

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Ein Vergleich zwischen dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem allgemeinen Verwaltungsverfahren“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

M 7 0

LA

**Ein Vergleich zwischen dem Verfahren  
der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem  
allgemeinen Verwaltungsverfahren**

## **INAUGURAL-DISSERTATION**

zur Erlangung des  
akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität  
zu Münster.

vorgelegt von  
Johann Lützenkirchen  
aus Köln

1967



68 K 17 / 417

*Für Annemarie!*

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger

Dekan: Prof. Dr. Dieter Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 1968

## Inhaltsübersicht

	Seite
§ 1 Verhältnis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Rechtsprechung und Verwaltung . . . . .	1
I. Definition des Gegenstandes der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	1
a) Definition vom Wort her . . . . .	1
b) Definition von der Sache her . . . . .	2
1) Fürsorge und Vorsorge als Merkmal der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	2
2) Privatrecht als Merkmal der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	2
3) Rechtsprechung als Charakteristikum der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	3
4) Streitentscheidung als Voraussetzung der Zugehörigkeit der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Rechtsprechung . . . . .	3
5) Identität zwischen Freiwilliger Gerichtsbarkeit, soweit diese nicht Rechtsprechung ist, und Verwaltung . . . . .	5
II. Verwaltung als Rechtspflege . . . . .	5
§ 2 Trennung zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht . . . . .	6
I. Die Ansicht Bettermanns . . . . .	6
II. Kritik dieser Ansicht . . . . .	7
a) Beurteilung auch durch die Verwaltung . . . . .	7
b) Prozeßnormen als Verhaltensnormen . . . . .	7
c) Verwaltungsverfahrenrecht als Summe der Erzeugungsregeln des Verwaltungsaktes, des Plans und des öffentlich-rechtlichen Vertrages . . . . .	7
§ 3 Doppelte Betrachtungsweise des Verwaltungsverfahrens als Stufenfolge von Handlungen und als Verfahrensrechtsverhältnis . . . . .	8
I. Verfahren als Summe von Handlungen . . . . .	8
II. Verfahren als Rechtsverhältnis . . . . .	8
§ 4 Der Kreis der Beteiligten . . . . .	9
I. Notwendigkeit der Abgrenzung des Beteiligtenkreises . . . . .	9
II. Formell Beteiligte . . . . .	9
a) Formelle Beteiligung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	9
b) Formelle Beteiligung im Verwaltungsverfahren . . . . .	10
III. Materiell Beteiligte . . . . .	10
a) Materielle Beteiligung in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	10
b) Materielle Beteiligung im Verwaltungsverfahren . . . . .	10
§ 5 Die Beteiligung Dritter am Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem Verwaltungsverfahren . . . . .	11
I. Intervention Dritter im Zivilprozeß . . . . .	11

II. Beteiligung Dritter am Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	12
III. Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren . . . . .	13
§ 6 Beteiligungsfähigkeit . . . . .	14
I. Beteiligungsfähigkeit in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	14
II. Beteiligungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren . . . . .	14
§ 7 Die Handlungsfähigkeit . . . . .	15
I. Die Handlungsfähigkeit im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	15
a) Der Stand der Meinungen . . . . .	15
b) Bedeutungslosigkeit des Meinungsstreites . . . . .	15
aa) Geschäftsunfähige . . . . .	15
bb) Partiiell Geschäftsfähige . . . . .	15
cc) Handlungsfähigkeit kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung . . . . .	16
dd) Beschränkt Geschäftsfähige . . . . .	16
ee) Heilung durch Genehmigung . . . . .	16
II. Die Handlungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren . . . . .	16
§ 8 Vereinbarkeit zwischen Beteiligteigenschaft und Zeugenstellung . . . . .	17
I. Abgrenzung zwischen Beteiligten und Zeugen in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	17
II. Die Bedeutungslosigkeit der Frage für das Verwaltungsverfahren . . . . .	18
§ 9 Abgrenzung zwischen Beteiligten und Bekanntmachungsadressaten . . . . .	18
I. Abgrenzung im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	18
II. Abgrenzung im Verwaltungsverfahren . . . . .	19
§ 10 Wirksamwerden von Verfügungen und Verwaltungsakten mit Doppelwirkung . . . . .	20
§ 11 Die Verfahrensmaximen . . . . .	22
I. Die Bestimmung der Verfahrensgrundsätze durch die Eigenarten des Verwaltungsrechts und der der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehörenden Rechtsgebiete . . . . .	22
II. Die Offizialmaxime . . . . .	23
III. Die Dispositionsmaxime . . . . .	23
IV. Die Inquisitionsmaxime . . . . .	24
V. Mündlichkeit . . . . .	24
VI. Unmittelbarkeit . . . . .	25
VII. Parteiöffentlichkeit . . . . .	25
§ 12 Rechtskraft und Bestandskraft . . . . .	26
I. Formelle Rechtskraft in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	26
II. Formelle Rechtskraft im Verwaltungsverfahren . . . . .	26
III. Materielle Rechtskraft im Verwaltungsverfahren . . . . .	27

IV. Materielle Bestandskraft der Verwaltungsakte . . . . .	28
V. Materielle Rechtskraft im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	28
a) Die Fälle der einfachen Beschwerde . . . . .	28
b) Mangel subjektiver Grenzen . . . . .	28
c) Der Mangel des Rechtsverhältnisses . . . . .	28
d) Möglichkeit des Aufrollens der Sache durch andere materiell Beteiligte . . . . .	29
e) Mangelnde Verbindlichkeit . . . . .	29
VI. Kritik der für das Verwaltungsverfahren angenommenen materiellen Rechtskraft . . . . .	29
a) Feststellende Verwaltungsakte . . . . .	29
b) Feststellende Verwaltungsakte als Vorbereitung einer Gestaltung . . . . .	30
c) Das Fehlen der subjektiven Grenzen . . . . .	30
d) Die Ansicht des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts . . . . .	30
e) „Abgeschlossener Sachverhalt“ und „gerichtsformliches Verfahren“ keine geeigneten Kriterien der materiellen Rechtskraft . . . . .	31
f) Kritik der materiellen Bestandskraft . . . . .	32
§ 13 Nichtigkeit . . . . .	33
I. Nichtigkeit im Verwaltungsverfahren . . . . .	33
II. Nichtigkeit im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	34
a) Der Stand der Meinungen . . . . .	34
b) Die Unmöglichkeitstheorie im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	34
§ 14 Der Verfahrensgegenstand . . . . .	35
I. Die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	35
a) Das Erfordernis der Bestimmung . . . . .	35
b) Besonderheiten bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . .	36
aa) Die Amtsverfahren . . . . .	36
bb) Die Antragsverfahren . . . . .	36
II. Die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes im Verwaltungsverfahren . . . . .	37
a) Das Erfordernis der Bestimmung . . . . .	37
b) Die Bestimmung . . . . .	37
§ 15 Die Rechtsmittel . . . . .	38
I. Rechtsbehelfe ohne Devolutiveffekt . . . . .	38
II. Widerspruch und Beschwerde . . . . .	38
III. Verwaltungsgerichtliche Klage und weitere Beschwerde . . . . .	39
IV. Verfassungsbeschwerde . . . . .	40
§ 16 Schlußbetrachtung . . . . .	40

## Literaturverzeichnis

- Antonioli, Walter: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954
- Baur, Fritz: Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. I: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955
- Baumbach-Lauterbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965
- Becker, Franz: Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Stuttgart und Brüssel 1960
- Beseler, Hans Friedrich: Die Rechtskraft der Verwaltungsakte, Diss. jur. Münster 1960
- Bettermann, Karl August: „Verwaltungsakt und Richterspruch“, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955 (zit.: Verwaltungsakt und Richterspruch)
- „Das Verwaltungsverfahren“, in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17 (zit.: Verwaltungsverfahren)
- „Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung“, in Festschrift für Lent 1957 (zit.: Spannungsfeld)
- Bötticher, Eduard: „Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“, in JZ 1956, S. 587
- Bülow, Oskar: „Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen“, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 27, Seite 224 ff.
- Eyermann-Fröhler: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München und Berlin 1965
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966
- Friesenhahn, Ernst: „Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den Westdeutschen Landesverfassungen“, in Festschrift für Thoma, Tübingen 1950 (zit.: Rechtsprechung)
- Fromm, Günter: „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“, in Verwaltungsarchiv Bd. 56 S. 22 ff
- Habscheid, Walter: „Fehlerhafte Entscheidungen im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“, in NJW 1966, S. 1787 ff (zit.: Fehlerhafte Entscheidungen)
- Hatschek-Kurtzig: Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts von Dr. Julius Hatschek, herausgegeben von Dr. Paul Kurtzig, 7. und 8. Aufl., Leipzig 1931
- Hauelsen, Fritz: „Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen“, in NJW 1964, S. 2037 ff

- Herrnritt, Rudolf: Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932
- Hippel, von, Ernst: „Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes“, Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, 2. Aufl., Berlin, Göttingen und Heidelberg 1960
- Jansen, Paul: „Zur bindenden Wirkung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht“, in NJW 1966, S. 331 ff (zit.: Bindende Wirkung)
- Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie Tübingen 1908
- Keidel: Freiwillige Gerichtsbarkeit, begründet von Fritz Keidel, fortgesetzt von Theodor Keidel, 9. Aufl., München und Berlin 1967
- Lent-Habscheid: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl., München und Berlin 1962 (zit.: Habscheid)
- Lent-Jauernig: Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1966
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., München und Leipzig 1924
- Meikel-Imhof-Riedel: Kommentar zur Grundbuchordnung unter Berücksichtigung des Rechts der Länder und Westberlin, 6. Aufl., Berlin 1964
- Menger, Christian Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954
- Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927
- Münzel, Karl: „Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß“, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 66, S. 334 ff
- Nikisch, Arthur: Zivilprozeßrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1952
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, bearbeitet von Dr. Bernhard Danckelmann, Prof. Dr. Hans Gramm, Dr. Ulrich Hoche, Theodor Keidel, Dr. Wolfgang Lauterbach, 26. Auflage, München und Berlin 1967
- RGR-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von RG-Räten und Bundesrichtern, 10. und 11. Aufl., 4. Bd. 2. Teil, bearbeitet von Karl-G. Meyer und Georg Scheffler Berlin 1964
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961
- Schlegelberger, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2 Bände, 7. Neubearb. Auflage, Köln-Berlin-München 1956
- Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
- Siegmund-Schultze, Gerh.: „Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen“, in Deutsches Verwaltungsblatt 1966 S. 247 ff

- Staudinger-Engelmann:** J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Ausführungsgesetzen Bd. IV.: Familienrecht, 2. Teil, erläutert von Theodor Engelmann, herausgegeben von Fritz Keidel, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926 (zit.: Staudinger)
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle:** Kommentar zur ZPO, begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein und Martin Jonas, bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, 1. Bd., Tübingen 1953
- Tezner, Friedrich:** „Theorie der Verwaltungsrechtspflege“, in Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit Bd. 9, S. 218
- Ule, Carl Hermann:** „Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung“, in Deutsche Rechtszeitschrift, Beiheft 10, Tübingen 1949
- Wolff, Hans J.:** Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965 (zit.: Wolff, Vwr I)
- Verwaltungsrecht III, München und Berlin 1966 (zit.: Wolff Vwr III)
- „Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten“, in MDR 1951, S. 523 ff

## Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
aA	anderer Ansicht
aF	alter Fassung
AG	Ausführungsgesetz
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937
AO	Reichsabgabenordnung v. 1919 in der Fassung v. 22. Mai 1931
Art.	Artikel
BayNotZ	Bayerische Notarzeitung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen in der amtlichen Sammlung
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen in der amtlichen Sammlung
BJagdG	Bundesjagdgesetz
blnVwVerfG	Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung v. 2. Oktober 1958 mit DVO vom 9. Oktober 1964
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der amtlichen Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
d. h.	das heißt

d. i.	das ist
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DtNotZtg	Deutsche Notarzeitung
DVO	Durchführungsverordnung
EG	Einführungsgesetz
EheG	Ehegesetz vom 20. Februar 1946
Entwurf	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, erstellt von Beauftragten des Bundes und der Länder, veröffentlicht 1963
evtl.	eventuell
FamRändG	(Bundes-)Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961
FG	Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898
G.	Gesetz
gem.	gemäß
ges.	gesetzlich
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 in der Fassung vom 12. September 1950
HausratsVO	Verordnung über die Behandlung der Ehe- wohnung und des Hausrats nach der Schei- dung (sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz) vom 21. Oktober 1944
Hess	Hessisch
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
hM	herrschende Meinung
idR	in der Regel
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KOVerwVerfG	(Bundes-)Gesetz über das Verwaltungsverfah- ren der Kriegsopferversorgung vom 2. Mai 1955
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) in der Fassung vom 26. Juli 1957

LAG	(Bundes-)Gesetz über den Lastenausgleich v. 1952 in der Fassung vom 1. Dezember 1965
LUG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über die Un- terbringung geisteskranker, geistesschwacher und suchtkranker Personen (Landesunterbrin- gungsgesetz) vom 16. Oktober 1956
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vom 21. Juli 1953
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotaufnG	Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 22. August 1950 mit Durchführungsverordnung vom 11. Juni 1951
nw 1.VereinfG	(nordrhein-westfälisches) erstes Gesetz zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwal- tung (Erstes Vereinfachungsgesetz vom 23. Juli 1957
OeAVG	(österreichisches) Allgemeines Verwaltungs- verfahrensgesetz von 1925 in der Fassung der Kundmachung vom 23. Mai 1950
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PreußAllgGerO	Preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1793
Rdn.	Randnote
REG	Rückertstatutengesetze
RStAngG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SchIHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchIHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Justizmini- sterialblatt für Schleswig-Holstein
SchmSchuG -DVO-	(Bundes-)Gesetz über die Verbreitung jugend- gefährdender Schriften v. 1953 in der Fassung vom 29. April 1961 mit Durchführungsverord- nung vom 23. August 1962
SGG	(Bundes-)Sozialgerichtsgesetz vom 3. Septem- ber 1953
sog.	sogenannt

V	Verfahren, Verfahrens
VA	Verwaltungsakt, Verwaltungsakte, Verwaltungsakts
VFG	Verfahren, Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
vgl.	vergleiche
VHG	Vertragshilfegesetz vom 26. März 1952
VV	Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrens
VwGO	(Bundes-)Verwaltungsgerichtsordnung (vom 21. Januar 1960)
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland Herausgegeben von G. Ziegler
Z.	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZP	Zivilprozeß, Zivilprozesses
ZPO	Zivilprozeßordnung von 1877 in der Fassung vom 12. September 1950
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

## § 1 Das Verhältnis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Rechtsprechung und Verwaltung

### I. Definition des Gegenstandes der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

#### a) Definition vom Wort her

Abgesehen von der unbrauchbaren gesetzlichen Definition in Teil 2 Titel 1 § 1 der PreußAllGerO ist der Gegenstand der FG nicht positiv definiert. Es ist daher zu versuchen, eine Definition zu erarbeiten.

Im Hinblick auf die Bezeichnung „Freiwillige Gerichtsbarkeit“ liegt es nahe, in der Freiwilligkeit das Merkmal ihres Gegenstandes zu sehen. Das liegt umso näher, als schon das römische Recht zwischen der *iurisdictio contentiosa* und der *iurisdictio voluntaria* unterschied und auch das französische Recht ebenfalls diesen Unterschied — *jurisdiction contentieuse* und *jurisdiction gracieuse* — kennt. Vielfach treten auch tatsächlich die Beteiligten freiwillig vor das Staatsorgan, das zur Entscheidung im VFG berufen ist. Das ist zB häufig der Fall in Registersachen und im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren. Daneben finden sich aber nicht minder häufig Fälle, in denen der Richter der FG von Amts wegen das V einleitet und die Beteiligten notfalls gegen ihren Willen einbezieht. So werden gem. § 1666 BGB vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen verhängt, nach § 53 GBO unzulässige Grundbucheintragungen gelöscht, zwei Monate nach Rechtskraft des Ehescheidungsurteils aufgrund des § 1671 BGB Verteilungen der elterlichen Gewalt vorgenommen, ohne daß es eines Antrags bedürfte. Insofern findet sich in der FG weniger Freiwilligkeit als im ZP, dessen Einleitung wegen des Klageerfordernisses stets auf der freiwilligen Entschließung mindestens des Klägers beruht. Soweit das Antragserfordernis in der FG besteht, findet sich kein Unterschied zum ZP. Wird beim Richter der FG eine gegen einen anderen gerichtete Maßnahme beantragt und dieser gegen seinen Willen in das V einbezogen (wie zB bei der Berichtigung des Grundbuchs gem. den §§ 13, 22 GBO, bei der Anordnung des Landwirtschaftsgerichts gem. § 11 LandpachtG), liegt die typische Situation des ZP vor. Stellen sämtliche Beteiligte beim Gericht der FG übereinstimmende Anträge (zB die geschiedenen Eltern beantragen gemeinsam die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter gem. § 1671 BGB, materiell Berechtigter und Buchberechtigter beantragen übereinstimmend die Berichtigung gem. den §§ 13, 22 GBO), so ist eine Situation gegeben, die auch im ZP vorkommen kann. Auch zwischen den Parteien des ZP nämlich kann Übereinstimmung vorliegen, wie das Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO) zeigt.

Schließlich sei noch erwähnt, daß auch bei der Vollstreckung von Verfügungen der FG weniger Freiwilligkeit gegeben ist als bei denjenigen von Zivilurteilen. Soweit sich nichts anderes aus dem Gesetz ergibt<sup>1)</sup> und die Vollstreckung nicht nach der Zivilprozeßordnung

<sup>1)</sup> §§ 132 ff FGG

erfolgt<sup>2)</sup>, kann der Richter gem. § 33 Abs. 1 FGG Ordnungsstrafen verhängen, um seine Verfügung durchzusetzen und nach Abs. 2 der genannten Vorschrift unmittelbaren Zwang anordnen. Damit sehen sich die Beteiligten Zwangsmitteln gegenübergestellt, die dem Richter des ZP nicht in die Hand gegeben sind, da hier idR die Vollstreckung den Parteien obliegt und freisteht.

Die Freiwilligkeit scheidet damit als Merkmal des Gegenstandes der FG aus<sup>3)</sup>.

## b) Definition von der Sache her

### 1) Fürsorge und Vorsorge als Merkmal der FG

Die Vormundschafts-, Familienrechts- und Fürsorgeerziehungssachen, aber auch die Registersachen unter Einschluß der Grundbuchsachen und die Nachlasssachen sowie andere Teilgebiete der FG dienen ganz oder teilweise dem Schutz der Beteiligten, einzelnen von ihnen oder der Öffentlichkeit. Das gleiche gilt von den Beurkundungssachen. Man könnte daher versucht sein, in der Rechtsfürsorge das Merkmal des Gegenstandes der FG zu sehen oder diese als vorsorgende Rechtspflege zu bezeichnen<sup>4)</sup>. Auf diese Weise ließe sich das VFG in einen Gegensatz zum ZP bringen, der es idR mit einem pathologischen Rechtszustand zu tun hat und in dem sich zwei Parteien gegenüberstehen, die sich um das Recht und dessen bindenden Ausspruch streiten. Jede gerichtliche Entscheidung dient aber in hohem Maße — neben der General- oder Spezialprävention jeder gerichtlichen Maßnahme<sup>5)</sup> — der Vorsorge oder Fürsorge für die Parteien oder Betroffenen. So bezweckt die im ZP ergangene Entscheidung die Befriedung der Parteien durch die Rechtskraft. Bei Leistungs- und Gestaltungsurteilen handelt es sich hierbei um Fürsorge, bei Feststellungsurteilen um Vorsorge. Beim Strafurteil, das dem Schutz der Allgemeinheit dient, handelt es sich um beides. Da sich nicht sagen läßt, daß die Befriedung der Parteien oder der Schutz der Allgemeinheit von geringerer Bedeutung sind als die Ziele zB des Vormundschaftsrichters, müssen Fürsorge und Vorsorge als Charakteristikum gerade der FG ausscheiden. Zu diesem Ergebnis muß man auch dann gelangen, wenn man berücksichtigt, daß weite Teilbereiche der FG echte Streitentscheidungen bilden und daß auch die FG häufig auf einen pathologischen Rechtszustand stößt<sup>6)</sup>.

### 2) Privatrecht als Merkmal der FG

Lent<sup>7)</sup> sieht es als typisch an, daß die FG es mit dem Privatrecht zu tun habe. Auf diese Weise hat Lent die FG von der öffentlichen Verwaltung abgegrenzt, die es mit dem öffentlichen Recht zu tun habe. Diese Ansicht ist jedoch von Bettermann<sup>8)</sup> widerlegt. Bettermann weist auf zahlreiche Beispiele hin, bei denen die Verwaltung im Zivilrecht tätig wird: Genehmigung von Kündigungen im Arbeitsrecht

<sup>2)</sup> Wie vor allem in den sog. echten Streitsachen (vergl. hierzu Baur § 26 c), aber auch zB in den Fällen der §§ 13 a Abs. 2, 53 a Abs. 4, 98, 99, 158 FGG

<sup>3)</sup> Habscheid § 4 I 2), Münzel ZZP 66, 350 ff, Baur § 1 II

<sup>4)</sup> So Brumby JR 1948, 70, Lent DtNotZtg 1950, 320

<sup>5)</sup> Vgl. Habscheid § 4, 3)

<sup>6)</sup> Habscheid § 4, 3)

<sup>7)</sup> Lent, S. 4

<sup>8)</sup> Bettermann, Spannungsfeld S. 17

und Mieterschutzrecht, Genehmigungen im Landwirtschaftsrecht, die Tätigkeit des Standesbeamten und anderes mehr. Andererseits wird der Richter der FG häufig auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts tätig, wie zB bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung, die — wie jede Freiheitsentziehung<sup>9)</sup> — öffentlich-rechtlicher Natur ist. Das Privatrecht kann also nicht die Grenze zwischen der FG und der Verwaltung darstellen. Erst recht kann nicht auf dem von Lent aufgezeigten Wege die FG vom Zivilprozeß abgegrenzt werden.

### 3) Rechtsprechung als Charakteristikum der FG

Zur Rechtsprechung gehört das Antragserfordernis. Non eat iudex ex officio<sup>10)</sup>. Das folgt daraus, daß Rechtsprechung nur ein unbeteiligter Dritter ausüben kann. Wird jemand aufgrund eigener oder ihm anvertrauter Interessen tätig, ist er kein Richter<sup>11)</sup>. Da in den Vormundschaftssachen weitgehend die Officialmaxime gilt (§ 1666 BGB), scheidet ein weiter Teilbereich der Tätigkeit des Vormundschaftsrichters mithin als Rechtsprechung aus. Zur Rechtsprechung gehört weiter, daß Gegenstand des Spruches die Feststellung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses ist<sup>12)</sup>. Feststellung bedeutet, daß der Richter das in einem bestimmten historischen Zeitpunkt gegebene Recht aufgrund der gegebenen Rechtsordnung, an die er gebunden ist, sucht, nicht schafft, was ein Merkmal der Verwaltung bildet<sup>13)</sup>. Reine Tatsachenfeststellung reicht nicht aus. Das Offenbarungseidsverfahren (§ 163 FGG) und die Entgegennahme eidesstattlicher Versicherungen gehören daher nicht zur Rechtsprechung. Der Spruch muß verbindlich, d. h. der materiellen Rechtskraft fähig sein. Die Aufstellung bloßer Vermutungen ist nicht genügend. Grundbuch- sowie Registersachen und auch das Erbscheinsverfahren gehören daher nicht zur Rechtsprechung. Erbschein und Eintragung sind daher kein Richterspruch. Sie mögen zwar mit Rechtsfolgen versehene Vermutungen darstellen, bleiben jedoch widerlegbar. Daher ist es nicht zu beanstanden, daß in der DDR die Grundbuchsachen den Verwaltungsbehörden und die Nachlasssachen den staatlichen Notariaten übertragen worden sind und durch Bundesgesetz den Rechtspflegern übertragen werden sollen. Des weiteren ist Rechtsprechung Fallentscheidung, d. h. sie erfolgt zur Entscheidung eines bestimmten Sachverhalts. Rechtsauskünfte oder Empfehlungen des Vormundschaftsrichters zB an den Vormund sind daher keine Rechtsprechung.

### 4) Streitentscheidung als Voraussetzung der Zugehörigkeit der FG zur Rechtsprechung

Andererseits können nicht Teilgebiete der FG als nicht zur Rechtsprechung gehörig bezeichnet werden, weil bei ihnen kein Streit zu entscheiden ist. Zwar wird vielfach, insbesondere von Bötticher<sup>14)</sup> und Friesenhahn<sup>15)</sup><sup>16)</sup>, die Ansicht vertreten, Rechtsprechung sei

<sup>9)</sup> aaO S. 22

<sup>10)</sup> Bettermann aaO S. 25, derselbe in Jellinek-Gedächtnisschrift S. 371

<sup>11)</sup> Bettermann aaO S. 25, derselbe in Jellinek-Gedächtnisschrift S. 371

<sup>12)</sup> Bettermann, Spannungsfeld S. 25

<sup>13)</sup> Bettermann aaO S. 28

<sup>14)</sup> Bötticher in ZZP 51, 208 f

<sup>15)</sup> Friesenhahn Rechtsprechung, S. 21

<sup>16)</sup> Vergl. auch Wolff Vwr I § 19 I 3)

stets Streitentscheidung. Diese Ansicht ist jedoch von Menger<sup>17)</sup> widerlegt. Menger weist mit Recht darauf hin, daß es bereits beim Strafprozeß an einem Streit fehle, da die Staatsanwaltschaft nicht Partei, sondern „Wächter des Gesetzes“ sei. Erst recht fehlt es an einem Streit, wenn der Angeklagte erklärt, er sehe dem gerechten Urteil entgegen. Ferner wird von Menger<sup>18)</sup> mit Recht auch auf die Statusklagen hingewiesen, bei denen die Klage häufig auf Veranlassung des Beklagten erhoben wird, sowie auf die selbständige Normenkontrolle durch die Staats- oder Verfassungsgerichte (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verbindung mit §§ 13 Ziff. 6, 76—79 BVerfGG), die auf einseitigen Antrag hin erfolgt<sup>19)</sup>. Hinzuzufügen wären noch die Anerkenntnis- und Versäumnisurteile im ZP, denen ebenfalls kein Streit vorausgegangen ist. Diese eklatanten Beispiele zeigen, daß Rechtsprechung nicht notwendigerweise Streitentscheidung ist. Mangelnder Streit berechtigt also nicht, Bereiche der FG aus der Rechtsprechung auszuklammern.

Rechtsprechung ist der verbindliche, d. h. rechtskraftfähige Anspruch dessen, was in einer Sache rechtens ist, durch ein Staatsorgan, dem in dieser Sache kein anderes Interesse zur Wahrnehmung anvertraut ist als das Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung durch die Feststellung, wie der zu entscheidende Sachverhalt durch die geltenden Normen geregelt wird<sup>20)</sup> 21).

Nach dieser Definition liegt im Verfahren der FG Rechtsprechung u. a. in folgenden Fällen vor: Feststellung des Scheidungsrechts eines verstorbenen Ehegatten nach der 5. DVO EheG, Entscheidung bei Ablehnung einer Amtshandlung durch den Standesbeamten (§§ 45, 48 PStG) und zwar gleichgültig, ob der Standesbeamte dem Verfahren beigetreten ist oder nicht (§ 48 Abs. 2 PStG), Entscheidung über den Widerspruch gegen die Auswahl der Abschlußprüfer gem. §§ 136 Abs. 2 und 3 AktG in Verbindung mit § 145 FGG, Entscheidung über die Verpflichtung des Dispatcheurs zur Aufnahme der Dispache, § 150 FGG, Entscheidung der Kammer für Wertpapierbereinigung gem. dem Wertpapierbereinigungsgesetz. Des weiteren rechnen zur Rechtsprechung alle sog. echten Streitsachen, zB die Hausratsteilungs- und Landwirtschaftssachen.

Damit ist nicht gesagt, daß die FG, soweit sie Rechtsprechung ist, immer Zivilgerichtsbarkeit darstellt. Es findet sich vielmehr in der FG auch Verwaltungsgerichtsbarkeit, zB im Personenstandswesen (§§ 45 ff PStG) und in Landwirtschaftssachen (§ 29 LVO), da hier das Gericht gegen VA angegangen wird.

17) Menger, System, S. 40

18) Menger, System, S. 40

19) Menger aaO S. 43

20) Ähnlich Menger aaO S. 49

21) Mit dieser Definition ist nur gesagt, wann Rechtsprechung vorliegt, nicht dagegen, was durch Richterspruch zu erledigen ist (Materielle Rechtsprechung). Dem Richter sind nach Art. 92 GG diejenigen Aufgaben zugewiesen, die das Grundgesetz an anderer Stelle den Gerichten überträgt (vgl. Art. 18, 21 Abs. 2, 41, 61, 84 Abs. 4, 93, 98, 99, 100, 126 GG). Darüber hinaus liegt dem Art. 92 GG die Auffassung zugrunde, dasjenige gehöre vor den Richter, was traditionell durch diesen erledigt worden sei (so BVerfG in NJW 1967, 1219 ff).

## 5) Identität zwischen FG, soweit diese nicht Rechtsprechung ist, und Verwaltung

Verwaltung ist mannigfaltige, zweckbestimmte, idR fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Besorgung von Angelegenheiten<sup>22)</sup>. Hierunter fallen alle Gebiete der nichtrechtsprechenden FG: Da der Vormundschaftsrichter von Amts wegen tätig werden muß<sup>23)</sup>, gestaltet er von sich aus und damit selbstbeteiligt das Verhältnis des Minderjährigen zu seinen Eltern, wobei ihm gem. § 1666 BGB eine Vielfalt von Möglichkeiten zur Verfügung steht. Wenn er zum letzten Mittel, der Fürsorgeerziehung, greift, spricht er in modaler Weise Recht, da diese mit Freiheitsentziehung verbunden ist, welche kraft Art. 104 GG stets dem Richter obliegt. Dieser hat insoweit ihm durch das Grundgesetz übertragene Verwaltung modal durch Rechtsprechung auszuüben. Die Führung des Grundbuchs dient wie das Katasterwesen und die Führung der Wasserbücher nicht der bindenden Feststellung, sondern unverbindlich neben öffentlichen Interessen der Daseinsvorsorge und ist damit Verwaltung<sup>24)</sup>. Verwaltung ist die FG auch dort, wo über ein Rechtsmittel gegen einen VA der Richter der FG entscheidet und diesem nicht nur die Rechtsmäßigkeit, sondern auch die Ermessens- und Zweckmäßigkeitprüfung obliegt. In einem solchen Falle entscheidet der Richter der FG anstelle der Verwaltungsbehörde<sup>25)</sup>. Er gestaltet wie diese und stellt nicht etwa das einzig mögliche Recht fest<sup>26)</sup>. Anders ist es jedoch bei der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts, wenn diesem nur die Rechtskontrolle über die Entscheidung der Erstinstanz zusteht. Dann wird das Beschwerdegericht der FG zum Verwaltungsgericht. Verwaltung ist schließlich das Beurkundungswesen, für welche neben den Gerichten die Notariate zuständig sind, die zur FG zählen.

FG ist also teils Rechtsprechung, teils Verwaltung<sup>27)</sup>, teils streitige, teils nichtstreitige Gerichtsbarkeit, teils Zivil-, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>28)</sup>.

## II. Verwaltung als Rechtspflege

Mit der Rechtsprechung hat die Verwaltung — jedenfalls zu einem großen Teil — gemein, daß sie Rechtspflege darstellt, worunter die Verwirklichung von Staats- und sonstigen öffentlichen Zwecken durch Rechtsanwendung seitens der damit betrauten Staatsorgane zu verstehen ist. Rechtsanwendung erfolgt nämlich sowohl durch Rechtsprechung als auch durch Verwaltung<sup>29)</sup>. Wie bereits ausgeführt, fin-

22) Wolff VWR I § 2 II a) 5.

23) Palandt § 1666 Anm. 1)

24) Bettermann, Spannungsfeld, S. 27

25) Bettermann aaO S. 36

26) Vgl. § 32 Baulandbeschaffungsg. § 29 LVO

27) Vgl. BVerfG in NJW 1967, 1219 ff, das nur Teilgebieteder FG zur Rechtsprechung zählt, RGZ 63, 238 ff, OVG Münster in NDR 1951, 313

28) Bettermann aaO S. 24

29) Wolff Vwr I § 19 I a)

det sich in erster Linie ein Unterschied insoweit, als die erstere unbeteiligt feststellt, die letztere idR beteiligt gestaltet<sup>30)</sup>.

Festzuhalten ist aber, daß nicht nur die nichtrechtsprechende FG Verwaltung ist, sondern daß sich auch die rechtsprechende FG mit der Verwaltung in der Rechtspflege berührt.

Die Berührung wird noch stärker in der Quasi-Rechtsprechung der Verwaltung<sup>31)</sup>.

Hierbei handelt es sich um Vorverfahren, die Rechtsprechung im materiellen Sinne darstellen<sup>32)</sup>. Erwähnt werden hierbei muß, daß Art. 19 Abs. 4 GG die Letztentscheidung den Gerichten vorbehält<sup>33)</sup>.

FG und Verwaltung sind also weitgehend kongruent und berühren sich im übrigen in der Rechtspflege und der Rechtsprechung im materiellen Sinne.

## § 2 Trennung zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht

### I. Die Ansicht Bettermanns

Ein Vergleich zwischen dem VFG und dem VV setzt voraus, daß es ein VVRecht gibt. Nach Bettermann<sup>34)</sup> ist das nicht der Fall. Dieser Autor ist der Ansicht, daß es nur ein materielles Verwaltungsrecht gebe. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre diese Abhandlung — wenn überhaupt — nur unter anderen Aspekten denkbar.

Bettermann<sup>35)</sup> glaubt, es sei nicht möglich, innerhalb des Staats- und Verwaltungsrechts zwischen VRecht und materiellem Recht zu unterscheiden. Beim VA — so wird ausgeführt — verbleibe das ihn erlassende Organ im wesentlichen, d. h. wenn man von zivilrechtlichen Vorfragen absehe, innerhalb seines spezifischen Wirkungskreises: im Verwaltungsrecht. Nur der Richter greife dann, wenn er zur Sachentscheidung komme, stets über sein spezifisches Rechtsgebiet, das Prozeßrecht, hinaus, indem er materielles Recht anwende. Nur er bewege sich also in zwei Rechtskreisen und auf zwei Rechtsebenen: im Prozeßrecht und im materiellen Recht. Für den Richter sei das materielle Recht Beurteilungsmaßstab. Dieselbe Rechtsnorm, die für die Parteien ein Gebot (einschließlich Verbot) oder eine Gewährung enthalte, sei für den Richter Mittel zur Erkenntnis, ob die Partei sich richtig, regelgemäß oder rechtmäßig verhalten habe. Die Normen dagegen, die das Können, Dürfen, Sollen und Müssen des Richters beim Rechtsprechen regelten, rechneten zum Prozeßrecht. Wie die Verfassung aber die Stellung des Gesetzgebers im Gesamtgefüge des

<sup>30)</sup> Deshalb ist der Steuerbescheid kein Akt der Rechtsprechung, sondern ein solcher der Verwaltung, da die ihn erlassende Behörde in eigener Sache handelt.

<sup>31)</sup> Wolff aaO § 19 II c)

<sup>32)</sup> ZB die Entscheidung gem. § 35 BJagdG in Verbindung mit § 30 HessAGBJagdG.

<sup>33)</sup> Wolff aaO

<sup>34)</sup> Bettermann, Richterspruch S. 362 ff

<sup>35)</sup> Bettermann, Richterspruch S. 362 ff

Staates und sein Verhältnis zu den übrigen Staatsorganen bestimme, so verhalte sich die Verwaltung gegenüber Verfassung und Gesetz. Diese umschriebene Organisation, Zuständigkeit, Auftrag, Befugnisse und Schranken der Verwaltungsbehörden. VVGesetze seien damit für die Behörde ebenfalls nichts anderes als Verhaltensnormen, also materiellen Inhalts<sup>36)</sup>. Bei der Verwendung des Rechts mache die Verwaltungsbehörde von einer ihr verliehenen Befugnis Gebrauch, so wie der Staatsanwalt den Verbrecher verfolge, verhafte oder anklage, der Gläubiger den Schuldner mahne oder verklage oder gegen ihn vollstrecken lasse, der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber kündige oder der Besitzer sich gegen vorbotene Eigenmacht wehre.

### II. Kritik dieser Ansicht

#### a) Beurteilung auch durch die Verwaltung

Die Ansicht Bettermanns hält einer Kritik jedoch nicht stand. Nicht nur der Richter, auch die Verwaltung beurteilt anhand der gegebenen Rechtsnormen. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Verwaltungsbehörde in eigener Sache beurteilt, der Richter dagegen in fremder. Auch ist die Beurteilung nicht das entscheidende Element der richterlichen Tätigkeit, sondern Mittel zum Zweck, der in der bindenden Feststellung besteht. Die Verwaltungsbehörde beurteilt häufig noch intensiver, nämlich dann, wenn neben die rechtliche die Beurteilung aufgrund Ermessens und solche nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten tritt. Diese Beurteilung geht dem Verhalten voraus, ähnlich wie die richterliche Beurteilung der richterlichen Feststellung vorausgeht.

#### b) Prozeßnormen als Verhaltensnormen

Nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Prozeßrecht besteht aus Verhaltensnormen. Es regelt nämlich einmal das Verhalten der Parteien gegenüber dem Gericht und untereinander, zum andern das Verhalten des Richters gegenüber den Parteien. Man kann also materielles Recht nicht vom Prozeßrecht durch das Kriterium der Verhaltensnorm abgrenzen. Überdies wird das Prozeßrecht in der Revisionsinstanz zur Beurteilungsnorm, nämlich für die Frage, ob die Vorinstanz sich im Prozeß richtig oder falsch verhalten hat.

Der Ansicht Bettermanns, wonach zwischen materiellem Verwaltungsrecht oder VVRecht nicht unterschieden werden könne, weil letzteres Verhaltensnorm für die Verwaltung darstelle, kann somit nicht gefolgt werden.

#### c) VVRecht als Summe der Erzeugungsregeln des VA, des Plans und des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Wie das Prozeßrecht vom materiellen Recht, so kann auch das VVRecht vom materiellen Verwaltungsrecht dadurch unterschieden werden, daß es das „Wie“ des Weges regelt, auf dem ein Plan, öffentlich-rechtlicher Vertrag oder ein VA zustande kommt, durch die das materielle Recht vollzogen wird<sup>37)</sup>.

<sup>36)</sup> Bettermann in VVDSt Heft 17, S. 120

<sup>37)</sup> Wolff Vwr III § 166 I

VVRecht kann als die Summe der Erzeugungsregeln für VAPläne und öffentlich-rechtliche Verträge gesehen werden<sup>38)</sup>.

Ähnlich definiert auch § 8 Entwurf das VV als nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlaß eines VA oder auf den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist.

Damit wird das VVRecht an die Seite des Prozeßrechts gerückt und mit diesem vergleichbar.

### § 3 Doppelte Betrachtungsweise des Verwaltungsverfahrens als Stufenfolge von Rechtshandlungen und als Verfahrensrechtsverhältnis

#### I. Verfahren als Summe von Handlungen

VV ist die Tätigkeit von Verwaltungsbehörden und u. U. der Beteiligten, die den Erlaß eines VA, eines Planes oder den Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages betrifft<sup>39)</sup>. Hier ist V als die Gesamtheit der Behörden- und Beteiligtenhandlungen gesehen, die auf die Herbeiführung der Endentscheidung gerichtet sind und durch diesen Zweck zusammengehalten werden. Diese Handlungen werden nacheinander vollzogen. Jede hat die vorhergehende zur Voraussetzung und ist selbst Voraussetzung für die nächste<sup>40)</sup>.

#### II. Verfahren als Rechtsverhältnis

Diese Betrachtungsweise des V ist jedoch nicht die einzig mögliche. Das V ist vielmehr auch ein Rechtsverhältnis, d. h. eine rechtlich geregelte Beziehung zwischen den Verfahrenssubjekten<sup>41)</sup>. Der Inhalt des Verfahrensrechtsverhältnisses besteht in wechselseitigen Rechten und Pflichten der Behörde den Beteiligten gegenüber und umgekehrt sowie u. U. zwischen den Beteiligten untereinander. So ist es zB ein Teil des Verfahrensrechtsverhältnisses, daß die Behörde bei einem Antrag auf Erlaß eines günstigen VA das V eröffnen muß. Des

<sup>38)</sup> Merkl S. 215, Antonioli S. 222, ähnlich Wolff aaO

Das VVRecht ist noch nicht in vollem Umfange gesetzlich kodifiziert. Während Österreich und andere Staaten das allgemeine VVRecht gesetzlich zusammenfassend geregelt haben, ist die gesetzliche Regelung in der Bundesrepublik — soweit überhaupt vorhanden — noch überaus zersplittert. Manche Länder haben VVGesetze erlassen, in denen das allgemeine VV normiert ist, zum Teil jedoch recht unvollständig. Hier ist hinzuweisen auf die Badische VVOrdnung, die teilweise jedoch aufgehoben ist, das Baden-Württembergische Landesverwaltungsgesetz, das jedoch nur die Verwaltungsbeschwerde regelt, das Berliner VVGesetz, das Bremische VVGesetz sowie das Saarländische Landes-VVGesetz. Es werden jedoch nur Zuständigkeiten, Rechtsmittel und Vollstreckung geregelt. Die Bemühungen um eine Kodifizierung haben zu dem 1963 veröffentlichten Entwurf eines VVGesetzes geführt, der von Beauftragten des Bundes und der Länder erstellt wurde, und schließlich zum Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetz.

<sup>39)</sup> Definition von Wolff, Vwv. II, § 156 I, die nur die u. U. vorliegende Mitwirkung der Beteiligten unberücksichtigt läßt.

<sup>40)</sup> So für den ZP Rosenberg § 2 I. 1. im Anschluß an Bülow in ZZP 27, S. 224 ff

<sup>41)</sup> Rosenberg aaO 2. und 3.

weiteren ist die Behörde verpflichtet, das objektive Recht anzuwenden und die angebotenen Beweise — soweit sie geeignet sind — zu erheben. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Verpflichtung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs. Den Parteien obliegen zwar nicht grundsätzlich Handlungspflichten<sup>42)</sup>. Die Parteien werden vielmehr idR nur durch das eigene Interesse getrieben. Das ist nur anders, wo die Mitwirkungspflicht gesetzlich normiert wird, wie zB im Steuerrecht, das den Betroffenen zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet. Die Beteiligten sind aber gehalten, „anständig und nicht schikanös“<sup>43)</sup> zu verfahren. Auch trifft sie die Wahrheitspflicht, und schließlich dürfen die Beteiligten das V nicht verschleppen. Sind mehrere Beteiligte vorhanden, so bestehen schließlich auch zwischen ihnen Rücksichtnahmepflichten.

Die Übernahme des im ZPRecht entwickelten Verfahrensrechtsverhältnisses für das VV macht es hier wie dort möglich, die zahlreichen Einzelhandlungen als eine Einheit aufzufassen und sich insbesondere eine Rechtsnachfolge in den jeweiligen Verfahrensstand vorzustellen. In vollzogene Handlungen kann nämlich eine Nachfolge nicht stattfinden.

Ist aber das VV eine spezifische Summe von aufeinanderfolgenden VHandlungen und erwächst aus ihm ein besonderes VRechtsverhältnis, so bietet es sich an, diese Handlungen und das Rechtsverhältnis mit den entsprechenden Gegebenheiten des VFG zu vergleichen.

### § 4 Der Kreis der Beteiligten

#### I. Notwendigkeit der Abgrenzung des Beteiligtenkreises

Ein geordneter Gang des V ist nicht denkbar, ohne daß dessen Subjekte festgelegt sind. Als Subjekte sind diejenigen Personen anzusehen, die aktiv am V teilnehmen, d. h. VRechte ausüben können. Man nennt sie Beteiligte. Wäre ihr Kreis nicht bestimmt, so wüßte das Organ des VTrägers, d. i. der Richter oder der Beamte, zB nicht, wem rechtliches Gehör zu gewähren ist, wer in förmlichen V geladen werden muß und wer zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt ist.

#### II. Formell Beteiligte

##### a) Formelle Beteiligung in der FG

In der FG ist der ZP für die Bestimmung der formell Beteiligten Vorbild gewesen. Dieser kennt nur formell Beteiligte: Kläger und Beklagte, ihnen zur Seite stehende Streitgenossen, evtl. vorhandene Streitverkündete und Nebenintervenienten. Sie alle werden Beteiligte durch bloße Parteihandlung, Erhebung oder Zustellung der Klage sowie evtl. Beitritt. Dieser formelle Beteiligtenbegriff hat in Antrags-sachen Eingang in die FG gefunden. Antragsteller und Antragsgegner sind formell Beteiligte<sup>44)</sup>. Beantragt die Ehefrau die Aufhebung der

<sup>42)</sup> Nach § 18 Abs. 2 Entwurf sollen die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Pflicht, sondern um eine Last

<sup>43)</sup> Rosenberg aaO

<sup>44)</sup> Habscheid § 14 II

Entziehung der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 BGB), so sind sie als Antragstellerin und ihr Ehemann als Antragsgegner formell Beteiligte. Desgleichen ist die Industrie- und Handelskammer formell Beteiligte, wenn sie gemäß § 126 FGG zur Verhütung unrichtiger Eintragungen im Handelsregister Anträge an das Registergericht richtet. Das betreffende Unternehmen ist als Antragsgegner ebenfalls formell beteiligt.

b) Formelle Beteiligung im Verwaltungsverfahren

Die formelle Beteiligung findet sich in gleicher Weise im VV. Nach Wolff<sup>45)</sup> sind Beteiligte

a) der Antragsteller

b) der Antragsgegner, soweit ein solcher vorhanden ist.

Beide sieht auch § 12 Entwurf als Beteiligte vor.

### III. Materiell Beteiligte

a) Materielle Beteiligung in der FG

Die formelle Beteiligung reicht in der FG nicht aus. Sie muß vollends dann versagen, wenn kein Antragserfordernis besteht, d. h. wenn der Richter der FG von Amts wegen tätig wird. Aber auch dann muß bestimmt werden, wer am V beteiligt werden muß, wem rechtliches Gehör zu gewähren, wer zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt ist. Es bleibt nur die Anknüpfung an die Möglichkeit eines Eingriffs seitens des Richters in die Rechtssphäre bestimmter Rechtsgenossen<sup>46)</sup>. Materiell beteiligt sind demnach alle Personen, deren Rechte und Pflichten durch das V beeinflusst werden können<sup>47)</sup>. In diesem Sinne verwendet das Gesetz den Begriff in den §§ 41, 86, 88, 89, 91—97, 127, 132, 134, 138, 140, 142, 150, 151—153, 164—165 FGG. Hervorzuheben ist, daß es genügt, wenn die Entscheidung in die Rechtsstellung des Beteiligten eingreifen kann. Ob tatsächlich eingegriffen wird, kann im voraus noch nicht beurteilt werden<sup>48)</sup>. Materiell Beteiligter ist also in Vormundschaftssachen stets das Mündel, der Vormund, wenn es sich um gegen ihn verhängte Ordnungsstrafen oder noch zu verhängende Beugemittel und seine Rechnungslegungspflicht handelt. In den oben unter II. a genannten Beispielen sind beide Eheleute materiell Beteiligte. Die Industrie- und Handelskammer hat dagegen diese Stellung nicht. Durch die falsche Registereintragung wird sie selbst nicht in ihren Rechten betroffen. Sie ist nur formell am V beteiligt.

b) Materielle Beteiligung im Verwaltungsverfahren

Wie in der FG, so muß die Abgrenzung des zum VV heranzuziehenden Personenkreises aufgrund des formellen Beteiligungsbegriffs auch dann versagen, wenn ein Antrag nicht erforderlich ist, die

<sup>45)</sup> Wolff Vwr III § 166 III

<sup>46)</sup> Habscheid § 14 I 2)

<sup>47)</sup> Habscheid § 14 I 1., vgl. auch für den Verwaltungsprozeß Ule § 22 I 3.

<sup>48)</sup> Habscheid § 14 I 2)

Verwaltungsbehörde also von sich aus tätig wird. Aber nicht nur hier, auch beim Antragserfordernis reicht der formelle Beteiligtenbegriff nicht aus. Auch durch Antragsverfahren nämlich können Dritte in ihren Rechten beeinträchtigt werden, die als VSubjekte heranzuziehen sind. Daher sind mit Recht nach Wolff<sup>49)</sup> weiterhin Beteiligte:

c) derjenige, gegen den sich eine behördliche Maßnahme richten soll, richtet oder gerichtet hat,

d) derjenige, mit dem die Verwaltungsbehörde einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abzuschließen beabsichtigt,

e) derjenige, der am Ausgang des V ein rechtliches Interesse hat und zu dem V beigezogen ist.

In gleicher Weise definiert auch § 12 Abs. 1 Ziffer 2—4 Entwurf den materiellen Beteiligtenbegriff, nur mit dem Unterschied, daß er bei dem unter e) genannten Falle mit Recht (vgl. oben III. a) S. 9) nicht darauf abstellt, ob rechtliche Interessen tatsächlich berührt werden, sondern darauf, ob solche durch den Ausgang des V berührt werden können.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß sowohl formeller als auch materieller Beteiligtenbegriff für das VV und das VFG dieselben sind.

## § 5 Die Beteiligung Dritter am VFG und VV

### I. Intervention Dritter im Zivilprozeß

Da der ZP nur formell Beteiligte kennt, erwächst die Gefahr, daß der Rechtsstreit ohne die Beteiligung Dritter entschieden wird, die am Ausgang des Prozesses ein rechtliches Interesse haben. Dieser Gefahr begegnet die Zivilprozeßordnung zum Teil durch die Haupt- (§ 64 ZPO) und Nebenintervention (§ 66 ZPO). Durch diese Beteiligung rechtlich interessierter Dritter am Prozeß werden weitere Prozesse verhindert, weil sich die Rechtskraft (§ 68 ZPO) des ergehenden Urteils auf diese Dritten erstreckt und somit die zwischen den Parteien und den Intervenienten bestehenden Streitpunkte zum Teil mit entschieden werden. Die Intervention der Zivilprozeßordnung ist jedoch deshalb unvollkommen, weil sie nicht von Amts wegen erfolgt, sondern wegen der Parteiherrschaft vom Willen der Parteien oder der Intervenienten abhängt. Die Parteien können durch Streitverkündung (§§ 72—74 ZPO), der Dritte durch Erhebung der Einmischungsklage (§ 64 ZPO) oder durch Beitritt (§ 66 ZPO) die Intervention einleiten. Andere Möglichkeiten, die Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte herbeizuführen, bestehen nicht. Insbesondere zählen die notwendige, aber auch die einfache Streitgenossenschaft (§§ 59—63 ZPO) nicht hierhin, weil es sich lediglich um eine Parteienhäufung auf Kläger- oder Beklagenseite handelt<sup>50)</sup>.

<sup>49)</sup> Wolff aaO

<sup>50)</sup> Im VFG und dem VV haben notwendige und auch einfache Streitgenossenschaft keine Bedeutung, weil es sich bei den Genossen um materiell Beteiligte handelt.

## II. Beteiligung Dritter am Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Ob die prozeßrechtlichen Figuren der Haupt- und Nebenintervention sowie der Streitverkündung im VFG einen Platz finden können, ist streitig. Nach Baur<sup>51)</sup> hat die Nebenintervention im VFG keine Bedeutung, weil jeder, dessen Rechtsposition durch die Entscheidung des Gerichts berührt werden könne, materiell Beteiligter sei und sich daher auch formell am V beteiligen könne.

In dieser Allgemeinheit ist die Ansicht von Baur jedoch nicht richtig. Bei den Streitverfahren der FG finden sich durchaus Situationen, die dem ZP vergleichbar sind und daher die Zuverlässigkeit der Intervention fordern. Im Vertragshilfverfahren (§ 8 Abs. 2 VHGO) ist die analoge Anwendung sogar ausdrücklich vorgeschrieben. In den Streitverfahren findet sich das Zweiparteienprinzip mit Antragsersfordernis, wodurch die Intervention erforderlich wird. Mit dieser Begründung ist daher zu Recht von der Rechtsprechung<sup>52)</sup> die analoge Anwendung der §§ 66—74 ZPO für zulässig erachtet worden.

Andererseits kann aber auch der Ansicht von Habscheid<sup>53)</sup> nicht gefolgt werden, wonach die analoge Anwendung auch in den übrigen Gebieten der FG geboten ist.

Habscheid begründet seine Ansicht mit dem Beispiel des Regreßschuldners im V nach § 156 KostO. Einmal aber stellt das V nach § 156 KostO — wie Habscheid selbst sagt — ein privatrechtliches Streitverfahren dar, ähnlich dem V nach § 767 ZPO. Zum andern aber folgt die Ablehnung der Übernahme der Streitverkündung sowie Haupt- und Nebenintervention für die nichtstreitige FG aus allgemeinen Erwägungen. Zwar ist es richtig, daß der materiell Beteiligte der FG nicht mit dem Inhaber des „rechtlichen Interesses“ im Sinne von § 66 ZPO identisch ist. Materiell Beteiligter im VFG ist nur derjenige, über dessen Rechte und Pflichten unmittelbar mitentschieden wird<sup>54)</sup>. Der Regreßschuldner gehört nicht hierzu<sup>55)</sup>. Der Begriff des rechtlichen Interesses im Sinne von § 66 ZPO ist dagegen weiter zu fassen<sup>56)</sup>. Hierher gehören nicht nur Rechte und Pflichten, über die mitentschieden wird, sondern alle rechtlichen Belange, die berührt werden. Derjenige, dem die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung und eine Beeinträchtigung der Ehre<sup>57)</sup> aus der Entscheidung erwachsen kann, zählt bereits hierzu.

Streitverkündung und Intervention erübrigen sich also nicht infolge Identität zwischen dem Begriff der materiellen Beteiligung und demjenigen des rechtlichen Interesses im Sinne von § 66 ZPO. Jedoch verbietet die Struktur des nichtstreitigen VFG die Übernahme der Institutionen der Streitverkündung und Intervention.

Man kann nicht unbesehen die Lücken, die das Rahmengesetz des FGG offenläßt, allein durch die Zivilprozeßordnung ausfüllen. Auch

andere Verfahrensordnungen sind heranzuziehen. Hier ergibt sich, daß die Regelung der Verwaltungsgerichtsordnung über die Beiladung besser paßt<sup>58)</sup>. Im Zivilprozeß findet sich die Parteiherrschaft, die es mit sich bringt, daß auch durch bloße Parteihandlung über die Beteiligung Dritter am V bestimmt werden kann. Im VFG herrscht demgegenüber weitgehend die Offizialmaxime, mindestens der Untersuchungsgrundsatz. Der Richter bestimmt weitgehend, gegen wen sich sein V richtet und welches Ziel es verfolgt. Zumindest bestimmt er den Umfang und die Art des zu erhebenden Beweises. In diesem V haben Streitverkündung und Intervention als Ausfluß der Parteiherrschaft keinen Raum<sup>59)</sup>. Für das nichtstreitige VFG paßt besser die Beiladung (§ 65 VwGO), die bei Berührung rechtlicher Interessen eines Dritten im Verwaltungsgerichtsverfahren erfolgen kann. Sie steht im Ermessen des Gerichts, das also auch insoweit Herr des V bleibt (§ 65 Abs. 1 VwGO), abgesehen nur von der notwendigen Beiladung, die erfolgen muß (§ 65 Abs. 2 VwGO).

Die Beiladung hat Ähnlichkeit mit der Nebenintervention und der Streitverkündung. In beiden Fällen handelt es sich um Beteiligung Dritter an einem fremden V. An die Prozeßlage und die VHandlungen der Parteien sind die Beteiligten gebunden. Die gefällte Entscheidung müssen sie gegen sich wirken lassen<sup>60)</sup>. Jedoch muß der Beteiligte nicht wie der Nebeninterveniende eine bestimmte Partei unterstützen, sondern kann beide Parteien gleichzeitig oder abwechselnd bekämpfen. Letzteres spricht ebenfalls für die Übernahme der Institution der Beiladung in das nichtstreitige VFG. Hier stehen nämlich häufig gravierende öffentliche Interessen zur Entscheidung, womit es sich nicht verträgt, daß der Beigeladene eine bestimmte Partei zu unterstützen gezwungen ist.

Im VFG tritt also — abgesehen von den echten Streitsachen — an die Stelle der Streitverkündung und Nebenintervention die Beiladung im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung<sup>61)</sup>.

## III. Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren

Auch für das VV ist die analoge Anwendung des Instituts der Streitverkündung und der Nebenintervention abzulehnen. Auch hier gilt nicht das Prinzip der Parteiherrschaft, vielmehr ist der VTräger, die Behörde, Vherr.

Auch mit dem VV ist es daher nicht in Einklang zu bringen, wenn durch bloße Parteihandlung beliebig viele Personen, deren nicht bloße wirtschaftliche, sondern irgendwie geartete rechtliche Interessen berührt werden, am V teilnehmen.

Durch die Auswahl der beizuladenden Personen durch die Behörde aufgrund Ermessensentscheidungen wird die Gefahr uferloser Ausweitung vermieden. Allerdings ist die Verwaltungsbehörde im Falle

51) Baur § 14 II

52) SchIH OLG in RdL 1955, S. 174 ff BGH in ZZP 77, 305 f

53) Habscheid § 16 II

54) Keidel § 6 Rdn 15, Baur § 12 III Fußn. 1)

55) Keidel aaO

56) Baumbach-Lauterbach §§ 66 Anm. 1

57) Baumbach-Lauterbach aaO

58) Fenn in ZZP 77, S. 306 ff

59) Keidel aaO im Anschluß an Fenn aaO

60) Eyermann-Fröhler § 65 I 1)

61) Habscheid § 16 III, der das Institut der Beiladung allerdings nur in den öffentlichen Streitsachen, d. h. also dort, wo der Richter der FG die Funktion eines Verwaltungsgerichts ausübt, analog anwenden will.

der notwendigen Beiladung, die der notwendigen Streitgenossenschaft gleicht<sup>62)</sup>, zur Beiladung verpflichtet.

Es bleibt zu untersuchen, ob es nicht Arten von VV gibt, bei denen die analoge Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Streitverkündung und Nebenintervention möglich und geboten erscheint. Das wäre beim V mit Zweiparteienprinzip der Fall, in denen wenigstens zum Teil die Parteiherrschaft anerkannt werden könnte. Indes sind solcherlei V nicht ersichtlich. Insbesondere gehört das Beschlußverfahren nicht hierhin. Die Entscheidung des Beschlußausschusses ist weder kontradiktorisch noch gerichtsähnlich<sup>63)</sup>. Sie ergeht lediglich statt durch eine bürokratisch organisierte Verwaltungsbehörde durch ein selbständiges und einzelweisungsfreies Kollegialorgan mit Behördencharakter in einem förmlichen V<sup>64)</sup>. Die Entscheidung ist VA. Man könnte versucht sein, im V gem. § 30 HessAGBJagdG in Verbindung mit § 35 BJagdG die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Streitverkündung und Nebenintervention analog anzuwenden. Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben. Das V gem. § 30 HessAGBJagdG ist ein Vorverfahren des Zivilprozesses. Für eine allgemeine Untersuchung des VV hat es daher keine Bedeutung, weil es dem ZP nähersteht.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß im VV wie auch in den nichtstreitigen VFG statt der Institution der Streitverkündung und Nebenintervention diejenige der Beiladung im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung analog anzuwenden ist<sup>65)</sup>.

## § 6 Beteiligungsfähigkeit

### I. Beteiligungsfähigkeit in der FG

In Anlehnung an § 50 Abs. 1 ZPO wird in der FG die Beteiligungsfähigkeit durch die Rechtsfähigkeit bestimmt<sup>66)</sup>. Wer rechtsfähig ist, kann im VFG materiell wie formell beteiligt sein. Hierdurch wird der Kreis der Beteiligungsfähigen enger gezogen als derjenige der Parteifähigen im ZP. Für den ZP nämlich läßt § 50 Abs. 2 ZPO die passive Parteistellung des nichtrechtsfähigen Vereins zu. Nach § 124 HGB kann die oHG — und damit die KG — klagen und verklagt werden. Diese Ausnahmen gelten für das VFG nicht<sup>67)</sup>. Jedoch sind für die echten Streitverfahren der FG § 52 Abs. 2 ZPO und § 124 HGB analog anzuwenden, da diese V dem ZP nahestehend<sup>68)</sup>.

### II. Beteiligungsfähigkeit im VV

Im VV wird die Beteiligungsfähigkeit in Anlehnung an § 61 VerwGO bestimmt, wodurch der Kreis der Beteiligungsfähigen erweitert wird. Nach der genannten Vorschrift sind nämlich außer den

62) Ule § 22 II 1)

63) Wolff Vwr. III § 157 I c)

64) Wolff aaO

65) Wolff Vwr III § 156 b), der neben dem rechtlichen Interesse die Beizogenheit als Voraussetzung des Beteiligtseins nennt und sich an die Verwaltungsgerichtsordnung anlehnt.

66) Habscheid § 15 I

67) Habscheid aaO

68) Keidel in JZ 1953, 273, Habscheid aaO

natürlichen und juristischen Personen auch Behörden sowie nicht-rechtsfähige Vereinigungen beteiligungsfähig, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, d. h. soweit sie Zuordnungsobjekte mindestens eines Rechtssatzes sind und somit Rechtssubjektivität besitzen. Danach sind also beteiligungsfähig nichtrechtsfähige Vereine, Wählergemeinschaften, Fraktionen eines Gemeinderates in dem Rahmen, in dem sie Zuordnungsobjekt eines Rechtssatzes sind.

Würden solche Vereinigungen zB an das Grundbuchamt einen Eintragungsantrag richten, müßte dieser als unzulässig zurückgewiesen werden. Es ist jedoch an der Zeit, daß die enge Begrenzung des Kreises der Beteiligungsfähigen im VFG aufgegeben wird. Es erscheint doch merkwürdig, daß die oHG und KG zwar im Grundbuch eingetragen werden, aber nicht den Antrag hierauf stellen können<sup>69)</sup>.

## § 7 Die Handlungsfähigkeit

### I. Die Handlungsfähigkeit im VFG

#### a) Der Stand der Meinungen

Die Frage, nach welchen Grundsätzen sich die Handlungsfähigkeit in der FG, der die Prozeßfähigkeit im ZP entspricht, richten soll, ist streitig. Nach der herrschenden Meinung<sup>70)</sup> gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Geschäftsfähigkeit entsprechend. Nach Habscheid<sup>71)</sup> sollen die Vorschriften des § 52 ZPO entsprechend herangezogen werden, wonach nur prozeßfähig ist, wer sich durch Verträge allein verpflichten kann. Er meint, daß die VHandlungen den Prozeßhandlungen näherliegen als den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechts. Auch sei es bedenklich und könne zu einer Verfahrenverschleppung führen, wenn jedes Mal geprüft werden müsse, ob die Handlung mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt sei oder ob sie von diesem genehmigt werde. Schließlich sei nicht erkennbar, wann eine Genehmigung als verweigert angesehen werden könne und wem gegenüber die Genehmigung zu erteilen sei. Die herrschende Meinung weist demgegenüber darauf hin, daß das Gericht sich gerade häufig mit den Rechten Minderjähriger befassen und daher auch von diesen Erklärungen entgegennehmen müsse.

#### b) Bedeutungslosigkeit des Meinungsstreites

Da jedoch beide Ansichten zu denselben Ergebnissen führen, erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit ihnen.

aa) Geschäftsunfähige sind nach beiden Ansichten auch handlungsunfähig. Für sie muß der Vertreter handeln<sup>72)</sup>. Das gleiche gilt für juristische Personen.

bb) In manchen Fällen gewährt das Gesetz beschränkt Geschäftsfähigen eine partielle unbeschränkte Geschäftsfähigkeit. Insoweit ist der Minderjährige nach beiden Ansichten handlungsfähig. So sind beschränkt Geschäftsfähige, die mit Ermächtigung des gesetzlichen

69) Meikel - Imhof - Riedel § 3 Anm. 289

70) Schlegelberger § 13 Rdn. 7, Keidel § 13 Bem. 8, RGZ 65, S. 199, 145, S. 284, KG OLGE 21, S. 296, BayObLGZ 1952 Nr. 7

71) Habscheid § 15 II 2)

72) BGHZ 15, S. 262

Vertreters in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis treten, auf diesem Gebiet unbeschränkt geschäftsfähig (§ 113 BGB). Dasselbe gilt für Minderjährige, die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt sind (§ 112 BGB).

cc) Kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 59 FGG kann ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind oder ein Mündel, das zwar in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, aber das 14. Lebensjahr vollendet hat, in Angelegenheiten, die seine Person betreffen, oder in denen es nach gesetzlicher Vorschrift vor einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden soll, selbständig das Beschwerderecht ausüben. In diesem Falle kommen beide Ansichten kraft gesetzlicher Vorschrift zu demselben Ergebnis.

dd) Es bleibt somit nur die „Mittelstufe“<sup>73)</sup> der beschränkt Geschäftsfähigen, die nach der herrschenden Meinung — wäre diese konsequent — bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handlungsfähig sein müßten, nach der Mindermeinung dagegen nicht. Hier entnimmt jedoch die herrschende Meinung<sup>74)</sup> den Vorschriften der §§ 1626, 1627, 1630, 1793, 1897 u. a. BGB den allgemeinen Rechtsgedanken, daß der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte nicht selbst handeln kann. Es wird also insbesondere die Anwendung des § 107 BGB (unbeschränkte Geschäftsfähigkeit bei ausschließlich vorteilhaftem Rechtsgeschäft), aber auch die der §§ 108—111 BGB ausgeschlossen.

ee) Überdies kann nach allgemeiner Ansicht das Handeln des Prozeßunfähigen im V durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters geheilt werden<sup>75)</sup>. Handlungsfähig in der FG sind also die unbeschränkt Geschäftsfähigen, die kraft Gesetzes partiell unbeschränkt Geschäftsfähigen, soweit ihnen unbeschränkte Geschäftsfähigkeit eingeräumt ist, und schließlich diejenigen, denen durch Gesetz für bestimmte Handlungen Handlungsfähigkeit gewährt wird. Die VHandlungen eines Handlungsunfähigen können von dem gesetzlichen Vertreter genehmigt werden.

## II. Die Handlungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren

Damit ergibt sich, daß die Handlungsfähigkeit in der FG gleich derjenigen im VV ist, soweit in diesem nicht eine Besonderheit dadurch entsteht, daß der Kreis der Beteiligungsfähigen weiter ist. Im VV nämlich wird in Anlehnung an § 62 VwGO die Handlungsfähigkeit wie folgt bestimmt:

Fähig zur Vornahme von VHandlungen sind<sup>76)</sup>

1. natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig sind,
2. natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, soweit sie für den Gegenstand des V

<sup>73)</sup> Habscheid § 15 II 2)

<sup>74)</sup> Schlegelberger § 13 Rdn. 7, Keidel § 13 Rdn. 29

<sup>75)</sup> Keidel § 13 Rdn. 29, Baur § 13 B III, Habscheid § 15 II 4), BGHZ 41 S. 106, aA OLG Frankfurt in DtNotz 1965, S. 482, jedoch nur für die Rechtsbeschwerdeinstanz und mit ablehnender Anmerkung von Baur ebenda

<sup>76)</sup> § 11 Entwurf, Wollf Vwr III § 156 c) 2)

durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als geschäftsfähig oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind,

3. juristische Personen und nichtrechtsfähige Vereinigungen durch ihre gesetzlichen Vertreter oder besonders Beauftragte,
4. Behörden durch ihre Leiter, deren Vertreter oder Beauftragte.

Die Ziffern 1., 2. und 3. 1. Alternative stimmen mit der Handlungsfähigkeit in der FG überein. Die Ziffern 3. 2. Alternative und 4. sind im VV erforderlich, weil der Kreis der Beteiligungsfähigen entsprechend weiter ist.

## § 8 Vereinbarkeit zwischen Beteiligteneigenschaft und Zeugenstellung

### I. Abgrenzung zwischen Beteiligten und Zeugen in der FG

Nach § 15 FGG finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Zeugenbeweis auch im VFG Anwendung. Bereits im Zivilprozeßrecht ist der Grundsatz, daß die Zeugenstellung mit der Parteieigenschaft nicht vereinbar sei, dahin modifiziert worden, daß als Zeuge ausgeschlossen ist, wer im Wege der Parteivernehmung vernommen und beeidigt werden kann<sup>77)</sup>. Daraus ergibt sich, daß die prozeßunfähige Partei, die im Prozeß gesetzlich vertreten wird, Zeuge sein kann. Das gilt zB für den nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter einer oHG. Ausnahmen hiervon bestimmt § 455 Abs. 2 ZPO, wonach in bestimmten Fällen bestimmte Prozeßunfähige anstelle ihres gesetzlichen Vertreters als Partei vernommen werden können. Solche Personen können ebenfalls nicht als Zeuge auftreten, da ihre Parteivernehmung zulässig ist.

Im ZP ergänzen sich also Zeugeneigenschaft und Möglichkeit der Parteivernehmung. Damit ist sichergestellt, daß das Wissen einer jeden Person um den streitigen Sachverhalt verwertet werden kann. Eine solche klare Abgrenzung stößt in der FG auf Schwierigkeiten. Es finden sich keine Vorschriften über die Parteivernehmung. Jedoch ist die Zivilprozeßordnung insoweit analog anzuwenden<sup>78)</sup>. Die Frage ist jedoch, wer aus dem Kreis der Beteiligten, der umfassender ist als der Parteienkreis der Zivilprozeßordnung, als Partei und wer als Zeuge vernommen werden kann. Würde man sämtliche Beteiligten nur zur Parteivernehmung zulassen, würde man sich wegen der Aussageverweigerungsrechte die Möglichkeit erschweren, sich das Wissen dieses mit der Sache befaßten Personenkreises nutzbar zu machen.

Als Lösung bietet sich nach Baur<sup>79)</sup> an, die formell Beteiligten lediglich zur Parteivernehmung zuzulassen, die bloß materiell Beteiligten dagegen als Zeugen zu vernehmen. Habscheid<sup>80)</sup> wendet hiergegen ein, daß auch im Wege der Parteivernehmung das Wissen der materiell Beteiligten nutzbar gemacht werden könne. Zudem hänge es auch vom Zufall ab, ob ein materiell Beteiligter (noch nicht) formell

<sup>77)</sup> BGH in JZ 65, S. 725 ff, Baur § 12 IV

<sup>78)</sup> Schlegelberger § 15 Rdn. 27, Keidel § 15 Bem. 10, Kühl in SJZ 1949, S. 581, BayObLG in NJW 1952, S. 789

<sup>79)</sup> Baur § 12 IV 6)

<sup>80)</sup> Habscheid § 14 IV 4)

Beteiligter sei. Diese Argumente dringen jedoch nicht durch. Die Partei hat ein Aussageverweigerungsrecht, so daß die Nutzbar-  
machung ihres Wissens in Frage gestellt ist. Schließlich läßt auch die  
Zivilprozeßordnung die Vernehmung der Partei als Zeuge zu, wie die  
enumerative Aufzählung in § 455 Abs. 2 ZPO ergibt.

Der Ansicht von Baur ist daher zu folgen.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß die formell Beteiligten (ein-  
schließlich der am V teilnehmenden materiell Beteiligten) als Partei,  
die bloß materiell Beteiligten dagegen als Zeugen zu vernehmen sind.

## II. Die Bedeutungslosigkeit der Frage für das Verwaltungsverfahren

Die Frage ist für das VV nicht von Bedeutung. IdR gibt es keinen  
Eid. Beteiligte und Zeugen sind nur im Ausnahmefall zur Mitwirkung  
verpflichtet<sup>81)</sup>. Es besteht idR lediglich eine Mitwirkungslast, was  
bedeutet, daß die Weigerung zum Mitwirken nachteilige Nebenfolgen  
haben kann. Wenn die Mitwirkung aber ohnehin im Belieben des Be-  
teiligten steht, ist es ohne Belang, ob diesem als „Partei“ noch ein  
zusätzliches Weigerungsrecht zur Seite gegeben ist.

Schließlich bedarf es auch nicht wegen der Subsidiarität der Partei-  
vernehmung einer Untersuchung, wer Zeuge und wer Beteiligter im  
VV ist. Wenn überhaupt, käme nur die entsprechende Anwendung des  
§ 448 ZPO in Betracht, der die amtswegige Anordnung der Partei-  
vernehmung regelt. Hier gilt jedoch das Subsidiaritätsprinzip nicht<sup>82)</sup>.

Ist ausnahmsweise der Beteiligte aufgrund Gesetzes verpflichtet  
mitzuwirken (zB der Steuerpflichtige aufgrund von §§ 166 ff AO,  
der Wehrpflichtige aufgrund von §§ 1, 3 WehrpflG) so gehen diese  
Spezialregelungen den Vorschriften über die Parteivernehmung vor.  
Steuer- und Wehrpflichtiger können ihre Mitwirkung nicht unter  
Hinweis auf die Vorschriften über die Parteivernehmung verweigern.

Zur begrifflichen Abgrenzung sei jedoch gesagt, daß die Unter-  
scheidung zwischen Beteiligten und Zeugen deshalb keine Schwierig-  
keiten bietet, weil nur diejenigen rechtlich Interessierten beteiligt  
sind, die beigezogen wurden (vgl. oben § 4 III b), S. 10 f). Außer den  
formell Beteiligten, denjenigen, gegen die sich eine behördliche Maß-  
nahme richten soll, richtet oder gerichtet hat, den etwaigen Vertrags-  
partnern der Behörde und den beigezogenen rechtlich Interessierten  
können alle natürlichen Personen Zeugen sein.

## § 9 Abgrenzung zwischen Beteiligten und Bekanntmachungsadressaten

### I. Abgrenzung im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Nach § 16 FGG werden gerichtliche Verfügungen mit der Be-  
kanntmachung an denjenigen, „für welchen sie ihrem Inhalt nach  
bestimmt sind“, wirksam. Hiermit ist zwar in erster Linie eine Be-  
stimmung über das Wirksamwerden getroffen, gleichzeitig geht aber  
aus dieser Regelung hervor, an wen bekanntzumachen ist. „Ihrem  
Inhalt nach bestimmt“ ist die Verfügung für denjenigen, in dessen  
Interesse das V geführt wurde, sowie denjenigen, gegen den sich das

<sup>81)</sup> Wolff Vwr III § 156 IV 2)

<sup>82)</sup> Schönke-Schröder § 67 III 3), Nikisch § 91 II 2)

V richtete. Bekanntmachungsadressaten sind demnach Antragsteller  
und -gegner, im Beschwerdeverfahren Beschwerdeführer und -gegner,  
sowie alle formell Beteiligten, da diese Antragstellern und -gegnern  
gleichzusetzen sind.

Schwieriger jedoch ist die Frage, ob auch die materiell  
Beteiligten, die nicht formell Beteiligte sind, als Bekannt-  
machungsadressaten angesehen werden müssen. Für den Verlauf des  
V wurde der Kreis der materiell Beteiligten dadurch bestimmt, daß  
in die Rechte und Pflichten der ihm angehörenden Personen einge-  
griffen werden konnte. Nunmehr steht aber fest, ob tatsächlich ein  
Eingriff erfolgt oder nicht. Soweit das nicht der Fall ist, verlieren  
die bislang materiell Beteiligten diese Eigenschaft. Sie scheiden als  
materiell Beteiligte aus. Sie stehen damit in keiner Beziehung mehr  
zum Gericht und können aus diesem Grunde keine Bekanntmachungs-  
adressaten sein. Außer den formell Beteiligten sind also Bekannt-  
machungsadressaten nur diejenigen, in deren Rechte — belastend  
oder begünstigend — durch die bekanntzumachende Verfügung einge-  
griffen wird<sup>83)</sup>. Die Gegenmeinung von Habscheid<sup>84)</sup> überzeugt nicht.  
Nach ihr bestimmt § 16 FGG nur, welche Bekanntmachung für das  
Wirksamwerden der Verfügung erforderlich ist. Daher könne eine  
Bekanntmachung an weitere Personen als Verpflichtung des Gerichts  
angesehen werden. Denn „schließlich müssen auch die zur Erhebung  
der einfachen Beschwerde Berechtigten Kenntnis von der Entschei-  
dung erlangen, um gegebenenfalls ihr Beschwerderecht auszuüben“<sup>85)</sup>.  
Nach Habscheid<sup>86)</sup> ist aber andererseits — und das ist richtig — zur  
Einlegung der Beschwerde nur befugt, wer durch die angefochtene  
Verfügung betroffen, d. h. von ihren Wirkungen in seinen Rechten  
berührt ist. Die für die Erforderlichkeit der Benachrichtigung aller  
am V materiell Beteiligten vorgebrachte Begründung ist somit nicht  
stichhaltig<sup>87)</sup>. Außerdem ist der Kreis der materiell Beteiligten häufig  
nicht — oder nicht im vollen Umfange — bekannt. Es hängt also vom  
Zufall ab, ob und welche materiell Beteiligte benachrichtigt werden  
können. Das schließt natürlich nicht aus, daß das Gericht die Be-  
nachrichtigung insoweit als nobile officium betrachtet. Erforderlich  
ist diese jedoch nicht.

### II. Abgrenzung im Verwaltungsverfahren

Die gefundene Beschränkung der Bekanntmachungsadressaten auf  
diejenigen materiell Beteiligten, in deren Rechte oder Pflichten tat-  
sächlich eingegriffen wird, trifft auch für das VV zu. Neben den  
formell Beteiligten sind also nur solche materiell Beteiligten zu be-  
scheiden, die durch den ergehenden VA betroffen werden.

<sup>83)</sup> Baur § 12 IV 6), Keidel § 16 Rdn. 13

<sup>84)</sup> Habscheid § 24 II 2)

<sup>85)</sup> Habscheid § 24 II 2)

<sup>86)</sup> Habscheid § 32 I 3)

<sup>87)</sup> Es gibt jedoch Fälle, in denen Beschwerdebefugnis gegeben ist,  
ohne daß weder formelle Beteiligung noch materielles Betroffensein vor-  
liegt, jedoch nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung. So kann im  
Falle unrichtiger Eintragung im Handelsregister die Industrie- und Han-  
delskammer Beschwerde einlegen (§ 126 FGG). In solchen Fällen sind  
nicht formell Betroffene zu benachrichtigen, ohne daß materielles Be-  
troffensein vorliegt.

Dementsprechend bestimmt § 31 Abs. 1 Entwurf, daß ein VA demjenigen bekanntzumachen ist, an den er sich richtet<sup>88)</sup>.

### § 10 Wirksamwerden von Verfügungen und Verwaltungsakten mit Doppelwirkung

Gem. § 16 Abs. 1 FGG werden gerichtliche Verfügungen idR mit der Bekanntgabe an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalt nach bestimmt sind, wirksam. Nahezu gleichlautend bestimmt § 33 Absatz 1 Entwurf, daß ein VA gegenüber demjenigen, für den er seinem Inhalt nach bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist, in dem Zeitpunkt Wirkung erlangt, in dem er ihm bekanntgegeben wird. Darüberhinaus ist allgemein anerkannt, daß die Bekanntgabe Voraussetzung für die Wirksamkeit eines VA ist<sup>89)</sup>.

Während nun für die FG Einigkeit darüber herrscht, daß eine Verfügung, die ihrem Inhalt nach für mehrere bestimmt ist und nicht getrennt werden kann, erst mit der letzten Bekanntgabe wirksam wird<sup>90)</sup>, herrscht für das VV über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens von VA mit Doppelwirkung Streit. Während also bei der Übertragung der elterlichen Gewalt auf einen der Elternteile Einigkeit über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens dahin besteht, daß es auf die zuletzt erfolgte Bekanntmachung ankommt, ist der Wirksamkeitszeitpunkt beim Baudispens streitig. Nach Fromm<sup>91)</sup> ist der VA dem Begünstigten gegenüber, dem er allein bekannt gemacht wurde, wirksam und seitens des Belastenden anfechtbar. Fromm begründet seine Ansicht mit den Erfordernissen der Praxis. Man würde „sich vor wichtigen VA nicht mehr retten können — man denke gerade an die Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob überhaupt Doppelwirkung vorliegt —, und Theorie und Praxis würden in einem Maße auseinanderklaffen, das beim besten Willen nicht mehr vertretbar erscheint“.

Hiergegen wenden Hauelsen<sup>92)</sup> und Siegmund-Schultze<sup>93)</sup> ein, daß der Begünstigte ohne einleuchtenden Grund bevorzugt würde. Der Belastete habe den gleichen Anspruch auf Schutz seines Vertrauens darauf, daß kein belastender VA ergangen sei, wie der Begünstigte auf Schutz des Vertrauens, daß dem VA Wirksamkeit innewohne. Auch sei den Erfordernissen der Praxis durch die Ansicht von Fromm keineswegs gedient. Dem Bauherrn, dem ein Dispens erteilt worden sei, sei nicht dadurch geholfen, daß an die Stelle von Unwirksamkeit Anfechtbarkeit trete. In beiden Fällen laufe er gleichermaßen Gefahr, daß er sein Bauwerk stilllegen müsse, da für den Belasteten die Rechtsmittelfrist erst mit Bekanntgabe an ihn zu laufen beginne. Schließlich sei es ein Erfordernis des Rechtsstaats, daß ein VA erst mit der Bekanntgabe an alle Betroffenen wirksam werde, weil dies

<sup>88)</sup> Wolff Vwv I § 50 II c), BGH in VwRspr 6, S. 340

Allerdings gibt es hier wie im VFG Fälle von Beschwerdebefugnis ohne materielles Betroffensein. So kann sich gemäß § 11 HandwO die Handwerkerinnung gegen eine Eintragung in die Handwerksrolle wenden. Nach § 35 WehrpflG. kann der Leiter des Bezirkswehrratsamtes den Musterungsbescheid anfechten. In solchen Fällen ist auch diesen Nichtbetroffenen der VA bekanntzumachen.

<sup>89)</sup> Wolff Vwv I § 50 II c) 1.

<sup>90)</sup> Keidel § 16 Rdn. 14, Schlegelberger § 16 Rdn. 28, Baur § 23 B II 3)

<sup>91)</sup> Fromm in VerwArch 56, S. 26 ff (48)

<sup>92)</sup> Hauelsen in NJW 1964, S. 2037 ff

<sup>93)</sup> Siegmund-Schultze in DVBl 1966, S. 247 ff

den Schutz desjenigen bezwecke, dessen Rechtsstellung durch den VA beeinträchtigt werden solle.

Zur Stützung dieser Ansicht könnte auch auf andere VOrdnungen hingewiesen werden. So werden gerichtliche Urteile, die im schriftlichen V ergehen (§ 310 Abs. 2 ZPO, § 116 Abs. 3 VwGO, § 133 SGG), erst wirksam, wenn sie allen Parteien zugestellt worden sind<sup>94)</sup>. Des weiteren ist im Falle der notwendigen Beiladung (§ 65 VwGO), deren typische Fälle die VA mit Doppelwirkung bilden, das Urteil unwirksam, wenn die Beiladung unterbleibt<sup>95)</sup>.

Durch die Argumente von Hauelsen<sup>96)</sup> und Siegmund-Schultze<sup>97)</sup> sowie durch den Hinweis auf die positiven Regelungen beim schriftlichen V vor den Prozeßgerichten und der notwendigen Beiladung werden die durch Fromm geäußerten Bedenken jedoch nicht zerstreut. Der Bauherr könnte mit der Erstellung des Gebäudes nicht beginnen, da er mit der Unwirksamkeit des Dispenses rechnen müßte, weil dieser möglicherweise einem unbekanntem materiell Beteiligten noch nicht bekanntgemacht wurde. Kein Vormund könnte seine Tätigkeit aufnehmen, weil er sich sagen müßte, daß bereits ein anderer von einem anderen Gericht mit der Vormundschaft betraut sein könnte. Es macht für den Begünstigten sehr wohl einen Unterschied, ob Unwirksamkeit oder nur Anfechtbarkeit vorliegt. Bei Anfechtbarkeit nämlich kann von der Begünstigung Gebrauch gemacht werden. Über die Einwendungen eines etwaigen erst später bekannt gewordenen materiell Beteiligten ist nachträglich zu entscheiden. Bei Unwirksamkeit dagegen darf erst gar nicht von der Begünstigung Gebrauch gemacht werden. Hiermit kann auch das Argument widerlegt werden, die Unwirksamkeit sei im Hinblick auf die Belange des Belasteten ein Postulat der Rechtsstaatlichkeit. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert ebenso den Schutz des Vertrauens des Begünstigten auf die Wirksamkeit des staatlichen Handelns. Der Interessenkonflikt ist durch Abwägung zu lösen: Das schutzwürdige Interesse des Begünstigten verlangt Wirksamkeit, den Belangen des Belasteten ist hinreichend durch Anfechtbarkeit Genüge getan mit der Maßgabe, daß die Rechtsmittelfrist erst mit Bekanntgabe an ihn zu laufen beginnt.

Man könnte noch daran denken, daß die Wirksamkeit für jeden Beteiligten mit Bekanntgabe an ihn oder Bekanntwerden eintritt. Dann läge eine relative Wirksamkeit zugunsten derjenigen Beteiligten vor, die Kenntnis erhalten haben, und relative Unwirksamkeit zugunsten derjenigen materiell Beteiligten, die noch keine Kenntnis erlangt haben. Es kann aber nicht gleichzeitig relative Wirksamkeit und relative Unwirksamkeit gegeben sein. Der Streit der Nachbarn und Vormünder wäre nicht zu lösen, da der eine sich auf Unwirksamkeit und der andere auf Wirksamkeit berufen könnte. Außerdem wäre nicht geklärt, ob der VA oder die Verfügung in Bezug auf Dritte, insbesondere auch in Bezug auf Drittbehörden, wirksam oder unwirksam wäre. Man kann daher allenfalls entweder lediglich relative Unwirksamkeit zugunsten desjenigen, der noch keine Kenntnis er-

<sup>94)</sup> BGHZ 32, S. 370 ff, Rosenberg § 108 III 5), Lent-Jauernig § 70 (S. 202) Eyer mann-Fröhler § 116 Rdn. 15

<sup>95)</sup> EVerwG in DVBl 1963, S. 679 f, DVBl 1964, S. 870 f

<sup>96)</sup> aaO

<sup>97)</sup> aaO

langt hat, oder lediglich relative Wirksamkeit zugunsten desjenigen, dem bekanntgemacht wurde, annehmen. Bei relativer Unwirksamkeit wäre der Hoheitsakt allgemein wirksam und nur zugunsten desjenigen Betroffenen, dem er nicht bekanntgemacht wurde, unwirksam. Bei relativer Wirksamkeit wäre der Akt allgemein unwirksam und nur zugunsten desjenigen, dem er bekanntgemacht wurde, wirksam. Bei der Frage jedoch, ob relative Unwirksamkeit oder relative Wirksamkeit anzunehmen ist, treten dieselben Schwierigkeiten auf wie bei der Frage nach der absoluten Wirksamkeit oder absoluten Unwirksamkeit. Bei der Annahme relativer Wirksamkeit wird der Begünstigte in derselben Weise bevorzugt wie bei der Annahme absoluter Wirksamkeit, da derjenige, zu dessen Gunsten relative Wirksamkeit gegeben ist, sich gegenüber jedermann auf die Wirksamkeit berufen kann, während der Akt nur im Verhältnis aller Dritten zueinander unwirksam ist. Bei der Annahme relativer Unwirksamkeit würde das Vertrauen desjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Hoheitsaktes verläßt, in derselben Weise erschüttert wie bei der Annahme absoluter Unwirksamkeit, da ihm derjenige, dem noch nicht bekanntgemacht wurde, Unwirksamkeit entgegenzuhalten vermag. Durch die Annahme relativer Wirksamkeit oder Unwirksamkeit wird die Klärung der Streitfrage somit nicht gefördert. An die Stelle der Frage nach der absoluten Wirkung träte diejenige, ob relative Wirksamkeit oder relative Unwirksamkeit anzunehmen sei. Eine relative Wirkung hätte aber den entscheidenden Nachteil, daß Dritte sich einerseits auf Wirksamkeit und andererseits gleichzeitig auf Unwirksamkeit einzurichten hätten — ein Zustand, der insbesondere im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vormunds unerträglich ist.

Es ist der Ansicht von Fromm<sup>98)</sup> zu folgen, wonach VA mit Doppelwirkung mit der ersten Bekanntgabe absolute Wirksamkeit erlangen. Hierbei handelt es sich um ein zwingendes Bedürfnis der Praxis. Das Interesse an Vertrauensschutz und Eindeutigkeit ist gewahrt. Den Belangen des Betroffenen ist durch Anfechtbarkeit mit der Maßgabe, daß die Rechtsmittelfrist erst mit der Bekanntgabe an ihn zu laufen beginnt, Genüge getan. Die Regeln über das Wirksamwerden von gerichtlichen Urteilen und der notwendigen Beiladung im V vor den Verwaltungsgerichten können nicht analog angewandt werden.

§ 16 Abs. 1 FGG und § 33 Abs. 1 Entwurf sind mithin dahin zu verstehen, daß die gerichtliche oder behördliche Willensbildung für die Außenwelt existent und wirksam wird, wenn sie an einen der Bekanntmachungsadressaten<sup>99)</sup> gelangt ist. Die Rechtsmittelfrist für die übrigen Betroffenen beginnt erst dann zu laufen, wenn diesen die Verfügung oder der VA bekanntgemacht wurde.

## § 11 Die Verfahrensmaximen

### I. Die Bestimmung der Verfahrensgrundsätze durch die Eigenarten des Verwaltungsrechts und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugehörigen Rechtsgebiete

Man könnte daran denken, die Maximen, die dem Zivilprozeß, dem

<sup>98)</sup> Fromm in VerwArch 56, S. 26 ff (48)

<sup>99)</sup> Vgl. oben S. 19 f

Verwaltungsgerichtsprozeß und auch dem Strafprozeß gemein sind, als allgemeine Rechtsgrundsätze anzusehen. Dann wären diese Maximen als Allgemeingut der Rechtsordnung dort, wo sich keine gegen teiligen positiven Vorschriften finden, auch Bestandteil des VFG und des VV<sup>100)</sup>. Soweit positive Regelungen fehlen, was insbesondere für das VV zutrifft, ergeben sich diese jedoch aus den Besonderheiten des Verwaltungsrechts<sup>101)</sup> und dem Gegenstand der FG.

## II. Die Officialmaxime

So ergibt sich daraus, daß das Verwaltungsrecht nicht in erster Linie individuelle Interessen, sondern Belange der Allgemeinheit wahrnimmt, daß im VV die Officialmaxime gelten muß<sup>102)</sup>. Das Gemeinschaftsinteresse erfordert es, daß die Verwaltungsbehörde von sich aus tätig wird und nicht erst auf einen Anstoß von außen wartet, der die Erfüllung ihrer Aufgaben, die ihrem Zuständigkeitsbereich zugeordnet sind, einleitet. Daher ist die Officialmaxime, nach der Gegenstand, Beginn und auch Abschluß eines V allein von der Behörde bestimmt werden, vornehmlich dann anzuwenden, wenn auf eine Verpflichtung eines Betroffenen abgezielt wird, wie im Polizei-, Ordnungs- und Abgabenrecht. Dementsprechend bestimmt § 16 Entwurf, daß die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, ob und wann sie ein V durchführt, es sei denn (Ziff. 1 1. Alt.), daß sie von Amts wegen tätig werden muß.

Aus denselben Gründen findet sich die Officialmaxime im VFG, soweit sie Verwaltung ist (vgl. oben § 1 I b) 5) S. 5), dort, wo die Intensität des öffentlichen Interesses an der Wahrnehmung der Angelegenheit stark ist. Das gilt vor allem für das Vormundschaftsrecht (§ 1666 BGB)<sup>103)</sup>.

## III. Die Dispositionsmaxime

Der Besonderheit der Leistungsverwaltung, soweit sie nicht mit Befehl und Zwang tätig wird, entspricht die Dispositionsmaxime, nach der Beginn, Gegenstand und in gewissem Umfang auch Ende des V von den Beteiligten bestimmt werden. Da rechtliche Vergünstigungen idR nicht ungebeten von Amts wegen, sondern nur auf Wunsch des Beteiligten gewährt werden, wird das V in diesen Fällen nur auf Antrag eingeleitet<sup>104)</sup>. Das gleiche gilt für die Fälle des zustimmungsbedürftigen VA der Ordnungsverwaltung. Entsprechend bestimmt § 16 Ziff. 1 2. Alt. und Ziffer 2 Entwurf, daß die Einleitung des V nicht im Ermessen der Behörde steht, wenn sie entweder auf Antrag tätig werden muß oder nur auf Antrag tätig werden darf. Aber auch in der Leistungsverwaltung findet sich nicht selten die Officialmaxime, nämlich dort, wo die Verwaltung zur Sicherung ihres Betriebes eingreifend, d. h. mit Befehl und Zwang tätig wird<sup>105)</sup>. Solche Arten der Leistungsverwaltung finden sich zB in der Zwangsversicherung, aber auch der Schulzwang sowie der Anschluß- und Benutzungs-

<sup>100)</sup> vgl. Menger System § 21

<sup>101)</sup> Becker S. 42, Herrnrift § 1

<sup>102)</sup> Becker S. 42, Herrnrift § 1

<sup>103)</sup> Habscheid § 19 I a)

<sup>104)</sup> Becker aaO

<sup>105)</sup> Wolff Vwr II § 137 II b)

zwang zählen hierhin<sup>106</sup>). Die Dispositionsmaxime würde dieser besonderen Verwaltungsart nicht gerecht.

Auch in der FG tritt an die Stelle der Officialmaxime die Dispositionsmaxime, wenn das öffentliche Interesse an der Angelegenheit geringer ist. So gilt die Dispositionsmaxime in den Nachlasssachen und im Grundbuchrecht (§§ 2353 BGB, 13 GBO). Ist aber zur Abwendung von Regreßansprüchen ein Erbschein einzuziehen oder eine Falscheintragung zu löschen oder mit einem Widerspruch zu versehen, so tritt wegen des stärker werdenden öffentlichen Interesses an die Stelle der Dispositionsmaxime der Amtsgrundsatz (§§ 2361 BGB, 53 GBO). Die Dispositionsmaxime gilt erst recht, wo nur um subjektive Rechte der Beteiligten gestritten wird, nämlich in den Streitverfahren<sup>107</sup>).

#### IV. Die Inquisitionsmaxime

Solange ein auch noch so geringes öffentliches Interesse am VGegenstand besteht, erfordern beide V den Untersuchungsgrundsatz, der bedeutet, daß Gericht oder Behörde den wahren Sachverhalt aufzuklären haben. Hier ist das Prinzip der formellen Wahrheit nicht zugänglich, wonach der Richter als wahr hinzunehmen hat, was eine Partei behauptet und von der anderen nicht bestritten wird. Für einzelne VV ist der Untersuchungsgrundsatz kodifiziert<sup>108</sup>), gilt aber allgemein<sup>109</sup>). Für das VFG ist der Untersuchungsgrundsatz in § 12 FGG gesetzlich eingeführt. Daneben ist er für Sonderfälle ausdrücklich erwähnt, zB in § 2358 BGB.

Für die echten Streitsachen der FG gilt dagegen der Beibringungsgrundsatz und das Prinzip der formellen Wahrheit. Hier bestehen nämlich ähnlich wie im ZP keine öffentlichen Interessen am Ausgang des V, so daß die Beschaffung der Beweismittel den Beteiligten überlassen werden kann.

#### V. Mündlichkeit

Die Mündlichkeit bietet den Vorteil, daß durch Rede und Gegerede der Sachverhalt besser aufgeklärt werden kann. Sie ist daher auf das Parteiverfahren zugeschnitten. Für die VV und VFG ist sie nicht unbedingt erforderlich, insbesondere wenn nur ein Beteiligter vorhanden ist. Die Vielfalt beider V fordert flexible Möglichkeiten. Diese sind daher nicht förmlich, d. h. die Gestaltung des V einschließlich der Anordnung der Mündlichkeit wird in das Ermessen der Behörde gestellt<sup>110</sup>).

Etwas anderes gilt natürlich dann, wenn eine mündliche Verhandlung gesetzlich vorgeschrieben ist, was für die Streitsachen der FG, aber in Ausnahmefällen auch für das VV der Fall ist<sup>111</sup>).

<sup>106</sup>) Beispiele entlehnt bei Wolff aaO

<sup>107</sup>) Habscheid § 19 I 1. c)

<sup>108</sup>) §§ 204, 243 AO, § 330 LAG, § 12 KOVerwVG, §§ 108 Abs. 1 Ziff. 3, 150 BBauG, § 10 blnVerwVG, § 11 Abs. 2 nw 1. VereinfG

<sup>109</sup>) Wolff Vwr III § 156 IV c) 1., § 17 Entwurf, § 39 oeAVG.

<sup>110</sup>) Für das VV: Wolff Wwr III § 156 IV g) 2. § 9 Entwurf, § 6 blnVerwVG, für das VFG: Habscheid § 19 III 1.

<sup>111</sup>) §§ 108—112 BBauG, § 6 Abs. 1 DVOSchmuSchuG, § 10 Abs. 1 DVO NotaufnG, § 15 Abs. 1 nw 1. VereinfG, § 14 VHG, Art. 67 Abs. 2 b REGamZone, § 13 HausratsVO, § 15 LwVG

#### VI. Unmittelbarkeit

Mit der Mündlichkeit wird häufig der Grundsatz der Unmittelbarkeit in Zusammenhang gebracht. Für das VFG wird die Ansicht vertreten, die Unmittelbarkeit gehöre nicht zu ihren Grundsätzen, weil das Mündlichkeitsprinzip nicht uneingeschränkt gelte. Unmittelbarkeit bedeute nämlich, daß die mündliche Verhandlung vor dem entscheidenden Gericht stattzufinden habe<sup>112</sup>).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Fällt die mündliche Verhandlung fort, so gilt die Unmittelbarkeitsmaxime für das verbleibende V, insbesondere die Beweisaufnahme. Für den Zeugenbeweis ist das sogar durch § 15 FGG, der u. a. auf § 375 ZPO verweist, ausdrücklich vorgeschrieben. Das Unmittelbarkeitsprinzip folgt im übrigen aus dem Untersuchungsgrundsatz. Führen Behörde oder Gericht die Ermittlungen nicht selbst, so wird die Untersuchungsmaxime verletzt. Das bedeutet nicht, daß nicht der Bericht einer anderen Behörde beigezogen werden kann. Der Vormundschaftsrichter wird sogar im Regelfalle den Bericht des Jugendamtes anfordern. Das Gericht darf sich hierauf jedoch nicht allein verlassen, sondern muß durch eigene Ermittlungen eine Überzeugung von der Richtigkeit des Berichts gewinnen<sup>113</sup>).

Zu einer Besonderheit der Unmittelbarkeitsmaxime führt im VV idR die Weisungsgebundenheit des das VV durchführenden Beamten. Hat der Untersuchungsführer sich eine Überzeugung gebildet, so entscheidet im Falle einer gegenteiligen Weisung nicht er selbst, sondern der Dienstvorgesetzte. Deshalb muß im VV die Unmittelbarkeitsmaxime dahin verstanden werden, daß die einen VA erlassende Behörde die Ermittlungen selbst zu führen hat und sich nicht auf die Überzeugungsbildung einer anderen Behörde oder auch einer anderen Person verlassen darf. Eine weitere Besonderheit besteht in Auftrags-, Weisungs- und Institutsleihesachen, weil hier auch Weisungen übergeordneter Behörden befolgt werden müssen. Hier muß im Rahmen der Weisung die übergeordnete Behörde sich durch eigene Ermittlungen eine Überzeugung bilden. Erwähnt sei schließlich noch, daß dies beim Mitwirkungserfordernis anderer Behörden für die Drittbeförden im Rahmen der Mitwirkung gilt. Mit diesen Maßgaben gilt die Unmittelbarkeitsmaxime im VV gleichermaßen wie im VFG.

#### VII. Parteiöffentlichkeit

Da die Mündlichkeit für beide V nicht vorgeschrieben ist, entfällt auch die Öffentlichkeit<sup>114</sup>). Parteiöffentlichkeit muß jedoch als erforderlich angesehen werden. Für das VFG besteht hierüber Streit. Es wird die Ansicht vertreten, die Parteiöffentlichkeit erübrige sich, da Akteneinsicht zu gewähren sei (§ 34 FGG)<sup>115</sup>). Mit Recht wird hiergegen jedoch vorgebracht<sup>116</sup>), daß durch den Ausschluß der Be-

<sup>112</sup>) Habscheid § 19 2)

<sup>113</sup>) BayObLGZ 1950/51, S. 598 SchIHOLG in SchIHanz 1955 S. 365

<sup>114</sup>) Nur für Ausnahmefälle ist die Öffentlichkeit vorgeschrieben, § 18 Abs. 1 nw 1. VereinfG (Beschlussausschüsse), § 16 Abs. 1 Satz 2 rhpFAGVwGO,

<sup>115</sup>) Baur § 16 IV, § 20 I

<sup>116</sup>) Habscheid § 19 IV 2)

teiligten von der Beweisaufnahme das V leicht den Anstrich der Geheimjustiz erhalte. Außerdem ist eine sinnvolle Ausübung des rechtlichen Gehörs nur dann möglich, wenn den Beteiligten eingeräumt wird, unmittelbar mit den zu erhebenden Beweisen, insbesondere den Zeugen, konfrontiert zu werden. Durch das Recht auf Akteneinsicht ist diesem Bedürfnis nicht Genüge getan. Im VFG gilt der Grundsatz daher genauso wie im VV.

## § 12 Rechtskraft und Bestandskraft

### I. Formelle Rechtskraft in der FG

Vom ZP her versteht man unter formeller Rechtskraft, daß ein Urteil nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Zur formellen Rechtskraft gehört außerdem, daß das Gericht zu einer Abänderung seiner Entscheidung nicht mehr befugt ist (§ 318 ZPO).

In der FG findet sich formelle Rechtskraft nur im Ausnahmefalle. Für den Regelfall nämlich ist die unbefristete einfache Beschwerde gegeben (§ 19 FGG). Jedoch gibt es Fälle, in denen das Gericht als einzige Instanz entscheidet<sup>117)</sup>. Auch kann das Beschwerderecht verwirkt und der Instanzenzug erschöpft sein, die Beteiligten können wirksam auf Rechtsmittel verzichtet haben<sup>118)</sup>. In diesen Fällen kann die Entscheidung von den Beteiligten nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden, so daß insoweit die Voraussetzungen der formellen Rechtskraft vorliegen. Jedoch ist gem. § 18 Abs. 1 FGG das erlassende Gericht zur Abänderung seiner Entscheidung befugt. Diese Vorschrift bezweckt, daß richterliche Irrtümer nicht zu Lasten der Beteiligten gehen<sup>119)</sup>.

Daher tritt in den Fällen, in denen die Beteiligten zur Einlegung eines Rechtsmittels nicht mehr in der Lage sind, die formelle Rechtskraft nicht in vollem Umfange ein. Es fehlt die Unabänderbarkeit durch das Gericht<sup>120)</sup>.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die sofortige Beschwerde gegeben ist<sup>121)</sup>. Hier ist die Abänderbarkeit ausgeschlossen (§ 18 Abs. 2 FGG). Es handelt sich um Fälle, in denen die Herbeiführung eines endgültigen Zustandes vordringlicher ist als das Interesse an der Abänderbarkeit unrichtiger Entscheidungen. Hier tritt die formelle Rechtskraft in vollem Umfange ein, da die Beteiligten nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (§ 22 FGG) nicht mehr zur Anfechtung befugt sind und der Richter nicht mehr abändern darf.

### II. Formelle Rechtskraft im Verwaltungsverfahren

Auch im VVRecht findet sich neben der formellen Rechtskraft deren erwähnte partielle Form, die formelle Bestandskraft, bei der

117) zB Entscheidungen in den öffentlichen Streitsachen nach Art 7 FamRAndG 1961 aF und §§ 23 ff EGGVG. Hier entscheidet das OLG als einzige Instanz

118) Habscheid § 26 II 2. b)

119) Habscheid § 27 I 2.

120) Daß in Antragsachen die Abänderung nur auf Antrag erfolgen kann (§ 18 Abs. 1 2. Halbs. FGG), ist für das erörterte Problem ohne Belang.

121) zB. §§ 53, 56, 60, 68, 76 Abs. 2, 81, 132, 139 FGG, §§ 60 Abs. 2, 73 BGB sowie die Streitverfahren.

der VA nicht mehr angefochten, aber noch abgeändert oder gar zurückgenommen werden kann. Während nämlich das Prozeßgericht unbeteiligt darüber erkennt, was zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung rechtens ist, ist die Verwaltungs- und ihre Aufsichtsbehörde nicht nur für die gegenwärtige, sondern auch für die zukünftige Wahrung des Rechtszustandes verantwortlich<sup>122)</sup>. Deshalb muß es — unter noch zu erörternden Voraussetzungen — der Verwaltungsbehörde vorbehalten sein, den nicht mehr anfechtbaren VA abzuändern oder zurückzunehmen.

Im VVRecht wird diese partielle formelle Rechtskraft als formelle Bestandskraft bezeichnet<sup>123)</sup>. Es empfiehlt sich, diese Bezeichnung auch für das VFG zu verwenden.

Nicht alle VA verharren jedoch in formeller Bestandskraft. Wie im VFG tritt in Ausnahmefällen formelle Rechtskraft ein, nämlich dann, wenn die Abänderbarkeit gesetzlich oder dem Sinne nach ausgeschlossen ist<sup>124)</sup>. Das ist zB der Fall nach den §§ 92 Abs. 2, 94 AO, 24 KOVwVG, 77 SGG (Ausschluß aufgrund Gesetzes), §§ 16 und 23 RStAngG (Ausschluß dem Sinne nach)<sup>125)</sup>.

### III. Materielle Rechtskraft im Verwaltungsverfahren

Im ZPRecht wird an die formelle Rechtskraft die materielle geknüpft. Diese besagt, daß die Parteien untereinander und jedes andere Gericht an die ergangene Entscheidung gebunden sind und daß das erlassende Gericht die Sache nicht neu aufrollen darf<sup>126)</sup>. Dieser prozessuale Begriff der materiellen Rechtskraft wird im VVRecht auf VA übertragen<sup>127)</sup>. Man macht jedoch zur Voraussetzung, daß die VA sich auf einen invariablen Tatbestand beziehen und daß sie „nach Gewährung rechtlichen Grhörs in einem gerichtsähnlichen förmlichen V in Anwendung des objektiven Rechts das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder einer öffentlichen Rechtsstellung, insbesondere einen Status, feststellen oder einen Streit entscheiden<sup>128)</sup>“.

Zur Begründung für die Erforderlichkeit des gerichtsähnlichen V führt man an, daß hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit und Zumutbarkeit der VA als das letzte Wort in der Angelegenheit eine besondere Gewähr vorhanden sein müsse<sup>129)</sup>. Ähnlich wird in der Rechtsprechung dem VA eine Beständigkeit zugesprochen, die der materiellen Rechtskraft wesensverwandt sei<sup>130)</sup>. Hier wird zur Begründung ausgeführt, daß die Einzelinteressen des Bürgers, der in seinem Vertrauen auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen mit Recht nicht getäuscht sein wolle, geschützt werden müßten. So werden als Beispiele für formell rechtskräftige VA, die zu materieller Rechtskraft gelangen können, Entscheidungen über Einwendungen in Enteignungs-, Umlegungs- und ähnlichen Planfeststellungsverfahren

122) Wolff Vwv I § 52 I

123) Wolff aaO § 52 II c)

124) Wolff aaO § 52 II b)

125) Beispiele entnommen bei Wolff aaO

126) Rosenberg § 148 II 4.

127) Wolff aaO § 52 III a), Forsthoff § 13 S. 248 f

128) Wolff aaO § 52 III a) 1.

129) Forsthoff aaO

130) BVerwGE 5 S. 313, BVerfGE 2 S. 403

ren, im V zur Genehmigung gewerblicher Anlagen nach den §§ 16 ff GewO, Prüfungsergebnisse und Approbationen, sofern eine Beseitigung nicht gesetzlich zugelassen ist, Eintragungen in Wahl-, Schöffens- oder Steuerlisten genannt<sup>131)</sup>.

#### IV. Materielle Bestandskraft der Verwaltungsakte

Im VVRecht wird die materielle Rechtskraft durch die materielle Bestandskraft ergänzt. Wie der formellen Rechtskraft die formelle Bestandskraft, so soll im VVRecht der materiellen Rechtskraft die materielle Bestandskraft zur Seite stehen. Ist der VA für alle Drittbehörden und die Beteiligten verbindlich, kann er aber von der erlassenden Behörde abgeändert oder zurückgenommen werden, so ist ein Zustand gegeben, der im VVRecht materielle Bestandskraft genannt wird.

#### V. Materielle Rechtskraft im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Für das VFG wird eine materielle Rechtskraft — abgesehen von den echten Streitverfahren — verneint<sup>132)</sup>.

##### a) Die Fälle der einfachen Beschwerde

Zur Begründung wird ausgeführt, daß — die Gegebenheit der materiellen Rechtskraft vorausgesetzt — ihr Bereich bereits dadurch eingengt sei, daß vielen Verfügungen der FG formelle Rechtskraft fehle, weil häufig die unbefristete einfache Beschwerde gegeben sei. Außerdem sei in diesen Fällen die ergangene Entscheidung abänderbar (§ 18 Abs. 1 FGG)<sup>133)</sup>.

##### b) Mangel der subjektiven Grenzen

Aber auch dort, wo die sofortige Beschwerde gegeben ist, wird die Annahme materieller Rechtskraft abgelehnt. Hier wird zur Begründung folgendes angegeben: Die materielle Rechtskraft wirkt nur zwischen den Parteien, Streitgenossen und Nebeninterventanten, deren Streit durch die materielle Rechtskraft ein Ende gesetzt werden soll. Diese subjektiven Grenzen der Rechtskraft lassen sich in der FG in zweifacher Hinsicht nicht ziehen. Einmal ist eine unbestimmte Zahl von materiell Beteiligten vorhanden. Zum andern aber auch äußern idR die Verfügungen der FG Gestaltungswirkung. Gestaltung wirkt gegen alle, nicht unter einzelnen. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft würden ins Uferlose gesprengt.

##### c) Der Mangel des Rechtsverhältnisses

Die in materieller Rechtskraft erwachsenden Urteile des ZP stellen ein Recht oder Rechtsverhältnis bindend fest. Diese Eigenschaft — so wird die Ablehnung der materiellen Rechtskraft für die FG weiterhin begründet<sup>134)</sup> — fehle den Verfügungen der FG<sup>135)</sup>. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß auch der ZP Gestaltungs-

urteile kennt (Statusurteile). Hier findet sich sowohl materielle Rechtskraft als auch Gestaltungswirkung. Erstere bedingt sogar die Gestaltung. Status und Ehe sowie die Rechte, die sich hieraus ergeben, sind das Rechtsverhältnis, über das befunden wird. Erwächst das diesbezügliche Erkenntnis nicht in Rechtskraft, tritt keine Gestaltungswirkung ein. Das wird deutlich, wenn statt des beklagten Ehegatten — etwa in Täuschungsabsicht — ein Nichtehepartner am Prozeß teilgenommen hat, dem das Urteil entsprechend seinem Auftreten im Prozeß zugestellt wird. Weil die Berufungsfrist nicht zu laufen beginnt, tritt formelle Rechtskraft und mit ihr die materielle nicht ein. Als Folge hiervon bleibt dann auch die Gestaltungswirkung aus<sup>136)</sup>.

##### d) Möglichkeit des Aufrollens der Sache durch andere materiell Beteiligte

Selbst wenn man eine auf die Beteiligten, die am V teilgenommen haben, beschränkte Rechtskraft annähme, könne diese nicht den endgültigen Abschluß der Angelegenheit bewirken. Es könne nicht verhindert werden, daß ein materiell Beteiligter, der bislang am V nicht teilgenommen habe, die Sache wieder aufrolle<sup>137)</sup>.

##### e) Mangelnde Verbindlichkeit

Soweit keine Gestaltungswirkung eintrete, fehle es an der erforderlichen Bindung der Drittbehörden oder Drittgerichte. Lediglich feststellende Akte, wie Erteilung des Erbscheins, Register- und Grundbucheintragen, begründeten nur widerlegbare Vermutungen, gelangten also nicht zu materieller Rechtskraft<sup>138)</sup>.

#### VI. Kritik der für das Verwaltungsverfahren angenommenen Rechtskraft

##### a) Feststellende Verwaltungsakte

Den für die Ablehnung der materiellen Rechtskraft von Verfügungen der FG vorgebrachten Gründen kann man sich nicht entziehen. Materielle Rechtskraft ist in der FG nur dort zu finden, wo sich das V dem ZP nähert, d. h. in den echten Streitsachen. Dort dagegen, wo die FG Verwaltung ist, liegen die Merkmale der materiellen Rechtskraft nicht vor. Aus den für die Ablehnung der materiellen Rechtskraft in der FG vorgebrachten Gründen wird auch in der Literatur zum Verwaltungsrecht der Kreis der der materiellen Rechtskraft fähigen VA eingeschränkt<sup>139)</sup>. Gestaltenden VA wird keine materielle Rechtskraft zugesprochen, sondern nur solchen feststellender Natur und lediglich dann, wenn sie in einem förmlichen, gerichtssähnlichen V ergangen sind<sup>140)</sup>. Aber auch hier ist Kritik am Platze.

131) Wolff VerwR. I § 52 III a)

132) Habscheid § 28, Keidel § 31 Rdn. 18, Schlegelberger § 16 Anm. 8, Münzel in ZZP 66 S. 334 f

133) Habscheid aaO

134) Habscheid aaO

135) Der Minderjährige hat keinen Anspruch auf Volljährigkeitserklärung. Er wird volljährig „gemacht“. Der Vormund hat keinen Anspruch auf Bestellung. Auch er wird zum Vormund „gemacht“.

136) Jellinek, Staatsakt S. 71 ff

137) Habscheid aaO

138) Habscheid aaO

139) Wolff aaO, Forsthoff aaO, Beseler S. 21 f und 128 vertritt die Ansicht, jeder Hoheitsakt beinhalte Feststellung und Gestaltung und spricht nur dem feststellenden Teil materielle Rechtskraft zu.

140) Wolff aaO, Forsthoff aaO, Beseler aaO.

b) Feststellende Verwaltungsakte als Vorbereitung einer Gestaltung

Feststellende VA bereiten vielfach einen gestaltenden VA vor<sup>141</sup>). Es ist nicht einzusehen, daß die Vorstufe materieller Rechtskraft fähig sein soll, die endgültige Regelung dagegen nicht. Außerdem ist es denkbar, daß die feststellende Vorstufe entfällt, indem — etwa ohne Vorverfahren — ohne sie gestaltet wird. Dann wäre die Feststellung der Gestaltung immanent<sup>142</sup>). Feststellung und Gestaltung erfolgen in diesem Falle durch denselben VA. Dann kann die Feststellung keinem anderen rechtlichen Schicksal unterliegen und keine anderen verfahrensrechtlichen Eigenschaften haben als die Gestaltung. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob Feststellung und Gestaltung in einem VA ergehen oder auseinanderfallen.

c) Das Fehlen der subjektiven Grenzen

Vielfach fehlt auch die Möglichkeit, die subjektiven Grenzen einer etwaigen materiellen Rechtskraft feststellender VA zu ziehen. Das übersieht insbesondere Beseler<sup>143</sup>), weil er zu Unrecht die am V Beteiligten und die durch den VA Betroffenen gleichsetzt. Feststellende VA sind vielfach für einen unbestimmten Personenkreis bestimmt<sup>144</sup>), so daß der Zweck der materiellen Rechtskraft, die Befriedigung der — bestimmten — Parteien, nicht relevant wird, mag auch die Verbindlichkeit eingetreten sein<sup>145</sup>).

d) Die Ansicht des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts

Soweit Bundesverfassungsgericht<sup>146</sup>) und Bundesverwaltungsgericht<sup>147</sup>) das Erfordernis der materiellen Rechtskraft mit der Verpflichtung der Behörde begründen, unter bestimmten Voraussetzungen das Vertrauen des Bürgers in die Fortdauer des VA zu achten, berücksichtigen sie nicht hinreichend die prozessuale Natur der materiellen Rechtskraft. Diese ergibt sich allein aus dem V und ist vom materiellen Recht zu trennen. Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht sprechen zwar nicht von Rechtskraft, sondern von Beständigkeit, welche jedoch der ersteren wesensverwandt sein soll. Das kann aber doch nur bedeuten, daß auch die Beständigkeit prozessualer Natur sein soll, da sie ansonsten der materiellen Rechtskraft eben nicht wesensverwandt wäre.

Von der materiellen Rechtskraft ist jedoch alles abzustreifen, was nicht verfahrensrechtlicher Natur ist. Die Rechtskraft erwächst allein dem V. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Behörde etwas weiter gewähren muß, was sie einmal gewährt hat, ist aber aus dem materiellen Verwaltungsrecht zu beantworten. Dieses darf zur Stützung der Annahme materieller Rechtskraft oder dieser

<sup>141</sup>) So Entscheidungen über Einwendungen in Enteignungs-, Umlegungs- und ähnlichen Planfeststellungsverfahren. Desgleichen auch Zeugnisse

<sup>142</sup>) zB dann, wenn ohne vorangehenden Einwendungsausschluß enteignet oder umgelegt wird

<sup>143</sup>) S. 107

<sup>144</sup>) Zeugnisse, Bescheinigungen

<sup>145</sup>) Siehe hierzu Wolff Vwv I § 50 I

<sup>146</sup>) BVerfGE 2 S. 403

<sup>147</sup>) BVerwGE 5 S. 313

wesensverwandter Beständigkeit von VA nicht herangezogen werden<sup>148</sup>).

e) „Abgeschlossener Sachverhalt“ und „gerichtsförmliches Verfahren“ keine geeigneten Kriterien der materiellen Rechtskraft

„Abgeschlossener Sachverhalt“ und „gerichtsförmliches Verfahren“ sind keine geeigneten Kriterien der materiellen Rechtskraft. Diese bezweckt in erster Linie die Befriedigung der Parteien. Ob und wann ein Sachverhalt abgeschlossen ist, wird aber häufig zweifelhaft sein und damit Anlaß zu neuem Streit geben. Zumindest für die Beteiligten wird häufig unklar sein, ob diese Voraussetzung der materiellen Rechtskraft erfüllt ist. Im ZP ist einzige Voraussetzung der materiellen Rechtskraft der Abschluß des V. Hiermit muß es im Interesse der Klarheit sein Bewenden haben.

Im übrigen ist es mit der Natur der materiellen Rechtskraft als rein verfahrensrechtlicher Institution nicht vereinbar, wenn eine erneute Untersuchung des Sachverhalts — wenn auch nur auf eine bestimmte Eigenschaft hin — erfolgen muß.

Das „gerichtsförmliche V“ ist zu vielfältig, als daß es global eine Voraussetzung der materiellen Rechtskraft im VV darstellen könnte. Im Mahnverfahren (§§ 688 ff ZPO) ergehen Zahlungsbefehl und Vollstreckungsbefehl ohne vorherige Anhörung des Gegners (§ 702 ZPO). Im schriftlichen V findet eine mündliche Verhandlung nicht statt (§ 128 Abs. 2 ZPO). Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren (§§ 407 ff, 413 StPO) sehen eine Anhörung des Angeklagten durch das Gericht nicht vor, dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird durch die vorhergehende polizeiliche Anhörung Genüge getan. Diese V sind nicht förmlicher als nichtförmliche VV und führen dennoch zu Entscheidungen, die den Urteilen gleichstehen und damit der materiellen Rechtskraft fähig sind (§ 700 ZPO, § 410 StPO). Strafbefehls-, Strafverfügungs- und Mahnverfahren können nicht etwa als atypisch außer Betracht bleiben. Sie sind sogar in der Zahl häufiger als V mit streitiger mündlicher Verhandlung oder Hauptverhandlung<sup>149</sup>). Indem man global ein „gerichtsförmiges V“ für die materielle Rechtskraft im VV voraussetzt, erreicht man also nicht das gesetzte Ziel, daß hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit und Zumutbarkeit der VA als das letzte Wort in der Angelegenheit eine besondere Gewähr vorhanden ist. Um diejenigen gerichtlichen V auszuschalten, die sich nicht von den nichtförmlichen VV unterscheiden, müßte man den Begriff des gerichtsförmigen V einengen und hierunter nur V mit mündlicher Verhandlung oder Hauptverhandlung verstehen. Dann würde man aber im VV Recht die materielle Rechtskraft an eine strengere Voraussetzung knüpfen als im Zivil- und Strafprozeßrecht.

Da Zivil- und Strafprozeßordnung nichtförmliche V ausreichen lassen, um die materielle Rechtskraft herbeizuführen, ist der Begriff der gerichtsförmlichen V als Voraussetzung der materiellen Rechtskraft von VA unbrauchbar.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die materielle Rechtskraft

<sup>148</sup>) Tezner in VA 9 S. 218, Mayer § 16 I II, Bötticher in JZ 1956 S. 587

<sup>149</sup>) Das Amtsgericht Vlotho/Weser hat im Jahre 1966 1 175 Zahlungsbefehle, 110 streitige Zivilurteile (einschl. Vergleiche), 228 Strafbefehle, 397 Strafverfügungen und 142 Urteile in Strafsachen erlassen.

auf den Richterspruch zugeschnitten ist<sup>150</sup>) und für das VV nicht paßt. Die unbestimmte Zahl der materiell Beteiligten und die Eigenschaft der feststellenden als Vorstufe von gestaltenden VA lassen eine subjektive Umgrenzung der materiellen Rechtskraft nicht zu. „Invariabler Sachverhalt“ und „gerichtsförmliches V“ sind als Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft ungeeignet.

Dieses Ergebnis entspricht den Aufgaben der Verwaltung. Der Zweck der materiellen Rechtskraft, die Befriedigung anderer, ist altruistischer Natur und entspricht daher der unbeteiligten Tätigkeit des Richters. Die Verwaltungsbehörde ist aber selbstbeteiligt und verfolgt eigene oder anvertraute Interessen. Schließlich ist auch kein Bedürfnis nach der materiellen Rechtskraft von VA gegeben. Soweit ein Vertrauensschutz in die Beständigkeit von Staatsakten gewährt werden muß, genügen die Ergebnisse der Widerrufslehre. Den Belangen der Verwaltungsbehörde ist durch die formelle Rechtskraft Genüge getan.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß sich aus den Ergebnissen der Widerrufslehre eine gewisse Beständigkeit der VA ergibt. Hierbei handelt es sich aber in Bezug auf die materielle Rechtskraft um ein aliud.

#### f) Kritik der materiellen Bestandskraft

Fehlt es im VVRecht an der materiellen Rechtskraft, so kann es deren partielle Form, die materielle Bestandskraft, ebenfalls nicht geben. Auch sprechen dieselben Argumente, die zu einer Ablehnung der materiellen Rechtskraft im VVRecht führten, gegen eine materielle Bestandskraft. Darüber hinaus begegnet diese noch anderweitigen Bedenken. Die Möglichkeit der Behörde, die Sache wieder aufzurollen, läßt die endgültige Befriedigung der Beteiligten nicht eintreten. Diese müssen stets mit einer Abänderung rechnen. Eine Ruhelage tritt nicht ein. Das wirkt sich auch auf das Innenverhältnis zwischen den Beteiligten und den Drittbehörden aus. Zwar kann nicht geleugnet werden, daß durch den Eintritt der formellen Bestandskraft das genannte Innenverhältnis auch in materieller Hinsicht gefestigter wird. Um materielle Bestandskraft im Sinne partieller Rechtskraft handelt es sich dabei jedoch nicht. Die latente Möglichkeit der Abänderung seitens der erlassenden Behörde beeinflußt auch das Verhältnis der Beteiligten und Drittbehörden untereinander. Zwar ist der VA für diese bis zur Abänderung verbindlich. Auch kann er nicht mehr von den Beteiligten angefochten werden. Sie müssen aber auch für das Innenverhältnis die Möglichkeit einer zukünftigen Abänderung durch die Behörde einplanen. Ein endgültiger Rechtsfriede tritt damit auch in partieller Form nicht ein.

Häufig werden die Beteiligten und Drittbehörden auch nicht wissen, ob formelle Bestandskraft eingetreten ist, weil mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß die Sache von Dritten, die zwar materiell beteiligt aber nicht beigezogen waren, neu aufgerollt werden kann<sup>151</sup>). Auch wegen dieser Möglichkeit ist selbst ein partieller endgültiger Rechtsfriede häufig nicht gegeben.

Für eine materielle Bestandskraft ist daher kein Raum.

<sup>150</sup>) Habscheid in NJW 1966 S. 1787 ff (1791)

<sup>151</sup>) Habscheid § 28 II 6), vgl. oben die Ausführungen zu den VA mit Doppelwirkung § 10 S. 20 ff

## § 13 Nichtigkeit

### I. Nichtigkeit im Verwaltungsverfahren

Für das VV besteht Einigkeit darüber, daß VA unter so schweren Mängeln leiden können, daß sie nichtig sind. Nur über die Kriterien der Nichtigkeit ist man uneinig.

Das Erfordernis, nicht alle rechtswidrigen VA als nichtig zu behandeln, ergibt sich aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Deshalb hält eine Meinung diejenigen VA für nichtig, bei denen ein solches Bedürfnis nicht besteht. Das ist dann der Fall, wenn der VA den Rechtsschein der Rechtmäßigkeit nicht trägt. Man stellt darauf ab, ob die Rechtswidrigkeit offenkundig ist. Hiernach ist derjenige VA nichtig, der den „Mißbrauch der Organisationsgewalt oder die sonstige Fehlerhaftigkeit gewissermaßen auf der Stirn trägt<sup>152</sup>).

Diese Ansicht — so einwandfrei ihre Deduktion ist — leidet an dem Nachteil, daß nicht jeder Adressat gleichermaßen fähig ist, den Mangel des VA zu erkennen. Mit Recht stellt Wolff<sup>153</sup>) die Frage, ob auf die obere oder die untere Grenze der Rechtskenntnis abgestellt werden soll. Diesen Nachteil versucht die Evidenztheorie auszugleichen, indem sie Nichtigkeit dann annimmt, wenn sie jeder verständige Rechtsgenosse erkennen kann<sup>154</sup>). Da aber der Standpunkt des verständigen Rechtsgenossen nicht genau bestimmbar ist, gelingt der Versuch nur unvollkommen. Der gleiche Nachteil haftet § 34 Entwurf an, indem er zwar einerseits auf die Schwere des Fehlers abstellt, andererseits aber auch auf dessen Offenkundigkeit. Es erscheint richtiger, nach den Fehlern der behördlichen Willensbildung zu unterscheiden<sup>155</sup>). Dabei genügt es jedoch nicht, die Unterscheidung nach schweren und leichten Fehlern zu treffen und als schwere jene zu klassifizieren, bei denen aus Erwägungen der staatlichen Ordnung oder des individuellen Interesses dem VA jede Wirksamkeit abzusprechen ist<sup>156</sup>). Eine solche Unterscheidung kann nur zur Kasuistik führen. Derselbe Nachteil haftet der teleologischen Methode von Hippels an, die es auch nur zuläßt, von Fall zu Fall zu untersuchen, ob Nichtigkeit gegeben ist<sup>157</sup>). Man muß für die Abgrenzung der Fehler in der behördlichen Willensbildung, die Nichtigkeit zur Folge haben und jenen, deren Folge lediglich Aufhebungsbedürftigkeit ist, ein objektives, festliegendes Kriterium bieten. Diesem Erfordernis entspricht die Unmöglichkeitstheorie<sup>158</sup>). Hiernach ist ein VA nichtig, der tatsächlich Unmögliches beinhaltet oder der schon für sich betrachtet, d. h. ohne Rücksicht auf die Lebensverhältnisse, die er zu regeln unternimmt, rechts(-satz)-widrig ist, also eine im objektiven Recht nicht vorgesehene Rechtsfolge ausspricht<sup>159</sup>).

Dieses Unterscheidungskriterium bietet vor allen Dingen den Vorteil, daß es die häufig schwierige Gesetzesauslegung und Subsumtion außer Betracht läßt und nur solchen Akten die Nichtigkeitsfolge

<sup>152</sup>) Hatschek - Kurtzig § 16 I

<sup>153</sup>) Wolff in MDR 1951 S. 523 ff

<sup>154</sup>) Ule, Verhältnis S. 15

<sup>155</sup>) Jellinek, Staatsakt S. 54 ff

<sup>156</sup>) Forsthoff § 12 S. 219 ff

<sup>157</sup>) v. Hippel, Fehlerhafter Staatsakt S. 85

<sup>158</sup>) Wolff Vwr I § 51 I b) 4.

<sup>159</sup>) Wolff aaO, BGHZ 4, S. 306

zuspricht, die angesichts des objektiven Rechts unter keinen vorstellbaren Lebensumständen zulässig sein oder mangels Substrats keine rechtliche Wirkung haben können<sup>160</sup>).

Dieser Ansicht ist zu folgen.

## II. Nichtigkeit im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

### a) Der Stand der Meinungen

Abgesehen von zwei Einzelfällen (§ 7 und § 32 FGG) ist die Frage der Nichtigkeit im Gesetz nicht geregelt. Ihre Beantwortung bleibt daher auch für das VfG der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Hier sind bislang nicht so differenzierende Untersuchungen angestellt worden wie bezüglich des VA. Man findet die Nichtigkeitstheorie<sup>161</sup>, Gültigkeitstheorie<sup>162</sup> sowie die Vermittlungstheorie<sup>163</sup>. Nach der ersteren sind Verfügungen, die unter Verletzungen gesetzlicher materieller Vorschriften ergangen sind, nichtig. Nach der zweiten sind sie aus Gründen des Vertrauensschutzes gültig. Die Vermittlungstheorie schließlich hält Verfügungen, die unter wissentlicher Verletzung materieller Normen zustande gekommen sind, für nichtig und nimmt bei irriger Rechtsverletzung Wirksamkeit an.

Sämtliche Theorien sind zu indifferenziert, als daß ihnen gefolgt werden könnte. Die Nichtigkeitstheorie berücksichtigt nicht das Erfordernis des Vertrauensschutzes. Die Gültigkeitstheorie geht zu weit, da es Fälle gibt, in denen das Vertrauensinteresse nicht schutzwürdig ist. Die Vermittlungstheorie muß versagen, weil die inneren Absichten und Vorgänge des Richters häufig nicht nach außen dringen und auch bei nur fahrlässiger falscher Rechtsanwendung nicht immer Gültigkeit angenommen werden kann.

Habscheid<sup>164</sup> und Jansen<sup>165</sup> verzichten auf eine spezielle Lösung des Problems für das VfG. Habscheid<sup>166</sup> wendet die Vorschriften der Zivilprozeßordnung analog an. Er meint, die besondere Stellung, die der Richter kraft seiner Unabhängigkeit habe, gebe seinem Spruch besonderen Bestand. Diesem entspreche es, wenn die Nichtigkeit nur durch Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 578 ff ZPO) geltend gemacht werden könne. Jansen<sup>167</sup> dagegen meint, die für das Verwaltungsrecht herausgearbeiteten Grundsätze träfen auch für das VfG zu.

### b) Die Unmöglichkeitstheorie im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Für die echten Streitsachen der FG ist der Ansicht von Habscheid zu folgen. Diese stehen dem ZP nahe, so daß die analoge Anwendung der §§ 578 ff ZPO geboten ist. Im übrigen jedoch ist die Meinung von

<sup>160</sup> Wolff Vwv I § 51 III a), BGH aaO

<sup>161</sup> Staudinger § 1773 Anm. 7

<sup>162</sup> RGR-Kommentar § 1774 Anm. 2

<sup>163</sup> Entwurf eines FGG 1881, zitiert bei Habscheid, § 25 IV 5.

<sup>164</sup> Habscheid, Fehlerhafte Entscheidungen, in NJW 1966 S. 1787 ff (1789)

<sup>165</sup> Jansen, Bindende Wirkung, in NJW 1966 S. 331 ff

<sup>166</sup> Habscheid, Fehlerhafte Entscheidungen, in NJW 1966 S. 1787 ff (1789)

<sup>167</sup> Jansen, Bindende Wirkung, in NJW 1966 S. 331 ff

Habscheid abzulehnen. Die Unabhängigkeit des Richters kann dessen Spruch keinen besonderen Bestand sichern, da diese die Gravität des Fehlers nicht beeinflußt. Außerdem muß die analoge Anwendung der §§ 578 ff ZPO in den Amtsverfahren der FG versagen, da hier auf einen den Nichtigkeitsklagen entsprechenden Antrag oder auf die Wiederaufnahme durch einen Beteiligten nicht gewartet werden kann.

Abgesehen von den echten Streitsachen ist der Meinung von Jansen zu folgen, wonach für die FG die Grundsätze bezüglich der Nichtigkeit von VA heranzuziehen sind<sup>168</sup>). Wie unter § 1 I b) 5) (Seite 5) dargelegt, handelt es sich bei dem Gegenstand der FG insofern materiell um Verwaltung, jedenfalls trifft das weitgehend zu. Aber auch davon abgesehen handelt es sich um gleiche rechtliche Situationen. Die Autorität des Staatsaktes verlangt dessen Bestand, bis er durch das Staatsorgan, das ihn erlassen hat, wieder aufgehoben wird. Nur bei besonders schwerwiegenden Fehlern ist Nichtigkeit anzunehmen. Die Grenze ist auch hier aus denselben Gründen wie im VVRecht durch die Unmöglichkeit zu ziehen. Verfügungen, die rechtlich oder tatsächlich unmöglich sind, oder denen es an einem Substrat fehlt, sind auch in der FG nichtig.

Vergleicht man die Unmöglichkeitstheorie mit den wenigen Vorschriften des Gesetzes, die Einzelfälle von Nichtigkeit auf dem Gebiet der FG regeln, so ist Übereinstimmung festzustellen. Nach § 7 FGG sind Handlungen eines örtlich unzuständigen Richters nicht unwirksam. Die tatsächliche Unmöglichkeit hängt nicht davon ab, wo der Betroffene seinen Wohnsitz hat. Aber auch eine rechtliche Unmöglichkeit liegt nicht vor. Rechtlich unmöglich ist eine Verfügung dann, wenn sie im Gesetz nicht vorgesehen ist, d. h. wenn sie bei beliebig auswechselbarem Sachverhalt nicht ergehen darf. Die örtliche Zuständigkeit knüpft aber an den Sachverhalt, nämlich an den Wohnort der Beteiligten, an. Nach § 7 FGG sind ferner Handlungen nicht unwirksam, die von einem ausgeschlossenen Richter vorgenommen wurden (§§ 6, 170, 171 FGG). Der Ausschluß knüpft an die Beziehung des Richters, seiner nahen Angehörigen oder der von ihm Vertretenen zu dem Sachverhalt an. Bei einem anderen Lebenssachverhalt, d. h. bei Auswechslung der Beteiligten, wären die Handlungen rechtmäßig. Dann liegt auch nach der Unmöglichkeitstheorie Nichtigkeit nicht vor. Nach § 32 FGG ist bei sachlicher Unzuständigkeit Nichtigkeit gegeben. Auch diese Regelung steht in Einklang mit der Unmöglichkeitstheorie. Die sachliche Unzuständigkeit bleibt bei beliebiger Auswechslung des Sachverhalts bestehen.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß die Unmöglichkeitstheorie mit denjenigen Vorschriften des Gesetzes, die Einzelfälle der Wirksamkeit oder Nichtigkeit von Verfügungen der FG regeln, in Einklang steht. Die Unmöglichkeitstheorie ist — abgesehen von den echten Streitsachen — für die FG allgemein gültig.

## § 14 Der Verfahrensgegenstand

### I. Die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

#### a) Das Erfordernis der Bestimmung

Im ZP ist der Streitgegenstand von besonderer Bedeutung. Seine

<sup>168</sup> vgl. auch Baur § 27 B II., KG in NJW 1955 S. 108

vornehmlichste Aufgabe ist die Bestimmung der objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft. Des weiteren ist die Festlegung des Streitgegenstandes von Bedeutung für die sog. Einrede der Rechtshängigkeit, für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und für die Frage, wann eine Klagänderung vorliegt.

Zwar entfällt in der FG die Bedeutung des VGegenstandes als Maßstab für die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft, da diese den Akten der FG nicht zukommt (vgl. oben § 12 V, S. 28 ff). Die dem Streitgegenstand im übrigen im ZP zufallenden Aufgaben sind aber auch im VFG zu erfüllen. Die „Einrede“ der Rechtshängigkeit ist im VFG wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses nach einem zweiten V gleichermaßen von Amts wegen zu beachten wie im ZP. Desgleichen stellt sich die Frage nach dem örtlich und sachlich zuständigen Gericht im VFG in gleicher Weise wie im ZP. Die Änderung des VGegenstandes, der im ZP die Klagänderung entspricht, hat mindestens die Folge, daß erneut rechtliches Gehör gewährt werden muß. Für die Bestimmung der materiell Beteiligten hat der VGegenstand sogar eine Bedeutung, die dem Streitgegenstand im ZP nicht zukommt, da dieser nur formell Beteiligte kennt (vergl. oben § 4 II a) S. 9 f). Schließlich gilt der Grundsatz der perpetuatio fori, wonach bei Veränderung der für die örtliche Zuständigkeit maßgebenden Verhältnisse die Zuständigkeit eines zweiten Gerichts nicht begründet wird (§ 36 FGG), nur bei gleichbleibendem VGegenstand.

Die Bestimmung des VGegenstandes ist im VFG daher erforderlich<sup>169</sup>).

b) Besonderheiten bei der Bestimmung des Verfahrensgegenstandes in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

aa) Die Amtsverfahren

Im ZP bestimmt der Kläger den Gegenstand des Rechtsstreits, der durch den Antrag und die zu seiner Begründung vorgetragene Tatsache gekennzeichnet wird<sup>170</sup>). Da in den Amtsverfahren der FG ein Antrag nicht erforderlich ist und mit bestimmender Wirkung auch nicht gestellt werden kann, können die Grundsätze des ZP nicht in vollem Umfange angewandt werden. Hier ist es das Gericht selbst, das den VGegenstand festlegt<sup>171</sup>). So bestimmt der Vormundschaftsrichter, ob das Ziel seines V die Anordnung der Fürsorgeerziehung, einer Beistandschaft oder die Entziehung der elterlichen Gewalt ist. Desgleichen bestimmt das Gericht, ob der Entscheidung die letzten sechs Monate der Lebensführung des Minderjährigen oder aber ein längerer Zeitraum zugrunde gelegt werden soll.

bb) Die Antragsverfahren

Das für die Amtsverfahren gefundene Ergebnis, daß der VGegenstand vom Gericht bestimmt wird, kann für die Antragsverfahren nicht in vollem Umfange gelten. Hier findet nämlich eine Annäherung an den ZP insofern statt, als das Gericht an den Antrag gebunden ist. Auch hier gilt der Grundsatz *ne ultra petita*<sup>172</sup>).

<sup>169</sup>) Baur § 17 II

<sup>170</sup>) So die herrschende Substantiierungstheorie, Rosenberg § 88, Baumach-Lauterbach § 2 Anm. 2), BGHZ 9 S. 27

<sup>171</sup>) Baur aaO II. 1.

<sup>172</sup>) Baur aaO IV

Stellt A beim Nachlaßgericht einen Antrag auf Erlaß eines Erbscheins mit dem Inhalt, daß er Alleinerbe des E sei, gelangt der Nachlaßrichter aber zu dem Ergebnis, daß auch der Bruder B des A Erbe geworden ist, so kann er nicht etwa einen gemeinschaftlichen Erbschein für die Miterben ausstellen. Er muß vielmehr den Antrag zurückweisen. Wegen des Untersuchungsgrundsatzes aber bestimmt der Antragsteller dennoch nicht allein den VGegenstand. Der Untersuchungsgrundsatz bringt es mit sich, daß das Gericht neben dem Antragsteller den für die Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachenstoff einführen kann. Da aber die für die Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen Bestandteil des VGegenstandes sind, bestimmt insofern auch in Antragsverfahren das Gericht — wenn auch zusammen mit dem Antragsteller — den VGegenstand.

## II. Die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes im Verwaltungsverfahren

a) Das Erfordernis der Bestimmung

Nach Wolff<sup>173</sup>), der entgegen der hier vertretenen Meinung<sup>174</sup>) feststellenden VA unter bestimmten Voraussetzungen materielle Rechtskraft zuspricht, erwächst der Tenor eines VA in Rechtskraft. Über was wird aber im Tenor entschieden? Was gilt dann, wenn ein äußerlich erkennbarer Tenor nicht vorhanden ist? Wie im ZP und der FG wird auch im VV über den VGegenstand entschieden. Daher muß man dann, wenn man materielle Rechtskraft im VVRecht bejaht, zu der Annahme gelangen, daß die über den VGegenstand ergangene Entscheidung in materieller Rechtskraft erwächst. Aber nicht nur für denjenigen, der gewissen VA materielle Rechtskraft zuerkennt, ist die Bestimmung des VGegenstandes erforderlich. Das aus Gründen der einheitlichen Entscheidung, der Verhinderung nutzloser Belastung der Behörden und schließlich wegen des fehlenden Rechtsschutzinteresses auch für das VV geltende Verbot der Doppelbehandlung erfordert ebenfalls die Bestimmung des VGegenstandes. Ferner stellt der VGegenstand auch für das VV eine Vorfrage für die örtliche und sachliche Zuständigkeit dar. Schließlich werden aufgrund des VGegenstandes die materiell Beteiligten bestimmt und muß bei einer Änderung des VGegenstandes erneut rechtliches Gehör gewährt werden.

b) Die Bestimmung

Für das VV treffen auch die für das VFG bezüglich des VGegenstandes herausgearbeiteten Grundsätze zu. Im Amtsverfahren bestimmt die Behörde sowohl VZiel als auch den Umfang des heranzuziehenden Tatsachenstoffes. Das schließt nicht aus, daß die Behörde auf Einwendungen des Betroffenen hin weiteren Tatsachenstoff mit berücksichtigt, oder das VZiel ändert. Die Bestimmung des VGegenstandes erfolgt jedoch im Amtsverfahren durch die Behörde.

In Antragsverfahren trifft das wie auch im VFG nur teilweise zu. Hier bestimmt der Antragsteller das VZiel. Über den Antrag darf nicht hinausgegangen werden. Wegen des Untersuchungsgrundsatzes jedoch hat die Behörde Einfluß auf den zu berücksichtigenden Sach-

<sup>173</sup>) Wolff Vwr I § 52 III 2)

<sup>174</sup>) vgl. oben § 12 VI S. 29 ff

verhält. Hier bestimmen Behörde und Betroffener gemeinsam den VGegenstand.

Als Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß die Bestimmung des VGegenstandes sowohl für das VV als auch das VFG erforderlich ist. In Amtsverfahren legt das Gericht oder die Behörde den VGegenstand fest, in Antragsverfahren Antragsteller und Behörde oder Gericht gemeinsam.

### § 15 Die Rechtsmittel

#### I. Rechtsbehelfe ohne Devolutiveffekt

Sowohl im VFG als auch im VV sind als formlose Rechtsbehelfe Gegenvorstellung und Dienstaufsichtsbeschwerde gegeben. Die Wirkungen dieser Rechtsbehelfe sind jedoch für beide V verschieden. Wegen der richterlichen Unabhängigkeit kann die Dienstaufsichtsbeschwerde im VFG im Gegensatz zum VV nicht dazu führen, daß Anweisung bezüglich einer Abänderung oder Nichtabänderung erfolgt. Die im VFG erhobene Gegenvorstellung weist dann Besonderheiten auf, wenn die sofortige Beschwerde gegeben ist. Dann nämlich ist der Richter nicht zur Abänderung befugt (§ 18 Abs. 2 FGG). Die Gegenvorstellung kann daher keinen Erfolg haben und muß somit idR, wenn sie fristgerecht eingelegt ist, als sofortige Beschwerde ausgelegt werden.

Weitere Rechtsbehelfe ohne Devolutiveffekt sind im VFG die Erinnerung und im VV der in Ausnahmefällen gegebene Einspruch (zB §§ 229 ff AO). Zwischen beiden bestehen grundlegende Unterschiede. Durch die Erinnerung wird die Sache an den Richter herangetragen, nachdem zuvor ein nichtrichterlicher Beamter entschieden hat. Es entscheidet also ein anderer im Sinne der Gerichtsverfassung, wenn auch ein Devolutiveffekt in dem Sinne, daß die höhere Instanz angerufen wird, fehlt. Der Einspruch richtet sich dagegen immer an die erlassende Behörde<sup>175)</sup>, wobei es gleichgültig ist, wer innerhalb der erlassenden Behörde die Sache bearbeitet hat.

Die Rechtsbehelfe der FG und des VV ohne Devolutiveffekt weisen somit Unterschiede auf. Lediglich die Gegenvorstellung hat für beide V gleiche Wirkung, wenn man von den Fällen absieht, in denen gegen die Akte der FG die sofortige Beschwerde gegeben ist.

#### II. Widerspruch und Beschwerde

Widerspruch und Beschwerde ist gemeinsam, daß sie Rechtsmittel sind, d. h. daß ihnen Devolutiveffekt zukommt. Als Gemeinsamkeit läßt sich auch noch anführen, daß der Widerspruch idR Voraussetzung einer Klage vor den Verwaltungsgerichten und die Beschwerde idR Voraussetzung der weiteren Beschwerde ist (vgl. §§ 68—77 VwGO, 27 FGG). Im übrigen weisen die beiden Rechtsmittel jedoch Unterschiede auf. Im Gegensatz zur Beschwerde kommt dem Widerspruch Suspensiveffekt zu, wenn nicht die erlassende Behörde oder die Aufsichtsbehörde aus Gründen des öffentlichen Interesses die sofortige Vollziehung anordnen. Der Widerspruch ist fristgebunden, die Beschwerde dagegen nicht. Hieraus folgt, daß die Nichteinlegung oder die nicht fristgerechte Einlegung des Widerspruchs den Eintritt der formellen Rechtskraft herbeiführen. Diese Bedeutung kommt der Beschwerde nicht zu.

Hier gilt nur dann etwas anderes, wenn die sofortige Beschwerde gegeben ist. Wegen seiner Fristgebundenheit ist dieses Rechtsmittel ebenfalls von Bedeutung für den Eintritt der formellen Rechtskraft. Indessen weist die sofortige Beschwerde eine Besonderheit auf, die auch sie vom Widerspruch unterscheidet. Nach § 18 Abs. 2 FGG ist das Gericht zu einer Änderung der Verfügung, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, nicht befugt. Ein Rechtsmittel, dessen Statthaftigkeit diese Wirkung zeigt, gibt es im VVRecht nicht. Die Abänderungsbefugnis wird im Verwaltungsrecht durch die Widerrufslehre bestimmt, die dem materiellen Verwaltungsrecht zuzuordnen ist. Gemeinsam ist dagegen dem Widerspruch und der sofortigen Beschwerde der Suspensiveffekt (§ 26 FGG). Anders als im Falle des Widerspruchs kann bei Einlegen der sofortigen Beschwerde nicht immer die sofortige Wirksamkeit angeordnet werden; das ist nur dann möglich, wenn in bestimmten Fällen das Vormundschaftsgericht entschieden hat (§§ 53 Abs. 2, 55 a FGG). Das Beschwerdegericht kann die sofortige Wirksamkeit jedoch in allen Fällen anordnen (§ 26 FGG).

Es läßt sich festhalten, daß einfache und sofortige Beschwerde einerseits und Widerspruch andererseits von unterschiedlicher Bedeutung sind. Gemeinsam ist den Rechtsbehelfen nur der Devolutiveffekt und — abgesehen von der einfachen Beschwerde — der Suspensiveffekt.

#### III. Verwaltungsgerichtliche Klage und weitere Beschwerde

Hier besteht zunächst der Unterschied, daß durch die Gewährung der verwaltungsgerichtlichen Klage Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet wird, durch die Zulassung der weiteren Beschwerde dagegen nicht. Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG ist nur denkbar gegen die Akte der ersten und zweiten Gewalt. Hat von vornherein der Richter entschieden, so ist Art. 19 Abs. 4 GG nicht anwendbar. Durch die weitere Beschwerde werden die Vorinstanzen nicht wie die Behörde durch die Klage vor dem Verwaltungsgericht in die Beklagtenrolle gedrängt. Das Gericht der weiteren Beschwerde ist nur oberstes Instanzgericht. Hiervon abgesehen bestehen zwischen der verwaltungsgerichtlichen Klage und der weiteren Beschwerde jedoch Gemeinsamkeiten. Letztere ist nur zulässig, wenn die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 27 FGG). Es handelt sich damit um eine reine Rechtskontrolle. Wie auch beim verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden — abgesehen von Überschreitung und Mißbrauch — Ermessen und Zweckmäßigkeit nicht nachgeprüft. Die aus diesem Grunde idR kassatorische<sup>176)</sup>, nicht reformatorische Tätigkeit des Gerichts der weiteren Beschwerde ist damit derjenigen der Verwaltungsgerichte vergleichbar. Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich des zu verwertenden Tatsachenstoffes. Während das Gericht der weiteren Beschwerde eine Nachprüfung nur nach der rechtlichen, nicht dagegen der tatsächlichen Seite hin durchführen kann<sup>177)</sup>, gilt im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der Untersuchungsgrundsatz (§ 86 VwGO). Das Verwaltungsgericht hat den Sachverhalt aufzuklären, während das Ge-

<sup>175)</sup> Wolff Vwr I § 43 VII 2)

<sup>176)</sup> Bettermann aaO S. 38

<sup>177)</sup> BayObLGZ 1952 S. 17/22, Habscheid § 35 II.

richt der weiteren Beschwerde an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist. Hiervon hat die Rechtsprechung jedoch dann eine Ausnahme gemacht, wenn aus anderen Gründen die angefochtene Entscheidung aufgehoben wird und neue Tatsachen ohne weitere Ermittlungen feststehen. Dann kann auf die weitere Beschwerde hin aufgrund neuer Tatsachen reformiert werden<sup>178)</sup>, weil eine Zurückverweisung nicht am Platze ist.

Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß die Gemeinsamkeiten der Rechtsmittel in beiden V von untergeordneter Bedeutung sind und daß die Unterschiede überwiegen. Insbesondere findet sich im VVRecht nicht ein Rechtsmittel, das der sofortigen Beschwerde ähnlich ist.

#### IV. Verfassungsbeschwerde

Der Rechtsschutz sowohl des VV als auch des VFG gipfelt in dem verfassungsrechtlichen, außerordentlichen Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde. Mit diesem kann die Beeinträchtigung eines verfassungsrechtlichen Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts durch jede Gewalt geltend gemacht werden, wenn — mit gewissen Ausnahmen — der Rechtsweg erschöpft ist<sup>179)</sup>. Dieser außerordentliche Rechtsbehelf ist für beide V gleich.

#### § 16 Schlußbetrachtung

Mit der Gegenüberstellung der Rechtsmittel ist die Untersuchung, ob und welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede sich in beiden V finden, abgeschlossen. Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. So ist insbesondere auf eine Betrachtung über die Vollstreckung, den Ausschluß von zur Entscheidung berufenen Personen und die Arten der Beweismittel unter Einschuß der Grenzen des Freibeweises verzichtet worden. Mangels tiefergehender Bedeutung der insoweit gegebenen Gemeinsamkeiten oder Unterschiede hätte sich die Untersuchung in einer rein äußerlichen Darstellung erschöpft.

Es haben sich erhebliche Übereinstimmungen ergeben, so insbesondere bei der Betrachtung des Streitgegenstandes, des Beteiligtenkreises, der VMaximen, der Nichtigkeit und der Rechtskraft. Abweichungen fanden sich insbesondere bei den Rechtsmitteln, was zum Teil eine Folge der richterlichen Unabhängigkeit und der Stellung der Gerichte als der dritten Gewalt darstellt, zum Teil aber auch lediglich auf die positive Regelung zurückzuführen ist.

Die Übereinstimmungen überwiegen in hohem Maße. Das ist umso bemerkenswerter, als die Regelungen in beiden V, von geringfügigen Ausnahmen abgesehen, unabhängig voneinander entweder durch den Gesetzgeber festgelegt oder durch Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeitet wurden. Das hohe Maß an Übereinstimmung entspricht dem gefundenen Ergebnis, daß die FG weitgehend Verwaltung ist. Durch seine Herausstellung dürfte ein kleiner Beitrag zu der Feststellung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung geleistet sein.

<sup>178)</sup> BGH in NJW 1955 S. 1070, BayObLGZ 1954 S. 1 ff, OLG Stuttgart in FamZ 1957 S. 27, Baur § 31 c I 2 a bb, Habscheid § 35 II 1.  
<sup>179)</sup> Wolff Vwr III § 175 VI

#### Lebenslauf

Am 10. April 1934 wurde ich, Johannes Lützenkirchen, als Sohn des Kaufmanns Johann Lützenkirchen und dessen Ehefrau Maria geb. Grundl in Köln geboren.

Von 1940 bis 1946 besuchte ich mit kriegsbedingten Unterbrechungen die Volksschule in Köln-Merkenich.

Nach Wiedereröffnung der höheren Schulen im Jahre 1946 wurde ich in das naturwissenschaftliche Humboldt-Gymnasium in Köln-Nippes aufgenommen. Hier legte ich zu Ostern 1955 die Reifeprüfung ab.

Danach studierte ich an den Universitäten zu Köln 4 Semester und in Münster 3 Semester Rechtswissenschaft. Am 15. November 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Nach dreieinhalbjährigem Vorbereitungsdienst, den ich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf abschloß, trat ich in den richterlichen Dienst.

Ich bin jetzt Amtsgerichtsrat beim Amtsgericht Vlotho/Weser.

