

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

System des oesterreichischen Civilprocessrechts

in rechtsvergleichender Darstellung

Der allgemeine Theil

Menger, Anton

Wien, 1876

Erster Abschnitt. Die Stellung des Civilprocesses innerhalb der
Rechtsverfolgung

Erster Abschnitt.

Die Stellung des Civilprocesses innerhalb der Rechtsverfolgung.

§. 1.

Die ungeordnete Rechtsverfolgung.

Es ist eine Eigenthümlichkeit aller Rechte (im subjectiven Sinne), welche von ihrem Wesen untrennbar ist und dieselben von bloß moralischen Ansprüchen durchgreifend unterscheidet, dass sie gegen den widerstrebenden Willen des Verpflichteten nöthigenfalls mit Zwang durchgesetzt werden können. Zu dem Wesen des Rechtes gehört es also nicht, dass dieser Zwang in jedem einzelnen Falle thatsächlich und mit Erfolg geübt werde, indem die freiwillige Erfüllung der rechtlichen Verpflichtungen im wirklichen Leben die weit überwiegende Regel bildet, und selbst dann, wenn die Ausübung des Zwanges nöthig wird, dieser nur zu häufig erfolglos bleibt; sondern die Natur der Rechte erheischt bloß, dass mit allgemeiner Anerkennung die Möglichkeit gegeben sei, den Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zwang zu bestimmen.¹⁾ Den Inbegriff von Handlungen, welche

¹⁾ Das (subjective) Recht ist folglich die vom objectiven Recht gewährte Möglichkeit, andere Personen zu Handlungen oder Unterlassungen zu zwingen. Diese Begriffsbestimmung entspricht der Auffassung Kant's (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre in der Ausg. v. Hartenstein. Bd. 7. S. 28—30). Von den neueren Schriftstellern wird regelmässig das Merkmal der Erzwingbarkeit in die Definition des subjectiven Rechtes nicht aufgenommen. Demgemäss wird das subjective Recht bestimmt als „eine der einzelnen Person

der Berechtigte selbst oder dritte Personen vollziehen müssen, um auf den Willen des Verpflichteten jenen Zwang auszuüben, kann man als die Rechtsverfolgung im weitesten Sinne bezeichnen.

Voraussetzung jeder Rechtsverfolgung ist ein objectives Recht, eine Rechtsordnung, welche dem Einzelnen die Befugnis verleiht, andere Personen zu Handlungen oder zu Unterlassungen zu zwingen.

zustehende Macht“ (Savigny Syst., Bd. 1, S. 7), als „die vom objectiven Recht anerkannte Herrschaft des subjectiven Willens“ (Unger System, Bd. 1, S. 489). als „eine von dem objectiven Recht verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift concreten Inhalts“ (Windscheid §. 37) u. A. Dies halte ich aber deshalb für unrichtig, weil viele Rechtsverhältnisse — namentlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts — dem Berechtigten neben der rechtlichen auch noch eine moralische Macht verleihen, welche die objective Rechtsordnung voraussetzt oder gar vorschreibt, (vergl. z. B. das A. B. G. B. §. 90—92, §. 144) welche aber — eben weil ihr das Moment der Erzwingbarkeit fehlt — nicht als subjectives Recht aufgefasst werden kann. So üben z. B. der Monarch, die Staatsdiener, die Geistlichkeit, die Häupter der Familien u. s. f. neben ihren erzwingbaren Rechten vielfach eine moralische „Herrschaft ihres subjectiven Willens“ auf ihre Untergebenen aus, welche an Intensität die juristischen Elemente ihres Herrschaftsverhältnisses vielleicht überragt, aber dessenungeachtet lediglich dem Gebiete der Sitte angehört. Ebenso halte ich es für irrig, wenn Ihering (Geist des römischen Rechts, Bd. 3, 2. Aufl. S. 317—354) im Anschlusse an Krause und Ahrens (Naturrecht, 6. Aufl. 1. Bd. [1870] S. 267 ff.) das subjective Recht als ein rechtlich geschütztes Interesse definiert. Denn diese Begriffsbestimmung trifft derselbe Vorwurf, welchen Ihering (a. a. O. S. 317, Note 435) einer Anzahl der bisherigen Definitionen macht: sie ist nämlich im Wesentlichen ein identisches Urtheil (idem per idem) dessen wahre Beschaffenheit bloss durch die Ausdrucksweise künstlich verdeckt wird. Denn welche Interessen werden eben „rechtlich geschützt“? Offenbar nur jene, welchen das objective Recht den Charakter von subjectiven Rechten verliehen hat. Und worin besteht dieser rechtliche Schutz? Eben darin, dass das objective Recht ein Interesse als subjectives Recht auffasst und behandelt. Jene Begriffsbestimmung sagt folglich nichts anderes, als dass die subjectiven Rechte Interessen sind, welche das objective Recht als subjective Rechte auffasst und behandelt. Ueberdies ist aber die Definition Ihering's auch materiell unrichtig, weil sie die subjectiven Rechte mit den Interessen, welchen dieselben zu dienen bestimmt sind, also Bedürfniss und Befriedigungsmittel verwechselt. Das Eigenthum an meinem Wohnhause befriedigt allerdings mittelbar auch mein Wohnungsbedürfniss, allein dies Eigenthum kann offenbar nicht als mein rechtlich geschütztes Wohnungsbedürfniss betrachtet werden. Auch von Ahrens (a. a. O. S. 341—344) wird der Rechtsgrund (das Bedürfniss) von dem subjectiven Recht als Bedingung und Bedingtes, als Grund und Folge sehr sorgfältig unterschieden.

Die Anwendung des objectiven Rechts auf die subjectiven Rechte kann im Falle des Streites auf eine doppelte Art erfolgen. Zunächst so, dass die an einem Rechtsverhältniss Beteiligten, also der Berechtigte und der Verpflichtete, das Dasein und den Umfang des subjectiven Rechts selbst feststellen und ihre rechtliche Auffassung im wirklichen Leben durchführen, ohne dass ein unparteiischer Dritter (der Richter) auf diese Acte der Beteiligten Einfluss nimmt.

Diese Art der Realisirung bestrittener, subjectiver Rechte kann man, im Gegensatze zu den gegenwärtig vorherrschenden Formen der Rechtsdurchsetzung (unten §. 2 und 3) als die ungeordnete Rechtsverfolgung bezeichnen. Auch die ungeordnete Rechtsverfolgung tritt in einer doppelten Form auf. Es kann nämlich entweder eine der beiden an einem Rechtsverhältniss beteiligten Parteien ihre Auffassung des bestehenden Rechtszustandes einseitig zur Geltung bringen, was in dem Rahmen der ungeordneten Rechtsverfolgung nur dadurch geschehen kann, dass die Gegenpartei zu deren Annahme durch physischen Zwang bestimmt wird (Durchsetzung der subjectiven Rechte durch Gewalt). Oder die streitenden Parteien können ihren Conflict auch dadurch lösen, dass sie den bestrittenen Rechtszustand durch einen gemeinsamen Willensact feststellen, welchen man im Anschluss an einen in der staatsrechtlichen Terminologie herrschenden Sprachgebrauch als Compromiss bezeichnen kann (Durchsetzung bestrittener subjectiver Rechte durch Compromiss). Gewalt und Compromiss sind folglich die beiden Formen der ungeordneten Rechtsverfolgung: ihr gemeinsamer Charakter besteht darin, dass das Schicksal des Rechtsstreites durch den Willen einer oder beider streitenden Parteien, nicht durch den Willensact eines am Streite unbetheiligten Dritten bestimmt wird.

Aus den Formen der ungeordneten Rechtsverfolgung haben sich die gegenwärtig im Straf-, Administrativ- und Civilverfahren üblichen Arten der Rechtsdurchsetzung durch einen langen historischen Process allmählig herausgebildet. Es entspricht vollkommen der Natur der Sache, dass die Cognition und die Execution bestrittener Rechte ursprünglich lediglich in den Händen der am Rechtsstreit beteiligten Parteien lag. Noch gegenwärtig werden die praktisch bedeutsamsten subjectiven Rechte: die internationalen und die wichtigeren staats-

rechtlichen Befugnisse im Falle des Streites lediglich in den Formen der ungeordneten Rechtsverfolgung verwirklicht.

Die Gewalt in ihrer Function als Mittel zur Realisirung bestrittener internationaler Rechte ist der Krieg. „Der Krieg ist ein Rechtsstreit zwischen Staaten als Kriegsparteien über ein öffentliches Recht.“ (Bluntschli.)²⁾ Er hat wesentlich den Zweck, die unterliegende Kriegspartei zur Annahme der rechtlichen Auffassung des Siegers durch physischen Zwang zu bestimmen, wenngleich dieser Zweck in einzelnen Fällen nicht erreicht werden kann. Vergleicht man den Krieg mit den Formen der geordneten Rechtsverfolgung, so hat er die grösste Aehnlichkeit mit einem Rechtsstreit, welcher durch richterliches Urtheil entschieden wird; nur ist es hier nicht der Richter, sondern der Sieger, welcher das Urtheil des Besiegten spricht.

Während der Krieg die eigenthümliche Form zur Lösung von Conflicten über internationale Lebensfragen ist, werden die minder erheblichen völkerrechtlichen Rechtsstreitigkeiten regelmässig durch Compromiss der streitenden Parteien erledigt. Ein völkerrechtlicher Conflict, welcher durch ein Compromiss der Beteiligten sein Ende erhält, lässt sich mit einem Rechtsstreit vergleichen, welcher durch Vergleich der Streittheile geschlichtet wird.

Ein vollständig analoges Verhältniss wie jenes zwischen unabhängigen Staaten, besteht auch zwischen den obersten Factoren, aus deren Zusammenwirken das Staatsleben gebildet wird, insbesondere zwischen dem Herrscher und dem Beherrschten, zwischen Regierung und Volk. In dem gegenseitigen Vertrauensverhältniss, welches namentlich in der erblichen Monarchie den Herrscher und die Beherrschten verbindet, ist zwar ein Element gegeben,

²⁾ Bluntschli, das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, 2. Aufl., 1872, Nr. 511. Aehnlich Heffter, das europäische Völkerrecht der Gegenwart §. 113. Auch Vattel: Le Droit des gens, III, 1, §. 1. definiert schon den Krieg im Anschluss an Grotius de jure belli ac pacis I, 1, §. 2 als *cet état, dans lequel on poursuit son droit par la force*. Sehr oft verläugnet allerdings der Krieg diese seine ideale Bestimmung, indem Eroberungs- und Beutekriege nicht zu den Seltenheiten gehören; allein dasselbe ist auch bei dem Civilrechtsstreite der Fall, welcher sich häufig nicht als ein unbefangener Streit um das Recht, sondern als ein Mittel zur bewussten Rechtsverweigerung darstellt.

welches zur friedlichen Ausgleichung der staatsrechtlichen Conflictte drängt, weshalb das Compromiss selbst bei staatsrechtlichen Streitigkeiten über Lebensfragen als die regelmässige Entscheidungsform betrachtet werden kann. Dessenungeachtet bleiben aber noch immer Fälle übrig, wo die Parteien zu einem Ausgleich über solche Fragen nicht gelangen und deshalb zur gewaltsamen Geltendmachung ihrer rechtlichen Auffassung (zum Bürgerkrieg im weitesten Sinne) schreiten.³⁾ Es genügt in dieser Beziehung aus der neuesten Zeit auf den amerikanischen und spanischen Bürgerkrieg hinzuweisen, welche durch Differenzen in der Auffassung staatsrechtlicher Fragen (in Betreff der Rechtsbeständigkeit der Slavery und des Rechtes zur Thronfolge) herbeigeführt worden sind.

Die unläugbare Thatsache, dass in den grossen Fragen des internationalen und des Staatslebens die Gewalt noch ein Mittel der Rechtsverfolgung ist, kann jedoch keineswegs als eine nothwendige Eigenthümlichkeit dieser Verhältnisse betrachtet werden. Die Entwicklung der internationalen und der staatsrechtlichen Rechtsverhältnisse hat in unserer Zeit vielmehr unverkennbar die Tendenz, an die Stelle der Aufhebung staats- und völkerrechtlicher Conflictte durch Gewalt oder Compromiss die Form der geordneten Rechtsverfolgung: die Entscheidung durch einen am Streite unbetheiligten Dritten zu setzen. Es ist bekannt, wie wichtige

³⁾ Die Verfolgung staatsrechtlicher Befugnisse mittelst Gewalt muss von dem sogen. Nothrechte, dessen wichtigste Form auf Seite der Herrschenden der Staatsstreich, auf Seite der Beherrschten die Revolution ist, sehr genau unterschieden werden. Denn die Ausübung des Nothrechtes schliesst mit Nothwendigkeit eine Verletzung der Rechtsordnung in sich, welche sich vom Rechtsstandpunkt immer als unerlaubt darstellt. Dagegen ist die gewaltsame Verwirklichung bestrittener staatsrechtlicher Befugnisse, wenn dieselben weder durch Urtheilsspruch noch auch durch Compromiss realisirt werden können, an sich nicht rechtswidrig, ja die Anwendung von Gewalt ist nicht selten das einzige Mittel, um dem Rechte zum Siege zu verhelfen. Wenn z. B. in einem Lande das Recht zur Thronfolge gänzlich unbestimmt ist oder wenn ein Usurpator sich der Staatsgewalt bemächtigt, so schliesst die gewaltsame Austragung dieser Conflictte ebensowenig ein Unrecht in sich, als der Krieg unabhängiger Staaten. Denn dort, wo die Mittel der geordneten Rechtsverfolgung versagen, tritt eben mit Naturnothwendigkeit die ungeordnete Rechtsverfolgung an ihre Stelle. Vergl. über das Nothrecht die Ausführungen von Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, Bd. 2, 4. Aufl., S. 17, 18, 112—119.

völkerrechtliche Streitigkeiten in der neuesten Zeit durch den Urtheilsspruch gewählter Schiedsrichter beendet worden sind.⁴⁾ Ein beachtenswertes und von vielen Seiten unterstütztes Bestreben geht dahin, diese Form der Schlichtung internationaler Conflictte durch Schaffung der erforderlichen Einrichtungen zu consolidiren.⁵⁾ Doch können diese Bestrebungen naturgemäss nur

⁴⁾ Ein Verzeichnis der durch Schiedsspruch beendigten internationalen Streitigkeiten vom Jahre 1783 bis in die neueste Zeit giebt *Bellaire resp. Lawrence* in der *Revue de droit international etc.* Bd. 6 (1874) S. 117 bis 128 und *Matile-Monluc* ebenda Bd. 7 (1875) S. 57 ff. Vergl. auch *Goldschmidt* in *Grünhut's Ztschr.* (siehe die folgende Note) Bd. 2. (1875) S. 716, Note 5. Bisher sind es vorzüglich die Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, welche diese Form der Schlichtung internationaler Streitigkeiten zur Anwendung gebracht haben. Der wichtigste internationale Schiedsvertrag der neueren Zeit ist wol die zwischen Grossbritannien und den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika abgeschlossene Washingtoner Convention vom 8. Mai 1871 in *Aegidi und Klauhold's Staatsarchiv* 21. Bd. (1871) S. 77—92 (Nr. 4497 der Sammlung) besonders die Art. 1—17 (Alabama-Claims) und Art. 34—42 (Boundary-Claims). Vom Standpunkte der Civilprocesstheorie sind die Bestimmungen über die Entscheidung der Alabamastreitigkeiten durch ein Schiedsgericht in Genf besonders bemerkenswerth, indem die streitenden Parteien nicht bloss die Organisation und Competenz des Schiedsgerichts (Art. 1) und das von demselben zu beobachtende Verfahren (Art. 2—5, 7—9), sondern zum Theil auch die von demselben bei der Entscheidung zu beobachtenden materiellen Rechtssätze (die berühmten drei Washingtoner Regeln: Art. VI) durch Vereinbarung festgestellt haben. Seither hat das Schiedsgericht in Genf seinen Schiedsspruch in der Alabama-Angelegenheit und der deutsche Kaiser jenen in der Grenzangelegenheit gefällt. Ueberdies hat sich eine grosse Anzahl von Parlamenten für eine erweiterte Anwendung des schiedsgerichtlichen Verfahrens auf internationale Streitigkeiten ausgesprochen. Vergl. *Neumann* in dem unten (Note 7) citirten Aufsatz, S. 478 ff., *Rolin-Jacquemyns* in der *Revue* Bd. 7 (1875) S. 79 ff.

⁵⁾ So hat *Goldschmidt* — ohne Zweifel durch die in neuester Zeit mehrfach vorgekommenen Schiedssprüche angeregt — den Entwurf eines „Reglements für internationale Schiedsgerichte“ abgefasst, welches sammt den Motiven in *Grünhut's Zeitschrift* Nr. 2, S. 714—749 und in der *Revue de Droit international et Legislation comparée* von *Asser* und *Rolin-Jacquemyns* 6. Bd., (1874) S. 421—451 abgedruckt ist. *Goldschmidt* beschränkt die Wirksamkeit seines Entwurfes sachgemäss auf den Fall, „dass durch Staatenvertrag eine schiedsrichterliche Entscheidung vereinbart ist“. (*Goldschmidt* a. a. O. S. 722 u. § 2 d. Entw.); auch in diesem Falle sollen übrigens die Bestimmungen des Entwurfes nur eine subsidiäre Geltung haben, indem zunächst der Inhalt des Schiedsvertrages massgebend ist. (A. a. O., S. 722 u. § 5, 6, 16, 19, 22, 23, 24, 26, 28 d. Entw.). Normen über die Execution des internationalen Schiedspruches sind in den Entwurf nicht aufgenommen. In der Session des inter-

für solche völkerrechtliche Streitigkeiten fruchtbar werden, welche schon bisher regelmässig durch Compromiss der streitenden Parteien geschlichtet wurden,⁶⁾ während ein tauglicher Ersatz für das eigenthümliche Mittel zur Lösung internationaler Lebensfragen: den Krieg, bisher noch nicht aufgefunden worden ist.⁷⁾

Einen für die continentalen Verhältnisse höchst beachtenswerthen Versuch, auch die Schlichtung staatsrechtlicher Fragen dem Gebiete der ungeordneten Rechtsverfolgung zu entziehen, hat das österreichische Verfassungsrecht gemacht, indem es dem Reichsgerichte neben anderen Competenzgebieten auch die Entscheidung über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte zuwies.⁸⁾ Doch fehlt viel, dass durch das Reichsgericht und sein Verfahren für die Realisirung staatsrechtlicher Ansprüche nunmehr in ähnlicher Weise gesorgt wäre, wie für die Durchsetzung der Privatrechte durch die Civilgerichte und den Civilprocess; vielmehr steht die Wirksamkeit des Reichsgerichts an Umfang und Kraft, also extensiv und intensiv, hinter dem Civil-, Straf- und Administrativprocess erheblich zurück.

Extensiv, weil dem Reichsgerichte nur die Entscheidung über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten Rechte zusteht.⁹⁾ Die Competenz des Reichsgerichtes bezieht sich daher blos auf jene Ver-

nationalen Instituts zu Genf im Jahre 1874 wurde das von Goldschmidt vorgeschlagene Reglement mit unwesentlichen Modificationen angenommen. Vergl. die Protocolle der betreffenden Sitzungen vom 31. August, 1. und 2. September 1874 in der Revue de droit international, Bd. 6 (1874) S. 585 bis 596.

⁶⁾ Goldschmidt, a. a. O. S. 716—718.

⁷⁾ Eine umfassende Uebersicht der zahlreichen Vorschläge, welche bis in die jüngste Zeit gemacht worden sind, „um an die Stelle der Entscheidung der Völkerstreitigkeiten durch die Waffen, jene durch vernünftige und sittliche Mittel zu setzen“ hat Leopold Neumann in seinem Aufsätze „Vom ewigen Frieden“ in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 1 (1874) S. 570—583 gegeben.

⁸⁾ Vergl. das Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht vom 21. Dez. 1867, Nr. 143, Art. 3, lit. b. Viel weiter gehen die Befugnisse des obersten Bundesgerichtshofes der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, welcher für die Institution des Reichsgerichts in manchen Richtungen als Vorbild gedient hat. Vergl. Matile in der Revue de droit international, Bd. 6 (1874) S. 89 bis 100.

⁹⁾ S. die vorige Note.

letzungen staatsrechtlicher Befugnisse, welche dem einzelnen Staatsbürger als solchem zustehen, folglich einen den Privatreechten ähnlichen Charakter an sich tragen. Dagegen sind die grossen staatsrechtlichen Fragen von seiner Jurisdiction ausgeschlossen; die Streitigkeiten über das Recht zur Thronfolge; alle Conflictte, welche die Vertheilung der Macht zwischen der Krone und dem Volke oder seiner Vertretung betreffen; endlich die Entscheidung der Fragen über die Berechtigung der staatsrechtlichen Ansprüche, welche einzelne Volksgruppen in Oesterreich im Widerspruch oder doch wenigstens neben der Verfassung erheben.

Dass diese Fragen nicht zur Cognition des Reichsgerichtes gehören, ergibt sich daraus, dass alle Angelegenheiten dieser Art, welche vor das Reichsgericht gelangen sollen, zunächst im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen werden müssen.¹⁰⁾ Dann aber ergibt sich jene Beschränkung auch schon aus der Natur der grossen staatsrechtlichen Conflictte, an welchen immer das ganze Volk oder wenigstens grössere Volksgruppen theilhaftig sind, während das gerichtliche Verfahren, wenn es anders nicht in ein unübersehbares Chaos ausarten soll, nur die Theilnahme einer begränzten Zahl von Personen gestattet.

Allein auch intensiv steht das reichsgerichtliche Verfahren an praktischer Wirksamkeit gegen die übrigen Formen der geordneten Rechtsverfolgung, insbesondere gegen den Civilprocess, erheblich zurück. Im Administrativ-, Straf- und Civilprocess lässt sich nämlich der Staat nicht damit genügen, durch seine Organe den Eintritt einer Verletzung öffentlicher oder Privatrechte zu constatieren, sondern er knüpft daran immer auch den Befehl, jene Handlungen vorzunehmen, welche geeignet sind, die Störung des Rechtes wieder aufzuheben. So stellt der Strafrichter durch sein Urtheil die Schuld des Verbrechens fest, er knüpft aber daran sogleich den Ausspruch über die Strafe, durch welche der Schuldige sein Verbrechen zu sühnen hat. In den Entscheidungen, durch welche die Civil- und Administrativinstanzen Conflictte auf dem Gebiete des Privat- und Verwaltungsrechtes schlichten, unterlassen diese sogar nicht selten die Bezeichnung der eingetretenen Rechtsverletzung, und begnügen sich damit, den streitenden Parteien die zur Aufhebung

¹⁰⁾ St. G. G. ü. d. Reichsg. Art. 3, lit. b. Gesetz vom 18. April 1869, Nr. 44, §. 17.

des Unrechts erforderlichen Handlungen aufzutragen. In dem reichsgerichtlichen Verfahren, soweit dieses die Entscheidung von Beschwerden über Verletzung der durch die Verfassung gewährleisteten Rechte zum Gegenstand hat, soll das Erkenntnis blos aussprechen: ob und in welchem Umfang in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle die behauptete Verletzung eines politischen Rechtes des Beschwerdeführers stattgefunden habe.¹¹⁾ Die Urtheile des Reichsgerichtes bestimmen also nicht die Handlungen, durch welche die eingetretene Verletzung verfassungsmässiger Rechte wieder beseitigt werden soll; noch weniger ist die Möglichkeit gegeben, die Vollziehung des Urtheils mit Zwang durchzusetzen, da es an einem Vollstreckungsverfahren bei dieser Gattung von reichsgerichtlichen Erkenntnissen vollständig mangelt.¹²⁾

Das reichsgerichtliche Verfahren, soweit es sich auf die Beschwerden wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte bezieht, bildet folglich im österreichischen Rechte den Uebergang von den unvollkommenen Formen der Rechtsverfolgung auf dem Gebiete des Völker- und Staatsrechts zu dem Administrativ-, Straf- und Civilverfahren. Es gleicht jener ersten Gruppe insofern, als es den Gedanken, dass jedes Recht geschützt und nötigenfalls mit Zwang durchgesetzt werden müsse, nur in sehr engen Gränzen zur Verwirklichung bringt. Dagegen hat es mit den mehr entwickelten Formen der Rechtsverfolgung: dem Administrativ-, Straf- und Civilverfahren darin eine unverkennbare Aehnlichkeit, dass die äusseren Formen jedes Verfahrens: die Verhandlung des Rechtsstreites vor einem unparteiischen Dritten und die Entscheidung desselben durch seinen Urtheilsspruch auch hier zur Anwendung kommen. Der allgemeine Charakter dieser zweiten Art der Rechtsverfolgung soll nunmehr hier in den wesentlichsten Grundzügen dargestellt werden.

¹¹⁾ Ges. v. 18. April 1869, Nr. 44, §. 35.

¹²⁾ Ges. v. 18. April 1869, Nr. 44, §. 39.

§. 2.

Die geordnete Rechtsverfolgung: das Administrativ-, Straf- und Civilverfahren.

Den Gegensatz zu der Verfolgung der internationalen und der wichtigsten staatsrechtlichen Ansprüche bildet das Administrativ-, Straf- und Civilverfahren, welche man unter dem gemeinsamen Begriff der geordneten Rechtsverfolgung zusammenfassen kann. Das eigentümliche Merkmal, durch welches sich die geordnete Rechtsverfolgung von jener ersten Gruppe (§. 1) durchgreifend unterscheidet, besteht darin, dass die Lösung der Conflicte auf diesem Gebiete durch einseitige Gewalt der Beteiligten ausgeschlossen ist. An die Stelle der Rechtsverfolgung durch Anwendung des Zwanges von Seite der beteiligten Parteien tritt hier die Untersuchung und Entscheidung der streitigen Rechte durch eine hiezu berechtigte Instanz, welche erst dann, wenn sie die Existenz eines (öffentlichen oder Privat-) Rechtes festgestellt hat, zur Durchsetzung des Anspruches die erforderlichen Zwangsmittel leiht. Nur die verschiedenen Formen der geordneten Rechtsverfolgung verdienen den Namen eines rechtlichen Verfahrens, insofern man unter dem letzteren einen Inbegriff von Handlungen zur friedlichen, dem Recht entsprechenden Durchsetzung der Rechtsansprüche versteht.

Innerhalb der Grenzen der geordneten Rechtsverfolgung lässt sich aber wieder ein Gegensatz von grosser Wichtigkeit wahrnehmen. Die Rechte, welche durch die mannigfaltigen Formen der Rechtsverfolgung durchgesetzt werden sollen, gehören nämlich zwei wesentlich verschiedenen Gebieten an, indem ein Theil unmittelbar das Wohl des Staates und nur mittelbar jenes der einzelnen Staatsgenossen bezweckt, während der andere Theil umgekehrt zunächst dem Interesse der einzelnen Privatpersonen und nur folgeweise

den Bedürfnissen des Staates dienen soll.¹⁾ Eine Folge dieses Gegensatzes ist die bekannte Scheidung der Rechte in öffentliche und Privatrechte, welche das Rechtsleben der modernen europäischen Staaten, wenigstens in seinem gegenwärtigen Zustande, durchgreifend beherrscht.²⁾ Der eigentümliche Charakter der öffentlichen und der Privatrechte prägt sich nun auch in den Formen der Rechtsverfolgung aus, welche zu ihrer Durchsetzung im wirklichen Leben bestimmt sind. Zur Realisirung der öffentlichen Rechte, an deren Verwirklichung der Staat ein selbstständiges, unmittelbares Interesse hat, muss derselbe aus eigenem Antriebe die erforderlichen Veranstaltungen treffen, er muss Organe schaffen, welche ihre Existenz von Amtswegen feststellen und dieselben nöthigenfalls von Amtswegen gegen den widerstrebenden Willen des Verpflichteten mit Zwang durchsetzen. Das öffentliche Recht ist deshalb naturgemäss das Gebiet, auf welchem die Verfolgung von Amtswegen: die Officialmaxime Raum findet. Von der Existenz und den Schicksalen der Privatrechte, welche zunächst blos die Interessen des Einzelnen befördern sollen, wird dagegen der Staat unmittelbar nicht berührt, er kann deswegen ihre Durchsetzung im wirklichen Leben, ohne die wesentlichen Staatszwecke zu gefährden, der Initiative und

¹⁾ Vgl. über den Gegensatz des öffentlichen und Privatrechts, der auch für die Gestaltung des rechtlichen Verfahrens von grösster Bedeutung ist, ja in dieser seinen anschaulichsten Ausdruck findet, die bekannte Stelle, L. 1. §. 2 D. d. J. et J. 1. 1 (Ulp.), *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*, und dazu Savigny, *System*, Bd. 1, S. 21—28, Zöpfl, *Grundsätze des gem. deutsch. Staatsrechts*, Bd. 1. §. 18, Note 1, Rösler, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Bd. I, §. 8. Note 1. A. A. ist Bähr, *der Rechtsstaat* (1864), S. 44 ff., welcher den Staat mit den privatrechtlichen Genossenschaften parallelisiert und dem Genossenschaftsrecht in dieser weiten Bedeutung das Privatrecht entgegengesetzt.

²⁾ Ich sage, dass der Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatrecht unserem gegenwärtigen Culturzustand angehört, da die Rechtsbildungen des Mittelalters auch auf jenen Gebieten, welche jetzt unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehören, einen vorherrschend privatrechtlichen Charakter an sich tragen (Patrimonialstaat). Umgekehrt trachten die communistischen und socialistischen Parteien der Gegenwart, das Privatrecht aus jenen Lebenskreisen, in welchen es sich dem Staate gegenüber bisher behauptet hat (Vermögensrecht, Familienrecht), zu verdrängen und an seine Stelle öffentlich-rechtliche Organisationen zu setzen.

der Thatkraft des Berechtigten überlassen, vorausgesetzt nur, dass er Organe schafft, welche jenem Streben des Einzelnen die erforderliche Hilfe leihen. Es entspricht daher vollständig dem Wesen der Privatrechte, wie es von uns gegenwärtig aufgefasst wird, dass der Staat sich gegen ihre Realisirung regelmässig passiv verhält oder mit anderen Worten, dass das Civilverfahren nach seinem vorherrschenden Charakter von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird.³⁾

Dass die Realisirung der öffentlichen Rechte, durchgreifend auf der Officialmaxime beruht, ist zuvörderst auf dem Gebiete der Verwaltung und der Verwaltungsrechtspflege⁴⁾ überall wahrzunehmen.⁵⁾ Der Staat prüft von Amtswegen die Berechtigung

³⁾ Die Verhandlungsmaxime und ihre Geltung im österreichischen Civilprocess wird unten, §§. 19, 20, 21, eine ausführliche Darstellung finden.

⁴⁾ Ueber die Verwaltungsrechtspflege ist in der neuesten Zeit eine grosse Anzahl von Schriften erschienen; doch beschäftigen sich dieselben weniger mit dem Detail des Administrativverfahrens, als mit den principiellen Fragen, ob gegen die Entscheidungen der Administrativbehörden der Rechtsweg einzuräumen und in welcher Weise die Verwaltungsgerichte zu organisiren seien. Ich hebe aus der neuesten Literatur hervor: Stein, Verwaltungslehre, 2. Aufl., Bd. 1, S. 113—121; F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und -Rechtsverfahrens (1857), S. 82—102; Weizel, das badische Gesetz vom 5. Oct. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung etc. (1864); Bähr, der Rechtsstaat (1864); Pözl, in der kritischen Vierteljahrschrift, Bd. 10 (1868), S. 124—145 und Bd. 11 (1869), S. 379—394 (Eine Kritik der bayerischen Gesetzentwürfe über die Verwaltungsrechtspflege); Kissling, der Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der Gesamtheit und ihren Organen (1871); Gneist, der Rechtsstaat (1872); Rösler, über Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Grünhut's Zeitschrift Bd. 1 (1874), S. 181—209; Wielandt, die Verwaltungsrechtspflege im Grossherzogthum Baden, in Hartmann's Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. 1 (1875), S. 369—378. Stengel in Hirth's Annalen (1875) S. 1314—1379. Eine umfangreiche, aber zum grossen Theile wenig gehaltvolle Literatur hat der österr. Entwurf eines Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof hervorgerufen. Koller, Bedenken gegen die Anträge der Regierung zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes etc. 1874. (Vgl. dazu die Kritik Lemayer's in Grünhut's Zeitschrift. Bd. 2 [1874], S. 738—747); Grünwald, der österreichische Verwaltungsgerichtshof. 1875. (Vgl. darüber Lemayer, in Grünhut's Zeitschr., Bd. 2 [1875], S. 489—496); Ulbrich, über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1875). Ein tüchtiges Sammelwerk ist die Schrift Kissling's: Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof (1875).

⁵⁾ Sehr richtig äussert sich Mohl, die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Bd. 2, 3. Aufl. (1866), S. 606, folgendermassen:

der einzelnen Staatsbürger, an der Leitung des Staatswesens persönlich oder durch Wahlen theilzunehmen, er sorgt aus eigenem Antriebe in der mannigfachsten Richtung für das geistige, physische und öconomische Wohl seiner Mitglieder, deren Mitwirkung zur Erreichung dieser Zwecke er gleichfalls von Amtswegen herbeiführt. Der Staat untersucht ferner von Amtswegen die Verpflichtung der einzelnen Staatsbürger, durch Entrichtung von Steuern und durch Theilname an dem Heeresdienst die Staatszwecke zu befördern. So mannigfaltig auch die Verfahrensarten sind, vermittelt deren die Administration die öffentlichen Rechte des Staates an seine Mitglieder und jene der einzelnen Mitglieder untereinander feststellt und schützt, so tragen sie doch wenigstens in ihrer überwiegenden Zahl das gemeinsame Merkmal an sich, dass sie durch die Organe des Staates von Amtswegen eingeleitet und durchgeführt werden. ⁶⁾

„Wesentlich unterscheidet sich die polizeiliche Staatsthätigkeit dadurch von der gerichtlichen (richtiger civilgerichtlichen), dass sie nicht auf eine bestimmte Anforderung des Betheiligten wartet, um ihre Wirksamkeit zu beginnen, sondern durch jede, gleichviel wie gemachte Entdeckung von Hindernissen des allgemeinen Wohls aufgefordert ist, dieselben wegzuräumen. Ebenso F. F. Mayer Grundzüge des Verwaltungsrechts und Rechtsverfahrens (Tübingen 1857) S. 88 ff. Auch im österreichischen Recht gilt ohne Zweifel der Grundsatz, dass die Administrativbehörden, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich einen Antrag der Parteien als nothwendig erklärt, ihre Thätigkeit von Amtswegen auszuüben haben.

⁶⁾ Eine Modification der im Text festgestellten Principien tritt dann ein, wenn ein Recht, wie z. B. gegenwärtig das österreichische und preussische neben der Cognition der Verwaltungsbehörden in Administrativrechtssachen auch noch eine controlierende Judicatur administrativer Gerichte in den Formen des gerichtlichen Verfahrens kennt. Das Verhältniss der Administrativbehörden zu den Administrativgerichten bringt es in diesem Fall mit sich, dass die Cognition der Letzteren (in Oesterreich des Reichsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofes) nur dann eintritt, wenn die Betheiligten die Rechtmässigkeit der von der Verwaltungsbehörde erlassenen Entscheidung angreifen. Zur Einleitung des gerichtlichen Verwaltungsstreitverfahrens ist daher ebenso wie zum Beginne des Civilrechtsstreites ein Antrag der beteiligten Parteien erforderlich §. 11 des Ges. v. 18. April 1869, Nr. 44 (Reichsgericht), §. 5 d. Ges. über den Verwaltungsgerichtshof. Das auf Antrag der Betheiligten eingeleitete Verwaltungsstreitverfahren ist dagegen von dem Willen der Parteien wesentlich unabhängig und wird durch den administrativen Gerichtshof in den Formen einer Untersuchung von Amtswegen durchgeführt. §. 21 R. G., §. 26 V. G. H. (Officiöse Feststellung der Thatsachen im Vorverfahren); §. 27 V. G. H. (Beiladung der am Streite Betheiligten von Amtswegen); §. 26 R. G., §. 32 V.

Ein ähnliches Verhältniss findet auch auf dem anderen Gebiete der Verfolgung öffentlicher Rechte: dem Strafprocess statt, indem das Recht des Staates auf Bestrafung des Verbrechers in der überwiegenden Anzahl von Fällen durch spontane Thätigkeit der staatlichen Organe verwirklicht wird.⁷⁾ Es ist in dieser Richtung gleichgiltig, ob die gesammte Strafverfolgung, wie im Inquisitionsprocesse in den Händen des Richters concentrirt ist oder ob, wie im Anklageprocess, der Impuls zu den strafprocessualischen Handlungen von einem Ankläger ausgeht, insofern dieser nur vom Staate mit der Verpflichtung bestellt ist, die Delicte von Amtswegen zu verfolgen. Denn nach beiden Systemen findet doch ein Verfahren von Amtswegen statt, und der Unterschied besteht nur darin, dass die Einleitung und der Verlauf dieses Verfahrens in dem ersten Falle lediglich von der Entschliessung des Richters, in dem zweiten von dem Zusammenwirken des Gerichtes und des öffentlichen Anklägers abhängig ist.⁸⁾

G. H. (Der Präsident hat von Amtswegen für die Vollständigkeit der Erörterung Sorge zu tragen.); §. 24 R. G., §§. 34, 38 V. G. H. (Verhandlung und Entscheidung ungeachtet der Contumacia der Parteien) u. s. f. Im Wesentlichen dieselben Grundsätze sind in dem preussischen Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875. §§. 35, 37, 39, 40, 41, Abs. 3, 44, 46, ferner in der Gesetzgebung von Baden (Wielandt. die Verwaltungsrechtspflege in Baden, in Hartmann's Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. 1, S. 376, 377) adoptirt. Gegen die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren erklärt sich K. J. Schmitt in einer auch in der österr. Zeitschrift für Verwaltung, 1872, Nr. 4 u. 5 abgedruckten Abhandlung, welcher Schriftsteller den Parteien auch im Administrativverfahren volle Dispositionsbefugnis über die im Streit befangenen öffentlichen Rechte einräumen will. Eben so wohl auch Stein, Verwaltungslehre, Bd. 1, S. 113—121. Dagegen Kissling in der Zeitschr. f. Verwaltung, 1872, Nr. 7, welcher die gegenwärtig in der österreichischen und preussischen Gesetzgebung (s. oben) angenommenen Grundsätze vertheidigt.

⁷⁾ Vergl. die Motive der Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873 in Kaserer's Sammlung der österreichischen Gesetze mit Materialien, Bd. 10, S. 13: „Es liegt im öffentlichen Interesse, dass das Verbrechen bestraft und die durch dasselbe bewirkte Störung des öffentlichen Rechtszustandes wieder aufgehoben werde.“ — „Es ist das Recht und die Pflicht des Staates, für die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen zu sorgen und zwar selbst dann, wenn der durch das Verbrechen Verletzte die Verfolgung nicht verlangt oder sogar begehrt, dass dieselbe unterbleibe.“

⁸⁾ Die im Text vertretene Auffassung, wornach als Gegensatz des Verhandlungsprincips die Officialmaxime erscheint und das Anklage- sowie das

Von den bisher dargestellten Formen der Rechtsverfolgung unterscheidet sich nun mit grosser Schärfe das weite und wichtige Gebiet des Civilverfahrens, welches, ebenso wie das Civilrecht den materiellen Rechtsdisciplinen, allen übrigen Verfahrensarten als Typus und als Vorbild dient. Es bildet zunächst zu der Verfolgung der internationalen und der staatsrechtlichen Ansprüche (§. 1) insofern einen durchgreifenden Gegensatz, dass die Selbsthilfe nur zur Vertheidigung gegen die drohende Verletzung von Privatreechten, nicht aber zur Durchsetzung verletzter Privatrechte zulässig ist. Das b. G. B. (§. 19) setzt fest, dass es jedem, der sich in einem Rechte gekränkt erachtet, freisteht, seine Beschwerde vor den durch die Gesetze bestimmten Behörden anzubringen, dass aber derjenige, welcher sich mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedient oder die Grenzen der Nothwehr überschreitet, dafür verantwortlich ist. (Vgl. auch §. 344 b. G. B.)

Untersuchungsprincip des Strafprocesses sich blos als untergeordnete Formen dieser Letzteren darstellen, wird im Wesentlichen (jedoch mit Abweichungen in Beziehung auf die Terminologie) getheilt von Köstlin, der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens etc. (1849), S. 37—58, bes. S. 44, 45; Biener, Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte, Heft 2, (1848), S. 22—38, bes. S. 35, 36, S. 90—93 und Das englische Geschwornengericht, Bd. 2, (1852) S. 13—20; Walter in der kritischen Ueberschau, Bd. 4, S. 215, 216, (1857); Ullmann, das österreichische Strafprocessrecht, I, Abt., (1874), S. 44—53. Eine abweichende Ansicht identificirt für das Gebiet des Strafverfahrens das Anklage- und das Verhandlungsprincip, welchem dann die Inquisitionsmaxime entgegengesetzt wird; das Officialprincip wird nach dieser Auffassung als selbstständiges processualisches Princip überhaupt nicht anerkannt, sondern der legislativen Politik zugewiesen. Planck, systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, (1857), §. 60. Eine Uebersicht der Controversen über diese Frage gibt Mittermaier, die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, (1856), S. 269—290. Nach der ersten Ansicht ist das Verhältniss des Staates und der Staatsgewalt zu dem Strafverfahren im Allgemeinen das bestimmende Moment, wogegen die hier bekämpfte Auffassung lediglich das Verhältniss des erkennenden Gerichts zu dem Criminalprocess in's Auge fasst. Die Frage ist vorherrschend eine terminologische und ihre Lösung hängt deshalb zum grössten Theile von der Willkür des Beurtheilers ab. Doch halte ich die hier gewählte Gruppierung der obersten Processprincipien deshalb für die zweckmässigere, weil nur auf diesem Wege die fundamentalen Grundsätze der Rechtsverfolgung mit dem Wesen der zu realisirenden Privat- und öffentlichen Rechte in einen innigen Zusammenhang gebracht werden können. Vgl. auch Glaser, „Das Princip der Strafverfolgung“ in seinen gesammelten kleineren Schriften, Bd. 1, S. 429—448, bes. 430, 431, Bd. 2, S. 98 ff.

Als Norm für die Zulässigkeit der Selbsthilfe (Gewalt) gilt also der thatsächliche Zustand; wer diesen erhalten will, kann auch auf dem Gebiete der privatrechtlichen Rechtsverfolgung ohne Bedenken Gewalt brauchen (Nothwehr); wer dagegen denselben abändern will, mag seine Absicht auch lediglich dahin gehen, die Congruenz zwischen dem thatsächlichen und dem Rechtszustand herzustellen, muss sich zu diesem Ende des Beistandes der vom Staate bestellten Organe bedienen.⁹⁾ Und darin liegt der Gegensatz der privatrechtlichen Rechtsverfolgung zu der Durchsetzung von internationalen und staatsrechtlichen Befugnissen, da auf diesem Gebiete auch zur Herstellung des gestörten Rechtszustandes die Selbsthilfe angewendet wird.

Innerhalb der Formen der geordneten Rechtsverfolgung unterscheidet sich das Civilverfahren, wie bereits oben bemerkt wurde, von dem öffentlich-rechtlichen Verfahren dadurch, dass der Staat sich gegen die Durchsetzung der Privatrechte wesentlich passiv verhält, dass also regelmässig der Beginn und der Lauf des Rechtsstreites von dem Willen der beteiligten Parteien abhängig ist. Mit Recht haben daher unsere Gerichtsordnungen die Passivitätsmaxime an ihre Spitze gestellt, da das Civilverfahren eben durch dieses Princip seine Begrenzung innerhalb des weiten Gebietes der gesammten Rechtsverfolgung erhält.¹⁰⁾ Inwieweit

⁹⁾ Für das österreichische Recht vgl. vorzüglich die treffliche Darstellung von Unger, Syst., Bd. 2, S. 337—345. Für das gemeine Recht vgl. Windscheid, Pand. §. 123; Arndts Lehrbuch, §. 94; Puchta, Lehrbuch §. 80, Vorlesungen, 5. Aufl., Bd. 1, S. 180—182; Schwarze, im Rechtslex. Art. Selbsthilfe, Bd. 10. S. 125—145; J. Schmitt, die Selbsthilfe im röm. Privatrecht, (1868). S. 69. 70. Der in der gemeinrechtlichen Literatur lebhaft geführte Streit, ob die Selbsthilfe auf dem Gebiete des Privatrechts an sich oder nur in den durch das Gesetz ausdrücklich normirten Fällen unerlaubt sei, ist durch den §. 19 b. G. B. im Sinne der ersten Auffassung entschieden.

¹⁰⁾ §. 1 der A. G. O. und der W. G. O. Vgl. auch §. 1 der ung. C. P. O. von 1852. Die Redaction dieser drei Gesetzesstellen bietet übrigens einige bemerkenswerthe Verschiedenheiten dar. Siehe Schuster Commentar zur ung. C. P. O., 3. Aufl., S. 88, 89. Den Gegensatz zu dem §. 1 der drei Civilprocessgesetze bilden die Bestimmungen der für Oesterreich erlassenen Strafprocessordnungen, welche gleichfalls an hervorragender Stelle das Officialprincip aussprechen, dieses letztere aber zum Theil mit dem Inquisitionsprincip zusammenwerfen. Vgl. Pat. vom 17. Juni 1788, Nr. 848, §. 1; St. G. von 1803, I. Theil, §. 212, 213, II. Th., §. 276, 277; St. P. O. vom 17. Jan. 1850,

jedoch einzelnen Privatrechten und einzelnen Bestandtheilen des Civilverfahrens ein öffentlich-rechtliches Element innewohnt und in Folge dessen vom Staate seine Indifferenz gegen die Durchsetzung der Privatrechte aufgegeben werden muss, soll unten (§. 19—21) bei der Darstellung der Verhandlungsmaxime gezeigt werden.

Nr. 25, §. 2 (s. Motive zur St. P. O. v. 1873 a. a. O. S. 16—19); St. P. O. v. 29. Juli 1853, Nr. 151, §. 2. Die gegenwärtig geltende St. P. O. §§. 34 u. 2 setzt fest, dass die Staatsanwälte alle strafbaren Handlungen, welche zu ihrer Kenntniss kommen und nicht blos auf Verlangen eines Betheiligten zu untersuchen und zu bestrafen sind, von Amtswegen zu verfolgen und daher wegen der Untersuchung und Bestrafung durch das zuständige Gericht das Erforderliche zu veranlassen haben (Officialprincip). Die gerichtliche Verfolgung der strafbaren Handlungen hat aber nur auf Antrag eines Anklägers einzutreten (Anklageprincip). Siehe dazu die Motive a. a. O. S. 13—27; Mitterbacher u. Neumayer, Comment. zur St. P. O. S. 35.

§. 3.

Das Verfahren in und ausser Streitsachen.¹⁾

Nach der in den vorhergehenden Paragraphen (§§. 1 und 2) gegebenen Darstellung ist nun das Civilverfahren als der Inbegriff der von dem Gericht und den beteiligten Personen zur Verwirklichung von Privatrechten vollzogenen Handlungen zu definiren. Die Gesammtheit der Normen, welche diese Handlungen beherrschen, kann als das Recht des Civilverfahrens oder als das Civilprocessrecht im weiteren Sinne dieses Wortes, die systematische Darstellung dieser Rechtssätze aber als die Theorie des Civilverfahrens bezeichnet werden.

Die Anwendung aller Formen des Civilverfahrens setzt immer die Möglichkeit einer Störung des Rechtszustandes voraus, indem eben der Zweck des Civilverfahrens darin besteht, die Congruenz zwischen den rechtlichen und faktischen Zuständen zu erhalten. Dieser Zweck kann aber auf eine doppelte Weise erreicht werden. Zunächst dadurch, dass der Staat dem Eintritte von Störungen vorzubeugen sucht, also Massregeln trifft, durch welche drohende Verletzungen von Privatrechten zum Voraus beseitigt werden. Dann aber ist es auch zweitens die Aufgabe des Staates, bereits eingetretene Verletzungen von Privatrechten aufzuheben, die gestörte Congruenz zwischen den rechtlichen und thatsächlichen Zuständen nach Möglichkeit wieder herzustellen. Die Gesammtheit der Hand-

¹⁾ Glück, Erl. der Pand., Bd. 3, 2. Aufl. (1806), S. 92—112 (wo die ältere Literatur angeführt ist); Gönner, Handbuch des gemeinen deutschen Processes, Abh. XXVI, §. 10, 22; W. H. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. 1, §. 77 ff., 110 ff.; Oesterley, das deutsche Notariat, 2. Bde., 1842—1845; G. F. Puchta, Inst., §. 151, Note d; Bethmann-Hollweg, Bd. 2, S. 95; Wetzell, System, §. 43, Note 1—9; Renaud, §. 22, Endemann, §. 2; Bayer, Vorl., 10. Aufl., S. 168 bis 170; Osterloh, §. 12; Heffter, preuss. Civilprocess, Nr. 13.

lungen, deren Zweck in der Vorbeugung von Störungen der Privatrechte besteht, kann man als den präventiven, jene andere Gruppe dagegen, durch welche das bereits eingetretene Unrecht wieder beseitigt werden soll, als den repressiven Theil des Civilverfahrens bezeichnen.²⁾

Die Scheidung des Civilverfahrens in einen präventiven und repressiven Theil entspricht dem Gegensatz zwischen der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit (*jurisdictio voluntaria et contentiosa*), zwischen dem Verfahren in und ausser Streitsachen, welcher auf einzelne Stellen des römischen Rechtes begründet³⁾, sich wie

²⁾ Vgl. über den Begriff Präventivjustiz die Ausführungen Robert v. Mohl's, in seinem System der Präventivjustiz, 3. Aufl., 1866, S. 3—24. Mohl stellt in seiner Schrift sämtliche Rechtsinstitute dar, durch welche dem drohenden Unrecht vorgebeugt werden soll, ohne Rücksicht, ob dieses sich gegen die Normen des Staats-, Verwaltungs-, Straf- oder Privatrechtes kehrt. Dass die Einrichtungen der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit in diesem Complex von Rechtsinstituten, welcher durch die Einheit ihres Zwecks (Verhinderung des Unrechts in seinen verschiedenen Formen) zusammengehalten wird, nur eine verhältnissmässig sehr begrenzte Gruppe bilden können, liegt auf der Hand. Doch dürfte wohl die Zusammenfassung der Rechtsinstitute der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einer systematischen Darstellung kaum den Tadel verdienen, den Mohl, a. a. O. S. 300, 301, gegen diese Anordnung ausspricht, weil es aus theoretischen und praktischen Gründen zweckmässig erscheint, jene Massregeln zur Verhütung des Civilunrechts, welche die Civilgerichte zu handhaben berufen sind, als eine wissenschaftliche Einheit aufzufassen und darzustellen.

³⁾ Die Hauptstelle, auf welcher die im Texte erwähnte Terminologie beruht, ist L. 2 pr. D. de off. Proc. (1. 16): „*Omnes Proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.*“ Ein ähnlicher Gegensatz liegt der L. 4 D. de adopt. (1. 7), L. 1 D. de off. iurid. (1. 20) und Paul. S. R. II, 25, §. 4 zu Grund, in welchen Stellen jedoch statt *iurisdictio voluntaria* der synonyme Ausdruck *legis actio* gebraucht wird. Der Grund der in L. 2 pr. cit. adoptirten Terminologie liegt ohne Zweifel darin, dass die Rechtsgeschäfte, welche ursprünglich zur *iurisdictio voluntaria* gehörten (in *iure cessio*, *manumissio*, *emancipatio*, *datio in adoptionem*), in der Form einer scheinbaren Vindication vollzogen wurden, bei welcher der Beklagte zu der Entscheidung des Magistrats freiwillig seine Zustimmung gab, während bei wirklichen Vindicationen dem Urtheile des *Judex* der Widerstand des Beklagten und in Folge dessen ein Streit (*contentio*) vorherzugehen pflegte. Jene Terminologie war daher schon zu Zeiten Justinian's eine Antiquität; noch weniger Sinn hat dieselbe in den neueren Gesetzgebungen, in welchen sie selbst nicht mehr eine historische Berechtigung hat, da den neueren Rechten die Durchführung jener Akte der

ein rother Faden durch die neueren Rechtssysteme und Gesetzgebungen zieht.⁴⁾ Diese allgemein angenommene Terminologie halte ich aber desshalb für unrichtig, weil sie den Schwerpunkt des Gegensatzes zwischen den beiden grossen Gebieten des Civilverfahrens in den unerheblichen Umstand legt, ob bei der Verwirklichung von Privatrechten ein Conflict der Interessen und der äussere Ausdruck desselben, ein Streit der beteiligten Personen, entsteht. Denn auch auf solchen Gebieten, welche unzweifelhaft dem sogenannten Verfahren ausser Streitsachen angehören, treten die entschiedensten Gegensätze in der rechtlichen Auffassung der Beteiligten hervor, welche die richterliche Entscheidung nothwendig machen, wengleich der Streit der Parteien sich hier regelmässig nicht in Rede und Gegenrede — der gewöhnlichen Form des Civilprocesses — vollzieht.⁵⁾ Wenn mein Gläubiger durch Eintragung ein Pfandrecht an meiner Liegenschaft erwirbt und ich gegen den Bescheid der ersten Instanz, welcher die Eintragung verwilligt, bei dem höheren Richter Beschwerde (Recurs) erhebe,

freiwilligen Gerichtsbarkeit vermittelt einer Scheinvindication seit jeher vollständig fremd war.

⁴⁾ Auch die österreichischen Gesetze sprechen an vielen Stellen von der freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Rechtsangelegenheiten und dem Verfahren in und ausser Streitsachen. Vgl. z. B. Einf.-Ges. zur J. N. vom 20. Nov. 1852, Nr. 251, Art. II, III, §. 1 J. N. und die Titelüberschriften des zweiten und dritten Hauptstücks, §§. 1, 2 des Pat. vom 9. Aug. 1854, Nr. 208 u. A. m. Da es an einer kurzen und allgemein bekannten Bezeichnung der beiden grossen Gebiete des Civilverfahrens, welche auch deren eigenthümlichen Charakter ausdrücken würde, bisher in der processualischen Terminologie mangelt, so werden von mir die bisherigen Benennungen gebraucht. Aehnlich sprechen die Franzosen von einer *Instruction gracieuse* und *contentieuse* (*Carré Lois de proc.*, Bd. 1, Intr. Nr. 26, 27, Bd. 8, Nr. 1 ff.), die Italiener von der *giurisdizione volontaria* und *contentiosa* (*Mattei, Annotazioni al Codice di procedura civ. Italiano* 1869, S. 971).

⁵⁾ Es fehlt übrigens auch innerhalb des Verfahrens ausser Streitsachen nicht an Beispielen eines contradictorischen Verfahrens. Vgl. z. B. das Verfahren bei widersprechenden Erbserklärungen (Erbrechtsstreit), §§. 125—127 des Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 und dazu Unger, Erbrecht §. 50. Unger parallelisirt dieses Verfahren sogar mit der *hereditatis petitio* und bezeichnet dasselbe als Erbrechtsklage, obwohl in demselben eine Klage im processualischen Sinne überhaupt nicht vorkommt, sondern nur eine officiöse Untersuchung über die Frage stattfindet, wer bei der *hereditatis petitio* als Kläger aufzutreten habe. Weitere Beispiele eines contradictorischen Verfahrens bieten §. 136 des Pat. vom 9. Aug. 1854 und die §§. 45, 68, 104 G. G.

so ist gewiss ein zum äusseren Ausdruck gelangter Conflict subjectiver Rechte, ein Rechtsstreit, vorhanden. Nur der Umstand also, ob ein Rechtsinstitut nach seinem vorherrschenden Charakter die Prävention oder die Repression des Civilunrechts bezweckt, nicht aber die äussere Form, durch welche dieser Zweck zufällig erreicht wird ⁶⁾, kann die Frage nach seiner systematischen Stellung innerhalb der beiden grossen Gebiete des Civilverfahrens zur Entscheidung bringen.⁷⁾

⁶⁾ Das Pat. vom 9. Aug. 1854, N. 208. §. 2, Z. 7. stellt es in Uebereinstimmung mit der im Texte vertheidigten Auffassung dem Richter anheim, wenn sich in dem ausserstreitigen Verfahren streitige Rechts- oder Thatfragen erheben, entweder diese nach einer officiösen Untersuchung zu entscheiden oder die Parteien auf den Rechtsweg, d. h. auf das streitige Verfahren zu verweisen. Es ist deshalb eine durchaus zu missbilligende Uebung mancher österreichischen Gerichte, wenn dieselben das ausserstreitige Verfahren sofort abbrechen und die Parteien zur Erhebung einer Klage nöthigen, sobald die rechtlichen oder thatsächlichen Grundlagen eines Anspruchs bestritten erscheinen, auch wenn das betreffende Rechtsverhältniss sich seiner Natur nach besser zur Erledigung im officiösen Verfahren eignet. Die civilrechtliche und processualische Rechtskraft (Vollstreckbarkeit) der Entscheidungen, welche im ausserstreitigen Verfahren erlassen werden, insbesondere auch ihr Verhältniss zu dem streitigen Verfahren wird durch die §§. 18, 19 des cit. Pat. bestimmt.

⁷⁾ Der Gegensatz zwischen der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, zwischen dem Verfahren in und ausser Streitsachen wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern nur sehr mangelhaft definirt. Wetzell, System, 2. Aufl., S. 459, versteht unter der freiwilligen Civiljurisdiction die Befugniss der Gerichte, bei der Begründung neuer Rechtsverhältnisse mitzuwirken. Allein diese Begriffsbestimmung ist deshalb unrichtig, weil das streitige Civilverfahren mindestens eben so häufig als die freiwillige Gerichtsbarkeit neue Rechtsverhältnisse hervorruft. Wird ja doch durch jeden Rechtsstreit mit Nothwendigkeit ein neues Rechtsverhältniss: das Processrechtsverhältniss zwischen dem Richter, den streitenden Parteien und in einzelnen Fällen mit dritten Personen (z. B. Zeugen und Sachverständigen) begründet, dessen Erörterung neben der Verhandlung des materiellen Rechtsverhältnisses durch den ganzen Rechtsstreit hindurchläuft. Bayer, 10. Aufl., S. 168, versteht unter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Befugniss der Gerichte, auch bei solchen Rechtsgeschäften mitzuwirken, bei welchen unter den beteiligten Personen kein Streit obwaltet. Dass diese Auffassung eine unrichtige ist, welche lediglich durch die herkömmliche, nicht passende Terminologie hervorgerufen wurde, wird im Texte erwiesen. Renaud, §. 22 und Endemann, §. 2 definiren die beiden grossen Gebiete des Civilverfahrens überhaupt nicht. Richtig wird der Gegensatz zwischen dem Verfahren in und ausser Streitsachen von Glück, a. a. O. S. 93; Osterloh, §. 12 und von den österreichischen

Die Stellung des Staates zu der Prävention und zu der Repression des Civilunrechts ist nun wesentlich verschieden. Der Staat würde die Thatkraft seiner Mitglieder vollständig lähmen und sich selbst in eine unlösbare Aufgabe verwickeln, wenn er die Verhütung aller Verletzungen von Privatrechten auf sich nehmen wollte, vielmehr muss er sich darauf beschränken, nur in Ansehung solcher Privatrechte vorbeugende Massregeln zu treffen, deren ungestörter Bestand für das öffentliche Wohl von erheblicher Wichtigkeit ist.⁸⁾ Zur Vermeidung von Willkür ist es zweckmässig, dass die Staatsgewalt durch das Gesetz zum Voraus die Fälle kundgibt, in welchen sie jene präventive Thätigkeit zur Verhütung von Störungen der Privatrechte entfalten will. In der That bestimmt auch der §. 1 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren ausser Streitsachen vom 9. August 1854, Nr. 208, dass die Gerichte in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten von Amtswegen oder auf Ansuchen der Parteien nur insofern vorzugehen haben als es die Gesetze anordnen. Die blosse Gefahr einer Störung von Privatrechtsverhältnissen ist daher, ohne besondere gesetzliche Vorschrift, noch nicht geeignet, Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit herbeizuführen.⁹⁾

Schriftstellern (Nippel, Bd. 1, S. 2; Kissling, Handbuch der Gerichtsbarkeit ausser Streitsachen, 1859, S. 1) bestimmt.

⁸⁾ Die Massregeln zur Verhütung künftiger Privatrechtsverletzungen (das Verfahren ausser Streitsachen) bilden desshalb den Uebergang vom reinen Civilverfahren zum Administrativprocess, ebenso wie die Privatrechte, welche das Object des Verfahrens ausser Streitsachen sind, in der Mitte zwischen den reinen Privat- und den öffentlichen Rechten stehen. Das Verfahren ausser Streitsachen wird denn auch — ebenso wie der Administrativprocess — in überwiegendem Masse von der Officialmaxime beherrscht (siehe unten Note 11—13). Auch sind in vielen Ländern einzelne Theile der civilrechtlichen Präventivjustiz z. B. das Vormundschafts- und Hypothekenwesen den Administrativbehörden zugewiesen. Vgl. Stein, die Verwaltungslehre, Bd. 1, S. 212—219, Bt. 6, S. 177 ff.

⁹⁾ Die österreichische Praxis hat übrigens unverkennbar die Tendenz, das Gebiet des Verfahrens ausser Streitsachen über die gesetzlich festgestellten Grenzen auszudehnen. In der That ist auch unser streitiges Verfahren nur wenig geeignet, die Verwirklichung grosser Gruppen von Privatrechten herbeizuführen. Am besten eignet sich unser Process, welcher regelmässig aus einem einseitigen Angriff des Klägers und aus der ebenso einseitigen Vertheidigung des Beklagten besteht, um rein einseitige Rechte, wie z. B. das Recht des Eigenthümers auf Rückgabe seines Eigenthums oder das Recht des Darleihers

Ein entgegengesetztes Verhältniss findet auf dem Gebiete des streitigen Civilverfahrens statt, indem jede bereits eingetretene Störung von Privatrechten hinreichend ist, die repressive Thätigkeit der Gerichte hervorzurufen. Jede Inkongruenz des thatsächlichen und des rechtlichen Zustandes innerhalb der Grenzen des Privatrechts kann daher ohne Rücksicht auf die Natur des gestörten Rechtes die Grundlage eines Civilprocesses bilden, vorausgesetzt, dass die Schlichtung des Conflictes nicht in einzelnen Fällen ausnahmsweise den Gerichten und dem streitigen Civilverfahren entzogen und einem anderen Gebiete des Verfahrens zugewiesen ist.¹⁰⁾ Allein auch auf diese Fälle ist die Anwendbarkeit der Formen des streitigen Civilverfahrens in der neuesten Zeit ausgedehnt worden. Der Art. 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, Nr. 144 bestimmt nämlich, dass es in allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach

aus dem Darlehensvertrag durchzusetzen. Viel weniger genügt unser Process, um Rechtsverhältnisse, aus welchen für beide Theile Rechte entspringen, z. B. die zweiseitigen obligatorischen Verträge, das Ehe- und das Kindesverhältniss, in einer der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechenden Weise zu realisiren und ganz ungeeignet ist in vielen Fällen unser Verfahren zur Schlichtung von Streitigkeiten, welche aus den verschiedenen Formen der Rechtsgemeinschaft (*actio finium regundorum*, *familiae herciscundae*, *communi dividundo*, die Klagen aus den verschiedenen Formen des Gesellschaftsvertrags, insbesondere aus den handelsrechtlichen Gesellschaftsverhältnissen) entstehen, da bei diesen Streitigkeiten der Conflict sehr häufig eine ausserordentlich grosse Anzahl von Beschwerdepunkten beider Parteien in sich schliesst, zu deren Erledigung unser schwerfälliges, blos einseitiges Verfahren nicht die nöthigen Mittel bietet. Vgl. z. B. die Entscheidungen bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 749 (Bestellung des Verwalters einer gemeinschaftlichen Sache durch den Richter auf ein blosses Gesuch), Nr. 3344 (officiöses Verfahren zur Festsetzung der Grenzen). Entsch. des ob. G.-H. vom 6. Aug. 1872, Z. 8271 im Spruchrep. Nr. 14. (Durchsetzung des Cautionsanspruches auf Grund der Art. 202, 245 H. G. B. im ausserstreitigen Verfahren.)

¹⁰⁾ Privatrechtsstreitigkeiten, welchen den Administrativbehörden zugewiesen waren, pflegte die Doctrin als Administrativjustizsachen oder administrativ-contentiöse Sachen zu bezeichnen. Endemann § 2, Note 15, 16, Renaud, §. 2, Note 15; Bayer, Votr., S. 49, 50. Da jedoch durch die Gesetzgebung der neuesten Zeit neben die Administrativbehörden eine controlirende Administrativjustiz gestellt wurde (oben §. 2. Note 6), so wird jene Bezeichnung richtiger nur auf solche Streitsachen angewendet, welche jetzt einen Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege bilden (Verwaltungsstreitsachen). Vgl. schon Osterloh, Lehrb. des gem. deutsch. C. P., §. 4.

den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachteiligten freisteht, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen. In den ziemlich zahlreichen Fällen, wo die Verwirklichung von gestörten Privatrechten nach dem österreichischen Rechte der Administrativbehörde und dem Administrativverfahren zugewiesen ist, kann deshalb die Entscheidung derselben lediglich als ein vorläufiger Versuch zur Schlichtung des Conflicts im kurzen Wege betrachtet werden; die definitive Entscheidung erfolgt, falls dieser Versuch misslingt, in allen Fällen durch den Civilrichter und in den Formen des streitigen Civilverfahrens.

Jene vorbeugende Thätigkeit des Staates kann nun doppelter Natur sein. Der Staat kann nämlich gewissen Verletzungen von Privatrechten eine so grosse Bedeutung beimessen, dass er die Veranstaltungen zu ihrer Verhütung aus eigenem Antriebe trifft und deren Benützung seinen Unterthanen auch gegen ihren Willen durch sein Gebot vorschreibt. In diesem Falle kann man von einer obligatorischen Prävention sprechen, zu welcher die Verlassenschafts-Abhandlung¹¹⁾, das Vormundschafts-, Fideicommiss-¹²⁾ und Grundbuchswesen¹³⁾ des österreichischen Rechtes anschau-

¹¹⁾ Es ist eine bekannte Eigentümlichkeit des österreichischen Rechts, dass die Gerichte die Nachlassregulirung in allen Fällen, auch wenn für ihr Einschreiten keine besondere Veranlassung vorhanden ist, von Amtswegen vornehmen. Das österreichische Recht hält also die ungestörte Uebertragung der Vermögensrechte von einer Generation auf die andere im öffentlichen Interesse für so wichtig und die Möglichkeit von Privatrechtsverletzungen dabei für so naheliegend, dass es in allen Erbschaftsfällen die obligatorische Prävention eintreten lässt. Vgl. jedoch Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, (1862) S. 117—119, 192, 193; Randa, der Erwerb der Erbschaft, (1867) S. 10, 11, welche sich gegen diese Auffassung des österreichischen Rechtes aussprechen.

¹²⁾ Der Natur der Sache entsprechend wird das österreichische Vormundschafts- und Fideicommisswesen durchgreifend von dem Princip der obligatorischen Prävention beherrscht. Vgl. z. B., rücksichtlich des ersteren, die §§. 190, 200, 207, 222, 233, 238, 254 b. G. B. und die §§. 186—218 des Pat. vom 9. Aug. 1854, Nr. 208 über das Vormundschaftswesen; ferner die §§. 223, 227, 247, 251 des Pat. vom 9. Aug. 1854 über das Fideicommisswesen.

¹³⁾ Dass dem österreichischen Grundbuchswesen im Allgemeinen das Princip der obligatorischen Prävention zu Grunde liegt, ist unzweifelhaft. So

liche Beispiele liefern. Oder die Staatsgewalt kann zur Verhütung des Civilunrechts zwar Rechtsinstitute schaffen, welche den einzelnen Staatsbürgern zur Benützung freistehen, ohne dass jedoch diese vermöge gesetzlicher Vorschrift dazu genöthigt sind. Ein Rechtsinstitut dieser Art ist nach österreichischem Rechte das Notariat, dessen Bestimmung es ist, durch Verfassung von öffentlichen, die Rechtsverfolgung erleichternden und sichernden Urkunden der Verletzung von Privatrechten vorzubeugen, dessen Mitwirkung aber zur Giltigkeit der Rechtsgeschäfte, welche die Staatsgenossen untereinander schliessen, regelmässig nicht nothwendig ist.¹⁴⁾ Man kann diese Gattung der staatlichen Thätigkeit die facultative Prävention des Civilunrechts nennen.

Der präventiven Thätigkeit, welche der Staat zur Verhütung des Civilunrechts entwickelt, steht die repressive entgegen, die den Gegenstand der vorliegenden Schrift bilden soll. Da diese Thätigkeit, wie oben dargelegt wurde, sich nicht, wie die präventive, nur auf einzelne Gattungen, sondern auf das gesammte Gebiet des Civilunrechts erstreckt, so wird sie viel weniger von der Natur der einzelnen verletzten Privatrechte bestimmt, als dies

erfolgt die Anlegung der neuen Grundbücher, welche in Folge einer Reihe von Reichs- und Landesgesetzen einzutreten hat, von Amtswegen (§. 1 des Reichsgesetzes vom 2. Juni 1874, betreffend die Anlegung von neuen Grundbüchern in Niederösterreich; vgl. die Gesetzsammlung von Kaserer, Bd. 20, S. 7, 8); ebenso werden Liegenschaften, welche sich noch in keinem Grundbuch befinden, zufolge des Ges. vom 25. Juli 1871, Nr. 96, §. 20 von Amtswegen in dasselbe eingetragen. Die Eintragungen der an den einzelnen Grundbuchsubjecten bestehenden Rechtsverhältnisse erfolgt zwar regelmässig nicht von Amtswegen, sondern auf Ansuchen von Parteien und Behörden (§. 78 G. G.), insbesondere hat das Gericht nicht, wie das a. Preuss. L. R. I, 10, §§. 12—14 (vgl. jedoch Kab. O. vom 31. Oct. 1831, G. S. S. 251 und §. 30 der preuss. G. B. O. vom 5. Mai 1872) verordnet hatte, die Pflicht, den Erwerber einer Liegenschaft von Amtswegen zur Eintragung seines Eigenthums ins Hypothekenbuch zu veranlassen; allein da dergleichen Rechte nur durch Eintragung ins Grundbuch erworben, übertragen, beschränkt oder aufgehoben werden können (§. 4 G. G.), so ist auch in dieser Richtung die obligatorische Prävention, wengleich auf einem mehr indirecten Weg durchgeführt.

¹⁴⁾ Durch das Gesetz vom 25. Juli 1871, Nr. 76 ist für eine bedeutende Zahl der wichtigsten Rechtsgeschäfte die notarielle Form, bei sonstiger Ungiltigkeit, vorgeschrieben worden. Ausserdem müssen viele Rechtsgeschäfte nach Wahl der Betheiligten entweder unter Vermittelung des Notars oder des Gerichts vollzogen werden (z. B. die Legalisirungen von Grundbuchsurkunden, zahlreiche Beurkundungen des Handelsrechts etc.).

bei den Rechtsinstituten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall ist. So hat das österreichische Recht zur Verhütung von Verletzungen jener Privatrechte, welche dem Sachen-, Familien- und Erbrechte angehören, auch durchgreifend verschiedene Verfahrensarten ausgebildet; dagegen werden die bereits eingetretenen Verletzungen von Privatrechten regelmässig in demselben Processverfahren verfolgt. Nur ausnahmsweise, wie z. B. im Wechsel-, Ehe- und Bestand- und Besitzstörungs-Process, hat die Natur der verletzten Privatrechte auf die Gestaltung des Verfahrens einen bestimmenden Einfluss.

§. 4.

Der ordentliche und der summarische Process.¹⁾

Nach der im vorhergehenden Paragraphen gegebenen Darstellung ist der Civilprocess der Inbegriff von Handlungen, welche von den Parteien, den staatlichen Organen oder dritten Personen zur Verwirklichung von gestörten Privatrecchten unternommen werden. Die Gesamtheit der Rechtssätze, welche diese Handlungen normiren, ist das Civilprocessrecht, ihre systematische Darstellung ist die Civilprocesstheorie. Diese Letztere in ihrer Anwendung auf das positive österreichische Recht bildet den Gegenstand der vorliegenden Schrift.

Der Civilprocess scheidet sich nach dem österreichischen Recht ebenso, wie nach dem gemeinen, in den ordentlichen und den summarischen Process.²⁾ Diese Eintheilung beruht auf folgendem Gegensatz.

¹⁾ Gönner, Handbuch d. gemein. deutsch. Processes. Bd. 4, 2. Aufl. (1805). Abh. LXX. Mittermaier, der gemeine deutsche bürg. Process. Vierter Beitrag. (1826) S. 3—39. Savigny „Ueber das Interdict Quorum bonorum“ in den Vermischten Schriften Bd. 2, Nr. 17, (bes. S. 219. 220, 241—256). Bayer, Theorie der summarischen Prozesse, 7. Aufl. (1859), §. 1—5. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859). Glaser, über Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (1859) in seinen kleinen Schr. Bd. 2, S. 307—350. Wach, der Arrestprocess (1868) S. 131—147. Wetzell, System, §. 29. Renaud, Lehrbuch, §. 2, 194. Endemann, §. 260, 261. Nippel, Erläuterung der a. h. Vorschrift vom 18. October 1845 über das summarische Verfahren (1848) S. 1—5. Haimerl, Anmerkungen zum summarischen Process in seinem Magazin, Bd. 3 (1851), 357—372. Schenk, der österreichische summarische Process (1864) S. 7—15. Koch, der preussische Civilprocess, 2. Aufl. (1855), §. 385. Heffter, Civilprocess für die preuss. Staaten (1856), §. 182 ff. Vgl. auch die unten, §. 7, bei den einzelnen summarischen Processarten angeführte Literatur.

²⁾ Manche Schriftsteller theilen den Civilprocess in einen ordentlichen und in einen ausserordentlichen ein, unter welch' letzterem sie jedes Ver-

Jeder Rechtsstreit hat an sich den Zweck, das streitige Rechtsverhältniss zur endgiltigen Entscheidung zu bringen, und muss demnach regelmässig das ganze Rechtsverhältniss nach allen seinen thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen umfassen. Zur Erreichung dieses Zweckes hat die Staatsgewalt gewisse Handlungen festgesetzt, welche sich hiefür durch eine lange Erfahrung als passend erwiesen haben, und welche man im Gegensatze zu dem Processinhalt, zu dessen Erörterung sie bestimmt sind, die Processförmlichkeiten nennen kann. Wenn nun in einem Rechtsstreite der gesammte Processinhalt mit allen Processförmlichkeiten erörtert wird, so ist der ordentliche Process vorhanden.

Als Abarten des ordentlichen Processes können im österreichischen Rechte das in dem zweiten Capitel der allgemeinen Gerichtsordnung normirte mündliche und das im dritten Capitel

fahren verstehen, welches von dem ordentlichen Rechtsgang abweicht, auch wenn dadurch der Processinhalt oder die Processförmlichkeiten nicht vermindert werden. Bayer, Theorie der summarischen Prozesse, 7. Aufl. §. 1. Linde, Lehrbuch §. 323. Endemann, Civilprocessrecht, §. 260. Die Eintheilung in den ordentlichen und in den summarischen Process wird dieser Eintheilung entweder subordinirt, so dass die summarischen Processarten sich bloß als eine Unterart des ausserordentlichen Verfahrens darstellen, welche den Zweck der Beschleunigung verfolgt (Bayer, Linde), oder beide Eintheilungen werden coordinirt und sowohl im ordentlichen als im summarischen Process Elemente des ausserordentlichen Verfahrens unterschieden. (Endemann.) Gegen die Eintheilung des Processes in einen ordentlichen und ausserordentlichen spricht sich mit Recht aus Renaud, Lehrbuch, §. 1, 194. Denn diese Eintheilung hat im Wesentlichen lediglich den Zweck, für einzelne Formen des gerichtlichen Verfahrens, welche sich unter den Begriff des summarischen Processes nicht subsumiren lassen, aber dessenungeachtet von dem ordentlichen Rechtsgange erheblich abweichen, insbesondere für den „Concursprocess“ und für die Beweisanticipationen (z. B. im österr. Recht für den Beweis zum ewigen Gedächtniss) eine entsprechende wissenschaftliche Kategorie zu gewähren. Allein der „Concursprocess“ ist überhaupt kein Bestandtheil des streitigen Verfahrens, sondern gehört dem Gebiete der Präventivjustiz (dem Verfahren ausser Streitsachen) an, und die Beweisanticipationen, welche sich ja nicht als selbstständige Arten des Verfahrens, sondern nur als untergeordnete Elemente eines solchen darstellen, werden in ihren Eigenthümlichkeiten am besten in der Lehre von der Reihenfolge der Processhandlungen gewürdigt. Vgl. unten §. 24 und Menger, Beiträge zur Lehre von der Execution im Arch. f. civ. Prax. Bd. 55 (1872) S. 412—414.

normirte schriftliche Verfahren betrachtet werden.³⁾ Zwar sind im mündlichen Verfahren, wenn man es mit dem schriftlichen vergleicht, einige Kürzungen wahrzunehmen, welche vorzüglich darin bestehen, dass in dem ersteren manche Streitpunkte in Verbindung mit der Hauptverhandlung erörtert werden, die im schriftlichen Verfahren den Gegenstand eines besonderen Inzidenzstreites bilden;⁴⁾ allein diese minder erheblichen Abweichungen genügen nicht, um dem schriftlichen Verfahren das mündliche als ein summarisches, folglich als ein exceptionelles entgegen zu setzen.⁵⁾ Vielmehr ist nach den neuesten gesetzlichen Modificationen auf diesem Gebiete der Gegensatz zwischen den beiden Processarten so zu bestimmen, dass das schriftliche Verfahren der ordentliche Process der Collegialgerichte (Gerichtshöfe erster Instanz), das mündliche dagegen das ordentliche Verfahren für die Einzelrichter ist.⁶⁾

Die Natur des summarischen Verfahrens ergibt sich aus dem Gegensatze zu dem ordentlichen Verfahren von selbst. Ein summarischer Process wird zuvörderst vorhanden sein, wenn nicht der ganze Processinhalt, sondern nur einzelne Bestandtheile desselben der processualischen Erörterung unterzogen werden. Da durch die summarischen Prozesse regelmässig die Rechtsverfolgung beschleunigt und erleichtert werden soll, so werden aus der Gesamtheit des Processmaterials naturgemäss jene Elemente ausgeschieden werden, welche den raschen Lauf des Processes zu

³⁾ Ges. v. 16. Mai 1874, Nr. 169, §. 1.

⁴⁾ So wird z. B. die Frage, ob Nova in der Replik und in der Duplik zuzulassen sind, im schriftlichen Verfahren in einem besonderen Incidenzstreit — dem sog. Legungsverfahren — erörtert (§. 48 und 54 A. G. O. §. 40 und 45 W. G. O.), während diese Erörterung im mündlichen Verfahren mit der Verhandlung des Hauptprocesses verbunden wird. Eine ähnliche Verschiedenheit zwischen dem schriftlichen und mündlichen Verfahren findet in Betreff der Recognoscirung von Urkunden statt. (§. 125 A. G. O., §. 196 W. G. O.; Hofd. v. 5. April 1791, Nr. 135. Wessely Nr. 639.)

⁵⁾ Vgl. Haimerl, a. a. O. S. 359.

⁶⁾ Bis zu dem Gesetze vom 16. Mai 1874 war das Verfahren nur bei den Gerichtshöfen erster Instanz in den Kronlandshauptstädten ein schriftliches, bei allen übrigen Gerichten, insbesondere auch bei den Gerichtshöfen erster Instanz ausserhalb der Kronlandshauptstädte wurde mündlich verfahren. Auf Antrag des Abgeordnetenhauses wurde in die Civilprocessnovelle der Abs. 1 des §. 1 aufgenommen, welcher den im Text bezeichneten Rechtszustand hergestellt hat. Vergl. Kaserer, österr. Gesetze Bd. 19, S. 7, 62. Rücksichtlich der städtisch-delegirten Bezirksgerichte, vgl. §. 2 der C. P. N.

hemmen geeignet sind. Dann kann aber zweitens der Gesetzgeber ein summarisches Verfahren auch in der Weise bilden, dass bloß die Processförmlichkeiten, welche der Realisirung der gestörten Privatrechte dienen sollen, intensiv oder extensiv vermindert werden. In einem solchen Verfahren wird also das ganze Processmaterial, welches der einzelne Rechtsfall bietet, nach allen Richtungen erörtert und nur die processualischen Handlungen, aus welchen das Erkenntniss- und das Executionsverfahren besteht, werden nach Umfang und Dauer vermindert. Alle summarischen Prozesse beruhen daher auf dem Gesichtspunkt, dass in einzelnen Rechtssachen und zwar regelmässig zum Zwecke der Beschleunigung⁷⁾ entweder der Processinhalt oder die Processformen verringert werden. Im ersten Falle kann man das summarische Verfahren als eine beschränkte,⁸⁾ im zweiten als eine vereinfachte⁹⁾ Cognition bezeichnen.

⁷⁾ Die Rücksicht auf die schleunige Durchführung des Rechtsstreites ist wohl der wichtigste, nicht aber der einzige Grund, welcher den Gesetzgeber zur Bildung einer summarischen Processart bestimmen kann. So kann z. B. der Gesetzgeber die Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens deshalb vermindern, weil er von dem Gesichtspunkte ausgeht, dass sie der Erforschung der materiellen Wahrheit hinderlich sind. Dies ist der Fall in dem Eheverfahren, da der Richter in diesem nach §. 3, 13 des Hofd. v. 23. Aug. 1819, Nr. 1595 an keine anderen Regeln gebunden ist, als an jene, welche „das Wesentliche einer zweckmässigen und gründlichen Untersuchung“ ausmachen. Insofern man also den Eheprocess im Anschluss an die in der Theorie und der Gesetzgebung vorherrschenden Meinung als einen Bestandtheil des streitigen Civilverfahrens ansieht (vgl. unten §. 7), ist derselbe entschieden den summarischen Processarten beizuzählen, ohne dass jedoch durch jene Bestimmung der Zweck der Beschleunigung beabsichtigt oder erreicht wird.

⁸⁾ Für die beschränkte Cognition gebraucht Briegleb, Einleitung in die summarischen Prozesse im Anschluss an Gaius IV. §. 126, 127, 128 den Ausdruck: Prima-facie-Cognition. Briegleb, a. a. O. S. 169—173 und passim. Doch wird durch die im Text gebrauchte Terminologie der Gedanke klarer zum Ausdruck gebracht, dass der Richter in diesem Verfahren zwar weniger, aber dieses Weniger ebenso gründlich als im ordentlichen Verfahren untersucht, dass also die Beschränkung eine extensive, nicht eine intensive ist. Gerade dieser wichtige, von Briegleb mit grossem Nachdruck hervorgehobene Gesichtspunkt wird durch seine Terminologie vollständig verdunkelt.

⁹⁾ Die vereinfachte Cognition wird von manchen Schriftstellern, z. B. Briegleb a. a. O. S. 11—14 und passim, Wach, der Arrestprocess S. 141 u. A. als formelle Beschleunigung des Verfahrens bezeichnet. Da jedoch

Der Werth und die Wirkungen beider Gattungen des summarischen Processes müssen sich augenscheinlich sehr verschieden gestalten. Werden aus der processualischen Erörterung einzelne Elemente des Rechtsstreites durch gesetzliche Vorschrift ausgeschieden, so kann das Resultat einer solchen nicht erschöpfenden Untersuchung immer nur provisorische Geltung besitzen und es setzt daher jede beschränkte Cognition ein zweites Verfahren voraus, in dem der Kläger und der Beklagte ihre Rechte vollständig ausführen können (das sog. *Separatum*). Dagegen steht kein Hinderniss entgegen, dass die zweite Gattung des summarischen Processes: die vereinfachte Cognition zu richterlichen Entscheidungen von definitiver Rechtswirksamkeit führt, weil in diesem Verfahren das ganze streitige Rechtsverhältniss wenngleich mit geringeren Förmlichkeiten als im ordentlichen Process untersucht wird.¹⁰⁾

nicht alle Formen der vereinfachten Cognition von dem Zweck der Beschleunigung beherrscht werden (s. oben Note 7), so halte ich den von mir gewählten Ausdruck für richtiger.

¹⁰⁾ Unter den gemeinrechtlichen Processualisten ist das Wesen der summarischen Cognition sehr controvers. Wetzell System (§. 29) versteht darunter eine „minder gründliche Art der Untersuchung“, so dass also der Richter im summarischen Verfahren auf Grund von Thatsachen entscheiden kann, welche ihm die Streitparteien bloß wahrscheinlich gemacht (bescheinigt) haben. Nach Briegleb Einleitung S. 169 ff. soll dagegen die Eigenthümlichkeit der summarischen Cognition darin bestehen, dass der Kläger nur die nächsten und unerlässlichsten Voraussetzungen seines Klageanspruches, diese aber durch liquide und civilprocessordnungsmässige Beweismittel nachzuweisen hat, wogegen dem Beklagten die Vertheidigung gleichfalls nur durch vollbewiesene und sofort liquidirliche Defensionen offen steht. Nach der Theorie Wetzell's müssen in der summarischen Untersuchung dieselben Thatsachen erwiesen werden wie im ordentlichen Verfahren, aber die Parteien brauchen sie nur wahrscheinlich zu machen, nach Briegleb's Ansicht muss der Kläger und der Beklagte das Processmaterial eben so wie im ordentlichen Verfahren zur formellen Gewissheit bringen, allein der Umfang der Thatsachen ist weit beschränkter als in der nicht summarischen Cognition. Beide Theorien werden von ihren Urhebern theils durch eine bedeutende Zahl von Quellenstellen, in welchen der Kunstaussdruck *summatim* in Bezug auf das gerichtliche Verfahren vorkommt (L. 3, §. 4, D. d. Carb. edicto 37. 10, L. 1, §. 14, D. de ventre in poss. mittendo 37. 9. L. 3, §. 9, D. ad exhib. 10. 4. L. 5, §. 8, D. de agnosc. 25. 3. u. a.), theils aus der Doctrin der mittelalterlichen Juristen erwiesen. Dagegen hat Wach, der Arrestprocess S. 130—147, gezeigt, dass die italienischen Juristen des Mittelalters beide Auffassungen gekannt und überdies unter der summarischen Cognition zum Theil auch die bloße formelle Beschleunigung (vereinfachte Cognition) verstanden haben. Das

Innerhalb des Begriffes der vereinfachten Cognition lässt sich noch ein weiterer Gegensatz von Bedeutung wahrnehmen. Die Verminderung der Processförmlichkeiten, auf welcher diese Gattung des summarischen Processes beruht, kann entweder so beschaffen sein, dass der regelmässige Lauf des Verfahrens dadurch keine Abänderung erleidet und nur die einzelnen processualischen Handlungen nach Zahl und Umfang vermindert werden. Dies ist der sogenannte regulär-summarische Process,¹¹⁾ von dem

österreichische Recht hat im überwiegenden Umfange die Theorie Briegleb's adoptirt; auch in den summarischen Processen muss regelmässig voller Beweis der erheblichen Thatsachen (nicht blosse Bescheinigung) geliefert werden, dagegen ist der Beklagte nur in einzelnen Processarten auf die Benützung sofort liquidirlicher Defensionen beschränkt (Vgl. hierüber unten Note 17, 25). Doch ist anderseits auch die mittelalterliche Bescheinigungsdoctrin in einzelne beschränkte Gebiete des österreichischen Processes eingedrungen. Im Arrest- und Verbotprocess braucht die Gefahr (der Flucht oder Zahlungsunvermögenheit) nach der Auffassung der Theorie und der Praxis nur bescheinigt zu werden, d. h. der Implorant hat die Gefahr selbst oder die Verdachtsgründe blos wahrscheinlich zu machen. §. 275, 283 A. G. O. Hofd. 15. Jan. 1789 Nr. 954, lit. a (Wessely Nr. 1051). Nippel Erläut. II. S. 89—120 und wohl auch Függer-Wessely-Damianitsch II. S. 1—3, 8—9, ferner die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes bei Unger-Glaser-Walther Nr. 1603, 1768 u. A. Dagegen muss die Existenz der Forderung durch vollbeweisende Urkunden erwiesen werden, widrigenfalls der Implorant zur Leistung einer Caution selbst in dem Falle verpflichtet ist, dass er den Anspruch bescheinigt. §. 276, 284 A. G. O. Vgl. auch die (widersprechenden) Entscheidungen des obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther Nr. 2491, 1847, 3117. Blosse Bescheinigung genügt auch bei Fristerstreckungen (§. 7 d. Ges. v. 16. Mai 1874, Nr. 169), bei der Sistirung der Execution auf Grundlage von Ansprüchen dritter Personen (§. 3 d. Hofd. v. 29. Mai 1845 Nr. 889 [Wessely Nr. 1337]), im Legungsverfahren (§. 48. 54 A. G. O.) u. s. f. Ueberhaupt hat die österreichische Praxis die Tendenz, in Incidenzsachen die förmliche Beweisführung zu vermeiden und sich mit der blossen Bescheinigung der erheblichen Thatsachen zu begnügen. In analoger Weise wird die Anwendbarkeit der Bescheinigung (statt des formellen Beweises) in der mittelalterlichen Doctrin und neuerlich wieder von Wetzell System S. 275, 276 begränzt.

¹¹⁾ Von den gemeinrechtlichen Schriftstellern wird die Eintheilung in den regulär und irregulär oder in den bestimmt und unbestimmt summarischen Process (Note 15) auf das gesammte summarische Verfahren (mit Einschluss der beschränkten Cognition) bezogen. Bayer summ. Processe §. 5, Endemann §. 261, 262, Renaud §. 194, Linde §. 327. Dies halte ich jedoch für unrichtig. Jene Gegensätze innerhalb des summarischen Verfahrens beziehen sich nämlich nur auf die Processförmlichkeiten, nicht auf den Process-

wir in dem Verfahren nach dem Hofd. v. 24. Oct. 1845 Nr. 906 J. G. S. ein anschauliches Beispiel besitzen, da in demselben das Instructions-, Beweis-, Rechtsmittel und Executionsverfahren in derselben Ordnung wie im ordentlichen Processe auf einander folgen und nur die Fristen gekürzt, die einzelnen processualischen Handlungen vereinfacht und zusammengedrängt werden.¹²⁾ Dann aber kann zweitens die Vereinfachung der richterlichen Cognition auch darin bestehen, dass der regelmässige Lauf des Verfahrens modificirt, insbesondere dass der Rechtsstreit sogleich mit einem späteren Abschnitt eröffnet wird. Auch dieser Modification des ordentlichen Verfahrens liegt regelmässig die Absicht der Beschleunigung zu Grunde und sie beruht auf der ganz richtigen Beobachtung von der Macht, welche vollendete Thatsachen auf das Gemüth auszuüben pflegen. Wenn der Rechtsstreit, wie im

inhalt, dessen Verminderung das Wesen der beschränkten Cognition bildet. Wenn z. B. in manchen Processarten des gemeinen Rechts nur sofort liquidirbare Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zugelassen werden oder wenn sich die Cognition des österreichischen Besitzstörungs-Verfahrens auf solche Thatsachen nicht erstreckt, welche nur durch Parteieneide zu erweisen sind, so kann man weder sagen, dass der regelmässige Lauf des Verfahrens durch solche Einschränkungen eine Modification erleidet, noch auch dass derselbe aufrecht erhalten wird; es werden eben die Processförmlichkeiten durch die Verminderung des Objectes der Cognition einfach nicht berührt. Man kann folglich den regulär und den irregulär summarischen Process nur als Abarten der vereinfachten Cognition ansehen.

¹²⁾ Für das gemeine Recht hat Briegleb a. a. O. S. 15—159 nachzuweisen gesucht, dass ein regulär-summarisches Verfahren als besondere Processart überhaupt nicht mehr anzuerkennen sei, dass vielmehr die vereinfachte Cognition, wie sie die Clem. Saepe de V. S. und die Clem. Dispendiosam de judiciis im Gegensatze zu dem damaligen solennis ordo iudiciarius vorschreibt, sich durch die Gesetzgebung und Praxis der späteren Zeit allmählig zum ordentlichen Verfahren des gemeinen Processes herausgebildet und den solennis ordo iudiciarius verdrängt habe. Dagegen Bayer, Theorie d. summarischen Processe §§. 5, 48, 49, Endemann §. 274. Im österreichischen Recht ist die Existenz von regulär-summarischen Processen neben dem ordentlichen Verfahren unzweifelhaft. S. unten S. 41, 42 und §. 7, Note 14—20. Auch im österreichischen Processrecht kann man übrigens eine ähnliche historische Entwicklung wie im gemeinen Recht bemerken, da das Verfahren auf Grund des Hofd. v. 24. Oct. 1845, Nr. 906, welches im österreichischen Recht den Typus des regulär-summarischen Processes bildet, in der ungarischen Civilprocessordnung v. 16. Sept. 1852 im Wesentlichen als das ordentliche mündliche Verfahren aufgenommen erscheint (§. 30—50 Ung. C. P. O.).

Mandatsprocess, sogleich mit der richterlichen Entscheidung über den streitigen Rechtsanspruch¹³⁾ oder wohl gar wie im Verfahren auf Grundlage von executionsfähigen Notariatsurkunden sofort mit der Zwangsvollstreckung eröffnet wird¹⁴⁾ und dem Beklagten nur das Recht zur nachträglichen Anfechtung dieser Processacte offen steht, so ist es nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge minder wahrscheinlich, dass diese Befugniss zur ~~ehikanösen~~ Verzögerung des Rechtes ausgenutzt werden wird. Die summarischen Prozesse dieser Art, welche im österreichischen Prozesse in grosser Mannigfaltigkeit vertreten sind, können als die irregulär-summarischen Prozesse bezeichnet werden.¹⁵⁾

Die beschränkte Cognition, dann die vereinfachte Cognition mit ihren beiden Abarten: dem regulär und dem irregulär summarischen Process sind also die Elemente, aus welchen sich alle im österreichischen Rechte anerkannten Gattungen des summarischen Verfahrens zusammensetzen. Doch kommen diese drei Modificationen in unseren summarischen Processen nirgends in jener Reinheit vor, wie sie hier durch Abstraction gefunden wurden, vielmehr können wir in dem österreichischen Summarverfahren die mannigfaltigsten Combinationen jener Elemente wahrnehmen. Regelmässig sind alle drei, in einzelnen Verfahrensarten blos zwei unter den drei Abweichungen vom ordentlichen Verfahren innerhalb des Rahmens eines einzelnen summarischen Processes vereinigt.

¹³⁾ §. 1 der K. V. v. 21. Mai 1855 Nr. 95; §. 5 der I. M. V. v. 25. Jsn. 1850 Nr. 52; §. 1 der I. M. V. v. 18. Juli 1859 Nr. 132.

¹⁴⁾ §. 3, 4 der Notariatsordnung v. 25. Juli 1871 Nr. 75.

¹⁵⁾ Manche Processualisten (z. B. Endemann §. 274, Linde §. 327) theilen die summarischen Prozesse in bestimmt und unbestimmt summarische ein; die ersteren sind jene, bei welchen die Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch genau vorgezeichnet sind, während ein unbestimmt summarisches Verfahren dann vorhanden sein soll, wenn solche Normen nicht vorhanden sind und nur überhaupt eine schnellere Verhandlung dabei vorgeschrieben oder hergebracht ist. Obgleich es im österreichischen Recht nicht an Processformen fehlt, welche dem Begriffe des unbestimmt summarischen Verfahrens entsprechen (z. B. Streitigkeiten über den Unterhalt zufolge §. 138 des Gesetzes vom 3. Mai 1853 Nr. 81), so sind dieselben doch zu wenig erheblich, um jenen Gegensatz als Grundlage der systematischen Anordnung des Summarverfahrens benützen zu können.

Was zunächst die beschränkte Cognition betrifft, so wird im Erkenntnisverfahren der verschiedenen summarischen Processarten das Processmaterial nur in einigen verhältnissmässig seltenen Fällen vermindert. Auch im summarischen Prozesse des österreichischen Rechtes gilt in überwiegendem Masse die Regel, dass sich das Erkenntnisverfahren auf das gesammte Processmaterial zu erstrecken hat.¹⁶⁾ Nur im Bestandverfahren erleidet

¹⁶⁾ Der wesentliche Unterschied zwischen den summarischen Processen des gemeinen und des österreichischen Rechtes besteht darin, dass im Erkenntnisverfahren der ersteren regelmässig nur der sofort liquide Theil des Processmaterials untersucht, dagegen der Rest einer besonderen Verhandlung (dem Separatum) vorbehalten bleibt, während in den meisten summarischen Processen des österreichischen Rechtes der ganze Processinhalt ohne Rücksicht auf seine Liquidität geprüft wird. Die Folge dieser Verschiedenheit ist, dass das Urtheil in den summarischen Processen des gemeinen Rechtes regelmässig nur provisorische, im österreichischen Rechte dagegen regelmässig definitive Geltung hat. Im gemeinen Rechte sind daher zur endgiltigen Austragung des Rechtsstreites zwei Prozesse, im österreichischen Rechte dagegen ist nur ein Rechtsstreit erforderlich. Die Liquidität der Defensionen des Klägers kommt in unseren summarischen Processen zumeist (unten Note 25) nur im Executionsverfahren in Betracht, indem die Rechtswirkungen der Execution, welche der Kläger schon während des Rechtsstreites erwirken kann, durch sofort liquidirbare Einwendungen des Beklagten in ihrer Wirkung gehemmt werden. So sind im unbedingten Mandatsprocess des gemeinen Rechts nur solche peremptorische Einreden zulässig, welche der Beklagte sofort liquidiren kann (Bayer a. a. O. S. 40—41, 46—47, Briegleb a. a. O. S. 304—310); im österreichischen Mandats- und Wechselprocess kann dagegen der Beklagte in seinen „Einwendungen“ gegen den Zahlungsbefehl (und selbstverständlich auch der Kläger im weiteren Laufe des Rechtsstreites) das ganze ihm zu Gebote stehende Processmaterial vorbringen. (§. 5 und 6 d. K. V. v. 21. Mai 1855 Nr. 95, §. 7 d. J. M. V. v. 25. Jan. 1850 Nr. 52, §. 2. d. J. M. V. v. 18. Juli 1859 Nr. 132). Dieselbe Beschränkung der Processverhandlung auf einen Theil des Processstoffes findet auch bei dem Executiv- und Wechselprocess des gemeinen Rechtes statt, welchem in dieser Richtung die meisten deutschen Gesetzgebungen gefolgt sind. Bayer a. a. O. S. 111, 112, Briegleb a. a. O. Vgl. ferner Hannover'sche P. O. §§. 480, 490, Z. 3, Baden §. 646, Deutsch. Entw. v. 1866 §. 477, Württemberg Art. 859, Deutsch. Entw. v. 1874 §. 537. Im Executivverfahren des österreichischen Rechtes wird dagegen das ganze Processmaterial geprüft. Hofd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358. Während also das Erkenntnisverfahren in dem ordentlichen und dem summarischen Verfahren des österreichischen Rechtes sich regelmässig auf den nämlichen Processinhalt bezieht (vgl. jedoch die Ausnahmen rücksichtlich des Bestand- und Besitzstörungsverfahrens Note 17, 18), wird umgekehrt das Executionsverfahren der summarischen Prozesse im österreichischen

der erörterte Processstoff dadurch eine sehr erhebliche Einschränkung, dass in gewissen Fällen streitige Thatsachen auf Einwendung des Gegners nicht durch Zeugen erwiesen werden dürfen, deren Vernehmung nicht binnen acht Tagen erfolgen kann, und dass zum Nachweise von bestimmten, im Gesetze speciell angeführten Thatsachen der Zeugen- und Sachverständigen-Beweis überhaupt nicht benützt werden kann.¹⁷⁾

Auch das Processmaterial, welches im summarischen Besitzstörungs-Verfahren geprüft wird, ist durch formelle und materielle Bestimmungen eng begrenzt. Formell, indem in diesem Verfahren alle Gattungen des Eides ausgeschlossen sind, wodurch aus dem Processmaterial alle jene Thatsachen entfallen, welche nur durch dieses Beweismittel erwiesen werden können (§. 14 B. V.). Materiell, weil nach §. 5 B. V. ausschliesslich die Erörterung und der Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes und der erfolgten Störung den Gegenstand dieses Verfahrens bildet, so dass also in demselben wichtige thatsächliche Momente, welche sich auf den Schutz des juristischen Besitzes beziehen, ausserhalb des Rahmens der processualischen Untersuchung fallen.¹⁸⁾

In dem Bestand- und Besitzstörungs-Verfahren hat desshalb das gefällte Erkenntniss nur provisorische Geltung und es kann in einem nachfolgenden Verfahren angefochten werden, welches sich

Civilverfahren durchgreifend von dem Princip der beschränkten Cognition beherrscht (unten Note 21—24), wogegen dies im gemeinen Rechte nur zum geringen Theile der Fall ist. Man kann folglich den Gegensatz zwischen den summarischen Processen des gemeinen Rechtes und der neueren deutschen Gesetzgebungen und jenen des österreichischen Processrechtes im Allgemeinen dahin zusammenfassen, dass die beschränkte Cognition bei den ersteren im Erkenntniss-, bei den letzteren im Executionsverfahren vorherrscht.

¹⁷⁾ Vgl. §. 15 lit. a u. b. d. Bestandverf. Bei Berathung des §. 39 S. V. nahm die Commission eine Bestimmung auf, wornach Zeugen, die ausserhalb jener Provinzen ihren Wohnsitz haben, in welchen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Wirksamkeit hat, über Protestation des Gegners nicht zugelassen werden sollten. In der kaiserlichen Entschliessung, welche dem Entwurfe der Commission die Sanction ertheilte, wurde jedoch die Weglassung dieser beschränkenden Bestimmung verfügt. Schenk, der österreichische summarische Process, S. 122, 192, 193.

¹⁸⁾ Vgl. über die Vertheilung des Verhandlungsstoffes zwischen dem Ordinarium und Summarium Note 19 und §. 7, Note 6.

auch auf jene aus der summarischen Verhandlung ausgeschiedenen Elemente auszudehnen hat.¹⁹⁾

Weit wichtiger sind die zahlreichen Fälle, in welchen das Princip der beschränkten Cognition auf dem Gebiete des Executionsverfahrens wirksam wird, ja die häufige Anwendung dieses Principis in der Zwangsvollstreckung kann geradezu als ein charakteristisches Merkmal des österreichischen Processus angesehen werden (sogenannte Execution zur Sicherstellung).

In dieser Richtung ist zunächst hervorzuheben, dass zur Bewilligung der Zwangsvollstreckung in ihren verschiedenen Formen und Graden nach österreichischem Recht regelmässig ein contradictorisches Verfahren zwischen dem Executionsführer und dem condemnirten Schuldner nicht erforderlich ist, sondern dass die Execution in der überwiegenden Anzahl von Fällen auf einseitige Imploration des Exequenten von dem Richter verfügt wird.²⁰⁾ Da also der Bewilligung der Execution auch im ordentlichen Verfahren eine richterliche Cognition auf Grund des beiderseitigen Parteienvorbringens nicht vorhergeht, so kann sie begreiflich im summarischen Verfahren nicht eingeschränkt werden. Dagegen gibt die Grundlage, auf welche hin der Richter die Execution verfügt, den Anlass zu einer wichtigen Anwendung des Principis der beschränkten Cognition. Als Regel gilt in dieser

¹⁹⁾ Ueber das Separatum im Bestandsverfahren, welches sich in den Formen des regulär summarischen Verfahrens vollzieht, vgl. §. 16 der K. V. v. 16. Nov. 1858 Nr. 213. Das Separatum in Ansehung des summarischen Besitzstörungs-Verfahrens ist die ordentliche Besitzklage (*possessorium ordinarium*), welche sich von der ersteren einestheils durch die Processform unterscheidet, indem sie im ordentlichen (mündlichen oder schriftlichen) Verfahren zu verfolgen ist und andererseits durch den Processinhalt, weil sie sich auf alle thatsächlichen Momente bezieht, welche für den Schutz des juristischen Besitzes von Erheblichkeit sind. §. 2, 5, 15 Bz. V. Vgl. darüber unten §. 7, Note 6.

²⁰⁾ Ausnahmsweise findet auch im österreichischen Process ein contradictorisches Verfahren vor der Bewilligung der Zwangsvollstreckung statt: z. B. wenn auf Grundlage eines von auswärtigen Gerichten gefällten Urtheils die Execution im Inland verlangt wird, ferner wenn die Rechtswirksamkeit der condemnirenden Sentenz von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht ist, in welchem Falle der Eintritt der Bedingung in einem contradictorischen Verfahren nachgewiesen werden muss. (Hofd. v. 10. Febr. 1785 Nr. 387 lit. a, Wessely 1204) u. s. f. Das Nähere unten §. 22 und in der Lehre von der Execution.

Beziehung, dass die Execution nach österreichischem Rechte nur auf Grund eines rechtskräftigen (gerichtlichen oder Administrativ-) Erkenntnisses oder eines vor den competenten Behörden geschlossenen Vergleiches bewilligt werden kann (§. 298 A. G. O., §. 396 W. G. O.).

Das Princip der beschränkten Cognition findet nun auf das Executionsverfahren in der Weise Anwendung, dass die Zwangsvollstreckung auch auf Grund von Schuldtiteln von geringerer Rechtswirksamkeit und Concludenz bewilligt wird, welche ebenso als blosse Elemente eines möglichen Erkenntnisses oder Vergleiches erscheinen, wie im Erkenntnisverfahren des Bestand- oder Besitzstörungs-Verfahrens das zugelassene Processmaterial sich nur als Element und Bestandtheil des gesammten möglichen Processstoffes dargestellt hat. So wird in dem Executivprocess auf Grundlage von Privaturkunden²¹⁾ und von executionsfähigen Notariatsacten²²⁾ die Execution unter gewissen Voraussetzungen lediglich auf Grundlage der angeführten Schuldtitel und ohne ein rechtskräftiges Urtheil verfügt. Hieher gehören ferner auch die im österreichischen Rechte sehr zahlreichen Fälle, wo auf Grundlage eines Mandates, dessen Rechtswirksamkeit von Seite des Beklagten durch Einwendungen angefochten wird,²³⁾ oder auf Grund eines unbedingt verurtheilenden Erkenntnisses erster oder zweiter Instanz, gegen welches der Beklagte die Appellation, die Nichtigkeitsbeschwerde oder die Revision interponirt hat,²⁴⁾ Vollstreckungsmassregeln eingeleitet werden (sogenannte Execution zur Sicherstellung). In den letzterwähnten Fällen ist zwar eine richterliche Entscheidung vorhanden, allein da ihre processualische Wirkung durch den Widerspruch des Beklagten zweifelhaft gemacht wird, so kann dieselbe doch immer nur als einzelnes Element des rechtskräftigen Urtheiles betrachtet werden.²⁵⁾ Die Folge

²¹⁾ A. G. O. §. 298; W. G. O. §. 397, 398; Hofd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358, §. 55 S. V.

²²⁾ §. 3, 4 der Not. Ordn. v. 25. Juli 1871 Nr. 75.

²³⁾ §. 8 W. V.; §. 7 Mand. V.; §. 3 J. M. V. v. 18. Juli 1859 Nr. 132.

²⁴⁾ A. G. O. §. 259; W. G. O. §. 339; §. 56 S. V.; §. 82 Bg. V.; §. 14 W. V.

²⁵⁾ Die Analogie der „Execution zur Sicherstellung“ mit den irregulär summarischen Processen des gemeinen Rechtes (Note 16) zeigt sich auch darin, dass die Rechtswirkungen derselben nur durch sofort liquidirliche

dieser unvollständigen Cognition ist denn auch, dass das Resultat der Execution zur Sicherstellung nicht wie bei der Execution von rechtskräftigen Erkenntnissen und Vergleichen definitive, sondern lediglich provisorische Geltung besitzt.²⁶⁾

Auch die beiden Abarten der vereinfachten Cognition: der regulär und irregulär summarische Process sind im österreichischen Rechte in zahlreichen Rechtsbildungen vertreten. Was zuvörderst das regulär summarische Verfahren betrifft, so kann zu demselben im österreichischen Process das Verfahren nach dem Hofd. v. 24. Oct. 1845 Nr. 906 (in der österreichischen Gerichtssprache das summarische Verfahren im vorzüglichen Sinne), das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen auf Grundlage des Gesetzes v. 27. April 1873 Nr. 60 (Bagatellverfahren), ferner das Verfahren in Berg- und Handelsstreitigkeiten (Pat. v. 1. Nov. 1781 und 9. April 1782 Nr. 41) gezählt werden. Die Reihenfolge der processualischen Handlungen, wie sie das ordent-

Defensionen gehemmt werden können. Wenn nämlich der Beklagte bei dem Termine, welcher zur Verhandlung der Executivklage angeordnet wird, sofort liquidirbare Einwendungen erhebt, so wird die actio judicati des Klägers zurückgewiesen, im entgegengesetzten Falle wird derselben stattgegeben. Hofd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358. Im Mandatsverfahren hemmen sogar nur solche Defensionen die Rechtswirkungen der Execution zur Sicherstellung, welche durch Urkunden liquidirt werden, die zur Erwirkung eines Mandats hinreichend wären (§. 6 der J. M. V. vom 18. Juli 1859 Nr. 130). Auch in den Fällen der Execution auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils oder einer wechselrechtlichen Zahlungsaufgabe sind die executiven Massregeln wohl zu hemmen, beziehungsweise zu verweigern, wenn der Beklagte seine Vertheidigungsgründe durch (öffentliche oder Privat-) Urkunden sofort liquidirt, da in diesem Falle zufolge Hofd. v. 22. Juni 1836 Nr. 145 (Wessely Nr. 1338) sogar die Execution von rechtskräftigen Urtheilen eingestellt wird. Selbstverständlich dürfen aber solche Defensionen, welche nach der Lage des Rechtsstreites schon als präcludirt erscheinen, auch zur Hemmung oder Beseitigung der actio judicati nicht benützt werden.

²⁶⁾ Ein besonderes Separatum findet jedoch in diesem Falle nicht statt, vielmehr wird die Frage, ob die Execution zur Sicherstellung aufzuheben oder in eine definitive zu verwandeln ist, durch das Erkenntnisverfahren des Processes entschieden. Wird der Kläger in diesem mit seinem Anspruch abgewiesen, so wird auch die Execution zur Sicherstellung himffällig, im entgegengesetzten Falle wird sie in eine definitive Zwangsvollstreckung verwandelt. Das Erkenntnisverfahren des Rechtsstreites kann folglich bei dieser Form der Execution als das Separatum betrachtet werden, durch welches die beschränkte Cognition bei der Execution zur Sicherstellung ergänzt wird.

liche Verfahren festsetzt, ist in allen diesen Processarten im Grossen und Ganzen festgehalten; selbst im Erkenntnissverfahren des Bagatellprocesses, welches in Beziehung auf die Reihenfolge der Processhandlungen vom Princip der arbiträren Ordnung (unten §. 25) beherrscht wird, ist doch eine bedeutendere Abweichung von der allgemeinen Ordnung der processualischen Acte nirgends vorgeschrieben. Die Vereinfachung der Cognition wird in den regulär summarischen Processen hauptsächlich dadurch erreicht, dass minder nothwendige Processhandlungen,²⁷⁾ insbesondere auch die Rechtsmittel beseitigt,²⁸⁾ die zulässigen Processacte aber vereinfacht,²⁹⁾ nach Möglichkeit in eine Handlung zusammengedrängt und die dafür offen stehenden Fristen vermindert werden.³⁰⁾ Im Bagatellprocess tritt als ein wichtiges Element der Vereinfachung noch die Mündlichkeit des Verfahrens hinzu, in der namentlich mit Rücksicht auf die grosse Beschränkung der Rechtsmittel ein wesentliches Moment der Beschleunigung liegt. Dagegen kann wohl die Beseitigung des Anwaltzwanges und die

²⁷⁾ Das Verfahren, durch welches der Kläger oder der Beklagte sich die nachträgliche Benützung von neuen Thatsachen und Beweismitteln — Neuerungen — erwirken muss (Legungsverfahren), fällt z. B. im summarischen Verfahren (§. 25 S. V.) und im Bagatellverfahren (§. 67 B. V.) hinweg, da bis zum Schlusse der Verhandlung Neuerungen vorgebracht werden dürfen.

²⁸⁾ Im summarischen Verfahren (§. 51) ist gegen zwei gleichförmige Urtheile oder Bescheide ein Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof nicht zugelassen. Im Bagatellverfahren erkennt sogar die erste Instanz im Wesentlichen endgiltig, da die Rechtsmittel der Nullitätsbeschwerde und des Recurses nur ein sehr eng begrenztes Gebiet der Anwendung besitzen (§. 78, 84 B. V.).

²⁹⁾ Ein Beispiel dieser Art bietet der Zeugenbeweis des summarischen Verfahrens, in welchem die Antretung des Zeugenbeweises ganz entfällt, da die Zeugen sofort von dem Richter vorgeladen werden (§. 39 S. V.). Ebenso ist der Sachverständigenbeweis sehr vereinfacht (§. 42, 43 S. V.).

³⁰⁾ Beispiele zu dieser Form der Vereinfachung sind: die Verschmelzung der Verhandlung über die forideclinatorischen Einreden mit der Erörterung der Hauptsache (§. 26 S. V.), die obligatorische Verbindung der Appellationsanmeldung und der Appellationsbegründung (§. 44 S. V.). Die Frist zur Interposition der Rechtsmittel ist im regulär summarischen Verfahren nach dem Hofd. v. 24. Oct. 1845 Nr. 906 auf 8 Tage (im ordentlichen Verfahren regelmässig auf 14 Tage) bestimmt (§. 19, 44 S. V.). Die Vereinfachung der Cognition im Verfahren vor den Handelsgerichten nach dem Patente vom 9. April 1782 Nr. 41 besteht ausschliesslich in der facultativen oder obligatorischen Abkürzung der Fristen.

Erweiterung der richterlichen Machtsphäre auf dem Gebiete des summarischen Verfahrens nicht unbedingt als eine Vereinfachung der Cognition bezeichnet werden,³¹⁾ da diese Massregeln gewiss eben so oft dazu beitragen werden, das Verfahren zu verwickeln und schwerfällig zu machen.

Zu den irregulär summarischen Processen sind nach österreichischem Rechte der Arrest- und Verbotsprocess, der Executivprocess, das Mandatsverfahren nach der kaiserlichen Verordnung vom 21. Mai 1855 und der Justizministerial-Verordnung vom 18. Juli 1859 und die verschiedenen Gattungen des Wechselprocesses zu zählen.³²⁾ Der eigenthümliche Charakter dieser Processarten besteht darin, dass sie die gewöhnliche Ordnung des Civilverfahrens in Hauptpunkten umkehren, insbesondere spätere Abschnitte des Processes schon bei seiner Eröffnung anticipiren.

³¹⁾ Vgl. Haimperl in den „Anmerkungen zum summarischen Process“ in seinem Magazin Nr. 3, S. 364—365. Nippel Erläuterung S. 36. Auch bei der Berathung der §§. 8 und 9 S. V. wurden ähnliche Ansichten vertheidigt. S. Schenk, der österr. summarische Process, S. 144—149.

³²⁾ Ich rechne das Bestandverfahren nicht zu den irregulär summarischen Processen, obgleich auch in diesem Verfahren, wenn es zur Kündigung von Mieth- und Pachtverträgen benützt wird, ähnlich wie im Mandatsprocess, sofort ein gerichtlicher Auftrag ergeht, welcher die Kraft eines richterlichen Erkenntnisses erlangt, insofern derselbe von der Gegenpartei nicht durch Einwendungen angefochten wird (§. 6, 19 der K. V. v. 16. Nov. 1858 Nr. 213). Denn die Kündigung und die darüber ergehende richterliche Verfügung sind überhaupt keine Processacte, sondern gehören dem nicht streitigen Civilverfahren an, da die Kündigung eben nichts als ein Rechtsgeschäft ist, welches unter Vermittlung des Gerichtes vollzogen wird, um der stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages vorzubeugen oder dessen Auflösung zu bewirken (§. 2, 11 der K. V. vom 16. Nov. 1858). Diess ergibt sich mit Bestimmtheit, wenn man erwägt, dass z. B. auf Grund einer notariellen Aufkündigung eben so wie auf Grund einer gerichtlichen sofort die Zwangsvollstreckung verfügt wird (§. 20 d. V. vom 16. Nov. 1850), wie denn überhaupt auch die im nichtstreitigen Civilverfahren ergangenen Verfügungen des Richters exequirt werden können (§. 19 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 1854). Erst wenn die Gegenpartei des Kündigenden die Rechtswirksamkeit der Kündigung durch Einbringung von Einwendungen bestreitet, entsteht ein Präjudicialstreit über die Rechtsbeständigkeit der Kündigung, welcher unzweifelhaft dem streitigen Civilverfahren angehört. Die Einwendungen werden deshalb von der mehrerwähnten K. V. (§. 12) mit Recht als Klage aufgefasst. Auch das Mahnverfahren ist dem nicht streitigen Civilverfahren beizuzählen. Vgl. unten §. 7.

Allerdings ist dieses Moment auch bei den unbestimmt summarischen Processen, im Besitzstörungs-, ja sogar in einzelnen Rechtsbildungen des ordentlichen Verfahrens wahrzunehmen; ³³⁾ allein ausserhalb der Processformen, welche ich als irregulär summarische bezeichnet habe, ist jenes Moment von verhältnissmässig geringfügiger Bedeutung, während es auf dem Gebiete dieser Processarten dem ganzen Verfahren seinen eigenthümlichen Typus verleiht. Ueberdiess unterliegen auch die oben erwähnten irregulär summarischen Prozesse mit Ausnahme des Executiv-, dann des Arrest- und Verbotsprocesses den Normen des regulär summarischen Verfahrens, ³⁴⁾ so dass dieselben, da in ihnen auch die beschränkte Cognition einen breiten Raum findet, ³⁵⁾ alle Elemente der summarischen Cognition in sich vereinigen.

Indem ich in der vorstehenden Darstellung die herkömmliche Terminologie und die derselben entsprechenden Begriffe im Wesentlichen beibehalte, soll der Werth dieser Eintheilungen des gesammten Civilverfahrens nicht überschätzt werden. Der Gegensatz zwischen dem ordentlichen und summarischen Verfahren, dann zwischen den einzelnen Abarten dieses Letzteren ist unverkennbar sehr schwankend und von dem Gesamtcharakter des ganzen Civilverfahrens abhängig, so dass in einem bestimmten Lande ein Process als summarisch gelten kann, der in einem andern Staat als unerträglich weitläufig und schleppend erscheinen würde. Unser ordentlicher Process selbst ist durch das Gesetz vom 16. Mai 1874 Nr. 169 so erheblich abgekürzt und vereinfacht worden, dass er im Vergleiche mit dem früheren ordentlichen Verfahren als ein regulär summarischer gelten kann. Trotz der Relativität jener Begriffe halte ich aber dieselben namentlich für die österreichische Processtheorie für unentbehrlich, um in die zahlreichen besonderen Processarten, welche das österreichische Recht, weniger planmässig als augenblicklichen Impulsen gehorchend, ausgebildet hat, Ordnung und Zusammenhang zu bringen.

³³⁾ Vgl. §. 18 d. K. V. vom 27. Oct. 1849; §. 56 S. V. und §. 259 A. G. O.

³⁴⁾ §. 6 K. V. vom 21. Mai 1855 Nr. 95; §. 12 J. M. V. vom 25. Jan. 1850 Nr. 52; §. 2, 5 J. M. V. vom 18. Juli 1859 Nr. 132.

³⁵⁾ Vgl. oben Note 21—23.
