

Schriften zum Prozessrecht

Band 74

Änderung von Entscheidungen
der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Abhilfe, Aufsicht und Prognose

Von

Dr. Horst Bonvie



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HORST BONVIE

Änderung von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Schriften zum Prozessrecht

Band 74

Änderung von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Abhilfe, Aufsicht und Prognose

Von

Dr. Horst Bonvie



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05135 1

*Für meinen Großvater
Wilhelm Kramer †*

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung

A. Ziel der Arbeit	13
I. Abänderbarkeit und fehlerhafter Staatsakt; die Abänderbarkeit in den einzelnen Verfahrensordnungen	13
II. Die Abänderbarkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit — Pro- blemaufriß	16
III. Der methodische Ansatzpunkt der Untersuchung: Die Unterschei- dung zwischen generellen und speziellen Zwecken der Abänder- barkeit; Untersuchung der fG-Abänderbarkeitsnormen durch Ver- gleich mit Normen der ZPO und des VwVfG	18
B. Die Abänderungsgründe	20
I. Die Abänderbarkeit im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit	20
II. Warum überhaupt Korrektur einer Entscheidung?	20
III. Warum Korrektur durch die erlassende Stelle?	21
IV. Bedeutung der Abänderungsgründe für die Differenzierung der Abänderbarkeitsnormen	21
C. Die juristisch-technische Ausgestaltung der Abänderbarkeitsnormen	22
I. Die Abänderbarkeitsnorm als „prozessuale Hülle“ bzw. als „Zweit- Beurteilungsnorm“	22
II. Auswirkung auf die Unterscheidung zwischen verfahrensrecht- licher und materiellrechtlicher Abänderbarkeit	23
D. Die Abänderbarkeit im Alt- bzw. Neungsverfahren	24
I. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Alt- und Neuverfah- ren für die Differenzierung der Abänderbarkeitsnormen	24
II. Die Wirkung der Abänderbarkeitsnormen	25
E. Ausblick	25

*2. Kapitel***§ 18 FGG — Änderungsnorm zwischen Abhilfe-
und Aufsichtsgedanken**

A. Die bisherigen Auslegungsversuche in der Literatur	26
I. Die weite Auffassung: § 18 FGG als umfassende Abänderbarkeitsnorm	26
1. Anfängliche und nachträgliche Unrichtigkeit	26
2. § 18 FGG und die Beschwerdeentscheidung	26
3. § 18 FGG und die Rechtskraft	29
4. Auswertung und Kritik	30
II. Die enge Auffassung: § 18 FGG als Abänderbarkeitsnorm für anfängliche Unrichtigkeit	31
III. Die vermittelnde Auffassung	33
B. Die Auslegung des § 18 FGG durch die Rechtsprechung	33
I. § 18 FGG und die einzelnen Fehlerquellen	33
II. § 18 FGG im Instanzenzug	35
III. Auswertung der Rechtsprechung	36
C. Die Auslegung des § 18 FGG in Anlehnung an § 571 ZPO; die Abhilfeänderung	36
I. Der Wortlaut	36
II. Die Normgeschichte	37
III. Systematische und teleologische Aspekte	38
1. Aspekte aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	38
a) § 23 FGG	38
b) Die Ausschlußtatbestände	39
c) Die materiellrechtlichen Abänderbarkeitsnormen	41
2. Rechtsvergleichender Aspekt: § 571 ZPO	42
D Die Durchbrechung des Abhilfeprinzips: Der Amtseinleitungs- und Amtsabänderungsgrundsatz	46
E. Zusammenfassung und Ausblick	47

*3. Kapitel***§ 1696 BGB — die Aufsichtsänderung**

A. Die Auslegungsversuche im Schrifttum	48
I. Die formale Auffassung: § 1696 BGB als Abänderungsgrundlage im Neuverfahren	48

II. Die materiellen Auffassungen	48
1. § 1696 BGB und nachträgliche Unrichtigkeit	48
2. § 1696 BGB: Abänderungsgrundlage auch für verdeckte Tatsachen	52
3. § 1696 BGB: ein veränderter Beurteilungsmaßstab?	52
4. Auswertung	55
III. § 1696 BGB im Instanzenzug	56
1. Bestandsaufnahme	56
2. Kritik	57
IV. Die Kombinationsthese Dorndorfs	57
V. Einzelne Auslegungsaspekte	62
1. § 1696 BGB und die Privatrechtsgestaltung	62
2. § 1696 BGB und richterliches Ermessen	63
B. Die Auslegung des § 1696 BGB durch die Rechtsprechung	65
I. § 1696 BGB und die Bindung an die eigene Entscheidung	65
II. Abweichende Erkenntnisse	67
C. Die Interpretation des § 1696 BGB in Anlehnung an §§ 48 ff. VwVfG; die Aufsichtsänderung	69
I. Methodische Vorüberlegungen	69
1. Der Ansatz für eine Vergleichbarkeit: Ähnliche Sachprobleme	69
2. Wertende Rechtsvergleichung	70
II. § 1696 BGB als verwaltungsrechtsähnliche Norm	71
1. Die freiwillige Gerichtsbarkeit — ein Teilbereich der Verwaltung?	71
2. Analyse des § 1696 BGB	72
a) Fundort der Norm: Bürgerliches Recht	72
b) Analyse der Tätigkeitsbereiche	73
c) Die Stellung des Vormundschafts- bzw. Familienrichters als Auslegungstopos für § 1696 BGB	78
d) Historische Analyse des § 1696 BGB	80
e) Systematische Analyse	83
3. Ergebnis der Untersuchung	89
III. Neufundierung des § 1696 BGB	89
1. Die maßgeblichen Fehlerquellen	89
a) Die Rechtslage im Verwaltungsverfahrenrecht	89
b) Folgerungen für die freiwillige Gerichtsbarkeit	90

2. § 1696 BGB und der Ablauf der Rechtsmittelfrist	91
a) Vorüberlegungen	91
b) Die Rechtslage im Verwaltungsverfahrenrecht	92
c) Folgerungen für § 1696 BGB	93
d) Die Rechtslage in den Fürsorgeangelegenheiten mit unbefristeter Beschwerde	94
3. § 1696 BGB und die Rechtsmittelentscheidung	95
a) Vorüberlegungen	95
b) Die Rechtslage im Verwaltungsverfahrenrecht	95
c) Folgerungen für § 1696 BGB	98
D. Zusammenfassung und Folgerungen für § 18 FGG	99

4. Kapitel

Die Prognoseänderung: §§ 1382 Abs. 6, 1587 d Abs. 2 BGB; § 17 HRVO

A. Vorüberlegungen	101
B. §§ 1382 Abs. 6, 1587 d Abs. 2 BGB und § 323 ZPO	101
I. Analyse der §§ 1382 Abs. 6, 1587 d Abs. 2 BGB	101
II. Rechtsvergleichender Aspekt	103
C. Analyse des § 17 HRVO	104
D. Zusammenfassung	105

5. Kapitel

Die neue Konzeption: § 47 FrGO

A. Vorbemerkung	106
B. § 47 FrGO	107
I. Grundsatz und Kritik	107
II. Abgrenzungen	110

6. Kapitel

Zusammenfassung

A. Allgemeine Aussagen	111
B. Folgerungen für die einzelnen Abänderbarkeitsnormen	111
C. Die neue Konzeption	112

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
bzw.	beziehungsweise
Einf.	Einführung
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
grds.	grundsätzlich
h. M.	herrschende Meinung
i. S. d.	im Sinnes des
i. V. m.	in Verbindung mit
Lit.	Literatur
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Münch-Komm	Münchener Kommentar
Nachw.	Nachweise
o. a.	oben angegeben
Rdnr.(n)	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
scil.	scilicet
v.	vor
vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel

Hinsichtlich weiterer im Text verwandter Abkürzungen wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968, verwiesen.

Erstes Kapitel

Einführung

A. Ziel der Arbeit

I. Abänderbarkeit und fehlerhafter Staatsakt; die Abänderbarkeit in den einzelnen Verfahrensordnungen

Die Abänderbarkeit von Entscheidungen — seien sie rechtsprechender oder verwaltender Natur — stellt einen Ausschnitt aus der umfassenden Problematik dar, inwieweit auch der fehlerhafte Staatsakt Bestand haben kann¹. Abgesehen vom Fall der Nichtigkeit² ist grundsätzlich der von einer Entscheidung Betroffene aufgerufen, durch Einlegen eines Rechtsmittels eine Korrektur der Erstentscheidung herbeizuführen. Es gibt jedoch in vielen Verfahrensordnungen Normen, die eine Korrektur der Entscheidung durch die erlassende³ Stelle selbst⁴ von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen vorsehen. Die Gewichtung zwischen Abänderbarkeit⁵ und Rechtsmittelverfahren ist je nach Verfahrensordnung verschieden.

1. Die ZPO weist die Initiative für die Korrektur einer unrichtigen Entscheidung weitgehend den am Prozeß beteiligten Parteien zu, die auf die Einlegung eines Rechtsmittels hin Rechtsschutz erhalten können. Abänderungen durch das erlassende Gericht sind zwar vereinzelt

¹ Vgl. grundlegend: Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1908; Coester, *Die Rechtskraft der Staatsakte*, München 1927; im folgenden wird ein erweiterter Begriff der Fehlerhaftigkeit zugrundegelegt, der auch künftige „Unrichtigkeit“ erfaßt.

² Zum nichtigen Staatsakt grundlegend: Jellinek, S. 54 ff.; auf den Verwaltungsakt bezogen: Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, S. 232 ff.; auf das gerichtliche Urteil bezogen: Götz, *Urteilsängel . . .*, Frankfurt 1956; speziell für die fG: Szafran, *Fehlerhafte Entscheidungen . . .*, Berlin 1974.

³ Sei es eine Verwaltungsbehörde, sei es das Gericht.

⁴ Einem Rechtsmittel kommt grds. Devolutiveffekt zu: Rosenberg / Schwab, § 135 I 1 b, S. 758; Gilles, *Rechtsmittel . . .*, S. 180 ff.

⁵ Auch zwischen Abänderbarkeit und Gegenvorstellung besteht ein Verwandtschaftsverhältnis: vgl. Wolff / Bachof, *Verw.R./Bd. III*, § 161 IV, S. 400; H. Schmidt, *Gegenvorstellungen . . .*, Bonn 1971; Ratte, *Wiederholung . . .*, Berlin 1975. Abänderbarkeit in dem hier verwandten umfassenden Sinn kann also definiert werden als die Summe der Regeln, die eine von der Erstentscheidung abweichende Erkenntnis der erlassenden Stelle vorsehen mit Ausnahme der Gegenvorstellung.

vorgesehen⁶; ein nochmaliges Tätigwerden des ursprünglich mit der Sache beschäftigten Gerichts ist darüber hinaus aber durch die formelle (was das alte Verfahren anbetrifft) und die materielle Rechtskraft⁷ (im Hinblick auf ein neues Verfahren) begrenzt. Nur bei verändertem Streitgegenstand⁸ ist in einem neuen Verfahren eine Zweitentscheidung möglich. Auch eine derartige Zweitentscheidung setzt eine entsprechende Klage voraus: ein amtswegiges Wiederaufrollen ist nicht möglich.

Diese Grundsätze entsprechen der im Zivilprozeß herrschenden Dispositionsmaxime⁹ und rechtfertigen sich aus dem durchzusetzenden materiellen Recht: Es obliegt dem Inhaber eines subjektiven Rechts, dieses im Gerichtswege zu realisieren.

2. Das Verwaltungsverfahren hingegen wird vom Grundsatz der amtswegigen Abänderbarkeit bestimmt.

Normen, die eine Abänderungsbefugnis¹⁰ der für den Erlaß der Erstentscheidung verantwortlichen Behörde vorsehen, finden sich teils in Spezialgesetzen (§ 15 GastG; § 21 BImSchG), teils im Verwaltungsverfahrensgesetz selbst (§§ 48 ff. VwVfG).

Die für das Verwaltungsverfahren geltende Abänderbarkeitsregelung bildet geradezu das Gegenstück zur ZPO: Im Verwaltungsverfahren gelten Untersuchungsmaxime und Officialprinzip, im Zivilprozeß Dispositionsgrundsatz und Verhandlungsmaxime; im Verwaltungsverfahren ist eine Abänderung von Amts wegen möglich, im Zivilprozeß nur aufgrund einer Parteiiinitiative. Die Behörde ist eben nicht wie der Zivilrichter Streitschlichter, sondern selber Partei, die einseitig, unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrnimmt, während der Zivilrichter zweiseitig (auf die streitenden Parteien bezogen) mittelbar (im Vordergrund steht der Interessenausgleich zwischen den Parteien)

⁶ §§ 323, 571, 927, 936, 620 b ZPO; auch in diesen Fällen bedarf es immer eines Tätigwerdens von Seiten eines Beteiligten. Zum Begriff der Unrichtigkeit vgl. S. 1/Fn. 1.

⁷ Zur Wirkung der Rechtskraft: Rosenberg / Schwab, § 150, S. 856 ff.

⁸ Zur Bestimmung des Streitgegenstandes: Habscheid, Der Streitgegenstand . . ., Bielefeld 1957.

⁹ Zur Bedeutung der Dispositionsmaxime: Rosenberg / Schwab, § 79, S. 413 ff.

¹⁰ Das Verwaltungsverfahrensgesetz verwendet zwar nicht den Begriff „Abänderbarkeit“, sondern unterscheidet zwischen „Widerruf“ und „Rücknahme“; das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich um ein und dasselbe rechtliche Lösungsschema handelt: §§ 48 ff. VwVfG beantworten ebenfalls die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die für die Erstentscheidung verantwortliche Stelle befugt ist, diese außerhalb eines Rechtsmittelverfahrens selbst zu ändern; folgerichtig spricht Kopp, § 48 Anm. 1, S. 507 von „Abänderbarkeit“.

das Interesse des Staates an Rechtsfrieden bzw. geordneter Rechtsdurchsetzung verfolgt.

Auch die Abänderbarkeit im Verwaltungsverfahren ist nicht schrankenlos; es sind jedoch weniger verfahrensrechtliche Gründe, die die Abänderungsbefugnis der Behörde beschneiden (diese kann auch nach Unanfechtbarkeit noch abändern¹¹), sondern bestimmte Vertrauensschutzwägungen.

3. Das FGG¹² geht wie das VwVfG vom Grundsatz der Abänderbarkeit aus. Abänderungstatbestände finden sich im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit im materiellen Recht wie im Verfahrensrecht:

Verfahrensrechtliche Abänderbarkeitsnorm ist § 18 FGG.

Im materiellen Recht finden sich als Abänderungstatbestände:

in den Familiensachen §§ 1382 Abs. 6, 1587 d Abs. 2, 1696 BGB; § 17 HRVO;

in den Vormundschaftssachen §§ 1692, 1696, 1707 Satz 3, 1711 Abs. 2 Satz 3, 1759 ff., 1771 ff., 1836 Abs. 1 Satz 4, 1883, 1884 Abs. 1 Satz 1, 2, 1887 ff., 1904 Abs. 2, 1908 Abs. 2, 1919 ff. BGB;

in den Nachlaßsachen §§ 2227, 2361 BGB.

Diese Normen weisen eine Reihe von Besonderheiten auf, die den Grundsatz der Abänderbarkeit wieder durchbrechen bzw. modifizieren: So ist nach § 18 Abs. 2 FGG im Fall der sofortigen Beschwerde keine Abänderung möglich. Teilweise setzt die Abänderung einen Antrag des Betroffenen voraus, § 18 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. FGG sowie § 1382 Abs. 6 BGB. Zuweilen ist eine Abänderung erst möglich, wenn die Erstentscheidung rechtskräftig geworden ist, § 1587 d Abs. 2 BGB; andere Normen erfassen nur nachträgliche wesentliche Veränderungen, § 1382 Abs. 6 BGB.

4. Der FrGO-Entwurf geht wie die ZPO vom Grundsatz der Nichtabänderbarkeit aus, der jedoch durch eine verfahrensrechtliche Norm, § 47 FrGO, und durch die im BGB verankerten Abänderungstatbestände durchbrochen¹³ wird.

¹¹ Anders die Möglichkeit des Betroffenen, die Behörde zu einer neuen Überprüfung zu veranlassen: nach Unanfechtbarkeit kann die Behörde ein solches Ansinnen mit Hinweis auf die Unanfechtbarkeit ablehnen; vgl. Knack / Klappstein, § 51 Anm. 9.1; Maurer, JuS 76, S. 29 ff.

¹² Vgl. zur Abänderbarkeitsproblematik im französischen Recht: Martiny, Nichtstreitige Verfahren in Frankreich, München 1976.

¹³ FrGO-Entwurf, S. 102.