

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 18

# Die Präklusion

Ein Beitrag zum Prozeßrecht

Von

Hansjörg Otto



Duncker & Humblot · Berlin

HANSJÖRG OTTO

**Die Präklusion · Ein Beitrag zum Prozeßrecht**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 18**

# Die Präklusion

Ein Beitrag zum Prozeßrecht

Von

Dr. Hansjörg Otto



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der  
Hamburgischen Wissenschaftlichen Stiftung

Alle Rechte vorbehalten  
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1970 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany

*Meinem verehrten Lehrer*  
*Prof. Dr. Dr. h. c. Eduard Bötticher*



## Vorwort

Diese Abhandlung wurde im Oktober 1969 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation eingereicht.

Die Veröffentlichung der Arbeit ermöglicht es mir, meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Bötticher, auch an dieser Stelle für die Jahre zu danken, in denen ich als sein Assistent in engem persönlichen Kontakt habe wirken dürfen. Schon diese Förderung würde die Widmung rechtfertigen. Danken möchte ich jedoch zusätzlich dafür, daß er seinem Schüler das Thema „Präklusion“ anvertraut hat, obwohl ihn selbst die prozessualen Präklusionsnormen immer wieder intensiv beschäftigt und zu einer zusammenfassenden Untersuchung verlockt haben.

Hamburg, im Februar 1970

*Hansjörg Otto*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorbemerkung</b>	<b>13</b>
§ 1 Einleitung	15
I. Zum Begriff „Präklusion“	15
II. Verbindungslinien und Grundfragen	18
<i>Erster Abschnitt</i>	
<b>Die prozessuale Präklusion — Eine kritische Bestandsaufnahme</b>	
§ 2 Zur Abgrenzung der prozessualen Präklusion gegen andere Institute	23
I. Materiellrechtliche Klagefrist und „vorprozessuale“ Präklusion	24
1. § 50 Abs. 1 Satz 1 EheG	25
2. § 3 Satz 1 KSchG (§ 4 Satz 1 KSchG n. F.)	27
II. Treu und Glauben und Präklusion	31
1. § 242 BGB auf der Ebene des materiellen Rechts	31
2. Verwirkung prozessualer Befugnisse	31
§ 3 Innerprozessuale Präklusion	33
I. Zeitliche Einschnitte	34
1. Das Verfahren betreffende Präklusionsnormen	34
2. Verspätetes Vorbringen in der Sache selbst	37
3. Präklusion neuer Ansprüche	44
4. Zur Präklusion des Aufrechnungseinwands	45
II. Inhaltliche Einschnitte	49
1. Zum Wesen der innerprozessualen Bindung gemäß § 318 ZPO	49
2. Zur Präklusionswirkung des Teilurteils	51
3. Zur Präklusionswirkung der Zwischenurteile	52
4. Zur Präklusionswirkung des aufhebenden und zurückverweisenden Urteils (§ 565 Abs. 2 ZPO)	58
§ 4 Außerprozessuale Präklusion	65
I. Begriffsbestimmung	65

II. Rechtskraftfremde Präklusion .....	66
1. § 767 Abs. 2 ZPO .....	67
2. Der Sonderfall des Versäumnisurteils in § 767 Abs. 2 ZPO ....	69
3. § 767 Abs. 3 ZPO .....	73
III. Rechtskraft-Präklusion .....	80
1. Zur Verhinderung des zweiten Prozesses mit identischem Streit- gegenstand .....	81
2. Zur Präjudizwirkung .....	85
3. Zur Unbeachtlichkeit alten, aber nicht vorgetragenen Tat- sachenstoffes .....	88
4. Zur Beschränkung der Präklusionswirkung des § 322 ZPO auf vorgetragene Tatsachen durch Rosenberg, Schwab und Habscheid .....	90
5. Exkurs: Zum Einfluß der Verhandlungs- und Untersuchungs- maxime auf die Präklusion nicht vorgetragener Tatsachen ....	98
6. Ergebnis .....	103
IV. Rechtskrafteergänzende Präklusion .....	104
1. Der Streitgegenstand als Grundbegriff .....	104
2. Der Klageantrag als Grenze der Rechtskraft-Präklusion .....	107
3. Zur Präklusionswirkung im Fall der Teilklage .....	110
V. Die besonderen Präklusionswirkungen des § 323 ZPO .....	118
1. „Billigkeits-“ und „Bestätigungstheorie“ .....	118
2. § 323 Abs. 2 ZPO .....	120
3. § 323 Abs. 3 ZPO .....	124
4. § 323 Abs. 4 ZPO .....	125

### *Zweiter Abschnitt*

#### **Zur Dogmatik der Präklusionsnormen**

§ 5 Zur Struktur der Präklusionsnormen .....	127
I. Gegenstand der Präklusion .....	127
II. Prozessuale Verhaltensnormen — Parteipflichten oder Lasten ....	129
III. Objektive Präklusionsnormen .....	135
IV. Subjektive Präklusionsnormen .....	136
1. Das erwartete Verhalten — Zur Frage einer Nachforschungslast	136
2. Rücksicht auf Beweisschwierigkeiten .....	138
3. Zur Frage des Verschuldens .....	138

Inhaltsverzeichnis	11
V. Die Aufhebung der Präklusionswirkung .....	142
1. Wiedereinsetzung .....	142
2. Wiederaufnahme .....	143
VI. Präklusion und Parteidisposition .....	144
1. Berücksichtigung von Amts wegen .....	144
2. Nachträglicher Verzicht .....	147
3. Disponibles Recht .....	148
4. Prüfung von Amts wegen .....	149
§ 6 Zu den Funktionen der Präklusionsnormen .....	149
I. Beschleunigungsfunktion .....	150
II. Entlastungsfunktion .....	150
III. Schutzfunktion .....	151
IV. Gliederungsfunktion .....	152
V. Präjudizfunktion .....	153
VI. Rechtsfriedensfunktion .....	153

### *Dritter Abschnitt*

#### **Präklusion und Gerechtigkeit**

§ 7 Der Widerstreit .....	156
I. Das unrichtige Urteil als Ausnahme .....	156
II. Das richtige Urteil als alleiniges Prozeßziel .....	158
III. Das Parteiverschulden als Rechtfertigung .....	160
§ 8 Zwei Konfliktsituationen .....	163
I. Zur Präklusion nicht ausgeübter Gestaltungsrechte .....	163
1. Aufrechnung .....	164
2. Anfechtung .....	165
II. Zur Anwendung des § 322 ZPO neben § 616 ZPO .....	168
1. Überlegungen zum Gerechtigkeitsgehalt einer erweiterten Präklusionswirkung .....	169
2. Dogmatische Gesichtspunkte .....	174

<b>Literaturverzeichnis</b>	180
-----------------------------	-----



## Vorbemerkung

Die erste Anregung zu dem Thema dieser Arbeit ging von der Bemerkung *Böttchers* in seiner Besprechung des *Blomeyerschen* Lehrbuchs aus, daß der in der jüngsten Entwicklungsphase der Zivilprozeßwissenschaft so sehr zu Ehren gekommene Begriff einer Präklusionswirkung des Urteils einer besonderen zusammenfassenden Behandlung bedürft hätte<sup>1</sup>. *Böttcher* dachte hierbei nicht etwa an eine bloße Zusammenstellung der „außerprozessualen“<sup>2</sup> (z. B. §§ 322, 323, 616, 767 ZPO) und „innerprozessualen“ (z. B. §§ 279, 529 ZPO) Präklusionsnormen, die sicherlich keine selbständige Untersuchung rechtfertigen könnte. Vielmehr ging es ihm darum, daß die Bedeutung der Präklusion für das prozessuale Geschehen sichtbar gemacht und zugleich das Verhältnis der Präklusion zu anderen Instituten des Prozeßrechts geklärt würde.

Kontrovers ist beispielsweise die Einordnung und Reichweite der Präklusion im *außerprozessualen* Bereich. Dort überrascht, wie schnell sich der Begriff „Präklusion“ geradezu als Widerpart der materiellen Rechtskraft emanzipiert hat. Man denke nur an das Wort von der „*rechtskraftfremden Präklusion*“. Eine solche selbständige Präklusionswirkung ist, soweit ersichtlich, zuerst von *Rosenberg* im Jahre 1931 in seinem Lehrbuch angedeutet worden<sup>3</sup>. *Rosenberg* hat diesen Gedanken dann 1950 in seinem Aufsatz<sup>4</sup> über „Die Präklusionswirkung von Urteilen“ näher ausgeführt, indem er an Hand von Beispielen den Unterschied von materieller Rechtskraft und Präklusionswirkung betonte. *Habscheid*<sup>5</sup> und *Schwab*<sup>6</sup> haben fast zur gleichen Zeit unabhängig voneinander den Gedanken aufgegriffen und ihre Auffassung von einer eigenständigen außerprozessualen Präklusion später weiter herausgearbeitet.

---

<sup>1</sup> ZZP 77, 477, 484.

<sup>2</sup> Außerprozessual nicht im Sinne von *nichtprozessual* (= materiellrechtlich), sondern als Gegensatz zu *innerprozessual*. Vgl. unten S. 65.

<sup>3</sup> 3. Aufl., S. 531.

<sup>4</sup> SJZ 1950, 313 ff.

<sup>5</sup> Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils, AcP 152 (1952/53), 169 ff.; Streitgegenstand, S. 282 ff.

<sup>6</sup> Der Streitgegenstand im Eheprozeß, ZZP 65 (1952), 101 ff.; Streitgegenstand, S. 158 ff.

Aber auch der Kurs der *innerprozessualen* Präklusion ist im Steigen begriffen. Dies beruht nicht zuletzt darauf, daß die Überlegungen zur *Reform der Zivilprozeßordnung* allmählich zu konkreten Gesetzesvorschlägen geführt haben. Lag noch bei Inangriffnahme dieser Arbeit nur der „Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit“ aus dem Jahr 1961 vor, so ist inzwischen der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung“ mit dem Stand vom 17. 11. 1967, der von der Kommission für Zivilprozeßrecht erarbeitet worden ist, wenigstens den interessierten Gruppen zugänglich gemacht worden. Allmählich erreicht das Material auf diese Weise jedenfalls bruchstückhaft eine breitere Öffentlichkeit<sup>7</sup>. Gegenstand des Meinungsstreits ist hierbei vor allem, wie man eine *Beschleunigung* des Prozesses durch eine Verschärfung und Ergänzung der §§ 279, 279 a, 283 Abs. 2 und § 529 Abs. 2 und 3 ZPO erreichen kann und ob das *Streben nach dem materiell richtigen Urteil* in stärkerem Umfang eingeschränkt werden darf.

Wenn nun mit dieser Arbeit der Versuch einer zusammenfassenden Behandlung der prozessualen Präklusion unternommen wird, so trägt dies vielleicht auch dazu bei, eine befriedigende Lösung der beispielhaft herausgehobenen Kontroversen zu finden.

Zum Schluß sei zur *Eingrenzung der Aufgabe* folgendes bemerkt: Bei der Darstellung der prozessualen Präklusion steht das Zivilprozeßrecht im Mittelpunkt, ohne daß eine vollständige Sammlung der Präklusionsnormen angestrebt würde. Dieses Vorgehen wird zum einen durch den Formenreichtum der zivilprozessualen Präklusionsnormen, zum anderen dadurch legitimiert, daß jedenfalls das Verwaltungsprozeßrecht, wie schon die einschlägigen Verweisungsnormen beweisen, die Verwandtschaft trotz der Geltung der Untersuchungsmaxime nicht leugnen kann. Nur dort ist auf das Verwaltungs- bzw. Strafprozeßrecht eingegangen worden, wo gerade der Vergleich das Verständnis fördern könnte<sup>8</sup>. Es mußte im Rahmen der gestellten Aufgabe auch davon abgesehen werden, das im Laufe der Untersuchung entstehende Bild der Präklusion, wie es sich aus der geltenden Zivilprozeßordnung und ihrer Entwicklungsgeschichte ergibt, unter rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten zu würdigen.

---

<sup>7</sup> Vgl. *Deubner*, Über Maßnahmen zur Beschleunigung des Zivilprozesses — eine Stellungnahme zu den einschlägigen Vorschriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, ZZP 82, 257 ff.

<sup>8</sup> Vgl. unten S. 25 f., 36, 60, 85, 98 ff., 143, 158.

## § 1 Einleitung

### I. Zum Begriff „Präklusion“

Präklusion heißt *Ausschluß* und bedeutet laut *Creifelds*, daß „nach gesetzlicher Bestimmung ... unter gewissen Voraussetzungen eine Ausschlußwirkung für bestimmte Rechte und Rechtslagen eintreten“ kann<sup>1</sup>. Als typische Beispiele nennt er die gesetzlichen Fristen für die Mängelrüge im Kauf- und Werkvertragsrecht sowie die Antrags- und Rechtsmittelfristen. Da diese Arbeit sich mit der *prozessualen* Präklusion befaßt — was einen gelegentlichen Seitenblick auf materiell-rechtliche Präklusionsnormen nicht hindert —, sollte eine auf das Prozeßrecht zugeschnittene, präzisere Begriffsbestimmung möglich sein.

Einen ersten Anhalt gibt § 230 ZPO, dessen Wortlaut auf die überwiegende Zahl der Präklusionsfälle zutrifft<sup>2</sup>: „Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei, mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.“ Danach bedeutete Präklusion den Ausschluß mit einer Prozeßhandlung infolge Versäumung. Diese Definition bedarf indessen hinsichtlich des Merkmals „Versäumung“ der Modifikation.

Von Versäumung kann man nämlich nur sprechen, wenn eine Prozeßhandlung innerhalb des für sie vorgesehenen Zeitraums *unterlassen* worden ist. Dies setzt wiederum zumindest voraus, daß die Vornahme der Prozeßhandlung objektiv vor dem Ablauf des Zeitraums möglich war. Hieran fehlt es beispielsweise, wenn der Beklagte in der Berufungsinstanz mit einem Aufrechnungseinwand wegen mangelnder Sachdienlichkeit ausgeschlossen wird (§ 529 Abs. 5 ZPO), obwohl er die Gegenforderung erst nach Schluß der letzten Verhandlung erster Instanz erworben hatte. Oder man denke daran, daß ein Einwand erst entsteht, während sich der Prozeß bereits in der Revisionsinstanz befindet<sup>3</sup>. Auch hier kann man der Partei keine Säumnis vorwerfen. Gleichwohl ist sie für diesen Prozeß mit dem Einwand ausgeschlossen

---

<sup>1</sup> Rechtswörterbuch, S. 802.

<sup>2</sup> Vgl. *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62, 1 ff., 74, der in dieser Norm das Rechtsverwirkungs- oder Rechtsversäumnisprinzip (Contumazialprinzip) vollkommen und ausreichend ausgesprochen fand.

<sup>3</sup> Vgl. *Arwed Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 23 I 3 b, S. 99.