

Schriften zum Prozessrecht

Band 299

Tatsachendisposition im Zivilprozess

Eine Untersuchung über die prozessuale Umgehung
zwingenden materiellen Rechts

Von

Wenzel Kiehne



Duncker & Humblot · Berlin

WENZEL KIEHNE

Tatsachendisposition im Zivilprozess

Schriften zum Prozessrecht

Band 299

Tatsachendisposition im Zivilprozess

Eine Untersuchung über die prozessuale Umgehung
zwingenden materiellen Rechts

Von

Wenzel Kiehne



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-19079-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59079-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Mit der vorliegenden Arbeit wurde ich im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg promoviert. Die zitierten Fundstellen befinden sich auf dem Stand von Anfang September 2023. Meinem Dissertationsthema begegnete ich während des Referendariats, als in meinen Stationen beim Oberlandesgericht Hamburg und beim Obersten Gerichtshof in Wien Zweifel aufkamen, ob die Prozessparteien tatsächlich den wahren Sachverhalt darlegten, und ob dem nachzugehen sei. Ich sprach Professor Dr. iur. Jan Felix Hoffmann auf meine Idee an, und ihm gilt als meinem hochverehrten Doktorvater zuvörderst mein Dank. Das betrifft insbesondere seine engmaschige Betreuung und das gemeinsame schöpferische Ringen um die richtige Rechtsinterpretation – kulminierend bei der schwierigen Frage des sog. „Wirkungsprivilegs“ des Vergleichsvertrags.

Für die Übernahme des Zweitgutachtens danke ich Professor Dr. iur. Alexander Bruns. Ferner habe ich mich über die überaus aufmerksame und kompetente Unterstützung bei meinen Forschungsaufenthalten im Bundesarchiv in Koblenz und im Geheimen Staatsarchiv Preußischer Kulturbesitz in Berlin gefreut. Der Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg danke ich für die Gewährung eines Promotionsabschlussstipendiums. Dabei gilt mein Dank auch Professor Dr. iur. Christian Baldus von meiner Alma mater, der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, der mich bei der diesbezüglichen Bewerbung neben meinem Doktorvater durch die Übernahme eines Zweitgutachtens unterstützte.

Mein besonderer Dank gilt Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof Dr. iur. Thomas Winter, für den ich während meiner Promotionszeit in Karlsruhe Schriftsätze in Revisions-, Nichtzulassungsbeschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren entworfen habe. Er hat nicht nur mein Interesse an systematischer Durchdringung der Rechtspraxis im täglichen äußerst fruchtbaren Austausch gefördert, sondern mir auch ein konzentriertes und immer freundliches Arbeitsklima geschaffen.

Persönlich möchte ich namentlich Dr. med. Göran Ramin Boeckel, Dr. iur. Felix Boos und Dr. iur. Leon Marcel Kahl für deren freundschaftlich zugewandten Rat danken, der mich auch in kritischen Phasen getragen hat. Schließlich bin ich meiner Familie im heimatlichen Thüringen für deren zuverlässige Unterstützung und Ermunterung in tiefstem Dank verbunden. Meine Mutter, Annett Carius-Kiehne, und mein Großvater, Dr. sc. nat. Wolfgang Carius, haben mir mit dem Korrekturlesen dieser Arbeit sehr geholfen; ihnen sei sie gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Das Phänomen der Tatsachendisposition	17
II. Diskussionsstand	21
1. Literatur	21
2. Judikatur	27
3. Zwischenbefund	28
III. Zielsetzung der Arbeit und Gang der Darstellung	28

1. Kapitel

Zivilprozessrechtliche Perspektive 31

A. Tatsachen	31
I. Positive Rechtslage	31
1. Definition	31
2. Subjektive und objektive Wahrheit	32
II. Wahrheit als Zivilprozesszweck	33
1. Leistungsfähigkeit der Frage nach dem Zivilprozesszweck	33
2. Meinungsstand	35
3. Formelle und materielle Wahrheit	36
a) Historische Entwicklung	36
b) Sprachkritik	39
c) Rechtspolitische Einwendungen	42
III. Zwischenbefund	43
B. Parteiherrschaft	44
I. Begriffliches	44
II. Dispositionsmaxime	45
1. Herleitung	45
2. Prozessualer Verzicht und prozessuales Anerkenntnis	47
3. Beschränkter prozessualer Verzicht und beschränktes prozessuales Anerkenntnis	50
4. Zwischenbefund	57

III. Beibringungsgrundsatz	57
1. Herleitung	57
a) Ideologische/dogmatische Begründung	58
b) Technische Begründung	61
c) Stellungnahme	62
2. Notwendigkeit von Parteivortrag	66
a) Grundsatz	66
b) Offenkundigkeit	68
c) Materielle Prozessleitung	70
3. Beweisführung	72
a) Grundsatz	72
b) Amtswegige Beweiserhebung	72
4. Geständniswirkung	75
a) Unstreitiger Parteivortrag	75
aa) Herrschende Meinung	75
bb) Mindermeinung	77
cc) Stellungnahme	79
b) Ausnahmen	80
c) Gerichtliches Geständnis	83
aa) Definition	83
bb) Herleitung	85
cc) Verhältnis zur Wahrheitspflicht	89
(1) Widerruflichkeit des gerichtlichen Geständnisses	89
(2) Übertragung auf Nichtbestreiten	97
(3) Versäumnisurteil	98
(4) Präklusion	100
(5) Ergebnisabgleich: österreichische Rechtslage	102
d) Außergerichtliches Geständnis	104
aa) Prozessrechtliche und materiell-rechtliche Perspektive	104
bb) Systematisierung	108
cc) Beweisvertrag	111
(1) Beweismwürdigung etc.	112
(2) Geständnisvertrag	116
dd) Zwischenbefund	120
5. Tat- und Rechtsfragen	120
a) <i>Iura novit curia</i>	120
b) Juristisch eingekleidete Tatsachen und präjudizielle Rechtsverhältnisse	122
c) Prozessuale Ausschaltung materiellen Rechts	127
aa) Konkurrierende Anspruchsgrundlagen	127
bb) Einwendungen	131

- d) Zwischenbefund 135
- 6. Amtsprüfung 135
 - a) Zivilprozessrecht 136
 - aa) Inhalt 136
 - bb) Herleitung 141
 - cc) Sonderfälle: Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse 146
 - b) Materielles Recht – *ipso iure* und *ope exceptionis* 153
 - c) Ergebnisabgleich: österreichische Rechtslage 155
 - aa) Zivilprozessrecht 155
 - bb) Materielles Recht 158
 - d) Sonderfälle 160
 - aa) EU-Verbraucherschutzrecht 160
 - (1) Grundsatz der Verfahrensautonomie 160
 - (2) Amtsermittlung nach der Klausel-RL 162
 - (3) Kritik im Schrifttum 163
 - (4) Übriges EU-Verbraucherschutzrecht 166
 - (5) Schlussfolgerungen 168
 - bb) Internationales Privatrecht 170
 - (1) Fakultatives Kollisionsrecht 170
 - (2) Ermittlung der Anknüpfungstatsachen 171
 - e) Zwischenbefund 175

2. Kapitel

Materiell-rechtliche Perspektive

177

- A. Materielle Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis 177
 - I. Rechtlich 177
 - 1. Dispositives und zwingendes Recht 177
 - a) Dichotomische Systematisierung 178
 - b) Beispiele 180
 - c) Abstufungen 182
 - aa) Eingriffsnormen 182
 - bb) *Ordre public* 184
 - (1) Erscheinungsformen 184
 - (2) *Ordre public* als Grenze prozessualer Parteiautonomie? 186
 - 2. Systematisierung des zwingenden Rechts 188
 - a) Äußere und innere Grenzen 188
 - b) Rechtliches Können und rechtliches Dürfen 189
 - c) Umgehungsgeschäfte 192

II.	Faktisch	196
B.	Materiell-rechtliche Deutung von Tatsachendispositionen	198
I.	Bestätigung	199
1.	Grundlegendes	199
2.	Beispiele	200
a)	Ohne-Rechnung-Abrede	200
b)	Grundstücksübertragung	200
c)	Verbraucherwiderruf	201
II.	Änderungsvertrag und Novation	202
III.	Erlassvertrag und Verzicht	203
IV.	(Prozess-)Vergleich	205
1.	Grundlegendes	205
a)	§ 55 VwVfG	206
b)	Beschränktes „Wirkungsprivileg“	210
c)	Gesetzliche Wertungen	212
aa)	§ 595 Abs. 8 S. 1 BGB	212
bb)	§ 19 Abs. 1 S. 2 VSBG	213
2.	Beispiele	214
a)	Ohne-Rechnung-Abrede	214
b)	Grundstücksübertragung	214
c)	Verbraucherwiderruf	215
V.	Konstitutives bzw. abstraktes Schuldversprechen und -anerkenntnis	217
1.	Grundlegendes	217
2.	Beispiele	218
a)	Ohne-Rechnung-Abrede	218
b)	Grundstücksübertragung	218
c)	Verbraucherwiderruf	219
VI.	Deklaratorisches bzw. kausales Schuldanerkenntnis	219
VII.	Feststellungsvertrag	221
VIII.	Tatsachenvergleich	223

3. Kapitel

	Prozesshandlungen und materielles Recht	227
A.	Grundlegendes	227
B.	Einzelne Prozesshandlungen	231
I.	Prozessvergleich	231
1.	Rechtsnatur	231
2.	Materiell-rechtliche Wirksamkeitsanforderungen	232

- II. Prozessualer Verzicht und prozessuales Anerkenntnis 232
 - 1. Rechtsnatur 232
 - 2. Materiell-rechtliche Wirksamkeitsanforderungen 234
 - a) Prozessuales Anerkenntnis 234
 - b) Prozessualer Verzicht 239
- III. Geständnis, Geständnisfiktionen und Tatsachenbehauptungen 240
 - 1. Rechtsnatur 240
 - 2. Materiell-rechtliche Wirksamkeitsanforderungen 241

4. Kapitel

Eigene Konklusion 243

- A. Materiell-rechtliche Wirksamkeitsanforderungen 243
 - I. Wertungszusammenhang aufgrund der dogmatischen Herleitung 244
 - II. Prozessuale Amtsprüfung und EU-Verbraucherschutzrecht 245
 - III. Eingeschränkte Relevanz der Rechtsnatur 245
- B. Konsistenz prozessualer und materiell-rechtlicher Privatautonomie 246
 - I. Funktionale Äquivalenz zur außerprozessualen Disposition 246
 - II. Verschiebung materiell-rechtlicher Wirkungsgrenzen im Prozess 247
 - 1. *Lex specialis* im Zivilprozessrecht 248
 - 2. Anhängigkeit eines Rechtsstreits 249
 - a) Faktische Verfügungsbefugnis 249
 - b) § 55 VwVfG 250
 - c) Kongruenz zum außergerichtlichen Geständnis(-vertrag) 252
 - III. Systemstimmigkeit 253
- C. Prüfung durch das Gericht 254
 - I. Überzeugung des Gerichts 254
 - II. Beschaffung des Tatsachenstoffs 256
 - III. Schluss: Ohne-Rechnung-Abrede 259
- D. Fallbeispiele zum Verbraucherwiderrufsrecht 260
 - I. Vorprozessual 261
 - 1. Absehen von Rechtsverfolgung 261
 - 2. Außergerichtlicher Vergleich 261
 - 3. Deklaratorisches Schuldanerkenntnis 261
 - 4. Geständnisvertrag 262
 - II. Prozessual 262
 - 1. Gerichtlicher Verzicht 262
 - 2. Prozessuales Anerkenntnis 262
 - 3. Prozessvergleich 263

4. Beschränktes prozessuales Anerkenntnis bzw. gerichtliches Geständnis eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses	263
5. Gerichtliches Geständnis	264
6. Versäumnisurteil	265
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	266
Literaturverzeichnis	271
Stichwortverzeichnis	289

Abkürzungsverzeichnis

AS-RL	Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten)
AußStrG	[Österreichisches] Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG)
Brüssel-Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
Brüssel-IIa-VO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000
chZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980
Enforcement-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
EU-Bagatell-VO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGüVO	Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EuGVÜ	Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

Finanzdienstleistungs- Fernabsatz-RL	Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG
JN	[Österreichisches] Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN)
Kartellschadens- ersatz-RL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union
Klausel-RL	Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
LPachtG	Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen (Landpachtgesetz) vom 25. Juni 1952
LugÜ 2007	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007
öZPO	[Österreichisches] Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO)
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)
Rom-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts
Timesharing-RL	Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen
Verbandsklagen-RL	Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG
Verbraucher- kredit-RL	Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates

Verbraucher- rechte-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates
Verbrauchsgüter- kauf-RL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
VSBG	Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen
Warenkauf-RL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG

Im Übrigen sind die verwendeten Abkürzungen dem Verzeichnis von *Hildebert Kirchner* (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, Berlin u. a., 2021, entlehnt.

Abgekürzt zitierte Literatur ist dem Literaturverzeichnis zu entnehmen. Zitierte Rechtssätze der österreichischen Judikatur („*RIS-Justiz Rechtssatznummer RS[...]*“) sind dem Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) zu entnehmen (<https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>).

Einleitung

I. Das Phänomen der Tatsachendisposition

„Der traurigste Fall, worin ein Richter sich oft befindet, ist dieser, wenn er das wirkliche Recht augenscheinlich erkennt, und es doch nicht zum förmlichen machen kann. Aber demungeachtet ist es besser, daß ein einzelner Mann traure, als daß man alles in Gefahr setze; und dies würde geschehen, wenn jeder Richter dasjenige, was er für wirkliches Recht erkennt, sogleich als rechtskräftig annehmen könnte. Jeder Mensch hat es mit dankbarem Herzen zu erkennen, daß man das förmliche dem wirklichen vorziehe, wenn beides sich nicht zusammen findet [...]“¹

Mit diesen Worten beschrieb Möser 1798 den Konflikt des Richters des Gerichts, „*wirkliches Weiß in förmliches Schwarz*“² zu verwandeln. Dem kann zugrunde liegen, dass in einem Zivilprozess die Parteien gegenüber dem Gericht manche Tatsachen nicht aufdecken wollen, sei es aus Gründen des Steuer-, Sozial- oder Strafrechts oder privater Art.³ Indes widerstrebt es vielen gewiss schon aus Prinzip, sich – in zeitgenössischen Worten – „*einen Bären aufbinden*“ zu lassen.⁴ Demgegenüber kann man auch fragen, warum ein Richter auf die Idee kommen sollte, zu Unstreitigem Beweis zu erheben. Hier lässt sich die Rechtstatsächlichkeit nur erahnen, die inmitten eines Dreiecks aus richterlicher couragierter Wahrheitsfindung, bewusster Rechtsblindheit und pragmatischer Prozessführung liegen dürfte.

Im Fokus dieser Untersuchung steht der Widerstreit zwischen der Beherrschung des Streitstoffs und dem materiellen Recht. Bender, ein Richter, schätzt zwar, in seiner über dreißigjährigen Tätigkeit sei es nicht mehr als fünfmal vorgekommen, dass eine Partei um die Rechtserheblichkeit einer Tatsache wisse, diese aber zum Schutz der Ehre oder von geschäftlichen oder familiären Interessen nicht vortrage.⁵ Indes wird sich zeigen, dass Obergerichte in jüngeren Entscheidungen bei sog. Schwarzarbeitsabreden voneinander divergierende Rechtsstandpunkte einnehmen und sich hierzu dogmatisch vortrefflich streiten lässt.

Eine Tatsachendisposition meint die Rechtsmacht der Parteien, die Tatsachengrundlage dem Zivilgericht nicht nur vorzutragen, sondern bindend vorzugeben.⁶

¹ Möser, *Patriotische Phantasien*, 1798, S. 116 f.

² Möser, *Patriotische Phantasien*, 1798, S. 114.

³ Trenker, *ÖJZ* 2020, 293 (294).

⁴ Trenker, *ÖJZ* 2020, 293 (294).

⁵ Bender, *JZ* 1982, 709 (710).

⁶ Abweichend teils als Rechtsmacht des Klägers verstanden, auch mit dem Klagegrund den Streitgegenstand zu bestimmen: *Jauernig*, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und

Schon der Begriff ist ein Oxymoron. Ein Dispositionsakt im Sinne einer Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, „*durch das der Verfügende auf ein Recht unmittelbar einwirkt*“.⁷ Eine Tatsachendisposition soll aber auf die tatsächliche Grundlage des Urteils einwirken. Dazu ein theoretischer Beispielfall:⁸

„Der Hersteller eines schlüsselfertigen Hauses wird von einem Parkettleger auf Zahlung des Werklohnes verklagt. Zwischen den Parteien war kein Vertrag zustande gekommen. Den Kläger hatte ein Dritter beauftragt. Trotzdem wurde der Vertragsschluß vom Beklagten nicht bestritten. Er erhob lediglich den Einwand, die Leistung des Klägers weise Mängel auf, es könne daher nur eine Verurteilung Zug um Zug ergehen.“⁹

Nach ganz herrschender Meinung legt das Gericht hier im Ergebnis einen Vertragsschluss zwischen den Parteien als unstreitig zugrunde, § 138 Abs. 3 ZPO.¹⁰ Das Gericht müsse eine Tatsache, die von den Parteien übereinstimmend vorgetragen wird, als wahr unterstellen.¹¹ Dies soll auch dann gelten, wenn das Gericht vom Gegenteil überzeugt ist. Denn auf die Überzeugung des Gerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO komme es nur an, wenn eine Behauptung überhaupt beweisbedürftig ist. Das sei nicht der Fall, wenn die Geständnisfiktion etwa wegen Nichtbestreitens greift.¹²

Zugleich liegt nach herrschender Ansicht kein Konflikt mit der prozessualen Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) vor. Sie verbiete nur die Unwahrheit zugunsten der vortragenden Partei.¹³ Eine Partei sei nicht gehindert, ihr ungünstige gegnerische Behauptungen gegen sich gelten zu lassen,¹⁴ wie hier den Vertragsschluss für den Hersteller, wovon sie mittelbar keinen Nachteil befürchtet.

Aus materiell-rechtlicher Perspektive stellen die Parteien einen Vertragsschluss unstreitig, den sie ohne Weiteres hätten herbeiführen können. Ein gewöhnlicher Werkvertrag (§ 631 BGB) hat keine besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen; es sind keine einschlägigen Gläubiger-, Schuldner- noch Drittschutzvorschriften ersichtlich, insbesondere ist er nicht formbedürftig. Folglich ist eine zu missbilligende

Streitgegenstand, 1967, S. 21 f.; OLG Koblenz, Urte. v. 23. 2. 2006, 7 UF 457/05, juris, Rn. 7 zu § 640d ZPO a. F. = § 177 Abs. 1 FamFG (n. F.).

⁷ BGH, Urte. v. 16. 7. 2014, IV ZR 88/13, BGHZ 202, 122 (128, Rn. 19 m. w. N.), Hervorhebung des Verfassers.

⁸ Vgl. für weitere Beispielfälle im Schrifttum etwa *Thomas*, Die Auswirkungen der im Aktiengesetz enthaltenen materiellen Verzicht- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozeßvergleich, Klaganerkennntnis und Klageverzicht, 1974, S. 145 f.

⁹ *Brehm*, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 24. Hinsichtlich „Vertragsschluss“ siehe zum Problem der juristisch eingekleideten Tatsache und präjudiziellen Rechtsverhältnisse unten 1. Kap. B. III. 5. b).

¹⁰ Siehe unten 1. Kap. B. III. 4. a) aa).

¹¹ LG Berlin, Urte. v. 16. 9. 1977, 53 S 86/77, juris, Rn. 33.

¹² Statt vieler *Greger*, in: Zöller, § 138 ZPO Rn. 9.

¹³ Siehe unten 1. Kap. B. III. 4. c) cc) (1).

¹⁴ *Kern*, in: Stein/Jonas, § 138 ZPO Rn. 6; *Greger*, in: Zöller, § 138 ZPO Rn. 4 m. j. w. N. zum Streitstand.

Umgehung zwingenden materiellen Rechts, derer es prozessual Herr zu werden gilt, nicht zu erkennen.

Weniger einhellig wird die Rechtslage in folgendem vereinfachten Fall des Kammergerichts zu einer sog. Schwarzarbeitsabrede beantwortet:

Die Parteien streiten um Werklohn. Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen. Der Werkvertrag sei gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig, weil die Parteien eine Durchführung ohne Rechnung vereinbart hätten.

Das Kammergericht hat das Urteil des Erstgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Die Parteien haben in zweiter Instanz erklärt, nicht zu behaupten, eine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen zu haben. Wenn zwischen den Parteien aber unstreitig sei, dass sie keine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen haben, sei ein Zivilgericht hieran gebunden, selbst wenn es deutliche Indizien für das Gegenteil gebe. Es komme nicht darauf an, ob dies der Wahrheit entspreche.¹⁵

Hier ist anders als noch im obigen Fall mit § 134 BGB zwingendes materielles Recht betroffen. Die Parteien wollten möglicherweise verhindern, dass das Gericht die Nichtigkeit ihres Werkvertrages erkennt, indem sie Tatsachen vortrugen, bei deren Vorliegen der Tatbestand der Verbotsnorm nicht erfüllt ist. Anders gewendet umgingen die Parteien anscheinend zwingendes materielles Recht.

Die Literatur stimmt dem Judikat überwiegend zu.¹⁶ Die Nichtigkeit eines Vertrags liege oftmals im Interesse einer Partei, so dass diese in der Regel kein Interesse an einer unwahren Tatsachenbehauptung habe.¹⁷ Entziehen die Parteien einer Feststellung gewissermaßen die Grundlage, indem sie ausdrücklich unstreitig stellen, dass sie keine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen haben, spreche nichts dagegen, sie jedenfalls zivilrechtlich auch so zu behandeln.¹⁸ Es bleibe dem Gericht unbenommen, die aus seiner Sicht für einen Verstoß gegen das SchwarzArbG sprechenden Indizien den Steuerbehörden bzw. der Staatsanwaltschaft mitzuteilen, damit diese dem Verdacht in eigener Verantwortung nachgehen.¹⁹

Von dieser Entscheidung des Kammergerichts weicht das Oberlandesgericht Düsseldorf explizit ab.²⁰ Sprächen Indizien für das Vorliegen von Schwarzarbeit,

¹⁵ Vereinfacht nach KG Berlin, Urt. v. 8.8.2017, 21 U 34/15, juris; LG Berlin, Urt. v. 5.3.2015, 13 O 270/14, BeckRS 2015, 122507.

¹⁶ *Funke*, in: Jansen/Seibel, § 1 VOB/B Rn. 26; *Kober*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, § 634 BGB Rn. 153.1; *Bacher*, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK, § 288 ZPO Rn. 14; *Voit*, in: Hau/Poseck, BeckOK, § 631 BGB Rn. 56; *Voit*, NJW 2017, 3795; *Eimler*, NZBau 2018, 155 (156); *Maushake*, NZBau 2020, 578 (579); a. A. *Greger*, in: Zöller, § 138 ZPO Rn. 7; explizit offenlassend OLG Schleswig, Beschl. v. 21.9.2018, 7 U 47/18, juris, Rn. 14.

¹⁷ *Voit*, NJW 2017, 3795.

¹⁸ *Eimler*, NZBau 2018, 155 (156).

¹⁹ *Eimler*, NZBau 2018, 155 (156).

²⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.11.2020, 22 U 73/20, juris, Rn. 24; zustimmend *Weise*, NJW-Spezial 2021, 141; der BGH wies die dagegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde ohne Begründung zurück, § 544 Abs. 6 S. 2 ZPO (Beschl. v. 4.8.2021, VII ZR 328/20, un- veröffentlicht).