

Schriften zum Prozessrecht

Band 104

Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß

Die Rechtsmittel zwischen
Kassation und Verfahrensfortsetzung

Von

Dr. Panagiotis Kolotouros



Duncker & Humblot · Berlin

PANAGIOTIS KOLOTOUROS

Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß

Schriften zum Prozessrecht

Band 104

Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß

**Die Rechtsmittel zwischen
Kassation und Verfahrensfortsetzung**

Von

Dr. Panagiotis Kolotouros



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kolotouros, Panagiotis:

Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß : die Rechtsmittel
zwischen Kassation und Verfahrensfortsetzung / von Panagiotis

Kolotouros. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 104)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1990

ISBN 3-428-07444-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-07444-0

Dem Andenken meines Vaters

Vorwort

Die vorliegende Schrift lag im Frühjahr 1990 der Juristischen Fakultät der *Ludwig-Maximilians-Universität München* als Dissertation vor. Das Manuskript wurde Ende 1988 abgeschlossen und ging in den Druck nahezu unverändert.

Herrn Prof. Dr. *Peter Schlosser* herzlichsten Dank für die fachliche und menschliche Betreuung, Herrn Prof. Dr. *Bruno Rimmelspacher*, dem Zweitvotanden, für Kritik und Ratschläge. Dankeswort gebührt ebenfalls Herrn Prof. *Norbert Simon*, Herrn Prof. Dr. *Konstantin Beys*, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. *Georg Mitsopoulos* sowie Herrn Rechtsanwalt *Gregor Logothetis*. Dank auch an *Lina* für ihre Geduld mit mir.

München, im Frühjahr 1990

Panagiotis Kolotouros

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Von der rechtstheoretischen Grundlage einer allgemeinen Rechtsmittellehre	11
--	----

Erstes Kapitel

Rechtsmittelmodelle im Lichte aktueller Rechtspolitik	14
A. Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Urteilskontrolle	14
B. Fremdpolitisch bestimmte Rechtsmittel — noch heute?	20
a) Hergebrachte politische Fremdbestimmung des Instanzenwesens	20
b) Aktueller politischer Diskussionsstand und Reformvorschläge	24

Zweites Kapitel

Rechtsmittel in struktureller Betrachtung	28
A. Rechtsmittelsysteme in rechtsvergleichender Sicht	28
a) Das sogenannte eingeschränkte Rechtsmittelsystem	29
b) Das sogenannte volle Rechtsmittelsystem	31
c) Relative Rechtsmittelsysteme	34
B. Legitimationsschwächen des als voll attestierten geltenden Rechtsmittelsystems	36
a) Vom vollen zum eingeschränkten Novenrecht	36
b) Funktionsdefizite der sogenannten Allzuständigkeit der Rechtsmittelinstanz	41
aa) Neuverhandlungsprinzip contra Kontrollkompetenzen?	41
bb) Begrenzte Nachprüfungscompetenz der Rechtsmittelinstanz	43
c) Der konforme Prozeßausgang	48
aa) Die Zurückweisung des Rechtsmittels nach § 563	48
bb) Die Aufrechterhaltung des Anfechtungsobjekts nach §§ 343, 925 II	52
C. Die Natur der „Rechtsmittelsache“	55
a) Historische Vorläufer und gesetzgeberische Intentionen	56
b) Rechtsmittel und funktionsanalytische Verfahrenslehre	61

Drittes Kapitel

Rechtsmittel in funktionaler Prozeßbetrachtung	68
A. Funktionale Äquivalenz von Rechtsmitteln und Wiederaufnahmeklagen	68
a) Die Bewertung der Wiederaufnahme als Klage	69
b) Der Suspensiveffekt als Kausalfaktor für die Bewertung der Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzungsmittel und die vermeintliche Antinomie „Rechtsmittel-Klage“	75

B. Prozeßgegenstand des Rechtsmittelverfahrens	82
a) Kassatorisches Rechtsmittelverfahren und kassatorischer Rechtsmittelgegenstand	82
b) Reformatorischer Rechtsmittelgegenstand und sein Verhältnis zur Kassation	91
aa) Stufenförmiger Verfahrensaufbau unter funktionalem Vorrang der Kassation	92
bb) Das reformatorische Verfahren als funktionaler Bestandteil des Rechtsmittelprozesses.	96
C. Ansätze zu einer funktionalen Klassifikation der zivilprozessualen Anfechtungsformen	100

Viertes Kapitel

Rechtsmittelkontrollfunktion und Jus Novorum	103
A. Erweiterung der Urteilsgrundlage durch nova reperta	103
B. Erweiterung der Urteilsgrundlage durch nova producta	106
a) Die landläufige Identifizierung des für die Klage- und Rechtsmittelbegründetheit maßgebenden Zeitpunkts	106
b) Prozessuale Komplikationen der Identifizierung	107
aa) Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung	108
bb) Die Prozeßkostenlast	112
cc) Weitere Implikationen: Rechtskraftwirkungen, Pfändungspfandrecht, periodische Leistungen	114
c) Interne Prozeßvergleichung	115
aa) Die zeitliche Fixierung des materiellen Anspruchs im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß	115
bb) Die zeitliche Fixierung des materiellen Anspruchs im Anfechtungsprozeß des Entmündigungsverfahrens	119
cc) Die zeitliche Fixierung des materiellen Anspruchs im Anfechtungsprozeß des Arrestverfahrens	120
d) Abweichende Fixierung des für die Klage- und Rechtsmittelbegründetheit maßgebenden Zeitpunkts	121
aa) Nova producta als Anfechtungsgründe — Urteilskorrektur mit zeitlich beschränkter Wirkung — „Abänderungsberufung“	121
bb) Nova producta als Verteidigungsmittel — Keine Rechtsmittelzurückweisung	125
cc) Praxisnah orientierte Alternativen	127
dd) Nova, welche die materielle Rechtslage nicht beeinflussen	128

Schlußbetrachtung

Der funktionale Rechtsmittelbegriff der allgemeinen Prozeßlehre	130
--	-----

Literaturverzeichnis	133
-----------------------------	-----

Einleitung

Von der rechtstheoretischen Grundlage einer allgemeinen Rechtsmittellehre

§ 1 Unter dem rechtspolitischen Aspekt der sozialen Funktionstüchtigkeit und dem rechtsdogmatischen einer in sich widerspruchsfreien Gesetzessystematik sieht sich das zivilprozessuale Rechtsmittelwesen zunehmend kritischen Anmerkungen ausgesetzt. Mag die aktuelle Rechtsmittelreformdebatte, in der Terminologie der Organisationswissenschaft gesprochen, von der Knappheit der Rechtsfindungsressourcen diktiert sein und sich deshalb den Vorwurf einer „Rechtspolitik der leeren Kassen“ gefallen lassen [so in der Tat *Koch*, AnwBl 83, 351], so hat sie aber doch die Wirkung eines wachsenden Zweifels am überkommenen Verständnis des Rechtsmittelverfahrens als eines verlängerten erstinstanzlichen Erkenntnisprozesses um Leistung, Feststellung oder Gestaltung gehabt. Würde die drückende Last der sog. Instanzenmentalität den Rechtsmittelsektor von einer Theorie entlasten, für die die in der Gleichung „höheres Gericht = besseres Recht“ implizierte rechtspolitische Motivation des Gesetzgebers unter Zuhilfenahme eines als Aufschub der formellen Rechtskraft und damit auch der „*Verfahrensbeendigung*“ mißverstandenen Suspensiveffekts dogmatisiert wurde? Vielleicht. Es wirkt jedenfalls gequält, wissen zu müssen, daß die Betrachtung der Rechtsmittel als Mittel zur „*Verfahrensfortsetzung*“, die Bewertung des Rechtsmittelverfahrens als eines „*funktional unselbständigen Anhängsels des Prozesses in der Vorinstanz*“ auf die untergeordnete und dazu auch noch pervertierte Konstruktionsvariante des Suspensiveffekts aufbaut.

§ 2 Gegen diese allgemeine Rechtsmittel- und Verfahrenslehre im Westentschenformat hatte sich allerdings vor fast zwei Jahrzehnten Peter Gilles gewendet und ein diametral entgegengesetztes Rechtsmittelmodell entworfen, das manchem noch immer vorzugsweise als eine abzulehnende monistische Sondermeinung anmetet [exemplarisch *Bettermann*, Anfechtung und Kassation ZJP 88, 365 f.]. Dies beruht wohl weder darauf, daß Gilles mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers bricht, dem seinen Ambitionen zum Trotz eine stringende Rechtsmittelkonzeption ohnehin nicht nachzusagen war, noch darauf, daß er Fakten konstatiert, die keine normativen Maßstäbe wiedergeben. Vielmehr hatte Gilles einen mit generationenlangem Traditionsdenken belasteten Sektor zu enttabuisieren, ohne daß es ihm gelungen wäre, einen konsequent durchdachten Entwurf zu liefern; denn dies zum letzteren: Ungeachtet einer vom positiven Recht nicht tolerierten

Überbetonung des kassatorischen auf Kosten des reformatorischen Rechtsmittelelements wird zwar der Rechtsmittelprozeß mit Recht als „*selbständiges Kontrollverfahren*“ aufgefaßt, der Kontrollgedanke aber dann gleich aufgegeben, sofern im Falle der Erweiterung der Entscheidungsgrundlage des Rechtsmittelgerichts durch Gebrauch von einem allfälligen *Jus Novorum* und insbesondere durch nova producta von einer „*hic et nunc Urteilskontrolle*“ ausgegangen und der aufhebenden oder konfirmierenden Rechtsmittelentscheidung Rückwirkung beigelegt wird. Mit dieser Identifizierung des für die „*Klage-*“ und „*Rechtsmittelbegründetheit*“ maßgebenden Zeitpunktes geht einher, daß die auf die sonst strikte Trennung zwischen *Klage-* und *Rechtsmittelbegründetheit* aufgebaute funktionale Verselbständigung des Anfechtungsprozesses ein übriges tut. Was also in erster Linie nottut, ist den Kontrollgedanken auch dort zu verifizieren, wo sich hinter dem durch das Urteil der Vorinstanz fixierten Sachverhalt die Möglichkeit eines neuen Sachverhaltsbildes erhebt, zumal man im Wege der Systembildung dem Rechtsmittel nach Art der Rechtsbeschwerde ein solches gegenüberstellt, das zu einer Neuformung des Tatsachenstoffs führen kann und an dem man von vornherein das Etikett der Verfahrensfortsetzung anzukleben pfl egt.

§ 3 Wenn es zutrifft, daß der Rechtsmittelbegriff ein solcher der allgemeinen Verfahrenslehre ist [Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts, 558], dann haftet der trivialen Annahme, daß er flexibel, für jede Prozeßordnung nach der positiven Normierung zu bestimmen sei [so etwa Walsmann, Die Anschlußberufung, 44, 45], insofern etwas Anstößiges an, als die Begriffe und Termini der allgemeinen Verfahrenslehre von Haus aus eine gewisse Abstraktionshöhe und die Lösung vom positiven Material verlangen [Hagen, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, 10]. Darüber hinwegtäuschen kann nicht, daß der Rechtsmittelbegriff in internationaler Ebene durch Zusammenstellung jeweils diverser Behelfe enger oder weiter determiniert wird [siehe etwa § 527 französische NCPC, § 323 italienische CPC, § 495 griechische ZPO]; denn ungeachtet der allgemeinen Unverbindlichkeit von Definitionen als bloße „*linguistic recommendations*“ [Dennis Lloyd, Introduction to jurisprudence (1969), 29] bleibt dem von einer groben Konzeption ausgehenden Gesetzgeber unbenommen, um der äußeren Gesetzssystematik willen einzelne Anfechtungsformen zusammenzustellen, ohne daß es sich dabei auch um funktional gleichgeartete Institute handeln müßte. Noch weniger besagt der Umstand, daß die etwaigen Rechtsmittel nicht immer suspensiv bzw. devolutiv, mitunter rein kassatorisch und häufiger zusätzlich reformatorisch konzipiert sind, eine Wiederholung des gesamten Prozeßmaterials oder eine anhand einzelner inkriminierter Anfechtungsgründe beschränkte Urteilskontrolle desselben bewirken; denn, wie es noch gezeigt wird, sind derartige Abweichungen nicht auf den fraglichen Kern des Rechtsmittelbegriffs, sondern auf dessen Umfang bezogen. Man stößt also mit Fragen um „*Begriff*“, allgemeinen „*Charakter*“, „*Wesen*“ oder „*Funktion*“ der Rechtsmittel in ihrer grundsätzlichen Abgrenzung

gegenüber anderen affinitiven Verfahrenseinrichtungen auf eine den geltenden Prozeßordnungen vorgegebene Art von *Natur der Sache*. Sobald diese in faßbare Bestimmungsgründe aufgelöst wird, wird sich auch zeigen, daß die institutionelle Anfechtungszwecksetzung tangierende Alternative einer „*Verfahrensfortsetzung oder Urteilskontrolle*“ in Wirklichkeit gar keine ist [entgegen etwa *Schmidt JuS 74, 544*].