

論 説

フランスの債権差押の競合……………若林安雄……………(一)

特に判決手続における
当事者の訴訟行為に関する理論……………G・バウムゲルテル著
石川明訳……………(兎)

バウムゲルテル教授の紹介をかねて……………(八〇)

近大法学

第三十二卷
第一号

第二十卷三・四号 目次

論 說

主権意思の構成と選挙行政法の改善	和田鶴藏
税務訴訟提起の要件としての不服申立ての区別の基準について	中西正安
当事者の知らぬ間になされた婚姻届出の効力	前田正昭
現代ケベックにおける政党政治の一考察	伊藤勝美
公害対策に関する研究について	速水永夫

判例研究

超法規的違法阻却事由の存在を認めた一事例	高橋貞彦
----------------------	------

資 料

クメール共和国憲法	奥原唯弘
一六一四年ハンザ同盟規約	西島弥太郎
不当労働行為の救済の数的検討	雑賀芳三 若林安雄

執筆 者 紹 介 (執筆順)

若 林 安 雄

(法学部助教授)

G・バウムゲルテル

(ケルン大学教授)

石 川 明

(慶応義塾大学教授)

編 集 委 員

委員長 和田 鶴 藏
委員 高 橋 貞 彦
委員 王 義 郎

昭和四十八年十月五日印刷
昭和四十八年十月十日発行

編 集 人 近畿大学法学会

印刷人 溝 田 保

印刷所 近畿大学出版印刷局

発行所 近畿大学法学会
近畿大学法学部内

東大阪市小若江三二一
電話大阪側二三三二番
振替口座大阪二五一五
郵便番号 五 七 七

KINDAI HŌGAKU

THE LAW REVIEW OF KINKI UNIVERSITY

October 1973

Volume XXI

Number 1

Contents

Articles

Le concours de saisies-arrêts en France Y. *Wakabayashi* (1)

Die Lehre von den Parteiprozeßhandlungen, besonders im
Erkenntnisverfahren Prof. Dr. *Gottfried Baumgärtel*, Köln (49)
A. Ishikawa

THE LAW SOCIETY
OF
KINKI UNIVERSITY
OSAKA JAPAN

バウムゲルテル教授の紹介をかねて

去る昭和48年5月25日、Köln 大学法学部教授 Dr. G. Baumgärtel 氏の来日を機に、民事訴訟法学会の厚意ある計らいを得て、本学に於いて同氏の講演を聴く機会を得た。講演は「民事訴訟に於ける信義誠実の原則」と題して、京阪神在住の民事訴訟法学会員・本学法学部教員・大学院生に法学部諸研究団体の聴講者を加えて 200 名余の参会の下、中央図書館の8階研修室にて盛況裡に開催され、大阪大学教授中野貞一郎氏の通訳にて約2時間、聴衆に多大の示唆を与えて無事終了した。その後これを機縁に本学法学部機関誌「近大法学」へ同教授の寄稿を依頼していたところ、本誌収録の一稿が寄せられたことは重ねての喜びであり、本号にその全文及び翻訳を掲載することとした。尚これには慶応義塾大学教授石川明氏の御協力を得、その翻訳を頂戴した。

以下に Baumgärtel 教授の略歴及び主要業績を掲載しておきたい。

同氏は 1920 年 9 月 24 日 Leipzig で神学教授 Dr. Friedlich Baumgärtel 氏の子息として生まれ、Rostock 及び Greifswald で義務教育を終了した後、Göttingen 大学及び Berlin 大学に学んだ。1940 年 7 月 1 日 Celle の高等裁判所の第一回司法国家試験に合格。その後、国防軍に徴集され軍務についたが、戦後先づ一学期間を Göttingen 大学に学んだ後、実務修習についた。München での二次試験に合格の後、1951 年 10 月 Erlangen 大学教授 Dr. Liermann の弟子として「創立 100 年における Erlangen 大学法学部の鑑定者活動と判決活動」のテーマで学位を取得した。同学部の研究助手として勤務する傍ら、1953 年より Erlangen で弁護士として活動。1956 年 Erlangen 大学法学部教授 Dr. Pohle 氏の弟子として「民事訴訟における当事者の訴訟行為の本質と概念」のテーマで大学教授の資格を取得。同

パウムゲルテル教授の紹介をかねて

年4月20日、大学講師に任命される。その後数学期間を Marburg 大学, Göttingen 大学, München 大学で講座を担当。1960年5月 Marburg の Phillips 大学の法政学部において、民法と民事訴訟法の正教授に招聘せられ、約6年間 Marburg での活動後、1966年3月1日以後 Köln 大学法学部に招かれて民事訴訟法と民法を専門に教授している。

既婚で6人の子供がある。主要研究業績は次の通りである。

〔著 書〕

1. Die Gutachter- und Urteilstätigkeit der Erlanger Juristen-fakultät in dem 1. Jahrhundert ihres Bestehens. (Inaug.-Diss.: Erlangen) 1951
Zweite neu überarbeitete Auflage der Dissertation. Erlanger Forschungen, Reihe A: Geisteswissenschaften Bd. 14, 1962
2. Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß. Berlin, 1957 (Habilitationsschrift)
3. Der Zivilprozeßrechtsfall, methodische Anleitung und Fälle mit Lösung für den Studenten. Köln 1965 (Heymanns Verlag)
Zweite, erweiterte Auflage 1967
Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage 1970
4. Das griechische Zivilprozeßgesetzbuch mit Einführungsgesetz in deutscher Sprache. herausgegeben gemeinsam mit Herrn Prof. Dr Rammos, Athen, Köln 1969 (Hymanns Verlag)
5. Einfühlung in das Zivilprozeßrecht mit Examinatorium. Sonderheft 5 der juristischen Arbeitsblätter, Berlin 1969 (Schweitzer Verlag) -gemeinsam mit Herrn Dr. Mes, Wissenschaftlicher Assistent

6. Zivilprozeßrecht - Grundlegende Entscheidungen mit Anmerkungen und Stoffübersicht zur Examensvorbereitung. Köln 1971 (Heymanns Verlag)
7. Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz) — zugleich Modell einer Gesetzvorbereitung mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen. Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 31, Köln 1971 (erscheint in Kürze bei Heymanns) — gemeinsam herausgegeben mit Herrn Dr. Mes

〔共 著〕

Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 16. Auflage, 1954 (vgl. Vor-wort)

Herausgeberschaft : Prozeßrechtliche Abhandlungen von Heft 28 an (seit 1970) - früher herausgeben von Herrn Prof. Dr. Schönte in Verbindung mit den Herren Professoren Dr. Karl Blomeyer, Dr. Max Pagenstecher und Dr. Leo Rosenberg

〔論 文〕

1. Die verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG.
Zeitschrift für Zivilprozeß 67, S. 423/451 (1954)
2. Die fehlerhaften Prozeßhandlungen nach dem Recht des Codex Iuris Canonici.
Österr. Archiv für Kirchenrecht 1954, S. 161/195
3. Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Zivilprozeß.
Zeitschrift für Zivilprozeß 69, S. 86/131 (1956)

4. Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung.
Archiv für die civilistische Praxis 156, S. 265/290 (1957)
5. Der Einfluß von Zustimmungserfordernissen auf die Abtretbarkeit einer Forderung.
Juristenzeitung 1958, S. 654/656
6. Die Wirkung des Erbverzichts auf Abkömmlinge.
Deutsche Notar-Zeitschrift 1959, S. 63/75
7. Die Zulässigkeit der Wiederholung einer Beschwerde nach Erschöpfung des Instanzenzuges.
Juristenzeitung 1959, S. 437 f.
8. Das Verfahren der ordentlichen Gerichte in öffentlich-rechtlichen Streitsachen.
Zeitschrift für Zivilprozeß 73, S. 387/413 (1960)
9. Die Unverwirksamkeit der Klagebefugnis.
Zeitschrift für Zivilprozeß 75, S. 385/407 (1962)
10. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Überwachungspflicht des Rechtsanwalts.
Monatsschrift für deutsches Recht 1958, S. 300
11. Abschluß eines Kaufvertrags durch Stillschweigen auf Rechnungserteilung.
Monatsschrift für deutsches Recht 1958, S. 400
12. Der hartnäckige Darlehnsgeber, ein Zivilprozeßrechtsfall.
Juristische Schulung 1965, S. 395 ff.
13. Ein zweifelhafter Prozeßvergleich, ein Zivilprozeßrechtsfall.
Juristische Schulung 1966, S. 187 ff.
14. Die Grenzen der deutschen internationalen Konkurszustän-

digkeit im Falle des § 238 Abs. 1 KO—zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 237 KO und des § 28 VerglO.

Beitrag zur Festschrift für Fragistas, Bd. 1, S. 6 ff.

15. Welche Anregungen vermag der Entwurf der neuen griechischen ZPO der geplanten deutschen Zivilprozeßreform zu geben? Vima Athen 1967, S. 97 ff. (in griechischer Sprache)
In gekürzter Fassung veröffentlicht—Zeitschrift für Zivilprozeß 68, S. 6 ff.
16. Ein Rechtsmittelfall.
Juristische Schulung 1967, S. 262 ff.
17. Herausgabe des Gedächtnisheftes für Rudolf Pohle.
Zeitschrift für Zivilprozeß 68 (1967) Heft 1–2
18. Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß.
Beitrag zur Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, S. 41 ff.
19. Zu den Münchner Studienreformbeschlüssen — radikale Beschränkung des Prozeßrechts?
Juristenzeitung 1968, S. 371
20. Die Grenzen für eine Zulassung der Gegenvorstellung gegen eine letztinstanzliche Beschwerdeentscheidung.
Monatsschrift für deutsches Recht 1968, S. 970 ff.
21. Die Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweise bei der Beschwerdeentscheidung nach § 91a Abs. 2 ZPO.
Monatsschrift für deutsches Recht 1969, S. 803 ff.
22. Der Gesamtschuldner im Zivilprozeß.
Karlsruher Forum 1970 (Zeitschrift für Versicherungsrecht)

23. Das Problem der Klageveranlassung (§ 93 ZPO) bei Teilleistungen (§ 266 BGB) in Kraftfahrzeug-Haftpflichtprozessen.
Versicherungsrecht 1970, S. 969 ff.
24. Eine Rechtstatsachenuntersuchung über die Ursachen der zu langen Prozeßdauer, zugleich eine Stellungnahme zur Beschleunigungsnovelle.
Juristenzeitung 1971, S. 441 ff.
Das gleiche Thema wurde in einem Beitrag zur Gedächtnisschrift für Michilakis, Athen, behandelt (im Druck)
25. Eine Rechtstatsachenforschung zur ZPO-Novelle — Modell einer Gesetzesvorbereitung unter Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen.
Beitrag zur Festschrift für Ekelöf, Uppsala (Druck)
26. Ist die generelle Einführung des „Stuttgarter Modells“ erstrebenswert?
Juristische Arbeitsblätter November 1971,
Schweitzer Verlag (im Druck)

Ferner zahlreiche Rezensionen und Entscheidungsanmerkungen.

Die Lehre von den Parteiprozeßhandlungen, besonders im Erkenntnisverfahren

Prof. Dr. Gottfried Baumgärtel, Köln

Das Problem der Parteiprozeßhandlung ist von eminent praktischer Bedeutung. Nachdem der jahrzehntelange Streit um den Begriff der Parteiprozeßhandlung zum Stillstand gekommen ist, sind in letzter Zeit in der Bundesrepublik zahlreiche Arbeiten über Einzelprobleme der einseitigen Parteiprozeßhandlung und der Prozeßverträge erschienen. Ich nenne beispielsweise die Schriften von *Arens*¹⁾, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, *Wolf*²⁾, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, *Schlosser*³⁾, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, *Hellwig*⁴⁾, Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages, *Soehring*⁴⁾, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen, und von *Baur*⁵⁾, Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß. Ich habe nicht die Absicht—und dies wäre im Rahmen eines Seminarreferats auch nicht möglich—auf diesen riesigen Problemkreis einzugehen. Ich möchte vielmehr exemplarisch ein Thema herausgreifen, um Ihnen die Entwicklungstendenz der deutschen Prozeßrechtslehre, die auf eine starke Liberalisierung, d. h. eine Verstärkung der Parteiherrschaft im Zivilprozeß, hinausläuft, deutlich zu machen. Dies soll an der Lehre von den Willensmängeln geschehen, wie sie von *Arens* neuerdings entwickelt worden ist.

Ich glaube, daß dieses Thema hier besonderes Interesse findet. 1959 war das Thema, „die Anfechtung von Prozeßhandlungen“ ja auch Gegenstand einer Referendarprüfung, wie wir aus einer Veröffentlichung von Herrn Prof. Dr. *Nakano*⁷⁾ über die Juristenausbildung in Japan wissen.

Bevor ich auf dieses interessante Thema eingehe, möchte ich Ihnen jedoch - zur Einführung - einen gestrafften Überblick über die Lehre von den Parteiprozeßhandlungen⁸⁾ geben. Liegt die Durchführung des Prozesses auch in den Händen des Gerichts, so haben die Parteien auf die Gestaltung und den Ausgang des Prozesses doch einen entscheidenden Einfluß. Nach der Dispositionsmaxime liegt die Bestimmung des Streitgegenstandes in der Hand des Klägers. Die Parteien können auch gemeinsam ihr nur den Streitgegenstand durch Prozeßvergleich sowie durch beiderseitige Erledigungserklärung disponieren. Die Beschaffung der Urteilsgrundlage ist nach der Verhandlungsmaxime grundsätzlich Sache der Parteien. Die Parteien üben ihre prozessualen Befugnisse durch Prozeßhandlungen aus, die nach der allgemein anerkannten Lehre von *James Goldschmidt*⁹⁾ in Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen eingeteilt werden. Die Erwirkungshandlungen sind auf ein Tätigwerden des Gerichts gerichtet. Dazu gehören die Anträge, Behauptungen und Beweisantritte. Die Bewirkungshandlungen führen zu einer unmittelbaren Gestaltung einer Prozeßlage. So bewirkt z. B. die Klagerücknahme das Erlöschen der Rechtshängigkeit.

Das zentrale Problem der Parteiprozeßhandlungen ist die Ab-

grenzung von den Rechtsgeschäften des Bürgerlichen Rechts. Parteiprozeßhandlungen werden daher auch nach überwiegender Lehre als Rechtshandlungen der Partei bezeichnet, die in Voraussetzungen und Wirkungen den Regeln des Prozeßrechts unterliegen. In meiner Habilitationsschrift¹⁰⁾ habe ich einen funktionellen Prozeßhandlungsbegriff entwickelt, nach dem Prozeßhandlungen solche Handlungen der Parteien sind, deren Hauptwirkung auf prozessualen Gebiet liegt.

Die persönlichen Handlungsvoraussetzungen, die als Prozeßhandlungsvoraussetzungen bezeichnet werden, unterliegen eigenen Regeln. Das gilt unter anderem für die Prozeßfähigkeit und die Parteifähigkeit, die gleichzeitig Prozeßvoraussetzungen sind. Weitere Prozeßhandlungsvoraussetzungen sind die Prozeßführungsbefugnis, die Postulationsfähigkeit und die Vertretungsmacht. Die Parteiprozeßhandlungen unterliegen nach der herrschenden Lehre nicht den Regeln des BGB über die Anfechtung wegen des Vorliegens von Willensmängeln. Im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften des Bürgerlichen Rechts können Prozeßhandlungen grundsätzlich auch nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden. Das verbietet das Erfordernis der Klarheit der Prozeßsituation. Freilich können Erwirkungshandlungen eventual vorgenommen werden. Es sind also Eventualanträge zulässig. Sehr umstritten ist die Frage, welche Rechtsnatur den einseitigen Gestaltungsgeschäften, die im Prozeß vorgenommen werden, zukommt. Das gilt beispielsweise für die Prozeßaufrechnung. Nach wohl überwiegender Lehre werden die einseitigen Gestaltungsgeschäfte als

Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts angesehen.

Nicht nur durch einseitige Prozeßhandlungen, sondern auch durch Gesamttakte und Verträge können die Parteien auf die Gestaltung und den Ausgang des Prozesses einwirken. Das gilt beispielsweise für die Prorogation. Der Vertrag hat zwar prozessuale Wirkungen, indem er eine nach dem Gesetz nicht bestehende Zuständigkeit begründet. Er unterliegt aber anders als die einseitigen Parteiprozeßhandlungen weitgehend den Regeln des Bürgerlichen Rechts wie den §§ 119 ff. BGB. Ein weiterer wichtiger gesetzlich geregelter Prozeßvertrag ist der Schiedsvertrag. Es ist viel umstritten, in welchem Umfange die Parteien außerhalb der gesetzlichen Regelung durch Verträge den Prozeß gestalten können. Ein Konventionalprozeß ist grundsätzlich verboten. So können die Parteien das Gericht nicht durch Vereinbarung zwingen, den Termin zu vertagen. Ein Vertrag ist überall da unzulässig, wo die Normen der ZPO zur Erfüllung der dem Gericht übertragenen Rechtsschutzaufgaben strikt angewandt werden müssen. So ist ein Vertrag, der die freie Beweiswürdigung ausschaltet, unzulässig. Außerdem sind auch die Interessen der Parteien an der Wahrung ihrer Entschlußfreiheit zu berücksichtigen. So ist ein Vertrag, in dem der Schuldner die Verpflichtung übernimmt, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen, nach herrschender Lehre unzulässig. Als zulässig dagegen werden u. a. der Rechtsmittelverzichtsvertrag und das Klagerücknahmeversprechen angesehen.

Besondere Bedeutung kommt dem Prozeßvergleich zu. Seine

Rechtsnatur ist viel umstritten. Nach jetzt wohl in der Bundesrepublik herrschender Auffassung hat der Prozeßvergleich eine Doppelnatur, d. h. er enthält gleichzeitig einen privatrechtlichen Vergleich in untrennbarer Verbindung mit einem Prozeßbeendungsvertrag. Der Theorienstreit um den Prozeßvergleich hat praktische Bedeutung für die Frage, ob im Falle der Anfechtung des Vergleichs, des Rücktritts usw. der Streit in dem alten Verfahren oder in einem Neuen Prozeß auszutragen ist.

So viel als Kurzüberblick über die Prozeßhandlungslehre.

Und nun darf ich Ihnen meine Auffassung zu der neuen von *Arens* entwickelten Lehre über die Willensmängel bei Parteiprozeßhandlungen im Zivilprozeß vortragen, die erhebliches Aufsehen erregt hat. In induktiver Methode hat er die wichtigsten Parteiprozeßhandlungen exemplarisch daraufhin untersucht, ob die bürgerlich-rechtlichen Regeln der Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder Täuschung anwendbar sind. Die bisherige Ablehnung der Anwendbarkeit durch Lehre und Rechtsprechung wird wie folgt begründet: die meisten Prozeßhandlungen sind frei widerruflich, so daß es in diesen Fällen zu ihrer Beseitigung einer Anfechtung gar nicht bedarf. Soweit aber eine unwiderrufliche, d. h. unverrückbare Prozeßsituation eingetreten ist, verbietet das Erfordernis eines ungestörten Prozeßablaufs eine Anfechtung wegen Irrtums. In den Fällen der Drohung und Täuschung liegt in der Regel gleichzeitig ein Restitutionsgrund i. S. des § 580 ZPO vor, der dann eine Beseitigung der unverrückbaren Prozeßsituation

durch Widerruf der Prozeßhandlung rechtfertigt. Hierbei ist nur umstritten, ob in den Fällen des § 580 Ziff. 1-5 zum Widerruf das Vorliegen eines rechtskräftigen Strafurteils Voraussetzung ist¹¹⁾.

Arens stellt seine Untersuchung unter die grundsätzliche Fragestellung, ob dem ungestörten und raschen Verfahrensablauf oder dem Herbeiführen einer gerechten Entscheidung, die bei einer Nichtbeachtung von Willenmängeln in Frage stehe, der Vorzug zu geben ist. Mit dieser Problemstellung wird deutlich, daß die Arbeit in einem aktuellen Bezug zu den Reformbestrebungen in der Bundesrepublik zur Beschleunigung des Zivilprozesses steht. Von der grundsätzlichen Sicht aus, daß der Zivilprozeß von der im Bürgerlichen Recht geltenden Privatautonomie beherrscht wird, gibt er dem Willen der sich irrenden, getäuschten oder bedrohten Partei den Vorzug vor dem Gesichtspunkt des ungestörten Verfahrensablaufs. Damit knüpft er an die Arbeiten von *Walsmann*¹²⁾ und *Werner*¹³⁾ aus dem Jahre 1907 und 1915 an, die die Anwendbarkeit der Willensmängelregel im Zivilprozeß grundsätzlich bejaht haben. Diese Auffassung hat sich nie durchsetzen können. Das Ergebnis der Untersuchungen von *Arens* ist, daß die Klage- und Rechtsmittlrücknahme, das Geständnis über die Regelung des § 290 ZPO hinaus sowie das Anerkenntnis und der Verzicht anfechtbar seien.

Teile ich auch das Grundanliegen von *Arens*, sich wieder stärker auf die Zusammenhänge von Zivilprozeßrecht und materiellem Recht zurückzubedenken, und auch seine Auffassung, der Herbeiführung einer gerechten Entscheidung der Vorzug vor der Pro-

zeßbeschleunigung zu geben ist, so halte ich doch die Ergebnisse von Arens aus praktischen und theoretischen Gründen für denklich.

Zunächst zu den praktischen Auswirkungen dieser neuen Theorie. Die Zulassung der Anfechtung in den genannten Fällen bringt gegenüber der bisherigen Lösung der streitigen Grenzfälle für die Beteiligten keine Erleichterung, sondern eher eine Komplizierung und Unklarheit der Rechtslage. Das soll am Beispiel der Anfechtung der Klagerücknahme¹⁴⁾ gezeigt werden. Der einzige Vorteil den *Arens* in der Zulassung der Anfechtung der Klagerücknahme sieht, ist die Verwertbarkeit des bisherigen Verhandlungsergebnisses des Verfahrens, das nach erfolgreicher Anfechtung ja weiterhin rechtshängig bleibt. Diesem einzigen Vorteil steht eine erhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich der materiellrechtlichen Nebenfolgen der Rechtshängigkeit, die mit der Anfechtung der Klagerücknahme wieder auflebt, gegenüber. Das gilt z. B. bezüglich der Zahlung der Prozeßzinsen gemäß § 291 BGB. *Arens* will den Schutz des Anfechtungsgegners durch eine entsprechende Anwendung des § 122 BGB erreichen, wonach der Anfechtende zum Ersatz des negativen Schadens verpflichtet ist. Diese Schadensersatzregelung des Bürgerlichen Rechts ist aber im prozessualen Bereich als ein Fremdkörper anzusehen. Um die Verwertung des bisherigen Verhandlungsergebnisses zu erreichen, bedarf es nicht der Zulassung der Anfechtbarkeit der Klagerücknahme. Ein sinnvolles Ergebnis kann auch mit der herrschenden Lehre von der Unanfechtbarkeit der Klagerücknahme erreicht

werden. Der Kläger kann jederzeit nach Klagerücknahme erneut Klage erheben; das Ergebnis der bisherigen Verhandlung kann dadurch verwertet werden, daß die Akten des früheren Verfahrens beigezogen werden. Zwar binden Geständnisse, die im ersten Verfahren abgegeben worden sind, nicht mehr, sie können aber gemäß § 286 ZPO vom Gericht frei gewürdigt werden.

Durch die Zulassung der Anfechtbarkeit der Rechtsmittelzurücknahme ist ebenfalls praktisch nichts gewonnen, da die Partei ohnehin bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist das Rechtsmittel jederzeit erneuern kann. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist läßt auch *Arens*¹⁶⁾ eine Anfechtung im Hinblick auf den Eintritt der Rechtskraft nicht zu.

Anerkenntnis und Verzicht sollen nach der Auffassung von *Arens*¹⁷⁾ in allen Fällen des § 119 BGB anfechtbar sein. Aus der Vielfalt der Probleme will ich hier nur die Frage erörtern, ob man bei einem Irrtum über die Rechtslage durch den Beklagten eine Anfechtung gemäß § 119 II BGB zulassen kann. *Arens* bejaht dies mit der Begründung, daß es sich hierbei um einen Eigenschafts-irrtum handele. Abgesehen davon, daß die Begründetheit der Klage keine Eigenschaft im Sinne dieser Vorschrift ist, widerspricht die Auffassung von *Arens* auch der eigentlichen Funktion des Anerkenntnisses, die in der „streitlosen Herbeiführung des Rechtsfriedens“ zu sehen ist. Der Anerkennende könnte jederzeit gegen das Anerkenntnisurteil, durch das er ja beschwert ist. Berufung mit der Begründung einlegen, er habe sich bei der Abgabe des Anerkenntnisses über die Rechtslage geirrt. *Jauernig*¹⁸⁾

hebt mit Recht hervor, daß schon der *behauptete* Irrtum das Gericht zwingen würde, die Begründetheit der Klage im Zeitpunkt des Anerkenntnisses zumindest *partiell* zu prüfen, eine Prüfung, die gerade durch das Anerkenntnis und den Verzicht abgeschnitten werden soll. Daran wird deutlich, daß durch eine Zulassung der Anfechtung im Falle des Irrtums über die Rechtslage die zur raschen Herstellung des Rechtsfriedens wichtige Bestimmung des § 307 ZPO praktisch ihre Bedeutung verlieren würde. Auf die beiden anderen Fälle des Irrtums werde ich nachher noch kurz eingehen.

Arens hat in der Frage der Anfechtbarkeit der einseitigen Prozeßhandlungen meines Erachtens der Privatautonomie des Bürgerlichen Rechts zu weit die Tore für den Prozeß geöffnet.

Außer den skizzierten praktischen Bedenken bestehen erhebliche theoretische Zweifel. Das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht ist von *Arens* nicht richtig gesehen. Er stellt die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse dem prozessualen Parteiverhalten gleich, wenn er den Gesichtspunkt der erhöhten Verantwortlichkeit der Parteien im Prozeß Im Verhältnis zum privaten Rechtsverkehr als ungeeignetes Argument für die eigenständige Regelung des Prozeßrechts bezeichnet. Er übersieht dabei, daß das Handeln der Parteien in ihrem einzelnen Prozeß auch unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens des Rechtspflegeapparates im ganzen zu beurteilen ist. Die Privatautonomie ist im Prozeß eingeschränkt. Die Parteien haben eine Dispositionsbefugnis nur nach Maßgabe des Prozeßrechts. Auch ein

zweites theoretisches Argument spricht gegen *Arens*: seine Auffassung führt auf die längst überwundene Lehre vom Prozeßrechtsgeschäft zurück, die freilich fast gleichzeitig von dem griechischen Prozessualisten *Beys*¹⁸⁾ in seinem Beitrag zur Festschrift für *Fragistas*¹⁹⁾ neu belebt worden ist. Wenn es *Arens* auch nicht ausspricht, so zeigen doch seine Erörterungen zu der Unterscheidung von prozessualen Willens- und Wissenserklärungen, daß er der Lehre vom Prozeßrechtsgeschäft zuneigt. Nur diejenigen Parteiprozeßhandlungen sind nach seiner Auffassung den Willensmängelregeln des BGB überhaupt zugänglich, die sich als prozessuale Willenserklärungen erweisen wie z. B. das Anerkenntnis und der Verzicht. Für diese ist nach der Meinung von *Arens* der Wille der Partei Geltungsgrund der Prozeßhandlung. Damit gehört der Wille zum Tatbestand der Prozeßhandlung. *Arens* übersieht dabei, daß die Willensmängel ein Problem sämtlicher Rechtshandlungen²⁰⁾ des Bürgerlichen Rechts, wie z. B. der Rechtsgeschäftsähnlichen Handlung der Mahnung ist. Die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Willensmängelregel auf die Parteiprozeßhandlungen kann also, wenn an die moderne Dogmatik der Willensmängellehre zugrundegelegt, nicht damit begründet werden, daß es sich bei den anfechtbaren Parteiprozeßhandlungen um Willenserklärungen handelt.

Die Lehre von *Arens* ist weitgehend auf Ablehnung gestoßen, so in den Lehrbüchern von *Rosenberg-Schwab*²¹⁾, *Lent-Jauernig*²²⁾ und *Zeiss*²³⁾ sowie in dem Kommentar *Stein-Jonas*²⁴⁾. Auch *Henckel*²⁵⁾ und *Gaul*²⁶⁾ haben sich eingehend mit dieser Lehre befaßt

und sie abgelehnt. Am überzeugendsten sind die Argumente von *Gaul*, der in der Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Willensmängelregeln bei einseitigen Prozeßhandlungen eine Verschiebung eines ausgewogenen Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht sieht. *Henckel* begründet seine Ablehnung der Lehre von *Arens* damit, das die einseitigen Parteiprozeßhandlungen keine Rechtsgeschäfte sondern Rechtsausübungshandlungen seien, die, wenn sie eine negative Wirkung wie die Klagerücknahme haben, zur Verwirkung des Rechtsschutzes führen, die ebensowenig durch Anfechtung beseitigt werden kann wie die Verwirkung im Bereich des materiellen Rechts. Diese Argumentation vom materiellen Recht her überzeugt nicht, sie ist auch zu stark begrifflich und läßt ebenso wie die Lehre von *Arens* eine Berücksichtigung des Funktionierens des Rechtsschutzapparates wissen.

Der Lehre von *Arens* wird—soweit zu übersehen ist—nur von wenigen zugestimmt. Bei *Grunsky*²⁷⁾ geschieht dies—für den Prozeßverzicht—mit den lapidaren Sätzen, die ich wörtlich zitieren will: „Es dürfte kaum einem Kläger klar zu machen sein, daß er einen außerprozessual erklärten materiell-rechtlichen Verzicht unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. BGB anfechten kann, während er an eine prozessuale Verzichtserklärung gebunden sein soll. Es ist reine Begriffsjurisprudenz, unter Verkennung dieser Interessenlage auf den Charakter des Verzichts als Prozeßhandlung abzustellen. Sachgerecht ist es vielmehr, dem Kläger ein Loskommen von der Verzichtserklärung unter den Voraussetzungen der §§ 100 ff BGB zu ermöglichen“. *Grunsky* will die Anfechtungs-

wirkung freilich nur ex nunc gelten lassen. So sehr alle Versuche, den Dualismus von Prozeßrecht und materiellem Recht zu überwinden, zu begrüßen sind, so sehr ist vor einer undifferenzierten Gleichmacherei, wie sie bei Grunsky zutage tritt, zu warnen. Auch *Wolf* folgt in seiner Abhandlung „Das Anerkenntnis im Prozeßrecht“²⁸⁾ der Auffassung von Arens, wenn auch nicht uneingeschränkt. Er will die Anfechtung des Anerkenntnisses wegen eines Irrtums über die Rechtslage nicht gelten lassen, weil es sich um einen Motivirrtum handele. Das Risiko für die Richtigkeit des Motivs trage der Beklagte. Dagegen stimmt er *Arens* von seiner Grundauffassung aus, daß sich das Anerkenntnis auf das festzustellende materielle Recht beziehe, für die Fälle des Erklärungs- und Inhaltsirrtums zu. Dagegen ist folgendes einzuwenden: ein Erklärungsirrtum hat im Hinblick auf § 139 ZPO, der dem Richter eine Aufklärungs- und Belehrungspflicht vorschreibt, praktisch wohl keine Bedeutung. Der Richter wird, wenn die Partei anwaltlich nicht vertreten ist, den Anerkennenden über die Bedeutung des Anerkenntnisses belehren und dabei feststellen, ob die Partei das Anerkenntnis wirklich erklären will. Für den Inhaltsirrtum, der z. B. dann vorliegt, wenn sich der Beklagte bei einem Teilanerkennnis bezüglich des Teils, den er anerkennen wollte, irrt, gilt aber das gleiche Argument, das *Wolf*²⁹⁾ für den Motivirrtum darlegt, nämlich der Satz von der erhöhten Verantwortlichkeit der Partei im Prozeß. Die Beachtung des Inhaltsirrtums wäre mit der streitbeendenden Funktion des Anerkenntnisses nicht vereinbar.

Die hier dargestellte und kritisierte Lehre von *Arens* soll gewissermaßen stellvertretend für viele andere Untersuchungen auf dem Gebiet der Prozeßhandlungen die Tendenz aufzeigen, der Privatautonomie im Prozeß wieder größere Freiheit zu geben. Die Antinomie von Richtermacht und Parteifreiheit hat große rechtspolitische Bedeutung. Sie schlägt sich, wie die zahlreichen neueren Abhandlungen zeigen, besonders in der Lehre von den Parteiprozeßhandlungen nieder. Ich glaube, daß die Willensmängel lehre ein besonders geeigneter Gegenstand ist, an dem man die Frage nach der Richtigkeit einer Liberalisierung des Prozeßrechtes diskutieren kann.

* Die Abhandlung gibt ein Referat wieder, das ich am 18.5.1973 im Rahmen eines Seminars an der Keio-Universität gehalten habe. Die Vortragsform ist beibehalten. Die Fußnoten beschränken sich auf einige Hinweise.

- 1) 1966 (Verlag Gehlen)
- 2) 1969 (Verlag Gehlen)
- 3) 1968 (Verlag J.C.B. Mohr)
- 4) 1968, Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 78
- 5) 1968, Schriftenreihe Anaes Universitatis Saraviensis, Heft 32
- 6) Festschrift für Eduard Böttcher, 1969, S. 1 ff.
- 7) JuS 65, 460 ff.
- 8) Vgl. *Baumgärtel-Mes*, Einführung in das Zivilprozeßrecht JA Sonderheft 5, 3. Aufl. 1973, S. 33 ff.; *Lent-Jaermig*, 16. Aufl., 1972 § 29; *Rosenberg-Schwab*, 10. Aufl., 1969, §§ 65—69, jeweils mit Nachweisen
- 9) Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 364 ff, 456 ff.
- 10) Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, 2. unveränderte Auflage 1972, prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 34
- 11) so BGH Z 12, 284; 33, 73; dagegen u. a. *Baumgärtel*, Zivilprozeßrecht,

- grundlegende Entscheidungen mit Anmerkungen und Stoffübersichten zur Examensvorbereitung, 1971, S. 97
- 12) Irrtum im Prozeßrecht, AcP 102, 1 ff.
- 13) Willensmängel bei Prozeßhandlungen, Grünhuts Z 1915, 337 ff.
- 14) vgl. *Arens* a. a. O., S. 119 ff.
- 15) a. a. O., S. 126 ff.
- 16) a. a. O., S. 136 ff.
- 17) a. a. O., S. 205 ff.
- 18) a. a. O., (N. 8) § 47 VI
- 19) „Die Bedeutung des Willens der Partei für ihre Prozeßhandlung“, Saloniki 1968, Bd. I B S. 327 ff.
- 20) vgl. dazu auch *Gaul*, AcP 172 (1972) S. 347 ff.
- 21) a. a. O., (N. 8) § 65 V 3
- 22) a. a. O., (N. 8) §§ 29 VII, 47 VI
- 23) Zivilprozeßrecht, 1971, § 35 VII
- 24) *Stein-Jonas-Schumann-H Leipold*, ZPO, 19. Aufl, § 307 V N. 46
- 25) Festschrift für Böttcher a. a. O., S. 173 ff.
- 26) AcP 172, 342 ff.
- 27) Grundlagen des Verfahrensrechts, 1970, S. 75
- 28) a. a. O., (N. 2) S. 70 ff.
- 29) a. a. O., S. 72