung manifestiert sich aber gerade der Anspruch des Beklagten auf Erledigung in dem vom Kläger eingeleiteten Verfahren.<sup>47)</sup> Es mag auch stimmen, dass das Zustimmungserfordernis des § 237 Abs 1 ZPO zu weniger Klageeinschränkungen führen könnte;<sup>48)</sup> eine hohe Zahl an Klageeinschränkungen ist jedoch kein Wert für sich<sup>49)</sup> und kann insb kein übergeordnetes Auslegungsziel einer maßgeblich auf den Beklagtenchutz zugeschnittenen Norm sein.<sup>50)</sup>

Als Hauptargument für die Meinung der Rsp wird freilich häufig die Existenz von § 235 Abs 4 ZPO ins Treffen geführt: Darin, dass der Gesetzgeber die Klageeinschränkung (nur) in § 235 Abs 4 ZPO erwähne und sie dort von den Zustimmung- bzw Bewilligungserfordernissen der Klageänderung ausgenommen habe, komme eindeutig die Entscheidung zum Ausdruck, dass sie auch keinen sonstigen Erfordernissen, insb nicht jenen der Klagerücknahme, unterliegen solle.<sup>51)</sup> Ganz abgesehen davon, dass dieses systematische Argument allein wohl nicht geeignet wäre, eine Aushöhlung des durch § 237 ZPO bezweckten Beklagtenschutzes zu rechtfertigen,<sup>52)</sup> erscheint es bei näherer Betrachtung auch für sich genommen nicht wirklich überzeugend:

Zunächst einmal ist nicht ersichtlich, weshalb sich aus der Anordnung, dass die Einschränkung des Klagebegehrens keine Klageänderung ist, deren unbeschränkte Zulässigkeit ergeben soll. Eine derart weitgehende Wirkung wird § 235 Abs 4 ZPO auch ansonsten nicht zugeschrieben.<sup>53)</sup> So ist etwa anerkannt, dass diese Bestimmung (selbstverständlich) auch das Neuerungsverbot nicht außer Kraft setzt und sogenannte Klageveränderungen nach § 235 Abs 4 ZPO daher im Rechtsmittelverfahren unzulässig sind;<sup>54)</sup> vor Zulassung der Klagerücknahme im Berufungsverfahren durch § 483 Abs 3 ZPO<sup>55)</sup> wurde dies vom OGH auch ausdrücklich für die Klageeinschränkung so ausgesprochen.<sup>56)</sup> All dies ist auch konsequent, weil § 235 Abs 4 ZPO nur eine Aufzählung von Fällen enthält, die **keine Klageänderung** sind und deswegen nicht den Erfordernissen der Abs 1 bis 3 leg cit unterliegen, sonst aber nichts über deren Zulässigkeit sagt.<sup>57)</sup> Wieso § 235 Abs 4 ZPO ein klarer Ausdruck dafür sein soll, dass der Gesetzgeber die Klageeinschränkung in jedem Fall vom Erfordernis der Zustimmung des Beklagten

bzw des Anspruchsverzichts entheben wollte,<sup>58)</sup> ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

Aus der Einordnung der Klageeinschränkung unter § 237 Abs 1 ZPO ergeben sich auch sonst keine systematischen Inkonsistenzen; insb stimmt es nicht, dass dadurch die Aussage des § 235 Abs 4 ZPO, wonach die Klageeinschränkung nicht den (Zustimmungs-)Erfordernissen der Klageänderung unterliegt, in irgendeiner Art und Weise entwertet oder unterlaufen würde.<sup>59)</sup> Erstens knüpft § 237 Abs 1 ZPO nämlich an einen anderen Zeitpunkt an als § 235 ZPO Abs 1 und 2 ZPO. Va aber ist das Zustimmungserfordernis aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks sehr anders strukturiert.<sup>60)</sup> Damit ergibt sich folgendes – durchaus konsistentes – System: Nach Streitanhängigkeit kann der Kläger zwar ohne Zustimmung des Beklagten oder gerichtliche Bewilligung die Klage nicht mehr ändern, er kann sie aber bis zum Einlangen der Klagebeantwortung oder des Einspruchs im Mahnverfahren<sup>61)</sup> ohne weitere Voraussetzungen zurücknehmen. Nach diesem Zeitpunkt braucht er immer noch nicht die Zustimmung des Beklagten oder des Gerichts, wie es unter dem Regime von § 235 Abs 1 – 3 ZPO der Fall wäre; der Kläger muss nur gegebenenfalls auf den fallengelassenen Anspruch bzw Anspruchsteil verzichten. Tut er dies nicht, kann das Gericht zum Schutz des Beklagten dessen Zustimmung auch nicht ersetzen, was es ja bei Anwendbarkeit von § 235 Abs 3 ZPO regelmäßig tun müsste, da von einer bloßen Einschränkung kaum eine Erschwerung oder Verzögerung zu befürchten ist. Insgesamt entspricht damit § 237 Abs 1 ZPO wesentlich besser der Interessenlage bei der Klageeinschränkung als die genannten Regeln des § 235 ZPO; er gewährt dem Kläger eine Möglichkeit, den Verfahrensgegenstand nach eigener Willkür einzuschränken, schützt aber gleichzeitig den Beklagten wirksam vor einer Mehrfachbelangung. Insofern ist es nur konsequent, § 235 Abs 4 ZPO schlicht als Klarstellung zu sehen, dass

43) 1 Ob 521/35 SZ XVII/111; *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 1228.

44) Siehe etwa 6 Ob 518/92; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 11.

45) Siehe etwa *Steininger* in FS Schima 407 (412 f) und die Nachweise in den folgenden FN.

46) Vgl etwa *Petschek*, ZBl 1936, 754 f.

47) Vgl dazu *Steininger* in FS Schima 407 (409 f); vgl auch *Paier*, Klagszurücknahme 129.

48) So *Fasching*, LB<sup>2</sup> Rz 1228.

49) Dass dies auch nicht *per se* is der Prozessökonomie ist, hat etwa bereits *Steininger* (in FS Schima 407 [412 f]) nachgewiesen.

50) So aber wohl 6 Ob 518/92 unter Berufung auf die Prozessökonomie.

51) Siehe etwa 1 Ob 521/35 SZ XVII/111; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 8; *Schneider*, Auslegung 145.

52) *Steininger* in FS Schima 407 (413); vgl hingegen *Schneider*, Auslegung 145, die gerade den Umstand, dass die Mat den Schutz des Beklagten als gemeinsamen Zweck von § 235 und § 237 ZPO bezeichnen, als Argument für eine einschränkende Interpretation des Schutzzwecks ansieht.

53) Vgl *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 235 ZPO Rz 12.

54) RIS-Justiz RS0039377; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 483 ZPO Rz 23.

55) Vgl zu dieser Bestimmung unten C.3.

56) Siehe etwa 8 Ob 211/77 mwN; RIS-Justiz RS0039377 (T 7); vgl zur Kritik an dieser Rsp unten FN 68.

57) *Petschek*, ZBl 1936, 754 (755); *Steininger* in FS Schima 407 (413).

58) *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 8.

59) So aber *Schneider*, Auslegung 145.

60) *Paier*, Klagszurücknahme 130.

61) Zum bezirksgerichtlichen Verfahren vgl *Lovrek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 237 ZPO Rz 17; 1 Ob 99/06 z.

die Klageeinschränkung keine Klageänderung ist und damit (nur) unter § 237 ZPO fällt.<sup>62)</sup>

**b) Folgen für die Form der Klageeinschränkung**

Nach der hier vertretenen Ansicht, wonach die Klageeinschränkung unter § 237 Abs 1 ZPO fällt, ist kein guter Grund ersichtlich, nicht auch Abs 2 leg cit anzuwenden, der eine schriftliche Klagerücknahme ausdrücklich vorsieht.<sup>63)</sup> Auch der Umstand, dass bei einer partiellen Klagerücknahme in erster Instanz idR noch eine mündliche Verhandlung stattfindet, ist mE kein ausreichender Grund für eine teleologische Reduktion von § 237 Abs 2 ZPO in solchen Fällen. Trotz dieses Unterschieds bestehen nämlich nach Abs 1 und 4 leg cit idente Wirksamkeitsvoraussetzungen und – bezüglich des zurückgenommenen Anspruchsteils – idente Wirkungen für die vollständige und partielle Rücknahme der Klage.<sup>64)</sup> Eine unter Anspruchsverzicht erklärte Klageeinschränkung würde daher mit Überreichung des Schriftsatzes wirksam;<sup>65)</sup> behält sich der Kläger die neuerliche Geltendmachung vor, tritt die Wirksamkeit mit einer allfälligen Zustimmung des Beklagten ein.<sup>66)</sup>

**2. Weitere Überlegungen**

Doch auch wenn man der hier zugrunde gelegten Einordnung, aus der sich eine direkte Anwendung von § 237 Abs 2 ZPO auf die Klageeinschränkung ergibt, nicht folgt, spricht vieles dafür, Klagerücknahme und -einschränkung zumindest hinsichtlich der Form gleichzubehandeln und den Mündlichkeitsgrundsatz hier nicht übermäßig zu strapazieren.<sup>67)</sup> Anders als etwa bei einer Klageänderung, aber auch in den anderen Fällen des § 235 Abs 4 ZPO wird bei der bloßen Klageeinschränkung nichts „Neues“ in das Verfahren eingeführt; es wird nur die Entscheidungsbefugnis des Gerichts beschränkt,<sup>68)</sup> während der aufrechterhaltene Teil der Klage sich nicht verändert.<sup>69)</sup> Somit bedarf es weder des Vortrags neuer Entscheidungsgrundlagen noch der Stellung mündlicher Entscheidungsanträge, die Klageeinschränkung wird außerdem ohne besondere gerichtliche Entscheidung und damit sofort wirksam.<sup>70)</sup> Nach der hier abgelehnten Rsp bedarf es ja überdies in keinem Fall der Zustimmung des Beklagten.<sup>71)</sup> Es ist somit in Hinblick auf die Wirksamkeit auch kein Bedarf nach einer Erörterung ersichtlich.<sup>72)</sup> Nach alledem bleibt kein Grund, einen zwingenden mündlichen Vortrag zu verlangen. Auch das Gesetz tut dies an keiner Stelle explizit.<sup>73)</sup> Andererseits gestattet es aber in § 237 Abs 2 ZPO eine vollständige Zurückziehung der Klage ohne mündlichen Vortrag. Damit liegt der Schluss umso näher, dass eine bloße Einschränkung (auch wenn – oder gerade weil – man diese ansonsten nicht den weiteren Voraussetzungen nach § 237 Abs 1 ZPO unterstellt und sie für unbeschränkt wirksam erachtet) ebenfalls ohne mündlichen Vortrag möglich sein sollte.<sup>74)</sup>

Diesen Schluss stützt auch die stRsp, die aufgrund einer Analogie zu § 483 Abs 3 ZPO<sup>75)</sup> eine Klageeinschränkung im Rechtsmittelverfahren „unter denselben Voraussetzungen wie im Verfahren erster Instanz“ zulässt, „solange eine gänzliche Klagerücknahme zulässig ist“.<sup>76)</sup> Der dabei gezogene „Größenschluss“<sup>77)</sup> von der Klagerücknahme zur Klageeinschränkung zeigt doch deutlich,

dass der OGH (auch) in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass für die Klageeinschränkung keine strengeren Voraussetzungen gelten dürfen als für die gänzliche Zurücknahme der Klage, womit wohl auch eine (analoge) Anwendung von § 237 Abs 2 ZPO auf die Form der Klagerücknahme geboten erschiene. Diese weitere Analogie scheint der OGH in der erwähnten Rsp zum Rechtsmittelverfahren auch längst zu ziehen. Ohne dies in irgendeiner Weise zu problematisieren,<sup>78)</sup> macht er hier die Wirksamkeit der Klageeinschränkung nämlich ganz offensichtlich nicht davon abhängig, dass (ausnahmsweise) eine Rechtsmittelverhandlung stattfindet, in der die Einschränkung vorgetragen wird, sondern geht auch in dieser Hinsicht von einer Gleichbehandlung mit der Klagerücknahme aus.<sup>79)</sup>

62) IdS bereits *Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I (1925) 324; weiters etwa *Holzhammer* in *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*, *PraktZPR* I<sup>6</sup> (1998) 208.  
 63) *Petschek*, *ZBI* 1936, 754 (755) (Anm zu OLG Wien 4 R 417/36); ähnlich 2 Ob 61/11 a; *Brenn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 177 ZPO Rz 32.  
 64) Eine ganz andere Frage, die nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen ist, ist hingegen jene, ob auch § 237 Abs 3 ZPO (Kosten und Kostenentscheidung) in allen Fällen der Klageeinschränkung anwendbar ist; insb im Fall von Einschränkung wegen Teilerfüllung und bei einer gänzlichen „Einschränkung auf Kosten“ muss man jedenfalls eine teleologische Reduktion der genannten Bestimmung in Betracht ziehen, was die L auch mit guten Gründen tut (vgl etwa *Bydlinski* in *Fasching/Konecny* § 45 ZPO Rz 17; *Paier*, *Klagszurücknahme* 159).  
 65) Zur Auslegung der entsprechenden Erklärung vgl *Paier*, *Klagszurücknahme* 133 f mwN.  
 66) Vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> §§ 237–238 ZPO Rz 7.  
 67) Vgl bereits *Obermaier*, Von den Schriftsätzen der Advokaten, *RZ* 2006, 267 (268) mwN, der davor warnt, die Mündlichkeit zu einem reinen, von ihrer Zweckmäßigkeit entkoppelten, Formalismus ausarten zu lassen; vgl dazu auch *Albiez/Pablik/Parzmayr*, *Zivilprozess*<sup>2</sup> 5; zu den Zwecken der Mündlichkeit ausführlich *Brenn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 176 ZPO Rz 17 ff.  
 68) Insofern erscheint die in FN 56 erwähnte Rsp, die die Klageeinschränkung im Konflikt mit dem Neuerungsverbot sah, im Nachhinein wenig überzeugend; vgl hingegen nunmehr (zum Anerkennung) 3 Ob 255/04 b, wonach das Neuerungsverbot Verfügungen über den Anspruch nicht entgegensteht, weil dadurch nur der Kognitionsbereich des Gerichts eingeschränkt und der Prozessstoff nicht erweitert werde.  
 69) Vgl *Sperl*, Lehrbuch I 324.  
 70) *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 235 Rz 17; vgl auch *Fasching*, *LB*<sup>2</sup> Rz 1228.  
 71) Siehe dazu und zur hier vertretenen Gegenansicht oben C. 1.  
 72) Eine andere Frage ist, ob sich in einzelnen Fällen als Folge der Einschränkung in der weiteren mündlichen Verhandlung ein Erörterungsbedarf ergibt (etwa betreffend die genaue Abgrenzung oder die Schlüssigkeit des eingeschränkten Begehrens); in einem solchen Fall kann das Gericht diese Punkte selbstverständlich mit den Parteien erörtern; dies hat aber nichts mit der Wirksamkeit der Klageeinschränkung zu tun.  
 73) AA offenbar 7 Ob 6/04 i unter Verweis auf § 208 Abs 1 Z 1 ZPO; diese Bestimmung normiert allerdings nur, welche Inhalte der mündlichen Verhandlung im Protokoll festzuhalten sind, und nicht auch, was zwingend mündlich vorzukommen hat.  
 74) Vgl etwa 2 Ob 61/11 a; *Brenn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 177 ZPO Rz 32.  
 75) Nach dieser Bestimmung, deren heutige Form auf die ZVN 1983 zurückgeht, kann die Klage bis Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung oder bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts mit Zustimmung des Beklagten oder unter Anspruchsverzicht zurückgenommen werden; über § 513 ZPO gilt sie auch im Revisionsverfahren.  
 76) *RIS-Justiz* RS0039644; vgl ausf dazu und zu der daran geäußerten Kritik *Pimmer* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 483 ZPO Rz 19 ff.  
 77) 6 Ob 518/92.  
 78) Insb sah sich der OGH auch bisher idZ nicht zu einem Rückgriff auf die „beschränkte Mündlichkeit“ im Revisionsverfahren veranlasst (so aber 3 Ob 255/04 b zur ähnlichen Problematik beim Anerkennung).  
 79) Vgl idS auch 2 Ob 61/11 a; *Brenn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 177 ZPO Rz 32.

## → In Kürze

- Die Wirksamkeit der (bloß) schriftlichen Klageeinschränkung wird in der jüngeren Rsp uneinheitlich beurteilt.
- Die Klageeinschränkung ist eine partielle Klagerücknahme iSv § 237 Abs 1 ZPO. Daher wird sie gem Abs 2 leg cit durch schriftliche Erklärung wirksam. Selbst wenn man aber § 237 Abs 1 ZPO nicht auf die Klageeinschränkung anwendet, sprechen teleologisch-systematische Erwägungen und allenfalls eine Analogie zu § 237 Abs 2 ZPO für dieses Ergebnis.
- Liegen zu einer Frage einander widersprechende Entscheidungen des OGH vor, ist eine (neuerliche) Revision wegen uneinheitlicher Rsp gem § 502 Abs 1 ZPO zuzulassen; dabei ist auf die tragenden Begründungen

der jeweiligen Entscheidungen abzustellen. Die Rsp ist auch dann uneinheitlich, wenn bisher nur eine abweichende Entscheidung vorliegt und diese in der nächstfolgenden Entscheidung abgelehnt wird.

## → Zum Thema

## Über den Autor:

Dr. Florian Scholz-Berger ist Universitätsassistent am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Zivilverfahrensrecht, Schenkenstraße 8–10/2. Stock, 1010 Wien. E-Mail: [florian.scholz@univie.ac.at](mailto:florian.scholz@univie.ac.at), Internet: <https://zvr.univie.ac.at/mitarbeiterinnen/weitere-mitarbeiterinnen/scholz-berger-florian/>

