

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 96

# Die Gegenvorstellung im Zivilprozeß

Von

Manfred Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

**MANFRED BAUER**

**Die Gegenvorstellung im Zivilprozeß**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 96**

# **Die Gegenvorstellung im Zivilprozeß**

**Von**

**Dr. Manfred Bauer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Bauer, Manfred:**

Die Gegenvorstellung im Zivilprozeß / von Manfred Bauer. –

Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zum Prozessrecht; Bd. 96)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06918-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-06918-8

*Für Mechthild*



## Vorwort

Die nachfolgende Untersuchung hat im Sommersemester 1989 der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Oktober 1989 berücksichtigt werden.

Das Thema geht auf eine Anregung von Herrn Professor Dr. *Ekkehard Schumann* zurück, der die Arbeit darüber hinaus durch mannigfache Anteilnahme und unterstützende Kritik gefördert hat. Ihm möchte ich auch an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen.

Besonders zu danken habe ich Herrn Professor Dr. *Jürgen Wolter* für seine hilfreichen Hinweise zum strafprozessualen Teil der Arbeit.

Regensburg, im November 1989

*Manfred Bauer*





# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil: Einführung

<b>1. Abschnitt: Einleitung und Problemstellung</b> .....	13
<b>2. Abschnitt: Begriff der Gegenvorstellung</b> .....	17
§ 1 Historischer Überblick .....	17
§ 2 Heutiges Verständnis der Gegenvorstellung .....	21
I. Begriffsbestimmung .....	21
II. Anwendungsbereich in der Rechtsprechung .....	22
1. Zulässigkeit der Gegenvorstellung gegen unanfechtbare letztinstanzliche Beschlüsse bei Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte .....	22
a) Bundesverfassungsgericht.....	22
b) Bundesgerichtshof.....	26
c) Bayerisches Oberstes Landesgericht.....	26
d) Bundesverwaltungsgericht.....	26
e) Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung.....	27
2. Zulässigkeit bei Vorbringen neuer Tatsachen.....	28
3. Unzulässigkeit auch bei Vorliegen grober Verfahrensfehler.....	29
a) Bundesfinanzhof .....	29
b) Bundesarbeitsgericht.....	29
c) Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung.....	30
III. Anwendungsbereich in der Literatur .....	31
1. Zulässigkeit bei Verletzung des rechtlichen Gehörs.....	31
a) Die Zunahme der bejahenden Stellungnahmen und der Ausgangspunkt von Dieter Brüggemann .....	31
b) Bernhard Werner.....	32
c) Hubert Weis .....	34
2. Unzulässigkeit selbst bei Verletzung des rechtlichen Gehörs .....	34
a) Wolfgang Grunsky.....	34
b) Theo Ratte .....	35
c) Holger Schmidt .....	36
IV. Kurze Zusammenfassung .....	37

## 2. Teil: Existenz eines Abänderungsverbots in der Zivilprozeßordnung?

<b>1. Abschnitt: Abänderungsverbot aus § 577 III ZPO?</b> .....	39
§ 3 Unanfechtbarkeit und Unabänderlichkeit – Endgültige Regelungsbedürftigkeit –.....	39
I. Helmut Pieper .....	39
II. Holger Schmidt und Bernhard Werner.....	41
III. Rechtsprechung .....	42
§ 4 Anfechtbarkeit und Unabänderlichkeit – Verfahrensbeschleunigung –.....	43
I. Otto Gündner .....	43
II. Seuffert/Walsmann .....	44
III. Sydow/Busch .....	45
IV. Rechtsprechung .....	45
§ 5 Auseinandersetzung mit diesen Meinungen.....	46
<b>2. Abschnitt: Die innerprozessuale Bindungswirkung des § 318 ZPO</b> .....	52
§ 6 Innenbindung und Rechtskraft .....	53
I. Innenbindung und formelle Rechtskraft.....	53
II. Innenbindung und materielle Rechtskraft .....	55
§ 7 Der Regelungsinhalt des § 318 ZPO .....	57
I. Das Abweichungsverbot.....	58
II. Das Abänderungsverbot .....	59
1. Existenz eines Abänderungsverbots .....	59
2. Charakter des Abänderungsverbots .....	62
§ 8 Anwendbarkeit des § 318 ZPO auf Beschlüsse?.....	66
I. Möglichkeit einer direkten Anwendung? .....	66
II. Möglichkeit eines Umkehrschlusses? .....	67
III. Möglichkeit einer sinnvollen Analogie? .....	67
<b>3. Abschnitt: Zwischenergebnis</b> .....	71

### 3. Teil: Die Regelung in der Strafprozeßordnung

<b>1. Abschnitt: Das Modell der Gegenvorstellung in § 33 a StPO</b> .....	74
§ 9 Entstehungsgeschichte und verfahrensrechtliche Ausgangssituation für die Nachholung des rechtlichen Gehörs .....	74
I. Art. 8 Nr. 2 StPÄG 1964 als Reaktion auf BVerfGE 9, 89 .....	74
II. Die fehlerbehaftete Prozeßlage als Ausgangssituation des Nachholungsverfahrens .....	79
1. Die Nichtanhörung der Beteiligten .....	79
a) Geltungsbereich .....	79
b) Die Beteiligten des Nachholungsverfahrens .....	83
aa) Staatsanwaltschaft? .....	83
bb) Andere Beteiligte .....	86
2. Verwertung von Tatsachen und Beweisergebnissen .....	87
3. Der Nachteil i.S.d. § 33 a StPO .....	88
a) Der Begriff des Nachteils .....	88
b) Wegfall des Nachteils .....	90
aa) Nachteil und prozessuale Überholung .....	90
(1) Begriff der prozessualen Überholung .....	91
(2) Kein fortbestehender Nachteil bei prozessualer Überholung .....	92
bb) Wegfall des Nachteils bei Aufhebung oder Widerruf des Beschlusses .....	92
cc) Fortdauernder Nachteil bei erledigten Grundrechtseingriffen .....	93
4. Subsidiarität des § 33 a StPO? .....	97
III. Zusammenfassung .....	103
§ 10 Das Nachholungsverfahren .....	104
I. Anhörungszuständigkeit des Ausgangsgerichts .....	104
II. Das Antragsverfahren .....	106
1. Antrag .....	106
2. Frist .....	106
3. Form .....	108
4. Tenorierung .....	109
III. Das Amtsverfahren .....	109
§ 11 Das Überprüfungsverfahren .....	111
§ 12 Die Kontrolle der Überprüfungsentscheidung .....	116
I. Beschwerde nach § 304 I StPO? .....	116
II. Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG .....	119

§ 13 Zwischenergebnis .....	120
<b>2. Abschnitt: Die Nachholung des rechtlichen Gehörs gemäß § 311 a StPO .....</b>	<b>122</b>
§ 14 § 311 a StPO als Ergänzung zu § 33 a StPO .....	122
I. Entstehungsgeschichte .....	122
II. Das Verhältnis des § 311 a StPO zu § 33 a StPO.....	123
§ 15 Die nachträgliche Anhörung des Beschwerdegegners .....	127
I. Voraussetzungen .....	127
1. Die unterlassene Mitteilung der Beschwerde zur Gegenerklärung.....	127
2. Die Beschränkung der Anhörung auf den Beschwerdegegner .....	128
3. Die stattgebende Beschwerdeentscheidung .....	130
4. Der Nachteil i.S.d. § 311 a StPO .....	131
5. Die Unanfechtbarkeitsklausel .....	132
II. Das Nachverfahren .....	134
III. Die Kontrolle der Überprüfungsentscheidung .....	136
<b>3. Abschnitt: Exkurs: Die Anhörungsrüge.....</b>	<b>137</b>
§ 16 Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 25.06.1980 zu einem Gesetz über die zeitlich begrenzte Einführung einer Anhörungsrüge in der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit .....	137
§ 17 Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 10.10.1983 .....	138
<b>4. Abschnitt: Zwischenergebnis .....</b>	<b>140</b>

#### **4. Teil: Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 33 a, 311 a StPO im Zivilprozess**

<b>1. Abschnitt: Vorliegen einer offenen Gesetzeslücke .....</b>	<b>143</b>
<b>2. Abschnitt: Gleichheit der Interessenlage .....</b>	<b>146</b>
<b>3. Abschnitt: Ergebnis der Arbeit und Regelungsvorschlag de lege ferenda .....</b>	<b>151</b>

**Literaturverzeichnis** 154

**Sachverzeichnis** 162

# 1. Teil

## Einführung

### 1. Abschnitt

#### Einleitung und Problemstellung

Anlaß zur Untersuchung einer Anwendungsmöglichkeit der Gegenvorstellung im heutigen Zivilprozeß bietet der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 08. Juli 1986, Az: 2 BvR 152/83<sup>1</sup>. Die Entscheidung berührt eine Schnittlinie zwischen der Aufgabenverteilung der Fach- und der Verfassungsgerichtsbarkeit. Sie nimmt Stellung zur Frage der Rechtswegerschöpfung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dabei geht das Gericht auf die Frage ein, ob § 90 II 1 BVerfGG verlangt, gegen eine letztinstanzliche zivilgerichtliche Beschwerdeentscheidung, die auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht, Gegenvorstellungen zu erheben.

Ohne zunächst näher auf den Inhalt der Entscheidung einzugehen, genügen diese wenigen Hinweise, um sie in einen Problembereich einordnen zu können, der durch folgende Stichworte gekennzeichnet werden kann. Auf der Suche nach Möglichkeiten, seine eigene Überlastung<sup>2</sup> im Bereich von Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des Rechts auf Gehör vermindern zu können, betont das Bundesverfassungsgericht die primäre Verantwortung der Fachgerichte zur Heilung solcher Verstöße. Dies läßt sich aus dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde<sup>3</sup> begründen. Die rechtliche Möglichkeit der Fachgerichte hierzu besteht zum einen in der Nachholung des nichtgewährten rechtlichen Gehörs im regelmäßigen Instanzenzug. Probleme ergeben sich zum anderen aber dort, wo dies mangels noch anfechtbarer Entscheidungen hinfällig wird. In diesen Fällen setzt eine Heilung des Verstoßes gegen das Recht auf Gehör die rechtliche Möglichkeit und Befugnis des Instanzgerichtes voraus, sein eigenes Judiz zu überprüfen und gegebenen-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 73, 322.

<sup>2</sup> Dazu siehe etwa *Benda*, NJW 1980, 2097 ff.

<sup>3</sup> Hierzu allgemein *E. Klein*, Zeidler-FS, S. 1305 ff.

falls abzuändern. Denn ein übergeordnetes Gericht ist ja nicht mehr vorhanden. Damit stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen und den hierfür maßgebenden Kriterien.

In BVerfGE 73, 322 bejaht das Gericht nun eine solche Abänderungsmöglichkeit hinsichtlich nicht mehr beschwerdefähiger zivilprozessualer Beschlüsse<sup>4</sup>. Es weist zugleich auf einen Weg hin, wie die von der Verletzung des Art. 103 I GG betroffene Partei eine solche Änderung erreichen kann, auf den Rechtsbehelf der Gegenvorstellung.

Das Gericht hatte sich mit einem für Verletzungen des rechtlichen Gehörs typischen Sachverhalt zu beschäftigen. Es hatte den auf befristete Beschwerde nach § 621 e I ZPO hin ergangenen Beschluß eines Oberlandesgerichts zu überprüfen. Dieser Beschluß wurde erlassen, ohne daß der Beschwerdegegnerin die Tatsache der Beschwerdeeinlegung zur Stellungnahme mitgeteilt worden war. Hierin erblickte das BVerfG eine Verletzung des Art. 103 I GG und hob den Beschluß des OLG auf.

Inmitten des Falles stand eine Familiensache gemäß § 621 I Nr. 2 ZPO analog mit § 1634 I, IV BGB. Nach außergerichtlicher Beilegung erklärte die Verfassungsbeschwerdeführerin den Rechtsstreit im amtsgerichtlichen Verfahren für erledigt. Daraufhin entschied das AG durch Beschluß, jede Partei habe die Gerichtskosten zur Hälfte zu tragen und eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten finde nicht statt. Es stützte diese Entscheidung auf § 13 a I FGG, § 94 III KostO und begründete sie damit, sie entspreche der Billigkeit, da kein Elternteil das Verfahren grob schuldhaft verursacht habe.

Hiergegen legte der Antragsgegner befristete Beschwerde gemäß § 621 e I ZPO bei dem nach § 119 I Nr. 2 GVG zuständigen OLG ein, da er keine Veranlassung zur Einleitung des amtsgerichtlichen Verfahrens gegeben habe. Dies sei vielmehr durch die Verfassungsbeschwerdeführerin in mutwilliger Weise geschehen.

Daraufhin änderte das OLG die erstinstanzliche Entscheidung durch Beschluß ab und legte der Verfassungsbeschwerdeführerin die gesamten Kosten des Verfahrens auf. Dabei ging es auf Grund der unterlassenen Mitteilung der Beschwerde zur Gegenerklärung irrtümlich davon aus, diese habe keine außergerichtlichen Versuche zur Regelung des Umgangsrechts mit ihrem Kind unternommen.

Den weitaus überwiegenden Teil seiner Entscheidung widmet das BVerfG der Prüfung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, hier insbesondere der Frage der Rechtswegerschöpfung, § 90 II 1 BVerfGG. Es stellt zunächst fest, daß gegen den Beschluß des OLG kein weiteres Rechtsmittel, vor allem keine weitere Beschwerde nach § 621 e II ZPO statthaft ist. Die Vorschrift bestimmt zwar als besondere Regelung i.S.d. § 621 a I 1 ZPO das weitere Verfahren in einer Familiensache gemäß § 621 I Nr. 2 ZPO, ist hier aber mangels Zulassung der weiteren Beschwerde durch das OLG oder Verwerfung einer befristeten Beschwerde der Verfassungsbeschwerdeführerin als unzulässig nicht

---

<sup>4</sup> Kritisch dazu *Henschel*, *Faller-FS*, 165 (169 ff).

einschlägig. Selbst wenn man die Anwendbarkeit des § 621 e II ZPO auf Kostenentscheidungen verneint, scheidet eine weitere Beschwerde nach § 28 II, III FGG aus, da dessen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Nachdem das BVerfG die Unanfechtbarkeit des OLG-Beschlusses festgestellt hat, ventiliert es die Frage, ob der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde der in § 90 II 1 BVerfGG zum Ausdruck kommende allgemeine Grundsatz deren Subsidiarität entgegen steht. Dieser fordert nach Ansicht des Gerichts, alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Heilung des Verfassungsverstößes zu erwirken. Damit ist für das BVerfG der Einstieg in die Analyse und Diskussion<sup>5</sup> um die Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Abänderung nicht mehr beschwerdefähiger Beschlüsse und mithin der Gegenvorstellung gegeben<sup>6</sup>.

Daß eine solche Diskussion bereits vor dem Beschluß des BVerfG vom 08. Juli 1986 stattfand, zeigt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg<sup>7</sup>, die hier kurz dargestellt werden soll, da sie ebenfalls eine für die Gegenvorstellung typische Fallkonstellation enthält<sup>8</sup>. In ihr hat das Gericht einen rechtskräftig gewordenen Beschluß wegen offensichtlicher Fehlerhaftigkeit aufgehoben<sup>9</sup>.

Die gegen einen landgerichtlichen Beschluß nach § 91 a ZPO eingelegte sofortige Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht als unzulässig verworfen. In der Begründung seiner ablehnenden Entscheidung übersah das Oberlandesgericht, daß die Einlegung der sofortigen Beschwerde nach §§ 577 II 2, 569 I ZPO auch beim Landgericht, wie geschehen, durch einen dort zugelassenen Rechtsanwalt zulässig ist. Einer Einlegung beim Oberlandesgericht durch einen bei ihm zugelassenen Rechtsanwalt bedurfte es nicht.

Auf Gegenvorstellung hin hob ein anderer Senat des Oberlandesgerichts die zunächst ergangene verwerfende Entscheidung auf. Die Unterlassung einer sachlichen Prüfung des Beschwerdevorbringens auf Grund fehlerhafter formeller Beurteilung wurde dabei als ein Verstoß gegen Art. 103 I GG angesehen. Der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde sei die Abhilfe mittels Gegenvorstellung vorzuziehen.

---

<sup>5</sup> Dazu siehe unten § 2 II. und III. S. 22 ff und 31 ff der Arbeit.

<sup>6</sup> Zu den Ergebnissen dieser Analyse und den Schlußfolgerungen des Gerichts vgl. unten § 2 II. 1. a) S. 24 f der Arbeit.

<sup>7</sup> OLG Nürnberg NJW 1979, 169.

<sup>8</sup> Darauf wird im Laufe der Arbeit noch zurückzukommen sein, siehe etwa unten 4. Teil, 2. Abschnitt S. 150.

<sup>9</sup> Das Gericht hebt ausdrücklich hervor, den Grundsatz der Unzulässigkeit von Gegenvorstellungen gegen — auf sofortige Beschwerde ergangene — materiell rechtskräftige Beschlüsse zwar zu bejahen, hält eine Durchbrechung dieses Grundsatzes bei Verletzung des rechtlichen Gehörs aber für geboten.