

LARS BIERSCHENK

Die zweite Instanz im  
deutschen und französischen  
Zivilverfahren

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

349

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

349

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Lars Bierschenk

# Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren

Konzeptionelle Unterschiede und  
wechselseitige Schlussfolgerungen

Mohr Siebeck

*Lars Bierschenk*, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg und Genf; 2010 Erste Juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Centre du Droit de l'Entreprise der Universität Montpellier I und am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main; 2014 Zweite Juristische Staatsprüfung und Promotion; seit 2014 Referent bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in Bonn.

e-ISBN PDF 978-3-16-154034-9

ISBN 978-3-16-154033-2

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Sie entstand in Anknüpfung an die Reformen des französischen Zivilprozessrechts in den Jahren 2010 bis 2012 während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Centre du Droit de l'Entreprise der Universität Montpellier I und am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Die Disputation fand am 8. Dezember 2014 in Heidelberg statt. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung, Literatur und statistische Daten konnten noch bis zum 1. Januar 2015 berücksichtigt werden, französische Sekundärquellen teilweise nur bis zum 1. Juli 2014.

Besonders danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Burkhard Hess, der mein Interesse für das vergleichende Prozessrecht geweckt und die Arbeit mit zahlreichen wertvollen Anregungen bereichert hat. Auch das internationale Umfeld seines Lehrstuhls und die vielfältigen Bezüge zur Rechtspraxis haben diese Arbeit wesentlich geprägt. Herrn Prof. Dr. Stefan Huber, LL.M. danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens, ebenso Herrn Prof. Dr. Christoph Kern, LL.M. für den Vorsitz bei der Disputation.

Für die wissenschaftlich und persönlich sehr bereichernde Zeit sowie für die enorme Unterstützung und die zahlreichen Diskussionen danke ich meinen Kollegen und Freunden an den Instituten in Heidelberg und Montpellier, insbesondere Evelyne Cave, Dr. Björn Laukemann, Maîtr. en droit, Dr. Hannes Wais, LL.M., Dr. Robert Magnus, Adriani Dori, LL.M., Adrien Bezert, LL.M. und Dennis Lievens, LL.M. Bedanken möchte ich mich auch bei Frau Prof. Dr. Frédérique Ferrand, Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz, Herrn Eric Senna, Conseiller à la Cour d'appel de Montpellier und Herrn Christophe Toulza, Avocat et Directeur de la formation initiale de l'École des Avocats Centre Sud sowie bei allen weiteren Personen auf deutscher und französischer Seite, die den Fortgang der Arbeit durch aufschlussreiche Gespräche und Hinweise gefördert haben. Für die großzügige Unterstützung während der Aktualisierung der Arbeit in der Bibliothèque nationale de France in Paris danke ich Clemens Steinhilber, LL.M.

Besonderer Dank gebührt auch den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, insbesondere Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M., für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Von ganzem Herzen danke ich meiner Familie, vor allem meinen Eltern, Marion und Dieter Bierschenk, die mich auf meinem Weg stets nach Kräften unterstützt und ermutigt haben. Mein ganz besonderer Dank gilt meiner Freundin Friederike Voßkamp, M.A. Sie hat nicht nur durch die Korrektur des Manuskripts erheblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen, sondern stand mir auch in allen entscheidenden Momenten meiner Ausbildung zur Seite.

Bonn, im Sommer 2015

Lars Bierschenk

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
§ 1 Einführung . . . . .	1
Erster Teil: Die Grundlagen des deutschen und des französischen Rechtsmittelrechts . . . . .	5
§ 2 Rechtsmittel und <i>voies de recours</i> als gesetzliche Ausgangspunkte . .	5
§ 3 Die Struktur der zivilprozessualen Instanzenzüge: Deutsch-französische Vergleichspaare . . . . .	11
§ 4 Die Rechtsmittelgerichte zweiter Instanz im deutschen und im französischen Zivilverfahren . . . . .	15
Zweiter Teil: Die Entscheidungen der Eingangsgerichte als systematische Grundlage der zweiten Instanz . . . . .	27
§ 5 Die Grundzüge der deutschen und der französischen zivilen Urteilslehre . . . . .	27
§ 6 Die Anknüpfung der Rechtsmittel zweiter Instanz an die Entscheidungen der Eingangsgerichte . . . . .	39
§ 7 Typisierte Zuordnung der Eingangsgerichte und der korrespondierenden Rechtsmittel . . . . .	76

Dritter Teil: Theoretische und praktische Gegenüberstellung des <i>appel</i> und der Berufung . . . . .	81
§ 8 Zum Hintergrund der Reformen beider Rechtsmittel . . . . .	81
§ 9 Die formelle Ausgestaltung der Verfahren des <i>appel</i> und der Berufung . . . . .	86
§ 10 Der Devolutiveffekt beider Rechtsmittel und ihr Verhältnis zur Eingangsinstanz . . . . .	116
Vierter Teil: Vergleich von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> : Der zweitinstanzliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen von verhältnismäßig geringem Wert . . . . .	200
§ 11 Erschwerter Zugang und begrenzter Schutz: Der <i>pourvoi en cassation</i> im Vergleich zum <i>appel</i> . . . . .	200
§ 12 Ausnahmen und prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten nach geltendem Recht . . . . .	204
§ 13 Grundlagen und Perspektiven einer Reform des Verhältnisses von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	209
Fünfter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Thesen . . . . .	216
§ 14 Zusammenfassung und Thesen . . . . .	216
§ 15 <i>Résumé et conclusions</i> . . . . .	221
Literaturverzeichnis . . . . .	225
Materialienverzeichnis . . . . .	247
Entscheidungsregister . . . . .	253
Sachregister . . . . .	263

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
§ 1 Einführung . . . . .	1
Erster Teil: Die Grundlagen des deutschen und des französischen Rechtsmittelrechts . . . . .	5
§ 2 Rechtsmittel und <i>voies de recours</i> als gesetzliche Ausgangspunkte . .	5
I. Die Systematik der <i>voies de recours</i> des <i>Code de procédure civile</i> . .	5
II. Vergleichende Betrachtung der Rechtsmittelsystematik der deutschen Zivilprozessordnung . . . . .	7
III. Rechtsbehelfe und <i>autres recours</i> : Zu den Risiken weiterer Kategorienbildung . . . . .	8
§ 3 Die Struktur der zivilprozessualen Instanzenzüge: Deutsch-französische Vergleichspaare . . . . .	11
I. Der <i>appel civil</i> und die Rechtsmittel der Berufung und der sofortigen Beschwerde . . . . .	11
II. Die <i>opposition</i> als <i>voie de recours ordinaire</i> und der Einspruch als Verfahrensschritt . . . . .	12
III. Unterschiedliche Einbeziehung von Revision und <i>pourvoi</i> <i>en cassation</i> in den Instanzenzug . . . . .	13
§ 4 Die Rechtsmittelgerichte zweiter Instanz im deutschen und im französischen Zivilverfahren . . . . .	15
I. Landgerichte und Oberlandesgerichte als dezentrale Berufungs- und Beschwerdegerichte . . . . .	16
II. Die <i>Cour d'appel</i> als zentrales Rechtsmittelgericht – eine vergleichende Betrachtung . . . . .	17
1. Zu den Grundzügen der französischen Gerichtsverfassung . . . .	18
2. Überblick über die unterschiedlichen Verfahrensweisen vor der <i>Cour d'appel</i> . . . . .	19

3. Zentralisierungsbestrebungen der deutschen Gerichtsverfassung . . . . .	20
III. Zu den praktischen Folgen und den Gründen der unterschiedlichen Gerichtsverfassungen . . . . .	23
1. Relativierung der Zentralität der <i>Cour d'appel</i> aufgrund spezieller <i>chambres sociales</i> . . . . .	23
2. Organisation der Spruchkörper der <i>Cours d'appel</i> und der ordentlichen Berufungsgerichte . . . . .	24
3. Historisch-vergleichende Analyse der Gründe für die zentrale Stellung der <i>Cour d'appel</i> . . . . .	25
 Zweiter Teil: Die Entscheidungen der Eingangsgerichte als systematische Grundlage der zweiten Instanz . . . . .	 27
 § 5 Die Grundzüge der deutschen und der französischen zivilen Urteilslehre . . . . .	 27
I. Urteile, Beschlüsse und Verfügungen als Entscheidungen des deutschen Zivilverfahrens . . . . .	27
II. Die Entscheidungsarten des französischen Zivilprozesses . . . . .	29
1. Das <i>jugement</i> als verfahrensbeendende und verfahrens- fördernde Entscheidung . . . . .	29
a) Das <i>jugement sur le fond</i> als Entscheidung in der Hauptsache . . . . .	30
b) Das <i>jugement avant dire droit</i> als verfahrensfördernde Nebenentscheidung . . . . .	30
c) Zur formellen und materiellen Rechtskraftfähigkeit beider Entscheidungsarten . . . . .	32
2. Die <i>ordonnances des juge de la mise en état</i> und des <i>juge chargé d'instruire l'affaire</i> . . . . .	33
a) Zu den Besonderheiten der Verfahren vor den französischen Eingangsgerichten . . . . .	34
b) Das Konkurrenzverhältnis der <i>ordonnances</i> zum <i>jugement</i> <i>avant dire droit</i> . . . . .	35
c) Das Konkurrenzverhältnis der <i>ordonnances</i> zum <i>jugement</i> <i>sur le fond</i> . . . . .	36
3. Die <i>mesures d'administration judiciaire</i> als Entscheidungen der Verfahrensorganisation . . . . .	38
 § 6 Die Anknüpfung der Rechtsmittel zweiter Instanz an die Entscheidungen der Eingangsgerichte . . . . .	 39
I. Entscheidungen in der Hauptsache und Entscheidungen der Verfahrensförderung . . . . .	40
1. Die Trennung von Berufungs- und Beschwerdeverfahren im deutschen Zivilprozess . . . . .	40

2.	Die umfassende Statthaftigkeit des <i>appel</i> im französischen Zivilprozess . . . . .	41
	a) Das Prinzip von <i>appel immédiat</i> und <i>appel différé</i> als Ausgangspunkt . . . . .	42
	b) Durchbrechung des Prinzips durch den <i>appel immédiat</i> gegen das <i>jugement mixte</i> . . . . .	42
	c) Zweckgebundene Sonderregeln über die Statthaftigkeit des <i>appel</i> . . . . .	44
	aa) Der <i>appel soumis à autorisation</i> im Rahmen von <i>expertise</i> und <i>sursis à statuer</i> . . . . .	45
	bb) Der <i>appel</i> gegen die <i>ordonnances</i> der erstinstanzlichen Instruktionsrichter . . . . .	47
	cc) Der <i>appel</i> im Rahmen des <i>serment décisoire</i> . . . . .	48
3.	Praktische Gegenüberstellung der deutschen und der französischen Systematik . . . . .	49
	a) Der Rechtsschutz im Rahmen der Sachaufklärung und der Beweiserhebung . . . . .	49
	aa) Vergleich bezüglich anordnender Entscheidungen . . . . .	49
	bb) Vergleich bezüglich ablehnender Entscheidungen . . . . .	52
	cc) Vergleich bezüglich des <i>juge de la mise en état</i> und des beauftragten Richters . . . . .	53
	b) Der Rechtsschutz gegenüber Maßnahmen der übrigen Verfahrensleitung . . . . .	53
	c) Erläuterung der Unterschiede und Rückführung auf ihre historischen Grundlagen . . . . .	54
	aa) Anklänge der französischen Systematik im deutschen Verfahrensrecht? . . . . .	55
	bb) Unterschiede und Folgen der römischen und der deutschen Urteilslehre . . . . .	56
	cc) Die Konzeption des <i>appel</i> nach dem <i>Ancien Code de procédure civile</i> von 1806 . . . . .	58
	(1) Grundsätze der Anknüpfung des <i>appel</i> an die Entscheidungen der Erstinstanz . . . . .	58
	(2) Umfassender Strukturwandel infolge der Reform von 1942 . . . . .	59
	(3) Rückbesinnung auf die ursprüngliche Systematik durch die Reform von 1958 . . . . .	61
II.	Die Bedeutung des Streit- und des Beschwerdewertes für die Eröffnung der zweiten Instanz . . . . .	62
	1. Französischer <i>taux de ressort</i> und deutsche Erwachsenheitssumme als Grundunterschied . . . . .	63
	2. Der <i>pourvoi en cassation</i> als konkurrierendes Rechtsmittel zweiter Instanz . . . . .	64

a)	Die Anknüpfungssystematik des <i>pourvoi en cassation</i> aus der Perspektive des <i>appel</i> . . . . .	64
b)	Historisch-vergleichende Analyse der Statthaftigkeit des <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	65
aa)	Der Grundsatz <i>de minimis non curat praetor</i> im französischen Recht . . . . .	65
bb)	Schutz des öffentlichen Interesses als Rückausnahme vom Rechtsmittelausschluss . . . . .	66
cc)	Das Zusammenspiel beider Prinzipien am Beispiel der historischen <i>Justice de paix</i> . . . . .	67
c)	Zur Kritik an der französischen Systematik in den Materialien der Civilprozeßordnung . . . . .	68
3.	Die Zulassungsberufung als deutscher Gegenentwurf und nachfolgende Entwicklungen . . . . .	68
III.	Die Bedeutung der prozessualen Säumnis für die Eröffnung der zweiten Instanz . . . . .	70
1.	Die französische <i>opposition</i> als historische Grundlage des deutschen Einspruchs . . . . .	70
2.	Die Fortentwicklung der <i>opposition</i> zur <i>voie de recours ordinaire</i> a) Zum Wandel des französischen Säumnisbegriffs: Der <i>appel</i> als mittelbare Sanktion . . . . .	71
b)	Die <i>opposition</i> als Rechtsmittel allein zugunsten des Beklagten . . . . .	73
c)	Wertmäßige Trennung der Geltungsbereiche von <i>appel</i> und <i>opposition</i> . . . . .	74
3.	Relativierung der Unterschiede zum deutschen Recht durch umfassende Sachprüfung? . . . . .	74
§ 7	Typisierte Zuordnung der Eingangsgerichte und der korrespondierenden Rechtsmittel . . . . .	76
I.	Die Anknüpfung der „gespaltenen“ zweiten Instanz an die französischen Eingangsgerichte . . . . .	76
II.	Die Berufung gegen Entscheidungen der deutschen Amts- und Landgerichte . . . . .	77
III.	Nationale Implementierung des Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen . . . . .	79
Dritter Teil: Theoretische und praktische Gegenüberstellung des <i>appel</i> und der Berufung . . . . .		81
§ 8	Zum Hintergrund der Reformen beider Rechtsmittel . . . . .	81

I.	Grundlagen und Ziele der Reformen von Berufung (2002) und <i>appel</i> (2005–2013) . . . . .	82
II.	Vergleichbare Gründe der Reformbedürftigkeit beider Rechtsmittel . . . . .	83
III.	Unterschiedliche Lösungswege zur Erreichung desselben Ziels? . . . . .	84
§ 9	Die formelle Ausgestaltung der Verfahren des <i>appel</i> und der Berufung . . . . .	86
I.	Die Anrufung der <i>Cour d'appel</i> im Rahmen der <i>procédure</i> <i>avec représentation obligatoire</i> . . . . .	86
1.	Die <i>procédure ordinaire</i> . . . . .	86
2.	Die <i>procédure à jour fixe</i> . . . . .	88
3.	Der <i>appel par requête conjointe</i> . . . . .	90
II.	Übergreifende Neuerungen des Verfahrens vor der <i>Cour d'appel</i> . . . . .	90
1.	Elektronische Form der Schriftsätze und strengere Vorgaben ihrer Fassung . . . . .	91
2.	Novellierung des Verfahrens vor dem <i>conseiller</i> <i>de la mise en état</i> . . . . .	93
a)	Die Funktion des <i>conseiller de la mise en état</i> in historischer Betrachtung . . . . .	93
b)	Kompetenz und Entscheidungen des <i>conseiller</i> <i>de la mise en état</i> . . . . .	95
aa)	Inhalt und Umfang der Kompetenz kraft Verweisung (Art. 907 CPC) . . . . .	95
bb)	Inhalt und Umfang originärer Kompetenz (Artt. 908 ff. CPC) . . . . .	95
cc)	Entscheidungen des <i>conseiller de la mise en état</i> und Rechtsschutz . . . . .	97
c)	Verkürzung der Fristen im Verfahren vor dem <i>conseiller</i> <i>de la mise en état</i> . . . . .	99
3.	Liberalisierung der Prozessvertretung durch die Fusion von <i>avocat</i> und <i>avoué</i> . . . . .	100
a)	Historische Grundlagen und Entwicklung der vormaligen doppelten Prozessvertretung . . . . .	100
b)	Ziele und Kritik der Neuordnung der Prozessvertretung vor der <i>Cour d'appel</i> . . . . .	102
c)	Vergleichende Analyse der Reform mit Bezug zum deutschen und europäischen Recht . . . . .	104
aa)	Die Abschaffung der Singularzulassung vor den deutschen Oberlandesgerichten . . . . .	105
bb)	Bewertung der deutschen Reform und Versuch einer Übertragung auf Frankreich . . . . .	106
(1)	Vergleichbare Gründe der Reform beider Systeme . . . . .	106

(2) Fehlende empirische Untersuchungen der praktischen Folgen . . . . .	107
(3) Versuch einer statistischen Analyse und einer Übertragung auf Frankreich . . . . .	108
cc) Ergänzende Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben	110
III. Anstöße für das deutsche Recht: Stärkung der formellen Berufungsanforderungen . . . . .	111
1. Die Akzentuierung des deutschen Reformgebers aus vergleichender Perspektive . . . . .	112
2. Konzeptionelle und praktische Probleme der §§ 513 und 520 ZPO	112
3. Die Reform des <i>appel</i> als Lösungsansatz für das deutsche Recht .	115
 § 10 Der Devolutiveffekt beider Rechtsmittel und ihr Verhältnis zur Eingangsinstanz . . . . .	116
I. Funktionsweisen und Entscheidungsgrundlagen des <i>appel</i> und der Berufung . . . . .	117
1. Der <i>appel</i> als <i>voie de réformation</i> und <i>voie d'annulation</i> . . . . .	117
2. Die Berufung als reformatorisches und kassatorisches Rechtsmittel . . . . .	118
3. Zum Umfang der zu berücksichtigenden Tatsachen im Rahmen von <i>appel</i> und Berufung . . . . .	119
a) Einbeziehung und Bedeutung des erstinstanzlichen Verfahrensstoffs . . . . .	119
b) Das umfassende Novenrecht des <i>appel</i> : Der <i>double degré</i> <i>de juridiction</i> . . . . .	121
aa) Systematik und historische Grundlagen des <i>double degré</i> <i>de juridiction</i> . . . . .	121
bb) Verknüpfung von <i>double degré</i> und <i>appel</i> : Abgrenzung zum <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	123
cc) Historischer Vergleich mit der zivilprozessualen Berufung des deutschen Rechts . . . . .	125
(1) Die Berufung der Civilprozeßordnung (1877) nach französischem Vorbild . . . . .	125
(2) Einleitung eines Systemwandels durch die sog. Emminger-Novelle (1924) . . . . .	126
(3) Fortsetzung der Entwicklung durch die sog. Vereinfachungsnovelle (1976) . . . . .	126
c) Neue Tatsachen und Tatsachenneufeststellung im reformierten Berufungsverfahren . . . . .	127
aa) Gesetzliche Abkehr vom Erfordernis einer drohenden Verfahrensverzögerung . . . . .	128
bb) Systematisierende Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	129

cc) Kritische Bewertung der Rechtsprechung auf Grundlage des Reformkonzepts . . . . .	130
II. Rechtfertigung beider Rechtsmittelkonzepte vor ihrem jeweiligen prozessualen Umfeld . . . . .	134
1. Die eingangsgerichtliche Präklusion als Grundlage der divergierenden Novenrechte . . . . .	134
a) Die Grundzüge der Präklusion im deutschen und im französischen Zivilprozess . . . . .	134
b) Die Anknüpfung beider Rechtsmittelsysteme an die erstinstanzliche Präklusion . . . . .	135
c) Systematische und prozessökonomische Gegenüberstellung beider Konzepte . . . . .	137
aa) Normative Betrachtung des prozesswirtschaftlichen Ertrages beider Konzepte . . . . .	138
bb) Normative Betrachtung des jeweils erforderlichen prozessualen Aufwandes . . . . .	138
(1) Rechtsmittelbereitschaft und Instanzenrelation beider Systeme . . . . .	138
(2) Verteilung des Verfahrensstoffs und erforderliche Verfahrensdauer . . . . .	141
(3) Probleme in der Rechtsanwendung und Kritik an den Reformen . . . . .	144
cc) Vergleichende Würdigung des deutschen und des französischen Systems . . . . .	146
2. Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft und der <i>autorité      de la chose jugée</i> . . . . .	147
a) Der Umfang der materiellen Rechtskraft im deutschen Zivilverfahrensrecht . . . . .	148
b) Die objektiven Grenzen der <i>autorité de la chose</i> im französischen Verfahrensrecht . . . . .	148
c) Angleichung der Systeme durch die jüngere Rechtsprechung der <i>Cour de cassation</i> . . . . .	150
aa) Die <i>Césaréo</i> -Entscheidung der <i>Cour de cassation</i> aus dem Jahr 2006 . . . . .	150
bb) Berücksichtigung der <i>Césaréo</i> -Entscheidung im Rahmen der Reform des <i>appel</i> . . . . .	151
c) Vergleichende Würdigung des deutschen und des französischen Systems . . . . .	152
3. Umfang und Bedeutung der richterlichen Verfahrensleitung und Rechtserkenntnis . . . . .	152
a) Die richterliche Verfahrensleitung im deutschen und im französischen Recht . . . . .	152

b)	Das Prinzip <i>iura novit curia</i> im deutschen und im französischen Recht . . . . .	153
c)	Vergleichende Würdigung des deutschen und des französischen Systems . . . . .	154
III.	Durchbrechungen der Devolution im deutschen und im französischen Rechtsmittelrecht . . . . .	156
1.	Die Zulässigkeit neuer Ansprüche: Der <i>appel</i> als <i>voie</i> <i>d'achèvement</i> – und die Berufung? . . . . .	156
a)	Die Konzeption der <i>voie d'achèvement</i> : Voraussetzungen und Zweck . . . . .	156
aa)	Übergeordnete Voraussetzungen der <i>voie d'achèvement</i> . . . . .	157
bb)	Definition und Voraussetzungen neuer Ansprüche im Rahmen des <i>appel</i> . . . . .	157
cc)	Der Eintritt Dritter in das Verfahren des <i>appel</i> . . . . .	159
b)	Die Zulassung neuer Ansprüche im Berufungsprozess vor der ZPO-Reform 2002 . . . . .	159
c)	Strukturelle Unterschiede der reformierten Berufung des deutschen Zivilverfahrens . . . . .	160
aa)	Die <i>voie d'achèvement</i> zwischen <i>droit romain</i> und „ <i>conception germanique</i> “ . . . . .	161
bb)	Rechtsvergleichende Analyse der Berufung seit der ZPO-Reform 2002 . . . . .	163
(1)	Das Verständnis der reformierten Berufung in Abgrenzung zum <i>appel</i> . . . . .	164
(2)	Der systematische Widerspruch des § 533 ZPO in vergleichendem Kontext . . . . .	165
(i)	Rechtliche Ebene: § 533 Nr. 1 ZPO und Artt. 564 ff. CPC . . . . .	165
(ii)	Tatsächliche Ebene: § 533 Nr. 2 ZPO und Art. 563 CPC . . . . .	166
(iii)	Beschränkung des systematischen Widerspruchs auf die Klageänderung? . . . . .	166
(3)	Unterschiedliche Ökonomieverständnisse beider Rechtsmittel als Hintergrund . . . . .	167
cc)	Zu den praktischen Auswirkungen der Tatsachenbindung des § 533 Nr. 2 ZPO . . . . .	169
(1)	Kongruenz des Verfahrensstoffs von Berufung und Klageänderung . . . . .	170
(i)	Problemaufriss: Die „ <i>ohnehin</i> “ zu berück- sichtigenden Tatsachen . . . . .	170
(ii)	Übertragung des Problems in das französische Verfahrensrecht . . . . .	171

(iii) Abwägung der einzelnen Interpretationsansätze des § 533 Nr. 2 ZPO . . . . .	171
(2) Die Klageänderung im Fall einander wider- sprechender Klagegründe . . . . .	173
(i) Problemaufriss: Der sog. „Bau-Fall“ als Ausgangspunkt . . . . .	173
(ii) Vergleichende Übertragung des Problems in das französische Recht . . . . .	174
(iii) Rückschlüsse und Lösungsansätze für das deutsche Recht . . . . .	174
(3) Der Parteiwechsel und die Parteierweiterung in der zweiten Instanz . . . . .	176
(i) Problemaufriss: Sachlegitimation des Dritten als neue Tatsache . . . . .	177
(ii) Analyse der neueren berufungsgerichtlichen Rechtsprechung . . . . .	177
(iii) Notwendigkeit einer teleologischen Korrektur des § 533 ZPO? . . . . .	178
1) Überblick über die bestehenden wissen- schaftlichen Lösungsansätze . . . . .	178
2) Vergleichende Übertragung der Fälle in das französische Recht . . . . .	179
3) Für eine konsequente Anwendung des § 533 Nr. 2 ZPO . . . . .	179
2. Die <i>évocation</i> im französischen Zivilverfahren und Parallelen im deutschen Zivilprozess . . . . .	181
a) Dogmatische und historische Grundlagen der <i>évocation</i> . . . . .	181
b) Vergleichbare Fälle einer Evokation in der deutschen Rechtspraxis . . . . .	183
c) Zur Vereinbarkeit der gerichtlichen Praxis mit dem Funktionswandel der Berufung . . . . .	184
3. Der <i>appel-nullité</i> und der Schutz gegen grob fehlerhafte Entscheidungen . . . . .	186
a) Der Anwendungsbereich des <i>appel-nullité</i> in Abgrenzung zu <i>appel</i> und <i>pourvoi</i> . . . . .	186
b) Entsprechungen des französischen Schutzkonzepts im deutschen Verfahrensrecht . . . . .	188
c) Unzureichender Schutz der Verfahrensgrundrechte im deutschen Rechtsmittelsystem . . . . .	189
aa) Widerstreitende Schutzkonzepte in Rechtsprechung und Rechtslehre . . . . .	189
bb) Keine befriedigende Lösung in der Rechtspraxis . . . . .	190

cc) Für eine Anwendung der Nichtzulassungsbeschwerde zum Schutz der Verfahrensgrundrechte . . . . .	191
(1) Zur Rechtslage vor und nach der Zivilprozessreform 2002 . . . . .	191
(2) Störung des ursprünglichen Konzepts aufgrund neuerer Rechtsentwicklung . . . . .	193
(3) Systematische Vereinbarkeit von Nichtzulassungsbeschwerde und Berufung . . . . .	195
(i) Die Nichtzulassungsbeschwerden der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit . . . . .	195
(ii) Der Paradigmenwechsel des sozialgerichtlichen Berufungsverfahrens . . . . .	196
(iii) Schlussfolgerungen bezüglich der zivilprozessualen Berufung . . . . .	198

Vierter Teil: Vergleich von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> : Der zweitinstanzliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen von verhältnismäßig geringem Wert . . . . .	200
---	-----

§ 11 Erschwerter Zugang und begrenzter Schutz: Der <i>pourvoi en cassation</i> im Vergleich zum <i>appel</i> . . . . .	200
I. Überblick über die bestehende Kritik am Nebeneinander von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	201
II. Zum vergleichsweise eingeschränkten Prüfungsumfang der <i>Cour de cassation</i> . . . . .	201
III. Der <i>mémoire ampliatif</i> als besondere Voraussetzung des <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	203
§ 12 Ausnahmen und prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten nach geltendem Recht . . . . .	204
I. Unbezahlte Klageforderungen als Ausnahme vom Prinzip des <i>taux de ressort</i> . . . . .	204
II. Überhöhte Klageforderungen als prozesstaktisches Mittel zur Erreichung des <i>taux d'appel</i> . . . . .	204
III. Kompensation des <i>pourvoi en cassation</i> mithilfe der <i>opposition</i> als „kleinem <i>appel</i> “? . . . . .	205
1. Gewährleistungen und Verfahrensablauf der <i>opposition</i> im Vergleich zum <i>appel</i> . . . . .	206
2. Das rechtstatsächliche Potenzial der <i>opposition</i> im Sinne einer faktischen zweiten Instanz . . . . .	208
3. Unklare Akzeptanz einer prozesstaktischen Nutzung der <i>opposition</i> seitens der Gerichte . . . . .	208

§ 13 Grundlagen und Perspektiven einer Reform des Verhältnisses von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	209
I. Beschränkung des Suspensiveffekts des <i>appel</i> durch mittelbaren Erfüllungszwang . . . . .	210
1. Historische und systematische Grundlagen der <i>radiation</i> <i>de l'affaire</i> . . . . .	210
2. Voraussetzungen und Ausschlussstatbestände der <i>radiation</i> <i>de l'affaire</i> . . . . .	211
3. Rechtsstaatliche Probleme und praktische Folgen . . . . .	211
II. Vergleich der Fristen und Einleitungsformen von <i>appel</i> und <i>pourvoi en cassation</i> . . . . .	212
III. Ansatzpunkte eines Systemwandels der französischen zweiten Zivilinstanz . . . . .	213
1. Herabsenkung des <i>taux d'appel</i> . . . . .	213
2. Vereinfachung der Regeln des Verfahrens vor der <i>Cour de cassation</i> . . . . .	214
3. Einführung eines ergänzenden Zulassungs- oder Annahme- <i>appel</i> . . . . .	214
 Fünfter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Thesen . . . . .	 216
§ 14 Zusammenfassung und Thesen . . . . .	216
§ 15 <i>Résumé et conclusions</i> . . . . .	221
 Literaturverzeichnis . . . . .	 225
Materialienverzeichnis . . . . .	247
Entscheidungsregister . . . . .	253
Sachregister . . . . .	263



## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AFP	Agence France-Presse
AG	Amtsgericht
AJCL	The American Journal of Comparative Law
anc. CPC	Ancien Code de procédure civile
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
AnwBl	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art. / Artt.	article(s) / Artikel
AsJ	Annuaire statistique de la Justice
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BauGB	Baugesetzbuch
BB	Betriebs-Berater
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz – BEG)
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BPO	Bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BR-Drucks.	Drucksache des Bundesrates
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d'appel

Cass. ass. plén.	Cour de Cassation siégeant en Assemblée plénière
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Code civil
CCom	Code de commerce
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (Cour de justice de l'Union européenne, CJUE)
COJ	Code de l'organisation judiciaire
COM	Commission Document
CPC	Code de procédure civile
CPO	Civilprozeßordnung
CPP	Code de procédure pénale
C. rural	Code rural et de la pêche maritime
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e.V.
CTrav	Code du travail
D	Décret (partie réglementaire)
D.	Recueil Dalloz / Recueil Dalloz Sirey (bis 1996)
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaft
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten)
EuGFVO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
f. / ff.	folgende

FGG-Reformgesetz	Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17. Dezember 2008, BGBl. 2008 I, S. 2586 ff.
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber/in
HS	Halbsatz
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
i.Ü.	im Übrigen
J.-Cl. Europe	Juris-Classeur Europe traité
J.-Cl. pr. civ.	Juris-Classeur de procédure civile
JCP éd. CI	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition commerce et industrie (heute: édition entreprise et affaires)
JCP éd. G	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition générale
JLS	The Journal of Legal Studies (Chicago)
JO	Journal officiel de la République Française. Lois et Décrets
JOQ Assemblée nationale	Journal officiel de la République Française. Débats parlementaires. Assemblée nationale. Questions remises à la présidence de l'Assemblée nationale et réponses des ministres aux questions écrites
JOQ Sénat	Journal officiel de la République Française. Débats parlementaires. Assemblée nationale. Questions remises à la présidence du Sénat et réponses des ministres aux questions écrites
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KaKo	Karlsruher Kommentar
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG)
Kl.	Kläger
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht, Konkurs, Treuhand, Sanierung
L	Partie législative
LAG	Landesarbeitsgericht
Lamy	Revue Lamy droit civil
LG	Landgericht
lit.	littera
LPA	Les petites affiches
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n°	numéro
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.N.	nomen nescio
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
R	Partie réglementaire
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDT	Revue de droit du travail
Rec. Sirey	Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public – fondé par J.-B. Sirey
Red.	Redakteur
RettungsG	Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz – RettungsG) vom 7. April 2009, BGBl. 2009 I, S. 725, 729 ff.
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGP	Revue générale des procédures
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHJ	La revue des huissiers de justice (heute: Droit et procédures: la revue des huissiers de justice)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RLR	Ritsumeikan Law Review
Rn.	Randnummer, Randnummern
RPVA	Réseau privé virtuel avocat
RPVJ	Réseau privé virtuel justice
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
S.	Satz / Seite
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannt
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StPO	Strafprozessordnung
TOP	Tagesordnungspunkt

u.	und
u. a.	unter anderem
ULR	Utrecht Law Review
Univ.	Universität
Übers. d. Verf.	Übersetzung des Verfassers
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wörtl.	wörtlich
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuB	Komentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO-Reformgesetz	Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001, BGBl. 2001 I S. 1887 ff.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (zuvor: Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß)
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International



## § 1 Einführung

„La tendance à réduire le champ de l'appel et à limiter la deuxième instance à un contrôle du jugement de première instance en l'état du litige en lequel il a été statué par les premiers juges est perceptible en droit allemand. La réforme de la procédure civile du 27 juillet 2001 a restreint considérablement le champ de l'appel. [...] Cependant, les juges d'appel allemands ont résisté à l'application de ces nouvelles dispositions et exercent encore aujourd'hui un contrôle assez intensif des jugements de première instance [...]“<sup>1</sup>

Treffender lässt sich die Rechtswirklichkeit der zweiten Instanz des deutschen Zivilverfahrens kaum beschreiben. Was bei *Ferrand* zu einer bloßen „tendance“ verblasst, wurde noch im Regierungsentwurf des am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Zivilprozessreformgesetzes<sup>2</sup> als „grundlegende Strukturreform“ angekündigt: Der funktionelle Wandel der Berufung von einer zweiten Tatsacheninstanz zu einer Instanz der Fehlerkontrolle.<sup>3</sup> Die von *Ferrand* beschriebene „résistance“ der Rechtspraxis veranlasste *Nassall* anlässlich des zehnten Jahrestages der Reform zu der Frage: „Was hat der BGH mit diesem Plan gemacht?“<sup>4</sup> Die in weiten Teilen ernüchternde Antwort lautet, dass der in den §§ 511 ff. ZPO niedergelegte „Plan“ des Reformgebers auch über zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes die Grundlage einer fortwährenden Diskussion über das Wesen und die praktischen Folgen der Berufung bildet.<sup>5</sup> Die rechtsdogmatische wie rechtstatsächliche

---

<sup>1</sup> *Ferrand*, in: Rép. pr. civ., *Appel* (2012), Rn. 976 – „Die Tendenz, den Anwendungsbereich der Berufung zu verringern und die zweite Instanz auf eine Kontrolle des erstinstanzlichen Urteils auf der Grundlage des eingangsgerichtlichen Verfahrensstandes zu beschränken, ist wahrnehmbar im deutschen Recht. Die Reform des Zivilverfahrens vom 27. Juli 2001 hat den Anwendungsbereich der Berufung beachtlich eingeschränkt. [...] Allerdings haben sich die deutschen Berufungsrichter der Anwendung der neuen Vorschriften widersetzt und praktizieren nach wie vor eine umfassende [wörtl.: recht intensive] Kontrolle der erstinstanzlichen Urteile [...]“ (Übers. d. Verf.).

<sup>2</sup> Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz – ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. 2001 I, S. 1887 ff.

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Zivilprozessreformgesetzes, BT-Drucks. 14/4722, S. 1, 58 u. 60 f.

<sup>4</sup> *Nassall* NJW 2012, 113 (113); kritisch bereits die Fünf-Jahres-Bilanz bei *Unberath* ZJP 120 (2007), 323 (323).

<sup>5</sup> Im Anschluss an die Analyse *Nassalls* bezeichnet *Hirtz* NJW 2014, 2529 (2531) das Berufungsmodell des Reformgebers ausdrücklich als gescheitert und *Gehrlein* NJW 2014, 3393 (3393) stellt fest, dass durch „die Handhabung und Auslegung des reformierten Berufungsrechts [...] der frühere Rechtszustand weitgehend beibehalten wurde“. Siehe auch *Calliess*, Gutachten 70. DJT, S. A 11 m. w. N.; als Beispiel siehe etwa die Ausführungen bei BGH NJW 2008, 1312 (1316): „Das Berufungsverfahren ist weiterhin – wenn auch eingeschränkte – Tatsacheninstanz [...]“ sowie hieran anknüpfend auch bei BGH NJW 2010, 376 (377).