

Schriften zum Prozessrecht

Band 39

Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung

Die Abänderbarkeit einer oberlandesgerichtlichen
Beschwerdeentscheidung im Zivilprozeß

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur
der Berufung und der Beschwerde

Von

Dr. Theo Ratte



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

THEO RATTE

Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung

Schriften zum Prozessrecht

Band 39

Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung

Die Abänderbarkeit einer oberlandesgerichtlichen
Beschwerdeentscheidung im Zivilprozeß

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur
der Berufung und der Beschwerde

Von

Dr. Theo Ratte



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03447 3

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Oktober 1973 abgeschlossen worden und hat der Fakultät der Abteilung für Rechtswissenschaft der Ruhr-Universität Bochum im Wintersemester 1973/74 als Dissertation vorgelegen. Literatur- und Judikaturangaben sind auf den Stand von Anfang 1975 gebracht.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Walter Zeiss, danke ich aufrichtig und herzlich für die vielfältige Unterstützung und persönliche Förderung, die er mir während meiner Tätigkeit als Assistent an seinem Lehrstuhl hat zuteil werden lassen. Er gab mir auch die Anregung zu dem Thema und verfolgte den Fortgang der Arbeit mit großer Anteilnahme und vielen kritischen Hinweisen. Mein besonderer Dank gilt weiterhin Herrn Bundesrichter a. D. Professor Dr. Erhard Bökelmann für manche wertvolle Anregung.

Bochum, im Januar 1975

Theo Ratte

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Einführung und Abgrenzung

§ 1 <i>Einleitung</i>	13
I. Problem und Anliegen der Arbeit	13
II. Der Gang der Untersuchung	15
§ 2 <i>Erweiterung des Beschwerderechtszuges, Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung</i>	15
I. Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung eröffnen kein neues Verfahren	17
II. Begriffsbestimmungen	17
1. „Änderung“ der Beschwerdeentscheidung ist im weitesten Sinne zu verstehen	17
2. „Rechtsmittel“ sind allein die in den §§ 511 bis 577 ZPO aufgeführten Behelfe	17
III. Verhältnis von Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung	18
1. Definition von Gegenvorstellung und Wiederholung der Beschwerde	18
2. Eine mögliche Wiederholung der Beschwerde schließt die Gegenvorstellung aus	20

Zweiter Teil

Die Wiederholung der Beschwerde

§ 3 <i>Der Meinungsstand zur Wiederholung der Beschwerde</i>	24
I. Ausgangspunkt ist die einfache Beschwerde	24
II. Die Meinung, die eine Wiederholung der Beschwerde uneingeschränkt für zulässig hält	24
III. Die Meinung von der generellen Unzulässigkeit einer Wiederholung der Beschwerde	26
IV. Die Mittelmeinung	26
1. Eine unzulässige Beschwerde ist wiederholbar	26
2. Die Verneinung der Wiederholung einer sachlich beschiedenen Beschwerde wegen der formellen Rechtskraft	26
3. Einschränkung der Wiederholung der Beschwerde mit Rechtsmittelgrundsätzen	28
4. Ergebnis	30

§ 4	<i>Der Ansatzpunkt der hier vertretenen Lösung</i>	31
	I. Bedenken gegen eine Wiederholung der Beschwerde wegen des numerus clausus der Rechtsmittel	31
	II. Der Einfluß der Beschwerdeentscheidung auf den Bestand des angefochtenen Erkenntnisses	34
	1. Der Ausgangspunkt	34
	2. Die Grundsätze der Berufung sind bei der Lösung heranzuziehen	34
	3. Die gedanklich mögliche Gestaltung der Rechtsmittel und ihre Bedeutung für die Wiederholung der Beschwerde	36
§ 5	<i>Die herrschende Auffassung zur Rechtsnatur von Berufung und Beschwerde im heutigen Recht</i>	38
	I. Der Wortlaut der §§ 511 ff. ZPO ist nicht eindeutig	38
	II. Die „appellatio“ des römischen Rechts ist das Vorbild der ZPO	39
	1. Der Gegenstand des Berufungsverfahrens	39
	2. Berufung und Beschwerde erlauben eine Veränderung der Entscheidungsgrundlage	40
	3. Berufungs- und Beschwerdeerkenntnis entscheiden erneut über den prozessualen Anspruch	41
§ 6	<i>Die Rechtsnatur der Rechtsmittel in der Sicht Jauernigs und Gilles'</i>	42
	I. Jauernig verneint eine Entscheidung über den prozessualen Anspruch	43
	II. Die Ansicht Gilles'	43
	1. Die Rechtsmittel seien prozessuale Gestaltungsklagen	43
	2. Das Rechtsmittel, das Aufhebungsbegehren, sei Streit- und Entscheidungsgegenstand	44
	3. Die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung stelle nur die Begründetheit des Aufhebungsbegehrens fest	45
	4. Gilles' These von der Einheitlichkeit eines historisch vorgegebenen Rechtsmittelbegriffs	45
	a) Die „appellatio“ im römischen Recht	46
	b) Die Appellation im gemeinen Recht	46
	5. Konsequenzen dieses Standpunkts	47
§ 7	<i>Grundzüge der römisch-rechtlichen „appellatio“ und Kritik der dazu vertretenen Gilllesschen Ansicht</i>	47
	I. Das Verfahren der „appellatio“, insbesondere die Bedeutung der „Apellationsgründe“	48
	1. Der Ausgangspunkt	48
	2. Die Bedeutung der „Apellationsgründe“	49
	3. Die reformatio in peius	50
	4. Ein Abstecher: Die Behandlung der Gegenforderung	51
§ 8	<i>Überblick über die deutschrechtlichen Vorläufer unserer heutigen Rechtsmittel sowie Vergleich zwischen der Regelung der Berufung im deutschen und im österreichischen Recht</i>	52
	I. Die These von der Einheitlichkeit eines historisch vorgegebenen Rechtsmittels	52
	1. Das germanische Recht	52
	2. Das sächsische Recht	53

Inhaltsübersicht		9
3. Das gemeine Recht		54
4. Ergebnis		55
II. Die Berufung nach hannoverschem Recht		56
III. Die österreichische Berufung gehört zu den „eingeschränkten“ Rechtsmitteln		56
1. Das Verbot, neue Tatsachen im Berufungsverfahren vorzu- tragen, § 482 II öZPO		57
2. Die eingeschränkte Überprüfungsbefugnis		58
IV. Ergebnis		61
§ 9 Die Berufung der CPO von 1877		61
I. Der Ausgangspunkt		61
II. Der Begriff „Anfechtung“ und ähnliche Wendungen in den §§ 511 ff. ZPO erlauben es nicht, das Rechtsmittel als Anfech- tungsklage zu sehen		61
III. Die Ansicht Gilles' verstößt gegen den Grundsatz, daß die Wir- kungen eines Gestaltungsurteils erst mit formeller Rechtskraft eintreten		64
1. Zur Berufung		64
2. Zum Wiederaufnahmeverfahren		65
IV. Zwischenergebnis hinsichtlich der CPO von 1877		67
§ 10 Die Novellen von 1924 und 1933 haben den Charakter der Beru- fung als eines „vollen“ Rechtsmittels nicht verändert		67
I. Der Ausgangspunkt		67
II. Das Novenrecht existiert (mit Einschränkungen) weiter		68
III. Das Gebot des § 519 III Nr. 2 ZPO ist bloße Zulässigkeitsvor- aussetzung		69
IV. Ergebnis		70
§ 11 Der Einfluß der Rechtsmittelentscheidung auf den Bestand des an- gefochtenen Erkenntnisses		70
I. Der theoretische Ausgangspunkt		70
II. Die sachliche Berufungs- bzw. Beschwerdeentscheidung beseitigt immer das angefochtene Erkenntnis		72
III. Die herrschende Meinung lehnt — ausdrücklich oder still- schweigend — diese Auffassung ab		75
IV. Überlegungen, welche die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung unterstreichen		76
1. Eine Streitsache soll nur durch eine einzige Entscheidung geregelt sein		76
2. Die Zuständigkeit im Wiederaufnahmeverfahren, § 584 ZPO		76
3. Umfang der materiellen Rechtskraft und letzter Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ..		77
4. Die Meinung, die die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft einer bestätigten Entscheidung an Hand der Gründe der Rechtsmittelentscheidung bestimmt		78

5. Die hier vertretene Lösung läßt sich mit den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts und des Bestandsschutzes von Hoheitsakten vereinbaren	78
6. Der Wortlaut des § 343 S. 1 ZPO berührt den Lösungsvorschlag nicht	79
§ 12 Die Meinung, die die einfache Beschwerde dem „Klageprinzip“ zu-rechnet, verstößt gegen geltendes Recht	80
I. Vertreter und Darstellung dieser Ansicht	80
II. Auseinandersetzung mit dieser Meinung	82
1. Diese Ansicht verstößt gegen geltendes Recht	82
2. „Rechtsprechung“ und „Verwaltung“ sind ungeeignete Ab-grenzungskriterien	83
3. Ein Rechtsmittel setzt keine „Streitentscheidung“ voraus ..	84
§ 13 Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit einer Wiederholung der Beschwerde	85
I. Unterscheidung zwischen prozessuaem und sachlichem Rechts-mittelgegenstand	85
II. Ergebnis	86
1. Eine unzulässige Beschwerde kann unter Vermeidung des prozessualen Mangels wiederholt werden. Bei der sofortigen Beschwerde ist die zweiwöchige Notfrist zu beachten	86
2. Eine Wiederholung der Beschwerde nach sachlicher Ent-scheidung des Rechtsmittelgerichts scheidet <i>ausnahmslos</i> aus	87
a) Eine Änderung des Sachverhalts ist ohne Einfluß	87
b) Unerheblich ist es, ob die (erste) Beschwerde ganz oder nur teilweise erfolglos gewesen ist	87
c) Der Beschwerdegegner kann keine Beschwerde (mehr) einlegen	87
3. Zum Eingangsfall	88

Dritter Teil

Die Gegenvorstellung

§ 14 Der Meinungsstand zur Zulässigkeit der Gegenvorstellung	89
I. Vorbemerkung	89
II. Die Abänderbarkeit der Beschwerdeentscheidung, die auf ein-fache Beschwerde ergangen ist	90
1. Die Auffassung der älteren Rechtsprechung und Literatur	90
2. Der Standpunkt der neueren Rechtsprechung und Literatur	91
a) Die neuere Rechtsprechung	92
b) Die neuere Literaturmeinung	93
III. Die Abänderbarkeit des auf sofortige Beschwerde ergangenen Beschlusses	97
1. Der Standpunkt der Rechtsprechung	97
2. Die Auffassungen der Literatur	98

	Inhaltsübersicht	11
§ 15	<i>Die Auseinandersetzung mit den dargestellten Meinungen</i>	100
	I. Die formelle Rechtskraft erklärt nicht die Unabänderbarkeit des Beschwerdebeschlusses	100
	II. Auch die materielle Rechtskraft ist ungeeignet, die Abänderbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung in demselben Verfahren auszuschließen	101
	III. Die Innenbindung, wie sie im Rahmen der §§ 318 und 577 III ZPO verstanden wird, erscheint nicht von vornherein geeignet, die Abänderbarkeit von unanfechtbaren Beschwerdeentscheidungen zu erklären	103
§ 16	<i>Der Einfluß der Devolutionswirkung auf die Entscheidungsbefugnis des Beschwerdegerichts</i>	105
	I. Nachweis, daß der Innenbindung für die Frage der Abänderbarkeit keine ausschließliche Bedeutung zukommt	105
	II. Devolution und einfache Beschwerde	106
	III. Die Beschwerdeentscheidung läßt die Devolution enden	107
	1. Die Entscheidungsbefugnis des Rechtsmittelgerichts ist mit der Dauer der Devolution verknüpft	108
	2. Das Ende der Devolution setzt nicht die formelle Rechtskraft des Rechtsmittelbeschlusses voraus	109
	IV. Eine Abänderbarkeit von unanfechtbaren Beschwerdebeschlüssen ist weder von Amts wegen noch auf Gegenvorstellung möglich	109
	1. Dem Beschwerdegericht fehlt die Zuständigkeit	109
	2. Der Inhalt des Beschlusses ist für das Ergebnis ohne Belang	110
	3. § 571 ZPO stützt die hier vertretene Ansicht	110
	4. Ergebnis des Eingangsfalles	111

Vierter Teil

Die Rechtskraft unanfechtbarer Beschwerdeentscheidungen

§ 17	<i>Ergebnis der Arbeit und Überblick über die Grundzüge der materiellen Rechtskraft von unanfechtbaren Rechtsmittelbeschlüssen</i> ..	112
	I. Ergebnis	112
	II. Die materielle Rechtskraft eines Beschlusses, der auf einfache Beschwerde ergangen ist	112
	III. Jede unanfechtbare Beschwerdeentscheidung erlangt formelle Rechtskraft	113
	IV. Die herrschende Meinung verlangt eine zur materiellen Rechtskraft „geeignete“ Entscheidung	114
	V. Jedem (unanänderlichen) formell rechtskräftigen Beschluß kommt materielle Rechtskraft zu	115

VI. Die Ausgestaltung des Beschlußverfahrens kann im Einzelfall eine Einschränkung des Umfangs der materiellen Rechtskraft gebieten	116
VII. Das Ergebnis dieses Abschnitts	117
Literaturverzeichnis	119

Erster Teil

Einführung und Abgrenzung

§ 1 Einleitung

I. Problem und Anliegen der Arbeit

Zur Einführung folgender Fall:

Der Antragsteller beantragt beim zuständigen Landgericht, einen dinglichen Arrest gegen den Antragsgegner zu erlassen. Das Landgericht weist den Antrag durch Beschluß zurück. Die hiergegen bei dem Oberlandesgericht eingelegte (einfache) Beschwerde bleibt erfolglos, weil, wie der Senat offensichtlich unhaltbar ausführt, es an einem vollstreckbaren Titel gegen den Antragsgegner fehle.

Zwei Monate später legt der Antragsteller beim Landgericht erneut Beschwerde ein, die er

- a) mit Rechtsausführungen,
- b) mit neuen Tatsachen begründet.

Das Landgericht hilft dieser neuen Beschwerde nicht ab und legt sie dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vor.

Wie wird der Senat, der die Unrichtigkeit seiner ersten Beschwerdeentscheidung erkannt hat, entscheiden?

1. Jede gerichtliche Entscheidung kann, wegen der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis, unrichtig sein¹. Der Fehler kann auf Seiten des *Gerichts* und/oder der *Parteien* liegen. Die einzelnen Verfahrensordnungen haben der unterlegenen Partei Mittel zur Hand gegeben, die eine Änderung des gerichtlichen Erkenntnisses ermöglichen und das Interesse der Partei an einem ihr günstigen Ergebnis anerkennen². Diese Mittel, Rechtsmittel genannt, unterliegen aber vielfältigen Beschränkungen. So ist gegen eine Entscheidung eines Oberlandesgerichts, die in Form eines Beschlusses ergeht, eine erste³ oder weitere Beschwerde nicht zulässig, § 567 III 1 ZPO⁴.

¹ Über die Gründe, die zur Einführung von Rechtsmitteln geführt haben, vgl. beispielsweise *Baur*, FS Lent, S. 1 ff. (6); *Götz*, Urteilsängel, S. 10; *Rosenberg / Schwab*, Zivilprozeßrecht, § 135 II (S. 727 ff.).

² *Schwinge*, Grundlagen, S. 26.

³ Art. 19 IV GG gewährt kein Recht auf eine zweite Instanz: BVerfGE 4, 74 ff. (94 f.); 4, 387 ff. (411); 6, 7 ff. (12); *A. Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 95 II

Damit schied im Eingangsfall eine (weitere) Beschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts aus. Der Weg, eine „Verbesserung“ der Beschwerdeentscheidung durch das im Instanzenzug höhere Gericht auf ein Rechtsmittel hin zu erreichen, ist der beschwerten Partei verschlossen⁵. Kann das Oberlandesgericht aber vielleicht *selbst* — auf Antrag der Partei oder von Amts wegen — seinen Beschluß „berichtigen“, „ändern“, „zurücknehmen“, „widerrufen“, „aufheben“ oder „durch eine neue Entscheidung ersetzen“⁶?

Eindeutig ist die Rechtslage hinsichtlich gerichtlicher Erkenntnisse, die in der Gestalt eines *Urteils* ergehen: Allein das im Instanzenzug übergeordnete Rechtsmittelgericht kann ein Urteil bei Begründetheit des Rechtsmittels „verbessern“. Ist ein Rechtsmittel nicht (mehr) gegeben, so verbleibt es endgültig bei der durch das Urteil festgestellten Rechtslage, läßt man das Recht der Wiederaufnahme (§§ 578 ff. ZPO) außer Betracht. Das Gericht, das das Urteil erlassen hat, ist an seine Entscheidung gebunden, § 318 ZPO. Gilt diese Bindungswirkung auch für gerichtliche Erkenntnisse, die in Beschlußform ergehen? § 329 II ZPO, der einige Urteilsvorschriften für das Beschlußverfahren für anwendbar erklärt, nennt § 318 ZPO nicht. Rechtfertigen der Unterschied in der äußeren Form und die besondere Ausgestaltung des zu einem Beschluß führenden Verfahrens eine unterschiedliche Behandlung von Urteil und Beschluß?

Bei dem Problem der Bindung des Gerichts an die von ihm erlassenen Beschlüsse handelt es sich nicht um ein spezifisches Problem des Zivilprozesses. Auch in anderen Verfahrensordnungen, z. B. im Strafverfahren und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, werden diese Fragen diskutiert.

Rechtsprechung und Literatur versuchen auf zwei Wegen, Regeln für die Änderung einer als unrichtig erkannten Beschwerdeentscheidung aufzustellen. Dabei geht man einerseits von der sogenannten *Wiederholung der Beschwerde* aus, indem es für zulässig erachtet wird, daß der abgewiesene Beschwerdeführer die Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Beschluß wiederholt, sie erneuert. Andere halten die sogenannte *Gegenvorstellung* für ein u. U. geeignetes Mittel, die Berichtigung einer für falsch erachteten Beschwerdeentscheidung zu erzielen.

(S. 508 N. 1); J. Blomeyer, Erinnerungsbefugnis, S. 142; Maunz/Dürig, Art. 19 GG RN 45; Stein/Jonas/Pohle, II C 2 vor § 1. Siehe auch Bettermann, ZZP 77, 3 ff. (40 ff.).

⁴ Ausnahmen: § 567 III 2 ZPO i. V. m. § 519 b ZPO; § 159 GVG.

⁵ Über die Versuche, den Rechtsmittelzug im Falle einer „greifbaren“ Gesetzswidrigkeit zu erweitern, vgl. unten § 2 vor I.

⁶ Es handelt sich nicht um das Problem einer Berichtigung gem. §§ 319 (329) ZPO. Fehler, die auf rechtsirriger Willensbildung des Richters beruhen, können nach richtiger Ansicht nicht mit § 319 ZPO behoben werden; vgl. OLG Düsseldorf, NJW 73, 1132; OLG Hamm, MDR 70, 1018; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 319 Anm. 2 C; Thomas/Putzo, § 319 Anm. 2; Zeiss, Zivilprozeßrecht, § 68 II 2 a (S. 211).

2. Ziel der Arbeit ist es, fest umrissene und klare Regeln für die Zulässigkeit der Änderung einer letztinstanzlichen Beschwerdeentscheidung aufzustellen. Der Praxis ist mit Generalklauseln für diese prozeßrechtliche Frage nicht gedient. Ein Rückgriff auf die Postulate der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit, häufig genug wichtigster Diskussionsgegenstand der Abänderbarkeit von Beschlüssen, erscheint nur als letzter Ausweg zulässig. Denn wo ist die Grenze zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit? Eine Antwort auf diese Frage gehört — wie es *Dölle*⁷ treffend formuliert — „zu den ewigen Problemen“ des Rechts, die schwerlich im prozessualen Alltag zu lösen sind.

II. Der Gang der Untersuchung

Nach Darstellung des Meinungsstandes wird — unter strikter Trennung von Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung — Ansatzpunkt der Überlegungen die Frage sein, ob sich eine Abänderbarkeit von letztinstanzlichen Beschwerdeentscheidungen mit Grundsätzen des Rechtsmittelwesens beantworten läßt. Dieser m. E. vorrangigen Frage wird zu selten Beachtung geschenkt.

Im Abschnitt „Wiederholung der Beschwerde“ ist dieser allgemein gehaltene Ausgangspunkt zu präzisieren. Dort wird der Einfluß einer Rechtsmittelentscheidung auf den Bestand des unterinstanzlichen Erkenntnisses zu erörtern sein. Das verlangt eine Beschäftigung mit der Rechtsnatur des Rechtsmittels der Beschwerde, die unter Heranziehung des „Prototyps“ der Rechtsmittel der ZPO, der Berufung, darzustellen sein wird.

Bei der Behandlung der „Gegenvorstellung“ sind die Erkenntnisse der vorhergehenden Untersuchung zu verwerten. Im Gegensatz zur h. M. in Rechtsprechung und Literatur steht im Mittelpunkt der Ausführungen die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittelgericht überhaupt in die Lage versetzt werden kann, in der Sache zu entscheiden.

Der Schlußteil, der die Anwendbarkeit der Ergebnisse dieser Arbeit in der gerichtlichen Praxis zeigt, endet mit einem Überblick über die materielle Rechtskraftfähigkeit von unanfechtbaren Beschlüssen, die auf einfache Beschwerde ergangen sind.

§ 2 Erweiterung des Beschwerderechtszuges, Wiederholung der Beschwerde und Gegenvorstellung

Hat das Beschwerdegericht die eingelegte Beschwerde beschieden und seine Entscheidung verkündet bzw. den Parteien zustellen lassen, § 329 I,

⁷ *Dölle*, DR 43, 825 ff. (828).