

Schriften zum Prozessrecht

Band 9

Die arglistige Prozesspartei

Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes
arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses

Von

Walter Zeiss



Duncker & Humblot · Berlin

Walter Zeiss / Die arglistige Prozesspartei

Schriften zum Prozessrecht

Band 9

Die arglistige Prozesspartei

Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes
arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses

Von

Dr. iur. Walter Zeiss

Privatdozent in Mainz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Goldschmidt (Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 1, 146) meinte, Oskar *Bülow* habe der beschreibenden Prozeßkunde ein Ende gemacht und die moderne konstruktive Epoche der deutschen Prozeßrechtswissenschaft eingeleitet. Da das Prozeßrecht, wie jedes andere Rechtsgebiet, aber nicht nur durch gesetztes Recht und eine auf ihm aufbauende Systematik bestimmt ist, sondern durch Richterrecht *praeter legem* weiterentwickelt wird, ist es trotz der Verdienste der konstruktiven Epoche an der Zeit, auf induktivem Weg Erscheinungen des Prozeßlebens auszuwerten und durch Typen- und Normenbildung allgemein nutzbar zu machen. Diese Methode der Stoffbehandlung liegt der vorliegenden Untersuchung zugrunde. Es gilt, unter Heranziehung des Materials aus der Judikatur eine Dogmatik für eine Erscheinung zu geben, die unter den Schlagworten Treu und Glauben und gute Sitten im Prozeß, *exceptio doli processualis*, Verwirkung und Mißbrauch prozessualer Befugnisse und hinter der Generalklausel des Rechtsschutzbedürfnisses auftritt.

Die behandelten Entscheidungen sind meist im Wortlaut wiedergegeben. Diese Darstellungsweise ist der Bearbeitung von Richterrecht adäquat. Denn nur der praktische Fall mit seinem Kolorit und nicht das in Studierstuben „ausgedachte“ Beispiel schärft den Blick für die zu regelnden Konfliktsituationen. Auch erspart man so demjenigen, der sich überhaupt dieser Mühe unterziehen wollte, das lästige Nachschlagen der Entscheidungen. Ein Register der verwerteten Judikatur erleichtert die Übersicht.

Die Arbeit hat im Sommersemester 1967 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz als Habilitationsschrift vorgelegen.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wilhelm *Scheuerle*. Seiner Förderung ist das Entstehen der Arbeit zu verdanken. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Horst *Bartholomeyczik* für manche wertvolle Anregung.

Mainz, im Herbst 1967.

Walter Zeiss

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Das Problem	13
II. Das Anliegen und die Methode der Arbeit	17
III. Die Methode der Fallauswahl	21
IV. Gang der Untersuchung	22
B. Die Notwendigkeit einer Norm zur Abwehr prozessualer Arglist	24
I. Der Mangel einer Prozeßrechtsnorm zur allgemeinen Arglistabwehr, Regelungen des Auslands	24
II. Prozeßstrafen und Calumnieneid	25
III. Relikte des Calumnieneides und der Prozeßstrafen im geltenden Prozeßrecht	29
C. Anwendbarkeit und Anwendungsbereich eines Verbotes arglistigen Prozeßverhaltens	32
I. Ein Verbot arglistigen Verhaltens und die angeblich „moralinfreie“ Haltung des Prozeßrechts	32
II. Ausschluß einer Generalklausel durch den Formrigor des Prozeßrechts?	35
III. Spezielle prozessuale Mittel der Arglistabwehr	38
1. Das Verbot mutwilliger Prozeßführung auf Kosten des Staates	38
2. Klagen ohne Veranlassung im Sinne des § 93 ZPO	42
3. Normierte Einzelfälle des Verbots des venire contra factum proprium	43
4. Mißbrauch bei zweckwidrig ausgeübter Rügebefugnis	45
IV. Wahrhaftigkeitsgebot und allgemeine Arglistabwehr	46
V. Prozessualer und materiellrechtlicher Rechtsmißbrauch	50
VI. Keine abschließende Regelung der Arglistproblematik durch die genannten speziellen Mittel	50
VII. Das Programm der Konkretisierung	51
D. Arglistige Schaffung prozessualer Rechtslagen	52
I. Problemstellung	52
II. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Lehre	53
III. Arglistige Schaffung prozessualer Rechtslagen als Problem der Gesetzesumgehung	57

IV. Gesetzesumgehung als Auslegungsproblem	58
V. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch	62
VI. Subjektiver Tatbestand der Gesetzesumgehung?	67
VII. Analyse einiger praktischer Fälle arglistiger Schaffung prozessualer Rechtslagen auf der Grundlage der Gesetzesumgehung	70
1. Die Erschleichung des Gerichtsstandes des § 23 ZPO	70
2. Die Erschleichung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO)	75
3. Die Umgehung der Verpflichtung zur Stellung der Ausländerkaution (§ 110 ZPO)	79
4. Die Erschleichung der sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts durch Erhebung mehrerer Teilklagen (§ 23 Nr. 1 GVG)	81
5. Die Erschleichung des Gerichtsstandes des § 603 II ZPO	86
6. Die Erschleichung des Armenrechts (§ 114 ZPO)	89
7. Die Erschleichung und die Vermeidung der Revisionssumme (§ 546 I ZPO)	89
VIII. Ergebnis	98
E. Das Verbot des venire contra factum proprium im Prozeßrecht	100
I. Das Problem	100
II. Zuwiderhandeln gegen Verträge über prozessuale Befugnisse als vermeintliches Anwendungsgebiet des venire contra factum proprium	100
III. Die vereinbarte Unklagbarkeit als vermeintlicher Fall des venire contra factum proprium	106
IV. Das venire contra factum proprium außerhalb verpflichtender Verträge über prozessuale Befugnisse	109
1. Die Ausdehnung der sachlichen Rechtskraftwirkungen mit Hilfe des § 242 BGB	109
2. Die Ausdehnung der personellen Rechtskraftwirkungen mit Hilfe des Prinzips des venire contra factum proprium	113
V. Die gegen das Verbot des venire contra factum proprium verstoßende Klageerhebung außerhalb einer Nichtangriffsabrede ..	115
VI. Ergebnis	122
F. Die Verwirkung prozessualer Befugnisse	123
I. Das Problem	123
II. Der Tatbestand der Verwirkung	124
III. Gang der Untersuchung	125
IV. Verwirkung der Kostenfestsetzungsbefugnis wegen Verwirkung des Kostenerstattungsanspruchs	125
V. Mangelndes Rechtsschutzbedürfnis statt Verwirkung	128
VI. Mangelnde Beschwer infolge Verwirkung?	131

VII. Verwirkung oder Verpflichtung, eine prozessuale Befugnis nicht auszuüben?	133
VIII. Prüfung der Verwirkung von Amts wegen oder auf Einrede? ..	136
IX. Verwirkbarkeit der Beschwerdebefugnis bei anderweitiger Abänderbarkeit des belastenden Zustands?	140
X. Verwirkbarkeit der Klagebefugnis	142
XI. Ergebnis	149
G. Institutioneller Mißbrauch prozessualer Befugnisse	150
I. Problemstellung	150
II. Mangelnde Praktikabilität des Schikanebegriffs	152
III. Die Zweckentfremdung als Merkmal institutionellen Rechtsmißbrauchs	153
1. Das Prinzip des Rechtsmißbrauchs und das subjektive Recht	154
2. Mißbrauchsunempfindliche und mißbrauchsempfindliche Befugnisse	157
3. Rechtsmißbrauch und Rechtsschutzbedürfnis	160
4. Gang der Untersuchung	163
IV. Vereitelung rechtspolitischer Zwecke unabhängig von der Willensrichtung des Handelnden	163
V. Mißbrauch wegen nutzloser Ausübung prozessualer Befugnisse	166
1. Ausübung einer prozessualen Befugnis, deren möglicher Erfolg bereits gewährleistet ist	167
a) Das Erfordernis der Beschwerde als Einrichtung zur Verhinderung institutionellen Mißbrauchs	167
b) Die prozessuale Überholung als Ausgestaltung des Verbots, nutzlose Prozeßhandlungen vorzunehmen	169
c) Die Erledigung der Hauptsache als Problem prozessualen Befugnismißbrauchs	170
2. Ausübung einer prozessualen Befugnis, bei der das Interesse an der Ausübung auch bei prozessualen Erfolg unbefriedigt bliebe	172
a) Vollstreckungsunmöglichkeit	172
b) Das Interesse an der Befugnisausübung würde nicht befriedigt, weil die Befriedigung eine unzulässige Durchbrechung der Rechtskraft bedeutete	173
c) Nutzlose Erhebung der Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten (§§ 110, 274 ZPO)	174
d) Mangelndes Rechtsausübungsinteresse als materiellrechtliches Problem	175
3. Ergebnis	178
VI. Mißbrauch wegen Ausübung prozessualer Befugnisse zur Prozeß- oder Vollstreckungsverschleppung	179

VII. Mißbrauch wegen Ausübung prozessualer Befugnisse zur Erlangung ungerechtfertigter Vermögensvorteile	189
VIII. Mißbrauch wegen Ausübung prozessualer Befugnisse zur Ausschaltung spezieller Verbote	193
1. Rechtsmittel zur „Umgehung“ des § 99 I ZPO	193
2. Mißbrauch der Popularklagebefugnis zur „Umgehung“ der §§ 325 ff. ZPO	196
IX. Mißbrauch der Ehenichtigkeitsklage	198
X. Ergebnis	202
H. Das Ergebnis der Konkretisierung und die gewohnheitsrechtliche Geltung der konzipierten Generalklausel	203
Wichtigste Literatur	204
Verzeichnis der konkretisierenden Kasuistik	208

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen deutscher Gesetze, Zeitschriften usw. entsprechen dem von Hildebert Kirchner herausgegebenen „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“, Berlin 1957.

Auf folgende Abkürzungen sei ergänzend hingewiesen:

- ABGB** = Oesterreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
- BGE** = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
- JN** = (oesterr.) Jurisdiktionsnorm
- OesterrJZ** = Oesterreichische Juristenzeitung

A. Einleitung

I. Das Problem

Literatur und Rechtsprechung des Zivilprozeßrechts kennen eine Erscheinung, die man als die der arglistigen Prozeßpartei bezeichnen kann. Sie wird durch folgende Beispiele gekennzeichnet.

- a) Ein Inländer will im Inland eine Forderung gegen einen Ausländer einklagen. Der Ausländer hat hier weder Wohnsitz noch Vermögen. Der Gerichtsstand des § 23 ZPO ist daher nicht gegeben. Um ihn herbeizuführen, klagt der Inländer zunächst einen geringen Betrag seiner Forderung vor dem unzuständigen inländischen Gericht ein. Die Klage wird als unzulässig abgewiesen. Sodann macht er seine ganze Forderung im Gerichtsstand des § 23 ZPO geltend. Kann er sich nun, weil der Kostenerstattungsanspruch des Ausländers inländisches Vermögen i. S. des § 23 S. 2 ZPO ist, mit Erfolg auf diesen Gerichtsstand berufen¹?
- b) Ein Berufungskläger, dessen Obsiegen zu erwarten ist, ermäßigt seinen Antrag auf einen Wert, der unter der Revisionssumme liegt. Kann der Gegner nun keine Revision mehr einlegen²?
- c) Ein Kläger hat sich vertraglich verpflichtet, die Klage zurückzunehmen. Er beharrt gleichwohl auf seinem Klageantrag. Was kann der Gegner tun? Hat er eine prozeßhindernde Einrede, oder muß das Gericht von Amts wegen einschreiten³?
- d) Das LG in Breslau erließ 1944 ein Urteil, wonach die Ehe der Parteien geschieden wurde. Das Urteil wurde nicht rechtskräftig, weil der Beklagte Berufung einlegte. Infolge der Kriegswirren wurde das Rechtsmittel nicht mehr behandelt. Nachdem die Parteien nach ihrer gemeinsamen Flucht aus Breslau 10 Jahre in ehelicher Gemeinschaft gelebt hatten, nahm der Beklagte 1955 den Scheidungsrechtsstreit vor dem zuständigen OLG in München wieder auf. Er hatte 1954 Beziehungen zu einer anderen Frau angeknüpft. Um seine noch bestehende Ehe aufzulösen, erklärte er, daß er die Berufung gegen das Urteil des LG in Breslau zurücknehme. Ist seine Ehe nun geschieden⁴?
- e) Das Unterliegen eines inländischen Beklagten steht außer Zweifel. Dennoch erhebt er gemäß §§ 274 II Nr. 5, 110 ZPO die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten. Er weiß, daß er niemals einen Kostenerstattungsanspruch gegen den ausländischen Kläger erlangen wird. Schikane⁵?

¹ Dazu unten D VII, 1.

² Dazu unten D VII, 7.

³ Dazu unten E II.

⁴ Dazu unten F VIII.

⁵ Dazu unten G V, 2 c.

- f) In einem Ehescheidungsprozeß beantragt die Klägerin Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 620 ZPO. Muß das Gericht dem Antrag stattgeben, wenn der Beklagte nachweist, die Klägerin wolle damit den Prozeß verzögern, um ihn finanziell unter Druck zu setzen⁶?
- g) Eine Patentnichtigkeitsklage ist rechtskräftig abgewiesen. Das Urteil wirkt gemäß § 325 ZPO Rechtskraft nur inter partes. Da jedermann die Patentnichtigkeitsklage aus § 13 I Nr. 1 und 2 PatG erheben kann, beauftragt der Kläger seinen Angestellten, die Nichtigerklärung des Patents erneut zu betreiben. Zulässig??

Die Frage ist, wie diese Fälle zu lösen sind.

1. Den Beispielen ist ein charakteristisches Merkmal gemeinsam. Die ihnen zugrunde liegenden Verhaltensweisen sind nach dem geschriebenen Prozeßrecht, man kann sagen „formal“, zulässig. Jedoch gefallen sie unserem Rechtsgefühl nicht. Man denkt an Schikane (§ 226 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Abwertung des Verhaltens als arglistig drängt sich auf. Es stellt sich die Frage, ob man derartige Fälle prozessualer Arglist mit einer der genannten materiellrechtlichen Normen oder einer ihnen vergleichbaren Vorschrift erfassen kann.

2. Die geschilderten Beispiele betreffen, wie ersichtlich, das Erkenntnisverfahren. Sie berühren nicht die Frage des erschlichenen oder sittenwidrig ausgenutzten rechtskräftigen Urteils. Diese ist bereits eingehend behandelt⁶ und soll hier nicht erörtert werden. Ebenso wenig soll das Problem der Schadensersatzpflicht aus rechtswidrigem und schuldhaftem prozessualen Verhalten und wegen Mißbrauchs prozessualer Befugnisse untersucht werden. Es hat als Problem zivilrechtlicher Haftung nichts mit der hier allein interessierenden Frage zu tun, wie Prozeßgegner und Gericht im anhängigen Verfahren auf arglistiges Parteiverhalten reagieren können⁹.

3. Das geltende Prozeßrecht enthält für das Erkenntnisverfahren über die skizzierte Problematik nichts. Insbesondere gibt es keine Norm, die etwa den §§ 138, 226, 242 BGB an die Seite gestellt werden könnte. Nur das Vollstreckungsrecht kennt in § 765 a ZPO eine Vorschrift, die den §§ 242, 138 BGB vergleichbar ist.

4. Die Mittel, mit denen die Rechtsprechung Fälle der beschriebenen Art bewältigt, sind kontrovers. Die zu entscheidende Problematik wird

⁶ Dazu unten G VI, 2.

⁷ Dazu unten G VIII, 2.

⁸ *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961, § 157 mit reicher Literatur.

⁹ Einige Gedanken zur Haftungsproblematik finden sich unten G FN. 167.

als solche des Rechtsschutzbedürfnisses erkannt¹⁰, oder durch eine Einrede der Arglist (*exceptio doli*) erfaßt¹¹, oder mit einer sogenannten *exceptio doli processualis* gelöst¹². Auch der Verwirkungsgedanke spielt neuerdings im Prozeßrecht eine zunehmende Rolle¹³.

5. Die Lehre hat den aufgeworfenen Fragen bisher wenig Beachtung geschenkt. Es gibt zwei Meinungen über die Anwendbarkeit des § 242 BGB.

Die wohl am häufigsten vertretene Ansicht¹⁴ befürwortet die Anwendung des materiellrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben. Sie verspricht sich daraus „fruchtbare Ergebnisse für den Prozeß“¹⁵. Die andere Ansicht lehnt § 242 BGB ab¹⁶. Als Gründe werden angeführt: die Zivilprozeßordnung bekämpfe die Arglist der Partei mit eigenen Mitteln; auch vertrage der Formrigor des Prozesses keine „Aufweichung“ durch eine Generalklausel.

Monographisch hat sich vor allem *Baumgärtel* zu der gegenwärtigen Problematik geäußert¹⁷. Er untersucht¹⁸ die Anwendbarkeit des § 242 BGB im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses und bejaht sie mit zahlreichen, aus dem besonderen Anliegen des Prozesses folgenden Einschränkungen. Er behandelt u. a. Fallgruppen, die er bezeichnet als a) arglistiges Verhalten bei der Gestaltung des Verfahrens (S. 103 ff.), b) arglistige Schaffung prozessualer Befugnisse (S. 108 ff.), c) mißbräuchliche Ausnutzung prozessualer Befugnisse (S. 113 f.) und d) schikanöse Ausübung prozessualer Befugnisse (S. 115 f.). Mit der Verwirk-

¹⁰ Vgl. dazu unten G.

¹¹ Vgl. dazu unten D und E.

¹² Vgl. dazu unten F VII.

¹³ Dazu unten F.

¹⁴ *Staudinger-Weber*, BGB 11. Aufl., § 242 Anm. A 58; *Soergel-Siebert*, BGB 9. Aufl., § 242 Anm. 47; *Palandt-Danckelmann*, BGB 25. Aufl., § 242 Anm. 3; *Stein-Jonas-Schönke-Pohle*, ZPO 18. Aufl., Bem. V 7 vor § 128; einschränkend allerdings *Stein-Jonas-Pohle*, ZPO 19. Aufl. Bem. XI 3 h vor § 128; *Baumbach-Lauterbach*, ZPO 29. Aufl., Einl. III 6 A; *Rosenberg*, aaO, § 61 VII; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, S. 203; *Schönke-Schröder-Niese*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., 1956, S. 25.

¹⁵ *Baumbach-Lauterbach*, aaO.

¹⁶ *Schneider*, Treu und Glauben im Civilprozesse, 1903; *Görres*, ZZZ 34, 1; *Novak*, OesterrJZ 1949, 338; *Baur*, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht, *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 97 ff. (108, 113).

¹⁷ Einige ältere Dissertationen sind nicht sehr aufschlußreich. Vgl. *Beltz*, Treu und Glauben und die guten Sitten nach neuer Rechtsauffassung und ihre Geltung in der ZPO, Diss. Köln 1937; *v. Poellnitz*, Die Arglisteinrede im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses, Diss. Breslau 1937; *Prillwitz*, Der Begriff und die Anwendbarkeit der Arglisteinrede im Zivilprozeßverfahren, Diss. Jena 1914.

¹⁸ Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZZ 69, 89 ff.