

Schriften zum Prozessrecht

Band 61

Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher
Ermessensentscheidungen

Von

Dr. Detlev Behrens



DUNKER & HUMBLOT / BERLIN

DETLEV BEHRENS

Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen

Schriften zum Prozessrecht

Band 61

Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen

Von

Dr. Detlev Behrens



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04517 3

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit hat der Kieler Juristenfakultät im Wintersemester 1978/79 als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum April 1979 nachgetragen.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Egbert Peters. Während meiner Tätigkeit als Assistent an seinem Lehrstuhl hat er die Entstehung der Arbeit stets gefördert und unterstützt. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Georg-Christoph v. Unruh für das freundliche Interesse, mit dem er den Fortgang der Arbeit begleitet hat.

Nicht zuletzt sei denjenigen Richtern am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig und in den Landgerichtsbezirken Kiel und Lübeck gedankt, die mir mit großer Aufgeschlossenheit über ihre Erfahrungen aus der Praxis berichtet haben.

Kiel, im April 1979

D. B.

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
-------------------	----

Erster Teil

Grundlagen

I. Eingrenzung des Begriffs des zivilrichterlichen Ermessens	19
II. Ermessensermächtigung und Einräumung einer Entscheidungsbefugnis	23
III. Differenzierung nach „Handlungs-“ und „Beurteilungsermessens“?	23
IV. Materiellrechtliches Ermessen und Verfahrensermessens	25
V. Abgrenzung des Rechtsfolgeermessens vom sog. Tatbestandsermessens bei unbestimmten Rechtsbegriffen	26
VI. Abgrenzung des Ermessens von ähnlichen Erscheinungen	27
1. Sollvorschriften	27
2. Freie Beweiswürdigung	29
3. Schadensermittlung nach § 287 ZPO	29
VII. § 114 VwGO als Maßstab für die Nachprüfung zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen	31
VIII. Die Funktion des § 114 VwGO im Verwaltungsprozeß	32
1. Ermessensüberschreitung	34
2. Ermessensfehlgebrauch	34
3. Ermessensmangel	35
IX. Grundfragen einer Anwendung des § 114 VwGO in der Zivilgerichtsbarkeit	36
1. Zivilgerichtsbarkeit als Verwaltung?	36
2. Die Wesensgleichheit des Verwaltungsermessens und des zivilrichterlichen Ermessens	38

*Zweiter Teil***Die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdeinstanz**

I. Vorbemerkung	43
II. Die gesetzlichen Grundlagen der Revision und der Rechtsbeschwerde in den verschiedenen Verfahrensordnungen	43
III. Die Rechtsprechung zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanz	44
1. Grundsätzliches	44
2. Keine Ermessensprüfung	45
3. Kein Prüfungsmaßstab	45
4. Unklarer Prüfungsmaßstab	46
5. Nachprüfung auf „Rechtsfehler“ oder „Gesetzesverletzungen“ ..	46
6. Konkreter Prüfungsmaßstab	47
a) Ermessensüberschreitung	48
b) Ermessens Fehlgebrauch / Ermessensmißbrauch	48
c) Ermessensmangel	49
d) Umfassender Prüfungsmaßstab	49
7. Gesamtwürdigung der Rechtsprechung	50
IV. Das Schrifttum zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanz	51
1. Das Schrifttum zur Abgrenzung der „Tatfrage“ von der „Rechtsfrage“	51
2. Das Schrifttum zur Ermessensfrage	51
a) Die Auffassung von Schwinge	51
b) Unklarer Prüfungsmaßstab	52
c) Konkreter Prüfungsmaßstab	53
3. Die Parallele zu § 114 VwGO	54
V. Die analoge Anwendung des § 114 VwGO bei der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Revisions- und Rechtsbeschwerdeinstanz	55
1. Vorliegen einer Regelungslücke	55
2. Vergleichbarkeit der Tatbestände	56
a) Wesensgleichheit des Verwaltungsermessens und des zivilrichterlichen Ermessens	57
b) Vergleichbarkeit des § 114 VwGO mit den Regelungen über die Revision und die Rechtsbeschwerde	58
c) Vereinbarkeit des § 114 VwGO mit dem Zweck der Revision bzw. Rechtsbeschwerde	59

VI. Differenzierung zwischen materiellrechtlichem Ermessen und Verfahrensermessen? 61

Dritter Teil

**Die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen
in der Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz**

I. Vorbemerkung — gesetzliche Grundlagen 63

II. Der Meinungsstand zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz 65

 1. Die Rechtsprechung 65

 2. Das Schrifttum 66

 3. Sonderfälle einer eingeschränkten Nachprüfung des Ermessens 67

 a) Die Beschwerde gegen die Zurückweisung von Verfahrensgesuchen gemäß § 567 Abs. 1 ZPO 67

 b) Aussetzungsbeschlüsse 69

 c) Teilurteile (§ 301 ZPO) 70

 d) Vorbehaltsurteile (§ 302 ZPO) und Zwischenurteile über den Grund (§ 304 ZPO) 70

 e) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 707 ZPO 71

 f) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO 72

 g) Gesamtwürdigung 73

III. Die Praxis der Berufungs- und Beschwerdegerichte bei der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen 74

IV. Die Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz als Tatsacheninstanz — Konsequenzen für die Nachprüfung des Ermessens 77

 1. Die Tatsacheninstanz 77

 2. Der unveränderte Sachverhalt als Ausgangspunkt für eine Lösung 78

V. Bestimmung des Umfangs der Nachprüfung des Ermessens aus dem Wesen der Rechtsmittel? 83

 1. Das Wesen der Rechtsmittel 83

 a) Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung? 83

 b) Rechtsmittel als Anfechtungsmittel? 85

 c) Die Doppelnatur der Rechtsmittel 86

 2. Der Zweck der Rechtsmittel als Ansatz 87

VI. Die Richtigkeitskontrolle als der Zweck der Rechtsmittel 88

VII. Die Richtigkeitskontrolle als Zweck von Berufung und Beschwerde 89

VIII. Die Bedeutung der Richtigkeitskontrolle für die Nachprüfung des Ermessens	91
IX. § 114 VwGO als Maßstab für die Richtigkeit von Ermessensentscheidungen	93
1. Die allgemeine Definition der Richtigkeit	93
2. Die analoge Anwendung des § 114 VwGO bei der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen	93
3. Ausschluß einer uneingeschränkten Nachprüfung der Zweckmäßigkeit	95
4. Praktisch-prozessuale Gründe für eine eingeschränkte Nachprüfung des Ermessens	96
a) Fehlende Gewähr für eine zweckmäßigere Entscheidung	96
b) Die Sachferne der Berufungs- und Beschwerdegerichte	97
c) Das Gebot der Rechtsmittelbeschränkung	97
d) Die Richtlinienfunktion der Berufung und der Beschwerde	99
5. Die Effektivität der Nachprüfung des Ermessens nach § 114 VwGO	100
X. Die Nachprüfung des Verfahrensermessens in der Berufungs- bzw. Beschwerdeinstanz	103
XI. Resümee	104
Zusammenfassung der Ergebnisse	106
Schrifttumsverzeichnis	108

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alter Fassung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO 1977	Abgabenordnung (AO 1977)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz
Art.	Artikel
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BBauG	Bundesbaugesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CPO	Civilprozeßordnung (vom 30. 1. 1877 — RGBI. S. 83)
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
6. DVO zum EheG	Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz

EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
f.	folgende Seite
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
GBI.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
G. S.	Preußische Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
Hrsg.	Herausgeber
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JR	Juristische Rundschau
JurJahrb	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenzeitschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
KO	Konkursordnung
KostO	Kostenordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO	Verordnung der Militärregierung
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
Pr. OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
Pr. OVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
Pr. VBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RdL	Recht der Landwirtschaft
RegBl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RG Warneyer	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneyer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
S.	Satz, Seite
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Seuff Arch	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
shLVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (LVwG)
sog.	sogenannt
u.	und
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht — Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgIO	Vergleichsordnung
VOBl. BZ	Verordnungsblatt für die britische Zone
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WM	Wertpapiermitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch (schweizerisch)
Ziff.	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSEG	Gesetz über die Entschädigung von Sachverständigen und Zeugen
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einführung

Nur wenige Rechtsbegriffe sind wohl so schwierig zu erfassen und haben so unterschiedliche Deutungen gefunden wie der des Ermessens. Der Begriff des Ermessens bietet jedoch nicht allein deshalb Anlaß zu einer Untersuchung, weil er schwierig zu bestimmen ist. Mindestens ebenso bedeutsam sind die Auswirkungen des Ermessens auf das gesamte Verfahrensrecht. Dabei geht es nicht nur darum, in welchem Umfange Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft werden können, sondern ebenso um die Frage, inwieweit Ermessensentscheidungen der Gerichte einer Kontrolle durch übergeordnete Gerichte unterliegen.

Die Nachprüfung des Ermessens begegnet uns als Problematik in allen Verfahrensordnungen. Im Verwaltungsrecht, der „Heimat“ des Ermessens, ist die Problematik seit langem Gegenstand umfangreicher Bemühungen von Schrifttum und Rechtsprechung. Ganz anders verhält es sich mit dem richterlichen Rechtsfolgeermessen, speziell demjenigen des Zivilrichters. Die Nachprüfung des zivilrichterlichen Rechtsfolgeermessens soll deshalb im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung stehen. Das strafrichterliche Ermessen soll ausgeklammert bleiben, weil seine Untersuchung nicht erfolgen könnte, ohne auch die Strafzumessung zu behandeln, was aber allein wegen der Komplexität dieser Materie dem Spezialschrifttum vorbehalten bleiben muß.

Die vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit, die der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen in der Zivilgerichtsbarkeit bisher zuteil geworden ist, mag darin begründet sein, daß das Ermessen im Zivilrecht ein „Schattendasein“ zu führen scheint. So gibt es weder eine Verfahrensvorschrift, die sich mit der Nachprüfung zivilrichterlicher Ermessensvorschriften befaßt, noch eine materialrechtliche Vorschrift, die ganz allgemein die Ausübung des zivilrichterlichen Ermessens regelt, wie dies etwa durch Art. 4 des schweizerischen Zivilgesetzbuches geschieht¹. Selbst so anerkannte Werke wie der ZPO-Kommentar von Stein/Jonas² und das Zivilprozeßrechtslehrbuch von Rosenberg/Schwab³

¹ Art. 4 ZGB (vom 10. 12. 1907) lautet:

„Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.“

² Kommentar zur ZPO, 19. Aufl., Einl. M III 4 b.

³ Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 7 I 2 (S. 29).

beschränken sich auf äußerst knappe Hinweise zum richterlichen Ermessen. Angesichts dieses Befundes soll der Versuch unternommen werden, Parallelen zur verwaltungsgerichtlichen Ermessenslehre aufzuzeigen, um daraus Früchte für die Zivilgerichtsbarkeit zu ziehen. Insbesondere soll untersucht werden, ob § 114 VwGO als Maßstab für die Nachprüfung zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen dienen kann.

Zum Gang der Darstellung sei bemerkt, daß diese Untersuchung nach einer vorangehenden Klärung der Grundlagen zunächst für den Bereich der Revision und Rechtsbeschwerde erfolgen soll und erst anschließend für den Bereich der Berufung und Beschwerde, weil im letzteren Fall nur eine differenzierte Lösung möglich ist.

Erster Teil

Grundlagen

I. Eingrenzung des Begriffs des zivilrichterlichen Ermessens

Ziel der folgenden Untersuchung soll es sein zu prüfen, ob § 114 VwGO geeignet ist, einen Maßstab für die Nachprüfung zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen zu liefern.

Eine solche Untersuchung kann nicht stattfinden, ohne vorher den Begriff des zivilrichterlichen Ermessens genau einzugrenzen. Da es allein um die Nachprüfung richterlicher Ermessensentscheidungen geht, sind das gesetzgeberische Ermessen⁴ und das Ermessen der Verwaltungsbehörden⁵ von vornherein auszuschneiden. Wie bereits eingangs erwähnt worden ist, soll die Abhandlung auf den Bereich der Zivilgerichtsbarkeit beschränkt werden, also auf Ermessensvorschriften in folgenden Gesetzen:

BGB, AGBG, WEG, HausratsVO, HöfeO, HGB, AktG, GmbHG, UWG, GVG, ZPO, ZVG, VglO, KO, FGg, GBO, GKG, ZSEG, BRAGO und KostO.

Mit dieser Eingrenzung ist zur Bestimmung des gesetzlich nicht definierten Begriffs des richterlichen Ermessens noch nicht sehr viel gewonnen. Fehlschlagen muß auch der Versuch, den Rechtsbegriff des Ermessens rein begrifflich anhand aller derjenigen Vorschriften zu bestimmen, die das Wort „Ermessen“ enthalten. Das Wort „Ermessen“ wird nämlich in einer Vielzahl von gesetzlichen Vorschriften in unterschiedlichem Zusammenhang mit der unterschiedlichsten Bedeutung verwendet⁶. Ebenso wenig ist es möglich, alle sog. „Kann-Vorschriften“ als eine Einräumung von Ermessen anzusehen. Allein im BGB beispielsweise findet sich das Wort „kann“ — wenn auch in unterschiedlichstem Zu-

⁴ Dazu *Maunz* in: *Maunz / Dürig / Herzog / Scholz*, Grundgesetz, 15. Lieferung, Art. 20 Rn. 115—123 und *Schmidt-Bleibtreu / Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl., Art. 3 Rn. 16 f.

⁵ Dazu *Wolff / Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., § 31 und ausführlich unten S. 32 ff. u. 40 ff.

⁶ *Göppinger*, JurJahrb 9 (1968/69), 90—95; im BGB findet sich das Wort „Ermessen“ 17 mal (siehe Wörterverzeichnis und Verweisungsregister zum BGB, S. 255).